

บทที่ 4

ผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.1 ผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส

โดยหลักทั่วไปแล้วการกระทำหรือคำสั่งที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ มักจะถูกลงโทษด้วยการให้การกระทำหรือคำสั่งนั้นมีผลเป็นโมฆะ ซึ่งการกระทำในรูปแบบสัญญาก็เช่นเดียวกัน หากไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจถูกลงโทษด้วยการให้สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะ ซึ่งเหตุที่ทำให้สัญญาไม่มีผลบังคับหรือโมฆะนั้นอาจกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน หรืออาจเกิดจากเหตุประการอื่นก็ได้ เช่น การไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมาย ในการทำสัญญา หรือเกิดจากการที่สัญญามีลักษณะที่ไม่ถูกต้องบางประการ ซึ่งในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันก็จะปรากฏเหตุที่ทำให้สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายและตกเป็นโมฆะแตกต่างกัน เหตุอันไม่ชอบด้วยกฎหมายที่แตกต่างกันดังกล่าวก็จะส่งผลกระทบต่อสัญญาทำให้มีผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนว่าเหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสเกิดจากเหตุอันไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งในทางรูปแบบในทางเนื้อหา ซึ่งการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็จะมีกระบวนการและองค์การตรวจสอบที่แตกต่างกัน

4.1.1 กระบวนการและองค์การตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง

สำหรับการแก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ในระหว่างการดำเนินการตามสัญญาทางปกครอง หากไม่มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล คู่สัญญาก็จะต้องนำคดีไปสู่ศาล และผู้ที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะได้แก่ “ผู้พิพากษาคดีสัญญา” (le juge du contrat) คำว่า “ผู้พิพากษาคดีสัญญา” นี้ เป็นคำที่มีมาและปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลปกครองและในหลักทฤษฎีต่างๆ ที่นักวิชาการได้สร้างขึ้น การกำหนดให้มีผู้พิพากษาคดีสัญญานี้ไม่ได้มีผลเป็นการสร้างระบบศาลหรือระบบผู้พิพากษาขึ้นมาใหม่เนื่องจากผู้พิพากษาคดีสัญญาเป็นผู้พิพากษาคดีปกครอง (le juge administratif) ที่ทำหน้าที่พิจารณาคดี

ประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de plein juridiction)¹ ซึ่งเมื่อนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณา คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจะต้องแสดงให้เห็นถึงสิทธิที่มีอยู่ตามสัญญาของตน เพื่อขอรับการเยียวยา ผู้พิพากษาคดีสัญญามิได้เป็นผู้พิพากษาคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) หรือผู้พิพากษาคดีความรับผิดทางละเมิด (la responsabilité quasi-délictuelle) ที่มีอำนาจเฉพาะในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนด ผู้พิพากษาคดีสัญญาสามารถพิจารณาคำขอให้จ่ายค่าทดแทนอันเนื่องมาจากความรับผิดของคู่สัญญาที่เกิดจากการปฏิบัติตามสัญญา ค่าทดแทนที่เกิดจากเหตุที่มีอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ (théorie de l'imprévision) รวมทั้งค่าทดแทนจากการเลิกสัญญาหรือจากการเป็นโมฆะ (nullité) ของสัญญา

วิธีพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองโดยผู้พิพากษาคดีสัญญานี้ใช้วิธีพิจารณาเดียวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป แต่ก็มีรายละเอียดปลีกย่อยบางประการเป็นพิเศษที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของสัญญาทางปกครอง เช่น การพิจารณากำหนดผู้พิพากษาที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีและอำนาจของผู้พิพากษาคดีสัญญา²

1) การกำหนดศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดี

การกำหนดเกี่ยวกับศาลและผู้พิพากษาที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง นับเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งและเป็นเรื่อง “คาบเกี่ยว” กับระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง โดยปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาโยธาสาธารณะ (les marchés de travaux publics) เพราะเป็นสัญญาประเภทที่มีความซับซ้อนและมี “คู่กรณี” ที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย

¹ คดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de plein juridiction) เป็นการขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือขอให้แสดงความเป็นอยู่ขอสิทธิหน้าที่และขอรับการเยียวยาความเสียหายมาพร้อมกันด้วย ซึ่งจะใช้ในเรื่องความรับผิดตามสัญญา กิ่งสัญญา หรือความรับผิดใดๆ นอกเหนือจากสัญญา การเสนอคดีประเภทนี้จะต้องมีการร้องขอให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งทางปกครองเสียขั้นหนึ่งก่อน มิฉะนั้นจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลมิได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้พิจารณาก่อนว่าฝ่ายปกครองมีจุดยืนอย่างไรเพื่อให้เกิดประเด็นข้อพิพาทที่แน่ชัด อ้างใน “วารสารกฎหมายปกครอง” (เล่ม 15 สิงหาคม 2539 ตอน 2), สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น.12

² นันทวัฒน์ บรมานันท์ , สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 429.

หลักสำคัญของการกำหนดเกี่ยวกับศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีคงจำกัดอยู่ที่ “ความเป็นคู่สัญญา” กล่าวคือ ผู้พิพากษาศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าของโครงการ (maître d'ouvrage) กับผู้ก่อสร้าง (entrepreneur) และผู้ควบคุมงาน (maître d'oeuvre) ในทางกลับกันศาลปกครองไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเจ้าของโครงการกับผู้จัดหาวัสดุ (le fournisseur) หากผู้จัดหาวัสดุเป็นคู่สัญญาตามระบบกฎหมายเอกชนกับผู้ก่อสร้าง³ หรือในกรณีที่ข้อพิพาทระหว่างเจ้าของโครงการกับผู้รับจ้าง (le sous-traitant) ของผู้ก่อสร้าง ซึ่งการตกลงกันระหว่างผู้ก่อสร้างกับผู้รับจ้างในรูปของการทำสัญญาเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน⁴ เช่นกัน ผู้พิพากษาศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าเสียหายในระหว่างผู้ก่อสร้างแต่ละฝ่ายได้ก็ต่อเมื่อสัญญาจ้างผู้ก่อสร้างนั้นอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนโดยเป็นสัญญาระหว่างเจ้าของโครงการกับผู้ก่อสร้าง⁵ การกำหนดเกี่ยวกับศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีจึงเป็นเรื่องสำคัญที่มีความเชื่อมโยงกับสภาพของการเป็นคู่สัญญาและระบบกฎหมายมหาชน

2) อำนาจของผู้พิพากษาคดีสัญญา

มีคำพิพากษาของผู้พิพากษาคดีสัญญาจำนวนมากที่กำหนดให้ผู้แพ้คดีต้องจ่ายเงินค่าทดแทน แต่อย่างไรก็ดี มีเพียงบางคำพิพากษาเท่านั้นที่ผู้พิพากษาคดีสัญญาพิพากษาให้มีการเพิกถอนสัญญาหรือประกาศว่าสัญญาเป็นโมฆะทั้งหมดหรือบางส่วน อำนาจของผู้พิพากษาคดีสัญญาเหล่านี้เป็นอำนาจปกติซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้พิพากษาคดีสัญญาต้องวินิจฉัย นอกเหนือจากอำนาจเหล่านี้แล้วผู้พิพากษาคดีสัญญายังมีอำนาจอีกสองกรณี คือ อำนาจในการประกาศยกเลิกนิติกรรมที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา และอำนาจในการบังคับให้ดำเนินการบางอย่าง⁶

³ คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ.1993 กรณี C.H. Mas Creiron d'Uzès อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็งอ้าง*, น. 430.

⁴ คำพิพากษาศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1990 กรณี S.E.M.A.R.E.L.P. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็งอ้าง*, น. 430.

⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 20 มกราคม ค.ศ.1995 กรณี Charvier. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็งอ้าง*, น. 430.

⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 430.

2.1) อำนาจของผู้พิพากษาเกี่ยวกับนิติกรรมที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา (les actes d'exécution du contrat)

สิทธิต่างๆ ของคู่สัญญาของฝ่ายปกครองอาจเสียไปได้เนื่องมาจากนิติกรรมที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา เช่น นิติกรรมที่เกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นการลงโทษหรือการเพิกถอนสัญญา เป็นต้น นิติกรรมเหล่านี้มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาคดีว่าควรที่จะเป็นผู้พิพากษาคดีสัญญา (le juge du contrat) หรือเป็นผู้พิพากษาคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ (le juge de l'excès de pouvoir) กรณีดังกล่าวมีข้อพิจารณาว่าหากนิติกรรมที่เป็นข้อพิพาทนั้นสามารถแยกออกจากนิติกรรมหลัก (acte détachable) คือสัญญาได้ นิติกรรมดังกล่าวก็จะอยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจที่จะพิจารณา เพราะถ้าหากนิติกรรมที่เป็นข้อพิพาทไม่สามารถแยกออกจากนิติกรรมหลักคือสัญญาได้ก็จะก่อให้เกิดปัญหาต่อผู้พิพากษาคดีสัญญาเป็นอันมากเพราะนอกจากจะต้องพิจารณาวินิจฉัยสั่งการให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายอันเกิดมาจากนิติกรรมนั้นแล้ว ผู้พิพากษาคดีสัญญาจะสามารถเพิกถอนนิติกรรมนั้นเนื่องมาจากฝ่าฝืนสัญญาหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งในกรณีดังกล่าวมีแนวปฏิบัติสืบเนื่องมาเป็นเวลานานว่าการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจเกี่ยวกับสัญญาไม่สามารถทำได้เนื่องจากสัญญามีลักษณะเป็นข้อตกลงสองฝ่าย ทั้งเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องเกิดจากเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา ดังนั้นจึงไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองพิจารณานิติกรรมที่เกิดขึ้นว่าเป็นนิติกรรมที่ทำนอกขอบอำนาจได้ เนื่องจากการกระทำเหล่านั้นเป็นเรื่องที่เกิดจากความตกลงร่วมกันของคู่สัญญา⁷ แต่ต่อมาก็มีแนวคำพิพากษายอมรับถึงลักษณะของนิติกรรมบางอย่างที่เกิดขึ้นและสามารถแยกออกจากสัญญาทางปกครองได้ โดยการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาที่มีลักษณะแยกออกจากสัญญาสามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยผู้ฟ้องคดีอาจเป็นบุคคลภายนอกที่อาจเป็นผู้ใช้บริการสาธารณะ ผู้เสียภาษีท้องถิ่น ผู้เข้าแข่งขันในการประมูลแต่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา⁸ ซึ่งการฟ้องศาลปกครองเพื่อให้พิจารณาถึงนิติกรรมที่เกิดขึ้นในระหว่าง

⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ.1958 กรณี S.E. à l'Agric. C/Union des pêcheurs à la ligne. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น. 431.

⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 24 เมษายน ค.ศ.1964 กรณี Soc.de livraisons industrielles et commerciales. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น. 431.

การปฏิบัติการตามสัญญาเป็นการฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de plein contentieux)⁹ และเมื่อศาลปกครองพิจารณานิติกรรมที่เป็นข้อพิพาทที่สามารถแยกออกจากนิติกรรมหลักคือสัญญาแล้ว คู่สัญญาก็จะต้องยกประเด็นต่อศาลที่จะขอให้ศาลพิจารณาว่าเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากในสัญญาที่มีข้อความเกี่ยวกับโครงสร้างและการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะและมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวก็สามารถฟ้องศาลกรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน โดยผู้ใช้บริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทานสามารถฟ้องศาลปกครองขอให้พิจารณานิติกรรมของผู้กำกับดูแลสัมปทานที่สร้างขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อกำหนดที่อยู่ในบันทึกแนบท้ายสัญญา (cahier des charges) ได้¹⁰

2.2) อำนาจในการบังคับให้ดำเนินการบางอย่าง

หลักที่ว่าผู้พิพากษาศาลปกครองไม่สามารถออกคำสั่งบังคับ (injonction) แก่ฝ่ายปกครองยังคงใช้กันอยู่แม้ว่าจะมีข้อยกเว้นเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ข้อยกเว้นที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ (C.T.A.C.A.A.) ค.ศ.1995 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8-2 เกี่ยวกับอำนาจของศาลที่จะออกคำสั่งบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลได้

แนวคำพิพากษากรณี Préfet de l'Eure¹¹ ได้วางหลักสำคัญเอาไว้ว่า ฝ่ายปกครองไม่สามารถขอให้ศาล “สั่งการ” เพื่อกำหนดมาตรการในการดำเนินงานต่างๆ “แทน” ฝ่ายปกครองได้ หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นในกรณีเกี่ยวกับสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับค่าปรับต่างๆ ที่ศาลสามารถสั่งได้ ในระหว่างปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายปกครองมีอำนาจต่อคู่สัญญา นั่นคือเหตุผลที่ศาลตัดสินใจว่าไม่ใช่อำนาจของศาลที่จะกำหนดมาตรการต่างๆ ต่อสัมปทานให้ดำเนินการใดๆ ได้ ในระหว่างการดำเนินการตามสัญญา¹² อย่างไรก็ตาม อำนาจดังกล่าวมีข้อยกเว้นอยู่หลายกรณี เช่น ศาลมีอำนาจที่จะสั่งลงโทษผู้ก่อสร้างให้ซ่อมแซมงานได้ในขณะที่อยู่ในช่วงรับผิดชอบในการ

⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ.1997 กรณี Soc. des eaux de Luxeuil-les-Bains. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น. 431.

¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ.1906 กรณี Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น. 432.

¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ.1913 กรณี Préfet de l'Eure. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น. 432.

¹² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ.1914 กรณี Rougier-Labergerie. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น. 432.

รับประกันผลงาน (la responsabilité décennale)¹³ หรือสั่งให้ขับไล่ผู้อยู่อาศัยในที่สาธารณะ (domaine public) ที่หมดสัญญาเช่าแล้ว¹⁴ เป็นต้น

4.1.2 สิทธิการฟ้องยกเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵

ในการพิจารณาอำนาจการฟ้องยกเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องยกเลิกสัญญาทางปกครองทั่วไป และทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องยกเลิกสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะหรือสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้¹⁶

4.1.2.1 ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องยกเลิกสัญญาทางปกครองทั่วไป

สิทธิการฟ้องยกเลิกสัญญาทางปกครองทั่วไปที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หลักทฤษฎีว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่อาจแยกออกจากตัวสัญญาได้ (acte détachable) และข้อพิจารณาในเรื่องสถานะทางกฎหมายของสัญญาแบบหรือสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งอาจเทียบเคียงกับหลักเรื่องของสถานะทางกฎหมายของบันทึกเงื่อนไขต่อท้ายสัญญาของระบบกฎหมายฝรั่งเศส (nature juridique du cahier des charges-type) ดังต่อไปนี้

¹³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ.1949 กรณี Caisse des dépôts et consignations. อ้างใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น. 432.

¹⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ.1986 กรณี Museum d'histoire Naturelle. อ้างใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น. 432.

¹⁵ ดร.บุบผา อัครพิมาน ใช้ถ้อยคำว่า “สิทธิการฟ้องเพิกถอนสัญญาทางปกครอง” อ้างใน บุบผา อัครพิมาน, *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*, (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง 2545), น. 142.

¹⁶ ดร.บุบผา อัครพิมาน ใช้ถ้อยคำว่า “ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องเพิกถอนสัญญาทางปกครองทั่วไป และทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะหรือสัมปทานบริการสาธารณะ” อ้างใน บุบผา อัครพิมาน , “สิทธิการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”, *วารสารวิชาการ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรวงศ์มบูรณ์ เนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย (2545)*, น. 223 – 232.

