

อนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นเอกชนต่างชาติ



นายกิตติชัย พิชัยเดชพงศ์

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

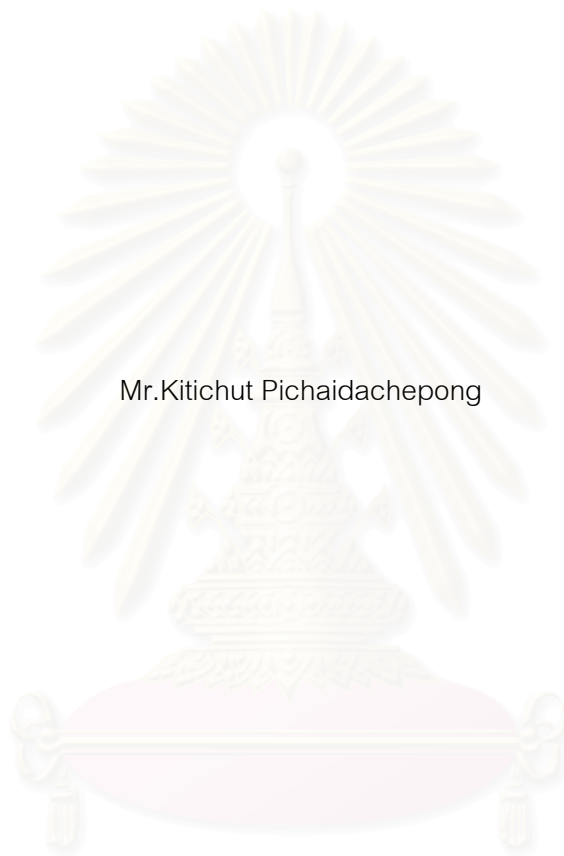
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2546

ISBN 974-17-4937-6

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ARBITRATION IN ADMINISTRATIVE CONTRACT WHERE THE PRIVATE PARTY  
IS A FOREIGN NATIONAL



Mr.Kitichut Pichaidachepong

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2003

ISBN 974-17-4937-6

หัวข้อวิทยานิพนธ์	อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็น เอกชนต่างชาติ
โดย	นายกิตติชัย พิชัยเดชพงศ์
ภาควิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	อาจารย์วิชัย อริยะนันท์ทกะ

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิดาพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา  
(รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม  
(อาจารย์วิชัย อริยะนันท์ทกะ)

..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์)

..... กรรมการ  
(ศาสตราจารย์พิเศษสุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

นายกิตติพิชิต พิชัยเดชาพงศ์ : อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นเอกชนต่างชาติ. (Arbitration in Administrative Contract where The Private Party is a Foreign National) อ. ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, อ. ที่ปรึกษาร่วม : อาจารย์วิชัย อริยะนนทกะ จำนวนหน้า 156 หน้า. ISBN 974-17-4937-6.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาถึงการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐ กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งมักเป็นนิติบุคคลต่างประเทศภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในสามประเด็นคือ ขอบเขตของ ข้อพิพาทใดที่สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ วิธีการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติควรดำเนินการอย่างไรและศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีขอบเขต อำนาจควรใช้หลักกฎหมายใดในการพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีที่ข้อพิพาทเกิดจาก สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ผลการวิจัยพบว่า การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ในประเทศไทยสามารถทำอนุญาโตตุลาการเคยใช้หลักกฎหมายเอกชนในการวินิจฉัยชี้ขาด แต่ประเทศไทยยัง ขาดกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความสำหรับสัญญาทางปกครองและวิธีอนุญาโตตุลาการใน สัญญาทางปกครองซึ่งประเทศไทยควรริบออกกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสม อีกทั้งปัจจุบันเป็นยุคการค้าไร้พรมแดน เอกชนภายในสามารถจดทะเบียนแก้ไขเป็นเอกชนต่างชาติได้ และเอกชนต่างชาติสามารถจดทะเบียนเป็นเอกชนภายใน ประเทศเช่นกัน กฎหมายที่ใช้สัญญาทางปกครองและวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน และระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจึงต้องใช้กฎหมายเดียวกัน มิฉะนั้นจะเกิดความแตกต่างและไม่เป็นธรรม ประเทศไทยจึงไม่ สมควรกำหนดให้สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติใช้กฎหมายในการระงับข้อ พิพาทที่มีสิทธิ์ดีกว่าเอกชนภายในประเทศ

ปัจจุบันประเทศไทยมีการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับต่างประเทศ จากการศึกษาข้อตกลงเขต การค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-สิงคโปร์ ซึ่งสหรัฐอเมริกาจะใช้เป็นต้นแบบในการเจรจากับประเทศไทย พบว่า ในการระงับ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้ใช้สถาบัน ICSID ซึ่งไม่เป็นธรรมและอาจสร้างปัญหาแก่ประเทศไทย ประเทศไทยจึงควรระวังใน ประเด็นดังกล่าวและควรออกกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ลายมือชื่อนิติ.....  
 สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....  
 ปีการศึกษา.....2546..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม.....

## 4386112234 : MAJOR LAWS

KEY WORD: Arbitration / Administrative Contract / Private Party / Foreign National /

KITTICHAT PICHAIDACHEPONG : ARBITRATION IN ADMINISTRATIVE CONTRACT WHERE THE PRIVATE PARTY IS A FOREIGN NATIONAL. (THESIS TITLE)

THESIS ADVISOR : ASSO. PROF. PHIJAISAKDI HORAYANGKURA, THESIS

COADVISOR : VICHAI ARIYANANTAKA, 156 pp. ISBN 974-17-4937-6.

This thesis aims to study the settlement of dispute in administrative contracts between the state and the private parties, often time foreign ones, under the Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Procedure of B.E. 2542 and Arbitration Act B.E.2545. Three issues have been studied namely, the scope of disputes which are arbitrable, the procedure of arbitration in dispute under administrative contracts between the state and a foreign party and the measures that Thailand should take and finally the substantive law which the Administrative Court having jurisdiction over those case should apply. The study indicated that the settlement of dispute arising out of administrative contracts in Thailand by arbitration had relied on private law in making awards.

But Thailand is short of substantive public laws and administrative procedure law for administrative contract, those related to arbitration in administrative contract in particular Thailand should pass those laws to suit the need. Also at present trade knows no border, a domestic private person can cloak itself as a foreign national and likewise a foreign company can registered as a local firm. The law on administrative contract and the arbitral procedure for administrative contract for foreign a domestic private parties should be the same, else difference and inequality shall arise. Thailand should not discriminate between foreign national and domestic national in the matter of settlement of dispute in administrative contract, Now, at present Thailand is making free trade areas agreement with other countries; the study on Singapore -U.S FTA. Thailand should pays close attention to this issue.

Student's signature.....

Field of study.....Laws..... Advisor's signature.....

Academic year .....2003..... Co-advisor's signature.....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้มิใช่เกิดจากความรู้ความสามารถของผู้เขียนแต่โดยลำพังเท่านั้น หากแต่สำเร็จได้ก็เพราะความกรุณาและความช่วยเหลือจากท่านผู้รู้ทั้งหลายที่มีต่อผู้เขียนซึ่งผู้เขียนมีความสำนึกในพระคุณของท่านโดยมิอาจลืมเลือนและปรารถนาที่จะแสดงความกตัญญูทเวทีในทุกโอกาสเท่าที่จะกระทำได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร บัณฑิต จุฬานนท์ ที่สละเวลาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์นี้และได้กรุณาสั่งสอนให้คำแนะนำเกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศแก่ผู้เขียน และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ที่ได้ช่วยสั่งสอนและให้คำแนะนำผู้เขียนให้เข้าใจในส่วนของหลักกฎหมายมหาชน และท่านอาจารย์วิชัย อริยะนันท์ทกะ ที่ได้กรุณาให้คำสั่งสอนผู้เขียนเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ และยังกรุณาสละเวลาอันมีค่าเป็นที่ปรึกษาพร้อมแก่ผู้เขียน และท่านศาสตราจารย์พิเศษสุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ที่เป็นทั้งอาจารย์ในวิชาชีพทนายความและสอนหลักกฎหมายธุรกิจแก่ผู้เขียนจนสามารถทำวิทยานิพนธ์นี้จนสำเร็จ

แต่วิทยานิพนธ์นี้จะไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้เลยหากไม่ได้รับความกรุณาจากท่านรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์นี้ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าสั่งสอนให้คำแนะนำแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์นี้โดยตลอด อีกทั้งได้ชี้แนะมุมมองปัญหาและวิธีการปรับใช้หลักกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายเอกชน ให้สามารถใช้หลักกฎหมายและนิติวิธีทางกฎหมายกับปัญหาได้อย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นความรู้ทางกฎหมายอันมีคุณค่าแก่ผู้เขียนและทำให้วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงลงได้

นอกจากนี้ผู้เขียนกราบขอบพระคุณคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ ที่ให้โอกาสทางการศึกษาและสิทธิประสาทความรู้ทางกฎหมายแก่ผู้เขียนตลอดมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีส่วนดีหรือมีคุณค่าทางวิชาการเกิดประโยชน์ใดขึ้น ผู้เขียนขออุทิศคุณความดีนี้แก่บิดามารดาและคณาจารย์ทั้งหลายของผู้เขียน บุตรชายและภรรยาผู้คอยให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาการศึกษาของผู้เขียน หากวิทยานิพนธ์นี้มีข้อบกพร่องประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

กิตติชัย พิชัยเดชพงศ์

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
สารบัญ .....	ช
บทที่ 1	
บทนำ.....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
สมมติฐานการวิจัย .....	5
วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	6
ขอบเขตของการวิจัย .....	6
วิธีดำเนินการวิจัย .....	6
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	7
บทที่ 2	
แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและวิธีระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง	
2.1 แนวความคิดพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง .....	8
2.1.1 ทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ .....	9
2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน กรณีในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับ กฎหมายเอกชน .....	11
2.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง .....	12
2.2.1 สัญญาทางปกครอง .....	13

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.2 สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง .....	14
2.2.3 เกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง .....	14
2.2.3.1 เกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด .....	14
2.2.3.2 เกณฑ์ตามที่ศาลใช้ในการพิจารณา .....	16
2.2.3.3 ผลของข้อแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง .....	17
2.3 ระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง .....	17
2.3.1 การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง .....	18
2.3.2 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา .....	19
2.3.2.1 เอกสิทธิ์ในการทำสัญญา .....	20
2.3.2.2 เอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญา .....	20
2.3.2.3 เอกสิทธิ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา .....	21
2.4 การจัดแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองตามลักษณะของกิจกรรม.....	21
2.4.1 กลุ่มการบริการสาธารณะ .....	21
2.4.2 กลุ่มการจัดซื้อจัดจ้าง .....	22
2.4.3 กลุ่มการให้สัมปทานแก่เอกชน .....	24
2.4.4 กลุ่มอื่น ๆ .....	25
2.5 สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส .....	28
2.5.1 ทฤษฎีบริการสาธารณะ .....	28
2.5.1.1 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอันเป็นผลมาจากทฤษฎีบริการสาธารณะ .....	29



สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.5.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส .....	32
2.5.3 เกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง .....	34
2.5.4 เกณฑ์แบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของ ฝ่ายปกครอง .....	40
2.6 สัญญาทางปกครองของเยอรมัน .....	42
2.6.1 ความเป็นมาของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน .....	42
2.6.2 ความหมายของสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน .....	44
2.6.3 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของ ฝ่ายปกครอง .....	45
2.6.4 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง .....	48
2.7 สัญญาทางปกครองของประเทศไทย .....	50
2.7.1 พัฒนาการและแนวความคิดของสัญญาทางปกครองของไทย .....	51
2.7.2 เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่าย ปกครองของไทย .....	53
2.7.3 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง .....	55
2.8 รูปแบบทั่วไปในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง .....	60
2.8.1 โดยศาลยุติธรรม .....	60
2.8.2 โดยศาลปกครอง .....	61
2.8.3 โดยการอนุญาโตตุลาการ .....	62

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 3

แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

3.1 หลักการและเหตุผลในการใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในทางระหว่างประเทศ .....	70
3.2 ประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการ .....	76
3.2.1 ความเชี่ยวชาญ .....	76
3.2.2 ความเป็นกลาง .....	76
3.3 เกณฑ์ของข้อพิพาทที่สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท .....	77
3.3.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา .....	77
3.3.2 เหตุผล .....	79
3.4 เกณฑ์ของข้อพิพาทที่ไม่สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท .....	79
3.4.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา .....	79
3.4.2 เหตุผล .....	80
3.5 แนวคิดและหลักเกณฑ์ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติของฝรั่งเศส .....	81
3.6 แนวคิดและหลักเกณฑ์ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน .....	91
3.7 แนวคิดในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ .....	95
3.8 สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ...	101
3.8.1 โดยศาล .....	101
3.8.1.1 โดยศาลไทย .....	101
3.8.1.2 โดยศาลต่างประเทศ .....	102

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.8.2 โดยศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น .....	102
3.8.3 โดยสถาบันประกันการลงทุนระหว่างประเทศพหุภาคี MIGA .....	107
3.9 แนวการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ต่างชาติ .....	108
 บทที่ 4	
ปัญหาของการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติในประเทศไทย ..	110
4.1 การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนภายในประเทศ.....	110
4.2 การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ .....	112
4.3 การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ในประเทศไทย .....	114
4.4 ปัญหาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธี อนุญาโตตุลาการเมื่อมีประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 .....	120
4.5 ปัญหาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธี อนุญาโตตุลาการเมื่อมีประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 .....	125
4.6 ปัญหาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธี อนุญาโตตุลาการเมื่อมีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศเรื่องเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement) กับประเทศสหรัฐอเมริกา .....	132

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 5	
บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	139
รายการอ้างอิง .....	147
ภาคผนวก .....	153
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	156



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 1

### บทนำ

#### ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการทำธุรกิจการค้าที่แม้ว่าคู่ค้าต่างต้องการแสวงหากำไรร่วมกันและพยายามทำให้ประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายพอกพูนมากที่สุดนั้นอาจมีข้อพิพาทเกิดขึ้นได้เสมอ ซึ่งเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วคู่สัญญาามีทางเลือกที่จะใช้วิธีระงับข้อพิพาทได้หลายวิธี ได้แก่ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation หรือ Mediation) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) และการพิจารณาพิพากษาโดยศาล (Litigation) วิธีการหนึ่งในการระงับข้อพิพาทที่มีการใช้กันมาเป็นเวลานานแล้วคือการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูกและฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด อย่างไรก็ตามการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทางศาลนั้นแม้จะเป็นวิธีที่ได้ผลแน่นอนประการหนึ่งว่า สุดท้ายข้อพิพาทจะถูกระงับไปอย่างแน่นอนโดยคำพิพากษาอันเป็นที่สุด หากวิธีการดังกล่าวนั้นจัดได้ว่าไม่สอดคล้องกับวิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นอุดมคติหรือเป็นยอดปรารถนาของทุกฝ่ายซึ่งจะต้องประกอบด้วยคุณสมบัติดังต่อไปนี้<sup>1</sup> คือ เป็นธรรม (Fair) รวดเร็ว (Speedy) ประหยัด (Cheap) มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism) มีการรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท (Measure against Bad Publicity) และเป็นการรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่ความ (Preservation of Relationship)

ดังนั้นเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่สัญญาจำนวนไม่น้อยจึงพยายามใช้วิธีการอื่นในการระงับข้อพิพาทนอกจากวิธีการทางศาล ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งที่เป็นที่นิยมมากคือวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) อันเป็นวิธีที่ความเห็นและการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นคำชี้ขาดที่มีผลผูกพันเป็นข้อยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที แม้ปรากฏในภายหลังว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องไปพึ่งกระบวนการทางศาลโดยการขอให้ศาลบังคับตาม"คำชี้ขาด" ของอนุญาโตตุลาการก็ตามที่ แต่ขั้นตอนดังกล่าวยังมีความสะดวกรวดเร็วกว่าการฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาทั่วไป เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลจะต้องใช้ในการตัดสินว่าจะบังคับหรือปฏิเสธไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่ามีกรณีใดบ้าง ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางธุรกิจโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นวิธีการที่ยุ่งยากน้อยกว่าการดำเนินคดีในศาล มีความรวดเร็วในการ

---

<sup>1</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ , รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศฯ (เล่ม 2) , หน้า 308.

ดำเนินการ และสามารถรักษาความลับหรือป้องกันความเสียหายที่เกิดจากการพิพาทได้ เนื่องจากการดำเนินการพิจารณาระงับข้อพิพาทนั้นเป็นไปในทางลับ และการระงับข้อพิพาทนั้นยังมีบรรยากาศแห่งความเป็นมิตรมากกว่าการนำคดีเข้าสู่ศาลซึ่งจะทำให้ไม่สามารถรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่ความไว้ได้อีกต่อไป

เมื่อประเทศไทยมีความเจริญทางเศรษฐกิจ การพาณิชย์ และอุตสาหกรรมมากขึ้น ทำให้มีการติดต่อทางการค้าและการลงทุนที่ต้องมีการทำสัญญาทางธุรกิจระหว่างคู่สัญญามากขึ้นตามไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นในระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือการทำสัญญากันระหว่างรัฐกับเอกชนในลักษณะของสัญญาสัมปทาน สัญญาการให้บริการสาธารณต่าง ๆ เป็นต้น โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ เมื่อใดที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่พิพาทมักนิยมใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเช่นกัน เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่า เหตุผลสำคัญที่ทำให้ต้องใช้อนุญาโตตุลาการคือ วุฒิของอนุญาโตตุลาการจำเป็นแก่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท<sup>2</sup> อนุญาโตตุลาการนั้นได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีซึ่งสามารถเลือกจากบุคคลที่ตนเห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทกันนั้น ทำให้การวินิจฉัยชี้ขาดทำได้อย่างรวดเร็วเพราะอนุญาโตตุลาการมีพื้นฐานความรู้ในเรื่องที่พิพาทกันมากพอสมควร การทำความเข้าใจกับปัญหาจึงรวดเร็วกว่าผู้ไม่มีพื้นฐานในเรื่องดังกล่าวมาก่อน

ในส่วนของการมีคู่สัญญาเป็นเอกชนต่างชาตินั้นสืบเนื่องมาจากประเทศไทยต้องการพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านสาธารณูปโภคพื้นฐาน จึงต้องการผู้เข้ามาลงทุนในบริการสาธารณะต่าง ๆ ซึ่งเอกชนต่างชาตินั้นมักจะมีความพร้อมมากกว่าทั้งในด้านเงินทุน เทคโนโลยีและบุคลากรที่มีความรู้ความชำนาญในการใช้เทคโนโลยีนั้น ๆ ในขณะเดียวกันพวกเขาเองนั้นเข้ามาลงทุนเพื่อต้องการแสวงหากำไรในเชิงธุรกิจ ดังนั้นจึงทำให้เกิดเป็นสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชนขึ้นเป็นสัญญาที่เป็นการตกลงกันระหว่างรัฐไทยผู้รับการลงทุนกับเอกชนต่างประเทศผู้เข้ามาลงทุน โดยความยินยอมและความร่วมมือกันทั้งสองฝ่ายทำให้เกิดความสัมพันธทางเศรษฐกิจ ก่อให้เกิดข้อผูกพันตามสัญญาที่มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย ซึ่งสัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้เรียกว่า สัญญาทางการปกครอง

ในส่วนระบบกฎหมายไทยนั้นเมื่อระบบการค้าระหว่างไทยกับต่างประเทศมีมากขึ้นและเอกชนต่างชาติมีการทำสัญญากับรัฐในลักษณะของสัญญาทางปกครองแล้ว บุคคลเหล่านี้มักจะหวังว่าเมื่อเข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้วเกิดข้อพิพาทกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หากนำคดีขึ้นสู่

<sup>2</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา , 2540) หน้า 12.

ศาลไทยภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทย ผู้ลงทุนต่างชาติจะเสียเปรียบคู่กรณี ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐ ดังนั้นจึงมักเรียกร้องให้มีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ระบุเอาไว้ในสัญญา เพื่อให้คู่สัญญาต้องยื่นข้อเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทแทนการยื่นฟ้องต่อศาล ซึ่งระบบกฎหมายไทยนั้นยอมรับให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากภาครัฐได้กำหนดตัวอย่างสัญญาในโครงการเงินกู้ (ระเบียบกระทรวงการคลัง พ.ศ. 2527) และตัวอย่างสัญญาจัดหาพัสดุทั่วไป (ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535) โดยระบุข้อสัญญาไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา<sup>3</sup> นอกจากนี้ประเทศไทยยังมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับโดยเฉพาะคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ในมาตราที่ 9 ได้กำหนดให้คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง และมาตรา 3 นิยามความหมายของคำว่า "สัญญาทางปกครอง" ไว้ว่า หมายถึงถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นการแยกคดีปกครองออกจากคดีแพ่งทั่วไป โดยมีมุ่งให้มีการใช้หลักกฎหมายมหาชนที่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักสำคัญในการวินิจฉัยคดี ดังนั้นในระหว่างช่วงดังกล่าวจึงมีคำถามว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจะสามารถทำได้หรือไม่ และมีวิธีดำเนินการอนุญาโตตุลาการอย่างไร และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เพียงใด

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาในมุมมองของเอกชนต่างชาติที่อ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการได้วิวัฒนาการขึ้นเพื่อส่งเสริมการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ โดยมีมุ่งหมายที่จะสร้างระบบการระงับข้อพิพาทในแต่ละประเทศให้มีมาตรฐานใกล้เคียงกันและเป็นที่ยอมรับของประเทศต่าง ๆ ทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้เอกชนของรัฐอื่นซึ่งอ้างว่าถูกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในประเทศที่ไปลงทุนจนต้องร้องขอความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) อันจะมีผลทำให้ข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐไปในที่สุด นอกจากนี้การยอมรับให้คู่กรณีเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ

<sup>3</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, รายงานกระบวนการวินิจฉัยการเมือง (วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่น 40), หน้า 15.

นั้น<sup>4</sup> ยังเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับคู่กรณีได้มากยิ่งขึ้น ในกรณีที่คู่กรณีเป็นเอกชนต่างชาติซึ่งมีความคุ้นเคยกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศที่ไปลงทุนน้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้ถือสัญชาติของรัฐนั้น กับหลักกฎหมายมหาชนที่รัฐมีสิทธิเหนือทรัพย์สินกรรมชาติภายในรัฐและมีหน้าที่ต้องให้บริการสาธารณะโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของประชาชนภายในประเทศ หลักกฎหมายและข้อโต้แย้งใดที่เหมาะสมและควรนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติและเหมาะสมกับประเทศไทยที่สุด และประเทศไทยควรดำเนินการอย่างไร

หลังจากใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มานานกว่าสิบปีและหลังจากที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองออกมาบังคับใช้ ทำให้มีเริ่มมีปัญหาวา สัญญาในทางปกครองนั้นจะอยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ กระทรวงยุติธรรมจึงได้ดำเนินการให้มีการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่ และได้ดำเนินการต่าง ๆ ตามกระบวนการของการร่างกฎหมายจนได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2545 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2545 เป็นต้นไป กฎหมายฉบับนี้เรียกว่า "พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545" การออกพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้สามารถขจัดข้อสงสัยในอดีตที่ว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองนั้นสามารถเสนอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้หรือไม่ เนื่องจากในมาตรา 15 ได้บัญญัติไว้ว่า "ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่สัญญา"

สัญญาภาครัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นส่วนใหญ่จะมีทุนทรัพย์สูง บางสัญญามีทุนทรัพย์สูงถึงหลายพันหลายหมื่นล้านบาท และส่วนใหญ่การระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองดังกล่าวโดยอนุญาโตตุลาการนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมักเป็นผู้แพ้คดีต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีเป็นเงินจำนวนหลายพันล้านบาท อาทิเช่น การที่อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยและกิจการร่วมค้าบีบีซีดี โดยชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องชดเชยค่าเสียหาย อันเนื่องมาจากการส่งมอบพื้นที่การก่อสร้างทางด่วนสายบางนา - บางปะกงให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีล่าช้า เป็นจำนวนเงินกว่า 6,000 ล้านบาทนั้น ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ขึ้นในสังคมว่า อนุญาโตตุลาการควรมีขอบเขตอำนาจเพียงไรในการ

<sup>4</sup> ประจิดต์ ไรจน์พฤกษ์, ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535), หน้า 251.



พิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท และในการพิจารณาชี้ขาดนั้นให้หลักการอย่างไรในการตัดสินชี้ขาด เนื่องจากสัญญาระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยและกิจการร่วมค้าบีบีซีดีมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่รัฐมีหน้าที่ให้บริการสาธารณะและให้มวลชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน ดังนั้นนิติวิธีในการพิจารณาตัดสินชี้ขาดจึงน่าจะแตกต่างไปจากการพิจารณาตัดสินชี้ขาดในคดีทางแพ่งทั่วไป

อย่างไรก็ตามการตัดสินข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนผู้ลงทุนชาวต่างชาติ นั้นอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนระหว่างประเทศได้ หากไม่คำนึงถึงมาตรฐานและหลักปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศประกอบด้วย ซึ่งหากหลักกฎหมายไทยไม่สอดคล้องกับหลักปฏิบัติในทางระหว่างประเทศแล้วก็อาจจะส่งผลให้ขาดความเชื่อถือในกลไกระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและอาจกระทบต่อบรรยากาศการลงทุนระหว่างประเทศได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงสมควรศึกษาว่า ปัจจุบันมีการเจรจาทำข้อตกลงเรื่องเขตการค้าเสรีแบบทวิภาคี(FTA) เช่น สิงคโปร์ – สหรัฐอเมริกา และที่ประเทศไทยจะทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาซึ่งมีการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทไว้ในข้อตกลงดังกล่าวด้วย ผู้วิจัยจึงศึกษาถึงข้อดีข้อควรระวังเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวต่อประเทศไทยไว้ในงานวิจัยนี้ด้วย

#### สมมติฐานการวิจัย

แม้ว่าตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะระบุให้คู่สัญญาสามารถใช้วิธีระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ แต่โดยเหตุที่สัญญาทางปกครองตั้งอยู่ในความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์และหน้าที่ในการให้บริการกิจการสาธารณะและประโยชน์ส่วนรวมของมวลชน อันเป็นนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ.2542 ดังนั้นสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นเอกชนต่างชาติน่าจะมีแนวปฏิบัติทางกฎหมายที่ชัดเจนในการกำหนดเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เพราะสัญญาทางปกครองมีลักษณะเฉพาะในทางมหาชนซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัย เนื่องจากอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งนี้เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและหลักปฏิบัติสากลซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทยมากที่สุด

### วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อให้ทราบถึงวิธีระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545
2. เพื่อให้ทราบถึงขอบเขตอำนาจที่ชัดเจนของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ
3. เพื่อให้ทราบว่าอนุญาโตตุลาการควรนำหลักกฎหมายใดมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ

### ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาเฉพาะกรณีการระงับข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองซึ่งคู่สัญญามีข้อกำหนดให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นเอกชนต่างชาติเท่านั้น

### วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาค้นคว้าของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการวิจัยโดยใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary research) คือการศึกษาและรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ เอกสาร บทความต่าง ๆ เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและนิติวิธีทางกฎหมายที่มีต่อวิธีการอนุญาโตตุลาการทั้งนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน นิติวิธีทางกฎหมายแพ่ง และนิติวิธีของนักกฎหมายระหว่างประเทศต่ออนุญาโตตุลาการในสัญญาปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นเอกชนต่างชาติ โดยศึกษาถึงหลักปฏิบัติและมาตรฐานสากลเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย ตลอดจนศึกษาถึงกฎหมายไทยที่มีอยู่ในส่วนที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและวิธีการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นเอกชนต่างชาติ จากนั้นเป็นการศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อหาแนวทางปฏิบัติทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยที่สุด อีกทั้งปัจจุบันได้มีการเจรจาระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่น ๆ เช่น สหรัฐอเมริกาเพื่อทำข้อตกลงเรื่องเขตการค้าเสรี (FTA) ผู้วิจัยจึงศึกษาข้อตกลงเรื่องการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังทำข้อตกลงเรื่องเขตการค้าเสรีต่อประเทศไทยว่ามีผลกระทบต่อประเทศไทยอย่างไร

### ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงแนวคิดนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน นิติวิธีทางกฎหมายแพ่งและนิติวิธีทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตไต่สวนการในฐานะกลไกระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ
2. ได้เข้าใจหลักเกณฑ์แนวปฏิบัติ และมาตรฐานสากลในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาตไต่สวนการในสัญญาทางปกครอง
3. เพื่อให้ทราบถึงขอบเขตอำนาจที่ชัดเจนของอนุญาตไต่สวนการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ
4. เพื่อให้ทราบว่าอนุญาตไต่สวนการควรนำกฎหมายใดมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ
5. เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตไต่สวนการสำหรับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 2

### แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการระงับข้อพิพาท

#### ในสัญญาทางปกครอง

ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศสนั้นมีแนวคิดว่าระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง กิจกรรมขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และความสัมพันธ์ที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีส่วน เกี่ยวข้องด้วย จะต้องเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างหรือเป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับกับเอกชน รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ในขณะที่ประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตธรรม (Common Law System) เช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา มีแนวความคิดว่า องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกันกับที่ใช้บังคับกับเอกชน คือระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งแนวความคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลธรรมนี้เป็นแนวคิดที่สืบทอดมาจากแนวความคิดในการแยกกฎหมายออกเป็น 2 สาขาใหญ่ ๆ คือ กฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนอันเป็นแนวคิดที่มีมาตั้งแต่สมัยจักรวรรดิโรมัน และเป็นแนวคิดที่แพร่หลายอยู่ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป ทั้งนี้ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศหนึ่งที่ได้ทำการพัฒนาแนวความคิดดังกล่าวมาเป็นเวลานานจนสามารถพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาเป็นระบบกฎหมายที่เป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายเอกชนได้<sup>1</sup>

#### 2.1 แนวความคิดพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองนั้นเป็นเครื่องมือประเภทหนึ่งที่ฝ่ายปกครองใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญนั้นมีอยู่ 4 ประการด้วยกันคือ 1) มาตรการทางกฎหมาย 2) บุคลากรของรัฐ 3) ทรัพย์สิน และ 4) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง<sup>2</sup>

สัญญาทางปกครองนั้นเป็นหนึ่งในมาตรการทางกฎหมายที่เป็นเครื่องมือสำคัญซึ่งฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อมอบบริการสาธารณะ (Service public) อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่าย

---

<sup>1</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 12.

<sup>2</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 37.

ปกครองให้แก่เอกชนไปดำเนินการจัดทำรวมทั้งการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ แนวความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองนั้นพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชน โดยมีแนวคิดหลักทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญคือ แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะซึ่งมีผลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายในสัญญาทางปกครองที่สำคัญอันได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน

### 2.1.1 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

คำว่า “บริการสาธารณะ” นั้น นันทวัฒน์ บรมานันท์<sup>3</sup> ให้ความหมายไว้ว่า บริการสาธารณะ (Service public) เป็นกิจกรรมซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ทั้งนี้บริการสาธารณะประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการคือ เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชนหรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจการด้วยตนเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการและยังหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย ซึ่งกิจกรรมดังกล่าวแล้วนั้นจะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน ส่วนบุบผา อัครพิมาน<sup>4</sup> กล่าวถึงบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะเป็นกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือองค์กรของรัฐเข้ามารับภาระในการเข้าดำเนินการหรือควบคุมดูแล

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า บริการสาธารณะนั้นเป็นกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐหรือองค์กรของรัฐมีหน้าที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน ทั้งนี้กิจกรรมของรัฐบางประเภทรัฐอาจมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนได้ การบริการสาธารณะจึงเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมหาชนและเป็นกฎเกณฑ์ที่เข้ามากำกับฝ่ายปกครองให้ดำเนินการอยู่ภายในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อให้การบริการสาธารณะดำเนินไปด้วยดี

ทฤษฎีบริการสาธารณะนั้น มีหลักสำคัญอยู่ 3 ประการคือ<sup>5</sup>

<sup>3</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ สัญญาทางปกครอง , หน้า 27-28.

<sup>4</sup> บุบผา อัครพิมาน. สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 9.

<sup>5</sup> โภคิน พลกุล, คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, เอกสารประกอบการพิจารณาเรื่อง สัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด, 18 กันยายน 2545 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง , หน้า 469-471.

1) หลักแห่งความต่อเนื่อง ในการสนองความต้องการของส่วนรวมที่เรียกกันว่า "ประโยชน์สาธารณะ" หรือ "ประโยชน์ส่วนรวม" นั้น ต้องมีความต่อเนื่องจะหยุดชะงักไม่ได้ ไม่ว่าจะ เป็นในระดับชาติหรือระดับท้องถิ่นก็ตาม มิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายต่อสังคม

หลักความต่อเนื่องนี้มีผลต่อบุคคล 3 กลุ่มที่เกี่ยวข้อง คือ

1.1) ผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำ บุคคลกลุ่มนี้จะต้องควบคุมดูแลให้บริการ สาธารณะดำเนินไปอยู่ตลอดเวลา มิฉะนั้นแล้วจะต้องเป็นผู้ที่รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น หากมีการหยุดชะงัก เช่น จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในอุบัติเหตุรถชนกัน เพราะสัญญาณ ไฟจราจรเสียหายและไม่จัดการแก้ไข หรือหาวิธีป้องกันในระหว่างนั้น

1.2) เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง บุคคลกลุ่มนี้จะนัดหยุดงานไม่ได้ โดยเฉพาะ ข้าราชการ ตำรวจ ทหาร อย่างไรก็ตาม ความเคร่งครัดในเรื่องนี้ลดน้อยลงในระยะหลังโดย กฎหมายยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบางประเภทหยุดงานได้ โดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจ

1.3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการ จัดทำบริการสาธารณะ บุคคลกลุ่มนี้จะต้องปฏิบัติตามสัญญาตลอดไปไม่ว่าจะประสบอุปสรรคและ ความยุ่งยากเพียงใดก็ตาม เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญานั้นจะเป็นเหตุสุดวิสัย อย่างไรก็ตาม หาก ปัญหาอุปสรรคที่เอกชนคู่สัญญาต้องประสบในการปฏิบัติตามสัญญาเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาด หมายได้ ฝ่ายปกครองจะต้องช่วยเอกชนให้จัดทำบริการสาธารณะต่อไป เช่น ด้วยการเพิ่มค่าตอบแทน นอกจากนี้แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาเอกชนคู่สัญญาจะอาศัยหลักต่างตอบแทนใน กฎหมายแพ่งด้วยการไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าฝ่ายปกครองจะชำระหนี้ คือปฏิบัติให้ถูกต้องตาม สัญญาก่อนไม่ได้ เอกชนคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปและเรียกค่าเสียหายจากฝ่าย ปกครองแทน

2.) หลักแห่งการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ในส่วนของบริการสาธารณะนั้นจะ ต้องมีการพัฒนาและปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับพัฒนาการของประโยชน์ส่วนรวม

หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอนี้ มีผลต่อบุคคล 3 กลุ่มที่เกี่ยวข้องคือ

2.1) ผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำ บุคคลกลุ่มนี้ต้องพัฒนาบริการสาธารณะที่ตน ควบคุมดูแลให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงในความต้องการของส่วนรวม

2.2) เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง บุคคลกลุ่มนี้ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงต่อ ตำแหน่งหน้าที่ หากมีการยุบเลิกหรือปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะ

2.3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครอง บุคคลกลุ่มนี้จะอ้างว่าตนจะ ปฏิบัติตามสัญญาเดิมไปจนกว่าจะสิ้นอายุสัญญาไม่ได้ แต่จะต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลง หาก

ปรับเปลี่ยนไม่ได้ ฝ่ายปกครองมีสิทธิดำเนินการให้มีการเลิกสัญญาได้ เช่น ได้ทำสัญญาตามไฟตามถนนด้วยก๊าซ เมื่อมีไฟฟ้าเข้ามาแทนที่และมีความเหมาะสมกว่าที่จะใช้ไฟฟ้าแทนก๊าซ ฝ่ายเอกชนคู่สัญญาจะต้องปรับเปลี่ยน จะอ้างว่าจะใช้ก๊าซต่อไปจนสิ้นอายุสัญญาไม่ได้

3.) หลักแห่งความเสมอภาค ด้วยหลักแห่งความเสมอภาคนั้นจะถือว่า บุคคลทุกคนจะมีความเสมอภาคกันในทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ เช่น ทุกคนมีสิทธิใช้บริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกันตามเงื่อนไขและลักษณะแห่งการให้บริการสาธารณะนั้น ๆ ทุกคนมีสิทธิสมัครเข้าเป็นเจ้าหน้าที่ของแต่ละบริการสาธารณะหากมีคุณสมบัติครบถ้วน ทุกคนมีสิทธิเข้าทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะกับฝ่ายปกครอง เป็นต้น

### 2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน เกณฑ์ในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน<sup>6</sup>

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนนั้นเป็นทฤษฎีที่มีความสำคัญเพราะเป็นหลักพื้นฐานของการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อำนาจมหาชนนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารสาธารณะเสมอ ไม่ว่าจะให้ความหมายของบริการสาธารณะในความหมายใดก็ตามที่กล่าวคือ หากพิจารณาว่าบริการสาธารณะเป็นเป้าหมายของรัฐ อำนาจมหาชนก็เป็นเครื่องมือที่รัฐจะใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล หรือหากจะพิจารณาว่าบริการสาธารณะเป็นรูปแบบการบริหารจัดการภารกิจของรัฐ อำนาจมหาชนย่อมเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบดังกล่าว เพราะบริการสาธารณะในความหมายนี้ หมายถึง กิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและรัฐเข้าไปรับผิดชอบในกิจกรรมนั้น

แนวคิดว่าด้วยอำนาจมหาชนนี้เกิดขึ้นจากฐานความคิดสองฐานคือ ฐานความคิดแรกเป็นแนวคิดที่พัฒนามาจากยุคโรมันเป็นทฤษฎีที่รัฐใช้เพื่อสนับสนุนอำนาจรัฐ ตามแนวทางนี้ อำนาจมหาชน หมายถึง รัฐ (องค์กร) และการใช้อำนาจรัฐ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า อำนาจมหาชนกับรัฐจึงเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้นเจตจำนงของรัฐจึงเป็นใหญ่อยู่เหนือเจตจำนงของปัจเจกชน ในขณะที่อีกฐานความคิดนั้น พัฒนาหลักทฤษฎีอำนาจมหาชนมาเป็นว่า อำนาจมหาชนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ รัฐเป็นผู้ถืออำนาจมหาชน เพราะรัฐมีหน้าที่ต้องเป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ

<sup>6</sup> บุปผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย , หน้า 18-19.

หลักอำนาจมหาชนในความหมายหลังนั้นพัฒนาต่อมาทำให้เกิดทฤษฎีแบ่งแยกวิธีการทำภารกิจของรัฐออกเป็นสองประเภทคือ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือ และการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ ซึ่งหลักเกณฑ์การแบ่งแยกนี้มีอิทธิพลต่อการกำหนดเขตอำนาจศาลและกฎหมายที่จะนำมาใช้ในคดีในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 เป็นอันมาก โดยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและใช้หลักกฎหมายปกครอง ส่วนการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและใช้หลักกฎหมายเอกชน ทั้งนี้เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลไว้โดยเฉพาะ

หลักของทฤษฎีการแยกการกระทำของรัฐออกเป็นสองลักษณะนี้ ได้แยกทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนออกจากกัน ซึ่งในความเป็นจริงแล้วไม่สามารถนำมาอธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในการดำเนินกิจกรรมของรัฐได้ ดังนั้นทฤษฎีจึงหมดความสำคัญลง ทั้งนี้บริการสาธารณะและอำนาจมหาชนเป็นสองแนวคิดที่มีบทบาทเชื่อมโยงซึ่งกันและกัน บริการสาธารณะถือเป็นภารกิจของรัฐและเครื่องมือที่รัฐใช้อาจเป็นอำนาจมหาชนหรือใช้วิธีบริหารจัดการแบบเอกชนก็ได้ แต่ถึงแม้รัฐจะเลือกใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชน อำนาจมหาชนก็ยังเป็นของรัฐและเป็นอำนาจที่รัฐไม่อาจสละได้ ดังนั้นเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะ รัฐก็ต้องนำอำนาจมหาชนออกมาใช้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพสามารถตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวม

ทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะและว่าด้วยอำนาจมหาชนนี้ ถือว่าเป็นทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่มีผลต่อหลักกฎหมายปกครองมาก และมีผลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายในสัญญาทางปกครองโดยตรง

## 2.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองนั้นจัดเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยทั่วไปนั้นมีความหมายถึง สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนโดยมีวัตถุประสงค์ในการมอบภารกิจทั้งหมด หรือบางส่วนที่เป็นบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการในลักษณะที่เป็นการผสมผสานระหว่างประโยชน์ส่วนรวมและการได้ค่าตอบแทนในรูปของกำไรสำหรับคู่สัญญาที่เป็นเอกชน เช่น สัญญาก่อสร้างถนน สะพาน เป็นต้น ซึ่งจะแตกต่างจากกับสัญญาทางแพ่งระหว่างฝ่ายเอกชนกับเอกชนด้วยกันที่มีวัตถุประสงค์หลัก คือกำไร<sup>7</sup>

<sup>7</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 470.



### 2.2.1 สัญญาทางปกครอง

คำว่า "สัญญาทางปกครอง" นั้นเป็นคำที่แปลมาจากคำภาษาฝรั่งเศสว่า "contrats administratifs" ซึ่งศาสตราจารย์เวอแดล (Vedel) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส<sup>8</sup> ได้อธิบายไว้ว่าในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากการใช้วิธีการทางกฎหมายโดยทำ "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" แล้ว ฝ่ายปกครองยังอาจใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนั้นเรียกว่า "สัญญาของฝ่ายปกครอง" (Contrats de l' administration) โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้ว่า ตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนอย่างเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างกัน หรือว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษคือสัญญาทางปกครอง

หากฝ่ายปกครองประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษคือระบบกฎหมายปกครองนั้น สัญญาดังกล่าวนี้นี้จะเรียกว่า "สัญญาทางปกครอง" (contrats administratifs) ซึ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ต้องให้ศาลปกครองพิจารณา

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ภาครัฐทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการปกครองบ้านเมืองเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้เอกชนที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยก็มีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจโดยคาดหวังกำไร แต่ในเมื่อภาครัฐมีวัตถุประสงค์ในการทำกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ การที่เอกชนยินยอมเข้าทำสัญญาผูกพันยอมถือได้ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการปกครอง และเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นด้วย เช่น สัญญาอนุญาตให้เอกชนเข้ามาก่อสร้างทางหลวง โดยให้อำนาจดำเนินการสร้างทางหลวงและเก็บค่าผ่านทาง สัญญาให้สิทธิเอกชนทำการสำรวจและผลิตแร่ เป็นต้น โดยภาครัฐมีเอกสิทธิ์ (privilege)เหนือเอกชน ซึ่งเอกสิทธิ์เหล่านี้ ได้แก่ เอกสิทธิ์ในการทำสัญญา เอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญา และเอกสิทธิ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา

ส่วนสัญญาอีกประเภทหนึ่งนั้นจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

<sup>8</sup> George Vedel, Droit Administratif, P.U.F., 1976, pp. 63-65 อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง หน้า 44.

### 2.2.2 สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้นเป็นสัญญาที่ภาครัฐทำกับเอกชนโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ฝ่ายปกครองจัดซื้อโต๊ะ เก้าอี้ มาใช้ในสำนักงาน การเช่าอาคารสำนักงาน เป็นต้น การเข้าไปเป็นคู่สัญญาของภาครัฐเป็นการเข้าไปในฐานะเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกับเอกชน เป็นสัญญาเชิงธุรกิจ เช่นเดียวกันกับสัญญาต่าง ๆ ที่เอกชนทำกับเอกชนด้วยกัน สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจึงอยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกัน โดยต่างฝ่ายต่างยอมรับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ได้

### 2.2.3 เกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

ในการแบ่งแยกว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้น มีเกณฑ์ในการแบ่งแยกดังนี้คือ

#### 2.2.3.1 เกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด

ในประเทศฝรั่งเศส ศาสตราจารย์เดอ โลบาเดรี<sup>9</sup> ได้อธิบายว่า มีกรณีที่กฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” บางอย่างเป็น “สัญญาทางปกครอง” หรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง) อย่างไรก็ตาม กรณีเช่นนี้มีน้อย ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่า สัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ทำให้เป็นที่เข้าใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับสัญญานั้นแล้วแต่กรณีไป ซึ่งสัญญามีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่า ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองอาจจะมีลักษณะเป็น “สัญญาทางปกครอง” ตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้นอยู่แล้ว หรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนตามเกณฑ์ดังกล่าว แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้ ซึ่งสามารถอธิบายรายละเอียดได้ดังนี้

1.) สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง สัญญาประเภทนี้ที่สำคัญที่สุดได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนว่าจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ (marche de travaux

<sup>9</sup> Andre de Laubadere, Franck Moderne et Pieere Delvolve, Traite des contrats administratifs, Tome I. 2e edition, L.G.D.J., 1983, pp.125-126 อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง หน้า 46.

publics) สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant) สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ (ventes d' immeubles de l'Etat) เป็นต้น<sup>10</sup>

2.) สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ซึ่งสัญญาประเภทดังกล่าวนี้เป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน สัญญาประเภทนี้ที่สำคัญ ๆ ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของทหาร (contrats relatifs au service des ordinaires) และสัญญาให้เช่าที่ดินขององค์กรปกครองท้องถิ่นเพื่อเกษตรกรรม (baux ruraux des collectivites publiques) เป็นต้น<sup>11</sup>

สำหรับในประเทศไทยนั้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ได้บัญญัติความหมายเอาไว้ว่า "สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ" ซึ่งจากนิยามดังกล่าวนี้ได้มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า การที่กฎหมายมิได้บัญญัติความหมายหลักไว้ ก็เท่ากับว่ากฎหมายจะปล่อยให้เป็นเรื่องที่ศาลปกครองจะมาพิจารณาวินิจฉัยต่อไปว่า สัญญาทางปกครองในความหมายที่เป็นความหมายหลักคืออะไร สัญญาใดที่ศาลปกครองเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งความหมายที่เป็นความหมายหลักจริง ๆ คือ สัญญาที่ก่อตั้งเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมาย ปกครอง หรือสิทธิหน้าที่ในทางกฎหมายปกครอง<sup>12</sup>

จากนิยามดังกล่าว อาจแยกองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองได้ดังนี้

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

<sup>10</sup> Andre de Laubadere ibid., p. 133-141 อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 46-47.

