

### บทที่ 3

## เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทย

เป็นที่ทราบกันดีว่าก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น สัญญาใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองก็ดี หรือสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนก็ดี จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของระบบกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครองก็คือ หลักกฎหมายเอกชนต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และปัญหาข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดจากสัญญาของฝ่ายปกครองย่อมต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลยุติธรรมก็ได้วางหลักกฎหมายว่า หากไม่มีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขไว้ในสัญญาซึ่งเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง ศาลยุติธรรมก็สามารถนำหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้เสมอ<sup>1</sup> เช่นเดียวกับสำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งเป็นสถาบันของฝ่ายบริหารที่ทำหน้าที่ตรวจร่างสัญญาและวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองโดยตรงก็ได้ยึดถือหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งหมดเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญา การแก้ไขสัญญา หรือการเลิกสัญญา และจะยึดถือกฎระเบียบหรือมติของฝ่ายบริหารเป็นเกณฑ์ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐด้วย โดยถือว่ากฎระเบียบหรือมติของฝ่ายบริหารไม่อยู่ในฐานะที่จะไปปลงล้างหรือเหนือกว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด ซึ่งในทางปฏิบัติในการ

---

<sup>1</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2535 ซึ่งวินิจฉัยว่า สัมปทานเพื่อการลงทุนประกอบเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทย จำเลย ออกให้โจทก์ ก็คือสัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายมีสิทธิหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทาน และในส่วนที่มีได้ระบุไว้ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้นแม้ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทานก็หาใช่ว่าโจทก์จะไม่มีสิทธิบอกเลิกไม่ เมื่อโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัมปทานแล้ว คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 และหากการบอกเลิกสัญญาเป็นเพราะจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ด้วย

ตรวจร่างสัญญา นั้น สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่จะต้องพิจารณาแง่ของกฎหมาย ความสมบูรณ์ของสัญญา ตลอดจนถ้อยคำที่ใช้ในสัญญาให้รัดกุมและเหมาะสม เช่น ชื่อคู่สัญญา ฐานะทางกฎหมายเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ซึ่งถ้าเป็นนิติบุคคลต้องพิจารณาหลักฐานว่าใครเป็นผู้ที่มีอำนาจกระทำการแทน วัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นเป็นอย่างไร วัตถุประสงค์ของสัญญา ประเภทของนิติกรรม หลักประกันสัญญา การจ่ายเงินล่วงหน้า และหนังสือค้ำประกันการจ่ายเงินล่วงหน้าและอื่น ๆ<sup>2</sup> นอกจากนี้ ในการตรวจเนื้อหาของร่างสัญญา อัยการผู้ตรวจพิจารณาร่างสัญญาจะยึดหลักการตรวจร่างสัญญาของส่วนราชการดังนี้ คือ พิจารณาข้อความในร่างสัญญาโดยนำไปปรับบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อตกลงผูกพันระหว่างคู่สัญญาสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากข้อตกลงส่วนใดขัดแย้งกับกฎหมาย อาจมีผลทำให้ข้อตกลงส่วนนั้นหรือสัญญาทั้งฉบับเป็นโมฆะหรือโมฆียะได้ ซึ่งนั่นย่อมหมายถึงราชการอาจจะได้รับความเสียหาย อีกทั้งพิจารณามติคณะรัฐมนตรี ตลอดจนกฎและระเบียบของทางราชการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น เพื่อตรวจสอบว่าข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญาสอดคล้องกับมติ กฎ และระเบียบดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะส่วนราชการซึ่งเป็นคู่สัญญาย่อมผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามมติ กฎ และระเบียบดังกล่าวอย่างเคร่งครัด และพิจารณาความได้เปรียบหรือเสียเปรียบโดยมุ่งรักษาประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ แต่มิได้หมายความว่า จะตรวจพิจารณาร่างสัญญาเพื่อให้ฝ่ายรัฐเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ในการตรวจพิจารณาจะคำนึงถึงความเหมาะสมเป็นธรรมในเชิงธุรกิจระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการที่รัฐจะแสวงหาประโยชน์จากการทำสัญญานั้น ในกรณีที่ข้อตกลงในสัญญาส่วนใดไม่ชัดเจนหรืออาจตีความเป็นไปในทางที่อาจเกิดผลเสียหายแก่รัฐ อัยการผู้ตรวจร่างสัญญาจะเชิญผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่องมาชี้แจงข้อเท็จจริงและร่วมกันพิจารณาข้อตกลงดังกล่าว หากเห็นพ้องต้องกันว่าควรแก้ไข อัยการก็ไม่ก้าวล่วงไปแก้ไขในทางที่จะขัดความประสงค์ของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง แต่จะเสนอความเห็นข้อสังเกตแก่หน่วยงานนั้นเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการดำเนินต่อไป<sup>3</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดดังกล่าวผูกพันอยู่กับหลักกฎหมายแพ่งเป็นสำคัญ แม้แต่การที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะทำให้

<sup>2</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”, สถาบันพระปกเกล้า, น. 248 – 249.

<sup>3</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “อัยการกับมติคณะรัฐมนตรี เรื่องร่างสัญญา”, *วารสารอัยการ*, น. 102 – 103.

ฝ่ายรัฐเสียเปรียบหรือไม่นั้น ก็พิจารณาวินิจฉัยบนพื้นฐานของหลักกฎหมายแพ่งเช่นกัน<sup>4</sup> ด้วยเหตุดังกล่าว หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาซึ่งได้บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญา มัดจำ และการกำหนดเบี้ยปรับ การเลิกสัญญา การแก้ไขสัญญา รวมทั้งหลักที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญา อันได้แก่เรื่อง การแสดงเจตนา โฆษะกรรมและโมฆียกรรม หรือหลักกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องนี้ จะต้องนำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยเสมอ

ภายหลังพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ แม้ว่ามาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะได้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองกำหนดไว้ แต่ศาลปกครองก็มีคำวินิจฉัยเป็นการยืนยันว่าในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ยังคงต้องนำหลักกฎหมายตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายมหาชน<sup>5</sup> ดังนั้น ในการศึกษาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองของไทย ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม คำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหลัก โดยทำการศึกษาในสาระสำคัญ ดังนี้

### 3.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ

หลักกฎหมายในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้กล่าวถึงการก่อให้เกิดสัญญา ตลอดจนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญา และผลของสัญญา ซึ่งเมื่อนำหลักกฎหมายแพ่งดังกล่าวมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง หากเกิดความบกพร่องหรือ

<sup>4</sup> บุญส่ง ศิริพันธ์โนน, “สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญา”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 121.

