

บทที่ 4

การนำมาตรการบังคับทางปกครองกรณีผิดสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับ ในประเทศไทย

วิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองในประเทศไทย มีพัฒนาการที่ไม่ยาวนานมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง ยิ่งนับว่าเป็นเรื่องใหม่ในระบบกฎหมายไทย ความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครอง หรือเกี่ยวกับหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองนั้น จะได้มาจากต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในภาคพื้นยุโรป ยกตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งเป็นต้นแบบแห่งระบบกฎหมายปกครอง และระบบประมวลกฎหมายต่าง ๆ

เมื่อมีการจัดทำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ คณะผู้ร่างได้นำเอากฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาเป็นแนวทางในการร่าง และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประเทศไทยก็ได้รับเอาแนวคิด อิทธิพลเกี่ยวกับระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับ คำสั่งทางปกครอง ตั้งแต่ นิยาม การออกคำสั่ง คู่กรณี การอุทธรณ์คำสั่ง รูปแบบ และผลของคำสั่ง การแจ้ง และการเพิกถอนคำสั่ง ซึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการในรูปของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ และหน้าที่ของเอกชนเฉพาะราย หรือคำสั่งทางปกครอง หรืออาจดำเนินการในรูปของสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นด้วยความยินยอมพร้อมใจของเอกชนที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาก็ได้ แต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ หาได้มีเนื้อหาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไม่ หรือในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยภาพรวมจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในศาลปกครอง ตั้งแต่การเสนอคำฟ้องต่อศาลปกครอง การดำเนินคดีปกครอง ไปจนกระทั่งการบังคับคดีปกครอง พระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพียง นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 และอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา

9 (4) และผู้เสียหายที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 42 และการกำหนดค่าบังคับในคดีสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 72 (3)

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ให้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 3 นี้ เป็นบทบัญญัติในทางสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพียงแห่งเดียวในระบบกฎหมายไทย ซึ่งไม่เพียงพอต่อการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย

เมื่อหลักกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรยังไม่พัฒนาไปถึง “ระบบกฎหมายสัญญาทางปกครอง” ในระหว่างที่ยังไม่มีการตรากฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยคดีข้อพิพาท และวางแนวทางการวินิจฉัยเพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานในคดีต่อไป ซึ่งลักษณะดังกล่าว มีข้อดี คือ บรรทัดฐานดังกล่าว อาจจะเหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงในสังคมไทย แต่ก็มีข้อเสีย กล่าวคือ พัฒนาการเกี่ยวกับหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทยจะเป็นไปอย่างไม่เร็วนัก

ต่อเนื่องจากบทที่ 3 ซึ่งเป็นการศึกษาวิเคราะห์ประเภทของสัญญาทางปกครองว่าสัญญาทางปกครองประเภทใดบ้าง เหมาะสมที่จะให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ด้วยตนเอง ซึ่งในบทนี้ จะได้วิเคราะห์ สรุปสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับได้ด้วยตนเองว่ามีลักษณะร่วมกันอย่างไรและการนำมาตรการบังคับทางปกครองตามสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับในกฎหมายไทย

4.1 สัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับได้เอง

ในหัวข้อนี้ จะได้ทำการสรุปประเภทของสัญญาทางปกครอง ที่ฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ด้วยตนเอง ทั้งสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

4.1.1 สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 2 คำสั่งทางปกครอง ส่วนที่ 8 การบังคับทางปกครอง มาตรา 55 บัญญัติหลักเกณฑ์ของการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่กรณีเป็นหน่วยงานของรัฐด้วยกันว่า การบังคับทางปกครอง ไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ด้วยกัน จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทำให้เห็นธรรมชาติของคู่สัญญาได้ว่า คู่สัญญาที่มีฐานะเท่า

เทียมกัน ทั้งสองฝ่าย ต่างก็เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ด้วยกัน เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเหมือนกัน ใช้เงินงบประมาณ จากงบประมาณของรัฐจำนวนเดียวกัน และมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ได้บัญญัติรองรับไว้ว่า ททรัพย์สินอย่างใดที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมายย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ททรัพย์สินที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1305 บัญญัติให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นจะโอนแก่กันมิได้ สาธารณสมบัติของแผ่นดิน จึงไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 1307 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังบัญญัติไว้ว่า ห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่อีกด้วย เมื่อคู่สัญญามีความเท่าเทียมกัน การจะบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ต้องกระทำ จดเว้น หรือจำยอมต่ออีกฝ่ายหนึ่ง จึงไม่อาจทำได้โดยสภาพ

กรณีอาจเทียบเคียงได้กับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งบุคคลสองฝ่าย เข้าทำนิติกรรมสัญญากัน เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว หลักกฎหมายแพ่ง ก็ไม่อนุญาตให้คู่สัญญา เข้าบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาด้วยตัวเอง¹⁰⁶ เพราะต่างฝ่ายต่างก็มีความเท่าเทียมกันในการเข้าทำสัญญา เท่าเทียมกันในการต้องปฏิบัติตามสัญญา และหากยอมให้คู่สัญญาสามารถบังคับการได้เอง อาจเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการบังคับเอาไว้ว่า ถ้าคู่สัญญาละเลยไม่ชำระหนี้ ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ เพราะเมื่อเข้าสู่กระบวนการศาลศาลเป็นหน่วยงานของรัฐ เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ ใช้อำนาจตุลาการ อันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย¹⁰⁷ เท่าเทียมกับอำนาจบริหาร ซึ่งมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง อำนาจของสถาบันศาล ที่จะออกคำสั่งบังคับ คำพิพากษา จึงมีลักษณะการใช้อำนาจเหนือ รูปแบบ บน ลง ล่าง (top – down) ซึ่งสามารถใช้อำนาจดังกล่าวบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองก็เช่นเดียวกัน หากคู่สัญญาทางปกครองมีฐานะที่เท่าเทียมกันแล้ว ต่างก็เป็นหน่วยงานของรัฐ เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ด้วยกัน เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จึงไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ คู่สัญญาต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการทางศาล ในกรณีสัญญาทางปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจจึงได้แก่ ศาลปกครอง

¹⁰⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร. (2540). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 47.

¹⁰⁷ มาตรา 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

ตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง ด้วยเหตุผลดังกล่าว

เมื่อข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ปัญหาในกระบวนการพิจารณาความของศาล ได้แก่ ความซับซ้อนในวิธีปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ และความล่าช้าเนื่องจากระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับขั้นตอนต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปริมาณคดีที่ศาลต้องรับภาระอย่างมาก ขั้นตอนและภาระในระบบระงับข้อพิพาททางศาลจึงมีมาก ระบบระงับข้อพิพาททางเลือกต่าง ๆ จึงได้เกิดขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงขั้นตอน และลดภาระให้ระบบศาล ยกตัวอย่างเช่น การเจรจา การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความ หรือทางอนุญาโตตุลาการ

ในสัญญาทางปกครอง ที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันก็เช่นเดียวกัน จำเป็นหรือไม่ที่ต้องนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ไปสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาล ซึ่งต้องผ่านขั้นตอนที่ซับซ้อน และใช้เวลาในการดำเนินคดียาวนาน และจำเป็นหรือไม่ที่จะนำข้อพิพาทในฝ่ายปกครองนี้ ไปให้เป็นภาระของระบบศาล ข้อพิพาทของฝ่ายปกครองด้วยตนเอง น่าจะระงับได้ ภายในฝ่ายปกครองหรือไม่

หากจะเปรียบเทียบกับคดีแพ่ง ข้อพิพาททางแพ่ง ซึ่งคู่สัญญาต่างก็เป็นส่วนราชการ ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือรัฐวิสาหกิจ ได้มีมติคณะรัฐมนตรี ให้มีคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่งเพื่อชี้ขาดว่า จะดำเนินคดีดังกล่าวต่อไปหรือไม่ เรียกคณะกรรมการชุดนี้ว่า คณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการดังกล่าวประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย และการคลัง เป็นผู้พิจารณาการที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ตั้งคณะกรรมการดังกล่าวขึ้น ก็จะทำให้ข้อพิพาททางแพ่ง ของส่วนราชการต่าง ๆ ไม่จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลที่ซับซ้อน และใช้ระยะเวลายาวนาน ลดภาระคดีในระบบศาล ลดบุคลากรที่รับผิดชอบดูแลคดี ลดงบประมาณที่ต้องใช้จ่ายในคดี แม้แนวความคิดในการระงับข้อพิพาทในทางแพ่งดังกล่าว จะไม่ครอบคลุมถึงข้อพิพาททางปกครอง หรือสัญญาทางปกครอง แต่ก็น่าจะได้นำกรอบแนวคิดดังกล่าวมาใช้ในคดีสัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญาต่างก็เป็นส่วนราชการด้วยกันเช่นกัน