<sup>11</sup> Andre de Laubadere ibid., p. 142-143 อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

<sup>12</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "สัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน : อำนาจศาลปกครองหรืออนุญาโตตุลาการกับปัญหาข้อขัดข้องในการปฏิบัติ, " ใน เอกสารการสัมมนาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, เกรณโกร, 2542), หน้า 22-23.

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ประการที่สาม สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งจะมาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองต่อไปในภายหลัง

### 2.2.3.2 เกณฑ์ตามศาลใช้ในการพิจารณา

สำหรับในประเทศไทยนั้นศาลปกครองได้มีการกำหนดเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองไว้ดังนี้

ก. เกณฑ์องค์กร กำหนดไว้ว่า 1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นิยามไว้ว่า "หน่วยงานทางปกครอง หมายถึง กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง 2) คู่สัญญาเป็นบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ ซึ่งบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ หมายถึง เอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง (มีหนังสือขัดแจ้ง) และเอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย มักเกิดขึ้นในกรณีที่ได้รับสัมปทาน หรือกรณีที่รัฐวิสาหกิจที่มีได้ตั้งโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำหรือดำเนินงานที่ตนได้รับมอบหมายจากรัฐ<sup>13</sup>

ข. เกณฑ์เนื้อหา กำหนดไว้ว่าสัญญาดังกล่าวต้องมีเนื้อหา ดังนี้ 1) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ 2) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก ซึ่งหมายถึง ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาคและเสรีภาพ ในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติของสิทธิและหน้าที่นั้นเองไม่อาจถูกกำหนดในสัญญาทางแพ่งได้<sup>14</sup>

<sup>13</sup> บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย , หน้า 94.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

ค. เกณฑ์วัตถุประสงค์ สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ดังนี้ 1) มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะ 2) มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อตั้งสถาบันหรือองค์กรของรัฐ เป็นเรื่องของความร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐสององค์กรขึ้นไปมาทำสัญญาตกลงกันเพื่อจัดบริการสาธารณะร่วมกัน 3) มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการและบริหารการใช้อำนาจ ได้แก่ สัญญาเช่าแทรกแซงทางเศรษฐกิจที่รัฐทำกับนิติบุคคลมหาชนอื่น อาจเป็นสัญญาที่เข้ามาวางโครงการหรือมอบหมายภารกิจบางประการให้แก่นิติบุคคลมหาชนนั้น<sup>15</sup>

### 2.2.3.3 ผลของข้อแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

สัญญาทางปกครองนั้นจะมีความแตกต่างกับสัญญาในทางแพ่งอย่างมาก โดยเฉพาะในเรื่องผลของสัญญา ทั้งนี้เนื่องมาจากว่า สัญญาทางปกครองจะมีประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย คู่สัญญาภาครัฐและเอกชนต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา ทำให้สัญญาทางปกครองแตกต่างจากสัญญาทั่ว ๆ ไปในทางแง่ผลหรือการปฏิบัติการตามสัญญาทางปกครองจึงอาจไม่เป็นไปตามข้อตกลงที่ปรากฏอย่างชัดเจนในสัญญาก็ได้ หากประโยชน์สาธารณะมีการเปลี่ยนแปลงไป ทำให้คู่สัญญาภาครัฐมีอำนาจฝ่ายเดียวในการขอแก้ไขข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งในสัญญาทางแพ่งไม่อาจกระทำหากไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และในทางตรงข้ามด้วยหลักการเดียวกันนี้เองที่ทำให้เอกชนคู่สัญญาที่มีสิทธิได้รับเงินทดแทนความเสียหาย เพราะเหตุที่การปฏิบัติการตามสัญญาที่เป็นไปด้วยความยากลำบาก และต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงเกินขนาด เนื่องมาจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ หรือเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง เป็นต้น ในขณะที่ตามสัญญาทางแพ่ง คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากเหตุเช่นว่านี้ ไม่มีสิทธิเรียกร้องต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้แล้วหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นคู่สัญญาตามสัญญาฝ่ายปกครองจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ในขณะที่หากเกิดกรณีพิพาทขึ้นในสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง คู่กรณีจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแพ่ง

### 2.3 ระบบกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การทำสัญญาทางปกครองนั้นตั้งอยู่บนแนวคิดพื้นฐานที่ว่า การทำสัญญาทางปกครองนั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของส่วนรวม ดังนั้นจึงต้องมีหลักเกณฑ์บางประการเข้ามาควบคุม

<sup>15</sup> บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 96.

คุมกำกับเพื่อให้กระบวนการในการทำสัญญาทางปกครองเป็นไปอย่างเป็นกลางและเกิดประโยชน์สูงสุด

### 2.3.1 การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง

การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองนั้นมีผลโดยตรงมาจากเหตุสองประการ กล่าวคือ ประการแรก การแสดงเจตนาที่ตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ ฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชน ประการที่สอง คือ กฎหมายที่กำหนดการก่อให้เกิดสัญญานั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา ซึ่งกฎหมายทำให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความเสมอภาคในสัญญาทางปกครองถูกจำกัดมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาในทางแพ่ง<sup>16</sup> ซึ่งข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาทางปกครองอันเกิดจากกฎหมายนั้นทำให้ฝ่ายปกครองที่จะเข้าทำสัญญานั้นเสรีภาพในการเข้าทำสัญญามีน้อยกว่าเอกชนทั้งในเรื่องของอำนาจในการทำสัญญาและวิธีการเลือกคู่สัญญา กล่าวคือ

1) อำนาจในการทำสัญญา ในการทำสัญญานั้นเอกชนอาจมีข้อจำกัดในเรื่องความสามารถ และหากเป็นนิติบุคคลอาจมีข้อจำกัดในเรื่องของวัตถุประสงค์ แต่ฝ่ายปกครองนั้นมีข้อจำกัดเรื่องอำนาจในการทำสัญญา ซึ่งบรรดักดี อูว์รณโณได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศสไว้ว่า ฝ่ายปกครองมีเรื่องข้อจำกัดทางกฎหมายเรื่องอำนาจการทำสัญญาอยู่หลายประการ อาทิเช่น ฝ่ายปกครองที่จะทำสัญญาได้ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเท่านั้น ส่วนผู้ที่กระทำการแทนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในสัญญาได้นั้นต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้แล้วฝ่ายปกครองผู้ทำสัญญายังถูกควบคุมโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วย อาทิเช่น ถูกควบคุมในทางการเงินโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ถูกควบคุมทางเทคนิคโดยกระทรวงโยธาธิการ เป็นต้น สำหรับบางกรณีฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิเลือกที่จะทำสัญญาแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง เพราะกฎหมายกำหนดไว้เลยว่าสัญญาบางประเภทต้องเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาการโยธาสาธารณะและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นต้น ส่วนในเรื่องของเอกสิทธิ์ที่ฝ่ายปกครองมีอยู่นั้น เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่จะสละเสียไม่ได้ ถ้าฝ่ายปกครองสละ ศาลก็จะถือว่าการสละสิทธิ์นั้น ๆ ไม่เป็นผล เช่น ถ้าเป็นสัญญาทางปกครองคดีต้องขึ้นศาลปกครอง ฝ่ายปกครองจะนำคดีไปขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้

<sup>16</sup> J. Rivero, Droit administratif, Paris, Dalloz, coll. Precis dulloz, 8 ed., 1977, pp.118-122, อ้างถึงใน บรรดักดี อูว์รณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," ใน วารสารกฎหมายปกครอง 5 (2529) : หน้า 92.

จะให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดโดยไม่ต้องขึ้นศาลปกครองไม่ได้<sup>17</sup> อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นใน 3 กรณีคือ กรณีที่คู่สัญญาเป็นรัฐวิสาหกิจ กรณีที่เป็นสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศ และกรณีที่กฎหมายให้อำนาจตั้งอนุญาตตุลาการได้

2.) วิธีการเลือกคู่สัญญา ในการทำสัญญาของฝ่ายเอกชนนั้น เอกชนมีสิทธิเต็มที่จะเลือกใครก็ได้เป็นคู่สัญญา รวมถึงการเลือกก็ไม่มีข้อจำกัดในเรื่องวิธีการ ซึ่งจะแตกต่างจากการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีข้อจำกัดมากกว่า กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถเลือกใครก็ได้เป็นคู่สัญญาเหมือนฝ่ายเอกชน วิธีการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องทำตามกฎหมายกำหนด ซึ่งจะต้องเป็นวิธีการที่เป็นกลางและให้ได้ประโยชน์กับส่วนรวมมากที่สุด ด้วยเหตุนี้จึงใช้วิธีประกวดราคาเป็นหลักในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความเป็นกลาง และให้ฝ่ายปกครองต้องเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดหรือได้รายได้มากที่สุดเป็นเกณฑ์<sup>18</sup> ส่วนวิธีอื่น ๆ เช่น วิธีสืบราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ ฝ่ายปกครองจะใช้ได้ก็ตามที่กฎหมายอนุญาตเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกคู่สัญญาตามใจชอบไม่ได้

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองนั้นเป็นผลโดยตรงมาจากเจตนาที่ตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชน อย่างไรก็ตามในการทำสัญญาทางปกครองนั้นฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาน้อยกว่าฝ่ายเอกชน เนื่องจากฝ่ายปกครองถูกจำกัดเสรีภาพทางกฎหมายในเรื่องของอำนาจในการทำสัญญาและวิธีการเลือกคู่สัญญา

### 2.3.2 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการทำสัญญา

ถึงแม้ว่าในการทำสัญญาทางปกครองนั้นฝ่ายปกครองจะถูกจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาก็ตาม แต่เนื่องจากในสัญญาทางปกครองนั้นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนฝ่ายเอกชนนั้นกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของบุคคล ดังนั้นย่อมเป็นหลักที่มีตรรกะและเหตุผลในตัวเองที่ประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์ส่วนบุคคล หลักกฎหมายมหาชนจึงได้ให้การยอมรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาเอาไว้ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะจึงย่อมอยู่ในฐานะที่

<sup>17</sup> Rivero, op.cit., p.118 อ้างถึงในบรรศักดิ์ อูวรรณโณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

<sup>18</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 79.

เหนือกว่าเอกชน<sup>19</sup> แตกต่างจากการทำสัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชนที่โดยทั่วไปแล้วจะอยู่บนพื้นฐานที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกัน ซึ่งมีความหมายถึงความเสมอภาคในการกำหนดข้อสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา รวมทั้งการปฏิบัติตามสัญญาด้วย ทั้งนี้ เอกสิทธิ์ที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นประกอบไปด้วย เอกสิทธิ์ในการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามสัญญา เอกสิทธิ์ในการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา และเอกสิทธิ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา

2.3.2.1 เอกสิทธิ์ในการทำสัญญา ในการทำสัญญาทางปกครองนั้นภาครัฐอาจใช้แบบสัญญาที่กำหนดไว้แล้วโดยกฎหมายมหาชนสำหรับกิจการนั้น เช่น สัมปทานปิโตรเลียม เป็นแบบที่ออกโดยกฎกระทรวงท้าย พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 หรืออาจใช้แบบสัญญาที่เคยใช้ให้สัมปทานแก่เอกชนในเรื่องเดียวกัน เช่น สัญญาให้สิทธิเอกชนสำรวจและผลิตแร่โปแตชเป็นแบบสัญญาที่กระทรวงอุตสาหกรรมเคยจัดทำและใช้ลงนามกับเอกชนโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมาแล้ว ต่อมาเมื่อจะให้สัมปทานชิ้นใหม่ตามผลของการเจรจากับฝ่ายเอกชนผู้ชนะการประกวดข้อเสนอ เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวงยกระดับวิภาวดี – ดอนเมือง ของกรมทางหลวง สัญญาสัมปทานทางด่วนระยะที่ 2 ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทานอยู่ในภาวะจำต้องยอมรับเงื่อนไขตามสัญญาโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

2.3.2.2 เอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญา ในการกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาปฏิบัติตามนั้น ภาครัฐจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์แก่ภาครัฐไว้อย่างแน่นอนชัดแจ้งในสัญญา แต่เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายปกครองที่ใช้บังคับแก่สัญญาปกครองโดยเฉพาะ การตีความบังคับใช้สัญญาจึงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถ้าคู่สัญญาภาครัฐต้องการที่จะได้รับเอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญาประการใด ก็จะต้องกำหนดไว้ในสัญญา เอกสิทธิ์ส่วนมากที่จะระบุไว้ในสัญญา กรณีสัญญาสัมปทานจะมีที่มาจากบทบัญญัติกฎหมายสัมปทานเรื่องนั้น ๆ เช่น สัมปทานปิโตรเลียมมีข้อกำหนดหลายประการที่ให้ภาครัฐมีอำนาจควบคุมให้เอกชนปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ใน พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 สัญญาสัมปทานทางหลวงกำหนดให้เอกชนต้องมาจดทะเบียนต่อกรมทางหลวงและจะเปิดทางได้ต่อเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอนุมัติ ซึ่งเป็นหลักการของ พ.ร.บ. ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2474 ฯลฯ

<sup>19</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายมหาชนว่าด้วยสัญญาทางปกครอง, เอกสารอัดสำเนา, มมป.



2.3.2.3 เอกสิทธิ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา ภาครัฐจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขของสัญญาให้สิทธิ์ฝ่ายรัฐที่จะแก้ไข หรือระงับสัญญาชั่วคราว หรือยกเลิกสัญญาได้หากมีเหตุจำเป็นต้องกระทำเพื่อประโยชน์ในทางปกครองหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่นสัญญาสัมปทานท่าเรือ ฯ มีเงื่อนไขระบุให้ฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทานต้องยอมให้ทหารเข้าใช้ท่าเรือในยามสงคราม สัมปทานทางหลวงให้อำนาจฝ่ายรัฐปิดทางสัมปทานได้ชั่วคราวในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อความมั่นคงของประเทศ

## 2.4 การจัดแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองตามลักษณะของกิจกรรม

สัญญาทางปกครองสามารถแบ่งออกตามลักษณะของกิจกรรมเป็นประเภทต่าง ๆ ได้ ดังนี้คือ กลุ่มการบริการสาธารณะ กลุ่มการจัดซื้อจัดจ้าง กลุ่มการให้สัมปทานแก่เอกชน และกลุ่มสุดท้ายคือ กลุ่มอื่น ๆ

### 2.4.1 กลุ่มการบริการสาธารณะ

สัญญาทางปกครองในกลุ่มการบริการสาธารณะหมายถึงการทำสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ หรือสัญญาร่วมทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะก็ได้ ทั้งนี้ บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนรับสัมปทานไปจัดทำนั้นจะต้องไม่เป็นกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ อาทิเช่นการรักษาความสงบภายใน หรือการป้องกันประเทศ ฯลฯ โดยทั่วไปแล้วมักจะเป็นบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจอันเป็นสาธารณูปโภค เช่น การไฟฟ้า การประปา การขนส่งมวลชน เป็นต้น

2.4.1.1 สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่จัดว่ามีลักษณะในทางปกครองซึ่งแตกต่างกับสัญญาแพ่งธรรมดา โดยมีข้อกำหนดเป็นสาระสำคัญ 2 ประการ<sup>20</sup> คือ

ประการแรก ข้อกำหนดตามกฎหมายมหาชน คือ กฎหมายปกครอง ซึ่งวางระเบียบเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะอาจกำหนดไว้โดยตรงในสัญญาสัมปทาน หรือกำหนดไว้แยกต่างหากในกฎหมายก็ได้ ลักษณะสำคัญอย่างหนึ่งของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ คือ มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอตามความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะ แม้จะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงภายหลังการให้สัมปทานแล้วก็ตาม นอกจากนี้ฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทาน ย่อมจะกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนสัมปทานไว้เสมอเพื่อใช้บังคับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานละเลยไม่

<sup>20</sup> ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 148-149.

ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนข้อกำหนดชั้นมูลฐานของสัมปทาน และอาจวางข้อกำหนดอย่างอื่นเช่น ลงโทษปรับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนข้อกำหนดเล็ก ๆ น้อย ๆ เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ อีกด้วย<sup>21</sup>

ประการที่สอง ข้อกำหนดอันเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ที่กำหนดสิทธิประโยชน์และหน้าที่ ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้รับสัมปทาน เช่น อายุของสัมปทาน สิทธิประโยชน์ต่างๆ ของผู้รับสัมปทาน เป็นต้น

เนื่องจากสัมปทานบริการสาธารณะมีข้อกำหนดที่เป็นสาระสำคัญ 2 ประการดังกล่าว จึงทำให้มีลักษณะแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายเอกชน เพราะมีข้อกำหนดส่วนหนึ่งในสัญญาที่ต้องบังคับตามกฎหมายมหาชน จึงเรียกว่า สัญญาทางปกครอง (Administrative Contract)

2.4.1.2. สัญญาร่วมทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาประเภทนี้แตกต่างจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะตรงที่ เป็นสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนที่จะเข้าจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน มิใช่รัฐมอบให้เอกชนไปจัดทำ และมีค่าจ้างเอกชนให้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หากแต่เป็นสัญญาที่เป็นความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับเอกชน โดยรัฐมีอำนาจรัฐผสมผสานกับเงินทุนและเทคโนโลยีของเอกชน ทำให้เกิดศักยภาพในการจัดทำบริการสาธารณะเพิ่มมากขึ้น ข้อแตกต่างระหว่างสัญญาร่วมทุนกับสัญญาสัมปทานที่สำคัญคือในสัญญาร่วมทุนฝ่ายปกครองมีหน้าที่จัดเก็บค่าใช้บริการโดยจะต้องแบ่งรายได้ที่ได้รับจริงก่อนหักค่าใช้จ่ายให้แก่เอกชนคู่สัญญา และในกรณีที่ส่วนแบ่งที่เอกชนได้รับมีกำไรเกินปกติก็จะต้องแบ่งกำไรส่วนหนึ่งแก่ฝ่ายปกครอง แต่ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทานมีสิทธิในการจัดเก็บค่าบริการเองแต่ต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนรัฐ สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐกับ เอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะที่น่าสนใจ ได้แก่ สัญญาร่วมทุนการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย กับ บริษัท ซีพี เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด ซึ่งเป็นสัญญาร่วมระหว่างรัฐกับเอกชนในการขยายบริการโทรศัพท์ในเขตภูมิภาค จำนวนหนึ่งล้านเลขหมาย<sup>22</sup>

#### 2.4.2 กลุ่มการจัดซื้อจัดจ้าง

สัญญาในกลุ่มจัดซื้อจัดจ้างนี้ เป็นสัญญาที่มีความสำคัญที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชน เพื่อที่จะจัดการก่อสร้าง จัดหาพัสดุ หรือบริการให้แก่ฝ่ายปกครองภายใต้กฎหมายเฉพาะหรือ

<sup>21</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 152- 153.

<sup>22</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 158-159.

ระเบียบของทางราชการ ประเภทของสัญญาในกลุ่มจัดซื้อจัดจ้าง อาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

2.4.2.1. สัญญาจัดหาพัสดุ ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าหรือให้เช่าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กระทำนั้น จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ซึ่งถือว่าไทยเรานำกฎหมายสัญญาทางปกครองมาใช้บ้างแต่ยังไม่ชัดเจนมากนัก เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา ปัจจุบันนี้แนวทางการปฏิบัติของไทยถือว่า สัญญาจัดหาพัสดุเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งจะตรงกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายเยอรมัน ซึ่งถือว่าสัญญาจัดหาพัสดุเป็นการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สิน สิ่งของของรัฐอันเป็นกิจการของฝ่ายปกครองในทางแพ่งที่มาเสริมภารกิจในทางมหาชน ไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในกฎหมายฝรั่งเศส ถ้าสัญญาดังกล่าวข้างต้นมีวัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจ้างครูมาสอนหนังสือในโรงเรียน สัญญาจ้างเอกชนให้ทำอาหารเลี้ยงผู้ลี้ภัยขณะรอส่งกลับประเทศ ถือเป็นดำเนินการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงจัดเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>23</sup>

2.4.2.2. สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายบริการสาธารณะที่รัฐมีหน้าที่จัดทำให้แก่เอกชนไปจัดทำแทน โดยรัฐจะเป็นผู้ควบคุมและจ่ายค่าตอบแทนให้แก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งสามารถกำหนดองค์ประกอบตามสัญญาจ้างเอกชนให้จัดทำบริการสาธารณะได้เป็น 3 ประการ คือ

- 1) เป็นการมอบหมายกำหนดให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ
- 2) โดยรัฐมีหน้าที่ในการดูแลรับผิดชอบ
- 3) รัฐต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ความแตกต่างของสัญญาทั้งสองประเภทนี้อยู่ที่ว่ารัฐจะใช้สัญญาประเภทใดในการจัดทำบริการสาธารณะ ถ้าเป็นบริการสาธารณะเรื่องใหญ่ๆ ใช้เงินลงทุนสูงมักจะใช้สัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะมักจะมีอายุของสัญญาสั้นกว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งมักจะมีอายุสัญญายาวนานเพื่อให้เอกชนได้

<sup>23</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม," วารสารกฎหมาย 17, 3 (ธันวาคม 2541) หน้า 23.

รับผลตอบแทนที่คุ้มค่างับเงินที่ลงทุนเป็นจำนวนมาก ข้อแตกต่างที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะผลประโยชน์ตอบแทนของเอกชน รัฐจะเป็นผู้จ่ายให้ แต่ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ผลประโยชน์ตอบแทนของผู้รับสัมปทานนั้นมาจากการจัดเก็บจากผู้ใช้บริการสำหรับตัวอย่างของสัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างเอกชนให้จัดเก็บขยะ จัดแจกจ่ายน้ำประปา เป็นต้น

2.4.2.3. สัญญาว่าด้วยกรโยธาสาธารณะ ถือว่าเป็นสัญญาที่มีความสำคัญมากที่สุดของการดำเนินบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างทางหลวงแผ่นดิน ทางรถไฟ สัญญาจ้างวางท่อประปา หรือทำทางระบายน้ำ วางสายไฟฟ้า วางท่อแก๊ส เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมทั้งสิ้น

#### 2.4.3 กลุ่มการให้สัมปทานแก่เอกชน

คำว่า สัมปทานนั้น ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล<sup>24</sup> ได้กล่าวถึงคำนี้ไว้ว่า เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น

สัมปทานตามกฎหมายไทยจะมีความแตกต่างจากสัญญาภาครัฐกับเอกชนอื่น ๆ อยู่บ้าง เพราะกรณีของสัมปทานมักจะมีกฎหมายหรือระเบียบที่กำหนดขั้นตอนในการจัดทำหรืออนุมัติสัมปทานไว้โดยเฉพาะ มีทั้งรูปแบบที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมาย เช่น สัมปทานปิโตรเลียม เป็นแบบที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 และยังมีสัมปทานอีกเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นผลจากการเจรจาตกลงระหว่างคู่กรณีฝ่ายรัฐกับเอกชน เช่น สัมปทานเกี่ยวกับการติดตั้งและดำเนินการเกี่ยวกับโทรศัพท์ สัมปทานทางด่วน เป็นต้น

สัญญาสัมปทานในประเทศไทย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และสัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อว่าด้วย กลุ่มการบริการสาธารณะ ดังนั้นในหัวข้อนี้จะกล่าวเฉพาะสัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเท่านั้น

2.4.3.1 สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ในส่วนของสัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติถือว่า

<sup>24</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 143-144.

เป็นกรรมสิทธิ์ของชาติและส่วนใหญ่จะห้ามมิให้บุคคลขุดค้นหรือทำประโยชน์ในทรัพยากรดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐ เช่น ป่าไม้ แร่ ปิโตรเลียมที่ยังอยู่ในสภาพซึ่งฝังอยู่ในดินเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติ ผู้ใดจะทำการใด ๆ หรือนำทรัพยากรดังกล่าวไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐไม่ได้ หากกระทำจะมีความผิดทางอาญาอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนนี้ได้รับการรับรองจากสหประชาชาติโดยมติของสมัชชาใหญ่ที่ 1803 (XVII) เมื่อ ค.ศ. 1962<sup>25</sup>

สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะทรัพยากรธรรมชาติเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติ รัฐหรือฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่จะต้องดูแลสงวนรักษา ให้ประชาชนมีโอกาสที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในระดับที่เหมาะสม การทำสัญญาสัมปทานให้เอกชนมีสิทธิสำรวจและผลิตทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ โดยฝ่ายปกครองจะเก็บค่าภาคหลวง จากการที่เอกชนขายทรัพยากรธรรมชาติที่ผลิตได้นั้น สัญญาดังกล่าวนี้ถือได้ว่า เข้าลักษณะเป็นการดำเนินกิจการในทางปกครองโดยตรง และเป็นการดำเนินการที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะของมหาชนเป็นสำคัญ

ข้อแตกต่างระหว่างสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะกับสัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ มีวัตถุประสงค์ในการที่จะสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไว้ไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า ดังนั้นจึงมิได้มีบทบัญญัติให้ประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง แหล่งน้ำมัน และแหล่งแร่ มีใช้ทรัพยากรที่ประชาชนจะใช้ร่วมกัน แต่เป็นทรัพยากรของชาติที่รัฐทำหน้าที่แทนปวงชนในชาติมอบสิทธิให้แก่ผู้รับสัมปทานนำไปหาประโยชน์ โดยให้ค่าตอบแทนแก่รัฐในรูปของค่าภาคหลวงภาษี และผลประโยชน์พิเศษอย่างอื่น ผู้รับสัมปทานมีสิทธิภายในกรอบของกฎหมายที่จะดำเนินกิจการภายใต้สัมปทาน โดยไม่มีสิทธิในเรื่องการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชนเหมือนสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัมปทานทางด่วน เป็นต้น

#### 2.4.4 กลุ่มอื่นๆ

สัญญาในกลุ่มอื่นๆ นี้ประกอบด้วย สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ในทางการปกครองบรรลุผลในการบริหารกิจการของรัฐ สัญญามอบหมายให้เอกชนกระทำการกิจในกฎหมายมหาชนแทนฝ่ายปกครอง สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทในทางปกครองเป็นการแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่แน่นอน

<sup>25</sup> ไชยวัฒน์ บุนนาค, "สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน," วารสารสภาพนายความ 5 (ตุลาคม - พฤศจิกายน), 2539, หน้า 45-46.

2.4.4.1. สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ในทางการปกครองบรรลุผลใน การบริหารกิจการของรัฐ นอกเหนือจากการจัดทำบริการสาธารณะ การจัดให้มีสาธารณูปโภค ต่างๆ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนดังที่กล่าวมาแล้ว ยังมีภาระหน้าที่อันสำคัญยิ่งในการ ส่งเสริมและพัฒนาการทางเศรษฐกิจและสังคม เพื่อให้ประชาชนและประเทศชาติมีความเจริญ ก้าวหน้า มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี มีการพัฒนาประชากรให้มีคุณภาพมากขึ้นทั้งทางด้านสุขภาพ อนามัย ความเป็นอยู่ การอนุรักษ์ทรัพยากร การรักษาไว้ซึ่งศิลปวัฒนธรรมของชาติ ตลอดจนส่งเสริม ด้านการศึกษาของพลเมือง ซึ่งจะเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาประเทศชาติให้เจริญรุ่งเรือง และความสุขสบายของสังคมชาติด้วย เหตุผลดังกล่าวข้างต้นรัฐจึงมีความจำเป็นต้องเข้าไปทำ สัญญากับเอกชน อันเป็นการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นสัญญาที่มี วัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น แต่สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทาง ปกครองบรรลุผล ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องเป็นสัญญาที่วัตถุประสงค์แห่ง สัญญาเป็นการกระทำเพื่อหน้าที่โดยตรงในทางปกครองของฝ่ายปกครองของคู่สัญญานั้น ให้บรรลุ ผล ซึ่งอาจแบ่งแยกตามวัตถุประสงค์ได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

2.4.4.2. สัญญามอบหมายให้เอกชนกระทำการกิจในกฎหมายมหาชนแทนฝ่าย ปกครอง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนทำภารกิจในกฎหมายมหาชนแทนฝ่าย ปกครอง และการปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนคู่สัญญานั้นมีอำนาจเหนือเอกชนรายอื่น ตัวอย่างเช่น ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดระเบียบการจอดรถยนต์ และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการ จอดรถริมถนน แต่ได้ทำสัญญามอบให้เอกชนดำเนินการแทน หรือ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่อบรมวิชาชีพให้กับนักโทษ หรือผู้ใช้แรงงานที่ไร้ฝีมือ แต่ได้ทำสัญญาให้เอกชนดำเนินการฝึกอบรมแทน เป็นต้น ดังนั้นหากมีข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายอำนาจให้เอกชนกระทำ ภารกิจในทางมหาชนก็ต้องนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาใช้

2.4.4.3. สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทในทางปก ครองเป็นการแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่แน่นอน เพื่อหาข้อยุติในปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือ ข้อ กฎหมาย โดยอาศัยการตกลงประนีประนอมยินยอมของคู่กรณีทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชน เช่น สัญญาประนีประนอมในการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืน ซึ่งได้แก่ สัญญาตามข้อตกลงระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก การเวนคืนทรัพย์สิน เพื่อจะได้ไม่ต้องไปฟ้องเรียกค่าตอบแทนกันอีก หรือสัญญาที่โรงงานน้ำตาล ยินยอมชำระเงินค่าทดแทนพิเศษแก่รัฐ หรือยอมชำระเงินค่าทดแทนพิเศษดังกล่าว เพื่อแลกกับการ ที่ตนได้ขยายโรงงานก่อนการได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นการผิดกฎหมายนั้น เป็นการได้รับอนุญาต ให้ขยายโรงงานโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9298/2538 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัย

ว่า การที่โรงงานน้ำตาลทำสัญญาผ่อนชำระเงินค่าทดแทนพิเศษแก่รัฐมิได้ทำขึ้นเพื่อระงับคดีอาญาที่โรงงานน้ำตาลกระทำผิดตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2512 สัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นโมฆะ และผูกพันโรงงานน้ำตาลผู้เข้าทำสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตาม

ทั้งนี้ จากคำพิพากษาดังกล่าว รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้ให้ความเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง หากโรงงานน้ำตาลผิดสัญญา กรมโรงงานอุตสาหกรรม ซึ่งเป็นคู่สัญญาย่อมมีอำนาจบังคับการให้เป็นไป ตามสัญญาได้โดยไม่ต้องนำคดีไปศาล แต่หากถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่งแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องนำคดีมาฟ้องยังศาลยุติธรรม ให้ศาลพิพากษาให้ต้นขณะคดีก่อนจึงสามารถบังคับคดีได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>26</sup>

2.4.4.4. สัญญาร่วมทุนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ ในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจร่วมกับเอกชนเพื่อเป็นการหารายได้ให้กับฝ่ายปกครองมิใช่เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นบริการสาธารณะโดยตรง การดำเนินการร่วมลงทุนกับเอกชนในกรณีดังกล่าวก็ต้องจัดทำเป็นสัญญาเช่นกัน และสัญญาดังกล่าวมีสภาพเป็นสัญญาของทางราชการ สัญญาร่วมทุนในลักษณะดังกล่าวนี้มีหลายสัญญา เช่น การที่บริษัทการบินไทย จำกัด ร่วมลงทุนกับเอกชนเพื่อจัดตั้งบริษัทครีวการบินไทยภูเก็ตขึ้น เป็นต้น

2.4.4.5. สัญญาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของทางราชการ อสังหาริมทรัพย์ของทางราชการนั้นมีทั้งที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย กล่าวคือ อสังหาริมทรัพย์ของทางราชการที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ว่าจะโอนให้แก่กันได้ เว้นแต่จะอาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา แต่อย่างไรก็ตาม หากจะนำสาธารณสมบัติของแผ่นดินมาให้เช่าก็ต้องทำเป็นสัญญา ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 และอนุบัญญัติที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่วนอสังหาริมทรัพย์ของทางราชการที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินนั้น ส่วนใหญ่จะได้แก่ ทรัพย์สินของแผ่นดินอื่น ๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ว่าเป็นที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งก็คือที่ราชพัสดุตามกฎหมายราชพัสดุ นั่นเอง

<sup>26</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม," วารสารกฎหมาย 17, 3, หน้า 27-29.

การขายหรือแลกเปลี่ยนที่ราชพัสดุนั้นจะต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 และกฎกระทรวงฉบับที่ 11<sup>27</sup> สรุปความได้ว่า การขายหรือการแลกเปลี่ยนที่ราชพัสดุต้องทำการประมูลตามระเบียบที่กระทรวงการคลังกำหนด ส่วนการเช่าที่ราชพัสดุก็เป็นไปตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2527 โดยในระเบียบดังกล่าวก็ได้กำหนดแบบสัญญาเช่าที่ราชพัสดุเอาไว้หลายประเภท เช่น สัญญาเช่าที่ราชพัสดุเพื่ออยู่อาศัย สัญญาเช่าที่ดินเพื่อการเกษตร สัญญาเช่าอาคารราชพัสดุ และสัญญาก่อสร้างอาคารยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงการคลัง เป็นต้น

## 2.5 สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นมีแนวความคิดว่า ระบบกฎหมายแบ่งเป็นระบบกฎหมายเอกชนที่ใช้บังคับระหว่างความสัมพันธ์เอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ดังนั้นในส่วนของฝ่ายปกครอง และความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองที่มีส่วนเกี่ยวข้องกันควรจะเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

### 2.5.1 ทฤษฎีบริการสาธารณะ : ที่มาของหลักสัญญาทางปกครอง

เอกสิทธิ์พิเศษและหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองเกิดจากทฤษฎีประโยชน์สาธารณะและบริการสาธารณะนั่นเอง ส่วนที่เกิดจากทฤษฎีบริการสาธารณะ<sup>28</sup> คือ ประการแรก หลักว่าด้วยความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งนี้เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้นมิได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน หลักนี้มีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ได้พยายามวางหลักเกณฑ์และสร้างทฤษฎีขึ้นมา เพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง จนกระทั่งในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principe general du droit) ประการที่สอง หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง บริการสาธารณะเป็นกิจการที่มี

<sup>27</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 159.

<sup>28</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 25-27



ความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงัก ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ คำวินิจฉัยของศาลปกครองต่างก็ให้ความสำคัญกับหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่อง จนกระทั่งในปัจจุบันหลักดังกล่าวได้กลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่สาม หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง บริการสาธารณะนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครอง รวมทั้งปรับปรุงให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชนด้วย

### 2.5.1.1 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอันเป็นผลมาจากทฤษฎีบริการสาธารณะ

สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอันเป็นผลมาจากทฤษฎีบริการสาธารณะ นั้นจำแนกเป็นสองส่วนคือ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองและหน้าที่ของเอกชนในสัญญา กับหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองและสิทธิพิเศษของเอกชนในสัญญา<sup>29</sup>

1.) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองและหน้าที่ของเอกชนในสัญญา โดยหลักการแล้วฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญา สิทธิพิเศษนี้อาจมาจากข้อสัญญาเอง หรือจากหลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง สิทธิพิเศษนี้ปรากฏทั้งในการปฏิบัติตามสัญญาในกรณีปกติ และสภาพบังคับกรณีเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ตรงตามสัญญา ความเหนือกว่าของฝ่ายปกครองในสัญญา มีข้อจำกัดที่เป็นเครื่องทดแทนสำคัญแก่เอกชนก็คือ ในส่วนที่เกี่ยวกับค่าตอบแทนที่เอกชนจะได้รับจากฝ่ายปกครองนั้น ถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจแก้อสัญญาฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าตอบแทนให้อยู่ในสภาพที่พอเหมาะกับการที่เอกชนรับเพิ่มขึ้นประการหนึ่ง รวมตลอดจนถ้าเอกชนปฏิบัติตามสัญญาไปแล้วปรากฏว่ามีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น ทำให้เอกชนทำตามสัญญาได้ยาก และจำขาดทุนล้มละลาย ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนช่วยให้เอกชนพ้นภาวะการขาดทุนอันเกิดจากเหตุนั้น

โดยปกติเอกชนคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทุกประการ หลักกฎหมายปกครองยังเพิ่มเติมหน้าที่ของเอกชนนอกเหนือจากข้อสัญญา โดยให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

#### 1.1) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในกรณีปฏิบัติตามสัญญาปกติ

นอกจากข้อสัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีเอกสิทธิ์ต่อไปนี้ทั้งๆ ที่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ (1) ฝ่ายปกครองมีสิทธิกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่าง

<sup>29</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," หน้า 97-108.

ใกล้ชิดในทุกสัญญา (2) ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาโดยเฉพาะหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายเดียว

โดยปกติในสัญญาทางแพ่งที่ทำขึ้นแล้วฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียว จะแก้ไขข้อสัญญาไม่ได้ แต่ในสัญญาทางปกครองซึ่งทำเพื่อสาธารณะสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ ตลอดเวลาให้เหมาะสมกับความจำเป็นของส่วนรวมอยู่เสมอ ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเอกสิทธิ์แก้ไข ข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อให้สนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะได้ ตาม “หลักว่า ด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง” ของกฎหมายฝรั่งเศส โดยหลักนี้ให้กับสัญญาทางปกครอง ทุกประเภท อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดี่ยวนี้อาจต้องมีสาเหตุมาจากการปรับปรุงบริการ สาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตาม อำนาจใจไม่ได้

### 1.2) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองกรณีมีการผิดสัญญา

ในกรณีที่มีการปฏิบัติผิดสัญญาไม่ว่าโดยฝ่ายปกครองหรือเอกชนเป็นผู้ผิดสัญญา หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่า ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์<sup>30</sup> ดังนี้ คือ

(1) ถ้าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อน เอกชนยังคงต้องปฏิบัติตาม สัญญาต่อไป เพื่อต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แต่อาจขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้ และ ถ้าร้ายแรงอาจร้องขอต่อศาลเพื่อเลิกสัญญาได้ แต่จะเลิกสัญญาเองโดยอ้างหลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งที่ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่นกันจนกว่าฝ่ายปกครองจำ ยอมปฏิบัติตามสัญญาก่อนไม่ได้

(2) ถ้าเอกชนผิดสัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ตรงข้อกำหนด ในสัญญา ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ดังนี้

(2.1) ฝ่ายปกครองอาจมีอำนาจเรียกค่าเสียหายหรือทำการ ตอบโต้โดยไม่ยอมชำระหนี้ที่ตนจะต้องชำระตอบแทนให้เอกชน ฝ่ายปกครองยังอาจดำเนินการ บังคับให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องมาสู่ศาลก่อน เพื่อไม่ให้บริการสาธารณะหยุด ชะงัก ไม่ต่อเนื่อง หลักนี้คือเอกสิทธิ์การบังคับฝ่ายเดียวไปก่อนโดยไม่ต้องไปศาล

(2.2) อำนาจดำเนินการบังคับนี้ แม้ไม่ปรากฏข้อกำหนดใน สัญญา ฝ่ายปกครองก็อาจดำเนินการบังคับเพื่อแก้ไขความบกพร่องที่ปรากฏได้เอง

<sup>30</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” หน้า 101.

(2.3) อำนาจบังคับนี้ ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้เองโดยไม่ต้องมาศาล ภายหลังจากการเตือนให้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว เอกชนยังไม่ทำตาม ก็อาจให้เอกชนชดใช้ค่าเสียหายและถ้าจำเป็นอาจเข้าทำการแทนเอกชนได้ หรือให้บุคคลที่สามมาทำการแทนโดยเอกชนผู้ผิดสัญญาต้องจ่ายค่าใช้จ่ายให้ และหากฝ่ายปกครองเห็นสมควร จะใช้สิทธิเลิกสัญญาก็ได้ ในกรณีการวินิจฉัยว่าเอกชนผิดสัญญาสัมปทานอย่างร้ายแรงจนถึงขั้นต้องเลิกสัญญา ต้องให้ศาลวินิจฉัย เพราะความเสียหายกับเอกชนมีมากในกรณีสัญญาสัมปทาน

(2.4) หากเอกชนผู้ถูกมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองเห็นว่า มาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจมาฟ้องศาลปกครองให้ชดใช้ค่าเสียหายได้

## 2.) หน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครองและสิทธิพิเศษของเอกชนในสัญญา

โดยทั่วไปแล้วเอกชนคู่สัญญามักมีสิทธิต่างๆ ในกรณีปกติดังนี้<sup>31</sup>

(1) ฝ่ายปกครองให้เอกสิทธิ์พิเศษที่ตนมีอยู่แก่เอกชนเพื่อช่วยการปฏิบัติตามสัญญา เช่น ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะจะมีสิทธิเก็บค่าธรรมเนียมค่าใช้บริการจากเอกชน หรือมีสิทธิผูกขาดทำการนั้นเพียงผู้เดียว สิทธิพิเศษที่สัญญาให้แก่เอกชนเหล่านี้ แสดงให้เห็นลักษณะสัญญาทางปกครองที่ให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะได้อย่างดี

(2) เอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองยังมีสิทธิเด็ดขาดที่จะไม่ยอมให้ฝ่ายปกครองแก้ไขฝ่ายเดียวได้ และนอกจากนั้น ยังมีเหตุบางเหตุที่ทำให้เอกชนมีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนจากฝ่ายปกครอง ตามหลัก "ดุลยภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง" ซึ่งเอกชนในสัญญาทางแพ่งธรรมดาไม่มี

ในขณะเดียวกันฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษตามหลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญาดังนี้

(1) ถ้าฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้นจากการนั้น สภาแห่งรัฐได้วางหลักว่า ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น

(2) ถ้าฝ่ายปกครองกระทำการให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนคู่สัญญา โดยการใช้อำนาจพิเศษของตนทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้น หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา

<sup>31</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," หน้า 102.

(3) เหตุที่มีอาจคาดหมายได้ ในสัญญาทางแพ่งนั้น ถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยทำให้การชำระหนี้พ้นวิสัยแล้ว แม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้ยากเข็ญเพียงใด และเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดคู่สัญญาต้องขาดทุนอย่างย่อยยับแล้ว คู่สัญญาก็ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่นั่นเอง แต่ในสัญญาทางปกครอง สภาแห่งรัฐไม่ได้ยอมรับหลักการนี้ เพราะสภาแห่งรัฐ เห็นว่า ถ้าคู่สัญญาต้องล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดหมายและไม่ใช่ความผิดใครแล้ว บริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่จะต้องใช้ค่าทดแทนเพื่อให้คุณภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมา อันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง ซึ่งในกรณีนี้ผลทางกฎหมายคือ ฝ่ายเอกชนคู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ แต่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>32</sup>

### 2.5.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

รัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีภารกิจที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในการดำเนินการเพื่อให้ประโยชน์สาธารณะบรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ รัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีเครื่องมือที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังกล่าว คือ อำนาจมหาชน (puissance publique) รัฐและองค์กรส่วนท้องถิ่นมีวิธีดำเนินการได้ 2 ประการ ประการแรก คือ การออกคำสั่งทางปกครอง (acte unilatéral) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวตามกฎหมายมหาชน และประการที่สอง คือ การเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งในรูปของสัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)

สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) นั้นเป็นสิ่งสำคัญของการกระทำทางปกครอง (action administrative) การดำเนินการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นโดยหลักการแล้วรัฐมีอำนาจหรือสิทธิที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคล แต่การใช้อำนาจดังกล่าวนี้รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกชนและการปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของรัฐด้วย โดยจะต้องเคารพและยึดถือหลักกฎหมายขั้นพื้นฐาน หลักความเสมอภาคและหลักการที่ว่าปัจเจกบุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

#### 2.5.2.1 ความหมายของ "สัญญาฝ่ายปกครอง" และ "สัญญาทางปกครอง"

ความหมายของสัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) ตามแนวความคิดของระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น จากการศึกษาพบว่า เป็นการพิจารณาจากการวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างสัญญาทางแพ่ง (contrat privé) กับสัญญาทางปกครอง ซึ่งในบางเรื่องกฎหมายจะระบุว่า สัญญาประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ส่วนใหญ่แล้วสัญญาใดจะ

<sup>32</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," หน้า 106.

เป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่ง จะเกิดจากผลของคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) คำนิยามสำหรับ "สัญญาทางปกครอง" ที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า หมายถึง สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (personne publique) กับนิติบุคคล หรือบุคคลธรรมดาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อกำหนดการบริการสาธารณะ และโดยทั่วไปแล้วสัญญาดังกล่าวจะมีบทยกเว้นหรือเงื่อนไขของสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง

คำว่า "สัญญาทางปกครอง" นั้น แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสว่า "contrats administratifs" มีความหมายแตกต่างจากอีกคำหนึ่งที่ใกล้เคียงกัน คือ คำว่า "สัญญาของฝ่ายปกครอง" อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ เวเดล (Vedel) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีสอธิบายไว้ว่า ในการดำเนินการฝ่ายปกครองนี้ นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยทำ "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" แล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนั้นเรียกกันว่า "สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'Administration)" โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนอย่างเดียวกับที่ เอกชนทำสัญญาระหว่างกันหรือทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษคือระบบกฎหมายปกครอง

สัญญาประเภทแรกเรียกว่า "สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (contrats de droit privé de l'Administration)" ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา

สัญญาประเภทที่สองเรียกว่า "สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)" ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา

จึงสรุปได้ว่า "สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)" เป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งของ "สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'Administration)"<sup>33</sup>

<sup>33</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสวี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541) หน้า 44.