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.27/2549 วินิจฉัยว่า เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการเลิกสัญญาทางปกครอง จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดหลักกฎหมายมหาชน และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.64/2549 วินิจฉัยในทำนองเดียวกันในเรื่องการเรียกดอกเบี้ยฐานผิดสัญญาทางปกครอง

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบก็จะมีผลทำให้สัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

### 3.1.1 ความบกพร่องในเรื่องอำนาจและความสามารถของคู่สัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาว่า คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองมีเสรีภาพจำกัดในการเลือกคู่สัญญา ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญามีเสรีภาพเต็มที่ในการเลือกคู่สัญญาที่ตนต้องการ ทั้งนี้ เนื่องจากในสัญญาทางปกครองนั้น คุณสมบัติของคู่สัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเป็นนิติบุคคลผู้มีอำนาจ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นผู้มีความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

#### 1) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ โดยที่นิยามของหน่วยงานทางปกครองในมาตราดังกล่าวหมายถึง กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองตามคำจำกัดความดังกล่าวสามารถทำนิติกรรมได้จะต้องมีความเป็นนิติบุคคล และกระทำการต่างๆ จะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการทำสัญญาจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือเป็นเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย โดยทั่วไปผู้มีอำนาจลงนามในสัญญาต่างๆ มักจะเป็นผู้เป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น เช่น ในกระทรวงก็คือรัฐมนตรีเป็นผู้มีสิทธิลงนาม ระดับกรมก็คืออธิบดี เป็นต้น นอกจากนี้ การทำสัญญาจะต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปที่ว่าผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการทำสัญญาต้องเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ในโครงการนั้นด้วย<sup>6</sup>

<sup>6</sup> บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545, น. 109.

นอกจากเงื่อนไขในแง่องค์กรแล้ว ยังต้องพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานและวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใด เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องทำสัญญาภายในอำนาจหน้าที่ของตน ซึ่งอำนาจหน้าที่ในที่นี้หมายถึงกรณีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง และการที่จะพิจารณาว่าหน่วยงานจะทำสัญญาผูกพันรัฐในเรื่องใดนั้นจะต้องพิจารณาจากกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ เช่น สัญญาสัมปทานเพื่อการทำประโยชน์ที่ดินต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นต้น รวมถึงกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้โดยชัดแจ้ง แต่กิจการนั้นหรือการดำเนินการนั้นเป็นสิ่งเสริมหรือเป็นสิ่งที่โดยปกติในหน่วยงานราชการต่างๆ ต้องดำเนินการอยู่แล้ว เช่น หน่วยงานราชการต่างๆ ต้องว่าจ้างบุคลากร ต้องมีอาคารที่ทำการ ต้องมีวัสดุอุปกรณ์ เช่น โต๊ะ เก้าอี้ คอมพิวเตอร์ ฯลฯ จึงมีอำนาจที่จะทำสัญญาจัดหาให้ได้มาซึ่งสิ่งเหล่านั้น

## 2) คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

โดยหลักแล้วต้องอยู่บนแนวความคิดพื้นฐานเรื่องความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา กล่าวคือ ให้โอกาสเอกชนทุกคนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่หน่วยงานกำหนดในเรื่องนั้นๆ เข้ามายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับรัฐได้โดยเท่าเทียมกัน และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม เอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาโดยเป็นผู้ไม่ถูกต้องห้ามตามกฎหมาย หรือต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเรื่องความสามารถของบุคคล คู่สัญญาเอกชนอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาทำสัญญาจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการใช้สิทธิต้องมีใช้ผู้เยาว์ กล่าวคือ ต้องบรรลุนิติภาวะไม่ว่าจะโดยอายุเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ หรือบรรลุนิติภาวะโดยการสมรส นอกจากนี้ ยังต้องไม่เป็นผู้ที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ผู้ที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือต้องไม่เป็นคนวิกลจริตที่ทำนิติกรรมในขณะที่วิกลจริต โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายรู้ ส่วนคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลนั้นต้องทำสัญญาโดยผ่านผู้แทนของนิติบุคคล และสัญญาที่ทำนั้นต้องอยู่ภายในกรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลด้วย ส่วนการจำกัดสิทธิหรือการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้มีสิทธิจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐได้จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และจะต้องมีกฎหมายออกมาเพื่อจำกัดเสรีภาพเท่านั้น มิฉะนั้นการจำกัดสิทธิของเอกชนย่อมจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>7</sup>

<sup>7</sup> เฟิงอ้าง, น. 110 – 111.

ตัวอย่างคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากอำนาจหรือความสามารถของคู่สัญญา มีดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 27/2549 วินิจฉัยว่า การที่นายกเทศมนตรีผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้ถูกฟ้องคดีได้ตกลงด้วยวาจาให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการจัดเก็บรายได้จากตลาดสด ย่อมเกิดเป็นสัญญาที่มีผลสมบูรณ์และผูกพันคู่สัญญา จากคำพิพากษาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าในทางกลับกันจะเห็นได้ว่าหากเจ้าหน้าที่เข้าทำสัญญาโดยไม่มีอำนาจ สัญญาที่เกิดขึ้นย่อมจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ผูกพันคู่สัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.349/2549 วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย เนื่องจากกรณีเป็นข้อสัญญาที่ผู้คัดค้านขอเพิ่มเติมภายหลังจากที่ได้รับการคัดเลือกเข้าทำสัญญาแล้ว การเพิ่มเติมข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญแตกต่างไปจากหลักการที่คณะกรรมการได้เคยให้ความเห็นชอบไว้แล้ว จึงเป็นการกระทำเกินอำนาจของผู้ร้องซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ไม่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐ ซึ่งหากจะให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันหน่วยงานอื่นของรัฐด้วยก็จะต้องให้คณะกรรมการที่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อน เมื่อปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้ลงนามในสัญญาเข้าร่วมงานฯ และดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ที่ได้มีการเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ โดยมีได้มีการเสนอการขอเพิ่มเติมให้คณะกรรมการพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง การเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ เข้าไว้ในสัญญาเข้าร่วมงานฯ โดยมีได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ จึงขัดต่อมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 สัญญาเข้าร่วมงานฯ ข้อ 5 วรรคสี่ จึงไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย ส่วนสัญญาเข้าร่วมงานฯ ในข้ออื่นๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่คณะกรรมการได้มีมติให้ความเห็นชอบไว้แล้วย่อมมีผลผูกพันรัฐได้ตามกฎหมาย

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นเป็นกรณีที่สัญญาพิพาทอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยหน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งบัญญัติให้คณะกรรมการนำผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญา และเอกสารทั้งหมดเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อนำเสนอคณะกรรมการพิจารณาภายในเก้าสิบวันนับจากวันที่คณะกรรมการตัดสิน หากคณะกรรมการไม่เห็นด้วยให้ส่งเรื่องคืนคณะกรรมการเพื่อพิจารณาทบทวนความเห็น แล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้รัฐมนตรีตัดสินชี้ขาด แต่เมื่อปรากฏว่าปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้ลงนามในสัญญา

โดยหน่วยงานมิได้เสนอการขอเพิ่มเติมสัญญาที่มีสาระสำคัญแตกต่างไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้เคยให้ความเห็นชอบไว้แล้วต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกครั้ง ซึ่งการเพิ่มเติมข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการกระทำเกินอำนาจ เมื่อหน่วยงานมิได้ดำเนินการตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ข้อสัญญาเพิ่มเติมจึงไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย

ในประเด็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีคำวินิจฉัย เรื่องเสร็จที่ 291/2550 เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่างบริษัททีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน))

โดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นที่ เมื่อ ทศท. เข้าเป็นคู่สัญญาโดยกระทำการแทนรัฐ และอาศัยอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย สัญญาอนุญาตฯ ที่เกิดขึ้นจึงเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเพื่อมอบหมายให้เอกชนดำเนินการให้บริการสาธารณะแทนรัฐ รัฐจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว แต่เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ดำเนินการไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ซึ่งมีผลใช้บังคับในขณะที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ การลงนามในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ โดยมีได้เสนอเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาต่อคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22<sup>๘</sup> พิจารณา และมีได้เสนอขอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาเห็นชอบในกรณีที่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของโครงการ จึงถือว่าการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ

---

<sup>๘</sup> มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคนและผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคนเป็นกรรมการ การประชุมของคณะกรรมการประสานงานตามวรรคหนึ่ง และองค์ประชุมให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด

โดย ทศท. เป็นคู่สัญญา จึงกระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย นอกจากนั้น คณะกรรมการ กฤษฎีกายังมีความเห็นว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอันเป็นนิติกรรมทางปกครอง สามารถแยกออกจากข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้นได้ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญา อนุญาตฯ ที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขหรือ เหตุอื่น หากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายได้พิจารณาถึงเหตุแห่งการเพิกถอน ผลกระทบ และความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะแล้วว่า การดำเนินการที่ไม่ถูกต้องนั้นมีความเสียหายอันสมควรจะต้องเพิกถอนข้อตกลงต่อท้ายสัญญา อนุญาตฯ ที่ทำขึ้น คณะรัฐมนตรีก็ชอบที่จะเพิกถอนข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ แต่ถ้า คณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ และเพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ คณะรัฐมนตรีก็อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ ความเห็นชอบให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ดังกล่าวได้ตามความเหมาะสม โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 เป็นผู้ดำเนินการเสนอ ข้อเท็จจริง เหตุผล และความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

นอกจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 291/2550 แล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกายังได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องเสรีจที่ 389/2551 เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติ ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีข้อตกลง เรื่องบริการเสริม ระหว่าง บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)) โดยมีความเห็นในทำนองเดียวกัน

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้งสองเรื่องดังกล่าว จะเห็นได้ว่ากรณีเป็น โครงการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ดังนั้น แม้จะปรากฏว่าหน่วยงานได้มีการทำสัญญาก่อนวันที่ พระราชบัญญัตินี้บังคับใช้บังคับ แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในสาระสำคัญของโครงการ ภายหลังพระราชบัญญัตินี้ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับแล้ว หากหน่วยงานได้ ดำเนินการแก้ไขโดยมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้วก็ถือว่าเป็น การกระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย และย่อมส่งผลให้สัญญาเป็นสัญญาที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย ซึ่งผลกระทบต่อสัญญาจะเป็นประการใดนั้นจะได้กล่าวในบทต่อไป

นอกจากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีอำนาจในการสัญญาแล้ว ก็จะต้องไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำสัญญาผู้นั้นใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีการ

บิดเปื้อนอำนาจทางหนึ่งทางใด หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาอีกด้วย ดังตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 ซึ่งวินิจฉัยว่า ผู้คัดค้าน (การทางพิเศษแห่งประเทศไทย) เป็นหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายฝ่ายมหาชนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนกับผู้ร้อง (บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี) กับพวก ผู้คัดค้านทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองที่เป็นองค์กรนิติบุคคล ตามข้อ 17 ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 บัญญัติให้มีผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นผู้กระทำการในนามผู้คัดค้านในกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกและเป็นผู้กระทำการแทนผู้คัดค้านตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว การใช้อำนาจของผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยซึ่งกระทำการในนามผู้คัดค้านจะผูกพันผู้คัดค้านต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ นอกจากจะต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จัดตั้งกำหนดไว้และเป็นไปตามระเบียบวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎระเบียบและข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแล้ว การใช้อำนาจของผู้คัดค้านจะต้องมิใช่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีการบิดเบือนอำนาจทางหนึ่งทางใดอีกด้วย การที่ ศ. ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการของผู้คัดค้านในขณะนั้นช่วยเหลือผู้ร้องโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ผู้ร้องจัดให้ จึงถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยของ ศ. ที่ลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และการที่ผู้ร้องที่ 2 เพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นให้แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นได้ซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการคุณ รวมทั้งการจัดสรรหุ้นของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ให้ ศ. กับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นมีสิทธิซื้อก่อนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ ก็ถือได้ว่าผู้ร้องทั้งสามได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อจูงใจให้ ศ. และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้องทั้งสามนั่นเอง กรณีจึงต้องถือว่าในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้องทั้งสามผู้ร้องทั้งสามใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าว จะเห็นได้ว่ากรณีสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ แม้จะถือเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื่องจากคดีพิพาทในเรื่อง

ดังกล่าว ศาลยุติธรรมได้รับไว้วินิจฉัยแล้วก่อนที่จะศาลปกครองจะเปิดทำการ ดังนั้น จึงคงให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาต่อไป ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ถ้อยคำตามเหตุผลในคำพิพากษาแล้ว การที่ศาลฎีกาได้ให้เหตุผลสนับสนุนว่าสัญญาไม่ผูกพันผู้คัดค้าน (การทางพิเศษแห่งประเทศไทย) โดยมีใจความว่า “การที่ผู้ร้องที่ 2 เพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นให้แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นได้ซื้อหุ้น ในฐานะผู้มีอุปการคุณ รวมทั้งการจัดสรรหุ้นของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ให้ ศ. กับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นมีสิทธิซื้อก่อนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ ก็ถือได้ว่าผู้ร้องทั้งสามได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อจูงใจให้ ศ. และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้องทั้งสามนั่นเอง กรณีจึงต้องถือว่าในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้องทั้งสาม ผู้ร้องทั้งสามใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน” ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ศาลฎีกาจะมีได้ใช้ถ้อยคำว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจลงนามเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญา แต่การที่ ศ. ได้รับประโยชน์จากผู้ร้องโดยได้ซื้อหุ้น ในฐานะผู้มีอุปการคุณ ก็มีนัยแล้วว่า ศ. ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจลงนามในสัญญาแทนผู้คัดค้านเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญา ก็ย่อมถือว่าสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับความบกพร่องในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จากการศึกษา ยังไม่ปรากฏว่ามีประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นในสัญญาทางปกครอง อาจเนื่องมาจากในขั้นตอนการทำสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีขั้นตอนตามระเบียบกฎหมายในการตรวจสอบความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างละเอียด ดังนั้น ข้อพิพาทในประเด็นดังกล่าวจึงยังไม่มีประเด็นที่จะนำสู่การวินิจฉัยแต่อย่างใด

### 3.1.2 ความบกพร่องในเรื่องแบบของสัญญา

หลักของการทำสัญญาทางแพ่งระหว่างคู่สัญญานั้นสามารถที่จะแสดงเจตนาในการทำสัญญาได้หลายวิธีไม่ว่าจะทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา หรือการกระทำอื่นใดที่ทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่าการแสดงเจตนาทำสัญญาต่อกัน ซึ่งไม่ว่าจะทำสัญญาด้วยวิธีใดดังที่กล่าวก็ย่อมทำให้เกิดสัญญาและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อคู่สัญญาได้ทั้งนั้น กรณีที่มีการกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะ ถือเป็นข้อยกเว้นในการทำสัญญาทั่วไป เพราะฉะนั้นหากคู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญา

ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องทำตามแบบ สัญญานั้นๆ จะมีผลเป็นสัญญาและมีผลผูกพันคู่สัญญา ก็ต่อเมื่อได้ทำสัญญาตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หากคู่สัญญาฝ่าฝืนทำสัญญาโดยวิธีอื่น สัญญานั้นย่อมไม่บริบูรณ์เป็นสัญญาและไม่สามารถใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา

สำหรับการทำสัญญาทางปกครองนั้น จากการศึกษาพบว่าระบบกฎหมายไทย ได้ยอมรับการทำสัญญาทั้งแบบลายลักษณ์อักษร และด้วยวาจา แต่หากมีบัญญัติกฎหมาย กำหนดไว้ให้ทำตามแบบ คู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ มิฉะนั้นสัญญาที่เกิดขึ้นก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูป<sup>9</sup> เช่น การให้สัมปทาน สรรวจแร่หรือทำเหมืองแร่หรือการให้สัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมซึ่งจะต้องทำตามแบบ ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองซึ่งวินิจฉัยว่าสัญญาทางปกครองสามารถตกลง ด้วยวาจาได้

---

<sup>9</sup> ดร.บุบผา อัครพิมาน มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า สถานะทางกฎหมายของสัญญา สำเร็จรูปที่กำหนดโดยหน่วยงานอื่นที่มีคู่สัญญา โดยแท้จริงแล้วสภาพบังคับของสัญญา สำเร็จรูปควรมีผลต่อสถานะความเป็นกฎหมายของสัญญา เพราะโดยหลักสัญญาสำเร็จรูปที่กฎหมาย กำหนดให้มีสภาพบังคับ สถานะความเป็นกฎหมายของรูปแบบสัญญาดังกล่าวย่อมเห็นได้อย่างชัดเจน แต่หากเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่มีสภาพบังคับ หน่วยงานย่อมไม่ถูกบังคับให้ต้องนำสัญญา สำเร็จรูปมาใช้ สถานะความเป็นกฎหมายย่อมไม่มี เว้นแต่ฝ่ายปกครองได้นำสัญญาสำเร็จรูปมาใช้โดย สมมติใจ ซึ่งในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้นำสัญญาสำเร็จรูปมาใช้แล้ว ย่อมผูกพันฝ่ายปกครองให้ต้อง นำเอารูปแบบของสัญญาสำเร็จรูปนั้นมาใช้กับสัญญาที่ทำในภายหลังหากอยู่ภายใต้เงื่อนไข เดียวกัน เพราะถือว่าฝ่ายปกครองได้สร้างกฎเกณฑ์หรือหลักขึ้นว่าฝ่ายปกครองจะทำตามรูปแบบ ของสัญญานั้นๆ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ฝ่ายปกครองต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่ตนสร้างขึ้น ในกรณีนี้ต้องพิจารณาสัญญาสำเร็จรูปในฐานะก่อนเข้ามาเป็นสัญญาหรือเป็นส่วนหนึ่งของ สัญญาแล้ว การที่สัญญาแบบหรือสัญญาสำเร็จรูปมีสถานะเป็นกฎหมายจะมีผลว่ารูปแบบของสัญญา สำเร็จรูปก่อนการนำมาใช้ย่อมเป็นวัตถุประสงค์ที่เพิกถอนได้ แต่หากสัญญาสำเร็จรูปที่ กฎหมายกำหนดไว้ได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว การวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของ สัญญาจะต้องพิจารณาถึงลักษณะของข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว

อ้างใน บุบผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 115 – 116.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียนคลองซึ่งมีข้อตกลงในสัญญาให้ผู้ผูกฟองคืดซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองมีสิทธิพิเศษเหนือผู้ผูกคืด เช่น มีสิทธิสั่งให้ผู้ผูกคืดทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้ในเอกสารสัญญา หากเป็นงานที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา ดังนั้น การที่ประธานกรรมการบริหารของผู้ผูกฟองคืดซึ่งเป็นผู้แทนตามกฎหมายของผู้ผูกคืดสั่งให้ผู้ผูกคืดก่อสร้างเชื่อมกันดินพังเนื่องจากดินข้างถนนด้านเลียบลำคลองทรุดตัวและเลื่อนไหลลงคลองทำให้ไม่สามารถก่อสร้างถนนตามสัญญาได้ถือว่าเป็นงานพิเศษซึ่งอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา จึงถือว่าการสร้างเชื่อมดังกล่าวเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญา แม้ว่าจะเป็นการตกลงด้วยวาจาก็ตาม ทั้งข้อตกลงก็มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ข้อตกลงดังกล่าวจึงย่อมมีผลผูกพันผู้ผูกฟองคืด และถือว่าการที่ประธานกรรมการบริหารได้สั่งการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชอบ ไม่ใช่กรณีตัวแทนกระทำการเกินขอบอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่ากรณีดังกล่าวจะเป็นกรณีที่ไม่ได้ผ่านขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 แต่เนื่องจากการดำเนินการตามระเบียบพัสดุดังกล่าวเป็นขั้นตอนการปฏิบัติภายในของหน่วยงาน ผู้ผูกฟองคืดจึงไม่อาจนำมาอ้างเป็นเหตุผลปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญากับผู้ผูกคืดซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 27/2549 วินิจฉัยว่า การที่นายกเทศมนตรีผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้ผูกฟองคืดได้ตกลงด้วยวาจาให้ผู้ผูกคืดดำเนินการจัดเก็บรายได้จากตลาดสด ย่อมเกิดเป็นสัญญาที่มีผลสมบูรณ์และผูกพันคู่สัญญา

### 3.1.3 ความบกพร่องในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา

สัญญาเป็นนิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกัน ในสัญญาทางแพ่งนั้น การแสดงเจตนาในการทำสัญญาต้องเป็นไปตามหลักในเรื่องนิติกรรม หากเป็นการแสดงเจตนาที่บกพร่องก็จะส่งผลทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี และวิธีการในการแสดงเจตนาที่ต้องเป็นไปตามหลักนิติกรรมที่ว่าอาจแสดงเจตนาโดยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ สำหรับสัญญาทางปกครองก็นำหลักกฎหมายทางแพ่งมาปรับใช้ ซึ่งหากการแสดงเจตนาของคู่สัญญา

มีความบกพร่องก็ย่อมส่งผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาเช่นกัน ซึ่งความบกพร่องในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี ดังนี้

#### 1) การแสดงเจตนาซ่อนเร้น

คือ การแสดงเจตนาตามมาตรา 154 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่าการแสดงเจตนาใดแม้ในใจจริงผู้แสดงเจตนาจะมีได้เจตนาให้ตนต้องผูกพันตามที่ได้แสดงเจตนาออกมาก็ตาม หากเป็นมูลเหตุให้การแสดงเจตนา นั้นเป็นโมฆะไม่ว่าแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจผู้แสดงนั้น กล่าวคือ หากอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจของฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นแล้ว การแสดงเจตนา นั้นย่อมทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ

#### 2) การแสดงเจตนาหลง

คือ การแสดงเจตนาตามมาตรา 155 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่าการแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงนั้นมิได้ กล่าวคือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำนิติกรรมหลอกๆ เพื่อลวงผู้อื่นให้เข้าใจว่าได้ทำนิติกรรมกันจริงหรือเป็นการตบตาผู้อื่น

#### 3) การแสดงเจตนาอำพรางหรือนิติกรรมอำพราง

คือ การแสดงเจตนาตามมาตรา 155 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่า ถ้าการแสดงเจตนาหลงตามวรรคหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอื่น ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกอำพรางมาใช้บังคับ กล่าวคือ คู่กรณีทำนิติกรรมซ้อนกัน โดยนิติกรรมอันหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่ง โดยต้องการให้นิติกรรมที่แสดงออกมาไม่มีผลใช้บังคับ แต่ต้องการให้นิติกรรมที่ถูกอำพรางไว้ นั้นมีผลใช้บังคับ นิติกรรมที่ถูกอำพรางไว้จึงเป็นนิติกรรมที่ใช้บังคับได้ระหว่างคู่กรณี ส่วนนิติกรรมที่แสดงออกมาตกเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้

#### 4) การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม

คือ การแสดงเจตนาตามมาตรา 156 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง การแสดงเจตนาออกไปโดยผิดหลง ไม่ตรงกับเจตนาอันแท้จริงที่ต้องการนั้น ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมอันทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม คือ ต้องการทำนิติกรรมในลักษณะหนึ่งแต่กลับเป็นอีกลักษณะหนึ่ง ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม คือ ต้องการทำนิติกรรมกับคนหนึ่งแต่

กลับไปทำกับคนอื่น และความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม คือ ต้องการทรัพย์สินอันหนึ่งแต่กลับได้ทรัพย์สินอีกอันหนึ่งที่ไม่ต้องการ เป็นต้น<sup>10</sup>

#### 5) การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน

คือ การแสดงเจตนาตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง การเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปหรือไม่ต้องตามความเป็นจริง กล่าวคือ ความจริงเป็นอย่างหนึ่ง แต่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจหรือคิดเป็นอีกอย่างหนึ่ง และโดยความคิดหรือเข้าใจไม่ถูกต้องนี้ ทำให้เขาแสดงเจตนาทำนิติกรรม โดยที่ความสำคัญผิดในกรณีนี้เป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกติย่อมเป็นนับว่าเป็นสาระสำคัญ เพราะถ้าหากไม่มีความสำคัญผิดแล้วนิติกรรมก็คงจะไม่ได้ทำขึ้นเลย ซึ่งผลของนิติกรรมที่ทำโดยความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกติเป็นสาระสำคัญนั้นเป็นโมฆียะ

#### 6) การแสดงเจตนาเพราะถูกกลลวง

กลลวง ตามมาตรา 159 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งกระทำการหลอกลวงใดๆ ก็ตามที่ทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความเป็นจริง (ทำให้เขาสำคัญผิด) แล้วผู้ถูกหลอกลวงได้แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม เพราะฉะนั้นอาจจะไม่ทำหรืออาจจะทำในเงื่อนไขที่แตกต่างออกไป ดังนั้น กลลวงทำให้เจตนาเสื่อมเสียเพราะทำให้ผู้แสดงเจตนาสำคัญผิด กลลวงที่ทำให้เจตนาทำนิติกรรมเสื่อมเสียจะต้องเป็นกรณีที่มีการหลอกลวงหรือการหลงเชื่อถึงขนาดแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งผลของนิติกรรมที่เกิดเพราะกลลวงเป็นโมฆียะ

#### 7) การแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่

การข่มขู่ ตามมาตรา 164 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง การสร้างความหวาดกลัวให้ผู้ถูกข่มขู่จนต้องตัดสินใจแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมหรือต้องการที่หนักกว่าปกติจากการทำนิติกรรมเพราะความกลัวนั้น เพราะฉะนั้นการข่มขู่ในที่นี้ น่าจะต้องเป็นการข่มขู่ที่มีอิทธิพลต่อจิตใจ คือ บีบบังคับจิตใจ การข่มขู่ที่มีผลต่อการตัดสินใจและแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมทำให้นิติกรรมมีผลเป็นโมฆียะ<sup>11</sup>

<sup>10</sup> อธิราช มณีภาค, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญาและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), น. 84 – 87.

<sup>11</sup> ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น.117 – 128.

ตัวอย่างคำวินิจฉัยในเรื่องการแสดงเจตนาในสัญญาทางปกครองซึ่งนำหลักตามสัญญาทางแพ่งมาปรับใช้กรณีคำเสนอและคำสนองตรงกัน

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 355/2550 วินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีได้มีประกาศสอบราคาเพื่อหาผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างมารับจ้างเหมาซ่อมแซมฝาย โดยที่ประกาศสอบราคาของผู้ฟ้องคดีมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอต่อผู้ฟ้องคดีเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นใบเสนอราคาที่จะทำงานรับจ้างเหมาซ่อมแซมฝาย การยื่นใบเสนอราคาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดี และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้พิจารณาอนุมัติรับราคาจากผู้ถูกฟ้องคดีเสนอ และมีหนังสือแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีให้ไปทำสัญญาจ้างโดยผู้ถูกฟ้องคดีได้รับหนังสือแล้ว จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้เลือกให้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการสอบราคา และได้สนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว ดังนั้น เมื่อคำสนองของผู้ฟ้องคดีตรงกับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดี จึงทำให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “สัญญาสอบราคา” คู่สัญญาจึงมีความผูกพันกันในฐานะที่จะเข้าทำสัญญาจ้างเป็นหนังสืออีกชั้นหนึ่ง โดยที่สัญญาสอบราคาดังกล่าวมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อันเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง สัญญาสอบราคาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจึงแสดงถึงลักษณะพิเศษในการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.356/2551 วินิจฉัยว่า สัญญาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำไว้กับกรมที่ดินเพื่อศึกษาวิชาในประเทศกับผู้ฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์หนึ่งตามสัญญา คือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหน้าที่ที่จะต้องเข้ารับราชการในสังกัดของผู้ฟ้องคดีเมื่อสำเร็จการศึกษา แม้สัญญาเงินทุนดังกล่าวจะได้ทำภายหลังจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สำเร็จการศึกษาไปแล้วก็ตาม แต่เมื่อมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างผู้ฟ้องคดีที่ได้มีคำเสนอหรือประกาศที่จะให้ทุนการศึกษาเล่าเรียนแก่นิสิตภายใต้กำหนดเงื่อนไขของผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ได้เข้าตกลงรับทุนการศึกษาของผู้ฟ้องคดี และได้ศึกษาจนจบการศึกษา พฤติการณ์ดังกล่าวจึงเป็นการแสดงเจตนาสนองรับโดยปริยายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แล้ว อันเป็นผลให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นตามกฎหมายของคู่สัญญานับตั้งแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตกลงใจเข้ารับทุนการศึกษาของผู้ฟ้องคดี การทำหนังสือจึงเป็นเพียงการกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติต่อกันตามสิทธิและหน้าที่ตามเงื่อนไขของสัญญา

