

บทที่ ๑

บทนำ

๑.๑ ประเด็นการศึกษา

กรมชลประทานมีภารกิจหลักดำเนินการจัดให้ได้มาซึ่งน้ำ หรือกัก เก็บรักษา ควบคุม ส่งระบาย หรือแบ่งน้ำ เพื่อเกษตรกรรม การพลังงาน การสาธารณสุข โภกกิจ หรืออุตสาหกรรม ดำเนินการเกี่ยวกับการป้องกันความเสียหายอันเกิดจากน้ำ ความปลอดภัยของเขื่อนและอาคารประกอบ การคมนาคมทางน้ำ ซึ่งอยู่ในเขตชลประทาน ตลอดจนดำเนินการเกี่ยวกับกิจกรรมพิเศษต่าง ๆ ที่ไม่ได้เป็นแผนงานประจำปีของกรมชลประทาน

การจัดหาที่ดินเป็นกระบวนการให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการก่อสร้างโครงการชลประทานอันเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการตอบสนองภารกิจหลักของกรมชลประทาน หากดำเนินการจัดหาที่ดินไม่สำเร็จจลุล่วงก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการก่อสร้าง ส่งน้ำบำรุงรักษา ดำเนินการเกี่ยวกับการป้องกันความเสียหายอันเกิดจากน้ำ และกิจกรรมอื่น ๆ ของกรมชลประทานได้ แต่การจัดหาที่ดินย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนถึงขนาดพรากเอากรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนตกเป็นของรัฐโดยเอกชนไม่จำเป็นต้องสมัครใจยินยอม การจัดหาที่ดินถือเป็นการปฏิบัติราชการทางปกครองอันเป็นการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามมาตรา ๕ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองอันเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนเพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะแต่จะต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนควบคู่อย่างสมดุล ในการดำเนินงานจัดหาที่ดินมีบางกรณีซึ่งเจ้าหน้าที่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายได้มีต้องฟ้องคดีต่อศาลโดยออกคำสั่งทางปกครองและใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผล แต่การออกคำสั่งทางปกครองต้องใช้ฐานอำนาจตามกฎหมายและดุลยพินิจในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุผลของคำสั่งทางปกครอง โดยให้กระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด ในเรื่องนี้ยังไม่มีระเบียบเป็นมาตรฐานกลางในการปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างชัดเจน หน่วยงานราชการต่างตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตน

และปฏิบัติไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน กอปรกับเจ้าหน้าที่อาจยังไม่เข้าใจเพียงพอ ขาดประสบการณ์ ขาดความเชี่ยวชาญ จึงไม่กล้าตัดสินใจในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพราะหากเกิดความผิดพลาดเจ้าหน้าที่อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. ๒๕๓๙ ดังนั้นจึงต้องทำการศึกษาและพัฒนาการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงานจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน

๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา

๑.๒.๑ เพื่อศึกษากฎหมาย กฎ และมติคณะรัฐมนตรี ที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน

๑.๒.๒ เพื่อศึกษาหลักการ แนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของการใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน

๑.๒.๓ เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ ขั้นตอน อันเป็นสาระสำคัญในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน

๑.๒.๔ เพื่อวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาในทางปฏิบัติและแนวทางแก้ไขปัญหาในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน

๒.๕ เพื่อให้ได้ข้อสรุปในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้อย่างถูกต้องรวดเร็วมีประสิทธิภาพ และได้ดุลยภาพระหว่างเอกสิทธิ์ของกรมชลประทานในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชน

๑.๓ ขอบเขตของการศึกษา

คณะผู้ศึกษาทำการศึกษาเฉพาะมาตรการบังคับทางปกครอง(Enforcement of an Administrative) ในกระบวนการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน เพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพในการเข้าครอบครองหรือใช้อสังหาริมทรัพย์ดำเนินการก่อสร้างโครงการชลประทานกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนที่ถูกเขตชลประทาน แต่การที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองจะต้องมีคำสั่งทางปกครองเสียก่อน หากผู้อยู่ใต้คำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น จึงใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้คำสั่งบรรลุผล กอปรกับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีกฎหมายรองรับ จึงต้องทำการศึกษาวงจรในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเริ่มตั้งแต่กฎหมาย กฎ คำสั่งทางปกครอง และมาตรการบังคับทางปกครอง เพื่อทำการวิเคราะห์ให้ทราบถึงปัญหาข้อกฎหมายซึ่งมาตรการบังคับทางปกครองมีปรากฏอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ ที่อาจมีความ

แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตามมาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะเหล่านี้จะต้องมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่ามาตรฐานกลางตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ มาตรา ๓ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้” และเพื่อให้ทราบถึงปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งอาจมีความแตกต่างกันในแต่ละกรณี กอปรกับกรมชลประทานยังไม่มีระเบียบปฏิบัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่ที่ต่างตีความกฎหมายและปฏิบัติแตกต่างกันตามสถานการณ์ จึงจำเป็นต้องทำการศึกษาเรื่องนี้อย่างจริงจังเพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และจัดทำระเบียบกรมชลประทานว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดทำที่ดินเพื่อการชลประทาน ให้เจ้าหน้าที่ถือปฏิบัติเป็นมาตรฐานเดียวกัน อันเป็นหลักประกันได้ว่าเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์ขั้นตอน อันเป็นสาระสำคัญ ตามระเบียบดังกล่าว อีกทั้งมีความชัดเจนซึ่งผู้อยู่ใต้คำสั่งทางปกครองสามารถตรวจสอบได้ว่าเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติถูกต้องตามระเบียบดังกล่าวหรือไม่ และอาจเป็นนวัตกรรมซึ่งเป็นแบบอย่างให้หน่วยงานอื่นๆ ได้ยึดถือปฏิบัติตามต่อไป

๑.๔ ระเบียบวิธีการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ใช้วิธีการ แยกแยะ แจกแจง องค์ความรู้ในชั้นปฐมภูมิ (Primary document) จาก ตั๋วบทกฎหมาย คำพิพากษา และเอกสารอื่น ๆ ในองค์ความรู้ชั้นทุติยภูมิ (Secondary document) ได้แก่ ผลการวิจัย หนังสือ บทความ ตำรา และเอกสารต่าง ๆ ในรูปแบบอื่น รวมทั้งอินเทอร์เน็ต

๑.๕ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

๑.๕.๑ ทำให้เกิดประสิทธิภาพในการเข้าครอบครองหรือใช้สิทธิกรรมสิทธิ์ดำเนินการก่อสร้างได้ตามแผนงานและงบประมาณที่กำหนดไว้

๑.๕.๒ เป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมาย หรือถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

๑.๕.๓ เอกชนสามารถตรวจสอบการปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน ได้โดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อุทธรณ์การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำดังกล่าว

๑.๕.๔ เป็นแบบอย่างแนวทางปฏิบัติในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองให้หน่วยงานราชการอื่น ๆ ถือปฏิบัติตาม

๑.๕.๕ เป็นการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี เกิดความผาสุกแก่ประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ มีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในภารกิจของรัฐ ไม่มีขั้นตอนการปฏิบัติงานเกินความจำเป็น

บทที่ ๒

สภาพปัญหาและข้อเท็จจริงของเรื่องที่ศึกษา

การจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน เป็นกระบวนการงานได้มาซึ่งที่ดินเพื่อกิจการชลประทาน โดยมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาแหล่งน้ำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยการเก็บกักเก็บรักษา ควบคุม ส่ง ระบาย หรือแบ่งน้ำ เพื่อเกษตรกรรมการผลิต การสาธารณสุข โภค หรืออุตสาหกรรม ดำเนินการเกี่ยวกับการป้องกันความเสียหายอันเกิดจากน้ำ ความปลอดภัยของเขื่อนและอาคารประกอบ การคมนาคมทางน้ำ ซึ่งอยู่ในเขตชลประทาน ตลอดจนดำเนินการเกี่ยวกับกิจกรรมพิเศษต่าง ๆ ที่ไม่ได้เป็นแผนงานประจำปีของกรมชลประทาน เกี่ยวข้องกับที่ดินมีหนังสือแสดงสิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดิน และที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการไม่มีหนังสือแสดงสิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดิน กรมชลประทานได้มาโดยวิธีเจรจาตกลงซื้อขาย การเวนคืน การรับอุทิศที่ดิน และการขอใช้ที่ดินจากหน่วยงานราชการซึ่งครองครองดูแลรักษาใช้ประโยชน์

ที่ดินนั้นโดยจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ราษฎรซึ่งครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินนั้น การดำเนินงานดังกล่าวมีสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน ดังนี้

๒.๑ ปัญหาด้านเนื้อหาและรูปแบบ

การจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน เป็นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้

หลักการใช้อำนาจทางปกครองเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง จะต้องมิทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองจึงจะกระทำได้แต่มีบางกรณีมีปัญหาด้านเนื้อหาของกฎหมายซึ่งยังไม่ชัดเจนหรือมิได้กำหนดรูปแบบขั้นตอนการดำเนินงานไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะปัญหาการใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน ดังนี้

(๑) **ที่ดินมีหนังสือแสดงสิทธิ** คือ ที่ดินซึ่งมีหนังสือสำคัญแสดงสิทธิในที่ดิน แบ่งออกเป็น ๒ ประเภท

(๑.๑) ที่ดินซึ่งมีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา ๑ “โฉนดที่ดิน” หมายความว่า หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน และให้หมายความรวมถึง โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว

(๑.๒) ที่ดินซึ่งมีหนังสือแสดงสิทธิครอบครอง ได้แก่” หนังสือรับรองการทำประโยชน์ ใบจอง ใบเหยียบย่ำ

ที่ดินมีหนังสือแสดงสิทธิ การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการชลประทาน ดำเนินการจัดหาที่ดิน ๓ วิธี มีสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงการดำเนินงาน ดังนี้

๑) **ปัญหาการเจรจาตกลงซื้อขายที่ดิน** ตามนัยหนังสือกรมสารบรรณ คณะรัฐมนตรี ฝ่ายบริหาร ที่ นว. ๑๕๕/๒๕๐๐ ลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๐๐ เรื่องการเวนคืนที่ดินของทางราชการ คณะรัฐมนตรีมีมติให้กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ ถือเป็นหลักปฏิบัติ ในการที่จะเวนคืนที่ดินเพื่อการอะไร ให้จัดทำโครงการที่จะใช้ที่ดินนั้นให้ถี่ถ้วน และให้กำหนดที่ดินที่จะเวนคืนอย่างประหยัด เพื่อให้ราษฎรเดือดร้อนน้อยที่สุด และจะต้องเตรียมงบประมาณเกี่ยวกับการนั้นให้เรียบร้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งงบประมาณเงินค่าทดแทนที่ดินที่จะเวนคืน แล้วให้ปรึกษาทำความเข้าใจกับราษฎรเจ้าของที่ดินที่จะต้องทำตามโครงการนั้นเสียก่อน ถ้าตกลงซื้อขายกันได้ก็ไม่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติเวนคืน หากตกลงซื้อขายกันไม่ได้และทางราชการจำเป็นต้องใช้ที่ดิน

นั้นจึงออกพระราชบัญญัติเวนคืน ประกอบกับหนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ ๒๘๕๐/๒๕๐๓ ลงวันที่ ๒๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๐๓ แจ้งผู้ว่าราชการจังหวัด วางแนวทางปฏิบัติในการเจรจาตกลงซื้อขายที่ดินตามนัยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงควรจะได้ถือหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เช่น คณะกรรมการ และการกำหนดค่าทดแทนเพื่อใช้เป็นหลักในการเจรจากับเจ้าของที่ดิน และปัจจุบันได้มีคำสั่งกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ที่ ๔๒๖/๒๕๕๒ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๒ เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการจัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน คณะกรรมการประกอบด้วย นายอำเภอท้องที่ที่เกี่ยวข้อง เป็นประธานกรรมการ หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานที่ดินจังหวัด หรือ หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานที่ดินจังหวัดสาขาที่เกี่ยวข้อง ประธานสภาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง เป็นกรรมการ และหัวหน้าฝ่ายจัดหาที่ดิน กองกฎหมายและที่ดิน กรมชลประทาน เป็นกรรมการและเลขานุการ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ (๑) จัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินที่ถูกเขตงานก่อสร้างโครงการชลประทาน ตามนัยพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน พ.ศ.๒๕๓๐ และที่แก้ไขเพิ่มเติม (๒) ตรวจสอบทรัพย์สินและเจรจาทำความตกลงซื้อขายกับราษฎรเจ้าของที่ดินที่ถูกเขตก่อสร้างโครงการชลประทาน และพิจารณาคำร้องเรียนของราษฎรเกี่ยวกับการจัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน (๓) ควบคุมการจ่ายเงินให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด (๔) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อตรวจสอบทรัพย์สินทุกชนิด หรือคณะอนุกรรมการเพื่อปฏิบัติงานอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร

การเจรจาตกลงซื้อขายที่ดินเพื่อการชลประทาน มีปัญหา ดังนี้

๑.๑) กรณีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์สมัครใจตกลงทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินกับกรมชลประทานตามราคาค่าทดแทนที่คณะกรรมการกำหนดไว้ แต่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน คือ ไม่ยินยอมรับเงินค่าทดแทนและไม่ยินยอมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโอนอสังหาริมทรัพย์แก่กรมชานารักษ์ (เพื่อประโยชน์แก่การชลประทาน) กรมชลประทานจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้หรือไม่

๑.๒) กรณีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายสมัครใจตกลงทำสัญญาซื้อขายที่ดิน และจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมขายหรือแบ่งขายที่ดินพร้อมทั้งได้จ่ายเงินค่าทดแทนที่ดินเสร็จเรียบร้อยแล้ว กรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินโอนแก่ทางราชการแล้ว แต่ไม่ปฏิบัติตามบันทึกสำรวจเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับต้นไม้ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง และทรัพย์สินอื่น ๆ (ท.ด. ๐๑) ข้อ ๓ “ข้าพเจ้าตกลงรับเงินค่าทดแทนและทราบดีว่าจำนวนเงินค่าทดแทนตามข้อ ๒ เป็นค่าทดแทนคำรื้อย้ายอันเป็นหน้าที่ของข้าพเจ้าจะต้องรื้อย้ายทรัพย์สิน

ออกไปจากที่ดินภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับเงินค่าทดแทน” กรมชลประทานจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการเข้าครอบครองหรือใช้อสังหาริมทรัพย์ได้หรือไม่

๒) ปัญหาการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

๒.๑) กรณีการเข้าครอบครองหรือใช้อสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา ๑๓๓ วรรคสาม ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างขนย้ายทรัพย์สินหรือดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับกิจการที่จะต้องมีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น เมื่อได้จ่ายเงินหรือวางเงินค่าทดแทนตามวรรคสองแล้ว ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายดำเนินการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง ขนย้ายทรัพย์สิน หรือดำเนินการดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันที่ได้ส่งหนังสือแจ้ง ถ้าเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ดำเนินการภายในเวลาที่กำหนด ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจดำเนินการเช่นนั้นได้เอง โดยให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย กรณีนี้หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งสิ่งปลูกสร้างหรือทรัพย์สินไม่ยินยอมเสียค่าใช้จ่ายดังกล่าว เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองบังคับเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายนั้นได้หรือไม่

๒.๒) กรณีตราพระราชบัญญัติเวนคืนและมีผลใช้บังคับแล้วในการจะจ่ายหรือวางเงินค่าทดแทนซึ่งเพนอสังหาริมทรัพย์ที่อาจรื้อถอนออกไปได้ ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จ่ายเงินค่าทดแทนให้สามในสี่ก่อน และแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายรื้อถอนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวออกไปภายในเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ถ้าเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่รื้อถอนออกไปภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้ารื้อถอนได้โดยหักค่าใช้จ่ายเพื่อการนี้ออกจากเงินค่าทดแทนที่ควรจะได้รับ แล้วจึงจ่ายหรือวางเงินค่าทดแทนส่วนที่เหลือให้ กรณีนี้ยังคงมีปัญหาในข้อเท็จจริงว่าหากเจ้าหน้าที่หักค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนทรัพย์สินจากเงินค่าทดแทนส่วนที่ยังมิได้จ่ายจำนวนหนึ่งในสี่ส่วนโดยที่เงินดังกล่าวไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายในการที่เจ้าหน้าที่ได้ทำการรื้อถอนเองนั้น เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองให้เจ้าของทรัพย์สินชดใช้เงินค่าใช้จ่ายได้เต็มจำนวนค่ารื้อถอนได้หรือไม่

๒.๓) กรณีผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมีข้อกำหนดในสัญญาหากผลการรังวัดที่ดินมีเนื้อที่น้อย

กว่าหรือมากกว่าเนื้อที่ดินที่ได้จ่ายเงินไปแล้ว ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ที่จะต้องจ่ายเงินค่าทดแทนที่ดินเพิ่มหรือเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งที่ดินมีหน้าที่คืนเงินค่าทดแทนอัตราเดียวกับค่าทดแทนที่ดินซึ่งได้จ่ายเงินไปแล้วนั้น อาจมีปัญหากรณีเรียกคืนเงินตามสัญญาดังกล่าวหากเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ปฏิบัติตามจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้หรือไม่

๓.) ปัญหาข้อกฎหมาย พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๒ อาจมีปัญหาข้อกฎหมายว่าฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้สิทธิฟ้องคดีพาทต่อศาลปกครองเพื่อให้บังคับต่อเอกชนหรือไม่ และมาตรา ๗๒ (๕) วางหลักให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับสั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนมีแนวคำพิพากษาศาลปกครองมีคำสั่งหรือคำพิพากษาบังคับให้เอกชนกระทำตามค่าบังคับนั้น อันอาจไม่สอดคล้องหลักกฎหมายมหาชน

๔. การรับอุทธรณ์ที่ดิน ไม่มีปัญหาในการเข้าครอบครองหรือใช้สิ่งสาธารณทรัพย์เพราะเป็นความสมัครใจของเจ้าของที่ดินในการอุทธรณ์ที่ดินให้แก่กรมชลประทาน

(๒) ที่ดินไม่มีหนังสือแสดงสิทธิ (ไม่มีเอกสารสิทธิ) การจัดหาที่ดินโดยจ่ายเงินค่าทดแทนตามหลักเกณฑ์มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2532 เพื่อเป็นการช่วยเหลือบรรเทาความเดือดร้อนแก่ราษฎรที่ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินไม่มีเอกสารสิทธิอยู่ในเขตสวนหวงห้ามของทางราชการซึ่งถูกเขตโครงการก่อสร้างชลประทาน กรณีราษฎรไม่ยินยอมรับเงินค่าทดแทนหรือรับเงินค่าทดแทนเรียบร้อยแล้ว แต่ไม่ยินยอมออกไปจากที่ดินดังกล่าว กรมชลประทานจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองเข้าครอบครองหรือใช้ที่ดินนั้นได้หรือไม่

๒.๒ ปัญหาด้านบุคลากร

เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นกฎหมายปกครองอันเป็นสาขาของกฎหมายมหาชน มีปรัชญา แนวคิด และนิติวิธี แตกต่างกับกฎหมายเอกชน พระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายซึ่งกำหนดมาตรฐานกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง อาจเป็นเรื่องใหม่ของเจ้าหน้าที่กรมชลประทาน การจัดหาที่ดินถือเป็นการปฏิบัติราชการทางปกครอง รัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ ย่อมมีเอกสิทธิ์ตามกฎหมายเหนือกว่าเอกชนเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงานอันมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่จะต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนควบคู่อย่างสมดุล เครื่องมือที่สำคัญของฝ่ายปกครอง คือนิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ กฎ คำสั่ง และมาตรการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่จัดหาที่ดินจะต้องปฏิบัติตาม

บทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช ๒๔๘๕ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดมาตรฐานกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง การใช้อำนาจตามกฎหมายเจ้าหน้าที่จัดหาที่ดินจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้องเหมาะสม ตามปรัชญา แนวความคิด และนิติวิธีทางกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง มาตรา ๕๖ วรรคสอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ วางหลักให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด การใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน ยังไม่มีระเบียบปฏิบัติที่ชัดเจน กอปรกับเจ้าหน้าที่ยังไม่มีคำสั่งสมประสงค์และความเชี่ยวชาญในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

๒.๓ ปัญหาด้านการใช้ดุลพินิจ¹

โดยหลักทั่วไปการบังคับใช้กฎหมายจะต้องมีการให้อำนาจไว้ให้ชัดเจน แต่การใช้กฎหมายปกครองนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนืออำนาจกว่าเอกชนหรือผู้ถูกปกครอง ดังนั้นการให้อำนาจจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจโดยชัดเจน การที่กฎหมายให้ใช้ดุลพินิจถือเป็นสิ่งอันตรายแก่ฝ่ายปกครองที่จะหลงในอำนาจ ดังนั้นจึงต้องมีการถ่วงดุลการให้อำนาจของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการอุทธรณ์คำสั่ง หรือฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครอง เป็นต้น

ดุลพินิจ ตามความหมายของกฎหมายปกครองหมายถึงความถึง อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดจากความหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างอิสระ ดังนั้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็คืออำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจที่จะกระทำการได้หลายอย่างเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีและบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

¹เฉลิมศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์, ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง, www.stabundamrong.go.th หน้า ๖-๑๐.

เหตุที่กฎหมายจะต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เนื่องจากเป็นข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจจะตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในทุกเรื่องทุกกรณี จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้กฎหมายจึงเป็นการนำกฎหมายมาใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว โดยมีหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องอะไร มีหลักกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร ข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นหรือไม่ และถ้าข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นแล้วมีผลอย่างไร เมื่อใดฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองเลือกได้หลายทางในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากตัดสินใจเลือกกระทำการไปทางหนึ่งทางใดโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการใดเพียงทางเดียว โดยไม่ให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีนี้ ถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ จึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองไว้นั่นเอง

ความอิสระในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจทำให้เข้าใจผิดว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกตัดสินใจได้หลายทางเพื่อต้องการให้ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้กฎหมาย สามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง อย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและการให้เหตุผลประกอบการพิจารณาตัดสินใจอย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นกรอบหรือหลักทั่วไปในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และ ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ส่วนความอิสระในที่นี้หมายถึง ความอิสระในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ ต้องมีความเป็นกลาง มีความโปร่งใส และมีความเป็นธรรม ความอิสระในการใช้ดุลพินิจมิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจอย่างไรๆ ก็ได้ตามอำเภอใจ การที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือไม่

กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำเภอใจไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจแต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย เริ่มจากการพิจารณาคำร้องหรือคำขอว่าได้ยื่นถูกต้องตามแบบ ขั้นตอน และระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ก่อนมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำร้องหรือคำขอ เมื่อได้รับคำร้องไว้พิจารณาแล้วต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างอิสระ เป็นกลาง โปร่งใส ไม่ปิดป้องนวัตฤประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ใช่อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขณะเดียวกันจะต้องสงวนและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวมด้วย นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางไว้เป็นแนวปฏิบัติ ต้องใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุมีผลและไม่ขัดกับหลักกฎหมาย ส่วนการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เป็นการใช้อำนาจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ไม่สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แต่ละกรณี รวมถึงการใช้อำนาจไม่เป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำ (Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดความสัมพันธ์ของผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองให้เกิดความสมดุลสมเหตุสมผลพอเหมาะพอควรแก่กรณี ได้แก่ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือการใช้อำนาจให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามกฎหมาย หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) ต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดหรือทำให้รัฐเสียหายน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) หากผลของคำสั่งทางปกครองเกิดประโยชน์ต่อส่วนรมน้อยมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ประชาชนได้รับ

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือกในการตัดสินใจกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดเพื่อปรับใช้กฎหมายให้มีความสอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามยุคตามสมัยเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ตามกฎหมาย การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงใดๆ มีความเป็นกลาง โปร่งใส เป็นธรรม และมีเหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจที่เหมาะสมตรวจสอบได้ ซึ่งต่างกับการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพราะการใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจแต่เป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยไม่ชอบก็อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วย

กฎหมายโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง ศาลปกครอง หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และอาจต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยจากผลการกระทำนั้นได้

อำนาจที่สำคัญของฝ่ายปกครอง คือ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจนเมื่อข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบ เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ ส่วนอำนาจดุลพินิจ(Discretionary Power) เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายได้อย่างชัดเจนครอบคลุมได้ทั้งหมดจึงได้กำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายไว้อย่างกว้างๆแล้วให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจเพื่อให้บรรลุผลตามความมุ่งหมายหรือตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้อำนาจดุลพินิจเป็นไปตามหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม จะต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น อาจมีความเบี่ยงเบนของการใช้อำนาจดุลพินิจซึ่งมีปัจจัยมาจากภูมิหลัง ความเชื่อ ทศนคติ และกระบวนการกล่อมเกลாதงสังคมของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ดังนั้นดุลพินิจในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองจึงอาจมีความแตกต่างกันบ้าง ทั้งนี้มาตรา ๕๖ วรรคสอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ วางหลักให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงพอที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุดเพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผล จึงเป็นปัญหาความถูกต้อง เหมาะสม ของการใช้ดุลพินิจในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผล ทั้งนี้เพื่อคุณภาพระหว่างประสิทธิภาพในการดำเนินงานของทางราชการกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนอย่างสมดุล

บทที่ ๓

หลักการ ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน เป็นกระบวนการให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการก่อสร้างโครงการชลประทาน โดยวิธีเจรจาตกลงซื้อขายที่ดิน การเวนคืน การรับอุทิศที่ดิน และการขอใช้ที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการจากหน่วยงานราชการที่ครอบครองดูแลที่ดินนั้นตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การดำเนินงานดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิในที่ดินของเอกชนถึงขนาด

พรากเอากรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนตกเป็นของรัฐ อาจส่งผลกระทบต่อเอกชนด้านวิถีชีวิต ความมั่นคงแห่งสิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ หรือการครอบครองที่ดิน ตลอดจนจนกระบวนการฟื้นฟูอาชีพให้กลับสู่ฐานะเดิม ดังนั้นค่าทดแทนที่เป็นธรรมถือเป็นหลักประกันที่สำคัญของเอกชนในการต้องสูญเสียที่ดินให้แก่รัฐ ค่าทดแทนเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นธรรม มุมมองเกี่ยวกับค่าทดแทนของเอกชนซึ่งถูกเขตชลประทาน อาจมองว่าตนจำต้องรับภาระสูญเสียที่ดินอันเป็นทรัพย์สินถาวร นับวันจะยิ่งทวีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้นเรื่อย ๆ แต่กลับมิได้รับประโยชน์โดยตรงจากการก่อสร้างโครงการชลประทานจึงไม่จำต้องรับภาระเสียสละเป็นพิเศษ ดังนั้นค่าทดแทนที่เป็นธรรมรัฐจะต้องคำนึงความได้สัดส่วนระหว่างความเสียหายของเจ้าของที่ดินที่ถูกเขตชลประทานกับผู้ซึ่งได้รับประโยชน์โดยตรงในเขตชลประทาน ดังที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๒๑ “ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกเวนคืนและสังคม”

การจัดการที่ดินเพื่อการชลประทาน เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองเจ้าหน้าที่จึงมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพการดำเนินงานอันมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองและใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองนั้นบรรลุผลโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ดังนั้นจึงต้องทำการศึกษา หลักการทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดการที่ดิน ดังต่อไปนี้

๓.๑ หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

หลักนิติรัฐ^๒ เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” คำว่า “Rechtsstaat” ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย (ในภาษาเยอรมันคำๆนี้สามารถแปลว่า “สิทธิ” ได้ด้วย) และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ แต่คำสองคำนี้เมื่อมารวมกันแล้วได้กลายเป็นคำศัพท์ทางนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งยากจะหาคำในภาษาต่างประเทศที่แปลแล้วให้ความหมายได้ตรงกับคำในภาษาเดิม หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบที่สำคัญ ดังนี้

^๒วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, บทความ (๓๑ มกราคม ๒๕๕๓) : ๑-๔

๑) องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐพิจารณาในทางรูปแบบหลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วย

กฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน

๒) องค์กรประกอบในทางเนื้อหาของนิติรัฐ ลำพังแต่การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำต่าง ๆ นั้นยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ได้รับการตรานั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น กฎหมายที่ได้รับการตรานั้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ทั้งๆที่จะต้องคุ้มครองความไว้นับถือที่บุคคลมีต่อกฎหมายโดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้

หลักนิติธรรม^๓ (The Rule of Law)

๑) พัฒนาการของหลักนิติธรรม คำว่าหลักนิติธรรมนี้วงการกฎหมายไทยแปลมาจากคำว่า The Rule of Law ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศอังกฤษ ความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมายนั้นปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ ๑๗ ในหนังสือชื่อ “The Common Wealth of Oceana” อันเป็นผลงานของ James Harrington ซึ่งเป็นผู้ที่นิยมระบอบสาธารณรัฐอย่างแน่วแน่อย่างใดก็ตาม แม้จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ คำว่า rule of law ก็เหมือนกับคำว่า Rechtsstaat ที่ยากจะหาคำจำกัดความหรือนิยามซึ่งยอมรับกันเป็นยุติได้ การทำความเข้าใจความหมายของ rule of law จึงควรต้องทำความเข้าใจจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษซึ่งให้กำเนิดแนวความคิดนี้ แนวความคิดว่าด้วย rule of law หรือนิติธรรมอาจสืบสายย้อนกลับไปได้ถึงยุคกลาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งย้อนกลับไปถึง ค.ศ. ๑๒๑๕ ซึ่งเป็นปีที่พระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์อังกฤษในเวลานั้นได้ลงนามในเอกสารสำคัญที่ชื่อว่า Magna Carta

^๑เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔-๑๐.

เอกสารฉบับนี้เป็นพันธสัญญาที่กษัตริย์อังกฤษให้ไว้แก่บรรดาขุนนางของพระองค์ในการที่จะจำกัดอำนาจของพระองค์ลง อาจกล่าวได้ว่า Magna Carta เป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษย์ที่จะนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ในเวลาต่อมา เนื่องจากเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายได้รับการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และการประกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นไปอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามไม่เพียงเข้าใจว่าเมื่อมีการลงนามใน Magna Carta แล้วกษัตริย์เป็นอันถูกจำกัดอำนาจลงจนไม่มีอำนาจ ในเวลานั้นอำนาจยังคงอยู่ที่กษัตริย์ กฎเกณฑ์ที่จำกัดอำนาจกษัตริย์ลงเวลานั้นก็มีแต่ Magna Carta และหลักกฎหมาย Common Law อันเป็นกฎหมายประเพณีที่รับสืบทอดและพัฒนาโดยศาลเท่านั้นแม้ว่าในเวลาต่อมาจะได้มีการตั้งรัฐสภาขึ้นเมื่อ ค.ศ. ๑๒๖๕ แต่อำนาจในการปกครองบ้านเมือง (Prerogatives) ก็ยังคงอยู่ในมือของกษัตริย์อย่างเดิม จะถูกจำกัดลงบ้างก็เพียงเล็กน้อย อำนาจของกษัตริย์อังกฤษพัฒนาขึ้นถึงจุดสูงสุดในสมัยราชวงศ์ Tudor อันเป็นช่วงเวลาที่ยุทธศาสตร์ของรัฐสภาถดถอยลง อาจกล่าวได้ว่าในช่วงเวลานั้นกษัตริย์อังกฤษมีอำนาจมากและเข้าใจวิธีการในการรักษาอำนาจของตนและจำกัดอำนาจของรัฐสภา อีกทั้งยังรู้จักที่จะใช้รัฐสภาเป็นฐานในการสร้างความเข้มแข็งให้แก่ตนด้วย อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมารัฐสภาได้พัฒนาต่อไปกลายเป็นสถาบันซึ่งเป็นผู้แทนของกลุ่มคนต่างๆ และเริ่มมีบทบาทมากขึ้นจนกลายเป็นคู่ปรับสำคัญของกษัตริย์ใน ค.ศ. ๑๖๒๘ ในยุคสมัยของพระเจ้าชาร์ลที่หนึ่ง (King Charles I ค.ศ. ๑๖๐๐ ถึง ๑๖๔๙) รัฐสภาได้ตรา Petition of Rights ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพส่วนบุคคล โดยประกาศว่าผู้ปกครอง รัฐบาล ตลอดจนศาลต้องเคารพในสิทธิดังกล่าว ภายหลังจากได้มีการตรา Petition of Rights ได้สิบสองปี ได้เกิดสงครามกลางเมืองขึ้นในอังกฤษ ตามมาด้วยการประหารชีวิตพระเจ้าชาร์ลที่ ๑ Petition of Rights ไม่ได้เป็นเพียงเอกสารที่กล่าวถึงความยินยอมในการเสียภาษีเท่านั้น แต่ยังเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐสภาเป็นอย่างมาก ในเวลาต่อมาเอกสารฉบับนี้ได้ถูกเพิ่มเติมโดยเอกสารอีกฉบับหนึ่งที่ชื่อว่า Habeas Corpus Act (ค.ศ. ๑๖๗๙) เอกสารฉบับหลังนี้นับเป็นจุดเริ่มต้นของการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการ

ยุติธรรม เนื้อหาหลักของเอกสารฉบับนี้ คือ การให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนที่ถูกจับกุม กล่าวคือ ในกรณีที่บุคคลใดถูกจับกุม บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องปกป้องตนเองต่อศาลโดยคำฟ้องที่เรียกว่า writ of habeas corpus ทันทีที่รัฐสภาสามารถที่จะสถาปนาและขยายอำนาจของตนออกไปอย่างมั่นคงตามลำดับ การขยายอำนาจของรัฐสภามีผลทำให้กษัตริย์ค่อยๆ ถูกจำกัดอำนาจลง และในที่สุดกษัตริย์เริ่มรู้สึกว่ารรัฐสภามีอำนาจมากเกินไปและเริ่มเป็นอันตรายต่อพระองค์เสียแล้ว การแข่งขันเพื่อครองอำนาจที่เหนือกว่าระหว่างรัฐสภาต่อกษัตริย์เป็นไปอย่างเข้มข้น และก็เกิดเป็นสงครามกลางเมืองขึ้นในระหว่าง ค.ศ. ๑๖๔๒ ถึง ๑๖๔๙ หลังจากสงครามกลางเมืองดังกล่าว การต่อสู้ก็คงดำเนินต่อไปอีก จนกระทั่งในที่สุดรัฐสภาก็กำชัยชนะได้ในการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ระหว่าง ค.ศ. ๑๖๘๘ ถึง ๑๖๘๙ ผลของการปฏิวัตินี้ดังกล่าวนำมาซึ่งเอกสารสำคัญอีกฉบับหนึ่ง คือ Bill of Rights และทำให้รัฐสภาอังกฤษกลายเป็นรัฐอธิปไตยคู่กันกับกษัตริย์

ในศตวรรษที่ ๑๙ ซึ่งเป็นช่วงที่รัฐสภาเข้มแข็งมากแล้วนั้น คณะรัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่โดยขึ้นอยู่กับสภาผู้แทนราษฎร และในเวลาต่อมาก็ค่อยสลัดตนเองพ้นจากอิทธิพลของราชวงศ์ เมื่อก้าวเข้าสู่ศตวรรษที่ ๒๐ อาจกล่าวได้ว่าอังกฤษได้พัฒนาตนไปสู่ความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยอมรับสิทธิเลือกตั้งของราษฎร สภาผู้แทนราษฎรอังกฤษพัฒนาไปในทิศทางของการมีพรรคการเมืองใหญ่สองพรรคผลัดกันเข้ามาบริหารประเทศ โดยฝ่ายบริหาร คือ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเริ่มมีอำนาจมากขึ้นและยังคงความเข้มแข็งจนถึงทุกวันนี้

๒) เนื้อหาของหลักนิติธรรมนักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม ก็คือ A.V. Dicey (ค.ศ. ๑๘๓๕ ถึง ๑๙๒๒) ตำราของเขาที่ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ. ๑๘๘๕) ได้กลายเป็นตำรามาตรฐานและเป็นตำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิงเมื่อจะต้องอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordi-

nary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าวหลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้

กล่าวโดยสรุป หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีหลักการเดียวกัน คือ การกระทำของรัฐหรือองค์กรของรัฐจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยกระบวนการทางนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้พลเมืองกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ หรืออาจกล่าวได้ว่าต้องการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจและมีระบบตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของผู้ปกครองให้อยู่ในความเหมาะสมพอดี

๓.๒ กฎหมายมหาชน

๓.๒.๑ ความหมายของกฎหมายมหาชน

ดร.ปรีดี พนมยงค์ ได้กล่าวอธิบายถึงกฎหมายมหาชนไว้ว่า “กฎหมายมหาชนนั้น อาจให้บทวิเคราะห์ศัพท์ ดังนี้ คือ เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอันเกิดขึ้นเนื่องจากการที่ประเทศแสดงตัวเป็นผู้บังคับปกครองในพระราชอาณาจักร โดยรักษาความสงบเรียบร้อย ระเบียบ การจัดเก็บภาษีอากร และการที่ประเทศแสดงตัวนอกพระราชอาณาจักรเป็นผู้ทำการเกี่ยวกับประเทศ”^๕ จากความหมายดังกล่าวพอจะจำแนกกฎหมายมหาชนออกเป็นสองลักษณะ คือ

๑) กฎหมายมหาชนภายใน จากการที่รัฐมีอำนาจปกครองในพระราชอาณาจักร โดยรักษาความสงบเรียบร้อย ระเบียบ การจัดเก็บภาษีอากร ซึ่งหมายถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายการคลัง

๒) กฎหมายมหาชนภายนอก จากการที่รัฐแสดงตัวนอกพระราชอาณาจักรเป็นผู้กระทำการเกี่ยวกับประเทศอื่นอันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ ในที่นี้หมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

ดร.สุริยง วัฒนรุ่ง ได้อธิบายความหมายกฎหมายมหาชนว่า “กฎหมายมหาชน (Droit Public) คือ กฎหมายที่กล่าวกำหนดถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายเกี่ยวกับ “สถานะและ

อำนาจ”ของรัฐและผู้ปกครอง รวมทั้งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและผู้ปกครองกับพลเมืองผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่รัฐและผู้ปกครองมีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือพลเมืองซึ่งอยู่ในฐานะเป็นเอกชน”^๕ จากความหมายดังกล่าวอาจสรุปให้เห็นว่ากฎหมายมหาชนหมายถึง

- ๑) กฎหมายที่กำหนดถึงสถานะและอำนาจของรัฐและผู้ปกครอง
 - ๒) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและผู้ปกครองกับพลเมืองซึ่งเป็นเอกชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ
 - ๓) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและผู้ปกครองกับพลเมือง จะมีลักษณะที่รัฐและผู้ปกครองมีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือพลเมืองซึ่งเป็นเอกชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ
- เหตุที่รัฐและผู้ปกครองมีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือพลเมืองก็เพราะรัฐเป็นผู้ทรงอำนาจมหาชน ซึ่งอำนาจมหาชนก็คืออำนาจรัฐ เหตุที่รัฐเป็นผู้ทรงอำนาจมหาชนก็เพราะรัฐมีภารกิจใน

^๕หลวงประดิษฐมนูธรรม(ดร.ปรีดี พนมยงค์), คำอธิบายกฎหมายปกครอง, สำนักงานทนายความพิมลธรรม, (ม.ป.ท., ๒๕๑๓), หน้า ๕.

