

**หลักความได้สัดส่วนกับการกำหนดเอกสิทธิ์ของ
คู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง**
**The Principle of Proportionality and The Privilege of Administrative Parties
in The Administrative contracts**

นิสา สุริยะคำวงศ์¹

รุ่ง ศรีสมวงษ์²

¹นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

²ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Nisa Suriyakhamwong¹

Rung Srisomwong²

¹Master of Law, Mae Fah Luang University

²Assistant Professor Dr. Mejor Advisor, school of Law, Mae Fah Luang University

บทคัดย่อ

สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น อาจเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ซึ่งสัญญาทางปกครองมีองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งคือ ต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองดังกล่าวนี้ เป็นสิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่อาจจะเลี่ยงได้ เพราะเป็นการแสดงออกซึ่งการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อจัดทําบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพ อีกทั้งข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ยังเป็นสิ่งบ่งชี้ถึงความเป็นสัญญาทางปกครอง และช่วยทำให้หลักเกณฑ์ของ “สัญญาทางปกครองโดยสภาพ” มีความชัดเจนยิ่งขึ้นด้วย

แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองนั้น ก็มีปัญหาคือต้องพิจารณาว่ามีหลักเกณฑ์อันเป็นขอบเขตหรือข้อจำกัดในการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองลงในข้อสัญญาหรือไม่ อย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการได้เอกสิทธิ์ในระดับใด จึงจะถือได้ว่าทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะถ้าฝ่ายปกครองสามารถกำหนดข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายตนได้อย่างไม่มีขอบเขตข้อจำกัด ก็อาจมีผลเป็นการขยายหลักเกณฑ์ความเป็นสัญญาทางปกครองออกไปอย่างกว้างขวางจนทำให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นกลายเป็นสัญญาทางปกครองแทบทั้งหมด และท้ายที่สุดก็อาจทำให้การวินิจฉัยแบ่งแยกสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครอง เกิดความไม่ชัดเจนขึ้นมาได้

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ศึกษาค้นคว้าหาหลักเกณฑ์อันเป็นขอบเขตหรือข้อจำกัดการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของไทยมีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้น และจากการศึกษาพบว่า การใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรทั้งหลาย ย่อมมีขอบเขตข้อจำกัดและต้องถูกตรวจสอบได้ ฉะนั้น เมื่อการกำหนดเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครองเป็นรูปหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตย ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกำหนดเอกสิทธิ์ไว้ในสัญญาได้ตามอำเภอใจ โดยจะต้องอยู่ในบังคับของหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ได้รับพัฒนาขึ้นมาจากแนวคิดของหลักความได้สัดส่วน และศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนไปใช้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในทุกชั้นตอน ทั้งกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และผลของสัญญา ด้วยเหตุนี้ การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นข้อจำกัดในการกำหนดเอกสิทธิ์

ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง จึงเป็นหลักการทั่วไปที่ผูกพันฝ่ายปกครองให้ต้องปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดผลที่เป็นธรรมต่อประโยชน์สาธารณะและสิทธิของเอกชนคู่สัญญา

คำสำคัญ: สัญญาทางปกครอง/หลักความได้สัดส่วน

Abstract

The contract is signed by the administrative authority, it might be a civil or an administrative contract. It is essential to be comprised of the exclusive agreement with the administrative parties. That means the element of administrative contract for the privilege of administrative parties cannot be waived. This is with the reason that it expresses the exercise of power to provide public services effectively. Moreover, it is also indicated the administrative contract and enhance the conditionally administrative contract getting more concise and clearer.

However, the formulation of privilege of administrative parties in the administrative contracts has faced some problems: whether or not the criteria for determining the extent or limitation for the formulation of privilege of administrative parties is, and how it works. That is to say, in which level of privilege leads the contract becomes the administrative contract. And if the administrative parties are able to limit the contract elements which serve the privilege to themselves freely, this will extend the rules. This also makes the contract operated by the administrative parties become promises virtually. And finally, it may make the diagnosis of apartheid civil contract and the uncertainty of administrative contract.