### 2.5.3 เกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)

เนื่องจากสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ลักษณะของสัญญาทางปกครองและผลของสัญญาดังกล่าวจึงแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งของเอกชน ศาลปกครองจะไม่ใช้หลักกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายเอกชนมาบังคับ แต่จะสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นใช้กับสัญญาประเภทนี้ โดยให้มีดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนในสภาวะที่พอเหมาะ หากวินิจฉัยได้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ผลของกฎหมายที่สำคัญก็จะตามมา 2 ประการคือ ประการที่หนึ่ง คดีเกี่ยวกับสัญญาเหล่านี้จะอยู่ในอำนาจศาลปกครอง ประการที่สอง ศาลปกครองจะใช้หลักกฎหมายมหาชนซึ่งต่างกับกฎหมายแพ่งมาบังคับ

เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมี 2 ประการ คือ เกณฑ์ที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และเกณฑ์ที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

1.2.1) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย สัญญาประเภทนี้มักจะมีกฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ในบางครั้งกฎหมายไม่ให้บัญญัติไว้โดยตรงว่าให้ถือสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่บัญญัติโดยอ้อมว่าให้คดีเกี่ยวกับสัญญานั้นอยู่ในอำนาจศาลปกครอง กรณีเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย จะต้องนำกฎหมายปกครองมาใช้บังคับกับสัญญานั้น บางสัญญากฎหมายได้บัญญัติโดยอ้อมว่าให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม จึงต้องนำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับสัญญานี้ ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาการโยธาสาธารณะ (marché de travaux publics) ซึ่งฝ่ายปกครองว่าจ้างให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐให้เอกชน สัญญาทั้งสองฉบับนี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 มิถุนายน pluiöse as VIII เป็นต้น<sup>34</sup>

1.2.2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาทางปกครองบางประเภทกฎหมายจะมิได้บัญญัติไว้ให้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่เมื่อศาลปกครองพิจารณาถึงสภาพ (nature) และเนื้อหาของสาระของสัญญาแล้ว เห็นว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะ จึงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐกรณีนี้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ประกอบด้วยเกณฑ์ทั้ง 2 ประการ ดังนี้ ประการแรก เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา คือ สัญญา

<sup>34</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส, หน้า 78.

ทางปกครองจะต้องมีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ และประการที่สอง เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญา คือ จะต้องมีความที่มิลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้ ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก<sup>35</sup>

เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา ศาลใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายเกณฑ์ด้วยกันโดย ศาสตราจารย์ซาปู (Chapus) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส เห็นควรแยกอธิบายเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าวออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ ในการแบ่งดังนี้ คือ (1) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนด้วยกัน (2) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน (3) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเอกชนด้วยกัน<sup>36</sup>

(1) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนด้วยกัน เดิมศาลมิได้แยกกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1893 “ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล” (le Tribunal des Conflits) ได้วางหลักใหม่ในคดี Union des Assurances de Paris ว่า “สัญญาที่ทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นโดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง”

ศาสตราจารย์ ซาปู อธิบายว่า จากแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวข้างต้น เท่ากับว่า สัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้ “วิธีการในการบริหารแบบมหาชน” แต่หลักดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วสัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้นตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนในทางปฏิบัติก็คือ สัญญาที่องค์กรปกครองท้องถิ่น (ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่ง) ทำกับ “การไฟฟ้าแห่งประเทศฝรั่งเศส (Electricite de France) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของ “องค์การมหาชน” (etablissement public) ซึ่งเป็นนิติบุคคลอีกประเภทหนึ่ง เพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าของคู่สัญญาฝ่ายหลัง โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการรายหนึ่ง ซึ่งสัญญาเช่นนี้ไม่แตกต่างไปจากสัญญาที่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวทำกับผู้ใช้บริการเอกชนโดยทั่วไป”

<sup>35</sup> บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส,” หน้า 77-79.

<sup>36</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 34-35.

(2) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน

ศาสตราจารย์ ชาปู อธิบายว่า ในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะนิติบุคคลมหาชนนั้นจะเป็นคู่สัญญาโดยตรงหรือโดยการมีเอกชนเป็นตัวแทนในการเข้าทำสัญญา สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ทั้งนี้ เป็นเพราะมีหลักอยู่ว่าสัญญาใดมีคู่สัญญาเป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่าย สัญญานั้นไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับบุคคลเอกชนนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อสัญญานั้นเป็น “นิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน”

(3) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเอกชนด้วยกัน<sup>37</sup> โดยปกติสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกันไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลถือหลักว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างเป็นเอกชนทั้งสองฝ่าย โดยปกติย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ไม่ว่าจะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชนนั้นจะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษหรือสัญญานั้นจะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ก็ตาม (ดังเช่น สัญญาที่ทำกันระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วนกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยในคดี Societe de l' Autoroute Esteres Cete d' Azur ค.ศ.1961 ว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน และศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลกึ่งวินิจฉัยในแนวเดียวกัน)

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นของหลักดังกล่าวข้างต้น ว่าสัญญาที่ทำระหว่างเอกชนกับองค์กรตามกฎหมายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะ อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้น “เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน” (คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดอำนาจศาล ในคดี Societe Entreprise Peyrot ค.ศ. 1963) ดังนั้นในกรณีนี้ องค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญา “เพื่อประโยชน์” ของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เสมือนหนึ่งว่ามีนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วย แต่สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณากันต่อไปตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลได้กำหนดไว้ว่าสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ หรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะหรือไม่

<sup>37</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, หน้า 44-46.



1) เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาสาระของสัญญา<sup>38</sup>

ในการวิเคราะห์ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่สภาแห่งรัฐยึด เนื้อหาสาระ (Contenu) ของสัญญา หาได้ดูแบบและวิธีทำสัญญาเป็นเกณฑ์ไม่ ด้วยเหตุนี้ สัญญาที่มีการประมูลประกวดราคา (adjudication) หรือมีข้อกำหนดท้ายสัญญา (cahier des charges) ทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองไม่ได้เนื้อหาสาระของสัญญาไม่ได้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง ในทำนองกลับกัน แม้สัญญานั้นจะตกลงด้วยวาจา แต่ถ้าเนื้อหาสาระของสัญญามีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้น สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครองได้

เนื้อหาสาระที่จะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองตามบรรทัดฐานคำพิพากษานั้น จะต้องมิลักษณะใดลักษณะหนึ่งต่อไปนี้คือ ประการแรก สัญญานั้นต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ประการที่สอง สัญญานั้นมีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก

(1) สัญญานั้นต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เมื่อสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เพื่อประโยชน์สาธารณะของมหาชน ควรจะต้องนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับ หาใช่หลักกฎหมายเอกชนที่ใช้กับผู้มุ่งประโยชน์ส่วนตัวมาใช้ไม่ "วัตถุประสงค์แห่งสัญญา" (object du contrat) ในที่นี้คือ หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเหมือนกับในสัญญาทางแพ่งนั่นเอง สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้างไม่มากก็น้อย เช่น สัญญาเช่าอาคารเอกชนเพื่อมาตั้งที่ทำการไปรษณีย์ สัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในฝ่ายปกครอง ซึ่งถ้าหากให้สัญญาที่มีเพียงความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะบ้างเช่นนี้เป็นสัญญาทางปกครองทุกสัญญาแล้ว จะทำให้สัญญาทุกสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำเป็นสัญญาทางปกครองไปหมด แต่สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสหาได้ถือว่าสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองไม่ เว้นแต่จะมีความเกี่ยวข้องกันถึงขนาดที่ วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือ หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ในขณะที่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะแต่ไม่ถึงกับเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะเองโดยตรง โดยสภาจะไม่ใช้สัญญาทางปกครองถ้าไม่มีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง<sup>39</sup>

<sup>38</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส, หน้า 83-91.

<sup>39</sup> C.E. 20 avril 1959, epoux Bertin, Gr., p.442, อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส, หน้า 84.

(2) สัญญานั้นมีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นฝ่ายปกครองมีอำนาจรัฐที่ให้สิทธิพิเศษที่เอกชนไม่มีแก่ฝ่ายปกครอง ได้แก่ อำนาจทำนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชนได้ ถ้าฝ่ายปกครองมาทำสัญญากับเอกชนและยังไม่ต้องการสละสิทธิพิเศษตามที่มีในอำนาจมหาชน ก็อาจเขียนข้อสัญญาให้มีข้อความที่รักษาเอกสิทธิ์เช่นนั้นไว้ จึงต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับแก่สัญญานั้น จะใช้หลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยสัญญาไม่ได้

ข้อความที่ "มีลักษณะให้สิทธิแก่คู่สัญญา (ที่เป็นฝ่ายปกครอง) หรือก่อนนี้แก่คู่สัญญา (ที่เป็นเอกชน) ซึ่งมีสภาพ (nature) ที่แตกต่างกับสิทธิและหน้าที่อาจยินยอมก่อตั้งขึ้นโดยใครๆ ในสัญญาทางแพ่งหรือพาณิชย์" ข้อความดังกล่าวจึงมีลักษณะดังนี้<sup>40</sup>

(2.1) ข้อความที่อาจขัดต่อกฎหมาย (illicite) และทำให้สัญญาเป็นโมฆะหากไปใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเลย หรือสัญญาที่มีข้อความให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ฝ่ายปกครอง) บังคับคดีได้เองโดยไม่ต้องผ่านศาล เช่น เมื่อผิดสัญญาให้ฝ่ายปกครองริบทรัพย์คู่สัญญาเอกชนขายทอดตลาดได้ทันที ข้อสัญญาเหล่านี้ถ้าใส่ในสัญญาทางแพ่งจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทันที

(2.2) ข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบบ่อยนักในกฎหมายเอกชน เพราะโดยปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมให้ใส่ไว้ เช่น ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษทุกชั้นตอน หรือฝ่ายปกครองอาจให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่เอกชนด้วยกันเองทำไม่ได้ เช่น ในสัญญานั้นฝ่ายปกครองให้สิทธิพิเศษในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม เช่น ฝ่ายปกครองให้เอกชนทำทางด่วน และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ หรือฝ่ายปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิผูกขาด (monopole) ในกิจการนั้น แต่ผู้เดียว หรือฝ่ายปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิใช้ที่ดินของเอกชนอื่นแทนฝ่ายปกครองเหล่านี้ จะเห็นได้ว่าในสัญญาที่เอกชนทำกันเองไม่มีทางทำเช่นนี้ได้

ตัวอย่างสัญญาดังกล่าว เช่น ในคดีบริษัท Velodrome du Parc des Princes ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า สัญญาระหว่างผู้ว่าราชการจังหวัดเซตแซนด์ กับบริษัทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เช่น ในการให้เช่าที่ดินเพื่อสร้าง велоโดรม (Velodrome) มีข้อสัญญากำหนดให้ผู้เช่าจัดกิจกรรมได้อย่างจำกัด

<sup>40</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส, หน้า 85-86.

ภายหลังจากขออนุมัติผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว นอกจากนั้นข้อสัญญายังให้ฝ่ายปกครองควบคุมสถานะทางการเงิน (กำไร-ขาดทุน) ของบริษัทอย่างใกล้ชิดไม่ให้เอากำไรเกินควรและยังให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองที่จะเลิกสัญญาเสียเมื่อใดก็ได้ตามที่เห็นสมควร

(1) กรณีที่ศาลใช้ตัวบทกฎหมายทั้งปวงอันเป็นที่มาของสัญญานั้นมาประกอบการวินิจฉัยด้วยว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ด้วยเหตุนี้แม้ในสัญญาจะไม่มีข้อความใดโดยเฉพาะที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง แต่ถ้าพิจารณาถึงบทกฎหมายอันเป็นที่มาของสัญญานั้นๆ ทั้งกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองประกอบแล้ว ทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายประสงคฺให้สัญญานั้นมีลักษณะและผลต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดาแล้วสัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครอง

ตัวอย่างกรณีนี้คือ คดีบริษัทไฟฟ้าแห่งแม่น้ำของดี (Societe d'exploitation eletrique di la riviere du Sant) คดีนี้เป็นคดีระหว่งการไฟฟ้าฝรั่งเศส (Electricite de France) ซึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่ให้บริการสาธารณะ กับบริษัทไฟฟ้าแห่งแม่น้ำของดี เอกชนผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยขายให้การไฟฟ้าฝรั่งเศสปัญหาว่าสัญญาระหว่งการไฟฟ้ากับบริษัทเป็นสัญญาอะไร คดีนี้ได้ความว่าสัญญาไม่ได้มีข้อความใดๆ ในสัญญาที่ไม่ค่อยพบในทางแพ่งเลย แต่สภาแห่งรัฐไม่ได้ใช้ข้อความในสัญญาตัดสิน กลับใช้องค์ประกอบทางกฎหมายอื่นซึ่งเป็นที่มาของสัญญาแต่ซึ่งอยู่นอกสัญญามาตัดสิน โดยสภาแห่งรัฐได้หยิบยกรัฐธรรมนูญกา ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 1955 ที่กำหนดบังคับให้การไฟฟ้ารับซื้อกระแสไฟฟ้าที่เอกชนผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยทำขึ้นไว้ ดังนั้นสัญญานี้เป็นสัญญาที่การไฟฟ้าต้องทำกับเอกชนผู้ผลิตรายย่อยอย่างเลียงไม่ได้ประการหนึ่ง นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญกานี้ยังบังคับไว้อีกว่า หากมีปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายกระแสไฟฟ้า ให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการไฟฟ้าวินิจฉัยโดยต้องฟังความเห็นสภากรไฟฟ้าและแก็ก่อนเป็นประการที่สอง ลักษณะที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ ทำให้ต้องเข้าใจว่าสัญญาระหว่งการไฟฟ้ากับผู้ผลิตกระแสไฟรายย่อยเป็นสัญญาที่มีลักษณะและผลต่างจากสัญญาทางแพ่งธรรมดา จึงเป็นสัญญาทางปกครองทั้งๆ ที่ข้อความในสัญญาจริงๆ ไม่ต่างจากสัญญาซื้อขายระหว่งเอกชนเลย ข้อสังเกตในคดีนี้มีว่าศาลไม่ได้ดูข้อความในสัญญาเอง แต่ดูตัวบทกฎหมายนอกสัญญาซึ่งเป็นที่มาของสัญญานั้นแทน ว่ากฎหมายประสงคฺจะให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองไม่ใช่สัญญาทางแพ่งธรรมดา<sup>41</sup>

<sup>41</sup> บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส, หน้า 87-88.

#### 2.5.4 เกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

การใช้กฎหมายมหาชนบังคับแก่สัญญาทางปกครองจะทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยประการหลักๆ 2 ประการคือ<sup>42</sup>

ประการแรก สัญญาทางแพ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาสองฝ่ายที่เท่าเทียมกันในกฎหมาย ความเท่าเทียมกันนั้นจะปรากฏทั้งในตอนก่อให้เกิดสัญญา (มีการเจรจาต่อรองกัน) ตอนปฏิบัติตามสัญญา (คู่กรณีต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนกันถ้าฝ่ายหนึ่งไม่ชำระ อีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ของตนก็ได้) ตอนแก้สัญญา (คู่สัญญาต้องยินยอมทั้ง 2 ฝ่าย จึงจะเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้) และตอนเลิกสัญญาสัญญาทางปกครองนั้นคู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมกันเพราะฝ่ายปกครองทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงย่อมมีเอกสิทธิพิเศษเหนือเอกชน หลักการนี้แสดงออกทั้งในเวลาก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมักเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาตามลำพังแต่ฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาที่เป็นเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองข้อสัญญา มีแต่เพียงสิทธิที่จะรับหรือไม่รับสัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเท่านั้น ในเวลาปฏิบัติตามสัญญาฝ่ายปกครองก็อาจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตอนเลิกสัญญาก็มีสัญญาทางปกครองไม่น้อยที่ให้สิทธิฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ

ประการที่สอง สัญญาทางแพ่งเป็นการแสดงเจตนาที่มีเสรีภาพกว้างขวางเสรีภาพในการเจรจาต่อรอง ในการเลือกคู่สัญญา ข้อกำหนดของสัญญา ตลอดจนรูปแบบต่างๆ จะมีข้อจำกัดก็เพียงเรื่องแบบและวัตถุประสงค์ สัญญาทางปกครองนั้นระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ให้การยอมรับ "ความไม่เท่าเทียมกัน" ของคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเอกชน โดยมีเหตุผลที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะจึงย่อมตั้งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของบุคคล<sup>43</sup> ดังนั้นฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพเต็มที่เหมือนเอกชนในการทำสัญญา การเลือก คู่สัญญาก็ต้องใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ผลประโยชน์แก่ประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด โดยเหตุนี้หลักกฎหมายที่ใช้กับสัญญาทางปกครองจึงให้เอกสิทธิพิเศษบางอย่างแก่ฝ่ายปกครอง (ซึ่งเท่ากับจำกัดเสรีภาพของเอกชน) และก่อนหน้าที่พิเศษบางประการแก่ฝ่ายปกครอง (ซึ่งเท่ากับจำกัดเสรีภาพฝ่ายปกครอง และก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชน) เอกสิทธิพิเศษบางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีในสัญญาทางปกครอง (เช่น สิทธิแก้สัญญาฝ่ายเดียว) ในขณะที่เอกชนไม่มีสิทธิดังกล่าวในสัญญาทางแพ่งก็ดี หน้าที่ที่ฝ่ายปกครอง

<sup>42</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส, หน้า 91.

<sup>43</sup> นันทวัฒน์ บรรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 292.

มีมากขึ้นกว่าที่เอกชนมีตามสัญญาแพ่ง (อาทิเช่น หน้าที่ต้องใช้ค่าทดแทนให้เอกชนที่กำลังจะล้มละลายเพราะมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดฝันเกิดขึ้น ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนตามสัญญาเป็นไปได้ยากมาก และใช้จ่ายสูงเกินคาดหมาย) ทั้ง 2 ประการนี้ เป็นดุลยภาพที่มีเอกลักษณ์พิเศษของกฎหมายมหาชนที่มีที่มาจากประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้เอกลักษณ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ จะสูญเสียไม่ได้ถ้าฝ่ายปกครองสละศาลก็จะถือว่าการสละสิทธิ์นั้น ๆ ไม่เป็นผล ถ้าเป็นสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นต้องนำคดีขึ้นศาลปกครอง<sup>44</sup> ฝ่ายปกครองจะยอมให้นำไปขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้ หรือจะให้ตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้เป็นการเด็ดขาดโดยไม่ต้องขึ้นศาลปกครองไม่ได้ เพราะในระบบกฎหมายมหาชน มีธรรมเนียมปฏิบัติที่ยอมรับกันมาเป็นเวลานานแล้วว่า ไม่สามารถใช้ระบบอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดคดีปกครองได้<sup>45</sup>

ทั้งนี้ ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น มีข้อยกเว้นให้ในกรณีขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมสามารถใช้ออนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทได้ โดยรัฐต้องออกเป็นรัฐกฤษฎีกากำหนด ซึ่งในปัจจุบันมีรัฐกฤษฎีกาเพียงฉบับเดียว คือ รัฐกฤษฎีกาฉบับลงวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 2002 กำหนดให้องค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจำนวน 4 แห่ง สามารถนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้<sup>46</sup> นอกจากนี้แล้วสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยรัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนแห่งรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติก็สามารถนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามการนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทนั้นทำได้เฉพาะในกรณีที่วัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น<sup>47</sup>

ผลของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญานั้นมีจุดเด่นของผลแห่งสัญญา คือ ตามกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศสถือว่า ไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใดฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจแก่ข้อสัญญาฝ่ายเดียว ในขณะเดียวกัน ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งไม่มีเพื่อเป็นการทดแทนให้กับฝ่ายเอกชน คู่สัญญาของฝ่ายปกครอง

<sup>44</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 298.

<sup>45</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 407.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 410.

<sup>47</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 411.

## 2.6 สัญญาทางปกครองของเยอรมัน

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเรื่อง “สัญญาทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มีบัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 61 แห่งกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz เขียนย่อว่า VwVfG)<sup>48</sup>

ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง มาตรา 54-61 มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้เป็นการเฉพาะแล้ว มาตรา 62 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้นำบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG) และบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch เรียกว่า BGB) มาใช้บังคับกับ “สัญญาทางปกครอง” ด้วยหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น เรื่อง การชำระหนี้ตกเป็นพันธิสัย การผิดนัดชำระหนี้ หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา เป็นต้น

ในเรื่องการเปลี่ยนแปลง แก้ไข และบอกเลิกสัญญาทางปกครอง นั้น มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลง แก้ไข และบอกเลิกสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการแก้ไขปัญหานักกฎหมายเยอรมันในการตรากฎหมายเพื่อวางหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักความผูกพันของสัญญา ตามกฎหมายแพ่ง และหลักการให้ความคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ตามกฎหมายเอกชน

### 2.6.1 ความเป็นมาของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศเยอรมัน

เมื่อประมาณหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมามี Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองเยอรมัน เป็นผู้วางแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องคำสั่งทางปกครอง หลังจากนั้นหลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองก็เป็นที่ยอมรับและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนอยู่ในระบบกฎหมายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้ามสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นกลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นเวลานาน<sup>49</sup>

<sup>48</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 1.

<sup>49</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดิม.

Loening และ Stengel ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายปกครองในปี ค.ศ. 1884<sup>50</sup> และปี ค.ศ. 1886<sup>51</sup> ว่า ในเรื่องรูปแบบการดำเนินการหรือการจัดการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง Laband ได้ให้เหตุผลในเรื่องนี้ไว้ด้วยว่า รัฐ (ฝ่ายปกครอง) สามารถทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนได้เนื่องจากรัฐ (ฝ่ายปกครอง) เป็นผู้ปกครอง รัฐจึงสามารถที่จะดำเนินการทางปกครองในรูปแบบใดทางกฎหมายก็ได้ที่รัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าสมและมีประโยชน์<sup>52</sup>

อย่างไรก็ตาม Otto Mayer ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวข้างต้น โดยเห็นว่าสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนนั้นไม่มีทางเกิดขึ้นได้ เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้นรัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเป็นผู้กำหนดหรือตรากฎหมายมหาชนนั้นเอง รัฐจึงไม่อาจจะมาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้ ซึ่งแนวความคิดของ Otto Mayer ได้เป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลานาน<sup>53</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1973 ได้มีการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองโดยรัฐบาล ร่างกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในส่วนที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 50 ถึงมาตรา 58 ในปีถัดมา Wolff และ Bachof ได้เขียนคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่อง "หนี้ทางปกครองและสัญญาทางปกครอง" โดยได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติแห่งร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐบาลไว้ด้วย

แม้ว่าในทางวิชาการจะเป็นที่โต้เถียงกันก็ตาม ในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองกลับมีการยอมรับในเรื่องสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเหตุผลของความจำเป็นต้องใช้รูปแบบของการกระทำทางปกครองในลักษณะนี้ สำหรับในทางปฏิบัติของศาลนั้นก็ได้มีการยอมรับเรื่องสัญญา

<sup>50</sup> Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 119-121 อ้างถึงในมานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, หน้า 1.

<sup>51</sup> Stengel, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 182, 186, 187 อ้างถึงในมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดิม.

<sup>52</sup> Laband, AÖR 1887, S. 159-162 อ้างถึงในมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

<sup>53</sup> Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AÖR 1888, 3, 41-42 อ้างถึงในมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดิม

ทางปกครองเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำพิพากษาของศาลปกครองใน ปี.ศ. 1966 ศาลปกครองได้แสดงความจำเป็นของการมีสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการให้เหตุผลถึงสัญญาทางปกครอง

ในที่สุดสัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน เมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปี ค.ศ. 1976 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไข และบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครองเอาไว้<sup>54</sup>

#### 2.6.2. ความหมายของสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

สัญญาทางปกครองนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งอาจให้ความหมายของสัญญาทางปกครองได้ดังนี้

“สัญญาทางปกครอง” ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน<sup>55</sup>

จากนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทางปกครองได้ ดังนี้

1) สัญญา สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่อง การแสดงเจตนาในการทำสัญญา และหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของผู้สัญญาตามคำเสนอและคำสนอง เป็นต้น

2) เนื้อหาสาระของสัญญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน สัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างไปจากสัญญาประเภทอื่นตรงเนื้อหาสาระของตัวสัญญานั้นเอง

<sup>54</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, หน้า 3.

<sup>55</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §14 II, Rdnr. 5, S. 342 อ้างถึงในมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.



เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติของราชการทางปกครองแล้ว ในกฎหมายดังกล่าวได้ใช้คำว่า "Öffentlich-rechtlicher Vertrag" ซึ่งแปลตรงตามถ้อยคำแล้ว จะได้ว่า "สัญญาตามกฎหมายมหาชน" และในบทนิยามที่กำหนดถ้อยคำดังกล่าวก็ใช้ คำว่า "นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน (Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts)" ฉะนั้น หากตีความโดยยึดถือตามถ้อยคำดังกล่าวแล้ว สัญญาทาง ปกครองจะมีความหมายกว้างและครอบคลุมไปถึงสัญญาทุกประเภทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับ กฎหมายมหาชน กล่าวคือ จะหมายความรวมไปถึงสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐ หรืออนุสัญญา ระหว่างประเทศได้ด้วยซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องเนื่องจากถ้าพิจารณาจากขอบเขตการใช้บังคับโดยทั่ว ไปของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในมาตรา 1(1) ซึ่งกล่าวถึงการปฏิบัติ หน้าที่ตามกฎหมายมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ประกอบกับมาตรา 9 แห่งกฎหมายฉบับ เดียวกัน ซึ่งกล่าวถึงความหมายของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่าคำว่า "สัญญาตามกฎหมายมหาชน (öffentlich-rechtlicher Vertrag)" นั้น มีเจตนารมณ์ให้ หมายความว่าถึงสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของ กฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้น คำว่า "öffentlicher Vertrag" ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง จึงหมายถึง "สัญญาตามกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtlicher Vertrag)" หรือ "สัญญาทางปกครอง" นั่นเอง<sup>56</sup>

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้นหมายถึง สัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายอันเป็นการก่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่ง สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

### 2.6.3 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของ ฝ่ายปกครอง<sup>57</sup>

เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันได้แยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกัน การที่ฝ่ายปกครองใช้ "สัญญา" เป็นเครื่องมือของรัฐในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะให้ บรรลุผลนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาแยกให้ออกว่า สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นกับ เอกชนนั้นเป็นสัญญาในกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) หรือเป็นสัญญาในกฎหมาย

<sup>56</sup> มานิตย์ วงศ์เสวี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, หน้า 5.

<sup>57</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบ กฎหมายเยอรมัน," วารสารนิติศาสตร์ 29, 2 (มิถุนายน 2542) : หน้า 266-268.

เอกชน (สัญญาทางแพ่ง) เพราะในการใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติในการทำสัญญาจะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ

ในด้านกฎหมายสารบัญญัติ การที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักในกฎหมายปกครอง เช่น “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” นอกจากนี้สัญญาทางปกครองมีความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจกรรมในทางปกครองบรรลุผลโดยไม่ต้องใช้คำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจึงอาจได้รับสิทธิพิเศษบางประการที่ไม่มีในกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น ส่วนการที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญา ทางแพ่งกับเอกชน จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักในทางกฎหมายเอกชน เช่น “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา” ซึ่งคู่สัญญามีสิทธิเท่าเทียมกันฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิพิเศษในสัญญาทางแพ่ง

ในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติ กรณีที่ฝ่ายปกครองมีข้อพิพาทเกิดขึ้นกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความสัญญา การแก้ไขปรับปรุงสัญญา การเลิกสัญญาการฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญานั้น หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางแพ่งจะต้องฟ้องร้องไปยังศาลยุติธรรม หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครองจะต้องฟ้องร้องไปยังศาลปกครอง

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ไม่สามารถการพิจารณาจากการใช้ฐานะของ “คู่สัญญา” เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ในการทำสัญญาทางปกครองจึงไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันก็ได้ ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้น มีข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่งคือ ต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัยซึ่งหมายความว่าความเข้าใจของคู่สัญญาว่าตนตกลงทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งไม่ใช่เป็นเครื่องชี้ธรรมชาติทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญานั้น แม้ว่าเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในทางตำราของเยอรมันเองยังไม่เป็นที่ยุติก็ตาม แต่ความเห็นข้างมากเห็นว่าควรใช้เกณฑ์ “วัตถุแห่งสัญญา” (Vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาแท้ที่จริงแล้วก็คือการพิจารณา “เนื้อหา” นั่นเองว่า “เนื้อหา” ของวัตถุแห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติ

ในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่<sup>58</sup>

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้คือ

(1) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย

(2) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

(3) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกก็คือบางครั้งเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การจ่ายเงินนั้น มีลักษณะหรือสภาพเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่ใช่เนื้อหาที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับทั้งกฎหมายเอกชน หรือกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้มักกฎหมายบางส่วนเสนอให้ดูที่ “วัตถุประสงค์” ของการปฏิบัติการชำระหนี้และดูที่ลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครองย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ตัวอย่างเช่น ผู้ขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารพาณิชย์ซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองที่จะต้องก่อสร้างที่จอดรถยนต์สำหรับผู้มาติดต่อธุรกิจไม่สามารถก่อสร้างที่จอดรถในอาคารหรือบริเวณใกล้เคียงได้เนื่องจากเนื้อที่ในอาคารไม่เพียงพอและไม่อาจหาซื้อที่ดินข้างเคียงอาคารได้ ผู้ขอรับใบอนุญาตดังกล่าวอาจตกลงทำสัญญากับฝ่ายปกครองขอก่อสร้างอาคาร โดยยกเว้นหน้าที่ในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์แก่ตน ทั้งนี้โดยผู้ขอรับใบอนุญาตจะจ่ายเงินตอบแทนในจำนวนที่เหมาะสมให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้จ่ายในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์ในบริเวณข้างเคียงต่อไป<sup>59</sup>

<sup>58</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง, หน้า 106.

<sup>59</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, หน้า 8.

## 2.6.4 รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติถึงรูปแบบของสัญญาทางปกครองของเยอรมัน โดยพิจารณาถึง "คู่สัญญา" และ "เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา" ไว้ดังนี้

### 1) รูปแบบของสัญญาทางปกครองในกรณีที่พิจารณาในแง่คู่สัญญา

1.1) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (Der koordinationsrechtliche Vertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกัน เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน<sup>60</sup> ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตองค์กรปกครองของตน หรือสัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐเกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการกำจัดขยะมูลฝอย เป็นต้น

1.2) สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียม (Der subordinationsrechtliche Vertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ฝ่ายปกครอง) อาจมีลักษณะเป็น "การขายอำนาจรัฐ" กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาไว้ในมาตรา 56 แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้<sup>61</sup>

<sup>60</sup> ชาลซ์ แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 113.

<sup>61</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, หน้า 13.

- (1) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา
- (2) จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง
- (3) จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว
- (4) จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำตอบแทนของคู่สัญญา

ฝ่ายปกครอง

ตัวอย่างเช่น เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียนหรือสถานที่รับเลี้ยงเด็กในบริเวณใกล้เคียง องค์การปกครองท้องถิ่นไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้ คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการสร้างหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างและการพิจารณาผังเมือง เอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจตกลงทำสัญญากับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก สัญญาที่เรียกว่า "Folgekostenvertrag" ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ ย่อมถือว่าชอบด้วยกฎหมายเพราะ 1) การมอบเงินโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก 2) การสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กทำให้ภารกิจในทางมหาชนลุล่วงไป 3) จำนวนเงินเหมาะสมเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณี 4) การมอบเงินให้ก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือ การพิจารณาผังเมือง และการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

จากการศึกษาเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันแล้วนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันหมายถึง สัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายอันเป็นการก่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง สัญญาทางปกครองนั้นเป็นเครื่องมือของรัฐในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะให้บรรลุผล ในเรื่องของการใช้เกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นไม่สามารถใช้ "คู่สัญญา" เป็นเกณฑ์ได้ เนื่องจากองค์การหรือหน่วยงานของรัฐอาจทำสัญญาทางปกครองระหว่างกันได้ตามระบบกฎหมายของเยอรมัน ดังนั้นในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจะใช้เกณฑ์ "วัตถุประสงค์แห่งสัญญา" (Vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง หรืออาจกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่าใช้ การพิจารณา "เนื้อหา" ของสัญญานั้นเอง สำหรับรูปแบบของสัญญานั้นหากใช้ฐานะของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง จะ

แบ่งออกได้เป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันและสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

## 2.7 สัญญาทางปกครองของไทย

สำหรับประเทศไทยนั้นแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจัดว่าเป็นแนวคิดที่ค่อนข้างใหม่เช่นเดียวกับแนวความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองอื่น ๆ ทั้งนี้ก่อนหน้าที่ประเทศไทยจะมีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเพื่อใช้บังคับแก่สัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะนั้น มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่เพียงเล็กน้อยและกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับและไม่ได้เรียกชื่อว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่เรียกกันว่า “สัญญาทางราชการหรือสัญญาของรัฐ” (Government Contract) เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทาน เป็นต้น ในระยะแรกประเทศไทยยังไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเพื่อใช้บังคับกรณีทั่วไป ดังนั้นเมื่อฝ่ายปกครองมีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว การแก้ปัญหาในเรื่องสัญญาบางประเภทที่ควรอยู่ใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครองซึ่งมีนิติวิธีต่างไปจากหลักกฎหมายเอกชน ก็มักจะกระทำในรูปของข้อกำหนดในสัญญาหรือบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องออกมาแก้ไข

ก่อนปี พ.ศ. 2542 ประเทศไทยยังไม่มีหลักกฎหมายปกครอง สำหรับใช้บังคับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ดังเช่นสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งสัมปทานป่าไม้หรือทรัพยากรธรรมชาติมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวที่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อกำหนดในสัญญา หรือเลิกสัญญาโดยไม่ต้องใช้ค่าทดแทนในกรณีที่เอกชนผิดสัญญาอย่างร้ายแรง แม้ในกรณีที่เอกชนไม่ได้กระทำผิดสัญญาก็ตาม ฝ่ายปกครองก็มีสิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวได้ก่อนกำหนดถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>62</sup> เมื่อการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะไม่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมหรือต่อองค์กรจัดทำบริการสาธารณะ (services publics) หากเป็นการกระทำเพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวม แต่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียวลดหรือเปลี่ยนแปลงค่าตอบแทนหรือตัวเงินที่ตกลงไว้ในสัญญา โดยที่เอกชนคู่สัญญาไม่ยินยอมไม่ได้ เพราะการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง

สิทธิเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ฝ่ายปกครองอาจใช้ได้แม้ไม่ได้กำหนดในสัญญาและไม่อาจละสิทธิดังกล่าวล่วงหน้าได้ การเลิก

<sup>62</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 93.

สัญญาก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาที่จะได้รับเงินชดเชยเพื่อความเสียหายที่ได้รับซึ่งรวมถึงการขาดกำไรด้วย โดยให้คำนวณรวมถึงวันเลิกสัญญาเป็นหลัก ดังนั้นถ้าใช้หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส รัฐบาลโดยส่วนราชการที่เกี่ยวข้องของย่อมมีสิทธิเลิกสัมปทานไปไม่ได้เมื่อมีภัยสาธารณะเกิดขึ้น กรณีจะต้องใช้เงินชดเชยหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับว่าการเลิกสัญญาเกิดขึ้นเนื่องจากผู้รับสัมปทานเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่

กรณีของประเทศไทยในขณะนั้นการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนแม้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะเป็นบริการสาธารณะก็ตาม ศาลยุติธรรมจะนำหลักกฎหมายเอกชนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญา หรือเลิกสัญญา โดยที่เอกชนคู่สัญญามิได้ยินยอมหรือมิได้ผิดสัญญาได้โดยถือว่ารัฐไม่ผิดสัญญา ฝ่ายรัฐก็จะใช้วิธีการออกกฎหมายพิเศษมาให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลิกสัญญา หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญา รวมถึงข้อกำหนดในเรื่องค่าทดแทนด้วย

### 2.7.1 พัฒนาการและแนวคิดของสัญญาทางปกครองของไทย

ที่ผ่านมาประเทศไทยยังไม่มี การเรียกชื่อสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนว่า “สัญญาทางปกครอง” จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แต่แนวคิดเรื่องสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในรูปของสัญญาทางปกครอง เช่นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งหมายถึงกิจกรรมประเภทหนึ่งซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมนั้น ในประเทศไทยมีมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้ว เช่นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ได้พระราชทานสัมปทานในการสร้างทางรถไฟ สายแรกระหว่างกรุงเทพฯ กับสมุทรปราการให้แก่บริษัทเดนมาร์ค พระราชทานพระบรมราชานุญาตขุดคลองโดยทำสัญญาอนุญาตให้ขุดคลอง เป็นต้น และต่อมามีการออกกฎหมายฉบับแรกให้อำนาจในการอนุญาตให้เอกชนทำกิจการรถไฟได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งทางรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 โดยกำหนดให้กิจการหลายประเภทที่ถูกระบุว่าต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานก่อนจึงจะดำเนินการได้

หลังจากนั้นจึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะอีกหลายฉบับ ซึ่งได้ใช้คำว่า “สัมปทาน” ในกฎหมายดังกล่าว เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พุทธศักราช 2473 ในเรื่องการสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงในราชอาณาจักร พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ. 2482 ในเรื่องการทำชลประทานส่วนการการค้า เป็นต้น ต่อมาได้

มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 27 มกราคม 2516<sup>63</sup> ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ประกาศคณะปฏิวัตีดังกล่าวได้กำหนดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคที่อยู่ในความควบคุมและต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องก่อน จึงจะดำเนินการได้ เช่น การรถไฟ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า เป็นต้น โดยประกาศของคณะปฏิวัตีดังกล่าวก็ยังคงหลักการตามกฎหมายเดิม พร้อมทั้งได้เพิ่มเติมกิจการบางประเภทที่เกี่ยวกับธุรกิจบางประเภทที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยและผาสุกของประชาชนให้ต้องขออนุญาต โดยกฎหมายหลายฉบับที่ออกมาในภายหลังนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัมปทานไว้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 5 เป็นต้น

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดเรื่องสัมปทานบริการสาธารณะนั้นเป็นเรื่องที่มีมานานแล้วในประเทศไทย ถึงแม้จะไม่ได้ใช้คำว่าสัมปทานก็ตาม แต่ก็ใช้วิธีการ “อนุญาต” ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะได้ โดยใช้เอกชนเป็นผู้ลงทุนและรับความเสี่ยงในการจัดการทำกิจการดังกล่าว โดยเอกชนผู้ลงทุนได้รับสิทธิในการเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการเป็นสิ่งตอบแทนการลงทุน แต่กิจการที่จัดทำนั้นต้องเป็นกิจการที่เกี่ยวกับ “สาธารณูปโภค” ซึ่งพจนานุกรมฉบับพระราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายในทำนองเดียวกับความหมายของบริการสาธารณะ และหลังจากที่ได้มีการบัญญัติศัพท์คำว่า “สัมปทาน” ขึ้นแล้ว ก็ได้ใช้คำดังกล่าวตลอดมา<sup>64</sup>

ก่อนที่จะมีการบัญญัตินิยามความหมายของสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคำฟ้อง พ.ศ. 2542 ในประเทศไทยนั้น แนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองยังไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้เนื่องจากแนวความคิดทางด้านกฎหมายมหาชนยังไม่พัฒนาไปมากอย่างในประเทศฝรั่งเศส หรือเยอรมัน แม้จะมีกฎหมายปกครองแยกจากกฎหมายแพ่งก็ตามที่ ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองให้บรรลุผลนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการดำเนินการให้บรรลุผล โดยออกนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังอาจมอบหมายให้เอกชนจัดทำกิจกรรมดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง โดยใช้วิธีการทำสัญญากับเอกชนได้อีกทางหนึ่งด้วย

<sup>63</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 81.

<sup>64</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “การนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย,” วารสารกฎหมายปกครอง 18, (1 เมษายน 2542) : หน้า 58-60.



## 2.7.2 เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองของ ไทย

ในการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน นอกจากการจัดซื้อและจัดจ้าง (Procurement) ต่าง ๆ แล้ว ยังมีเรื่องสัญญาสัมปทานต่าง ๆ ที่กำหนดขึ้นตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร และการใช้สิทธิประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทยระหว่างกระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย และบริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และบริษัท ซี พี เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพระหว่างกรุงเทพมหานคร กับบริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (รถไฟฟ้าบีทีเอส) และสัญญาสัมปทานทางหลวงที่ทำกับบริษัท ดอนเมือง โทลล์เวย์ จำกัด เป็นต้น ดังนั้นจึงสามารถแบ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองกระทำกับเอกชนได้เป็นสองกลุ่มตามประเภทของกิจการ คือ สัญญาทางปกครอง กับสัญญาทางธุรกิจ<sup>65</sup> ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 1.1 สัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ภาครัฐทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการปกครองบ้านเมืองเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้เอกชนที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับ มีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจโดยคาดหวังกำไร แต่ในเมื่อภาครัฐมีวัตถุประสงค์ในการทำกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ การที่เอกชนยินยอมเข้าทำสัญญาผูกพันยอมถือได้ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการปกครอง และเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นด้วย เช่น สัญญาอนุญาตให้เอกชนเข้ามาก่อสร้างทางหลวง โดยให้อำนาจดำเนินการสร้างทางหลวงและเก็บค่าผ่านทาง สัญญาให้สิทธิเอกชนทำการสำรวจและผลิตแร่ เป็นต้น โดยภาครัฐมีเอกสิทธิ์ (privilege) เหนือเอกชน ซึ่งประกอบด้วย เอกสิทธิ์เอกสิทธิ์ในการทำสัญญา เอกสิทธิ์ในการปฏิบัติตามสัญญา และเอกสิทธิ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา

เอกสิทธิ์ดังกล่าวของรัฐมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ในการปกครองหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ และที่ต้องระบุในสัญญาก็เพื่อให้ฝ่ายรัฐสามารถใช้อำนาจในการปกครองซึ่งรับรองอยู่แล้วโดยกฎหมายมหาชนได้โดยไม่ผิดสัญญา เนื่องจากขณะนั้นประเทศไทยยังไม่มีระบบศาล ปกครอง เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นจึงต้องขึ้นศาลยุติธรรมเท่านั้น และศาลยุติธรรมมีแนวโน้มที่จะยึดหลักสิทธิหน้า

<sup>65</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, "สัญญาสัมปทาน," วารสารวิจัยการ (สิงหาคม 2533) : 189-201.