สำหรับความบกพร่องในการแสดงเจตนา นั้น มีประเด็นที่นำสู่การวินิจฉัยของศาลปกครองซึ่งเป็นข้ออ้างของคู่กรณีที่อ้างว่าได้แสดงเจตนาทำสัญญาโดยสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรมอันเป็นความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมตามมาตรา 156 วรรคสอง และกรณีการแสดงเจตนาทำสัญญาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังตัวอย่างคำพิพากษาต่อไปนี้

กรณีอ้างว่าได้แสดงเจตนาทำสัญญาโดยสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรมอันเป็นความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 327/2551 วินิจฉัยว่า สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนและปฏิบัติการระหว่างผู้ฟ้องคดี (เอกชน) กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (หน่วยงาน) มีข้อความกำหนดไว้เกี่ยวกับเงื่อนไข หลักเกณฑ์ ประเภทงานก่อสร้าง สูตร และวิธีการคำนวณที่ใช้กับสัญญาแบบปรับราคาได้ ซึ่งเป็นเอกสารแนบทำสัญญาโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เป็นกรณีที่คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้สัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะอ้างว่าการนำสูตรและวิธีการคำนวณในการพิจารณาจ่ายเงินชดเชยค่างานก่อสร้างมาแนบทำสัญญาเป็นไปด้วยความผิดพลาด ซึ่งเป็นการกล่าวอ้างว่าตนเองแสดงเจตนาทำสัญญาโดยสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรมอันเป็นความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมตามมาตรา 156 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การแสดงเจตนาดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ แต่ความสำคัญผิดดังกล่าวหากเกิดขึ้นจริงดังที่อ้างก็เป็นความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผู้แสดงเจตนาเอง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่อาจถือเอาความสำคัญผิดดังกล่าวมาเป็นประโยชน์แก่ตนได้ตามมาตรา 158 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะมีได้ระบุไว้ในประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างตามสัญญาพิพาทนี้ว่าการทำสัญญาจ้างตามประกาศประกวดราคาดังกล่าวจะนำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ แต่ได้แสดงเจตนาทำสัญญาจ้างตามประกาศประกวดราคาดังกล่าวเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ ซึ่งเป็นการไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี แต่เหตุดังกล่าวก็ไม่มีผลทำให้สัญญาจ้างที่ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทำขึ้นโดยกำหนดให้เป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยเจ้าหน้าที่ของตนดำเนินการฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรี คงเป็นแต่เพียงเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และเจ้าหน้าที่ของตนจะต้องรับผิดชอบต่อคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีความผูกพันตามสัญญา

ส่วนกรณีอ้างว่าได้แสดงเจตนาการแสดงเจตนาทำสัญญาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติ มีตัวอย่างคำพิพากษา ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.160/2550 วินิจฉัยว่า กรณีการตรวจสอบ คุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เสนอราคาจ้างได้ผ่านขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้รับจ้างจนกระทั่งมีการทำสัญญาจ้างแล้ว แม้ผลงานของผู้ฟ้องคดีที่ได้เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงาน) ในแต่ละชั้นจะมีวงเงินไม่ถึงตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดก็ตาม แต่การที่ผู้ฟ้องคดีได้ เสนอราคาผลงานโดยเปิดเผยไม่ได้ปกปิดแต่อย่างใด ประกอบกับคณะกรรมการเปิดซองสอบ ราคาได้เสนอให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการสอบราคา และผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ตกลงว่าจ้างผู้ฟ้องคดีแล้ว แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะได้แสดงเจตนาตกลงทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีไปโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติ ซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมอันทำให้สัญญาที่ทำตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็เป็นความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นโดยความประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ถูกฟ้องคดีเอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดี ยกเลิกสัญญาโดยอ้างเหตุดังกล่าว จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับความบกพร่องในการแสดงเจตนาประการอื่นๆ จากการศึกษายังไม่ ปรากฏประเด็นข้อโต้แย้งซึ่งนำสู่การวินิจฉัยแต่ประการใด

### 3.1.4 ขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองย่อมเกี่ยวพันกับการอนุมัติให้เป็นผู้สัญญา โดยการอนุมัติให้เป็นผู้สัญญาจะต้องพิจารณาบนพื้นฐานหลักเกณฑ์เบื้องต้น 3 ประการ คือ หลักความเป็นธรรม หลักความโปร่งใส หลักผลประโยชน์ตอบแทนสูงสุด<sup>12</sup> ดังต่อไปนี้

#### 1) หลักความเป็นธรรม

ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการอย่างเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ และต้องเปิดโอกาสให้ผู้เสนอราคาแต่ละรายสามารถทำคำเสนอราคาได้อย่างเสรี

<sup>12</sup> กิตตัญญู ธรรมธัช ,บทความเสนอในการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง “สัญญาของ ฝ่ายปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสพการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและ บทบาทของศาล” ,วารสารวิชาการศาลปกครอง,ปีที่ 4, ฉบับที่ 1, น. 78–79. (มกราคม–เมษายน 2547)

เท่าเทียมกัน โดยเจ้าหน้าที่จะต้องไม่กระทำการที่มีลักษณะเป็นการกีดกันหรือขัดขวางเอกชนรายใดรายหนึ่งเพื่อเปิดโอกาสให้แก่เอกชนอีกรายเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงาน

### 2) หลักความโปร่งใส

หลักความโปร่งใสและเปิดเผยถือเป็นหลักการสำคัญอีกประการหนึ่ง ซึ่งโดยปกติแล้วในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาจะต้องเปิดเผยเพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบ เช่น มีการเปิดเผยแพร่ตามระยะเวลาที่สมควร

### 3) หลักผลประโยชน์ตอบแทนสูงสุด

ในการพิจารณาผลการคัดเลือกคู่สัญญา ผู้ชนะการคัดเลือกจะต้องมีคุณสมบัติเหมาะสมที่สุด มีการเสนอผลประโยชน์ที่ดีที่สุด รัฐจะต้องได้รับผลประโยชน์ตอบแทนที่คุ้มค่าโดยไม่จำเป็นที่จะต้องคัดเลือกเอกชนผู้เสนอราคาต่ำสุดเสมอไป

จะเห็นได้ว่าในการคัดเลือกคู่สัญญานั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาบนพื้นฐานหลักเกณฑ์ทั้งสามประการดังกล่าว ซึ่งหากการพิจารณามีการบิดเบือนแล้วอาจทำให้กระบวนการคัดเลือกเกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ตัวอย่างคำพิพากษาที่เป็นการยืนยันในหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น คือ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 221/2548 ซึ่งวินิจฉัยว่า ในการจัดหาพัสดุของส่วนราชการนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดให้ส่วนราชการต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม โดยให้คำนึงถึงคุณสมบัติและความสามารถของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้เสนอราคาหรือผู้รับจ้างดังกล่าว มีความรับผิดชอบและทำกิจการที่รับจ้างนั้นให้สำเร็จลุล่วงตามความต้องการของส่วนราชการผู้จ้างงาน แต่อย่างไรก็ดี การพิจารณาคุณสมบัติและความสามารถของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานดังกล่าว ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ระเบียบให้อำนาจไว้ ทั้งจะต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของระเบียบดังกล่าว ที่มุ่งคุ้มครองให้การจัดหาพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย โปร่งใส และมีการแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรมด้วยการที่เงื่อนไขประกาศประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ตัดสินให้มีผู้ฟ้องคดีเข้าเสนอราคารับจ้างงานก่อสร้างกับผู้ถูกฟ้องคดี ด้วยเหตุที่ผู้ฟ้องคดีเคยก่อสร้างเขื่อนโครงการป้องกันคลื่นซัดชายหาดบางแสนล่าช้ากว่าแผนงานตามสัญญา ซึ่งเป็นการห้ามมิให้ผู้เสนอราคาหรือผู้รับจ้างที่เคยมีประวัติการรับจ้างงานก่อสร้างบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใดมาก่อนเข้าเสนอราคารับจ้างงานกับส่วนราชการนั้น ไม่มีบทบัญญัติใดของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่ให้อำนาจผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการในลักษณะดังกล่าวได้ จึงเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจและขัดต่อเจตนารมณ์