^๖ฐิติญา วัฒนรุ่ง, เอกสารประกอบคำบรรยายปรัชญาและกฎหมายมหาชน, ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏ, (ม.ป.ท.,ม.ป.ป.), หน้า๕.

การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและรักษาความมั่นคงของประเทศชาติ รวมทั้งการจัดทำบริการสาธารณะ

๓.๒.๒ ความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน^๖

๑) ความแตกต่างขององค์กรที่เข้าไปมีนิติสัมพันธ์หรือคุณสมบัติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง (distinction organique)

กฎหมายมหาชน เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐ

กฎหมายเอกชน เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน

๒) ความแตกต่างด้านเนื้อหา (distinction materielle) และความมุ่งหมาย(BUT) หรือวัตถุประสงค์

กฎหมายมหาชน เป็นกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์(interet general) ของประชาคม มีความมุ่งหมายเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวมของคนทั่วไปหรือสาธารณประโยชน์

กฎหมายเอกชน เป็นกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับเอกชน โดยมุ่งไปยังประโยชน์ของแต่ละคนหรือเฉพาะบุคคล (interet prive)

๓) ความแตกต่างด้านรูปแบบของนิติสัมพันธ์ (distinction formelle)

กฎหมายมหาชน มีลักษณะเป็นวิธีบังคับและหลีกเลี่ยงไม่ได้ผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถกำหนดหน้าที่ทางกฎหมายกับเอกชนโดยที่มีจำต้องได้รับความยินยอม ในรูปของ กฎ คำสั่งทางปกครอง เนื่องจากภารกิจของรัฐดำเนินการอันมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะอันอยู่เหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล ดังนั้นรัฐย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนเพื่อให้การดำเนินการตามภารกิจมีประสิทธิภาพ

กฎหมายเอกชน มีหลักกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมกัน เพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน

๔) ความแตกต่างด้านนิติวิธี (Distinction de methode juridique)

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน หมายถึง วิธีคิดหรือวิธีการวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในแนวทางตามแบบของกฎหมายมหาชน เช่น การคิดวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ในทางกฎหมายมหาชน จะมีแนวทางของการคิดที่จะไม่นำกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชน

^๖เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖-๑๑.

นิติวิธีทางกฎหมายเอกชน หมายถึง วิธีคิดวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในแนวทางของกฎหมายเอกชนซึ่งเน้นในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน เช่น กฎหมายที่ยอมรับและกำหนดสิทธิทางแพ่งอันได้แก่ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวเศรษฐกิจและอาชีพ เช่น กฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัว การซื้อขาย แลกเปลี่ยนบริการ และสินค้า ความรับผิดชอบทางแพ่ง

๕) ความแตกต่างด้านนิติปรัชญา (distinction de philosophie)

นิติปรัชญาทางกฎหมายมหาชนนั้น คือ “การมุ่งประสานผลประโยชน์สาธารณะกับผลประโยชน์ของเอกชนในลักษณะเพื่อให้เกิดความสมดุลของประโยชน์ทั้งสองฝ่าย” หรืออีกนัยหนึ่ง คือ มุ่งเน้นความยุติธรรมที่ความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อส่วนรวมอย่างหนึ่งกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนอย่างหนึ่ง

นิติปรัชญาทางกฎหมายเอกชน คือ “การมุ่งเน้นความยุติธรรมที่เท่าเทียมกันและตั้งอยู่บนหลักเสรีภาพแห่งความสมัครใจของคู่กรณี” ความไม่สมัครใจหรือการข่มขู่บังคับ กลฉ้อฉลในกฎหมายเอกชน ย่อมไม่ก่อให้เกิดนิติกรรมขึ้นหรืออาจมีผลทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ โมฆียะ แล้วแต่กรณี

๖) ความแตกต่างในเรื่องเขตอำนาจศาล (distinction juridictionnelle) และการพิจารณาคดี

กฎหมายมหาชน ปัญหาทางกฎหมายมหาชนจะนำขึ้นสู่ศาลเฉพาะด้าน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง โดยผู้พิพากษาจะมีคุณสมบัติเฉพาะและมีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนนั้น อีกทั้งการพิจารณาคดีเป็น “ระบบไต่สวน” ซึ่งนอกจากพยานเอกสารและหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่กรณียื่นเสนอต่อการพิจารณาของศาลแล้ว ตุลาการศาลปกครองจะเป็นผู้สืบหาข้อเท็จจริง ข้อมูล และพยานหลักฐานตลอดจนเอกสารต่างๆ

กฎหมายเอกชน เป็นปัญหาทางกฎหมายระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งอยู่ในฐานะเสมอภาคเท่าเทียมกันจะนำขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ส่วนการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมจะใช้ “ระบบกล่าวหา” ซึ่งศาลจะเป็นคนกลางรับฟังแต่พยานหลักฐานรวมทั้งเอกสารที่คู่ความหรือทนายของคู่ความนำสืบนำเสนอต่อศาลเท่านั้น

จากคำอธิบายดังกล่าวข้างต้นอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมหาชนมีความเกี่ยวข้องกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งเป็นหลักการแนวความคิดของรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และภราดรภาพของพลเมือง

๓.๓ ความเป็นมาของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙

๓.๓.๑ ความสำคัญในการจัดทำกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ระบบกฎหมายปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยจะวางอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายที่สำคัญสองหลักด้วยกันคือ หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และ หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ^๗

หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำลักษณะดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด^๘ หลักการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นๆมีหน้าที่ดูแลขั้นตอนของการพิจารณาให้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยตามวัตถุประสงค์และรวดเร็วมิใช่ปล่อยให้เป็นเรื่องคู่ความเหมือนกับวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อขจัดโอกาสที่จะวินิจฉัยสั่งการผิดพลาดตั้งแต่ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มิใช่คิดเพียงว่าหากผิดพลาดประการใดแล้วประชาชนก็สามารถไปใช้สิทธิทางศาลได้^๙ เพราะถึงแม้ว่าเอกชนคนใดที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครองซึ่งตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยวิธีอื่นที่นอกจากโดยองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะในขั้นตอนแรกของการกระบวนการในการใช้อำนาจ คือขั้นตอนก่อนที่จะออกคำสั่ง หรือในการวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ถ้าหากมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่จัดเป็นระบบที่แน่นอนชัดเจน ก็สามารถป้องกันปัญหาของการกระทบสิทธิของประชาชนได้เป็นอย่างดี ดังนั้นกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงเป็นมาตรการเชิงป้องกัน

แนวความคิดในวิธีพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ของประเทศไทย ได้รับอิทธิพลจากนักกฎหมายหลายท่านที่ได้รับการศึกษาจากกลุ่มประเทศต่างๆ เช่น ฝรั่งเศส ออสเตรเลีย สหพันธ์รัฐเยอรมัน เป็นต้น และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์กรที่มีบทบาทหลักด้านกฎหมายดังกล่าวปรากฏในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.๒๕๒๒ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอแนะต่อรัฐบาลเพื่อมีมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการวางระเบียบปฏิบัติราชการเป็นการทั่วไป จนกระทั่ง พ.ศ.๒๕๓๒ ได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ

^๗ฐิติพร ลิ่มแหลมทอง, เอกสารประกอบการบรรยายกระบวนการวินิจฉัยกฎหมายปกครองชั้นสูง(กรุงเทพฯ :ม.ป.ท.,ม.ป.ป.), หน้า๒.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, ใน สมยศ เชื้อไทย, (บรรณาธิการ) รวบรวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ ๖๐ ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, (กรุงเทพฯ: พี.เค.พรินติ้งเฮ้าส์, ๒๕๔๓), หน้า ๑๙๔-๒๐๘.

กมลชัย รัตคนสกาวงศ์, พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ:นิติธรรม,ม.ป.ป.), หน้า๑๐๐.

ปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐ อย่างไรก็ตามเป็นเพียงระเบียบปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่มีผลไปสู่บุคคลภายนอก อีกทั้งกฎหมายปกครองต่างๆที่มีอยู่มากมายหลายฉบับแม้จะมีวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอยู่บ้างแต่ก็จะเป็นในเรื่องของการใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในปี พ.ศ.๒๕๓๔ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอนายกรัฐมนตรีจัดตั้งคณะกรรมการยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ ๑๙๔/๒๕๓๔ ลงวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๓๔ โดยนำเอากฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมันมาเป็นแนวทางในการยกร่าง จนกระทั่งนายบรรหาร ศิลปอาชา เป็นนายกรัฐมนตรีได้นำร่างผ่านการพิจารณาของรัฐสภาและประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙

๓.๓.๒ หลักการทั่วไปของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

หลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งส่งเสริมให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ตามแนวคิดหลักกฎหมายมหาชนของรัฐเสรีประชาธิปไตย ได้แก่

(๑)หลักความไม่มีส่วนได้เสีย การควบคุมโดยสาธารณชนและการพิจารณาโดยเปิดเผยจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบเรื่องนั้นๆไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตนและพิจารณาวินิจฉัยสั่งการเรื่องทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้ว ความปรากฏต่อสาธารณชนโดยผ่านทางสื่อมวลชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะคาดหมายได้ว่าสาธารณชนต้องมีปฏิกริยาทางลบต่อการวินิจฉัยสั่งการของตนอย่างแน่นอน

(๒)หลักการรับฟังผู้ที่เกี่ยวข้อง การที่ประชาชนผู้ที่เกี่ยวข้องได้เข้าร่วมในวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนในฐานะเป็นคู่กรณีโดยการรับฟังก่อนสั่งการวินิจฉัยใดๆเปิดโอกาสให้แสดงความคิดเห็นเสนอข้อเท็จจริง

หรือข้อกฎหมายจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและสอดคล้องกับสังคมระบอบเสรีประชาธิปไตย

(๓) หลักการต้องให้เหตุผล ส่วนสำคัญของหลักประชาธิปไตยที่เรียกร้องให้มีวิธีพิจารณาที่เปิดเผยอย่างน้อยที่สุดจะต้องเปิดเผยต่อประชาชนที่เกี่ยวข้องหรือผู้มีส่วนได้เสีย คือ การกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองจะต้องให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการ ภายใต้หลักประชาธิปไตยนั้นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติราชการหรือออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเท่านั้นยังไม่เป็นการเพียงพอ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีการพิจารณาและเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยว่าตนได้ออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไร ดังนั้นในกรณีที่เหตุแห่งการวินิจฉัยสั่งการไม่อาจเห็นได้อย่างชัดเจนแล้วจำเป็นอย่างยิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการเพื่อให้ประชาชนมีความเข้าใจโดยให้ความร่วมมือในการที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น

๓.๔ สัญญาทางปกครอง

๓.๔.๑ ความเป็นมาของสัญญาทางปกครอง

รัฐมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสังคม การจัดทำบริการสาธารณะย่อมมีความเกี่ยวข้องกับอำนาจมหาชน ซึ่งรัฐย่อมมีเอกสิทธิเหนือกว่าเอกชนทั้งนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์โดยรวมของสังคม แต่เอกชนไม่จำเป็นต้องยอมรับภาระถึงขนาดต้องเสียสละประโยชน์หรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนตัวโดยไร้ซึ่งดุลยภาพอย่างเหมาะสม

หลักการที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ คือ หลักความเสมอภาค หลักความต่อเนื่อง หลักปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้

หลักความเสมอภาค มีพื้นฐานในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ ๒๖ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๘๙ มาตรา ๑ “มนุษย์ทุกคนเกิดและดำรงอยู่อย่างอิสระ และเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” หมายความว่ามนุษย์ย่อมมีความเสมอภาคในการที่จะเข้าถึงและมีหน้าที่ร่วมกันรักษาบริการสาธารณะนั้นอย่างเท่าเทียมกัน หากการจัดทำกิจการใดของรัฐที่เป็นประโยชน์ส่วนบุคคลย่อมไม่ใช่การจัดทำบริการสาธารณะ

หลักความต่อเนื่อง การจัดทำบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองประโยชน์โดยรวมของสังคม ดังนั้นจึงต้องมีความต่อเนื่องกันตลอดเวลาหากหยุดชะงักลงผลร้ายจะตกแก่ประชาชนโดยรวม

หลักปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ การจัดทำบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองประโยชน์โดยรวมของสังคม การเจริญเติบโตการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมย่อมส่งผลต่อความต้องการของประชาชนซึ่งเปลี่ยนไปจากเดิม รัฐก็ต้องปรับเปลี่ยนการจัดทำบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับสภาพการณ์และความต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนแปลงนั้น

การดำเนินกิจกรรมภาครัฐ การสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนจะเป็นในรูปของนิติกรรมฝ่ายเดียว คือ กฎ และคำสั่ง ซึ่งเอกชนจำต้องปฏิบัติตามไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ การสร้างนิติสัมพันธ์ในดำเนินงานของรัฐบางกรณีจำต้องได้รับความสมัครใจจากเอกชนโดยการทำสัญญาสำหรับประเทศไทยก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นระบบศาลเดี่ยว สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมกันของคู่สัญญา เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

นับแต่ประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประเทศไทยเป็นระบบศาลคู่ คือ ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจศาลพิจารณาคดีเอกชนเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน อยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และศาลปกครองมีเขตอำนาจศาลพิจารณาคดีปกครอง เป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐกับเอกชน รัฐย่อมมีเอกสิทธิเหนือกว่าเอกชน จึงมีความแตกต่างด้านแนวคิด หลักการ นิติปรัชญา และนิติวิธี จึงต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบสัญญาทางปกครองประเทศต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(๑) สัญญาทางปกครองประเทศฝรั่งเศส

คำนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป หมายถึง สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐกับนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์สัญญาเพื่อดำเนินบริการสาธารณะ และโดยทั่วไปแล้วสัญญาดังกล่าวจะมีบทยกเว้นหรือเงื่อนไข

ของสัญญาที่ต่างไปจากกฎหมายแพ่ง^{๑๐}

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มก่อตัวขึ้นมาเป็นเวลายาวนานนับตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๘ ต่อดันศตวรรษที่ ๑๙ พร้อม ๆ กับการก่อตัวของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และการที่มีกฎหมายสำคัญบางฉบับที่กำหนดให้คดีเกี่ยวกับสัญญาบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ในช่วงครึ่งหลังศตวรรษที่ ๑๙ คือนับตั้งแต่ได้มีคำพิพากษาของศาลชี้ขาดเขตอำนาจในคดี Blanco เมื่อปี ค.ศ.๑๘๗๓ จนถึงช่วงศตวรรษที่ ๒๐ ได้มีวิวัฒนาการอย่างสำคัญเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นโดยแจ้งชัด โดยการวางหลักเกณฑ์เรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ต้องเป็นเรื่องการบริการสาธารณะเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง การกำเนิดขึ้นของเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็เป็นวิวัฒนาการในเรื่องนี้ที่ต่อเนื่องมารวมทั้งการกลับมามีบทบาทสำคัญของเกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องการบริการสาธารณะก็เป็นวิวัฒนาการที่ต่อเนื่องกันมา การที่ฝ่าย

^{๑๐} M.philippe Turguet de Beauregard. (๒๕๔๒, เมษายน). “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง.” กฎหมายปกครอง, ๑๘. หน้า ๑.

วิชาการของฝรั่งเศสในปัจจุบันสามารถนำเสนอการศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองได้อย่างเป็นระบบเป็นเพราะมีวิวัฒนาการในเรื่องนี้อย่างเพียงพอและต่อเนื่องนั่นเอง^{๑๑}

ในปัจจุบันกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครองมีที่มาจาก ๒ แหล่งใหญ่ ๆ คือ ตามที่กฎหมายบัญญัติหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด และแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลหรือที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

๑) สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด กฎเกณฑ์ในการพิจารณากรณีนี้ไม่ยุ่งยากนักเพราะเป็นเรื่องที่พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ถือว่าสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ^{๑๒} โดยลักษณะของบทกฎหมายในเรื่องนี้จะมีอยู่ ๒ ลักษณะ กล่าวคือ บางกรณีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งกรณีที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้มีน้อยมาก ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นๆ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

หรือศาลยุติธรรม ซึ่งก็เป็นที่เข้าใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือกฎหมายเอกชน แล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญา นั้น

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้น ที่สำคัญได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนก่อสร้าง หรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์หรือที่เรียกว่าสัญญาการโยธาสาธารณะ สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ หรือสัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครอง ในการก่อสร้างสาธารณะสมบัติของแผ่นดินด้วยการให้เงินหรือวัสดุ ข้อสังเกตในกรณีมีอยู่ว่าสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้น หากจะพิจารณาตามเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นแล้ว อาจจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ แต่เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายเช่นกัน^{๑๓}

๒) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในประเทศฝรั่งเศสมีสัญญาในหลายกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นจึงเป็นภาระหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใดซึ่งศาลจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายเกณฑ์

^{๑๑} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (๒๕๒๙). “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส.” *กฎหมายปกครอง*, ๕. หน้า ๓๕๖.

^{๑๒} Jean-Claude Venezia. (๒๕๔๖. มกราคม-เมษายน). “สัญญาทางปกครอง.” *ศาลปกครอง*, ๓, ๑. หน้า ๓๘.

^{๑๓} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เข็มชัย ชูติวงศ์, บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, กฤษ วสินนท์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ. (๒๕๔๗). *คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง*. หน้า ๑.

ด้วยกัน ศาสตราจารย์ชาปู (Chapus) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีสได้อธิบายกฎเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าว แยกออกเป็น ๓ กรณี โดยใช้คุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง ดังนี้^{๑๔}

๑. สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ศาลชี้ขาดเขตอำนาจได้ตัดสินไว้ไว้เมื่อ ค.ศ. ๑๙๘๓ ในคดี Union des assurances de paris ว่า “สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง” แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวของศาลข้างต้นเท่าเป็นการวางหลักว่าสัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากการ

ดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้วิธีในการจัดการทางมหาชน อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวไม่ใช่หลักเกณฑ์เด็ดขาดที่ใช้ได้กับทุกกรณี โดยบางกรณีต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นด้วย ดังจะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วสัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือ สัญญาที่องค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่งทำสัญญากับการไฟฟ้าแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์กรมหาชนซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนอีกประเภทหนึ่งเพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลัง เห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการหนึ่งเท่านั้น สัญญาเช่นนี้ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวทำกับผู้ใช้บริการเอกชนโดยทั่วไปจึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง

๒. สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ว่านิติบุคคลนั้นจะเป็นคู่สัญญาโดยตรงหรือโดยการมีเอกชนเป็นตัวแทนในการเข้าทำสัญญา หลักเบื้องต้นมีอยู่ว่าสัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบด้วย กล่าวคือจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นนิติกรรมในทางบริหารจัดการแบบมหาชน (acte de gestion publique) ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะ

ก. สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเอง ไม่ว่าจะคู่สัญญาจะมีเจตนาหรือไม่อย่างไรก็ตาม ทั้งนี้อาจเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรืออาจเป็นไปตามแนวคำพิพากษาของศาลก็ได้ สัญญาประเภทนี้อาจแยกได้เป็น ๓ ประเภทย่อย ดังต่อไปนี้

^{๓๔} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. เรื่องเดิม. หน้า ๔๕.

- สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ สัญญาประเภทนี้แม้จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองแต่ไม่ได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย เพราะคำว่าสัญญา

ทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายควรจะต้องหมายถึงสัญญาซึ่งโดยลักษณะโดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เป็นสัญญาทางปกครองเพียงเพราะกฎหมายกำหนดว่าให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง สำหรับสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์นี้ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเนื่องจากการทำงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารจัดการแบบมหาชนโดยแท้ เพราะในการทำงานดังกล่าวนี้ทางราชการมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องหลายประการ

- สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน สัญญาประเภทนี้ก็

เช่นเดียวกับประเภทแรก คือ แม้จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในการพิจารณาคดีปกครองแต่ก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย เนื่องจากการบริหารสาธารณะสมบัติของแผ่นดินเป็นการบริหารจัดการแบบมหาชน

- สัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการหรือจัดการบริการสาธารณะโดยตรง

เกณฑ์ในการพิจารณานี้สภาแห่งรัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นในคำวินิจฉัยคดี *epoux bertin* ค.ศ. ๑๙๕๖ และในคดี *societe des transports gondrand* ในปีเดียวกัน ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยในคดีทั้งสองนี้ทำให้เห็นข้อแตกต่างระหว่างสัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองกับสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อความจำเป็นหรือเพื่อตอบสนองต่อบริการสาธารณะซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่ได้ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง แต่จะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งเป็นลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนเท่านั้น สัญญาประเภทนี้ที่สำคัญได้แก่สัญญาให้สัมปทานดำเนินการสาธารณะ สัญญาว่าจ้างบุคลากรที่ร่วมโดยตรงในการดำเนินบริการสาธารณะ สัญญาที่หน่วยบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองทำกับผู้ใช้บริการของตน

- ข. สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นพิเศษ

หลักเกณฑ์นี้มาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี *societe des granits prophyroides des Vosges* ค.ศ. ๑๙๑๒ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า เมืองลิล (lille) ได้ทำสัญญากับบริษัท เดย์ การ์นิตต์ โปร์ฟิรอยด์ส์ เดส์ โวสจส์ (*societe des granits prophyroides des Vosges*) เพื่อซื้ออิฐปูทางเท้า

เมื่อส่งมอบอริฐแล้วเมืองลิลได้จ่ายค่าอริฐตามสัญญาแต่ไม่เต็มจำนวน โดยหักเงินจำนวน ๓,๔๓๖.๒๐ ฟรังก์ไว้โดยอ้างว่าจำนวนเงินดังกล่าวเป็นเบี้ยปรับจากการที่คู่สัญญาส่งของล่าช้า บริษัทจึงฟ้องต่อสภาแห่งรัฐเพื่อให้เมืองลิล คืนเงินค่าปรับสภาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาระหว่างเมืองลิลและบริษัทไม่ได้มีวัตถุประสงค์จ้างให้บริษัทก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ แต่มีวัตถุประสงค์เพียงประการเดียวเพื่อให้บริษัทส่งมอบพัสดุภัณฑ์ภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขเหมือนกรณีสัญญา ระหว่างเอกชนกับเอกชน คำฟ้องดังกล่าวจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาได้ จึงมีคำพิพากษาไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา^{๑๕}

๓. สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน ในกรณีนี้หาก

พิจารณาด้านคุณสมบัติของคู่สัญญาแล้วจะเห็นได้ว่าตรงกันข้ามกับกรณีแรกโดยสิ้นเชิง หลักที่วางไว้จึงตรงกันข้ามกับกรณีแรกด้วย กล่าวคือมีหลักอยู่ว่าสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันนั้นไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยศาลถือหลักว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างก็เป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนนั้นได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ หรือไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีหลักที่ศาลวางไว้ดังกล่าวข้างต้นมีข้อยกเว้นอยู่ว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลในคดี *societe enterprise peyrot* ค.ศ. ๑๙๖๓

(๒) สัญญาทางปกครองประเทศเยอรมัน

พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันได้กำเนิดขึ้นมาเป็นเวลานานโดยเริ่มตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ ๑๙ และมีข้อยุติที่ชัดเจนในเชิงแนวความคิดเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติของเยอรมันได้ตรากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองปี ค.ศ. ๑๙๗๖ โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเอาไว้ กล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นสัญญาทางปกครองเป็นผลผลิตของกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองอย่างหนึ่งทำนอง

เดียวกับคำสั่งทางปกครอง^{๑๖} การทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงยังคงอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักนิติรัฐอยู่ตลอดเวลา^{๑๗}

^{๑๕} จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และวรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๕๙). วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ. หน้า ๑๒.

^{๑๖} มานิตย์ วงศ์เสรี และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๕๖). สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. หน้า ๒.

^{๑๗} ชาญชัย แสงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี. (๒๕๕๑). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. หน้า ๑๓๔.

หลักเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเยอรมันนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๕๔ ถึงมาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ค.ศ. ๑๙๗๖ (Veewaltungsverfahrgesetz ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๗๖ โดยเรียกชื่อย่อว่า VwVfg) โดยมาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบเท่าที่มาตรา ๕๔ ถึงมาตรา ๖๑ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้มาตรา ๖๒ ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตของการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน^{๑๘}

ความหมายของสัญญาทางปกครองบัญญัติไว้ในมาตรา ๕๔ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ โดยให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองได้แก่สัญญาที่มีผลเป็นการ ก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน เมื่อพิจารณาจากความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าวนี้ อาจแยกออกเป็นองค์ประกอบได้ ดังนี้^{๑๙}

๑) ในประเด็นเกี่ยวกับ “สัญญา” นั้น เราถือว่า “สัญญาทางปกครอง” เป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งกล่าวคือ ต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาโดยมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีข้อสังเกตว่าการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการเจตนาตามกฎหมายมหาชนที่ไม่ใช่การออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถึงแม้จะเป็นการกระทำทาง

แพ่งแต่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมหาชน เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีแสดงเจตนา ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การบอกกล่าวการแสดงเจตนา ฯลฯ ไว้ จึงต้องนำบทบัญญัติตามกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้น

สัญญาทางปกครองต้องเกิดขึ้นในแดนของกฎหมายมหาชนหรือกล่าวให้ชัดเจนขึ้น ในแดนของกฎหมายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญาทางปกครองต่างจากสัญญาทางมหาชนประเภทอื่น ๆ และต่างจากสัญญาทางแพ่ง

^{๑๘} มานิตย์ วงศ์เสรี. (๒๕๔๖). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. หน้า ๑.

^{๑๙} วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (๒๕๔๒). “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.” *นิติศาสตร์*, ๒๙, ๒. หน้า ๒๖๕.

๒) สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจะต้องก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองอาจจะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นเป็นครั้งแรก เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการทำให้นิติสัมพันธ์ที่มีผลอยู่สิ้นสุดลง เนื้อหาของสัญญาทางปกครองอาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายสารบัญญัติ เนื้อหาในทางกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการหรือวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง หรืออาจเป็นเนื้อหาในทางกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้การระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองอาจทำเป็นสัญญาได้ย่อมหมายความว่าโดยปริยายว่าฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวยกเลิกสัญญาทางปกครองได้

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง “คู่สัญญา” และ “เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” ไว้ โดยปริยายและโดยชัดแจ้ง ดังนี้^{๒๐}

รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่คู่สัญญา

(๑) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กร

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งฝ่ายเดียวทางปกครองได้เฉพาะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ตัวอย่าง : สัญญาระหว่างองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตการปกครองตนเอง

(๒) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชนฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชนแต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริง ๆ เท่านั้น สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้แม้ว่าโดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทน

^{๒๐} เรื่องเดียวกัน. หน้า ๒๖๘-๒๗๑.

การออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็หาได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เป็นความตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย ตัวอย่าง : สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับข้าราชการเกี่ยวกับการชำระเงินที่หน่วยราชการได้ออกให้ไปเพื่อการศึกษาอบรมคืนในกรณีที่ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่ตกลงกันได้

รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

(๑) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีลักษณะเป็น “การขยายอำนาจรัฐ” รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการ ฯ จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาในมาตรา ๕๖ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง

ก. เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา

ข. จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง

ค. จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว

ง. จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

ตัวอย่าง : เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียน หรือสถานที่รับเลี้ยงเด็กบริเวณใกล้เคียงองค์การปกครองของตนเองส่วนท้องถิ่น ไม่อาจเรียกเป็นค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้ คงเก็บได้แก่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการสร้างหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้าง และการพิจารณาวางผังเมือง เอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจก่อสร้างอาคารกลางทำสัญญากับองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นโดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมเพื่อให้ให้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาที่เรียกว่า “Folgekostenvertrag” ซึ่งถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ย่อมถือว่าชอบด้วยกฎหมายเพราะ ๑) การมอบเงินโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ให้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก ๒) การสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กทำให้ภารกิจในทางมหาชนลุล่วงไป ๓) จำนวนเงินเหมาะสมเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณี ๔) การมอบเงินให้ก่อสร้างโรงเรียน หรือสถานรับเลี้ยงเด็ก มีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือการพิจารณาวางผังเมือง และการออกใบอนุญาตก่อสร้าง

(๒) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครองและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเอกชนอาจตกลงทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้มีลักษณะการประนีประนอมยอมความนั่นเอง รัฐ

บัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ฯ ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา ๕๕ อนึ่งมีข้อสังเกตว่าการประนีประนอมยอมความ หรือระงับข้อพิพาททางปกครองอาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล VwGo มาตรา ๑๐๖) สัญญาที่ระงับข้อพิพาททางปกครองในชั้นศาลมีลักษณะพิเศษ คือ เป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นเรื่องวิธีสบัญญัติ และเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาสารบัญญัติด้วย

นอกเหนือจากรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว ยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่นที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่น สัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้องหน้าที่ หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่โดยตรงเป็นต้น ในเรื่องรูปแบบสัญญาทางปกครองนี้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายโดยละเอียดแต่จงใจปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องของฝ่ายตุลาการและฝ่ายศาลในการพัฒนารูปแบบสัญญาทางปกครองต่าง ๆ ต่อไป อนึ่งในกฎหมายปกครองเยอรมันการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนกระทำการทางปกครองแทนฝ่ายปกครอง เอกชนผู้นั้นหรือเรียกว่า “Der Beliehene” ย่อมอยู่ในฐานะฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งน่าจะทำสัญญาทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้^{๒๑}

สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเคียงคู่ไปกับรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่น ๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายปกครองที่สำคัญ คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย ๒ หลักการ คือ

^{๒๑} กมลชัย รัตนสกวังศ์. (๒๕๔๑, ธันวาคม). “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” *กฎหมายปกครอง*, ๒๙, ๒. หน้า ๒๗๒.

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือหลักที่เรียกว่ากฎหมายต้องมาก่อน และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ในการนำหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไปปรับกับสัญญาทางปกครองนั้นนักกฎหมายเยอรมันแยกการพิจารณาออกเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา และเนื้อหาของสัญญาออกจากกัน^{๒๒}

ในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้นฝ่ายตำราของเยอรมันถือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น การกำหนดว่าการเก็บภาษีอากรต้องกระทำโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครองในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้วิธีการทางสัญญาจัดเก็บภาษีอากรได้ มิฉะนั้นแล้วถือว่าสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ ส่วนในเรื่องการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้นนักกฎหมายเกือบทั้งหมดเห็นพ้องต้องกันว่าต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งมีความหมายว่าฝ่ายปกครองและเอกชนไม่อาจตกลงยินยอมกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ขัดต่อกฎหมายได้

(๓) สัญญาทางปกครองประเทศไทย จากการที่นักกฎหมายไทยหลายท่านได้รับแนวความคิดจากการศึกษากฎหมายมหาชนจากประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส จนกระทั่งมีการสถาปนาศาลปกครองขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๓ “สัญญาทางปกครองหมายความว่าสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์แก่ทรัพยากรธรรมชาติ” เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าข้อความ “สัญญาทางปกครองหมายความว่า” ซึ่งย่อมแตกต่างจากคำว่า “หมายความว่า” ดังนั้น “หมายความว่ารวมถึง” ตามบทบัญญัตินี้มีความชัดเจนที่แสดงว่าสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์แก่ทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้ และเป็นการยอมรับโดยปริยายว่ายังคงมีสัญญาทางปกครองลักษณะอื่นอีกตามหลักการของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส คือ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ดังนั้นสรุปได้ว่าสัญญาทางปกครองของประเทศไทยแบ่งออกเป็น ๒ ลักษณะ คือ สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายและ

^{๒๒} วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เรื่องเดียวกัน. หน้า ๒๗๒.

สัญญาทางปกครองโดยสภาพ

(๓.๑) สัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา คือ หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา และหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา

ก. ลักษณะด้านคุณสมบัติของคู่สัญญา มาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ วางหลักคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ ดังนั้นหากกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามองค์ประกอบดังกล่าว

ข. ลักษณะด้านเนื้อหาของสัญญา มาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ วางหลักต้องมีเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์แก่ทรัพยากรธรรมชาติ” หลักเกณฑ์ด้านนี้มุ่งหมายให้เนื้อหาสาระของสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์ในภารกิจการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์มหาชน

(๓.๒) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ตามบทบัญญัติมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง” อาจกล่าวได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเล็งเห็นว่ายังคงมีสัญญาลักษณะอื่นซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองแต่ไม่ได้บัญญัติคำนิยามไว้อย่างชัดเจนหรือกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยสภาพเอาเป็นการเฉพาะ จึงอาจถือได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์และความหมายของสัญญาทางปกครองโดยสภาพไว้อย่างกว้างขวางและยืดหยุ่น

ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในกรณีสัญญาทางปกครองโดยสภาพ โดยมีการใช้หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา วัตถุประสงค์สัญญา และข้อกำหนดในสัญญาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. หลักเกณฑ์ในด้านคู่สัญญา สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ

ข. หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาทางปกครอง จะต้องเป็นสัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

ค. หลักเกณฑ์ด้านข้อกำหนดในสัญญา สัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักเสมอภาค และเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิและหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาแพ่งได้

จากแนวคำวินิจฉัยศาลของปกครองไทยที่ผ่านมายังไม่อาจสรุปได้ชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในช่วงแรกของการจัดตั้งศาลปกครองแนวทางวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นไปตามแนวทางว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะอ้างเหตุผลทั้งในเรื่องการเป็นสัญญาที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงร่วมกับเป็นข้อสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษซึ่งแสดงเอกสิทธิ์ของรัฐ โดยมีได้อธิบายความหมายคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กล่าวถึงข้อกำหนดในสัญญาที่ศาลปกครองเห็นว่าแสดงแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในคำวินิจฉัยเท่านั้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๒๗/๒๕๔๔ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๕/๒๕๔๖ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๓๙/๒๕๔๗ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๓๒/๒๕๕๑)

ต่อมาช่วงหลังสุดเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยในปี พ.ศ. ๒๕๕๑ จะเห็นได้ว่าแม้จะอ้างถึงตัวอย่างในข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ แต่ข้อสรุปในท้ายคำวินิจฉัยก็สรุปไปในแนวทางที่ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นสัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ส่วนคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่าข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นแม้ในข้อเท็จจริงของคดีปกครองจะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ แต่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการก็ได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้า

ร่วมดำเนินการบริการสาธารณะเท่านั้น (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๔๕/๒๕๔๘) แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการได้ยอมรับหลักในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพโดยพิจารณาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นหลัก แต่คณะกรรมการมิได้ให้เหตุผลในเรื่องว่าข้อสัญญาของสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษหรือไม่ ดังนั้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงยังไม่มี ความชัดเจนที่จะสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีทั้งสองประการ คือ มีวัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ และมีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษหรือไม่

๓.๔.๒ การบังคับตามสัญญาทางปกครอง

(๑) การบังคับตามสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

จุดเด่นของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส คือ กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างเหนือกว่าเอกชนโดยสภาพ กิจกรรมที่ทำได้ประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในทางแพ่งไม่มี เป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองดังที่ Brown c]t Ganer ได้ให้ข้อสังเกตว่า เรื่องการบังคับและการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนี้เองที่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักพิเศษอันเกิดจาก แนวความคิดที่จำเป็นต้องยอมรับความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ถึง ว่าประโยชน์สาธารณะไม่ขึ้นอยู่กับข้อความขัดแย้งแห่งสัญญา ทฤษฎีนี้เองเป็นหลักที่สร้างขึ้นโดยกฎหมายและไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณี^{๒๓}

(๑.๑) แนวคิดการบังคับตามสัญญาทางปกครอง^{๒๔}

ในกรณีสัญญาที่สร้างขึ้นในระบบกฎหมายเอกชน หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญา คู่สัญญาสามารถฟ้องศาลเพื่อให้พิจารณากำหนดความรับผิดชอบคู่สัญญาฝ่ายใดที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่ในสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะลงโทษคู่สัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาได้ อันเนื่อง

มาจากการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม จึงทำให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการใช้อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้โดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองก่อน

๑) ที่มาของอำนาจในการบังคับตามสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ กำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้หรือไม่ก็ตาม การลงโทษคู่สัญญาที่ทำผิดสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองตามหลักทั่วไปที่นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในคำพิพากษา การเลิกสัญญานำมาใช้กับความผิดร้ายแรงที่เกิดขึ้นส่วนการลงโทษนั้นใช้สำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรง เช่น การปรับเนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปอย่างล่าช้า แต่อย่างไรก็ตามแม้อำนาจในการลงโทษจะเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองก็ตามแต่การลงโทษบางประการต้องเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา เช่น อัตราค่าปรับ เป็นต้น

^{๒๓} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส, หน้า ๙๗

^{๒๔} นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๔๔๓.

