

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งจะต้องตอบสนองต่อประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงต้องมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางประการ หรือที่เรียกว่า เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการตามสัญญาทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะมากที่สุด

2.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น มีรูปแบบในการดำเนินการอยู่ 2 วิธี¹ คือ การใช้อำนาจฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนบังคับกับฝ่ายเอกชน นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากฐานของกฎหมาย ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจก่อนิติสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวได้ อีกวิธีการหนึ่ง คือการใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือ เนื่องจากกิจกรรมของรัฐในบางประเภทนั้นอาจไม่เหมาะสมที่จะนำวิธีการบังคับฝ่ายเอกชนโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียว หรือไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจฝ่ายเดียวได้ นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในกรณีนี้จึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากฐานของสัญญา ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองในรูปแบบของสัญญานั้น วัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามสัญญาจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต่างจากเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของเอกชนเอง ดังนั้น แม้การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับเอกชนจะเกิดบนพื้นฐานของความตกลงสองฝ่าย อันเป็นหลักการพื้นฐานของการเกิดขึ้นของสัญญาก็ตาม แต่ในสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองยังคงไว้ซึ่งอำนาจมหาชน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล สถานะของฝ่ายปกครองกับเอกชนในสัญญาทางปกครองนั้น จึงอาจอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น

¹ จาก “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย”, โดย โภคิน พลกุล, (มกราคม-เมษายน 2547), วารสารวิชาการศาลปกครอง, 4(1), น. 21-27.

การนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นหลักของความเท่าเทียมกันในสัญญาของเอกชน มาบังคับใช้ในสัญญาทางปกครอง จึงไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้ทั้งหมด

2.1.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายกับสัญญาทางปกครอง

ตามหลักนิติรัฐ รัฐหรือองค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย การใช้อำนาจของรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้² ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐนั้น รัฐอาจเลือกรูปแบบวิธีการในการดำเนินการได้ตามความเหมาะสม สัญญาทางปกครองถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐเลือกใช้ และในอีกมิติหนึ่งสัญญาทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกับการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรือ “หลักที่ว่ากฎหมายต้องมาก่อน” (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) และ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” (Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes)

การนำหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครองนั้น นักกฎหมายเยอรมันได้แยกการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา” และ “เนื้อหาของสัญญาออกจากกัน”³ โดยในการพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครอง” นั้นแนวคิดของนักกฎหมายเยอรมันคือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น หากมีการกำหนดว่าการเก็บภาษีอากรต้องกระทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการทางสัญญาในการจัดเก็บภาษีอากรได้ มิฉะนั้นแล้วถือว่าสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ ส่วนในการตกลงกำหนด “เนื้อหาของสัญญา” นั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าตกอยู่ภายใต้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ซึ่งความหมายว่า ฝ่ายรัฐและเอกชนไม่อาจทำความตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่เป็นการขัดต่อกฎหมายได้

² จาก คำรากลกฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 37), โดย วิษณุ วรรณุญ และคณะ (ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), 2551, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

³ จาก “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, (มิถุนายน 2542), *วารสารนิติศาสตร์*, 29(2), น. 271-272..

กรณีปัญหาว่า ในการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญา ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจ โดยชัดแจ้งในกฎหมายหรือไม่นั้น ยังเป็นข้อถกเถียงในทางวิชาการ ซึ่งแยกความเห็นของนักกฎหมาย เยอรมันออกได้ 3 ความเห็น คือ⁴

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมาย โดยชัดแจ้ง แม้ว่าเนื้อหาของสัญญาจะมีผลเป็นการลวงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของเอกชน ผู้เป็นคู่สัญญาก็ตาม ทั้งนี้ เพราะถือว่าเอกชนได้ให้ความยินยอมและมีส่วนโดยตรงในการร่วม กำหนดเนื้อหาของสัญญา จึงไม่อาจถือได้ว่าเอกชนคู่สัญญาถูกฝ่ายปกครองลวงละเมิดแดนแห่งสิทธิ เสรีภาพ รวมถึงได้มีการนำหลัก “volenti non fit iniuria” (ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด) มาสนับสนุนความเห็นนี้ด้วย

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ฝ่ายปกครองจำเป็นที่จะต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมาย โดยชัดแจ้ง ไม่ว่าเนื้อหาของสัญญาจะมีผลเป็นการลวงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของเอกชนคู่สัญญา หรือไม่ เพราะเอกชนคู่สัญญาอาจมิได้ไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนเข้าทำสัญญา และอาจทำให้เอกชน ตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองได้

ความเห็นฝ่ายที่สามซึ่งเป็นความเห็นที่นักกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่ยอมรับ เห็นว่า หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ควรได้รับการปรับใช้แต่เพียงบางส่วน ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้อง ได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาซึ่งเอกชนคู่สัญญามีส่วนร่วมกำหนดด้วย แต่หากการกำหนดเนื้อหาของสัญญาของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการบังคับให้เอกชนเข้าทำ สัญญา โดยเหตุว่าเอกชนไม่มีทางเลือกอื่น กรณีนี้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจ ตามกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนร่วมกำหนดการตัดสินใจซึ่งถือเป็น เรื่องสำคัญที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการกระทำทางปกครอง ในรูปแบบหนึ่ง ซึ่งฝ่ายปกครองอาจตกอยู่ภายใต้ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วย กฎหมาย” คือ ฝ่ายปกครองอาจเลือกที่จะใช้รูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ครบเท่าที่ไม่มี กฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะไว้ ส่วนเนื้อหาของสัญญานั้นก็ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ตกลงทำสัญญากับเอกชน แล้วต่อมาภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงไป ของบทบัญญัติของกฎหมาย อันทำให้เนื้อหาของสัญญาขัดต่อกฎหมายซึ่งออกมาใช้บังคับ ในภายหลัง การเปลี่ยนแปลงไปของกฎหมายก็ย่อมมีผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมาย ของสัญญาดังกล่าวโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

⁴ แหล่งเดิม. (น. 272-274).

2.1.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับสัญญาทางปกครอง

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักกฎหมายสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน โดยเอกชนสามารถที่จะใช้เสรีภาพในการตัดสินใจเข้าทำสัญญา และกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้อย่างเต็มที่ภายในกรอบของกฎหมาย แต่ในระบบกฎหมายปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องผูกพันต่อกฎหมาย โดยจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการกำหนด ฝ่ายปกครองจึงมิได้มีอิสระเต็มที่ในการทำสัญญา เสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองจะถูกจำกัดใน 2 ด้าน คือ การเลือกคู่สัญญา และการกำหนดข้อสัญญา⁵

1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

ในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง คุณสมบัติของคู่สัญญาจะถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยหลักจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งกระทำการแทนรัฐ และหน่วยงานทางปกครองต้องเป็นนิติบุคคลจึงสามารถทำนิติกรรมได้ โดยทั่วไปผู้ที่มีอำนาจลงนามในสัญญาต่าง ๆ มักจะเป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น และผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการเข้าทำสัญญาจะต้องเป็นผู้ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในสัญญานั้น รวมถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง หน่วยงานจะทำสัญญานอกขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของตนไม่ได้ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีคุณสมบัติสามารถเข้ายื่นขอเสนอเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองได้โดยเท่าเทียมกัน และมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครองอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ ภายใต้หลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา ในส่วนของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น โดยหลักจะเป็นไปตามวิธีการจัดซื้อและจัดจ้างตามที่กฎหมายกำหนด เช่น วิธีตกลงราคา สอบราคา หรือการประกวดราคา เป็นต้น

2) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญา เนื่องจากการทำสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นมักจะถูกกำหนดให้ทำตามแบบหรือตามสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีหลักการที่สำคัญที่ฝ่ายปกครองต้องพึงปฏิบัติ เช่น หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ และหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

⁵ ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 180-183). เล่มเดิม.