ที่กฎหมายกำหนดไว้ และไม่เป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีประกาศตัดสิทธิมิให้ผู้ฟ้องคดีเสนอราคารับจ้างก่อสร้างกับผู้ถูกฟ้องคดีในทุกสาขาขางานก่อสร้างจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐนั้น ในกรณีของไทยส่วนใหญ่จะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบของส่วนราชการอื่นๆ ว่าด้วยการพัสดุ แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์การคัดเลือกคู่สัญญาในกรณีตกลงทำสัญญาจัดซื้อหรือจัดจ้างเท่านั้น ส่วนสัญญาประเภทอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ หรือระเบียบของส่วนราชการอื่นๆ ว่าด้วยการพัสดุ ก็จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบหรือหลักเกณฑ์เฉพาะที่กำหนดสำหรับสัญญาประเภทนั้นๆ เช่น สัญญาที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาร่วมการทำงานจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่การที่สัญญาของทางราชการต้องผ่านกระบวนการทำสัญญาตามระเบียบหลักเกณฑ์ใดๆ ก็มิได้มีผลเป็นการกำหนดสถานะของสัญญาแต่อย่างใด สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากนิยามที่กฎหมายกำหนดและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลประกอบกัน ดังนี้<sup>13</sup>

(1) การเข้าเป็นคู่สัญญาโดยผ่านกระบวนการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ สัญญาที่เกิดขึ้นอาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง

(2) การเข้าเป็นคู่สัญญาโดยไม่ผ่านระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ เช่น สัญญาลาศึกษาต่อ สัญญาจ้างลูกจ้างในส่วนราชการ เป็นต้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวมักจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

(3) การเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะของการได้รับสัมปทาน ซึ่งรูปแบบของการได้รับสัมปทานตามกฎหมายไทยนั้นมีสองลักษณะ คือ ลักษณะประการแรกเป็นรูปแบบซึ่งกำหนดโดยกฎหมาย เช่น สัมปทานสัมปทานสำรวจแร่หรือทำเหมืองแร่ และสัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียม ซึ่งต้องเป็นไปตามแบบตามกฎกระทรวง และลักษณะประการที่สองซึ่งเป็นผลของการเจรจาตกลงระหว่างฝ่ายรัฐและเอกชน เช่น สัมปทานการติดตั้งและดำเนินการเกี่ยวกับโทรศัพท์ และสัมปทานเกี่ยวกับทางด่วน เป็นต้น แต่ทั้งนี้ หากอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน

<sup>13</sup> ยุทธนา ทิณรัตน์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น. 86 – 87.

หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กระบวนการในการทำสัญญาจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนตามที่พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้

ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา หากปรากฏว่ามีขั้นตอนอันเกิดจากการกระทำหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียก็มีสิทธินำคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อาศัยความใน (2) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5 ได้กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการในสัญญา ทั้งก่อนและหลังการทำสัญญาให้เป็นคำสั่งทางปกครอง เมื่อการดำเนินการดังกล่าวเป็น (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (2) การอนุมัติซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณา คำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน ดังตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 200/2551 คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศสอบราคาจ้างทำความสะอาดอาคาร ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับการเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีและอนุมัติให้จ้างผู้เสนอราคารายถัดไปเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงฟ้องขอให้ยกเลิกผลการประกาศสอบราคาดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาตรวจพบว่ารายชื่อพนักงานทำความสะอาดของผู้ฟ้องคดีซ้ำซ้อนกับรายชื่อพนักงานทำความสะอาดของผู้เสนอรายอื่น เป็นเหตุให้จำนวนพนักงานทำความสะอาดของผู้ฟ้องคดีมีไม่ถึงจำนวนตามเงื่อนไข กรณีดังกล่าวคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาควรทำการสอบสวนให้ได้ความจริงว่า รายชื่อของพนักงานทำความสะอาดที่ซ้ำซ้อนกันนั้นแท้จริงแล้วเป็นพนักงานทำความสะอาดของใคร อีกทั้งกรณีดังกล่าวข้างต้นไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) ถึง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับการเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีและอนุมัติให้จ้างผู้เสนอราคารายถัดไป ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาออกคำสั่งที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี ซึ่งจะต้องให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริง และโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอ จึงเป็นการออกคำสั่งโดยมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งอนุมัติจ้างรายถัดไปทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดิน จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้วินิจฉัยต่อไปว่า แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งหน่วยงานทางปกครองจะได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวไปแล้วก็ตาม แต่เมื่อคำสั่งดังกล่าวยังคงปรากฏเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีได้ตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำสัญญาจ้างบริษัทรายถัดไป และได้มีการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนไปแล้ว เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลจึงเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ที่มีคำพิพากษาเป็นต้นไป

นอกจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มี คำวินิจฉัยเป็นเรื่องเสรีที่ 339/2544 เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กรณีโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิต โดยมีความเห็นว่าสัญญาก่อสร้างและบริหารโครงการพัฒนาระบบสาธารณูปโภคพื้นฐานในที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิต ระหว่างกรมธนารักษ์และบริษัทบางกอกเทอร์มินอล จำกัด (BKT) เป็นโครงการที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการของโครงการที่เข้าข่ายต้องปฏิบัติตามกฎหมายไว้ โดยให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อกระทรวงเจ้าสังกัด หลังจากที่กระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาแล้ว หากเป็นโครงการใหม่จะต้องเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ แต่หากเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วให้เสนอต่อกระทรวงการคลังพิจารณา และนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติหลักการของโครงการ เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบโครงการแล้ว จึงให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการ กำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา พิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ และพิจารณาดำเนินการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการตามที่เห็นสมควร โดยที่การประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการโครงการพัฒนาระบบสาธารณูปโภคพื้นฐานในที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิตได้เริ่มดำเนินการเมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2536 หลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐมีผล

ใช้บังคับแล้ว แต่มิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัตินี้มาตั้งแต่เริ่มต้นโครงการ และแม้ว่าในการดำเนินโครงการจะได้มีการเสนอเรื่องการใช้ประโยชน์ที่ราชพัสดุบริเวณสถานียชนสงฆ์ขอชิตต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาด้วยแล้วก็ตาม กรณีก็มีได้เป็นการดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายแต่อย่างใด สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการทำขึ้นโดยบุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการและได้ดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น สัญญาก่อสร้างและบริหารโครงการระหว่างกรมธนารักษ์และบริษัท BKT จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลผูกพันในแง่สัญญาต่อกัน