1) ทฤษฎีว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่อาจแยกออกจากตัวสัญญาได้

ในกระบวนการทำสัญญาทางปกครองนั้น จะมีขั้นตอนต่างๆ ทั้งช่วงก่อนทำสัญญา และช่วงหลังทำสัญญา ซึ่งกระบวนการต่างๆ เหล่านี้ฝ่ายปกครองต้องมีการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอของผู้เสนอเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐ คำสั่งอนุมัติให้ทำสัญญา หรืออาจจะเป็นคำสั่งให้ยกเลิกกระบวนการทำสัญญาต่างๆ เหล่านี้ โดยทฤษฎีถือว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือที่กฎหมายไทยเรียกว่าคำสั่งทางปกครองที่อาจแยกออกจากตัวสัญญาได้ ดังนั้น หากคำสั่งการเหล่านี้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธินำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งเหล่านี้ได้ และหากศาลสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเหล่านี้แล้วก็จะมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญา ส่วนผลความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเหล่านี้จะมีผลโดยตรงต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโดยจะมีผลทำให้สัญญาลิ้นผลโดยทันทีหรือไม่หลังจากมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว มีแนวความคิดอยู่สองแนว

ฝ่ายแรกเห็นว่า หากคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาทางปกครอง ถูกยกเลิกเพิกถอนแล้วจะมีผลโดยอัตโนมัติให้สัญญานั้นสิ้นผลบังคับ ไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาให้สัญญานั้นสิ้นผลอีกครั้งหนึ่ง

แต่นักทฤษฎีอีกแนวหนึ่งเห็นว่า การที่คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาและปฏิบัติการตามสัญญานั้นถูกเพิกถอน ไม่มีผลทำให้ตัวสัญญาถูกยกเลิกโดยปริยาย ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่กรณียังคงมีอยู่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว มีผลเป็นเพียงเหตุที่คู่สัญญาจะนำมาอ้างเพื่อขอยกเลิกสัญญาโดยการฟ้องร้องต่อศาล ตราบใดยังไม่มีการฟ้องให้ยกเลิกสัญญาด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการทำสัญญา สัญญาดังกล่าวย่อมยังคงมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญา

2) สถานะทางกฎหมายของสัญญาแบบหรือสัญญาสำเร็จรูป

สถานะทางกฎหมายของสัญญาสำเร็จรูป หรือ contrat - type นี้ เป็นประเด็นปัญหาสำคัญที่มีการถกเถียงกันมานานแล้วในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยนักกฎหมายปกครองคนสำคัญอย่างศาสตราจารย์เบนัวต์ เห็นว่า contrat-type เป็นเพียงแบบ (modèle) เท่านั้น ลักษณะความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของ contrat-type จะปรากฏเฉพาะต่อเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองในขณะที่ทำสัญญาเท่านั้น เพราะ contrat-type จะมีสภาพบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องร่างสัญญาตามแบบดังกล่าว ซึ่งศาสตราจารย์โลบาแดร์ ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ก็เห็นตรงกับความเห็นข้างต้นอยู่ระยะหนึ่ง¹⁷ จนกระทั่งได้มีคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐออกมาเมื่อปี 1961 ตัดสินว่า สัญญาแบบ (contrat-type) มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอาจถูกฟ้องเพิกถอนได้โดยผู้มีส่วนได้เสีย (Susceptible d'être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir)¹⁸ ซึ่งการจะพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญาแบบหรือสัญญาสำเร็จรูปเหล่านี้ต้องพิจารณาถึงสภาพบังคับของสัญญาสำเร็จรูปด้วย คือ ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้สัญญาดังกล่าวมีสภาพบังคับที่คู่สัญญาต้องนำมาใช้ (caractère obligatoire) ส่วนในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้สัญญาสำเร็จรูปเป็นเพียงแค่รูปแบบหรือตัวอย่างสัญญาที่ฝ่ายปกครองและคู่สัญญาอาจนำมาใช้ได้แต่ไม่มีสภาพบังคับ (caractère facultatif) นอกจากนี้ต้องพิจารณาว่าผู้กำหนดหรือร่างสัญญาสำเร็จรูปเป็นฝ่ายปกครองคู่สัญญาหรือเป็นองค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่มีใช้คู่สัญญาด้วย

ในขณะนี้นักกฎหมายฝรั่งเศสส่วนใหญ่เห็นว่า สัญญาแบบหรือสัญญาสำเร็จรูปจะมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปก็ต่อเมื่อเป็นแบบของสัญญาที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายปกครองที่มีใช้คู่สัญญา หากเป็นแบบสัญญาที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายปกครองคู่สัญญาแล้วจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาจำยอม (contrat d'adhésion) มิได้มีลักษณะทั่วไปเหมือนกรณีแบบของสัญญาที่ร่างโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีใช้คู่สัญญา และตามแนวบรรทัดฐานของศาล เมื่อแบบของสัญญาถูกร่างโดยบุคคลที่สามที่มีใช้คู่สัญญา แบบดังกล่าวจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปไม่ว่าจะมีสภาพบังคับหรือไม่ก็ตาม แต่เมื่อแบบของสัญญาร่างโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ขณะนี้ยังไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจน

4.1.2.2 ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องยกเลิกสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะหรือสัมปทานบริการสาธารณะ

เนื่องจากในสัญญามอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกโดยตรง ข้อสัญญาที่ทำ

¹⁷A.de LAUBADERE, Traité de contrats administratifs, T.1, 1956, n° 411 ; F.P.BENOIT. Le droit administratif français, p. 606 อ้างใน บุนผา อัครพิมาน ,เพ็งอ้าง , น. 226.

¹⁸ C.E, 5 พ.ค. 1961, Ville de Lyon, Rec. p. 294 : C.J.E.G. 1961. J.175, concl. Braibant, note Teste et Chaudouard : นักกฎหมายที่มีความเห็นในแนวทางนี้คือ P.LAROQUE, Les usagers des services industriels en droit français, thèse, Paris, Sirey, p.21 อ้างใน บุนผา อัครพิมาน, เพ็งอ้าง, น. 226.

ระหว่างคู่สัญญาจะมีผลกระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอก มิได้เป็นเพียงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น ข้อความคิดและหลักกฎหมายที่ใช้ในการกำหนดความสัมพันธ์ของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง จึงไม่อาจนำมาใช้อธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะได้ จึงมีการสร้างหลักทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นมาอธิบายความสัมพันธ์ทางกฎหมายของการบริการและผู้ใช้บริการในกรอบความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กำหนดโดยสัญญาสัมปทานและสถานะทางกฎหมายของข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว ทฤษฎีที่เป็นที่รู้จักและยอมรับกันอย่างแพร่หลายในฝรั่งเศสมีอยู่ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมสองสถานะ (acte de double nature) และทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมผสม (acte mixte)

1) ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมสองสถานะ (acte de double nature)

ทฤษฎีนี้สร้างขึ้นโดยนักวิชาการของประเทศฝรั่งเศสและได้รับการยืนยันโดยแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสเพื่อตอบปัญหาเรื่องสิทธิการฟ้องร้องขอให้ยกเลิกสัญญาทางปกครองที่ทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยทฤษฎีนี้อธิบายว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมีสองสถานะขึ้นอยู่กับว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใด หากเป็นความสัมพันธ์กับผู้ให้บริการ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะมีสถานะเป็นกฎ แต่หากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแล้ว สัญญาสัมปทานจะมีสถานะเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา¹⁹ ทฤษฎีนี้ได้ถูกนำมาใช้โดยตุลาการผู้แถลงคดีบลูม (Blum) ในคดี Cie Française de Tramway (C.E., 11

¹⁹ ศาสตราจารย์ดูก็ต์ ให้ความเห็นว่า หากพิจารณาในแง่ของบุคคลภายนอกสัมปทานบัตรมิใช่สัญญา แต่โดยเนื้อหา มีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte législatif) อาจจะเป็นสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองและผู้รับสัมปทาน แต่สำหรับบุคคลภายนอกผู้ต้องการใช้บริการแล้วสัมปทานบัตรมีสถานะเป็นกฎหมาย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะบริการสาธารณะจะถูกจัดทำโดยฝ่ายปกครองหรือผู้ได้รับมอบหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอกกับบริการสาธารณะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเดียวกันซึ่งมิใช่ความสัมพันธ์ตามสัญญา แต่เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย และศาสตราจารย์โอริอู อธิบายว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองและผู้รับสัมปทาน เป็นความสัมพันธ์ภายใต้หลักของสัญญา แต่ความสัมพันธ์กับผู้ได้ปกครองเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย และเน้นว่า ต่อมหาชนแล้วบริการสาธารณะไม่ว่าจะให้สัมปทานไปหรือรัฐดำเนินการเองล้วนมีสถานะเป็นสถาบันตามกฎหมาย (institution légale ou réglementaire) ที่ก่อให้เกิดสถานะทางกฎหมาย (statut réglementaire) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมิใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญา อ้างใน บุปผา อัครพิมาน, เพิ่งอ้าง, น. 229.

มีนาคม 1910, Rec. น. 223) และตุลาการผู้แถลงคดีเลอตูร์เนอร์ (Letourneur) ในคดี Journal L'Aurore (C.E., 25 มิถุนายน 1948, S. 1948, 3, น. 71)

การนำทฤษฎีนิติกรรมสองสถานะมาปรับใช้ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดี โดยผู้ใช้บริการหรือผู้ให้บริการ ในอนาคตมีสิทธิที่จะฟ้องเพื่อยกเลิกข้อกำหนดในสัญญาที่กระทบสิทธิและหน้าที่ของตนได้ หากปรากฏว่าข้อสัญญาดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนจะทำให้สัญญาทั้งฉบับ สิ้นผลไปด้วยหรือไม่ หากศาลยกเลิกข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวต้องดูว่าข้อกำหนดที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายนั้นแบ่งแยกจากตัวสัญญาได้หรือไม่ ถ้าแยกไม่ได้ก็จะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของ สัญญาทั้งฉบับโดยเป็นการยกเลิกสัญญาทั้งฉบับ แต่ถ้าหากแยกได้ต้องดูว่าเป็นส่วนที่เป็น สาระสำคัญของสัญญาหรือไม่ หากเป็นสาระสำคัญจะมีผลเป็นการยกเลิกสัญญาทั้งฉบับ หากไม่เป็นสาระสำคัญก็ยกเลิกเฉพาะข้อสัญญาที่ไม่ชอบนั้น ส่วนสัญญายังใช้บังคับได้อยู่ อย่างไรก็ดี นักวิชาการส่วนใหญ่ในปัจจุบันก็วิจารณ์แนวคิดนี้เพราะเห็นว่าข้อกำหนดหนึ่งๆ ไม่ควร จะมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับบุคคลที่จะมีผลบังคับใช้ จึงทำให้มีการเสนอ แนวทฤษฎีใหม่เพื่อแก้จุดบกพร่องของทฤษฎีนี้

2) ทฤษฎีนิติกรรมผสม (acte mixte)

ตามทฤษฎีนี้ สัมปทานบัตรมีลักษณะเป็นนิติกรรมผสมซึ่งประกอบด้วยนิติกรรมหลาย ประเภท โดยพิจารณาจากเนื้อหาหรือข้อกำหนดในสัญญานี้เอง มิใช่พิจารณาจากความสัมพันธ์ของ บุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยแบ่งแยกว่าในสัมปทานบริการสาธารณะประกอบด้วยข้อกำหนดสองส่วนที่ มีสภาพหรือสถานะทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการจัดการองค์กรและ การดำเนินการของบริการสาธารณะ (L'organisation et le fonctionnement du service public) ซึ่งข้อกำหนดในสัญญานี้ถือว่าเป็นข้อกำหนดที่เป็นกฎเกณฑ์ของบริการสาธารณะ โดยกฎเกณฑ์เหล่านี้จะอยู่ในข้อสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขของการดำเนินการ รูปแบบของบริการ สาธารณะ เช่น ตารางเวลาของการบริการ อัตราค่าบริการ เป็นต้น ซึ่งข้อกำหนดเหล่านี้จะมีสถานะ ทางกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปทั้งต่อความสัมพันธ์กับผู้รับสัมปทานและกับผู้ให้บริการ ส่วนข้อกำหนดในสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของคู่สัญญาก็จะเป็นสัญญาโดยสภาพ โดยทฤษฎีนี้ได้มองที่ความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง แต่มองที่เนื้อหาของสัญญานั้นเองว่า เป็นข้อสัญญาที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะหรือเป็นข้อสัญญาเกี่ยวกับผลประโยชน์ของคู่สัญญา ในทางปฏิบัติเป็นสิ่งที่ค่อนข้างยากที่จะชี้ลงไปว่าข้อกำหนดส่วนใดเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการบริการ หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของคู่สัญญา เช่น ในข้อสัญญาเกี่ยวกับการกำหนดอัตรา

ค่าใช้บริการ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป แต่การกำหนดอัตราค่าบริการก็มีผลโดยตรงต่อผลประโยชน์ของผู้สัญญา²⁰

สถานะที่มีความพิเศษของสัมปทานบริการสาธารณะนี้เป็นที่ประจักษ์แก่นักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมาเป็นเวลานานแล้ว และนักกฎหมายเหล่านี้ก็ได้เสนอทฤษฎีการแบ่งแยกข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของผู้สัญญาโดยตรง และส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการและดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งทฤษฎีต่างๆ เหล่านี้พยายามที่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกโดยอาจจะมองในแง่ความสัมพันธ์ขององค์กรซึ่งก็คือ ทฤษฎีนิติกรรมสองสถานะ หรือมองในแง่เนื้อหาก็คือ ทฤษฎีนิติกรรมผสม ทฤษฎีทางกฎหมายเหล่านี้จะสามารถนำมาอธิบายทั้งในเรื่องของอำนาจหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการดำเนินการตามสัญญาและในเรื่องของเขตอำนาจศาลปกครองที่ผ่านมา ศาลปกครองฝรั่งเศสมิได้อ้างเหตุผลที่นักทฤษฎีสร้างขึ้นตรงๆ มีเพียงตุลาการผู้แถลงคดีเท่านั้นที่มักจะนำหลักทฤษฎีเหล่านี้มาใช้อธิบายเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเสนอความเห็นให้รับพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟ้องยกเลิกสัญญาทางปกครอง สภาแห่งรัฐเพิ่งจะยืนยันหลักทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นไว้อย่างชัดเจนเมื่อปี 1996 ในคดี Cayzeelle โดยวินิจฉัยว่าในสัญญาทางปกครองที่เป็นปัญหาประกอบด้วยข้อกำหนดสองประเภท คือ ส่วนที่เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของผู้สัญญาซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้สัญญาจึงเป็นข้อกำหนดที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญาโดยแท้ (Clauses de nature

²⁰ นักกฎหมายฝรั่งเศสเองก็ตระหนักถึงปัญหานี้เช่นกัน ในปี 1913 ศาสตราจารย์ Duguit ได้เสนอหลักเกณฑ์แยกแยะข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นกฎและข้อกำหนดที่มีสถานะเป็นสัญญา โดยพิจารณาว่าข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นสัญญานั้นจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นอัตวิสัย (situation juridique subjective) ก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบเจ้าหน้าที่กับลูกหนี้ โดยหากมีการจัดการบริการสาธารณะโดยรัฐเองแล้วข้อกำหนดเหล่านี้จะไม่มีอยู่ แต่ข้อกำหนดที่ไม่ว่าบริการสาธารณะจะดำเนินการโดยรัฐหรือโดยเอกชนผู้ได้รับมอบหมายหรือผู้รับสัมปทานแล้ว จำเป็นต้องมีอยู่เพราะเป็นเงื่อนไขในการจัดองค์กรและการดำเนินการบริการสาธารณะ ดังเช่น การบริการรถขนส่งมวลชน ซึ่งข้อกำหนดที่จำต้องมีไม่ว่าจะเป็นการให้บริการโดยรัฐหรือเอกชน ตัวอย่างเช่น ตารางเวลา การประกันความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ อัตราค่าบริการ และเงื่อนไขการทำงานของผู้จ้างและคนงานของผู้รับสัมปทาน อ้างใน บุนผา อัครพิมาน, เพิ่งอ้าง, น. 231.

contractuelle) และส่วนที่เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการสาธารณะ ซึ่งเป็นส่วนที่กำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับผู้ให้บริการ จึงเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (clauses de nature réglementaire) ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอาจถูกฟ้องร้องให้ยกเลิกได้หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.1.3 ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง (la nullité du contrat administratif)

ในประเทศฝรั่งเศส คดีฟ้องขอให้สัญญาเป็นโมฆะนั้นมีค่อนข้างน้อย ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการฟ้องยกเลิกสัญญาบางส่วนมากกว่าที่จะเป็นการฟ้องให้สัญญาตกเป็นโมฆะทั้งสัญญา เนื่องจากเหตุผลที่คู่สัญญาต้องการที่จะรักษาสถานะความเป็นคู่สัญญา ซึ่งในคดีเกี่ยวกับสัญญาศาลจะพิจารณาให้หลักประกันและคำนึงถึงความมั่นคงของสัญญาหรือข้อตกลง (la stabilité des convention) ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เนื่องด้วยเหตุผลที่ว่า การจัดทำบริการสาธารณะเป็นวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งของการทำสัญญา ความผูกพันทางสัญญาจึงต้องการความต่อเนื่องของบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์ทั่วไปซึ่งต้องพิจารณาไปพร้อมกับผลประโยชน์ของเอกชนทั่วไปด้วย ซึ่งหากเป็นไปได้ศาลเสี่ยงที่จะพิจารณาถึงความเป็นโมฆะของสัญญา คำพิพากษาส่วนใหญ่แล้วจะพิจารณาเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายมากกว่าที่จะพิจารณาถึงการยกเลิกสัญญา ซึ่งหากเปรียบเทียบกับนิติกรรมฝ่ายเดียวแล้ว นิติกรรมฝ่ายเดียวอาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้หากไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายในลำดับสูงกว่า แต่สำหรับสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อคำนึงถึงความคงอยู่ของสัญญาที่ไม่ถูกต้องนั้นไม่ทำให้เกิดความเสียหายร้ายแรงเท่ากับกรณีที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ความไม่ถูกต้องบางประการของการกระทำหรือคำสั่งนั้นก็ไม่ได้ทำให้คำสั่งหรือการกระทำเป็นโมฆะเสมอไป เช่น คำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่มีใช้สาระสำคัญ คำสั่งนั้นก็ไม่ถูกเพิกถอน ในคดีเกี่ยวกับสัญญาก็ยึดถือกฎเกณฑ์ดังกล่าวเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ความไม่ถูกต้องเพียงเล็กน้อยหรือไม่สำคัญอาจไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาเลยและไม่ต้องถูกลงโทษก็ได้²¹ และในบางกรณีที่สภาแห่งรัฐพิพากษาให้สัญญาเป็นโมฆะ สภาแห่งรัฐได้นำแนวทางการพิพากษาของศาลแพ่งมา

