

บทที่ 3

การให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในต่างประเทศ

สิทธิในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว (the power of unilateral variation of the contract) เป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของต่างประเทศว่าเป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาภาครัฐพึงมีหรือจำเป็นต้องมีในฐานะที่เป็นสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ (prerogative) ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยบางประเทศได้ยอมรับถึงการมีอยู่นี้ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ แต่ในบางประเทศก็ยอมรับเฉพาะในทางปฏิบัติเท่านั้น และเป้าหมาย หรือวัตถุประสงค์ตลอดจนขอบเขตของการให้สิทธิพิเศษดังกล่าวนี้ก็มี ความแตกต่างกันไปตามระดับการยอมรับในแต่ละประเทศ

ในเนื้อหาของบทนี้จึงจะได้กล่าวถึงแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law จะขอเน้นที่ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเป็นหลัก ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law จะกล่าวในรายละเอียดของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

ความหมาย

ในตำราหรือคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของต่างประเทศไม่ได้มีการให้คำนิยามหรือให้ความหมายเกี่ยวกับสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวว่ามีความหมายที่ชัดเจนเป็นอย่างไร แต่จากการพิจารณาแนวทางพัฒนาทั้งในทางปฏิบัติและในทางทฤษฎีที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะประเทศที่

ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หรือ Common Law อาจกล่าวได้ว่า สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนี้มีที่มาและเนื้อหาสาระตลอดจนลักษณะที่สำคัญดังนี้

1. ที่มาของสิทธิพิเศษ

1.1 กรณีของฝรั่งเศส

สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสว่า เป็นสิทธิที่ฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองมีอยู่โดยสภาพ (inherent power)¹ โดยมีทฤษฎีบริการสาธารณะ (notion de service public) ซึ่งเป็นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นแนวความคิดที่รองรับหลักการดังกล่าวนี้

ที่กล่าวว่า สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวเป็นสิทธิที่ฝ่ายปกครองมีอยู่โดยสภาพนั้น หมายความว่า สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่ไม่ขึ้นอยู่กับข้อความที่ปรากฏในสัญญา (independent of express contractual provision)² กล่าวคือ ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองก็มีเอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียวเสมอ³

^{1,2}Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contracts in General : Chapter 4 Public Contracts (The Hague, Boston, London : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubingen and Martinus Nijhoff Publishers, 1982), p.38.

³บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5 (พ.ศ. 2529) : 95.

ส่วนที่กล่าวว่าการมีสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวมีที่มาจากแนวความคิดหรือทฤษฎีบริการสาธารณะนั้น ก็ดังที่ได้เคยกล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้วว่า แนวคิดหรือทฤษฎีที่ก่อให้เกิดลักษณะพื้นฐานของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมานั้นก็คือทฤษฎีบริการสาธารณะ ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวนี้ประกอบไปด้วยหลักการที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 4 ประการ คือ⁴ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (le principe de continuité de service public), หลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ (le principe d'adaptation constante du service), หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะ (le principe d'égalité devant le service public), และหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ (le principe de neutralité du service) โดยหลักการที่สนับสนุนให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิหรือสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว ได้แก่ หลักประการที่สองคือหลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ

ตามหลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ นั้นถือว่า บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการพัฒนาให้ทันกับความต้องการของประชาชนเป็นส่วนรวมอยู่เสมอ ซึ่งในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นผู้รับผิดชอบจึงมีหน้าที่ต้องพัฒนาบริการสาธารณะของตนเองอยู่เสมอ และคู่สัญญาตามสัญญาทางปกครองก็จะต้องพร้อมที่จะพัฒนาบริการสาธารณะที่ตนทำอยู่ตามสัญญาเสมอด้วยเช่นกัน หากปรากฏว่า ความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมได้มีความเปลี่ยนแปลงไปจนการดำเนินการบริการสาธารณะตามสัญญาไม่อาจสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างเหมาะสมและคู่สัญญาก็ยังยืนยันกรานที่จะไม่ปรับปรุงบริการสาธารณะนั้นแล้ว

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 95-97.

ฝ่ายปกครองก็มีสิทธิที่จะแก้ไขสัญญาโดยใช้อำนาจแก้ไขฝ่ายเดียวเพื่อให้เกิดการปรับปรุงบริการสาธารณะนั้น ๆ ได้

1.2 กรณีของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมันตะวันตก สำหรับกรณีของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาซึ่งมีระบบกฎหมายที่ไม่ยอมรับถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองหรือหลักกฎหมายมหาชน และกรณีของประเทศเยอรมันตะวันตกซึ่งมีระบบกฎหมายที่ยอมรับถึงการมีอยู่ของสัญญาทางปกครองในบทบาทที่จำกัด และถือว่าสัญญาภาครัฐเกี่ยวกับการจัดหาสินค้าและบริการเป็นสัญญาที่มีลักษณะพื้นฐานเป็นสัญญาทางแพ่ง ดังได้กล่าวมาในบทที่ 2 แล้วนั้น กรณีของทั้งสามประเทศนี้ไม่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่มีสิทธิพิเศษในการที่จะแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยถือว่าเป็นอำนาจที่มีอยู่โดยสภาพหรือโดยธรรมชาติ (inherent power) ของฝ่ายปกครองดังเช่นกรณีของประเทศฝรั่งเศส⁵ ดังนั้นในระบบกฎหมายของประเทศเหล่านี้จึงไม่มีแนวความคิดหรือทฤษฎีใด ๆ ที่จะสนับสนุน หรือเป็นที่มาเกี่ยวกับสิทธิพิเศษดังกล่าวนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาภาครัฐในประเทศเหล่านี้ก็มักจะมีการกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ในสัญญา (contractual conditions) ซึ่งให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะสั่งให้มีการแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียวเอาไว้ด้วยเสมอ⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดเอาไว้ในแบบสัญญามาตรฐาน (Standard Forms of Contract) ประเภทต่าง ๆ ที่ภาครัฐได้กำหนดขึ้นมาให้ใช้

^{5,6}Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contract in general : Chapter 4 Public Contracts, p.39.

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวสำหรับกรณีของฝรั่งเศสนั้น เป็นสิทธิที่มีที่มาซึ่งอยู่นอกเหนือตัวสัญญา โดยไม่ว่าจะมีการระบุถึงสิทธิเช่นว่านี้เอาไว้ในสัญญาหรือไม่ก็ตาม ฝ่ายปกครองก็มีสิทธิดังกล่าวนี้โดยสภาพของตนเองเสมอ ส่วนกรณีของอังกฤษ อเมริกา และเยอรมันตะวันตกเป็นสิทธิที่มีที่มาอยู่ในตัวสัญญาเอง กล่าวคือ ต้องมีการระบุไว้ในสัญญาโดยชัดเจนถึงการมีสิทธิดังกล่าวนี้ มิฉะนั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่มีสิทธิแก้ไขสัญญาโดยกระทำฝ่ายเดียวได้เลย

2. เนื้อหาของการแก้ไข

ถึงแม้ว่าที่มาของสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวจะมีที่มาที่แตกต่างกันเป็นสองทางคือ ที่มาที่อยู่นอกเหนือตัวสัญญา และที่มาที่อยู่ในตัวสัญญาเองดังกล่าวแล้ว แต่เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญาที่ได้รับการยอมรับให้มีการแก้ไขกันได้ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งยึดถือที่มาที่แตกต่างกันเหล่านี้ก็แทบจะไม่พบเห็นความแตกต่างในระหว่างกันเลย

กล่าวคือ สำหรับกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้น Colin C. Turpin ได้กล่าวถึงเนื้อหาของการแก้ไขที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำได้อีกว่า⁷ "...โดยอาศัยอำนาจดังกล่าวนี้ (คืออำนาจในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว - ผู้เขียน) ฝ่ายปกครองอาจจะขยายหรือลดปริมาณ (quantum) หรือระยะเวลา (duration) ของการปฏิบัติตามสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับสัญญา (contractor) ต้องปฏิบัติก็ได้" ซึ่งหมายความว่า การใช้อำนาจแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นอาจจะเป็นการแก้ไขในปริมาณของการปฏิบัติตามสัญญาหรือแก้ไขในระยะเวลาของการปฏิบัติตามสัญญาก็ได้

⁷Ibid., p.39.

ตัวอย่างเช่น⁸ ศาลฝรั่งเศสได้เคยตัดสินเอาไว้ในคดี *Viette* ว่า เทศบาลมีอำนาจที่จะสั่งให้นาย *Viette* ในฐานะผู้รับสัมปทานผลิตกระแสไฟฟ้าให้เพิ่มกำลังการผลิตให้มากขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาได้หากการผลิตกระแสไฟฟ้าตามที่กำหนดไว้เดิมไม่เพียงพอกับความต้องการของประชาชนที่เพิ่มมากขึ้น หรือในคดี *Compagnie générale des eaux* ศาลก็ตัดสินเอาไว้ในทานองเดียวกันว่า เทศบาลมีสิทธิสั่งให้บริษัทผู้รับสัมปทานผลิตน้ำประปาจำหน่ายให้แก่ประชาชนให้ทำการเพิ่มกำลังการผลิตให้เพียงพอกับความต้องการของประชาชนที่เพิ่มมากขึ้นด้วยเหตุผลเดียวกัน หรือในคดีบริษัทราง *Compagnie générale française des tramways* สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (*Conseil 'd Etat*) ก็ได้ตัดสินไว้เช่นเดียวกันว่า ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะสั่งให้บริษัทผู้รับสัมปทานเดินรถรางให้เพิ่มจำนวนเที่ยวและจำนวนรถรางให้มากขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาได้เมื่อมีประชาชนต้องการใช้รถรางมากขึ้น ดังนี้ เป็นต้น

ซึ่งจะเห็นได้ว่า เนื้อหาของการแก้ไขสัญญาตามตัวอย่างต่าง ๆ เหล่านี้จะมีผลสัมพันธ์อยู่กับวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะให้ทันกับการสนองตอบความต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนแปลงไปเสมอ นั่นเอง

ส่วนกรณีของประเทศอังกฤษ เนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีสิทธิสั่งให้แก้ไขได้นั้นมีปรากฏอยู่ในแบบสัญญามาตรฐานทั้งที่เป็นแบบสัญญาซื้อขาย หรือ *GC/Stores/1* และแบบสัญญาก่อสร้างหรือ *CCC/Wks/1*

โดยในแบบสัญญา *GC/Stores/1* มีข้อความ (*Standard Clause*) ในข้อ 2 กำหนดเกี่ยวกับสินค้าที่จะซื้อขายกันว่า "จะต้องมีปริมาณ และเป็นชนิดตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (*specifications*), แบบแผน

⁸บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส" วารสาร
กฎหมายปกครอง, หน้า 100-101.

(plans)"⁹ และอื่น ๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา และมีข้อความในสัญญาข้อ 3 (1) ให้สิทธิแก่หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่จัดหาสินค้านั้น ๆ มีสิทธิที่จะ "แก้ไข เปลี่ยนแปลงได้เป็นระยะ ๆ ตลอดเวลา"¹⁰ เกี่ยวกับรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ, แบบแผน, และอื่น ๆ ของสินค้าที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 2 ดังกล่าวแล้วนั้น ซึ่งเมื่อหน่วยงานผู้ซื้อได้สั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้ว ผลที่ติดตามมาก็คือ "นับตั้งแต่วันที่หน่วยงานผู้ซื้อได้ระบุไว้ สินค้าที่ซื้อขายกันนั้นก็จะต้องเป็นไปตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (Specifications), แบบแผน (Plans), แผนผัง (Drawings), แบบ (Patterns), และตัวอย่าง (Samples) ตามที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น"¹¹

และในแบบสัญญา CCC/wks/1 ก็มีข้อความในสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้กว้างกว่าที่กำหนดไว้ในแบบสัญญา GC/Stores/1 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วเสียอีก โดยก่อนอื่นในสัญญาข้อ 1 (2) (a) ได้ให้คำนิยามแก่คำว่า "งาน" (the Works) ซึ่งผู้รับสัญญา (Contractor) จะต้องปฏิบัติตามสัญญาไว้อย่างกว้างขวางโดยให้คำจำกัดความว่าหมายถึง งานที่จะต้องเป็นไปตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (Specifications), รายการแสดงปริมาณและราคา (Bills of Quantities), และแผนผัง (Drawings) ที่กำหนดไว้ และ "หมายความรวมถึงงานพิเศษที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง (modified extra works) หรืองานเพิ่ม (additional works) และภาระหน้าที่ทั้งหลาย (obligations) ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วย"¹² ซึ่งเป็นการยอมรับไว้ตั้งแต่ในเบื้องต้นว่างานที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา

^{9,10,11}Colin Turpin, Government Contracts (Suffolk : Penguin Books, 1972), p.202 - 203.