๒) การใช้อำนาจในการบังคับตามสัญญาทางปกครอง ในเบื้องต้นไม่ว่าคู่สัญญาจะทราบหรือไม่ก็ตามว่าตนได้ทำความผิด ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการแจ้งให้คู่สัญญาทราบก่อนถึงความผิดเหล่านั้น การลงโทษจะสามารถกระทำได้ภายหลังจากที่ได้มีการเตือนแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากการเตือนให้คู่สัญญาทราบถึงความผิดของตนเป็นส่วนหนึ่งของหลักการว่าด้วยการป้องกันตนเอง (principe des droits de la defense) การลงโทษเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องฟ้องต่อศาลปกครอง การลงโทษของฝ่ายปกครองอาจเป็นการลงโทษทางการเงิน (sanc-tion pecuniaire) หรือการบังคับ (sanction coercitive) ก็ได้ โดยการลงโทษทั้งสองประเภทนี้ไม่มีผลทำให้สัญญาทางปกครองสิ้นสุด สัญญาจะสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองสามารถทำได้ในกรณีที่เกิดข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการ

สำหรับวิธีการลงโทษด้วยวิธีการบังคับจะใช้ในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาไม่

สามารถทำได้ เพื่อไม่ให้เกิดความไม่ต่อเนื่องในสัญญา ฝ่ายปกครองสามารถที่จะมอบการปฏิบัติการตามสัญญาให้บุคคลอื่นหรืออาจเข้าทำเองก็ได้ โดยให้คู่สัญญาเดิมเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย

(๑.๒) หลักเกณฑ์บังคับตามสัญญาทางปกครอง^{๒๕}

คู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องมีหน้าที่ทำตามสัญญาทุกประการ ดังนั้นข้อสัญญาจึงเป็นสิ่งที่เอกชนต้องเคารพ แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายปกครองยังเพิ่มเติมหน้าที่ของเอกชนเหนือจากข้อสัญญาโดยให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบังคับตามสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองแสดงออกมาใน ๒ แนวทาง ดังนี้

๑) กรณีฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อน เช่น ไม่ชำระค่าตอบแทนให้เอกชนตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งที่ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องยอมปฏิบัติตามสัญญาเช่นกัน จนกว่าฝ่ายปกครองจะทำตามสัญญาก่อน (exception adimpieti contratus) นำมาใช้บังคับไม่ได้ เอกชนต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แต่อาจขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายและถ้าร้ายแรงอาจร้องขอต่อศาลเพื่อยกเลิกสัญญาได้ แต่จะเลิกสัญญาเองไม่ได้

๒) กรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญา เช่น การละเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญา ไม่ถูกต้องตามข้อกำหนดในสัญญา ฉ้อฉล หรือล่าช้า ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามสัญญาซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่งในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ดังนี้

^{๒๕} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส, หน้า ๑๐๒.

ก. ฝ่ายปกครองไม่เพียงแต่เรียกค่าเสียหายหรือทำการตอบโต้โดยไม่ยอมชำระหนี้ที่ตนจะต้องชำระตอบแทนให้แก่เอกชนเท่านั้น แต่เพื่อไม่ให้ความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะต้องเสียไป ฝ่ายปกครองยังอาจดำเนินการบังคับให้เอกชนทำตามสัญญาได้เอง โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองก่อน หลักนี้คือ หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในอันที่จะบังคับการฝ่ายเดียวก่อนโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง (privilege du prelatble) มาตรการบังคับดังกล่าวมิได้มีความมุ่งหมายแต่เพียงการเยียวยาความเสียหายเท่านั้น หากแต่มุ่งถึงการบังคับให้มีการปฏิบัติ (l execution effective) ที่สอดคล้องกับความต้องการของประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ข. อำนาจในการดำเนินการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองนี้

เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการได้ อำนาจดำเนินการนี้มีอยู่โดยผลของกฎหมายทั้ง ๆ ที่ข้อความในสัญญาไม่ปรากฏ ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้มาตรการดังกล่าวอย่างเต็มที่ แม้ว่าจะไม่มีข้อกำหนดของสัญญากำหนดให้สิทธิเช่นนั้น กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับความบกพร่องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เสมอ แม้ว่าในสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๐๗ ในคดี Deplanque)

ค. อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองนี้ เป็นการตัดสินใจ แต่เพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความผิดเสียก่อน เพียงแต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ทราบก่อนเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่าในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองปรากฏว่ามีวิธีการเรียกว่าคำสั่งทางปกครอง และเอกสิทธิ์ที่จะบังคับให้ดำเนินการไปก่อน *privilege du prelatible* ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของการใช้อำนาจสาธารณะ การใช้สิทธิดังกล่าวถือเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองไม่ยอมรับสิทธิของฝ่ายปกครองในการปฏิเสธไม่ใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว และจะมาใช้สิทธิในการฟ้องคดีเพื่อขอให้บังคับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยจะยกเว้นในบางกรณีเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๐ ในคดี *Ministere* หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นเพียงประการเดียว คือ ศาลจะสั่งให้ยกเลิกสัมปทานบริการสาธารณะได้เฉพาะกรณีที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรงเท่านั้น

(๑.๓) มาตรการในการบังคับตามสัญญาทางปกครอง^{๒๖}

มาตรการหลัก ๆ ที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการบังคับการตามสัญญาทางปกครอง มีอยู่ด้วยกัน ๓ ประเภท คือ

๑) มาตรการทางการเงิน มาตรการทางการเงินที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้บังคับก็คือ การปรับไม่ว่าจะมีกรณีที่มีสัญญากำหนดไว้ซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ในพื้นที่ที่มีการบกพร่องตามสัญญาที่กำหนดไว้เรียกว่าโทษทางสัญญา (*pennalies contractuelles*) เช่น การปรับรายวันตาม

^{๒๖} สุรพล นิติไกรพจน์ และคนอื่น ๆ, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๑๐.

จำนวนที่ล่าช้าหรือการที่มีการคำนวณในภายหลังเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น (ค่าเสียหายและดอกเบี้ย)

๒) มาตรการที่เป็นหลักประกันตามสัญญา แม้ว่าจะเกิดความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองจะเข้าทำแทนที่เอกชนคู่สัญญาและดำเนินการตามสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายสำหรับการดำเนินการดังกล่าวซึ่งในกรณีของสัญญาการโยธาสาธารณะ เรียกว่า mise en regie กรณีของสัญญาพัสดุเรียกว่า execution par default และในกรณีของสัญญาสัมปทาน เรียกว่า mise sous sequestre

๓) มาตรการเลิกสัญญา มาตรการเลิกสัญญาที่ทำให้สัญญาลิ้นสุดลงโดยไม่ต้องมีการจ่ายค่าทดแทน ซึ่งในกรณีของคู่สัญญาพัสดุ เรียกว่า resiliation aux torts การเลิกสัญญาเพราะความผิดของคู่สัญญา และกรณีสัญญาสัมปทาน เรียกว่า decheance การเลิกสัญญาสัมปทาน

(๒) การบังคับตามสัญญาทางปกครองประเทศเยอรมัน^{๒๗}

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๕๔ ถึง มาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ (verwaltungsverfahrensgesetz) ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๗๖ โดยมาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติให้นำมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองตราบเท่าที่มาตรา ๕๔ ถึงมาตรา ๖๑ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้มาตรา ๖๒ ยังได้ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ขอบเขตเกี่ยวกับการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

(๒.๑) หลักเกณฑ์การบังคับตามสัญญาทางปกครอง^{๒๘}

ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมัน หลักเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองจะบังคับกับเอกชนหรือประชาชนผู้ซึ่งมีภาระผูกพันต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามหน้าที่แห่งกฎหมายมหาชนจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์รัฐ ลงวันที่ ๒๔ เมษายน ค.ศ. ๑๙๕๓ (Verwaltungs Verllstreckungsgesetzes des Bundes) กำหนดไว้ สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการที่เอกชนหรือประชาชนฟ้องร้องต่อศาลปกครองเพื่อให้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองได้นั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ลงวันที่ ๑๙ มีนาคม ๑๙๕๑ (Verwaltungsgerichtsordnung) กำหนดไว้

^{๒๗} มานิตย วงค์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ครุสภาลาดพร้าว, ๒๕๔๕), หน้า ๓๓-๔๒.

^{๒๘} มานิตย วงค์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑.

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะทำการบังคับการตามสัญญาทางปกครองเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๑ แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ (VwVfg) ของสหพันธ์รัฐเยอรมันได้กำหนดไว้ ดังนี้

มาตรา ๖๑ การตกลงให้มีการบังคับการตามสัญญาทางปกครองในทันทีทันใด

๑) ประโยคที่หนึ่ง คู่สัญญาสามารถตกลงให้มีการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้ทันที ทั้งนี้ ตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาทางปกครองตามนัยแห่งมาตรา ๕๔ ประโยคที่สอง

ประโยคที่สอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ (Die Behode) ซึ่งจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีนี้ได้ จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชา หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไป หรือพนักงานที่ดำเนินงานเกี่ยวกับงานของรัฐ ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีคุณสมบัติและความรู้ความสามารถที่จะไปประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาได้ หรือเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติและความรู้ความสามารถเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๑๑๐ ประโยคที่หนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลยุติธรรม (Deutsches Richtergesetz)

ประโยคที่สาม นอกจากนี้ การตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีทันใดนี้จะมีผลสมบูรณ์เมื่อการตกลงดังกล่าวโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญานี้ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมการตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวด้วย

ประโยคที่สี่ การอนุญาตดังกล่าวไม่มีความจำเป็นเมื่อการตกลงให้มีการบังคับทางปกครองนั้นเป็นการแสดงเจตนาโดยหรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์หรือมลรัฐ

๒) ประโยคที่หนึ่ง ให้นำบทกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์มาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองตามความหมายของมาตรา ๑ ประโยคที่หนึ่งเมื่อคู่สัญญาเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของมาตรา ๑ อนุมาตรา ๑ เลขที่ ๑

ประโยคที่สอง ในกรณีที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือกลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันประสงค์จะบังคับตามสัญญาทางปกครอง เพื่อเรียกร้องให้ชำระเงิน (Geldgorderung) ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๗๐ อนุมาตรา ๑ ถึงอนุมาตรา ๓ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ประโยชน์ที่สาม ในกรณีของการบังคับตามสัญญาทางปกครองเพื่อเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายมาตรา ๑ อนุมาตรา ๑ เลขที่ ๑ กระทำการจ่ายอมให้กระทำหรือละเว้นการกระทำ ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๗๒ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(๒.๒) ขอบเขตของการบังคับการตามสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีทันใดตามนัยมาตรา ๖๑ VwVfG ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและเอกชนสามารถตกลงให้มีการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้ทันทีทันใด โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลปกครองก่อนนี้ มีขอบเขตการใช้บังคับเฉพาะกับสัญญาทางปกครองตามความหมายแห่งมาตรา ๕๔ VwVfG หรือสัญญาประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (Subordinationsrechtlichen Verträgen) ซึ่งได้แก่สัญญาทางปกครองที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (Koordinationsrechtlichen Verträgen) ซึ่งส่วนใหญ่จะได้แก่สัญญาทางปกครองที่สร้างขึ้นระหว่างองค์กรทางปกครองด้วยตนเอง เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดูแลแม่น้ำที่ไหลผ่านเขตแดนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสอง

ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาตามสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีทันใดตามนัย มาตรา ๖๑ VwVfG ข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลในทางกฎหมาย เนื่องจากการตกลงดังกล่าวไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับให้สามารถกระทำได้ (mangels gesetzlicher Grundlage)

(๒.๓) รูปแบบของการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

การตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีทันใดตามมาตรา ๖๑ VwVfG จะต้องทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ เพราะหลักเกณฑ์เรื่องรูปแบบของสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือแล้วจะต้องนำมาใช้กับกรณีของข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครอง (Vollstreckungstitel) ด้วย แต่อย่างไรก็ดีข้อตกลงให้ใช้มาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครองดังกล่าวไม่จำเป็นต้องระบุหรือกำหนดไว้ในสัญญาทางปกครองแม้ว่าข้อตกลงให้มีการบังคับดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในบันทึกหรือในรายงานการประชุม ข้อตกลงนั้นมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน เพียงแต่ข้อตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองซึ่งจะต้องทำเป็นหนังสือจะต้องมีความชัดเจนและแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาได้เจตนาตกลงในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน

(๒.๔) ผู้ใช้อำนาจบังคับการตามสัญญาทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองในทันทีทันใดตามมาตรา ๖๑ VwVfG นี้ได้จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้บังคับบัญชาหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไป หรือเป็นเจ้าพนักงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับงานของรัฐซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีคุณสมบัติและความรู้ความสามารถเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๑๑๐ ประโยคที่หนึ่งแห่งกฎหมายว่าด้วยศาลยุติธรรม

นอกจากนี้ ในการตกลงให้มีการบังคับการตามสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๖๑ VwVfG นี้ผลจะสมบูรณ์ (wirksam) เมื่อการตกลงดังกล่าวของเจ้าหน้าที่รัฐที่จะเข้ามาทำสัญญาทางปกครองนี้ได้รับการอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้วด้วย อย่างไรก็ตามการอนุญาตดังกล่าวไม่มีความจำเป็น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า (๑) การตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองนั้นเป็นการแสดงเจตนาโดยหรือต่อเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์หรือมลรัฐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์หรือมลรัฐได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ ของสหพันธ์หรือมลรัฐ หรือ(๒)ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของมลรัฐได้บัญญัติยกเว้นไว้ชัดเจนว่าไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าทำสัญญาทางปกครองดังกล่าว นั้นก่อน เช่น กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของมลรัฐ Berlin, Bremen c) Hamburg เป็นต้น

(๒.๕) วิธีการบังคับการตามสัญญาทางปกครอง

กระบวนการในบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง (Vollstreckungsverfahren) มาตรา ๖๑ อนุมาตรา ๑ ประโยคที่หนึ่งถึงประโยคที่สี่ VwVfG เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่ององค์ประกอบของการตกลงให้มีการบังคับตามสัญญาทางปกครองทันทีทันใด ส่วนมาตรา ๖๑ อนุมาตรา ๒ ประโยคที่หนึ่งถึงประโยคที่สาม VwVfG เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องกระบวนการในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาได้ทำการตกลงกันไว้โดยถูกต้องและสมบูรณ์ครบองค์ประกอบของมาตรา ๖๑ อนุมาตรา ๑ ประโยคที่หนึ่งถึงประโยคที่สี่ VwVfG

สำหรับกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง ตาม ๖๑ อนุมาตรา ๒ ประโยคที่หนึ่งถึงประโยคที่สาม VwVfG อาจแยกพิจารณาได้ ๒ กรณี ๑) กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อเอกชนตามนัยมาตรา ๖๑ อนุมาตรา ๒ ประโยคที่หนึ่ง VwVfG ลงวันที่ ๒๔ เมษายน ๑๙๕๓ (Verwaltungs Vollstreckungsgesetzes der Bnder เรียกโดยย่อว่า VwVG) มาใช้บังคับกับกรณีที่เจ้าหน้าที่จะ

บังคับตามสัญญาทางปกครอง โดยกระบวนการในการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อเอกชนจะมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐว่า เป็นสิทธิเรียกร้องให้เอกชนชำระเงิน หรือเป็นสิทธิเรียกร้องให้เอกชนกระทำการจำยอมให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ

๑) กรณีการบังคับตามสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อเอกชน

ก. กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองเพื่อให้เอกชนชำระเงิน กระบวนการในการบังคับตามสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เอกชนชำระเงิน ตามนัยมาตรา ๖๑ อนุมาตรา ๒ ประโยคที่หนึ่ง VwVG ซึ่งได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์รัฐ ค.ศ. ๑๙๕๓ (VwVG) มาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น พอสรุปสาระสำคัญ คือ เมื่อถึงกำหนดที่เอกชนจะต้องชำระเงินตามสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีหนังสือเตือนให้เอกชนชำระเงินภายในระยะเวลาหนึ่งสัปดาห์ เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วเอกชนยังไม่ได้ชำระเงิน เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิออกคำสั่งบังคับ (Vollstreckungsanordnung) และดำเนินการยึดอายัดทรัพย์สินของเอกชนมาขายทอดตลาดได้ต่อไป

ข. กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองเพื่อให้เอกชน

กระทำการจำยอมกระทำการหรือละเว้นกระทำการ ตามนัยมาตรา ๖๑ อนุมาตรา ๑ ประโยคที่หนึ่ง (VwVG) มาใช้บังคับโดยอนุโลม พอสรุปสาระสำคัญได้ คือ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาทางปกครองให้สามารถบังคับได้ทันที เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้วิธีบังคับทางปกครอง (Zwangsmittel) อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง คือ การจัดการแทน ค่าปรับทางปกครอง การบังคับทางปกครอง ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา ๙(๑) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์รัฐ ค.ศ. ๑๙๕๓ (VwVG) และก่อนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวข้างต้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่ ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับทางปกครองในทันทีทันใด (der sofortige Vollzug) เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดกับกฎหมายอาญา หรือป้องกันมิให้เกิดอันตรายเสียหายต่อสาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงได้รับยกเว้นไม่ต้องมีหนังสือเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

๒) กรณีการบังคับตามสัญญาทางปกครองของเอกชนที่มีต่อเจ้าหน้าที่รัฐ

ก. การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงิน (Geldforderung des burgers) กระบวนการในการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงินเป็นไปตามเกณฑ์ที่มาตรา ๑๗๐ อนุมาตรา ๑ ถึงอนุมาตรา ๓ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๑ (Verwaltungsgerichtsordnung) หรือที่เรียกว่า (VwGO) กำหนดไว้ ทั้งนี้ตามนัยมาตรา ๖๑ อนุมาตรา ๒ ประโยคที่สาม แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ (VwVfG) ซึ่งพอสรุปสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๑๗๐ อนุมาตรา ๑ ถึงอนุมาตรา ๓ VwGO ได้คือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลปกครองบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงินตามสัญญาทางปกครองได้ทันที โดยศาลปกครองจะเป็นผู้กำหนดมาตรการในการบังคับตามสัญญาทางปกครอง (VollVollstreckungsmaßnahmen) และขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการต่อไป

สำหรับลักษณะและวิธีการในการบังคับทางปกครองที่ศาลปกครองเป็นผู้กำหนดนี้ ศาลปกครองไม่จำเป็นต้องกำหนดให้เป็นไปตามคำร้องของเอกชนก็ได้ แม้เอกชนจะมีคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้บังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชำระเงินตามสิทธิเรียกร้องแห่งสัญญาทางปกครองก็ตาม ศาลปกครองอาจจะกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองเป็นอย่างอื่นตามที่ศาลปกครองพิจารณาเห็นว่าถูกต้องและเหมาะสมได้

ข. การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ (Erzwingungeiner Handlung, Duldung oder Unterlassung der Behörde)

มาตรา ๖๑ อนุมาตรา ๒ ประโยคที่สาม VwVfG ได้กำหนดให้การบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองของเอกชนเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการจำยอมให้กระทำการหรือหรือละเว้นกระทำการเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่มาตรา ๑๗๒ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๑ กำหนดไว้ คือ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามทางปกครอง เอกชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลปกครองให้บังคับทางปกครองต่อไปได้ โดยศาลปกครองจะสั่งการหรือเตือนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวกระทำการ จำยอมกระทำการ หรือละเว้นกระทำการ พร้อมทั้งแจ้งให้ทราบด้วยว่าหากไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว ภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะต้องจ่ายค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld) เป็นจำนวนตามที่ศาลปกครองกำหนด แต่ไม่เกิน ๒,๐๐๐ มาร์ค และหากข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่า ภายหลังจากที่ได้มี

การบังคับให้จ่ายค่าปรับทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง เอกชนก็มีสิทธิยื่นคำร้องใหม่ต่อศาลปกครองเพื่อขอให้บังคับทางปกครองได้อีก และศาลปกครองมีอำนาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจ่ายค่าปรับทางปกครองได้อีกเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ จนกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง

(๔) การบังคับตามสัญญาทางปกครองประเทศไทย

ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประเทศไทยได้รับการยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองของไทย^{๒๙} และได้มีการฝึกอบรมและสัมมนาหลักกฎหมายปกครองให้กับนิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและส่วนราชการอื่นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เมื่อวันที่ ๒๓-๒๔ พฤษภาคม ๒๕๒๘ ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในอดีตประเทศไทยได้มีการจัดทำสัญญาทางปกครองอยู่ก่อนแล้ว แต่มิได้เรียกชื่อว่าเป็นสัญญาทางปกครอง มีสัญญาหลายประเภทที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมาไม่ว่าจะเป็นสัญญาก่อสร้าง หรือสัญญาจัดหาพัสดุของทางราชการ หรือในกรณีที่มีอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวแทนรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว โดยปกติจะทำในรูปของสัญญาซึ่งสัญญาที่เกิดขึ้นก็คือ สัญญาทางปกครองในปัจจุบันนั่นเอง แต่ในอดีตเรามักเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า สัญญาทางราชการหรือสัญญาของรัฐ^{๓๐}

ในการพิจารณาว่าสัญญาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง (ที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญา) นั้นจะต้องพิจารณาจากความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ปรากฏในมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาซึ่งจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” สัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ ดังกล่าวใช้คำว่า “หมายความว่า” สัญญาทางปกครองที่ได้ระบุไว้ในมาตรา ๓ พระราชบัญญัติ

^{๒๙} กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม,” หน้า ๑๖.

^{๓๐} นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๒๙๘.

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้ แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงเป็นเพียงสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น อาจมีสัญญาในลักษณะอื่นที่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้อีก^{๓๑}

ลักษณะของสัญญาทางปกครองที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา ๓ ดังกล่าวนั้น มี หลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาอยู่ ๒ หลักเกณฑ์ที่แยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครอง คือ เกณฑ์ทางด้านองค์กร และเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา

๑) เกณฑ์ทางด้านองค์กร ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา ๓ กำหนดว่า สัญญาทางปกครองต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ดังมีรายละเอียดดังนี้

๑.๑) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการอื่นที่เรียกอย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครอง เช่น สภานายความ แพทย์สภา

๑.๒) บุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ ในกรณีที่สัญญาซึ่งบุคคลอื่นกระทำการแทนรัฐ สัญญานั้นก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ดังนั้น บุคคลอื่นที่กระทำแทนรัฐหมายถึง

ก. เอกชนผู้ได้รับหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง (มีหนังสือแจ้งชัด) ในกรณีจะเป็นที่ยุติว่าสัญญาที่สร้างขึ้นจะเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีหลักฐานชัดเจนว่า เอกชนได้รับมอบหมายจากรัฐให้กระทำการแทนรัฐ

ข. เอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย มักเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้รับสัมปทาน หรือเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจที่มีได้ตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วมในการทำงานที่ตนได้รับมอบหมายจากรัฐ เช่น อาจจ้างให้ผู้รับเหมาก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่จะใช้ในการบริการสาธารณะ

๒) เกณฑ์ทางด้านเนื้อหา จะต้องมึลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ จะต้องมิ วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือข้อกำหนดในสัญญาเป็น ข้อความซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก

ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง หมายถึง ข้อกำหนดในสัญญานั้นมีลักษณะให้เอกสิทธิ์และหน้าที่เป็นพิเศษแก่รัฐเหนือเอกชนคู่สัญญา แตกต่างกับข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญา ตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิ

^{๓๑} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๙), หน้า ๒๕๗.

และหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาทางแพ่งได้

ตัวอย่างสัญญาทางปกครองของไทยในปัจจุบัน

คำสั่งที่ ร.๗๑/๒๕๕๔ คำร้องที่ ร.๔๐๐/๒๕๕๓

ผู้ฟ้องคดี (จังหวัดราชบุรี) ฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาซื้อขายเครื่องฟ่นเคมี ระบบฝอยละอองละเอียด ยูแอลวี จำนวน ๔ เครื่อง กับผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อใช้ประโยชน์ในราชการของโรงพยาบาลบางแพแต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถส่งมอบสินค้าได้ตามเวลาที่กำหนดในสัญญา จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินค่าปรับนั้น เห็นว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาคและมีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา ๕๑ (๑) และมาตรา ๕๒ แห่ง พ.ร.บ.ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ และโดยที่มาตรา ๔๒ แห่ง พ.ร.บ. ปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติให้กระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการสร้างเสริมสุขภาพอนามัย การป้องกัน ควบคุมและรักษาโรคภัย การฟื้นฟูสมรรถภาพของประชาชน เมื่อการจัดซื้อเครื่องฟ่นเคมีระบบฝอยละอองละเอียด ยูแอลวี ของผู้ฟ้องคดีตามสัญญาพิพาทในคดีนี้ เป็นการจัดซื้อเครื่องมือสำหรับฟ่นสารเคมีเพื่อควบคุมและป้องกันโรคต่างๆ โดยการกำจัดแมลง สัตว์นำโรคและเชื้อโรคในมนุษย์ พืช สัตว์ และ เชื้อโรคในโรงพยาบาล อาคาร บ้านเรือน และ ที่พักอาศัย ดังนั้น เครื่องมือดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณสุขด้านสาธารณสุขของโรงพยาบาลบางแพให้บรรลุผล สัญญาซื้อขายเครื่องมือดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ กรณีพิพาทตามสัญญาดังกล่าวจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เมื่อผู้ฟ้องคดี ได้มีหนังสือบอกเลิกสัญญาดังกล่าวแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีในวันที่ ๒๖ มกราคม ๒๕๕๒ วันดังกล่าว จึงเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อ ศาลปกครองในวันที่ ๒ มีนาคม ๒๕๕๓ จึงเป็นการ

ฟ้องคดีภายในระยะเวลาห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ตามมาตรา ๕๑ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ

คดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๗๗/๒๕๕๓ คดีหมายเลขดำที่ อ.๔๐๓/๒๕๔๙

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ผิดสัญญาข้าราชการไปศึกษาต่อภายในประเทศภาคปกติ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ผิดสัญญาค่าประกันการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว กับผู้ฟ้องคดี (สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน) ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันหรือแทนกันรับผิดชอบชำระเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ เมื่อผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งลงวันที่ ๕ สิงหาคม ๒๕๔๐ อนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ลาออกจากราชการก่อนชดใช้ทุนตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงผิดสัญญา วันดังกล่าวจึงเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ แต่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีนี้เมื่อวันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๔๖ จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามมาตรา ๕๑ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ แต่เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาการฟ้องคดีประเภทนี้จากเดิมสิบปี นับแต่วันผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาเป็นหนึ่งปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวไว้ตามคำวินิจฉัยที่ ๒๕/๒๕๔๕ ลงวันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๕๔๕ และผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าว จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ ศาลปกครองชั้นต้นอาจใช้ดุลพินิจรับคำฟ้องที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีไว้พิจารณาตามที่มาตรา ๕๒ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ และข้อ ๓๐ วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่กำหนดให้คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่รับคำฟ้องคดีที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วไว้พิจารณาเป็นที่สุด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงไม่อาจอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งดังกล่าว และศาลปกครองสูงสุดก็ไม่มีอำนาจทบทวนการใช้ดุลพินิจมีคำสั่งดังกล่าวของศาลปกครองชั้นต้นได้

(๔.๑) การบังคับตามสัญญาทางปกครอง

รัฐมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์มหาชน รัฐจึงมีความจำเป็น

ตามหลักกฎหมายมหาชนที่จะต้องให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการกำกับ ดูแล ควบคุม ให้มีการปฏิบัติเป็นไปตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งพอสรุปจุดประสงค์โดยทั่วไปของการให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง ดังต่อไปนี้^{๓๒}

๑) เพื่อให้สามารถดำเนินการบริการสาธารณะให้เป็นไปอย่างต่อเนื่อง

๒) เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการบริการสาธารณะให้ทันต่อสถานการณ์ซึ่งจะส่งผลให้สามารถป้องกัน แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้หรืออาจจะเกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงที ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนในการรับบริการสาธารณะ

๓) เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินการบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงต้องมีอำนาจในการใช้มาตรการบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองได้ ภายใต้ข้อตกลงในสัญญาและหลักกฎหมายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ และวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการจัดทำบริการสาธารณะ

การบังคับตามสัญญาทางปกครอง^{๓๓} หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้มาตรการหรือวิธีการที่คู่สัญญาทางปกครองได้ตกลงกันไว้ในข้อสัญญา และเป็นไปโดยผลของกฎหมายปกครอง

^{๓๒} พนม เอี่ยมประยูร, “ผลของสัญญาทางปกครอง,” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ ๖๐ ปี ศาสตราจารย์ปรีดี เภษมทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, ๒๕๓๑), หน้า ๑๕๘-๑๖๙.

^{๓๓} พนม เอี่ยมประยูร, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๕๘-๑๖๙

ในเรื่องการจัดการบริการสาธารณะ เพื่อบังคับกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติตามสัญญาบกพร่อง หรือมีความล่าช้าในการปฏิบัติตามสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาและโดยผลของกฎหมายปกครองให้การจัดการบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง

จากคำนิยามข้างต้นสามารถแยกสาระสำคัญของการบังคับการตามสัญญาทางปกครองได้ ดังนี้

๑) เป็นมาตรการหรือวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำขึ้นตามข้อตกลงในสัญญาเป็นไปโดยผลของกฎหมาย

๒) คู่สัญญาฝ่ายปกครองจัดทำมาตรการหรือวิธีการบังคับแก่คู่สัญญาโดยอาศัยข้อตกลงในสัญญาและอำนาจตามกฎหมาย

๓) มาตรการหรือวิธีการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงของสัญญา

๔) คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้เอง โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจศาล

๕) วัตถุประสงค์ที่ต้องมีการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้เองของฝ่ายปกครองนี้เป็นวิธีการลงโทษและให้การจัดการสาธารณะบรรลุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ

กล่าวโดยสรุป การบังคับตามสัญญาทางปกครองเป็นมาตรการหรือวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามข้อตกลงในสัญญาและโดยผลของกฎหมายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ การบังคับตามสัญญาทางปกครองเป็นวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตหรือคำพิพากษา แต่การบังคับตามสัญญาทางปกครองนั้นต้องกระทำภายในกรอบของข้อตกลงในสัญญา และโดยผลของกฎหมายปกครอง ทั้งในเรื่องรูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนที่จะต้องกระทำในการบังคับการตามสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

๓.๕ คำสั่งทางปกครอง

รัฐในระบอบเสรีประชาธิปไตยมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐจึงมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนทั้งนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชน แต่จะต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนอย่างสมดุลควบคู่กันไปด้วย การใช้อำนาจทางปกครองของรัฐอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และมีการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ในความเหมาะสมพอดี

ปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดมาตรฐานกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง ปรากฏตามมาตรา ๓ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้” และมาตรา ๕ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้” การปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติ

ดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์การปฏิบัติเป็นขั้นตอนก่อนออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎ อันเป็นมาตรการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจและให้เอกชนสามารถตรวจสอบการปฏิบัติได้ว่าฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติโดยชอบตามขั้นตอนดังกล่าวหรือไม่ เมื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้วผู้อยู่ใต้บังคับคำสั่งทางปกครองมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

ความหมายของการกระทำทางปกครอง ได้แก่^{๓๔}

ประการที่หนึ่ง บรรดาการกระทำของ “ฝ่ายบริหาร” (exécutive) ในฐานะที่เป็นหัวหน้ากระทรวง ทบวง กรม หรือในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาของข้าราชการในกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ การกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะนี้ เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง

ประการที่สอง บรรดาการกระทำทั้งหลายของข้าราชการซึ่งเป็น “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” (autorité administrative)

นอกจากนี้ การกระทำทางปกครองอาจจะพิจารณาแยกออกได้เป็น “กฎ” (Règlement) อย่างหนึ่ง กับ “คำสั่งทางปกครอง” (Décision exécutoire) อีกอย่างหนึ่ง ทั้งกฎและคำสั่งทางปกครองสองประการนี้เป็น “การกระทำทางกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” (l’acte juridique administratif) หรือเป็นสิ่งที่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” (l’acte administratif unilatéral) ซึ่งจะมีลักษณะที่แตกต่างกับการกระทำทางปกครองอีกอย่างหนึ่ง ที่เรียกว่า “การปฏิบัติการทางปกครอง” (acte administratif operation matérielle) ซึ่งหมายถึง “การใช้กำลังทางกายภาพของฝ่ายปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย”

การกระทำทางกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือการกระทำทางปกครองในที่นี้จึงหมายถึง “ การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มุ่งประสงค์ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสภาพการณ์ ทางกฎหมาย ” (Ordonnancement juridique) โดยการกำหนดหน้าที่หรือ

^{๓๔} พันตำรวจเอก อังกูร วัฒนรุ่ง, “หลักควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”, หน้า ๒-๑๒.