Consequently, this research aimed to study the criteria and limitation for determining the privilege of the administrative parties in the administrative contracts. The findings showed that the extent of power the organizations use should have extent and limitation which can be proved. Therefore, the formulation of the privilege of the administrative parties in the administrative contracts becomes one of the formats of the government power. The administrative parties cannot have freely privileges in the administrative contracts by their own, but it is mentioned in the principle of proportionality because it is principle of constitutional law. Then, the Administrative Court applies the principles of proportionality to contemplate some cases involving with the administrative contracts in all processes not only making a promise, execution of the contract, but also contract supposition. With these, the application of the principle of proportionality to determine the privilege of the administrative parties is a general principle to commit the administrative parties to operate with in order to reach justice among public and private parties.

Keywords: Principle of Proportionality/ Administrative Contracts

บทนำ

การทำสัญญาของฝ่ายปกครอง มีได้ 2 ลักษณะคือ “สัญญาทางแพ่ง” ตามหลักกฎหมายเอกชน และ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครอง ซึ่งการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ลักษณะดังกล่าวนี้เกิดจากแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์และเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งรัฐหรือฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาในฐานะของผู้ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะดังกล่าว ฉะนั้น ความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชนจึงไม่อาจตั้งอยู่บนพื้นฐานความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งได้ (บุบผา อัครพินาน, 2545 : 21)

สำหรับการพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้น เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ในเบื้องต้นมีข้อพิจารณาดังนี้

ถ้ามีกฎหมายกำหนดให้สัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น เป็นสัญญาทางปกครองหรืออยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษา คดีของศาลปกครอง สัญญานั้นย่อมเป็น “สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย” แม้ว่าโดยเนื้อหาของสาระของสัญญานั้น จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งก็ตาม หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ก็ต้องพิจารณาเนื้อหาของสาระของสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน หากเนื้อหาของสาระเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีนี้เรียกว่า “สัญญาทางปกครองโดยสภาพ” (บุปผา อัครพิมาน, 2545 : 23 - 24) ซึ่งในทางทฤษฎี สัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีวัตถุประสงค์สัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ และจะต้องประกอบด้วยข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายถึง ข้อสัญญานั้นกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตาม หลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง ตัวอย่างเช่น

- ข้อกำหนดที่ให้อำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา
- ข้อกำหนดที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งฝ่ายเดียวบังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามบางอย่างเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครอง

ในระหว่างที่มีการปฏิบัติตามสัญญาได้ ทั้งนี้เพื่อประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

ซึ่งข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นต้องมีอยู่ในสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้ “สัญญาทางปกครองโดยสภาพ” มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน เพราะถ้าพิจารณาเพียงว่า สัญญาทางปกครอง (โดยสภาพ) จะต้อง มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก อย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยแนวหนึ่ง ซึ่งวินิจฉัยตามแนวคิดและ หลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น จะทำให้เป็นเรื่องยากยิ่งแก่วินิจฉัยว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเป็น “สัญญาทางแพ่ง” หรือ “สัญญาทางปกครอง” (วิระพงษ์ บึงไกร, 2554 : 34)