วิธีการก็เช่นเดียวกับในคดีแพ่ง คือ การออกเป็นมติคณะรัฐมนตรี ให้มีคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่ง พิจารณาว่าสัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญาเป็นส่วนราชการด้วยกัน คดีใดเป็นคดีที่มีข้อพิพาทไม่มาก ไม่ซับซ้อน อาจระงับได้โดยให้คณะกรรมการดังกล่าว ออกเป็นคำสั่ง แล้วให้คู่สัญญาทางปกครองปฏิบัติตามนั้น หรือตั้งงบประมาณเพื่อชำระหนี้กันไปตามคำสั่งของ

คณะกรรมการดังกล่าว หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อพิพาท เป็นคดีที่ซับซ้อน ก็ให้มีคำสั่งให้ส่งข้อพิพาทดังกล่าว เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล

คณะกรรมการชุดดังกล่าว ไม่ควรใช้เป็นชุดเดียวกับที่ระงับข้อพิพาทในทางแพ่ง เนื่องจาก คณะกรรมการในคดีแพ่ง เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง ซึ่งมีภาระหน้าที่ในงานประจำอยู่เดิมแล้ว ทั้งยังต้องรับผิดชอบข้อพิพาทในคดีแพ่ง ซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากอีก จึงสมควรให้ตั้งเป็นคณะกรรมการชุดใหม่ โดยอาจมีมติคณะรัฐมนตรีให้ตั้งเป็นคณะกรรมการชุดเดียวกับในคดีแพ่ง หรือผู้แทน เพื่อที่คณะกรรมการดังกล่าว จะได้มีอำนาจตั้งตัวแทนเพื่อพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว ในคดีปกครอง เรียกชื่อคณะกรรมการชุดคดีปกครองนี้ว่า “คณะกรรมการชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีสัญญาทางปกครอง ระหว่างส่วนราชการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง” ข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ก็จะได้ถูกระงับไปภายในฝ่ายปกครองส่วนหนึ่ง หากจะมีข้อพิพาทไปถึงศาลปกครอง ก็จะเป็นข้อพิพาทเฉพาะที่สำคัญ ๆ เท่านั้น และทุก ๆ ฝ่ายก็จะได้ประโยชน์จากการมีคณะกรรมการดังกล่าว เช่นเดียวกับคดีแพ่ง กล่าวคือ ข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลที่ซับซ้อน และใช้ระยะเวลายาวนาน ลดภาระคดีในระบบศาล ลดบุคลากรที่รับผิดชอบดูแลคดี ลดงบประมาณที่ต้องใช้จ่ายในคดี เมื่อศาลมีภาระคดีน้อยลง ศาลก็สามารถใช้ทรัพยากรต่าง ๆ ทูมเทให้กับคดีสำคัญ ๆ ได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ระยะเวลาดำเนินคดีในศาลก็อาจจะลดลงด้วยเช่นกัน

4.1.2 สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชน

จากการศึกษาประเภทของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ทั้งจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุด และจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในบทที่ 3 พบว่า สัญญาทางปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ทันทีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา จะจำกัดเฉพาะสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน (subordination) เท่านั้น เนื่องจากสัญญาทางปกครองประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกันเอง (coordination) คู่สัญญาต่างก็มีฐานะเท่าเทียมกัน อำนาจเหนือในลักษณะ บนลงล่าง (top-down) จึงไม่อาจมีได้ แต่การจะมีมาตรการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งผิดสัญญา ในกรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ ก็อาจทำได้ โดยใช้กรอบแนวคิดเทียบเคียงกับคดีแพ่ง ซึ่งในคดีแพ่ง ได้มีมติคณะรัฐมนตรี ให้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง¹⁰⁸ ในทางคดีสัญญาทางปกครองก็อาจมีมติคณะรัฐมนตรีเพื่อตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อยุติใน

¹⁰⁸ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 11 มีนาคม 2540

การดำเนินคดีสัญญาทางปกครองระหว่างส่วนราชการก็ได้เช่นเดียวกัน ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 4.1.1

ดังนั้น การใช้หรือการตกลงให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในสัญญาทางปกครอง จึงใช้ได้เฉพาะสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน คือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ หรือ หน่วยงานของรัฐ หรือ ฝ่ายปกครอง และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น โดยในสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐ และเอกชนเป็นคู่สัญญากันนี้ อาจมองได้ว่าเป็นเรื่องที่ไม่เท่าเทียมกัน และมีลักษณะคล้ายกับเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีความไม่เท่าเทียมกันเช่นกัน กรณีคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือ โดยใช้มาตรการบังคับได้ทันที กรณีของสัญญาทางปกครอง จึงน่าจะมีสัญญาบางประเภท ที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับได้ทันทีเช่นกัน

จากการศึกษาสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ในบทที่ 3 สัญญาทางปกครอง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ อีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน พบว่า นับตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการ จนถึงปัจจุบัน ได้มีคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของรัฐเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองจำนวนหนึ่ง ซึ่งศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างศาล ก็ได้ทำการแยกแยะว่าสัญญาของรัฐลักษณะใด ที่จะมีคุณสมบัติเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาใดมิใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งผู้ศึกษาได้สรุป แยกแยะออกเป็นหมวดหมู่ดังได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 3 โดยคดีสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ได้แก่

4.1.2.1 คดีให้เอกชนผู้รับสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ชำระค่าสัมปทาน อันเป็นสัญญาสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งได้แก่

สัญญาระหว่างกระทรวงเกษตร และสหกรณ์ ที่ 1 กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่ 2 ผู้ฟ้องคดี กับ นายย่อง ใจเย็น กับผู้ถูกฟ้องคดีรวม รวม 13 ราย¹⁰⁹

สัญญาระหว่างกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กับนายธงชัย เสรีเรืองรอง¹¹⁰

สัญญาทั้งสองฉบับ คู่กรณีทำสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน ข้อสัญญาระบุให้ชำระเงินค่าเปิดป่าภายในเดือนแรกของรอบปีสัมปทานทุกปี แต่ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่ได้ชำระค่าเปิดป่าในรอบปีสัมปทานที่ 11 ถึง 15 ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี ชำระเงินข้างต้นพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี

¹⁰⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108-120/2547

¹¹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 818/2547

4.1.2.2 คดีให้ออกชนชดใช้เงินทุนการศึกษา และเบี้ยปรับ อันเป็นสัญญาสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่

สัญญาระหว่างมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ฟ้องคดี กับ นางสาวอรนุช เปลี่ยนแปลงศรี ที่ 1 และ นางจรัส เปลี่ยนแปลงศรี ที่ 2 คู่กรณีทำสัญญาการเป็นนักศึกษา เพื่อศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์ โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลาออกก่อนครบกำหนดเวลาโดยได้รับอนุญาตให้ลาออก ผู้ฟ้องคดีแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชดใช้เงินจำนวน 75,547.45 บาท พร้อมดอกเบี้ยหลายครั้ง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉย¹¹¹

สัญญาระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้ฟ้องคดี กับ นางอาจารย์ เบทซ์ หรือเจริญบุตร ผู้ถูกฟ้องคดี กับพวกรวม 5 คน คู่กรณีทำสัญญาลาศึกษา และสัญญาค้ำประกัน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ไปศึกษา ณ มหาวิทยาลัยมหิดล สาขาวิชาประสาทวิทยาศาสตร์ และได้ไปศึกษา ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา ชั้นปริญญาโท และปริญญาเอก สาขาวิชาพยาบาลศาสตร์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึง 5 เป็นผู้ค้ำประกันของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เมื่อสำเร็จการศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เข้ารับราชการเป็นข้าราชการเพื่อชดใช้ทุน แต่ไม่ครบกำหนด สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข จึงได้ฟ้องคดี เพื่อขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึง 5 ร่วมกัน หรือแทนกันชดใช้เงินคืน¹¹²

สัญญาระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้ฟ้องคดี กับ พันตรีชนะ มั่นศรี ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนการศึกษาวิชาประกาศนียบัตรสาธารณสุขศาสตร์ ต่อมาผู้ได้รับทุนผิดสัญญา สัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุน แม้เป็นสัญญาทางแพ่ง แต่โดยที่ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันตนที่จะชำระหนี้ เมื่อผู้ได้รับทุนฯ ไม่ชำระหนี้ สัญญาค้ำประกันจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญารับทุนการศึกษา ซึ่งผู้ให้ทุนฯ ย่อมมีสิทธิฟ้องผู้ค้ำประกัน พร้อมกับการฟ้องผู้ได้รับทุนต่อศาลปกครอง¹¹³

4.1.2.3 คดีให้ออกชนชำระเงินค่าเสียหาย และค้ำประกันกรณีผิดสัญญา อันเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งได้แก่

สัญญาระหว่างการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ผู้ฟ้องคดี กับ บริษัท ลีกริกร 070 จำกัด ผู้ถูกฟ้องคดี คู่กรณีทำสัญญารับจ้างเหมาก่อสร้าง พร้อมติดตั้งอุปกรณ์ระบบจำหน่ายไฟฟ้า ในอำเภอแม่แจ่ม จังหวัดเชียงใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดีทำงานไม่แล้วเสร็จ ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญา และเรียกเก็บเงินค้ำประกันสัญญาจ้าง ชนาครนครหลวงไทย สาขาสำโรง ผู้ค้ำประกันนำเงินมา