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะ คือ ความต้องการพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมหนึ่ง ๆ ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะจึงมีลักษณะที่ค่อนข้างเป็นนามธรรมและเป็นสิ่งที่ยากจะชี้ชัดลงไปว่าอะไรเป็นประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์สาธารณะอาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยตามกาลเวลา หรือตามความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปของผู้คนในสังคม รัฐจึงจำเป็นต้องมีหน้าที่ในการตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชน และความต้องการพื้นฐานเหล่านี้ถือเป็นขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ⁶

ในการดำเนินงานของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะตามหลักนิติรัฐนั้น มีข้อที่ต้องพิจารณาอยู่ 4 ประการ คือ⁷

1) ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์มหาชนหรือที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนสอดคล้องกันให้มากที่สุด เนื่องจากประโยชน์ของเอกชนแต่ละบุคคล อาจไม่ใช่ประโยชน์ของมหาชนเสมอไป ซึ่งอาจจะมีทั้งส่วนที่แตกต่างและส่วนที่สอดคล้องต้องกัน ดังนั้น การทำให้ประโยชน์เอกชนและประโยชน์สาธารณะประสานกลมกลืนกัน ย่อมจะก่อให้เกิดความผาสุกขึ้นในสังคม

2) ประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน ในทางกฎหมายย่อมถือว่าประโยชน์สาธารณะมีค่าเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน เพราะเป็นประโยชน์ที่ทุกคนร่วมเป็นเจ้าของ ส่วนประโยชน์ของเอกชนนั้นเป็นประโยชน์ของบุคคลเพียงบางคนหรือบางกลุ่มเท่านั้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงบัญญัติในลักษณะที่ยกให้ประโยชน์สาธารณะเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน

3) เอกชนพึงสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงขนาดเท่าที่จำเป็น แม้ประโยชน์สาธารณะจะอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน แต่การที่รัฐจะอ้างความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะเพื่อไปลดรอนสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชนนั้น รัฐจะต้องใช้หลักนี้ในกรณีที่ประโยชน์ทั้งสองอย่างนี้ขัดแย้งกัน และไม่มีทางจะประสานให้สอดคล้องกันได้ และรัฐจำเป็นต้องเลือกใช้วิธีการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ หรือเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตาม “หลักความจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ” ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ

⁶ From *Précis du droit administrative* (P. 10) by Rivéro, J et Waline, J, 2000, Paris: Dalloz. อ้างถึงใน “สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย” (น. 7-8), โดย บุษพา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง.

⁷ จาก *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. (น. 34-35), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

4) เอกชนพึงได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากการที่ต้องเสียดสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อเอกชนคนใดต้องยอมรับความเสียหายเป็นพิเศษเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจะต้องดำเนินการให้เอกชนนั้นได้รับการชดเชยความเสียหาย รัฐจะอ้างประโยชน์สาธารณะไปลิดรอนสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชน โดยไม่คำนึงถึงการชดเชยความเสียหายนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยหลักความยุติธรรม

สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ จึงจำเป็นต้องนำข้อพิจารณาดังกล่าวมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งแม้ข้อกำหนดในสัญญาจะถือเสมือนเป็นกฎหมายสำหรับคู่สัญญาในการที่จะต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัด แต่หากกรณีมีเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะเกิดขึ้น รัฐจำเป็นต้องเลือกที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ดี คู่สัญญาฝ่ายเอกชนควรได้รับการเยียวยาความเสียหายจากรัฐเช่นกัน⁸

ประโยชน์สาธารณะถือเป็นเป้าหมายหลักของสังคมแต่ละสังคม ซึ่งรัฐจะเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะนี้ และถือได้ว่าประโยชน์สาธารณะเป็นหัวใจของกิจการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินงานของรัฐ และภารกิจของรัฐในการเข้าดำเนินการเพื่อให้บริการในลักษณะที่เป็นการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในสังคม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะนี้ เรียกว่า การบริการสาธารณะ

2.3 ทฤษฎีและหลักบริการสาธารณะ

กิจกรรมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ แบ่งออกเป็นสองประเภท คือ ตำรวจทางปกครอง (Police administration) และ บริการสาธารณะ (Service public)⁹

ตำรวจทางปกครอง เป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการโดยใช้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองซึ่งเป็นหน้าที่พื้นฐานของรัฐ โดยการดำเนินการในภารกิจนี้รัฐจะดำเนินการในลักษณะของการใช้อำนาจฝ่ายเดียว โดยออกกฎเกณฑ์บังคับเอกชนเพื่อควบคุมให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพภายในขอบเขต และไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ความปลอดภัยสาธารณะ และสุขอนามัยของส่วนรวม ซึ่งฝ่ายปกครองอาจดำเนินการในรูปแบบของการออกกฎ ระเบียบ อันมีผลเป็นการวางกฎเกณฑ์ทั่วไป หรืออาจเป็นการดำเนินการในรูปแบบ

⁸ จาก หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน) (น. 30), โดย ปารวี พิสิฐเสนากุล, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹ จาก สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น.1-2), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2543, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ของการออกคำสั่งเฉพาะราย เช่น การอนุมัติ อนุญาต เป็นต้น กิจกรรมของฝ่ายปกครอง ที่เรียกว่า ตำรวจทางปกครองนี้มีลักษณะที่แตกต่างจากตำรวจยุติธรรม กล่าวคือ ตำรวจทางปกครอง เป็นเรื่องการใช้อำนาจฝ่ายปกครองป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบขึ้น จึงเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้า ในการก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ฝ่ายเดียวขึ้นกับเอกชน หรือ เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ได้แก่ การวางกฎเกณฑ์ระเบียบทั่วไป เช่น กฎจราจร กฎระเบียบ เกี่ยวกับการควบคุมอาคาร เป็นต้น ส่วนตำรวจยุติธรรมนั้นเป็นการใช้อำนาจสอบสวน ปราบปรามความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นแล้ว ตัวอย่างเช่น การออกกฎจราจรเพื่อควบคุม การจราจรเป็นเรื่องตำรวจทางปกครอง แต่เมื่อมีการละเมิดกฎจราจรเกิดขึ้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะเป็นเรื่องทางยุติธรรม กรณีดังกล่าวจึงส่งผลให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับศาลที่พิจารณาคดี มีความแตกต่างกัน โดยภารกิจแรกต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับและหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น เป็นอำนาจของศาลปกครอง ส่วนภารกิจหลังต้องใช้กฎหมายอาญาบังคับซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณา พิพากษาของศาลยุติธรรม

บริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมอีกประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อ ตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชน โดยมีลักษณะเป็นการให้บริการขั้นพื้นฐาน เพื่อให้ ประชาชนมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น สะดวกสบายมากขึ้น เช่น การให้บริการเกี่ยวกับสาธารณสุข โภค ประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา เป็นต้น โดยรัฐไม่จำเป็นต้องดำเนินการบริการสาธารณะเอง ในรูปลักษณะของการดำเนินงานในระบบราชการ แต่อาจดำเนินการ โดยจัดตั้งองค์กรอิสระเข้ามา รับผิดชอบในการบริการสาธารณะ เช่น รัฐวิสาหกิจหรือองค์กรมหาชนหรือรัฐอาจใช้เครื่องมือ ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทนรัฐในลักษณะรูปแบบ ของสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้นประกอบด้วย หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักความต่อเนื่อง หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง และ หลักความเสมอภาค¹⁰

¹⁰ จาก หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 46-47), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2.3.1 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน หากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง ย่อมจะส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้ใช้บริการได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรือกระทบต่อความปลอดภัย หรือสุขอนามัยของประชาชน ดังนั้น บริการสาธารณะจึงต้องอยู่ภายใต้หลักของความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ

ความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นหัวใจสำคัญของการบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงต้องให้หลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการเองหรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการก็ตาม ดังนั้น การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นต้องเป็นไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา¹¹

หลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่เห็นได้ชัดเจนประการหนึ่ง คือ การห้ามนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าเจ้าหน้าที่นั้นจะอยู่ในสถานะข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ และกำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกจากราชการก่อนได้รับอนุมัติจากหน่วยงาน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้เวลาผู้บังคับบัญชาจะได้สรรหาผู้มาปฏิบัติหน้าที่แทน โดยหลักการสำคัญก็เพื่อให้การปฏิบัติราชการอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเกิดความต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะกลับขัดแย้งกับหลักการนัดหยุดงานซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของพนักงานและลูกจ้าง ซึ่งระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญในระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้เคยให้แนวทางว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายระดับรัฐบัญญัติจำกัดสิทธิการนัดหยุดงานเพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง โดยในเวลาต่อมาได้มีรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1963 บัญญัติห้ามมิให้มีการนัดหยุดงานที่จะส่งผลกระทบต่อบริการสาธารณะ และบังคับให้สภาพแรงงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องแจ้งการนัดหยุดงานต่อผู้บังคับบัญชาก่อนการนัดหยุดงานอย่างน้อยห้าวัน ซึ่งความพยายามในการประสานหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการนัดหยุดงาน จึงทำให้เกิดหลักเรื่องการบริการขั้นต่ำ และการออกคำสั่งให้ผู้นำหยุดงานกลับเข้าทำงาน กล่าวคือ บริการสาธารณะบางประเภทนั้นรัฐไม่อาจหยุดดำเนินการได้ หรือหากมีการนัดหยุดงานที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะดังกล่าวอาจกระทำได้เพียงบางส่วนเท่านั้น ซึ่งรัฐยังคงต้องดำเนินการให้มีการบริการขั้นต่ำอยู่ และในกรณีที่มีความจำเป็น ฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการออกคำสั่งบังคับให้ผู้นำหยุดงานกลับเข้าทำงานได้ หากปรากฏว่าการนัดหยุดงานนั้น

¹¹ สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น.5-6). เล่มเดิม.

จะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง และฝ่ายปกครองยังอาจใช้อำนาจสั่งให้ผู้อื่นเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนได้¹²

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะยังสัมพันธ์กับหลักในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยหากมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น ซึ่งส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปรับภาระบางส่วนร่วมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ ก็เพื่อมิให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง¹³ หรือกรณีหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาหรือดำเนินการล่าช้า ซึ่งอาจทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเข้าไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรืออาจมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้ามาดำเนินการแทนได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายสำหรับในประเทศฝรั่งเศส หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะดังกล่าวยังทำให้เกิดทฤษฎีที่สำคัญของสัญญาทางปกครองในเรื่องของการชดเชยค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกรณีเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ขึ้นอีกด้วย¹⁴

2.3.2 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามเหตุการณ์หรือตามยุคสมัย รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการของประชาชนส่วนรวม

หลักการว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หมายถึง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ เพื่อให้การบริการสาธารณะมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนส่วนรวม อันจะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกิดประสิทธิภาพ จึงกล่าวได้ว่าหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเป็นหลักการที่สำคัญอีกหลักการหนึ่งของการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้เคยมีคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 1902 คดี Compagnie Nouvelle du gaz de Deville – Lès – Rouen ซึ่งเป็นการวางหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะ โดยในคดีดังกล่าวบริษัทเอกชนได้ทำสัญญากับเทศบาลเมือง Rouen เพื่อตามไฟถนน โดยมีได้ระบุไว้ให้ตามไฟด้วยวิธีการใด บริษัทผู้รับสัมปทานได้ตามไฟด้วยก๊าซ ต่อมา เมืองไกล์เคียงเริ่มมีการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้า เทศบาลเมือง Rouen จึงเรียกร้องให้บริษัทผู้รับสัมปทานตามไฟถนน

¹² จาก สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 12-13), โดย บุษพา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง.

¹³ สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (น. 5-7). เล่มเดิม.

¹⁴ สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 12-13). เล่มเดิม.

ด้วยไฟฟ้า แต่บริษัทปฏิเสธ เทศบาลจึงไปทำสัญญากับบริษัทอื่นให้มาตามไฟถนนด้วยไฟฟ้า บริษัทผู้รับสัมปทานรายแรกจึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งศาลตัดสินว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิตามข้อสัญญาในการตามไฟด้วยวิธีการใดก็ได้ แต่ขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มีสิทธิที่จะมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้ามาทำการตามไฟถนนด้วยไฟฟ้าได้ หากคู่สัญญาเดิมปฏิเสธที่จะทำภายใต้เงื่อนไขใหม่ ทั้งนี้ เพราะถือว่าความต้องการในบริการสาธารณะเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องให้การตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะที่เปลี่ยนแปลงไป¹⁵

นอกจากนี้ ในประเทศฝรั่งเศสหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของการบริการสาธารณะนี้ ยังเป็นแหล่งกำเนิดของหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่สำคัญ เช่น ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครอง หลักเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญา หรือยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง¹⁶

2.3.3 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคของการจัดทำบริการสาธารณะนี้ คือ หลักความเท่าเทียมกันของประชาชนผู้รับบริการสาธารณะ การที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือควบคุมดูแลการบริการสาธารณะ เหตุผลหนึ่งก็เนื่องมาจากหลักของความเสมอภาคดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสที่จะได้รับบริการสาธารณะจากรัฐโดยทั่วถึงและเท่าเทียมกัน รองศาสตราจารย์ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ข้อสังเกตว่า “หลักแห่งความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนเป็นอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ แตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นเป็นอย่างเดียวกัน”¹⁷ จึงเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคของการบริการสาธารณะ คือการให้บริการสาธารณะต่อประชาชนทุกคนโดยเท่าเทียมกันและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ฝ่ายปกครองจะให้บริการสาธารณะในลักษณะที่มีความแตกต่างกันได้ต่อเมื่อประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นอยู่ในสถานะที่แตกต่างกัน ซึ่งมีใช้หมายถึงสถานะทางสังคมของบุคคลที่แตกต่างกัน แต่หมายความถึง การให้บริการสาธารณะที่มีความเหมาะสมกับสถานะของประชาชนผู้รับบริการ ซึ่งความเหมาะสมนั้นอาจขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย โดยอาจเป็นเหตุปัจจัยในเรื่องของความจำเป็นสาธารณะ เช่น การก่อสร้างและให้บริการขนส่งมวลชนด้วยระบบรถไฟฟ้าเฉพาะในเขตกรุงเทพมหานคร เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจร

¹⁵ หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 50-52). เล่มเดิม.

¹⁶ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 14). เล่มเดิม.

¹⁷ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 39), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ:

ในกรุงเทพมหานคร หรือด้วยเหตุปัจจัยทางเศรษฐกิจ เช่น การกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าตามอัตราภาษีของนิติบุคคลตามขนาดของบริษัท เป็นต้น โดยหากสถานะของบุคคลเท่าเทียมกันแล้ว บุคคลเหล่านั้นต้องได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน คณะกรรมการกฤษฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้เคยให้ความเห็นว่า การที่กรมที่ดินจัดเก็บภาษีมรดกที่ดินในอัตราที่ไม่เท่ากันระหว่างบุตรบุญธรรมกับบุตรชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่ากรณีนี้สถานะทางกฎหมายของบุตรบุญธรรมและบุตรชอบด้วยกฎหมายมีสถานะทางกฎหมายแพ่งที่เท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติจึงไม่ชอบ¹⁸

กล่าวโดยสรุป หลักความเสมอภาคของการบริการสาธารณะจึงเป็นการที่ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการบริการสาธารณะจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ ภายใต้ง่อนไขและลักษณะของบริการสาธารณะ

2.4 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน

ทฤษฎีอำนาจมหาชนเป็นทฤษฎีหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เพราะทฤษฎีอำนาจมหาชนนี้เป็นทฤษฎีที่ให้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล¹⁹

ความเป็นมาของทฤษฎีอำนาจมหาชนนี้เกิดขึ้นจากแนวคิดสองแนวคิด²⁰ แนวความคิดแรกได้พัฒนามาจากยุคโรมัน ซึ่งแนวคิดนี้มองว่าอำนาจมหาชน หมายถึงรัฐ (องค์กร) และการใช้อำนาจรัฐเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้น เจตจำนงของรัฐเป็นใหญ่เหนือเจตจำนงของปัจเจกชน ซึ่งต่อมาแนวคิดสมัยใหม่ได้พัฒนาทฤษฎีอำนาจมหาชน โดยมองว่าอำนาจมหาชนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ รัฐเป็นผู้ถืออำนาจมหาชน เพราะรัฐมีหน้าที่เป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแนวคิดสมัยใหม่นี้ทำให้เกิดทฤษฎีแบ่งแยกวิธีการจัดทำภารกิจของรัฐออกเป็นสองประเภท คือ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือ และการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ ซึ่งการแบ่งแยกวิธีการดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อการกำหนดเขตอำนาจศาล และกฎหมายที่จำต้องนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 เป็นอย่างมาก ซึ่งการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือจะอยู่ในเขตอำนาจ

¹⁸ สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 14-16). เล่มเดิม.