ด้วยเหตุนี้ การกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองลงในข้อสัญญา ก็จะทำให้หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง โดยสภาพมีความชัดเจนยิ่งขึ้น อีกทั้งเป็นการใช้กฎหมายถูกต้องตามนิติวิธีในกฎหมายมหาชนด้วย เนื่องจากไม่เป็นการแทรกแซง “หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา” จนเกินสมควรเพราะฝ่ายเอกชนจะได้ทราบตั้งแต่แรกว่าสัญญาที่จะเข้ามาผูกนิติสัมพันธ์ด้วยนั้น มีข้อกำหนดอย่างไร และในเบื้องต้นเขาอาจต้องเจอสภาพบังคับบางอย่างบ้าง ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนมีผลต่อการตัดสินใจของเขาว่าจะ เข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่ หากฝ่ายเอกชนสมัครใจเข้าทำสัญญาโดยยอมรับสถานะทางสัญญาที่ด้อยกว่า เช่นนี้ย่อมไม่ถือเป็นการ แทรกแซงเสรีภาพของเขา แต่ถ้าเขาไม่ทราบถึงสถานะทางสัญญาที่ด้อยกว่า ต่อมาคู่สัญญาฝ่ายปกครองนำอำนาจรัฐ ไปบังคับเอกชน คู่สัญญาอย่างหนึ่งอย่างใด แม้จะเข้าไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็จะเป็นการแทรกแซง “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา” (วิระพงษ์ บึงไกร, 2554 : 40) จนเกินสมควรได้ ดังนั้น การนำ “ข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ” มาระบุในสัญญา และนำมาใช้ในการวินิจฉัยว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จึงเป็นการใช้กฎหมายมหาชนที่ถูกต้อง ตามนิติวิธีของการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งการกำหนดให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญา ฝ่ายปกครอง แม้เพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญานั้น มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, 2541 : 50)

แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองลงในข้อสัญญานั้น ก็มีปัญหาคือต้องพิจารณากันต่อไปว่า มีขอบเขตหรือข้อจำกัดในการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือไม่ อย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการได้เอกสิทธิ์ใน ระดับใด จึงจะถือได้ว่าทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง (วรเจตน์ ภาคิรัตน์, 2554 : 303) เพราะถ้าฝ่ายปกครองสามารถ กำหนดข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายตนได้อย่างไม่มีขอบเขต ก็อาจมีผลเป็นการขยายหลักเกณฑ์ความเป็นสัญญาทางปกครอง ออกไปอย่างกว้างขวางจนทำให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นกลายเป็นสัญญาทางปกครองแทบทั้งหมด และท้ายที่สุดก็อาจทำให้การ วินิจฉัยแบ่งแยกสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครอง เกิดความไม่ชัดเจนขึ้นมาได้

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้ศึกษาค้นคว้าหาหลักเกณฑ์อันเป็นขอบเขตหรือข้อจำกัดการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายของไทยมีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้น

วัตถุประสงค์

1. ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
2. ศึกษาแนวคิดและลักษณะของเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง
3. ศึกษาหลักกฎหมายที่จะนำมาเป็นข้อจำกัดการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

สมมติฐานของการวิจัย

การกำหนดข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง เป็นรูปหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็มีลักษณะเป็นการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของเอกชนคู่สัญญาในขณะเดียวกัน

ดังนั้น จึงต้องมีขอบเขตข้อจำกัดโดยนำหลักความได้สัดส่วน มาเป็นข้อจำกัดการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้อำนาจรัฐและเกิดความยุติธรรมระหว่างคู่สัญญา

วิธีดำเนินการวิจัย

วิจัยจากเอกสารโดยศึกษาบทกฎหมายต่างๆ บทความทางวิชาการ วารสารต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ คำวินิจฉัยของศาลปกครองไทย หนังสือ วิทยานิพนธ์ งานวิจัย และเว็บไซต์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองและหลักความได้สัดส่วน เพื่อศึกษาว่า หลักความได้สัดส่วนมีหลักเกณฑ์และผลทางกฎหมาย และความมุ่งหมายของการใช้บังคับอย่างไร ทั้งนี้เพื่อวิเคราะห์ว่าการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง มีขอบเขตข้อจำกัด ซึ่งสามารถนำเอาหลักความได้สัดส่วน มาเป็นข้อจำกัดได้ อีกทั้งทฤษฎีและหลักกฎหมายบางเรื่องเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็พัฒนามาจากหลักความได้สัดส่วน และการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของไทยก็เพื่อวิเคราะห์ว่า ศาลปกครองได้ใช้หลักความได้สัดส่วนวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ อย่างไร อันจะแสดงให้เห็นถึงความกลมกลืนในการที่จะใช้หลักความได้สัดส่วนมาเป็นข้อจำกัดในการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