โดยการให้สิทธิ หรืออาจจะกล่าวได้อีกอย่างหนึ่ง คือ “เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ทางกฎหมายที่เป็นอยู่โดยการเปลี่ยนแปลง

สิทธิหน้าที่ของบุคคล” การกระทำดังกล่าวจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วย่อมมีการร้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำดังกล่าวเสียได้

ส่วน “การกระทำทางปฏิบัติการ”(acte administratif operation matérielle) นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของบุคคลแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำในทางวัตถุต่างๆไป เช่น การซ่อมถนน การตีเส้นทำเครื่องหมายจราจร การติดตั้งเครื่องมือของฝ่ายปกครอง การส่งเอกสาร การรื้อถอนสิ่งก่อสร้าง ฯลฯ เป็นต้น การกระทำทางปฏิบัติการของฝ่ายปกครองนี้อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกับการกระทำทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง แต่ย่อมจะไม่สามารถมีการดำเนินคดีเพื่อขอให้เพิกถอนการปฏิบัติการณ์นั้นได้ เพราะการกระทำทางปฏิบัติการนั้นไม่ก่อให้เกิด “ผลทางกฎหมาย” ที่จะให้มีการเพิกถอนได้ และโดยสภาพแล้วการกระทำทางปฏิบัติการไม่อาจถูกเพิกถอนได้ แต่การปฏิบัติการณ์นั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านวัตถุอย่างเดียวกว่าคือ เป็นการละเมิด ดังนั้นการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำทางปฏิบัติการของฝ่ายปกครอง จึงเป็นเรื่องของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ไม่ใช่เรื่องของการเพิกถอนการกระทำ

อย่างไรก็ตาม การกระทำทางกฎหมายและการกระทำทางปฏิบัติการมีความสัมพันธ์ต่อกัน กล่าวคือ การกระทำทางปฏิบัติการนั้นส่วนใหญ่จะกระทำลงไปเพราะมีการกระทำทางกฎหมายมาก่อน เช่นมีคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำทางกฎหมายให้กระทำการ อันเป็นการกระทำทางปฏิบัติการนั้น ดังนั้น จึงสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปฏิบัติการนั้นได้ ถ้าเห็นว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้ง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ต่างก็เป็น การกระทำทางปกครอง (Acte administratif) แต่มีความแตกต่างกันอยู่บางประการ กล่าวคือ “กฎ” นั้นมีลักษณะเป็นการทั่วไป มิได้มีผลเป็นการเฉพาะเจาะจงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกับกรณีใดกรณีหนึ่ง ส่วน “คำสั่งทางปกครอง” นั้น จะมีผลเฉพาะกับบุคคลหรือมีผลเฉพาะกับกรณีใดกรณีหนึ่งและไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลอื่นที่คำสั่งทางปกครองนั้นมิได้ระบุหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง แต่ “คำสั่งทางปกครอง” ครั้งก่อนๆจะมีผลผูกพันฝ่ายปกครองให้ต้องถือเป็นแนวทางอย่างเดียวกัน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกัน ทั้งนี้เป็นไปตาม “หลักแห่งความเสมอภาค” นั่นเอง

โดยปกติแล้ว “คำสั่งทางปกครอง” จะมีอายุความ และอายุความในเรื่องคำสั่งทางปกครองมักจะมีระยะเวลาสั้น บุคคลหรือเอกชนผู้ได้ผลกระทบอย่างใดๆจากคำสั่งทางปกครองหากมีข้อโต้แย้งหรือมีข้ออุทธรณ์คำสั่งอย่างใดๆ บุคคลหรือเอกชนนั้นจะต้อง

ดำเนินการฟ้องร้องหรืออุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องอายุความฟ้องร้องหรืออุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนี้ อาจมีกฎหมายกำหนด “ขั้นตอน” ไว้ให้ต้องอุทธรณ์ต่อหน่วยงานหรือต่อองค์กรใดก่อน แต่บางกรณีก็อาจกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย โดยทั่วไปแล้ว ในเรื่องอายุความ ศาลปกครองจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางมาก มิได้เคร่งครัดมากนักในเรื่องอายุความหากเป็นกรณีที่เป็น “ประโยชน์ต่อส่วนรวม” ซึ่งหมายถึง กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อทั้งประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน ศาลปกครองก็อาจอนุโลมรับฟ้องไว้พิจารณาได้แม้จะล่วงเลยเวลากำหนดอายุความแล้วก็ตาม

ในเรื่องของ “คำสั่งทางปกครอง” นี้ ปัจจุบันตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้ให้ความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว แต่ไม่รวมถึงกฎ ”

คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

1. เป็นมาตรการหรือคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
2. เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครอง
3. เป็นคำสั่งที่ออกให้มีผลเฉพาะราย
4. มีผลผูกพันและบังคับต่อผู้รับคำสั่ง
5. มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอก

โดยสรุปจึงเห็นได้ว่า โดยทั่วไปแล้วนั้น ฝ่ายปกครองมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชน ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองดังกล่าว ให้บรรลุผลฝ่ายปกครองมีวิธีการที่สำคัญ คือ

1. **การใช้อำนาจทางกฎหมาย** อันได้แก่ กฎหมายปกครองที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการด้วยการออกเป็น “กฎ” “คำสั่ง” หรือ “การกระทำอื่นใด”
2. **สัญญาทางปกครอง** ซึ่งเป็นวิธีการอีกอย่างหนึ่งที่ฝ่ายปกครองนำไปใช้เพื่อให้บรรลุผลตามภารกิจของฝ่ายปกครอง

จากความหมายและลักษณะของ “คำสั่งทางปกครอง” ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงสรุปได้ว่า “คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีผลกระทบต่อ

ต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคล” ดังนั้น จึงต้องมีการควบคุมคำสั่งทางปกครองให้เป็นไปตาม “หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย” (Principe de la légalité) ด้วย

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น ในเบื้องต้นอธิบายได้ว่า ในรัฐเสรีนิยมนั้นมีสภาพเป็น “นิติรัฐ” (État de Droit) ซึ่งหมายความว่า เป็นรัฐที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการอย่างใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจการกระทำทั้งหลายอันเป็นการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Principes de la Légalité) ทั้งสิ้น ดังนั้น การกระทำทางปกครอง ซึ่งหมายความรวมถึงทั้ง “กฎ” “คำสั่ง” และ “การกระทำอย่างอื่น ๆ ของฝ่ายปกครอง” จึงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายถึง คำสั่งที่มาจากองค์กรทางปกครอง (organe administratif) และเป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” (acte administratif unilatéral) ซึ่งหมายถึง เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย (produit des effets de droit) และมีผลบังคับเฉพาะบุคคล (acte individuel) ซึ่งบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวอาจฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งนั้นต่อศาลปกครองได้

คำสั่งทางปกครองเป็นวิธีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ใช้มากที่สุดในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนอกเหนือไปจากการ “กระทำทางกายภาพ” และ “สัญญาทางปกครอง” (contrat administratif)

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายของไทย

ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ และ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ แล้ว จะเห็นได้ว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองกระทำได้ดังนี้ คือ

1. การควบคุมตรวจสอบใน “รูปแบบ” และ “ขั้นตอน” ของคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดกระบวนการของการออกคำสั่งทางปกครองไว้ทั้ง “รูปแบบ” และ “ขั้นตอน” ก่อนที่เจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อให้คำสั่งดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย สรุปได้ดังนี้

1.1. เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย และ

ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้งคำสั่งได้

1.2. กำหนดกระบวนการพิจารณา โดยเจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งสิทธิและหน้าที่ให้คู่กรณีทราบ

1.3. กรณีคำสั่งทางปกครองกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและให้มีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน

2. การควบคุมในการทำคำสั่งทางปกครอง

ในการทำคำสั่งทางปกครอง กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดรูปแบบของคำสั่งทางปกครองไว้ มีรายละเอียดที่สำคัญ ได้แก่ คำสั่งที่มีผลกระทบต่อสถานภาพทางกฎหมายหรือกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของผู้รับคำสั่ง คำสั่งนั้นจะต้องแสดงเหตุผลไว้ด้วย ซึ่งการแสดงเหตุผลของคำสั่งนี้นับว่าเป็นรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยเหตุผลของคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ในการแจ้งคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้ง วิธีการยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้ด้วย

3. การควบคุมตรวจสอบภายหลังการออกคำสั่งทางปกครอง

ภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งทางปกครองแล้ว กฎหมายยังเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งสามารถแก้ไขคำสั่งดังกล่าวให้ถูกต้องเหมาะสมได้ โดยกำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่ง ซึ่งตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯดังกล่าว กำหนดให้เป็น “ระบบการอุทธรณ์สองชั้น” กล่าวคือ การกำหนดให้ยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั่นเอง ในขั้นนี้หากผู้ทำคำสั่งเห็นด้วยกับอุทธรณ์ก็สามารถแก้ไขคำสั่งนั้นให้ถูกต้องเหมาะสมได้ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องส่งอุทธรณ์นั้นไปให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง

กระบวนการดังกล่าวเป็นการให้โอกาสฝ่ายปกครองแก้ไขคำสั่งของตนให้ถูกต้องภายในองค์กรของผู้ออกคำสั่งนั่นเอง หากการพิจารณาของผู้บังคับบัญชาเป็นประการใดและผู้รับคำสั่งยังไม่พอใจในผลการวินิจฉัยนั้นก็สามารไปฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้อีก

นอกจากนี้กฎหมายยังให้มีกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้แม้ว่าระยะเวลาจะล่วงเลยระยะเวลาอุทธรณ์ไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้เพราะหลักกฎหมายปกครองถือว่า ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งและการกระทำทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล รองประธานศาลปกครองสูงสุด ได้อธิบายไว้ว่า “หลักกฎหมายที่ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งและการกระทำทางปกครองนั้นตามแบบดั้งเดิม แบ่งออกเป็นหลักใหญ่ๆ ๔ ประการ ด้วยกัน คือ

๑. หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำโดยปราศจากอำนาจ (L'INCOMPETENCE)

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ในนิติรัฐนั้นการกระทำทั้งหลายซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้ “หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย” (Principes de la légalité) ทั้งสิ้น หมายความว่า คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย นอกจากจะหมายถึงต้องเคารพต่อหลักลำดับชั้นของกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าวไว้ด้วย

ในประเด็นเรื่องคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจตามกฎหมายนี้ อาจเป็นการมีอำนาจโดย “การมอบอำนาจปฏิบัติราชการแทน” ซึ่งจะต้องมีกฎหมายบัญญัติกำหนด “เรื่อง” ที่ให้มีการมอบอำนาจและ “บุคคล” ที่สามารถรับมอบอำนาจ จึงจะทำให้ผู้รับมอบอำนาจกระทำการตามที่ตนได้รับมอบอำนาจมานั้นได้

ส่วน “การมอบอำนาจลงนาม” นั้น เป็นการมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยอำนาจในนามของผู้มอบอำนาจนั่นเอง

หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น ๓ กรณีด้วยกัน กล่าวคือ

1.1. การไม่มีอำนาจทางด้าน “เนื้อหา” ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่ง

สั่งทางปกครองโดยไม่มีอำนาจ ตัวอย่างเช่น การปลูกอาคารบ้านเรือนรุกล้ำทางน้ำ อันเป็นเรื่องของอำนาจศาลในการสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ปลูกรุกล้ำนั้น แต่ฝ่ายปกครองเข้าใจว่าเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองสั่งรื้อถอนได้ เมื่อฝ่ายปกครองไปสั่งให้รื้อถอนเสียเอง ดังนี้เท่ากับเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจอันเป็นเหตุให้ถูกฟ้องการกระทำโดยปราศจากอำนาจซึ่งเป็นการกระทำหรือเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกกรณีหนึ่ง ได้แก่ “การไปใช้อำนาจของอีกหน่วยงานหนึ่ง” กล่าวคือ เป็นกรณีฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งไม่มีอำนาจในตัวเอง แต่ไปใช้

อำนาจของอีกหน่วยงานหนึ่ง เพราะเข้าใจว่าเป็นอำนาจของตนเอง แม้แต่ในหน่วยงานเดียวกัน กรณีไปใช้อำนาจของอีกคนหนึ่ง เช่น เจ้าหน้าที่ตามลำดับชั้นเป็นผู้โต้แย้งข้อบัญญัติไปใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาเพราะเข้าใจว่าตนเองมีอำนาจนั้น เช่นนี้ก็จะเท่ากับเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจเช่นเดียวกัน

1.2. การไม่มีอำนาจทางด้าน “พื้นที่” กรณีที่เห็นได้ชัดเจนมักเป็นเรื่องของ “ท้องถิ่น” เช่น นายกเทศมนตรีซึ่งมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยทั่วไปมีอำนาจในออกกฎและวางระเบียบภายในพื้นที่ของตน แต่ปรากฏว่านายกเทศมนตรีได้ได้ออกคำสั่งหรือออกกฎเกินเขตพื้นที่ของตน ดังนี้ เป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจทางด้านพื้นที่

1.3. การไม่มีอำนาจทางด้าน “เวลา” การไม่อำนาจทางด้าน “เวลา” ตัวอย่างเช่น มีคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหนึ่งในวันที่ ๑ โดยในคำสั่งให้มีผลตั้งแต่วันที่ ๑๖ ปรากฏว่าผู้ได้รับคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวได้ออกคำสั่งทางปกครองในวันที่ ๑๐ ดังนี้ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองนั้นโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือ กฎหมายได้ระบุเงื่อนไขเอาไว้ให้การดำเนินการนั้นๆอยู่ภายในกรอบเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น “วาระการดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการ” ดังนี้เมื่อหมดวาระก็เท่ากับหมดอำนาจ นอกจากนี้จะมี “สถานการณ์พิเศษ” ซึ่งตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสอาจยืดระยะเวลาการมีอำนาจออกไปได้อีกระยะหนึ่ง แต่ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น การหมดวาระก็เท่ากับไม่มีอำนาจ

๒. หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำที่ “ผิดรูปแบบ” (VICE DE FORME) หรือ “ผิดขั้นตอน” (VICE DE PROCÉDURE) ตามที่กฎหมายกำหนด

หัวข้อนี้ ในประการแรกอาจแยกพิจารณาออกไปอีกได้ว่า “การผิดรูปแบบ” (forme) หรือ ผิด “ขั้นตอนหรือวิธีการ” (procédure) นั้นเป็น “การกำหนดแบบบังคับ” หรือเป็นเพียง “แนวปฏิบัติ” (directives) หากเป็นการผิด “รูปแบบ” ที่เป็นการกำหนดแบบบังคับ เช่นกฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือองค์กรที่ปรึกษา หรือต้องทำประชาพิจารณ์เสียก่อน ที่จะมีคำสั่งทางปกครอง หากไม่ดำเนินการดังกล่าวก่อนมีคำสั่งทางปกครอง เช่นนี้ การกระทำหรือการออกคำสั่งนั้นเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นเพียงการอันมิได้ดำเนินการตาม “แนวปฏิบัติ” (directives) ก็อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ในบางกรณี กล่าวคือต้องพิจารณาว่า รูปแบบหรือขั้นตอนนั้นเป็นสาระสำคัญของการใช้อำนาจรัฐในเรื่องนั้นหรือไม่ ถ้าเป็นสาระสำคัญ การกระทำนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าไม่ใช่สาระสำคัญ ก็อาจจะแก้ไขให้สมบูรณ์ได้โดยการกระทำนั้นยังคงมีผลบังคับต่อไป

โดยทั่วไปแล้ว เรื่อง“ขั้นตอน”ที่กฎหมายกำหนดเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง เพราะถือว่าเรื่อง“ขั้นตอนเป็นหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน” การกระทำทางปกครองที่ผิดไปจาก “ขั้นตอน ตามที่กฎหมายกำหนด” ถือเป็นเรื่องร้ายแรง และไม่สามารถย้อนกลับไปแก้ไขได้ เมื่อไม่ได้กระทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด การกระทำทางปกครองเรื่องนั้นย่อมเสียไป

ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอนไว้ให้ต้องกระทำแต่ฝ่ายปกครองไป สร้างขั้นตอนขึ้นมาเอง เช่น กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องทำประชาพิจารณ์หรือไม่ได้กำหนดให้ ต้องปรึกษาหารือแต่ฝ่ายปกครองไปริเริ่มทำประชาพิจารณ์หรือไปปรึกษาหารือเอง เช่นนี้ เมื่อ ฝ่ายปกครองริเริ่มทำไปแล้วก็ต้องดำเนินการให้ครบถ้วน จะยกเลิกเสียกลางคันไม่ได้

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือองค์กรใดก่อน ที่จะมีคำสั่งทางปกครองนั้น หากฝ่ายปกครองไปปรึกษาองค์กรอื่นแต่มีฐานะเทียบเท่ากับ องค์กรที่กฎหมายกำหนด เช่นนี้การกระทำทางปกครองนั้นก็ยังมีผลใช้ได้อยู่ เช่น กฎหมาย กำหนดให้ปรึกษาหารือคณะกรรมการจังหวัด แต่ฝ่ายปกครองไปปรึกษาหารือ “สภาจังหวัด” เช่นนี้ เห็นได้ว่าสภาจังหวัดมีฐานะสูงกว่าและครอบคลุมคณะกรรมการจังหวัดอยู่แล้ว การกระทำหรือคำสั่งทางปกครองกรณีนี้จึงถือว่าชอบด้วยกฎหมาย

เรื่อง “เหตุผล” ที่ต้องแสดงในคำสั่งก็เช่นเดียวกัน ตามหลักกฎหมาย ปกครองฝรั่งเศสนั้น ในคำสั่งทางปกครองจะต้องมีเหตุผลแสดงเสมอโดยเฉพาะกรณีที่เป็นคำสั่ง ที่เป็นโทษแก่ผู้รับคำสั่ง แต่คำสั่งที่เป็นคุณอาจไม่แสดงเหตุผลในคำสั่งก็ได้ แต่บางกรณีที่มี ปัญหาไม่อาจแสดงเหตุผลในคำสั่งได้ก็ถือเป็นข้อยกเว้น

เรื่อง “รูปแบบ” “ขั้นตอน” และ “เหตุผลในคำสั่ง” นี้ หลักกฎหมาย ปกครองฝรั่งเศสจะเหมือนกับหลักกฎหมายในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ของไทย แต่ว่าเดิมมานั้นในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมิได้มีกำหนดเป็นพระราชบัญญัติหรือเป็น ประมวลกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนของไทย หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นเป็น “หลักกฎหมาย” ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างขึ้นและวางเป็นหลักเอาไว้ แต่ต่อมาได้มีการ นำเอาหลักกฎหมายปกครองต่างๆมาประมวลรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่และเรียกว่า Code Administratif ซึ่งปัจจุบันได้รวบรวมมาถึงปี ค.ศ. 2009 แล้ว

ตามปกติในทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองมักจะไม่ได้กำหนด รูปแบบไว้ชัดเจน ปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จึงมักจะเป็นกรณี “การลงนาม” ต่างๆ เช่น ไม่ได้ลง

นามในคำสั่ง ทำให้คำสั่งนั้นไม่มีผล หรือกรณี “การลงนามรับสนอง” หากผู้ลงนามรับสนองไม่มีอำนาจก็ถือเป็นการกระทำที่ผิดรูปแบบ

ในเรื่อง “รูปแบบ” นี้มีข้อพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่อง “การรับฟังความทุกฝ่าย” (ละติน : AUDI ALTERAM PARTEM ; โอดี อัลเตอรัม ปาเทม หรือ HEAR BOTH PARTIES) ซึ่งเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในฝรั่งเศสจะมีหลักคล้ายคลึงกันคือ หลัก DROIT DE LA DÉFENSE (ดรัวต์ เดอ ลา เดฟ็องส์) หรือ “หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิป้องกันตนเอง” อันมีความหมายว่า ในคำสั่งทางปกครองที่เป็นการลงโทษหรือเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่หรือกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบุคคลนั้น ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งจะต้องฟัง คำชี้แจงแสดงเหตุผลและพยานหลักฐานของบุคคลผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้นเสียก่อน โดยต้องเปิดโอกาสให้เต็มที่และต้องให้เวลาอย่างเพียงพอ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองละเมิดต่อหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการเป็น “คำสั่งที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่หรือกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบุคคล” เช่นที่กล่าวมาข้างต้นนี้

๓. หลักกฎหมายว่าด้วยการบิดเบือนการใช้อำนาจ (DÉTOURNEMENT DE POUVOIR)

“หลักกฎหมายว่าด้วยการบิดเบือนการใช้อำนาจหรือใช้อำนาจโดยบิดผัน” หมายความว่า “คำสั่งทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์ที่มีใช้ วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ฝ่ายปกครองอ้างเป็นฐานในการออกคำสั่งนั้น”

“วัตถุประสงค์ของกฎหมาย” หมายความว่า กฎหมายที่ฝ่ายปกครองอ้างเป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งนั้นมี “เป้าหมาย” (objective) ต้องการให้บังเกิดผลอย่างไร

คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจหรือเป็นการใช้อำนาจโดยบิดผันหรือผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้จะได้แก่ “คำสั่งทางปกครองที่ไม่เหมาะสม” อย่างหนึ่ง หรือเป็น “คำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย” อย่างหนึ่ง หรือเป็น “คำสั่งที่ไม่สามารถอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าเพราะเหตุใดจึงมีคำสั่งเช่นนั้น” อีกอย่างหนึ่งคือ เป็นการใช้อำนาจกลั่นแกล้งบุคคลอื่นนั่นเอง เช่น คำสั่งย้ายข้าราชการด้วยเหตุผลทางการเมือง หรือย้ายเพราะเหตุผลส่วนตัวที่ไม่อาจอธิบายได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ซึ่งตามปกติ การแต่งตั้ง

โยกย้ายข้าราชการจะต้องเป็นไปตามหลักคุณธรรม หลักความรู้ความสามารถและหลักอาวุโส ฯลฯ การใช้อำนาจโดยบิดผันยังรวมถึงคำสั่งที่เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต (bad faith) อีกด้วย

ในประเทศฝรั่งเศส มีการพิจารณาคดีปกครองมานานจึงสามารถแยกได้ว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเพราะเหตุใด กล่าวคือ สามารถระบุเจาะจงลงไปถึงเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่กรณีของศาลปกครองไทยนั้นเพิ่งเริ่มก่อตั้ง การพิจารณาจึงยังครอบคลุมลักษณะใหญ่ๆอยู่ซึ่งจะเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะวางบรรทัดฐานการใช้หลักกฎหมายในเรื่องนี้ต่อไป

ส่วนในเรื่อง “การเวนคืน” ซึ่งทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนจำนวนมาก ศาลปกครองจะใช้ “ทฤษฎีสัดส่วน” ในการพิจารณา หากมีความไม่เหมาะสมระหว่าง “ประโยชน์สาธารณะ” (l'utilité publique) กับ “ผลกระทบที่ประชาชนจะได้รับ” คำสั่งให้มีการเวนคืนที่ดินนั้นก็อาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

4.หลักกฎหมายว่าด้วยการฝ่าฝืนต่อกฎหมายประการอื่น (VIOLATION DE LA LOI) “หลักกฎหมายว่าด้วยการฝ่าฝืนต่อกฎหมายประการอื่น” นี้ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีความหมายเฉพาะถึง “ เนื้อหา ” (content) หรือ “ วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ ” ของคำสั่งทางปกครอง และ “ มูลเหตุจูงใจ ” (motif) ของการออกคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในหัวข้อที่ ๑. - ๓. ข้างต้นก็ล้วนแต่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้น การฝ่าฝืนต่อกฎหมายในข้อที่ ๔. นี้จึงมีความหมายอย่างแคบและมีความหมายเฉพาะตามที่กล่าวมาข้างต้นเท่านั้น

กรณีที่เป็นเรื่อง “เนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ” เช่น “กฎ” ของฝ่ายปกครองนั้นขัดต่อกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎนั้น หรือเป็นกรณีเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังโดยไม่มีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้และเป็นการขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง

ส่วน “มูลเหตุจูงใจ” (motif) นั้น หมายถึง “ เหตุอันเป็นที่มาของการออกคำสั่งทางปกครอง ” ซึ่งจะเห็นได้ว่า “มูลเหตุจูงใจ” นี้จะแตกต่างกับ “วัตถุประสงค์ของกฎหมาย” กล่าวคือ “มูลเหตุจูงใจ” เป็นสิ่งที่ผลักดันให้มีคำสั่งทางปกครองหรือได้แก่เหตุอันเป็นที่มาของการตัดสินใจมีคำสั่งทางปกครอง ซึ่งตามปกติย่อมได้แก่ “ข้อเท็จจริง” และ “ข้อกฎหมาย”

ส่วน “ วัตถุประสงค์ ” นั้น คือ เป้าหมายหรือสิ่งที่คำสั่งหรือการกระทำนั้นประสงค์จะให้บังเกิดผลขึ้น

ตามปกติแล้วในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งจะต้องมีความเข้าใจอย่างถูกต้องและชัดเจนในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจของการออกคำสั่งนั้น ข้อเท็จจริงจึงต้องมีอยู่จริงและครบถ้วน แต่มีหลายกรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่ไม่มีข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่จริง หรือมีข้อเท็จจริงไม่ครบถ้วน หรือเป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

“ มุลเหตุจูงใจ ” (motif) ของการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือเกิดจากความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย อันเป็นเงื่อนไขของการมีคำสั่งทางปกครองนั้นซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น ๓ กรณี คือ

ความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) เช่น

เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งสำคัญผิดว่ามีกฎหมายให้อำนาจ แต่กฎหมายนั้นยังไม่มีผลบังคับหรือเป็น

กรณีที่กฎหมายนั้นถูกยกเลิกไปแล้ว หรืออาจเป็นกรณีเข้าใจกฎหมายไม่ถูกต้อง หรือเป็นการอ้างกฎหรือระเบียบที่มี “ เนื้อหา ” ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท เป็นต้น

ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) หมายความว่า เป็น

ความสำคัญผิดของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการมีอำนาจในการออกคำสั่งนั้น แต่ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมิได้มีอยู่จริง หรือมีข้อเท็จจริงนั้นอยู่แต่เข้าใจคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริง เช่น ผู้บังคับบัญชาเข้าใจผิดว่ามีการลาจึงมีคำสั่งให้ผู้อื่นไปรักษาราชการแทน หรือเข้าใจผิดว่ามีการลาเกินจำนวนวันที่กำหนด จึงไม่ขอขึ้นเงินเดือนให้ เป็นต้น

ความสำคัญผิดในคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริง (l'erreur de

la qualification juridique des fait) ยกตัวอย่างเช่น มีคำสั่งทางปกครองห้ามก่อสร้างอาคาร โดยอ้างเหตุผลว่าตัวอาคารจะบดบังทัศนียภาพอันสวยงามในเขตที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าอาคารที่ถูกห้ามก่อสร้างนั้นจะบดบังทัศนียภาพอันสวยงามหรือไม่ซึ่งเป็นประเด็นที่เป็น “ คุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริง ” ที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้าง

หลักควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ในปัจจุบันอาจแบ่งออกได้เป็น ๒ ประเภทใหญ่ๆ คือ

๑. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอันเกิดจาก “เหตุภายนอก” ซึ่งแบ่งออกเป็นเหตุย่อยๆ ๓ ประการ ได้แก่

1.1. “ความไม่มีอำนาจ” (l'incompétence) ซึ่งอาจเป็นความไม่มีอำนาจทางด้าน “เนื้อหา” หรือความไม่มีอำนาจทางด้าน “พื้นที่” หรือความไม่มีอำนาจทางด้าน “เวลา”

1.2. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะ “ผิดรูปแบบ” (vice de forme)

1.3. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะ “ผิดขั้นตอน” (vice de procédure)

๒. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอันเกิดจาก “เหตุภายใน” ซึ่งแบ่งออกเป็นเหตุย่อยๆ ๓ ประการ เช่นเดียวกัน คือ

1.1. “เนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ” (matérielle de l'acte) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1.2. “มูลเหตุจูงใจ” (motif) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1.3. “วัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย” (détournement de pouvoir)

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองไทย

หลักควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ส่วนในประเทศไทยปรากฏอยู่ในมาตรา ๙ (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งโดยสรุปได้บัญญัติกำหนดถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง โดยหน่วยงานของรัฐหรือโดยเจ้าหน้าที่ทางปกครองที่กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่เป็น “กฎ” และ “คำสั่ง” และ “การกระทำอย่างอื่น” ศาลปกครองอาจมีคำสั่งเพิกถอนการกระทำและคำสั่งทางปกครองนั้นได้หากมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ :-

1. เป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจ
2. เป็นการกระทำที่นอกเหนือหน้าที่
3. ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย
4. ไม่ถูกต้องตามรูปแบบหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด
5. ไม่ถูกต้องตาม “วิธีการ” ที่กฎหมายกำหนด

6. เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต
7. เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
8. เป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น
9. เป็นการสร้างภาระให้กับประชาชนเกินสมควร
10. เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของฝ่ายปกครอง
11. เหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ (๒) คือ “การละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติและการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร”
12. เหตุตามมาตรา ๙ (๓) คือ คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือเป็นความเสียหายอันเกิดจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น

เหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๙ (๑) และ (๒) ข้างต้น เห็นได้ว่ามีลักษณะเหมือนกันกับหลักควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองตามแบบของหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ส่วนเหตุฟ้องเป็นคดีปกครองตามมาตรา ๙ (๓) นั้นหมายถึง เป็นกรณีที่เกิดการละเมิดนั้นเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งตามมาตรา ๗๒ (๓) บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองพิพากษาให้ชดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อเยียวยาการละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นนั้น

๓.๖ มาตรการบังคับทางปกครอง

มาตรการบังคับทางปกครองเป็นมาตรการหรือวิธีการซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลยพินิจบังคับตามกฎหมายกับกับเอกชนได้โดยมีต้องฟ้องคดีต่อศาล ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้นฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองบังคับต่อเอกชนให้ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นโดยการชำระเงิน กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ ดังนั้นคำสั่งทางปกครองจะต้องอยู่บนหลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ จะต้องมิขัดต่อประสงคเพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายบรรลุผล หรือเพื่อให้สำเร็จซึ่งความจำเป็นเร่งด่วนในการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองแก่เอกชนภายในกรอบหรือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ทุกประการ ทั้งในรูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนที่จำเป็นต้องกระทำในการบังคับใช้มาตรการนั้น ๆ ด้วย^{๓๕} หากผู้ที่อยู่ใต้บังคับคำสั่งทาง

ปกครองเห็นว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำไปโดยไม่มีอำนาจหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เห็นว่าไม่ชอบนั้น หรือหากได้รับความเสียหายจากการที่ฝ่ายปกครองใช้กำลังเข้าใช้บังคับก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้นได้

๓.๖.๑ แนวคิดมาตรการทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสหรือที่เรียกเป็นทางการว่าประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นการศึกษาจากทฤษฎีของฝรั่งเศสที่ว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้กำลังเข้าบังคับผู้รับคำสั่งหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการเอง (execution forcee หรือ execution d'office) ซึ่งสามารถสรุปได้จากแนวความคิดของตุลาการผู้แถลงคดี Romieu ในคดี Societe Immobiliere de Saint-Just ที่วินิจฉัยโดยศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ในปี ค.ศ.190๒^{๓๖} ซึ่งวางหลักไว้ว่าฝ่ายปกครองไม่อาจใช้กำลังเข้าบังคับตามคำสั่งทางปกครองของตนได้ แต่การบังคับตามคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำผ่านทางคำพิพากษาของศาลอาญาที่มีหลักประกันความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีกรณีฝ่ายปกครองไม่อาจพึงการใช้บทลงโทษทางอาญาได้ เช่น ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองจำต้องยอมจำนนต่อการดื้อแพ่งของประชาชนที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองเช่นนั้นหรือการยอมจำนนเช่นว่านี้ไม่อาจเป็นที่ยอมรับได้ในฝรั่งเศส “ประเทศแห่งระบบราชการและการรวมอำนาจประเทศแห่งหลักการแบ่งแยกอำนาจ” โดยประชาชนต้องเคารพต่อกฎหมายและต่อฝ่ายปกครองที่บังคับใช้กฎหมาย หากไม่มีวิธีอื่นใดที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามได้ ก็จำเป็นต้องใช้กำลังเข้าบังคับ ดังนั้น ตามความคิดของ Romieu การใช้มาตรการบังคับทางปกครองจึงถือเป็น “วิธีปฏิบัติที่มีขึ้นด้วยความจำเป็นในการบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมาย สำหรับกรณีที่ไม่มีวิธีการอื่นใดที่สามารถทำให้บรรลุนิติวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้แล้ว”

^{๓๕} มนตรี ชนกนำชัย. มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๐. หน้า ๒๕-๒๖.

^{๓๖} T.C., 2 decembre 1902, Societe Immobiliere de Saint-Just, Rec. 713, concl. Romieu.

ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อไม่สามารถใช้วิธีการอื่นทำให้ประชาชนปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้อีกแล้ว มาตรการบังคับทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นมาตรการสำรอง (subsidaire) ที่เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง แต่จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองเฉพาะในกรณีและในขอบเขตที่ศาลได้กำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ ศาลก็พร้อมที่จะวินิจฉัยพิพากษาลงโทษฝ่ายปกครองที่ใช้มาตรการบังคับโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังต่อไปนี้

๑. เงื่อนไขของการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

(๑) การใช้มาตรการบังคับทางปกครองถือว่ามีความชอบด้วยกฎหมายในสองกรณี ได้แก่

ก. เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ใช้ได้ เช่น มาตรา 21 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1877 กำหนดให้สามารถใช้กำลังทหารเข้าดำเนินการบังคับตามมาตรการทางปกครองได้ หรือกฎหมายว่าด้วยการพิทักษ์สิ่งแวดล้อมฉบับต่าง ๆ ก็มีบทบัญญัติให้อำนาจใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกตามกฎหมายนั้น ๆ เช่นเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยในการจราจร หรือกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชน หรือกฎหมายเกี่ยวกับการเดินทางเข้าและพำนักในฝรั่งเศสโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องท้ายสุดนี้ว่า “คำสั่งที่กระทำให้ขึ้นในกรอบของการรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามนั้นได้” ซึ่งศาลคดีขัดกันก็ได้นำหลักตามคำวินิจฉัยนี้ไปใช้ในการวินิจฉัยกรณีอื่น ๆ ด้วย

ข. เมื่อมีเหตุเร่งด่วน (urgence) ดังเช่นที่ Romieu เคยกล่าวไว้ว่า “ถือเป็นแก่นแท้ในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการฉับพลันทันที และใช้กำลังเจ้าหน้าที่โดยไม่ชักช้าโดยไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนพิธี ในกรณีที่จำเป็นต้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ เช่น เมื่อไฟไหม้บ้านเราคงไม่ไปยื่นร้องขอศาลให้มีคำสั่งส่งเจ้าหน้าที่ดับเพลิงดับไฟ” และแม้กระทั่งกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ เงื่อนไขว่าด้วยเหตุเร่งด่วนหรือฉุกเฉินนี้ก็ยังคงใช้ได้อยู่ ดังนั้น เหตุเร่งด่วนจึงมีผลทำให้มาตรการที่อาจไม่ชอบด้วยกฎหมายในบริบทอื่นนั้นชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้ จึงกล่าวได้ว่าในเรื่องการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้น เหตุเร่งด่วนมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับเหตุการณ์ไม่ปกติ (circonstances exceptionnelles) ซึ่งศาสตราจารย์ Mestre ก็เคยกล่าวไว้ว่าเหตุเร่งด่วนนี้ทำได้ “เกณฑ์คุณค่าทางกฎหมายกลับตาลปัตรโดยสิ้นเชิง” ด้วยเหตุนี้ ในแต่ละคดี ศาลจะพิจารณาตรวจสอบว่าในกรณีนั้นมีเหตุเร่งด่วนหรือความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายหรือไม่

(๒) ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้หรือไม่มีเหตุเร่งด่วนมาตรการบังคับทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อมีเงื่อนไขทั้งสี่ประการดังต่อไปนี้ครบสมบูรณ์

ประการที่หนึ่ง ในกรณีนั้น ต้องไม่มีบทลงโทษทางกฎหมายอื่นใดแล้วเงื่อนไขที่ Romieu จัดไว้ในลำดับที่สาม แท้จริงแล้วเป็นเงื่อนไขสำคัญเพื่อที่มาตรการบังคับทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมาย ดังเช่นที่ตุลาการผู้แถลงคดี Leon Blum กล่าวไว้ในคำแถลงคดีในคดี Abbe Bouchon ที่วินิจฉัยโดยสภาแห่งรัฐในปี ค.ศ.1911^{๑๖๗} ว่า “ตามหลักแล้ว มาตรการบังคับทางปกครองจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายและในกรณีนั้นไม่มีวิธีการทางกฎหมายอื่นใดแล้วที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้”

บทลงโทษทางกฎหมายข้างต้นมักจะเป็นบทลงโทษทางอาญา ซึ่งเมื่อ Romieu กล่าวถึงบทลงโทษทางกฎหมายก็จะหมายถึงบทลงโทษทางอาญานั้นเอง กล่าวคือ “ในกรณีที่กฎหมายกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ ฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการบังคับไม่ได้ ยกเว้นเป็นกรณีที่มีเหตุเร่งด่วน เป็นเรื่องความปลอดภัย ซึ่งทุกฝ่ายต่างเห็นพ้องว่าฝ่ายปกครองควรมีอำนาจใช้มาตรการบังคับได้” ฉะนั้น ด้วยเหตุที่รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1901 ที่ยุบคณะนักบวชนั้นมิได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ จึงทำให้ศาลวินิจฉัยว่าการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย ในทางกลับกัน เนื่องจากกฎข้อบังคับว่าด้วยความสงบเรียบร้อยได้กำหนดบทลงโทษไว้ในมาตรา R.610-5 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น โดยหลักการ ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ หลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในคดีที่โด่งดังต่าง ๆ มากมาย เช่นศาลได้วินิจฉัยว่าการใช้กำลังเข้าค้นยึดทรัพย์สินของประชาชนโดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1938 ว่าด้วยการบริหารประเทศในสภาวะสงครามนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเว้นเสียแต่ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุเร่งด่วนเท่านั้น เนื่องจากมาตรา 31 แห่งรัฐบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดโทษปรับและโทษจำคุกสำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งค้นยึดทรัพย์สินไว้อยู่แล้ว ในส่วนของการดำเนินการเข้ายึดครองที่อยู่อาศัยของฝ่ายปกครองตามที่กำหนดไว้ในรัฐกำหนด ลงวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1945 นั้น ในอดีต ศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยว่าการใช้กำลังเจ้าหน้าที่เข้าบังคับการตามคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ยกเว้นกรณีที่มีเหตุเร่งด่วน โดยศาลจะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน (voie de fait) ซึ่งจะทำให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทจากการละเมิดดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากแนวคำวินิจฉัยของศาลถือว่าบทลงโทษทางอาญาที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1938 นั้นมีผลบังคับใช้กับกรณีของการเข้าค้นยึดทรัพย์สินตามรัฐกำหนด ค.ศ.