¹⁹ จาก สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 38), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁰ สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 18-19). เล่มเดิม.

ของศาลปกครองและใช้หลักกฎหมายปกครอง ส่วนการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและใช้หลักกฎหมายเอกชน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

แต่อย่างไรก็ดี หลักทฤษฎีของการแยกการกระทำของฝ่ายปกครองออกเป็นสองลักษณะนี้ ไม่สามารถนำมาอธิบายลักษณะการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะการบริการสาธารณะและอำนาจมหาชนเป็นแนวความคิดที่มีบทบาทเชื่อมโยงกัน บริการสาธารณะถือเป็นภารกิจของรัฐ และเครื่องมือที่รัฐใช้ก็อาจใช้อำนาจมหาชนหรือใช้วิธีบริหารจัดการแบบเอกชนก็ได้ และถึงแม้ว่ารัฐจะเลือกใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชน อำนาจมหาชนก็ยังคงเป็นของรัฐและเป็นอำนาจที่รัฐไม่อาจสละได้ เมื่อมีความจำเป็นสาธารณะ รัฐก็ต้องนำอำนาจมหาชนออกมาใช้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนจึงเป็นหลักที่ว่าด้วยการให้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง จึงเป็นหลักที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะถือว่าเป็นการแสดงออกทั้งในแง่ของความเป็นรัฐ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่หลักในการดำเนินภารกิจเพื่อประชาชนคนส่วนมาก และในแง่ของการใช้อำนาจบังคับปัจเจกชนของฝ่ายปกครองเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของสาธารณะ อันถือเป็นหัวใจหลักของการดำเนินภารกิจในด้านต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ดี อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้ หากฝ่ายปกครองนำมาใช้เกินขอบเขตหรือไม่เป็นการตอบสนองประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง อาจกลายเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่เข้าลักษณะอำเภอใจ อันจะนำมาซึ่งผลร้ายแรงทั้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือผลกระทบที่อาจจะเกิดแก่ปัจเจกชนเกินควร

2.5 หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองมีที่มาจากทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองถือเป็นสิ่งที่สำคัญที่รัฐนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ²¹

2.5.1 ความหมายของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้คำอธิบายว่า เอกสิทธิ์เป็นสิทธิพิเศษ เฉพาะบุคคลบางคน หรือบุคคลบางประเภทที่มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่ทำให้ผู้นั้น มีความชอบธรรมที่จะอ้างเพื่อแสวงประโยชน์ หรืออ้างเพื่อยืนยันผลประโยชน์บางประการเป็นพิเศษ ยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ²²

²¹ จาก *สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง* (น. 1) โดย สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

²² จาก *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (น. 88), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2525, กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หมายถึงอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่จะกระทำต่อบุคคล ผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการ ดำเนินบริการสาธารณะ ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ สาธารณะ จำต้องให้ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชน ไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐซึ่งเป็นผู้ดูแล รักษาประโยชน์สาธารณะจึงสามารถใช้อำนาจรัฐบังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้²³ เพราะรัฐมีหน้าที่ในการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต่างจากเอกชนที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ผลทางกฎหมายมหาชนรัฐจึงต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชน หรือที่เรียกว่า เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง²⁴

ในยุคสมัยที่มีการปกครองระบอบราชาธิปไตยหรือสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครองมีลักษณะไม่เท่าเทียมกัน แต่เรียกไม่ได้ว่า ผู้ปกครองในสมัยนั้นจะมีเอกสิทธิ์ เนื่องจากรัฐในสมัยนั้นพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมาย และมีอำนาจเด็ดขาดสมบูรณ์ ผู้ปกครองจึงสามารถออกคำสั่งหรือใช้กำลังบังคับอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นนิติรัฐ (Legal State) ทำให้บุคคลทุกคนอยู่ในฐานะ เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย แต่ในฐานะของผู้ปกครองประเทศหรือฝ่ายปกครองก็ยังมีฐานะ ที่ไม่เท่าเทียมกัน เพราะฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในบางเรื่อง เนื่องจากภารกิจที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้น มีความแตกต่างกับกิจการของเอกชน โดยฝ่ายปกครองมีหน้าที่หลักในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม และเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ ซึ่งถือได้ว่าเป็นเป้าหมายในการรักษาประโยชน์สาธารณะโดยตรง ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวดังเช่น การดำเนินกิจการของเอกชน ดังนั้น กฎหมายจึงต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องมีเอกสิทธิ์เพื่อให้ ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้ลุล่วงไปได้อย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ²⁵

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองปรากฏเห็นได้ชัดเจนในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ประเภทต่าง ๆ เช่น การเวนคืน การยึดทรัพย์ การเข้าครอบครองทรัพย์สินของเอกชนเป็นการ ชั่วคราว การลงโทษ หรือเอกสิทธิ์ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง เช่น ทรัพย์สินของ ฝ่ายปกครองอาจไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี หรือในการจัดทำสัญญาทางปกครอง

²³ จาก *สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง* (น. 2-3). เล่มเดิม.

²⁴ จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มา และนิติวิธี* (น. 298-301), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

²⁵ จาก *เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย* (น. 20-22), โดย ไพฑูริย์ เอกจริยกร, 2526, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ซึ่งฝ่ายปกครองอาจมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญา ฝ่ายเดียว หรือเอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น²⁶

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอาจถือว่าเป็นตัวชี้โดยปริยายว่ากิจกรรมใดของฝ่ายปกครอง ที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ โดยบริการสาธารณะใดที่ผู้ดำเนินการมีอำนาจพิเศษเหนือกว่าเอกชน ก็จะถือว่ากิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะ และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะอยู่ในอำนาจพิจารณา พิพากษาของศาลปกครอง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแม้จะไม่ใช่วิธีการที่ถูกต้องและชัดเจนที่จะ ชี้ให้เห็นว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะ แต่ก็อาจเป็นเครื่องชี้โดยปริยายได้²⁷ หรือในการพิจารณา แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองยังถูกนำมาใช้เป็น หลักเกณฑ์ในการพิจารณา โดยหากสัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดปรากฏข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์ แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน สัญญานั้นย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง จึงอาจกล่าวได้ว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนี้มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ในหลายลักษณะ

2.5.2 บ่อเกิดของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง²⁸

อำนาจพิเศษ หรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้นเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการ จัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ซึ่งแหล่งที่มาของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจเกิดได้จาก การบัญญัติไว้ในบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาล ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ และรวมถึงปรากฏ ตามหลักกฎหมายทั่วไป

2.5.2.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหลายประเภทได้มีการบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจน ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งส่งผลให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเด็ดขาดในการใช้เอกสิทธิ์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน หรือโดยไม่ต้องร้องขออนุญาตจากศาลก่อน เช่น อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างเพื่อมิให้ เป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ เป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ หรือการให้ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองมีลักษณะพิเศษ ซึ่งไม่สามารถยึดอายัด เพื่อบังคับชำระหนี้ได้

²⁶ หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 117-119). เล่มเดิม.

²⁷ แหล่งเดิม.

²⁸ เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย (น. 22-23). เล่มเดิม.