ผลการวิจัย

จากการศึกษาวิจัยหลักกฎหมายต่างๆ และเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง สามารถสรุปผลการวิจัยได้ดังนี้

1. หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มุ่งควบคุมจำกัดการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการคือ 1) หลักความสัมฤทธิ์ผล หรือหลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) 2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) และ 3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถนำหลักความได้สัดส่วน ไปใช้บังคับกับการกระทำของรัฐได้ทุกประเภท (บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ, 2542 : 70) และผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ต้องปฏิบัติตาม

2. สัญญาทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง ฉะนั้น ในกระบวนการทำสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองจึงต้องผูกพันตามหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย

3. หลักความได้สัดส่วนเป็นแนวคิดที่มีพื้นฐานที่มาจากการสร้างคามยุติธรรมให้เกิดขึ้น ระหว่างสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล และในส่วนที่เป็นความยุติธรรมของมหาชน ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีและหลักกฎหมายบางเรื่องเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง จึงได้พัฒนามาจากหลักความได้สัดส่วน เช่น เรื่องอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจหรือเอกสิทธิ์กรณีนี้จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมเท่านั้น และต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดบางประการ เช่น การแก้ไขต้องไม่เกินขนาด ต้องไม่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสาระสำคัญถึงขั้นทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป และต้องคำนึงถึงเทคนิคและความสามารถในการลงทุนของเอกชนคู่สัญญาด้วย และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์แก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องขยายเวลาในการดำเนินการ หรือชดเชยค่าทดแทนให้แก่เอกชน เป็นการแลกเปลี่ยนหรือชดเชยให้กับภาระหน้าที่ของเอกชนคู่สัญญาที่เปลี่ยนไปจากการแก้ไขข้อสัญญานั้นด้วย

4. ศาลปกครองสูงสุดของไทยได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหลายคดี ทั้งในเรื่องกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 413/2557) การกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจมหาชน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 207/2553) และในเรื่องการปฏิบัติตามสัญญาและผลของสัญญาด้วย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 267/2557 ที่ 216/2557 ที่ 607/2555 ที่ 148/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 292/2552) ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วน ได้ถูกนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองในทุกชั้นตอน ฉะนั้นการกำหนดข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากซึ่งเป็นรูปหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐ จึงต้องอยู่ในบังคับของหลักความได้สัดส่วนเช่นเดียวกัน

5. เมื่อนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นข้อจำกัดในการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนี้ ย่อมมีผลต่อความสมบูรณ์ของตัวสัญญาทางปกครอง และสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา ดังนี้คือ

5.1 ผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ การกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่มีเนื้อหาสาระขัดต่อหลักความได้สัดส่วน ถือเป็นการหลีกเลี่ยงหรือเบี่ยงเบนไปจากหลักเกณฑ์ของกฎหมาย จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีผลทำให้สัญญาที่ทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ชาติวิศิลาภา, 2553 : 58) และมีผลเป็นโมฆะ

5.2 ผลต่อสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจในการตีความหรือวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับเงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ของตน เช่น มีความจำเป็นต้องแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ทั้งนี้ เอกชนคู่สัญญาต้องยอมรับการวินิจฉัยชี้ขาดหรือการตีความข้อกำหนดในสัญญาของฝ่ายปกครองโดยไม่อาจโต้แย้ง รวมทั้งไม่อาจเสนอให้บุคคลอื่นหรือบุคคลที่สามเป็นผู้วินิจฉัยหรือตีความข้อสัญญาในสัญญาทางปกครอง เพราะบุคคลอื่นหรือบุคคลที่สามนั้นหาอาจอยู่ในฐานะที่จะต้องรับผิดชอบในบริการสาธารณะ ในสิ่งสาธารณูปโภค หรือในเรื่องการจัดการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติคู่เดียวกับฝ่ายปกครองได้ และเมื่อฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการตีความหรือวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับเงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ของตนเป็นประการใดแล้ว ฝ่ายปกครองก็สามารถบังคับให้เป็นไปตามเอกสิทธิ์ที่กำหนดไว้ในสัญญาโดยออกคำสั่งให้เอกชนปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามอย่างหนึ่งอย่างใด เมื่อเอกชนคู่สัญญาไม่ปฏิบัติ ฝ่ายปกครองก็อาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองของตนได้ โดยมีต้องร้องขอให้ศาลเป็นผู้บังคับให้ (สุรพล นิติไกรพจน์, 2555 : 80 – 81, 90)

อนึ่ง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจบังคับให้เป็นไปตามเอกสิทธิ์ของตนแล้ว ถ้าเอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการใช้เอกสิทธิ์นั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ทั้งนี้ตามทฤษฎี “เหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง” โดยคำสินไหมทดแทนความเสียหายในกรณีเช่นว่านี้เป็น “ค่าเสียหายเต็มจำนวน” ตามความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับ (M. Phillippe MARTIN, 2558 : 13) ซึ่งหมายถึง ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Damnum Emergens) อันได้แก่ ค่าเสียหายที่เกิดจากค่าใช้จ่ายจริงที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระเพิ่มขึ้นอันมีผลจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ตามปกติ (Lucrum Cessans) (บุปผา อัครพิมาน, 2558 : 29 – 30)

สรุปและอภิปรายผล

เมื่อศึกษาวิเคราะห์แนวคิด หลักเกณฑ์และผลทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วน ทฤษฎีและหลักกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง และวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดของไทยในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะเห็นว่า การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นข้อจำกัดการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้น เป็นสิ่งที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และหลักความยุติธรรมระหว่างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล กับผลประโยชน์ของมหาชน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของไทยก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในทุกชั้นตอนของสัญญา ทั้งในเรื่องกระบวนการการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และผลของสัญญาด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสอดคล้องต้องกันระหว่างแนวคิดในทางทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เป็นอยู่ ในการที่จะใช้หลักความได้สัดส่วนมาเป็นข้อจำกัดการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง

ข้อเสนอแนะ

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองเป็นรูปหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ให้มีประสิทธิภาพสามารถตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะได้ ฉะนั้น เมื่อเป็นการใช้อำนาจรัฐ จึงต้องมีขอบเขตข้อจำกัดและต้องถูกตรวจสอบได้ ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกำหนดเอกสิทธิ์ไว้ในสัญญาได้ตามอำเภอใจ ซึ่งขอบเขตข้อจำกัดของการกำหนดเอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครอง สามารถพิจารณาได้เป็น 2 ประการดังนี้คือ หลักความได้สัดส่วน และหลักเกณฑ์ในด้านจิตวิทยาการบริหาร

1. **หลักความได้สัดส่วน** กล่าวคือ การกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องผูกพันตาม “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหลักความได้สัดส่วนดังกล่าวนี้ เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ จึงมีผลใช้บังคับกับการกระทำของรัฐทุกประเภท (บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, 2542 : 70) และผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ต้องปฏิบัติตาม และโดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นข้อจำกัดในการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง จึงเป็นหลักการทั่วไปที่ผูกพันฝ่ายปกครองให้ต้องปฏิบัติ และเป็นการตอบโจทก์ว่า คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่สามารถกำหนดเนื้อหาข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายตน ได้อย่างไม่มีขอบเขตข้อจำกัด ฉะนั้นหลักเกณฑ์ความเป็นสัญญาทางปกครองจึงไม่อาจถูกขยายออกไปอย่างกว้างขวางจนหาความแน่นอนไม่ได้ ด้วยเหตุผลว่าฝ่ายปกครองจะกำหนดเอกสิทธิ์ในสัญญาอย่างไรก็ได้ และเมื่อเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นองค์ประกอบของความเป็นสัญญาทางปกครอง และเอกสิทธิ์นี้มีเนื้อหาที่ชัดเจนแน่นอนด้วยหลักความได้สัดส่วน เพราะถ้าเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองขัดกับหลักความได้สัดส่วนย่อมมีผลทำให้สัญญาทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายและตกเป็นโมฆะ ด้วยเหตุนี้ การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่ให้ เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง ประกอบกับวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ต้องเกี่ยวข้องโดยตรงหรือสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ ก็จะทำให้หลักเกณฑ์ความเป็นสัญญาทางปกครองมีความชัดเจนแน่นอน และเกิดความยุติธรรมระหว่างคู่สัญญา

2. **หลักเกณฑ์ในด้านจิตวิทยาการบริหาร** ข้อจำกัดการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง นอกจากประเด็นทางกฎหมายที่ได้พิจารณาแล้วนั้น ยังสามารถพิจารณาในด้านจิตวิทยาการบริหารได้อีกด้วย ทั้งนี้เพื่อสนับสนุนแนวความคิดในทางกฎหมายว่า ฝ่ายปกครองต้องไม่กำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายตนตามอำเภอใจ กล่าวคือ ในปัจจุบันการใช้เทคนิคทางสัญญาในการบริหารงานของฝ่ายปกครอง เป็นเทคนิคที่นิยมมากจนมีผู้ให้ฉายาฝ่ายปกครองยุคใหม่ว่า “ฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญา” ซึ่งในแนวคิดใหม่นี้ ฝ่ายปกครองใช้สัญญาเป็นเครื่องมือชักจูงใจให้เอกชนดำเนินการให้เป็นไปเพื่อประโยชน์

สาธารณะตามที่ฝ่ายปกครองต้องการ และฝ่ายปกครองตกลงว่าจะให้ประโยชน์นานาประการแก่เอกชนเป็นการตอบแทน ดังนั้น การใช้สัญญาทางปกครองในแนวความคิดใหม่จึงถือเป็นเรื่อง “การร่วมมือกันโดยสมัครใจ” และโดยเหตุนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่ใช่ผู้ที่ จะใช้ฐานะที่ได้เปรียบกว่า กำหนดข้อสัญญาตามใจชอบแต่ฝ่ายเดียวอีกต่อไป เพราะเอกชนอาจมีความคิดต่อต้านหรือไม่อยากให้ความร่วมมือด้วย ดังนั้น ความจำเป็นของอีกฝ่ายหนึ่งก็คือ การขอมลละการเอาเปรียบเอกชนเสมอที่ดี ล้วนเป็นแนวคิดที่แพร่หลายในปัจจุบัน (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2529 : 119) เพื่อที่จะจูงใจให้เอกชนหันเข้ามาให้ความร่วมมือกับฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการ บริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพเพื่อประโยชน์ของคนหมู่มากในสังคม

เอกสารอ้างอิง

- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ชาติรี ศิลภา. (2553). **สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย**. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). **สัญญาทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์ (2542). หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 1(2). 40 - 70.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เข้มชัย ชูติวงศ์, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ และคณะ. (2556). **คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง**. (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). สถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง, สืบค้นเมื่อ 6 กันยายน 2557. จาก <http://www.kpi.ac.th/kpith/2013/research/44.24.2.pdf>
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2529). **สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส**. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 29 (5). 73 -120.
- บุบผา อัครพิมาน, “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” สืบค้นเมื่อ 14 พฤศจิกายน 2558. จาก http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/document/03_technical_papers/talsanya.pdf.
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). **สัญญาทางปกครอง แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย**. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง .
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). **กฎหมายปกครองภาคทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์ .
- วารสารกระบวนการยุติธรรม*, 4 (2), 33 - 40.
- วีระพงษ์ บึงไกร. (2554). **ข้อควรพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย** .
- สุรพล นิติไกรพจน์. (2555). **สัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .
- M.Phillippe MARTIN. คดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครอง. สืบค้นเมื่อ 14 พฤศจิกายน 2558. จาก http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/ocument/03_technical_papers/perktorn_20080610.pdf.