²¹ P. Dominique, La nullité des contrats administratifs, (L.G.D.J 1991) , pp. 359 – 364

ปรับใช้ด้วย ซึ่งสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้นอาจเป็นกรณีที่สัญญา มีความบกพร่องในเรื่องรูปแบบหรือเนื้อหาที่จำเป็นต่อความสมบูรณ์ของสัญญา

สำหรับคำพิพากษาซึ่งวินิจฉัยว่าสัญญาทางปกครองมีผลเป็นโมฆะ เช่น

- สัญญาที่นายกเทศมนตรีลงนามในสัญญาก่อนที่จะมีมติของสภาเทศบาลให้ความเห็นชอบในการลงนามในสัญญา ทำให้สัญญามีผลเป็นโมฆะ

- กรณีที่ไม่ได้มีการแจ้งมติสภาเทศบาลที่ให้นายกเทศมนตรีลงนามในสัญญาสัมปทานไปยังหน่วยงานระดับภูมิภาค คือ ผู้ว่าราชการจังหวัด ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งต่อมาในภายหลังก็ไม่ได้มีการดำเนินการแจ้งมติสภาเทศบาลให้หน่วยงานดังกล่าวทราบ กระบวนการลงนามในสัญญาสัมปทานจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย สัญญาสัมปทานจึงมีผลเป็นโมฆะ

- การที่หน่วยงานไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนกรณีการทำสัญญานั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการประกาศให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบ (les mesures de publicité) หรือกฎหมายกำหนดให้ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา

- กรณีสัญญาสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะเป็นโมฆะ เนื่องจากความผิดของฝ่ายปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาสัมปทาน

- ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอาจตกเป็นโมฆะได้หากขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญา หรือขัดต่อหลักกฎหมายมหาชน (TA Versailles, Blanchard et Monbrun, 1984)

สำหรับสัญญาที่ไม่ถูกต้องบางประการนั้นก็อาจส่งผลให้สัญญาทั้งฉบับเป็นโมฆะได้ เช่น สัญญาที่มีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจส่งผลให้สัญญาโมฆะเพียงแค่บางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้ แต่ในการพิจารณาคดีคู่สัญญา อาจไม่หยิบยกประเด็นดังกล่าวให้ศาลพิจารณาก็ย่อมได้ เนื่องจากจริงๆ แล้ว คู่สัญญาเพียงแค่นี้ต้องการให้มีการปฏิบัติตามข้อบังคับของสัญญาเท่านั้น ซึ่งศาลอาจพิจารณาแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายอย่างอื่นให้แก่คู่สัญญาได้โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความ เป็นโมฆะของสัญญาที่คู่สัญญาไม่ได้หยิบยกขึ้นกล่าวอ้างดังกล่าว ซึ่งกรณีก็มีผลใกล้เคียงกับการลงโทษให้สัญญาเป็นโมฆะเมื่อสัญญาทางปกครองไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายบางประการ ศาลอาจเลี้ยงที่จะพิพากษาให้สัญญาทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ แต่มักจะใช้ถ้อยคำว่าเป็นกรณีที่ไม่ขัดแย้งกับ

สัญญาจึงไม่ส่งผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญา หรือเป็นกรณีที่ความสัมพันธ์ทางสัญญาไม่มีอยู่หรือไม่สมบูรณ์ ดังต่อไปนี้²²

1) การลงโทษที่ไม่ขัดแย้งหรือไม่ส่งผลต่อสัญญา (Inopposabilité du contrat)

ในบางกรณีเมื่อศาลพิจารณาถึงความไม่ชอบของสัญญา ศาลอาจจะไม่ลงโทษให้สัญญาเป็นโมฆะ แต่ศาลอาจวินิจฉัยว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ การพิจารณาดังกล่าวไม่ได้จำกัดเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของสัญญาเท่านั้น หากมีข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็อาจพิจารณาว่าข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาแต่อย่างใด

2) ความไม่สมบูรณ์ของความสัมพันธ์ทางสัญญา (Imperfection du lien contractuel)

การพิจารณาถึงความไม่สมบูรณ์ของความสัมพันธ์ทางสัญญาเป็นการลงโทษกรณีที่เกิดการกระทำหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบขึ้นในขั้นตอนก่อนเกิดสัญญา การพิจารณาถึงความไม่สมบูรณ์ของความสัมพันธ์ทางสัญญาเป็นการลงโทษกรณีที่ขาดองค์ประกอบที่จำเป็นบางประการในการร่างคำสั่งหรือการกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีหน่วยงานที่ไม่มีอำนาจดำเนินการทำสัญญา ซึ่งความไม่มีอำนาจในความหมายที่เคร่งครัดนั้นหมายถึงกรณีหน่วยงานที่ไม่มีอำนาจในทางกฎหมาย ซึ่งนั่นอาจทำให้สัญญาหรือข้อตกลงเป็นโมฆะได้ การลงโทษโดยวิธีดังกล่าวเป็นการลงโทษกรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบเท่านั้น ตัวอย่างคำพิพากษาเกี่ยวกับลักษณะของการลงโทษดังกล่าว เช่น กรณีความผิดพลาดของหน่วยงานในการลงนามในสัญญาซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลจะพิจารณาให้สัญญาเป็นโมฆะหากสัญญาดังกล่าวลงนามโดยหน่วยงานที่ไม่มีอำนาจ²³ แต่คดี Larue²⁴ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่ายังไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญา (un lien contractuel) เกิดขึ้น คดีดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้ค้ามันฝรั่งขอให้ชดใช้ค่าเสียหายกรณีที่โรงเรียนไม่สั่งซื้อมันฝรั่งจากผู้จำหน่าย ทั้งๆ ที่ตัวแทนของโรงเรียนมัธยม Reims ได้สั่งซื้อมันฝรั่งแล้วเป็นจำนวน 520 ตัน ในนามของกลุ่มผู้ซื้อ (un groupement d'achats) สภาแห่งรัฐพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวมีความไม่ถูกต้องสองประการด้วยกัน กล่าวคือ กลุ่มผู้สั่งซื้อไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล และตัวแทนของกลุ่มก็ไม่มีอำนาจในการทำสัญญาในนามของสถาบันการศึกษา ซึ่งลักษณะดังกล่าวสภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยให้สัญญา

²² เพิ่งอ้าง, น. 384 – 385.

²³ CE, 21 octobre 1940, Berp ; CE, 26 février 1964, Entreprise L.Segrette

²⁴ CE, 13 mai 1970, Larue

เป็นโมฆะ แต่ในคดีนี้สภาแห่งรัฐพิจารณาว่าไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างคู่สัญญา โดยไม่ประกาศให้สัญญาเป็นโมฆะแต่อย่างใด และกรณีความผิดพลาดซึ่งเกิดจากการอนุมัติ²⁵ สภาแห่งรัฐก็วินิจฉัยไว้เช่นเดียวกันว่าไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญา การที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญา สภาแห่งรัฐมักจะใช้ถ้อยคำที่หลากหลาย เช่น สัญญาที่ไม่ได้รับการรับรอง (les contrats non approuvés) หรือสัญญาที่ไม่เป็นที่สุด (le contrat non définitif) หรือเป็นสัญญาชั่วคราว หรือสัญญาที่ยังไม่สมบูรณ์²⁶

4.1.4 ความเป็นโมฆะบางส่วนของสัญญาทางปกครอง (nullité partielle et nullité du contrat)

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ความเป็นโมฆะบางส่วนของข้อสัญญาทางแพ่งจะส่งผลให้สัญญาทั้งสัญญาเป็นโมฆะไปด้วยหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาพิพาทนั้นถือเป็นข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญหรือมีความพิเศษหรือไม่ หรือเกี่ยวข้องกับข้อสัญญาข้ออื่นหรือไม่ เพียงใด หรือเป็นข้อสัญญาที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้จากข้อสัญญาข้ออื่น หรือเป็นข้อสัญญาที่ส่งผลต่อเนื้อหาของสัญญา²⁷ ส่วนสัญญาทางปกครองนั้นปรากฏในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐคดี Syndicat national de l'enseignement technique agricole public²⁸ ในส่วนของตุลาการผู้แถลงคดีซึ่งมีความเห็นว่า ศาลที่พิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสามารถยกเลิกสัญญาหลังจากที่ได้พิจารณาว่าข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใดเป็นโมฆะ ถ้าข้อสัญญาข้อนั้นเป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงข้อตกลงของคู่สัญญา แต่ศาลที่พิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำเกินอำนาจจะถูกจำกัดให้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาเพียงการควบคุมคำสั่งหรือการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาเท่านั้น ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าหากศาลพิจารณาว่ามีข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็อาจจะเพิกถอนคำสั่งที่ทำให้ทำสัญญา (l'acte de passation du contrat) เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการทำสัญญาข้อนั้น แต่หากปรากฏว่าข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

²⁵ CE, 21 juillet 1948, Sté immob. Toulousaine

²⁶ CE, 26 février 1930, Sté française des grands travaux

²⁷ Civ.1, 2 juillet 1958, Bull. civ. I n°352 (เมื่อข้อสัญญาทุกข้อมีความเกี่ยวพันกัน และข้อสัญญาข้อหนึ่งนำมาสู่การกำหนดข้อสัญญาอีกข้อหนึ่ง การให้ข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายข้อใดเป็นโมฆะนั้นอาจทำให้ข้อสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีผลบังคับได้)

²⁸ CE, 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public

ไม่สามารถแบ่งแยกจากข้อสัญญาข้ออื่นได้ ศาลอาจเพิกถอนคำสั่งที่ให้ทำสัญญาดังกล่าวทั้งคำสั่งก็ได้²⁹ ซึ่งก็อาจมีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะทั้งสัญญาก็ได้หากเป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญ

ความเป็นโมฆะบางส่วนเป็นวิธีการที่เหมาะสม เนื่องจากเป็นวิธีการที่อยู่ระหว่างการยกเลิกเพิกถอนและการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ดังเช่นกรณีคำสั่งแม้ว่าศาลไม่อาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งได้ เพราะว่าศาลมิใช่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่ง แต่เมื่อศาลพิจารณาถึงเจตนาหรือวัตถุประสงค์ของผู้ออกคำสั่งนั้นแล้ว ศาลอาจเป็นผู้ตัดสินใจเสียเองว่าสิ่งใดคือเจตนาที่แท้จริงของผู้ออกคำสั่ง ดังนั้น เมื่อนำหลักการความเป็นโมฆะบางส่วนดังกล่าวมาใช้ในสัญญาทางปกครองกรณีที่สัญญา มีความไม่ถูกต้องบางประการ ศาลปกครองเองก็ยอมรับเช่นเดียวกับศาลแพ่งว่าข้อสัญญาบางข้อในสัญญาซึ่งแบ่งแยกจากกันได้นั้น เฉพาะข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่ถูกยกเลิกไป ความเป็นโมฆะของสัญญาบางส่วนนั้นเป็นกรณีที่ศาลที่มีอำนาจเต็มจะเป็นผู้พิจารณา (le juge de plein contentieux) โดยศาลจะพิจารณาว่าความไม่ถูกต้องของสัญญาบางประการทำให้สัญญาหายไปทั้งสัญญาหรือไม่ ถ้าข้อสัญญาที่ไม่ถูกต้องนั้นมิใช่สาระสำคัญ เฉพาะข้อสัญญาข้อนั้นที่อาจถูกยกเลิก โดยที่สัญญาดังกล่าวยังคงอยู่ ลักษณะดังกล่าวอาจเรียกว่า การแยกออกได้ของข้อสัญญาบางข้อในสัญญา (La détachabilité)³⁰ ตัวอย่างคดีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นโมฆะบางส่วนของสัญญา เช่น คดี Commune de Noeux-les-Mines³¹ สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาพิพาทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มิใช่ข้อสัญญาที่มีความพิเศษ ดังนั้น ข้อสัญญาข้อดังกล่าวเท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะ คดี P.d'Uckerman³² เป็นกรณีที่ข้อสัญญาซึ่งกำหนดขึ้นโดยนายกเทศมนตรีนั้นไม่ถูกต้องเนื่องจากไม่เป็นไปตามมติสภาเทศบาล สภาแห่งรัฐจึงวินิจฉัยยืนตามศาลปกครองชั้นต้นที่พิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่สามารถแบ่งแยกจากข้อสัญญาข้ออื่นในสัญญาได้จึงพิพากษาให้สัญญาเป็นโมฆะ ส่วนในคดี OPHLM³³ สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาพิเศษบางข้อไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาตกลงกันได้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับได้

²⁹ CE, 20 novembre 1981, Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye

³⁰ P. Dominique, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21*, pp. 289 – 290.

³¹ CE, 19 janvier 1934, Commune de Noeux-les-Mines

³² CE, 19 octobre 1973, P.d'Uckerman

³³ CE, 11 février 1972, OPHLM du Calvados

สำหรับคำพิพากษาของศาลในส่วนที่ข้อสัญญาเป็นโมฆะบางส่วนนั้น หากศาลยกเล็ก จะถือเสมือนว่าข้อสัญญานั้นไม่เคยระบุไว้ ไม่มีค่าบังคับ ไม่มีผลในทางกฎหมาย หรือไม่มีผลผูกพัน แต่อย่างไรก็ตาม ในบางคดีศาลมักจะจำกัดตัวเองในการนำเรื่องข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย (la clause illicite) มาปรับใช้ ดังเช่น คดี Pottier³⁴ ซึ่งเป็นกรณีที่ข้อสัญญาพัสดุดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นโมฆะ โดยวินิจฉัยว่า “ศาลที่พิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาไม่มีอำนาจยกเล็กหรือแก้ไขสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้ได้อยู่ได้ ศาลมีอำนาจเพียงพิจารณาว่าข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดสิทธิในการเรียกค่าเสียหายในฐานะที่เป็นเจ้าของพัสดุหรือไม่” อาจกล่าวได้ว่าศาลที่พิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาไม่มีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Le pouvoir de reformation) แต่มีอำนาจในการพิจารณาความเป็นโมฆะบางส่วนหรือทั้งหมดของสัญญาเท่านั้น³⁵

ส่วนความเป็นโมฆะบางส่วนของกระบวนการทำสัญญา (l'opération contractuelle) นั้น ความเป็นโมฆะดังกล่าวจะไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญา แต่จะพิจารณาถึงการละเมิดหรือฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจหรือกระบวนการ และการแบ่งแยกออกจากกันได้นั้นเป็นเรื่องของความเป็นโมฆะบางส่วนของกระบวนการทำสัญญา ไม่ใช่เป็นการโมฆะบางส่วนของสัญญา ซึ่งกระบวนการทำสัญญาจะเกี่ยวข้องกับนิติกรรมฝ่ายเดียวที่สำคัญในการทำสัญญา โดยเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่แยกออกจากสัญญาได้ โดยข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวจะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการยกเล็กเพิกถอน (le juge de l'excès de pouvoir) ซึ่งจะไม่มีการพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญา แต่จะพิจารณาเพียงองค์ประกอบในการทำสัญญาบางประการ เช่น คำสั่งหรือนิติกรรมฝ่ายเดียวสามารถแยกออกได้จากสัญญาหรือไม่ ซึ่งหากนิติกรรมหรือคำสั่งฝ่ายเดียวนั้นไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว และถ้าความไม่ถูกต้องดังกล่าวปรากฏขึ้นขณะที่ศาลพิจารณาถึงสัญญา (le juge du contrat) อาจจำเป็นที่จะต้องให้สัญญานั้นเป็นโมฆะ จึงอาจถือได้ว่าความไม่ถูกต้องของกระบวนการทำสัญญา (la procédure d'élaboration du contrat) ก็อาจส่งผลกระทบต่อสัญญาทั้งฉบับได้ จึงอาจพอสรุปได้ว่าความเป็นโมฆะบางส่วนของทั้งสองรูปแบบนั้นไม่ได้เกิดจากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วย