¹²Ibid., p.203.

นั้นอาจจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มขึ้นได้ และต่อมาในสัญญาข้อ 7 (1) (a) ก็ได้บัญญัติให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเอาไว้ว่า "เจ้าหน้าที่ที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้ดูแลสัญญาอาจจะกระทำได้เป็นระยะ ๆ ตลอดเวลาเกี่ยวกับการออกแผนผังของงานช่วงต่อ ๆ ไป (further drawings) หรือออกคำสั่งในเรื่องเกี่ยวกับ

(a) การเปลี่ยนแปลง (variation) หรือแก้ไข (modification) เกี่ยวกับแบบ (design), คุณภาพ (quality) หรือ ปริมาณ (quantity) ของงาน หรือการสั่งให้เพิ่ม (addition) หรืองดเว้น (omission) หรือให้มีการทดแทน (substitution) เกี่ยวกับงานใด ๆ"¹³

ซึ่งเกี่ยวกับการที่แบบสัญญา CCC/Wks/1 ได้ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้อย่างกว้างขวางเช่นนี้ ผู้พิพากษา Asquith L.J. ได้เคยกล่าวถึงข้อสัญญาที่ให้อำนาจดังกล่าวนี้เอาไว้โดยกล่าวว่า คณะกรรมการซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการตามสัญญาหรือ Commissioners of Works "มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้รับสัญญาให้ดำเนินการเกี่ยวกับงานพิเศษได้โดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านปริมาณ (quantum) หรือด้านเวลา (time) คณะกรรมการสามารถเรียกร้องให้ผู้รับสัญญาสร้างสิ่งปลูกสร้างในพื้นที่ก่อสร้างขึ้นมา แล้วให้พังมันลงไป แล้วก็ให้สร้างมันขึ้นมาอีกได้ โดยจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือไม่ก็ได้ และจะกระทำบ่อยครั้งหรือในชวงเวลายาวนานเท่าใดก็ได้แล้วแต่คณะกรรมการจะเลือกกระทำ"¹⁴

^{12,13}Ibid., p.203.

¹⁴Ibid., p.203.

ซึ่งค่างกล่าวของ Asquith L.J. ดังกล่าวนี้ทำให้ดูเหมือนกว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐตามแบบสัญญา CCC/Wks/1 จะมีอำนาจอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด แต่อันที่จริงแล้วมิได้เป็นเช่นนั้นดังจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

สำหรับกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา การให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการสั่งให้แก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวก็กระทำในลักษณะเดียวกันกับกรณีของประเทศอังกฤษคือ การกำหนดเป็นข้อสัญญาไว้ในแบบสัญญามาตรฐานของภาครัฐ ทั้งในแบบสัญญาซื้อขายและในแบบสัญญาก่อสร้าง

โดยในแบบสัญญาซื้อขายซึ่งกำหนดราคาตายตัว (Fixed Price Supply Contracts) มีข้อสัญญาว่าด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือ "Changes" clause กำหนดเอาไว้ว่า¹⁵ "หน่วยงานผู้ทำสัญญาอาจจะออกคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรให้มีการเปลี่ยนแปลง (changes) ภายในขอบเขตทั่วไปของสัญญาในเวลาใด ๆ ก็ได้" โดยการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้อาจจะเป็นการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับ "แบบรูป (drawings design), หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specifications) ของสินค้า, วิธีการขนส่ง (The method of shipment) หรือการบรรจุหีบห่อ (packing), และสถานที่ส่งมอบสินค้า (place of delivery)" ก็ได้

ส่วนในแบบสัญญาก่อสร้าง ซึ่งกำหนดราคาตายตัว (Fixed Price Construction Contracts) ก็ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน โดยนอกจากจะให้สิทธิในการสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับ

¹⁵W. Noel Keyes, Government Contracts in a Nutshell (United States of America : West Publishing Co., 1979), p.243.

รายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specifications) ของงานได้แล้ว ยังให้ สิทธิในการสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับ "วิธีการหรือลักษณะการปฏิบัติงาน (method or manner of performance of the work) ในด้านการให้ สิ่งอำนวยความสะดวกสบาย (facilities), เครื่องมือที่ใช้ (equipment), วัสดุที่ใช้ (materials), งานบริการที่ทำ (service), หรือพื้นที่ก่อสร้าง (site) หรือการสั่งให้เร่งปฏิบัติงานให้เร็วยิ่งขึ้น"¹⁶ อีกด้วย

ซึ่งหากพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญาที่ได้รับการยอมรับให้มีการ แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ในกรณีของทั้งสามประเทศดังกล่าวมานี้แล้ว อาจกล่าวได้ เป็นเนื้อหาที่แทบจะไม่มี ความแตกต่างกันเลยในแต่ละประเทศ โดยอาจกล่าว สรุปได้ว่า เนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้นั้น เป็น เนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับทางด้านคุณสมบัติ (qualities) หรือด้านปริมาณ (quantities) ของสินค้าหรืองานตามสัญญาและเกี่ยวข้องกับทางด้านกำหนดเวลา (time) หรือสถานที่ (place) ในการส่งมอบสินค้าหรือในการปฏิบัติงานตาม สัญญา และลักษณะของความเปลี่ยนแปลงอาจจะ เป็นไปในทางเพิ่มขึ้น หรือลดลง หรือเป็นการกระทำสิ่งอื่นทดแทนก็ได้ โดยจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของการ แก้ไขซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อ ๆ ไป

3. ลักษณะสำคัญของสิทธิพิเศษ

การที่ระบบกฎหมายของต่างประเทศได้ยอมรับ (ไม่ว่าจะใน ทางทฤษฎี หรือในทางปฏิบัติ) ว่าสิทธิในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวเป็นสิทธิ พิเศษ (Prerogative) ประการหนึ่งของฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นได้ ก่อให้เกิดปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า ในการยอมรับเช่นนี้ได้ใช้อะไรเป็นตัวบ่งชี้ถึง

¹⁶Ibid., p.244.



ความเป็นสิทธิพิเศษนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเป็นสิทธิพิเศษในประการดังกล่าวนี้จะต้องประกอบไปด้วยลักษณะสำคัญอะไรบ้าง

ในส่วนนี้จึงจะได้กล่าวถึงลักษณะสำคัญของสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะที่จะทำให้บ่งชี้ได้ถึงความเป็นสิทธิพิเศษ ซึ่งจากการพิจารณาสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวที่มีอยู่ในสัญญาภาครัฐของประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกาแล้ว เห็นว่ามีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

3.1 ลักษณะความสัมพันธ์กับสถานะของฝ่ายปกครอง

ลักษณะสำคัญประการแรกคือ ลักษณะที่มีความสัมพันธ์อยู่กับสถานะของฝ่ายปกครอง หรืออาจกล่าวได้ว่าโดยสถานะของฝ่ายปกครองจึงทำให้เกิดการมีสิทธิพิเศษดังกล่าวเกิดขึ้น

ลักษณะสำคัญประการแรกนี้เป็นลักษณะที่เห็นได้โดยชัดเจนในสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าฝ่ายปกครองมีสถานะตามหลักกฎหมายมหาชนที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงลงไปก็คือ ฝ่ายปกครองมีสถานะที่พิเศษตามหลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของทฤษฎีบริการสาธารณะที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว ดังนั้น สำหรับกรณีของประเทศฝรั่งเศสจึงสามารถกล่าวได้อย่างเต็มที่ว่าสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นสิทธิที่มีความสัมพันธ์อยู่กับสถานะของฝ่ายปกครองอย่างใกล้ชิดโดยไม่มีข้อสงสัย

ส่วนในกรณีของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา
 การพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิพิเศษในประการดังกล่าวนี้อาจจะไม่สามารถมองเห็น
 ถึงความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องเนื่องอยู่กับสถานะของฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ
 ได้โดยตรงอย่างชัดเจนดังเช่นกรณีของประเทศฝรั่งเศส แต่ก็มิได้หมายความว่า
 สิทธิพิเศษที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอยู่ในทั้งสองประเทศดังกล่าวนี้จะไม่มีความสัมพันธ์
 กับสถานะของฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐเลย ลักษณะของความสัมพันธ์
 ระหว่างสิทธิพิเศษกับสถานะของฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา
 จะสามารถพบเห็นได้เมื่อพิจารณาผ่านลักษณะพิเศษของสัญญาภาครัฐที่มีอยู่ใน
 ระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 โดยจะสามารถ
 เห็นได้ว่าสิ่งที่ทำให้สัญญาภาครัฐในทั้งสองประเทศนี้มีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไป
 จากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปบางประการ ทั้ง ๆ ที่พื้นฐานของสัญญาภาครัฐก็เป็น
 สัญญาทางแพ่ง นั่นก็คือสถานะของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะที่เป็น
 ผู้รับผิดชอบในการจัดหาสินค้าและบริการเพื่อประโยชน์ของชุมชนส่วนรวมนั่นเอง

ข้อสนับสนุนคากกล่าวอ้างข้างต้นนี้จะเห็นได้จากคากกล่าว
 ของ Colin C. Turpin ที่ได้กล่าวแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการ
 ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองกับสถานะของฝ่ายปกครองซึ่งพบเห็นได้ในที่ต่าง ๆ
 เช่น ในการกล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง Turpin
 ได้กล่าวไว้¹⁷

¹⁷Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contract in General : Chapter 4 Public Contracts, p.36.

"การก่อกำหนดนี้สาธารณะ (public funds) ในประเทศทางตะวันตกทั้งหลายมักจะผูกพันอยู่กับการดำเนินการจัดหาสินค้าและบริการเพื่อประโยชน์ของชุมชน ซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่มีความชัดเจนที่จะต้องแน่ใจได้ว่ากระบวนการจัดหาสินค้าและบริการนี้จะต้องดำเนินการไปอย่างมีประสิทธิภาพ (efficiency) และประหยัด (economy) เพื่อให้เป็นไปตามนี้จึงเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในการทำสัญญาภาครัฐว่าจะต้องมีการให้สิทธิพิเศษ (special prerogatives) แก่ฝ่ายปกครอง (โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาลกลาง) ในฐานะที่เป็นคู่สัญญา เพื่อให้เกิดการปกป้องประโยชน์ของสาธารณะ (public interest) นั้น"

ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ของการให้สิทธิพิเศษกับสถานะของฝ่ายปกครองในการเป็นผู้ดำเนินการจัดหาสินค้าและบริการเพื่อประโยชน์ของชุมชนอย่างชัดเจน

นอกจากนี้ Turpin ยังได้กล่าวถึงลักษณะของเงื่อนไขต่าง ๆ (conditions) ที่มีอยู่ในแบบสัญญามาตรฐานของสัญญาภาครัฐอันเป็นแหล่งที่มาของสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในประเทศที่ไม่ได้ยอมรับถึงการมีสัญญาทางปกครองอย่างประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาโดยกล่าวว่า¹⁸

"แบบของสัญญาภาครัฐทั้งสองฉบับ (หมายถึงแบบ GC/Stores/1 และแบบ CCC/Wks/1 ของอังกฤษ-ผู้เขียน) ประกอบด้วยเงื่อนไขต่าง ๆ (conditions) ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงสถานะที่พิเศษ (special position) ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ" และเป็นสิ่งที่ "จำแนกแบบของสัญญาภาครัฐให้แตกต่างไปจากแบบของสัญญาต่าง ๆ ที่ใช้อยู่ในการทำสัญญาของภาคเอกชน"

¹⁸Colin Turpin, Government Contracts, p.106.