¹¹¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 477/2546

¹¹² คดีหมายเลขดำที่ 712/2547 ศาลปกครองกลาง

¹¹³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 875/2547

ชำระ แต่ยังมีเงินค่าเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบอีก เป็นเงิน 1,841,842.- บาท และขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินจำนวนดังกล่าว¹¹⁴

จากคดีสัญญาทางปกครองทั้งสามประเภท ทำให้เราสามารถวิเคราะห์ถึงลักษณะร่วมกันได้ว่า คดีสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที กล่าวคือ

1. เป็นข้อพิพาทที่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ หรือฝ่ายปกครอง เป็นผู้ขอให้ศาลปกครอง บังคับเอา กับฝ่ายเอกชน

2. วัตถุประสงค์แห่งการบังคับ หรือคำขอท้ายฟ้อง เป็นการขอให้ฝ่ายเอกชนชำระเงิน

3. ผลกระทบที่เกิดจากการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา อยู่ในวงจำกัด

4. ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับมีลักษณะชัดเจนตามข้อสัญญาอันเป็นหนังสือ

ลักษณะดังที่กล่าวมานี้ อาจกล่าวได้ว่า มีลักษณะใกล้เคียงกับคำสั่งทางปกครองที่ให้ชำระเงิน ตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

นอกเหนือจากคดีที่ศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พิจารณาไว้แล้ว สิทธิเรียกร้องที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนส่งมอบทรัพย์สิน ก็ยังเป็นสิทธิเรียกร้องที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองน่าจะสามารถใช้มาตรการบังคับกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ผิดสัญญาไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญา ได้อีกประการหนึ่งด้วย

4.1.2.4 สัญญาที่กระทำกันในลักษณะสัญญาทางแพ่งมาในอดีตที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้

นอกจากสัญญาทางปกครองบางประเภทที่น่าจะนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้กรณีผิดสัญญาทางปกครองได้แล้ว สัญญาทางแพ่งบางประเภท ก็ยังอาจจะนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้ได้เช่นกัน โดยอาศัยแนวคิดที่คล้ายคลึงกัน ในที่นี้ได้แก่ สัญญาประกันตัวผู้ต้องหา ในชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนการศึกษา

แม้ในทางปฏิบัติ พนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการ จะฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเป็นคดีแพ่ง เมื่อมีการผิดสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา แต่อันที่จริง สัญญาประกันตัวผู้ต้องหา หากใช้เป็นสัญญาทางแพ่งไม่ เนื่องจากสัญญาประกันในคดีอาญา เป็นสัญญาที่นายประกันร้องขอให้ปล่อยผู้ต้องหาชั่วคราวไปจากการควบคุมของพนักงานสอบสวน โดยสัญญาว่าจะส่งตัวผู้ต้องหาให้ตามกำหนดนัด แสดงให้เห็นว่าสัญญาประกัน เป็นหลักฐานของการปล่อยชั่วคราว อันเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิใช่สัญญาทางแพ่ง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่

¹¹⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 419/2546

7565/2538 ที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า สัญญาประกัน เพื่อปล่อยตัวผู้ต้องหาชั่วคราว โดยมีหลักประกัน ตามมาตรา 112 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน ซึ่งผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหน้าที่เพื่อชำระหนี้ ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680¹¹⁵

สัญญาประกันตัวผู้ต้องหา กับสัญญาค้ำประกันทางแพ่ง มีความแตกต่างกันดังนี้

1) ประกันในคดีอาญาเป็นการได้เสรีภาพชั่วคราวจากการถูกควบคุมโดยฝ่ายปกครอง เมื่อคดียังไม่ถึงที่สุด แต่ประกันทางแพ่ง เป็นการค้ำประกันลูกหนี้ รับรองแก่เจ้าหน้าที่ว่าจะชำระหนี้ แทนลูกหนี้ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

2) ประกันในคดีอาญา กฎหมายกำหนดแบบไว้ในมาตรา 112 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ผู้ประกัน และพนักงานของรัฐลงนามเป็นคู่สัญญากัน แต่ประกันทางแพ่ง เป็นสัญญาระหว่างเอกชน ไม่ต้องการแบบ กฎหมายเพียงต้องการหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อ ผู้ค้ำประกัน

3) ประกันในคดีอาญา ผู้ประกัน หรือผู้ถูกปล่อยชั่วคราว ต้องปฏิบัติตามนัด ของเจ้าพนักงานของรัฐ ถ้าผิดนัดต้องจ่ายเงินจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญาประกัน หรือตามที่เจ้าหน้าที่ เห็นสมควร แต่ประกันทางแพ่ง ขึ้นอยู่กับลูกหนี้ผิดนัด ผู้ค้ำประกันต้องใช้หนี้แทนลูกหนี้ เมื่อ ลูกหนี้ผิดนัด

4) ประกันในคดีอาญาบอกเลิกไม่ได้ ได้แต่ขอถอนหลักประกัน หรือถอนสัญญา โดย มอบตัวผู้ต้องหา หรือจำเลยต่อเจ้าพนักงานรัฐ แต่ประกันทางแพ่งบอกเลิกได้เพื่อคราวเป็นหนี้ใน อนาคต หรือถ้าเจ้าหนี้ยินยอมก็เลิกได้ตามหลักสัญญาธรรมดา

5) ประกันในคดีอาญา เป็นสัญญาเฉพาะตัวผู้ประกัน เมื่อผู้ประกันตายโดยยังไม่ผิด สัญญา สัญญาข่มขู่¹¹⁶

จากที่กล่าวมาแสดงให้เห็นว่า สัญญาประกันในคดีอาญา ไม่ใช่สัญญาทางแพ่ง

การทำสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา หรือจำเลย หากเป็นการทำสัญญาระหว่างเจ้าหน้าที่ ของรัฐ กับเอกชน ถ้ามีการผิดสัญญาประกัน คือไม่ส่งตัวผู้ต้องหา หรือจำเลยตามกำหนดนัดใน สัญญาประกัน เจ้าพนักงาน หรือศาล ก็จะสั่งปรับนายประกัน หรือผู้ประกันตนเองเป็นจำนวนเงินที่ ระบุไว้ในสัญญาประกันนั้น หรือจะลดหย่อนให้บ้างตามพฤติการณ์แห่งการผิดนัด

¹¹⁵ คณิศ ฌ นคร. (2538). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 271.

¹¹⁶ สมพร พรหมพิทาธร และคณะ. (2542). การประกันตัวผู้ต้องหา และจำเลย. หน้า 127.

หากผิดสัญญาประกันต่อศาล ศาลมีอำนาจสั่งบังคับแก่ผู้ทำสัญญาประกันได้ทันทีโดยไม่ต้องฟ้อง เมื่อศาลสั่งแล้ว ผู้ถูกบังคับตามสัญญาประกัน หรือพนักงานอัยการมีสิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาได้ ตามมาตรา 119 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

หากผิดสัญญาในชั้นพนักงานสอบสวน หรือ พนักงานอัยการ ในทางปฏิบัติจะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเป็นคดีแพ่ง ขั้นตอนการบังคับตามสัญญาประกันตัวผู้ต้องหาที่ผู้ประกันทำไว้ต่อเจ้าพนักงานรัฐดังกล่าวนี้ ในทางปฏิบัติมีกระบวนการที่ยุ่งยาก ทำให้เกิดความล่าช้า เสียเวลาในการดำเนินคดีแพ่ง ทั้ง ๆ ที่ผู้ประกันต้องรับผิดชอบตามข้อความในสัญญาประกัน และอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

สัญญาประกันตัวนี้ เป็นสัญญาที่ประชาชนทำต่อเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นคู่สัญญาในนามของรัฐ สัญญาจึงมีความรัดกุม แน่นนอน พนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการจะชนะคดีแทบทุกคดี และศาลก็แทบจะต้องใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่ง

ขั้นตอนการบังคับคดี มักไม่ค่อยมีการติดตามบังคับอย่างจริงจัง และมีปัญหาดังนี้

1) การนำเจ้าพนักงานบังคับคดีไปตรวจสอบ และบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับที่ดิน หน้าที่ในการนำยึดทั้งหมดตกแก่พนักงานสอบสวน หรือ โจทก์ ซึ่งจะต้องทราบตำแหน่งที่ดินที่จะยึด ถ้านำชี้ผิดตำแหน่งแล้ว ผู้นำชี้ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว และการรังวัดสอบเขตซึ่งต้องดำเนินการผ่านกรมที่ดิน จะต้องทดลองค่าใช้จ่ายเพื่อการดังกล่าวไปก่อน และ โจทก์ หรือผู้แทนโจทก์ ต้องวางค่าใช้จ่ายต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีไว้ในเบื้องต้นอีกด้วย