³⁴ CE, 7 février 1986, Pottier

³⁵ CE, 3 mai 1974, Sté concessionnaire du parking St Honoré

กฎหมายอย่างเดียวกัน ซึ่งศาลที่มีอำนาจพิจารณาก็จะแตกต่างกัน และผลกระทบที่มีต่อสัญญา ก็แตกต่างกันด้วย³⁶

4.1.5 ผลกระทบจากความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง (Conséquences de la nullité)

ผลกระทบจากความเป็นโมฆะที่มีต่อสัญญาโดยหลักแล้วให้ถือเสมือนว่าไม่ได้ทำสัญญากันมาก่อน แต่การสิ้นผลอย่างย้อนหลังของสัญญาอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ดังนั้น เมื่อศาลเห็นว่าสัญญาเป็นโมฆะ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายและดอกเบี้ยที่จำเป็นนอกเหนือความผูกพันตามสัญญาให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ หรือศาลอาจกำหนดให้รับผิดชอบซึ่งเป็นผลมาจากการทำสัญญาภายใต้เงื่อนไขที่ไม่ถูกต้อง³⁷ โดยผลกระทบจากความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองนั้นมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาดังนี้

4.1.5.1 การสิ้นผลบังคับอย่างย้อนหลังของสัญญา (La destruction rétroactive du contrat)

ผลกระทบที่เกิดขึ้นอย่างทันทีทันใดและอย่างแน่นอนของความเป็นโมฆะนั้น หากเปรียบเทียบกับกรณีของคำสั่งแล้ว สัญญาทางปกครองก็จะมีผลเช่นเดียวกัน คือ จะสิ้นผลบังคับทั้งในอดีตและในอนาคต แต่ในทางปฏิบัตินั้นผลย้อนหลังของความเป็นโมฆะมีความยุ่งยาก เนื่องจากทุกสิ่งทุกอย่างต้องกลับสู่สภาพเดิมหรือกลับสู่สถานะเดิมเสมือนว่าไม่เคยทำสัญญากันมาก่อน หลักผลย้อนหลังของความเป็นโมฆะนั้นกำหนดให้ต้องมีการชำระค่าบริการที่เกี่ยวข้องคืน หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้กลับคืนสู่สถานะเดิม แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อไม่สามารถชำระค่าบริการหรือไม่สามารถทำให้คู่สัญญากลับสู่สถานะเดิมได้ ดังนั้น หากสัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ ในการพิจารณาให้คู่สัญญากลับสู่สภาพเดิมหรือกลับสู่สถานะเดิมจำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องดังต่อไปนี้

1) การชำระคืนค่าธรรมเนียมและค่าบริการ (การชำระหนี้คืน) (La restitution de prestations effectuées)

การมีผลย้อนหลังของความเป็นโมฆะนั้นจะไม่ยุ่งยาก หากยังไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดเริ่มปฏิบัติตามสัญญา แต่ในทางตรงกันข้าม ความยุ่งยากจะเกิดขึ้นเมื่อหากมีคู่สัญญาฝ่ายใดเริ่ม

³⁶ P. Dominique, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 21 , pp. 351 – 357.

³⁷ CE, 22 février 1980, Sté anonyme des sablières modernes d'Aressy

ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว แต่โดยหลักแล้วหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือข้อบังคับต่างๆ ตามสัญญา (les obligations contractuelle) จะสิ้นสุดไปอย่างย้อนหลัง ทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องชำระค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการคืนแก่อีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ หากสามารถคืนได้ศาลก็กำหนดให้มีการคืน โดยนำเรื่องลามิควรได้ของหลักกฎหมายแพ่งมาใช้

2) กฎเกณฑ์ทางบัญชี (Le règlement de compte)

การกลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นในบางกรณีก็เป็นไปไม่ได้ สำหรับสัญญาทางแพ่งนั้น เมื่อทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้นสูญหายไป บนข้อสันนิษฐานดังกล่าวศาลอาจปฏิเสธที่จะประกาศความเป็นโมฆะ หรืออาจช่วยคู่กรณีโดยการทำให้มูลค่าของสิ่งนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิมความเป็นไปไม่ได้ดังกล่าวนี้ อาจเกี่ยวกับสภาพของค่าบริการ เช่น การปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นโมฆะไปแล้วนั้น ดังนั้น เพื่อไม่ให้พิจารณาว่าความเป็นโมฆะเป็นเสมือนการบอกเลิกสัญญาในกรณีที่ไม่สามารถทำให้คู่สัญญากลับสู่สถานะเดิมนั้น อาจกำหนดให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย (L'allocation d'indemnités) ดังเช่น กรณีสัญญาการทำงาน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเมื่อพิจารณาถึงสภาพของวัตถุแห่งหนี้แล้วเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะชำระคืนหรือทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึงมูลค่าของค่าบริการที่ฝ่ายหนึ่งเสียไป และประโยชน์ที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ³⁸ ส่วนสัญญาทางปกครองก็เช่นเดียวกัน สภาแห่งรัฐก็ได้วินิจฉัยตามแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรม เนื่องจากสัญญาทางปกครองมักเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเริ่มปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาแล้ว โดยทั่วไปจะพิจารณาว่าเมื่อไม่สามารถทำให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่สถานะเดิมได้ จำต้องกำหนดให้มีการชำระคืนเป็นเงิน ซึ่งในการกำหนดให้มีการชำระคืนเป็นเงินนั้น ศาลต้องพิจารณาถึงกฎเกณฑ์ทางบัญชีด้วย กล่าวคือ ต้องกำหนดให้เหมาะสมกับสภาพ แต่ไม่ให้เป็นไปในลักษณะของการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งศาลเพียงแต่คำนวณจำนวนเงินค่าบริการที่จ่ายไปเท่านั้น³⁹

4.1.5.2 สิทธิในการได้รับค่าเสียหายที่นอกเหนือจากสัญญา (les droits à indemnité extracontractuelle)

ผลของความเป็นโมฆะทำให้ต้องมีการชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน เช่น กรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาบางส่วนแล้ว หรือกรณีที่ไม่สามารถคืนค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการอันเป็นผลจากความเป็นโมฆะนั้นได้ หลัก de in rem verso หรือการชำระเงินคืนนั้น มีการปรับใช้ในกฎหมายแพ่งในกรณีที่บุคคลได้มาซึ่งทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้

³⁸ Cass.soc.8 avril 1957 : Cass.soc.9 mars 1978

³⁹ P. Dominique, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, pp. 483 – 488.

โดยชอบด้วยกฎหมาย หลักดังกล่าวได้นำมาปรับใช้ในกฎหมายปกครองด้วย ซึ่งในกรณีที่ไม่สามารถทำให้กลับสู่สถานะเดิมได้นั้นคู่สัญญาที่มีสิทธิเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายฐานลบล้างมิควรได้หากปรากฏว่าครบเงื่อนไขของหลักดังกล่าว นอกจากนี้ ในบางกรณีคู่สัญญาอาจอ้างฐานความรับผิดชอบโดยมีความผิดของฝ่ายปกครองเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหายได้⁴⁰

หลักลบล้างมิควรได้เป็นหลักที่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในเรื่องงานโยธา สาธารณะ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยโดยนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ว่าบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากบุคคลอื่นโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้นั้น ต้องคืนเงินหรือประโยชน์นั้นไป⁴¹ ภายหลังจากนั้น สภาแห่งรัฐนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ในกฎหมายปกครองอย่างชัดเจน กล่าวคือ นำหลักลบล้างมิควรได้และหลักการจัดงานนอกสั่งมาปรับใช้ในคำพิพากษา โดยได้นำหลักการจัดการงานนอกสั่งมาใช้เพื่อจำแนกงานโยธาสาธารณะที่จำเป็น มีประโยชน์ หรือไม่มีประโยชน์ ส่วนหลักลบล้างมิควรได้นั้นนำมาปรับใช้ในหลักเกี่ยวกับผลกำไรหรือผลประโยชน์

1) หลักลบล้างมิควรได้ (L'enrichissement sans cause)

สภาแห่งรัฐได้นำหลักลบล้างมิควรมาปรับใช้เมื่อปรากฏว่าการเริ่มต้นปฏิบัติตามสัญญา ทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบ ซึ่งเงื่อนไขเกี่ยวกับหลักลบล้างมิควรได้นำมาปรับใช้กับกฎหมายปกครองเพื่อให้เกิดสิทธิในการชดใช้ค่าเสียหายนั้น มีเงื่อนไขดังนี้

1.1) ไม่มีเหตุอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย (L'absence de cause)

ในการพิจารณาศาลปกครองได้นำหลักลบล้างมิควรได้มาปรับใช้ในกรณีที่สัญญาเป็นโมฆะเนื่องจากกระบวนการทำสัญญาไม่ถูกต้อง⁴² โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีการทำสัญญา⁴³ กรณีที่สัญญาลงนามโดยผู้ไม่มีอำนาจ⁴⁴ หรือกรณีที่

⁴⁰ CE, 23 mai 1979, Cne de Fontenay le Fleury สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า เมื่อสัญญาเป็นโมฆะ ผู้ประกอบการจึงขอให้ศาลสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย โดยชดใช้คืนค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการได้จ่ายไปและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ได้รับประโยชน์ดังกล่าวด้วย สภาแห่งรัฐเห็นว่า ในกรณีที่สัญญาเป็นโมฆะเนื่องจากความผิดของฝ่ายปกครองนั้น ผู้ประกอบการสามารถกล่าวอ้างให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายที่ได้จ่ายไปคืนได้

⁴¹ CE, 15 février 1889, Lemaire

⁴² CE, 2 décembre 1955, Cie. Guadeloupéenne de distribution d'énergie électrique

⁴³ CE, 15 juillet 1959, Vauzelle ; CE, 23 mai 1979, Cne de Fontenay le Fleury (กรณีที่สัญญาเป็นโมฆะ ผู้ประกอบการจึงเรียกร้องให้หน่วยงานส่วนท้องถิ่นชดใช้เงินคืนแก่

หน่วยงานผู้มีอำนาจไม่อนุญาติให้ทำสัญญา⁴⁵ หรือกรณีสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี⁴⁶ เหตุอันไม่อาจอ้างได้โดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะเห็นได้ชัดในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาแล้วในบางส่วน แต่ปรากฏว่ายังไม่มีการทำสัญญากัน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่มีเหตุอันจะอ้างได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หลักลามาภิวัตน์จะเข้ามาช่วยเยียวยาความไม่สมดุลระหว่างสถานการณ์ในความเป็นจริงที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบในหนี้ตามกฎหมายอันเป็นผลมาจากการที่สัญญาไม่สมบูรณ์ สภาแห่งรัฐพิจารณาว่าเมื่อความผูกพันทางสัญญาไม่สมบูรณ์ จึงไม่อาจนำประเด็นความรับผิดชอบทางสัญญามาพิจารณาได้ โดยเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาของฝ่ายปกครองเริ่มปฏิบัติตามสัญญาแล้ว

1.2) เงื่อนไขในทางเนื้อหาของลามาภิวัตน์

เงื่อนไขในทางเนื้อหาของลามาภิวัตน์จะประกอบด้วย ประโยชน์หรือทรัพย์สินที่ได้รับจากลูกหนี้ (l'enrichissement du débiteur) ผู้ที่ให้ประโยชน์โดยปราศจากความยินยอม (l'appauvrissement involontaire du demandeur) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการขาดใช้ค่าเสียหายโดยอ้างฐานลามาภิวัตน์นั้น ถูกจำกัดขอบเขตโดยบุคคลที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอม และบุคคลที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินของบุคคลอื่น ซึ่งการขอให้ขาดใช้ค่าเสียหายฐานลามาภิวัตน์นั้น ผู้ขอจะเรียกประโยชน์เกินกว่าที่ตนต้องเสียไปไม่ได้ และผู้ได้รับประโยชน์โดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้นั้นมีภาระที่ต้องพิสูจน์ด้วย แต่สำหรับการประเมินค่าความเสียหายศาลปกครองจะใช้วิธีการคำนวณค่าเสียหายที่แตกต่างจากศาลแพ่ง โดยจะพิจารณาทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ฝ่ายหนึ่งรับไว้กับทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ฝ่ายหนึ่งต้องเสียไปเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ทั่วไป ซึ่งศาลจะสันนิษฐานว่าถ้าเอกชนกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตนแต่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมด้วยนั้น ค่าเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้ต้องไม่เกินกว่าค่าเสียหายที่จ่ายไปในระหว่างการดำเนินกิจกรรมนั้นและไม่ใช่ค่าเสียหายที่เป็นกำไรหรือประโยชน์ของฝ่ายเอกชน⁴⁷

ผู้ประกอบการ กรณีที่หน่วยงานส่วนท้องถิ่นได้รับประโยชน์ไปแล้ว แต่ผู้ประกอบการได้เสียค่าใช้จ่ายเนื่องจากการดำเนินการดังกล่าว)

⁴⁴ CE, 19 avril 1974, Entreprise L. Segrette

⁴⁵ CE, 20 décembre 1963, Cne de Battigny

⁴⁶ CE, 6 mai 1985, Assoc.Eurolat

⁴⁷ P. Dominique, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, pp. 493 – 499.

2) หลักความรับผิดชอบกึ่งละเมิด (La responsabilité quasi délictuelle)

เมื่อความผิดเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิด และบุคคลที่ได้รับความเสียหายก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องจากฝ่ายปกครองได้ ความผิดนั้นอาจเกิดจากการที่สัญญาทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.1) ความผิด (La faute)

ความผิดอันเป็นผลมาจากสัญญาไม่ถูกต้อง เช่น กรณีสัญญาพัสดุทำขึ้นโดยไม่ถูกต้อง⁴⁸ เนื่องจากการทำสัญญาต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐมนตรีเสียก่อน ดังนั้นฝ่ายปกครองจำต้องรับผิดจากกรณีดังกล่าว ความผิดอันเป็นผลจากกระบวนการทำสัญญาไม่ถูกต้อง เช่น สัญญาพัสดุทำขึ้นโดยไม่ผ่านกระบวนการประกวดราคา⁴⁹ หรือสัญญาทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบกรณีกฎหมายบังคับให้ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ แต่มีการทำสัญญาด้วยวาจา⁵⁰ สัญญาทำขึ้นโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยกรณีวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵¹ หรือข้อสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵² หรือกรณีที่คู่สัญญาให้บุคคลที่สามรับผิดในการชำระหนี้โดยเขาไม่ยินยอม⁵³ ส่วนกรณีที่ความสัมพันธ์ทางสัญญาไม่สมบูรณ์ เช่น กรณีที่หน่วยงานทางปกครองต้องได้รับมอบอำนาจก่อนที่จะกระทำการใด เมื่อปรากฏว่านายกเทศมนตรีลงนามในสัญญาโดยไม่ได้รับมอบอำนาจจากสภาเทศบาลจึงถือว่าการกระทำของนายกเทศมนตรีมีความผิด เทศบาลจึงต้องรับผิดจากการกระทำดังกล่าว⁵⁴

2.2) ความเสียหาย (Le préjudice)

เมื่อไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายใดก็ไม่สามารถเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายได้ การกำหนดจำนวนค่าเสียหายนั้นอาจกำหนดตามที่ข้อสัญญาได้กำหนดไว้ ในกรณีที่สัญญาเป็นโมฆะคู่สัญญาไม่สามารถอ้างให้ชดเชยค่าเสียหายโดยฐานความรับผิดตามสัญญาได้ แต่อาจอ้างฐานความรับผิดนอกเหนือสัญญาได้ และการประเมินความเสียหายนั้นก็พิจารณาจาก

⁴⁸ CE, 26 février 1964, Entr. L. Segrette

⁴⁹ CE, 21 octobre 1949, Berp

⁵⁰ CE, 23 mai 1979, Cne des Fontenay le Fleury

⁵¹ CE, 19 mars 1982

⁵² CE, 30 octobre 1953, Carrère

⁵³ CE, 6 décembre 1985, Mme Boin-Favre

⁵⁴ T.A. de Lille, Sté d'aménagement de Bray Dunes

ความเป็นจริง ไม่สามารถอ้างข้อสัญญาหรืออ้างเหตุทางกฎหมายเพื่อเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ เนื่องจากเมื่อสัญญาเป็นโมฆะแล้วคู่สัญญาจำต้องกลับสู่สถานะเดิมและไม่มีผลผูกพันใดระหว่างคู่สัญญา ในกรณีนี้ศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบและควบคุมมิให้ต้องชดใช้ค่าเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่ได้รับ ดังเช่น คดี Sté Entr.L.Segrette⁵⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องร่วมชดใช้ค่าเสียหายฐานลามิควรรได้ และฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตามสมควรและไม่เกินไปกว่าที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติหรือดำเนินการตามข้อสัญญาไปแล้ว