ที่ระหว่างคู่สัญญาตามหลักกฎหมายเอกชน หากภาครัฐไม่ระบุเรื่องเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาภาครัฐไว้ในสัญญา ก็จะเป็นปัญหาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจกล่าวอ้างเอกสิทธิ์เหล่านั้นต่อศาลได้ เช่น การที่รัฐจะเพิกถอนสัมปทานเมื่อเกิดสถานการณ์จำเป็น แม้จะมีกฎหมายมหาชนรองรับให้อำนาจ แต่ถ้าสัญญาเชิงปกครองมิได้กำหนดในเรื่องนี้ไว้ ก็อาจเป็นปัญหาว่าฝ่ายรัฐผิดสัญญาหรือไม่ ซึ่งจะผูกพันในเรื่องค่าเสียหายหรือค่าชดเชยกันต่อไป

## 1.2 สัญญาทางธุรกิจ

สัญญาทางธุรกิจเป็นสัญญาที่ภาครัฐทำกับเอกชนโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางปกครอง เพื่อประโยชน์สาธารณะเช่น ฝ่ายปกครองจัดซื้อโต๊ะ เก้าอี้ มาใช้ในสำนักงาน การเช่าอาคารสำนักงาน เป็นต้น การเข้าไปเป็นคู่สัญญาของภาครัฐเป็นการเข้าไปในฐานะเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกับเอกชน เป็นสัญญาเชิงธุรกิจ เช่นเดียวกับสัญญาต่าง ๆ ที่เอกชนทำกับเอกชนด้วยกัน สัญญาเชิงธุรกิจจึงอยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกัน โดยต่างฝ่ายต่างยอมรับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ได้

หลักความเท่าเทียมกันดังกล่าวสรุปได้ 3 ประการคือ

1.2.1 ความเท่าเทียมในการทำสัญญา ภาครัฐจะมีความเท่าเทียมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการแสดงเจตนา และการเจรจาทำความตกลงกัน

1.2.2 ความเท่าเทียมในการปฏิบัติตามสัญญา บรรดาเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามปกติประเพณีทางธุรกิจนั้นจะต้องเป็นที่ยอมรับโดยภาครัฐไม่อาจปฏิเสธได้ เช่น ภาครัฐจะต้องยอมรับค่าเช่าที่ดินแก่เอกชนในกรณีที่ภาครัฐชำระราคาล่าช้า ภาครัฐไม่ควรกำหนดหลักประกันสัญญาแตกต่างไปจากวิธีทางธุรกิจภาครัฐไม่ควรกำหนดระยะเวลาประกันคุณภาพสินค้าหรือผลงานก่อสร้างเป็นระยะเวลานานกว่าความจำเป็นตามวิธีทางธุรกิจประเภทนั้น ๆ ฯลฯ ดังนั้น ภาครัฐไม่ควรกำหนดพันธะให้ภาคเอกชนมากไปจนผิดปกติในทางธุรกิจ เพราะอาจมีผลเสียต่อรัฐเอง คือ ต้องชำระราคาสูงขึ้นโดยไม่จำเป็นหรือมีฉะนั้นก็อาจหาเอกชนเป็นคู่สัญญาไม่ได้

1.2.3 ความเท่าเทียมในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา ภาครัฐไม่ควรกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้ภาครัฐมีสิทธิแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจโดยอำนาจรัฐ และการเลิกสัญญาจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมาย เช่น รัฐอาจเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างกับผู้รับเหมาเมื่อใดก็ได้ แต่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605 ฯลฯ ส่วนการแก้ไขสัญญาก็ต้องเป็นไปตามปกติประเพณีทางธุรกิจ เช่น ตามสัญญาจ้างก่อสร้าง แม้ภาครัฐอาจมีอำนาจในการปกครองที่จะกำหนดมาตรฐานของอาคารเพื่อประโยชน์

สาธารณะ แต่ในฐานะคู่สัญญาภาครัฐจะแก้แบบก่อสร้างเพื่อเพิ่มมาตรฐานของอาคารโดยผลการ โดยไม่จ่ายค่างานเพิ่มไม่ได้ ถึงแม้ผู้รับเหมาซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจำเป็นต้องทำการแก้ไขแบบ ตามข้อกำหนดในทางปกครองของภาครัฐก็ตาม

ดังนั้นในความเห็นของผู้วิจัยแล้ว อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการแบ่งประเภทของสัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชนในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ลักษณะของสัญญาทางปกครองจะมีลักษณะเดียวกันกับ สัญญาทางปกครองตามกฎหมายปัจจุบัน โดยพิจารณาจากหลักความไม่เท่าเทียมกันของคู่ สัญญา ซึ่งฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือฝ่ายเอกชนที่เป็นคู่สัญญา ส่วนสัญญาทางธุรกิจคือสัญญาทาง แพงของรัฐที่ตกลงทำกับคู่สัญญาเอกชน ซึ่งใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความเสมอ ภาคของคู่สัญญาตามกฎหมายเอกชน

### 2.7.3 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง

ก่อนปี พ.ศ. 2542 ที่ประเทศไทยยังไม่มีหลักสัญญาทางปกครองใช้บังคับเป็นการเฉพาะ แยกออกจากหากจากสัญญาทางแพ่ง แม้จะมีอยู่บ้างก็กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลาย ๆ ฉบับ อาทิเช่น สัญญาต่าง ๆ ที่หน่วยงานภาครัฐทำกับเอกชนในการจัดซื้อจัดจ้าง จะมีระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีนว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 วางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติซึ่งระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรีดังกล่าวจะมีแนวคิดและหลักสัญญาทางปกครองไว้ในระเบียบดังกล่าว เช่น คู่ สัญญาฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีนดังกล่าวมี สถานะทางกฎหมายเป็นเพียงกฎหมายของฝ่ายบริหาร จึงมีศักดิ์กฎหมายอยู่ในระดับที่ต่ำกว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและนำคดีขึ้นฟ้องร้องศาลยุติธรรมจะ พิจารณาพิพากษาโดยใช้หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีศักดิ์กฎหมายสูงกว่าโดยมิได้ พิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง แต่เมื่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีการจัดตั้งศาล ปกครองขึ้น<sup>66</sup> โดยศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครอง<sup>67</sup> ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงมีการบัญญัติเรื่องไว้ครั้งแรกในกฎหมายไทยคือ ในพระ ราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ซึ่งนิยามว่า

<sup>66</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276

<sup>67</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 บรรทัดหนึ่ง (4).

“สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้นิยามที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยใช้คำว่า หมายความว่ารวมถึง โดยมีได้บัญญัติตีให้ความหมายของสัญญาทางปกครองว่ามีความหมายว่าอย่างไรนั้น นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า<sup>68</sup> สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองของไทยนั้น ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นต้องเข้าไปทำสัญญากับเอกชนในรูปแบบต่าง ๆ มากมายหลายประเภท ซึ่งสัญญาเหล่านั้นมักจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะอยู่บ้างไม่มากก็น้อย แต่มิใช่ว่าสัญญาทุกสัญญาจะเป็นสัญญาทางปกครองไปทั้งหมด จึงอาจจัดสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนของไทย ที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้เป็น 4 ประเภท ใหญ่ ๆ คือ

1). สัญญาสัมปทาน หมายถึงสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับ ฝ่ายเอกชน โดยฝ่ายปกครองยินยอมให้เอกชนมีสิทธิทำกิจการบางอย่างแต่ผู้เดียว อันได้แก่สัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัมปทานการติดตั้งและดำเนินการเกี่ยวกับโทรศัพท์สัมปทานทางด่วน เป็นต้น และสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัมปทานป่าไม้ สัมปทานปิโตรเลียม เป็นต้น ซึ่งสัมปทานนั้นนับเป็นสัญญาที่มีหลักของสัญญาทางปกครองค่อนข้างชัดเจน การกำหนดอำนาจในการตรวจสอบกำกับดูแล การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา เป็นต้น

2). สัญญาที่ร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายหรือร่วมทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะหรือ จัดให้มีสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาร่วมกรรมการและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับ บริษัท ซีพี เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด เป็นต้น เป็นสัญญาที่เข้าหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครอง เพราะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

3). สัญญาว่าด้วยการพัสดุ นับเป็นสัญญาที่มีความสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเป็นอย่างยิ่ง อันได้แก่ สัญญาว่าด้วยการโยธาสาธารณะ เช่น สัญญา

<sup>68</sup> กฤษณ์ชเทพ ทองสิน, “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 153-155.

จ้างก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินทางรถไฟ สัญญาจ้างวางท่อประปาทำทางระบายน้ำ เป็นต้น และสัญญาจัดหาพัสดุ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจัดทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าหรือให้เช่า ซึ่งสัญญาเหล่านี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สำหรับสัญญาจัดหาพัสดุนี้มิใช่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองไปเสียทั้งหมดจะเป็นสัญญาทางปกครองเฉพาะแต่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง และรัฐเห็นว่ามีควมจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมเป็นพิเศษเท่านั้น เช่น สัญญาจัดซื้ออากาศยานเพื่อป้องกันประเทศ สัญญาจัดซื้ออุปกรณ์ในการป้องกันการจลาจล สัญญาจัดซื้อรถดับเพลิงเพื่อป้องกันอัคคีภัย เป็นต้น สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่เข้าหลักเกณฑ์เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจ้างเอกชนเก็บขยะมูลฝอย เป็นต้น

4). สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองบรรลุ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องมากเพราะภาระหน้าที่ในการปกครองบรรลุผล ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการกระทำเพื่อหน้าที่โดยตรงในทางปกครองของฝ่ายปกครองคู่สัญญานั้นให้บรรลุผล ได้แก่ สัญญามอบหมายให้เอกชนกระทำการกิจในทางปกครองแทนฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาที่ฝ่ายปกครอง มีอำนาจหน้าที่ในการจัดระเบียบการจอดรถยนต์และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจอดรถยนต์ริมถนน แต่ได้ทำสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน ฯลฯ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทในทางปกครอง เช่น สัญญาตามข้อตกลงระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเกี่ยวกับการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนทรัพย์สิน เป็นต้น

จากการศึกษาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองของไทยนั้น พบว่า ดร. โภคิน พลกุล รองประธานศาลปกครองสูงสุดในขณะนั้น ได้เสนอต่อที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดว่า<sup>69</sup> แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองในประเทศไทยนั้น มีการนำเสนอโดยการชี้แนวทางจากประเทศฝรั่งเศสในการเรียนการสอนกฎหมายมหาชน และในวงวิชาการช่วง 20 - 30 ปีที่ผ่านมา และเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น จึงมีการนิยามศัพท์ "สัญญาทางปกครอง" ไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยนำหลักสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการกำหนดความหมาย ดังนั้นจึงอาจจำแนกสัญญาทาง

<sup>69</sup> วรวิทย์ กังคศิเทียม, "ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 45.

ปกครองได้เป็น 2 ประเภทหลัก คือ สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

1). สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย สัญญาประเภทนี้มักจะมีกฎหมายกำหนดว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น กฎหมายไทยกำหนดให้สัญญา สัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ กฎหมายเยอรมันแยกประเภทของสัญญาทางปกครองออกเป็น “สัญญาทางปกครองทั่วไป” ซึ่งพิจารณาจากฐานะของคู่สัญญาว่าเป็นคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน (องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) หรือมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (ฝ่ายปกครองกับเอกชน) และ “สัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษ” เช่น สัญญาฉบับข้อพิพาททางปกครอง สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองส่วนฝรั่งเศสกฎหมายจะไม่กำหนดว่าสัญญาอะไรเป็นสัญญาทางปกครอง แต่จะกำหนดว่าสัญญาอะไรบ้างที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง เช่น สัญญาว่าจ้างเอกชนก่อสร้างหรือทนบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ สัญญาขายสังหาริมทรัพย์ของรัฐ เป็นต้น

2). สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในประเทศฝรั่งเศสเกิดจากการวางหลักคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งได้วางหลักการไว้ว่า สัญญาทางปกครองจะต้องเข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ คือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้เอกชนเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในข้อสัญญาทางแพ่ง

2.1). สัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น เมืองมงค์เปิลลีเออร์ ว่าจ้างให้นายเตรงดำเนินการบริการสาธารณะด้าน สาธารณสุขและความปลอดภัย โดยการจับสุนัขจรจัดและเก็บซากสัตว์ (คดี Therond ค.ศ. 1910) หรือการที่ฝ่ายปกครองว่าจ้างให้คู่สมรสแบร์แต็ง จัดหาอาหารเลี้ยงดูผู้อพยพชาวโศเวียตในระหว่างรอส่งกลับ (คดี Epoux Bertin ค.ศ.1959) ทั้งสองกรณีดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาว่าจ้างให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายไทย

นอกจากนี้สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาลหรือบริการสาธารณะด้านสาธารณสุข สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา ฯลฯ เป็นสัญญาให้ผู้รับจ้างเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง จึงเป็นสัญญาทางปกครองรวมถึงสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน เพื่อให้บริการสาธารณะที่ตนจัดทำอยู่เสร็จสิ้นไป เช่น การทำสัญญาให้เอกชนปลูกป่าในที่ดินของเอกชนเพื่อให้บริการสาธารณะปลูกป่าในที่ดินของรัฐและเอกชนให้บรรลุมล (คดี Grimouard ค.ศ. 1956)

หากสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนนั้น แม้จะเกี่ยวข้องกับการดำเนินการสาธารณะ แต่มิใช่มีลักษณะโดยตรงแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาขนส่ง สัญญาจัดซื้อเครื่องมือ วัสดุอุปกรณ์ เป็นต้น เว้นแต่สัญญาดังกล่าวจะมีข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

2.2). สัญญาที่มีข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง เช่น การให้ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่มีเหตุผิดสัญญา การให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาได้มากเป็นพิเศษทุกขั้นตอน การให้ฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นต้น ซึ่งเป็นหลักการของประเทศฝรั่งเศส ถ้าฝ่ายปกครองไม่ระบุข้อกำหนดพิเศษเช่นนั้นจัดเป็นสัญญาทางแพ่ง ถ้าระบุไว้จัดเป็นสัญญาทางปกครองทั้งนี้อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเข้าทำสัญญาว่า มีความประสงค์ที่จะใช้ เอกสิทธิ์ดังกล่าวหรือไม่

รองประธานศาลปกครองสูงสุด ดร.โกศล พลกุล<sup>70</sup> มีความเห็นว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้นั้น ควรจะมีลักษณะที่เข้าข่ายดังต่อไปนี้

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัคร บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

<sup>70</sup> วรวิทย์ กังคศิเทียม, "ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง," หน้า 47-48.

## 2.8 รูปแบบทั่วไปในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง

ก่อนหน้าที่จะมีศาลปกครองเกิดขึ้นในประเทศไทย ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งในที่นี้หมายถึงสัญญาระหว่างเอกชนกับหน่วยงานราชการทั้งสัญญาเชิงปกครองและสัญญาเชิงธุรกิจนั้นอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะวินิจฉัย ต่อมาในปี พ.ศ. 2522 เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2521 ก็ได้มีการจัดตั้ง “คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์” ขึ้นมาทำหน้าที่วินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์อันเป็นข้อพิพาททางปกครองระหว่าง เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ดังนั้นคู่สัญญาที่มีกรณีพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครองจึงมีทางเลือกอีกทางหนึ่ง คือการนำข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไปให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณา จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2530 เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีผลบังคับใช้ จึงมีการนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองหรือสัญญาของทางราชการอีกด้วย ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการก็เริ่มเปลี่ยน เพราะในกฎหมายดังกล่าวได้มีการกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองเป็นคดีปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย ดังนั้นในงานวิจัยชิ้นนี้จะนำเสนอการระงับข้อพิพาทของสัญญาดังกล่าวโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และโดยการอนุญาโตตุลาการ

2.8.1 การระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม ก่อนหน้าที่รัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2540 จะมีผลบังคับใช้นั้น<sup>71</sup> ประเทศไทยใช้ระบบศาลเดี่ยว ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจที่จะชี้ขาดข้อพิพาททุกประเภท รวมทั้งข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของทางราชการด้วย เนื่องจากในอดีตนั้นมิได้มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกันโดยชัดแจ้ง ดังนั้นสัญญาใด ๆ ก็ตามย่อมอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกัน คือหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาของทางราชการจึงมีการนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของศาลยุติธรรม

ในที่นี้จะขอนำเสนอตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาของทางราชการประเภทหนึ่ง ซึ่งจากการศึกษาไม่พบว่า มีคดีใดที่

<sup>71</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 271 บัญญัติไว้ว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น.



เป็นเรื่องที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับวัตถุประสงค์แห่งสัญญาสัมปทานเป็นบริการสาธารณะโดยตรง มีแต่ข้อพิพาทข้างเคียงเท่านั้น<sup>72</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6273/2534 คดีนี้ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า การที่โจทก์ได้ทำสัญญาสัมปทานกับการทำอากาศยานแห่งประเทศไทย (จำเลย) ดำเนินธุรกิจรับส่งผู้โดยสารในท่าอากาศยานกรุงเทพ ที่ประสงค์จะเดินทางไปกับเครื่องบินหรือเดินทางกลับโดยเครื่องบิน เพื่อรับส่งผู้โดยสารจากท่าอากาศยานกรุงเทพ ไปยังที่พักหรือจากที่พักไปยังท่าอากาศยานกรุงเทพ อันเป็นกิจการที่ต้องใช้รถยนต์เป็นยานพาหนะ และต้องมีพนักงานขับรถยนต์ ผู้โดยสารที่ใช้บริการรถยนต์รับส่งของโจทก์จะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่โจทก์เป็นค่าโดยสารในอัตราตามระยะทางใกล้หรือไกลนั้น กิจการของโจทก์เป็นกิจการประเภทการขนส่งผู้โดยสารทางรถยนต์ หากใช้เป็นเพียงกิจการประเภทสำนักงานบริการเดินทางไม่ แม้โจทก์ได้รับอนุญาตให้เข้าพื้นที่บริเวณอาคารจากท่าอากาศยานแห่งประเทศไทยใช้เป็นสำนักงานบริการเดินทาง โดยให้การบริการต่าง ๆ เช่น จัดหาที่พักให้สำหรับผู้โดยสารที่เป็นชาวต่างประเทศ จัดรถสัมมุขขึ้นไว้คอยบริการแก่ผู้โดยสารที่ประสงค์จะใช้บริการตามที่โจทก์กล่าวอ้างในอุทธรณ์ ก็ไม่ทำให้งานขนส่งผู้โดยสารทางรถยนต์เปลี่ยนแปลงไปได้ โจทก์จึงต้องจ่ายเงินสมทบให้แก่กองทุนเงินทดแทน ให้แก่กองทุนประเภทกิจการขนส่งผู้โดยสารทางรถยนต์รหัส 1407 ในอัตราเงินสมทบร้อยละ 1.2 ตามประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องอัตราและวิธีเรียกเก็บเงินสมทบ การจ่ายเงินทดแทนของสำนักงานกองทุนเงินทดแทนและการอุทธรณ์ (ฉบับที่ 3) ลงวันที่ 19 มีนาคม 2533

### 2.8.2 การระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครอง

ในช่วงแรกของการพิจารณาคดีโดยศาลปกครองภายหลังจากที่ศาลปกครองเปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 นั้นศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองหลายเรื่อง อย่างไรก็ตาม การที่ศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณาสั่งรับหรือไม่รับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองไว้พิจารณานั้น ส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณาว่า สัญญาที่นำมาฟ้องคดีนั้นเป็นสัญญาที่เข้าข่ายสัญญาทางปกครอง 4 ประเภทคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ<sup>73</sup> ตัวอย่างของคดีเหล่านี้ได้แก่

<sup>72</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 167-168.

<sup>73</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 234.

1) สัญญาก่อสร้างอาคารที่เป็นสิ่งสาธารณูปโภค ศาลปกครองกลาง<sup>74</sup> ได้พิจารณาว่า สัญญาจ้างก่อสร้างศูนย์สุขภาพระหว่างกรมอนามัยกับบริษัท ก. เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคที่หน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

2) สัญญาจ้างเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการ ศาลปกครองกลาง<sup>75</sup> ได้พิจารณาว่า สัญญาระหว่างกรมสามัญศึกษากับ นางสาว ก. ให้เป็นครูในโรงเรียนสันติพัฒนกิจวิทยาซึ่งเป็นส่วนราชการในสังกัดของกรมสามัญศึกษาเป็นสัญญาจ้างเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ครูในโรงเรียนของกรมสามัญศึกษาจึงเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ และเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

นอกจากนี้จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่า ยังมีคดีที่ศาลปกครองไม่รับไว้พิจารณา<sup>76</sup> เนื่องจากไม่เข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครอง 4 ประเภทดังได้กล่าวมาแล้ว สัญญาเหล่านี้ อาทิเช่น 1) สัญญาจ้างก่อสร้าง ปรับปรุงซ่อมแซมอาคาร แต่ไม่ใช่สิ่งสาธารณูปโภค 2) สัญญาจ้างตกแต่งอาคารที่ทำการของส่วนราชการ 3) สัญญาระหว่างนักศึกษามหาวิทยาลัยกับนักศึกษาเภสัชกรรมแพทยศาสตร์ที่ให้ผู้รับทุนมารับราชการหลังจบการศึกษา หรือสัญญาระหว่าง ก.พ. กับนักเรียนทุน 4) สัญญาระหว่างส่วนราชการกับข้าราชการผู้ลาศึกษาต่อโดยทุนของทางราชการหรือทุนส่วนตัว 5) สัญญาให้ใช้บริการโทรศัพท์ เป็นต้น

2.8.3 การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย นอกจากมีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการโดยการยื่นฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมแล้ว ยังมีการนำหลักกฎหมายเอกชนเรื่องอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการอีกด้วย กล่าวคือ คู่กรณีหรือคู่พิพาทในสัญญาของทางราชการอันได้แก่ หน่วยงานทางปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อาจตกลงกันให้มีการเสนอข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาของทางราชการทั้งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกที่เรียกว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ โดยมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้บัญญัติให้มีการเสนอข้อพิพาทให้

<sup>74</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 198/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 369/2544 อ่างโนนทิวทัศน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 235.

<sup>75</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 2165/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 576/2544 อ่างโนนทิวทัศน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 235.

<sup>76</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 236-239.

อนุญาตตุลาการชี้ขาดนอกศาลได้ และให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ ซึ่งในประเทศไทยในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการที่ใช้บังคับ คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ดังนั้นในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง คู่กรณีหรือคู่พิพาทในสัญญาของทางราชการจึงอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าว

โดยส่วนใหญ่แล้วการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งวิธีการเช่นนี้เป็นวิธีการที่ค่อนข้างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัดและไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยาก การพิจารณานั้นอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเสนอหลักฐานของตนต่ออนุญาตตุลาการได้เท่าเทียมกัน จึงทำให้การระงับข้อพิพาทสิ้นสุดลงทันทีโดยคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น หากไม่มีการปฏิบัติตามคำชี้ขาด ซึ่งแม้จะทำให้การระงับข้อพิพาทใช้เวลามากขึ้นก็ตามแต่ก็ยังใช้เวลาน้อยกว่าการระงับข้อพิพาทโดยการชี้ขาดของศาลยุติธรรม อีกทั้งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการยังเหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและซับซ้อน เพราะคู่กรณีหรือคู่พิพาทสามารถเลือกที่จะตั้งอนุญาตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ตนมีปัญหาพิพาทอยู่ได้ เช่น การตั้งอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นวิศวกรโยธา หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเหมืองแร่เป็นอนุญาตตุลาการ เป็นต้น

ที่ผ่านมากรณีพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาของทางราชการระหว่างรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่นำเสนออยู่หลายกรณี ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกรณีที่มูลค่าความเสียหายเป็นจำนวนมากทั้งสิ้น<sup>77</sup> ตัวอย่างเช่น

1) กรณีพิพาทเรื่องโครงข่ายเคเบิลใยแก้ว ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (หรือ ทศท. ซึ่งปัจจุบันคือบริษัท ทศท.คอร์ปอเรชั่น) กับบริษัทคอมพ์ลิงค์ จำกัด ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทคอมพ์ลิงค์ร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใยแก้วจำนวน 40,890 ช่องสัญญาและส่งมอบให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) รับไว้แล้ว โดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยนำช่องสัญญาไปเปิดให้บริการบางส่วน แล้วเห็นว่าเปิดช่องสัญญาให้บริการเท่าใด บริษัทคอมพ์ลิงค์ย่อมจะได้รับส่วนแบ่งรายได้ตามจำนวนช่องสัญญาที่เปิดให้บริการแล้วเท่านั้น แต่บริษัทคอมพ์ลิงค์เห็นว่าองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยจะนำช่องสัญญาไปเปิดใช้จำนวนเท่าใดก็ตามต้องคิดส่วนแบ่งรายได้ให้บริษัทคอมพ์ลิงค์ฯ ตามจำนวนช่องสัญญาทั้งหมดที่ส่งมอบ จึง

<sup>77</sup> หนังสือพิมพ์มติชน วันที่ 29 ธันวาคม 2546 , หน้า 2.

เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นและคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ตามร่างสัญญาข้อ 6 มีข้อความว่า “...โดย ทศท. จะแบ่งรายได้ที่ได้รับจากการใช้โครงข่ายเคเบิลใยแก้วให้บริการ (ยกเว้นส่วนที่ทศท. มอบให้รฟท. ใช้ในกิจการโดยไม่คิดค่าบริการ) ตามอัตราส่วนรายได้ที่ ทศท. เรียกเก็บได้...” จะเห็นว่าได้มีการเน้นรายได้ที่คู่กรณีจะแบ่งให้จะต้องเป็นรายได้ที่เรียกเก็บได้ แต่หาข้อความดังกล่าวนี้ในสัญญาที่ลงนามกันจริงไม่

สัญญาที่ลงนามกันข้อ 7.1 ระบุว่า “ทศท. ตกลงจะแบ่งรายได้จากการให้บริการโครงข่ายเคเบิลใยแก้ว...” โดยในสัญญาจริงได้ตัดคำว่า “ที่ได้รับ” ออก แม้จะปรากฏจากรายงานการประชุมคณะกรรมการของคู่กรณีว่า ที่ประชุมให้แก้ไขร่างสัญญาเกี่ยวกับสูตรตัว B เป็นว่า B เท่ากับจำนวนช่องสัญญาณที่ได้ติดตั้งเสร็จเรียบร้อยและนำไปให้บริการระหว่างจุดแต่ไม่ได้แก้ไขร่างสัญญาให้เป็นไปตามมติของที่ประชุมคณะกรรมการ เพราะตามสัญญาที่ลงนามกันมีความว่า B เท่ากับจำนวนช่องสัญญาณซึ่งได้ติดตั้งเสร็จเรียบร้อยแล้วสามารถเปิดให้บริการได้ระหว่างจุด

เมื่อเป็นเช่นนี้คู่กรณีและผู้เสนอข้อพิพาทต้องผูกพันกันตามข้อความในสัญญาที่ลงนามกัน คู่กรณีจะตีความให้เป็นไปตามร่างเดิมได้อย่างไร ถ้าหากช่องสัญญาณนั้นสามารถเปิดให้บริการแล้วก็ต้องนำมานับเป็นค่าของ B โดยหาต้องรอไปจนกว่าจะมีการนำช่องสัญญาณนั้นไปให้บริการจนเกิดรายได้แต่อย่างใดไม่

กรณีนี้หลังจากคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการชี้ขาดแล้ว คู่กรณีได้นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดนั้น โดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยต้องจ่ายเงินส่วนแบ่งรายได้ให้กับบริษัทคอมลิ่งส์ จำนวนเงิน 4,000 ล้านบาท อันเป็นจำนวนที่ต้องจ่ายเงินจากรายได้ที่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยได้รับมาจริง

2.) กรณีพิพาทเรื่องการแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลเครื่องจำหน่ายสลากบำรุงการกุศลอัตโนมัติ (หรือที่เรียกกันอย่างไม่เป็นทางการว่า หวยออนไลน์) ระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลกับบริษัทจ่าไก่ ในสัญญาการแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ (ระบบออนไลน์) สัญญาเลขที่ 49/2540 เมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2539 สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลได้ทำสัญญากับบริษัทจ่าไก่ ฯ เพื่อติดตั้งเครื่องขายสลากอัตโนมัติเรียบร้อยแล้ว แต่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลังในรัฐบาลชุดต่อมาได้สั่งให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลไปดำเนินการสอบถามประชามติจากประชาชนเกี่ยวกับการขายสลากด้วยเครื่องอัตโนมัติประมาณ 1 แสนเครื่องอีก ทั้งที่ล่วงเลยขั้นตอนที่จะกลับไปสอบถามประชามติจากประชา

จนแล้วก็ตาม ทำให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลต้องมีหนังสือถึงบริษัทจ่าไก่ ฯ ขอให้ชะลอกการดำเนินการตามโครงการไว้ก่อน

บริษัทจ่าไก่ ฯ เห็นว่าการกระทำของสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลเป็นการประวิงเวลาทำให้บริษัทฯ ต้องได้รับความเสียหายจึงเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการเรียกชดเชยค่าเสียหายจำนวน 1,369,074,870.89 บาท (หนึ่งพันสามร้อยหกสิบเก้าล้านเจ็ดหมื่นสี่พันแปดร้อยเจ็ดสิบบาทแปดสิบเก้าสตางค์) ผลปรากฏว่าทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้และได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันเมื่อวันที่ 16 สิงหาคม 2542 ต่อมาเมื่อการสำรวจประชามติเสร็จสิ้นลง และผลปรากฏว่า ประชาชนส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีเครื่องขายสลากแบบอัตโนมัติ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลังได้ให้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความสัญญาระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลกับบริษัทจ่าไก่ ฯ

คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ายัญญาที่ทำไว้นั้นไม่ได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 สัญญาไม่ผูกพันสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลจนเป็นเหตุให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลไม่ยอมดำเนินการใด ๆ เพื่อให้เป็นไปตามสัญญาที่ได้ทำไว้กับบริษัทจ่าไก่ ฯ<sup>78</sup> จึงเป็นเหตุให้บริษัท จ่าไก่ ฯ เสนอเรื่องให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยแล้วไม่เห็นพ้องตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ชี้ขาดให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลชดใช้ค่าเสียหายให้บริษัทจ่าไก่ ฯ เป็นเงิน 2,508,593,718.00 บาท (สองพันห้าร้อยแปดล้านห้าแสนเก้าหมื่นสามพันเจ็ดร้อยสิบแปดบาทถ้วน) ต่อมาบริษัทจ่าไก่ ฯ ได้ฟ้องศาลขอให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลชดใช้ค่าเสียหายตามคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ

3.) กรณีพิพาทเรื่องสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา – บางพลี – บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดี จำกัด ซึ่งประกอบด้วยบริษัท ช.การช่าง จำกัด (มหาชน) บริษัท บิลฟิงเกอร์ เอลจี และบริษัท วัลเทอร์ เบา เอจี ตามสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา – บางพลี – บางปะกง เมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2538 นั้น กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จใน 42 เดือน ตามสัญญาข้อ 1.9.2 ของผนวก 1 ได้กำหนดให้มีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ได้ หากเกิดการณใด ๆ ตามที่ระบุไว้ที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคาหรือระยะเวลาแล้วเสร็จ

<sup>78</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 179.

ในระหว่างที่เริ่มการก่อสร้างนั้นได้มีปัญหาเนื่องมาจากการส่งมอบสิทธิในเขตทางล่าช้า ปัญหาเกี่ยวกับการอนุมัติแบบ การเปลี่ยนแปลงก่อสร้าง และการเกิดอุทกภัยทำให้ต้องขยายระยะเวลาการก่อสร้างออกไปอีก 11 เดือน ทำให้ค่าคงที่ในการก่อสร้างเพิ่มมากขึ้น

สำหรับการขอขยายระยะเวลาในการก่อสร้างออกไปอีก 11 เดือนนั้น การทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้อ้างว่า ได้เจรจาตกลงกับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ว่า การทางพิเศษจะขยายเวลาแล้วเสร็จให้ 11 เดือน โดยกิจการร่วมค้า บีบีซีดี จะไม่ปรับค่าคงที่ แต่ไม่มีการระบุข้อตกลงดังกล่าวไว้ในสัญญาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด หากในสัญญาระบุว่า นอกจากที่เขียนไว้ในสัญญาฉบับที่ได้แก้ไข ให้เป็นไปตามสัญญาเดิม จึงเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นและคู่กรณีตกลงนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดตามคดีข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 36/2544 ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องชดใช้ค่าคงที่ ที่เพิ่มขึ้นเป็นเงิน 6,039,893,254.00 บาท (หกพันสามสิบล้านแปดแสนเก้าหมื่นสามพันสองร้อยห้าสิบลบาทถ้วน) ให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีคู่กรณีตามที่คู่กรณีร้องขอ

ต่อมากิจการร่วมค้าบีบีซีดีได้ยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2545 ขอให้บังคับการทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายเงินจำนวน 6,039,893,254.00 พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ต่อมาศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2546 ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายเงินจำนวนดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดี

ในคดีดังกล่าวนี้ศาลเป็นผู้บังคับคดีตามคำชี้ขาดโดยที่ผู้ร้องคือกิจการร่วมค้าบีบีซีดี ไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลใหม่เพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาอีกครั้งหนึ่งเพราะจะเป็นการซ้ำซ้อนและเสียเวลา ศาลเพียงแต่ทำหน้าที่พิจารณาตรวจสอบตามที่ผู้แพ้คดีคือการทางพิเศษแห่งประเทศไทยอ้างเหตุตามกฎหมายถึงเหตุที่ไม่ควรจ่าย ซึ่งกฎหมายที่คู่ความตกลงกันให้นำมาบังคับใช้ขณะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ตามมาตรา 24 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขข้อพิพาทนั้น หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณี ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งซึ่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

ดังนั้นเมื่อกฎหมายวางกรอบให้ศาลปฏิเสธคำชี้ขาดไว้ในวงแคบ ศาลจึงต้องวินิจฉัยไปตามคำคัดค้านของฝ่ายแพ้คดีภายใต้กรอบของกฎหมายดังกล่าวว่า อนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายใดชี้ขาด คำชี้ขาดถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีผลประโยชน์อันเนื่องเข้าข้างฝ่ายใด

ฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หรือว่าที่ขาดนอกประเด็น หรือนอกขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการหรือที่ขาดเกินคำของคู่กรณีหรือไม่เป็นต้น

จากการพิจารณาและตรวจสอบทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงตามคำคัดค้านของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยแล้วเห็นว่า

1) คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท

2) เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการโดยชอบ

3) เป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายและคำขอของคู่กรณี และ

4) เป็นคำชี้ขาดที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่ง พรบ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 22 บัญญัติรับรองไว้ว่า คำชี้ขาดดังกล่าวให้เป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการตาม พรบ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 24 วรรคหนึ่ง

ศาลจึงพิพากษาให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระเงินแก่ผู้ร้องตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ คือชำระเงินจำนวน 3,371,446,114 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อแรกของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่ 2 พฤศจิกายน 2542 เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จ และชำระเงินจำนวน 2,668,447,140 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีในต้นเงินดังกล่าว<sup>79</sup>

4.) กรณีพิพาทเรื่องโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) สัญญาโครงการระบบทางด่วน ขั้นที่ 2 เป็นสัญญาที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยทำกับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด มหาชน โดยระบุเกี่ยวกับอัตราค่าผ่านทางไว้ว่าทุก 5 ปีจะมีการปรับอัตราค่าผ่านทางตามอัตราเงินเฟ้อเพื่อให้คงมูลค่าเงินเดิมของอัตราค่าผ่านทาง การปรับแต่ละครั้งต้องปรับเป็นจำนวนเต็ม 5 บาท อัตราค่าผ่านทางสำหรับรถ 4 ล้อจะปรับได้ไม่เกิน 10 บาทตลอดระยะเวลา 15 ปีแรกของสัญญา

สำหรับการกำหนดอัตราค่าผ่านทางมีการเก็บแยกต่างหากจากกันเป็นโครงข่ายในเมืองและโครงข่ายนอกเขตเมือง ในการดำเนินการให้มีการปรับอัตราค่าผ่านทางกระทรวงมหาดไทยได้ออกประกาศ เมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2541 กำหนดอัตราค่าผ่านทางตามที่ทั้ง 2 ฝ่ายได้เจรจาดตกลงร่วมกันตามหลักการและหลักเกณฑ์ที่เข้าใจตรงกันตามข้อตกลงที่เข้าใจตรงกันตาม

<sup>79</sup> คำพิพากษาของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2546.

ข้อตกลงที่ได้เจรจาตกลงกันได้และนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2531

ต่อมาประธานกรรมการบริหารคมนาคมของสภาผู้แทนราษฎรได้แย้งขึ้นว่า การปรับอัตราค่าผ่านทางดังกล่าวเป็นการปรับเกินกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงสั่งให้ส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเสนอความเห็นและสำนักงานอัยการสูงสุดได้เสนอความเห็นที่สอดคล้องกับผู้ทักท้วง

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงได้ออกประกาศใหม่ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 ยกเลิกประกาศฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 และให้ใช้อัตราค่าผ่านทางใหม่ (ลดค่าผ่านทางลงจากประกาศกระทรวงมหาดไทยเมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2541) ตั้งแต่วันที่ 24 ตุลาคม 2541 เป็นต้นไป จึงเกิดเป็นข้อพิพาท คู่กรณีจึงนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการคณะแรกวินิจฉัยชี้ขาด เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2542 (คดีแดงเลขที่ 78/2542) ว่า การเก็บเงินค่าผ่านทางของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 สอดคล้องกับสัญญาข้อ 11.3 แล้ว ให้ยกค่าของของบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด ที่ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ดำเนินการนำเอาอัตราค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 มาใช้บังคับ และให้ยกค่าของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยตามข้อเรียกร้องแย้งเรียกเงินที่จ่ายเกินไปจำนวน 29,240,041.00 บาท (ยี่สิบเก้า ล้านสองแสนสี่หมื่นสี่สิบบาทถ้วน) คืนจากบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด

การทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้ทวงถามเงินที่จ่ายเกินไปจำนวน 29,240,041.00 บาท คืนจากบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด มาโดยตลอด แต่ไม่ได้รับเงินจำนวนดังกล่าวคืนแต่อย่างใด การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงเสนอเป็นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการชุดหลังนี้ได้วินิจฉัยชี้ขาดเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2544 (เลขคดีแดงที่ 45/2544) ว่า เงินค่าผ่านทางจำนวน 29,240,041.00 บาทเป็นเงินที่บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด ได้รับจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยตามสัญญาข้อ 11.4 ก. และข้อ 11.6 ซึ่งชอบด้วยสัญญาและชอบด้วยกฎหมายตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2544 ทุกประการ

นอกจากนี้เมื่อการจัดเก็บค่าผ่านทางที่ดำเนินการโดยการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในระหว่างที่ประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 มีผลใช้บังคับโดยสมบูรณ์เป็นการจัดเก็บโดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่มีบทบัญญัติตามกฎหมายใดที่ให้อำนาจแก่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจะต้องคืนเงินค่าผ่านทางให้แก่ผู้ใช้ทางแต่อย่างใด



การที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้ดำเนินการคืนเงินค่าผ่านทางบางส่วนให้แก่ผู้ใช้ทางบางรายไปนั้นก็เป็นการดำเนินการตามความสมัครใจของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย โดยมีได้เกี่ยวข้องกับสัญญาหรือความตกลงร่วมกันกับคู่พิพาทแต่อย่างใด การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกเงินค่าผ่านทางดังกล่าวจากบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด ได้ และให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชด ใช้ค่าเสียหายในผลต่างระหว่างอัตราค่าผ่านทางที่พึงเรียกเก็บตามที่ได้ตกลงกันตามสัญญา และมีประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับลงวันที่ 27 สิงหาคม 2541 รองรับไว้ และอัตราค่าผ่านทางตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม 2541 นับตั้งแต่วันที่ 24 ตุลาคม 2541 รวมเป็นเงิน 360,898,617.00 บาท (สามร้อยหกสิบล้านแปดแสนเก้าหมื่นแปดพันหกร้อยสิบเจ็ดบาทถ้วน)

จากการศึกษาเรื่องสัญญาทางปกครองในประเทศไทยดังได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด อาจสรุปได้ว่า ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น สัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐนั้นมีชื่อเรียกกันว่า "สัญญาของทางราชการ" ซึ่งแบ่งเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางธุรกิจ ส่วนคำว่า "สัญญาทางปกครอง" นั้นเพียงจะมีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วสามารถสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองนั้นต้องเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ โดยที่สัญญานั้นต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณูปโภค หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง นอกจากนี้สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล สำหรับเรื่องการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองของไทยนั้นอาจทำได้หลายวิธีการอาทิเช่น ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น การระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองหรือสัญญาของทางราชการ (ในขณะนั้น) ทำได้โดยกระบวนการระงับข้อพิพาทในศาลยุติธรรมและการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ต่อมาภายหลังเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวแล้วข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงผลการศึกษาเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในบทต่อไป

## บทที่ 3

### แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

#### 3.1 หลักการและเหตุผลในการใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในทางระหว่างประเทศ

อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งมีวิวัฒนาการอันยาวนานมาแล้ว โดยเป็นที่นิยมใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่ง โดยเฉพาะในวงการธุรกิจ เพราะเป็นวิธีการที่สะดวกรวดเร็ว อีกทั้งประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย ซึ่งก็เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนี้ที่ต้องการลดจำนวนคดีในศาลลง ความชอบด้วยกฎหมายของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งนี้เป็นเรื่องของเสรีภาพของคู่กรณีที่จะหาวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยคู่กรณีเห็นว่าจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีมากที่สุด เมื่อเป็นความยินยอมของคู่กรณีเอง กฎหมายก็ยอมรับและกำหนดวิธีการให้ ในประเทศไทยนั้นเดิมใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เป็นกฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) และการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) ส่วนในปัจจุบันนั้นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งในการยกร่างกฎหมายนั้นได้มีการนำเอากฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ<sup>1</sup> (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติมาใช้เป็นต้นแบบในการยกร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ได้รับการยอมรับอย่างมากในวงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมายที่ดีมากฉบับหนึ่งและมีหลายประเทศนำกฎหมายแม่แบบดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน

#### 3.1.1 ความหมายและลักษณะของอนุญาโตตุลาการ

ในปัจจุบันยังไม่มีนิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” (arbitration) ที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป นักกฎหมายบางท่านก็กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการ” เป็นข้อตกลงเพื่อให้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งแต่งตั้งขึ้น และยอมรับที่จะผูกพันตามคำตัดสินนั้นแทนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล และเพื่อลดภาระในเรื่องของพิธีการ ความล่าช้า ค่าใช้จ่าย และความยุ่งยากในการฟ้องร้องคดีตามปกติ

---

<sup>1</sup> สรวิศ ลิ้มปริงซี่, “อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท”

ตามศัพท์กฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิมนั้น คำว่า อนุญาตตุลาการ หมายถึง ทั้งกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันอนุญาตให้บุคคลหรือคณะบุคคลนอกเหนือจากผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้น และตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ตัดสินข้อพิพาทนั้นๆ เอง<sup>2</sup>

Black's Law Dictionary (5 th ed.) อธิบายศัพท์คำนี้ไว้ว่า หมายถึงการเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นคนกลาง และได้รับเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาท โดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อได้มีการพิจารณาคดี โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อต่อสู้ของตน<sup>3</sup>

ท่านศาสตราจารย์ Rene David ได้เสนอคำนิยามไว้ว่า อนุญาตตุลาการ เป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคน ให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงผลประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และจะต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น<sup>4</sup>

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการให้คำนิยามของคำว่า “อนุญาตตุลาการ” ไว้แตกต่างกันหลายนิยาม แต่โดยทั่วไปแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญๆ ดังต่อไปนี้<sup>5</sup> คือ

1) อนุญาตตุลาการเป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทใดบ้างที่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยอนุญาตตุลาการนั้นย่อมเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละ

<sup>2</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การอนุญาตตุลาการ, ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี,” ใน รวมบทความ ความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับ อนุญาตตุลาการ, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540), หน้า 23.

<sup>3</sup> Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, (St.Paul, Minnesota : West Publishing Co., 1979)] p.98 อ้างใน เสาวนีย์ อัสวโรจน์, การอนุญาตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : 2530), หน้า 10.

<sup>4</sup> สถาพร มีสะอาด, “การอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช่กฎหมาย,” วารสารกฎหมาย 19, 2 (พฤษภาคม 2542) : 118.

<sup>5</sup> อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 10.