2) กรณีเจ้าพนักงานตำรวจ มีระเบียบเกี่ยวกับคดีให้พนักงานสอบสวนต้องเสนอเพื่อขออนุมัติฟ้อง ทำให้เกิดความล่าช้าในการบังคับคดี โดยเฉพาะในกรณีต่างจังหวัด

3) ในการติดตามสืบหาหลักทรัพย์หลังพิพากษา เจ้าหน้าที่ยังคงละเลย ทำให้ขาดความต่อเนื่อง ทั้งระยะเวลาในการติดตามคดีนานเกินไป

4) ผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้อง ยังมีความเข้าใจอย่างไม่ถูกต้องว่า เมื่อคดีนั้นศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งแล้ว ถือว่าเสร็จสิ้นภาระหน้าที่ของตน ทั้งที่ยังมีหน้าที่ในการติดตามบังคับคดีอยู่ตามกฎหมาย ทำให้ละเลยการติดตามบังคับคดีจากลูกหนี้ตามคำพิพากษา

จะเห็นได้ว่า การดำเนินคดีทางแพ่งมีกระบวนการที่ยุ่งยาก ทั้ง ๆ ที่ผู้ประกันต้องรับผิดชอบตามข้อความในสัญญาประกันที่มีความชัดเจนแน่นอนอยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะของสัญญาประกันตัวผู้ต้องหาแล้วว่าเป็นสัญญาที่มีรูปแบบเฉพาะ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดวิธีการ และสภาพบังคับไว้แล้ว เมื่อมีการผิดสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา จึงควรที่จะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีคำสั่งบังคับตามสัญญาประกันได้โดยมิต้องไป

ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล เพียงแต่ก่อนที่เจ้าพนักงานจะทำการบังคับ ควรเสนอให้ศาลตรวจสอบ และให้ความเห็นชอบเสียก่อน โดยวิธีการบังคับ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ มีหลักกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐ ให้สามารถยึด आयัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินได้ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านการพิจารณา หรือได้รับอนุญาตจากศาล¹¹⁷

ในการบังคับตามสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา เมื่อมีการผิดสัญญาประกัน ผู้ประกันจะถูกปรับตามจำนวนเงินที่ระบุไว้ในสัญญาประกัน ตามมาตรา 112 วรรคสอง (2) ซึ่งจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์การบังคับเป็นการกำหนดให้ชำระเงิน ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้อำนาจเจ้าพนักงานรัฐในการออกคำสั่งให้ชำระเงินไว้ก่อนแล้ว โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 57 "คำสั่งทางปกครองที่ให้ผู้ใดชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่ชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึด หรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้น และขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน

วิธีการยึด การอายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม ส่วนผู้มีอำนาจสั่งยึด หรืออายัด หรือขายทอดตลาด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง"

มาตรา 62 "ผู้ใดถูกดำเนินการตามมาตรการบังคับทางปกครอง อาจอุทธรณ์การบังคับทางปกครองนั้นได้

การอุทธรณ์การบังคับทางปกครอง ให้ใช้หลักเกณฑ์ และวิธีการเดียวกันกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง"

มาตรา 63 "ถ้าบทกฎหมายใดกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่เจ้าหน้าที่เห็นว่ามาตรการบังคับนั้น มีลักษณะที่จะเกิดผลน้อยกว่ามาตรการบังคับในหมวดนี้ เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามหมวดนี้แทนก็ได้"

ดังนั้น หากมีการนำมาตรการบังคับที่เกี่ยวกับการให้ชำระเงิน ตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ วางหลักเกณฑ์ให้นำการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินมาใช้บังคับในการบังคับตามสัญญาประกัน จะทำให้เมื่อมีกรณีผิดสัญญาประกัน เจ้าพนักงานรัฐไม่ต้องส่งเรื่องฟ้องเป็นคดีแพ่งอีกต่อไป สามารถที่จะดำเนินการบังคับคดีได้เอง อัน

¹¹⁷ ธีรรัตน์ ชลประเสริฐสุข. (2548). การนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับแก่การผิดสัญญาประกันผู้ต้องหาในชั้นเจ้าพนักงาน. หน้า 71-74.

น่าจะเป็นการลดความไม่สะดวก และล่าช้า ในกรณีพนักงานสอบสวนเป็นคู่ความในศาล ฟ้องร้อง นายประกันผิดสัญญาประกันที่ทำไว้กับพนักงานสอบสวนได้ ตลอดจนในกรณีของพนักงานอัยการ ด้วย¹¹⁸

กรณีสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนการศึกษา ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้แล้วว่า สัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุน เป็นสัญญาทางแพ่ง แต่โดยที่ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันตนที่จะชำระหนี้ เมื่อผู้ได้รับทุนฯ ไม่ชำระหนี้ ตามนัยมาตรา 680 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาค้ำประกันจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญารับทุนการศึกษา ซึ่งผู้ให้ทุนฯ ย่อมมีสิทธิฟ้องผู้ค้ำประกัน พร้อมกับการฟ้องผู้ได้รับทุนต่อศาลปกครอง¹¹⁹ และวัตถุประสงค์ก็เป็นการชำระเงินเท่านั้น ในเมื่อคดีประธาน (คดีที่เป็นหลัก) คือ คดีของผู้รับทุนฯ และคดีอุปกรณ์ (คดีที่เกี่ยวข้อง) คือ คดีของผู้ค้ำประกัน สามารถจะดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลปกครองเดียวกัน เป็นคดีเดียวกันได้ ซึ่งหาก ผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายชนะคดี ศาลปกครองก็จะต้องมีคำบังคับ และบังคับคดีเอาทั้งผู้รับทุนฯ และผู้ค้ำประกัน ไปในคราวเดียว คดีเดียวกัน ดังนั้น หากจะมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันผู้ได้รับทุนฯ แม้คดีค้ำประกันดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ก็สมควรจะให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับเอากับผู้ค้ำประกันได้ด้วยเช่นกัน

4.2 การนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับในประเทศไทย

เมื่อเราทราบแล้วว่า สัญญาทางปกครองลักษณะเช่นใดที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันทีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครอง ในหัวข้อนี้ จะได้นำเสนอว่า ฝ่ายปกครองในฐานะคู่สัญญา ซึ่งมีหน้าที่ต้องเข้าทำสัญญาทางปกครอง และมีหน้าที่เป็นผู้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง จะมีแนวปฏิบัติเช่นใดเพื่อให้เนื้อหาในสัญญาทางปกครอง การออกคำสั่งอันจะนำไปสู่มาตรการบังคับทางปกครอง และการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง มีผลได้จริงในทางปฏิบัติ

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองในประเทศไทยแล้ว พบว่า ประเทศไทยยังไม่มีระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองทั้งระบบที่ชัดเจน ทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และทั้งระบบที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศไทยไม่มีมาตรการบังคับทางปกครองไว้ใช้กับกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ผิดสัญญาทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองของประเทศไทย มีไว้ใช้เฉพาะกับกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น การจะนำกลไกเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองมา

¹¹⁸ ธีรรัตน์ ชลประเสริฐสุข. แหล่งเดิม. หน้า 75-78.

¹¹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 875/2547

ใช้ในประเทศไทย จึงจำต้องศึกษาระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ และการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศต้นแบบกฎหมายมหาชนของประเทศไทย ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ในประเทศฝรั่งเศส จากการศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1.3 เรื่องผลของสัญญาทางปกครอง สรุปได้ว่า แม้ประเทศฝรั่งเศสยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา ในสัญญาทางปกครอง โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางประการ และคู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาได้บางประการเช่นกัน แต่ในกรณีการปฏิบัติผิดสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือวัตถุประสงค์ในการบังคับเป็นการชำระหนี้ ซึ่งต้องใช้มาตรการทางปกครองโดยวิธี ยึด อาศัยทรัพย์ และขายทอดตลาดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน นำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญานั้น การยึด อาศัยทรัพย์ และขายทอดตลาด ประเทศฝรั่งเศสไม่นำมาตรการบังคับทางปกครองประเภทนี้มาใช้

หากคู่สัญญา จะทำการตกลงยินยอมกัน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง สามารถ ยึด อาศัย และขายทอดตลาดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน นำเงินมาชำระหนี้ได้ทันที โดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำคำฟ้องเสนอต่อศาล เพื่อให้ศาลออกคำบังคับเอาากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะทำได้หรือไม่ กรณีดังกล่าว หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส ถือว่าเป็นเรื่องการบังคับให้เป็นไปตามหนี้ หรือบุคคลสิทธิ ต้องอาศัยอำนาจตุลาการ เพื่อมีคำพิพากษา หรือคำสั่ง และออกคำบังคับ และคู่สัญญาทางปกครอง ไม่อาจตกลงยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองยึด อาศัยทรัพย์ ขายทอดตลาดได้เอง โดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล เนื่องจากเป็นการยกเว้นอำนาจตุลาการ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสที่ว่า ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใดก็ตาม ฝ่ายปกครอง ย่อมมีเอกสิทธิพิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชน ยกตัวอย่างเช่น อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว การเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หรือ มีสิทธิกำกับ และควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิด หรือ สิทธิที่ฝ่ายปกครอง จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เสมือนนั้น มุ่งถึงการบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญา เพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้การให้บริการสาธารณะมีอยู่อย่างต่อเนื่อง ไม่กระทบกระเทือนความเป็นอยู่ หรือความสะดวกของประชาชนเป็นสำคัญ มิได้มุ่งให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือ หรือใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังกล่าว เพียงเพื่อแค่การเยียวยาความเสียหายเท่านั้น

กรณีสัญญาให้ทุนการศึกษา และลาศึกษาต่อ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือข้าราชการ ได้รับทุน และได้รับอนุญาตให้ไปศึกษาต่อ การปฏิบัติตามสัญญา ก็คือการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ

หรือข้าราชการผู้นั้น นำความรู้ที่ได้จากการไปศึกษาต่อ นั้น มาใช้กับหน่วยงานของรัฐ เพื่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ อันเป็นการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่ง หากเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือข้าราชการผู้ได้รับทุน ศึกษาต่อไม่สำเร็จ โดยมีสาเหตุสุดวิสัย หรือศึกษาต่อสำเร็จแล้ว แต่ไม่ยอมปฏิบัติงาน หรือปฏิบัติงานไม่ครบตามระยะเวลา อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา กรณีดังกล่าว รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ ย่อมต้องเรียกเงินที่ได้ให้เป็นทุนการศึกษาไปทั้งหมด พร้อมเบี้ยปรับ ซึ่งเงินที่ได้รับคืนมานี้ ก็เป็นเพียงแก่การบรรเทาความเสียหายที่รัฐได้รับเท่านั้น หาได้เป็นการกระทำเพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อเนื่องไปไม่ มาตรการบังคับทางปกครองในเรื่อง ยึด อาศัย และขายทอดตลาดทรัพย์สิน เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ หรือชำระความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้รับนี้ ในประเทศฝรั่งเศสจึงไม่ยอมรับบังคับให้ทำได้

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของเยอรมันในเรื่องการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ยึด อาศัยทรัพย์สิน และขายทอดตลาดนั้น แตกต่างจากในประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 61 ได้บัญญัติให้มีข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีที่มีการผิดสัญญาได้ และในการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที ให้นำกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์มาใช้บังคับ โดยมีหลักการสำคัญในการทำสัญญาทางปกครอง และในการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันที ดังต่อไปนี้

1. ต้องมีการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง โดยหากคู่สัญญาประสงค์จะให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ในทันที คู่สัญญาต้องตกลงไว้ในสัญญาทางปกครองให้เป็นลายลักษณ์อักษร

2. รูปแบบของการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ การตกลงตามข้อ 1. ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในตัวสัญญาทางปกครอง แม้ข้อตกลงดังกล่าว จะปรากฏอยู่ในเอกสารอื่น ก็สามารถบังคับได้ เพียงแต่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และมีความชัดเจนว่าคู่สัญญาเจตนาดกลงกันในเรื่องดังกล่าว

3. ขอบเขตการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เฉพาะสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันเท่านั้น ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่ง กับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง

4. การเป็นตัวแทนของรัฐในการตกลงทำสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งจะเข้ามาเป็นคู่สัญญา ในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีนี้ จะต้อง

เป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐในระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งบุคคลดังกล่าว เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติ มีความสามารถที่จะไปประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาได้ และต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้วด้วย เว้นแต่สัญญาจะได้ทำโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์ หรือมลรัฐ ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ ของสหพันธ์ หรือมลรัฐ จึงได้รับยกเว้นไว้ว่า ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าวนี้ก่อน

5. กระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง

กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อให้เอกชนชำระเงิน เมื่อถึงกำหนดที่เอกชนจะต้องชำระเงินตามสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้อง มีหนังสือเตือนให้เอกชนชำระภายในระยะเวลาหนึ่งสัปดาห์ เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เอกชนยังไม่ชำระเงิน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีสิทธิออกคำสั่งบังคับ และดำเนินการยึด หรืออายัดทรัพย์สินของเอกชนออกขายทอดตลาดได้ต่อไป

กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เอกชนส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้วิธีการบังคับทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดการแทน หรือการบังคับทางปกครองโดยตรง ทั้งนี้ ก่อนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวข้างต้นนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองภายในกำหนดเวลาที่เหมาะสมสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่เพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายเสียหายต่อสาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงได้รับยกเว้นไม่ต้องมีหนังสือเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าวในประเทศเยอรมัน เมื่อนำมาใช้กับสภาพแวดล้อมทางกฎหมาย และสภาพสังคมของประเทศไทยแล้ว อาจปรับเปลี่ยนได้ดังนี้

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อ 4.1 ว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปฏิบัติผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครอง บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ในทันที ต้องเป็นกรณีที่ สิทธิเรียกร้องนั้น เป็นการให้ชำระเงิน หรือเป็นการส่งมอบทรัพย์สิน

4.2.1 ความยินยอมของคู่สัญญาทางปกครอง

เมื่อเริ่มทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครอง จะต้องแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบก่อนว่า สัญญาดังกล่าว หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา และสิทธิเรียกร้อง หรือวัตถุที่จะบังคับเอา กับฝ่ายเอกชน ได้แก่ เงินจำนวนหนึ่ง หรือการบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สิน โดยในสัญญาที่กำลังจะทำกันนี้ จะมีข้อสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง

สามารถบังคับชำระได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา โดยวิธีการยึด อาศัย ทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน นำออกขายทอดตลาด และนำเงินที่ได้มาชำระหนี้แก่คู่สัญญาฝ่าย ปกครอง หรือยึดทรัพย์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบได้ทันที

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทำการไต่ตรองว่า จะเข้าทำสัญญาที่มีข้อสัญญาเช่นว่ามา นั้นหรือไม่ ซึ่งจากที่ได้ศึกษาคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดีสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองสามารถเข้ามาตราบังคับได้ ทันทีนั้น เป็นสัญญาขนาดเล็ก มีทุนทรัพย์ไม่มาก ได้แก่ คดีเรียกให้ใช้เงินค่าสัมปทานทำไม้ คดีให้ใช้ทุนการศึกษา พร้อมเบี้ยปรับ และคดีเรียกค่าเสียหาย ซึ่งโดยธรรมชาติแล้ว คู่สัญญาฝ่าย เอกชน ย่อมต้องการที่จะได้ทำสัมปทานทำไม้ ย่อมต้องการที่จะได้ทุนการศึกษา หรือย่อม ต้องการที่จะได้รับงานจากคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงน่าจะยอมรับข้อสัญญา ดังกล่าวนี้อยู่แล้ว

แต่ในสัญญาทางปกครองที่สำคัญ หรือสัญญาทางปกครองที่เป็นโครงการขนาดใหญ่ ยกตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าว มีข้อสัญญาที่มีความซับซ้อน มีระยะเวลาปฏิบัติตามสัญญายาวนาน มีข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริงประกอบข้อสัญญาจำนวน มาก สัญญาดังกล่าวจึงมีสภาพเป็นสัญญาทางการค้าธุรกิจ ผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็น สาระสำคัญใกล้เคียงกับประโยชน์สาธารณะ คู่สัญญาจึงมีความเท่าเทียมกันในการทำสัญญา ทั้งในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต้องเป็นผู้ลงทุนเองทั้งหมด และ เป็นการลงทุนจำนวนมาก และด้วยความเสี่ยงภัยทางธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเอง แน่แน่นอนว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คงต้องการความมั่นใจในการปฏิบัติตามสัญญาว่า จะได้รับการระงับข้อพิพาท ที่จะเกิดขึ้นโดยองค์กรที่เป็นกลาง เป็นที่ยอมรับในระบบสากลในการวินิจฉัยชี้ขาด ด้วยเหตุ ดังกล่าว และด้วยธรรมชาติของสัญญาสำคัญ หรือสัญญาขนาดใหญ่แล้ว คงไม่มีคู่สัญญาฝ่าย เอกชนคนใดยินยอมให้มีข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้ามาตราบังคับทางปกครองได้เองทันที คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญาทางปกครองสำคัญ หรือสัญญาทางปกครองขนาดใหญ่ เหล่านี้ ส่วนใหญ่ จะมีความเกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนชาวต่างประเทศ ซึ่งนักลงทุนดังกล่าว มักจะ นิยมใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก ที่เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” (arbitration) เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติซึ่งกำลังจะมาลงทุนอย่างมหาศาลในต่างประเทศ มีความคิดว่า หากมี ข้อพิพาทเกิดขึ้นในประเทศซึ่งตนไปลงทุน และต้องใช้ทั้งกฎหมายของต่างประเทศ และใช้ทั้งผู้ ตัดสินซึ่งเป็นคนชาติเดียวกับประเทศตนที่ไปลงทุน ก็มีความเป็นไปได้ที่การตัดสินจะโน้มเอียง ไป โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศที่ตนไปลงทุนเป็นหลัก ด้วยเหตุดังกล่าว กฎหมาย

อนุญาโตตุลาการของไทย¹²⁰ จึงได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยอาศัยกฎหมายแม่แบบ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของสากล เพื่อเป็นการส่งเสริมบรรยากาศการลงทุน และในมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว¹²¹ ก็ยอมรับให้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ โดยผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการจะมีผู้ที่มีอาชีพเป็นผู้พิพากษา แต่จะเป็นบุคคล หรือคณะบุคคลที่คู่สัญญาทางปกครองตกลงให้มาระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองของตน ซึ่งหากสัญญาทางปกครองใดมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทอยู่แล้ว สัญญาทางปกครองฉบับนั้น โดยสภาพก็ไม่อาจจะมีข้อตกลงยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ซึ่งก็เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทอีกอันหนึ่งขึ้นมาทับซ้อนกันได้อีก สัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น ก็ย่อมต้องระงับด้วยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการไปจนจบกระบวนการ และไม่อาจมีข้อสัญญายินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาทางปกครองได้อีก

4.2.2 รูปแบบการให้ความยินยอม

การตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ไว้ในตัวสัญญาทางปกครองนั่นเอง หรือหรือในเอกสารอื่น ๆ ก็ได้ หรือมีข้อความเชื่อมโยงเอกสารเหล่านั้นเข้าด้วยกันก็ได้ เช่น ในสัญญารับทุน อาจมีข้อสัญญาให้ไปใช้ระเบียบว่าด้วยการรับทุน และชดใช้ทุน ดังเอกสารที่แนบในภาคผนวก เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ประเด็นเรื่องรูปแบบของสัญญาทางปกครองนี้ ศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำสั่งอันเป็นการวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองเอาไว้ ในคดีดังกล่าว กรมธนารักษ์ เป็นผู้ถูกฟ้องคดี กรมธนารักษ์ ทำสัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธนารักษ์ อันเป็นอาคารของรัฐ ซึ่งเป็นถาวรวัตถุ เป็นองค์ประกอบ และเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล และกรมธนารักษ์ มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง อันเป็นอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ สัญญานี้ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

ส่วนข้อตกลงด้วยวาจาเกี่ยวกับการทำงานเพิ่มเติมจากสัญญาดังกล่าว มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็มีได้กำหนดให้สัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างไร แม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.

¹²⁰พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545

¹²¹มาตรา 15 ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

2535 จะกำหนดให้หน่วยงานของทางราชการ ต้องดำเนินการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือก็ตาม แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นเพียงระเบียบภายในของทางราชการเท่านั้น ดังนั้น ข้อตกลงดังกล่าว จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ และถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครองนั้นด้วย¹²²

คำสั่งดังกล่าวของศาลปกครองสูงสุด เป็นการวางหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองที่สำคัญอีกหลักหนึ่ง กล่าวคือ สัญญาทางปกครอง ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ

จากหลักกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่ ได้วางไว้ว่า สัญญาทางปกครอง ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เป็นที่น่าสังเกตว่า หากจะนำมาประยุกต์ใช้กับกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถตกลงด้วยวาจา กับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อตนผิดสัญญาทางปกครองได้ทันทีหรือไม่ เพียงใด

เมื่อวิเคราะห์คู่สัญญาทางปกครองดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เป็นสัญญาจ้างปรับปรุง และต่อเติมอาคาร อันเป็นสัญญาจ้างทำของชนิดหนึ่ง ตามกฎหมายแพ่ง การที่สัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องมาจากองค์ประกอบพิเศษของสัญญาทางปกครอง ได้แก่ คู่สัญญา ซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นเป็นกรม อันเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ วัตถุประสงค์หนึ่งเป็นอาคารของรัฐ ซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะ หรือกล่าวได้อีกอย่างหนึ่งว่า สัญญาทางปกครองนั้น มีพื้นฐานมาจากสัญญาทางแพ่งนั่นเอง และในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักดังกล่าว โดยนำมาตรา 587 เรื่องจ้างทำของ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาอธิบายเพื่อแก้ไขปัญหาตามสัญญา และวางหลักกฎหมายปกครองดังกล่าว เมื่อในสัญญาทางแพ่ง เรื่องจ้างทำของ มิได้บัญญัติ “แบบ” ในการทำสัญญาเอาไว้ ในสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากสัญญาทางแพ่ง จึงต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการวินิจฉัย หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดวางไว้เรื่อง “แบบ” ของสัญญาดังกล่าว สามารถนำไปใช้ได้กับอีกหลาย ๆ สัญญา ไม่เพียงแต่สัญญาจ้างทำของเท่านั้น แต่สามารถนำไปปรับใช้ได้กับเอกเทศสัญญาทุกชนิดในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

อย่างไรก็ดี กรณีข้อตกลงให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันทีทันใด เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญานั้น ในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ของไทย หาได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ บัญญัติไว้โดยเฉพาะ อย่างเรื่องแบบของสัญญาไม่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งผลของการมีข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทันที คู่สัญญา

¹²²คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546 (ประชุมใหญ่)

ฝ่ายเอกชน จะถูกยึด आयัตร์พีย์สิน ออกขายทอดตลาดทันที อันเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือน สิทธิ เสรีภาพของประชาชน จึงต้องให้มีการทำข้อตกลงดังกล่าว เป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน¹²³

ตามหลักนิติรัฐ สิทธิ เสรีภาพของประชาชน จำต้องได้รับการรับรองคุ้มครองโดย บทบัญญัติของกฎหมาย หากจะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับ ทางปกครองได้ในทันทีทันใด ก็จำเป็นต้องบัญญัติให้ชัดเจนเช่นกันว่า ข้อตกลงดังกล่าวต้องทำเป็น ลายลักษณ์อักษร

4.2.3 ขอบเขตการทำข้อตกลง

ขอบเขตการตกลงให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันทีนั้น จะใช้เฉพาะใน สัญญาที่คู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน หรือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และอีก ฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ และการบังคับด้วยวิธีการยึด आयัตร์พีย์สิน จะมีลักษณะคล้ายกับการออกคำสั่งทาง ปกครอง จึงไม่อาจใช้การตกลงให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองทันที กับคู่สัญญาที่มี ฐานะเท่ากันได้

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่าย รัฐในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ในทันที กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่อง ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดให้ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูง เช่น หัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา โดยเจ้าหน้าที่เหล่านี้ ยังต้องมีคุณสมบัติเพิ่มอีก เช่น มีคุณสมบัติ และความรู้ ความสามารถที่จะเป็นผู้พิพากษาได้ อีกทั้งยังเพิ่มความเข้มข้น โดยการตกลงดังกล่าวนี้ ยังต้อง ได้รับความอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากผลของการทำข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับได้ในทันที จะกระทบกระเทือนต่อ สิทธิ เสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา เจ้าหน้าที่ รัฐผู้เป็นคู่สัญญา จะต้องเป็นผู้ออกหนังสือเตือน ออกคำบังคับ และดำเนินการยึด หรืออายัด และนำทรัพย์สินของเอกชนออกขายทอดตลาด ซึ่งลักษณะของงานดังกล่าว จะมีลักษณะเหมือน ศาล คล้ายกับการใช้อำนาจตุลาการ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเป็นคู่สัญญาในกฎหมายเยอรมัน จึง จำต้องมีคุณสมบัติพิเศษดังกล่าว

¹²³ หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองเยอรมัน ตามมาตรา 57 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดให้การทำสัญญาทางปกครอง ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในประเทศฝรั่งเศส หลักกฎหมายดังกล่าวแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ โดยหลักแล้วสัญญาทางปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจทำด้วยวาจา หรือโดยปริยายก็ได้

การทำสัญญาทางปกครองในประเทศไทย คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะเข้าทำสัญญา โดยปกติก็จะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐระดับสูง หรือหัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งกระทำการในนามของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ อยู่แล้วเช่นกัน เช่น ในสัญญาสัมปทานไปศึกษาต่อต่างประเทศ ตามเอกสารในภาคผนวก เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้สัญญา ได้แก่ เลขานุการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เป็นต้น นอกจากนี้สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง ตามที่ได้ศึกษาไว้ในวิทยานิพนธ์นี้ จะเป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่ซับซ้อน เรียบง่าย ข้อพิพาทตามสิทธิเรียกร้องค่อนข้างชัดเจน หากจะฟ้องเสนอกำฟ้องเพื่อนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ก็มีโอกาสชนะคดีสูง หรือหากเป็นคดีสัญญาประกันตัวผู้ต้องหา ซึ่งเป็นคดีแพ่ง ที่เป็นข้อพิพาทที่ไม่ซับซ้อน เรียบง่าย ลักษณะการผิดสัญญาชัดเจนเช่นเดียวกัน ก็มีแนวคิดว่าจะใช้วิธีการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้พนักงานสอบสวน ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง บังคับชำระหนี้ตามสัญญาประกันตัวผู้ต้องหานั้นได้เอง โดยวิธีการยึด อาศัย ขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ประกัน นำเงินมาชำระหนี้ ในสัญญาประกันตัวผู้ต้องหานี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เป็นคู่สัญญาได้แก่ พนักงานสอบสวน ดังนั้น ในประเด็นผู้ที่จะเป็นผู้สัญญาทางปกครอง โดยมีข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ในทันทีนั้น ในประเทศไทย จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญาให้มีลักษณะพิเศษ ดังเช่นที่กำหนดไว้ในกฎหมายเยอรมัน