การศึกษาถึงผลจากความเป็นโมฆะของสัญญาเป็นเสมือนการศึกษาผลที่เกิดขึ้นอย่างย้อนหลัง การลงโทษให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งชดใช้ค่าเสียหายนอกเหนือจากความรับผิดชอบทางสัญญา อาจกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาอันเป็นฐานแห่งความรับผิดชอบนั้นไม่มีอยู่แล้วเนื่องจากความเป็นโมฆะของสัญญา ซึ่งการอ้างเหตุแห่งความเป็นโมฆะในคดีปกครองนั้น อาจเกิดขึ้นทั้งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาและคดีที่ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย แต่กรณีที่คู่สัญญาหยิบยกประเด็นความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้างนั้นเกิดขึ้นค่อนข้างน้อย และศาลมักจะไม่พิพากษาให้สัญญาเป็นโมฆะเนื่องจากสำหรับคู่สัญญาแล้วความเป็นโมฆะของสัญญามีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบทางการเงินที่อาจเกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองมักจะได้รับการเยียวยาโดยการชดใช้เป็นเงิน แต่กรณีดังกล่าวก็มีใช้เป็นการแก้ไขโดยทางกฎหมาย เนื่องจากการทำให้กลับสู่สถานะเดิมในบางกรณีนั้นไม่สามารถทำได้ ดังนั้นจึงเป็นกรณียกเว้นที่ว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีการปฏิบัติตามสัญญาอย่างทันที (des contrats à execution instantanée)⁵⁶

4.2 ผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายของเยอรมัน

สัญญาทางปกครองจะตกเป็นโมฆะเฉพาะเมื่อมีเหตุที่กำหนดไว้ให้ตกเป็นโมฆะตามที่กำหนดไว้มาตรา 59 VwVfG ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทก่อน ส่วนความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่นๆ ของสัญญาทางปกครองมิได้ก่อให้เกิดสิทธิในการโต้แย้งคัดค้าน (Anfechtungsrecht) รวมทั้งสิทธิในการบอกเลิกสัญญา (Kündigungrecht) ดังนั้น สัญญาทางปกครองซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงมีผลบังคับได้ ซึ่งหมายความว่าข้อผูกพันทั้งหลายที่ก่อขึ้นโดยสัญญาทางปกครองย่อมมีผลบังคับได้และคู่สัญญาย่อมมีหน้าที่ต้องทำการชำระหนี้ตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้

⁵⁵ CE, 19 avril 1974, Sté Entr.L.Segrette

⁵⁶ P. Dominique, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 21*, pp. 501 – 510.

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ทำการชำระหนี้ดังกล่าวอาจให้ศาลปกครองดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้⁵⁷

4.2.1 กระบวนการและองค์การตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง

เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมัน นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า การรับหรือปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ดังนั้นเมื่อกรณีดังกล่าวไม่ใช่คำสั่งทางปกครองแล้ว ในแง่ของการฟ้องคดี ผู้ที่ถูกเจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาจึงไม่สามารถฟ้องคดีโดยคำฟ้องประเภทเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ได้ แต่อาจฟ้องคดีโดยขอให้ศาลยืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการปฏิเสธไม่เข้าสัญญาทางปกครอง โดยอาศัยคำฟ้องพิสูจน์หรือยืนยันสิทธิ (Feststellungsklage) หรือฟ้องขอให้ศาลสั่งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาเข้าทำสัญญากับตนได้ โดยอาศัยคำฟ้องประเภทที่ขอให้ศาลสั่งให้เจ้าหน้าที่กระทำการ (Leistungsklage) เนื่องจากในระบบการฟ้องคดีปกครองของเยอรมันนั้น คดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) คดีฟ้องพิสูจน์หรือยืนยันสิทธิ (Feststellungsklage) และคดีฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ (Leistungsklage) เป็นคดีคนละประเภทกันตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) โดยการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองมุ่งหมายเพื่อลบล้างคำสั่งทางปกครอง⁵⁸ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการฟ้องคดี

⁵⁷ Ule, VwVR, S. 786 อ้างในบวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, สถาบันพระปกเกล้า, น. 125

⁵⁸ มาตรา 42 VwGO (คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง)

(1) การฟ้องอาจมุ่งหมายเพื่อให้มีการลบล้างคำสั่งทางปกครอง (คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง) หรือเพื่อวินิจฉัยให้ออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกปฏิเสธหรือมีการละเว้น (คำฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง) ได้

(2) เท่าที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้รับคำฟ้องได้ต่อเมื่อผู้ฟ้องได้ยืนยันว่าสิทธิทางกฎหมายของตนได้ถูกละเมิดโดยคำสั่งทางปกครองหรือจากการปฏิเสธหรือละเว้นการออกคำสั่งทางปกครอง

อ้างใน บวรเจต สึงคะเนติ, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน”, โครงการตำราและวารสาร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2547), น.92. (เชิงอรรถที่ 1)

ก่อนแล้ว ในขณะที่การฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการมุ่งหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่กระทำการ (Tun) หรือละเว้นการกระทำ (Unterlassen) ซึ่งการกระทำที่มุ่งให้เจ้าหน้าที่กระทำนั้นต้องไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง การฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำจะแบ่งกลุ่มการฟ้องตามพื้นฐานของสิทธิเรียกร้องของผู้ฟ้องคดีได้เป็นหลายประเภท เช่น สิทธิเรียกร้องเพื่อให้กระทำการในทางกายภาพ สิทธิเรียกร้องให้แสดงเจตนาตามกฎหมายมหาชน สิทธิเรียกร้องให้แก้ไขเยียวยาอันเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ละเว้นการกระทำ ส่วนการฟ้องพิสูจน์หรือยืนยันสิทธิมุ่งหมายเพื่อแสดงถึงสภาพการณ์ในทางกฎหมายของข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลจะเป็นการประกาศให้ทราบหรือการรับรองสิทธิเท่านั้น มิใช่เป็นการก่อตั้งสิทธิ⁵⁹ และการฟ้องพิสูจน์หรือยืนยันสิทธิจะทำได้ก็ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีไม่อาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ไม่อาจฟ้องให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือไม่อาจฟ้องให้เจ้าหน้าที่กระทำการได้ แล้วแต่กรณี

⁵⁹ มาตรา 43 VwGO (คำฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิ)

(1) การฟ้องอาจมุ่งหมายเพื่อพิจารณาถึงความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของความสัมพันธ์ในทางกฎหมายหรือความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้ เมื่อผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียโดยชอบธรรมจากการกำหนดนั้น

(2) การฟ้องให้พิสูจน์สิทธิไม่อาจดำเนินการได้ หากผู้ฟ้องคดีสามารถดำเนินการฟ้องคดีด้วยคำฟ้องแบบก่อตั้งสิทธิหรือคำฟ้องขอให้กระทำการแต่กรณีนี้ไม่ใช่บังคับกับการให้ยืนยันถึงความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา 111 VwGO (การพิพาทระหว่างคดีเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิ)

ในกรณีที่มีการฟ้องเพื่อให้กระทำการ หากสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิและจำนวนของค่าเสียหาย ในกรณีนี้ศาลอาจทำการวินิจฉัยคดีในเบื้องต้นโดยทำเป็นคำพิพากษาระหว่างคดีในส่วนที่เกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิได้ ในกรณีที่เห็นว่าสิทธิเรียกร้องมีเหตุผลรับฟังได้ ศาลอาจสั่งให้พิจารณาถึงจำนวนค่าเสียหายได้

มาตรา 113 วรรค 4 VwGO

(4) นอกเหนือจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังอาจเรียกร้องให้กระทำการได้ในคดีเดียวกันนี้ ศาลอาจพิพากษาให้กระทำการด้วยก็ได้

อ้างใน บรรณเจ็ด สิงคะเนติ, เฟิงอ้าง, น. 115. (เชิงอรรถที่ 38 – 40)

สำหรับการใช้เรียกร้องสิทธิตามสัญญา (Geltendmachung von Vertragsansprüchen) เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ตามสัญญาที่มีความผูกพันในฐานะเป็น ลูกหนี้ที่จะต้องชำระหนี้ดังกล่าว และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ ชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งก่อนการบังคับใช้ VwVfG มีปัญหาที่ถกเถียงกันว่าเจ้าหน้าที่สามารถ ดำเนินการตามสิทธิเรียกร้องของตนเองอันเกิดจากสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยวิธีการบังคับทางปกครองโดยการออกหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้กระทำการเป็นคำสั่งทางปกครอง และบังคับการตามหนังสือดังกล่าวได้เองโดยไม่ต้องใช้สิทธิทางศาลได้หรือไม่ ซึ่งภายหลังประกาศ บังคับใช้ VwVfG ในทางหลักการแล้วเจ้าหน้าที่ไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ด้วยตนเอง แต่เจ้าหน้าที่จะต้องใช้วิธีการฟ้องเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา กรณีดังกล่าวมีผลมาจาก มาตรา 61 VwVfG เพราะบทบัญญัติดังกล่าวนี้สันนิษฐานได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับอนุญาตให้ บังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้โดยตรงเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อยู่ภายใต้การบังคับคดีที่อาจกระทำได้โดยทันที เพราะการใช้สิทธิเรียกร้องที่ผลมาจากสัญญา ทางปกครองอยู่ในเขตแดนของกฎหมายมหาชนซึ่งให้ใช้สิทธิดังกล่าวต่อศาลปกครองตาม มาตรา 40 วรรคหนึ่ง VwGO⁶⁰

โดยหลักทั่วไปแล้วการใช้สิทธิเรียกร้องตามสัญญาจะใช้สิทธิในการฟ้องประเภทการฟ้อง เพื่อให้กระทำการที่มีลักษณะทั่วไป (die allgemeine Leistungsklage) ซึ่งปัญหาที่เป็นข้อ ถกเถียงกันมีแต่เพียงว่าคำฟ้องในลักษณะดังกล่าวให้นำมาใช้ในกรณีที่เอกชนต้องการจะบังคับให้ ออกคำสั่งทางปกครองที่มีการตกลงไว้ในสัญญาว่าจะออกคำสั่งทางปกครองให้แก่เอกชนด้วย หรือไม่ หรือในกรณีนี้จะต้องฟ้องโดยคำฟ้องเพื่อให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage)⁶¹

⁶⁰ “(1) การฟ้องคดีทางปกครองต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน ซึ่งมีใช้เรื่องข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่กฎหมายสหพันธ์มิได้กำหนดไว้ชัดเจน ว่าให้นำข้อพิพาทดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลอื่น ข้อพิพาทในทางมหาชนอันเกี่ยวกับกฎหมายมลรัฐ อาจฟ้องร้องยังศาลอื่นได้หากกฎหมายของมลรัฐกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

⁶¹ ความแตกต่างระหว่างคำฟ้องทั้งสองประเภท คือ ก่อนที่จะยื่นคำฟ้องเพื่อให้ ออกคำสั่งทางปกครอง โดยทั่วไปแล้วจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นก่อน ซึ่งกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นจะทำการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและ ความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการปฏิเสธหรือการละเว้นไม่ออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้ยื่น คำร้องขอดังกล่าว และการฟ้องคดีประเภทดังกล่าวจะต้องยื่นภายในระยะเวลาที่กำหนดตาม

ส่วนการใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อให้ทดแทนความเสียหายเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีผลมาจากการละเมิดหน้าที่ตามสัญญา สิทธิเรียกร้องดังกล่าวอยู่ในแดนของกฎหมายมหาชน โดยสิทธิเรียกร้องดังกล่าวให้ถือว่าเป็นสิทธิของเจ้าหน้าที่หรือเอกชนมีสิทธิเท่าเทียมกัน เจ้าหน้าที่ที่สามารถจะทำการใช้สิทธิเรียกร้องให้ทดแทนความเสียหายได้เช่นเดียวกับการใช้สิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติตามสัญญาโดยการออกคำสั่งให้กระทำการ (Leistungsklage) แต่ในกรณีที่เป็นกรณีเร่งด่วน (Notfalls) จะต้องดำเนินการโดยศาล ซึ่งศาลที่มีอำนาจกรณีนี้คือศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 40 วรรคสอง VwGO การใช้สิทธิฟ้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองนี้ให้รวมถึงการใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อทดแทนความเสียหายเนื่องจากความผิดพลาดในการทำสัญญาด้วย⁶²

ในส่วนของอายุความการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันนั้น เนื่องจากมาตรา 62 VwVfG กำหนดให้นำประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้โดยอนุโลม อายุความการฟ้องคดีจึงเป็นอย่างหลักการฟ้องคดีแพ่งทั่วไป

มาตรา 74 VwGO กล่าวคือ (1) คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองจะต้องยื่นภายในหนึ่งเดือนนับแต่การส่งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ไปถึง ในกรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ตามมาตรา 68 ในกรณีนี้ต้องยื่นคำฟ้องภายในหนึ่งเดือนนับแต่การแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ทราบ (2) สำหรับคำฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองให้นำวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม เมื่อคำร้องขอให้ดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองถูกปฏิเสธ

กรณีดังกล่าว บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ มีความเห็นว่า โดยที่พื้นฐานของสัญญาทางปกครองเอกชนมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ออกคำสั่งทางปกครองได้ก็จริง แต่สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีผลโดยตรงจากกฎหมาย หรือเป็นผลจากคำมั่นของฝ่ายปกครอง (มาตรา 38 VwVfG) เพราะฉะนั้นกรณีจึงไม่มีโอกาสบังคับซึ่งจะก่อให้เกิดผลกระทบกับหลักการในทางกฎหมาย ดังนั้นการใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวสามารถจะดำเนินการได้โดยการใช้สิทธิการฟ้องประเภทให้กระทำการในลักษณะทั่วไป (allgemeine Leistungsklage) อันเป็นการฟ้องที่มีได้มุ่งหมายเพื่อให้ออกคำสั่งทางปกครอง

อ่างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง”, สถาบันพระปกเกล้า, น. 189 – 190.

⁶² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *เพิ่งอ้าง*, น. 188 – 189.

4.2.2 ผลของสัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ

เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาทางปกครองกันขึ้นแล้วก็จะทำให้เกิดเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะรายระหว่างคู่สัญญา (Einzelfallregelung) ซึ่งกฎเกณฑ์ระหว่างกันรวมทั้งเกี่ยวกับผลของสัญญาทางปกครองด้วยควรจะเป็นการตกลงในเรื่องผลประโยชน์ที่ทั้งสองฝ่ายได้รับอย่างถูกต้องสาเหตุต่างๆ ที่ทำให้ผลของสัญญาทางปกครองสิ้นไปนั้น คู่สัญญาต้องสามารถเห็นได้ล่วงหน้า กฎเกณฑ์กรณีใดบ้างที่จะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น ถ้าหากปรากฏว่าสัญญามีเหตุแห่งโมฆะกรรม สัญญาฉบับดังกล่าวโดยตัวเองแล้วจะไม่มีผล (unwisksam) แต่สำหรับคู่สัญญาแล้วอาจมีผลที่ตามมาแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย⁶³

ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง (VwVfG) มิได้มีการบัญญัติเรื่องผลที่ตามมาของสัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามมาตรา 62 VwVfG กำหนดให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น สัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะจึงเป็นสัญญาที่ไม่มีฐานของกฎหมาย ผลที่ตามมาก็คือคู่สัญญาไม่มีหน้าที่จำต้องปฏิบัติตามชำระหนี้หรือกระทำการแก่กันและกัน⁶⁴ สำหรับสัญญาซึ่งมีผลก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคลที่สามซึ่งตกเป็นโมฆะก็ไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิขึ้น ในขณะที่สัญญาที่คู่สัญญามีหน้าที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อตกเป็นโมฆะก็ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่กระทำการแต่อย่างใด เว้นแต่ถ้าหากได้มีการกระทำการต่างตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญาไปก่อนที่เหตุแห่งโมฆะกรรมจะพบหรือปรากฏขึ้น คู่สัญญาก็สามารถมีสิทธิเรียกร้องในลาภมิควรได้ทางปกครอง (öffentlich – rechtliche Erstattungsansprüche) ตราบเท่าที่การกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครองมิใช่การออกคำสั่งทางปกครอง ถ้าหากสัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาฝ่ายปกครองและศาลต้องพิจารณาถึงผลทางกฎหมาย และบุคคลทุกคนสามารถยกเหตุแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้⁶⁵ โดยที่สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายและสิทธิเรียกคืนทรัพย์สิน ซึ่งเป็นผลมาจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่ง นอกจากนั้น

⁶³ เพ็ญศรี วงศ์เสรี “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน” , รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ , สำนักงานศาลปกครอง , น. 246.