ประเทศว่า ข้อพิพาทใดสามารถระงับได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการและข้อพิพาทใดต้องระงับข้อพิพาทโดยศาล

2) บุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรือทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องไม่ใช่ผู้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทนั่นเอง หากแต่เป็นบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ โดยได้รับการเลือกหรือแต่งตั้งจากคู่กรณี หรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ หรือตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดๆโดยเฉพาะ

3) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนั้น เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่กรณีจะมีเสรีภาพในการทำสัญญามากน้อยเพียงใด เป็นเรื่องที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศบัญญัติไว้

4) อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ (judicial way) จะตัดสินตามอำเภอใจไม่ได้ หากแต่อนุญาโตตุลาการไม่ต้องผูกติดอยู่กับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดเหมือนกับศาล เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ คือ ความต้องการจะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการ พิษาคดีในศาล แต่อนุญาโตตุลาการจะต้องยึดถือหลักแห่งความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี อาทิเช่น ต้องให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี และจะต้องตัดสินโดยอาศัยการรับฟังพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำมาเสนอ

5) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นกระบวนการพิจารณาที่เอกชนทำกันเอง ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่างๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุด เพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะที่เป็นผู้คอยช่วยเหลือให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้ด้วยดี และพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซงที่ไม่จำเป็น

6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซึ่งคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น อย่างไรก็ตามเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลยุติธรรมให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นได้

7) การพิจารณาและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงกรณีที่จำเป็นเพื่อให้คู่

กรณีปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดี และบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งขอบเขตการแทรกแซงของศาลนั้นอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตย การที่คู่พิพาทจะนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับหรือบังคับให้ จึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับและบังคับให้

### 3.1.2 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการแบ่งตามบุคคลที่ดำเนินการระงับข้อพิพาท

การอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการโดยคู่กรณีเองหรือโดยการใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ได้ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (ad hoc arbitration) คู่กรณีที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทของตนโดยการอนุญาโตตุลาการ อาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยตกลงกันเองและดำเนินการกันเอง ด้วยการตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณา และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนโดยมิได้ใช้บริการการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ในประเทศต่าง ๆ ก็ได้

2) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institution arbitration) คู่กรณีพิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทของตนโดยการอนุญาโตตุลาการอาจตกลงกันให้ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ได้รับบริการดังกล่าวได้ สถาบันดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบของสถาบันที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ โดยเป็นสมาคม หรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน หรืออาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นส่วนหนึ่งของหอการค้าของประเทศต่างๆ ที่ให้บริการกับสมาชิกของหอการค้าและนักธุรกิจทั่วไป เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการของหอการค้าสตีลคโฮล์ม

ในปัจจุบันมีสถาบันต่างๆ ที่ให้บริการอนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทในทุกระดับตั้งแต่ข้อพิพาททางธุรกิจภายในประเทศจนถึงระดับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ อยู่มากมายในทุกทวีป เช่น ทวีปยุโรป อเมริกา ซึ่งรวมทั้งละตินอเมริกา แอฟริกา และ เอเชีย ทั้งในประเทศกลุ่มโลกเสรีและประเทศกลุ่มสังคมนิยม ทั้งในระดับประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับโลก

สถาบันอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งได้เป็นหลายระดับ คือ ระดับระหว่างประเทศ หรือระดับโลก ระดับภูมิภาค และระดับประเทศหรือระดับนานาชาติ

สถาบันอนุญาโตตุลาการระดับโลกนั้นเป็นสถาบันที่ไม่อยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งอาจตั้งโดยเอกชนที่มาจากหลายประเทศและมีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีที่ใช้

บริการของสถาบันและวงการธุรกิจระหว่างประเทศโดยส่วนรวม เช่น สำนักอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce : ICC) หรืออาจตั้งโดยองค์การระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (the International Center for the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States : ICSID)

สถาบันอนุญาโตตุลาการระดับภูมิภาคเป็นสถาบันที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในภูมิภาคที่สถาบันตั้งอยู่เท่านั้น เช่น คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐอเมริกัน (the InterAmerican Commercial Arbitration Commission) ศูนย์อนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ของคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายแห่งเอเชียและแอฟริกา (Center for Commercial Arbitration of the Asian and African Legal Consultative Committee) สภาอนุญาโตตุลาการของสหภาพยุโรปเพื่อการค้าฮอป (the Arbitration Chamber of the European for the Hops Trade)

สถาบันอนุญาโตตุลาการในระดับประเทศนั้นมีอยู่ทั่วไปในประเทศต่างๆ ซึ่งจะมีสถาบันดังกล่าวอย่างน้อยหนึ่งสถาบัน ถ้าเป็นประเทศกลุ่มโลกเสรีมักจะบริหารงานโดย เอกชน และเป็นอิสระจากการควบคุมของรัฐ เช่น สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (the American Arbitration Association) สำนักอนุญาโตตุลาการของหอการค้าสต็อกโฮล์ม (the Arbitration Tribunal of the Stockholm Chamber of Commerce) สภาอนุญาโตตุลาการของหอการค้าแห่งประเทศไทย สำนักงานอนุญาโตตุลาการแห่งกระทรวงยุติธรรมประเทศไทย

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่ดี และเหมาะสมสำหรับข้อพิพาททางแพ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาททางธุรกิจ

### 3.1.2 เหตุผลในการใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในทางระหว่างประเทศ

ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ในโลกมีการติดต่อทางการค้าซึ่งกันและกันมากขึ้นอย่างรวดเร็ว และนักลงทุนต่างชาติมักวิตกกังวลว่าเมื่อเข้ามาลงทุนในอีกประเทศหนึ่งแล้ว หากเกิดข้อพิพาทขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายนั้น หากนำคดีขึ้นสู่ศาลภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศคู่สัญญา ผู้ลงทุนต่างชาติจะเสียเปรียบคู่กรณีพิพาทซึ่งอาจเป็นหน่วยงานภาครัฐ หรือเป็นเอกชนก็ตาม ตนจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบหรือไม่ ดังนั้นในการเจรจาลงทุนต่างชาติจึงมักให้มีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ระบุไว้ในสัญญา เพื่อให้คู่สัญญาต้องยื่นข้อเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทแทนการยื่นฟ้องต่อศาล เหตุการณ์เช่นนี้จะเกิดขึ้นในทุกๆ โครงการ บางโครงการประเทศผู้รับการลงทุนต้องการวัสดุและเทคโนโลยีจากต่างประเทศเข้ามาพัฒนา

ประเทศตนเอง บางโครงการนักลงทุนต่างชาติต้องการเข้ามาลงทุนเนื่องจากประเทศผู้รับการลงทุนยังมีทรัพยากรธรรมชาติเหมาะสมแก่การลงทุน และบางโครงการประเทศผู้รับการลงทุนส่งผลิตภัณฑ์ออกไปจำหน่ายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นโครงการซึ่งจำเป็นต้องอาศัยเงินกู้จากต่างประเทศ แหล่งเงินกู้จะกำหนดเป็นเงื่อนไขให้หน่วยงานผู้กู้ต้องทำสัญญาที่ได้มาตรฐานซึ่งมาตรฐานประการหนึ่งคือ จะต้องมีการกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ไว้ในสัญญา ทำให้เกิดจุดเริ่มต้นของบทบาทอนุญาโตตุลาการในทางระหว่างประเทศ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามีผลเนื่องมาจากอิทธิพลของการค้าระหว่างประเทศที่แต่ละประเทศมีความสัมพันธ์ติดต่อกับประเทศอื่นมากขึ้น<sup>6</sup>

เหตุผลสำคัญที่นักลงทุนต่างชาติต้องการให้มีอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท เพราะอนุญาโตตุลาการเป็นองค์กรที่เกิดจากการคัดเลือกและแต่งตั้งจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันให้มาทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้กฎเกณฑ์กระบวนการพิจารณาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายกำหนดขึ้น ทำให้มีลักษณะเป็นองค์กรกลางและถือเป็นประเพณีสากลในทางการค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะไม่เจรจาเกี่ยงอนให้ศาลของประเทศของตนเป็นองค์กรระงับข้อพิพาทเพราะจะเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จากสาเหตุนี้บทบาทของอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ จึงแพร่หลายขึ้นอย่างรวดเร็ว สำหรับประเทศไทยนั้นแม้แต่ในโครงการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นคนไทยด้วยกันก็ยังมีการระบุข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา อาทิเช่น การทำสัญญาสัมปทานระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน)

หลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมในการระงับข้อพิพาททางแพ่ง คือ ความสะดวก รวดเร็ว และประหยัด เนื่องจากได้คนกลางที่คู่กรณีพิพาทร่วมกันคัดเลือกจากผู้ที่มีความเหมาะสมทั้งในแง่ความเป็นกลาง คุณวุฒิ และประสบการณ์มาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท อีกทั้งในเฉพาะวงการค้าระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการจะเป็นองค์กรที่ให้ความมั่นใจในความเป็นกลางแก่คู่กรณีพิพาทได้มากกว่าศาลของประเทศคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหากปรากฏกรณีนี้หน่วยงานภาครัฐซึ่งถูกบังคับตามคำชี้ขาดเป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และมีคดีคัดค้านต่อผู้กันในศาลยืดเยื้อต่อไปเป็นเวลานานแรมปีหรือกว่านั้น ย่อมทำให้ต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนเกิดความไม่มั่นใจ

<sup>6</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยหน่วยงานของรัฐ,” ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540), หน้า 74-75.

ที่จะเข้ามาลงทุนหรือทำธุรกิจการค้ากับประเทศนั้น ๆ เนื่องจากสงสัยในระบบใบอนุญาตไต่สวนการว่าจะให้ความคุ้มครองแก่ปัญหากรณีพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในภายหน้าได้หรือไม่<sup>7</sup>

### 3.2 ประโยชน์ของการอนุญาตไต่สวนการ

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางธุรกิจส่วนใหญ่ของนานาประเทศนั้น กระทำโดยอนุญาตไต่สวนการ ไม่ว่าจะประเทศในกลุ่มโลกเสรีหรือสังคมนิยมต่างก็ยอมรับและใช้การอนุญาตไต่สวนการเพื่อระงับข้อพิพาททางธุรกิจทั้งสิ้น ทั้งนี้เพราะการอนุญาตไต่สวนการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีประโยชน์และเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ ซึ่งประโยชน์ที่สำคัญของการอนุญาตไต่สวนการนั้น สามารถสรุปได้เป็นสองประเด็นคือ

3.2.1 ความเชี่ยวชาญ การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องที่พิพาทกันมาเป็นอนุญาตไต่สวนการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้ ซึ่งจะทำให้การตัดสินชี้ขาดพิพาททำได้รวดเร็ว ยุติธรรม และไม่มีข้อผิดพลาด เนื่องจากผู้ที่ถูกเลือกมาทำหน้าที่เป็นอนุญาตไต่สวนการจะมีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทกันดีอยู่แล้ว การอนุญาตไต่สวนการจึงเหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและซับซ้อน อาทิเช่น เรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การลงทุน เพราะคู่กรณีสามารถเลือกอนุญาตไต่สวนการจากบุคคลในวงการที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่พิพาทได้ ในขณะที่คู่ความในศาลไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ มาพิจารณาคดีให้ตนได้

3.2.2 ความเป็นกลาง ในการระงับข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศโดยการอนุญาตไต่สวนการนั้น เป็นการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นกลาง กล่าวคือ ความเป็นกลางในเรื่องสัญชาติของอนุญาตไต่สวนการหรือประธานของศาลอนุญาตไต่สวนการ ความเป็นกลางเกี่ยวกับสถานที่ในการตัดสินโดยอนุญาตไต่สวนการและความเป็นกลางในเรื่องภาษาที่ใช้ เนื่องจากคู่กรณีที่มีข้อพิพาทกันสามารถเลือกบุคคลให้ทำหน้าที่อนุญาตไต่สวนการ และเลือกเรื่องอื่นๆ ตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้ เช่น สถานที่ที่จะมีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท วิธีพิจารณา และกฎหมายของอนุญาตไต่สวนการที่จะใช้ บังคับการพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีมีสัญชาติแตกต่างกัน จึงเป็นการตัดความหวาดระแวงเรื่องความไม่เป็นกลางของศาลท้องถิ่นออกไป เนื่องจากคู่กรณีไม่ต้องฟ้องคดีในศาลของท้องถิ่นนั้น การอนุญาตไต่สวนการจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่น่าจะเป็นกลางและสมประโยชน์ของคู่กรณีได้มากกว่าการฟ้องคดีต่อศาล

<sup>7</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการโดยหน่วยงานของรัฐ,” ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตไต่สวนการ, หน้า 113-114.



### 3.3 เกณฑ์ของข้อพิพาทที่สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นนอกจากจะกระทำได้อีกเมื่อคู่กรณีจะตกลงกันให้มีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีจะต้องเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเกณฑ์ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ว่า สามารถจะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอีกด้วย สำหรับข้อพิพาทซึ่งคู่กรณีสามารถที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการมาชี้ขาดข้อพิพาทได้นั้น คือข้อพิพาททางแพ่งที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งแต่ละรัฐอาจกำหนดตามนโยบายเศรษฐกิจและสังคมของตนว่าข้อพิพาททางแพ่งประเภทใดบ้างที่จะระงับได้โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ<sup>8</sup>

#### 3.3.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา

หลักเกณฑ์ว่าข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาทที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายและข้อพิพาทใดเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศจะกำหนดไว้แตกต่างกัน อาทิเช่น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของญี่ปุ่นและสวีเดนที่บัญญัติไว้ค่อนข้างกว้างว่า ข้อพิพาทใดที่คู่กรณีสามารถทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันได้ คู่กรณีก็สามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ในบางประเทศก็มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาที่ชัดเจน อาทิเช่น

ประเทศฝรั่งเศสถือว่าข้อพิพาททางแพ่งใด ๆ ที่คู่กรณีสามารถประนีประนอมยอมความกันได้ ก็สามารถเสนอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายบางเรื่องที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่นการต่อต้านการผูกขาด สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า นั้น หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ใช่ประเด็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยโดยตรง เช่นเป็นเรื่องของการเลียนแบบ การปลอม การออกใบอนุญาต การโอนสิทธิ ศาลตีความว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากเรื่องเหล่านั้นสามารถเสนอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้<sup>9</sup>

สำหรับในประเทศเยอรมันนั้น ข้อพิพาททางแพ่งทุกชนิดที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและคู่กรณีสามารถทำการประนีประนอมยอมความได้นั้นสามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับในประเทศฝรั่งเศส ทั้งนี้ รวมทั้งข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวกับผลประโยชน์ดังกล่าวเช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการหย่า ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร เป็นต้น<sup>10</sup>

<sup>8</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 61.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 63.

<sup>10</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 63.

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นมีความโน้มเอียงว่าประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปจะยอมรับให้มีการอนุญาโตตุลาการได้ในข้อพิพาทระหว่างประเทศบางอย่างซึ่งหากเป็นข้อพิพาทในประเทศแล้วจะไม่สามารถระงับได้ด้วยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งข้อพิพาทนั้นรัฐเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายใน ทั้งนี้ เพราะความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศนั้นมีความแตกต่างจากความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ เช่นในด้านที่ต้องตีความแคบกว่า<sup>11</sup>

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นที่ยอมรับกันว่าข้อพิพาททางแพ่งส่วนใหญ่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งข้อพิพาทบางอย่าง เช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดและการจำกัดทางการค้าอื่น ๆ การซื้อขายหุ้นของบริษัทและตราสารอื่น ๆ ตามกฎหมายหลักทรัพย์ซึ่งจะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะในกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศเท่านั้น เพราะสภาพปัจจุบันของกฎหมายระหว่างประเทศและการค้าระหว่างประเทศมีสภาพไม่แน่นอน ซึ่งข้อพิพาทเหล่านั้นควรได้รับการแก้ไขเยียวยาโดยการอนุญาโตตุลาการจึงจะเหมาะสม<sup>12</sup>

สำหรับในประเทศไทยนั้นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมิได้บัญญัติกำหนดรายละเอียดว่าข้อพิพาททางแพ่งใดบ้างที่คู่กรณีสามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ แต่ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว คู่กรณีคงไม่สามารถเสนอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้บ้าง ทั้งนี้ศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่า เรื่องใดที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

จากการศึกษาเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ ดังได้กล่าวมาแล้วนั้น ในความเห็นของผู้วิจัยแล้วอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ข้อพิพาทที่จะสามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาที่มีการระบุไว้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่กรณีตกลงยินยอมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ต้องเป็นข้อพิพาทในทางแพ่งและเป็นข้อพิพาทที่ไม่มีประเด็นเกี่ยวกับการขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าข้อพิพาทใดบ้างที่สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทคือ ประการแรก ในสัญญามีการตกลงกันไว้หรือไม่ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณียินยอมที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว ประการที่สอง ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นสามารถระงับด้วยการประนีประนอมยอมความหรือไม่ ถ้าข้อพิพาทดังกล่าวนั้น ๆ

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดิม.

สามารถระงับได้ด้วยการประนีประนอมยอมความก็สามารถใช้การอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้เช่นกัน ประการสุดท้าย คือการพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวนั้นเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรงหรือไม่ ถ้าไม่เกี่ยวข้องก็สามารถที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการได้เช่นเดียวกัน

3.3.2 เหตุผล การที่แต่ละรัฐพิจารณาว่าข้อพิพาทใดบ้างที่สามารถระงับได้ด้วยการอนุญาตตุลาการนั้น หรือข้อพิพาทใดเป็นประเด็นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ นั้น เหตุผลที่นำมาใช้ในการพิจารณาคือนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ<sup>13</sup> นั่นเอง

### 3.4 เกณฑ์ของข้อพิพาทที่ไม่สามารถใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

สำหรับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้ด้วยวิธีอนุญาตตุลาการนั้น ได้แก่ ข้อพิพาททางอาญา และข้อพิพาททางแพ่งบางประเภทที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งในแต่ละประเทศจะมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปตามที่กฎหมายกำหนด

3.3.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณา การพิจารณาว่า ข้อพิพาทดังกล่าวนี้เป็นข้อพิพาทที่ไม่สามารถใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทนั้น คือต้องพิจารณาว่า ข้อพิพาทดังกล่าวต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ อาทิเช่น ในประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 2060 ของฝรั่งเศสห้ามคู่กรณีเสนอข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด และเรื่องที่ยอมรับกันว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสามารถของบุคคล การสมรส การหย่า ความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดา และบุตร ข้อพิพาทซึ่งรัฐ หน่วยงานของรัฐ และรัฐวิสาหกิจมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง ส่วนเรื่องอื่น ๆ ก็มีกฎหมายพิเศษบัญญัติห้ามการอนุญาตตุลาการข้อพิพาททางธุรกิจบางอย่าง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเศรษฐกิจของตลาดการค้า เช่น กฎหมายต่อต้านการผูกขาด กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ลงทุน<sup>14</sup>

ในประเทศเยอรมันข้อพิพาทบางชนิดไม่สามารถทำการอนุญาตตุลาการได้ หรือทำได้ในกรณีจำกัดเนื่องจากมีกฎหมายหลายฉบับที่บัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น ข้อพิพาทบางชนิดจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการก็ต่อเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นนักธุรกิจหรือเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท เช่นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์ เป็นต้น ในกรณีนี้หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ใช่

<sup>13</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, หน้า 62.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

นักธุรกิจ เช่น ฝ่ายที่ซื้อหลักทรัพย์เป็นบุคคลธรรมดา ก็อาจมีการอนุญาตตุลาการได้โดยถือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภค<sup>15</sup>

ในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ มีกฎหมายห้ามทำสัญญาอนุญาตตุลาการข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด การต่อต้านการผูกขาดเนื่องจากเห็นว่าเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมีข้อพิพาททางแพ่งบางชนิดที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันทำสัญญาอนุญาตตุลาการได้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐที่จะเป็นผู้พิจารณาพิพากษา ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะมีกฎหมายห้ามไว้หรือเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งต้องอยู่ในอำนาจของศาลเท่านั้น เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัว ข้อพิพาทเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดและการจำกัดทางการค้าอื่น ๆ การซื้อขายหุ้นของบริษัทและตราสารอื่น ๆ ตามกฎหมายหลักทรัพย์ เพราะเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนในสหรัฐอเมริกา<sup>16</sup>

ส่วนในประเทศไทยนั้น มีบทบัญญัติ มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า การตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทใดที่ขัดต่อกฎหมายเช่น การตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาจ้างฆ่าคน การเล่นเกมพนัน การจ้างหญิงให้เป็นโสเภณี การรับของโจร หรือเอาคนลงเป็นทาส จะกระทำการอนุญาตตุลาการไม่ได้

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เกณฑ์ที่ประเทศต่าง ๆ ใช้ในการพิจารณาว่าข้อพิพาท ดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่ไม่สามารถใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้นั้น คือการพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่

**3.3.2 เหตุผล** ที่ข้อพิพาททางอาญาและข้อพิพาททางแพ่งบางประเภทไม่สามารถใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้นั้นเนื่องจากข้อพิพาทดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจของศาลอันเป็นองค์กรของรัฐเท่านั้นที่จะพิจารณาพิพากษาคดี<sup>17</sup>

<sup>15</sup> เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, หน้า 62.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

<sup>17</sup> เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, หน้า 62.

### 3.5 แนวคิดและเกณฑ์ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ของฝรั่งเศส

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศในภาคพื้นยุโรปอีกหลายประเทศมีแนวความคิดว่าระบบกฎหมายแพ่งเป็นระบบกฎหมายเอกชนที่ใช้บังคับกับเอกชน ในส่วนของฝ่าย ปกครอง กิจกรรมของฝ่ายปกครอง และความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองที่มีส่วนเกี่ยวข้องกันจะต้องเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างจากระบบกฎหมายแพ่ง ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จึงมีแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแตกต่างไปจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง ในหัวข้อนี้จะศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและออกคำวินิจฉัยภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายมหาชน การจัดองค์กรและการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 1444 และมาตราต่อไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ (N.C.P.C.) เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้ชัดแจ้งในกฎหมายอื่น เช่น มาตรา 247 และมาตรา 361 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสด<sup>18</sup>

#### 3.5.1 ความหมายของวิธีการอนุญาโตตุลาการ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้บัญญัติถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่มาตรา 1333 เป็นต้นไป ได้ให้ความหมายสรุปได้ว่า “เป็นวิธีการที่คู่กรณีพิพาทต้องการระงับข้อพิพาทนั้น โดยมอบให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดและยอมรับในคำชี้ขาดดังกล่าวอย่างจริงจัง

#### 3.5.2 หลักเกณฑ์ของวิธีการอนุญาโตตุลาการ

หลักเกณฑ์หรือคำจำกัดความของวิธีการอนุญาโตตุลาการของฝรั่งเศสนั้น แบ่งเป็น 3 องค์ประกอบคือ

1) องค์ประกอบในด้านรูปแบบ เงื่อนไขสำคัญของวิธีการอนุญาโตตุลาการคือ ประสิทธิภาพในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่ความหรือคู่กรณีจะต้องยอมรับปฏิบัติตามผลแห่งคำชี้ขาดนั้น ดังนั้นถ้าในการไกล่เกลี่ยครั้งนั้นไม่มีการชี้ขาดและไม่มีการยอมรับการชี้

<sup>18</sup> โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 22.

ขาดนั้น เช่น เป็นเพียงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ หรือความเห็นที่ให้เพื่อให้มีการประนีประนอมกัน ก็ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการชี้ขาดในลักษณะของวิธีการอนุญาตตุลาการ แม้จะใช้ชื่อ อนุญาตตุลาการก็ตาม ก็ไม่มีผลทำให้ผู้เชี่ยวชาญท่านนั้นเป็นอนุญาตตุลาการได้<sup>19</sup>

2.) องค์ประกอบในด้านเนื้อหา วิธีการอนุญาตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็เพราะมีข้อพิพาท และโดยทั่วไปข้อพิพาทนี้มักเป็นปัญหาข้อกฎหมายเช่นเดียวกันกับข้อพิพาทที่นำไปสู่ศาล ในทางปกครอง วิธีการอนุญาตตุลาการอาจจะเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่ใช่ข้อกฎหมายด้วยก็ได้ เช่น การไม่เห็นพ้องกันของคู่กรณีในการร่างไว้ซึ่งสถานการณ์ทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งคิดว่า ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพราะสภาพการณ์เปลี่ยนไป

3.) องค์ประกอบในด้านองค์กร วิธีการอนุญาตตุลาการแตกต่างจากการประนีประนอมยอมความตรงที่ว่า การประนีประนอมยอมความ เป็นข้อตกลงของคู่ความหรือคู่กรณีเอง ไม่มีใครมาชี้ขาดและยอมรับปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น ส่วนวิธีการอนุญาตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยการวินิจฉัยชี้ขาดของบุคคลที่สาม ด้วยเหตุนี้วิธีการอนุญาตตุลาการจึงมีความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการและคู่ความหรือคู่กรณี ซึ่งจะปรากฏออกมาในรูปแบบของการตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียวหรือหลายคน อาจจะเป็นคณะอนุญาตตุลาการก็ได้

ทั้งนี้ การชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในทางแพ่ง มีลักษณะเหมือนคำพิพากษาของศาลอย่างหนึ่ง<sup>20</sup>

### 3.5.3 วิธีการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

1) กรณีห้ามมิให้มีอนุญาตตุลาการ ในประเทศฝรั่งเศสนั้น มีหลักการห้ามมิให้มีอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ในกรณีดังต่อไปนี้

(1.) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ในช่วงศตวรรษที่ 19 แนวคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลยุติธรรม ห้ามมิให้หน่วยงานทางปกครอง (นิติบุคคลมหาชน) ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาท ซึ่งเป็นหลักที่มีที่มาจากมาตรา 1004 และ

<sup>19</sup> คำวินิจฉัย สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ วันที่ 5 กรกฎาคม 1929 , คดี Ville de Biziers คำวินิจฉัย สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ วันที่ 8 ธันวาคม 1935, คดี Ville de Berglrac คำวินิจฉัย สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ วันที่ 10 กรกฎาคม 1936, คดี Ville de Boulogne – sur- Mer อ้างใน วรวิทย์ กังสคติ เทียม “ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 98.

<sup>20</sup> วรวิทย์ กังสคติ เทียม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 99.

มาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีข้อกำหนดมิให้มีการประนีประนอมยอมความในคดีพิพาทที่ต้องเสนอไปยังพนักงานอัยการ ซึ่งกรณีที่ต้องเสนอไปยังพนักงานอัยการนั้นรวมถึงคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานทางปกครองด้วย

คำวินิจฉัยของศาลปกครองและศาลยุติธรรมดังกล่าวข้างต้น ตุลาการผู้แถลงคดี Gazier มีความเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวเป็นเพียงหลักกฎหมายทั่วไปทางกฎหมายมหาชนที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าห้ามมิให้หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจตุลาการระงับข้อพิพาท<sup>21</sup> ซึ่งต่อมาหลักการดังกล่าวก็ได้มีการบัญญัติรับรองไว้โดย พระราชบัญญัติฉบับลงวันที่ 5 กรกฎาคม 1972 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อวางหลักว่า ถ้าเป็นนิติบุคคลมหาชนแล้วจะมีข้อห้ามมิให้ใช้อำนาจตุลาการ ไม่ว่านิติบุคคลนั้นจะมีวัตถุประสงค์อะไรก็ตาม โดยบัญญัติไว้ว่า

“ห้ามมิให้มีการประนีประนอมยอมความในข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของบุคคล หรือในข้อพิพาทเกี่ยวกับการหย่าหรือการแยกกันอยู่ชั่วคราวระหว่างสามีภรรยา หรือในข้อพิพาทที่ส่วนราชการ หรือองค์กรมหาชนเป็นคู่กรณี หรือในคดีพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวกับกฎระเบียบเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม”

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 บัญญัติว่า องค์กรมหาชนที่ทำกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมอาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความได้ แต่ต้องออกเป็นพระราชกฤษฎีกา<sup>22</sup>

อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ลงวันที่ 6 มีนาคม 1986 ยังเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 2060 มิได้บัญญัติกฎเกณฑ์อย่างอื่น แต่เป็นเพียงการยืนยัน “หลักกฎหมายทั่วไปทางกฎหมายมหาชน”<sup>23</sup> แต่การกำหนดห้ามมิให้ใช้อำนาจตุลาการ ยังมีความเห็นต่างกันเป็น 2 ฝ่าย คือ

ความเห็นฝ่ายแรก ได้แก่ ตุลาการผู้แถลงคดี Gazier มีความเห็นว่า หลักการกำหนดห้ามมิให้ใช้อำนาจตุลาการ เกิดจากความวิตกกังวล 2 ประการ คือเพื่อป้องกันมิให้

<sup>21</sup> คำแถลงการณ์ของ Gazier วันที่ 13 ธันวาคม 1957, Societe nationale de vente des surplus อังในนันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง หน้า 408.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 411.

<sup>23</sup> ความเห็นของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในการตรวจร่างสัญญา “Eurodisney” E.D.C.E. 1987, อังในนันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดิม.

หน่วยงานทางปกครองหันหลังให้กับกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นบริการสาธารณะของรัฐ และละเลยเพิกเฉยต่อภาระหน้าที่ในการต่อสู้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งศาลปกครองเป็นสถาบันที่เป็นหลักประกันที่จะให้หน่วยงานทางปกครองทำภาระหน้าที่ในการต่อสู้เพื่อสาธารณะดังกล่าว เหตุผลอีกประการหนึ่งคือ ตามคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐลงวันที่ 30 กรกฎาคม 1949 เกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการบังคับ โดยเหตุผลว่าข้อตกลงเกี่ยวกับการให้มีอนุญาโตตุลาการกระทบต่ออำนาจศาล เพราะอนุญาโตตุลาการถือเป็นองค์กรที่มีลักษณะและอำนาจเสมือนศาล เพราะการแบ่งอำนาจระหว่างศาลแต่ละศาลจะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ

ความเห็นฝ่ายที่สอง คือ D. Foussard มีความเห็นว่า ข้อกำหนดที่ห้ามอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท โดยที่ไม่แบ่งแยกว่า เป็นรัฐและองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นยังไม่อาจถือได้ว่า เป็นการป้องกันมิให้องค์กรดังกล่าวปฏิเสธหรือหลีกเลี่ยงการใช้กระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นบริการสาธารณะของรัฐ และเป็นไปไม่ได้ที่จะเกิดแนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่แย้งไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เพราะคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถที่จะอุทธรณ์ต่อไปยังศาลปกครองที่มีเขตอำนาจได้ การตกลงห้ามใช้สิทธิอุทธรณ์เป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น มาตรา 9L, 19 สิงหาคม 1986

(2) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนในสัญญาทางปกครองศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาทางปกครองเป็นบริษัทเอกชน<sup>24</sup> ได้แก่

คดี A.R.E.A. ลงวันที่ 3 มีนาคม 1989 ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเป็นการพิพาทตามสัญญาจ้างเหมางานโยธาสาธารณะ ระหว่างบริษัท A.R.E.A. ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วนกับกลุ่มบริษัทเอกชนกลุ่มหนึ่ง สัญญาดังกล่าวถือเป็นสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาคดี Peyrot การที่สัญญาได้มีข้อตกลงให้มีการประนีประนอมยอมความโดยไม่ต้องขึ้นศาลนั้น ข้อตกลงเช่นนี้รวมทั้งคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ศาลพิพากษาว่าตกเป็นโมฆะ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 2061 บัญญัติห้ามมิให้ใช้ข้อตกลงดังกล่าวคำพิพากษาคดีนี้จึงเป็นการวางหลักกฎหมายที่ห้ามมิให้มีข้อตกลงเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความโดยไม่นำคดีไปสู่ศาล ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 2061 มิใช่

<sup>24</sup> Laurent Richer, op.cit., pp.290-291, อ้างใน วรวิทย์ กังคศิเทียม, ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง หน้า 101.



มาตรา 2060 จึงเท่ากับว่าอาจยอมรับได้ว่า คำพิพากษาดังกล่าวมิได้ห้ามการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน

ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวทำให้ได้รับการวิจารณ์อย่างมาก ถ้านำมาพิจารณาประกอบกับประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา 631<sup>25</sup>

อันที่จริงคำพิพากษาดังกล่าวนี้ไม่มีผลกระทบเท่าใดนัก เพราะในคำแถลงการณ์คดีนี้ Guillaume ตุลาการผู้แถลงคดีได้ให้ความเห็นไว้ว่า โดยปกติการประนีประนอมยอมความในสัญญาจ้างเหมางานโยธาสาธารณะน่าจะสมบูรณ์ใช้บังคับได้ โดย Guillaume ได้อธิบายให้เห็นว่า คดีนี้ไม่ได้ทำตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 2060 ที่บัญญัติห้ามมิให้มีอนุญาโตตุลาการในหน่วยงานของรัฐมาบังคับ เพราะรัฐไม่ได้เป็นคู่สัญญา และการที่จะตีความให้สัญญาเกี่ยวกับการโยธาสาธารณะว่า เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจรัฐด้วยนั้น Guillaume ไม่เห็นด้วย เพราะจะเป็นการทำให้ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 2060 ห้ามมิให้อนุญาโตตุลาการในทุกคดีที่กระทบต่อรัฐซึ่งจะเป็นการตีความที่กว้างและคลุมเครือเกินไป

2.) ข้อยกเว้นที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการได้ มีข้อยกเว้นที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกเพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลปกครอง และประการที่สอง เพื่อเป็นการทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองใกล้ชิดกับการดำเนินการทางธุรกิจมากขึ้น อย่างไรก็ตามการมีอนุญาโตตุลาการมีน้อยมาก ส่วนการทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองใกล้ชิดกับการดำเนินการทางธุรกิจมากขึ้นนั้น แม้จะมีมากขึ้นก็ตาม แต่ก็ยังอยู่ในระดับที่ต่ำมาก กรณีที่ยกเว้นให้มีอนุญาโตตุลาการได้ มีดังต่อไปนี้

(1.) สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เหตุผลเพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระของสภาแห่งรัฐ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติที่สามารถมีข้อกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการในสัญญาได้ ได้แก่ พระราชบัญญัติ ฉบับลงวันที่ 17 เมษายน 1906 (ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา 247 และมาตรา 361) กำหนดให้มีการอนุญาโตตุลาการในเรื่องเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างได้ โดยมีขอบเขตเฉพาะสัญญาก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอาคารสถานที่และสัญญาจัดซื้อพัสดุและข้อพิพาทเกี่ยวกับการชำระค่าใช้จ่ายซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับองค์กรมหารระดับรัฐ แต่ใช้บังคับเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้ง ๆ ที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุจะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรอง แต่ถือว่าชอบด้วยกฎหมายใช้บังคับได้ เพราะมิได้เป็นการกำหนด

<sup>25</sup> C.Jarrosson, Clause Compomissoire, rev.arb. (N.p., 1992), p.259.

ให้จัดตั้งศาลไต่สวนหนึ่งขึ้นมาใหม่ หรือเป็นการกำหนดมาตรการที่เป็นผลกระทบต่อหลักการบริหารราชการโดยอิสระขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>26</sup>

นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการเป็นกรณีพิเศษ ได้แก่ พระราชบัญญัติเกี่ยวกับพลังงานน้ำ ฉบับลงวันที่ 10 ธันวาคม 1919 และประมวลกฎหมายว่าด้วยการประกันภัย มาตรา L.431-2

(2.) องค์กรมหาชนที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เหตุผลเพื่อทำให้การบริหารราชการใกล้เคียงกับการบริการธุรกิจ จึงได้มีการออกพระราชบัญญัติ ฉบับลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 เปิดช่องให้องค์กรมหาชนที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีองค์กรมหาชนใดนำมาใช้ คงมีเฉพาะองค์กรมหาชนที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมบางแห่งที่มีพระราชบัญญัติให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท มิใช่บัญญัติเป็นพระราชกฤษฎีกา เช่น กรณีของการรถไฟแห่งประเทศไทยฝรั่งเศส ตามพระราชบัญญัติลงวันที่ 30 ธันวาคม 1982 มาตรา 25 และกรณีของการไปรษณีย์และการสื่อสารแห่งฝรั่งเศส ตามพระราชบัญญัติลงวันที่ 2 กรกฎาคม 1990 มาตรา 28 ในทางปฏิบัติปรากฏว่า องค์กรมหาชนดังกล่าวยังคงลังเลที่จะนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎหมายในประเทศ ที่มี การนำมาใช้ก็แต่เฉพาะเรื่องสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอาคารสถานที่ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>27</sup>

อย่างไรก็ตาม เหตุผลเพื่อทำให้การบริหารราชการใกล้เคียงกับการบริการธุรกิจนี้ ใช้ได้กับแนวความคิดที่จะอำนวยความสะดวกให้กับความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศของนิติบุคคลมหาชน โดยการให้นิติบุคคลมหาชนปฏิบัติตามกฎหมายหรือวิธีปฏิบัติที่ใช้ในธุรกิจระหว่างประเทศด้วย

(3.) สัญญาระหว่างประเทศ ได้มีการตราพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ซึ่งแม้จะมีการจำกัดขอบเขตในการบังคับใช้ไว้บ้างก็ตามแต่ได้มีการอนุญาโตตุลาการให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ ได้แก่ พระราชบัญญัติฉบับลงวันที่ 15 กรกฎาคม 1982

<sup>26</sup> วรวิทย์ กังคศิเทียม, ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง, หน้า 103.

<sup>27</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 412.

สำหรับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาวิจัยที่กระทำกับองค์การต่างประเทศ และพระราชบัญญัติฉบับลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986<sup>28</sup>

(3.1) พระราชบัญญัติฉบับลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นการตอบสนองข้อเรียกร้องของบริษัท Walt Disney ซึ่งเข้าไปลงทุนจัดตั้งสวนสนุก Euro disneyland ในเมือง Mame-la-Vallee และได้ทำข้อตกลงร่วมกับรัฐบาล จังหวัด Seine-et-marne และ Epamame ไว้บริษัทจึงร้องขอว่า ไม่ประสงค์จะให้ข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นต้องนำไปขึ้นศาลปกครองเพราะอาจพิจารณาล่าช้าและเปิดเผย ในการพิจารณาเรื่องนี้ปรากฏว่าประเทศฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา 2 ฉบับ คือ อนุสัญญารุงเจนีวา 1961 (มีชื่อเรียกเต็มว่า The United Nations 1961 Geneva Convention on International Arbitration) และอนุสัญญารุงวอชิงตัน 1965 ซึ่งอนุสัญญารุงเจนีวา ข้อ 2 เป็นเรื่องที่ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสามารถของ “นิติบุคคลมหาชน” ในการทำข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย จึงไม่มีการนำข้อตกลงดังกล่าวมาใช้บังคับในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลมหาชนประเทศฝรั่งเศสและบริษัทของสหรัฐอเมริกา ส่วนอนุสัญญารุงวอชิงตัน ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐอื่น (Convention on The Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States อนุสัญญาฉบับนี้นิยมเรียกอย่างไม่เป็นทางการว่า ICSID) โดยเนื้อหาของอนุสัญญา ICSID จึงอาจมีการใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนในหน่วยงานของรัฐ แม้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้จะมีได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าใช้กับหน่วยงานของรัฐด้วยก็ตาม แต่ในความเห็นของสภาแห่งรัฐ เมื่อวันที่ 6 มีนาคม 1985 ตีความว่า อนุสัญญารุงวอชิงตันฉบับนี้ยังมิได้แสดงให้เห็นแต่อย่างใดว่า นิติบุคคลมหาชนฝรั่งเศสสามารถประนีประนอมยอมความได้ และในการพิจารณาร่างสัญญาที่ทำกับบริษัท Walt Disney ในเรื่อง Euro disneyland สภาแห่งรัฐมีความเห็นว่า สัญญาฉบับนี้ไม่ได้อยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่ใช้กับการค้าระหว่างประเทศตามที่ศาลสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางแนวทางไว้

ดังนั้นรัฐบาลฝรั่งเศสจึงต้องตราพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 เพื่อเป็นการตอบสนองข้อเรียกร้องดังกล่าวไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติ n 86-972 จึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความที่ไม่ต้องขึ้นศาลว่า

<sup>28</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 411.

“ห้ามมิให้นำบทบัญญัติมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับกรณีที่ต้องปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนที่ทำสัญญาร่วมกับบริษัทต่างชาติเพื่อดำเนินกิจการอันเป็นประโยชน์แก่ชาติ และได้มีข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความกันโดยไม่ต้องขึ้นศาลของรัฐ ในข้อพิพาทอันเกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้หรือการตีความในสัญญาดังกล่าว”

ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวนี้จะจำกัดขอบเขตเฉพาะสัญญาที่ทำขึ้นโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการอันเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเท่านั้น

(3.2) ความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ ศาลสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางแนวยอมรับให้รัฐและองค์การมหาชนสามารถใช้อินญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศที่ทำตามกฎหมายเอกชน แทนการฟ้องศาล โดยมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐฝรั่งเศส<sup>29</sup>

คดีแรกคือ คดี Capitaine du San Carlo ลงวันที่ 14 เมษายน 1964 ในปี ค.ศ.1964 และค.ศ. 1966 ศาลสูงสุดของฝรั่งเศสได้พิพากษาและถือเป็นบรรทัดฐานต่อมาว่า ข้อจำกัดดังกล่าวจะไม่นำไปใช้กับสัญญาที่มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าหรือการลงทุนระหว่างประเทศ คดีแรกที่ตัดสินเช่นนั้นคือคดี Office National Interprofessionnel des Cereales (Grain Directorate) V. Capitaine du San Carlo มีข้อเท็จจริงโดยย่อ ดังนี้คือ Office National Interprofessionnel des Cereales ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐบาลฝรั่งเศสเป็นโจทก์ ฟ้องกัปตันเรือ San Carlo ต่อศาลแพ่ง (Tribunal Civil) ณ เมือง Marseilles ประเทศฝรั่งเศส เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่สินค้าข้าวโพดสูญหายในระหว่างขนส่งจากประเทศเอธิโอเปียมายังเมือง Marseilles ประเทศฝรั่งเศส จำเลยต่อสู้ว่าศาลจะต้องจำหน่ายคดีเพราะมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในใบตราส่งสินค้า (Bill of Lading) ว่าให้เสนอข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างคู่กรณีต่ออินญาโตตุลาการที่เมืองเจนัว (Genoa) ประเทศอิตาลี ตามกฎหมายของประเทศอิตาลี ศาลชั้นต้นปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลย โดยตัดสินว่าตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น โจทก์ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐจะยินยอมผูกพันตามสัญญาอินญาโตตุลาการไม่ได้ เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลว่า การไม่ยอมรับความสมบูรณ์ของข้อตกลง

<sup>29</sup> อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายอินญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 90-94.

อนุญาโตตุลาการที่ปรากฏอยู่ในสัญญาระหว่างประเทศ (International contracts) จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญา จำเลยฎีกาต่อศาลสูงสุดของฝรั่งเศส ซึ่งศาลสูงสุดได้ตัดสินว่า

“เนื่องจากการห้าม (เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ) ตามมาตรา 83 และ 1004 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น เป็นเรื่องของนโยบายสาธารณะ (public policy) ภายในประเทศ ไม่ใช่เรื่องของนโยบายสาธารณะในทางระหว่างประเทศ และไม่ห้ามองค์กรของรัฐที่จะตกลงเช่นเดียวกับคู่สัญญาอื่น ๆ ทำสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นองค์กรของรัฐเป็นคู่สัญญาด้วย โดยยินยอมให้สัญญานั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศที่ยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการเมื่อสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างประเทศ”

ผลของคำพิพากษาของศาลสูงสุดประเทศฝรั่งเศสนั้นสามารถอธิบายได้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาภาคีรัฐนั้น ไม่ใช่ปัญหาว่าด้วยสถานภาพและความสามารถของบุคคลในการทำสัญญาและเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 3 วรรค 3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งจะต้องนำไปใช้บังคับกับคู่สัญญาที่มีสัญชาติฝรั่งเศส ดังนั้นการที่รัฐหรือองค์กรของรัฐทำสัญญากับเอกชนต่างด้าวอันมีลักษณะของความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ รัฐสามารถที่จะตกลงยินยอมให้มีการเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการได้

คำวินิจฉัยของคดีดังกล่าวเป็นการวางหลักทั่วไปเพื่อใช้กับเอกเทศสัญญาระหว่างประเทศว่า ข้อห้ามใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่อาจนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศได้ โดยไม่ต้องไปหาหลักกฎหมายต่างประเทศมาอ้างอิง อย่างไรก็ตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวมีผลบังคับใช้เฉพาะกับสัญญาตามกฎหมายแพ่งภายใต้เขตอำนาจศาลยุติธรรมเท่านั้น<sup>30</sup>

แต่ความเห็นของสภาแห่งรัฐเมื่อวันที่ 6 มีนาคม 1986 ซึ่งได้พิจารณาคำขอของบริษัท Walt Disney ในการเรียกร้องให้มีข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญา Eurodisneyland สภาแห่งรัฐได้กล่าวว่า สัญญานี้มิได้อยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่ใช้กับการค้าระหว่างประเทศ ตามความหมายที่ศาลสูงสุดฝรั่งเศสได้วางแนวทางไว้ ความเห็นนี้จึงค่อนข้างคลุมเครือว่า สภาแห่งรัฐเห็นว่าหลักกฎหมายการค้าระหว่างประเทศไม่อาจ

<sup>30</sup> T.C. 19 พฤษภาคม 195888 Soc. Myrtoon Steamship, Rec. 793 : D. 1958 , หน้า 699, note J. Robert อ้างในวรวิทย์ กังศศิเทียม, ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง หน้า 108.

นำวิธีอนุญาตตุลาการมาใช้ได้ เพราะสัญญา Eurodisneyland เป็นสัญญาทางการปกครอง หรือถือว่าสัญญา Eurodisneyland ไม่เป็นเรื่องการค้าระหว่างประเทศ หลังจากนั้นประเทศฝรั่งเศสจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติ ฉบับลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 ออกมาให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนที่ทำสัญญาร่วมกับบริษัทต่างชาติเพื่อดำเนินกิจการอันเป็นประโยชน์ต่อชาติสามารถมีข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความกันโดยไม่ต้องขึ้นศาลของรัฐ ในข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้หรือปัญหาการตีความในสัญญาดังกล่าว โดยห้ามมิให้นำบทบัญญัติมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ที่ห้ามมิให้การประนีประนอมยอมความในข้อพิพาทที่ส่วนราชการหรือองค์การมหาชนเป็นคู่กรณีมาใช้บังคับ ฉะนั้นจึงทำให้สัญญายูโรดิสนีย์แลนด์ (Eurodisneyland) สามารถมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นได้ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

ปัจจุบันโดยทั่วไปประเทศฝรั่งเศสถือหลักว่า ในกรณีที่มีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาภาครัฐ (State Contracts) จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการไม่ได้ ทั้งนี้เพราะว่ารัฐไม่ควรที่จะลดตัวเองลงไปให้อยู่ภายใต้การพิจารณาและตัดสินของเอกชน ดังนั้นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาภาครัฐนั้นจะต้องระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองเท่านั้น<sup>31</sup> ตามความเห็นของสภาแห่งรัฐและคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐเมื่อปี 1986 จะค่อนข้างแคบและจำกัด อย่างไรก็ตามได้เคยมีการเสนอไว้ในรายงานประจำปี 1993 ว่าด้วย “การยุติข้อพิพาทโดยวิธีอื่น” ให้ขยายขอบเขตให้กว้างขึ้นในเรื่องดังต่อไปนี้

- 1.) ขยายขอบเขตให้ใช้อนุญาตตุลาการเป็นการทั่วไปในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง
- 2.) กำหนดให้มีอนุญาตตุลาการได้ในสัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฝรั่งเศสกับหน่วยงานของรัฐต่างชาติได้
- 3.) กำหนดให้รัฐบาลสามารถออกพระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้องค์การมหาชนสามารถใช้อุญาตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทได้

แต่อย่างไรก็ดีปัจจุบันนี้วิธีการหลักที่ใช้ตัดสินข้อพิพาทสัญญาทางปกครอง คือ การฟ้องต่อศาลปกครอง

<sup>31</sup> อนันต์ จันทโรภาส, กฎหมายอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ, หน้า 90.

### 3.6 แนวคิดและเกณฑ์ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน<sup>32</sup>

ความหมายของอนุญาโตตุลาการ (Begriff des schiedsgericht) และ“กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Schiedsrichterliches Verfahren)” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ได้มีการบัญญัติอยู่ในบรรพ 10 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (10. Buch des Zivilprozessordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) ตั้งแต่มาตรา 1025 ถึงมาตรา 1066 เป็นเวลากว่า 100 ปี โดยไม่มีการแก้ไขจนกระทั่งเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1997 สภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์ (Bundestag) ได้ลงมติเห็นชอบกับ “กฎหมายว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Das Schiedsverfahrens-Neuregelungesetz)” กฎหมายฉบับดังกล่าวได้แก้ไข หลักเกณฑ์เรื่อง “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งบัญญัติอยู่ในบรรพ 10 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม เพื่อวางหลักเกณฑ์ให้ เป็น ไป ต าม UNCITRAL-Modellgesetz uber die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit (The United Nations Commission on international Trade Law (UNCITRAL)-Model Law on International Commercial Arbitration) “กฎหมายว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ลง วันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1997 (Gesetz Zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts เรียกโดยย่อว่า Schieds VFG)” ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1997 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1998 เนื้อหาสาระสำคัญของบทบัญญัติส่วนใหญ่ นำมาจาก UNCITRAL-MODEL Law โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปอย่างสะดวกและไม่ยุ่งยาก ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันตลอดจนเป็นการสนับสนุนให้มีการระงับข้อพิพาทภายในประเทศโดยอนุญาโตตุลาการอันมีผลเป็นการแบ่งเบาภาระให้กับองค์กรศาล อีกด้วย

ความหมาย “อนุญาโตตุลาการ (Schiedsgericht)” ตามนัยบรรพ 10 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) หมายถึง บุคคลหรือคุณบุคคลซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด

<sup>32</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี. “บันทึก ส.ศก. 09/918 เรื่อง รายงานผลการศึกษาวินิจฉัยกฎหมายปกครอง มหาวิทยาลัยวิชาการปกครองประเทศเยอรมัน (The German University of Administrative Sciences Speyer),” (กรุงเทพมหานคร, ศาลปกครองกลาง : 2544).

ข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง แทน “องค์กรศาล” ทั้งนี้ โดยการมอบหมายหรือแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าว ความหมาย “อนุญาโตตุลาการ” ในกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ได้บัญญัติข้อมติของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ไว้อย่างชัดเจน แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะปฏิเสธหรือไม่ยอมรับเรื่อง “อนุญาโตตุลาการ” โดยสิ้นเชิงความหมายที่แตกต่างระหว่าง “อนุญาโตตุลาการ” ตามนัยบรรพ 10 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) และ “อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายปกครอง” อยู่ที่ว่า “อนุญาโตตุลาการตามนัยบรรพ 10 ZPO” เป็นการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง ในขณะที่ “อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายปกครอง” เป็นการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายปกครองเท่านั้น

ความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จึงหมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายหรือการแต่งตั้งจากคู่กรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายให้ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวแทนองค์กรศาล

### 3.6.1 ประเภทของอนุญาโตตุลาการ (Arten von Schiedsgericht)

ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้แบ่งประเภทของอนุญาโตตุลาการไว้ 2 ประเภท ดังนี้

1) อนุญาโตตุลาการโดยแท้ (Echtes Schiedsgericht) หมายถึง อนุญาโตตุลาการที่มาจากการตกลงแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางกฎหมาย หรือโดยการตกลงของคู่กรณีตามที่กำหนดไว้ใน “ข้อกำหนดหรือข้อบังคับทางกฎหมายเอกชน” เช่น ข้อบังคับของบริษัท จำกัด ข้อบังคับของสมาคม เป็นต้น อนุญาโตตุลาการโดยแท้จึงได้แก่ อนุญาโตตุลาการที่มีพื้นฐานมาจาก “นิติกรรม (Rechtsgeschäft)” ตามความหมายของบทบัญญัติมาตรา 1025 ff. แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) นั่นเอง

2) อนุญาโตตุลาการโดยกฎหมายกำหนด (Unechtes Schiedsgericht) หมายถึง อนุญาโตตุลาการที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมาย อนุญาโตตุลาการประเภทนี้จึงเกิดขึ้นมาจากการที่มีพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง หรือข้อบังคับ ได้บัญญัติข้อมติมาตราในเรื่อง อนุญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะ และโดยที่อนุญาโตตุลาการประเภทนี้ไม่ได้เกิดขึ้นมาจากการตกลง



ลงแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางกฎหมาย ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของอนุญาโตตุลาการ จึงเรียกอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อีกอย่างหนึ่งว่า “อนุญาโตตุลาการที่ไม่แท้”

“อนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย” หรือ “อนุญาโตตุลาการที่ไม่แท้” ส่วนใหญ่จะได้แก่ อนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในกฎหมายปกครอง เช่น มาตรา 38a แห่งกฎหมายว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณค่าของทรัพย์สิน ปี ค.ศ. 1997 (Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz)), มาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ ปี ค.ศ. 1995 (Tierseuchengesetz), มาตรา 16 แห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ ปี ค.ศ. 1993 (Tierschutzgesetz), หรือมาตรา 71 แห่งกฎหมายว่าด้วยการประปา ปี ค.ศ. 1991 (Wasserverbandsgesetz) เป็นต้น

### 3.6.2 ความสำคัญของอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติ (Die Bedeutung der Schiedsgerichte in der Rechtspraxis)

“อนุญาโตตุลาการ” ได้เป็นที่รู้จักกันมานานตั้งแต่ยุคสมัยโบราณ จนอาจกล่าวได้ว่าเป็น “รูปแบบต้นกำเนิดของการพิจารณาคดีโดยศาล (die ursprünglichste Art der Gerichtsbarkeit) และโดยเหตุที่ระบบการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทโดย “อนุญาโตตุลาการ” เป็นระบบการพิจารณาที่ไม่ยุ่งยาก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายมากนักอีกทั้ง “อนุญาโตตุลาการ” ที่มาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทก็มาจากบุคคลที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทแต่งตั้งและให้ความไว้วางใจเอง ระบบการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงนำมาใช้กันมากในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางการค้า ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง อย่างไรก็ตามแม้ว่าระบบการพิจารณาและการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะมีข้อดี แต่ข้อเสียก็มีเช่นกัน กล่าวคือ การมอบหมายให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทมีความเสี่ยงสองประการด้วยกัน คือ ประการแรก บางครั้งอนุญาโตตุลาการอาจจะไม่มีความเป็นอิสระ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นมาจากบริษัท สมาคม สำนักรงาน หรือองค์กร เอกชน เนื่องจากอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะต้องผูกพันกับข้อบังคับของบริษัทสมาคมดังกล่าวอยู่ดี ประการที่สอง ไม่เป็นที่แน่นอนเสมอไปว่า อนุญาโตตุลาการจะไม่ลำเอียงหรือเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว

ในส่วนของข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองนั้น แยกเป็น 2 กรณี คือ

ก่อนที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) เรียกโดยย่อว่า VwGO ลงวันที่ 21 มกราคม ปี ค.ศ. 1960 จะมีผลใช้บังคับในทางปฏิบัตินั้น ระบบ “อนุญาตตุลาการ” แทบจะไม่ได้มีการนำมาใช้กับกรณีการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองเลย ทั้งนี้ จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับเรื่องอนุญาตตุลาการไว้เพียง 2-3 คดีเท่านั้น<sup>33</sup>

ภายหลังที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) มีผลใช้บังคับ ได้บัญญัติมาตรา 168 (1) เลขที่ 5 และมาตรา 173 VwGO ดังนี้

มาตรา 168 (1) เลขที่ 5 VwGO บัญญัติว่า “การบังคับคดีให้กระทำได้ เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการตามกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ตราบเท่าที่คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีนั้นมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย หรือมีผลบังคับได้ก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (ในกรณีการบังคับคดีชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (Vorläufig))”

มาตรา 173 VwGO บัญญัติว่า “ตราบเท่าที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาความใดไว้เป็นการเฉพาะให้นำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม เมื่อความแตกต่างในสาระสำคัญของลักษณะแห่งกระบวนการวิธีพิจารณาความของทั้งสองกระบวนการนั้นไม่ได้เป็นการปิดกั้นหรือห้ามมิให้นำมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 1062 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ศาลปกครอง ชั้นต้นที่มีเขตอำนาจ และศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 1065 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์”

ทั้งสองมาตราดังกล่าว ได้บัญญัติเรื่อง “อนุญาตตุลาการตามกฎหมายมหาชน” และบัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่า คู่กรณีที่มีข้อพิพาทในคดีปกครองสามารถจะตกลงระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยอนุญาตตุลาการได้ก็ตาม แต่ในทาง

<sup>33</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี. “บันทึก ส.ศก. 09/918 เรื่อง รายงานผลการศึกษาวินิจฉัยกฎหมายปกครอง มหาวิทยาลัยวิชาการปกครองประเทศเยอรมัน (The German University of Administrative Sciences Speyer),” (กรุงเทพมหานคร, ศาลปกครองกลาง : 2544).

ปฏิบัติการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองมีไม่มากนัก ปัญหาที่ว่า “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” นั้น ยังเป็นที่ถกเถียงกันมากในทางวิชาการของนักกฎหมายปกครองเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในปัญหาที่ว่าอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้จากการตกลงโดยอิสระของคู่กรณีที่มีข้อพิพาทในทางปกครอง หรือเฉพาะเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และหากอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองสามารถมาจากการตกลงแต่งตั้งโดยอิสระของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการดังกล่าว จะมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้ในขอบเขตมากน้อยเพียงใด

### 3.7 แนวคิดในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ต่างชาติ

ลักษณะสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นมีนักวิชาการให้ความหมายไว้ดังนี้ Lord McNair ให้ความเห็นว่า “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนี้เป็นการกระทำระหว่างรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนต่างประเทศอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเอกชนต่างประเทศนั้นมีความเป็นบุคคลตามกฎหมายของรัฐอีกรัฐหนึ่ง”<sup>34</sup> และรศ. ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์ ได้ให้ความหมายของสัญญาดังกล่าวไว้ว่า “เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐซึ่งจะเป็นตัวกระทำหรือผู้ทรงสิทธิ (Le Sujet de Droit) ในกฎหมายระหว่างประเทศกับเอกชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายภายใน เนื้อหาของสัญญาจะเกี่ยวข้องกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจภายในของรัฐ<sup>35</sup> เช่น สัญญาสัมปทานป่าไม้ เหมืองแร่ การก่อสร้างถนน เป็นต้น

คำว่า รัฐ หมายถึงรวมถึงหน่วยงานของรัฐด้วย ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า หน่วยงานของรัฐหมายความว่า ความรวมถึงกระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายและหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของที่เห็นหรือมอบหมายให้ใช้อำนาจในการออกระเบียบหรือคำสั่งให้บุคคลทั่วไปปฏิบัติหรืองดเว้นปฏิบัติการใด แต่ไม่รวมถึงบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่รัฐจัดตั้งหรือมีทุนรวมอยู่ด้วย ซึ่งทำให้เห็นว่ารัฐในแง่มุมของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศรวมถึงส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งทำสัญญากับฝ่ายเอกชนต่างประเทศ

<sup>34</sup> Lord McNair, “The General Principles of Law recognized by Civilized Nations,” *The British Yearbook of International Law* 33 (1957) : 3.

<sup>35</sup> ชุมพร บัจจุสานนท์, “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชน,” *วารสารกฎหมาย* 9, 1 (มิถุนายน 2537) : 74.

ส่วนความหมายของเอกชนต่างประเทศนั้น ได้แก่ บรรดาเอกชนต่างประเทศ บริษัทเอกชนต่างประเทศ บริษัทระหว่างประเทศ Jean – Flavien Lalive ได้ให้ความหมายของคำว่า “เอกชนต่างประเทศ” ว่า หมายถึง เอกชนที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นบริษัทต่างประเทศ<sup>36</sup>

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามกฎหมายเอกชน และขณะเดียวกันสัญญาก็มีลักษณะขององค์ประกอบในกฎหมายมหาชน ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้สิทธิแก่คู่สัญญาเอกชนในการประกอบธุรกิจที่รัฐอนุญาต โดยรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของรัฐในทางเศรษฐกิจและสังคมส่วน โดยฝ่ายเอกชนที่เข้ามาลงทุนก็มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไร ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ Kenneth S. Carlston มีความเห็นสนับสนุนว่า “ เมื่อรัฐทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนต่างประเทศ ก็จะทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐเอกชนผู้ได้รับสัมปทานกับรัฐผู้ให้สัมปทาน ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้มีลักษณะผสมผสานกันของกฎหมาย โดยจะเกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน<sup>37</sup>”

ดังนั้นเมื่อรัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศแล้ว รัฐก็ต้องปฏิบัติตามสัญญา เพราะกิจการที่ทำนั้นเป็นกิจการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูง ทั้งการปฏิบัติตามสัญญาก็มีระยะเวลายาวนาน อันจะต้องอาศัยความเชื่อถือและร่วมมือกัน รัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ในฐานะที่เป็นรัฐเพื่อไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาหรือยกเลิกสัญญาไม่ได้ในทุกกรณี คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเมื่อทำสัญญากันก็ต้องการได้รับหลักประกันการลงทุนเพื่อให้การลงทุนเกิดความมั่นคงจากการแทรกแซงของรัฐ ส่วนคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องการให้เกิดการลงทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ รัฐจึงมักจะยินยอม “เสนอหลักประกันการลงทุน” (Guarantee the Security of The Investment) โดยเสนอข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง และจะเสนอสิทธิพิเศษต่าง ๆ อาทิ สิทธิพิเศษด้านภาษีอากร สิทธิพิเศษเกี่ยวกับการโอนเงินและสิทธิพิเศษเกี่ยวกับการค้าอื่น ๆ รวมทั้งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นการจูงใจในการลงทุนแก่เอกชนต่างประเทศ ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนส่วนมากมักมีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผลจากการมีข้อตกลงเช่นว่านี้ ทำให้ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาดังกล่าวนั้นไม่ตกอยู่ในเขต

<sup>36</sup> มงคล กัลยเกตุ, “สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ (State Contract) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาสัญญาสำรวจและแสวงหาประโยชน์จากปิโตรเลียมในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 29.

<sup>37</sup> มงคล กัลยเกตุ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 260.

อำนาจของศาลภายในประเทศ มีความเห็นของ W.A. Friedman กล่าวสนับสนุนว่า “ในเรื่องสัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนี้บ่อยครั้งที่มีการประนีประนอมผลประโยชน์ โดยให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ”<sup>38</sup>

จากการที่กล่าวไว้ว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศไม่อยู่ภายในเขตอำนาจของ ศาลภายในประเทศนี้ ได้มีคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุน ระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ศูนย์ ICSID) ในกรณีของ LETCO V. The Government of the Republic of Liberia<sup>39</sup> ว่า “สิทธิของบริษัท Letco ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นมี ผลเป็นการประกันการลงทุนในระยะยาว และค่าใช้จ่ายในการลงทุนสูงนั้นจะไม่ถูกทำให้ไร้ ประโยชน์ไปเนื่องจากการกระทำของรัฐบาล Liberia” ทำให้เห็นว่าเมื่อมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แล้ว หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นการประกันให้กับเอกชน ต่างประเทศว่า ข้อพิพาทนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน แสดงให้เห็นว่าการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ชี้ขาดยอมถือได้ว่าเป็นเป็นการ สละความคุ้มครองของรัฐไปโดยปริยาย

ประเด็นนี้ทำให้สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง อีก ทั้งสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐนั้น ถือเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศและมีสิทธิตามกฎหมาย ระหว่างประเทศ โดยมีสิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ของรัฐเหนือดินแดนตลอด ทั้งสิทธิในการอ้างความคุ้มครองของรัฐ ในขณะที่เอกชนต่างประเทศเป็นเพียงบุคคลตามกฎหมาย ภายในของรัฐอื่น ไม่มีสิทธิดังกล่าวในทำนองเดียวกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ แต่ในการทำ สัญญาก็จะทำสัญญาทางแพ่งนั้นก็ให้มีเหตุผลสนับสนุนความแตกต่างของสัญญาทั้งสองดังกล่าว โดยอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ ICSID ได้

<sup>38</sup> อังโน รัชดา จุฬารีย์, “ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับ เอกชนต่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 24.

<sup>39</sup> “International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal Award in *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) V. The Government of the Republic of Liberia (Recovery of Damages for Breach of A Concession Agreement)* March 31, 1986,” *International Legal Materials* 26.3 (September 1987) : 662.

ตัดสินแยกความแตกต่างไว้อย่างชัดเจนในคดี AMCO. Asia V. the Government of Indonesia ว่า

“...อย่างไรก็ตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นจึงไม่เหมือนกับ สัญญาทางแพ่งเสียทุกอย่าง โดยจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้นรัฐสามารถยกเลิกเพิกถอนสิ่งที่รัฐได้ โอนแก่เอกชนได้ด้วยเหตุผลที่ไม่สามารถจะกล่าวอ้างในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปได้ และ/หรือรัฐ อาจสงวนการตัดสินใจที่จะดำเนินการใด หรือยกเลิกกระบวนการพิจารณาใดที่ซึ่งแตกต่างจาก กระบวนการพิจารณาในทางแพ่งทั่วไปเพื่อประโยชน์ของรัฐได้แต่ไม่ทุกกรณี”<sup>40</sup>

ทำให้เห็นว่ารัฐนั้นถือเป็นผู้คุ้มครองประโยชน์ของชาติ ดังนั้นรัฐจึงได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในการเปลี่ยนแปลง บังคับยกเลิกสัญญาได้ในบางกรณี หากการยกเลิกนั้นทำไปเพื่อประโยชน์ สาธารณะ ซึ่งถือเป็นข้อกำหนดพื้นฐานของสิทธิการถือประโยชน์ของประชาชนหรือของประเทศ เป็นใหญ่ หรือการยึดอินทรีพัตสินของเอกชนมาเป็นของรัฐรวมถึงสิทธิในการทำสัญญาโดยรัฐที่ ได้มีการตกลงกันไว้ก่อนหน้าด้วย แม้ว่าทรัพย์สินดังกล่าวจะเป็นของเอกชนต่างประเทศก็ตามซึ่ง หลักดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดีสิทธิในการโอน ทรัพย์สินหรือกิจการมาเป็นของรัฐ หรือสิทธิทางสัญญาจะต้องเป็นไป เพื่อปกป้องผลประโยชน์ สาธารณะเท่านั้น <sup>41</sup> เว้นแต่ในกรณีที่รัฐถือเสมือนเป็นเอกชน ซึ่งจะไม่มีสิทธิใช้อำนาจรัฐในการ ดำเนินการใด ๆ นอกเหนือจากที่ปรากฏในสัญญา และรัฐสามารถเพิกถอนการลงทุนได้ในกรณีที่ ผู้ที่ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ทั้งนี้ในระบบกฎหมายส่วนมากแล้ว คู่สัญญาจะยกเลิก สัญญาเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ในกรณีของทางแพ่งหรือระหว่างเอกชนด้วยกัน การ ยกเลิกสัญญาต้องมาจากการพิจารณาพิพากษาของศาล แต่กระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตของรัฐ นั้นไม่ต้องเสนอให้ศาลเป็นผู้พิจารณา กล่าวคือ รัฐสามารถมีอิสระจากการพิจารณาของศาล ในกรณีที่มีการเพิกถอนใบอนุญาต แต่ทั้งนี้ต้องปฏิบัติตามกฎในการเพิกถอนสัญญาตามที่ได้มี การตกลงกันไว้<sup>42</sup>

<sup>40</sup> “International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on The Merits in Arbitration Between AMCO. Asia Corporation et Al. And Indonesia} November 21, 1984,” International Legal Materials 24, 4 (July 1985) : 1029 para 188,

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid., p.1030.

เมื่อได้มีการทำสัญญากันขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศแล้ว ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทตามมาโดยเอกชนต่างประเทศเห็นว่าตัวเองถูกละเมิดสิทธิ รวมทั้งในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกันไว้ในสัญญาเป็นอย่างอื่น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทก็คือกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 บัญญัติว่า “ในปัญหาว่าพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี....” และหลักกฎหมายชดเชยของประเทศอังกฤษได้บัญญัติว่า “กฎหมายที่พึงใช้แก่สัญญาใด ๆ ได้แก่กฎหมายที่คู่สัญญามีเจตนามุ่งหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญานั้น ๆ...”<sup>43</sup> ซึ่งจากหลักกฎหมายชดเชยของประเทศไทยและประเทศอังกฤษดังกล่าวนี้ “ถือเอาความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาของคู่กรณีเป็นหลัก ซึ่งคู่สัญญาจะสามารถเลือกกฎหมายใดก็ได้ที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญา โดยไม่ต้องคำนึงถึงความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายนั้นกับสัญญา”<sup>44</sup> และกฎหมายภายในที่ได้บัญญัติไว้ในแต่ละประเทศก็ย่อมแก้ไขให้เกิดประโยชน์แก่รัฐของตนอยู่แล้ว ทำให้เอกชนต่างประเทศเกิดความไม่มั่นใจที่จะขึ้นศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจากเคลือบแคลงสงสัยในความเป็นกลางของศาลว่ามีความเป็นกลางมากน้อยเพียงใด ทำให้เอกชนต่างประเทศต้องพยายามหามาตรการเพื่อสร้างหลักประกัน โดยการกำหนดเงื่อนไขและข้อผูกพันต่าง ๆ เอาไว้ เช่น อาจจะต้องด้วยการกำหนดให้รัฐต้องใช้กฎหมายที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาเท่านั้น จะนำกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงภายหลังมาใช้บังคับกับสัญญาที่ทำไว้ก่อนหน้านั้นไม่ได้<sup>45</sup> หรืออาจกำหนดว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะใช้กฎหมายใดมาระงับข้อพิพาทและจะใช้ศาลของประเทศใดในการตัดสินข้อพิพาท ซึ่งเอกชนต่างประเทศก็พยายามที่จะเลือกศาลภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีเขตอำนาจพิพากษาข้อพิพาทที่ให้ประโยชน์กับตนเองให้มากที่สุด

อย่างไรก็ตามหากเอกชนต่างประเทศต้องถูกบังคับตามกฎหมายภายในของรัฐที่รับการลงทุน และไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมก็จะต้องใช้วิธีการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในจนถึงที่สุดก่อน (Exhaustion of Local Remedies) และเมื่อไม่ได้รับการเยียวยาหรือไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมจากกลไกการระงับข้อพิพาทภายในประเทศ ก็สามารถไปร้องขอความคุ้มครอง

<sup>43</sup> พรชัย วิวัฒน์ภทกุล, “กฎหมายที่ใช้บังคับแก่นิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศ,” วารสารกฎหมาย 17, 1 (มกราคม 2540) : 12.

<sup>44</sup> ภาณุมาศ ชัดเงางาม, “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศและการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 8, 1 (กรกฎาคม 2539) : 107.

<sup>45</sup> สุภาพดี สัตตบุศย์, “การโอนเป็นของชาติ,” วารสารกฎหมาย 7, 1 (มิถุนายน 2525) : 86.

ทางการทูต (Diplomatic Protection) จากรัฐของตน ซึ่งบางครั้งรัฐของเอกชนต่างประเทศก็อาจปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่เอกชนของตน เนื่องจากเหตุผลทางการเมืองและคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือแม้ว่ารัฐของเอกชนต่างประเทศอาจช่วยเหลือโดยนำข้อพิพาทไปเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วก็ตาม รัฐผู้รับการลงทุนก็อาจปฏิเสธไม่ยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ เพราะรัฐผู้รับการลงทุนก็อาจอ้างอธิปไตย (Sovereignty) ในเรื่องความคุ้มกัน (Immunity) ในการถูกฟ้องคดีหรือในการบังคับคดี เนื่องจากโดยปกติรัฐต่าง ๆ จะไม่ยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอยู่แล้ว เพราะจะทำให้เอกชนต่างประเทศนั้นได้รับสิทธิมากกว่าเอกชนภายในของรัฐตน ทำให้เห็นได้ว่าไม่มีศาลใดที่จะมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวได้อย่างแท้จริง

จากปัญหาดังกล่าวทำให้เอกชนต่างประเทศผู้ประกอบการค้าระหว่างประเทศ นิยมวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมากกว่าการใช้วิธีการทางศาลยุติธรรม<sup>46</sup> เพราะเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลงยินยอมตามความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อีกทั้งการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะยืดหยุ่นกว่าการฟ้องคดีต่อศาล และสามารถปรับให้เหมาะสมกับกิจกรรมระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั้งยังมีความรวดเร็วกว่าศาล มีขั้นตอนที่รวบรัดมีประสิทธิภาพและสามารถรักษาความลับของกิจการไว้ได้ มีบรรยากาศที่เป็นมิตรมากกว่าทำให้ความสัมพันธ์ของคู่กรณีไม่เสียไป ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการก็กระทำโดยไม่เปิดเผยต่อหน้าสาธารณะชนจึงสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้และคู่กรณีเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการเอง ดังนั้นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นที่น่าเชื่อถือและได้รับการยอมรับจากคู่กรณี และเมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดแล้วก็ยังมีกระบวนการทางศาลที่ทำหน้าที่ตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยศาลจะดูว่ากระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นมีความบริสุทธิ์ยุติธรรมหรือไม่ ด้วยเหตุนี้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเครื่องมือที่เอกชนและศาลร่วมกันอำนวยความสะดวกเพื่อระงับข้อพิพาททางธุรกิจในปัจจุบัน<sup>47</sup> และคู่กรณีนั้นก็มีความต้องการองค์ระหว่างประเทศที่มีความเป็นกลางในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เนื่องมาจากคู่กรณีมีความไม่ไว้วางใจศาลในการตรวจสอบทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้มีความพยายามจากหลายๆ ประเทศที่จะจัดตั้งองค์กรที่มีความเป็นกลางและทรงไว้ซึ่งความ

<sup>46</sup> ภาณุมาศ ชัดเงางาม, “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศและการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ,” หน้า 20.

<sup>47</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ,” ใน รวมบทความกฎหมายข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535), หน้า 124.



ยุติธรรมขึ้น ซึ่งเป็นที่มาของการจัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ (International Center for Settlement of Investment Disputes) หรือ ICSID นอกจากนี้แต่ละรัฐยังสามารถทำความตกลงกันระหว่างประเทศในการระงับข้อพิพาทในรูปสัญญาพหุภาคี (Multilateral) เช่น

1.) Geneva Protocol on Arbitration Clause 1923 (โปรโตคอล ว่าด้วยข้อตกลงมอบให้อนุญาตโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ. 1923)

2.) Geneva Convention on Eecution on Foreign Arbitration Awards 1927 (อนุสัญญาเจนีวา ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1927)

3.) New York Convention of Recognition of Foreign Arbitration Awards 1958 (อนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958)

จากอนุสัญญาเหล่านี้เป็นที่เห็นได้ชัดว่า การอนุญาโตตุลาการในการใช้ระงับข้อพิพาทรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นได้รับความนิยมแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศมาเป็นเวลานานแล้ว

### 3.8 สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นหากมีการระบุไว้ในสัญญาว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น การระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ มีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องด้วย 3 องค์ประกอบหลัก คือ ศาล ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ ICID และองค์การประกันการลงทุนระหว่างประเทศพหุภาคี MIGA

#### 3.8.1 ศาล

ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น ศาลเป็นองค์ประกอบที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยในหลายกรณี อาทิเช่น เรื่องของการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการ การออกหมายเรียกพยานหรือมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดก็ได้มาให้ประกอบการพิจารณาชี้ขาด การคัดค้านตามคำชี้ขาด การบังคับตามคำชี้ขาด ฯลฯ สำหรับศาลที่มีเขตอำนาจนั้นอาจแบ่งได้เป็น ศาลไทยและศาลต่างประเทศ

##### 3.8.1.1 ศาลไทย

ในกรณีของสัญญาระหว่างรัฐไทยกับเอกชนต่างชาตินั้น ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

ชนต่างชาติทั้งหมดนั้นรวมเรียกว่า สัญญาของทางราชการซึ่งถือเป็นสัญญาทางแพ่ง ดังนั้นศาลที่มีเขตอำนาจจึงหมายถึงศาลยุติธรรม ต่อมาเมื่อมีพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเกิดขึ้น “ศาลที่มีเขตอำนาจ” จะมีความหมายแตกต่างกันตามลักษณะของสัญญา กล่าวคือ หากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นเข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครองดังที่อธิบายไว้ในบทที่ 2 แล้ว “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ในที่นี้ย่อมหมายถึงศาลปกครอง เนื่องจากมาตรา 9 วงเล็บสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ส่วนคดีที่เป็นสัญญาทางแพ่งนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

3.8.2.2 ศาลต่างประเทศ สำหรับการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่มีการระบุไว้ในสัญญาว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นให้กระทำในประเทศอื่นอาจเป็นประเทศของคู่กรณีฝ่ายเอกชนต่างชาติ หรือในประเทศที่สามก็ตาม ศาลที่มีเขตอำนาจ หมายถึง ศาลของประเทศที่ระบุไว้ในสัญญา นั้น ๆ

### 3.8.2 ศูนย์ระงับข้อพิพาทเพื่อการลงทุนระหว่างประเทศ

(International Center for Settlement of Investment Disputes)

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ต้องการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในประเทศของคู่สัญญาหรือในประเทศที่สามนั้น อาจเลือกใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการระดับโลกที่ตั้งขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาทเพื่อการลงทุนระหว่างประเทศ ก็ได้

ศูนย์ระงับข้อพิพาทเพื่อการลงทุนระหว่างประเทศ มีชื่อเรียกย่อว่า ICSID เป็นศูนย์ที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others States) ซึ่งเกิดขึ้นโดยความริเริ่มและสนับสนุนของธนาคารโลก อนุสัญญาดังกล่าว ครอบคลุมเรื่องสำคัญ 3 เรื่องด้วยกันคือ เรื่องศูนย์ระงับข้อพิพาทเพื่อการลงทุนระหว่างประเทศ เรื่องการประนอมข้อพิพาท และเรื่องการอนุญาโตตุลาการ<sup>48</sup>

<sup>48</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น,” ใน รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2544), : หน้า 210.

ศูนย์ระงับข้อพิพาทเพื่อการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ ICSID นั้นเป็นสถาบันที่ระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยเฉพาะ ทำหน้าที่ในการจัดการและอำนวยความสะดวกในการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการลงทุน มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ ณ ที่เดียวกับสำนักงานใหญ่ธนาคารโลก ในกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. ศูนย์ ฯ ไม่ได้เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการ การประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำโดยผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณีตามความในอนุสัญญา ซึ่งคู่กรณีไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากบุคคลที่อยู่ในบัญชีรายชื่อที่ศูนย์ได้จัดทำขึ้น นอกจากนี้ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นประธานคณะผู้ประนอมข้อพิพาท หรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่จะต้องแต่งตั้งมาจากบุคคลที่อยู่ในบัญชีรายชื่อของศูนย์ ในกรณีที่คู่กรณีไม่แต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาท หรืออนุญาโตตุลาการให้ครบถ้วนถูกต้องภายใน 90 วันหลังจากที่ได้มีการลงทะเบียนการเสนอข้อพิพาทไว้กับเลขาธิการศูนย์แล้วประธานของ Administrative Council ซึ่งเป็นผู้ดูแลการดำเนินงานของศูนย์ก็จะทำการแต่งตั้งคู่กรณีแทน<sup>49</sup>

นอกจากนี้อนุสัญญายังอำนวยความสะดวกการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติอื่นของรัฐ หรือ ICSID Convention ได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ 2 วิธีด้วยกันคือ การประนอมข้อพิพาท<sup>50</sup> และการอนุญาโตตุลาการ<sup>51</sup> โดยที่ผู้ประนอมข้อพิพาทนั้นไม่ได้ทำการวินิจฉัยหรือตัดสินเพียงแต่มีหน้าที่ในการจัดทำข้อเสนอแนะให้แก่คู่กรณีเพื่อยุติข้อพิพาท อย่างไรก็ตามอนุสัญญาได้กำหนดเป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องให้ความสำคัญต่อข้อเสนอแนะของผู้ประนอมข้อพิพาท<sup>52</sup> ส่วนในกรณีของอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการตัดสินหรือชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีและคู่กรณีจะต้องผูกพันและปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>53</sup> อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าคู่กรณีจะตกลงประนีประนอมยอมความกันไม่ได้ในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ และเมื่อมีการประนีประนอมยอมความกันแล้ว คู่กรณีก็อาจร้องขอให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดตามที่ได้ประนีประนอมยอมความกันก็ได้

<sup>49</sup> Articles 30, 38 อ้างในอนันต์ จันทโรภากร, “อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น,” หน้า 213.

<sup>50</sup> Articles 28 – 35, อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดิม.

<sup>51</sup> Articles 36 – 45, อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดิม.

<sup>52</sup> Articles 34, อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, เรื่องเดิม, หน้าเดียวกัน.

<sup>53</sup> Articles 53 (1), อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น,” หน้า 213.

การระงับข้อพิพาทภายใต้บังคับของอนุสัญญาจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขดังนี้คือ<sup>54</sup> ประการแรก เงื่อนไขเรื่องความยินยอม การระงับข้อพิพาทที่จะอยู่ภายใต้การจัดการดูแลของศูนย์ ฯ จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือว่าจะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ ฯ ในด้านของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีในข้อพิพาท ความยินยอมดังกล่าวอาจปรากฏอยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุไว้ในสัญญาการลงทุน หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำแยกต่างหากจากสัญญาการลงทุน หรืออาจปรากฏอยู่ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนหรือสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนหรือการคุ้มครองการลงทุน ส่วนความยินยอมทางด้านเอกชนซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติอาจปรากฏอยู่ในสัญญาที่ทำกับรัฐ ในเอกสารต่าง ๆ ที่ตนได้ยื่นไว้กับรัฐ หรืออาจให้ความยินยอมไว้ในคำร้องเพื่อเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ ฯ ก็ได้ และเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายได้ให้ความยินยอมแล้วคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเพิกถอนความยินยอมนั้นโดยลำพังไม่ได้ ดังนั้นหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้ความยินยอมไปแล้ว แต่ตราบิตที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ได้ให้ความยินยอม คู่กรณีฝ่ายนั้นย่อมเพิกถอนความยินยอมของตนได้เสมอ ถ้าพิจารณาในแง่นี้จะเห็นได้ว่าการให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ ฯ นั้นไม่มีผลผูกพันผู้ให้ความยินยอมเว้นแต่คู่กรณีทุกฝ่ายจะได้ให้ความยินยอมทั้งหมดแล้ว

เงื่อนไขประการที่สอง คือเรื่อง เขตอำนาจเหนือบุคคล (Jurisdiction Rationae Personae) ซึ่งเป็นเงื่อนไขในทางคุณสมบัติของคู่กรณีในข้อพิพาท กล่าวคือศูนย์ ฯ จะมีอำนาจในการจัดการระงับข้อพิพาทก็ต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐภาคี (หน่วยงานหรือทบวงการชองรัฐ) และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นคนชาติของอีกรัฐภาคีหนึ่ง ดังนั้นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ หรือข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญานี้

เงื่อนไขประการที่สามคือ เรื่องเขตอำนาจเหนือคดีข้อพิพาท (Jurisdiction Rationae Materiae) เงื่อนไขข้อนี้หมายถึงการที่ศูนย์ ฯ จะมีอำนาจในการจัดการระงับข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีและคนชาติของอีกรัฐภาคีหนึ่งได้ ก็ต่อเมื่อข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นเป็นข้อพิพาทที่มีลักษณะตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาด้วย กล่าวคือ จะต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายและเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน<sup>55</sup> อย่างไรก็ตามนิยามของคำว่า “ข้อพิพาททางกฎหมาย” หรือ “การลงทุน” นั้นไม่ได้มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะในที่ประชุมการร่างอนุสัญญาไม่อาจหาคำนิยามที่เป็นที่ยอมรับของทุกฝ่ายได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตามที่ประชุมก่อนข้างจะมีแนวโน้มที่เห็นว่า “ข้อพิพาททางกฎหมาย” นั้นเป็นเรื่องที่คู่กรณีพิพาท

<sup>54</sup> อนันต์ จันทโรภากร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

<sup>55</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น,” หน้า 219.

กันเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่หรือหนี้ของคู่กรณี หรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง และเป็นดุลยพินิจของคู่กรณีที่ตกลงกันในขณะทำสัญญาว่าจะถือว่ากิจการดังกล่าวเป็นการลงทุนซึ่งตนยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกิจการนั้นต่อศูนย์ ฯ หรือไม่

จากเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นนั้นให้ความสำคัญแก่เงื่อนไขในทางคุณสมบัติของคู่กรณีและเงื่อนไขในเรื่องของการให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ระงับข้อพิพาทเพื่อการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) มากกว่าเงื่อนไขอื่น ๆ

### 3.8.2.1 การดำเนินการเบื้องต้นในการรับคดีข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการจัดการของ ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

ในอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้นำวิธีการจดทะเบียนมาใช้<sup>56</sup> กล่าวคือ คู่กรณีที่ประสงค์จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศจะต้องยื่นคำร้องขอประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาตตุลาการข้อพิพาทแล้วแต่กรณี โดยจะต้องระบุรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาททั้งหลายรายละเอียดของคู่กรณี และความยินยอมของคู่กรณีที่ให้ศูนย์ ฯ จัดการประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาตตุลาการให้แก่คู่กรณี และรายละเอียดอื่น ๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ เมื่อได้รับคำร้องแล้วเลขาธิการของศูนย์ ฯ มีหน้าที่จะต้องตรวจคำร้อง และหากพบว่าศูนย์ ฯ ไม่มีเขตอำนาจที่จะจัดการข้อพิพาทนั้น เช่นคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะให้ศูนย์ ฯ จัดการข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เป็นต้น ในกรณีนี้เลขาธิการของศูนย์ ฯ จะไม่รับจดทะเบียนคำร้องขอประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาตตุลาการข้อพิพาท แต่ถ้ากรณีที่มีข้อสงสัยหรือไม่ชัดเจนว่าศูนย์ ฯ จะมีอำนาจจัดการเรื่องดังกล่าวหรือไม่ เลขาธิการก็จะจดทะเบียนคำร้องนั้นไว้ แล้วปล่อยให้เป็นที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาตตุลาการที่จะวินิจฉัยว่าคดีดังกล่าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ ฯ หรือไม่ อนึ่ง การรับจดทะเบียนคำร้องขอประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาตตุลาการข้อพิพาทไม่ใช่กระบวนการพิจารณาคดีสำหรับการที่จะวินิจฉัยว่าข้อพิพาท ดังกล่าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ ฯ ที่จะจัดการหรือไม่ ภายหลังจากการรับจดทะเบียนคำร้องแล้ว คู่กรณีก็จะได้รับคำบอกกล่าวถึงการที่มีการเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ ฯ และเมื่อได้รับการแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาตตุลาการขึ้นแล้วแต่กรณี หากยังมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งติดใจและคัดค้านว่าศูนย์ ฯ ไม่มีเขตอำนาจที่จะจัดการกับข้อพิพาทนั้นได้ ในกรณีเช่นนี้ผู้ประนอมข้อ

<sup>56</sup> Article 28, 36 อ้างใน อนันต์ จันทโรภากร, “อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น,, หน้า 220.

พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยว่าข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ ฯ ที่ จะจัดการหรือไม่ โดยจะวินิจฉัยและมีคำสั่งออกมาในลักษณะของการวินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้น หรืออาจรวมไว้สิ่งพร้อมกับการทำข้อเสนอแนะ (ในกรณีของการประนอมข้อพิพาท) หรือทำคำชี้ขาด (ในกรณีของอนุญาโตตุลาการ) ก็ได้

ในส่วนของกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้นได้มีบัญญัติไว้ในอนุสัญญา ข้อ 42<sup>57</sup> ข้อความในประโยคแรกของข้อ 42 ชี้ให้เห็นว่า คู่กรณีมีเสรีภาพเต็มที่ที่จะตกลงกันว่าจะให้นำกฎหมายใดมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาทของตน ข้อตกลงดังกล่าวของคู่กรณีย่อมผูกพันอนุญาโตตุลาการที่จะต้องทำตาม ไม่ว่าจะกฎหมายที่คู่กรณีตกลงกันให้นำมาใช้บังคับนั้นจะเป็นกฎหมายภายในประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ หรือการผสมผสานกันระหว่างภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ในประโยคที่สองของวรรค 1 นั้น เป็นกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้เกี่ยวกับกฎหมายสารະບ័ណ្ណុតិที่จะนำมาใช้ ในกรณีดังกล่าว ให้ อนุญาโตตุลาการนำกฎหมายของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทนั้น รวมทั้งหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของรัฐนั้น และกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการตัดสินคดี

สำหรับข้อความในวรรคที่สามของข้อนี้บัญญัติให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะชี้ขาดตัดสินโดยอาศัยหลักแห่งความยุติธรรมและความสุจริต (ex aequo et bono) ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันไว้ “บทบัญญัติในวรรคที่ 1 และ 2 ไม่มีผลเป็นกระทบต่ออำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะชี้ขาดตัดสินคดีโดยอาศัยหลักแห่งยุติธรรมและความสุจริต”

<sup>57</sup> Article 42 :

(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of law) and such rules of international law as may be applicable.

(2) The tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of law.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agreed.

ในส่วนของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือ บทบัญญัติข้อ 53 – 54 ซึ่งผู้ร่างอนุสัญญามีวัตถุประสงค์หลักอยู่สองประการคือ ในประการแรกก็เพื่อรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีทั้งทางด้านของนักลงทุนและทางด้านของรัฐผู้รับการลงทุนและประการที่สองก็เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นโดยถูกต้องนั้นมีผลบังคับได้อย่างจริงจังไม่ว่าจะโดยอาศัยการบังคับใช้ของอนุสัญญาหรือกฎหมายภายใน ทั้งนี้ได้คำนึงถึงความแตกต่างของระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ด้วย ทั้งนี้ บทบัญญัติข้อ 53 (1) ของอนุสัญญาบัญญัติว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม<sup>58</sup> ข้อ 54 ของอนุสัญญากำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐภาคีทั้งหลายที่จะต้องยอมรับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้การดำเนินงานของศูนย์ ฯ มีผลผูกพันเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลของตนที่ถึงที่สุดแล้ว ดังนั้นกระบวนการบังคับตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วในแต่ละประเทศ และเพื่อให้การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพ จึงได้มีการพยายามที่จะจัดทำสนธิสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1920 เป็นต้นมา<sup>59</sup>

### 3.8.3. สถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Investment Guarantee Agency –MIGA) ในฐานะสถาบันส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ

สถาบันประกันการลงทุนพหุภาคีเป็นสถาบันที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาจัดตั้งองค์การประกันการลงทุนพหุภาคี ค.ศ. 1985 (Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 1985) หรือที่เรียกย่อว่า MIGA มีสำนักงานตั้งอยู่ที่กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. สหรัฐอเมริกา สถาบันดังกล่าวเป็นสถาบันรับประกันความเสี่ยงภัยให้กับสมาชิกของสถาบันก่อนที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศอื่น ภัยที่สถาบันยอมรับประกันภัยให้ ได้แก่ ภัยอันเกิดจากการยึดกิจการและทรัพย์สินของผู้เอาประกันภัยมาเป็นของรัฐ (Expropriation) รวมตลอดทั้ง มาตรการอันมีลักษณะทำนองเดียวกันกับการยึดกิจการ หรือการโอนกิจการของผู้เอาประกันภัยมาเป็นของรัฐ

<sup>58</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น,, หน้า 226.

<sup>59</sup> สนธิสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ ได้แก่ เช่น Geneva Convention 1927 on Execution of Foreign Arbitral Awards, New York Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards, the United Nations 1961 Geneva Convention on International Arbitration และ Europe’s 1966 Strasbourg European Convention providing Uniform Law on Arbitration.

(Creeping Expropriation) เช่น การห้ามผูกขาดของกิจการเอกชนต่างประเทศ การยกเลิกสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ รวมทั้งประโยชน์ทางภาษี จนเป็นเหตุให้เอกชนต่างประเทศไม่สามารถรับภาระ เช่นว่านั้นได้ หรือไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ เป็นต้น นอกจากนี้สถาบันยังได้รับประกันภัยในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสัญญาลงทุนของตนได้ เช่น ไม่สามารถฟ้องร้องรัฐคู่สัญญาต่อศาลภายในของรัฐนั้น หรือต่ออนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลภายในนั้นเป็นไปอย่างล่าช้า หรือไม่สามารถบังคับตามคำพิพากษาของศาลภายในได้ภายในระยะเวลาอันสมควร เป็นต้น<sup>60</sup> ซึ่งการทำประกันภัยของ เอกชนต่างประเทศก่อนที่จะเข้ามาลงทุนนั้นเป็นมาตรการหนึ่งที่ช่วยในการคุ้มครองหรือบรรเทาความเสียหายให้แก่เอกชนต่างประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการเข้ามาลงทุน หากเกิดปัญหาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามในเรื่องของการชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่สมาชิกผู้เอาประกันนั้น จะมีการกำหนดไว้ในสัญญาประกันว่า ก่อนที่สถาบันจะชำระค่าสินไหมทดแทนให้ นั้น ผู้เอาประกันต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งการเยียวยาในทางปกครองตามควรแก่กรณีเสียก่อน<sup>61</sup> ทั้งนี้ บทบัญญัติข้อ 23 ข. ของอนุสัญญาฯ ได้บัญญัติไว้ว่า ให้สถาบันกระตุ้นให้มีการระงับข้อพิพาทอย่างฉันมิตรระหว่างผู้ลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุน<sup>62</sup>

### 3.9 แนวทางการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ

เมื่อรัฐทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศนั้นโดยที่สัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นสัญญาสัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกิจการบริการสาธารณะหรือการจัดสร้างหรือจัดการสาธารณูปโภคต่าง ๆ ซึ่งสัญญาดังกล่าวนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาและพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองนั้น หากมองในแง่ของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแล้ว การที่ต้องใช้ศาลปกครองในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ไม่เหมาะสมกับภาวะ

<sup>60</sup> Ibrahim F.L. Shihata, "The MIGA and the Legal Treatment of Foreign Investment," Recueil des cours de l' Académie de droit International (1987) : 107-157, อ้างถึงในจุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 633-634.

<sup>61</sup> บทบัญญัติข้อที่ 17 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี.