1945 ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ภายใต้อาณัติ (แผนกคดีอาญา) มีความเห็นไปในทางตรงกันข้ามว่า บทลงโทษที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1938 นั้นไม่อาจนำมาใช้บังคับกับกรณีของการเข้าค้นยึดทรัพย์สินตามรัฐกำหนด ค.ศ. 1945 ได้ เนื่องจากมีหลักในกฎหมายอาญาให้ยึดถือว่า การตีความบทบัญญัติของกฎหมายต้องตีความอย่างเคร่งครัด ซึ่งในภายหลัง ศาลคดีขัดกันก็ได้กลับคำวินิจฉัยโดยเห็นว่า “ในกรณีที่ไม่มีกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้

^{๓๗} C.E., 17 mars 1911, Abbe Bouchon, Rec.341, conl. Blum

จะยอมให้บทบัญญัติของรัฐกำหนดนี้ (รัฐกำหนด ลงวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1945) ไม่มีผลใช้บังคับย่อมไม่ได้ ดังนั้น กรณี ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจตามกฎหมายในการใช้กำลังเข้าบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งค้นยึดทรัพย์สิน

ทางด้านสภาแห่งรัฐก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ในลักษณะขยายความโดยได้วินิจฉัยว่า กรณีที่กฎหมายของฝ่ายบริหารที่กำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ด้วยนั้นมีความชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้กำลังเข้าบังคับการตามกฎหมายนั้นได้ ในขณะที่ศาลยุติธรรมกลับปฏิเสธที่จะบังคับใช้บทลงโทษที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ ในกรณีที่กฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ แนวคำวินิจฉัยของศาลได้ก้าวไกลไปกว่าแนวคิดของ Romieu อีกโดยเห็นว่า ฝ่ายปกครองไม่อาจจะใช้กำลังเข้าบังคับการตามคำสั่งได้ โดยเฉพาะกรณีที่มิมีบทลงโทษทางอาญาเท่านั้นแต่ยังรวมถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่ทำให้ผู้รับคำสั่งปฏิบัติตามคำสั่งนั้นได้ เช่น การที่สามารถใช้วิธีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลหรือใช้วิธีการทางกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งคำวินิจฉัยของ Abbe Bouchon ลงวันที่ 17 มีนาคม 1911 ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ได้สรุปแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวใช้สำนวนที่มีความหมายครอบคลุมกว้างขวางมาก อันได้แก่ “วิธีการใด ๆ ที่สามารถนำมาใช้ให้สัมฤทธิ์ผลได้” ในทางกลับกัน “ในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ใช้วิธียื่นฟ้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้บุคคลหนึ่งออกจากที่ดินที่เข้ายึดครองอยู่โดยอ้างว่าการยึดครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วในภายหลัง หากฝ่ายปกครองจะใช้กำลังเข้าหาประโยชน์จากที่ดินนั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลผู้นั้นแต่อย่างใด ทั้งนี้ ไม่ว่าคำอ้างของฝ่ายปกครองจะมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใดก็ตาม”

อย่างไรก็ตาม ใ้ว่ากฎหมายจะกำหนดวิธีการทางกฎหมายไว้ให้ฝ่ายปกครองใช้ในทุกรณี ดังจะเห็นได้จากการที่สภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความแพ่งใหม่ โดยเฉพาะบทบัญญัติของมาตรา 31 ว่าด้วยการมีส่วนร่วมได้เสียนั้นมิได้ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองในการฟ้องคดีในนามของรัฐต่อศาลยุติธรรมเพื่อบังคับใช้กฎหมาย” ดังนั้น “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีการฟ้องคดีต่อศาลได้” การใช้กำลังเข้าบังคับตามคำสั่งทางปกครองจึงไม่ถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนแต่อย่างใด

ประการที่สอง “ปฏิบัติการทางปกครองที่จำเป็นต้องใช้กำลังบังคับให้เกิดผลขึ้นนั้นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายรองรับชัดเจน” กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คำสั่งทางปกครองที่จะใช้กำลังบังคับนั้นทำขึ้นเพื่อบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง

ประการที่สาม “เป็นกรณีที่จำเป็นต้องใช้กำลังเข้าบังคับการตามคำสั่งทางปกครอง” กล่าวคือ ผู้รับคำสั่งต้องแพ่งไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งหรือแสดงท่าทีอึดออดอย่างเห็นได้ชัด

ประการที่สี่ “มาตรการใช้กำลังเข้าบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นต้องกระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ปฏิบัติการที่กฎหมายกำหนดไว้สัมฤทธิ์ผลเท่านั้น” กล่าวคือ มาตรการนั้นต้องไม่เกินเลยไปกว่าสิ่งที่จำเป็นจริง ๆ สำหรับการบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมาย ดังนั้น ฝ่ายปกครองต้องไม่ใช่อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ซึ่งแท้จริงแล้วก็เป็นกรณนำหลักที่รู้จักกันดีในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยมาใช้นั่นเอง คือหลักที่กำหนดว่ามาตรการเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยจะชอบด้วยกฎหมายตราบเท่าที่มาตรการนั้น “จำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยหรือสถาปนาความสงบเรียบร้อยให้กลับคืน”

๒. การลงโทษให้รับผิดกรณีที่ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในประเด็นนี้ มีกรณีต้องแยกพิจารณาหลายกรณีด้วยกัน คือ

(๑) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้กำลังเข้าบังคับ (ในลักษณะที่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้นอย่างครบถ้วนสมบูรณ์) แต่ต่อมาภายหลังปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองที่ใช้กำลังเข้าบังคับตามนั้นถูกศาลสั่งเพิกถอนด้วยเหตุว่าใช้อำนาจเกินขอบเขต ในกรณีนั้น ศาลอาจวินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งหลักที่กำหนดให้ฝ่าย

ปกครองใช้ดุลพินิจบังคับการตามคำสั่งของตนได้โดยไม่ต้องพร้อมเสียงที่จะรับผิดชอบในกรณีที่เกิดความผิดพลาดขึ้นนั้นได้ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันมาช้านานแล้ว

(๒) ในทำนองเดียวกัน ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ใช้กำลังเข้าบังคับในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ไม่ว่าคำสั่งทางปกครองที่ใช้กำลังเข้าบังคับจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณี ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาคำฟ้องของผู้เสียหายหากมาตรการที่ก่อความเสียหายนั้นมิได้เป็นการละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ในทางตรงกันข้าม หากการละเมิดนั้นกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ถือว่าฝ่ายปกครองกระทำการละเมิดที่เรียกว่า *voie de fait* และในกรณีนี้ ศาลยุติธรรมจะมีอำนาจพิจารณาคำฟ้องของผู้เสียหายแทน ทั้งนี้ ศาลคดีขัดกันได้มีคำวินิจฉัยที่ให้ความกระจ่างชัดในการแบ่งอำนาจพิจารณาของศาลในประเด็นนี้ โดยได้วินิจฉัยว่า การใช้กำลังเข้าขับไล่ข้าราชการออกจากบ้านพักข้าราชการ ถือเป็น *voie de fait* เนื่องจากเป็นการละเมิดต่อ “เคหสถานส่วนบุคคล” ในทำนองเดียวกัน การใช้กำลังเข้าดำเนินการริ้วศพขึ้นจากหลุมฝังศพในสุสานก็ถือเป็น *voie de fait* เนื่องจากเป็นการล่วงเกินไม่เคารพต่อผู้เสียชีวิตแล้ว

๓.๖.๒ แนวคิดมาตรการบังคับทางปกครองของประเทศเยอรมัน

การศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองของประเทศเยอรมัน หรือที่มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany) ซึ่งมีการออกกฎหมายเป็น 2 ระดับ คือ ระดับสหพันธรัฐ กับระดับมลรัฐ เป็นการศึกษานวนคิดในด้านความหมายของการบังคับทางปกครอง ลักษณะของการบังคับทางปกครอง หลักทั่วไปของการบังคับทางปกครอง การบังคับทางปกครองโดยตรง กระบวนการบังคับทางปกครอง การกำหนดวิธีการบังคับทางปกครองการดำเนินการทางปกครอง และการบังคับทางปกครองโดยทันทีทันใด ซึ่งสรุปได้ดังต่อไปนี้

1. ความหมายของการบังคับทางปกครอง ในประเทศเยอรมัน กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง การตรากฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองใช้บังคับฝ่ายบริหารมีทั้งในระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐ ศาสตราจารย์ดอกเตอร์ฮาร์ทมุต มอเรอร์ (Professor Dr.Hartmut Maurer) ศาสตราจารย์ทางกฎหมายที่มีชื่อเสียงในประเทศเยอรมันได้ให้ความหมายว่า “การบังคับทางปกครอง” หมายถึง กระบวนการทางปกครองที่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อบังคับแก่ประชาชนผู้ซึ่งมีภาระผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่แห่งกฎหมายมหาชน

๒. ลักษณะของการบังคับทางปกครอง การบังคับทางปกครองประเทศเยอรมันแบ่งได้เป็น 2 ส่วน ตามลักษณะที่เกี่ยวข้องกับประชาชนและที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครองดังนี้

(1) ประชาชนจะต้องถูกบังคับทางปกครอง ซึ่งหมายถึงว่าการบังคับทางปกครองคือ ภาระผูกพันที่ประชาชนต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายมหาชน ซึ่งจะบัญญัติไว้ว่าสิ่งใดเป็นหน้าที่ที่ประชาชนมีภาระผูกพันต้องปฏิบัติ เช่น กฎหมายภาษีอากรกำหนดให้ประชาชนมีภาระผูกพันที่ต้องชำระภาษีให้แก่รัฐ กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารกำหนดให้ประชาชนมีภาระผูกพันต้องขออนุญาตก่อสร้างอาคารจากเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน เป็นต้น

(2) ในกระบวนการบังคับทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถที่จะดำเนินการบังคับทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลหรือองค์กรอื่นของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับคดีมาบังคับคดีก่อน ซึ่งในกรณีของกระบวนการบังคับทางปกครองนี้ต่างจากกระบวนการบังคับคดีโดยทั่วไปตรงที่เจ้าหน้าที่ทางปกครองของรัฐจะดำเนินการเองไม่ได้ ต้องร้องขอต่อศาลหรือต่อองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับคดีให้ออกคำสั่งบังคับคดีก่อน

3.หลักทั่วไปของการบังคับทางปกครอง หลักทั่วไปของการบังคับทางปกครองแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) การบังคับให้ชำระเงิน การบังคับให้ชำระเงินในการบังคับทางปกครอง เช่น การเรียกให้นำเงินช่วยเหลือที่เบิกจ่ายเกินกลับคืน การเรียกให้ชำระเงินประกันสังคม เป็นต้น โดยวัตถุประสงค์แห่งการบังคับทางปกครองกรณีการบังคับให้ชำระเงิน ได้แก่ การเรียกให้นำเงินช่วยเหลือที่เบิกจ่ายเกินส่งกลับคืน การเรียกให้ชำระเงินประกันสังคมที่ประชาชนต้องชำระ เป็นต้น การบังคับให้ชำระเงินในการบังคับทางปกครองนี้มีกฎหมายบัญญัติสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีต่อประชาชนให้ชำระเงินไว้ เช่น สิทธิในการเรียกให้ประชาชนชำระภาษี ค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง เป็นต้น

ในการบังคับให้ชำระเงินนี้ ตามมาตรา 3 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ ฯ ได้กำหนดไว้ดังนี้

1) ต้องมีคำสั่งให้กระทำการ เนื่องจากคำสั่งให้กระทำการจะระบุสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีต่อประชาชน

2) ต้องกำหนดเวลาที่ผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติตามให้แล้วเสร็จ

3) ต้องแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทราบภายในหนึ่งสัปดาห์หลังจากครบกำหนดเวลาที่ให้ผู้รับคำสั่งนั้นต้องปฏิบัติตามคำสั่งให้แล้วเสร็จ โดยเมื่อครบชั้นตอนแล้วแต่ผู้ได้รับคำสั่งนั้นมิได้ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องออกหนังสือเตือนให้ชำระเงินอีกครั้งหนึ่ง โดยกำหนดให้

ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งสัปดาห์ หนังสือเตือนให้ชำระเงินนี้ไม่ถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากสาระของหนังสือเป็นเพียงการบอกกล่าวให้ต้องชำระเงินเท่านั้น ไม่ถือเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้ระบุสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีต่อประชาชนเหมือนกับกรณีของคำสั่งให้กระทำการ

สำหรับวิธีการบังคับให้ชำระเงิน กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ฯ ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดในเรื่องนี้ไว้โดยตรง แต่ตรา 5 अनुมาตรา 1 ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการชำระเงิน ในส่วนที่ว่าด้วยกระบวนการหรือวิธีการในการบังคับให้ชำระเงินดังกล่าว กับบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น การบังคับกับสังหาริมทรัพย์โดยวิธีการยึดและนำมาขายทอดตลาด

(2) การบังคับให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ มาตรา 9 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ฯ ได้กำหนดวิธีการบังคับสำหรับการบังคับทางปกครองให้กระทำการ จำยอมให้กระทำการและให้ละเว้นกระทำการไว้ 3 วิธี ดังต่อไปนี้

1) การจัดการแทน กรณีที่ประชาชนหรือเอกซลที่ต้องปฏิบัติหรือดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองได้ละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถมอบหมายให้บุคคลที่สามเป็นผู้ปฏิบัติหรือดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแทนได้โดยให้ประชาชนหรือเอกซลนั้นเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย อย่างไรก็ตาม การบังคับทางปกครองโดยวิธีการจัดการแทนจะใช้ได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่การดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถกระทำการแทนได้นั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายระบุให้ผู้อยู่ในบังคับต้องดำเนินการด้วยตนเอง เช่น การเข้ารับการเกณฑ์ทหาร ก็ไม่อาจใช้วิธีการจัดการแทนได้

ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครอง กับประชาชนหรือเอกซลผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นหรือต้องจำยอมให้บุคคลที่สามดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองนั้นแทน และบุคคลที่สามผู้ปฏิบัติหรือดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแทน มีลักษณะดังนี้ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับประชาชนหรือเอกซลเป็นความผูกพันตามกฎหมายมหาชน ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับบุคคลที่สามเป็นความผูกพันตามกฎหมายแพ่งว่าด้วยสัญญา ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนหรือเอกซลกับบุคคลที่สามดังกล่าวเป็นความผูกพันที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรง ประชาชนหรือเอกซลผู้มีหน้าที่ดังกล่าวต้องจำยอมให้บุคคลที่สามดำเนินการบังคับทาง

ปกครองตามที่ได้รับมอบหมาย สำหรับสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทนในการดำเนินการบังคับทางปกครองนั้น บุคคลที่สามไม่มีไปเรียกร้องเอาจากประชาชนหรือหรือเอกชนผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองโดยตรงแต่ต้องไปเรียกเอาจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นโดยอาศัยความผูกพันตามกฎหมายแพ่งว่าด้วยสัญญา และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องไปฟ้องเรียกร้องค่าตอบแทนในการดำเนินการบังคับทางปกครองนั้นเอาจากประชาชนหรือเอกชนผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นอีกต่อหนึ่ง

การจัดการแทน แยกออกเป็น 2 กรณี คือ

ก. กรณีการจัดการแทนโดยบุคคลอื่น ได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นบริษัทเอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน เช่น กรณีการรื้อถอนอาคารสิ่งปลูกสร้างที่ก่อสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยบริษัทเอกชนซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ว่าจ้างให้มาดำเนินการแทนเนื่องจากเจ้าของอาคารไม่รื้อถอนอาคารด้วยตนเอง

ข. กรณีการจัดการแทนโดยเจ้าพนักงานของรัฐเอง ได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เจ้าพนักงานของรัฐนั้นเองเป็นผู้ดำเนินการแทน

2) การให้ชำระค่าปรับทางปกครอง การให้ชำระค่าปรับทางปกครองเป็นการบังคับทางปกครองโดยตรงที่ใช้สำหรับบังคับให้ประชาชนหรือเอกชนกระทำการหรือละเว้นกระทำการบางอย่างอันเป็นกรณีการบังคับทางปกครองที่ไม่อาจกระทำการแทนกันได้ โดยหลักทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีให้ชำระค่าปรับทางปกครองเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าในกรณีนั้น ๆ ไม่อาจใช้วิธีการจัดการแทนได้ มาตรา 11 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางการปกครองของสหพันธ์ฯ บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถนำวิธีให้ชำระค่าปรับทางปกครองมาใช้บังคับแก่ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้ และมาตรา 3 อนุมาตราสาม แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ฯ ได้บัญญัติจำนวนเงินค่าปรับทางปกครองไว้เป็นเงินตั้งแต่ 3-2,000 มาร์ค (mark) และบัญญัติให้การกำหนดจำนวนเงินค่าปรับทางปกครองดังกล่าวเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แต่ในการกำหนดจำนวนเงินค่าปรับทางปกครองนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงความสำคัญของวัตถุประสงค์ของการดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองกับลักษณะของการไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ตลอดจนฐานะทางการเงินของผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง และหลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ การกำหนดจำนวนเงินค่าปรับทางปกครอง

โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจถูกตรวจสอบความสมเหตุสมผลและความถูกต้องจากศาลปกครอง

3) การกักขังแทนการชำระค่าปรับทางปกครอง ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่ชำระค่าปรับทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลปกครองให้ออกคำสั่งจับกุมประชาชนหรือเอกชนผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองมากักขังแทนการชำระค่าปรับทางปกครองได้ การกักขังแทนการชำระค่าปรับทางปกครองเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้ในการบังคับทางปกครองโดยตรง โดยระยะเวลาในการกักขังแทนการชำระค่าปรับทางปกครองนี้ มาตรา 16 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ฯ ได้กำหนดระยะเวลาไว้อย่างต่ำต้องไม่น้อยกว่า 1 วัน และอย่างสูงต้องไม่เกิน 2 สัปดาห์ โดยศาลปกครองต้องรับฟังคำชี้แจงของผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองก่อน หลังจากนั้นศาลปกครองจึงจะใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระภายใต้หลักความสมเหตุสมผล

4. การบังคับทางปกครองโดยตรง มาตรา 2 อนุมาตราหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครอง ได้บัญญัติความหมายการบังคับทางปกครองโดยตรงไว้ว่า “การบังคับทางปกครองโดยตรง” หมายถึง การบังคับบุคคลหรือสิ่งของโดยใช้กำลังเครื่องมือช่วยหรืออาวุธ

การบังคับทางปกครองโดยตรงนี้เป็นหนทางสุดท้ายของการบังคับทางปกครอง ถ้าหากการบังคับทางปกครองเพื่อให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการด้วยวิธีการจัดการแทนหรือค่าปรับทางปกครองไม่บรรลุผลตามความมุ่งหมายหรือไม่สามารถกระทำได้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถบังคับแก่ผู้ที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งได้ด้วยวิธีการบังคับทางปกครองโดยตรง ซึ่งการบังคับทางปกครองโดยตรงเป็นวิธีการที่รุนแรง จะนำมาใช้เฉพาะแต่ในกรณีที่มีเหตุผลสมควรเท่านั้น หากไม่ใช่กรณีที่มีความจำเป็นจริง ๆ แล้วจะไม่ใช้มาตรการนี้ สิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยตรงมี 2 ประการ คือ กลักความจำเป็นและหลักความสมเหตุสมผล

ความแตกต่างระหว่าง “การบังคับทางปกครองโดยตรง” กับ “การจัดการแทน” มีลักษณะดังนี้ คือ ในการบังคับทางปกครองโดยตรงนั้น เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการบังคับทางปกครองเอง ส่วนในการจัดการแทนเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มอบหมายบุคคลที่สามเป็นผู้ดำเนินการแทน ซึ่งในบางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐก็เข้าดำเนินการด้วยตนเองในฐานะที่กระทำการแทนผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทาง

ปกครอง เช่น ในกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือถอนอาคารแทนเจ้าของอาคารที่ก่อสร้างผิดไปจากแบบแปลนที่ได้รับอนุญาตไว้ เป็นต้น

5. กระบวนการบังคับทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ฯ ได้บัญญัติกระบวนการบังคับทางปกครองกรณีให้ระทำการหรือละเว้นระทำการไว้ดังนี้

(1) ในกรณีทั่วไป ต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบ การแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบถือว่าเป็นหลักการสำคัญของกระบวนการบังคับทางปกครอง เนื่องจากว่าหากมีการแจ้งให้ทราบอย่างจริงจังแล้วอาจช่วยให้ไม่ต้องมีการบังคับทางปกครองก็ได้ โดยก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะทำการบังคับ ต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้รับคำสั่งทราบถึงวิธีการบังคับทางปกครอง และระยะเวลาที่แน่นอนที่จะต้องเข้าปฏิบัติตามคำสั่ง ซึ่งในการแจ้งให้ทราบนั้นอาจจะกระทำไปพร้อมกับการออกคำสั่งบังคับทางปกครองเลยก็ได้ เช่น กรณีที่มีการจัดการแทนอาจกำหนดจำนวนค่าปรับทางปกครองที่คาดหมายไว้ล่วงหน้าสำหรับการเข้าจัดการแทน เป็นต้น

(2) ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องชำระค่าปรับทางปกครอง ต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นทราบจำนวนเงินค่าปรับที่แน่นอนด้วย การระบุแต่เพียงจำนวนเงินค่าปรับขั้นสูงไว้ถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย

(3) ในกรณีที่การแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทราบเพื่อการบังคับทางปกครองโดยตรงต้องระบุประเภทและวิธีการในการดำเนินการบังคับทางปกครองไว้อย่างชัดเจน มิฉะนั้นถือได้ว่าการแจ้งให้ทราบนั้นไม่ชอบด้วยหลักกฎหมาย 2 ประการ คือ หลักความแน่นอนชัดเจน และหลักความสมเหตุสมผล

6. การกำหนดวิธีการบังคับทางปกครอง การกำหนดวิธีการบังคับทางปกครองเป็นการวางมาตรการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเข้าดำเนินการบังคับทางปกครอง และเป็นการบอกกล่าวยืนยันให้ผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองทราบก่อนมีการบังคับทางปกครอง โดยปกติเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดวิธีการบังคับทางปกครองขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด

7. การดำเนินการทางปกครอง หลังจากที่ได้มีการกำหนดวิธีการบังคับทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้ทันทีภายในขอบเขต

ที่ได้กำหนดไว้ ในกรณีการบังคับทางปกครองโดยวิธีการจัดการแทน หากผู้ที่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองขัดของ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจเข้าจัดการได้ ในกรณีนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ที่ตรวจได้ และเมื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครองนั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการบังคับทางปกครองต่อไปอีกไม่ได้ ไม่ว่าจะการบรรลุวัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครองนั้นจะบรรลุโดยวิธีใด ๆ เช่น การจัดการแทนการบังคับทางปกครองโดยตรง หรือการที่ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ดำเนินการเองภายหลังที่ได้รับการแจ้งแล้วก็ตาม

8. การบังคับทางปกครองโดยทันทีทันใด ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นและร้ายแรง การดำเนินการบังคับทางปกครองด้วยกระบวนการตามปกติอาจไม่ทันการ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถบังคับทางปกครองได้โดยทันทีทันใด เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจกำลังลาดตระเวนไปพบเห็นคนร้ายกำลังปืนกำแพงรั้วเข้าไปในบ้านผู้อื่น เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าขัดขวางการกระทำของคนร้ายนั้นได้ในทันทีโดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการไปตามกระบวนการบังคับทางปกครองก่อน

การบังคับทางปกครองโดยทันทีทันใดไม่ถือว่าเป็นการบังคับทางปกครองประเภทหนึ่ง เพราะมาตรา 9 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ ได้แบ่งวิธีการบังคับทางปกครองไว้เพียง 3 ประเภท คือ การจัดการแทน การให้ชำระค่าปรับทางปกครอง และการบังคับทางปกครองโดยตรง การบังคับทางปกครองโดยทันทีทันใดเป็นเพียงรูปแบบพิเศษของการใช้วิธีการบังคับทางปกครองรูปแบบหนึ่งเท่านั้น

กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์ฯ ได้บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถบังคับทางปกครองได้โดยทันทีทันใดโดยไม่จำเป็นต้องมีการออกนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองล่วงหน้า และไม่ต้องมีการแจ้งให้ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองทราบ หรือมีการกำหนดวิธีการบังคับทางปกครองไว้ก่อนด้วย

๓.๖.๓ แนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองของประเทศไทย

เดิมกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง ดังนั้น ในกรณีที่มีเอกชนฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องให้พนักงานอัยการดำเนินการฟ้องร้องเอกชนผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคดีต่อศาลก่อน เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงจะดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ ทำให้เสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายมาก

อย่างไรก็ตาม มาตรการบังคับทางปกครองมิใช่เรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย โดยที่แต่เดิมในสมัยที่ยังไม่มีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรการบังคับทางปกครองจะปรากฏอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการปกครองที่ว่าด้วยเรื่องนั้นๆ เป็นการเฉพาะโดยมิได้มีบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการบังคับทางปกครอง ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการปกครองดังกล่าวมีจำนวนไม่น้อยกว่า 500 ฉบับ แต่ละฉบับตราเป็นกฎหมายออกมาในช่วงเวลาที่แตกต่างกันทำให้เป็นเรื่องยากแก่ประชาชนที่จะรู้ข้อบัญญัติเกี่ยวกับการปกครองของกฎหมายแต่ละฉบับได้ทั่วถึงเพราะจะต้องรู้รายละเอียดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการปกครองที่ว่าด้วยเรื่องนั้น ๆ เป็นการเฉพาะด้วย จึงทำให้เกิดแนวคิดที่จะมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้นเป็นกฎหมายกลางเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์เดียวกัน เพราะหากไม่มีกฎหมายกลางแล้วกฎหมายทุกฉบับก็จะเป็นกฎหมายหลักไปเลย ไม่มีกฎหมายใดเป็นข้อยกเว้น การมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนอกจากทำให้เป็นการง่ายแก่ประชาชนที่จะเข้าใจและปฏิบัติตามแล้วยังง่ายต่อการพัฒนากฎหมายอีกด้วยเนื่องจากในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขกฎหมาย การแก้ไขกฎหมายหลายฉบับอาจเป็นปัญหายุ่งยากมาก เมื่อมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นกฎหมายกลางขึ้นแล้วการแก้ไขก็แก้ไขได้โดยง่ายและอาจแก้ไขเฉพาะกฎหมายกลางฉบับเดียวเท่านั้น^{๓๘}

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งบังคับก่อนอีกต่อไป เนื่องจากการยึดหรืออายัดและการขายทอดตลาดทรัพย์สินของประชาชนเป็นการเข้าไปกระทบสิทธิในทรัพย์สินจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองไว้^{๓๙}

๑. มาตรการบังคับทางปกครองเป็นการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง

มีขั้นตอนที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งและข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะราย มาตรการบังคับทางปกครองของไทยได้รับแนวความคิดจากกฎหมายว่าด้วยการบังคับตามนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน การบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ^{๔๐}

(๑) คำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายโดยทันที คือคำสั่งที่ไม่จำเป็นต้องจัดให้มีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะคำสั่งทางปกครองนั้นเกิดความสมบูรณ์ในตัวเองโดยทันที ไม่ต้องปฏิบัติการใด ๆ เพิ่มเติมอีก เช่น ใบอนุญาตให้ตั้งโรงงาน หรือคำสั่งทางปกครองที่รับรองสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ เช่น ใบรับรองนิติบุคคล ใบสูติบัตร ใบมรณะบัตร

ใบสำคัญการเปลี่ยนชื่อตัว ใบสำคัญการเปลี่ยนสกุล เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้มีผลบังคับได้ทันที

(๒) คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับ คือคำสั่งที่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ต้องมีมาตรการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเข้าดำเนินการได้เองโดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล แต่เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชน ดังนั้น การบังคับทางปกครองจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในกรณีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน และในการบังคับทางปกครองในกรณีดังกล่าว นอกจากต้องกำหนดขั้นตอนของการบังคับแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ต้องสอดคล้องกับหลักความสมควรแก่เหตุผลด้วย มาตรการบังคับทางปกครองประเภทที่ต้องมีการบังคับนี้แยกได้เป็น 2 กรณี คือ

1) มาตรการบังคับทางปกครองกรณีให้ชำระเงิน มาตรการบังคับทางปกครองกรณีให้ชำระเงินนี้ใช้ในกรณีที่บุคคลนั้น ๆ มีหน้าที่ต้องชำระเงินให้แก่รัฐ เช่น ชำระค่าภาษีอากร ค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง เป็นต้น ในการนี้กฎหมายบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถสั่งให้บุคคลนั้นชำระเงินให้แก่รัฐได้โดยเร็ว และให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับให้บุคคลนั้นชำระหนี้ได้ด้วยตนเอง

^{๓๘} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร. จีระวิชาการพิมพ์. ๒๕๔๐. หน้า ๑๖๒.

^{๓๙} กมลชัย รัตนากาววงศ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า ๗๙.

^{๔๐} กมลชัย รัตนากาววงศ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า ๖๗.

2) มาตรการบังคับทางปกครองกรณีให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดยสภาพของมาตรการบังคับทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้มาตรการดังต่อไปนี้ได้ ตามความเหมาะสมแก่กรณี คือ

๒.1) การกระทำการแทน มาตรการนี้เป็นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเองเป็นผู้กระทำการแทนผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

๒.๒) การปรับ มาตรการปรับในทางปกครองเป็นมาตรการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่เกี่ยวกับการให้ชำระหนี้ แต่เป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องกระทำการด้วยตนเอง หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือให้ส่งมอบทรัพย์สินแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งล้วนเป็นกรณีที่ไม่อาจให้ผู้อื่นกระทำการแทนได้ หรือไม่อยู่ในวิสัยที่จะให้ผู้อื่นกระทำการแทนได้

๒.3) การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้กำลังทางกายภาพเข้าปฏิบัติการด้วยตนเองมาตรการนี้เป็นมาตรการที่รุนแรงกว่ามาตรการอื่น เมื่อใช้มาตรการบังคับทางปกครองในสองอย่างแรกไม่บรรลุผล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจที่จะใช้กำลังทางกายภาพเข้าปฏิบัติการด้วยตนเองมาตรการบังคับดังกล่าวนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องใช้เมื่อมีความจำเป็นจริง ๆ และอย่างสมควรแก่กรณีเท่านั้น

๒.4) การจับกุมและกักขัง มาตรการนี้เป็นมาตรการในการบังคับคดีแพ่ง กรณีที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาออกหมายบังคับคดีตามคำพิพากษาให้ลูกหนี้และบริวารออกจากอสังหาริมทรัพย์แล้วลูกหนี้และบริวารไม่ออก เจ้าหน้าที่งานบังคับคดีรายงานต่อศาลขอให้มีการตามมาตรการ 296 จัดว่า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ให้จับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษา มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการนี้จำเป็นต้องนำมาบังคับใช้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง

๒.5) การเพิกถอนใบอนุญาต มาตรการเพิกถอนใบอนุญาตนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้เมื่อผู้ที่ได้รับอนุญาตให้กระทำการหรือประกอบอาชีพที่ต้องมีใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองหรือข้อกำหนดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดในการออกใบอนุญาตนั้น

2.มาตรการบังคับทางปกครองกับหลักความได้สัดส่วน

เนื่องจากมาตรการบังคับทางปกครองจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติทั้งหลายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และหลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองที่มีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น หลักรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่สำคัญและควรกล่าวถึงในที่นี้ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกภายใต้อำนาจ เป็นการบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ

(Moderation)^{๔๑} หลักความได้สัดส่วนนี้มีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในหลายประเทศว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญ เช่น ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันได้ใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปทั้งที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด นอกจากนี้ ประเทศออสเตรีย สวิตเซอร์แลนด์ และประเทศอื่น ๆ ก็ยอมรับหลักความได้สัดส่วนนี้เช่นกัน ดังจะเห็นได้จากสัญญา EWG-vertrag ซึ่งได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยสนธิสัญญา Masstricht ซึ่งเป็นสัญญาที่ก่อตั้งสหภาพยุโรป ได้กำหนดหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 3 วรรค 3 หลักความได้สัดส่วนนี้ได้รับการยอมรับกันทั่วไปเนื่องจากเป็นหลักที่คำนึงถึงการอำนวยความสะดวกให้แก่ทุกฝ่าย ทั้งในส่วนที่เป็นผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ของกลุ่มบุคคล และของมหาชน หลักความได้สัดส่วนนี้มีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า หลักห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ^{๔๒}

สำหรับประเทศไทย กฎหมายปกครองให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ แต่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่เป็นกรกระทำสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และการกระทำกรนั้น ๆ จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น มิใช่ว่าฝ่ายปกครองจะอ้างประโยชน์สาธารณะได้ทุกกรณีเสมอไป การกระทำของฝ่ายปกครองต้องได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ของมหาชนกับความเสียหายของปัจเจกบุคคลที่ได้รับจากการใช้มาตรการใดๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่นำมาใช้บังคับอย่างพอเหมาะพอประมาณถ้าปรากฏว่าประโยชน์ของมหาชนที่ได้รับนั้นไม่คุ้มกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ปัจเจกบุคคลก็ไม่ควรใช้มาตรการนั้นเลยจะเหมาะสมกว่า^{๔๓}

หลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ คือ

1. หลักความเหมาะสม (Principle of appropriateness) หลักความเหมาะสม มีความหมายว่า มาตรการใดที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ มาตรการนั้นโดยสภาพแล้วต้อง

^{๔๑} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543. หน้า 85.

^{๔๒} บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ ๑ เล่มที่ ๒, พฤษภาคม-สิงหาคม ๒๕๔๒. หน้า ๔๐-๔๑

^{๔๓} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เรื่องเดิม, หน้า ๒๒๕.

สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายต้องการได้ ซึ่งต้องพิสูจน์ว่าสามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หลักความเหมาะสมต้องมีความเหมาะสมเชิงเหตุ และ ผล ระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้น โดยให้มาตรการของฝ่ายปกครองเป็นเหตุและให้สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล หลักความเหมาะสมจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสามัญสำนึก หากฝ่ายปกครองออกมาตรการใดที่โดยสภาพของมาตรการนั้นไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายต้องการได้อย่างแท้จริงแล้ว ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายต้องการ เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of power)^{๔๔}

ในประเทศเยอรมัน ถือว่ามาตรการที่มีความเหมาะสมคือมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายกำหนดได้ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนโดยไม่เป็นการยากลำบากหากบรรลุได้อย่างยากลำบากก็นับเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม โดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันได้ให้ข้อวินิจฉัยไว้ว่า มาตรการมีความเหมาะสมแต่เพียงบางส่วนก็เป็นการเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์^{๔๕}

มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายต้องมีความเหมาะสม สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ ความเหมาะสมในที่นี้คือความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้จำกัดหรือลดสิทธิของประชาชนกับผลที่ได้รับจากการใช้มาตรการนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายใดที่มีผลเป็นการล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน องค์กรนิติบัญญัตินั้นต้องพิจารณาให้รอบคอบถี่ถ้วนก่อนว่ามาตรการที่กำหนดขึ้นและตราใช้ในกฎหมายนั้นอยู่ในวิสัยที่ทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ ได้^{๔๖}

2. หลักความจำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of necessity or Principle of moderation) หลักความจำเป็น เป็นหลักพิจารณาที่องค์กรนิติบัญญัติใช้ในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายนั้นได้สำเร็จ องค์กรนิติบัญญัติต้องเปรียบเทียบมาตรการหลาย ๆ มาตรการว่ามาตรการใดมีความเหมาะสมที่สุดในกรณีที่มีมาตรการเหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกใช้มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกใช้มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงในเมื่อยังสามารถเลือกใช้มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รุนแรงน้อยกว่าได้

^{๔๔} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า ๘๖.

^{๔๕} บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่**. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๔๓ หน้า ๒๐๑.

^{๔๖} วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน** : “มาตรการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์, 30:2 (มิถุนายน 2543). หน้า 187.

ย่อมเป็นการขัดต่อหลักความจำเป็น^{๔๗}

หลักความจำเป็น ถือหลักว่า มาตรการต่างๆ ล้วนแต่ยังผลให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายได้ แต่มาตรการที่สามารถบรรลุผลอาจไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นก็ได้ มาตรการที่มีประสิทธิภาพต้องเป็นมาตรการที่เป็นผลเสียต่อเอกชนที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด หรือในทางกลับกันมาตรการที่มีประสิทธิภาพต้องเป็นมาตรการที่มุ่งก่อประโยชน์ให้แก่เอกชนโดยก่อความเสียหายให้แก่สังคมหรือมหาชนน้อยที่สุด ดังนั้น ในการเลือกใช้มาตรการใดจึงจำเป็นต้องเลือกใช้แต่มาตรการที่ก่อให้เกิดผลเสียน้อยที่สุดเป็นหลัก แนวความคิดซึ่งเป็นที่มาของหลักความจำเป็น คือ “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไปที่ต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยที่สุด” ในทำนองเดียวกัน การที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินกิจกรรมหรือปฏิบัติการทางปกครองและนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งในทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล จึงต้องใช้มาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ หรือให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจเกินความจำเป็นย่อมเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย^{๔๘}

ธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทย ได้วางหลักความจำเป็นไว้โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับ “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีภาพนั้นมีได้” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว แสดงว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินกิจกรรมหรือปฏิบัติการทางปกครองและนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งในทางปกครอง โดยใช้มาตรการจำกัดหรือรอนสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้และการใช้อำนาจนั้นก็ทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น การใช้มาตรการที่เกินความจำเป็นย่อมเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อนึ่ง เมื่อพิจารณาตามความจำเป็นแล้วอาจให้นิยามได้ว่า มาตรการที่จำเป็น คือ มาตรการที่เมื่อบังคับใช้แล้วยังผลให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่

ได้ให้อำนาจไว้ ส่วนมาตรการที่เกินความจำเป็น คือ มาตรการที่เมื่อนำมาใช้แล้วสามารถยังผลให้ บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ได้เช่นเดียวกับมาตรการ อื่นแต่มีผลเสียต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหรือประโยชน์ของมหาชนมากกว่า หรือในทาง กลับกัน เป็นผลดีต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน หรือประโยชน์ของมหาชนน้อยกว่ามาตรการ อื่น ดังนั้น มาตรการที่เหมาะสม ซึ่งควรแก่การที่ฝ่ายปกครองจะนำมาใช้ คือ มาตรการที่เมื่อบังคับ ใช้แล้วยังผลให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้ ขณะเดียวกันก็ทำให้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหรือประโยชน์ของมหาชนเสียหายน้อยกว่า

^{๔๗}วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 187-189.

^{๔๘}วรพจน์ วิศณุพิชญ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

หรือทำให้เป็นผลดีต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหรือประโยชน์ของมหาชนได้มากกว่า มาตรการอื่น

๓.หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of proportionality in the narrow sense) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ คือการที่ฝ่ายปกครองต้อง ใช้ดุลพินิจซึ่งนำหน้ามาตรการทางปกครองก่อนที่จะบังคับใช้มาตรการนั้น โดยจะต้องพิจารณาถึง ดุลยภาพระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ปัจเจกบุคคลอันเป็น ผลสืบเนื่องมาจากการใช้มาตรการนั้น โดยถือหลักว่ามาตรการใดที่เมื่อใช้แล้วปรากฏว่าประโยชน์ ที่มหาชนจะได้รับไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ปัจเจกบุคคลแล้ว ฝ่ายปกครองไม่ควร ดำเนินการใดๆ เพื่อบังคับใช้มาตรการนั้นเลยจะเป็นการดีกว่า อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจซึ่ง นำหน้าระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ปัจเจกบุคคลอันเป็นผลสืบ เนื่องมาจากการใช้มาตรการนั้นเป็นเรื่องทางเทคนิคที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาดำเนินการด้วย ความรอบคอบ^{๔๙}

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักที่มุ่งให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่กฎหมายให้ไว้ในลักษณะที่เป็นการชอบด้วยกฎหมายและโดยก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่า โทษเป็นสำคัญ ในเรื่องนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีบทบัญญัติที่ ยึดหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบใน หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

โดยทั่วไป หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ โดยมีหลักการว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือ

ขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับ วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ ในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ผลกระทบอันเกิดจากการ แทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความสัมพันธ์ของ ประโยชน์ อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ และประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการ มาตรการนั้น จะต้องมื่อน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว โดยผลกระทบที่เกิดขึ้น จากการแทรกแซงนั้นนอกจากจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบจนเกินขอบเขตแล้วยัง จะต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลด้วย^{๕๐}

สำหรับการตรวจสอบหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งในที่นี้ก็คือ การพิจารณาตรวจสอบว่าประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการนั้นมีน้ำหนักมากกว่า ผลเสียที่เกิดจากมาตรการนั้นหรือไม่ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการแทรกแซงนั้นก่อให้เกิดภาระแก่ผู้

^{๕๐} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 91-94.

^{๕๑} บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 205-206.