⁶⁴ H. Maurer , Allg. VerwR., พิมพ์ครั้งที่ 14, (2002), § 14 Rn. 44 อ้างใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี, เพ็ญศรี, น. 247.

⁶⁵ Maurer , Allg. VerwR. , § 14 Rn. 14 อ้างใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี , เพ็ญศรี , น. 247.

ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายเป็นที่ชัดเจนว่าเนื้อหาสาระัตถะของสัญญาทางปกครอง ต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย⁶⁶

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมิได้มีผลได้ 2 ลักษณะ คือ มีผลบังคับ (wisksam) หรือตกเป็นโมฆะตามมาตรา 59 VwVfG⁶⁷ ถ้าหากสัญญาทางปกครองมีผล (wisksam) ดังนั้น ก็จะมีสภาพอยู่เช่นนั้น ถ้าหากมิใช่กรณีซึ่งมีเหตุให้บอกเลิกสัญญาตามมาตรา 60 VwVfG ในกรณีตรงกันข้ามสัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาก็ไม่สามารถเรียกร้องให้กระทำการตามสัญญาได้ และโดยหลักแล้วประโยชน์อื่นใดที่ได้รับไปก็อาจเรียกคืนได้ แต่ตามมาตรา 59 VwVfG มิใช่ว่าสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะตกเป็นโมฆะเสมอไป หากแต่เฉพาะสัญญาทางปกครองที่เข้าเงื่อนไขของเหตุโมฆะกรรมตามมาตรา 59 VwVfG ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวดูเหมือนจะขัดแย้งกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง⁶⁸

ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพิพากษาให้สัญญาตกเป็นโมฆะ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BverwG, NJW 1980,2538 (คดีที่ทำการองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น)⁶⁹ ข้อเท็จจริงมีว่า ผู้ฟ้องคดีได้ขายที่ดินหมายเลข 15/59 ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นองค์การปกครองส่วนตนเองส่วนท้องถิ่น ตามแบบแผนก่อสร้างผู้ถูกฟ้องคดีจะก่อสร้างอาคารที่ทำการบนที่ดินแปลงนี้ ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีที่ดินอีกแปลงหนึ่งติดกับที่ดินแปลงที่ขาย (ที่ดินหมายเลข 15/62) ต้องการที่จะก่อสร้างโรงแรมลงบนที่ดินแปลงดังกล่าว หลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้ขายที่ดินหมายเลข 15/59 ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีเห็นตรงกันว่าควรจะมีการแลกเปลี่ยนที่ดินกัน โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีปลูกสร้างอาคารที่ทำการในที่ดินหมายเลข 15/62 และให้ผู้ฟ้องคดีปลูกสร้างโรงแรมลงบนที่ดินหมายเลข 15/59 ผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจึงตกลงแลกเปลี่ยนที่ดินกัน โดย

⁶⁶ Maurer อ้างใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี , เพิ่งอ้าง, น. 247.

⁶⁷ Richter/Schuppert , Casebook Verwaltungsrecht , พิมพ์ครั้งที่ 2 (1995), น.235 อ้างใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี, เพิ่งอ้าง, น. 247.

⁶⁸ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, เพิ่งอ้าง, น. 248.

⁶⁹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา วรเจตน์ ภาควิรัตน์ และคณะ, “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ”, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 331 – 332.

ในสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงแผนแม่บทของการปลูกสร้างในเขตการปกครองท้องถิ่นด้วย ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ยื่นขออนุญาตเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดิน แต่ถูกปฏิเสธ ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ศาลสั่งเปลี่ยนแปลงแผนแม่บทของการปลูกสร้างในเขตการปกครองตนเอง และในกรณีที่ไม้อาจเปลี่ยนแปลงได้ขอเรียกร้องให้มีการคืนที่ดินที่ได้แลกเปลี่ยนกัน โดยตนจะคืนที่ดินหมายเลข 15/59 ซึ่งยังไม่มีปลูกสร้างอาคารให้แก่องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น และขอให้องค์การปกครองส่วนตนเองส่วนท้องถิ่นคืนที่ดินหมายเลข 15/62 ให้ตน

คดีนี้ศาลพิพากษาว่า สัญญาแลกเปลี่ยนที่ดินดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากมีข้อตกลงในสัญญากำหนดให้คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองดำเนินการออกกฎ (ในที่นี้ คือ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแผนแม่บทของการปลูกสร้างในเขตการปกครองตนเอง) อย่างไรก็ตามสัญญาเปลี่ยนแปลงที่ดินดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เนื่องจากฝ่ายปกครองขาดฐานในทางกฎหมายที่จะรองรับความตกลงดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะเป็นอุทิศทรัพย์สินให้ใช้ในประโยชน์สาธารณะ ระบบกฎหมายมหาชนก็ไม่ได้ห้ามการคืนที่ดินพร้อมทั้งอาคารที่ทำการองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งเป็นเอกชนตามหลักลามาไมควรได้⁷⁰ ดังนั้น แม้จะมีการปลูกสร้างอาคารลงบนที่ดินแล้ว ก็ไม่เป็นการขัดขวางการคืนที่ดินให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์

4.2.3 ความเป็นโมฆะบางส่วนของสัญญาทางปกครอง

สำหรับคำสั่งทางปกครองนั้น โดยทั่วไปแล้วความเป็นโมฆะแต่เพียงบางส่วนของคำสั่งทางปกครองไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปทั้งหมด ทั้งนี้ ตามมาตรา 44 วรรคสี่ VwvFG ส่วนในเรื่องของสัญญาก็มีหลักการเช่นเดียวกัน โดยการเป็นโมฆะแต่เพียงบางส่วนของ

⁷⁰ หลักลามาไมควรได้ ตามมาตรา 812 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติว่า บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินใดเพราะบุคคลอื่นทำการชำระหนี้ หรือได้มาโดยประการอื่นด้วยค่าใช้จ่ายของบุคคลอื่นอันปราศจากมูลซึ่งจะอ้างกฎหมาย บุคคลนั้นจะต้องคืนทรัพย์สินแม้ว่ามีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมายแต่แรกเริ่ม หากต่อมามีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมายไม่มีแล้ว หรือผลอันเกิดจากเจตนาเพื่อทำการชำระหนี้มาแต่ต้น และนิติกรรมนั้นไม่เกิดผลบังคับ

สัญญาทางปกครองตามมาตรา 59 วรรคสาม VwVfG⁷¹ ก็ใช้หลักการเดียวกับสัญญาทางแพ่งตามมาตรา 139 BGB⁷² โดยถือว่าถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรม (สัญญาทางปกครอง) ตกเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้น (สัญญาทางปกครองนั้น) ก็จะตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ หากไม่เป็นที่ยอมรับได้ว่าหากปราศจากส่วนที่เป็นโมฆะนั้นแล้วคู่กรณี (คู่สัญญา) ก็จะตกลงยอมรับนิติกรรมดังกล่าวนี้ กรณีนี้อาจกล่าวได้ว่าแม้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะรับรู้ถึงความเป็นโมฆะเพียงบางส่วนของสัญญา แต่หากคู่สัญญาเห็นว่าส่วนที่เป็นโมฆะดังกล่าวนี้มีได้เป็นส่วนที่มีความสำคัญก็จะมีได้ส่งผลต่อสัญญาแต่อย่างใด สัญญาส่วนที่เหลือก็มีผลผูกพัน

ส่วนกรณีที่อยู่ในเอกสารของสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งประกอบด้วยสัญญาซึ่งมีเนื้อหาเป็นอิสระต่อกันและกันหลายฉบับ ในกรณีนี้ความเป็นโมฆะของสัญญาฉบับหนึ่งที่ได้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาฉบับอื่นในทางเนื้อหา สัญญาฉบับที่ตกเป็นโมฆะดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบกับสัญญาฉบับอื่นๆ ในอีกด้านหนึ่งถึงแม้ว่าจะมีการตกลงทำสัญญาแยกฉบับกัน แต่โดยผลของกฎหมายสัญญาดังกล่าวมีความผูกพันซึ่งกันและกัน ในกรณีนี้ถือว่าสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวมีความเป็นเอกภาพ หากคู่สัญญาที่มีความประสงค์จะให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาเดียวกัน ความเป็นโมฆะแต่เพียงบางส่วนอาจจะเกิดขึ้นจากการที่ความผูกพันอันใดอันหนึ่งในสัญญาทางปกครองนั้นไม่มีผล หรืออาจเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลหลายคน ซึ่งสำหรับคู่สัญญาบางคนการทำสัญญาดังกล่าวอาจตกเป็นโมฆะ เช่น เจ้าหน้าที่ได้ทำสัญญากับบุคคลสองคน ซึ่งหนึ่งในสองคนนั้นเป็นผู้เยาว์ ถ้าตัวแทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์นั้นปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้เยาว์ ในกรณีนี้สัญญาดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วน⁷³

⁷¹ Section 59 (3) VwVfG “If only a part of the agreement is invalid, it shall be invalid in its entirety, unless it can be assumed that it would also have been concluded without the part which is invalid.”

⁷² Section 139 BGB Partial invalidity

“If a part of a legal transaction is void, then the entire legal transaction is void, unless it is to be assumed that it would have been undertaken even without the void part.”

⁷³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 61*, น. 133.

4.2.4 สัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะสัญญาทางปกครองอื่น

ในกรณีที่เข้าตามเงื่อนไขของมาตรา 140 BGB⁷⁴ ซึ่งมาตรา 62 VwVfG ให้นำมาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งเป็นกรณีที่หากนิติกรรมใด (สัญญาทางปกครองใด) ตกเป็นโมฆะ แต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะ (สัญญาทางปกครองอย่างอื่นที่มีผลใช้บังคับได้) ให้ถือตามนิติกรรม (สัญญาทางปกครอง) ซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น เมื่อเป็นที่ยอมรับได้ว่า หากคู่กรณี (คู่สัญญา) ได้รู้ว่าว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะแล้ว คู่กรณี (คู่สัญญา) ก็ตั้งใจมาตั้งแต่ต้นที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่น (สัญญาทางปกครองอย่างอื่น) ซึ่งไม่เป็นโมฆะ

4.3 ผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายของไทย

4.3.1 กระบวนการและองค์การตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง

คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยถือเป็นคดีประเภทหนึ่งที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งการฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลปกครองก็จะต้องเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่กำหนดเช่นเดียวกับการฟ้องคดีประเภทอื่นๆ ศาลจึงจะรับไว้พิจารณาได้ แต่อย่างไรก็ตาม โดยที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น หากยึดเอาตัวสัญญาทางปกครองเป็นหลัก จะเห็นได้ว่าการกระทำอื่นๆ ของเจ้าหน้าที่ ทั้งที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีสัญญาหรือหลังจากมีสัญญาไปแล้วปรากฏอยู่ด้วย เช่น การประกาศประกวดราคา การพิจารณาการเสนอราคา การตัดสินไม่รับหรือรับคำเสนอราคารายใด การอนุมัติให้มีการทำสัญญา การยกเลิกการประกวดราคา หรือการยกเลิกกระบวนการพิจารณาค่าเสนอ การสั่งให้เอกชนเป็นผู้ทำงาน เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจเทียบเคียงได้กับหลักกฎหมายของฝรั่งเศสในทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกออกได้จากตัวสัญญาซึ่งถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่สมบูรณ์ในตัวเอง โดยการกระทำบางส่วนข้างต้น กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

⁷⁴ Section 140 BGB Re-interpretation

“If a void legal transaction fulfils the requirements of another legal transaction, then the latter is deemed to have been entered into, if it may be assumed that its validity would be intended if there were knowledge of the invalidity.”

ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อาศัยความใน (2) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5 กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการในสัญญาทั้งก่อนและหลังการทำสัญญาให้เป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏว่ากระบวนการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และในส่วนของคำสั่งหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการในสัญญาทั้งก่อนและหลังการทำสัญญาที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวงดังกล่าว ศาลก็อาจเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำเหล่านั้นได้เช่นกัน โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่าศาลปกครองไทยได้ยอมรับให้มีการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งหากเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำที่อาจแยกออกได้จากสัญญาและประสงค์ที่จะให้มีการเพิกถอนหรือลบล้างผลทางกฎหมายของการกระทำดังกล่าว ก็สามารถนำมาฟ้องเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แต่หากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับตัวสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติตามสัญญา ความสมบูรณ์ของสัญญา หรือการสิ้นสุดสัญญา จึงจะเป็นการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และจะเห็นได้ว่าแนวทางการฟ้องคดีพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยดังกล่าวอาจเทียบเคียงได้กับการฟ้องคดีในคดีสัญญาและคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศส ซึ่งก็จะแตกต่างจากหลักกฎหมายของเยอรมันที่ว่า การรับหรือปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง จึงไม่สามารถฟ้องคดีโดยคำฟ้องประเภทเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ได้

4.3.2 ผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาเหตุที่ทำให้สัญญาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในบทที่แล้ว จะพบว่าสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ และเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ซึ่งผลของสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุทั้งสองประการ มีดังต่อไปนี้

1) ผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ

1.1) ความบกพร่องในเรื่องอำนาจและความสามารถของคู่สัญญา

ผลที่เกิดขึ้นจากการที่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่เข้าทำสัญญาโดยไม่มีอำนาจหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีการบิดเบือนอำนาจทางหนึ่งทางใด หรือเป็นผู้มีส่วนได้

เสียในสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นย่อมจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ผูกพันคู่สัญญา แต่หากเป็นเพิ่มเติมสัญญาโดยมิใช่ข้อที่เป็นสาระสำคัญอันจะส่งผลต่อสัญญาทั้งสัญญาแล้ว แม้จะกระทำโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจก็จะส่งผลไม่มีความผูกพันเพียงข้อสัญญาที่เพิ่มเติมเท่านั้น แต่จะไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของข้อสัญญาในส่วนอื่น โดยถือว่าเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลเป็นโมฆะ ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่า สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น ในการพิพากษาคดีศาลมักจะไม่ใช่ถ้อยคำว่าสัญญาหรือข้อสัญญาเป็นโมฆะ แต่จะพิพากษาโดยใช้ถ้อยคำว่าสัญญาไม่มีผลผูกพัน ซึ่งการใช้ถ้อยคำดังกล่าวก็มีความหมายเทียบเคียงได้ว่าสัญญาหรือข้อสัญญาดตกเป็นโมฆะเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครองตามคำวินิจฉัยที่ได้กล่าวมาในบทก่อนซึ่งวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันโดยถือว่าหากฝ่ายปกครองทำสัญญาโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายย่อมทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพันกัน กรณีดังกล่าวผู้ศึกษามีความเห็นพ้องด้วยเฉพาะว่าหากฝ่ายปกครองได้กระทำการดังกล่าวโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้กระทำการโดยไม่สุจริตหรือรู้เห็นเป็นใจด้วยก็อาจทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพันกัน แต่ในทางกลับกันหากคู่สัญญาได้ทำสัญญาและเชื่อโดยสุจริตว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจในการทำสัญญาโดยได้ปฏิบัติถูกต้องตามขั้นตอนทุกประการตามที่ระเบียบกฎหมายกำหนดไว้แล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าสัญญาที่เกิดขึ้นแม้จะเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็ย่อมมีผลผูกพันบังคับกันได้ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ เนื่องจากเห็นว่าฝ่ายปกครองไม่อาจนำเอาปัญหาหรือความบกพร่องภายในองค์กรมาอ้างต่อคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกและเป็นผู้สุจริตเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบได้ ซึ่งตามคำวินิจฉัยกรณีดังกล่าวเมื่อได้มีคำวินิจฉัยว่าฝ่ายปกครองทำสัญญาโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพันกัน ผู้ศึกษามีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าน่าจะต้องพิจารณาให้คู่สัญญากลับคืนสู่สถานะเดิมและหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกและเป็นผู้สุจริต ความบกพร่องดังกล่าวจึงทำให้เกิดความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง หากเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาขึ้น ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวด้วย

ในส่วนของความบกพร่องในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นจากการศึกษายังไม่ปรากฏว่ามีประเด็นนำสู่การวินิจฉัยแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญาทางปกครองของไทยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีความบกพร่องในเรื่องความสามารถ ก็ต้องนำผลของนิติกรรมตามหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ซึ่งตามมาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ” ซึ่งกรณีความบกพร่อง

ในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะเกิดขึ้นได้ยากในสัญญาทางปกครองของไทย เนื่องจากในขั้นตอนการทำสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีขั้นตอนตามระเบียบกฎหมายในการตรวจสอบความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างละเอียดอยู่แล้ว

1.2) ความบกพร่องในเรื่องแบบของสัญญา

สำหรับเรื่องแบบของสัญญาทางปกครองนั้น จากการศึกษาพบว่าแม้ว่าระบบกฎหมายไทยยอมรับการทำสัญญาทั้งในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและในการทำสัญญาด้วยวาจาซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับหลักกฎหมายของฝรั่งเศส โดยการทำสัญญาทางปกครองด้วยวาจานั้น มีแนวบรรทัดฐานปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547 ซึ่งเป็นกรณีสัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเลียบลดง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการที่ประธานกรรมการบริหารของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้แทนตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีตกลงด้วยวาจาสั่งให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเขื่อนกันดินพังเนื่องจากดินข้างถนนด้านเลียบลดงทรุดตัวและเลื่อนไหลลงคลองทำให้ไม่สามารถก่อสร้างถนนตามสัญญาได้ แม้ว่าการณิดังกล่าวเป็นการตกลงด้วยวาจาเพิ่มเติมสัญญาซึ่งกรณีที่ไม่ได้ผ่านขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 แต่เนื่องจากการดำเนินการตามระเบียบพัสดุดังกล่าวเป็นขั้นตอนการปฏิบัติภายในของหน่วยงาน มิได้มีสถานะเป็นกฎหมายจึงไม่ส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด กรณีจึงแตกต่างไปจากหลักกฎหมายของเยอรมัน โดยหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองของเยอรมันตามมาตรา 57 VwVfG กำหนดให้การทำสัญญาทางปกครองให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่าที่บัพัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดให้กระทำในรูปแบบอื่น ซึ่งก็ยังไม่เป็นที่ปรากฏว่าสัญญาทางปกครองของเยอรมันมีบัพัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้ให้กระทำด้วยวาจาได้ อีกทั้ง ตามมาตรา 57 VwVfG ประกอบตามมาตรา 125 BGB ซึ่งได้บัญญัติว่านิติกรรมที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้จะตกเป็นโมฆะในกรณีสัญญาทางปกครองของไทย ผู้ศึกษาก็เห็นด้วยว่าหากเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ทำสัญญาตามแบบหรือสัญญาสำเร็จรูป ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น การให้สัมปทานสำรวจแร่หรือทำเหมืองแร่หรือการให้สัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมจะต้องเป็นไปตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งหากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามก็จะส่งผลให้สัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะเช่นกัน

1.3) ความบกพร่องในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา

สำหรับความบกพร่องในการแสดงเจตนา นั้น สัญญาทางปกครองของไทยก็ได้นำหลักกฎหมายทางแพ่งมาปรับใช้ ซึ่งหากการแสดงเจตนาของคู่สัญญามีความบกพร่องก็ย่อมส่งผล

ทำให้สัญญาทางปกครองมีผลเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี ซึ่งผู้ศึกษาจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

1.4) ขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาจะมีการกระทำหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่เกิดขึ้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจเทียบเคียงได้กับหลักกฎหมายของฝรั่งเศสในทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกออกได้จากตัวสัญญา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยอมรับในหลักกฎหมายดังกล่าว โดยได้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

กรณีดังกล่าวปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 221/2548 ซึ่งวินิจฉัยว่าการที่เงื่อนไขประกอบราคาของผู้ผูกฟองคืดที่ตัดสิทธิมิให้ผู้ผูกคืดเข้าเสนอราคารับจ้างงานก่อสร้างกับผู้ผูกฟองคืด เป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจและขัดต่อเจตนารมณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ และไม่เป็นธรรมแก่ผู้ผูกคืดโดยไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นทางการที่ผู้ผูกฟองคืดมีประกาศตัดสิทธิมิให้ผู้ผูกคืดเสนอราคารับจ้างก่อสร้างกับผู้ผูกคืดในทุกสาขา งานก่อสร้างจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ ยังปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 200/2551 ซึ่งวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ผูกฟองคืดที่ไม่รับการเสนอราคาของผู้ผูกคืดและอนุมัติให้จ้างผู้เสนอราคารายถัดไป ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาออกคำสั่งที่กระทบสิทธิของผู้ผูกคืด ซึ่งจะต้องให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริง และได้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอ เมื่อมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การที่ผู้ผูกฟองคืดมีคำสั่งอนุมัติจ้างรายถัดไปทำความสะอาดอาคารกรมพัฒนาที่ดิน จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองสูงสุดยังได้วินิจฉัยต่อไปว่า แม้ว่าผู้ผูกฟองคืดซึ่งหน่วยงานทางปกครองจะได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวไปแล้วก็ตาม แต่เมื่อคำสั่งดังกล่าวยังคงปรากฏเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีได้ตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่า ผู้ผูกฟองคืดได้ทำสัญญาจ้างบริษัทรายถัดไป และได้มีการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนไปแล้ว เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลจึงเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่คำพิพากษาเป็นต้นไป

ในส่วนของคุณะกรรมการกฤษฎีกาก็เคยมีคำวินิจฉัยในเรื่องเสรีจ ที่ 291/2550 เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่างบริษัททีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน)) ว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอันเป็นนิติกรรมทางปกครองสามารถแยกออกจากข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้นได้ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือเหตุอื่น

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและความเห็นของคุณะกรรมการกฤษฎีกา จะเห็นได้ว่า เมื่อขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยถือว่าการกระทำหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในขั้นตอนดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากตัวสัญญาได้ ซึ่งหากมีการเพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวแล้ว ในทางกฎหมายย่อมส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา โดยผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว ผู้ศึกษามีความเห็นในแนวทางเดียวกันกับนักทฤษฎีของฝรั่งเศสฝ่ายที่เห็นว่า การที่คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาและปฏิบัติตามสัญญานั้น ถูกเพิกถอน ไม่มีผลทำให้ตัวสัญญาถูกยกเลิกโดยปริยาย ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่สัญญายังคงมีอยู่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวมีผลเป็นเพียงเหตุที่จะนำมาอ้างเพื่อขอยกเลิกสัญญาโดยการฟ้องร้องต่อศาล ตราบใดที่ยังไม่มีการฟ้องขอให้ศาลยืนยันความไม่มีผลผูกพันของสัญญาด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการทำสัญญา สัญญาดังกล่าวย่อมยังคงมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาได้

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าเคยมีคำวินิจฉัยของคุณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 339/2544 เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กรณีโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิต โดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการประกาศเชิญชวนเอกชนเข้ามาเข้าร่วมงานหรือดำเนินการโครงการมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ดังนั้น สัญญาก่อสร้างและบริหารโครงการระหว่างกรมธนารักษ์ และบริษัท BKT จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลผูกพันในแง่สัญญาต่อกัน จากความเห็นของคุณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้การประกาศเชิญชวนเอกชนเข้ามาเข้าร่วมงานฯ จะถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากตัวสัญญาได้ และเมื่อพิจารณาในแง่ความเป็นสาระสำคัญของกระบวนการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ

ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้ว ถือว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ซึ่งมีสถานะที่เป็นกฎหมาย มีเจตนารมณ์ไม่ประสงค์ให้การอนุญาตหรือการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชนและการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวซึ่งขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ย่อมส่งผลร้ายแรงต่อความสมบูรณ์ของสัญญา อันอาจทำให้คู่สัญญาไม่มีผลผูกพันในแง่สัญญาต่อกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้ศึกษาเห็นว่า ในขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ดังกล่าว แม้จะมีสถานะเป็นกฎหมาย แต่ก็ถือเป็นขั้นตอนภายในของฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้อง หากคู่สัญญาได้ทำสัญญาและเชื่อโดยสุจริตว่าฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติถูกต้องตามขั้นตอนทุกประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าสัญญาที่เกิดขึ้นแม้จะเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็ย่อมมีผลผูกพันบังคับกันได้ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะกระทำการโดยไม่สุจริต และในการยืนยันความไม่มีผลผูกพันของสัญญาก็คงต้องใช้สิทธิต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษายืนยันความไม่มีผลผูกพันของสัญญาดังกล่าว และศาลก็ต้องพิจารณาโดยอาศัยความสุจริตของคู่สัญญาเป็นประการสำคัญ ซึ่งหากเป็นความบกพร่องของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเรื่องภายในองค์กรก็ไม่อาจนำมาอ้างยืนยันคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกและผู้สุจริตได้ และหากจำเป็นต้องยกเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในความบกพร่องของตนดังกล่าว ฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาดังกล่าวด้วย

2) ผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

จากการศึกษาพบว่าในสัญญาทางปกครองหากปรากฏว่าข้อสัญญาขัดต่อกฎหมายหรือเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีผลเป็นโมฆะ แต่หากเป็นข้อสัญญาที่แยกออกจากข้ออื่นได้ก็จะมีผลทำให้เป็นโมฆะเฉพาะข้อสัญญาข้อนั้น จะไม่ส่งผลต่อข้อสัญญาข้ออื่นแต่อย่างใด ซึ่งจะเห็นได้ว่าผลของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของไทยหากเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและเยอรมันแล้วจะปรากฏผลเช่นเดียวกัน ซึ่งผู้ศึกษาจะได้กล่าวในหัวข้อผลของสัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะต่อไป

4.3.3 การฟ้องคดีกรณีสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการฟ้องเพิกถอนสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับกฎหมายไทยก็ปรากฏตามคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ 48/2549 คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 ของศาลปกครองระยอง กรณีการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอนสัญญา ระหว่าง องค์การบริหารส่วนตำบลบางบุตร ที่ 1 องค์การบริหารส่วนตำบลบ้านค่าย ที่ 2 นายสายัณห์ ยั่งยืน ที่ 3 (ผู้ฟ้องคดี) กับ การประปาส่วนภูมิภาคที่ 1 บริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม ที่ 2 (ผู้ถูกฟ้องคดี)

ในคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสามฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินโครงการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าร่วมลงทุนผลิตน้ำประปาและรับผิดชอบระบบจำหน่ายน้ำประปาของสำนักงานการประปาระยองโดยมิชอบด้วยกฎหมายในหลายประเด็น เช่น กระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และขัดต่อพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และ เนื้อหาของสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 มีลักษณะที่ทำให้รัฐเสียเปรียบและมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นต้นจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองระยองให้เพิกถอนการทำสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 และให้ยกเลิกโครงการดังกล่าว

ศาลพิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามซึ่งมิใช่คู่สัญญามีสิทธิฟ้องคดีดังกล่าว และโดยที่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จัดทำโครงการนี้โดยไม่ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากโครงการดังกล่าวมีมูลค่าถึง 1,000 ล้านบาท แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หลีกเลี่ยงที่จะปฏิบัติตามกฎหมายโดยพยายามทำให้มูลค่าโครงการไม่ถึง 1,000 ล้านบาท จึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น นอกจากนั้น ศาลยังวินิจฉัยว่ามีข้อสัญญาหลายข้อที่อาจมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ เช่น การกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่สามารถผลิตและจัดส่งน้ำประปาให้มีคุณภาพตรงตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (มอก.) ต่อเนื่องกัน 30 วัน ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินไป โดยไม่คำนึงถึงสุขอนามัยของประชาชนเป็นสำคัญ นอกจากนั้น การกำหนดไว้ในข้อสัญญาว่ากรณีแหล่งน้ำดิบที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

ใช้ผลิตน้ำประปาในปัจจุบันมีปริมาณไม่เพียงพอให้ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อาจใช้เป็นเหตุบอกเลิกสัญญาได้ และจะมีผลกระทบต่อประชาชนผู้ใช้น้ำ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่อาจเกิดภาวะขาดแคลนน้ำดิบขึ้นในจังหวัดระยอง ศาลปกครองระยองจึงพิพากษาเพิกถอนกระบวนการคัดเลือกเอกชนให้ผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาสวนภูมิภาคในพื้นที่ของสำนักงานประปาของ จังหวัดระยอง และให้เพิกถอนสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

จากคำพิพากษาดังกล่าวผู้ศึกษามีข้อสังเกตในประเด็นของผู้มีสิทธิฟ้องคดีโดยเปรียบเทียบคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 586/2550 ซึ่งมีข้อเท็จจริงเดียวกันกับคดีคดีหมายเลขดำที่ 48/2549 คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 ของศาลปกครองระยอง

ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 586/2550 ดังกล่าวเป็นกรณีผู้ฟ้องคดี (สหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจการประปาสวนภูมิภาค) ฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 12 ในฐานะคณะกรรมการการประปาสวนภูมิภาคได้มีมติในการประชุม ครั้งที่ 3/2549 เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2549 อนุมัติให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามทำสัญญากับกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม เพื่อให้กลุ่มบริษัทดังกล่าวผลิตน้ำประปาจำหน่ายให้กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่สำนักงานประปาของ จังหวัดระยอง และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำสัญญากับกลุ่มบริษัท ตามสัญญาลงวันที่ 14 มีนาคม 2549 โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้รัฐเสียหายและจะทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีรายได้ลดลงจนถึงมีแนวโน้มที่จะขาดทุน ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนมติของคณะกรรมการการประปาสวนภูมิภาค ครั้งที่ 3/2549 เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2549 และเพิกถอนสัญญา ลงวันที่ 14 มีนาคม 2549 ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม ดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในประเด็นคำขอให้เพิกถอนสัญญาว่า สัญญา ลงวันที่ 14 มีนาคม 2549 ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับกลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม มีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อให้กลุ่มบริษัท ยูยู กรุ๊ป คอนซอร์เตียม ผลิตน้ำประปาจำหน่ายให้กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งการผลิตน้ำประปาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้ประโยชน์แก่ประชาชนได้ใช้ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต อันถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า สัญญาดังกล่าวขัดต่อกฎหมายและทำให้รัฐเสียหาย คดีตามข้อหานี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ส่วนผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็น คู่สัญญาทางปกครองและไม่มีสิทธิหรือหน้าที่เกี่ยวข้องตามข้อกำหนดของสัญญา กรณีจึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงมิได้เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นจะเห็นได้ว่าโดยตามหลักแล้วผู้มีสิทธิฟ้องคดีในสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นผู้เสียหายในความหมายอย่างแคบ ซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากมีข้อโต้แย้งสิทธิตามสัญญา กรณีดังกล่าวผู้ศึกษาก็มีความเห็นไปในทางเดียวกัน ศาลปกครองสูงสุดกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเป็นเพียง สหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจการประปาส่วนภูมิภาคมิได้มีสิทธิหรือหน้าที่เกี่ยวข้องตามข้อกำหนดของสัญญา จึงถือไม่ได้ว่าเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงไม่มีสิทธิฟ้องคดี

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีคดีหมายเลขดำที่ 48/2549 คดีหมายเลขแดงที่ 31/2550 ของศาลปกครองระยอง ในประเด็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนั้น ศาลวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีที่ 1 และ 2 ซึ่งเป็น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการพัฒนาตำบลทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ตามมาตรา 66 และอาจจัดให้มีน้ำเพื่อการอุปโภค บริโภค และการเกษตร ตามมาตรา 68 (1) แห่งพระราชบัญญัติสภาพตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 รวมทั้งมีอำนาจและหน้าที่จัดระบบการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง ในการสาธารณูปโภคและการก่อสร้างอื่นๆ ตามมาตรา 16 (4) แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ซึ่งโดยอำนาจหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่ 1 และ 2 แล้ว จึงมีส่วนได้เสียกับการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หากผู้ฟ้องคดีที่ 1 และ 2 เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จัดทำบริการสาธารณะในลักษณะที่ทำให้ประชาชนในท้องถิ่นต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ไม่ว่าในกรณีของการจัดทำโครงการ กระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมลงทุนหรือเข้าทำสัญญากับเอกชนโดยมีข้อกำหนดตามสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และ 2 ย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ จึงถือว่าเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีนี้ ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ 3 ซึ่งเป็นผู้ใช้น้ำ หากการ

กระทำตามฟ้องของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะต้องเสียหายไป ผู้ฟ้องคดีที่ 3 ก็เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จึงมีสิทธิฟ้องคดีเช่นกัน

ในประเด็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีดังกล่าว หากพิจารณาประกอบกับข้อกำหนดตามสัญญาที่กำหนดไว้ เช่น การกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่สามารถผลิตและจัดส่งน้ำประปาให้มีคุณภาพตรงตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (มอก.) ต่อเนื่องกัน 30 วัน โดยประเด็นดังกล่าวศาลเห็นว่าเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินไป โดยไม่คำนึงถึงสุขอนามัยของประชาชนเป็นสำคัญ และการกำหนดไว้ในข้อสัญญาว่ากรณีแหล่งน้ำดิบที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ใช้ผลิตน้ำประปาในปัจจุบันมีปริมาณไม่เพียงพอให้ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อาจใช้เป็นเหตุบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งศาลเห็นว่าอาจมีผลกระทบต่อประชาชนผู้ใช้น้ำ หากเทียบเคียงตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศสในทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องเพิกถอนสัญญาหมอบหมายให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะหรือสัมปทานบริการสาธารณะแล้ว จะเห็นได้ว่า อาจเทียบได้กับกรณีเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการจัดการองค์กรและการดำเนินการของบริการสาธารณะ (L'organisation et le fonctionnement du service public) ซึ่งข้อกำหนดในสัญญาส่วนดังกล่าวถือว่าเป็นข้อกำหนดที่เป็นกฎเกณฑ์ของบริการสาธารณะ และตามทฤษฎีดังกล่าวถือว่าเป็นสถานะทางกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่มีความสัมพันธ์กับคู่สัญญาและกับผู้ใช้บริการซึ่งมิใช่คู่สัญญา ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้ศึกษาก็เห็นไปแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามแม้จะมีคู่สัญญาก็เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี โดยความเห็นของผู้ศึกษาคณะนี้ถือเป็นเพียงการวิเคราะห์ในทางทฤษฎีเท่านั้น ซึ่งก็คงต้องรอดูคำวินิจฉัยในโอกาสต่อไป

ในส่วน of คำพิพากษาซึ่งพิพากษาเพิกถอนสัญญาระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะเห็นได้ว่าศาลให้เหตุผลว่าเมื่อกระบวนการอันเป็นสาระสำคัญในการคัดเลือกคู่สัญญาเอกชนไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และมีข้อสัญญาหลายข้อที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาเพิกถอนสัญญา ด้วยความเคารพในคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนสัญญาไม่ได้ แต่หากศาลเห็นว่ากระบวนการในการคัดเลือกคู่สัญญาเอกชนไม่ชอบด้วยกฎหมายและส่งผลทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพันกัน หรือมีข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญส่งผลต่อสัญญาทั้งฉบับ ศาลก็เพียงมีคำพิพากษายืนยืนความไม่ผูกพันของสัญญาเพื่อให้คู่สัญญากลับคืนสู่สถานะที่เป็นอยู่เดิมเท่านั้นดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อผลของสัญญาทางปกครองที่เกิดจากขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามคดีดังกล่าวก็ยังไม่ถือเป็นบรรทัดฐานได้ เนื่องจากเป็นเพียงคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

ซึ่งปัจจุบันคดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาคำอุทธรณ์ของศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น จึงยังต้องรอผล คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดต่อไปว่าจะพิพากษาวางแนวบรรทัดฐานเป็นเช่นไร

4.3.4 ผลของสัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ

ในกรณีที่ข้อสัญญาตกเป็นโมฆะนั้น ศาลปกครองได้นำหลักเรื่องผลของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ สำหรับหลักเกณฑ์เรื่องโมฆะกรรมซึ่งผลของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ คือ นิติกรรมนั้นจะเสียเปล่า ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายทันทีที่นิติกรรมนั้นเกิดขึ้น กล่าวคือไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ในทางกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งจะยกเอาความเสียเปล่าแห่งนิติกรรมนั้นขึ้นกล่าวอ้างขึ้นก็ได้ หากมีการจำหน่ายจ่ายโอนหรือได้มาซึ่งทรัพย์สินใดๆ อันมีที่มาจากนิติกรรมที่ต้องด้วยเหตุแห่งโมฆะกรรม สิ่งที่ให้กันไปแล้วคืนให้แก่กันตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้⁷⁵ นอกจากนี้ หากนิติกรรมใดตกเป็นโมฆะแล้วจะไม่สามารถให้สัตยาบันเพื่อให้นิติกรรมนั้นกลับมีผลสมบูรณ์ขึ้นมาได้

การนำหลักผลของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะตามหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.353/2551 ซึ่งวินิจฉัยว่า สัญญาของผู้ได้รับอนุมัติให้ลาไปศึกษาหรือฝึกอบรมภายในประเทศโดยได้รับเงินเดือนเต็มระหว่างลา ระหว่างนางสาว ป กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งกำหนดว่า ถ้านางสาว ป

⁷⁵ มาตรา 172 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้แห่งประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับ”

มาตรา 406 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินใดเพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการเพื่อการชำระหนี้ก็ดี หรือได้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขา อนึ่ง การรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือหาไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย

บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์สินมาเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้วนั้นด้วย”

ประพัตติผิตสัญญาหรือไม่กลับมารับราชการ นางสาว ป จะชดใช้คืนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งทุนและหรือเงินเดือนรวมทั้งเงินเพิ่ม 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

จากคำพิพากษาดังกล่าว จะพบว่าเมื่อข้อตกลงในสัญญาขัดแย้งกับระเบียบซึ่งถือเป็นกฎที่กำหนดไว้ให้หน่วยงานต้องปฏิบัติตาม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นหน่วยงานต้องผูกพันกับระเบียบดังกล่าวได้รับเบี้ยปรับในส่วนที่เกินไว้ จึงต้องคืนเบี้ยปรับดังกล่าวให้แก่คู่สัญญา จะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายของไทยก็ยอมรับนำหลักลามาภิครวได้ทางกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ และยอมรับความเป็นโมฆะบางส่วนหรือความไม่มีผลผูกพันบางส่วนของสัญญาทางปกครองซึ่งมิใช่ข้อที่เป็นสาระสำคัญอันจะส่งผลให้สัญญาทั้งสัญญาเป็นโมฆะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายของฝรั่งเศส และหลักกฎหมายของเยอรมัน

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำพิพากษาของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งพิพากษาให้สัญญาตกเป็นโมฆะทั้งสัญญาและให้คืนทรัพย์สินตามหลักลามาภิครวได้ จึงมีประเด็นที่ควรศึกษาว่า หากสัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะทั้งสัญญาโดยมีการปฏิบัติตามสัญญาไปบ้างแล้ว การคืนทรัพย์สินตามหลักลามาภิครวได้จะต้องมีหลักเกณฑ์ในการคืนอย่างไร เพียงใดนั้น ในกรณีดังกล่าวผู้ศึกษามีความเห็นว่าการกลับคืนสู่ฐานะเดิมในกรณีดังกล่าวเป็นการยากเนื่องจากได้มีการปฏิบัติตามสัญญาไปบ้างแล้ว ดังนั้น ในการพิจารณาทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายรับไว้กับทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องเสียไปต้องเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ทั่วไป ดังนั้น ในการพิจารณาค่าจะต้องสันนิษฐานว่า ถ้าเอกชนกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตน แต่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมด้วยนั้น ค่าเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้ต้องไม่เกินกว่าค่าเสียหายที่จ่ายไปในระหว่างการดำเนินกิจกรรมนั้นและไม่ใช้ค่าเสียหายที่เป็นกำไรหรือประโยชน์ของฝ่ายเอกชน ซึ่งก็เป็นแนวทางเดียวกับหลักกฎหมายของฝรั่งเศส

นอกจากคำพิพากษาข้างต้นแล้ว คำพิพากษาที่ใกล้เคียงกับเรื่องสัญญาที่เป็นโมฆะเพียงบางส่วน แต่ศาลมิได้ใช้คำว่าข้อสัญญาเป็นโมฆะ ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

ที่ อ. 411/2550 โดยวินิจฉัยว่า เมื่อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของการจ้างเพื่อผลสำเร็จของงานพร้อมกันทั้งหมดทั้งโครงการ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งปรับผู้ฟ้องคดีในอัตราร้อยละ 0.20 โดยถือว่างานที่ผู้ฟ้องคดีรับจ้างเป็นงานที่ไม่ต้องการผลสำเร็จของงานพร้อมกัน จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าปรับในอัตราที่ถูกต้องคือ ในอัตราร้อยละ 0.10 ตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 เพราะถือว่าสัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างที่มีวัตถุประสงค์เพื่อผลของงานเสร็จพร้อมกันภายในกำหนดเวลาตามสัญญา แม้จะมีการกำหนดเบิกจ่ายเงินออกเป็นงวดๆ ก็ตาม

กรณีตามคำพิพากษาดังกล่าวมีการกำหนดค่าปรับในข้อสัญญาไม่ถูกต้องตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 โดยถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษากำหนดค่าปรับให้คู่กรณีชดใช้ในอัตราที่ถูกต้อง ในคดีดังกล่าวผู้ศึกษามีข้อสังเกตโดยเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส กล่าวคือ ในคดี Pottier (CE, 7 février 1986, Pottier) ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่คล้ายเคียงกัน ซึ่งเป็นกรณีที่ข้อสัญญาพัสดบบางข้อไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นโมฆะ โดยวินิจฉัยว่า "ศาลที่พิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาไม่มีอำนาจยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้อยู่ได้ ศาลมีอำนาจเพียงพิจารณาว่าข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้เกิดสิทธิในการเรียกค่าเสียหายในฐานะที่เป็นเจ้าของพัสดุหรือไม่" ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อเปรียบเทียบคำพิพากษาของทั้งสองประเทศแล้ว ต่างต้องการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าข้อสัญญาบางข้อไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ในการพิพากษาคดีศาลก็ย่อมกำหนดให้ถูกต้องได้ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของไทย

4.3.5 ผลของสัญญาทางปกครองที่ตกเป็นโมฆียะ

โมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่ง คือ นิติกรรมที่อาจบอกล้างหรือให้สัตยาบันได้ ถ้ามีการบอกล้างนิติกรรมดังกล่าวก็เป็นโมฆะ แต่ถ้ามีการให้สัตยาบันนิติกรรมดังกล่าวก็เป็นการใช้ได้ ดังนั้น โมฆียะกรรม คือ การกระทำหรือการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมที่มีผลทำให้นิติกรรมนั้นใช้บังคับได้จนกว่าจะถูกบอกล้างหรือจนกว่าจะมีการให้สัตยาบัน ซึ่งการให้สัตยาบัน

ก็คือการยืนยันความตกลงรับรองโมฆียกรรม แต่เมื่อมีการรับรองแล้วมีผลทำให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์และจะบอกล้างนิติกรรมนั้นไม่ได้

โมฆียะกรรมตามหลักกฎหมายแพ่ง เกิดจากเหตุ 3 ประการ ดังต่อไปนี้⁷⁶

1) เกิดจากความบกพร่องในความสามารถในการทำนิติกรรมของบุคคลดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 153 ที่ว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ” ซึ่งได้แก่ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือบุคคลวิกลจริตขณะทำนิติกรรมนั้น

2) เกิดจากการแสดงเจตนาวิปริต เช่น แสดงเจตนาทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินตามมาตรา 157 โดยถูกกลฉ้อฉลตามมาตรา 159 หรือโดยถูกข่มขู่ตามมาตรา 164

3) เกิดจากเหตุอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

สำหรับหลักเกณฑ์เรื่องโมฆียะกรรมตามหลักกฎหมายแพ่งดังกล่าว ในสัญญาทางปกครองของไทยได้นำมาปรับใช้ในบางเรื่อง โดยจะเห็นได้ว่าศาลปกครองได้ยอมรับหลักการแสดงเจตนาที่มีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆียะ ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.160/2550 โดยวินิจฉัยว่า กรณีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เสนอราคาจ้างได้ผ่านขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้รับจ้างจนกระทั่งมีการทำสัญญาจ้างแล้ว แม้ผลงานของผู้ฟ้องคดีที่ได้เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงาน) ในแต่ละชั้นจะมีวงเงินไม่ถึงตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดก็ตาม แต่การที่ผู้ฟ้องคดีได้เสนอราคาประมูลผลงานโดยเปิดเผยไม่ได้ปกปิดแต่อย่างใด ประกอบกับคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาได้เสนอให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการสอบราคา และผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ตกลงว่าจ้างผู้ฟ้องคดีแล้ว แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะได้แสดงเจตนาตกลงทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีไปโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติ ซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมอันทำให้สัญญาที่ทำตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ก็เป็นความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ถูกฟ้องคดีเอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกสัญญาโดยอ้างเหตุดังกล่าว จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁷⁶ อธิราช มณีภาค, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญาและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), น. 129 – 130.

เมื่อวิเคราะห์ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว แม้ศาลปกครองจะยอมรับในเรื่องโมฆียะกรรมในสัญญาทางปกครอง แต่ถ้าหากคู่สัญญาได้กระทำโดยความบกพร่องและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ก็ไม่สามารถอ้างเหตุโมฆียะกรรมเพื่อบอกล้างได้ ดังนั้น ในกระบวนการขั้นตอนคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งหน่วยงานจะต้องปฏิบัติตามระเบียบอย่างเคร่งครัดในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคาให้ถูกต้องครบถ้วนโดยละเอียดและรอบคอบ แม้ภายหลังจากทำสัญญาจะปรากฏว่าผู้เสนอราคามีคุณสมบัติไม่ถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขการที่หน่วยงานอ้างการแสดงเจตนาของตนว่าสำคัญผิดในคุณสมบัติจึงทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ กรณีดังกล่าวคู่สัญญาก็จะได้รับประโยชน์จากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในความบกพร่องของหน่วยงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 แต่ทั้งนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องกระทำโดยสุจริต และถือได้ว่าแม้สัญญาที่เกิดขึ้นจะเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ยังคงมีผลผูกพันบังคับได้ระหว่างคู่สัญญา เนื่องจากหน่วยงานไม่มีสิทธิที่จะบอกล้างโดยการบอกเลิกสัญญาได้

ในทางตรงกันข้าม ในกรณีเดียวกันหากผู้เสนอราคาที่ได้รับคัดเลือกเข้าทำสัญญากระทำการโดยไม่สุจริตโดยการปกปิดข้อมูลคุณสมบัติของตนที่แท้จริง อีกทั้งหน่วยงานก็ได้ทำการตรวจสอบคุณสมบัติตามระเบียบทุกประการโดยมิได้มีความบกพร่อง ผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีดังกล่าวหน่วยงานก็มีสิทธิอ้างได้ว่าตนได้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติ ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ และมีสิทธิบอกล้างโดยการบอกเลิกสัญญาได้ หรือจะให้สัตยาบันก็ยอมได้ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองก็ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะทั่วไปเป็นหลัก ซึ่งวิธีการบอกล้างหรือให้สัตยาบันก็ยอมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีมีการบอกล้างยอมมีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ และสิทธิระหว่างคู่สัญญาก็ยอมเป็นไปตามมาตรา 176 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷⁷

⁷⁷ มาตรา 176 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายทดใช้แทน

ถ้าบุคคลได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าการใดเป็นโมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้การนั้นเป็นโมฆะนับแต่ที่ได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นโมฆียะ ห้ามมิให้ใช้สิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามวรรคหนึ่งเมื่อพ้น 1 ปี นับแต่วันบอกล้างโมฆียะกรรม”

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ศาลปกครองไทยยอมรับนำเอาหลักโมฆียะกรรมทางกฎหมายแพ่งมาใช้ในสัญญาทางปกครองนั้นอาจจะเกิดปัญหาได้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เข้าทำสัญญาและนิติกรรมตกเป็นโมฆียะ ต่อมาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้กล่าวอ้างว่าได้เข้าทำสัญญาโดยมีความบกพร่องดังกล่าวทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ และขอบอกล้างโดยการบอกเลิกสัญญาเพื่อให้สัญญาตกเป็นโมฆะ ผู้ศึกษาเห็นว่าหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นจริง การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถบอกล้างโมฆียะกรรมโดยการบอกเลิกสัญญากับหน่วยงานได้ ก็จะขัดกับหลักในเรื่องของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่สามารถบอกเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว หากในเนื้อหาของสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้สละอำนาจในการบอกเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวไว้โดยชัดแจ้ง เมื่อกรณีมีการดำเนินการตามสัญญาไปแล้ว หากต้องยกเลิกสัญญาเพียงเพื่อประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะโดยทั่วไป แต่อย่างไรก็ดี การนำหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องโมฆียกรรมมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองในปัจจุบันก็ปรากฏเพียงในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.160/2550 ดังกล่าว ซึ่งก็คงต้องรอศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในกรณีอื่นต่อไปว่าจะยอมรับนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้แค่ไหน เพียงใด