ซึ่งคากล่าวในประการหลังนี้ได้ช่วยให้เห็นชัดเจนยิ่งขึ้นว่า สิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เป็นเงื่อนไขปรากฏอยู่ในแบบของสัญญาภาครัฐนั้น เป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์กับสถานะพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และเป็นสิ่งสำคัญถึงขนาดเป็นตัวจำแนกความแตกต่างระหว่างแบบของสัญญาที่ใช้อยู่ในภาครัฐกับแบบของสัญญาที่ใช้อยู่ในภาคเอกชนเลยทีเดียว

3.2 ลักษณะการเป็นสิทธิฝ่ายเดียว

ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวในสัญญาภาครัฐ คือ ลักษณะของการเป็นสิทธิฝ่ายเดียว (unilateral right) ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้มีสิทธิดังกล่าวและสามารถใช้สิทธิดังกล่าวนี้ได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องไปทำความตกลง หรือเจรจาต่อรองเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก่อน และสิทธิดังกล่าวนี้จะคงอยู่กับฝ่ายปกครองตลอดไปโดยฝ่ายปกครองจะสละ, หรือตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อกำจัดสิทธิดังกล่าว, หรือถูกแทรกแซงโดยอำนาจอื่นใดไม่ได้

ลักษณะดังกล่าวเป็นลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้สัญญาภาครัฐมีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เนื่องจากในการแก้ไขสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปจะยึดถือหลัก "ความเปลี่ยนแปลงไม่ได้ของสัญญา" (immutabilité du contrat)¹⁹ เป็นสำคัญ ซึ่งตามหลักดังกล่าวหมายความว่า ภายหลังจากที่ได้ทำสัญญาต่อกันแล้ว คู่สัญญาจะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลง

¹⁹บรรศักดิ์ อวรรณไฉ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 99.

สัญญาไม่ได้ หากต่อมาคู่สัญญาฝ่ายใดมีความประสงค์จะให้มีการแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงในเนื้อหาของสัญญาข้อใดแล้วก็ชอบที่จะกระทำโดยการตกลงร่วมกัน ทั้งสองฝ่าย มิฉะนั้นการแก้ไขก็จะมีผลบังคับในระหว่างคู่สัญญา

การเป็นสิทธิฝ่ายเดียวในความหมายดังกล่าวข้างต้นนี้ สำหรับกรณีของประเทศฝรั่งเศสก็ยังคงเป็นเช่นเดียวกับลักษณะประการแรก คือ มีความชัดเจนในการแสดงความหมายมากกว่ากรณีของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเอกสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศสเป็นสิทธิที่มีอยู่โดยสภาพตามหลักกฎหมายมหาชน ดังนั้นการเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่สิ่งที่จำเป็นต้องทำ และศาลปกครองก็เคยวินิจฉัยยืนยันถึงความเป็นสิทธิฝ่ายเดียวโดยแท้ที่เอาไว้ด้วยว่า ฝ่ายปกครองจะสละหรือทำสัญญากับบุคคลใดเพื่อจำกัดเอกสิทธิ์ที่ตนมีอยู่ไม่ได้²⁰

ส่วนกรณีของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา แม้ว่าสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวในทั้งสองประเทศนี้จะเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นทางปฏิบัติ มิได้มีที่มาจากเหตุผลทางทฤษฎีดังเช่นกรณีของฝรั่งเศส แต่โดยผลของการมีสภาพบังคับที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติก็ทำให้สิทธิพิเศษที่มีอยู่ในทั้งสองประเทศนี้มีลักษณะที่ไม่แตกต่างไปจากกรณีของประเทศฝรั่งเศสเท่าใดนัก

กล่าวคือ สำหรับกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เนื่องจากกฎระเบียบที่ใช้ควบคุมแบบสัญญามาตรฐานของภาครัฐไม่ว่าจะเป็น Armed Services Procurement Regulations (หรือ ASPR) หรือ Federal Procurement Regulations (หรือ FPR) ต่างก็เป็นกฎระเบียบ

²⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

ที่มีสถานะบังคับใช้ได้ดังเช่นกฎหมายตาม United States Code ส่วนที่ 44 มาตรา 1505²¹ ดังนั้น ข้อสัญญาต่าง ๆ (standard clauses) รวมทั้งข้อสัญญาที่ว่าด้วยการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว ("Changes" clause) ที่มีอยู่ในแบบสัญญามาตรฐานของภาครัฐซึ่งอยู่ภายใต้กฎระเบียบดังกล่าวจึงมีสภาพบังคับที่มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐผู้ทำสัญญาและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ต้องปฏิบัติตามอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ด้วย ซึ่งในกรณีนี้ศาลของสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น Court of Claims หรือ Supreme Court ก็ได้เคยตัดสินยืนยันหลักการดังกล่าวข้างต้นเอาไว้ ดังจะเห็นได้จากแนววินิจฉัยของศาล ในคดี G.L. Christian and Associates V. United States. ซึ่ง W. Noel Keyes ได้กล่าวถึงคดีนี้โดยสรุปเอาไว้ว่า เป็นคดีที่....²²

".....เกี่ยวกับสัญญาซึ่งไม่ได้ระบุข้อความ (clause) ตามที่กฎระเบียบ (regulation) บังคับไว้ ซึ่งถือว่าข้อความดังกล่าวนี้จะต้องถูกอ่านลงไปในสัญญาด้วย" โดย "Court of Claims ได้วางหลักเอาไว้ว่า ความสมบูรณ์ของสัญญา (validity) ขึ้นอยู่กับการระบุข้อความ (Clause) เอาไว้ในสัญญา นั้นหมายความว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาไม่มีอำนาจที่จะดเว้นการปฏิบัติตามกฎระเบียบ (regulation) ซึ่งมีสภาพบังคับและมีผลตามกฎหมาย" และ "กรณีนี้เป็นการวางหลักขยายคำตัดสินของ Supreme Court ซึ่งเคยตัดสินเอาไว้ว่า ในกรณีที่มีกฎหมาย (statute) กำหนดให้การทำสัญญาต้องกระทำเฉพาะภายหลังจากการประกาศโฆษณาอย่างเป็นทางการ (formal advertisement) หากมีสัญญาใดที่ได้ทำโดยปราศจากการโฆษณาดังกล่าวแล้ว

²¹W. Noel Keyes, Government Contracts in a Nutshell, p.12.

²²Ibid., p.13.

สัญญานั้นก็จะเป็นโมฆะ (invalid)" แต่ "อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กฎระเบียบ (regulations) ไม่ได้มีการเผยแพร่ใน Federal Register แล้ว กฎระเบียบนั้น ๆ ก็จะไม่มีผลบังคับต่อผู้รับสัญญาที่ไม่รู้ถึงการมีอยู่กฎระเบียบนั้นตามความเป็นจริง" และ "กฎระเบียบ (regulations) ที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา (legality of contract) หมายถึงเฉพาะกฎระเบียบที่มีอยู่ในขณะที่สัญญาได้รับการซื้อขายตัดสิน (at the time the contract was awarded) เท่านั้น"

บรรทัดฐานที่เกิดจากการตัดสินในคดีนี้หรือที่เรียกกันในเวลาต่อมาว่า Christian Doctrine จึงเป็นสิ่งยืนยันถึงความมีอยู่ของลักษณะพิเศษบางประการของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่แตกต่างไปจากลักษณะพื้นฐานของสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปอย่างชัดเจนซึ่งรวมถึงลักษณะของการเป็นผู้มีสิทธิพิเศษฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาในความหมายดังกล่าวข้างต้นด้วย

ส่วนกรณีของประเทศอังกฤษ การมีสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็เป็นสิทธิที่มีอยู่ในทางปฏิบัติเช่นเดียวกับกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่การมีสิทธิดังกล่าวนี้ไม่มีความแน่นอนเหมือนกับกรณีของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากแบบสัญญามาตรฐานซึ่งเป็นที่มาของข้อสัญญาว่าด้วยการแก้ไขสัญญา (variation clause) ของอังกฤษ ไม่ว่าจะ เป็นแบบ GC/Stores/1 หรือแบบ CCC/Wks/1 ไม่ได้เป็นแบบสัญญาที่มีกฎหมายบังคับให้ต้องนำไปใช้เหมือนดังเช่นกรณีของสหรัฐอเมริกาที่มีกฎระเบียบ (regulations) ซึ่งมีสภาพบังคับดังเช่นกฎหมายบังคับให้ต้องนำไปใช้อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ดังกล่าวมาแล้ว การนำแบบสัญญามาตรฐานไปใช้ในกรณีของอังกฤษจึงเป็นการกระทำตามแนวทางปฏิบัติในฐานะที่เป็นแนวทางปฏิบัติอย่างแท้จริง นอกจากนี้ในการนำเอาแบบสัญญามาตรฐานไปใช้ตามความเป็นจริงก็มีมาเป็นการยกเอาข้อความที่มีอยู่ในแบบสัญญาทั้งฉบับไปใช้เลยทีเดียว หากแต่เป็น

การให้เลือกว่าไปใช้ตามความเหมาะสมในการทำสัญญาแต่ละฉบับ โดยแบบสัญญามีฐานะเป็นเพียงที่รวมของแบบเงื่อนไขทางสัญญา เพื่อให้เลือกว่าไปใช้เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของ Colin C Turpin ที่กล่าวถึงแบบสัญญา GC/Stores/1 และ CCC/Wks/1 เอาไว้ว่า²³

"แบบของสัญญาทั้งสองแบบนี้ไม่ใช่แบบที่จะสำเร็จสมบูรณ์โดยเพียงแต่เติมข้อความลงในช่องว่างของแบบและลงลายมือชื่อเพื่อให้สัญญามีผลสมบูรณ์และผูกพันเท่านั้น หากแต่แบบแต่ละแบบเป็นเพียงที่รวมของเงื่อนไขที่เป็นแบบอย่าง (set of model conditions) เพื่อให้เลือกว่าไปใช้ในสัญญาแต่ละฉบับ"

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของการกำหนดให้มีแบบสัญญามาตรฐานขึ้นมาใช้คือการมุ่งหมายให้มีการปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณะอย่างเพียงพอ (adequate protection of the public interest)²⁴ ดังนั้น ในขณะที่มีการทำสัญญาภาครัฐจริง ๆ สำหรับกรณีของอังกฤษก็น่าจะมีการนำเงื่อนไขว่าด้วยการแก้ไขสัญญา (variation clause) ไปบรรจุไว้ในสัญญาด้วยเพราะเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้

²³Colin Turpin, Government Contracts, p.105.

²⁴Colin Turpin, Government Contracts, p.105.

4. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการเป็นสิทธิพิเศษ

จากความหมายของการเป็นสิทธิพิเศษดังกล่าวมาข้างต้น ไม่
 ว่าจะพิจารณาในแง่ที่มาของสิทธิพิเศษ หรือเนื้อหาของการใช้สิทธิพิเศษ หรือ
 ลักษณะสำคัญของการเป็นสิทธิพิเศษก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการเป็นสิทธิพิเศษในนัย
 ดังกล่าวนั้น ยังอาจมีความไม่ชัดเจนในบางประเด็นหรืออาจทำให้เกิดข้อกลาง
 แคลงสงสัยได้ในบางประการที่สมควรนำมากล่าวเป็นข้อสังเกตและวิเคราะห์ให้
 เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนี้

4.1 ข้อแตกต่างในความหมายของการเป็นสิทธิพิเศษระหว่าง กรณีของประเทศฝรั่งเศสกับกรณีของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

จากความหมายของการเป็นสิทธิพิเศษตามที่ปรากฏใน
 ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ดังได้กล่าวมา
 แล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้ว่าโดยสาระหลัก ๆ ของสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญา
 ได้ฝ่ายเดียวในประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จะมีความคล้ายคลึงกันแต่โดยรายละเอียด
 ของการเป็นสิทธิพิเศษนั้นก็ยังมีข้อสังเกตว่ามีได้มีความเหมือนกันทั้งหมด โดยอาจ
 เปรียบเทียบให้เห็นถึงความแตกต่างที่มีอยู่ในกรณีของประเทศฝรั่งเศสกับกรณีของ
 ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้

4.1.1 ข้อแตกต่างทางด้านที่มาของสิทธิพิเศษ ซึ่งได้ กล่าวมาแล้วว่า กรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้นการมีสิทธิพิเศษมีที่มาจากทางด้าน ทฤษฎีคือถือว่าเป็นสิทธิพิเศษที่ฝ่ายปกครองมีอยู่โดยสภาพตามหลักกฎหมายมหาชน ส่วนกรณีของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาคือถือว่าเป็นสิทธิพิเศษที่เกิดขึ้นในทาง ปฏิบัติโดยการสังเกตเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องกำหนดสิทธิดังกล่าวนี้เอาไว้ใน สัญญาเสมอ

4.1.2 ข้อแตกต่างทางด้านขอบเขตของการมีสิทธิพิเศษ โดยฝ่ายปกครองในกรณีของฝรั่งเศสจะมีสิทธิพิเศษกว้างกว่าที่หน่วยงานของรัฐมี อยู่ในกรณีของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสจะมี สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ทุกสัญญา ในขณะที่หน่วยงานของรัฐใน กรณีของอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกาจะมีสิทธิแก้ไขสัญญาภาครัฐที่ตน เป็นผู้สัญญาอยู่ด้วย ได้เฉพาะในสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุและสัญญาก่อสร้างที่มีแบบสัญญามาตรฐาน ซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวเอาไว้เท่านั้น ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากเหตุผลความแตกต่างดังกล่าวในข้อแรกนั่นเอง

4.1.3 ข้อแตกต่างทางด้านมูลเหตุของการใช้สิทธิพิเศษ โดยมูลเหตุของการใช้สิทธิพิเศษแก้ไขสัญญาในกรณีของฝรั่งเศสจะเกี่ยวข้องกับหรือ สัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะ (Public interest) โดยตรงมากกว่ากรณีของ อังกฤษและสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในกรณีของฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายปกครองจะใช้ สิทธิพิเศษแก้ไขสัญญาทางปกครองก็เพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับ ความต้องการของประชาชน การแก้ไขสัญญาจึงเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของ ประชาชนโดยตรง ส่วนในกรณีของอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้น เหตุผลหลักของ การให้สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาจัดหาพัสดุหรือสัญญาก่อสร้างแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ เพื่อทำให้กระบวนการจัดหาสินค้าและบริการของหน่วยงานของรัฐเป็นไปอย่างมี ประสิทธิภาพ (efficiency) และโดยประหยัด (economy) ดังนั้น การแก้ไข สัญญาจึงอาจจะเกี่ยวหรือไม่เกี่ยวกับมูลเหตุที่เป็นความต้องการของประชาชน โดยตรงก็ได้ ตัวอย่างเช่น ในการทำสัญญาจ้างก่อสร้างสะพานคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อาจจะสั่งให้ผู้รับสัญญาแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบ (design) หรือรายละเอียดคุณลักษณะ เฉพาะ (specifications) ของสะพานให้ต่างไปจากที่กำหนดไว้เดิมในสัญญา เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการก่อสร้างได้อย่างมีประสิทธิภาพหรืออาจจะเพื่อให้ ได้สะพานซึ่งประชาชนสามารถใช้ประโยชน์ได้มากยิ่งขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ก็ได้ ดังนี้ เป็นต้น

การที่สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว เป็นสิ่งที่มีความแตกต่างกันระหว่างกรณีของฝรั่งเศสกับกรณีของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่าความแตกต่างเหล่านี้ล้วนมีรากฐานมาจากแหล่งเดียวกัน คือ รากฐานเกี่ยวกับการยอมรับหรือไม่ยอมรับซึ่งการมีอยู่ของหลักกฎหมายมหาชน (Public Law) โดยลักษณะของสิทธิพิเศษในกรณีของฝรั่งเศสเป็นลักษณะตามหลักกฎหมายมหาชน ส่วนกรณีของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเป็นลักษณะที่ขาดหลักกฎหมายมหาชนรองรับ สิทธิพิเศษในกรณีของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจึงเป็นสิทธิที่มีลักษณะจำกัดตามแนวทางของประเทศทั้งสองนี้ ดังนั้นแม้ว่า Colin C. Turpin จะกล่าวว่าสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาตามที่ปรากฏในแบบสัญญามาตรฐานของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเป็นสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาสำหรับกรณีของทั้งสองประเทศดังกล่าว ก็ต้องพึงเข้าใจไว้ด้วยว่าสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในทั้งสองประเทศนี้มิได้มีความหมายที่ลงรอยกับความ เป็นสิทธิพิเศษในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสทั้งหมด

4.2 ข้อแตกต่างระหว่างสิทธิพิเศษในสัญญาภาครัฐกับสิทธิแก้ไขสัญญาในสัญญาภาคเอกชน

ข้อที่น่าเคลือบแคลงสงสัยอีกประการหนึ่งก็คือ ข้อสัญญาว่าด้วยสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญา (Variations clause หรือ Changes clause) ที่มีอยู่ในสัญญาภาครัฐของอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกาซึ่งมีเนื้อหาดังได้กล่าวมาในหัวข้อที่ 2 แล้วนั้น มีความแตกต่างไปจากสิทธิในการแก้ไขสัญญาตามที่มีปรากฏอยู่ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทั่วๆไป เพราะในการทำสัญญาของภาคเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำสัญญาก่อสร้างก็มีการกำหนดแบบสัญญามาตรฐานขึ้นมาใช้และก็มีข้อสัญญาว่าด้วยการให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ในทำนองเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ในแบบสัญญาก่อสร้างของ Royal Institute of British Architects (The R.I.B.A.

Forms of contract) ของอังกฤษก็มีข้อสัญญาข้อที่ 11 ให้อำนาจแก่สถาปนิกสามารถสั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานได้ หรือในแบบสัญญาก่อสร้างของ Federation Internationale des Ingenieurs Conseils หรือ FIDIC ก็มีสัญญาข้อ 51 ให้อำนาจแก่วิศวกรสามารถสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานได้เช่นเดียวกัน

การที่สัญญาภาครัฐและสัญญาภาคเอกชนต่างก็มีการกำหนดแบบสัญญามาตรฐานขึ้นมาใช้และต่างก็มีข้อสัญญาว่าด้วยการให้สิทธิแก่ฝ่ายผู้ให้สัญญาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้โดยมีเนื้อหาในทำนองเดียวกันเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นแต่เพียงความพ้องต้องกันในเรื่องเท่านั้น และก็เป็นเรื่องปกติของการทำสัญญาก่อสร้างที่มักจะไม่สามารถกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับงานก่อสร้างเอาไว้โดยสมบูรณ์ได้ตั้งแต่เริ่มแรกจึงจำเป็นต้องมีกลไกทางสัญญาที่กำหนดให้ผู้ว่าจ้างสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดเกี่ยวกับงานให้สมบูรณ์ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิแก้ไขสัญญาตามที่มีปรากฏอยู่ในทั้งสัญญาภาครัฐและสัญญาภาคเอกชนนี้ก็ยังมีข้อแตกต่างกันบางประการ ดังนี้คือ

4.2.1 ข้อแตกต่างทางด้านมูลเหตุของการให้สิทธิกล่าวคือ การให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาก่อสร้างได้นอกจากจะเป็นการให้สิทธิตามสภาพของสัญญาก่อสร้างดังเช่นกรณีของการทำสัญญาก่อสร้างในภาคเอกชนโดยทั่วไปแล้ว มูลเหตุของการให้สิทธิดังกล่าวในสัญญาภาครัฐที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือการทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐอยู่ในสถานะที่สามารถดำเนินการจัดหาสินค้าและบริการได้อย่างมีประสิทธิภาพ (efficiency) และโดยประหยัด (economy) ตามคำกล่าวของ Colin C. Turpin ที่ได้ยกมากล่าวเอาไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.1 ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับเหตุผลดังกล่าวนี้และเห็นว่า เป็นภาระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตาม

หลักการดังกล่าวนี้ยิ่งอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น มูลเหตุของการให้สิทธิในสัญญาภาคีรัฐจึงประกอบด้วยเหตุผลที่สำคัญและมีความสัมพันธ์กับผลประโยชน์ของส่วนรวมยิ่งกว่าการให้สิทธิในสัญญาภาคเอกชนโดยทั่วไป

4.2.2 ข้อแตกต่างทางด้านลักษณะของการเป็นสิทธิ

ฝ่ายเดียว ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่าการเป็นสิทธิฝ่ายเดียวของสิทธิในการแก้ไขสัญญาภาคีรัฐนั้น เป็นสิทธิที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้มาโดยไม่ต้องเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และเป็นสิทธิที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอยู่เสมอโดยไม่อาจสละได้ การมีลักษณะดังกล่าวนี้จึงมีความแตกต่างไปจากลักษณะของสิทธิที่มีอยู่ในสัญญาภาคเอกชนโดยทั่วไป เพราะสิทธิตามสัญญาภาคเอกชนเป็นสิทธิที่ได้มาจากการเจรจาต่อรองในระหว่างคู่สัญญาเป็นพื้นฐานและเป็นสิทธิที่คู่สัญญาอาจสละเสียเมื่อใดก็ได้ตามความพอใจของคู่สัญญา หรือหากเป็นสิทธิที่เกิดจากสัญญาที่ได้กำหนดไว้เป็นแบบสัญญามาตรฐาน เช่น แบบสัญญาของ R.I.B.A. หรือ FIDIC ดังกล่าว แบบสัญญานี้ก็เป็นแต่เพียงแบบของสัญญาที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติที่ยอมรับกันในบางวงการ เช่น วงการก่อสร้างเท่านั้น หากได้มีผลบังคับใช้ได้อันเนื่องมาจากผลของกฎหมาย ดังเช่น แบบสัญญามาตรฐานของภาครัฐไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสหรัฐอเมริกา นั้นจะเห็นได้ชัดเจนว่า ระเบียบข้อบังคับคือ Armed Services Procurement Regulations และ Federal Procurement Regulations อันเป็นที่มาของแบบสัญญามาตรฐานของภาครัฐนั้น เป็นระเบียบข้อบังคับที่มีผลบังคับต่อบุคคลทั่วไปได้ดังเช่นกฎหมายดังได้กล่าวมาแล้ว จึงอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าแบบสัญญาของสัญญาภาคเอกชนเป็นแบบที่เกิดจากการยอมรับตามธรรมเนียมปฏิบัติ ส่วนแบบสัญญาของสัญญาภาครัฐเป็นแบบที่ต้องยอมรับโดยผลของกฎหมาย

ขอบเขตของการแก้ไขสัญญา

การทำให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวเป็นการทำให้สิทธิซึ่งเกิดขึ้นในช่วงที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ผู้รับสัญญา (Contractor) กำลังปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามสัญญา ดังจะเห็นได้ว่า Colin C. Turpin ได้จัดทำให้สิทธิพิเศษดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิพิเศษในการควบคุมหรือกำกับทำให้เป็นตามสัญญา (control or direction of the contract)²⁵ ดังนั้น สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนี้จึงอาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา นั้นหมายความว่า การใช้สิทธิแก้ไขสัญญาใด ๆ อย่างน้อยก็จะต้องอยู่ในกรอบเป้าหมายของกระบวนการดังกล่าวด้วย ซึ่งแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติที่มีอยู่ในประเทศฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ ก็อยู่ในกรอบเป้าหมายดังกล่าวนี้ โดยมีรายละเอียดในแต่ละประเทศ ดังนี้

1. กรณีของประเทศฝรั่งเศส

1.1 ขอบเขตในด้านวัตถุประสงค์ของการแก้ไข

เหตุผลสำคัญของกรการทำให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองฝรั่งเศสในการแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวทั้ง ๆ ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ยังคงปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาอย่างเป็นปกติ ก็คือ เหตุผลเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของประชาชนที่มีความเปลี่ยนแปลงไปตาม

²⁵Colin C. Turpin, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII : Contract in General : Chapter 4 Public Contracts, p.37.

"หลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ" ซึ่งเป็นรากฐานของสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองในประการดังกล่าวนี้ตั้งได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น เหตุผลเพื่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในบริการสาธารณะตามความต้องการของประชาชนจึงเป็นกรอบหลักในการควบคุมการใช้สิทธิของฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายความว่า แม้ฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสจะมีสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวอย่างกว้างขวางโดยไม่ผูกมัดกับเนื้อหาของสัญญา แต่ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถจะใช้สิทธิดังกล่าวนี้ตามอำเภอใจของตนเองได้²⁶ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือจะต้องใช้สิทธิโดยคำนึงถึงหลักความถูกต้องตามกฎหมาย (legality) และต้องทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามหลักกฎหมายมหาชนเพื่อไปกลั่นแกล้งเอกชน²⁷

1.2 ขอบเขตในด้านขนาดของการแก้ไข

นอกจากนี้ ในการใช้สิทธิพิเศษแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองฝรั่งเศสก็ยังคงจำกัดในด้านขนาดของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอีกด้วย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงจนเกินขนาดไม่ได้ (exéder certaines limites)²⁸ หากฝ่ายปกครองใช้สิทธิจนเกินขนาด คู่สัญญาอีก

²⁶บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 99.

²⁷โกคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 33.

²⁸บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 100.

ฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิเลิกสัญญาได้ สำหรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกินขนาดนั้น มีตัวอย่างเช่น²⁹ การขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ใหม่ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้และไม่ได้เกี่ยวข้องกับสัญญาเลย หรือการขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพิ่มจำนวนของจากที่กำหนดไว้ในสัญญาถึงสามเท่าตัว ทั้ง ๆ ที่ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเพิ่มขึ้นถึงขนาดนั้น ดังนี้ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้จากตัวอย่างดังกล่าวนี้ว่า คำว่า "ขนาด" ในที่นี้หมายถึงขนาดของ "วัตถุแห่งสัญญา" ทั้งในแง่ของคุณสมบัติ (quality) และในแง่ของปริมาณ (quantity) โดยตัวอย่างแรกแสดงให้เห็นถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกินขนาดในด้านคุณสมบัติของวัตถุแห่งสัญญา คือการให้ชำระ "หนี้" ซึ่งไม่ได้กำหนดเอาไว้ในสัญญา หรือซึ่งไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับหนี้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเลย ส่วนตัวอย่างที่สองแสดงให้เห็นถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกินขนาดในด้านปริมาณของวัตถุแห่งสัญญา คือปริมาณของ "ของ" ที่กำหนดไว้ในสัญญา เหตุที่มีการกำหนดขอบเขตของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงว่าจะต้องไม่เกินขนาดดังกล่าวนี้ก็เพื่อจะให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเนื่องจากในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เข้าทำสัญญาโดยรู้ถึงการมีข้อจำกัดทางด้านเทคนิคและทางการเงินของตนเอง การเข้ารับทำสัญญากับฝ่ายปกครองจึงเป็นการรับทำตามข้อจำกัดดังกล่าวของตนเอง ดังนั้นโดยหลักการจึงไม่ควรให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้สิทธิแก้ไขสัญญาได้ตามอำเภอใจ โดยอ้างแต่เพียงว่าเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

²⁹ เรื่องเดียวกัน., หน้า 100 - 101.

1.3 ข้อจำกัดในด้านการแก้ไขค่าตอบแทน

ขอบเขตที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ ในการใช้สิทธิพิเศษ เพื่อแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะใช้สิทธิแก้ไขเกี่ยวกับ "ค่าตอบแทน" ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับตามสัญญาโดยกระทำตามลาพัง แต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับค่าตอบแทนตามสัญญา³⁰ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเด็ดขาดที่จะไม่ยอมมาให้ฝ่ายปกครองแก้ไขได้ ฝ่ายเดียว³⁰ โดยในการกำหนดราคาหรือค่าตอบแทนตามสัญญาว่าควรจะเป็นจำนวนเท่าใด หรือควรจะมีการแก้ไขเป็นอย่างไรนั้น จะมีพื้นฐานอยู่ที่การเจรจาต่อรองในระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เช่นเดียวกับหลักการของการทำสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป ทั้งนี้เป็นเพราะว่าค่าตอบแทนนั้น เป็นผลประโยชน์ที่คู่สัญญาจะได้รับเป็นการตอบแทนในการเข้าร่วมช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะตามสัญญา ซึ่งถือว่าเป็นแรงจูงใจที่สำคัญให้เข้ามาทำสัญญาดังนั้น หากปล่อยให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขราคาหรือค่าตอบแทนตามสัญญาโดยกระทำได้แต่เพียงลาพังฝ่ายเดียวแล้วก็อาจจะเป็นการกระทบต่อแรงจูงใจดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งก็มีผลกระทบต่อบริการสาธารณะที่เป็นผลประโยชน์ของส่วนรวมด้วย

2. กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1 ขอบเขตทั่วไปของสัญญา

การใช้สิทธิแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกาเป็นการใช้สิทธิตาม "Changes" clause ที่มีอยู่ในแบบสัญญามาตรฐาน ไม่ว่าจะเป็นแบบสัญญาซื้อขาย (Supply Contracts) หรือแบบ

³⁰เรื่องเดียวกัน., หน้า 100, 104.

สัญญาจ้างก่อสร้าง (Construction Contracts) ซึ่งในเนื้อหาของ "Changes" clause นี้เองจะมีการกำหนดขอบเขตของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอาไว้ด้วย โดยกำหนดว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะต้องกระทำ "ภายในขอบเขตทั่วไปของสัญญา" (within the general scope of contract)³¹ ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตเอาไว้อย่างกว้าง ๆ แต่ก็ยังคงอยู่ในกรอบของความมุ่งหมายเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา

ปัญหาว่าการกระทำอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการแก้ไข "ภายในขอบเขตทั่วไปของสัญญา" หรือจะใช้เกณฑ์อะไรเป็นเครื่องวัดว่าการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอยู่ภายในขอบเขตดังกล่าวหรือไม่นั้น อาจเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลและของคณะกรรมการพิจารณาคาอุทธรณ์เกี่ยวกับสัญญา (Boards of Contract Appeals) ซึ่งได้วินิจฉัยเอาไว้จนเกิดเป็นหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า Cardinal Changes หรือ หลักการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญหรืออย่างมาก ซึ่งตามหลักดังกล่าวนี้จะถือว่าการแก้ไขในลักษณะที่เป็น Cardinal Changes นั้น เป็นการแก้ไขที่เกินเลยไปจาก "ขอบเขตทั่วไปของสัญญา" ดังนั้นเกณฑ์ที่จะใช้ในการวัดว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเป็นการกระทำที่อยู่ภายในขอบเขตทั่วไปของสัญญาหรือไม่จึงพิจารณาที่ลักษณะของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นว่าเป็นการแก้ไขอย่างสำคัญหรือไม่ ซึ่งก็ทำให้มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การแก้ไขอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการแก้ไขอย่างสำคัญ หรือจะมีวิธีพิจารณาถึงความสำคัญหรือไม่สำคัญน้ออย่างไร ซึ่งเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวนี้ W. Noel Keyes ได้กล่าวสรุปเอาไว้ว่า สิ่งที่จะต้องนำมาใช้ประกอบการพิจารณานั้น

³¹W. Noel Keyes, Government Contracts in a Nutshell, p.243.

ได้แก่³²จำนวนของการแก้ไขเปลี่ยนแปลง (number of changes), ลักษณะของงาน กำหนดเวลาการปฏิบัติงานและปริมาณของงานที่ผู้รับสัญญาจะต้องทำซึ่งได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง (character, timing, and the amount of development work needed to be done by the contractor), และมูลค่าของงานที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลง (the cost of the changed work) ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสิ่งที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปเหล่านี้ โดยเปรียบเทียบกับขอบเขตดั้งเดิม (original scope) ตามสัญญาก่อนมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วพบว่างานที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นยังคงมีสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกับงานที่คู่สัญญาได้ตกลงกันในขณะทำสัญญาแล้ว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นก็ไม่ถือว่าเป็น Cardinal Changes แต่หากผลการพิจารณาเปรียบเทียบได้ผลในทางตรงกันข้าม ก็ถือว่าเป็น Cardinal Changes ซึ่งศาลของสหรัฐอเมริกาคือ Court of Claims ถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อสัญญาและผู้รับสัญญา (Contractor) มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหาย³³

ตัวอย่างของคดีที่ศาลได้เคยวินิจฉัยว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเป็น Cardinal Changes หรือไม่ เช่น คดี Keco Industries, Inc. v. U.S.³⁴ ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีสรุปได้ว่า รัฐบาลได้ว่าจ้างบริษัท Keco Industries, Inc. ซึ่งเป็นผู้เสียหายให้เป็นผู้ผลิตเครื่องทำความเย็น (refrigeration units) ให้แก่รัฐบาลโดยทำสัญญาไว้ต่อกัน 4 ฉบับ ตามสัญญาดังกล่าวได้ระบุให้บริษัทต้องผลิตเครื่องทำความเย็น 2 ประเภทให้แก่รัฐบาลคือประเภทที่ใช้กระแสไฟฟ้าจำนวน 170 เครื่อง ในราคา

³²Ibid., p.246.

³³Ibid., p.244.

³⁴Ibid., p.246 - 247.

เครื่องละ 12.71 ดอลลาร์ และประเภทที่ใช้แก๊สโซลีน จำนวน 100 เครื่อง ในราคาเครื่องละ 17-20 ดอลลาร์ ต่อมาฝ่ายรัฐบาลได้มีคำสั่งให้บริษัทเปลี่ยนแปลงการผลิตเครื่องทำความเย็นจากประเภทที่ใช้แก๊สโซลีนจำนวน 100 เครื่องดังกล่าวมาเป็นประเภทที่ใช้ไฟฟ้าจำนวน 100 เครื่องแทน โดยอาศัยอำนาจตามสัญญาคือตาม changes article ที่กำหนดไว้ในสัญญาโดยการสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ปรากฏด้วยว่าฝ่ายรัฐบาลได้กระทำก่อนที่บริษัทจะได้ลงมือผลิตเครื่องทำความเย็นประเภทที่ใช้แก๊สโซลีนคือยังไม่มีการผลิตเครื่องทำความเย็นประเภทที่ใช้แก๊สโซลีนเลย

ต่อมาบริษัทได้ยื่นคำร้องอุทธรณ์เกี่ยวกับการแก้ไข

เปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือ Board of Contract Appeals ซึ่งต่อมาคณะกรรมการก็ได้วินิจฉัยให้บริษัทได้รับการ 10 % สำหรับการผลิตเครื่องทำความเย็นที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น แต่บริษัทก็ยังไม่พอใจคำวินิจฉัยดังกล่าวของคณะกรรมการและได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลคือ Court of Claims เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลโดยอ้างว่าการออกคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นการกระทำนอกเหนือขอบเขตของ changes article ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อสัญญา

แต่ในที่สุด Court of Claims ก็ได้ตัดสินว่า การสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงในคดีนี้ไม่ใช่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ หรือ Cardinal change โดยให้เหตุผลว่า ผลจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนี้ไม่ได้ทำให้ปริมาณของเครื่องทำความเย็นที่บริษัทจะต้องผลิตต้องเพิ่มมากขึ้นแต่อย่างใด อีกทั้งประเภทของเครื่องทำความเย็นที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นก็ไม่ใช่ประเภทที่บริษัทไม่เคยรู้จักมาก่อน ดังนั้น ศาลจึงเห็นด้วยกับคำโต้แย้งของรัฐบาลที่ขอให้มีการปรับจำนวนเงินที่จะต้องจ่ายให้แก่บริษัทลดลงเนื่องจากราคาของเครื่องทำความเย็นประเภทใช้กระแสไฟฟ้ามีราคาต่ำกว่าประเภทที่ใช้แก๊สโซลีน โดยศาลได้