### 3.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าระบบสัญญาทางปกครองของไทยนั้นมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ ซึ่งในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของสัญญาทางปกครองก็ต้องนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้เช่นเดียวกัน โดยที่สัญญานั้นจำเป็นต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเสมอ สัญญาใดที่ไม่มีวัตถุประสงค์ก็เหมือนเป็นเรื่องลอยๆ วัตถุประสงค์ของสัญญา คือ ความประสงค์ความมุ่งหมายหรือประโยชน์ สุดท้ายในการทำสัญญาที่คู่สัญญาจะพึงได้รับจากการเข้าทำสัญญาแต่ละประเภทและถือเป็นประโยชน์สุดท้ายที่มีร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มิใช่เพียงเฉพาะของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น โดยคู่สัญญาทุกฝ่ายต้องรับรู้ร่วมกัน วัตถุประสงค์นั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามสัญญา แต่ทั้งนี้วัตถุประสงค์นั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของสัญญาทางปกครองนั้น ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิพากษาเหนือคดีทั้งปวง ก็เคยมีคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเช่นกัน ดังเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3940/2528 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 (กองทัพอากาศ) มีอำนาจกำหนดให้ผู้รับสมัครเข้ารับราชการยังสังกัดจำเลยที่ 1 ทำสัญญาว่าจะรับราชการในกระทรวงกลาโหมไม่น้อยกว่า 2 ปีบริบูรณ์ และกำหนดค่าปรับในกรณีที่ผู้นั้นผิดสัญญาได้ เมื่อไม่ปรากฏว่าสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือเป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงยอมผูกพันคู่สัญญาและมีผลใช้บังคับแก่กันได้ สัญญาดังกล่าวจึงไม่ตกเป็นโมฆะ เมื่อโจทก์ผิดสัญญา จำเลยที่ 1 จึงมีอำนาจ

บังคับเอาค่าปรับจากโจทก์ตามสัญญาดังกล่าวได้ การที่โจทก์ชำระค่าปรับให้แก่จำเลยที่ 1 ไปแล้ว โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาคืนจากจำเลยทั้งสองแต่อย่างใด

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหากสัญญามีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือเป็นการพนันวิสัยหรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาที่เกิดขึ้นย่อมเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากคำพิพากษาของศาลฎีกาข้างต้นแล้ว ภายหลังจากก่อตั้งศาลปกครอง ศาลปกครองก็ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของสัญญา ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.353/2551 วินิจฉัยว่า สัญญาของผู้ได้รับอนุมัติให้ลาไปศึกษาหรือฝึกอบรมภายในประเทศโดยได้รับเงินเดือนเต็มระหว่างลา ระหว่างนางสาว ป กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งกำหนดว่า ถ้านางสาว ป ประพฤติผิดสัญญาหรือไม่กลับมารับราชการ นางสาว ป จะชดใช้คืนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งทุน และหรือเงินเดือนรวมทั้งเงินเพิ่ม และหรือเงินอื่นใดทั้งสิ้นที่ได้รับจากทางราชการในระหว่างเวลาที่ได้รับอนุมัติให้ไปศึกษาหรือฝึกอบรม และจะจ่ายเงินเป็นเบี้ยปรับให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อีกสองเท่าของเงินที่จะต้องชดใช้คืน เป็นข้อกำหนดซึ่งขัดหรือแย้งกับข้อ 10 วรรคสอง ของระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการพัฒนาข้าราชการพลเรือนโดยการให้ไปศึกษาเพิ่มเติมในประเทศ พ.ศ. 2540 ซึ่งกำหนดให้คิดเบี้ยปรับเพียงหนึ่งเท่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ปรับนางสาว ป จำนวนสองเท่าของเงินที่ต้องชดใช้คืน จึงเป็นการปรับโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีหน้าที่ต้องคืนเบี้ยปรับในส่วนที่เกินดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นบิดาของนางสาว ป

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 411/2550 วินิจฉัยว่า เมื่อสัญญามีวัตถุประสงค์ของการจ้างเพื่อผลสำเร็จของงานพร้อมกันทั้งหมดทั้งโครงการ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งปรับผู้ฟ้องคดีในอัตราร้อยละ 0.20 โดยถือว่างานที่ผู้ฟ้องคดีรับจ้างเป็นงานที่ไม่ต้องการผลสำเร็จของงานพร้อมกัน จึงเป็นการใช้ดุลพินิจมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าปรับในอัตราที่ถูกต้องคือ ในอัตราร้อยละ 0.10 ตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 เพราะถือว่าสัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างที่มีวัตถุประสงค์เพื่อผลของงานเสร็จพร้อมกันภายในกำหนดเวลาตามสัญญา แม้จะมีการกำหนดเบิกจ่ายเงินออกเป็นงวดๆ ก็ตาม

จากคำพิพากษาดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่า โดยที่ข้อ 127 วรรคหนึ่ง ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 กำหนดว่าการทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันในอัตราตายตัวระหว่างร้อยละ

0.01- 0.20 ของราคาพัสดุที่ยังไม่ได้รับมอบ เว้นแต่การจ้างซึ่งต้องการผลสำเร็จของงานทั้งหมดพร้อมกัน ให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันเป็นจำนวนเงินตายตัวในอัตราร้อยละ 0.01- 0.10 ของราคางานจ้างนั้น แต่จะต้องไม่ต่ำกว่าวันละ 100 บาท สำหรับการก่อสร้างสาธารณูปโภคที่มีผลกระทบต่อการจราจรให้กำหนดค่าปรับในอัตราร้อยละ 0.25 ของราคางานจ้างนั้น เมื่อสัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างที่มีวัตถุประสงค์เพื่อผลของงานเสร็จพร้อมกันภายในกำหนดเวลาตามสัญญา แม้จะมีการกำหนดเบิกจ่ายเงินออกเป็นงวดๆ ก็ตาม ผู้ศึกษาจึงเห็นด้วยกับเหตุผลในคำพิพากษาดังกล่าว ดังนั้น แม้จะเปรียบว่าด้วยการพัสดุดังกล่าวจะเป็นเพียงระเบียบภายในของหน่วยงาน แต่ก็ยังเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าปรับในข้อสัญญา และแม้ว่าการทำสัญญาจะถือตามการแสดงเจตนาของคู่สัญญาก็ตาม แต่เนื่องจากกรณีดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดข้อสัญญาอยู่แล้ว ดังนั้น คู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามระเบียบดังกล่าว หากกำหนดข้อสัญญาไว้ไม่ถูกต้องก็ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษามีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในทางตรงกันข้าม หากเป็นการกำหนดค่าปรับที่ต่ำกว่าเกณฑ์ค่าปรับสูงสุดก็ย่อมถือตามการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยจะถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้

จากการศึกษาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย จะเห็นได้ว่าเหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีทั้งเหตุอันเกิดจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของสัญญา และเหตุอันเกิดจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของสัญญา ซึ่งผลกระทบต่อสัญญาที่เกิดจากเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสองประการจะมีผลเป็นประการใด อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป