

ความเป็นโมฆียะของสัญญาทางปกครอง

Voidability of Administrative Contracts

อาชวี หิรัญะคุปต์¹

Archawee Hiranyagupta

Received: December 24, 2022 Revised: January 30, 2023

Accepted: February 19, 2023

บทคัดย่อ (Abstract)

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาขอบเขตในการนำหลักโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน และศึกษาผลการนำหลักโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง โดยงานวิจัยเชิงคุณภาพนี้มุ่งค้นคว้าความเป็นมาและข้อความคิดพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง หลักความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนประวัติศาสตร์ ความเป็นมา และหลักการความเป็นโมฆียะกรรมของสัญญาประกอบแนวคำพิพากษาศาลปกครอง เพื่อเสนอแนะแนวทางในการนำหลักโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยต่อไป

ผลการวิจัยพบว่า สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมีหลักการพื้นฐานที่แตกต่างจากสัญญาในทางแพ่ง คือสัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือหนึ่งของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อย่างไรก็ดี ศาลปกครองซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีสัญญาทางปกครองได้นำเหตุแห่งโมฆียะกรรม และผลของโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง อันทำให้คู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือฝ่ายเอกชนสามารถกล่าวอ้างความเป็นโมฆียะของสัญญาทางปกครองและบอกล้างได้ซึ่งส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะของสัญญาทางปกครองไม่อาจ

¹ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Master of Laws, Thammasat, E-mail: archawee.masterlaw@gmail.com

บรรลุผลได้ตามวัตถุประสงค์ การวิจัยจึงมีข้อเสนอแนะในการกำหนดขอบเขตในการนำหลักโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง และหากเกิดเหตุโมฆียะกรรมในสัญญาทางปกครอง ควรกำหนดผลที่แตกต่างจากสัญญาในทางแพ่ง

คำสำคัญ (Keywords): สัญญาทางปกครอง, โมฆียะ, บริการสาธารณะ

Abstract

This article studies the scope of application of the voidable principle of the Thailand Civil and Commercial Code (TCCC) for administrative contracts in the French and German legal systems and results of applying the principle of voidability under TCCC to administrative contracts. Qualitative research was done, focusing on the background and basic idea of the administrative contract; principle of illegal administrative contracts in France, Germany and Thailand; and history, background and principle of contract voidability and its effect, including application by the Administrative Court according to TCCC administrative contract cases.

Results were that administrative contracts in the Thai legal system have fundamentally different principles from civil contracts. Administrative contracts are government administrative instruments for achieving results while providing public service. However, the Administrative Court, with jurisdiction to adjudicate administrative contract cases, has caused voidability in effects according to the TCCC to be applied to administrative contracts. Therefore, administrative agencies and private individuals among contractual parties may claim administrative contract voidability and terminate them, rendering it impossible for administrative contract public service provision to be achieved. These findings suggest that to determine the scope for applying the voidability principle to administrative contract according to the TCCC, if voidable act occurs in an administrative contract, the outcome should be determined differently from civil contracts.

Keywords: Administrative contract, Voidability, Public service

บทนำ (Introduction)

สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีความเป็นมาอย่างยาวนานนับแต่สมัยโรมัน หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาก่อตัวและมีพัฒนาการมาในระบบกฎหมายเอกชน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าการแสดงเจตนาในการทำสัญญานั้นคู่สัญญาต้องแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน คู่สัญญาจึงต้องมีความสามารถในการเข้าทำสัญญาและมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน การแสดงเจตนาโดยกลฉ้อฉล หรือการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่ ย่อมทำให้สัญญาเป็นโมฆียะซึ่งอาจให้สัตยาบันหรือบอกล้างสัญญาให้มีผลเป็นโมฆะได้ โดยหลักโมฆียะกรรมปรากฏอยู่ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ในแดนของกฎหมายมหาชน การดำเนินกิจการของฝ่ายปกครองเกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในรูปแบบของกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ในประเทศเยอรมัน สัญญาทางปกครองนั้นเกิดมาจากความขัดแย้งทางความคิดว่าสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้หรือไม่ในระบบกฎหมายมหาชน สุดท้ายแล้วสัญญาทางปกครองได้รับการยอมรับว่าเป็นเครื่องมือหนึ่งในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง หลักการของสัญญาทางปกครองได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ในขณะนั้นประเทศฝรั่งเศสนั้น หลักการของสัญญาทางปกครองนั้นต้องเกี่ยวพันกับการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ แม้สัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน แต่วิวัฒนาการของหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกัน ซึ่งข้อความคิดพื้นฐานของสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันได้มีอิทธิพลต่อหลักสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองในประเทศไทยเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมพร้อมกับการจัดตั้งศาลปกครอง โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง

ปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และมีการบัญญัติลักษณะของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 โดยกำหนดนิยามว่าสัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ต่อมาที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งคือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานของความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง จากการนิยามความหมายสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองจะเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองของไทยได้รับอิทธิพลการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลตามหลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส อย่างไรก็ดี ในระบบกฎหมายมหาชนของไทยไม่ปรากฏบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจึงได้อุดช่องว่างทางกฎหมายด้วยการนำบทบัญญัติในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ได้มีการยอมรับว่าแม้สัญญาทางปกครองเป็นการก่อกำเนิดสัมพันธ์ในลักษณะเหมือนกับสัญญาในทางแพ่ง แต่หลักของสัญญาทางปกครองมีลักษณะที่แตกต่างไม่เป็นไปตามหลักของสัญญาในกฎหมายเอกชน เพราะแม้ว่าแม้สัญญาทางปกครอง

ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเคารพและปฏิบัติตามข้อกำหนดที่มีอยู่ในสัญญา แต่ผลของสัญญาทางปกครองมิได้เป็นเช่นเดียวกับผลของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ผู้ทำสัญญาทางปกครองต้องยอมรับข้อผูกพันที่ว่าจะไม่กระทำการอันมีผลเป็นการขัดขวางการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะและจะต้องให้ความสะดวกในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะสามารถบรรลุผลต่อไปได้หลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นหลักกฎหมายสำคัญโดยถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและเป็นหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รักษาความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะของสัญญาทางปกครอง โดยสภาแห่งรัฐได้แบ่งแยกกระบวนการในการจัดทำสัญญาทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่แยกออกมาจากตัวสัญญา (*acte détachable*) เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการทำสัญญาทางปกครองมีโอกาสโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง แต่การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แยกออกมาจากตัวสัญญาไม่มีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครองที่ได้มีการลงนามแล้ว อีกทั้ง สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสได้มีทฤษฎีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกเป็นสองส่วน คือส่วนที่เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาของคู่สัญญา และมีส่วนที่มีสถานะเป็นกฎที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้บริการสาธารณะ ตามทฤษฎีนิติกรรมสองสถานะและทฤษฎีนิติกรรมแบบผสม โดยหากสัญญาทางปกครองในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของผู้ให้บริการสาธารณะ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันความมั่นคงในการจัดทำบริการสาธารณะ

ในระบบกฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยมาตรา 62 ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับเรื่องสัญญาทางปกครองโดยอนุโลม เมื่อรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องนั้นไว้ และมาตรา 59 (1) ของรัฐบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติถึงเหตุความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง โดยนำเหตุความเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้แต่ไม่มีการบัญญัติเรื่องโมฆียะของสัญญาทางปกครองโดยตรง แต่ระบบกฎหมายเยอรมันได้ยอมรับหลักโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้กับสัญญาทางปกครอง โดยให้สัญญาที่เกิดขึ้นเพราะสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ มีผลเป็นโมฆียะและคู่สัญญาสามารถ

บอกกล่าวหรือให้สัตยาบันแก่สัญญาทางปกครองได้ และหากคู่สัญญาได้บอกกล่าวแล้วสัญญาดังกล่าว ย่อมมีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 59 (1) แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976

ในระบบกฎหมายปกครองของไทยได้รับแนวคิดคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากตัวสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการพิจารณาคดีเกี่ยวกับกระบวนการดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม ปรากฏคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่นำหลักโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการวินิจฉัยในกรณีหน่วยงานทางปกครองบอกกล่าวสัญญาทางปกครอง ทำให้คู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือฝ่ายเอกชนสามารถกล่าวอ้างความเป็นโมฆียะของสัญญาทางปกครองและบอกกล่าวได้อันอาจส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะของสัญญาทางปกครองไม่อาจบรรลุผลได้ตามวัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของการวิจัย (Research Objectives)

(1) ศึกษาขอบเขตในการนำหลักโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้เพียงใด ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย

(2) ศึกษาการนำผลของโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง ว่ากระทบต่อหลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นพื้นฐานของสัญญาทางปกครองของไทยหรือไม่

วิธีดำเนินการวิจัย (Research Methods)

งานวิจัยเชิงคุณภาพนี้ได้ศึกษาค้นคว้าและวิจัยเอกสาร (Documentary research) เช่น เอกสารทางวิชาการ ตำรา วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนหลักกฎหมายต่างประเทศพบว่า สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการ

สาธารณะอันเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่เมื่อได้ศึกษาค้นคว้าแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแล้วกลับพบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง รวมถึงการนำหลักโมฆียะกรรมซึ่งมีผลให้คู่สัญญาสามารถบอกล้างเมื่อมีการกล่าวอ้างว่าสัญญาทางปกครองเป็นโมฆียะได้ งานวิจัยนี้จึงตั้งสมมติฐานว่า การนำหลักโมฆียะกรรมมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองนั้นย่อมเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถบอกล้างสัญญาทางปกครองได้นั้นย่อมส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะไม่อาจบรรลุผล งานวิจัยนี้จึงค้นคว้าหลักกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน ประกอบแนวคำพิพากษา อีกทั้งกระบวนการก่อนทำสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนพ.ศ. 2562 เพื่อศึกษาการจำกัดขอบเขตการปรับหลักโมฆียะกรรมกับสัญญาทางปกครองและผลความเป็นโมฆียะของสัญญาทางปกครองต่อไป

ผลการวิจัย (Research Results)

ขอบเขตการนำหลักโมฆียะกรรมตามกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง

(1) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาทางปกครองมีหัวใจสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล การจัดทำบริการสาธารณะจึงไม่อาจหยุดชะงักได้ จึงอาจจะกล่าวได้ว่าความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นหัวใจสำคัญในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยเป็นหลักการทั่วไปและเป็นหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คู่สัญญากับฝ่ายปกครองที่จัดทำบริการสาธารณะจึงต้องทำตามสัญญาทางปกครองด้วยการดำเนินบริการสาธารณะเรื่อยไปไม่ว่าจะประสบอุปสรรคยากลำบากเพียงใด หรือหากแม้คู่สัญญาฝ่ายปกครองผิดสัญญา ฝ่ายเอกชนก็ไม่อาจอ้างสิทธิไม่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นการตอบโต้ตามหลักสัญญาต่างตอบแทนมิได้เพราะจะทำให้การบริการสาธารณะหยุดชะงัก ฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของ

บริการสาธารณะ หรือหากเกิดความผิดร้ายแรงที่ขัดขวางการดำเนินงานของบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปทำแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือนำกลับมาทำเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และเมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายต่อไปได้ตามปกติฝ่ายปกครองต้องเข้าไปรับภาระบางส่วนร่วมกับเอกชนเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น คำวินิจฉัยศาลปกครองเรื่อง *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* ลงวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1916 อย่างไรก็ดี จากการศึกษาแนวคำพิพากษาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส พบว่าศาลปกครองฝรั่งเศสยอมรับว่าการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองย่อมต้องอาศัยหลักความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายแพ่ง ดังนั้น หากการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาทางปกครองปรากฏเหตุสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือข่มขู่ สัญญาทางปกครองย่อมเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ (Relative Nullity) หรือโมฆียะ โดยมีการรับเอาทฤษฎีข้อบกพร่องของการให้ความยินยอม (la théorie des vices du consentement) ในระบบกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ปรากฏทฤษฎีการแบ่งแยกความสัมพันธ์โดยพิจารณาความสัมพันธ์หรือสถานะทางกฎหมาย ดังนี้

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมสองสถานะ (acte de double nature)

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้มีแนวคิดที่ว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมีสองสถานะ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นความสัมพันธ์กับผู้ใด หากเป็นความสัมพันธ์กับผู้ให้บริการ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั้นจะมีสถานะเป็นกฎ แต่หากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแล้ว สัญญาสัมปทานจะมีสถานะความสัมพันธ์ทางสัญญา โดยสภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาในคดี *Cayzeelle* ปี ค.ศ. 1996 วินิจฉัยว่าสัญญาทางปกครองประกอบด้วยข้อกำหนดสองประเภทคือ ส่วนที่เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของคู่สัญญาซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ของคู่สัญญามีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญาโดยแท้ (Clauses de nature contractuelle) และส่วนที่เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (Clauses de nature réglementaire) ผู้ให้บริการหรือผู้ให้บริการในอนาคตอาจฟ้องยกเลิกได้หากไม่ชอบด้วย

กฎหมาย ซึ่งศาลต้องพิจารณาว่าข้อกำหนดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นสามารถแบ่งแยกออกจากตัวสัญญาได้หรือไม่ หากไม่สามารถแบ่งแยกได้ย่อมกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา แต่ถ้าหากแบ่งแยกและเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาย่อมมีผลเป็นการยกเลิกสัญญาทั้งฉบับ แต่หากไม่เป็นสาระสำคัญก็ยกเลิกเพียงข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่สัญญาทางปกครองยังคงใช้บังคับต่อไป

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมแบบผสม (acte mixte)

ทฤษฎีนี้ได้แบ่งแยกข้อกำหนดในสัญญาออกเป็นสองประเภทเช่นเดียวกันโดยพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญานั้นมิใช่พิจารณาจากความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยแบ่งแยกว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นข้อกำหนดที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา แต่หากเป็นข้อกำหนดในการดำเนินการของบริการสาธารณะ ข้อกำหนดในส่วนนี้ถือเป็นกฎ เช่น ตารางเวลาของการบริการ อัตราค่าบริการ ซึ่งอาจมีการฟ้องถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

จากทฤษฎีนิติกรรมสองสถานะและทฤษฎีนิติกรรมแบบผสม การฟ้องให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นโมฆะนั้นมีน้อย ส่วนใหญ่เป็นการฟ้องขอให้ยกเลิกสัญญาทางปกครองบางส่วนมากกว่าการฟ้องให้สัญญาดตกเป็นโมฆะ เนื่องจากศาลจะให้หลักประกันและคำนึงถึงความมั่นคงของสัญญาหรือข้อตกลงของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เพราะการทำสัญญามีความเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะ ความผูกพันทางสัญญาจึงต้องการความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์ทั่วไปซึ่งต้องพิจารณาไปพร้อมกับประโยชน์ของเอกชนทั่วไปด้วย ซึ่งหากเป็นไปได้ศาลจะเลี่ยงที่จะพิจารณาถึงความเป็นโมฆะของสัญญา คำพิพากษาส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายมากกว่าการพิจารณายกเลิกสัญญา

(2) ในระบบกฎหมายเยอรมัน สัญญาทางปกครองไม่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะเช่นเดียวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ตามมาตรา 54 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ค.ศ. 1976 อธิบายองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาต้องตรงกัน โดยเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงและระงับนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชน การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองจึงยังคงถือว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาซึ่ง

ถึ อ เ ป ็น เ ส ร ี ภ า พ ต ำ ม ร ฐ ธิ ร ร ม ญู
แม้การเข้าทำสัญญาทางปกครอง ฝ่ายเอกชนก็ได้สละเสรีภาพดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่า ระบบกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติเหตุโมฆะของสัญญาทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 59 (1) รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ค.ศ. 1976 โดยให้น้ำหนักความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองตามประมวลแพ่งเยอรมัน ซึ่งรวมถึงการบอกล้างโมฆะกรรมจากการสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือข่มขู่ ซึ่งสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะก็สามารถให้สัตยาบันและมีผลสมบูรณ์ได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ตามมาตรา 58 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ค.ศ. 1976 กำหนดว่าสัญญาทางปกครองที่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่รัฐอื่นหรือบุคคลที่สาม หากสัญญาทางปกครองนั้นยังไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่รัฐอื่นหรือบุคคลที่สาม สัญญานั้นจะมีผลอย่างสัมพัทธ์ หรือยังมีผลไม่สมบูรณ์ (schwebend unwirksam) จนกว่าเจ้าหน้าที่รัฐอื่นหรือบุคคลที่สามให้ความยินยอมจะมีผลย้อนหลังกลับไปยังอดีตถึงจุดที่มีการทำสัญญา อันเปรียบได้กับความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง

(3) ในระบบกฎหมายไทย จากการศึกษานวคำพิพากษาศาลปกครองพบว่า ศาลปกครองได้นำข้อเท็จจริงและพฤติการณ์การดำเนินการก่อนเข้าทำสัญญาทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมาใช้ในการวินิจฉัยประกอบการพิจารณาว่าปรากฏความบกพร่องในการแสดงเจตนา ได้แก่ ความสำคัญผิด กลฉ้อฉล ข่มขู่ และความบกพร่องในเรื่องความสามารถ อันทำให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะหรือไม่ และกำหนดผลให้คู่สัญญาสามารถบอกล้างหรือให้สัตยาบันสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆะได้

ผลของการนำหลักโมฆะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้ตุลาการในคดีปกครองนำทฤษฎีข้อบกพร่องของการให้ความยินยอม (la théorie des vices du consentement) ในระบบกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง แต่ตุลาการในคดีปกครองได้ปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวอย่างจำกัดกว่าทฤษฎีข้อบกพร่องของการให้ความยินยอมในสัญญาทางแพ่ง อันเนื่องมาจากการพยายาม

คุ้มครองหลักการแสดงเจตนาและความมั่นคงแน่นอนของนิติฐานะของสัญญาทางปกครอง เพื่อให้การบริการสาธารณะสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีและรักษาไว้ซึ่งความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น ตุลาการคดีปกครองไม่ยอมรับหลักความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (*l'eureur de droit*) เพราะหน่วยงานของรัฐย่อมทราบถึงข้อกฎหมายในการเข้าทำสัญญาทางปกครองหรือก่อนการเข้าทำสัญญาทางปกครองได้มีกระบวนการก่อนการเข้าทำสัญญา ซึ่งแตกต่างจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่ยอมรับว่าการสำคัญผิดในข้อกฎหมายมีผลเท่ากับความสำคัญผิดในสาระสำคัญ หรือในข้อเท็จจริงที่ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมปรับใช้หลักความสำคัญผิด แต่ตุลาการคดีปกครองกลับปฏิเสธหลักความสำคัญผิด หรือในคดีที่ตุลาการคดีปกครองพิจารณาข้อเท็จจริงว่าสัญญาทางปกครองทำขึ้นโดยกลฉ้อฉล เช่น คดีที่การรถไฟฝรั่งเศส (SNCF) ฟ้องคดีว่าการเข้าทำสัญญาทางปกครองเกิดจากการรวมกลุ่มหรือการฉ้อฉลของผู้ประกอบการที่เข้ามาเสนอราคา แต่ตุลาการคดีปกครองได้กำหนดผลของกลฉ้อฉลว่าให้มีการชดเชยค่าเสียหาย แต่ไม่ประกาศความไม่สมบูรณ์ให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆียะ เพราะกลฉ้อฉลเนื่องจากมีความไม่เหมาะสมทางเศรษฐศาสตร์ และผู้ฟ้องคดีเพียงประสงค์จะให้ศาลพิจารณาพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้เสนอตัวเข้ามาเป็นคู่สัญญาเท่านั้น

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น พบว่าผลของสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆียะย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง สัญญาทางปกครองนั้นจะมีผลบังคับได้จนกว่าจะถูกบอกล้าง (*Anfechtung*) ผลของการบอกล้างสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆียะทำให้เกิดเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกอันไม่อาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใด ๆ ได้ การชำระหนี้ที่กระทำไปบนฐานของสัญญานั้นจึงย่อมต้องคืนให้แก่กันเพื่อให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิม นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองที่ยังไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่สามหรือเจ้าหน้าที่อื่น ตามมาตรา 58 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองค.ศ. 1976 ซึ่งมีผลไม่สมบูรณ์อย่างสัมพัทธ์ อันอาจเทียบได้กับความเป็นโมฆียะของสัญญานั้นในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา คู่สัญญายังคงต้องผูกพันกันตามสัญญา แต่ผลที่ไม่สมบูรณ์นั้นจะจำกัดอยู่เฉพาะสัญญาส่วนที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สามหรือเจ้าหน้าที่อื่น ในกรณีที่สัญญานั้นแยกส่วนได้จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าการที่บุคคลที่สามหรือเจ้าหน้าที่อื่นยังไม่ให้ความยินยอมมีผลกระทบต่อสัญญาทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน ซึ่งต้องนำความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองมาปรับใช้ได้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง

ยิ่ง โดยพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาว่าจะให้สัญญานั้นมีผลอยู่โดยขึ้นกับความเห็นชอบหรือการปฏิเสธหรือไม่ หากการมีผลของสัญญานั้นขึ้นอยู่กับความเห็นชอบหรือการปฏิเสธ สัญญานั้นย่อมไร้ผลไปทั้งฉบับ แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่สามให้ความยินยอมสัญญาทางปกครองนั้นจะมีผลสมบูรณ์ย้อนหลังนับแต่เวลาที่มีการทำสัญญากันขึ้น

อภิปรายผล (Research Discussion)

จากการศึกษาระบบกฎหมายฝรั่งเศสพบว่า นอกเหนือจากศาลปกครองทฤษฎีข้อบกพร่องของการให้ความยินยอม (*la théorie des vices du consentement*) ในระบบกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองอย่างจำกัดแล้ว ยังพบว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้พิจารณาว่ากระบวนการก่อนการทำสัญญาทางปกครองหรือกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกระทำที่แยกออกจากตัวสัญญาทางปกครอง (*acte détachable*) ปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดีบรรทัดฐานที่ประชุมใหญ่ *Martin* ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1905 ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดีก่อนหน้านี้ที่ศาลได้เคยวางหลักว่าบุคคลภายนอกสามารถฟ้องเพิกถอนการกระทำที่แยกออกจากสัญญา เช่น การเตรียมการขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนลงนามในสัญญา (*un acte préparatoire d'un contrat de droit privé*) ในคดี *Commune de Gorre* ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1903 แต่การที่บุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียในการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญาไม่กระทบต่อสัญญาทางปกครองที่ได้มีการลงนามแล้ว หลักกฎหมายดังกล่าวได้มีการรับนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย โดยก่อนการเข้าทำสัญญาทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาทางปกครองกับภาครัฐ ย่อมต้องปฏิบัติตามกระบวนการในการจัดซื้อจัดจ้างหรือหาคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ซึ่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การส่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การส่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน และการสั่งให้เป็นผู้ทำงานการให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา มีลักษณะเป็น

คำสั่งทางปกครองซึ่งแยกออกจากตัวสัญญาทางปกครอง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไม่กระทบต่อสัญญาทางปกครอง แต่จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด พบว่าศาลปกครองได้นำข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ในกระบวนการก่อนเข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าวมาพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองหรือฝ่ายเอกชนมีพฤติการณ์ในการสำคัญผิดหรือกลั่นแกล้ง เพื่อนำมาสู่การพิจารณาว่าสัญญาทางปกครองเป็นโมฆียะกรรมหรือไม่

ข้อเสนอแนะ (Research Suggestions)

การนำข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ในกระบวนการก่อนเข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าวมาพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองหรือฝ่ายเอกชนมีพฤติการณ์ในการสำคัญผิดหรือกลั่นแกล้ง เพื่อนำมาสู่การพิจารณาว่าสัญญาทางปกครองเป็นโมฆียะกรรมหรือไม่ ย่อมส่งผลให้คู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนคู่สัญญาสามารถบอกล้างสัญญาทางปกครองได้โดยง่ายอันส่งผลในการทำลายความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง ทั้งที่ก่อนการเข้าทำสัญญาทางปกครองหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนคู่สัญญามีโอกาสในการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญา คุณสมบัติของวัตถุประสงค์สัญญา หรือกระบวนการในการพิจารณาก่อนการเข้าทำสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐพ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 อีกทั้ง การเปิดโอกาสให้มีการบอกล้างโมฆียะกรรมและกลับคืนสู่ฐานะเดิมตาม มาตรา 176 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยการการคืนทรัพย์สินให้แก่กัน อาจเกิดขึ้นได้ยากในสัญญาทางปกครอง เนื่องด้วยสัญญาทางปกครองมิได้มีลักษณะเพียงการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันเท่านั้น สัญญาทางปกครองในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ได้รับสัมปทานในการดำเนินกิจการการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนแทนหน่วยงานของรัฐ และหากพันวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะนำมาใช้บังคับเพียงกรณีที่ทรัพย์สินที่จะต้องคืนสูญหายหรือถูกทำลายไปหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นตกไปเป็นของผู้อื่น ซึ่งได้มาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ตามมาตรา 1329 เท่านั้น การกลับคืนสู่ฐานะเดิมดังกล่าวจึงไม่ครอบคลุมสำหรับการใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง ประกอบกับหลักความเป็น

โมฆียะในระบบกฎหมายไทย มักคุ้มครองเพียงบุคคลผู้แสดงเจตนา โดยบกพร่องเท่านั้น เช่น บุคคลที่แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดให้สามารถบอกล้างการแสดงเจตนาของตนได้ โดยไม่มีการคุ้มครองบุคคลที่รับการแสดงเจตนาแม้บุคคลนั้นแสดงเจตนาโดยสุจริต หากนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง อาจประสบปัญหาว่าผู้รับการแสดงเจตนาที่เป็นผู้ลงทุนในสัญญาทางปกครองที่มีมูลค่าจำนวนมากเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ รวมถึงการเตรียมการหรือการดำเนินการในระหว่างการค้าเลือกคู่สัญญาเช่นเดียวกัน อีกทั้ง การคุ้มครองเพียงบุคคลผู้แสดงเจตนาโดยบกพร่องทำให้คู่สัญญาทางปกครองกล่าวอ้างได้โดยง่ายว่าตนแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด หากไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ดังนั้น เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะของสัญญาทางปกครองอันเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลและป้องปรามมิให้มีการอ้างความเป็นโมฆียะเพื่อทำลายสัญญาทางปกครอง งานวิจัยนี้จึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

(1) ควรตรากฎหมายสารบัญญัติให้เกิดความชัดเจนว่า กรณีใดจะเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่รุนแรงถึงขนาดต้องทำให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะ แต่หากสัญญาทางปกครองใดที่ไม่ปรากฏเหตุแห่งความเป็นโมฆะดังกล่าว สัญญาทางปกครองควรมีผลสมบูรณ์

(2) ศาลปกครองซึ่งมีภารกิจในการรักษาหลักกฎหมายปกครองต้องคำนึงว่าการทำสัญญาทางปกครองนั้นมีความแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองซึ่งเอกชนเป็นเพียงฝ่ายที่รับคำสั่งทางปกครองจากฝ่ายปกครอง แต่การเข้าทำสัญญาทางปกครองเกิดจากการแสดงเจตนาตกลงยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงควรคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของคู่สัญญาทางปกครองในความดำรงอยู่ของสัญญาทางปกครองประกอบกับหลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นศาลปกครองควรนำหลักโมฆียะมาปรับใช้อย่างจำกัด โดยวางแนวคำพิพากษาว่าแม้สัญญาทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายสัญญาทางปกครองไม่ได้ผิดพลัดไปในสาระสำคัญ สัญญาทางปกครองนั้นไม่จำเป็นต้องสิ้นผลในทางกฎหมายเสมอไปโดยให้สัญญาทางปกครองนั้นยังดำรงอยู่ต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาทางปกครองมีเหตุรุนแรงอันอาจทำให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆียะจริง ควรมีการแบ่งแยกกว่าตาม

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมสองสถานะ (acte de double nature) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งแบ่งแยกความสัมพันธ์ของสัญญาว่า ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาตามสัญญา ศาลปกครองควรมีอำนาจในการเลือกที่จะทำให้คู่สัญญาประกาศความเป็นโมฆะหรือการให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากฝ่ายที่ก่อให้เกิดเหตุโมฆียะกรรมเท่านั้น ตามการปรับใช้ทฤษฎีการแสดงเจตนาที่บกพร่องในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่ในความสัมพันธ์ของผู้ใช้บริการคือประชาชนโดยทั่วไปไม่ควรถูกระทบจากสัญญาทางปกครองที่เป็นโมฆียะ

ข้อเสนอแนะเชิงปฏิบัติ

หากปรากฏข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติว่า หน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ตรวจสอบความสามารถหรือคุณสมบัติของคู่สัญญาก่อนเข้าทำสัญญา แม้หากพบความบกพร่องของกระบวนการหรือหากพบในภายหลังว่าความสามารถหรือคุณสมบัติไม่เป็นไปตามความมุ่งหมาย สัญญาทางปกครองยังคงมีผลสมบูรณ์และไม่เป็นโมฆียะ เช่น ในสัญญาให้ทุนการศึกษา หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจพิจารณาความสามารถหรือคุณสมบัติของผู้ที่สมควรได้รับทุนการศึกษาในขณะเดียวกันผู้สมัครได้รับทุนก็สามารถพิจารณาเงื่อนไขในการชดใช้ทุนได้ก่อนวันลงนามในสัญญา หรือในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาย่อมมีโอกาสในการคัดเลือกล้มเลิกหรือถอนคุณสมบัติหรือข้อเสนอก่อนการเข้าทำสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน เนื่องจากขั้นตอนกระบวนการเหล่านี้เป็นความผิดพลาดภายในการพิจารณาของหน่วยงานทางปกครองเพื่อเป็นการเคารพต่อหลักสุจริตในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เข้าทำสัญญาทางปกครองโดยไม่ทราบความผิดพลาดภายในของหน่วยงานทางปกครองและสอดคล้องกับแนวคิดที่กระบวนการก่อนเข้าทำสัญญาเป็นกระบวนการที่แยกออกจากตัวสัญญาและไม่ส่งผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง

เอกสารอ้างอิง (References)

หนังสือ

ภาษาไทย

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 1, วิญญูชน 2541).

นันทวัฒน์ บรมานันท์, **สัญญาทางปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2556).

บุบผา อัครพิมาน, **สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย** (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักงานศาลปกครอง 2545).

ภาษาต่างประเทศ

Boemke Burkhard und Ulrici Bernhard, *BGB Allgemeiner Teil*, (Springer 2009).

Stelkens, Bonk und Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (9 Auflage, 2018).

บทความ

ภาษาไทย

มานิตย์ วงศ์เสรี, ‘นิติวิธีเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในสัญญาทางปกครอง วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน (ตอนที่ 1)’ (2564) 33 วารสารกฎหมายปกครอง 1.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน’ (2542) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 262.

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

ชาตรี ศิลาภา, ‘สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553).