พิพากษาให้บริษัทคืนเงินส่วนต่างระหว่างราคาของเครื่องทำความเย็นสองประเภทนี้ให้แก่รัฐบาล

โดยสรุป จึงอาจกล่าวได้ว่า การใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกา นั้น จะต้องกระทำภายในขอบเขตทั่วไปของสัญญา โดยจะต้องไม่เข้าลักษณะเป็นการแก้ไขอย่างสำคัญ หรือ Cardinal Changes ตามหลักเกณฑ์พิจารณาดังกล่าวข้างต้นแล้ว

2.2 หลัก Constructive Changes Doctrine

การกล่าวถึงขอบเขตของการใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกายังมีเนื้อหาซึ่งเป็นประเด็นที่สมควรกล่าวถึงต่อไปอีกคือหลัก Constructive Changes Doctrine ซึ่งเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาอีกประการหนึ่งที่เกิดจากการวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกา

โดยหลัก Constructive Changes Doctrine³⁵ นี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยไม่เป็นไปตาม "Changes" clause ที่กำหนดเอาไว้ในสัญญา แต่ไม่ถึงกับเป็นการกระทำที่เกินเลยไปจากขอบเขตทั่วไปของสัญญา หรือเป็น Cardinal Changes โดยศาลเรียกการใช้สิทธิในลักษณะดังกล่าวนี้ว่าเป็น Constructive Changes และถือว่าฝ่ายผู้รับสัญญา (Contractor) ยังคงมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยในค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น (increased costs) ได้ตาม "Changes" clause ดังเช่นกรณีที่เป็นการใช้สิทธิที่อยู่ภายในขอบเขตทั่วไปของสัญญาตามปกติ

³⁵Ibid., p.248-253.

ลักษณะของการใช้สิทธิที่ศาลของสหรัฐอเมริกาเคยวินิจฉัย
ว่าเป็น Constructive Changes อาทิ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาออก
คำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Change order) โดยไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร
ตาม Changes article, หรือเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาออกคำสั่งให้ผู้รับสัญญาทำ
ตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะที่บกพร่อง (defective specifications)
และต่อมาได้กลับคำสั่งดังกล่าว, หรือเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญายืนยันให้ผู้รับสัญญา
ปฏิบัติตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specifications) ที่เขาได้ตีความ
โดยผิดพลาด (erroneous interpretation), หรือเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญา
ละทิ้งกำหนดเวลาตามสัญญาเดิม และเรียกร้องให้ผู้รับสัญญาทำงานให้สำเร็จ
เร็วขึ้น, หรือเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาแทรกแซงการทำงานของ ผู้รับสัญญา และกรณี
ที่ผู้รับสัญญาถูกบังคับให้ทำตามมาตรฐานการตรวจสอบ (inspection
standards) ที่ไม่ได้กำหนดเอาไว้ในสัญญา ดังนี้ เป็นต้น

ตัวอย่างคดีที่ศาลเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้สิทธิแก้ไข
เปลี่ยนแปลงซึ่งถือว่าเป็น Constructive change เช่น คดี Southwest
Welding & Mfg. Co. V. United States³⁶ ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีสรุป
ได้ว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาได้ออกคำสั่งซึ่งไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ให้บริษัท
Southwest Welding & Mfg.Co. ในฐานะผู้รับสัญญาให้เปลี่ยนเครื่องเชื่อม
โลหะให้แก่รัฐบาล ทั้ง ๆ ที่ก่อนหน้านี้เครื่องเชื่อมโลหะดังกล่าวได้ผ่านการ
ตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบของฝ่ายรัฐบาลแล้ว แต่เมื่อได้รับคำสั่ง
เช่นนั้นบริษัทก็ยินยอมปฏิบัติตามโดยได้โต้แย้งเอาไว้ด้วยว่ากรณีดังกล่าวนี้เป็น
การก่อให้เกิดงานพิเศษ (extra work) และต่อมาได้มีการยื่นข้อพิพาท
เกี่ยวกับการเรียกร้องให้ฝ่ายรัฐบาลจ่ายค่าชดเชยสำหรับงานพิเศษนั้นไปสู่การ

³⁶Ibid., p.248.

พิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (Board of Contract Appeals) แต่ก็ถูกคณะกรรมการปฏิเสธข้อเรียกร้องในเวลาต่อมาตามข้อสัญญาว่าด้วย "ข้อพิพาท" ("Disputes" article) บริษัทจึงยื่นอุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าวต่อศาลคือ Court of Claims ซึ่งต่อมาศาลก็ได้วินิจฉัยว่า คำตัดสินของคณะกรรมการดังกล่าวนี้เป็นคำตัดสินที่ผิดในข้อกฎหมาย โดยศาลให้เหตุผลว่าการออกคำสั่งในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายรัฐบาลได้ออกคำสั่งให้ผู้รับสัญญาทำ "งานพิเศษ" ที่อยู่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาอย่างชัดเจน ดังนั้นบริษัทจึงมีสิทธิจะได้รับค่าชดเชยจากการทำ "งานพิเศษ" นั้นตาม "Change" clause แม้ว่าการออกคำสั่งของฝ่ายรัฐบาลจะไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรตาม "Changes" clause ก็ตาม

หรือในอีกคดีหนึ่ง คือคดี C.W. Schmid V.U.S.³⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่า กองทัพอากาศได้ออกประกาศเชิญชวนให้เอกชนยื่นของประกวดราคาเพื่อการก่อสร้างหม้อต้มน้ำให้แก่กองทัพอากาศ โจทก์เป็นผู้หนึ่ง que เข้าร่วมยื่นของประกวดราคาด้วย ต่อมาในระหว่างที่ยังไม่ถึงเวลาเปิดของโจทก์ได้ส่งโทรเลขถึงกองทัพอากาศเพื่อขอลดราคาที่เคยยื่นเสนอไว้ลงไป 34,000 ดอลลาร์ ตามราคาที่ตนได้รับแจ้งจากผู้ขายหม้อต้มน้ำคือบริษัท Combustion Engineering ซึ่งต่อมาโจทก์ก็เป็นผู้ได้รับการตัดสินให้เป็นผู้ชนะการประมูลในครั้งนี้ แต่ภายหลังจากการตัดสินดังกล่าวแล้วปรากฏว่า สถาปนิกของกองทัพอากาศได้ปฏิเสธไม่ยอมรับแบบของโรงเก็บหม้อน้ำ (shop drawing on the boilers) ตามที่โจทก์เสนอด้วยเหตุผลว่าแบบดังกล่าวไม่เป็นไปตามเอกสารประกวดราคา ซึ่งในระหว่างนั้นโจทก์ก็ได้เริ่มลงมือก่อสร้างไปบ้างแล้ว และต่อมาเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาก็ได้อนุญาตให้โจทก์ติดตั้งหม้อน้ำต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม

³⁷Ibid., p.250.

ก็ตาม โดยผลของคำปฏิเสธของสถาปนิกดังกล่าวข้างต้นนั้นทำให้โจทก์ต้องทำงานเสร็จล่าช้าไปกว่าที่กำหนดเอาไว้ โจทก์จึงใช้สิทธิเรียกร้องให้กองทัพอากาศชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น (increased costs) ให้แก่ตนเองจำนวน 60,000 ดอลลาร์ โดยอ้างสิทธิตามข้อสัญญา "Suspension of Work" clause ที่กำหนดเอาไว้ในสัญญา แต่ต่อมา Board of Contract Appeals ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าการออกคำสั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับหม้อต้มน้ำจะมีผลทำให้ต้องมีการปรับชดเชยเพื่อความเป็นธรรม (equitable adjustment) ตามข้อสัญญาคือ "Changes" article แต่ก็ปรากฏข้อเท็จจริงในคดีนี้ว่านับตั้งแต่มีการออกคำสั่งดังกล่าวแล้ว โจทก์ก็ยังไม่เคยดำเนินการใด ๆ ตามคำสั่งดังกล่าวนั้นเลย โจทก์จึงไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชยไม่ว่าจะตาม "Suspension of Work" clause หรือตาม "Changes" article ก็ตาม

แต่เมื่อโจทก์ได้ยื่นอุทธรณ์คดีนี้ต่อศาลคือ Court of Claims ในเวลาต่อมา ปรากฏว่าศาลได้วินิจฉัยกลับคำตัดสินของคณะกรรมการดังกล่าว โดยศาลให้เหตุผลว่าค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นเป็นพิเศษนั้นเป็นผลโดยตรงมาจากการตีความสัญญาที่ผิดพลาด (misinterpreting the contract) ของเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาซึ่งถือว่าเป็น Constructive change ดังนั้น โจทก์จึงชอบที่จะได้รับการชดเชยเพื่อความเป็นธรรม ดังนี้ เป็นต้น

3. กรณีของประเทศอังกฤษ

แม้ว่าการให้สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวในกรณีสัญญาภาครัฐของอังกฤษจะกระทำในลักษณะเดียวกับกรณีของสหรัฐอเมริกา โดยการกำหนดเป็นเงื่อนไขมาตรฐาน (standard clause) เอาไว้ในแบบสัญญามาตรฐาน ซึ่งได้แก่ การกำหนดเป็น Variations clause เอาไว้ในแบบ

GC/Stores/1 ข้อ 3 (1) และในแบบ CCC/wks/1 ข้อ 7 (1) (a) ดังมีเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญดังกล่าวมาแล้ว แต่เนื้อหาใน Variations clause ของอังกฤษก็มีความแตกต่างไปจากเนื้อหาใน Changes clause ของสหรัฐอเมริกา โดย Variation clause ของอังกฤษไม่มีการกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิเอาไว้ดังเช่นที่ Change clause ได้กำหนดเป็นข้อความเขียนลงไว้ในสัญญาเลยว่าจะต้องกระทำ "ภายในขอบเขตทั่วไปของสัญญา" ดังได้กล่าวมาแล้ว

นอกจากนี้ ในเนื้อหาของ Variation clause เองก็มีความหมายที่เป็นการใช้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถดำเนินการสั่งให้มีการแก้ไขสัญญาได้อย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในการสั่งให้ผู้รับสัญญาทำ "งานพิเศษ" (extra works) ตามที่มีอยู่ในแบบสัญญา CCC/wks/1 ดังที่ผู้พิพากษา Asquith L.J. ได้กล่าวเอาไว้ว่าเป็นสิทธิที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถทำได้ "โดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านปริมาณ (quantum) หรือด้านเวลา (time)" และ "จะกระทำบ่อยครั้งหรือในช่วงเวลายาวนานเท่าใดก็ได้แล้วแต่จะเลือก"

ดังนั้น สถานการณ์เกี่ยวกับการใช้สิทธิตาม Variation Clause ในกรณีสัญญาภาครัฐของอังกฤษจึงดูประหนึ่งว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัดดังเช่นที่มีอยู่ในกรณีของฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา

แต่โดยความเป็นจริงแล้วหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เพราะถึงแม้ว่า Variation clause ของอังกฤษจะขาดความชัดเจนในการกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิและใช้ถ้อยคำที่มีความหมายในทางให้สิทธิอย่างกว้างขวางแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่โดยข้อความที่ใส่อยู่ในข้อสัญญานั้นเองก็อาจทำให้เห็นถึงการมีอยู่ของขอบเขตในการใช้สิทธิได้โดยอาศัยวิธีการตีความเข้ามาช่วยในการค้นหามุมมองนั้น ๆ



ดังเช่นที่ Colin C. Turpin ได้กล่าวสรุปเกี่ยวกับสัญญาข้อ 3 (1) ในแบบสัญญา GC/Stores/1 ซึ่งเป็น Variation clause ของแบบสัญญาดังกล่าวว่า³⁸ ข้อสัญญาข้อนี้ไม่ได้ให้อำนาจอย่างไม่มีจำกัดแก่หน่วยงานของรัฐ โดย Turpin ได้ยกตัวอย่างมาประกอบการอธิบายว่า หากในสัญญาได้ระบุเกี่ยวกับสิ่งของที่ผู้รับสัญญาจะต้องส่งมอบให้แก่หน่วยงานของรัฐโดยระบุถึงลักษณะทั่วไปของสิ่งของนั้น ๆ (general description of the type of article) เอาไว้ ซึ่งถือว่าเป็นการระบุถึงรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specifications) และแบบแผน (plans) ของสิ่งของนั้น ๆ อย่างกว้างขวางแล้ว ตามความเห็นของ Turpin หน่วยงานของรัฐจะอาศัยอำนาจตามสัญญาข้อ 3 (1) สั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงในสิ่งของนั้นได้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specifications) ของสิ่งของนั้น ๆ เท่านั้น โดยที่เมื่อเปลี่ยนแปลงแล้วสิ่งของนั้นจะต้องยังคงมีลักษณะทั่วไป เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่นเดิม ซึ่งหมายความว่า ถึงอย่างไรการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ก็จะต้องกระทำโดยมีขอบเขตในระดับหนึ่งคือขอบเขตทั่วไปของสัญญาตั้งเดิมนั่นเอง มิใช่เป็นการเปิดโอกาสให้ใช้สิทธิแก้ไขสัญญาได้จนทำให้สิ่งของที่จะต้องส่งมอบให้นั้นมีลักษณะแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาตั้งเดิมได้อย่างสิ้นเชิง

นอกจากนี้ Turpin ก็ยังได้กล่าวถึงสัญญาข้อ 7 (1) (a) ซึ่งเป็น Variation clause ของแบบสัญญา CCC/Wks/1 อีกว่า³⁹ ในการตีความสัญญาข้อดังกล่าวนี้จะต้องพิจารณาเนื้อหาของสัญญาข้ออื่น ๆ ประกอบด้วย ซึ่งเมื่อกระทำดังนั้นแล้วก็จะทำให้เห็นได้ว่า แท้ที่จริงการแก้ไขสัญญาในแบบ

³⁸Colin Turpin, Government Contracts, p.203.

³⁹Ibid., p.203 - 204.

สัญญาดังกล่าวนี้ก็อยู่ภายใต้ความมุ่งหมายที่จะให้มีการใช้สิทธิโดยอยู่ภายในขอบเขตที่แน่นอน เช่นเดียวกัน

การจ่ายค่าชดเชยหรือค่าทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

เมื่อฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้สิทธิแก้ไขสัญญาตามอำนาจพิเศษที่ตนมีอยู่แล้ว ผลที่เกิดขึ้นติดตามมานอกจากจะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถบรรลุประสงค์ของตนได้แล้ว ผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การก่อให้เกิดภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปนั้น โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่ายที่อาจเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย ซึ่งถ้าหากปล่อยให้สภาพการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นไปดังนี้แล้ว ก็ย่อมจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และยังอาจเกิดผลเสียต่อการปฏิบัติงานตามสัญญาซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองได้อีกด้วย ดังนั้นในการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถใช้สิทธิแก้ไขสัญญาโดยฝ่ายเดียวได้ไม่ว่าจะเป็นกรณีสัญญาภาครัฐของประเทศใด จึงมักจะมีการกำหนดมาตรการในการช่วยบรรเทาภาระดังกล่าวให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนควบคู่กันไปกับการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพื่อเป็นการป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าวไว้ด้วยเสมอ

ในเนื้อหาของส่วนนี้จึงจะได้กล่าวถึงมาตรการในการให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการที่เป็นการจ่ายค่าชดเชยหรือค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่ต้องมีการระเพิ่มขึ้น อันเนื่องมาจากการใช้สิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยจะกล่าวถึงแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับกรณีที่มีอยู่ในประเทศฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ เป็นลำดับไป

1. หลักการจ่ายค่าทดแทนของฝรั่งเศส

ตามหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส เมื่อฝ่ายปกครองได้ใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวและเป็นผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องมีการระคายจ่ายตามสัญญาเพิ่มขึ้นไปจากเดิมแล้ว จะถือว่าการใช้เอกสิทธิ์นั้นเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อดุลยภาพทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งทำให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อทำให้ดุลยภาพที่เสียไปนั้นกลับคืนมาตาม "หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา" (*équilibre financier du contrat*)⁴⁰ ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญอีกประการหนึ่งของสัญญาทางปกครอง และเป็นหลักที่ไม่มีอยู่ในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป

แนวความคิดอันเป็นเจตนารมณ์ของ "หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา" นี้ถ้าจะวิเคราะห์ลงไปแล้วก็จะเห็นได้ว่ามีเจตนารมณ์ หรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายสูงสุด เป็นเช่นเดียวกับแนวความคิดของทฤษฎีบริการสาธารณะนั่นคือการทำให้บริการสาธารณะสามารถดำเนินไปได้อย่างสมบูรณ์ และเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะให้มากที่สุดนั่นเอง แต่ในการกำหนดมาตรการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าวจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละทฤษฎี โดยทฤษฎีบริการสาธารณะเน้นที่การให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง ส่วน "หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา" จะเน้นที่การให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า "หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา" นี้ก็คือ มาตรการที่จะช่วยเสริมให้การดำเนินกิจการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองสามารถดำเนินไปได้โดยสมบูรณ์มากขึ้นนั่นเอง

⁴⁰บรรณศักดิ์ อูวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 104 - 108.

สำหรับวิธีการให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตาม "หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญา" นี้ จะกระทำในลักษณะการจ่ายค่าทดแทน (indemnité) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยจำนวนของค่าทดแทนที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับจากสาเหตุการใช้สิทธิพิเศษแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิจะได้รับเป็นจำนวนเท่ากับค่าภาระที่ตนต้องรับเพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากการใช้สิทธิพิเศษนั้นอย่างแท้จริงเท่านั้น⁴¹ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำเอาค่าเสียหายที่อาจจะเกิดจาก "การขาดทุนกำไร" หรือ "การขาดรายได้เพิ่ม" มารวมเรียกร้องเป็นค่าทดแทนตามหลักดังกล่าวนี้ไม่ได้เลย⁴² เพราะค่าทดแทนในกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็น "ค่าเสียหาย" ที่เกิดจากการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อสัญญาของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด

2. หลักการปรับปรุงเพื่อความเป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา

การกำหนดมาตรการให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างไปจากกรณีสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสตรงที่กรณีของสหรัฐอเมริกานั้นไม่มีแนวความคิดที่จะนำมาใช้อธิบายในเรื่องนี้ได้อย่างชัดเจนเหมือนกับกรณีของฝรั่งเศส แต่ถึงแม้กระนั้นการตระหนักถึงความจำเป็นในการต้องมีมาตรการดังกล่าวนี้ก็เป็นที่ยอมรับไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากรณีของฝรั่งเศสแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากเนื้อหาของ "Changes" clause ซึ่งเป็นที่มาของสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นมักจะมีการกำหนดให้มีมาตรการในการบรรเทาภาระที่เกิดแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเอาไว้ควบคู่กันไปด้วยเสมอ โดย "Changes" clause จะกำหนดว่าหากการใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นเป็น

41 เรื่องเดียวกัน., หน้า 104.

42 เรื่องเดียวกัน., หน้า 102.

เหตุให้มีการเพิ่มขึ้น หรือลดลงในจำนวน (amount) ตามสัญญา หรือในระยะเวลา (time) เพื่อการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว ก็จะต้องมีการดำเนินการปรับปรุง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (equitable adjustment) ด้วย⁴³

ตัวอย่างเช่น ใน Changes article ของแบบสัญญาก่อสร้าง ซึ่งได้รับการแก้ไขเมื่อเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1967 ได้บัญญัติไว้มีเนื้อความว่า⁴⁴

"ถ้าหากการแก้ไขเปลี่ยนแปลง (change) ใด ๆ เช่นว่านั้น เป็นเหตุให้มีการเพิ่มขึ้น หรือลดลงในค่าใช้จ่าย (cost) เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาหรือในระยะเวลา (time) สำหรับการปฏิบัติตามสัญญา หรือมิฉะนั้น ก็มีผลกระทบต่อบทบัญญัติอื่นใดของสัญญานี้ไม่ว่าจะมีความเปลี่ยนแปลงหรือไม่ เปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากคำสั่ง เช่นว่านั้นหรือไม่แล้วไซ้ การปรับปรุงเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (equitable adjustment) จะต้องได้รับการกระทำ ในด้านราคาตามสัญญา (contract price) หรือในด้านกำหนดเวลาส่งมอบ (delivery schedule) หรือในทั้งสองด้าน"

การที่ "Changes" clause ในสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกา กำหนดว่าราคาตามสัญญาหรือกำหนดระยะเวลาสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องได้รับ "การปรับปรุงเพื่อความเป็นธรรม" เช่นนี้ เป็นการใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะกว้าง ๆ และไม่มีความชัดเจนว่าการปรับในด้านปริมาณ

⁴³W. Noel Keyes, Government Contracts in a Nutshell, p.259.

⁴⁴Ibid., p.260 - 261.

(amount) ดังกล่าวจะต้องกระทำแค่ไหนเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการปรับที่ "เป็นธรรม" ซึ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวนี้ก็ได้รับการแก้ไขในทางปฏิบัติและเกิดเป็นข้อยุติที่เป็นที่ยอมรับกันว่า จำนวนของการปรับปรุงที่จะถือว่าเป็นธรรม (the amount of equitable adjustment) นั้น จะต้องถูกกำหนดโดยมูลค่าที่สมเหตุสมผล (reasonable value) ของงานที่ได้กระทำตามคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลง (change order) แล้ว⁴⁵

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีปัญหาเกิดขึ้นต่อไปอีกว่า ในการที่กำหนดให้การปรับปรุงเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต้องคิดคำนวณตาม "มูลค่า" ของงานที่ได้ทำไปแล้วนั้น จะคิดตาม "มูลค่า" อย่างไรจึงจะถือได้ว่าเป็น "มูลค่าที่สมเหตุสมผล" ดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ก็ได้เคยเกิดเป็นปัญหาได้เถียงกัน ในคดีเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างมาแล้วว่า การคิดมูลค่าของค่าใช้จ่าย (value of the cost) ที่เกิดจากการออกคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงงาน (change order) ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นจะให้คิดตาม "มูลค่าตลาด" (market value of the cost) หรือจะให้คิดตาม "ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงหรือค่าใช้จ่ายอันเก่า" (actual or historical cost)

ซึ่งเกี่ยวกับประเด็นที่ได้เถียงกันนี้ ก็ปรากฏว่าศาลคือ Court of Claims ได้เคยตัดสินชี้ขาดเอาไว้ในคดีที่บริษัท Bruce Construction Corporation ได้ยื่นฟ้องกองทัพอากาศโดยตัดสินว่า⁴⁶ ให้ถือเอามูลค่าของค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงหรือที่เคยกำหนดให้กันมาก่อน (actual or historical costs) เป็นเกณฑ์สันนิษฐานว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล (reasonable costs)

⁴⁵Ibid., p.261.

จากแนวคำวินิจฉัยของ Court of Claims ดังกล่าวนี้นี้ จึงเห็นได้ว่าแนวทางในการให้ค่าชดเชยหรือค่าทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีของสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะคล้ายกับกรณีของฝรั่งเศส คือ ถือหลักการให้ค่าทดแทนตามภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง ๆ เป็นหลัก แต่ในกรณีสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกาบางกรณีก็มีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องมีส่วนรับผิดชอบรวมไปถึงความเสียหาย (losses) ที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือต้องชดเชยกำไร (profits) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

ตัวอย่างเช่น ในคดี National Presto Industries, Inc. V. United States.⁴⁷ Court of Claims เคยตัดสินเอาไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีส่วนร่วมรับผิดชอบในความเสียหาย (losses) ที่เกิดแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ปฏิเสธที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specifications) ที่กำหนดไว้ในสัญญาตามที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงและได้ร้องขอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐแล้ว ซึ่งในคดีนี้ปรากฏว่า Court of Claims ได้ตัดสินให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องร่วมรับผิดชอบเป็นจำนวนครึ่งหนึ่งของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดโดยวางเงื่อนไขว่าจะต้องปรากฏด้วยว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นได้ใช้ความระมัดระวังในการป้องกันปัญหาอย่างเต็มที่แล้ว ก่อนที่จะเข้าทำสัญญา

⁴⁶Ibid., p.261.