2.5.2.2 คำพิพากษาของศาล

ในบางกรณีแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ แต่ตามพฤติการณ์แล้วฝ่ายปกครองควรมีเอกสิทธิ์ในเรื่องนั้น ๆ ศาลอาจมีการพิจารณาพิพากษาโดยวางหลักให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในเรื่องดังกล่าวนั้นได้ เช่น กรณีที่ศาลในคดีก่อนเคยได้มีการพิจารณาพิพากษาว่า ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวก่อนครบกำหนดตามสัญญาได้ หากปรากฏว่าการดำเนินการตามสัญญาต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และหากปรากฏต่อมาว่าศาลในคดีหลังได้มีการพิจารณาพิพากษาโดยตัดสินตามแนวทางดังกล่าวมาโดยตลอด กรณีจึงย่อมจะทำให้เกิดหลักกฎหมายว่าฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวนี้ได้

2.5.2.3 ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์

ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ หรือนักวิชาการทางกฎหมาย มิได้มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ว่าฝ่ายปกครองควรมีเอกสิทธิ์ในเรื่องใดบ้าง แต่ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ หรือนักวิชาการทางกฎหมายดังกล่าว ถือว่าเป็นบ่อเกิดของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองโดยทางอ้อม โดยเป็นแต่เพียงการให้ความเห็นว่า ในกรณีใดที่ฝ่ายปกครองควรมีเอกสิทธิ์หรือไม่ อย่างไร โดยมีได้มีผลบังคับทางกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนผลบังคับนั้นจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรือจากการพิจารณาพิพากษาในคดีของศาล อย่างไรก็ดี แม้ความเห็นของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวจะมีได้มีผลบังคับทางกฎหมายก็ตาม แต่ในอีกด้านหนึ่งความเห็นของนักนิติศาสตร์ย่อมก่อให้เกิดองค์ความรู้และเกิดพัฒนาการในทางนิติศาสตร์มากยิ่งขึ้น

2.5.2.4 หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปถือเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาพิพากษาของศาล ซึ่งศาลจะนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาเมื่อไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Positive Law) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ ซึ่งศาลสามารถที่จะอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้ เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม หรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวกรณีที่รัฐหมดความจำเป็นในการบริการสาธารณะ เป็นต้น

2.5.3 วัตถุประสงค์ของการมีเอกสิทธิ์ของรัฐ

ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนคนส่วนใหญ่ ฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องมีเครื่องมือที่ใช้ในการดำเนินการ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล โดยวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนนั้น มีหลักการและเหตุผลที่สำคัญ ดังนี้²⁹

1) เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างรวดเร็ว ทันท่วงทีต่อเหตุการณ์ และสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตามความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปของคนในสังคม รวมถึงมีการดำเนินการที่เป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

2) เพื่อให้เกิดความมั่นคงและปลอดภัยในสังคม และเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน³⁰

2.5.4 ประเภทของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ³¹

2.5.4.1 คำสั่งที่มีผลบังคับทันที

นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นจะเกิดขึ้นได้จำเป็นต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจ แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวกำหนดความสัมพันธ์กับเอกชนได้โดยไม่ต้องให้เอกชนสมัครใจหรือให้ความยินยอม อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนี้ถือเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการที่จะกระทำการฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องขอให้ศาลสั่ง กรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่ง คำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นจะมีผลบังคับทันที ซึ่งมีรูปแบบที่แตกต่างกัน เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป อันได้แก่ การกำหนดกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งห้าม การอนุมัติ การอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น นอกจากนี้การสั่งการต่าง ๆ ของตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ก็ถือเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับทันทีเช่นกัน

²⁹ จาก มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย (น. 10-11), โดย มนตรี กนกนำชัย, 2540, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁰ สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (น. 3). เล่มเดิม.

³¹ หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 118-119). เล่มเดิม.

2.5.4.2 เอกสิทธิ์เหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง

โดยหลักทรัพย์สินของฝ่ายปกครองจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย เนื่องจากภารกิจของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองจึงต้องรักษาไว้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ผู้ใดจะยึดทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่ได้ และนอกจากนี้การครอบครองปรปักษ์ หรือการยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับรัฐในเรื่องทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินก็ไม่อาจกระทำได้ และฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถโอนทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินให้แก่เอกชนได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ

2.5.4.3 สัญญาทางปกครอง

การที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญากับเอกชนเพื่อมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐนั้น ฝ่ายปกครองยังคงเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของมหาชนโดยตรง ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเอกสิทธิ์อยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อควบคุมดูแลการดำเนินงานของเอกชน นิติสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครองนี้จึงมีได้อยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจทั้งหมด ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง ได้แก่ เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น

2.5.5 เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง

โดยที่วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง คือ การบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจมหาชน หรือที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อที่จะช่วยให้การดำเนินงานของรัฐสำเร็จลุล่วง ในประเทศฝรั่งเศสนั้นนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า โดยลักษณะธรรมชาติของสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือเอกชนได้ ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในสัญญา หากเป็นกรณีที่รัฐมีเหตุจำเป็นสาธารณะและจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนเพื่อบังคับเอกชนคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้อำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ ยิ่งไปกว่านั้น กรณีที่วัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองหมดความจำเป็น คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังมีอำนาจที่จะยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีส่วนผิดใด ๆ เลย แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวได้³²

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองที่สำคัญ แบ่งออกเป็น 3 ประการ คือ เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว เอกสิทธิ์ในการควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด และเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

³² สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 124-141). เล่มเดิม.

2.5.5.1 เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

ตามทฤษฎีความเสมอภาคและเสรีภาพ ในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะแก้ไขข้อสัญญาโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ยินยอมไม่ได้ ในสัญญาทางแพ่งจึงยึดถือหลัก “ความเปลี่ยนแปลงไม่ได้ของสัญญา” (immutabilité du contrat) แต่ในสัญญาทางปกครองนั้น กลับปรากฏหลักความเปลี่ยนแปลงได้ของสัญญา (mutabilité du contrat administratif)³³ เหตุผลก็เนื่องจากว่าสัญญาทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวเนื่องกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งจะต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันกับความต้องการของประชาชนคนส่วนมากอยู่เสมอ ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ โดยสนองตอบต่อความต้องการที่เปลี่ยนแปลงของมหาชนได้

เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีแนวคิดมาจากหลักการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องมีการพัฒนาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย และต้องมีความต่อเนื่อง สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นเครื่องมือในการดำเนินบริการสาธารณะจึงต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ดี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จะต้องอยู่ภายในกรอบ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในส่วนสาระสำคัญที่ถึงขั้นทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป และรัฐต้องคำนึงถึงเทคนิคและความสามารถทางการลงทุนของเอกชนคู่สัญญาด้วย จะต้องไม่แก้ไขข้อสัญญาจนเลยขั้นที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ เช่น การเพิ่มเที่ยวรถโดยสารให้บริการเพิ่มเติมในช่วงชั่วโมงเร่งด่วน ถือว่าไม่เลยขั้นวิญญูชนจะพึงคาดหมายถึงความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้ แต่การเปลี่ยนแปลงเทคนิคหรือวิธีการจัดทำบริการสาธารณะบางกรณีอาจเป็นการไม่ชอบได้ เช่น เดิมรับสัมปทานรถเมล์ ต่อมาหากรัฐมีความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยใช้รถไฟฟ้าจะบังคับให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการไม่ได้ เพราะถือว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไป³⁴

การใช้เอกสิทธิ์แก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของสาธารณะเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตามอำเภอใจไม่ได้ และการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว จะเข้าไปกระทบถึงข้อสัญญาเกี่ยวกับเงินค่าตอบแทนที่ได้ตกลงกันไว้แล้วไม่ได้ การแก้ไขข้อสัญญาลักษณะนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสมอ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

³³ แหล่งเดิม.

³⁴ สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (น.21). เล่มเดิม.