4.2.4 กระบวนการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

กระบวนการใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา ก็ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญา ออกหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งผิดสัญญาชำระหนี้ ภายในระยะเวลาอันสมควร¹²⁴ หากล่วงพ้นกำหนดเวลานั้นไปแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงเพิกเฉย ก็ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญาออกคำสั่งให้ยึด อาศัย ขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ หรือเข้ายึดทรัพย์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบได้ในทันที ในชั้นตอนนี้ มีลักษณะคล้ายกับมาตรา 57 ส่วนที่ 8 ว่าด้วยการบังคับทางปกครอง ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ทั้งนี้ การบังคับดังกล่าว ต้องอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพียงเท่าที่จำเป็น โดยมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับ

¹²⁴กำหนดเวลาแค่ไหน เพียงไร จะถือเป็นเวลาอันสมควร ต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นราย ๆ ไป แต่การเตือนว่าให้ชำระหนี้โดยเร็วที่สุด ไม่ถือเป็นระยะเวลาอันสมควร ตามแนววินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่

วัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครองนั้น เพื่อการชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครอง และกระทบกระเทือนต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และประโยชน์สาธารณะ ให้น้อยที่สุด หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่าการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้นไม่ถูกต้อง ก็อาจอุทธรณ์การบังคับนั้น ต่อศาลปกครองได้

เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐคู่สัญญานั้นเอง ซึ่งอาจเทียบได้กับ มาตรา 56 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง มีอำนาจจะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครอง...” เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เป็นคู่สัญญา ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.2.3 ว่า ได้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่แทนหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เป็นองค์กรเดียว มีเพียงเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เดียว ปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐ กรณีนี้ อาจเกิดปัญหาขึ้นได้หรือไม่ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นเพียงคนเดียว จะใช้ความรู้ ความรอบคอบระมัดระวังเพียงพอในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง หากจะมีคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเรื่องเสียก่อน เมื่อพิจารณาได้ความว่าอย่างไร เห็นควรจะใช้มาตรการบังคับแค่ไหนเพียงไร ก็ให้คณะกรรมการดังกล่าวเสนอความเห็นนั้น ไปยังเจ้าหน้าที่รัฐผู้จะออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพื่อเป็นการระดมความคิด เพื่อให้เกิดความรอบคอบ ก่อนจะออกคำสั่ง โดยเจ้าหน้าที่ผู้จะออกคำสั่ง ไม่จำเป็นต้องมีความเห็นเป็นอย่างเดียวกับความเห็นของคณะกรรมการ¹²⁵ คณะกรรมการเช่นว่ามานี้ มีความจำเป็นหรือไม่ เพียงใด

รูปแบบการเสนอความเห็น หรือการมีมติในรูปของคณะกรรมการนั้น มีข้อดี กล่าวคือ เป็นการระดมความรู้ ความคิด จากบุคคลหลาย ๆ คน ซึ่งจะช่วยในการวิเคราะห์ แยกแยะประเด็นปัญหาให้เกิดความรอบคอบ เห็นปัญหาชัดเจน และมีวิธีการแก้ไขปัญหามากหลาย ยิ่งไปกว่านั้น ยังก่อให้เกิดความเชื่อถือ เชื่อมั่นจากสังคมแวดล้อม ว่าความเห็นหรือมติที่ออกมาจากคณะกรรมการนั้น ได้ผ่านขั้นตอนการพิจารณาที่ดีมาแล้ว ความเห็น หรือมตินั้นน่าจะเชื่อถือได้มาก ที่สุดแล้ว การมีความเห็น หรือมติในรูปคณะกรรมการ ยังช่วยลดแรงเสียดทานจากสังคมได้อีกด้วย กล่าวคือ หากความเห็น หรือมติซึ่งออกจากบุคคลเพียงคนเดียว ผู้ออกความเห็น อาจวิตกไปได้ว่า ความเห็นของตนอาจไม่ได้รับการถ่วงถ่วงอย่างเพียงพอ อาจไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม และหากเกิดความรับผิดชอบเพราะความคิดเห็น หรือมติดังกล่าว ผู้

¹²⁵ เทียบเคียงกับกรณีการมีคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ขอใช้เงิน ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๑๕ ซึ่งต้องมีคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิด และคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดในทางแพ่ง ถ่วงถ่วงก่อนออกคำสั่ง

ออกความเห็น หรือมตินั้น อาจออกความเห็น หรือมติไปในทางที่สังคมคาดหวัง มิได้เป็นไปตามความประสงค์แท้จริงของตนก็เป็นได้

อย่างไรก็ดี การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีผิดสัญญาทางปกครองในวิทยานิพนธ์นี้ สัญญาทางปกครองที่จะนำมาใช้มาตรการบังคับได้เองนี้ เป็นสัญญาที่ไม่ซับซ้อน เรียบง่าย หากจะเสนอคำฟ้องเป็นคดีในศาล ก็มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นได้น้อยมาก ดังนั้น ผู้ที่จะออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาทางปกครองเช่นนี้ จึงสมควรให้ลำพังเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เป็นคู่สัญญา เป็นผู้ทำคำสั่งเพียงคนเดียวได้ ทั้งยังจะเป็นการลดขั้นตอน และระยะเวลาที่ต้องใช้ไปในชั้นคณะกรรมการอีกด้วย

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองยึด อาศัย ขายทอดตลาดทรัพย์สิน เพื่อบังคับชำระหนี้ นั้น ส่วนราชการที่ทำหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง ได้แก่ กรมบังคับคดี สังกัดกระทรวงยุติธรรม¹²⁶ เมื่อศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งแล้ว เพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง ในกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าพนักงานบังคับคดี จะเข้าดำเนินการบังคับเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ดี เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ในคดีล้มละลาย แม้จะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะ แต่ก็อยู่ในขอบเขตอำนาจศาลยุติธรรม ซึ่งใช้อำนาจตุลาการเท่านั้น หากได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามมาตรการบังคับทางปกครอง ซึ่งใช้อำนาจปกครองด้วยไม่ หน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครอง จึงต้องเป็นหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ ซึ่งอยู่ในสังกัดของคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั่นเอง

ตัวอย่างเช่นในกรณีของกรมสรรพากร กรณีมีหนี้ภาษีอากรค้างชำระ ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องที่เป็นการชำระเงิน มาตรา 12 แห่งประมวลรัษฎากร¹²⁷ ให้อำนาจกรมสรรพากร ใช้

¹²⁶พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545, มาตรา 32 และมาตรา 33.

¹²⁷12 ภาษีอากรซึ่งต้องเสียหรือนำส่งตามลักษณะนี้เมื่อถึงกำหนด ชำระแล้ว ถ้ามิได้เสียหรือนำส่งให้ถือเป็นภาษีอากรค้าง

เพื่อให้ได้รับชำระภาษีอากรค้าง ให้อธิบดีมีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดและ การขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ต้องรับผิดชอบภาษีอากร หรือนำส่งภาษี อากรได้ทั่วราชอาณาจักร โดยมีต้องขอให้ศาลออกหมายยึดหรือสั่งอำนาจ ดังกล่าวอธิบดีจะมอบให้รองอธิบดีหรือสรรพากรเขตก็ได้

ในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานครให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนาย อำเภอมืออำนาจเช่นเดียวกับอธิบดีตามวรรคสอง ภายในเขตท้องที่จังหวัด หรืออำเภอนั้น แต่สำหรับนายอำเภอนั้นจะใช้อำนาจสั่งขายทอดตลาดได้ ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัด

วิธีการยึดและขายทอดตลาดทรัพย์สิน ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม ส่วนวิธีการอายัดให้ปฏิบัติตามระเบียบ ที่อธิบดีกำหนดโดยอนุมัติรัฐมนตรี