⁴⁷Ibid., p.263.

หรือในคดีที่บริษัท Faster Sportswear Company ได้ยื่นฟ้องกองทัพเรือ (Navy)⁴⁸ เพื่อเรียกร้องเอาค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น (additional costs) อันเนื่องมาจากการที่กองทัพเรือได้สั่งให้มีการแก้ไขรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาโดยมีข้อบกพร่อง (defective specifications) ซึ่ง Court of Claims ได้วินิจฉัยไว้เป็นหลักสำคัญว่า หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาซึ่งได้กำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะไว้โดยมีข้อบกพร่อง (defective specifications) นั้นจะต้องรับผิดชอบในการจ่ายค่าเสียหายที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (unanticipated losses) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากการกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะไว้ในสัญญาโดยมีข้อบกพร่องนั้นได้มีการกระทำอีกทั้ง ๆ ที่ก่อนหน้านี้ก็เคยมีหน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่ในสังกัดเดียวกันเคยกระทำมาก่อนแล้ว

โดย Court of Claims ถือว่าในการทำสัญญาของกองทัพเรือเพื่อการจัดหาพัสดุในครั้งทั้งหมดนี้ กองทัพเรือจะต้องใช้ความระมัดระวังโดยพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุในครั้งก่อน ๆ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ก็ปรากฏว่าก่อนหน้านี้ทางกองทัพ (the Army) ก็เคยกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะโดยบกพร่อง (defective specifications) เอาไว้ในสัญญาที่ทำในทำนองเดียวกันนี้มาแล้วและก็ต้องมีการแก้ไขในที่สุด ศาลจึงเห็นว่ากองทัพเรือในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐบาลในสังกัดเดียวกันคืออยู่ใน Department of Defense เช่นเดียวกันก็ไม่ควรจะมากำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะเอาไว้ในสัญญาโดยบกพร่องในทำนองเดียวกันอีก หากมีกระทำ

⁴⁸Ibid., p.268.

ซ้ำเช่นนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ควรจะได้รับค่าเสียหายที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (unanticipated losses) ซึ่งเกิดขึ้นนอกเหนือไปจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specification changes) ที่จำเป็นจะต้องทำตามปกติ โดยศาลได้วินิจฉัยสั่งลงไปถึงว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายนี้แม้ว่าในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เข้ายื่นประมูลจะได้อยู่แล้วว่าการกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specifications) เอาไว้ในสัญญาเช่นนั้นเป็นการกำหนดไว้โดยบกพร่องและจำเป็นจะต้องมีการแก้ไขต่อไป โดยศาลถือว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เข้าทำสัญญาทั้งที่รู้อยู่เช่นนี้เป็นเพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีความไว้วางใจว่าหน่วยงานของรัฐ คือ กองทัพ (the Army) กับกองทัพเรือ (Navy) จะได้มีการปรึกษาหารือกันในเรื่องนี้มาาก่อนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงชอบที่จะได้รับการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว

หรือในอีกคดีหนึ่ง คือ คดี J.W. Bateson Company, Inc. v. United States.⁴⁹ ก็เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจจะต้องถูกกำหนดให้จ่ายค่าทดแทนเป็นการชดเชยการสูญเสียอื่น ๆ นอกจากการชดเชยค่าใช้จ่าย (cost) ที่เกิดจากการใช้สิทธิเช่นว่านั้นด้วยก็ได้ ซึ่งในคดีนี้ก็ปรากฏว่าได้มีการตกลงกันเอาไว้ในสัญญาว่า หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้บอกเลิกสัญญาช่วง (cancellation of the subcontract) อันเป็นผลมาจากการใช้สิทธิตาม "Changes" clause ที่มีอยู่ในสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยในค่าใช้จ่าย (cost) บวกกับกำไรที่คาดว่าจะได้รับ (anticipatory profits) หากไม่มีการแก้ไขสัญญา เป็นค่าทดแทนด้วยซึ่งแสดงให้เห็น

⁴⁹Ibid., p.272.

เห็นว่า การกำหนดค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกา อาจจะมีการกำหนดให้ได้รับค่าทดแทนรวมไปถึง "กำไร" ด้วยก็ได้

แต่ในการกำหนดค่าให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่า "กำไรที่คาดว่าจะได้รับ" (anticipatory profits) ด้วยนี้ ก็มีประเด็นที่ศาลได้ชี้ให้เห็นในคดีนี้ว่าจะต้องมีความระมัดระวังด้วยเช่นกัน กล่าวคือ จะต้องระมัดระวังในการจําแนกให้ได้ว่า การออกคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นการออกคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลง (change order) หรือเป็นการออกคำสั่งให้ยกเลิกสัญญาบางส่วน (partial termination order) เพราะคำสั่งทั้งสองประเภทนี้จะมีลักษณะใกล้เคียงกัน คืออาจจะมีผลเป็นการลดปริมาณของงาน (amount of work) ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติลงเช่นเดียวกัน และหากคำสั่งดังกล่าวถูกตีความว่าเป็น "คำสั่งยกเลิกสัญญาบางส่วน" แล้วก็จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิได้รับเงินค่า "กำไร" นั้น โดยมีสิทธิได้รับเฉพาะที่เป็นค่าใช้จ่าย (costs) เท่านั้น

3. หลักการกำหนดราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุผล ของอังกฤษ

การกำหนดมาตรการในการช่วยบรรเทาภาระที่เกิดแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีสัญญาภาครัฐของอังกฤษก็กระทำในลักษณะเดียวกับกรณีของสหรัฐอเมริกา คือ กำหนดให้มีมาตรการเช่นว่านั้นเอาไว้ในข้อสัญญา (Standard clause) ที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้นั้นเอง โดยอาจจะเรียกได้ว่าเป็นมาตรการในการทบทวนราคาตามสัญญา (revision of the contract price)⁵⁰

⁵⁰Calin Turpin, Government Contracts, p.181.

ตามปกติการกำหนดราคาในสัญญา (contract price) ในกรณีสัญญาภาครัฐของอังกฤษจะถือหลักว่า ราคาที่กำหนดลงในสัญญานั้นจะต้องเป็นราคาที่ "เป็นธรรมและสมเหตุสมผล" (fair and reasonable)⁵¹ ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยืนยันจาก Public Accounts Committee มาแล้วหลายครั้ง

หลัก "เป็นธรรมและสมเหตุสมผล" นี้ หมายความว่า ราคาที่ถูกกำหนดลงในสัญญานั้นจะต้องเป็นราคาที่มีเหตุผลสมควรสำหรับรัฐบาลที่จะจ่ายให้ และในขณะที่เดียวกันก็ต้องมีความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายผู้รับสัญญาด้วย ซึ่งหากจะพิจารณาโดยถ่วงน้ำหนักแล้วก็จะเห็นได้ว่าจะต้องเป็นราคาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผลต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั่นเอง

การกำหนดราคาในสัญญาภาครัฐของอังกฤษที่ยึดถือหลักการพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นนี้มีวิธีการกำหนดราคาเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวอยู่หลายวิธี และทำให้เกิดการแบ่งแยกประเภทของสัญญาออกได้เป็นหลายประเภทตามวิธีการกำหนดราคาในแต่ละวิธีนั้นซึ่งประเภทใหญ่ ๆ ก็ได้แก่ สัญญาประเภทกำหนดราคาตายตัว (Fixed Price Contract), สัญญาประเภทที่จะมีการตกลงราคาที่แน่นอนกันในภายหลัง (Contracts at a Price to be Agreed), และสัญญาประเภทที่มีการชดเชยค่าใช้จ่าย (Cost-Reimbursement Contracts)

⁵¹ Ibid., p.166.

โดยในบรรดาสัญญาประเภทต่าง ๆ เหล่านี้ สัญญาที่จัดได้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้มีมาตรการเพื่อการทบทวนราคาตามสัญญาภายหลังจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้สิทธิแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวตาม Variation clause ที่มีอยู่ในสัญญาแล้ว ได้แก่ สัญญาประเภทกำหนดราคาไว้ตายตัว (Fixed Price Contract) ทั้งนี้เนื่องจากเป็นสัญญาประเภทเดียวที่มีการกำหนดราคาไว้โดยแน่นอนตั้งแต่เริ่มต้น จึงต้องมีมาตรการดังกล่าวเพื่อทำให้ราคาตามสัญญานั้นยังคงเป็นราคาที่ "เป็นธรรมและสมเหตุผล" สำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้อยู่ต่อไป เมื่อราคาดังกล่าวได้ถูกทำให้กระทบกระเทือนเปลี่ยนแปลงไปโดยการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

สำหรับแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทบทวนราคาภายหลังจากการใช้สิทธิแก้ไขสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น Variation clause ของแบบสัญญา CCC/Wks/1 ได้กำหนดเอาไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่จะต้องจ่ายเงินเพิ่ม (additional sum) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อเป็นการตอบแทนการทำงานพิเศษ (extra work) ที่ได้สั่งให้ทำเพิ่มขึ้นมา โดยจำนวนเงินเพิ่มนั้นจะต้องคิดตามอัตราสุทธิหรือราคา (net rates or prices) ที่ได้กำหนดเอาไว้ในเอกสารแสดงปริมาณและราคา (bills of quantities) หรือที่อนุমানได้จากเอกสารดังกล่าวนี้ หรือมิฉะนั้นก็คิดตามอัตราสุทธิหรือราคาที่จะตกลงกันในระหว่างคู่สัญญา ซึ่งหากไม่อาจตกลงกันได้ก็ให้กำหนดอัตราหรือราคาโดยอิงอยู่กับมูลค่าของวัสดุที่ใช้หรืออัตราของค่าแรงรายวันตามที่กำหนดไว้ในเอกสารแสดงปริมาณและราคาดังนั้น⁵²

⁵²Ibid., p.181.

ส่วน Variation clause ของแบบสัญญา GC/Stroes/1 ไม่ได้มีการกำหนดแนวทางในการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเอาไว้โดยชัดเจนเหมือนกับ Variation clause ของ CCC/Wks/1 โดยกำหนดเอาไว้เพียงว่า การทบทวนราคาตามสัญญานี้ให้กระทำได้ "ตามความเหมาะสม" (as may be appropriate)⁵³ จึงเป็นการเปิดกว้างให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันอย่างไรก็ได้ แต่ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักการของการเป็นราคาที่ "เป็นธรรมและสมเหตุผล" อยู่เช่นเดิม

อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดให้ต้องมีการทบทวนราคาตามสัญญาในสัญญาภาครัฐของอังกฤษดังกล่าวนี้ก็มีข้อยกเว้นที่ทาให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องจ่ายเงินเพิ่มสำหรับบางกรณี กล่าวคือ ในกรณีที่สัญญาภาครัฐนั้นเป็นสัญญาก่อสร้างที่มีขนาดเล็ก คือ มีขนาดราคาประเมิน (estimated cost) ตามสัญญาไม่เกิน 10,000 ปอนด์ และกำหนดราคาตามสัญญาไว้เป็นแบบเหมาจ่าย (lump sum) แล้ว แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้ทำ "งานพิเศษ" (extra work) เพิ่มขึ้นมา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นก็ไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินเพิ่ม (additional payment) เป็นการตอบแทนการทำ "งานพิเศษ" นั้น หากว่า "งานพิเศษ" ดังกล่าวเป็นงานที่จำเป็นจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดผลสำเร็จสมบูรณ์ตามสัญญา⁵⁴

⁵³Ibid., p.181.

⁵⁴Ibid., p.180.