ได้รับผลกระทบจนเกินขอบเขตหรือไม่ และเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลด้วยหรือไม่ นั้น M.Ch. Jakobs ได้เสนอข้อที่ควรพิจารณาไว้ ดังนี้^{๕๑}

- ๑) พิจารณาการกระทำของรัฐอันใดอันหนึ่งที่ต้องการตรวจสอบ
- 2) พิจารณาถึงความรุนแรงของผลกระทบอันเกิดจากการกระทำดังกล่าว
- 3) พิจารณาถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองซึ่งได้รับประโยชน์จากการกระทำของรัฐทั้งใน ลักษณะที่เป็นประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์ของมหาชน
- 4) พิจารณาเปรียบเทียบสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองทั้งสองฝ่าย

๓. มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ.2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นกฎหมายใหม่ของไทยที่บัญญัติขึ้นใช้โดยมีความมุ่งหมายเพื่อจัดกระบวนการของกิจกรรมทางปกครอง ให้สามารถ ดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและได้ข้อยุติที่ถูกต้องเป็นธรรมต่อประโยชน์ของเอกชนและ ประโยชน์สาธารณะที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในการดำเนินไปสู่เป้าหมายนั้นจำเป็นต้องมีการบังคับทาง

ปกครองหลายประการเพื่อให้การดำเนินงานในทางปกครองเป็นไปตามขั้นตอนที่อาจป้องกันความผิดพลาดได้^{๕๒} พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ที่บัญญัติขึ้นมีสภาพเป็นกฎหมายกลางที่จะเข้าไปแทนที่ในส่วนของการบังคับทางปกครองของกฎหมายต่างๆ ได้เพื่อให้กฎหมายเหล่านั้นมีขั้นตอนการบังคับทางปกครองเป็นอย่างเดียวกันทั้งหมด เว้นแต่กฎหมายนั้นจะมีส่วนของการบังคับทางปกครองบัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว การมีกฎหมายกลางนี้ก็เพื่อให้การปฏิบัติราชการมีวิธีการที่เป็นแบบเดียวกันซึ่งจะง่ายต่อความเข้าใจของประชาชน^{๕๓}

๑) หลักทั่วไปของมาตรการบังคับทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้กล่าวถึงมาตรการบังคับทางปกครองไว้ในส่วนที่ 8 มาตรา 55-63 โดยจะนำหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นไปใช้กับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามที่ปรากฏในกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติมาตรการบังคับทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะสำหรับกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตาม กรณีที่กฎหมายนั้นๆ มีบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่ามาตรการเฉพาะตามกฎหมายนั้นจะเกิดผลน้อยกว่ามาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการบังคับตามส่วนที่ 8 นี้แทนก็ได้ โดยตามมาตรา 63 แห่งพระราช

^{๕๑} บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 206-207.

^{๕๒} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์.เรื่องเดียวกัน, หน้า 159.

^{๕๓} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์.เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

บัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้อยู่ในดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจนั้นนั่นเอง^{๕๔}

มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติว่า “การบังคับทางปกครองไม่ใช่กับเจ้าหน้าที่ด้วยกัน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งหมายความว่า กฎหมายมุ่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองบังคับแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นเอกชนเท่านั้น จะไม่นำไปใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ด้วยกัน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเรื่อง ตัวอย่าง เช่น ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจคำสั่งเป็นหนังสือเรียกให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นใดๆ อันเป็นหน่วยงานของรัฐ

ส่งรายงานหรือเอกสารอื่นใดที่มีข้อมูลการสำรวจผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งเกี่ยวข้องกับโครงการ และแผนงานของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ มาให้พิจารณาได้ ซึ่งหากคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติพิจารณาเห็นว่าโครงการและแผนงานใด อาจจะทำให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติต้อง เสนอมาตรการแก้ไขต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไป ซึ่งหนังสือของคณะกรรมการ สิ่งแวดล้อมแห่งชาติที่ออกตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพ สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้ามีหน่วยงานใดฝ่าฝืนไม่ยอมส่ง รายงานหรือเอกสารเช่นว่าให้แก่คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติซึ่งมีฐานะเป็นผู้ทำคำสั่งทาง ปกครองนั้น คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติก็ไม่อาจจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองแก่ หน่วยงานดังกล่าวได้ เพราะเป็นเรื่องไม่สมควรที่หน่วยงานที่ใช้อำนาจรัฐจะมาบังคับหน่วยงานที่ ใช้อำนาจรัฐเดียวกัน อย่างไรก็ตามหากมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ใช้มาตรการบังคับ อย่างไรก็ดีให้ดำเนินการตามนั้นได้^{๕๕}

โดยหลักการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งย่อมบังคับตาม กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ในฐานะเป็นองค์กรผู้ใช้ อำนาจรัฐที่จะดำเนินการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้เองโดยที่มีต้องฟ้องเป็นคดี ต่อศาล ซึ่งต่างจากการบังคับในทางแพ่งที่ต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลและหมายตั้งเจ้าพนักงาน คดี ตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การบังคับทางปกครองเป็นการ เข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชน การดำเนินดังกล่าวเจ้าหน้าที่ต้องอาศัย

^{๕๕} กมลชัย รัตนสากวางศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 83-85.

^{๕๕} กมลชัย รัตนสากวางศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 8๗-8๘.

อำนาจตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง หรือตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วแต่กรณี กำหนดขั้นตอนต่างๆ ของการบังคับ^{๕๖}

คำสั่งทางปกครองต้องไม่มีเป็นเหตุแห่งการการทุเลาการบังคับไว้ก่อน เว้นแต่จะมีการ สั่งให้ทุเลาการบังคับไว้ก่อน ซึ่งผู้มีอำนาจสั่งให้มีการทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้แก่ 1)เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเอง หรือ 2)ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ซึ่งตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 4(พ.ศ.2540) ออกตามความใน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งส่วนใหญ่ก็เป็นผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเองหรือเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเอง ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นผู้ซึ่งไม่มีผู้บังคับบัญชาผู้กำกับ ดูแล หรือผู้ควบคุม หรือ 3)ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งหมายถึงองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ โดยมีอำนาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง เมื่อคำสั่งทางปกครองมีการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านต่อองค์กรตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะป็นองค์กรภายในของฝ่ายบริหารหรือองค์กรตุลาการ เมื่อองค์กรนั้นมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับแล้วเจ้าหน้าที่จะดำเนินการบังคับทางปกครองมิได้^{๕๖}

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้น มาตรา 56 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้วางหลักว่าต้องใช้ “เพียงพอที่จำเป็น” เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้นโดยให้กระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง “น้อยที่สุด” การใช้มาตรการบังคับทางปกครองแค่ไหนเพียงใดจะต้องอยู่ภายใต้ “หลักการใช้อำนาจโดยมีเหตุอันสมควร” การใช้โดยไม่สมควรแก่เหตุแห่งกรณีจะทำให้การใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ มาตรการการบังคับทางปกครองโดยสภาพก็เป็น “คำสั่งทางปกครอง” อยู่ในตัวแล้ว ฉะนั้น มาตรการบังคับทางปกครองจึงอยู่ในบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองด้วยเช่นเดียวกัน หากองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของมาตรการทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็อาจถูกเพิกถอนในเวลาต่อมาได้” ซึ่งตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539^{๕๗} บัญญัติไว้ว่าการเพิกถอนดังกล่าวอาจเป็นการเพิกถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้

ในการกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ที่มีดุลพินิจในการเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ดังนั้นในการดำเนินการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงหลักการสำคัญที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ต่อไปนี้ 1) หลักความสมเหตุสมผล ตามความในมาตรา 56 วรรคสาม และ 2) หลักการบังคับทางปกครองเพียงพอที่จำเป็น ตามความในมาตรา 59 วรรคสาม ที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง (ตามความในมาตรา 56 วรรคหนึ่ง) หรือผู้ได้รับมอบอำนาจในการดำเนินการตามคำสั่งทางปกครอง (ตามความในมาตรา 56 วรรคสอง) ใช้มาตรการบังคับทางการปกครองเพียง

^{๕๖} กมลชัย รัตนสากววงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 8๖-8๗.

^{๕๗} กมลชัย รัตนสากววงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 88-89.

เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง และ 3) หลักความแน่นอนและชัดเจน ตามความในมาตรา 59 วรรคสอง (1) ที่บัญญัติให้เจ้าหน้าที่มีคำเตือนเป็นหนังสือที่ระบุมาตรการบังคับทางปกครองที่จะใช้ให้ชัดเจน แต่จะกำหนดมากกว่าหนึ่งในมาตรการในคราวเดียวกันไม่ได้ และตามในมาตรา 60 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติให้เจ้าหน้าที่จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในคำเตือนตามมาตรา 59 การเปลี่ยนแปลงมาตรการจะกระทำได้อีกต่อเมื่อปรากฏว่ามาตรการที่กำหนดไว้ไม่บรรลุตามวัตถุประสงค์^{๕๘}

๒) มาตรการบังคับทางปกครอง

ในกรณีที่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจนำมาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใดที่กำหนดไว้ในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาใช้ได้ โดยมาตรการบังคับทางปกครองดังกล่าวจำแนกตามชนิดของคำสั่งทางปกครองได้เป็น 2 มาตรการ ดังนี้^{๕๙}

(1) มาตรการบังคับทางปกครองกรณีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระหนี้เงิน มาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดให้ชำระหนี้เงินนี้เป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่ใช้บังคับแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองชำระเงินตามที่บุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องชำระเงิน ซึ่งโดยหลักแล้วจะเป็นการกำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองชำระเงินตามที่บุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องชำระเงินให้แก่รัฐตามความสัมพันธ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายมหาชน เช่น ค่าภาษีอากร ค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าเบี้ยปรับ เป็นต้น ซึ่งความในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 วางหลักไว้ว่า ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วไม่ชำระให้ถูกต้อง ไม่ว่าจะไม่ชำระเลยหรือชำระบ้างแต่ยังไม่ครบถ้วน หากเจ้าหน้าที่ประสงค์จะมาใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ต้องมีหนังสือเตือนให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นชำระเงินภายในระยะเวลาที่กำหนดในคำเตือนก่อน ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ต้องกำหนดระยะเวลาให้เหมาะสมแก่เรื่องพอที่จะปฏิบัติได้โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย ซึ่งมาตรา 57 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 กำหนดว่าระยะเวลาต้องไม่น้อยกว่า 7 วัน ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองนำเงินมาชำระถูกต้องครบถ้วนมาตรการบังคับปกครองอันเป็นเสร็จ หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำเตือนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดทรัพย์สินของผู้นั้นออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ สำหรับวิธีการยึดการอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ดังกล่าว ให้นำประมวลกฎหมาย

^{๕๘} ชาญชัย แสงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์ วิทยุชุมชน จำกัด, 2544. หน้า 205.

^{๕๙} ชาญชัย แสงศักดิ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 206-207.

วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271-323 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ส่วนผู้ใดจะมีอำนาจในการสั่งยึดหรืออายัดหรือขายทอดตลาดจะเป็นไปตามกฎกระทรวงอีกชั้นหนึ่ง

(2) มาตรการบังคับทางปกครองกรณีคำสั่งทางปกครองมีกำหนดให้กระทำหรือละเว้นการกระทำ มาตรการบังคับการปกครองนี้ใช้บังคับแก่ผู้ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้ อยู่ในบังคับทางปกครองกระทำหรือละเว้นการกระทำ โดยเจ้าหน้าที่ปกครองใช้มาตรการอย่างหนึ่ง อย่างไม่ใด ดังต่อไปนี้

1) การที่เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการเอง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองที่ กำหนดให้ผู้รับคำสั่งต้องกระทำแต่ปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ยอมกระทำตาม เพื่อบังคับ ให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น เจ้าหน้าที่ก็เข้าดำเนินการเองได้ ถ้าเรื่องนั้นอยู่ในวิสัยหรือความสามารถ ของเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการได้^{๖๐} เช่น การเข้ารื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างรุกล้ำที่สาธารณะ ในกรณี นี้ เจ้าหน้าที่สามารถเข้าทำการรื้อถอนอาคารได้ทันที เนื่องจากหากต้องรอให้ฟ้องศาลก่อนแล้ว ค่อยเข้ารื้อถอนอาคารนั้นจะเป็นอุปสรรคต่องานปกครอง เพราะงานคดีมีมาก อาจต้องใช้เวลา นานกว่าศาลจะพิจารณาพิพากษาเสร็จ ซึ่งกว่าจะมีการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายได้ก็อาจจะเกิด ผลเสียต่อประโยชน์ส่วนรวมไปแล้ว ดังนั้น กฎหมายปกครองจึงให้อำนาจเจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการ ได้เอง

2) การให้บุคคลอื่นกระทำการแทน ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ยอม กระทำตามคำสั่งนั้นและเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในวิสัยที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการได้ เจ้าหน้าที่อาจมอบหมาย ให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้ โดยผู้ได้รับมอบหมายอาจเป็นเอกชนที่เข้ามารับจ้างจากหน่วยงาน ของรัฐในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง หรืออาจเป็นลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ ที่ได้รับมอบหมายงานดังกล่าวให้ปฏิบัติเป็นการชั่วคราว การปฏิบัติการของผู้รับมอบหมาย ดังกล่าวถือเป็นการปฏิบัติการที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ เป็นการดำเนินงานของรัฐเช่นเดียวกับ กรณีเจ้าหน้าที่ดำเนินการเอง^{๖๑}

เนื่องจากในกรณีที่เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่น ดำเนินการแทนนั้น รัฐต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนที่เกิดจากการที่ผู้รับคำสั่งจากการปกครองฝ่าฝืนไม่ ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ให้กระทำหรือละเว้นการกระทำนั้น ผู้ที่ฝ่าฝืนไม่กระทำตามนั้นต้องออก ค่าใช้จ่ายต่างๆที่เจ้าหน้าที่ต้องออกไปซึ่งแต่เดิมคิดเพียงค่าใช้จ่ายตามความเป็นจริงคือเท่าที่รัฐ

ออกไปเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงผู้ที่ฝ่าฝืนนั้นจะเสียค่าใช้จ่ายเท่าต้นทุนซึ่งประหยัดกว่าที่ตนเข้าดำเนินการเอง การที่ผู้นั้นเข้าดำเนินการเองโดยตนเองใช้เงินตนเองต้องสูญเสียดอกเบี้ยเงินฝากธนาคารหรือหากผู้นั้นไม่มีเงินก็ต้องไปกู้เงินมาดำเนินการซึ่งต้องเสียค่าดอกเบี้ย การที่รอให้เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการแล้วจ่ายเฉพาะต้นทุนกลับเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า นับว่าเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนผู้ที่เสียภาษีให้แก่รัฐ ฉะนั้น การบัญญัติมาตรา 58 วรรคหนึ่ง(1)ไว้ใน

^{๖๐} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 338.

^{๖๑} กมลชัย รัตนสกาวงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 จึงเป็นการพยายามแก้ไขในจุดนี้ โดยให้ผู้ที่หน้าที่ต้องเสียเพิ่มขึ้นอีกร้อยละ 25 ต่อปีของยอดค่าใช้จ่ายนั้น กรณีนี้เป็นการลงโทษผู้เพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งไปในตัวด้วย^{๖๒}

3) การให้ชำระค่าปรับทางปกครอง กรณีที่คำสั่งทางปกครองให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการนั้นเจ้าหน้าที่อาจไม่เข้าดำเนินการบังคับการด้วยตนเองและไม่อาจมอบหมายให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนแต่ต้องการให้ผู้รับคำสั่งทางการปกครองดำเนินการเอง ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม เช่น เจ้าหน้าที่มีภาระงานราชการมากยังไม่อาจดำเนินการเรื่องนั้นๆ ได้ในขณะนั้นหรือการดำเนินการเองอาจได้ไม่คุ้มเสียจากการชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ของส่วนรวม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการให้ปรับผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นรายวัน โดยใช้ดุลพินิจกำหนดจำนวนเงินค่าปรับรายวันนั้นตามสมควรแก่เหตุ ซึ่งมาตรา 58 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ให้อำนาจที่จะกำหนดค่าปรับทางปกครองได้ถึงวันละไม่เกิน 20,000 บาท^{๖๓} นอกจากนี้กฎกระทรวงฉบับที่ 10 (พ.ศ.2542) ออกตามความพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539^{๖๔} บัญญัติว่าเจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นๆ ได้เป็นเงินเท่าใดต่อวัน อย่างไรก็ตามค่าปรับทางปกครองแตกต่างกับค่าปรับทางกฎหมายอาญาหรือโทษปรับในทางอาญา เพราะค่าปรับทางปกครองนั้นกำหนดขึ้นเพื่อจะให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามคำสั่งเท่านั้น ดังนั้นคำสั่งทางปกครองจึงไม่ใช่สิ่งที่ทำให้เกิดความรับผิดทางอาญาและค่าปรับทางปกครองจึงมิใช่โทษ^{๖๕}

มาตรการค่าปรับทางปกครองเป็นเครื่องมือหรือวิธีการหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าระหว่างผู้รับคำสั่งทางการปกครองและเจ้าหน้าที่และเป็นมาตรการที่อำนาจนำมาใช้ซ้ำๆ กันได้จนกว่าจะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ก็อาจใช้มาตรการทางปกครองให้ชำระค่าปรับทางปกครองเป็นรายวัน เมื่อใดที่

ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามคำสั่งก็จะหยุดการปรับ การกำหนดอัตราค่าปรับไม่ได้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำเป็นหลักแต่จะดูความตั้งใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองในอันที่จะฝ่าฝืนคำสั่งเป็นสำคัญ^{๖๖} อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้ด้วยตนเองจริงๆแล้วเจ้าหน้าที่ก็ไม่อาจใช้มาตรการให้ชำระเงินค่าปรับเป็นรายวันแก่ผู้นั้นได้เช่นกัน^{๖๗}

มาตรการบังคับทางปกครองใช้ได้กับคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการ เช่น

^{๖๖} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 339.

^{๖๗} กมลชัย รัตนสกววงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 9๕.

^{๖๘} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 5 ก ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2542 หน้า 28-30.

^{๖๙} กมลชัย รัตนสกววงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 95.

^{๖๖} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 342.

^{๖๗} กมลชัย รัตนสกววงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 96.

ให้หรือถอนอาคาร หรือคำสั่งที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ห้ามโรงงานส่งเสียงดัง คำสั่งประเภทนี้โดยสภาพเจ้าหน้าที่ไม่อาจเข้าดำเนินการเองได้ คงใช้วิธีการปรับทางปกครองวิธีเดียวเท่านั้นที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง^{๖๘}

3 หลักเกณฑ์การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

การใช้มาตรการบังคับการปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการหรือละเว้นการกระทำการจะต้องเป็นกรณีที่จำเป็นเท่านั้นการใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการอย่างรุนแรงโดยเจ้าหน้าที่นั้นไม่ใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายและเป็นวิธีการสุดท้าย ดังนั้นการใช้มาตรการบังคับทางปกครองต้องมีขั้นตอน ดังนี้^{๖๙}

(1) เจ้าหน้าที่ต้องมีคำเตือนเป็นหนังสือให้กระทำหรือละเว้นการกระทำการภายในกำหนดตามสภาพสมควรแก่กรณี คำเตือนจะกำหนดไปพร้อมกับคำสั่งทางปกครองก็ได้

(2) สารระคำเตือนต้องระบุมาตรการที่จะใช้โดยจะเป็นเจ้าหน้าที่จะเข้าดำเนินการเองหรือกำหนดค่าปรับทางปกครอง แต่ต้องกำหนดเพียงมาตรการใดมาตรการหนึ่งเท่านั้นจะกำหนดเป็นสองมาตรการไม่ได้ จำนวนค่าใช้จ่ายในกรณีที่เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการเอง ไม่ว่าจะโดยตนเองหรือมอบหมายให้ผู้อื่นทำการแทนหรือจำนวนค่าปรับทางปกครองเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งด้วยว่าค่าใช้จ่ายโดยประมาณการที่กำหนดไว้นั้นไม่ตัดสิทธิเจ้าหน้าที่ในการที่จะเรียกเงินเพิ่มขึ้นหากจะต้องเสียค่าใช้จ่ายจริงมากกว่าที่ได้กำหนดประมาณการไว้ เพื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองจะได้ทราบแน่ชัดว่าหากตนเองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต่อไปจะถูกบังคับอย่างไร หรือหากไม่เห็นด้วยก็

สามารถอุทธรณ์ได้ เพราะมาตรการทางปกครองก็เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งที่อาจอุทธรณ์ได้ตามปกติ ตามมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติวิธีราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

(3) เจ้าหน้าที่ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่ได้แจ้งไว้ในคำเตือน หากเจ้าหน้าที่จะเปลี่ยนแปลงมาตรการนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้ออกคำเตือนให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบอีกครั้งหนึ่งแล้ว การเปลี่ยนแปลงมาตรการอาจเป็นการกำหนดอัตราค่าปรับทางปกครองที่สูงขึ้น หรือเปลี่ยนไปใช้มาตรการที่เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการเองก็ได้

^{๖๘} กมลชัย รัตนสกววงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 96

^{๖๙} กมลชัย รัตนสกววงศ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 97-99.

บทที่ ๔

การวิเคราะห์ประเด็นการศึกษา

วิเคราะห์มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน

การจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทานเป็นกระบวนการบังคับใช้กฎหมายหรือกฎให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นของกระทรวงการคลัง (เพื่อประโยชน์แก่การชลประทาน) หรือหน่วยงานราชการซึ่งครอบครองดูแลที่ดินสงวนหวงห้าม อนุญาตให้กรมชลประทานใช้ที่ดินนั้น กรณีที่ดินซึ่งมีหนังสือแสดงสิทธิดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.๒๕๓๐ และกรณีที่ดินไม่มีหนังสือแสดงสิทธิคือผู้ที่ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการดำเนินการโดยนำมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ เป็นหลักเกณฑ์จ่ายค่าทดแทน การดำเนินงานยอม

ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ของเอกชน บางกรณีถึงขนาดพรากเอากรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนตกเป็นของรัฐโดยเอกชนมีจำต้องสมัครใจยินยอม

การจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทานเป็นการปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งจะต้องใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของฝ่ายปกครองจะกระทำได้เท่าที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่ภาระหน้าที่ของกรมชลประทานเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์โดยรวมของสังคม ในการจัดทำบริการสาธารณะฝ่ายปกครองจำเป็นที่จะต้องมีโอกาสพิจารณาบางประการเหนือกว่าเอกชนเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพการดำเนินงานดังกล่าวแต่จะต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนควบคู่อย่างสมดุล เช่น กฎหมายเวนคืนให้อำนาจรัฐพรากเอากรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนตกเป็นของรัฐโดยที่จำต้องได้รับความสมัครใจยินยอมจากเอกชน แต่การดำเนินการเวนคืนจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายเวนคืนและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน อันเป็นสาระสำคัญของการดำเนินงาน จะต้องจ่ายค่าทดแทนอย่างเป็นธรรม และจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ คู่กรณีสามารถตรวจสอบการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ได้ทุกขั้นตอน คู่กรณีมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรืออุทธรณ์ราคาและจำนวนเงินค่าทดแทนตลอดจนฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง แต่มีบางกรณีที่กฎหมาย กฎ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน มิได้มีบทบัญญัติหรือกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนวิธีการปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนครอบคลุมในทุกเรื่อง จึงต้องถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ มาตรา ๓ วรรคแรก “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้”

พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ มีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจบังคับตามกฎหมายกับเอกชนได้โดยที่มีต้องฟ้องคดีต่อศาล เช่น กรณีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนไม่สมัครใจรับเงินค่าทดแทน มาตรา๑๓ พระราชบัญญัติเดียวกันให้อำนาจเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจาก

เจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้าครอบครองหรือใช้อสังหาริมทรัพย์ได้ก่อนที่จะเวนคืน ถือเป็นมาตรการบังคับทางปกครองซึ่งกฎหมายเวนคืนบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ หากเป็นกรณีที่ดินไม่มีหนังสือแสดงสิทธิ มติคณะรัฐมนตรี ฯ เพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์การจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ราษฎรที่ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ และที่สาธารณประโยชน์อื่นๆ ตลอดจนที่ดินในเขตนิคมสร้างตนเอง แต่ราษฎรจะต้องเข้าครอบครองและทำประโยชน์ก่อนที่กรมชลประทานจะเข้าดำเนินการก่อสร้าง กรณีนี้หากราษฎรไม่สมัครใจรับเงินค่าทดแทนไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๑๓ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนฯ เพราะพระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับได้เฉพาะที่ดินซึ่งมีหนังสือแสดงสิทธิอันเป็นเอกสิทธิของรัฐในการบังคับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินของเอกชนตกเป็นของรัฐโดยมิต้องได้รับความสมัครใจยินยอม กอปรกับมติคณะรัฐมนตรี ฯ ก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในการเข้าครอบครองหรือใช้อสังหาริมทรัพย์ เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องถือใช้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง กอปรกับการบังคับตามสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทานยังคงมีปัญหาซึ่งจำเป็นจะต้องทำการวิเคราะห์ ดังต่อไปนี้

๔.๑ ปัญหาด้านเนื้อหาและรูปแบบ

กระทำทางปกครอง จะต้องมียุติบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองจึงจะกระทำได้แต่มีบางกรณีมีปัญหาด้านเนื้อหาของกฎหมายซึ่งยังไม่ชัดเจนหรือมิได้กำหนดรูปแบบขั้นตอนการดำเนินงานไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะปัญหาการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และปัญหาการบังคับตามสัญญาทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน ดังนี้

(๑) ที่ดินมีหนังสือแสดงสิทธิ

๑) ปัญหาการเจรจาตกลงซื้อขายที่ดิน ตามนัยหนังสือกรมสารบรรณ คณะรัฐมนตรี ฝ่ายบริหาร ที่ นว. ๑๕๕/๒๕๐๐ ลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๐๐ เรื่องการเวนคืนที่ดินของทางราชการ คณะรัฐมนตรีมีมติให้กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ ถือเป็นหลักปฏิบัติ ในการที่จะเวนคืนที่ดินเพื่อการอะไร ให้จัดทำโครงการที่จะใช้ที่ดินนั้นให้ถี่ถ้วน และให้กำหนดที่ดินที่จะเวนคืนอย่างประหยัด เพื่อให้ราษฎรเดือดร้อนน้อยที่สุด และจะต้องเตรียมงบประมาณเกี่ยวกับการนั้นให้เรียบร้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งงบประมาณเงินค่าทดแทนที่ดินที่จะเวนคืน แล้วให้ปรึกษาทำความเข้าใจกับราษฎรเจ้าของที่ดินที่จะต้องทำตามโครงการนั้นเสียก่อน ถ้าตกลงซื้อขายกันได้ก็ไม่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติเวนคืน หากตกลงซื้อขายกันไม่ได้และทางราชการจำเป็นต้องใช้ที่ดินนั้นจึงออกพระราชบัญญัติเวนคืน ประกอบกับหนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ ๒๘๕๐/๒๕๐๓ ลง

วันที่ ๒๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๐๓ แจ้งผู้ว่าราชการจังหวัด วางแนวทางปฏิบัติในการเจรจาตกลงซื้อขายที่ดินตามนัยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงควรจะได้ถือหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เช่น คณะกรรมการ และการกำหนดค่าทดแทนเพื่อใช้เป็นหลักในการเจรจากับเจ้าของที่ดิน และปัจจุบันได้มีคำสั่งกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ที่ ๔๒๖/๒๕๕๒ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๒ เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการจัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน คณะกรรมการประกอบด้วย นายอำเภอท้องที่ที่เกี่ยวข้อง เป็นประธานกรรมการ หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานที่ดินจังหวัด หรือ หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานที่ดินจังหวัดสาขาที่เกี่ยวข้อง ประธานสภาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง เป็นกรรมการ และหัวหน้าฝ่ายจัดหาที่ดิน กองกฎหมายและที่ดิน กรมชลประทาน เป็นกรรมการและเลขานุการ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ (๑) จัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินที่ถูกเขตงานก่อสร้างโครงการชลประทาน ตามนัยพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน พ.ศ.๒๕๓๐ และที่แก้ไขเพิ่มเติม (๒) ตรวจสอบทรัพย์สินและเจรจาทำความตกลงซื้อขายกับราษฎรเจ้าของที่ดินที่ถูกเขตก่อสร้างโครงการชลประทาน และพิจารณาคำร้องเรียนของราษฎรเกี่ยวกับการจัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน (๓) ควบคุมการจ่ายเงินให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด (๔) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อตรวจสอบทรัพย์สินทุกชนิด หรือคณะอนุกรรมการเพื่อปฏิบัติงานอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร

การเจรจาตกลงซื้อขายที่ดินเพื่อการชลประทาน มีปัญหาด้านเนื้อหาและรูปแบบ ดังนี้

๑.๑) กรณีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์สมัครใจตกลงทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน (แบบพิมพ์ ท.ด. ๐๔) กับกรมชลประทานตามราคาค่าทดแทนที่คณะกรรมการกำหนดไว้ แต่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน คือ ไม่ยินยอมรับเงินค่าทดแทนและไม่ยินยอมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโอนอสังหาริมทรัพย์แก่กรมธนาารักษ์ (เพื่อประโยชน์แก่การชลประทาน) ประเด็นที่จะต้องทำการวิเคราะห์ ดังนี้

ลักษณะที่สำคัญของสัญญาทางแพ่ง

ก. เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน อยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมกัน

ข. เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกทำสัญญากับบุคคลใดก็ได้ และ/หรือมีสิทธิที่จะเลือกทำหรือไม่ทำสัญญาก็ได้

ค. ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) เมื่อมีคำเสนอและ

คำสนองเป็นไปตามความประสงค์และเจตนาของคู่สัญญาแล้ว ถือว่าผูกพันคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามเจตนาที่ตกลงกันนั้น

ง. อิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) คู่สัญญามีอิสระที่จะกำหนดข้อสัญญาได้อย่างอิสระแม้ว่าไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ลักษณะที่สำคัญของสัญญาทางปกครอง

ก. เป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐกับเอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองอีกฝ่ายหนึ่ง อยู่บนพื้นฐานของความไม่เสมอภาคเท่าเทียมกัน กล่าวคือ รัฐหรือหน่วยงานรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชน

ข. วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ค. ข้อกำหนดของสัญญามีลักษณะพิเศษให้เอกสิทธิ์แก่รัฐหรือหน่วยงานรัฐเหนือกว่าเอกชน

กล่าวโดยสรุป

หลักการสัญญาทางปกครองของประเทศไทยมีแนวความคิดใกล้เคียงกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น ๒ ลักษณะ คือ

๑. สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่ากรณีใดเป็นสัญญาทางปกครอง ดังปรากฏตามมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทาง ปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

๒. สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในกรณีสัญญาทางปกครองโดยสภาพ โดยมีการใช้หลักเกณฑ์ด้านคู่สัญญา วัตถุประสงค์แห่งสัญญา และข้อกำหนดในสัญญาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. หลักเกณฑ์ในด้านคู่สัญญา สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น

คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ ดังนั้นอาจมีบางกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ได้เพราะกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง”

ข. หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

ค. หลักเกณฑ์ด้านข้อกำหนดในสัญญา สัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกลักษณ์ของหน่วยงานทางปกครอง แตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิและหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาแพ่งได้

การบังคับตามสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

เอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองในการบังคับการตามสัญญาทางปกครองนั้น เป็นผลมาจากทฤษฎีการบริการสาธารณะซึ่งถือว่าโดยหลักแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิพิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญา ซึ่งสิทธิพิเศษนี้อาจมาจากข้อสัญญาเองหรืออาจมาจากหลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง สิทธิพิเศษนี้ปรากฏทั้งในการปฏิบัติตามสัญญากรณีปกติ และสภาพบังคับกรณีที่เอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา ซึ่งหลักกฎหมายปกครองที่เพิ่มหน้าที่ของเอกชนนอกเหนือจากสัญญาเป็นไปตามหลักการให้เอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

การบังคับตามสัญญาทางปกครองเป็นมาตรการหรือวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามข้อตกลงในสัญญาและโดยผลของกฎหมายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ การบังคับตามสัญญาทางปกครองเป็นวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตหรือคำพิพากษา ได้แก่ การสั่งให้มีการปรับ สั่งแก้ไขสัญญา สั่งให้มีการชดเชยค่าเสียหาย การจัดหาบุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทน และสั่งยกเลิกสัญญา แต่การบังคับตามสัญญาทางปกครองนั้นต้องกระทำภายในกรอบของข้อตกลงในสัญญา และโดยผลของกฎหมายปกครอง ทั้งในเรื่อง

รูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนที่จะต้องกระทำในการบังคับการตามสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

เมื่อพิจารณาสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน (แบบพิมพ์ ท.ด. ๐๔) มีลักษณะ ดังนี้

- เป็นความสัมพันธ์ระหว่างกรมชลประทาน (โดยผู้ได้รับมอบอำนาจจากกรมชลประทาน) ฝ่ายหนึ่งกับเอกชนเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งที่ดินอีกฝ่ายหนึ่ง
- วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินเพื่อก่อสร้างโครงการชลประทานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ
- ลักษณะของสัญญา กรมชลประทานกำหนดค่าทดแทนที่ดินตามมติ

คณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทานยึดถือหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน ฯ จึงเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษกรมชลประทานเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีเสรีภาพและอิสระที่จะกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวด้วยตนเองได้เลย

จากหลักการและข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น สัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน(ท.ด. ๐๔) จึงเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์สมัครใจตกลงทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน (แบบพิมพ์ ท.ด. ๐๔) กับกรมชลประทานตามราคาค่าทดแทนที่คณะกรรมการกำหนดไว้ แต่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน คือ ไม่ยินยอมรับเงินค่าทดแทนและไม่ยินยอมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโอนอสังหาริมทรัพย์แก่กรมธนาารักษ์ (เพื่อประโยชน์แก่การชลประทาน) จึงเป็นการพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ (๔) วางหลักเกณฑ์ให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และมาตรา ๔๒ พระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อน หรือความเสียหาย หรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” และบทบัญญัติ มาตรา ๗๒ “ในการพิพาทคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ดี ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและ เงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีคำสั่งบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวใน ราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือ ส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งบังคับตามวรรคหนึ่ง (5) หรือตามวรรคสี่ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมในการพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี

ตัวอย่าง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 161/2549, 355/2550

การเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการที่ผู้เสนอราคาไม่ไปทำสัญญาจ้างถือเป็น การไม่ปฏิบัติตามสัญญาสอบราคาและเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ชอบที่จะฟ้องต่อศาลปกครอง หน่วยงานทางปกครองจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองไม่ได้ เพราะการเรียกให้ชำระค่าเสียหายกรณีนี้ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน

คดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๗๗/๒๕๕๓ คดีหมายเลขดำที่ อ.๔๐๓/๒๕๕๔

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ผิดสัญญาข้าราชการไปศึกษาต่อภายในประเทศภาคปกติ และผู้ ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ผิดสัญญาค่าประกันการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว กับผู้ฟ้องคดี (สำนักงาน คณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน) ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันหรือแทนกัน รับผิดชอบชำระเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรค หนึ่ง (๔) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ เมื่อผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งลงวันที่ ๕ สิงหาคม ๒๕๔๐ อนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ลาออกจากราชการก่อนชดใช้ทุนตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงผิด สัญญา วันดังกล่าวจึงเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ แต่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีนี้เมื่อวันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๔๖ จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามมาตรา ๕๑ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ แต่เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาการฟ้องคดีประเภทนี้จากเดิมสิบปี นับแต่วันผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาเป็นหนึ่งปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึง เหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวไว้ตามคำวินิจฉัยที่ ๒๕/๒๕๔๕ ลงวันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๕๔๕ และผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่คำวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าว จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็น เกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ ศาลปกครองชั้นต้นอาจใช้ดุลพินิจรับคำฟ้องที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา การฟ้องคดีไว้ พิจารณาตามที่มาตรา ๕๒ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ และข้อ ๓๐ วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่กำหนดให้คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่รับคำฟ้องคดีที่ยื่นเมื่อพ้น กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วไว้พิจารณาเป็นที่สุด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงไม่อาจอุทธรณ์คัดค้าน คำสั่งดังกล่าว และศาลปกครองสูงสุดก็ไม่มีอำนาจทบทวนการใช้ดุลพินิจมีคำสั่งดังกล่าวของศาล ปกครองชั้นต้นได้

กล่าวโดยสรุป

จากแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองดังกล่าว ดังนั้นการบังคับตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน (แบบพิมพ์ ท.ด.๐๔) ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง กรมชลประทาน(ผู้จะซื้อ)จึงมีอำนาจในการบังคับตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินโดยทำหนังสือแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งที่ดิน(ผู้จะขาย)ปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินโดยให้มารับเงินทดแทนค่าที่ดินและจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโอนที่ดินแก่กรมธนารักษ์(เพื่อประโยชน์แก่การชลประทาน) หากผู้จะขายไม่ปฏิบัติตามคำบังคับของสัญญาดังกล่าว เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กรมชลประทานจะต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้จะขายปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินนั้น และในกรณีนี้เป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาทางปกครองจึงไม่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งจะต้องใช้ฐานอำนาจตามกฎหมายและไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองในกรณีนี้ได้

๑.๒) กรณีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายสมัครใจตกลงทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมขายหรือแบ่งขายที่ดินพร้อมทั้งได้จ่ายเงินค่าทดแทนที่ดินเสร็จเรียบร้อยแล้ว กรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินโอนแก่ทางราชการแล้ว แต่ไม่ปฏิบัติตามบันทึกสำรวจเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับต้นไม้ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง และทรัพย์สินอื่น ๆ (ท.ด. ๐๑) ข้อ ๓ “ข้าพเจ้าตกลงรับเงินค่าทดแทนและทราบดีว่าจำนวนเงินค่าทดแทนตามข้อ ๒ เป็นค่าทดแทนคร่าวๆอันเป็นหน้าที่ของข้าพเจ้าจะต้องรื้อย้ายทรัพย์สินออกไปจากที่ดินภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับเงินค่าทดแทน”

บันทึกสำรวจเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับต้นไม้ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง และทรัพย์สินอื่น ๆ (ท.ด. ๐๑) เป็นความตกลงระหว่างคณะอนุกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินซึ่งมีอำนาจกระทำการตามคำสั่งกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ที่ ๔๒๖/๒๕๕๒ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๒ ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองฝ่ายหนึ่งกับเจ้าของทรัพย์สินอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รื้อย้ายทรัพย์สินออกไปจากที่ดินเพื่อการก่อสร้างชลประทานอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ และฝ่ายปกครอง(คณะอนุกรรมการ) กำหนดข้อสัญญาฝ่ายเดียวไม่ว่าจะเป็นอัตราค่าทดแทนทรัพย์สิน เงื่อนไขต่าง ๆ ของบันทึกดังกล่าว เจ้าของทรัพย์สินไม่มีเสรีภาพและอิสรภาพในการสร้างข้อกำหนดในบันทึกนั้น ดังนั้นบันทึกดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