<sup>62</sup> Article 23 :

(b) The agency also shall :

(i) encourage the amicable settlement of disputes between investors and host countries ;



ปัจจุบันที่ประเทศไทยยังมีความต้องการที่จะให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนดำเนินการในกิจการของรัฐ และขณะเดียวกันประเทศไทยก็ยังได้ทำสนธิสัญญาทวิภาคีกับอีกหลายๆ ประเทศซึ่งในสนธิสัญญาเหล่านั้นมักจะมีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น

อนุญาโตตุลาการได้เข้ามามีบทบาทในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติเป็นอย่างมาก เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติมักเห็นว่า อนุญาโตตุลาการไม่ใช่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาของตน ดังนั้นการให้อนุญาโตตุลาการชำระข้อพิพาทอาจทำให้ตนได้รับความเป็นธรรมมากกว่าการนำคดีไปสู่ศาลของรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญา นอกจากนี้แล้วข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นมีลักษณะที่สลับซับซ้อนและยุ่งยากมากกว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน นอกจากนี้ข้อพิพาทยังมีผลกระทบต่อบรรยากาศของการค้าและการลงทุน ทั้งยังอาจทำให้แผนการพัฒนาประเทศต้องล่าช้าหรือหยุดชะงักไปอีกด้วย และบ่อยครั้งยังพบว่ากรณีในศาลไม่สามารถจัดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติได้ ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับความนิยมและยอมรับของคู่สัญญามากกว่า จึงนับได้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างบรรยากาศของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศและเป็นหลักประกันแก่เอกชนต่างชาติพอสมควรว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่ทำไว้กับรัฐจะได้รับการพิจารณาด้วยความเป็นธรรม

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 4

### ปัญหาของการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ในประเทศไทย

ในประเทศไทยหน่วยงานภาครัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายมหาชนมีหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองโดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ (Public interest) และในการดำเนินการดังกล่าวรัฐอาจจำเป็นต้องใช้วิธีการทำสัญญากับเอกชนซึ่งแต่เดิมก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นยังไม่มีกฎหมายหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตามในการที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนจึงเป็นการเจตนาที่อนติสัมพันธ์และการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเช่นเดียวกับการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน ดังนั้นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจึงเกิดจากความยินยอมพร้อมใจของทั้งสองฝ่ายที่มุ่งก่อสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามสัญญา ตามทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งถือความเสมอภาคกันไม่อาจบังคับกันได้ เป็นการเจตนาเข้าผูกพันกันโดยเสรี ยิ่งกว่านั้นเมื่อทำสัญญาขึ้นแล้วคู่สัญญาจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวไม่ได้ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนดังกล่าวจึงสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้เพราะถือว่าเป็นข้อพิพาททางแพ่ง โดยปรากฏตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดแบบสัญญามาตรฐานโดยบังคับให้การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจะต้องมีสัญญาข้อหนึ่งระบุให้สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทยนั้นอาจแบ่งได้เป็น

#### 4.1 การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนภายในประเทศ

กรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนภายในประเทศซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลภายในประเทศ เมื่อทำสัญญากันแล้วย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกันทางสัญญาซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

1. กรณีที่รัฐเจตนาทำสัญญากับเอกชนตามกฎหมายเอกชน กรณีดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่รัฐทำสัญญาโดยเจตนาให้เป็นสัญญาเชิงธุรกิจ โดยมีได้มีวัตถุประสงค์โดยตรงเกี่ยวกับกิจการทางปกครองหรือประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรงแต่อย่างใด เช่น การจัดซื้อโต๊ะ เก้าอี้ใช้ในสำนักงาน การเช่าหรือให้เช่าที่ดินหรืออาคาร การจ้างผู้รับเหมาปลูกสร้างอาคาร การร่วมทุนกับเอกชนตั้งบริษัทประกอบธุรกิจ เป็นต้น แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นภาครัฐก็ไม่ทำให้สัญญาดังกล่าวแตกต่าง

ต่างกับสัญญาทางแพ่งแต่ประการใด ยกเว้นบางกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแสดงว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสถานะบางประการเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน<sup>1</sup>

จากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเข้าทำสัญญาในสถานะที่เท่าเทียมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน และอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชนได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รัฐจึงไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ได้และก่อให้เกิดความเท่าเทียมกัน 3 ประการคือ

- 1.) ความเท่าเทียมกันในการทำสัญญา ในการแสดงเจตนาและการเจรจาทำความตกลงกัน
- 2.) ความเท่าเทียมกันในการปฏิบัติตามสัญญา ตามข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญาซึ่งคู่สัญญาต่างต้องปฏิบัติตามปกติประเพณีทางธุรกิจนั้น ซึ่งรัฐไม่อาจปฏิเสธได้หรือบ่ายเบี่ยงภาระอันเป็นปกติในทางธุรกิจดังกล่าว
- 3.) ความเท่าเทียมกันในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา ซึ่งรัฐไม่อาจแก้ไขยกเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ โดยอ้างอำนาจรัฐ และการบอกเลิกสัญญาต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมาย เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร รัฐในฐานะฝ่ายปกครองมีอำนาจในการปกครองที่จะกำหนดมาตรฐานของอาคารเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในฐานะคู่สัญญารัฐจะแก้ไขแบบแปลนเพื่อเพิ่มมาตรฐานของอาคารโดยพลการ โดยไม่จ่ายค่าจ้างเพิ่มไม่ได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องดำเนินการแก้ไขแบบตามข้อกำหนดในทางปกครองของภาครัฐก็ตาม<sup>2</sup>

2. กรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนภายในประเทศตามกฎหมายมหาชน (Contracts Administratifs) เป็นกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนโดยมีวัตถุประสงค์ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาสัมปทานสำรวจและผลิตแร่ โดยถือหลักว่าในรัฐ ประชาชนย่อมมีผลประโยชน์ร่วมกันในสิ่งที่ถือเป็น “สิ่งสาธารณะ” รัฐจึงมีสิทธิเหนือเอกชนในการเข้าทำสัญญาดังกล่าวอันเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งแต่เดิมก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายปกครองโดยชัดเจน ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองของฝ่ายรัฐดังกล่าวจึงสามารถระงับข้อพิพาทได้ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ในกรณีของสัญญาทางปกครองดังกล่าวแม้รัฐจะมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ว่าขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาซึ่งรัฐเป็นผู้กำหนดแบบของสัญญา

<sup>1</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “สัญญาสัมปทาน,” วารสารอัยการ 13, 150 (สิงหาคม 2533) หน้า 190.

<sup>2</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 191-192.

หรือกำหนดเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญาบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยอมรับในเอกลักษณ์บางอย่างของฝ่ายปกครอง

#### 4.2 การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติเป็นกรณีที่ทำในสัญญาที่คู่สัญญามีสถานภาพในระบบกฎหมายแตกต่างกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นตัวละครผู้ทรงสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นมีสัญชาติ แต่มิใช่ตัวละครตามกฎหมายระหว่างประเทศ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติดังกล่าว (State Contract) จึงมีลักษณะพิเศษไม่เหมือนกับสัญญาระหว่างบุคคลตามกฎหมายภายในประเทศ และมีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากเอกชนมิใช่ตัวละครหรือผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นสัญญาที่เกี่ยวกับพัฒนาการเศรษฐกิจภายในรัฐและสัญญาข้ามชาติ ซึ่งสัญญาเหล่านี้เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในกฎหมายคนละระบบ กล่าวคือรัฐเป็นตัวละครในกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนเอกชนต่างชาตินั้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐดังกล่าว

ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นรัฐเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ (Sovereignty) โดยชอบด้วยกฎหมายภายในดินแดนแห่งรัฐโดยมีสิทธิในการอ้างความคุ้มกันทางศาล (Immunity) ส่วนเอกชนต่างชาติมิใช่ตัวละครหรือผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>3</sup> ดังนั้นการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจึงไม่อาจนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ แต่เมื่อรัฐสมัครใจเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างชาติดังกล่าวจึงถือว่ารัฐสละเอกลักษณ์บางอย่างในฐานะตัวละครตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะอ้างอธิปไตยเหนือดินแดนได้ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นแบ่งตามลักษณะของสัญญาออกได้เป็นดังนี้

1. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนตามกฎหมายเอกชน  
 ในกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนต่างชาติที่มุ่งก่อนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน อาทิเช่น การซื้อขายข้าว อาหารสัตว์ น้ำมัน เป็นต้น สัญญาดังกล่าวนี้คู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐและเอกชนต่างชาติจึงมีนิติสัมพันธ์กันตามหลักกฎหมายเอกชน

<sup>3</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์. “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญา  
 ระหว่างรัฐกับเอกชน” วารสารกฎหมาย 9.1 (มิถุนายน 2527) : 72-74.

2. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่เป็นสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่รัฐเจตนาเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างชาติในกิจการที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน หรือบริการสาธารณะซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐจำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของมหาชนตามกฎหมายภายใน เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าทำสัญญากันแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในทางสัญญาตามข้อตกลงของคู่สัญญา ดังเช่นคู่สัญญาทั่วไปในลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนตามกฎหมายเอกชน และในขณะเดียวกันก็มีลักษณะขององค์ประกอบในกฎหมายมหาชนที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้สิทธิแก่เอกชนต่างชาติในการประกอบกิจการที่รัฐอนุญาต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นรัฐไม่อาจอ้างเอกสิทธิอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ เพราะถือว่ารัฐได้สละอำนาจความคุ้มครองเหนือดินแดนไปแล้ว เมื่อเข้าทำสัญญาดังกล่าว สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นมักเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจ เป็นการที่รัฐต้องพึ่งพาเอกชนต่างประเทศในการลงทุน รัฐจึงมักให้สิทธิพิเศษทางการลงทุน เช่น การกำหนดมาตรการทางภาษี การให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติมักขอให้กำหนดข้อสัญญาเรื่องการห้ามรัฐเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาแต่ฝ่ายเดียว การแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เป็นต้น<sup>4</sup>

นอกจากนี้ในการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติย่อมต้องการได้รับหลักประกันการลงทุนเพื่อให้แน่ใจว่า การลงทุนเกิดความมั่นคงจากการแทรกแซงของรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐเองก็ต้องการดึงดูดความสนใจให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติจึงมักเรียกร้องให้มีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ระบุไว้ในสัญญา เพื่อให้คู่สัญญาต้องยื่นข้อเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทแทนการยื่นฟ้องต่อศาล<sup>5</sup> เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นใจว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะสามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ โดยไม่จำเป็นต้องนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติเกรงว่าจะทำให้เกิดการเสียเปรียบได้ ทั้งนี้เมื่อมีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาแล้ว หากคู่กรณีฝ่ายใดฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อศาลโดยไม่นำเรื่องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่เข้า

<sup>4</sup> สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539) , หน้า 52.

<sup>5</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “การระงับข้อพิพาทตามสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อความมั่นคงแห่งชาติ” (เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2540-2541), หน้า 15.

กว่าวันที่ยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายเพื่อให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน<sup>6</sup> เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดแล้ว หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้<sup>7</sup> ซึ่งการที่รัฐยอมให้มีการระบุข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ไว้ในสัญญานั้นถือเป็นการแสดงความคุ้มกันของรัฐไปโดยปริยาย หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วรัฐแพ้คดี คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาตินำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาขอให้ศาลภายในประเทศบังคับคดีให้ตามคำชี้ขาดได้ ตัวอย่างเช่น กรณีข้อพิพาทระหว่างทางการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้อง จ่ายค่าเสียหายให้แก่กิจการร่วมค้า บีบีซีดี จำนวนหกพันล้านบาทเศษและเมื่อการทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น กิจการร่วมค้า บีบีซีดีได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้เป็นผู้บังคับตามคำชี้ขาดและศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2546 ให้การทางพิเศษปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปแล้วนั้น การปฏิบัติดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือมาเป็นเวลานานแล้วว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง

#### 4.3 การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติในประเทศไทย

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 นั้น หลักเกณฑ์เรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น<sup>8</sup> ซึ่งมีการบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการทั้งกรณีในศาลและนอกศาลเอาไว้<sup>9</sup> สำหรับกรณีพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นนอกจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีฝ่ายเอกชนยังอาจเสนอเรื่องรื้อข้อพิพาทไปยังคณะ

<sup>6</sup> มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.

<sup>7</sup> มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.

<sup>8</sup> ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, “อนุญาโตตุลาการ,” วารสารมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 3,6 (กรกฎาคม 2534) : 47-47.

<sup>9</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “การระงับข้อพิพาทตามสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อความมั่นคงแห่งชาติ,” หน้า 8.

กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์<sup>10</sup> ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ อันเป็นข้อพิพาททางปกครองระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐซึ่งรวมถึงข้อพิพาทในสัญญาของทางราชการด้วย วิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นวิธีเดียวกับวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แต่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวไม่มีผลบังคับได้เองเช่น คำพิพากษาของศาลปกครอง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยังต้องเสนอให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลสั่งการตามแต่จะเห็นสมควร<sup>11</sup> ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 103 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า เมื่อได้มีประกาศวันเปิดทำการของศาลปกครองกลางแล้ว บรรดาเรื่องที่ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาหรือที่มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์แล้วแต่นายกรัฐมนตรียังมิได้สั่งการ ให้โอนไปเป็นคดีของศาลปกครองกลาง และถ้าศาลปกครองกลางพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นคดีตามมาตรา 9 ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาและมีคำพิพากษาต่อไป

อย่างไรก็ดี ในช่วงก่อนพ.ศ. 2530 นั้นยังไม่ปรากฏถึงการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติชัดเจนนัก เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวโครงการลงทุนทางด้านบริการสาธารณะโครงการใหญ่ ๆ รัฐมักจะเป็นผู้ดำเนินการเอง อาทิเช่น โครงการทางด่วนขั้นที่ 1 ซึ่งดำเนินการโดยการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ต่อเมื่อรัฐบาลมีโครงการจะสร้างทางด่วนขั้นที่ 2 (ทางด่วนสายบางโคล่ - แจ้งวัฒนะ) จึงได้มีการทำสัญญาสัมปทานกับบริษัทเอกชน คือสัญญาระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด หรือกรณีสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด ที่เป็นสัญญาระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กระทรวงมหาดไทย กับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาทั้งสองฉบับนี้จะเป็นสัญญาทาง

<sup>10</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งแบ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ประเภทแรก คณะกรรมการร่างกฎหมาย มีหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่รัฐบาล ดูแลรับผิดชอบการจัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรีและการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีและหน่วยงานของรัฐ ประเภทที่สอง คือคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่ประชาชนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรวมถึงการวินิจฉัยปัญหาและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการด้วย

<sup>11</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์วิญญูชน : 2546), หน้า 205.

ปกครองก็ตามเนื่องจากเป็นสัญญาที่รัฐให้สัมปทานเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ หากเมื่อพิจารณาถึงเนื้อความในสัญญา ปรากฏว่าไม่มีข้อความที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือให้อำนาจแก่ฝ่ายรัฐในการแก้ไข หรือยกเลิกสัญญาได้โดยฝ่ายเดียวแต่อย่างใด ทั้งยังปรากฏในสัญญาข้อ 5.1 ความว่า “การเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขสัญญานี้จะมีผลผูกพันต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือ และลงนามโดยตัวแทนผู้มีอำนาจของแต่ละฝ่าย” ข้อสัญญานี้จึงเป็นการแสดงว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาต้องขึ้นอยู่กับความตกลงร่วมกันทั้งสองฝ่าย นอกจากนี้ในข้อ 27.1 ของสัญญาที่ระบุเรื่องการระงับข้อพิพาทนั้น ได้บัญญัติถึงการเสนอเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการด้วยว่า “นอกเสียจากจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญานี้ ข้อพิพาท ข้อขัดแย้ง หรือข้อเรียกร้องที่เกิดขึ้น หรือเกิดเนื่องมาจากสัญญานี้จะต้องเสนอต่อคณะผู้พิจารณาก่อน เพื่อให้แน่ใจว่าจะสามารถตกลงกันฉันท์มิตรได้หรือไม่ และในกรณีที่ไม่สามารถหาข้อยุติได้ภายในหกสิบวัน หรือกำหนดระยะเวลาอื่นที่คู่สัญญาตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจดำเนินการให้มีการระงับข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งดังกล่าวโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการแห่งราชอาณาจักรไทย”<sup>12</sup>

เนื่องจากระบบอนุญาโตตุลาการเป็นที่แพร่หลายมากขึ้นในวงการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ และประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งสาระสำคัญของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 นั้นต้องการให้คำพิพากษาของศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมีผลใช้บังคับกับอีกรัฐหนึ่ง โดยมีสนธิสัญญาระหว่างกันที่จะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และประเทศที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานั้นจะต้องมีกฎหมายภายในรองรับเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยที่ตราขึ้นเพื่อรองรับสนธิสัญญาดังกล่าว<sup>13</sup> จากนั้นได้มีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการในสังกัดกระทรวงยุติธรรมในปี พ.ศ. 2533 เพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศและสนับสนุนให้คู่กรณีพิพาทได้ประนีประนอมยอมความกัน หรือได้มีการระงับข้อพิพาทร่วมกันโดยอนุญาโตตุลาการ นอกจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แล้ว ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ยังได้กำหนดตัวอย่างสัญญาจ้าง สัญญาซื้อขาย และ

<sup>12</sup> นรินทร์ โตเผือก, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), หน้า 42.

<sup>13</sup> อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538), หน้า 69.



สัญญาจ้างที่ปรึกษาซึ่งเป็นสัญญาหลักของการจัดซื้อจัดจ้างในวงราชการ ในสัญญาเหล่านี้ได้ระบุข้อสัญญาไว้ในข้อ 21 ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ผู้พันให้คู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น การที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ระบุให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ในการทำสัญญาของทางราชการนั้น เป็นเครื่องยืนยันว่า รัฐบาลไทยได้เห็นความสำคัญและส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยการอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงข้อดีของการอนุญาโตตุลาการแล้วอาจกล่าวได้ว่า การอนุญาโตตุลาการนั้นนอกจากจะสนองความต้องการของคู่สัญญาฝ่ายต่างชาติแล้วยังเป็นผลดีต่อฝ่ายไทยด้วย เพราะในกรณีที่เกิดข้อพิพาทตามสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายไทยประสงค์จะเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติรับผิดชอบตามสัญญาย่อมเป็นการยากที่จะยื่นฟ้องเอกชนต่างชาติที่มีได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย หากฟ้องได้และศาลพิพากษาให้เอกชนต่างชาติชำระหนี้ตามสัญญา ก็จะเป็นการยากในการบังคับให้ชำระหนี้ เพราะเอกชนต่างชาติคงไม่มีทรัพย์สินให้บังคับยึดทรัพย์ในประเทศไทย และถ้าจะติดตามไปบังคับยึดทรัพย์ของเอกชนต่างชาติในประเทศของเขา ก็จะติดปัญหาที่คำพิพากษาของศาลไทยไม่อาจมีผลบังคับในประเทศนั้น หากเมื่อมีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) อยู่ในสัญญา ปัญหาดังกล่าวนี้อาจจะไม่เกิดขึ้น เพราะเมื่ออนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดให้เอกชนต่างชาติชำระหนี้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายไทยย่อมนำคำชี้ขาดไปยื่นขอให้ศาลประเทศนั้นพิพากษาได้โดยง่ายภายใต้เงื่อนไขของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งประเทศไทยและประเทศเหล่านั้นต่างเป็นภาคีอยู่<sup>14</sup>

#### 4.4 ปัญหาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แล้วนั้น จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้วิจัยไม่พบว่ามีปัญหาอันเกิดจากการขัดกันของกฎหมายแต่อย่างใด ปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นปัญหาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานมากกว่า ซึ่งหากพิจารณาถึงในส่วนของภาครัฐแล้วจะพบว่า ปัญหาบางประการเกิดจากการที่ระเบียบของภาครัฐเกี่ยวกับการชำระหนี้มิได้กำหนดแนวปฏิบัติสำหรับหน่วยงานภาครัฐในกรณีที่มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกำหนดให้

<sup>14</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “การระงับข้อพิพาทตามสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อความมั่นคงแห่งชาติ”, หน้า 2.

หน่วยงานภาครัฐต้องชำระหนี้ คงมีแต่เพียงระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการชำระหนี้ตามคำพิพากษาของศาลเท่านั้นซึ่งไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ เนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมิได้มีสภาพบังคับอย่างคำพิพากษาของศาล หากเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำพิพากษาชี้ขาดแล้ว คู่กรณีต้องยื่นคำร้องต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>15</sup> อีกชั้นหนึ่ง ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานภาครัฐเกิดความไม่แน่ใจว่าจะปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้หรือไม่ ประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ยังไม่ชัดเจน ทำให้หน่วยงานของรัฐชะลอการปฏิบัติตามคำชี้ขาด และเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีคำร้องต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาด หน่วยงานของภาครัฐมีสิทธิ์จะยื่นคำคัดค้านเพื่อให้ศาลทำการไต่สวน โดยอ้างว่าคำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขพิพาท ทำให้ต้องใช้เวลาดำเนินคดีในชั้นศาลต่อไปอีก อาทิเช่น กรณีพิพาทระหว่างทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับกิจการร่วมค้าบีบีซีดี<sup>16</sup> ที่ใช้เวลาดำเนินคดีในชั้นศาลประมาณ 2 ปีนับแต่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจนถึงวันที่ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ตัดสินบังคับคู่กรณีให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาที่หน่วยงานภาครัฐชะลอการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องสำคัญที่มีผลกระทบต่อการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการและระบบเศรษฐกิจของประเทศ เพราะหลักการสำคัญที่ทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมในการระงับข้อพิพาททางแพ่ง คือความสะดวกรวดเร็วและมีความเป็นกลาง เนื่องจากในการระงับข้อพิพาทนั้นคณะอนุญาโตตุลาการมาจากคนกลางที่คู่พิพาทร่วมกันคัดเลือกจากผู้ที่มีความเหมาะสมทั้งในแง่ความเป็นกลาง คุณวุฒิ และประสบการณ์ นอกจากนี้ในวงการการค้าระหว่างประเทศนั้นอนุญาโตตุลาการเป็นองค์การที่ให้ความมั่นใจในความเป็นกลางแก่คู่พิพาทได้มากกว่าศาลของประเทศคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นเมื่อปรากฏกรณีที่หน่วยงานภาครัฐซึ่งถูกบังคับตามคำชี้ขาดเป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และมีคดีคัดค้านต่อผู้กันศาลยืดเยื้อต่อไปเป็นเวลานานแรมปีหรือมากกว่านั้นย่อมทำให้ต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเกิดความไม่มั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนหรือทำธุรกิจการค้ากับประเทศไทย เนื่องจากสงสัยในระบบ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>15</sup> ดูพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 23 มาตรา 24 และมาตรา 26.

<sup>16</sup> ข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 30/2543 ระหว่าง บิลฟิงเกอร์ พลัส เบอร์เกอร์บาวอค์เตียนเกเซลชาฟท์ บริษัท ช.การช่าง จำกัด (มหาชน) และดิเคเคอร์ฮอฟฟ์ แอนด์ วิคแมนน์ เอจี ในนามของกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ผู้เสนอข้อพิพาท การทางพิเศษแห่งประเทศไทย คู่กรณี พิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา – บางพลี - บางปะกง

อนุญาตตุลาการของประเทศไทยว่าจะให้ความคุ้มครองแก่ปัญหากรณีพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในภายหน้าได้หรือไม่<sup>17</sup>

ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาคำพิพาทที่หน่วยงานภาครัฐไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ เนื่องจากการขาดความมั่นใจของบรรดาเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ตามคำชี้ขาด รัฐบาลโดยมติคณะรัฐมนตรีจึงได้ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2544 กำหนดให้สัญญาาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่มีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและหน่วยงานของรัฐยินยอมให้ใช้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทนั้น หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการดังกล่าว ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นควรปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการที่ให้จ่ายเงิน ให้หน่วยงานของรัฐทำการเบิกจ่ายตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการให้หน่วยงานของรัฐทำการเบิกจ่ายตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการ มีเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการให้หน่วยงานของรัฐปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตาม ให้หน่วยงานของรัฐส่งคำชี้แจงประกอบเหตุอันควรสงสัยให้กระทรวงการคลังเพื่อขอความเห็นภายใน 15 วัน ให้กระทรวงการคลังส่งเรื่องให้ “คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ” เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นโดยไม่ชักช้า คณะกรรมการประกอบด้วยผู้แทนกระทรวงการคลังเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นกรรมการ คณะกรรมการมีหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หลังจากนั้นให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแล้วมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรภายใน 30 วัน<sup>18</sup>

<sup>17</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการโดยหน่วยงานของรัฐ” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540), หน้า 74 -75.

<sup>18</sup> ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ในภาคผนวก

#### 4.4 ปัญหาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 276 บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น โดยศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังนั้นในระบบกฎหมายไทยคำว่า “สัญญาทางปกครอง” จึงมีบัญญัติไว้ครั้งแรกในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ซึ่งนิยามว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทต่าง ๆ รวมถึงคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย

ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยวางหลักว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ต้องเข้าหลักเกณฑ์ 2 ประการดังนี้<sup>19</sup>

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทาง ปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้น หากสัญญาใดมิได้มีลักษณะดังกล่าว สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจรับไว้พิจารณาได้ เช่น สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์การศึกษา สัญญาก่อสร้างอาคารยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงการคลังที่ไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เป็นต้น

<sup>19</sup> ศาลปกครอง, “ศาลปกครองเพื่อความเป็นธรรมในสังคม รายงานการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ประจำปี 2544”, กรุงเทพมหานคร : 2545, หน้า 34.

### ปัญหาที่เกิดขึ้น

การประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำให้มีการแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่า ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่จัดว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้แล้วและเป็นสัญญาที่ทำขึ้นก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คู่สัญญาจะสามารถนำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาบังคับใช้ได้หรือไม่ เพราะความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นจากหลักของความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามหลักกฎหมายเอกชน หากศาลปกครองไม่ยินยอมให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการชี้ขาด เนื่องจากในการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นไม่มีบทเฉพาะกาลบัญญัติไว้ จึงเท่ากับว่ากฎหมายไปบังคับให้คู่สัญญาซึ่งลงนามผูกพันตามสัญญาทางแพ่ง ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ต้องเปลี่ยนมาเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยาม สัญญาทางปกครอง ในมาตรา 3 เปลี่ยนองค์กรวินิจฉัยจากเดิมที่อยู่ภายใต้การวินิจฉัยของศาลยุติธรรม เปลี่ยนมาเป็นศาลปกครอง เปลี่ยนวิธีพิจารณาความจากเดิมใช้วิธีพิจารณาความแพ่ง มาเป็นวิธีพิจารณาความคดีปกครอง เปลี่ยนหลักกฎหมายจากเดิมถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและใช้หลักกฎหมายแพ่งมาเป็นหลักกฎหมายปกครองซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนว่าจะเป็นอย่างไร<sup>20</sup> ซึ่งหากศาลปกครองไม่ยินยอมให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองแล้วอาจเป็นสาเหตุให้เอกชนทั้งในและต่างประเทศขาดการยอมรับและความเชื่อมั่นในอันที่จะเข้าทำสัญญาทางปกครองกับรัฐได้ ซึ่งในเวลานั้นประเทศไทยอยู่ในภาวะวิกฤตทางเศรษฐกิจมีความจำเป็นต้องสร้างบรรยากาศในการลงทุนเพื่อให้มีการลงทุนทั้งจากเอกชนในประเทศและเอกชนต่างชาติเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศ

จากการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น มีผลทำให้ข้อพิพาทใดที่เกิดจากสัญญาทางปกครองย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทโดยใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณา และตามหลักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสนั้นถือว่าไม่สามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการใช้หลักความเสมอภาคตามหลักกฎหมายเอกชน

<sup>20</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “มุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง,” ใน เอกสารการสัมมนาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, เกนโกว, 2543), หน้า 93-94.

ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการนี้ จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่า นักกฎหมายในประเทศไทยมีความเห็นเป็นสองฝ่าย ดังนี้

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่า สัญญาทางปกครองมีประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นเดียวกับเอกชน โดยต้องอยู่ภายใต้ระเบียบ ข้อบังคับ และกฎหมายต่าง ๆ รัฐไม่สามารถเลือกคู่สัญญาได้ตามอำเภอใจต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันโดยเสรีและรัฐต้องวางตัวเป็นกลาง การจัดซื้อจัดจ้างต้องมีกระบวนการโดยเฉพาะโดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 รัฐไม่มีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขในการตัดสิทธิเอกชนที่เข้าประกวดราคาโดยไม่มีเหตุอันควร สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่ทางรัฐหรือฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ รัฐมิได้มุ่งหวังกำไรเป็นหลัก จึงไม่สมควรให้มีอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด เพราะอนุญาโตตุลาการอาจไม่คำนึงถึงเรื่องของประโยชน์สาธารณะเนื่องจากอนุญาโตตุลาการเองไม่มีส่วนต้องรับผิดชอบต่อประชาชน<sup>21</sup>

ส่วนนักกฎหมายฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า สัญญาทางปกครองที่รัฐทำกับเอกชนได้มีการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้ในข้อสัญญา ซึ่งรัฐได้ประกาศเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และในสัญญาสัมปทานต่าง ๆ ก็มีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ระบุไว้ แสดงให้เห็นว่ารัฐเห็นความสำคัญและความจำเป็นในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้สัญญาทางปกครองที่เป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการสาธารณะขนาดใหญ่ นั้นมักเป็นสัญญาที่มีทุนทรัพย์ค่อนข้างสูงนับหมื่นล้านบาท ซึ่งรัฐจำเป็นต้องให้มีการลงทุนจากเอกชน โดยเฉพาะเอกชนต่างชาติ เพราะเป็นการช่วยพัฒนาเศรษฐกิจ และเพื่อเป็นการจูงใจให้ เอกชนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ รัฐจำเป็นต้องสร้างความมั่นใจให้แก่การลงทุนดังกล่าวว่า หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติแล้ว คู่กรณีสามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ การที่รัฐยอมตนเข้าผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว ย่อมถือว่ายอมสละเอกสิทธิ์การเป็นรัฐอธิปไตยแล้ว ดังนั้นวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองดังกล่าวจึงสามารถกระทำได้<sup>22</sup>

<sup>21</sup> วรวิทย์ กังคศิเทียม, “ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 162-163.

<sup>22</sup> วิชัย อริยนันท์กะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 336.

ผู้วิจัยมีความเห็นเช่นเดียวกับนักกฎหมายฝ่ายหลังว่า สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษระหว่างสัญญาเอกชนที่อาศัยหลักความเสมอภาคของคู่สัญญาในการสมัครใจเข้าทำสัญญากัน และสัญญาระหว่างประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นตัวการตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีเจตนาเป็นฝ่ายรับการลงทุนระหว่างประเทศจากเอกชนต่างชาติ สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติดังกล่าวจึงมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากสัญญาทางปกครองทั่วไปในอีกกรณีหนึ่งคือ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น รัฐไม่สามารถกระทำการอย่างใด ๆ ฝ่ายเดียวได้ทุกกรณีและไม่ควรตกอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง เพราะสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้น ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ สัญญานี้จะคล้ายกับสัญญาระหว่างประเทศหรือข้อตกลงในการพัฒนาเศรษฐกิจเป็นสัญญาที่รัฐมิใช่จะกระทำได้แต่ฝ่ายเดียวหรือเป็นการกระทำทางปกครอง (Administrative Act) เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะปฏิบัติต่อกัน ในสัญญานั้นไม่ปรากฏว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอิสระพอที่จะละเมิดสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว ตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับบริษัทเอกชน คือสัญญาระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) หรือกรณีสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน – ปากเกร็ด ที่เป็นสัญญาระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กระทรวงมหาดไทย กับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด เมื่อพิจารณาถึงเนื้อความในสัญญา ปรากฏว่าไม่มีข้อความที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือให้อำนาจแก่ฝ่ายรัฐในการแก้ไข หรือยกเลิกสัญญาได้โดยฝ่ายเดียวแต่อย่างใดดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้นในความเห็นของผู้วิจัยนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติควรจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1.) จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและแนวคำวินิจฉัยร้องทุกข์แต่เดิมได้เคยวางบรรทัดฐานไว้เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้<sup>23</sup> เนื่องจากเดิมมองว่า

<sup>23</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการร้องทุกข์ที่ 56/2528 วินิจฉัยว่าสัญญาระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทเอกชน (กลุ่มบริษัทร่วมค้า) ในการสร้างสะพานสมเด็จพระเจ้าตากสิน (สะพานสารจร) ซึ่งในข้อสัญญามีข้อกำหนดให้ตั้งอนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาดหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วินิจฉัยว่า ให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการได้ อ้างจากนรินทร์ โตเผือก, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542) หน้า 41

เป็นข้อพิพาททางแพ่ง ซึ่งแสดงว่าประเทศไทยมิได้ยึดตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศสแต่อย่างใดว่า การระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองไม่สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการได้

2.) ในการทำสัญญาทางปกครอง หรือที่ก่อนหน้านี้จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เรียกสัญญาประเภทนี้ว่า สัญญาของทางราชการ นั้น ถือเป็นปฏิบัติที่สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ดังมีระบุไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 21.

3.) การที่รัฐยอมให้มีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ระบุไว้ในสัญญาทางปกครองได้ ในทางปฏิบัติแล้วถือกันว่าการตกลงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการตกลงโดยปริยายว่า รัฐจะไม่ยกเรื่องความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลขึ้นต่อสู้<sup>24</sup> หรืออาจกล่าวได้ว่า แสดงว่ารัฐได้สละอำนาจแห่งความเป็นรัฐอธิปไตยที่จะไม่ยกขึ้นต่อสู้คดีเพื่อไม่ให้ตนเองต้องปฏิบัติตามสัญญา

4.) อนุญาโตตุลาการเคยทำการชี้ขาดในสัญญาทางปกครองไว้ในคดีระหว่างบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) กับการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในกรณีพิพาทเรื่องอัตราค่าผ่านทาง

5.) สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศเป็นข้อตกลงที่สร้างระบบพันธะต่างตอบแทนขึ้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ข้อพิพาทนั้นจะมีลักษณะความรับผิดชอบเป็นพิเศษ<sup>25</sup> รัฐต้องคำนึงถึงการใช้อำนาจรัฐและไม่ควรจะนำเอกลัทธิพิเศษที่รัฐมีอยู่มาใช้กล่าวอ้างบังคับกับสัญญาทุกกรณี รัฐควรจัดระบบการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมขึ้นต่างหากโดยเฉพาะเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เอกชนต่างชาติ ซึ่งจำเป็นต่อโครงสร้างของเศรษฐกิจในประเทศและการค้าการลงทุนระหว่างประเทศด้วย เช่นเดียวกับสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนภายในประเทศ

#### แนวปฏิบัติของรัฐ

อย่างไรก็ตาม หลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วนั้น ในทางปฏิบัติของศาลปกครองกลางเมื่อมีข้อพิพาทเกิด

<sup>24</sup> อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11, หน้า 85.

<sup>25</sup> Kenneth S. Carlston, "Concession Agreement and Nationalization ." *The American journal of International Law* 52, 2 (April 1958) : 260. อ้างถึงในรุ่งทอง ไกรยูรเสน, "การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 27.



ขึ้นตามสัญญาทางปกครองที่มีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระบุไว้ในสัญญา และคู่กรณีฝ่ายหนึ่งนำเรื่องไปทำการฟ้องร้อง ศาลปกครองกลางจะสอบถามคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องว่า ประสงค์จะปฏิบัติตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องไม่ประสงค์จะปฏิบัติตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองย่อมรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาพิพากษา คดีได้ เพราะการที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีนำข้อพิพาทฟ้องต่อศาลปกครองโดยไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ย่อมแสดงให้เห็นโดยปริยายว่า ตนเองประสงค์จะสละสิทธิตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการและประสงค์จะให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาพิพากษาชี้ขาดข้อพิพาทอยู่แล้ว ศาลปกครองจึงไม่ต้องจำหน่ายคดี แต่หากคู่กรณีฝ่ายที่ถูกฟ้องประสงค์จะปฏิบัติตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองกลางก็จะจำหน่ายคดีตามบทบัญญัติมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จากแนวทางปฏิบัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองกลางเห็นว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีมาก่อนการจัดตั้งศาลปกครองนั้นมีผลใช้บังคับได้<sup>26</sup>

#### 4.5 ปัญหาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นได้เกิดปัญหาตามมาว่า การระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถทำได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาว่ามาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้ข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองนั้นอยู่ในเขตอำนาจการวินิจฉัยสั่งการของศาลปกครอง ต่อมาภายหลังได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2545 โดยมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติว่า ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา ในการพิจารณาปัญหาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะต้องพิจารณา 4 ประการด้วยกันคือ

##### 1. ปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เมื่อวันที่ 29 เมษายน 2545 แล้วนั้น อาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้ตอบคำ

<sup>26</sup> วรวิทย์ กังคศิเทียม, อ้างแล้ว, หน้า 183.

ถามให้กับปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกิดขึ้นเนื่องจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและการพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในประเด็นที่ว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน (ไม่ว่าจะเป็นเอกชนต่างชาติหรือเอกชนในประเทศก็ตาม) เป็นข้อพิพาทที่จะระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งเป็นที่ชัดเจนแล้วว่าสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นเอกชนในประเทศหรือเอกชนต่างชาตก็ตามที่สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งแนวปฏิบัตินี้แตกต่างไปจากแนวปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาภาครัฐ (State Contracts) จะระงับโดยอนุญาโตตุลาการไม่ได้ ทั้งนี้เพราะรัฐไม่ควรที่จะลดตัวเองลงไปให้อยู่ภายใต้การพิจารณาและตัดสินของเอกชน ดังนั้นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาภาครัฐนั้นจะต้องชำระโดยศาลของฝรั่งเศสเท่านั้น<sup>27</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1964 และ 1965 ศาลสูงสุดของฝรั่งเศสก็ได้พิพากษาและถือเป็นบรรทัดฐานต่อมาว่าข้อจำกัดดังกล่าวจะไม่นำไปใช้กับสัญญาที่มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าหรือการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>28</sup> ตัวอย่างคดีที่ตัดสินเช่นนั้น ได้แก่ คดี Office National inter-professionel des Cereales (Grain Directorate) V. Capitaine du San Carlo และคดี Galakis ซึ่งผู้วิจัยได้กล่าวถึงรายละเอียดของคดีทั้งสองไว้แล้วในบทที่ 3

ดังนั้นถึงแม้จะได้ข้อสรุปว่า ในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนจะสามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ก็ตาม แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้ระบุไว้เพียงสั้น ๆ เท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ววิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นอาศัยหลักกฎหมายแห่งความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายเอกชน แต่สัญญาทางปกครองนั้นเกิดจากหลักกฎหมายมหาชนที่รัฐต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของมวลชนตามหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งเมื่อมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้สัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่ใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาคดีแล้ว จึงอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับการใช้หลักกฎหมายขัดกันดังกล่าว เพราะเมื่ออนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้ว หากคู่สัญญาฝ่ายแพ้อยังไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่ชนะย่อมขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของ

<sup>27</sup> อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว, หน้า 90.

<sup>28</sup> H. Battifol, Arbitration Clauses Concluded between French Government – Owned Enterprises and Foreign Private Parties, 7 Columbia Journal of Transnational Law 32 (1968). อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว, หน้า 90.

อนุญาตตุลาการได้<sup>29</sup> ดังนั้นจึงมีปัญหว่า ศาลปกครองจะบังคับให้ตามคำชี้ขาดหรือไม่และศาลจะยกหลักกฎหมายมหาชนขึ้นวินิจฉัยคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอีกได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นเรื่องหลักกฎหมายขัดกันดังกล่าว ในขณะนั้นยังไม่มีคดีขึ้นสู่ศาลปกครองวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติแต่อย่างใดจึงยังไม่อาจสรุปได้ว่าศาลจะหยิบยกหลักกฎหมายได้ขึ้นวินิจฉัย

## 2. ปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนั้นอาจมีปัญหาด้านกฎหมายเกิดขึ้นได้อีกประการหนึ่งคือ ปัญหากฎหมายที่จะใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับดุลพินิจของอนุญาตตุลาการว่า อนุญาตตุลาการจำเป็นที่จะต้องใช้กรอบของกฎหมายภายในประเทศเป็นแนวทางหรือไม่ หรือจะไม่นำถึงกฎหมายภายในประเทศ แต่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในแนวทางที่ยอมรับกันเป็นการทั่วไป หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งในประเด็นนี้ในต่างประเทศเองก็เป็นเรื่องที่ยังหาข้อยุติไม่ได้<sup>30</sup> ในต่างประเทศมีคดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่ผู้วิจัยขอยกมาเป็นตัวอย่างดังนี้

ในคดี Arabian American Oil Company (Aramco) V. Saudi Arabia (ซึ่ง Professor Sauser-Hall ทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดในคดีนี้ และเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัมปทานน้ำมัน) อนุญาตตุลาการตัดสินว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการนั้นไม่ใช่กฎหมายภายในของประเทศที่อนุญาตตุลาการไปดำเนินกระบวนการพิจารณา เพราะมีฉะนั้นแล้วจะขัดกับหลักกฎหมายในเรื่องของความคุ้มกันทางอธิปไตยของรัฐ (Sovereign immunity) ดังนั้นอนุญาตตุลาการจึงมีความเห็นว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการคือกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น<sup>31</sup>

ในคดี Sapphire International Petroleum Limited V. National Iranian Oil Company (NIOC) ซึ่งเป็นคดีที่เกิดขึ้นหลังคดี Aramco เพียงไม่กี่ปี อนุญาตตุลาการมีความเห็นว่ากฎหมาย

<sup>29</sup> ดูพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 และมาตรา 42

<sup>30</sup> อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว, หน้า 102.

<sup>31</sup> The award of 23 August 1958, 27 ILR 177 อ้างถึงใน อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว, หน้า 102.

จะใช้บังคับแก่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการได้แก่ กฎหมายภายในของประเทศสวีตเซอร์แลนด์ ซึ่งเป็นประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปทำการพิจารณาคดีและทำคำชี้ขาด<sup>32</sup>

ส่วนในคดี British Petroleum V. Libya ซึ่งเป็นคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเนื่องจากรัฐบาลประเทศลิเบีย ได้โอนกิจการอุตสาหกรรมน้ำมันทั้งหลายมาเป็นของรัฐ (Nationalization) Judge Lagergren ชาวสวีเดนซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ตัดสินว่า ไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องใด ๆ ที่ห้ามนำกฎหมายภายในของประเทศซึ่งเป็นสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการไปดำเนินกระบวนการพิจารณามาใช้บังคับแก่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการ และถ้ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นมีความกำกวมและทันสมัยก็จะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความสะดวกและมีประสิทธิภาพ<sup>33</sup>

สำหรับในกรณีของการทำสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติในประเทศไทยนั้นได้มีการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมาตั้งแต่ พ.ศ.2514 แต่อาจมีปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวสัญญาทางปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้นหากมีกรณีพิพาทขึ้นมา อนุญาโตตุลาการจะใช้หลักกฎหมายใดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างหลักกฎหมายเอกชนกับหลักกฎหมายมหาชน และใครจะเป็นผู้ตรวจสอบอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมาในหลายคดีนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องรับผิดชอบคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในจำนวนเงินมหาศาล เช่นในกรณีพิพาทระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับกิจการร่วมค้าบีบีซีดี หรือกรณีพิพาทระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

<sup>32</sup> The award of 15 March 1963, 35 ILR 136 ; Suratgar, the Sapphire Arbitration Award. The Procedural Aspect : A Report and a Critique, 3 Col.J. Transn. L. 152 (1965) อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว, หน้า 102.

<sup>33</sup> Wetter, "Sweden as the Location of International Arbitration Proceedings", in Private Investors Abroad – Problems and Solutions in International Business 223 (New York 1977) อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว, หน้า 103.