มาตรการบังคับ ยึด อาศัย ขายทอดตลาดทรัพย์สินผู้ค้างชำระ นำเงินมาชำระภาษีอากรที่ค้าง และเบี้ยปรับได้ หน่วยงานที่มีหน้าที่ดังกล่าวโดยตรงได้แก่ ฝ่ายกฎหมาย และเร่งรัดภาษีอากร ค้าง ซึ่งหน่วยงานดังกล่าว จะออกหนังสือเตือนให้ผู้ค้างชำระ นำเงินมาชำระภายในระยะเวลาอัน สมควร หากผู้ค้างชำระเพิกเฉย เจ้าหน้าที่เร่งรัด ก็จะเข้ายึด อาศัยทรัพย์ เช่น ที่ดิน บัญชีเงิน ฝาก โดยการทำหนังสือถึงกรมที่ดิน หรือธนาคารต่าง ๆ เพื่อสืบทราบว่ามีผู้ค้างชำระภาษีมี ทรัพย์สินอยู่ ณ ที่ใด หลังจากนั้น เจ้าพนักงานเร่งรัด ก็จะมีหนังสือถึงอธิบดีกรมสรรพากร ให้ มีคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และมอบอำนาจให้ตน มีอำนาจยึด อาศัย ขายทอดตลาด ทรัพย์สินดังกล่าว หากเป็นที่ดิน เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจ ก็จะส่งประกาศยึด อาศัยให้เจ้า พนักงานที่ดิน เพื่อให้เจ้าพนักงานที่ดิน ลงรายการในสารบบที่ดินว่าได้มีการยึดโดย กรมสรรพากรแล้ว ที่ดินโฉนดดังกล่าว ก็จะไม่สามารถจำหน่ายโอนได้อีก และขอให้เจ้า พนักงานผู้รับมอบอำนาจประกาศขายทอดตลาดในเวลาต่อมา หากเป็นบัญชีเงินฝาก เจ้า พนักงานผู้รับมอบอำนาจ ก็จะส่งคำสั่งอายัดไปยังธนาคาร ธนาคารก็จะส่งจ่ายเช็คเงินสด จำนวน เงินตามที่มีอยู่ในบัญชี มอบให้แก่เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจ¹²⁸ เป็นต้น

หากเทียบกับกรณีสัญญาเรียนการศึกษา เมื่อข้าราชการผู้ได้รับทุนสำเร็จการศึกษา กลับมาแล้ว หากข้าราชการผู้นั้น ไม่ปฏิบัติงานชดใช้ทุน หรือปฏิบัติงานแต่ไม่ครบกำหนด ระยะเวลา เจ้าหน้าที่ผู้จะทำกรยึด อาศัย ขายทอดตลาด ก็จะให้แก่เจ้าพนักงานในสังกัดของ คู่สัญญาฝ่ายปกครองนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น ข้าราชการฝ่ายกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) เป็นผู้รับมอบอำนาจจากเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน มายึด อาศัยทรัพย์สิน หากเป็นสิทธิเรียกร้องที่ข้าราชการผู้รับทุน มีอยู่กับหน่วยงานในสังกัดอยู่ แล้ว เช่น เงินเดือน เงินสงเคราะห์ต่าง ๆ ซึ่งข้าราชการผู้นั้นจะได้รับหลังจากเกษียณอายุราชการ หรือหลังจากออกจากราชการ¹²⁹ เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจ ก็อาจใช้วิธีอายัดเงินดังกล่าว เพื่อให้หน่วยงานในสังกัดข้าราชการผู้รับทุน ส่งมอบเงินดังกล่าว แก่สำนักงานคณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือน หากยังไม่พอชำระหนี้ เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจ ก็อาจดำเนินการขึ้น ต่อไปโดยการยึด อาศัยทรัพย์สินต่าง ๆ ของข้าราชการผู้รับทุนต่อไป เป็นต้น

ส่วนวิธีการยึด อาศัย และขายทอดตลาดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งผิคนัด ก็ ให้ปฏิบัติไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

¹²⁸ระเบียบกรมสรรพากร ว่าด้วยการเร่งรัดจัดเก็บภาษีอากรค้าง พ.ศ. 2545

¹²⁹เช่น เงินกองทุนบำเหน็จ บำนาญข้าราชการ หรือ เงินค่าหุ้น เงินปันผลจากสหกรณ์ออมทรัพย์ เป็น

หมายถึง การนำบทบัญญัติในภาค 4 ลักษณะ 2 การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง มาตรา 271 ถึง 323 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ

ตัวอย่างการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีผิดสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญา รัฐบาล คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ และ (ร่าง) ระเบียบ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ว่าด้วยการชดใช้ทุนของรัฐบาล พ.ศ. (โปรดดู ภาคผนวกประกอบ) ซึ่ง รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ในฐานะที่ปรึกษาโครงการปรับปรุง สัญญาของสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ได้ให้คำแนะนำคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในการร่างสัญญา และระเบียบดังกล่าว ให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ดังนี้

ในสัญญาข้อ 6 ข้อ 8 วรรคสอง และข้อ 11 จะมีข้อความทำนองเดียวกัน กล่าวคือ หากผู้รับทุนไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่น ไม่เดินทางไปศึกษา ไปแล้วไม่ตั้งใจศึกษา หรือ ยุติการศึกษา หรือไม่กลับประเทศไทย หรือไม่ยอมเข้ารับราชการ ผู้รับทุนยินยอมรับผิดชอบชดใช้ทุนที่ ก.พ. ได้จ่ายไปแล้วทั้งสิ้น กับใช้เงินเบี้ยปรับแก่ ก.พ.ทันที และให้เป็นไปตามระเบียบว่า ด้วยการชดใช้ทุน พ.ศ. ที่ร่างขึ้นใหม่ โดยในเนื้อหาของระเบียบดังกล่าว ในข้อ 13 ได้กำหนดว่า “เมื่อหัวหน้าส่วนราชการมีคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับทุนชดใช้ค่าเสียหายตาม สัญญา เมื่อถึงกำหนดแล้ว ไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้ส่วนราชการที่ได้รับความเสียหายดำเนินการไปตามคำสั่งทางปกครอง ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ซึ่ง วิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง นั่นก็คือ การบังคับทางปกครอง ให้ชำระเงิน ตามมาตรา 57 นั่นเอง

4.3 การปรับปรุงกฎหมายเพื่อใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาการใช้มาตรการบังคับทางปกครองของต่างประเทศ ประเภทของสัญญา ที่น่าจะให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ และวิเคราะห์การนำกลไกการใช้ มาตรการบังคับทางปกครองของประเทศเยอรมันมาใช้ในประเทศไทย เพื่อนำผลการศึกษานี้ไปสู่ การปฏิบัติได้จริง มีความเหมาะสม และมีประสิทธิภาพ ผู้ศึกษาจึงขอเสนอให้มีการปรับปรุง กฎหมาย ดังนี้

1) ให้มีการเพิ่มหมวด 6 ลงในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยใช้ชื่อหมวดว่า สัญญาทางปกครอง และเพิ่มส่วน ว่าด้วย “มาตรการบังคับทาง ปกครองในสัญญาทางปกครอง”

เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง เป็นกระบวนการ พิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ จึงสมควรที่จะเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าวให้อยู่ในพระราชบัญญัติวิธี

ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ แม้มตรา 57 ส่วนที่ 8 จะเป็นบทบัญญัติที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในการใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครอง แต่บทบัญญัติที่สมควรเพิ่มเติมไม่อาจจะอยู่ในส่วนที่ 8 ด้วยได้ เนื่องจาก ส่วนที่ 8 อยู่ภายใต้หมวด 2 ว่าด้วยคำสั่งทางปกครอง แต่การใช้มาตรการบังคับทางปกครองในวิทยานิพนธ์นี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นอกจากนั้น การใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับสัญญาทางปกครอง ยังมีเนื้อหาที่ต้องบัญญัติเพิ่มเติม เช่น การมีข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที และเรื่องประเภทของสิทธิเรียกร้องที่สามารถใช้มาตรการบังคับได้ทันทีอีกด้วย การใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับสัญญาทางปกครอง จึงต้องบัญญัติเป็นส่วนใหม่ ภายใต้หมวด 6 ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

2) เนื้อหาในหมวด 6 ตามข้อ 1) ได้แก่ สัญญาทางปกครองที่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาแล้ว จะมีวัตถุประสงค์เป็นการบังคับคดีเป็นการชำระเงินจำนวนแน่นอน ตามข้อสัญญาเป็นหนังสือ และสัญญานั้นมีข้อความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที โดยไม่ต้องนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ให้หัวหน้าส่วนราชการซึ่งเป็นคู่สัญญามีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระ ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 เดือน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิกเฉย หัวหน้าส่วนราชการผู้นั้น อาจออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยยึด หรืออายัดทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือผู้ค้ำประกัน และขายทอดตลาด เพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน วิธีการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

ในสัญญาทางปกครองที่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาแล้ว จะมีวัตถุประสงค์เป็นการส่งมอบทรัพย์สิน และสัญญานั้น มีข้อความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ให้หัวหน้าส่วนราชการซึ่งเป็นคู่สัญญามีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนส่งมอบทรัพย์สินนั้น ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 เดือน หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิกเฉย หัวหน้าส่วนราชการผู้นั้น อาจออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยเข้ายึด อายัดทรัพย์สินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องส่งมอบตามสัญญา ได้ทันที วิธีการยึด อายัด ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

3) หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งถูกบังคับตามมาตรการบังคับทางปกครองเห็นว่าการใช้มาตรการบังคับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่กรณีเช่นว่านั้น อาจอุทธรณ์การบังคับนั้นต่อศาลปกครองได้