กรณีเจ้าของทรัพย์สินไม่ทำการรื้อย้ายทรัพย์สินออกไปจากที่ดินตามข้อกำหนดแห่งสัญญาดังกล่าว จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กรมชลประทานจะต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับให้เจ้าของที่ดินทำการรื้อย้ายทรัพย์สินออกไป

จากที่ดินนั้น และในกรณีนี้เป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาทางปกครองจึงไม่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งจะต้องใช้ฐานอำนาจตามกฎหมายและไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองในกรณีนี้ได้

๒) ปัญหาการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

ดร.กฤษณา วัฒนรุ่ง ได้อธิบายความหมายกฎหมายมหาชนว่า “กฎหมายมหาชน (Droit Public) คือ กฎหมายที่กล่าวกำหนดถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายเกี่ยวกับ “สถานะและอำนาจ” ของรัฐและผู้ปกครอง รวมทั้งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและผู้ปกครองกับพลเมืองผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่รัฐและผู้ปกครองมีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือพลเมืองซึ่งอยู่ในฐานะเป็นเอกชน” จากความหมายดังกล่าวอาจสรุปให้เห็นว่ากฎหมายมหาชนหมายถึง

ก. กฎหมายที่กำหนดถึงสถานะและอำนาจของรัฐและผู้ปกครอง

ข. กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและผู้ปกครองกับพลเมืองซึ่งเป็นเอกชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ

ค. ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและผู้ปกครองกับพลเมือง จะมีลักษณะที่รัฐและผู้ปกครองมีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือพลเมืองซึ่งเป็นเอกชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ

เหตุที่รัฐและผู้ปกครองมีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือพลเมืองก็เพราะรัฐเป็นผู้ทรงอำนาจมหาชน ซึ่งอำนาจมหาชนก็คืออำนาจรัฐ เหตุที่รัฐเป็นผู้ทรงอำนาจมหาชนก็เพราะรัฐมีภารกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและรักษาความมั่นคงของประเทศชาติ รวมทั้งการจัดทำบริการสาธารณะ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นการที่รัฐพรากเอากรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนตกเป็นของรัฐโดยที่มีจำต้องได้รับความสมัครใจยินยอมจากเอกชน ค่าทดแทนที่เป็นธรรมถือเป็นหลักประกันที่สำคัญของเอกชนในการที่รัฐใช้อำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ เป็นกฎหมายกลางซึ่งกำหนดมาตรฐานในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์สิน เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืน โดยที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าววางเกณฑ์ให้รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนเพื่อให้ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผลเป็นประโยชน์ต่อมหาชน พระราชบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายปกครองซึ่งเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน แต่มีบางกรณีที่พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง จึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดมาตรฐานกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง ปรากฏตามมาตรา ๓ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้”

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์มีปัญหา ดังนี้

๒.๑) กรณีการเข้าครอบครองหรือใช้อสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา ๑๓ วรรคสาม ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างขนย้ายทรัพย์สินหรือดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับกิจการที่จะต้องมีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น เมื่อได้จ่ายเงินหรือวางเงินค้ำประกันตามวรรคสองแล้ว ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายดำเนินการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง ขนย้ายทรัพย์สิน หรือดำเนินการดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันที่ได้ส่งหนังสือแจ้ง ถ้าเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ดำเนินการภายในเวลาที่กำหนด ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจดำเนินการเช่นนั้นได้เอง โดยให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย กรณีนี้หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งสิ่งปลูกสร้างหรือทรัพย์สินไม่ยินยอมเสียค่าใช้จ่ายดังกล่าว เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองบังคับเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายนั้นได้หรือไม่

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอันเป็นการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง และกฎ รวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามความหมายมาตรา ๕ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กรณีปัญหาการเข้าครอบครองหรือใช้อสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา ๑๓ วรรคสาม ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างขนย้ายทรัพย์สินหรือดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับกิจการที่จะต้องมีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น เมื่อได้จ่ายเงินหรือวางเงินค้ำประกันตามวรรคสองแล้ว ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายดำเนินการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง ขนย้ายทรัพย์สิน หรือดำเนินการดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันที่ได้ส่งหนังสือแจ้ง ถ้าเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ดำเนินการภายในเวลาที่กำหนด ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้

รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจดำเนินการเช่นนั้นได้เอง โดยให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง โดยขอด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย

กรณีนี้กฎหมายบัญญัติชัดเจนให้เป็นหน้าที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยขอ ด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายในการที่เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย จากเจ้าหน้าที่ดำเนินการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างขนย้ายทรัพย์สินนั้นเอง เมื่อเจ้าของหรือผู้ครอบครอง โดยขอด้วยกฎหมายละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ก็มีได้มีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการบังคับ กรณีดังกล่าว เพื่อให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ กรณีดังกล่าวบรรลุผลจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. ๒๕๓๙

มาตรา ๑๒ “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น”

มาตรา ๕๖ “เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้ มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ตามบทบัญญัติในส่วนนี้ เว้นแต่ จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับไว้ก่อนโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำ อุทธรณ์หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งจะมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาหรือ เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ดำเนินการก็ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง (กฎกระทรวงฉบับที่ ๘ (๒๕๔๒) ลงวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๒)

ให้เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่ จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับ ของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด”

มาตรา ๕๗ “คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้ใดชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการ ชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทาง ปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน

วิธีการยึด อายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม ส่วนผู้มีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดหรือขายทอดตลาดให้เป็นไป ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” (กฎกระทรวงฉบับที่ ๙ (๒๕๔๒) ลงวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๒)

ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีอำนาจในเรื่องที่

จะบังคับให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน ฯ จึงมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองให้ เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งทรัพย์สินนั้นชำระเงินค่าใช้จ่ายในการที่ เจ้าหน้าทีหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ได้ทำการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง ขนย้ายทรัพย์สิน นั้นเอง ภายในระยะเวลาอันสมควรโดยถือตามทฤษฎีภาวะวิสัย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่จะต้องใช้ดุลย พินิจตามความเหมาะสมซึ่งบุคคลทั่วไปอยู่ในวิสัยที่พึงกระทำได้ เช่น หากต้องชำระเงินจำนวนไม่ มากนักอาจกำหนดระยะเวลา ๑๕ วัน หากเป็นกรณีต้องชำระเงินจำนวนมากอาจกำหนด ระยะเวลา ๓๐ วันหรือมากกว่านั้น ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระเงินโดยถูกต้องครบถ้วน ให้ เจ้าหน้าทีมีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มี การปฏิบัติตามคำเตือนเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการ บังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน วิธีกรยึด อายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยอนุโลม

๒.๒) กรณีตราพระราชบัญญัติเวนคืนและมีผลใช้บังคับแล้วในการจะจ่ายหรือ วางเงินค้ำทดแทนซึ่งเปนนอสังหาริมทรัพย์ที่อาจรื้อถอนออกไปได้ ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับ มอบหมายจากเจ้าหน้าที่จ่ายเงินค้ำทดแทนให้สามในสี่ก่อน และแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง โดยชอบด้วยกฎหมายรื้อถอนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวออกไปภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ถ้าเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่รื้อถอนออกไปภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ เจ้าหน้าทีหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้ารื้อถอนได้โดยหักค่าใช้จ่ายเพื่อการนี้ ออกจากเงินค้ำทดแทนที่ควรจะได้รับ แล้วจึงจ่ายหรือวางเงินค้ำทดแทนส่วนที่เหลือให้ กรณีนี้ ยังคงมีปัญหาในข้อเท็จจริงว่าหากเจ้าหน้าที่หักค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนทรัพย์สินจากเงินค้ำทดแทน ส่วนที่ยังมิได้จ่ายจำนวนหนึ่งในสี่ส่วนโดยที่เงินดังกล่าวไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายในการที่เจ้าหน้าที่ ได้ทำการรื้อถอนเองนั้น เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการบังคับทาง ปกครองให้เจ้าของทรัพย์สินชดใช้เงินค่าใช้จ่ายได้เต็มจำนวนค่ารื้อถอนได้หรือไม่

พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ มีหลักการจ่ายค่า ทดแทนเท่าที่เสียหายจริงและเพียงพอต่อการฟื้นฟูให้ผู้ถูกเวนคืนกลับสู่ฐานะเดิมก่อนเวนคืน ดังนั้นจำนวนเงินค้ำทดแทนหรือย้ายทรัพย์สินจึงรวมทั้งมูลค่าความเสียหายที่แท้จริงพร้อมทั้งค่ารื้อ ถอนไว้ด้วยแล้ว ซึ่งกรณีนี้กฎหมายบัญญัติชัดเจนให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้า หน้าที่มีอำนาจเข้ารื้อถอนได้โดยหักค่าใช้จ่ายเพื่อการนี้ออกจากเงินค้ำทดแทนที่ควรจะได้รับ แล้วจึงจ่ายหรือวางเงินค้ำทดแทนส่วนที่เหลือให้ อันเป็นหลักประกันการชำระเงินค่ารื้อถอน

ดังกล่าว กรณีอาจมีปัญหาเงินค่าทดแทนส่วนที่ยังมิได้จ่ายจำนวนหนึ่งในส่วนไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายในการที่เจ้าหน้าที่ได้ทำการรื้อถอนเองนั้น ในเรื่องนี้แบ่งออกเป็นสองความเห็น

ความเห็นที่หนึ่ง มองว่ากฎหมายวางหลักให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่หักเงินค่ารื้อถอนจากจำนวนเงินค่าทดแทนในส่วนที่ยังมิได้จ่ายเหลือเท่าไรจึงจ่ายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินนั้น หากเงินดังกล่าวไม่เพียงพอแก่ค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนเมื่อไม่มีบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน ฯ วางหลักไว้ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จึงไม่มีอำนาจติดตามเงินส่วนที่ยังชำระไม่ครบถ้วน ตามหลักเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ การกระทำทางปกครองจะกระทำได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ตามความเห็นนี้ค่าทดแทนส่วนที่ยังชำระไม่ครบจึงเป็นพบไม่มีผู้ใดต้องรับผิดชอบ

ความเห็นที่สอง ซึ่งเป็นความเห็นของคณะผู้ทำการศึกษา มองว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน ฯ รัฐได้กำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนเท่าที่ทรัพย์สินเสียหายจริงรวมทั้งค่ารื้อถอนด้วยแล้ว และเป็นหน้าที่ของเจ้าของทรัพย์สินที่จะต้องรื้อถอนทรัพย์สินนั้นออกไป หากเจ้าของทรัพย์สินไม่ทำการรื้อถอนเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจรื้อถอนเองโดยหักเงินค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนนั้นจากเงินค่าทดแทนในส่วนที่ยังมิได้จ่าย จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งหมายให้เป็นภาระหน้าที่ของเจ้าของทรัพย์สินที่จะต้องชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าว กอปรกับเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน ฯ เจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องการติดตามชำระเงินค่ารื้อถอนตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน ฯ เมื่อการชำระเงินค่ารื้อถอนยังไม่ครบถ้วน เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าของทรัพย์สินชำระเงินค่ารื้อถอนในส่วนที่ยังชำระให้ครบถ้วนภายในกำหนดระยะเวลาอันควร ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระเงินโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือนเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน

๒.๓) กรณีผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมีข้อกำหนดในสัญญาหากผลการรังวัดที่ดินมีเนื้อที่น้อยกว่าหรือมากกว่าเนื้อที่ดินที่ได้จ่ายเงินไปแล้ว ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จะต้องจ่ายเงินค่าทดแทนที่ดินเพิ่มหรือเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งที่ดินมีหน้าที่คืนเงินค่าทดแทนอัตราเดียวกับค่าทดแทนที่ดินซึ่งได้จ่ายเงินไปแล้วนั้น อาจมีปัญหากรณีเรียกคืนเงินตาม

สัญญาดังกล่าวหากเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ปฏิบัติตามจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้หรือไม่

หลักการสัญญาทางปกครองของประเทศไทยมีแนวความคิดใกล้เคียงกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น ๒ ลักษณะ คือ

๑. สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่ากรณีใดเป็นสัญญาทางปกครองปกครอง ดังปรากฏตามมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ “สัญญาทางปกครอง หมายความว่าความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทาง ปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

๒. สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในกรณีสัญญาทางปกครองโดยสภาพ โดยมีการใช้หลักเกณฑ์ด้ายคู่สัญญา วัตถุประสงค์สัญญา และข้อกำหนดในสัญญาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. หลักเกณฑ์ในด้านคู่สัญญา สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ข. หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

ค. หลักเกณฑ์ด้านข้อกำหนดในสัญญา สัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิและหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาแพ่งได้

การบังคับตามสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบังคับการตามสัญญาทางปกครองนั้น เป็นผลมาจากทฤษฎีการบริการสาธารณะซึ่งถือว่าโดยหลักแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือ

เอกชนคู่สัญญา ซึ่งสิทธิพิเศษนี้อาจมาจากข้อสัญญาเองหรืออาจมาจากหลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง สิทธิพิเศษนี้ปรากฏทั้งในการปฏิบัติตามสัญญากรณีปกติ และสภาพบังคับกรณีที่เอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา ซึ่งหลักกฎหมายปกครองที่เพิ่มหน้าที่ของเอกชนนอกเหนือจากสัญญาเป็นไปตามหลักการให้เอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

การบังคับตามสัญญาทางปกครองเป็นมาตรการหรือวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามข้อตกลงในสัญญาและโดยผลของกฎหมายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ การบังคับตามสัญญาทางปกครองเป็นวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตหรือคำพิพากษา ได้แก่ การสั่งให้มีการปรับ สั่งแก้ไขสัญญา สั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย การจัดหาบุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทน และสั่งยกเลิกสัญญา แต่การบังคับตามสัญญาทางปกครองนั้นต้องกระทำภายในกรอบของข้อตกลงในสัญญา และโดยผลของกฎหมายปกครอง ทั้งในเรื่องรูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนที่จะต้องกระทำในการบังคับการตามสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

กรณีสัญญาซื้อขายที่ดินดังกล่าวข้างต้น เป็นกรณีเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งที่ดินตามบทบัญญัติมาตรา ๑๐ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ สัญญาดังกล่าวมีลักษณะ ดังนี้

- เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน พ.ศ. ๒๕๓๐ ฝ่ายหนึ่งกับเอกชนเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งที่ดินอีกฝ่ายหนึ่ง
- วัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายที่ดินเพื่อก่อสร้างโครงการชลประทานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ
- ลักษณะของสัญญา เป็นการกำหนดค่าทดแทนตามบทบัญญัติของกฎหมายเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่มีเสรีภาพและอิสระที่จะกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวด้วยตนเองได้เลย กอปรกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๑๑ วรรคสอง “ให้ถือว่ากรรมสิทธิ์โอนนับแต่วันชำระเงินค่าทดแทน” สัญญาจึงมีลักษณะพิเศษซึ่งต่างกับสัญญาซื้อขายที่ดินทางแพ่ง

จากหลักการและข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น สัญญาซื้อขายที่ดินกรณีนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครองและมีข้อกำหนดในสัญญาหากผลการรังวัดที่ดินมีเนื้อที่น้อยกว่าที่ได้จ่ายเงินไปแล้ว ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งที่ดินมีหน้าที่คืนเงินค่าทดแทนอัตราเดียวกับค่าทดแทนที่ดินซึ่งได้จ่ายเงินไปแล้วนั้น ดังนั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผลการรังวัดที่ดินมีเนื้อที่น้อยกว่าที่จ่ายเงินค่าทดแทนไปแล้ว เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะบังคับตามสัญญาโดยทำเป็นหนังสือแจ้งให้ชำระเงินคืนตามข้อกำหนดของสัญญา หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งที่ดินไม่ปฏิบัติตามคำสั่งบังคับจึงเป็นการพิพาทตามสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่จะต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับให้ชำระเงินตามสัญญานั้น

๓.) ปัญหาข้อกฎหมาย พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๒ อาจมีปัญหาข้อกฎหมายว่าฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้สิทธิฟ้องคดีพิพาทต่อศาลปกครองเพื่อให้บังคับต่อเอกชนหรือไม่ และมาตรา ๗๒ (๕) วางหลักให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่ง **สั่งให้บุคคล** กระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนมีแนวคำพิพากษาศาลปกครองมีคำสั่งหรือคำพิพากษาบังคับให้เอกชนกระทำตามคำสั่งนั้น อันอาจไม่สอดคล้องหลักกฎหมายมหาชน

หลักกฎหมายมหาชน มีที่มาจากหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม เป็นผลผลิตจากแนวความคิดของรัฐเสรีนิยม โดยมีหลักการแนวความคิดต้องการจำกัดอำนาจรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ รัฐและฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย กฎหมายจะต้องเป็นที่ยอมรับและมีกระบวนการตรากฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งผูกโยงกับประชาชน ตลอดจนมีกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจดังกล่าวให้อยู่ในความเหมาะสมพอดี

รัฐเสรีนิยมมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดเก็บภาษี การรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน การรักษาความมั่นคงของประเทศ และแสดงตนภายนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง จึงมีอำนาจมหาชนในการดำเนินภารกิจดังกล่าวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ อำนาจมหาชนมีที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐซึ่งจำเป็นต้องมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในภารกิจของรัฐ แต่ก็มีกระบวนการตรวจสอบฝ่ายบริหารในระบบรัฐสภาด้วยการตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ ตั้งกระทู้ถาม เปิดอภิปรายทั่วไป เปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ และการถอด

ถอนฝ่ายบริหาร ในส่วนของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง เริ่มตั้งแต่มาตรการป้องกันซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น เพื่อเป็นหลักประกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ มีมาตรการแก้ไขภายในฝ่ายปกครองโดยเอกชนใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการบังคับทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ผู้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อทบทวนตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น และมาตรการแก้ไขภายนอกโดยเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง อันเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารทางการเมืองและตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง เพื่อให้ใช้อำนาจตามกฎหมายและอยู่ในความเหมาะสมพอดีตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

รัฐหรือฝ่ายปกครองมีภารกิจหลักที่สำคัญ คือ การจัดทำบริการสาธารณะ (Service Public) เป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะตอบสนองความต้องการของมหาชน เป็นกิจการที่มีลักษณะพิเศษมุ่งให้ความเสมอภาคประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ มีความต่อเนื่องเป็นกิจกรรมที่มีความสำคัญไม่อาจหยุดชะงักลงได้เพราะอาจเกิดผลร้ายแรงกระทบต่อสังคมโดยรวม และปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตามความต้องการของสังคมหรือตามสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป การดำเนินการดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องมีอำนาจพิเศษตามบทบัญญัติของกฎหมายและหลักการของกฎหมายมหาชนเพื่อบังคับให้การดำเนินการมีประสิทธิภาพโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของสังคมโดยรวม เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุรัฐจึงต้องเข้ามารับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะเองโดยตรง เช่น การจัดทำการศึกษา โรงเรียน หรือมหาวิทยาลัย และจัดทำในรูปรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ เช่น การผลิตไฟฟ้า การชลประทาน หรือมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ เช่น แพทย์สภา สภานายความ การให้เอกชนสัมปทานเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น ให้เอกชนจัดทำการขนส่งมวลชน การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวต้องให้บริการอย่างเสมอภาค มีความต่อเนื่อง และปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองมีที่มาจากแนวความคิดประโยชน์สาธารณะของสังคมโดยรวมย่อมมีความสำคัญเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล ดังนั้นหากรัฐมีความจำเป็นต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งจำต้องกระทบกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล บุคคลจำต้อง

รับภาระเสียสละเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่ไม่จำเป็นต้องเสียสละถึงขนาดรับภาระมากเป็นพิเศษหรือสูญเสียประโยชน์ส่วนตนสิ้นเชิง แต่จะต้องได้รับค่าทดแทนอย่างเหมาะสมเป็นธรรมและมีความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่สังคมส่วนใหญ่จะได้รับกับความเสียหายของเอกชนที่แท้จริงตลอดจนการฟื้นฟูให้กลับสู่ฐานะเดิม

จากสภาพปัญหาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และแนวคำพิพากษาศาลปกครอง ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคต่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะ และอาจขัดต่อหลักการแนวคิดทางกฎหมายมหาชน ดังนี้

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อน หรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อน หรือความเสียหาย หรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

จากบทบัญญัติดังกล่าวพอที่จะแยกองค์ประกอบแห่งการฟ้องคดี ดังนี้

๑. “ผู้ใด” ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อน หรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้
๒. อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ
๓. มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือ
๔. กรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และ
๕. การแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อน หรือความเสียหาย หรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72

มาตรา ๗๒ ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (5) หรือตามวรรคสี่ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี

พิจารณาตามมาตรา ๔๒ เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครอง มี ๓ กรณี คือ

ก. เมื่อพิจารณาองค์ประกอบมาตรา ๔๒ แล้ว “ผู้ใด” มีความหมายเพียงใด ครอบคลุมทั้งฝ่ายปกครองและเอกชนด้วยหรือไม่ จากถ้อยคำตามลายลักษณ์อักษรและบริบทของมาตรานี้ คณะผู้ทำการศึกษาเห็นว่า “ผู้ใด” มีความหมายเฉพาะเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีกับฝ่ายปกครองซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อน หรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือ

เจ้าหน้าที่ของรัฐ กรณีนี้เอกชนไม่มีอำนาจที่จะบังคับตามกฎหมายได้เองดังเช่นฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองและใช้มาตรการบังคับทางปกครองบังคับต่อเอกชนได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีขออำนาจศาล เมื่อเอกชนได้รับความเดือดร้อนอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับฝ่ายปกครอง บทบัญญัตินี้ “ผู้ใด” จึงไม่มีความมุ่งหมายรวมถึงฝ่ายปกครองด้วย

ข. การฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการฟ้องทั้งฝ่ายปกครองหรือฝ่ายเอกชน ซึ่งทั้งสองฝ่ายไม่สามารถบังคับตามข้อกำหนดของสัญญาได้เองจะต้องฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับตามกฎหมายนั้น ปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๗๗/๒๕๕๓ และคดีหมายเลขดำที่ อ.๔๐๓/๒๕๕๔ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยกรณีสำนักงานการศึกษาขั้นพื้นฐาน “ผู้ฟ้องคดี” กับข้าราชการ “ผู้ถูกฟ้องคดี” ผิดสัญญาการไปศึกษาต่อภายในประเทศภาคปกติ ศาลได้วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

คณะผู้ทำการศึกษามีความเห็นว่า “การฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” เป็นถ้อยคำซึ่งต่อเนื่องจากข้อ ๑ คือ “ผู้ใด” ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง ดังนั้น “ผู้ใด” จึงไม่มีความมุ่งหมายรวมถึงฝ่ายปกครองด้วย

ค. กรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทาง

ปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

คณะผู้ทำการศึกษามีความเห็นว่าคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา ๙ (๑) ถึง (๓) มีความสอดคล้องกับมาตรา ๔๒ อยู่แล้ว เป็นไปตามความเห็นคณะผู้ทำการศึกษา ข้อ ก. และ (๔) เป็นไปตามความเห็นคณะผู้ทำการศึกษา ข้อ ข.

หลักทั่วไปของกฎหมายมหาชนฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์บังคับเอกชนได้ตามกฎหมายโดยมิต้องฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับต่อเอกชน บทบัญญัติมาตรา ๙ (๕) และ (๖) เป็นบทบัญญัติพิเศษอันเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปของกฎหมายมหาชน ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งหมายให้ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจบังคับเอกชนตามกฎหมายแต่จะต้องฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับเอกชน เช่น พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช ๒๔๘๕ มาตรา ๒๓ “ห้ามมิให้ผู้ใดปลูกสร้าง แก้วไข หรือต่อเติมสิ่งก่อสร้าง หรือปลูกปักสิ่งใด หรือทำการเพาะปลูกรุกล้ำทางน้ำชลประทาน ชานคลอง เขตคันคลอง หรือเขตผนัง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากนายช่างชลประทาน ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนนอกจากที่ผู้ฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว เมื่อโจทก์ร้องขอก็ให้ศาลสั่งให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างนั้นด้วย” พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช ๒๔๕๖ มาตรา ๑๑๘ ทวิ “กรณีมีการฝ่าฝืนตามมาตรา ๑๑๗ หรือผู้รับอนุญาตตามมาตรา ๑๑๗ ปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดไม่เป็นไปตามที่ได้รับอนุญาต . . . ให้เจ้าทำร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้มีการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งอื่นใดนั้น . . .”

กรณีมาตรา ๗๒ (๑) ถึง (๔) เป็นบทบัญญัติซึ่งมีความชัดเจนอยู่แล้วว่าเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับต่อฝ่ายปกครองให้กระทำตามคำพิพากษาหรือคำสั่งจึงเป็นเรื่องที่เอกชนฟ้องขออำนาจศาลปกครอง

กรณี (5) “สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย” หลักตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองนั้น หมายความว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องมีกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลให้อยู่ในความเหมาะสมพอดีโดยฝ่ายตุลาการ คือ ศาลปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่

ไม่อาจใช้อำนาจนอกเหนือไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย และมีบางกรณีซึ่งกฎหมายไม่ต้องการให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ที่จะบังคับต่อเอกชนโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล จึงมีบทบัญญัติเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง โดยให้ฝ่ายปกครองจะต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามกฎหมาย

คณะผู้ทำการศึกษาจึงมีความเห็นว่า คำว่า “บุคคล” ตาม (๕) หมายความว่า บุคคล หรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แบ่งออกเป็น ๒ กรณี

๑. เป็นกรณีมาตรา ๙(๕) กำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองมีคำบังคับสั่งให้บุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ตามมาตรา ๗๒(๕)

๒. เป็นกรณีบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น เอกชนผู้ได้รับสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะ ตัวอย่างจัดทำสัมปทานขนส่งมวลชน หรือองค์กรที่มีได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติซึ่งดำเนินการตามกฎหมายมหาชนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่าง แพทย์สภา วิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ สภานายความ กรณีนี้จึงเป็นคดีที่เอกชนฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้มีคำบังคับสั่งให้บุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งใช้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ตามมาตรา ๗๒(๕)

สรุป การกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครอง เป็นไปตามหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม และหลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง หมายความว่า การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย (หลักความมาก่อนของกฎหมาย) และการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ (หลักเงื่อนไขของกฎหมาย) มีกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ในความเหมาะสมพอดี

รัฐมีภารกิจที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะจึงมีอำนาจมหาชน แนวคิดทางกฎหมายมหาชนรัฐย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชน คือ มีอำนาจบังคับตามกฎหมายและบังคับตามสัญญาทางปกครองต่อเอกชนได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับตามกฎหมายหรือตามสัญญาทางปกครองต่อเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะ การกระทำของรัฐอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ซึ่งมีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครอง แต่มีบางกรณีมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นพิเศษให้ฝ่ายปกครองต้องฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับตามกฎหมายต่อเอกชน ดังนั้นคณะผู้ทำการศึกษาจึงไม่อาจเห็นพ้องด้วยกับแนวคำพิพากษาศาล

ปกครองของประเทศไทย ซึ่งได้วางหลักกฎหมายมาตรา ๙ (๔) ให้รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยไม่มีอำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญาทางปกครองให้บรรลุผลถึงจุดหมายปลายทาง ก่อปรกับสัญญาทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชนระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนคู่สัญญา ซึ่งก็ไม่ได้ต่างกับการกระทำทางปกครองตามกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนระหว่างรัฐกับเอกชนตามกฎหมายปกครองเช่นเดียวกัน ดังนั้นสัญญาทางปกครองและการกระทำตามกฎหมายของฝ่ายปกครองจึงก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักกฎหมายมหาชนฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการที่จะบังคับเอกชนให้ปฏิบัติตามกฎหมายโดยมีต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ดังนั้นฝ่ายปกครองก็ย่อมที่จะบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญาทางปกครองและสมควรมีอำนาจยึดอายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อให้บรรลุผลของการบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ด้วยเช่นเดียวกัน เพราะหากฝ่ายปกครองทำได้แค่ออกคำบังคับตามข้อกำหนดของสัญญาทางปกครอง เช่น เรียกค่าปรับเป็นเงินตามสัญญา เมื่อเอกชนไม่ปฏิบัติตามคำบังคับนั้นถือเป็นคดีพิพาททางปกครอง ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจยึด อายัด ทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อให้บรรลุผลตามคำบังคับตามสัญญานั้นฝ่ายปกครองจะต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้มีคำบังคับให้เอกชนชำระเงินค่าปรับตามสัญญานั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการบังคับตามสัญญาทางปกครองของไทยไม่ต่างกับการบังคับตามสัญญาทางแพ่งเมื่อฝ่ายลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามที่เจ้าหนี้ได้ทวงถามตามสัญญาแล้ว จะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับ อาจกล่าวได้ว่ารัฐหรือฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับเอกชน มีความแตกต่างก็เพียงเขตอำนาจศาลเท่านั้น

๔) การรับอุทธรณ์ที่ดิน ไม่มีปัญหาในการเข้าครอบครองหรือใช้อสังหาริมทรัพย์

เพราะเป็นความสมัครใจของเจ้าของที่ดินในการอุทธรณ์ที่ดินให้แก่กรมชลประทาน

(๒) ที่ดินไม่มีหนังสือแสดงสิทธิ (ไม่มีเอกสารสิทธิ)

“ที่ดินไม่มีหนังสือแสดงสิทธิ” หรือตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ ใช้คำว่า “ที่ดินไม่มีเอกสารสิทธิ” พอที่จะอธิบายได้ว่าเป็นที่ดินที่ไม่มีหนังสือแสดงสิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดินและไม่สามารถขออนุญาตออกหนังสือแสดงสิทธิได้ บางกรณีเป็นผู้ครอบครองและทำประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายในที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการ เช่น ที่สาธารณะประโยชน์ ที่ดินเขตป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ หรือมีบางกรณีเป็นผู้ครอบครองและทำประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ในที่ดินของทางราชการตามกฎหมายพิเศษที่เกี่ยวข้อง เช่น

ที่ดินเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) ที่ดินในเขตนิคมสร้างตนเอง ที่ดินดังกล่าวมีเอกสารสิทธิตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น แต่ติดเงื่อนไขห้ามโอน

คณะผู้ทำการศึกษาทำการศึกษานโยบายการใช้จ่ายมาตรการบังคับทางปกครองเข้าครอบครองหรือใช้ที่ดินในเขตป่าสงวนแห่งชาติซึ่งเป็นปัญหาสำคัญในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน เพราะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีบางกรณีผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินป่าสงวนแห่งชาติไม่สมัครใจรับเงินค่าทดแทนตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ และไม่ยอมออกไปจากที่ดินดังกล่าว กรมชลประทานไม่อาจบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ได้ เพราะพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมุ่งหมายใช้บังคับเฉพาะที่ดินที่มีหนังสือแสดง กรณีที่ดินไม่มีเอกสารสิทธิเมื่อราษฎรไม่สมัครใจรับเงินค่าทดแทน กรมชลประทานทำได้เพียงระงับหรือชะลอแผนงานก่อสร้างไว้ก่อนจนกว่าจะแก้ไขปัญหาการจัดหาที่ดินได้แล้วเสร็จ ส่งผลให้ไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างได้ตามแผนงานและงบประมาณที่กำหนดไว้ ในเรื่องนี้มีปัญหาที่จะต้องขบคิดก็คือ กรณีที่ดินมีหนังสือแสดงสิทธิกรรมสิทธิ์ที่ดินเป็นของเอกชนสมบูรณ์ หากรัฐจำเป็นต้องได้ที่ดินนั้นมาเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ให้กรรมสิทธิ์ตกเป็นของรัฐโดยมิจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนผู้ทรงกรรมสิทธิ์นั้น แต่กรณีที่ดินไม่มีหนังสือแสดงสิทธิราษฎรครอบครองทำประโยชน์อยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ที่ดินดำเนินการก่อสร้างโครงการชลประทานเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในทางปฏิบัติหากราษฎรที่ครอบครองและทำประโยชน์อยู่ในที่ดินดังกล่าวไม่สมัครใจรับเงินค่าทดแทนตามหลักเกณฑ์มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ กรมชลประทานไม่มีมาตรการใด ๆ ในการเข้าครอบครองหรือใช้ที่ดินดังกล่าวได้เลย เสมือนหนึ่งว่าผู้ครอบครองและทำประโยชน์อยู่ในที่ดินป่าสงวนแห่งชาติมีความมั่นคงในการทำประโยชน์มากกว่าที่ดินซึ่งมีหนังสือแสดงสิทธิ จึงจำเป็นต้องทำการศึกษาวิเคราะห์เพื่อหาทางออกที่ถูกต้องเหมาะสม ดังนี้

กรรมสิทธิ์ (OWNERSHIP) มีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

ก. สิทธิเด็ดขาด (Absolute) เป็นอำนาจเด็ดขาดแต่อยู่ภายใต้บังคับในขอบเขตของกฎหมาย ผู้ทรงกรรมสิทธิ์มีสิทธิใช้สอย จำหน่าย ได้ดอกลงดินน้อย ดอกลงผลน้อย และมีสิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สิน

ข. ลักษณะถาวร (Perpetual) ไม่สิ้นสุดไปโดยกาลเวลาหรือโดยเจ้าของไม่ได้ใช้

ค. ลักษณะหวงกัน(Exclusive) คือ สิทธิที่จะขัดขวางหรืออำนาจหวงกันต่อการเกี่ยวข้องกับอันมิชอบของผู้อื่น เว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมาย

สิทธิครอบครอง มาตรา ๑๓๖๗ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ท่านว่าบุคคลนั้นได้ซึ่งสิทธิครอบครอง” และมาตรา ๑๓๖๘ “บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินไว้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้นยึดถือเพื่อตน” บทบัญญัติมาตรา ๑๓๖๗ และมาตรา ๑๓๖๘ เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิครอบครอง แต่ก็ไม่ใช่เป็นบทสันนิษฐานเสร็จเด็ดขาดเพราะการได้สิทธิครอบครองต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย หากเป็นการเริ่มต้นการครอบครองอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น บุกรุกเข้าไปแย่งการครอบครองอสังหาริมทรัพย์โดยที่เจ้าของผู้ครอบครองเดิมขัดขวางโต้แย้งสิทธิ หรือเข้าครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการโดยที่ไม่ได้รับอนุญาต แม้มีเจตนายึดถือเพื่อตนก็ไม่ได้สิทธิครอบครอง

การที่ราษฎรครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการ โดยเฉพาะในเขตป่าสงวนแห่งชาติแม้ว่าราษฎรจะปลูกสร้างบ้านเรือน ต้นไม้ หรือทรัพย์สินอื่น ๆ และได้ครอบครองทำประโยชน์มาโดยตลอดก็ตาม แต่การที่ราษฎรเข้าครอบครองที่ดินในเขตป่าสงวนแห่งชาติเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.๒๕๐๗ มาตรา ๑๔ บัญญัติว่า “ ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ ห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือครอบครองทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในที่ดิน ก่อสร้าง แผ้วถาง เฝ้าป่า ทำไม้ เก็บหาของป่า หรือกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ. . .” แม้ราษฎรมีเจตนายึดถือเพื่อตนแต่เป็นการยึดถือที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิครอบครองเหนือรัฐ แต่ในระหว่างเอกชนด้วยกันราษฎรผู้ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินป่าสงวน ๆ ย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินที่ตนก่อสร้างครอบครองทำประโยชน์นั้นเหนือกว่าเอกชนรายอื่นๆ เพราะมิเช่นนั้นอาจมีผู้อ้างว่าไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินและฉกฉวยโอกาสแย่งชิงประโยชน์เกิดความวุ่นวายในสังคมได้ และการครอบครองดังกล่าวก็ไม่ก่อให้เกิดกรรมสิทธิในที่ดินเพราะขาดลักษณะที่สำคัญของกรรมสิทธิ์ คือ

ก) ไม่มีสิทธิเด็ดขาด แม้ว่าผู้ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินเขตป่าสงวนแห่งชาติ จะได้ใช้สอย หรือได้รับดอกผลทางพฤกษัตริย์ เช่น ได้ประโยชน์จากผลผลิตอันเกิดจากที่ดิน แต่ไม่มีสิทธิได้รับดอกผลทางนิรันดร์ เช่น ไม่มีสิทธิในทิ้งอกริมตลิ่ง เป็นต้น และไม่อาจจำหน่ายหรือโอนสิทธิครอบครองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ข) ขาดลักษณะถาวร คือ ราษฎรครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินเขตป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐบาลจะใช้มาตรการบังคับเอาคืนเมื่อใดก็ได้ทั้งนี้ไม่มีอายุความ

ค) ขาดลักษณะหวงกัน คือ แม้ราษฎรผู้ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินเขตป่าสงวนแห่งชาติจะมีสิทธิในอสังหาริมทรัพย์นั้นเหนือกว่าเอกชนรายอื่น ๆ แต่ไม่มีสิทธิเหนือรัฐจึงไม่มีอำนาจหวงกันเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายในการเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ในที่ดินนั้น

ด้วยหลักการและเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ราษฎรผู้ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการจึงไม่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินนั้น และไม่อยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.๒๕๓๐ จึงได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ วางหลักเกณฑ์ให้กรมชลประทานจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ราษฎรผู้ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินเขตป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ และที่สาธารณประโยชน์อื่น ๆ แต่จะต้องเข้าครอบครองทำประโยชน์อยู่ก่อนวันเริ่มดำเนินการก่อสร้างโครงการชลประทาน มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีลักษณะ ดังนี้