ข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้นจะต้องไม่เกินขนาด ถ้าเกินขนาดคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้³⁵ เช่น การแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยให้เอกชนคู่สัญญาชำระหนี้ที่ไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา และไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาเลยไม่ได้ หรือการแก้ไขให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีภาระเพิ่มขึ้น จากที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาเป็นอย่างมาก แต่กลับไม่ปรากฏว่ารัฐมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ สาธารณะที่เพิ่มขึ้นถึงขนาดนั้น ซึ่งอาจถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาโดยอำเภอใจ ของฝ่ายปกครอง และอาจไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้นั้น อาจเป็นการ เพิ่มภาระให้แก่เอกชนคู่สัญญา หากไม่มีกำหนดไว้ขณะทำสัญญา แต่สิ่งเหล่านั้นกลายเป็นสิ่งจำเป็น ในการตอบสนองต่อบริการสาธารณะในภายหลังทำสัญญา ทั้งนี้ เพราะในระหว่างระยะเวลา ตามสัญญา ความต้องการของประชาชนส่วนรวมอาจเปลี่ยนแปลงไป ทำให้การบริการสาธารณะ ของฝ่ายปกครองจำต้องปรับตัวตาม หรืออาจเป็นกรณีที่ประชาชนมีความต้องการบริการสาธารณะ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งเอกชนคู่สัญญาก็ควรที่จะได้รับการชดเชยกับภาระที่เพิ่มมากขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐด้วย เช่น ในประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐเคยมีคำพิพากษาในคดี Tramways de Marseille³⁶ เมื่อปี ค.ศ. 1910 โดยสภาแห่งรัฐได้ยอมรับหลักเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบังคับเอกชนคู่สัญญา (ผู้รับสัมปทาน) ให้ดำเนินบริการหรือรับภาระมากกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ โดยเอกชนคู่สัญญามีสิทธิที่จะได้รับการ ชดเชยสำหรับภาระหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นนั้นได้ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาแล้ว รัฐจำต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนคู่สัญญาเป็นการแลกเปลี่ยนตาม “ทฤษฎีเหตุอันเกิดจาก การกระทำของฝ่ายปกครอง (Théorie du fait du prince)”³⁷ ซึ่งสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้รับรอง หลักการนี้ไว้ในคดี Compagnie générale française des tramways ซึ่งในคดีดังกล่าวจังหวัด ได้ทำสัญญาให้สัมปทานเดินรถรางแก่บริษัทเอกชน โดยกำหนดจำนวนเที่ยวและจำนวนรถ ไว้ในสัญญา ต่อมา ในฤดูร้อนประชาชนต้องการใช้รถมากขึ้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงอาศัยอำนาจ ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 8 สิงหาคม 1881 กำหนดให้บริษัทคู่สัญญาปรับเปลี่ยนจำนวนขบวนรถ ให้มากขึ้น แต่บริษัทไม่ยินยอม โดยอ้างว่ายินดีเพิ่มเที่ยวรถแต่ไม่เพิ่มจำนวนรถ บริษัทจึงนำคดีมาฟ้อง ต่อศาล ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า เมื่อพิเคราะห์รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว ฝ่ายรัฐห้ามเพียงสิทธิที่จะ อนุมัติเวลาเดินรถและเที่ยวรถไม่ แต่ยังสามารถแก้ไขหรือเพิ่มเติมจำนวนรถได้ เพื่อให้บริการสาธารณะ

³⁵ หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 30). เล่มเดิม.

³⁶ จาก *เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น. 31), โดย อภิชาติ แจ้งยุบล, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

³⁷ *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย* (น. 128). เล่มเดิม.

บรรลุลผล แต่ทั้งนี้บริษัทธรรมาภิบาลก็มีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการแก้ไขข้อสัญญาของฝ่ายรัฐได้ และคำว่า “ค่าทดแทน” (indemnité) นี้ หมายถึง ค่าทดแทนความเสียหายที่มีอยู่จริงทั้งหมด คือ การขาดทุนจริง ๆ เท่านั้น การขาดทุนกำไร การขาดรายได้เพิ่มไม่ใช่ค่าเสียหายที่แท้จริงตามหลัก “ดุลยภาพทางการเงิน” (équation financière) ในสัญญาทางปกครอง และค่าทดแทนไม่ใช่ค่าเสียหาย เพราะค่าเสียหาย (dommages-intérêts) ต้องเกิดจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ³⁸

2.5.5.2 เอกสิทธิ์ในการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาอย่างใกล้ชิด

โดยที่สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ แม้รัฐจะมอบหมายให้เอกชนเข้ามาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วยก็ตาม แต่รัฐก็ยังคงมีหน้าที่เป็นหลักประกันให้การดำเนินการบริการสาธารณะดำเนินไปอย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ และมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้ทำให้รัฐไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในความสมบูรณ์เพียงพอ หรือในเรื่องคุณภาพของบริการสาธารณะเพียงเพราะเหตุที่ได้ทำสัญญามอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้³⁹ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจในการกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิดในทุกสัญญา

อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเข้าควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของคู่สัญญาอย่างใกล้ชิดนั้นแบ่งออกเป็นสองลักษณะ⁴⁰

ลักษณะแรก เป็นรูปแบบการควบคุมที่มีลักษณะธรรมดาที่เรียกว่า การควบคุมตรวจตรา (contrôle de surveillance) การควบคุมในลักษณะนี้ เป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเข้าควบคุมตรวจตราว่าฝ่ายเอกชนมีการดำเนินการตามที่กำหนดเอาไว้ในสัญญาหรือไม่ โดยรูปแบบการควบคุมก็อาจใช้วิธีการเข้าไปตรวจงานระหว่างที่อีกฝ่ายกำลังปฏิบัติการ การเรียกเอกสารมาเพื่อตรวจสอบ หรืออาจเป็นรูปแบบของการออกคำสั่งให้เอกชนปฏิบัติ

ลักษณะที่สอง คือ อำนาจในการควบคุมกำหนดทิศทางของสัญญา (pouvoir de direction) ซึ่งหมายถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเข้าไปควบคุมวิธีการปฏิบัติการตามสัญญา โดยจะมีระดับที่แตกต่างกันตามประเภทของสัญญา เช่น ในสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ (marché

³⁸ แห่ล่งเคิม. (น. 133).

³⁹ จาก *สัญญาทางปกครอง* (จ) (น. 78), โดย สุรพล นิติไกรพจน์, 2555, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁰ จาก “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส”, โดย บุษพา อัครพิมาน, 2547, *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547* จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง, น. 161-163.

de travaux publics) คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจในการกำหนดทิศทางโดยควบคุมวิธีการดำเนินการตามสัญญา เพราะถือว่ารัฐเป็นเจ้าของงานนั้น ส่วนในสัมปทานบริการสาธารณะ (concession de service public) มีแนวความคิดสองประการ คือ การจัดการบริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน และขณะเดียวกันวัตถุประสงค์ของสัมปทาน คือ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่ดี ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงสงวนสิทธิในการเข้าไปควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของเอกชนผู้รับสัมปทานดังกล่าวได้ ส่วนในสัญญาจัดซื้อพัสดุหรือจัดซื้อบริการนั้น เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญา คือ การได้มาซึ่งทรัพย์สิน รูปแบบและวิธีการในการดำเนินการตามสัญญาจึงไม่ใช่สิ่งสำคัญ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงมีอิสระที่จะเลือกวิธีการในการส่งมอบทรัพย์สินได้ แต่อย่างไรก็ตามอำนาจในการควบคุมของฝ่ายปกครองก็ยังมีระดับที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับลักษณะของสินค้าหรือหน้าที่ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องชำระด้วย เช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาจะถูกควบคุมมากกว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างธรรมดา เป็นต้น

2.5.5.3 เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

การเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา และการเลิกสัญญาโดยเอกชนคู่สัญญามิได้ทำผิดสัญญาอันเป็นการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ⁴¹

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นสิทธิหนึ่งของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพราะการเลิกสัญญาก็เปรียบเสมือนการแก้ไขข้อสัญญาในส่วนของการกำหนดระยะเวลาของสัญญา ดังนั้น ฐานที่ใช้ในการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกสัญญาหรือไม่ก็เป็นฐานเดียวกับที่ใช้พิจารณาอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือ กรณีจะต้องมีเหตุการณ์ที่แทรกแซงเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะ หรือไม่สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป ดังนั้น การยกเลิกสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น⁴²

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงถือเป็นเอกสิทธิ์ที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในสัญญาทางปกครอง เพราะเป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลงก่อนระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ซึ่งย่อมจะต้องส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นอย่างมาก คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงควรที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย

⁴¹ เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง (น. 32). เล่มเดิม.

⁴² สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 180). เล่มเดิม.

การใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในกรณีสัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา และการเลิกสัญญาโดยเอกชนกลุ่มสัญญามีได้ทำผิดสัญญาอันเป็นการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น มีข้อพิจารณาที่แตกต่างกันทั้งในแง่ของเหตุในการเลิกสัญญาและการเยียวยาความเสียหายให้แก่กลุ่มสัญญา

1) กรณีเอกชนกระทำผิดสัญญา

กรณีมีการกำหนดเหตุ หรือประเภทของความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนที่จะนำไปสู่การบอกเลิกสัญญาทางปกครองไว้ในข้อสัญญา ซึ่งการลงโทษด้วยการบอกเลิกสัญญา จะต้องมีการกระทำผิดที่รุนแรงเพียงพอ เช่น การเลิกสัญญาเนื่องจากการละเมิดของกรมการบริการสาธารณะ การเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาในสาระสำคัญ การเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนนี้ กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหาย และกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนได้อีกด้วย⁴³

การใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐอันเนื่องมาจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนนี้ เป็นการใช้สิทธิตามหลักสิทธิหน้าที่ตามสัญญา หรือเป็นการลงโทษกลุ่มสัญญาที่กระทำผิดสัญญาตามข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีได้เป็นการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ แต่กรณีที่กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองอันเนื่องมาจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน แต่เป็นความผิดในส่วนที่มีสาระสำคัญนั้น กรณีดังกล่าวอาจถือเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐได้

2) กรณีเอกชนมิได้กระทำผิดสัญญา

นอกจากการเลิกสัญญาเนื่องจากการกระทำผิดสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอาจมีขึ้นได้ ในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาอาจเกิดความเสียหายโดยมิใช่ความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายใด ซึ่งถือเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครอง เช่น กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนมีปัญหาด้านการเงินซึ่งต้องแสดงบัญชีงบดุลของตนในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีดุลพินิจที่จะเลือกให้สัญญามีผลผูกพันต่อไป หรือยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หรือกรณีมีเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาทางปกครองได้ แม้ว่าการเลิกสัญญาดังกล่าวจะทำให้กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐจะต้องรับผิดชอบกับการเลิกสัญญาดังกล่าว แต่ก็อาจถือได้ว่าเป็นการคุ้มค่ากว่าที่จะปล่อยให้สัญญาดำเนินต่อไป เช่น การซื้อคืนสัมปทานซึ่งเป็นการเลิกสัญญาที่มีค่าตอบแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่การเลิกสัญญาอาจไม่มีค่าทดแทนก็ได้หากเอกชนกลุ่มสัญญาไม่อาจปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้

⁴³ สัญญาทางปกครอง (ก) (น. 451-458). เล่มเดิม.

การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อาจมีขึ้นได้ในกรณีของเหตุสุดวิสัยอันเกิดจาก มีข้อขัดข้องทางเทคนิค อันเป็นเหตุบังเอิญหรือเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญา ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้น หรือเป็นเหตุการณ์ไม่ปกติหรือเหตุสุดวิสัยทางปกครอง ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่มีอาจคาดหมายได้ในระหว่างสัญญาทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา หรือดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้

3) การชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

การชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทนในกรณีการเลิกสัญญา อันเกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และในกรณีการเลิกสัญญาที่มีได้เกิดจากความผิดของ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

3.1 การชดใช้ค่าเสียหายในกรณีการเลิกสัญญาอันเกิดจากความผิดของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเลิกสัญญาเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำผิดสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมไม่อาจได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย และคู่สัญญาฝ่ายรัฐยังมีสิทธิเรียก ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ค่าเสียหายดังกล่าวขึ้นอยู่กับว่าเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งก็คือค่าใช้จ่ายที่เป็นผลพวงจากการเลิกสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องไปดำเนินการบางอย่าง เพื่อทดแทน “หนี้” ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติ เช่น ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและ สัญญาออบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะมักจะมีการกำหนดเงื่อนไขในบันทึก เงื่อนไขต่อท้ายของสัญญาประเภทดังกล่าว โดยกำหนดเป็นหลักทั่วไปว่าในกรณีที่มีการยกเลิก สัญญาเพราะความผิดของผู้รับสัมปทาน หรือที่เรียกว่าการเพิกถอนสัญญาสัมปทาน (déchéance) นั้น เพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินต่อไปโดยไม่ติดขัดและมีความต่อเนื่อง ให้ผู้รับสัมปทาน เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินการ เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั้น รวมทั้ง ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการสรรหาคู่สัญญารายใหม่ ซึ่งแตกต่างจากสัญญาจ้างบุคลากรของรัฐ การยกเลิกสัญญาประเภทนี้คู่สัญญาที่ผิดสัญญาจะต้องรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เกิดแก่คู่สัญญา ฝ่ายรัฐเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการสรรหาคู่สัญญาคนใหม่ เช่น กรณีลูกจ้าง ของหน่วยงานของรัฐถูกเลิกจ้างเพราะความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่าย ที่หน่วยงานจะต้องใช้ในการสรรหาลูกจ้างคนใหม่มาทดแทน⁴⁴

⁴⁴ “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส” *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ* (น. 190-191). เล่มเดิม.

3.2 การชดเชยค่าเสียหายในกรณีการเลิกสัญญาไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

การเลิกสัญญาทางปกครองโดยไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือที่เรียกว่า การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว กรณีเมื่อข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป จนทำให้สัญญาเดิมไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะอีกต่อไป คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้โดยฝ่ายเอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอม ซึ่งการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะดังกล่าว ถือว่าการเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องมีการชดเชยเยียวยาให้เต็มจำนวนความเสียหาย⁴⁵ การยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐกรณีคู่สัญญาไม่มีความผิดนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ใช้ทฤษฎีการกระทำของเจ้าชาย (théorie du fait du prince)⁴⁶ ดังนั้น เมื่อการใช้เอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้วทำให้เขาได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องชดเชยและจะต้องชดเชยให้เต็มจำนวน สำหรับค่าเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยนี้ คือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ (lucrum cessans)⁴⁷

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น เป็นมิติหนึ่งของการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากการใช้เอกสิทธิ์ทั้งสองกรณีดังกล่าว จึงมีหลักคิดทฤษฎีในลักษณะเดียวกัน ซึ่งทฤษฎีที่เกี่ยวข้องสำคัญที่จำต้องนำมาพิจารณาในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐทั้งในกรณีการแก้ไขข้อสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว และการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว คือ ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince) และทฤษฎีเหตุที่มีโอกาสคาดหมายได้ (théorie de l'imprévision)⁴⁸

(1) ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince)⁴⁸ เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางไว้เป็นบรรทัดฐานว่า หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น โดยการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้น

⁴⁵ หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 107). เล่มเดิม.

⁴⁶ แหล่งเดิม. (น. 108).

⁴⁷ “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส” *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ* (น. 191). เล่มเดิม.

⁴⁸ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 135-136). เล่มเดิม.

หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา

คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้แยกกรณีระหว่างการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเองกับการกระทำที่เกิดจากฝ่ายปกครองอื่นออกจากกัน และแยกความเสียหายอันเกิดจากคำสั่งเฉพาะเรื่องหรือความเสียหายอันเกิดจากมาตรการทั่วไปออกจากกัน ดังนี้⁴⁹

ก) ทฤษฎีนี้ใช้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยตรง เช่น สัญญาสัมปทานให้เอกชนเข้าทำเหมืองแร่ พอเอกชนขนเครื่องมื่อจะเข้าไปสำรวจแร่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐกลับห้ามไม่ให้เอกชนคู่สัญญาเข้าไปในเขตสัมปทานโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายพิเศษอื่น กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการทั่วไปบังคับแก่บุคคลทั่วไป และมาตรการนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญากระทบกระเทือนและเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้น กรณีนี้ถือว่าเป็นผลกระทบต่อบุคคลทุกคนเป็นการทั่วไป คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ถูกกระทบเพียงผู้เดียว กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าทดแทนตามหลักความเสมอภาคในสิทธิและภาระหน้าที่ของทฤษฎีบริการสาธารณะ เว้นแต่มาตรการนั้นจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อองค์ประกอบสำคัญของสัญญา เช่น การเก็บภาษีของที่จำเป็นต้องใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงแพงขึ้นมาก กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องชดใช้ค่าทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ข) ทฤษฎีนี้ไม่ใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองอื่นเป็นผู้ก่อภาระพิเศษในการปฏิบัติตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ในการทำสัญญาทางปกครองของเทศบาล ปรากฏว่ารัฐเป็นผู้ใช้อำนาจออกกฎหมายหรือคำสั่งเฉพาะเรื่องทำให้ภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิ่มมากขึ้น กรณีดังกล่าวจะต้องบังคับตามทฤษฎีเหตุที่มีอากาศหมายได้ (théorie de l'imprévision) แทน

(2) ทฤษฎีเหตุที่มีอากาศหมายได้ (théorie de l'imprévision)⁵⁰

โดยที่สัญญาทางปกครองเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักการบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะ และหลักความเสมอภาคของการบริการสาธารณะ ซึ่งหลักความสมดุลทางการเงินเป็นผลโดยตรงจากหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ประกอบกับ

⁴⁹ จาก “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2529, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 5-7 กุมภาพันธ์ 2529, น. 104-105, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

⁵⁰ สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 136-141). เล่มเดิม.