๑. มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีนิติสัมพันธ์กับกรมชลประทานตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.๒๕๕๑ มาตรา ๘๒ วางหลักให้ “ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐบาล และปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ” ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบตามหลักเกณฑ์ คือ หากบริเวณพื้นที่ที่จะใช้ในการก่อสร้างโครงการชลประทานอยู่ในเขตที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการโดยเฉพาะในเขตพื้นที่ป่า เมื่อหน่วยงานที่ครอบครองดูแลที่ดินนั้นได้อนุญาตให้กรมชลประทานเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นแล้ว และปรากฏว่ามีราษฎรครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินนั้นก่อนวันเริ่มดำเนินการก่อสร้างโครงการชลประทาน เป็น

อำนาจผูกพันที่กรมชลประทานจะต้องนำมาติดณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์จ่ายเงินค่าทดแทน

๒. มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์กับราษฎรที่ครอบครองอยู่ในเขตที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการตามเกณฑ์มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว อันมีผลก่อให้เกิดราษฎรเหล่านั้นมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าทดแทน จึงเป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครองที่มุ่งใช้เฉพาะเรื่องหรือบุคคลเฉพาะกลุ่มโดยมิได้เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า

อำนาจที่สำคัญของฝ่ายปกครอง คือ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจนเมื่อข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ ส่วนอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายได้อย่างชัดเจนครอบคลุมได้ทั้งหมดจึงได้กำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายไว้อย่างกว้างๆ แล้วให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจเพื่อให้บรรลุผลตามความมุ่งหมายหรือตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้อำนาจดุลพินิจเป็นไปตามหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม จะต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น อาจมีความเบี่ยงเบนของการใช้อำนาจดุลพินิจซึ่งมีปัจจัยมาจากภูมิหลัง ความเชื่อ ทศนคติ และกระบวนการกล่อมเกลாதงสังคมของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ดังนั้นดุลพินิจในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองจึงอาจมีความแตกต่างกันบ้าง ทั้งนี้มาตรา ๕๖ วรรคสอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ วางหลักให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงพอที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุดเพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผล จึงเป็นปัญหาความถูกต้อง เหมาะสม ของการใช้ดุลพินิจในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผล ทั้งนี้เพื่อดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพในการดำเนินงานของทางราชการกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนอย่างสมดุล

การออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง ประกอบด้วย

๑) หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำทางปกครองจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่มิได้

๒) หลักเจื่อนใจของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำทางปกครองจะกระทำได้เท่าที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น อาจกล่าวได้ว่าไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ มีความแตกต่างกับการใช้สิทธิทางแพ่งซึ่งเป็นการใช้สิทธิพื้นฐานของมนุษย์จึงสามารถกระทำได้ทุกเรื่องเท่าที่กฎหมายมิได้ห้ามไว้ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายทางแพ่งจะห้ามเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง มิได้มีหมายความว่าต้องมิบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งทุกเรื่องว่าเรื่องใดเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้ มิเช่นนั้นคงจะต้องทำการแก้ไข ปรับปรุง เพิ่มเติม กฎหมาย ที่ออกใช้บังคับก่อนพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หลายฉบับ อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจที่จะตรากฎหมายไว้ล่วงหน้าให้ชัดเจนได้ว่าเรื่องใดบ้างที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นการออกคำสั่งทางปกครองอาจเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจนให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองได้ หรืออาจเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายก่อตั้งอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ในการที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติภารกิจในเรื่องนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองบังคับเพื่อให้ภารกิจนั้นบรรลุผล เพราะฝ่ายปกครองมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์มหาชน

ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองพิษณุโลก

คดีหมายเลขดำที่ ๒๒๔/๒๕๕๗ คดีหมายเลขแดงที่ ๖๐/๒๕๕๙ วันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๕๙

นายนิคม ตีบปลระวงศ์ ผู้ฟ้องคดี กับคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ จังหวัดอุดรดิตถ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และกรมชลประทาน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ คดีนี้ศาลปกครองอุดรดิตถ์มีคำวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีประกาศคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ จังหวัดอุดรดิตถ์ ฉบับที่ ๓/๒๕๕๗ เรื่องแจ้งรายชื่อผู้ไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าขนย้าย(ที่ดินไม่มีเอกสารสิทธิ) ค่าทดแทนค่ารั้อยายสิ่งปลูกสร้าง และต้นไม้หรือไม้ผลที่ถูกเขตชลประทาน บริเวณพื้นที่ก่อสร้างห้วงงานอาคารประกอบ และอ่างเก็บน้ำ (เดิม) ของโครงการอ่างเก็บน้ำห้วยน้ำร้อนเนื่องมาจากพระราชดำริ ลงวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๗ ให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ไม่มีสิทธิได้รับเงินค่าขนย้าย(ที่ดินไม่มีเอกสารสิทธิ) ค่าทดแทนค่ารั้อยายสิ่งปลูกสร้าง และต้นไม้หรือไม้ผลที่ถูกเขตชลประทาน นั้น จึงรับฟังไม่ได้ว่าเป็นการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

คำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าศาลปกครองวินิจฉัยว่ามติของคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ จังหวัดอุดรธานี ตามประกาศฉบับที่ ๓/๒๕๕๗ เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่น่าเสียดายที่ศาลปกครองมิได้มีการวิเคราะห์ถึงลักษณะของมติคณะกรรมการว่ามีองค์ประกอบอย่างไรจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้คณะผู้ทำการศึกษาได้วิเคราะห์มติคณะกรรมการ ดังนี้

๑. คณะกรรมการได้รับการแต่งตั้งตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ แม้ว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมิใช่กฎหมาย แต่มีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๘๒ (๒) วางหลักให้ข้าราชการพลเรือนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐบาล และปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ เป็นกฎหมายชั้นพระราชบัญญัติรองรับให้กรมชลประทานต้องถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว

๒. คณะกรรมการเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามนัยมาตรา ๕ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ "เจ้าหน้าที่" หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

๓. มติคณะกรรมการและประกาศคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ จังหวัดอุดรธานี ฉบับที่ ๓/๒๕๕๗ เป็นการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย (หลักกฎหมายปกครองและพ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือนซึ่งผูกพันให้กรมชลประทานต้องปฏิบัติ) มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง

การจ่ายเงินค่าทดแทนตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ ย่อมมีความแตกต่างกับการจ่ายเงินค่าทดแทนในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คือ การจ่ายเงินค่าทดแทนตามมติคณะรัฐมนตรีเป็นการดำเนินการในเชิงรัฐศาสตร์เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนของราษฎรที่ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินสงวนหวงห้ามของทางราชการซึ่งจะต้องออกจากที่ดินนั้น แต่การจ่ายเงินค่าทดแทนในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อทดแทนความเสียหายของผู้ทรง

กรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนโดยมีหลักการจ่ายค่าทดแทนเท่าที่เสียหายจริงและเพียงพอต่อการฟื้นฟูกลับสู่ฐานะเดิมก่อนเวนคืน

พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗ มาตรา ๑๖ วางหลักให้อธิบดีกรมป่าไม้ โดยอนุมัติรัฐมนตรีกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มีอำนาจอนุญาตให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เมื่อกรมป่าไม้ได้อนุญาตให้กรมชลประทานเข้าทำประโยชน์ในเขตป่าสงวนแห่งชาติเรียบร้อยแล้ว กรมชลประทานจึงเป็นผู้ทรงสิทธิครอบครองดูแลใช้ประโยชน์ในที่ดินป่าสงวนแห่งชาติและมีอำนาจเข้าครอบครองหรือใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวโดยมีกฎหมายชั้นพระราชบัญญัติรองรับ กรมชลประทานจึงมีอำนาจผูกพันอันเป็นหน้าที่ซึ่งจะต้องนำมาติดคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ เป็นหลักเกณฑ์จ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ราษฎรที่ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในที่ดินเขตป่าสงวนแห่งชาติโดยกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนแก่ราษฎรแต่ละราย ซึ่งราษฎรเหล่านั้นเป็นเพียงผู้มีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าทดแทนเท่านั้น มิได้หมายความว่าราษฎรเหล่านั้นจะกลายเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินเหนือรัฐ

ดังนั้น หากราษฎรไม่สมัครใจรับเงินค่าทดแทนและไม่ยินยอมขนย้ายออกจากที่ดินนั้น กรมชลประทานในฐานะหน่วยงานซึ่งได้รับอนุญาตจากกรมป่าไม้ให้เข้าทำประโยชน์ในเขตป่าสงวนแห่งชาติโดยมีพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.๒๕๐๗ มาตรา ๑๖ เป็นกฎหมายชั้นพระราชบัญญัติรองรับ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในเรื่องนี้ตามมาตรา ๑๒ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กอปรกับการเข้าครอบครองหรือใช้ที่ดินป่าสงวนแห่งชาติเพื่อก่อสร้างโครงการชลประทานอันมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ กรมชลประทานจึงเป็นผู้ใช้อำนาจมหาชน ดังนั้นเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและการเข้าครอบครองหรือใช้ที่ดินดังกล่าวบรรลุผล กรมชลประทานจึงมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองและใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการเข้าครอบครองหรือใช้ที่ดินดังกล่าว มีขั้นตอนดำเนินการดังต่อไปนี้

๑. กรมชลประทานทำหนังสือแจ้งให้ราษฎรมารับเงินค่าทดแทนภายในเวลาอันควรใน

การพิจารณาว่าระยะเวลาใดจึงจะเป็นระยะเวลาอันควรถือใช้ทฤษฎีภาวะวิสัย คือ พิจารณาความเหมาะสมตามแต่กรณีในเรื่องนั้น ๆ ว่าโดยทั่วไปสมควรที่จะใช้ระยะเวลาเพื่อการนั้นเพียงใด เช่น ราษฎรอยู่ต่างประเทศ หรืออยู่ต่างจังหวัด อาจต้องใช้ระยะเวลาในการเดินทางหรือต้องพักแรมจึงต้องให้เวลานานกว่าราษฎรที่อยู่ในท้องที่เดียวกับผู้แจ้ง

๒. กรมชลประทานมีหน้าที่ในการจ่ายเงินค่าทดแทนถือเป็นลูกหนี้ที่จะต้องชำระเงินแก่ราษฎรผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทน เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาข้อ ๑ ราษฎรไม่มาขอรับเงินค่าทดแทนถือว่าราษฎรไม่ยอมรับชำระหนี้ กรมชลประทานจึงวางเงินค่าทดแทนตามมาตรา ๓๓๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้หลุดพ้นจากหนี้ที่ต้องชำระอันเป็นการคุ้มครองสิทธิในการได้รับเงินค่าทดแทนของราษฎร

๓. กรมชลประทานออกคำสั่งและคำเตือนเป็นหนังสือแจ้งให้ราษฎรขนย้ายทรัพย์สินออกจากที่ดินนั้นภายในระยะเวลาอันควร ในการพิจารณาว่าระยะเวลาใดจึงจะเป็นระยะเวลาอันควรถือใช้ทฤษฎีภาวะวิสัย คือ พิจารณาความเหมาะสมตามแต่กรณีในเรื่องนั้น ๆ ว่าโดยทั่วไปสมควรที่จะใช้ระยะเวลาเพื่อการนั้นเพียงใด เช่น การรื้อถอนขนย้ายต้นไม้จำนวน ๑๕ ต้น อาจใช้เวลาเพียง ๑๕ วันก็เพียงพอ หากเป็นการรื้อถอนขนย้ายต้นไม้ จำนวน ๕๐๐ ต้น อาจต้องใช้เวลา ๖๐ วัน พร้อมทั้งแจ้งให้ทราบหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่มีอำนาจดำเนินการรื้อถอนขนย้ายด้วยตนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนโดยผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มในอัตราร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่ ตลอดจนแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นภายในระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

๔. หากราษฎรฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งตามข้อ ๓ อธิบดีกรมชลประทานหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากอธิบดีกรมชลประทาน มีอำนาจเข้าดำเนินการรื้อถอนขนย้ายด้วยตนเอง โดยทำคำสั่งเป็นหนังสือแจ้งให้ราษฎรชำระเงินชดใช้ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวภายในเวลาอันควร เมื่อถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระเงินโดยถูกต้องครบถ้วนจะต้องมีหนังสือเตือนให้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่จะต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้

นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ ตามมาตรา ๕๗ และมาตรา ๕๘ (๑) พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

การนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ใช้บังคับในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทานกรณีราษฎรครอบครองทำประโยชน์อยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เพราะมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ มิได้กำหนดรายละเอียดวิธีการปฏิบัติไว้ อย่างชัดเจน จึงต้องถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดมาตรฐานกลาง ในการปฏิบัติราชการขององค์กรฝ่ายปกครอง แม้ว่ากฎหมายจะให้เอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองดำเนินการ ได้โดยมิต้องขออำนาจศาลทั้งนี้ก็เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองแต่ก็มี กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรืออุทธรณ์การใช้ มาตรการบังคับทางปกครอง ตามมาตรา ๔๔ และมาตรา ๖๒ อันเป็นการตรวจสอบแก้ไขภายใน ของฝ่ายปกครอง หากไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์ราษฎรก็มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครองของกรมชลประทาน อันเป็นการ ตรวจสอบแก้ไขโดยศาลอีกชั้นหนึ่ง

นอกจากการที่กรมชลประทานใช้มาตรการบังคับทางปกครองเข้าครอบครองหรือใช้ ที่ดินจากราษฎรผู้ครอบครองทำประโยชน์อยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติแล้ว ยังคงมีอีกทางเลือกหนึ่ง คือ เมื่อกรมชลประทานได้ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๓๒ จ่ายหรือ วางเงินให้แก่ราษฎรแล้ว แนวทางในการขอความร่วมมือกับกรมป่าไม้ซึ่งเป็นหน่วยงานบังคับใช้ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗ ให้ใช้อำนาจตามมาตรา ๒๕ พระราชบัญญัติป่า สงวน ฯ สั่งให้ราษฎรเหล่านั้นออกจากเขตป่าสงวนแห่งชาติหรือให้รื้อถอนทรัพย์สินออกไปจากป่า สงวนแห่งชาติเพื่อส่งมอบพื้นที่ให้กรมชลประทานตามหนังสืออนุญาต การดำเนินการดังกล่าวเป็น การประสานประโยชน์มหาชนกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนอย่างสมดุลตามปรัชญาของ กฎหมายมหาชน

๔.๒ ปัญหาด้านบุคลากร

เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นกฎหมาย ปกครองอันเป็นสาขาของกฎหมายมหาชน มีปรัชญา แนวคิด และนิติวิธี แตกต่างกับกฎหมาย

เอกชน พระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายซึ่งกำหนดมาตรฐานกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง อาจเป็นเรื่องใหม่ของเจ้าหน้าที่กรมชลประทาน การจัดหาที่ดินถือเป็นการปฏิบัติราชการทางปกครอง รัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ ย่อมมีเอกสิทธิ์ตามกฎหมายเหนือกว่าเอกชนเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงานอันมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่จะต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนควบคู่อย่างสมดุล เครื่องมือที่สำคัญของฝ่ายปกครอง คือนิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ กฎ คำสั่ง และมาตรการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่จัดหาที่ดินจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช ๒๔๘๕ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ การใช้อำนาจตามกฎหมายเจ้าหน้าที่จัดหาที่ดินจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้องเหมาะสม ตามปรัชญา แนวความคิด และนิติวิธีทางกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง มาตรา ๕๖ วรรคสอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ วางหลักให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด การใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน ยังไม่มีระเบียบปฏิบัติที่ชัดเจน กอปรกับเจ้าหน้าที่ยังไม่มีคำสั่งสมประสงค์และความเชี่ยวชาญในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

๔.๓ ปัญหาด้านการใช้ดุลพินิจ

โดยหลักทั่วไปการบังคับใช้กฎหมายจะต้องมีการให้อำนาจไว้ให้ชัดเจน แต่การใช้กฎหมายปกครองนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนหรือผู้ถูกปกครอง ดังนั้นการใช้อำนาจจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจโดยชัดเจน การที่กฎหมายให้ใช้ดุลพินิจถือเป็นสิ่งอันตรายแก่ฝ่ายปกครองที่จะหลงในอำนาจ ดังนั้นจึงต้องมีการถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการอุทธรณ์คำสั่ง หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ดุลพินิจ ตามความหมายของกฎหมายปกครองหมายความว่า อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด จากความหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างอิสระ ดังนั้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็คืออำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจที่จะกระทำการ

ได้หลายอย่างเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีและบรรล่วัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

เหตุที่กฎหมายจะต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เนื่องจากเป็นข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจจะตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในทุกเรื่องทุกกรณี จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้กฎหมายจึงเป็นการนำกฎหมายมาใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว โดยมีหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องอะไร มีหลักกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร ข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นหรือไม่ และถ้าข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นแล้วมีผลอย่างไร เมื่อใดฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองเลือกได้หลายทางในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากตัดสินใจเลือกกระทำการไปทางหนึ่งทางใดโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการใดเพียงทางเดียว โดยไม่ให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีนี้ ถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ จึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองไว้นั่นเอง

ความอิสระในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจทำให้เข้าใจผิดว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกตัดสินใจได้หลายทางเพื่อต้องการให้ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้กฎหมาย สามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง อย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและการให้เหตุผลประกอบการพิจารณาตัดสินใจอย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นกรอบหรือหลักทั่วไปในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และ ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ส่วนความอิสระในที่นี้หมายถึง ความอิสระในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ ต้องมีความเป็นกลาง มีความโปร่งใส และมีความเป็นธรรม ความอิสระในการใช้ดุลพินิจมิได้

หมายความว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจอย่างไรก็ได้ก็ตามอำเภอใจ การที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำเภอใจไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจแต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย เริ่มจากการพิจารณาคำร้องหรือคำขอว่าได้ยื่นถูกต้องตามแบบ ขั้นตอน และระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ก่อนมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำร้องหรือคำขอ เมื่อได้รับคำร้องไว้พิจารณาแล้วต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างอิสระ เป็นกลาง โปร่งใส ไม่ปิดเบือนวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ใช่อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขณะเดียวกันจะต้องสงวนและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวมด้วย นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางไว้เป็นแนวปฏิบัติ ต้องใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลและไม่ขัดกับหลักกฎหมาย ส่วนการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เป็นการใช้อำนาจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ไม่สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แต่ละกรณี รวมถึงการใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำ (Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดความสัมพันธ์ของผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองให้เกิดความสมดุลสมเหตุสมผลพอเหมาะพอควรแก่กรณี ได้แก่ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือการใช้อำนาจให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามกฎหมาย หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) ต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดหรือทำให้รัฐเสียหายน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) หากผลของคำสั่งทางปกครองเกิดประโยชน์ต่อส่วนร่วมน้อยมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ประชาชนได้รับ

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือกในการตัดสินใจกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดเพื่อปรับใช้กฎหมายให้มีความสอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามยุคตามสมัยเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ตามกฎหมาย การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงใดๆ มีความเป็นกลาง โปร่งใส เป็นธรรม และมีเหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจที่เหมาะสมตรวจสอบได้ ซึ่งต่างกับการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพราะการใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจแต่เป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองใช้

อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยไม่ชอบก็อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง ศาลปกครอง หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และอาจต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยจากผลการกระทำนั้นได้

ตามที่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ถือว่าเป็นเวลาพอสมควรแล้ว แต่เจ้าหน้าที่บางส่วนยังขาดความเข้าใจในปรัชญา แนวความคิด และนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนซึ่งแตกต่างกับกฎหมายเอกชนยังไม่พร้อมและไม่เชี่ยวชาญในการที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครอง อาจเพราะว่าเคยชินกับวิธีปฏิบัติเดิมๆที่สืบเนื่องมาอย่างยาวนาน และก็ได้มีปัญหายุ่งยากในการปฏิบัติมากนัก กรณีที่มีการปฏิบัติกระทบกับสิทธิของเอกชนก็สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาเพื่อจะได้เป็นทางออกในการปฏิบัติแก่เจ้าหน้าที่ ดีเสียกว่าเจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจตัดสินใจปฏิบัติด้วยตนเองอันอาจต้องรับผิดชอบต่อผลของการตัดสินใจนั้น กอปรกับหากเจ้าหน้าที่ตัดสินใจใช้ดุลพินิจผิดพลาดจนเกิดความเสียหายต่อบุคคลเจ้าหน้าที่อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. ๒๕๓๙ แนวคิดดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักเอกสิทธิ์อันเป็นประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐอย่างสิ้นเชิง อีกทั้งเป็นการผลักภาระให้กับเอกชนดำเนินคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งจะต้องใช้ระยะเวลาและอาจเสียค่าใช้จ่ายอีกด้วย

บทที่ ๕

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๕.๑ บทสรุป

การจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน เป็นกระบวนการให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการก่อสร้างโครงการชลประทานอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์

ของมหาชน เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาที่ดินปฏิบัติงานตามขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช ๒๔๘๕ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. ๒๕๑๘ กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายปกครองซึ่งมีหลักการ นิติปรัชญา และนิติวิธีแตกต่างกับกฎหมายเอกชน

ตั้งแต่ประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หน่วยงานรัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐกับเอกชนก่อให้เกิดผลทางกฎหมายปกครอง รูปแบบของนิติสัมพันธ์อาจเป็นนิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลเป็นการเฉพาะเจาะจง ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน และกฎหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยมุ่งหมายแต่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ตลอดจนการกระทำทางปกครองอื่น ๆ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นกฎหมายกำหนดมาตรฐานกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา ๓ พระราชบัญญัตินี้กำหนดว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้” อันเป็นการสร้างหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ต่างปฏิบัติไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันหรืออาจใช้อำนาจตามอำเภอใจ

เนื่องจากฝ่ายปกครองมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงมีเอกสิทธิ์ตามหลักกฎหมายมหาชนในการที่จะบังคับกับเอกชนให้ปฏิบัติตามกฎหมายได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับดังเช่นคดีแพ่ง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ โดยการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้เอกชนผู้อยู่ใต้บังคับคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น เอกชนมีสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นได้ หากเจ้าหน้าที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามความเห็นตน หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ อันเป็นการตรวจสอบสองชั้นภายในของฝ่ายปกครอง และเอกชนมีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

มาตรการบังคับทางปกครองเป็นเครื่องมือที่ทำให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผล แต่เจ้าหน้าที่จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด อาจกล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครองถือเป็นเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจบังคับตามกฎหมายต่อเอกชนได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งบังคับ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แบ่งคำสั่งทางปกครองออกเป็น ๒ ประเภท ดังนี้

๑. มาตรา ๕๗ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้ใดชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน

วิธีการยึด อายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม ส่วนผู้มีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดหรือขายทอดตลาดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

๒. มาตรา ๕๘ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(๑) เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทน โดยผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มในอัตราร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่

(๒) ให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน

เจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองจำนวนเท่าใดสำหรับในกรณีใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษทางอาญาหรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองให้กระทำหรือละเว้นกระทำก่อนก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน

การจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทานบางกรณีเจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ แต่กรณีสัญญาทางปกครองเจ้าหน้าที่ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองต่อสัญญาทางปกครองได้ เจ้าหน้าที่จะต้องบังคับตามข้อกำหนดของสัญญาทางปกครองนั้น พอสรุปได้ดังนี้

๑. การบังคับตามสัญญาทางปกครองประเทศฝรั่งเศส

สัญญาทางปกครองประเทศฝรั่งเศสมีที่มาจาก ๒ แหล่งใหญ่ ๆ คือ ตามที่กฎหมายบัญญัติหรือเรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด และแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลหรือที่เรียกว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

๑.๑ สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด กฎเกณฑ์ในการพิจารณากรณีนี้ไม่ยุ่งยากนักเพราะเป็นเรื่องที่พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ถือว่าสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยลักษณะของบทกฎหมายในเรื่องนี้จะมีอยู่ ๒ ลักษณะ กล่าวคือ บางกรณีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งกรณีที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้มีน้อยมาก ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้นๆ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

หรือศาลยุติธรรม ซึ่งก็เป็นที่เข้าใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือกฎหมายเอกชน แล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญาอัน

๑.๒ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในประเทศฝรั่งเศสมีสัญญาในหลายกรณี ที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นจึงเป็นภาระหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

การบังคับตามสัญญาทางปกครองประเทศฝรั่งเศส จุดเด่นของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส คือ กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างเหนือกว่าเอกชนโดยสภาพกิจกรรมที่เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในทางแพ่งไม่มี เรื่องการบังคับและการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนี้เองที่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักพิเศษอันเกิดจากแนวความคิดที่จำเป็นต้องยอมรับความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด ถึงแม้ว่าประโยชน์สาธารณะไม่ขึ้นอยู่กับข้อความขัดแย้งแห่งสัญญา ทฤษฎีนี้เองเป็นหลักที่สร้างขึ้นโดยกฎหมายและไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณี ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับตามสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยการเรียกค่าปรับ แก้ไขสัญญา เข้าดำเนินการเองโดยเอกชนคู่สัญญาต้องรับภาระค่าใช้จ่าย และบอกเลิกสัญญา การบอกเลิกสัญญามีข้อยกเว้นกรณีสัญญาให้เอกชนทำสัมปทานฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจจะบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองจะต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเลิกสัญญาเท่านั้น เพราะการเลิกสัญญาสัมปทานส่งผลกระทบต่อสำคัญโดยรวมของมหาชน

๒. การบังคับตามสัญญาทางปกครองประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประเทศเยอรมันนั้น รัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz) ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๗๓ มาตรา ๖๒ แห่งกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติให้นำมาตราอื่น ๆ ตามรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้มาตรา ๖๒ ยังได้ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้

ว่า ขอบเขตเกี่ยวกับการใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

การบังคับตามสัญญาทางปกครองประเทศเยอรมัน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะทำการบังคับการตามสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๑ แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ (VwVfg) ของสหพันธ์รัฐเยอรมันได้กำหนดไว้ โดยมีองค์ประกอบดังนี้

- ๑) เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีอำนาจในการทำสัญญาทางปกครองตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้
- ๒) คู่สัญญาจะต้องมีข้อกำหนดในสัญญาให้มีการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้ทันที หรือข้อตกลงให้มีการบังคับดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในบันทึกหรือในรายงานการประชุม ข้อตกลงนั้นมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน

การบังคับตามสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อเอกชน

ก. กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองเพื่อให้เอกชนชำระเงิน เป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์รัฐ ค.ศ. ๑๙๕๓ (VwVG) พอสรุปสาระสำคัญ คือ เมื่อถึงกำหนดที่เอกชนจะต้องชำระเงินตามสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีหนังสือเตือนให้เอกชนชำระเงินภายในระยะเวลาหนึ่งสัปดาห์ เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วเอกชนยังไม่ได้ชำระเงิน เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิออกคำบังคับ (Vollstreckungsanordnung) และดำเนินการยึดอายัดทรัพย์สินของเอกชนมาขายทอดตลาดได้ต่อไป

ข. กรณีการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองเพื่อให้เอกชนกระทำการจำยอมกระทำการหรือละเว้นกระทำการ เป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์รัฐ ค.ศ. ๑๙๕๓ (VwVG) พอสรุปสาระสำคัญได้ คือ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการ จำยอมให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาทางปกครองให้สามารถบังคับได้ทันที เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้วิธีบังคับทางปกครอง (Zwangsmittel) อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง คือ การจัดการแทน ค่าปรับทางปกครอง การบังคับทางปกครอง ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา ๙(๑) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์รัฐ ค.ศ. ๑๙๕๓ (VwVG) และก่อนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวข้างต้น เจ้าหน้าที่ของรัฐ

จะต้องมีหนังสือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่ ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับทางปกครองในทันทีทันใด (der sofortige Vollzug) เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดกับกฎหมายอาญา หรือป้องกันมิให้เกิดอันตรายเสียหายต่อสาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงได้รับยกเว้นไม่ต้องมีหนังสือเตือนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

๓. การบังคับตามสัญญาทางปกครองประเทศไทย

หลักการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมีหลักการเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส แบ่งสัญญาทางปกครองออกเป็น ๒ ประเภท ดังนี้

๑) สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ วรรคท้าย “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทาง ปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

๒) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ วรรคท้าย ใช้ถ้อยคำว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า” แสดงว่ายังคงมีสัญญาทางปกครองลักษณะอื่น ๆ อีก กรณีสัญญาทางปกครองโดยสภาพนี้ ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในกรณีสัญญาทางปกครองโดยสภาพ โดยมีการใช้หลักเกณฑ์ด้ายคู่สัญญา วัตถุประสงค์แห่งสัญญา และข้อกำหนดในสัญญาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. หลักเกณฑ์ในด้านคู่สัญญา สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ข. หลักเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

ค. หลักเกณฑ์ด้านข้อกำหนดในสัญญา สัญญาทางปกครองจะต้องเป็น

สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิและหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาแพ่งได้

การบังคับตามสัญญาทางปกครองของประเทศไทย เอกสิทธิของฝ่ายปกครองในการบังคับการตามสัญญาทางปกครองนั้น เป็นผลมาจากทฤษฎีการบริการสาธารณะซึ่งถือว่าโดยหลักแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิพิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญา ซึ่งสิทธิพิเศษนี้อาจมาจากข้อสัญญาเองหรืออาจมาจากหลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง สิทธิพิเศษนี้ปรากฏทั้งในการปฏิบัติตามสัญญากรณีปกติ และสภาพบังคับกรณีที่เอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา ซึ่งหลักกฎหมายปกครองที่เพิ่มหน้าที่ของเอกชนนอกเหนือจากสัญญาเป็นไปตามหลักการให้เอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

การบังคับตามสัญญาทางปกครองเป็นมาตรการหรือวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามข้อตกลงในสัญญาและโดยผลของกฎหมายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ การบังคับตามสัญญาทางปกครองเป็นวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตหรือคำพิพากษา ได้แก่ การสั่งให้มีการปรับ สั่งแก้ไขสัญญา สั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย การจัดหาบุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทน และสั่งยกเลิกสัญญา แต่การบังคับตามสัญญาทางปกครองนั้นต้องกระทำภายในกรอบของข้อตกลงในสัญญา และโดยผลของกฎหมายปกครอง ทั้งในเรื่องรูปแบบวิธีการ และขั้นตอนที่จะต้องกระทำในการบังคับการตามสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

มีข้อสังเกตว่า การที่ฝ่ายปกครองบังคับตามข้อกำหนดของสัญญาทางปกครองโดยสั่งให้เอกชนคู่สัญญาชำระค่าปรับหรือชดใช้ค่าเสียหาย หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามคำบังคับนั้นฝ่ายปกครองจะต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพราะเป็นการพิพาทตามสัญญาทางปกครอง คณะผู้ทำการศึกษาเห็นว่าคำบังคับของฝ่ายปกครองตามข้อกำหนดของสัญญาทางปกครองไม่มีผลบังคับได้จริงเพราะขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะปฏิบัติตามคำบังคับนั้นหรือไม่ซึ่งก็ไม่ต่างกับสัญญาทางแพ่งเลย

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองมีภารกิจหลักในการจัดทำบริการสาธารณะกับเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง เป็นนิติสัมพันธ์โดยกฎหมาย และนิติสัมพันธ์โดยสัญญาทางปกครอง

๑. นิติสัมพันธ์โดยกฎหมาย เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนไว้ชัดแจ้งโดยบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐธรรมนูญ เช่น รัฐมีหน้าที่สนับสนุนส่งเสริมประชาชนด้านการศึกษาภาคบังคับ หรือกฎหมายชั้นพระราชบัญญัติ เช่น ประมวลรัษฎากรเกี่ยวกับผู้มีหน้าที่จะต้องเสียภาษีเงินได้ ทั้งฝ่ายปกครองและเอกชนมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว

๒. นิติสัมพันธ์ตามสัญญาทางปกครอง เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจที่จะบัญญัติกฎหมายไว้ล่วงหน้าได้ครอบคลุมทุกเรื่อง ในระบอบเสรีประชาธิปไตย เสรีภาพ และภราดรภาพ เป็นหลักการเบื้องต้นที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ การที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีเจตนาที่จะให้ฝ่ายปกครองก่อนิติสัมพันธ์กับเอกชนโดยสัญญาทางปกครองตามความเหมาะสมจำเป็นแห่งสภาพการณ์ ดังนั้นข้อตกลงของสัญญาทางปกครองจึงก่อให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนซึ่งจะต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้นโดยมีหลักกฎหมายมหาชนรองรับ

การจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทานนอกจากจะต้องบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยออกคำสั่งทางปกครองและใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผลตามวัตถุประสงค์แล้วนั้น บางกรณีจะต้องบังคับตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้เอกชนปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญาทางปกครองนั้น เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงานของกรมชลประทานอันมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ การดำเนินงานดังกล่าวยังคงมีปัญหาอุปสรรคอยู่บ้างซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องหาแนวทางแก้ไขและปรับปรุงเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

๔.๒ ข้อเสนอแนะ

หลักนิติรัฐ นิติธรรม เป็นผลผลิตของระบอบเสรีประชาธิปไตยมีหลักการที่สำคัญต้องการจำกัดอำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ รัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ มีกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ในความเหมาะสมพอดี

หลักดังกล่าวถือเป็นหลักการที่สำคัญของกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมาย ตั้งแต่ใช้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ ได้กำหนดรายละเอียดขั้นตอนในการปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครอง และเอกชนคู่กรณีสามารถตรวจสอบได้ว่าเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติเป็นไปตามหลักเกณฑ์ขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ มีการตรวจสอบแก้ไขภายในฝ่ายปกครองโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรืออุทธรณ์การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ เป็นไปตามหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม กอปรกับประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ได้มีการนำปรัชญา หลักการ นิติวิธี ของกฎหมายมหาชนใช้อย่างจริงจัง แต่เจ้าหน้าที่บางส่วนยังคงคุ้นเคยกับวิธีการตามกฎหมายเอกชนซึ่งมีความแตกต่างกับกฎหมายมหาชน คณะผู้ทำการศึกษาเห็นว่า การที่จะขับเคลื่อนการการใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน เพื่อให้ภารกิจของกรมชลประทานบรรลุผลสำเร็จได้อย่างถูกต้องมีประสิทธิภาพ คณะผู้ทำศึกษามีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

๑) จัดทำแผนโครงการอบรมหลักสูตรกฎหมายมหาชนและหลักสูตรการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนจัดให้มีการแลกเปลี่ยนเรียนรู้กับหน่วยงานอื่น ๆ ซึ่งมีการปฏิบัติงานบังคับใช้กฎหมาย

๒) ต่อจากนี้ไปกรมชลประทานจะต้องมีภารกิจในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทานนับวันจะมีจำนวนมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ ดังนั้นจึงต้องจัดให้มีหน่วยงานที่รับผิดชอบในการปฏิบัติการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเป็นการเฉพาะ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติมีทักษะความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทานซึ่งได้ผ่านหลักสูตรการศึกษาเฉพาะด้านกฎหมายมหาชนหรือศึกษาระดับปริญญาโท ปริญญาเอก ด้านกฎหมายมหาชน ได้รับผิดชอบและมีความก้าวหน้าในสายงานภารกิจดังกล่าว

๓) จัดทำระเบียบกรมชลประทานว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับทางปกครองกำหนดรายละเอียดขั้นตอนปฏิบัติในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองในการจัดหาที่ดินเพื่อการชลประทาน ให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ เอกชนสามารถตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นได้ และเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติตามระเบียบที่กำหนดไว้อย่างถูกต้องเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. ๒๕๓๙

๔) จัดทำบันทึกข้อตกลงร่วมระหว่างกรมป่าไม้และหน่วยงานราชการอื่น ๆ กับกรมชลประทานว่าด้วยความร่วมมือในการเข้าครอบครองหรือใช้ที่ดินในเขตป่าไม้หรือเขตสงวนหวงห้ามของทางราชการ เพื่อการก่อสร้างโครงการชลประทาน โดยทำความตกลงขอความร่วมมือให้หน่วยงานดังกล่าวบังคับใช้กฎหมายเฉพาะซึ่งให้อำนาจหน่วยงานนั้นในการเข้าครอบครองหรือใช้ที่ดินและสงมอบให้กรมชลประทานได้เข้าทำการก่อสร้างตามหนังสืออนุญาตซึ่งหน่วยงานราชการนั้น ๆ ได้อนุญาตให้กรมชลประทานได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าว

๕) เห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา ๓ วรรคสาม ดังนี้ **“การบังคับตามสัญญาทางปกครองให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองและการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับโดยอนุโลม”** ดังเช่นการบังคับตามสัญญาทางปกครองของสหพันธ์รัฐเยอรมัน เพื่อให้เกิดผล ดังนี้

๕.๑) เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาทางปกครองและให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

๕.๒) แก้ไขปัญหาการตีความพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙(๔) วางหลักเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครอง ใช้ถ้อยคำว่า **“คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”** และมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง วางหลักเกี่ยวกับผู้ฟ้องคดีปกครอง ใช้ถ้อยคำว่า **“มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”** ซึ่งศาลปกครองไทยรับคำฟ้องกรณีฝ่ายปกครองฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองบังคับตามสัญญาทางปกครองต่อเอกชน หากมีการ

แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๓ วรรคสาม ดังกล่าว ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับเอกชนคู่สัญญาได้ตามสัญญาทางปกครองเกิดประสิทธิภาพในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนซึ่งมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งบังคับตามสัญญาทางปกครองและการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตลอดจนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครองนั้น

๕.๓) ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับเอกชนคู่สัญญาได้ตามสัญญาทางปกครองเกิดประสิทธิภาพในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนซึ่งมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งบังคับตามสัญญาทางปกครองและการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตลอดจนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทางปกครองนั้น