หลักความเป็นธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประสานประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชนเข้าด้วยกัน หลักการที่นำมาใช้เพื่อปรับสมดุลทางการเงินของสัญญา คือ ทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ทฤษฎีนี้จะนำมาปรับใช้กับสัญญาบางประเภทในสถานการณ์บางสถานการณ์เท่านั้น เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ทฤษฎีนี้มีความแตกต่างจากหลักการในสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่งนั้น ถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยที่อาจทำให้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยแล้ว แม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้เกิดความยากลำบากเพียงใด หรือการปฏิบัติตามสัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดที่คู่สัญญาต้องขาดทุนอย่างหนักเพียงใดก็ตาม คู่สัญญาก็มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นมีหลักว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องล้มละลายหรือขาดทุนอย่างหนักเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดหมายได้ และไม่ใช้ความผิดของฝ่ายใดแล้ว ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องใช้จ่ายทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อให้คุณภาพทางการเงินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสียไปกลับคืนมา ซึ่งจะทำให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง อันจะสอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ⁵¹

เงื่อนไขของการใช้ค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้ คือ

ก) กรณีคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ว่าข้างหน้าจะมีเหตุอันกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรงเกิดขึ้น และเหตุนั้นเป็นเหตุที่มีสาเหตุปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤติการณ์เศรษฐกิจร้ายแรง หรือการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงิน การห้ามขึ้นราคาสินค้า แต่กรณีการขาดทุนธรรมดาเพราะคาดการณ์ผิด หรือไม่ได้กำไร ไม่ใช่เหตุตามทฤษฎีนี้

ข) โดยเหตุที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญา และคู่สัญญาไม่อาจทำการป้องกันขัดขวางได้

ค) และเหตุที่เกิดขึ้นนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งความร้ายแรงต้องถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนอย่างหนัก และเป็นเวลานานเกินกว่าที่วิญญูชนจะคาดหมายได้ ศาลจะกำหนดอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนเอาไว้ให้เป็นภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ส่วนที่เกินความเสี่ยงที่วิญญูชนจะคาดหมายได้จึงจะเป็นค่าทดแทนที่ฝ่ายรัฐต้องชดใช้ให้กับเอกชน

เนื่องจากทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ผลทางกฎหมายของทฤษฎีดังกล่าวจึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังมีหน้าที่ในการปฏิบัติ

⁵¹ “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น. 106). เล่มเดิม.

ตามสัญญาต่อไป เพียงแต่เอกชนคู่สัญญาอาจจะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้จะไม่ใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนอย่างกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง⁵² โดยการคำนวณค่าทดแทนจะคิดให้ตั้งแต่วันเริ่มเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่กระทบถึงสัญญาและจะให้ค่าทดแทนการขาดทุนในส่วนที่เกินจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดา (Prix-limite) โดยจะเฉลี่ยการขาดทุนส่วนใหญ่ให้เป็นภาระของฝ่ายรัฐที่จะต้องชดเชย และให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับภาระขาดทุนเล็กน้อย และทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีเพื่อบำบัดเหตุร้ายแรงที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น ถ้าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลับกลายเป็นเหตุถาวร นับแต่วันแรกที่เหตุนั้นกลายเป็นเหตุถาวรคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ไม่ต้องชดเชยค่าทดแทนอีกต่อไป คู่สัญญาจำต้องเลิกสัญญาโดยปริยาย โดยถือเสมือนว่าสัญญานั้นตกเป็นพ้นวิสัย ในประเทศฝรั่งเศสตัวอย่างของการใช้ทฤษฎีนี้ก็คือ คดี *Compagnie générale d' éclairage de Bordeaux*⁵³ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า บริษัทได้รับสัมปทานผลิตไฟฟ้าให้ประชาชนจากเทศบาลเมืองบอร์โด ต่อมาเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ราคาถ่านหินที่ใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าเพิ่มขึ้นจากราคา 35 ฟรังก์ ในปี ค.ศ. 1915 เป็นราคา 117 ฟรังก์ ในปี ค.ศ. 1916 บริษัทขอขึ้นค่าไฟฟ้าแต่เทศบาลไม่ยินยอม บริษัทจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอขึ้นค่าไฟ ศาลแห่งรัฐพิพากษาให้เทศบาลชำระค่าทดแทนเพราะเงื่อนไขเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ครบถ้วน และในคดี *Compagnie des tramways de Cherbourg*⁵⁴ ซึ่งเทศบาลเมืองได้ให้สัมปทานการเดินรถแก่บริษัทเอกชน และบริษัทนั้นเคยได้รับกำไรมาตลอด แต่มาขาดทุนอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี ค.ศ. 1916 เรื่อยมาจนถึงปี ค.ศ. 1922 โดยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เทศบาลจึงอนุมัติให้บริษัทขึ้นค่าโดยสาร 8 ครั้ง และครั้งสุดท้ายเทศบาลยอมอนุญาตให้บริษัทขึ้นราคาค่าโดยสารได้ตามที่เห็นสมควร แต่แม้จะขึ้นราคาเท่าใดบริษัทก็ยังขาดทุนอยู่ บริษัทจึงมาขอค่าทดแทนอีก ในที่สุดจึงมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองฝรั่งเศส ซึ่งศาลแห่งรัฐพิพากษาว่า “กรณีเมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ขึ้น ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนขาดทุนอย่างรุนแรง เทศบาลผู้ให้สัมปทานต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้รับสัมปทาน อย่างไรก็ตามเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้ต้องมีลักษณะชั่วคราว และหากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจใหม่ทำให้เหตุนั้นกลายเป็นเหตุถาวร ผู้ให้สัมปทานไม่อาจนำภาษีอากรของประชาชนมาชำระค่าทดแทนได้

⁵² หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (น. 108-110). เล่มเดิม.

⁵³ From C.E. 30 mars. 1916, Gr. Ar., 132 อ้างถึงใน “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (น. 107-108). เล่มเดิม.

⁵⁴ From C.E. 9 déc. 1932, Gr. Ar., 211 อ้างถึงใน “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, บทความจากเอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น. 108). เล่มเดิม.

เพราะการดำเนินกิจการดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้และกลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่ให้สิทธิคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาขอให้ศาลเลิกสัญญาสัมปทานได้”

กรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า ในการที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหรือความรับผิดชอบ แต่เพียงผู้เดียวในสถานการณ์ที่เกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นสถานการณ์ที่ผิดปกติ ไม่ใช่เหตุความเสียหายในกำไรขาดทุนธรรมดาของการลงทุนทำธุรกิจ แต่เกิดจากเหตุการณ์ที่นอกเหนือความคาดหมายของคู่สัญญาและวิญญูชน และเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ในสถานการณ์ดังกล่าวต่อไป อาจทำให้ต้องขาดทุน ล้มละลายหรือหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ดำเนินการต่อไปก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เพราะจะทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง ฝ่ายปกครองจึงจำต้องเข้ามาร่วมรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย โดยเข้าร่วมรับผิดชอบเพียงบางส่วน เพื่อให้เกิดความสมดุลทางการเงินในสัญญา อย่างไรก็ตามหากเหตุการณ์ผิดปกติและไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุการณ์ถาวรจะใช้ทฤษฎีนี้ไม่ได้ เพราะถือว่าเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ มิได้เกิดเพียงชั่วคราวอีกต่อไป แต่เหตุดังกล่าวกลายเป็นเหตุถาวร ซึ่งจะทำให้เหตุอันไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุสุดวิสัยที่อาจใช้เป็นเหตุในการบอกเลิกสัญญาได้⁵⁵

⁵⁵ สัญญาทางปกครอง:แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (น. 139-141). เล่มเดิม.