ในประเด็นปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการควรใช้หลักกฎหมายใดในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาบนหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักในกฎหมายเอกชน โดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการอย่างเท่าเทียมกัน รัฐเมื่อตกลงทำสัญญากับเอกชนต่างชาติโดยยอมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการการเจรจาเข้าผูกพันตามสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติดังกล่าวจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนตามหลักของกฎหมายเอกชน ดังนั้นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองดังกล่าวจึงต้องใช้หลักกฎหมายที่คู่สัญญากำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท แต่หากมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้ใช้กฎหมายสารบัญญัติโดยผลจากหลักกฎหมายขัดกันและถ้าเป็นสัญญาเกี่ยวกับการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า<sup>34</sup> ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว อีกทั้งการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสมัครใจเข้าทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนต่างชาติดีย่อมเป็นการแสดงเจตนาแสดงความคุ้มกันในฐานะรัฐอธิปไตยตามกฎหมายระหว่างประเทศ การที่อนุญาโตตุลาการจะใช้หลักกฎหมายมหาชนในการพิจารณาจึงขัดต่อเจตนารมณ์แห่งคู่สัญญา ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ก็ยอมรับในหลักดังกล่าว แม้แต่ประเทศฝรั่งเศสก็ยอมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาสำหรับนักลงทุนต่างชาติเพื่อเก็บผลประโยชน์จากการเปิดสวนสนุกระดับนานาชาติ ซึ่งกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองต่างนำเอาหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องของสัญญา มาดัดแปลงเพื่อใช้บังคับกับกรณี

### 3. ปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล กล่าวคือเมื่ออนุญาโตตุลาการฟังการไต่สวนตามข้อพิพาทที่เสนอของคู่กรณีเสร็จสิ้นแล้วจะมีการทำคำตัดสินชี้ขาดขึ้นและคำชี้ขาดนั้นมีผลผูกพันคู่พิพาท ซึ่งหากคู่พิพาทฝ่ายแพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นคู่พิพาทฝ่ายที่ชนะสามารถนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปให้ศาลที่มีเขตอำนาจบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นได้<sup>35</sup> ในกรณีของประเทศไทยนั้นสัญญาทางการปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติดังกล่าวยอมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ปัญหาอาจเกิดขึ้นได้ว่าในกรณีที่มีคำชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการในประเทศหรืออนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศ หรืออนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นจากศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) มาขอให้ศาลปกครองบังคับให้ตามคำชี้ขาดต่อรัฐ ศาล

<sup>34</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34

<sup>35</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41

ปกครองจะบังคับให้หรือไม่ โดยที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 บัญญัติว่า

มาตรา 41 ภายใต้บังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น ซึ่งในขณะนี้ประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติอื่นของรัฐ

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

ในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนี้อาจแยกได้เป็น 3 กรณี คือ กรณีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ กรณีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศที่เป็นคำชี้ขาดในบังคับของสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี (เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958) และกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศที่เป็นคำชี้ขาดในบังคับของสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคี เช่นอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ซึ่งประเทศไทยลงนามแล้วแต่ยังมิได้ให้สัตยาบัน ซึ่งในกรณีหลังนี้คงไม่มีปัญหาเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดว่าทำได้หรือไม่ เนื่องจากประเทศไทยยังมิได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับดังกล่าว ดังนั้นการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) ที่ตั้งขึ้นตามอนุสัญญาดังกล่าวนั้นคงไม่อาจกระทำได้ในประเทศไทยเนื่องจากมาตรา 41 วรรคสองได้ระบุไว้ชัดเจนแล้ว

ส่วนกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ และกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศที่เป็นคำชี้ขาดในบังคับของสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีนั้นอาจเป็นปัญหาขึ้นได้ เนื่องจากสัญญาทางปกครองในประเทศไทยนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เมื่อมีการขอให้ศาลปกครองบังคับให้ตามคำชี้ขาด ศาลปกครองจะบังคับให้หรือไม่ เนื่องจากรัฐไม่อยู่ภายใต้การบังคับคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความและมีเอกสิทธิ์คุ้มครองในฐานะรัฐอธิปไตยตามกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลปกครองซึ่งใช้หลักกฎหมายมหาชนก็อาจปฏิเสธไม่รับบังคับให้

ในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ศาลปกครองชอบที่จะบังคับให้ตามคำชี้ขาดดังกล่าว เนื่องจากได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 ให้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งได้แก่ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว อีกทั้งยังมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐเมื่อยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการแล้ว หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เว้นแต่คำชี้ขาดดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในต่างประเทศนั้น ประเทศไทยได้เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 การเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวทำให้ศาลไทยต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย หรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือขัดต่อหลักปฏิบัติระหว่างประเทศ ส่วนในกรณีที่หลักกฎหมายที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศจะเป็นหลักกฎหมายเอกชนอันเป็นหลักกฎหมายที่แตกต่างจากหลักกฎหมายมหาชนที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาคดีความก็ตามที่ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากเป็นอุปสรรคต่อการบังคับตามคำชี้ขาดของศาลต่างประเทศแต่อย่างใด เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นขั้นตอนที่แตกต่างและสามารถแยกออกจากการพิจารณาคดีของศาลปกครองได้ อย่างไรก็ตาม อาจจะต้องมีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลปกครอง ทั้งนี้ อาจออกเป็นข้อกำหนดของศาลปกครองก็ได้เพื่อความให้เกิดความรวดเร็วในการปฏิบัติงาน

ต่อมาในวันที่ 27 มกราคม 2547 คณะรัฐมนตรีได้มีมติว่า ถ้าหน่วยงานราชการหรือรัฐวิสาหกิจใดจะทำสัญญาโดยให้มีข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการแล้ว จะต้องขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเป็นราย ๆ ไป<sup>36</sup> ซึ่งมติดังกล่าวเกิดจากการที่รัฐต้องรับผิดชอบตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีหลายคดีเป็นจำนวนเงินจำนวนมาก เช่น คำชี้ขาดในคดีค่าทางด่วน คดีไอทีวี เป็นต้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามติดังกล่าวเกิดจากการที่กฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายสาระบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการระงับข้อพิพาททางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนเพียงพอซึ่งต้องใช้เวลาในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนสาระบัญญัติดังกล่าว

<sup>36</sup> มติคณะรัฐมนตรีวันที่ 27 มกราคม 2547.

เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องคำนึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะคณะรัฐมนตรีจึงออกมติดังกล่าว

#### 4.6 ปัญหาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศเรื่องเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement) กับประเทศสหรัฐอเมริกา

ขณะนี้ประเทศไทยอยู่ระหว่างเตรียมการเพื่อเจรจาเปิดเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะมีการเจรจากันครั้งแรกวันที่ 28 มิถุนายน – 2 กรกฎาคม ค.ศ.นี้ ณ มลรัฐฮาวาย ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจากที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2547 ได้มีมติเห็นชอบตามที่กระทรวงพาณิชย์เสนอกรอบการเจรจาเอฟทีเอไทย – สหรัฐอเมริกาว่ากรอบการเจรจาประกอบด้วยเรื่องการลดภาษีสินค้าอุตสาหกรรม สินค้าเกษตร (รวมถึงสินค้าตัดแต่งพันธุกรรมหรือ GMO) การเปิดเสรีภาคบริการ โดยเฉพาะสาขาการธนาคาร การประกันภัย การโทรคมนาคม การจัดส่งพัสดุด่วน การค้าปลีก การท่องเที่ยว โดยประเทศไทยจะเน้นให้ความสำคัญในสินค้าเกษตร สิ่งทอ และเสื้อผ้า รถยนต์ น้ำตาล มาตรการกีดกันการค้าที่มีใช้ภาษี มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดและการอุดหนุนสินค้าเกษตร<sup>37</sup> ในขณะเดียวกันเมื่อศึกษาถึงข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาในกรอบข้อตกลงระดับภูมิภาคและทวิภาคที่สหรัฐอเมริกาได้ลงนามในข้อตกลงไปแล้ว อาทิเช่นข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ นั้น พบว่าข้อเรียกร้องสำคัญของสหรัฐอเมริกาประกอบด้วย การสร้างมาตรฐานการลงทุน การค้าการบริการ โทรคมนาคมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรฐานแรงงานและสิ่งแวดล้อม การเปิดตลาดสินค้าตัดแต่งพันธุกรรมหรือสินค้าจีเอ็มโอ ทรัพย์สินทางปัญญาในอินเทอร์เน็ตและสิ่งมีชีวิต เป็นต้น<sup>38</sup>

จากการศึกษาถึงการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์นั้น ผู้วิจัยพบว่าในข้อตกลงดังกล่าวมีประเด็นน่าสนใจที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ที่ผู้วิจัยเห็นควรนำเสนอไว้ในงานวิจัยนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า หากประเทศไทยลงนามในข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวคงจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับข้อตกลงที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศสิงคโปร์นั่นเอง ประเด็นน่าสนใจในข้อตกลงดังกล่าวคือ ใน Section B ของข้อตกลงอันเป็นบทที่ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างนัก

<sup>37</sup> “มะกันบีบไทยเปิดเสรีครบจักรวาล”, มติชนรายวัน ฉบับที่ 9554, 6 พฤษภาคม 2547, หน้า 18.

<sup>38</sup> จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, “ความเป็นมาเกี่ยวกับการจัดทำเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา” ใน ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547), หน้า 9.



ลงทุนกับรัฐนั้น ในบทบัญญัติข้อที่ 10.15<sup>39</sup> ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ กำหนดรายละเอียดของการยื่นข้อเรียกร้องไว้ว่า คู่กรณีพิพาทสามารถยื่นข้อเรียกร้องเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ภายใต้หลักเกณฑ์ดังนี้

- (a) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID Convention) ภายใต้มีเงื่อนไขว่าคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายเป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID
- (b) หลักการ ICSID Additional Facility Rules, ภายใต้มีเงื่อนไขว่า คู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID
- (c) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL)
- (d) ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทตกลงยินยอมให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจากสถาบันอื่นหรือภายใต้หลักเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> United States – Singapore Free Trade Agreement, Section B – Investor-State Dispute Settlement

**Article 10.15 : Submission of a Claim to Arbitration**

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation :

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this section a claim

<sup>40</sup> Article 10.15 : Submission of a Claim to Arbitration

5. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1 :

- (a) under the ICSID Convention, provided that both the non-disputing Party and the respondent are parties to the ICSID Convention ;
- (b) under the ICSID Additional Facility rules, provided that either the non – disputing Party or the respondent, but not both, is a party to the ICSID Convention ;
- (c) under the UNCITRAL Arbitration Rules ; or

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะเห็นว่าหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐไทย (ในกรณีที่ลงนามในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว) กับเอกชนที่ถือสัญชาติอเมริกัน และต้องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแม้ว่าฝ่ายรัฐไทยจะไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID Convention) ก็ตาม แต่ถ้าคู่กรณีต้องการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยศูนย์ ICSID แล้วก็สามารถจะทำได้ทันที ซึ่งแต่เดิมนั้น ICSID Convention ครอบคลุมเฉพาะข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคี (ส่วนราชการหรือหน่วยงานใดของรัฐภาคี) และคนชาติของอีกรัฐภาคีหนึ่งเท่านั้น<sup>41</sup> นั่นคือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นจะต้องเป็นภาคีของ ICSID เท่านั้นจะเป็นเพียงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้ ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือว่าจะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID และเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID แล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเพิกถอนความยินยอมโดยลำพังไม่ได้ ทั้งนี้ความแตกต่างของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญา ICSID กับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ นั้น อยู่ที่เรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบทบัญญัติข้อที่ 54 ของอนุสัญญา ICSID กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐภาคีทั้งหลายที่จะต้องยอมรับว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID มีผลผูกพันเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลของตนที่ถึงที่สุดแล้ว ดังนั้นกระบวนการในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วในแต่ละประเทศ<sup>42</sup> ในขณะที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอื่นนั้น อาจมีผลเป็นเพียงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ<sup>43</sup> ซึ่งจะบังคับได้เฉพาะในกรณีที่ประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ อาทิเช่น อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 เท่านั้น ดังนั้นหากประเทศไทยลงนามในข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา ในลักษณะเดียวกับที่สิงคโปร์ทำแล้ว ก็มีความเป็นไปได้ว่าหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐไทยกับนักลงทุนสัญชาติ

(d) if the disputing parties agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.

<sup>41</sup> ICSID Convention : article 25 (1)

<sup>42</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, “อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ* ๓ (เล่ม 2), หน้า 227.

<sup>43</sup> ดูรายละเอียดเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41.

อเมริกันแล้วหากคู่กรณีต้องการให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา ICSID แล้ว รัฐไทยอาจถูกบังคับให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาดังกล่าวโดยปริยาย

เหตุที่นักลงทุนต่างชาติประสงค์จะให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเหตุ ดังต่อไปนี้

1) นักลงทุนต่างชาติเห็นว่ากรณีที่จะให้ศาลภายในรัฐที่ลงทุนเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจะทำให้ไม่ได้รับความเป็นธรรมและมีการลำเอียงเข้าข้างคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้

2) ภายหลังจากที่รัฐได้ทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติแล้ว รัฐอาจใช้อำนาจรัฐในฐานะรัฐอธิปไตยแก้ไขกฎหมายภายในให้มีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติได้รับความเสียหายทางธุรกิจ โดยยกเรื่องประโยชน์สาธารณะมาแก้ไขกฎหมายที่มีผลต่อการลงทุนของเอกชนต่างชาตินั้น

3) ภายหลังจากที่รัฐได้ทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติแล้ว รัฐอาจทำการยึดหรือเวนคืน (expropriation) กิจการของเอกชนไปเป็นของรัฐ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

4) รัฐช่วยเหลือนักลงทุนภายในประเทศมากกว่านักลงทุนต่างชาติ เช่น การให้เงินอุดหนุนหรือเงินช่วยเหลือต่อนักลงทุนภายในประเทศ เช่น เกษตรกร

ข้อตกลงเขตการค้าเสรีจึงมีการกำหนดเรื่องสิทธิของนักลงทุนต่างชาติไว้ในข้อตกลง ดังนี้

1) นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจากคลังของประเทศ (อาทิ เงินภาษีของประชาชน) หากพบว่า รัฐบาลนั้น ๆ มีพฤติกรรมทั้งในทางตรงหรือทางอ้อมหรือมีพฤติกรรมประหนึ่งว่า จะยึดทรัพย์ หรือเวนคืน กิจการของเอกชนไปเป็นของรัฐ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) หลัก “ ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ” รัฐต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติไม่น้อยไปกว่านักลงทุนภายในประเทศ ในทุกกรณี ตั้งแต่เริ่มต้นลงทุนจนถึงการขายผลผลิตจากการลงทุนนั้น

3) หลัก “ ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ” รับต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนจากประเทศคู่สัญญาไม่น้อยไปกว่านักลงทุนต่างชาติอื่น ๆ ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติที่ดีกว่านักลงทุนภายในประเทศก็ได้

4) หลัก “ มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ ” รัฐต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนจากประเทศสมาชิกตามกฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและเป็นธรรม ปกป้องและให้เกิดความมั่นคงในการลงทุนอย่างเต็มที่

5) ห้ามใช้ “ ข้อกำหนดผลการปฏิบัติงาน ” เช่น กฎ ระเบียบ ที่มาจากส่วนราชการท้องถิ่นมาบังคับกับนักลงทุนต่างชาติให้ทำตามเพื่อผลประโยชน์ของเศรษฐกิจท้องถิ่น<sup>44</sup>

ซึ่งหากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไปละเมิดสิทธิของนักลงทุนต่างชาติดังกล่าว นักลงทุนต่างชาติอาจฟ้องร้องดำเนินคดีโดยไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยกลไกภายในในประเทศ แต่สามารถใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการแทน เช่น ICSID

การทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างไทย – สหรัฐอเมริกา จึงอาจทำให้เกิดความเสียหายเนื่องจากนักลงทุนต่างชาติอ้างเหตุละเมิดสิทธิของนักลงทุนตามข้อตกลงดังกล่าวทั้งทางตรงและทางอ้อม ฟ้องร้องดำเนินคดีกับประเทศไทยโดยใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เช่น ICSID

นอกจากนั้นแม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดให้สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการก็ได้ซึ่งแสดงว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งของการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาเท่านั้น ซึ่งสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แต่การที่ประเทศไทยทำข้อตกลงระหว่างประเทศเรื่องเขตการค้าเสรี (FTA) ก็กำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งเป็นการทำให้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทในทุกกรณีสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมิใช่เป็นเพียงทางเลือกอีกต่อไป<sup>45</sup> และทำให้สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติดังกล่าวมิได้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองในทุกกรณีซึ่งขัดกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 อันเป็นการแก้ไขเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งทำให้การลงนามข้อตกลงต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาก่อนตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224<sup>46</sup> อันเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบ ผู้วิจัยเห็นว่ารัฐบาลควรคำนึงถึงผลของการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติซึ่งอาจก่อความเสียหายเป็นเงินจำนวนมากที่รัฐใน

<sup>44</sup> กรรณิการ์ กิจดิเวชกุล , “ การล้มล้างประชาธิปไตยเพื่อสิทธิของนักลงทุน, ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร : พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547) : หน้า 152.

<sup>45</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , ความเห็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ , พฤษภาคม 2547

<sup>46</sup> เจริญ คัมภีร์ภาพ , ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย , (กรุงเทพมหานคร ; พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547), หน้า 21.

ฐานะคู่สัญญาต้องรับผิดชอบต่อเอกชนต่างชาติได้ตามคำชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น กรณีการฟ้องที่เกิดจากข้อตกลงนาฟต้า ซึ่งนักลงทุนต่างชาติอ้างสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ ตามมาตรา 11 ของข้อตกลงนาฟต้า ตัวอย่างเช่น

ในคดี Ethyl V Cannada เนื่องจากรัฐสภาแคนาดาออกกฎหมายห้ามนำเข้าและขนส่งสาร MMT (ซึ่งเป็นสารที่ใช้เติมในน้ำมันเพื่อป้องกันการน็อคของเครื่องยนต์) เนื่องจากเป็นสารที่ก่อมลภาวะเรือนกระจกและป้องกันสุขภาพของประชาชน(ประโยชน์สาธารณะ) อนุญาโตตุลาการภายใต้คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติมีคำสั่งให้ประเทศแคนาดา ยกเลิกกฎหมายห้ามนำเข้าสาร MMT และชดเชยค่าเสียหายแก่บริษัท Ethyl เป็นเงินจำนวน 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ๕

ในคดี Metalclad v Mexico บริษัท Metalclad ได้รับช่วงการดำเนินการต่อจากบริษัทขอถ่ายสารพิษปนเปื้อนซึ่งถูกปิดการดำเนินการในประเทศเม็กซิโกเนื่องจากเสี่ยงต่อการปนเปื้อนของสารพิษ บริษัท Metalclad พยายามจนได้รับใบอนุญาตดำเนินการจากรัฐบาลกลางโดยบริษัทได้ดำเนินการก่อสร้างโรงงานจนแล้วเสร็จ แต่ไม่สามารถต่อใบอนุญาตจากเทศบาลกัวดาลคาซาร์ และไม่ได้รับใบอนุญาตให้เปิดดำเนินการ บริษัท Metalclad ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลเม็กซิโกต่อสถาบันนานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนของธนาคารโลก ICSID โดยอ้างว่าพฤติกรรมของเทศบาลกัวดาลคาซาร์เท่ากับเป็นการยึดทรัพย์นักลงทุนโดยปริยายโดยไม่มีค่าชดเชย และเป็นการปฏิบัติโดยไม่เท่าเทียมกันและเป็นธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศกับนักลงทุนต่างชาติ อนุญาโตตุลาการของ ICSID ชี้ขาดให้บริษัท Metalclad ชนะคดีได้รับค่าชดเชยจำนวน 16 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ๕ โดยให้เหตุผลว่าการปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตและการประกาศเขตนิเวศพิเศษถือเป็นการยึดทรัพย์เอกชนโดยอ้อม ซึ่งเป็นการผิดข้อตกลงนาฟต้า มาตรา 11<sup>47</sup>

ในอีกประเด็นหนึ่งการที่ประเทศไทยทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับต่างประเทศโดยมีข้อตกลงเรื่องการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างเอกชนในประเทศไทยซึ่งข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองที่รัฐกับเอกชนต่างชาติคู่สัญญาตามข้อตกลงเรื่องเขตการค้าเสรีดังกล่าวไม่ต้องขึ้นศาลปกครอง ทำให้เกิดการปฏิบัติแตกต่างกันเอกชนต่างชาติกลับมีเอกสิทธิ์และการปฏิบัติตามมาตรฐานสูงกว่าเอกชนภายในประเทศ

<sup>47</sup> กรรณิการ์ กิจติเวชกุล , “ การล้มล้างประชาธิปไตยเพื่อสิทธิของนักลงทุน, ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา , (กรุงเทพมหานคร ; พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547), หน้า154 - 155.

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อตกลงเรื่องเขตการค้าเสรีดังกล่าวในการให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทุกกรณีโดยวิธีอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไม่เป็นธรรมต่อประเทศไทย ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติได้เปรียบมากเกินไป ซึ่งที่จริงควรตั้งอยู่บนมาตรฐานและกฎหมายสารบัญญัติเดียวกันไม่ควรแบ่งแยกว่าคู่สัญญาที่เป็นเอกชนต่างชาติใช้มาตรฐานหนึ่งและเอกชนภายในประเทศใช้อีกมาตรฐานหนึ่งในการปฏิบัติ เพราะปัจจุบันการค้าเป็นเรื่องไร้พรมแดนแล้วเอกชนไทยก็สามารถดำเนินการจดทะเบียนกลายเป็นเอกชนต่างชาติได้ และเอกชนต่างชาติก็สามารถใช้วิธีทางการจดทะเบียนกลายเป็นเอกชนภายในประเทศไทยได้ แล้วแต่ว่าอย่างไรจะให้ประโยชน์ตอบแทนมากกว่ากัน ดังนั้นอาจกลายเป็นว่าเอกชนภายในประเทศจดทะเบียนเป็นเอกชนต่างประเทศแล้วใช้ช่องว่างของกฎหมายมาเอาเปรียบเอกชนภายในประเทศเอง<sup>48</sup>

จากการศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสิงคโปร์ – สหรัฐอเมริกา ซึ่งเมื่อประเทศไทยเข้าทำข้อตกลงเรื่องเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกายอมขอให้ไทยทำข้อตกลงตามเนื้อความกับมาตรฐานเดียวกับที่สหรัฐอเมริกาทำกับสิงคโปร์อย่างแน่นอน มิฉะนั้นจะทำให้การที่สหรัฐอเมริกาปฏิบัติต่อคู่สัญญาต่างชาติแตกต่างกันซึ่งขัดต่อหลักปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ ซึ่งข้อตกลงเรื่องเขตการค้าเสรีในส่วนที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นสหรัฐอเมริกาได้ขอให้ใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจากสถาบัน ICSID ใช้กฎหมายเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ และปฏิเสธเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งมีหน้าที่จัดการทรัพย์สินภายในประเทศเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชนภายในรัฐ<sup>49</sup> ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความคิดของรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร เนื่องจาก ICSID ให้ใช้อนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีแต่ใช้กฎหมายสารบัญญัติภายในโดยเอกากฎหมายระหว่างประเทศมาคุมเพียงเพื่อไม่ให้เกิดความไม่เป็นธรรมเท่านั้น<sup>50</sup> และหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเศรษฐกิจมีอยู่น้อยมากเกือบจะไม่มีเลย<sup>51</sup> เพราะกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ไม่มีการพูดถึงเรื่องเศรษฐกิจเลย มีจะแจ้งคือปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจ 1974 ซึ่งมีแนวโน้มเข้าข้างประเทศผู้รับการลงทุนมากกว่า

<sup>48</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , ความเห็นของอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์.

<sup>49</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , “ รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า ” (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 40-41.

<sup>50</sup> อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทในการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น : , ข้อ 42.

<sup>51</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , “ รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า ” หน้า.44.

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในการที่รัฐจะดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ทางการปกครองตามอำนาจหน้าที่ของรัฐนั้น นอกจากคำสั่งทางปกครองและนิติกรรมทางปกครองซึ่งรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจบริหารภายในเขตอำนาจรัฐออกคำสั่งฝ่ายเดียวให้เอกชนที่อยู่ภายในรัฐกระทำการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ รัฐอาจใช้การเข้าทำสัญญากับเอกชนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการจัดการเกี่ยวกับกิจกรรมต่าง ๆ ได้โดยแบ่งออกเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง กับ สัญญาทางปกครอง ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ซึ่งในขณะเดียวกันรัฐอาจทำสัญญากับเอกชนต่างชาติได้ทั้งสัญญาทางแพ่งตามหลักกฎหมายเอกชน เช่น สัญญาซื้อขายผลผลิตทางการเกษตรระหว่างประเทศ และสัญญาทางปกครองกับเอกชนต่างชาติ เช่น สัญญาสัมปทานต่าง ๆ ซึ่งมีจุดประสงค์ในการส่งเสริมการลงทุนของเอกชนต่างชาติที่จำเป็นต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศซึ่งมักเป็นสัญญาการลงทุนที่มีมูลค่าโครงการเป็นเงินจำนวนมาก และมีอายุสัญญานานหลายสิบปี

ในการทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจมหาชนซึ่งมีหน้าที่ในการจัดการเกี่ยวกับกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะของมหาชนในประเทศ ซึ่งตามหลักกฎหมายมหาชนรัฐมีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ในกรณีที่เป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งเป็นลักษณะที่สำคัญของสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายมหาชน

แต่สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น รัฐในฐานะนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศรัฐซึ่งมีอำนาจอธิปไตยภายในเขตรัฐและอาจอ้างความคุ้มกันในฐานะของรัฐ ได้ยินยอมสมัครใจเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างชาติที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐต่างชาตินั้น รัฐได้สมัครใจเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างชาติบนความเสมอภาคตามหลักกฎหมายเอกชน ซึ่งในทางระหว่างประเทศถือว่ารัฐได้ยอมยกเว้นการอ้างอำนาจอธิปไตยของรัฐและความคุ้มกันของรัฐบางส่วนโดยปริยาย กล่าวคือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจบังคับเอากับทรัพย์สินของรัฐได้อย่างจำกัดเท่าที่รัฐยอมเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามรัฐในฐานะนิติบุคคลระหว่างประเทศอาจยกเรื่องความคุ้มกันของรัฐขึ้นปกป้องตนเองเมื่อไรก็ได้ เพราะทรัพย์สินบางอย่างเป็นองค์ประกอบของรัฐ เช่น เรือรบ ไม่อาจบังคับคดียึดเอาได้<sup>1</sup> การที่รัฐยินยอมผูกพันตนตามสัญญาทางปกครองกับเอกชนต่างชาติดังกล่าวก็เนื่องจากรัฐมีความจำเป็นที่ต้องก่อให้เกิดการลง

<sup>1</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , ความเห็นของอาจารย์ที่ปรึกษา

ทุนจากเอกชนต่างชาติเพื่อใช้ในการพัฒนาทางเศรษฐกิจภายในประเทศ สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจึงเป็นกลไกที่สำคัญที่รัฐนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 สัญญาดังกล่าวเคยตั้งอยู่บนหลักสัญญาต่างตอบแทนและความเสมอภาคตามหลักกฎหมายเอกชน และประเทศไทยก็ยอมรับตามหลักกฎหมายดังกล่าว

การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับมานานแล้ว โดยเฉพาะในวงการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศเนื่องจากสัญญาทางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศมีความจำเป็นต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศ ที่ต้องการการลงทุนจากต่างประเทศจำนวนมาก การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่ยอมรับว่ามีความสะดวก รวดเร็ว เป็นธรรม และเปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้มีโอกาสเลือกผู้ที่ตนเห็นว่าเหมาะสมในความเป็นอิสระและเป็นกลาง มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทมาทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น นอกจากนี้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการยังให้ความรวดเร็ว ไม่เป็นทางการ และเป็นความลับ โดยไม่เปิดเผยกระบวนการต่อสาธารณชนดังเช่นการพิจารณาคดีทางศาล ทำให้คู่พิพาทสามารถรักษาภาพพจน์ทางธุรกิจตลอดจนข้อมูลการค้าของตนไว้ได้

ในประเทศไทยปัจจุบันได้มีการนำวิธีระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการไปใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการค้าระหว่างเอกชนไทยกับเอกชนต่างประเทศ และระหว่างเอกชนไทยด้วยกันเอง แม้ในส่วนของภาครัฐก็ได้มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยกำหนดในรูปแบบสัญญามาตรฐานทำเยียบสำนักราชมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโดยให้มีการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญา รวมทั้งได้มีระเบียบสำนักราชมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 เพื่อวางแนวทางให้หน่วยงานราชการภาครัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พร้อมทั้งมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เพื่อให้ระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยได้รับการยอมรับมากยิ่งขึ้นจากนานาอารยประเทศ

นับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำให้ระบบศาลไทยเป็นระบบศาลคู่โดยจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อพิจารณาคดีปกครองซึ่งเป็นคดีที่มีลักษณะเฉพาะตามกฎหมายมหาชนซึ่งฝ่ายรัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนในการบริหารจัดการกิจการของรัฐโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ (PUBLIC INTEREST) และให้บริการแก่ประชาชน ซึ่งแตกต่างกับคดีในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่ใช้หลักกฎหมายเอกชน



ในการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งอาศัยหลักเสรีภาพ ความเสมอภาค และหลักสุจริต ดังนั้นหลักกฎหมายที่ในการพิจารณาของศาลจึงแตกต่างกัน

สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตาม มาตรา 9 ซึ่งต้องใช้วิธีพิจารณาความโดยอาศัยหลักกฎหมายมหาชนเพราะเป็นสัญญาที่ตั้งอยู่บนความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาอันได้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของประชาชนรัฐจึงมีสิทธิเหนือคู่สัญญาเอกชนที่จะดำเนินการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิกได้ฝ่ายเดียวในกรณีที่มีความจำเป็นต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาปกครองขึ้นจึงต้องได้รับการพิจารณาคดียั้งศาลปกครองโดยอาศัยหลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว จึงเกิดข้อสงสัยว่าสัญญาทางปกครองสามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ เพราะกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่อยู่บนหลักความเสมอภาค หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเดิมสัญญาทางปกครองที่รัฐทำขึ้นกับเอกชนได้มีการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงได้ขอให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายเอกชนมาพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท อันเป็นการขัดกับหลักกฎหมายที่เป็นบ่อเกิดแห่งสัญญาทางปกครอง คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมาจึงมักกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องชดเชยค่าเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในจำนวนที่สูงมาก จึงได้มีนักกฎหมายที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมาก

ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งมีการกำหนดให้สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งเป็นการยืนยันว่าแม้สัญญาทางปกครองที่เกิดจากหลักกฎหมายมหาชนก็สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ จากการศึกษาพบว่าการอนุญาโตตุลาการพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งได้ออกมาใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน 2545 ได้แก้ไขปรับปรุงโดยนักกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model LAW) มาเป็นต้นแบบ โดยมีจุดเด่นในการวางมาตรฐานของการบังคับตามอนุญาโตตุลาการทั้งในประเทศและต่างประเทศไว้เหมือนกัน เพื่อเป็นการส่งเสริมการลงทุนทั้งในและระหว่างประเทศ

การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติแก้ไขข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 และกำหนดวิธีการใหม่เพิ่มขึ้นมาหลายประการดังกล่าว จึงมีปัญหว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น

- 1) ข้อพิพาทใดที่สามารถใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้
- 2) วิธีการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติต่อประเทศไทยควรดำเนินการอย่างไร
- 3) ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจควรใช้หลักกฎหมายมหาชนหรือหลักกฎหมายเอกชนในการพิจารณาคำพิพากษาตามข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในคดีที่ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ

จากการศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองที่ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดที่ผ่านมา ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเกี่ยวกับคดีข้อพิพาทที่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท มีดังนี้

- 1) ต้องเป็นข้อพิพาทที่ผลของการอนุญาโตตุลาการต้องไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
- 2) กรณีมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติวิธีการระงับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานะของบุคคล ครอบครัว ข้อพิพาทเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร การทำความผิดทางอาญา เป็นต้น ข้อพิพาทดังกล่าวที่กฎหมายกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้เนื่องจากเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายและรัฐซึ่งเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ ที่ไม่สมควรให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการจากเอกชน

ในประเด็นที่เกี่ยวกับวิธีในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นั้น จากการศึกษบทบัญญัติแห่งกฎหมายและวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการสำหรับสัญญาทางปกครองในประเทศไทยที่ผ่านมา แสดงให้เห็นว่ากฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจะระงับข้อพิพาทอย่างไร นั้น ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างเพียงพอและเป็นการเฉพาะ มีเพียงบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 ที่ระบุว่าสัญญาทางปกครองสามารถระงับข้อพิพาทได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

ซึ่งสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติมีความสำคัญเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐในลักษณะของสัญญาสัมปทาน และการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งหลักในทางระหว่าง

ประเทศในรูปของอนุสัญญาว่าสามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและศาลภายในประเทศภาคีชอบที่จะบังคับให้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว แต่ประเทศไทยยังไม่ได้เป็นสมาชิกจึงยังไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผู้วิจัยจึงเห็นควรให้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ โดยมีการบัญญัติวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ และมีหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะเพื่อความชัดเจนในทางปฏิบัติ

คดีที่เกิดจากข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจควรใช้หลักกฎหมายมหาชนหรือหลักกฎหมายเอกชนในการชี้ขาดและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยเห็นว่าศาลปกครองสมควรใช้หลักกฎหมายมหาชนในการชี้ขาดและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเหตุผลดังนี้

1.1 บ่อเกิดของสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นเกิดจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเจตนาใช้นิติวิธีตามหลักกฎหมายเอกชนเข้าทำสัญญากับเอกชนต่างชาติเพื่อจัดการเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน สัญญาการให้บริการสาธารณะ การใช้ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ โดยรัฐมีเจตนามุ่งให้เกิดการลงทุนของเอกชนต่างชาติ โดยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาทางปกครองดังกล่าว แม้จะว่ารัฐได้สละเอกสิทธิ์และอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยปริยาย และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์กันในลักษณะสัญญาต่างตอบแทนตามหลักกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่รัฐก็ยังมีหน้าที่ในการจัดการประโยชน์สาธารณะของประชาชนตามหลักกฎหมายมหาชน และตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีอำนาจอธิปไตยในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติของรัฐตามความเหมาะสมตามมติสหประชาชาติที่ 3208 อำนาจมหาชนของรัฐตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในดังกล่าวจึงเป็นหลักการสำคัญและเหมาะสมที่จะใช้กับสัญญาทางปกครอง

1.2 การกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ แม้จะถือว่ารัฐได้สละเอกสิทธิ์ในฐานะรัฐและสละความคุ้มกันบางส่วนโดยปริยาย แต่รัฐจึงยังอาจอ้างหลักกฎหมายมหาชนในการเปลี่ยนแปลงแก้ไข เพิกถอนสัญญาทางปกครองโดยอ้างอำนาจมหาชนของรัฐได้หากรัฐมีความจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนสัญญาทางปกครองในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะของมหาชนภายในรัฐ แต่รัฐต้องชดเชยค่าเสียหายแก่เอกชนต่างชาติคู่สัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในจำนวนที่เป็นธรรมเท่านั้น

1.3 ประเทศไทยยังต้องการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศจำนวนมาก การทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนต่างชาติ แม้รัฐจำเป็นต้องให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ เพื่อสร้างความเชื่อถือเชื่อมั่นต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติว่าหากเกิดข้อพิพาทก็สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีที่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ รวมถึงวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง โดยการอนุญาตไต่ตุลาการ ซึ่งรัฐสามารถกระทำได้โดยการออกกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความเหมาะสม ชัดเจน และมีความเป็นธรรม เพื่อให้เกิดการยอมรับจากเอกชนต่างชาติ

1.4 แนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศก็มีการยอมรับว่าสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ แตกต่างและมีลักษณะเฉพาะต่างจากสัญญาทางปกครองโดยทั่วไป การที่รัฐเข้าทำสัญญาดังกล่าวหากรัฐใช้อำนาจมหาชนในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิกถอนสัญญาหรือยึดกิจการของเอกชนในกรณีที่รัฐจำเป็นต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องจ่ายค่าชดเชยแก่คู่สัญญาต่างชาติในจำนวนที่เป็นธรรมเท่านั้น มิใช่ว่ารัฐจะกระทำไม่ได้เลย

1.5 ประเทศไทยได้ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยเรื่องการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 ซึ่งกำหนดให้ส่วนราชการของรัฐต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ สถาบันระงับข้อพิพาท และจากสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคีไว้ในระเบียบดังกล่าวจึงเป็นหลักฐานที่แสดงว่าประเทศไทยยอมรับวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยวิธีอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายภายในของรัฐโดยการออกกฎหมายรองรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

นอกจากหลักกฎหมายดังกล่าวที่ได้จากการศึกษาที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำมาใช้แล้ว ผู้วิจัยเห็นควรให้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและข้อกำหนดวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสำหรับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะต่อไป เพื่อให้เป็นหลักกฎหมายที่แน่ชัดในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่สำคัญและมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย

ดังนั้นสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 แม้สัญญาทางปกครองดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งกฎหมายทั้งสองมิได้ขัดกันแต่อย่างใด เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีบ่อเกิดจากการที่รัฐต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของประชาชน รัฐจึงมีอำนาจฝ่ายเดียวในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้ในกรณีที่จำเป็นเพื่อประโยชน์

สาธารณะโดยรัฐก็มีหน้าที่ชดเชยความเสียหายของเอกชนคู่สัญญาต่อความเสียหายที่ได้รับจากการที่รัฐได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาดังกล่าว แต่การชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นจำนวนที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมของเอกชนคู่สัญญาด้วย ดังนั้นการที่อนุญาตไตตุลาการจะนำหลักกฎหมายมหาชนตามกฎหมายสารบัญญัติภายในมาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนผู้วิจัยเห็นว่าเหมาะสมแล้ว

แต่คำชี้ขาดของอนุญาตไตตุลาการในคดีที่ผ่านมาก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐจำนวนมากเกินสมควรนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเกิดจากการกำหนดค่าความเสียหายแก่เอกชนอย่างไม่เหมาะสมตามหลักมหาชนที่เป็นบ่อเกิดแห่งสัญญาทางปกครองดังกล่าว ดังนั้นหากประเทศไทยมีหลักกฎหมายมหาชนในส่วนสารบัญญัติและกฎหมายในส่วนพิจารณาความที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและวิธีระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองที่ดีและเป็นธรรมแล้วจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยอย่างมาก ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตไตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 ก็เปิดช่องให้สามารถกระทำได้ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าในการตั้งอนุญาตไตตุลาการควรเลือกผู้ทำหน้าที่อนุญาตไตตุลาการจากผู้มีความรู้ในหลักกฎหมายมหาชนมาวินิจฉัยชี้ขาด เช่น อาจารย์ทางนิติศาสตร์จากมหาวิทยาลัย เป็นต้น

ในส่วนที่ประเทศไทยจะเข้าทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) นั้น การที่รัฐจะรับเอาข้อตกลงเรื่องการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการค้าการลงทุนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยวิธีการอนุญาตไตตุลาการแต่เพียงอย่างเดียวนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าไม่เหมาะสมและขัดต่อเจตนารมณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติอนุญาตไตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บังคับใช้อยู่ และเป็นเหตุให้เอกชนต่างชาติมีสิทธิพิเศษมากกว่าเอกชนภายในประเทศซึ่งขัดต่อหลักการเบื้องต้นของการเจรจาการค้าเสรี และจะเป็นช่องว่างที่เอกชนต่างชาติยกขึ้นอ้างทำให้ประเทศไทยได้รับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากได้ในอนาคต อีกทั้งข้อเท็จจริงในปัจจุบันเป็นยุคการค้าไร้พรมแดนซึ่งเอกชนภายในประเทศก็สามารถเปลี่ยนเป็นเอกชนต่างประเทศได้โดยการเลือกจดทะเบียนจัดตั้งเท่านั้น ดังนั้นหากมาตรฐานดำเนินการและสิทธิหน้าที่ของเอกชนภายในและเอกชนต่างชาติมีการตกลงยินยอมให้มีสิทธิแตกต่างกันก็จะเป็นธรรม และเป็นการเปิดช่องให้หาประโยชน์จากช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวอย่างไม่เป็นธรรม

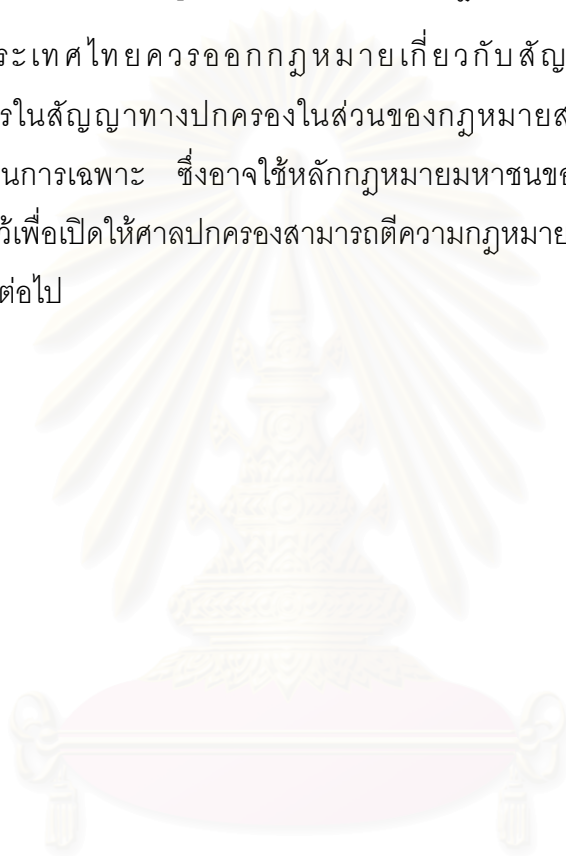
ในส่วนของข้อตกลงเรื่องการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีซึ่งตกลงให้ใช้อนุสัญญา ICSID นั้น บทบัญญัติของอนุสัญญา ICSID ก็กำหนดให้ใช้กฎหมายภายในบังคับแก่ข้อพิพาทโดยมีกฎหมายระหว่างประเทศกำกับเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเท่านั้น ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าประเทศไทยควรออกกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทั้งในส่วนกฎหมายสาร

บัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เหมาะสม ชัดเจน และเป็นธรรม โดยเร็ว เพื่อให้เกิดการยอมรับจากนักลงทุนต่างชาติ

#### ข้อเสนอแนะ

1) ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ หรือระหว่างรัฐกับเอกชนภายในประเทศต่างสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งควรตั้งอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายและวิธีปฏิบัติเดียวกัน

2) ประเทศไทยควรออกกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจใช้หลักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสมาบัญญัติวางเป็นหลักการกว้าง ๆ ไว้เพื่อเปิดให้ศาลปกครองสามารถตีความกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลวางเป็นหลักกฎหมายต่อไป



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม. วารสารกฎหมาย 3 (ธันวาคม 2541).

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. มุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง. เอกสารการสัมมนาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, เกนโกรว, 2543.

กรรณิการ์ กิจติเวชกุล. การล้มล้างประชาธิปไตยเพื่อสิทธิของนักลงทุน. ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา. กรุงเทพมหานคร : พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547.

กฤษณ์ชเทพ ทองสิน. สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541.

ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. อนุญาโตตุลาการ. วารสารมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมศาสตร์ 3,6 (กรกฎาคม 2534) : 47-47.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. สัญญาสัมปทาน. วารสารอัยการ (สิงหาคม 2533) : 190-192.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยหน่วยงานของรัฐ. ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. การระงับข้อพิพาทตามสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อความมั่นคงแห่งชาติ. เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2541.

จิตติ ชำเฉลิม. รัฐบาลสั่งเลิกสัมปทานป่าไม้ได้. วารสารอัยการ 11 (มกราคม 2532) : 1-9.

จักรกฤษณ์ ควรวจน์. ความเป็นมาเกี่ยวกับการจัดทำเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา. ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, กรุงเทพมหานคร : พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547.

- เจริญ คัมภีร์ภาพ. อำนาจอธิปไตยกับการทำเขตการค้าเสรี. ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, กรุงเทพมหานคร : พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2541.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2543.
- ชุมพร ปัจจุสานนท์. กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน. วารสารกฎหมาย 9 (มิถุนายน 2537).
- ไชยวัฒน์ บุณนาค. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน. วารสารสหราชอาณาจักร 5 (ตุลาคม – พฤศจิกายน 2539).
- นรินทร์ ไตเผือก. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตไต่สวนการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2546.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์. บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2541.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส. วารสารกฎหมาย ปกครอง 5 (2529).
- ประจิตต์ โจรนพฤกษ์. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1 , กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม , 2535.
- ประยูร กาญจนดุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2538.
- พนม เอี่ยมประยูร. ผลของสัญญาทางปกครอง. รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : พี. เค., 2531.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาตไต่สวนการ, ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเล่ม 2, กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540.



- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา , 2540.
- พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล. กฎหมายที่ใช้บังคับแก่นิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศ. วารสารกฎหมาย 17 (มกราคม 2540) : 1-12.
- พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. ราชกิจจานุเบกษา 119 (29 เมษายน 2545) : 1-18.
- ภานุมาศ ชัดเงางาม. กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศและการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 8 (กรกฎาคม 2539) : 107-115.
- โกศิน พลกุล. เอกสารคำบรรยายปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- มงคล กัลยกุล. สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ (State Contract) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาสัญญาสำรวจและแสวงหาประโยชน์จากปิโตรเลียมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. วารสารวิชาการศาลปกครอง 2 (มกราคม - เมษายน 2545) : 1-8.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. รายงานผลการศึกษาวิจัยกฎหมายปกครอง มหาวิทยาลัยวิชาการปกครอง ประเทศเยอรมัน (The German University of Administrative Sciences Speyer). กรุงเทพมหานคร, ศาลปกครองกลาง : 2544.
- รุ่งทอง ไกรยุทธเสน. การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541.
- รัชดา จุฬารี่. ข้อกำหนดเพื่อความมั่นคงและสิทธิพิเศษในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- ฤทัย หงส์สิริ. ปัญหาและข้อสังเกตบางประการที่เกี่ยวกับการเลิกสัมปทานป่าไม้. วารสารอัยการ 12 (กุมภาพันธ์ 2532).

ฤทัย หงส์สิริ. การนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย. วารสารกฎหมายปกครอง 18 (1 เมษายน 2542).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. สัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน : อำนาจศาลปกครองหรืออนุญาโตตุลาการกับปัญหาข้อขัดข้องในการปฏิบัติ. เอกสารการสัมมนาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, เกรนโกรว, 2542.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. วารสารนิติศาสตร์ 29. 2 (มิถุนายน 2542).

วรวิทย์ กังศศิเทียม. ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง. ปริญญานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2544.

วิชัย อริยะนนทกะ. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ. ดุลพາห 3 (กรกฎาคม – กันยายน 2540).

วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ. รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ. เล่ม 2 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.

ศาลปกครอง. ศาลปกครองเพื่อความเป็นธรรมในสังคม รายงานการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ประจำปี 2544. กรุงเทพมหานคร : ศาลปกครอง, 2545.

ศาลยุติธรรม, สำนักงาน. คำวินิจฉัยชี้ขาดของสำนักระงับข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 36/2544. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลยุติธรรม, 2544 (อัดสำเนา).

ศาลยุติธรรม, สำนักงาน. คำวินิจฉัยชี้ขาดของสำนักระงับข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 4/2547 กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลยุติธรรม, 2547 (อัดสำเนา).

สถาพร มีสะอาด. การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่กฎหมาย. วารสารกฎหมาย 19. 2 (พฤษภาคม 2542).

สรวิศ ลิ้มปั้งซี่. อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2544.

สุทธิวาตนฤพุมิ หลวง. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2516.

สุธาบดี สัตตบุศย์. การโอนเป็นของชาติ. วารสารกฎหมาย 7 (มิถุนายน 2525).

สุรพงศ์ กลั่นประชา. สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย ปริญญาานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. การอนุญาตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2530.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. การอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทย : ปัญหาและการแก้ไข. วารสารกฎหมาย 17 (มกราคม 2540).

เสาวนีย์ อัครโรจน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ. รวมบทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ. เล่ม 2 กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ทางแก้ไขของการปัญหาอนุญาตตุลาการในประเทศไทย ? วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 32 (มีนาคม 2545).

อนันต์ จันทโรภากร. อนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ. รวมบทความกฎหมายข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535.

อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2536.

อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2538.

อนันต์ จันทโรภากร. อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น. รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 2 กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม 2544.

ภาษาอังกฤษ

International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal Award in Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) V. The Government of the Republic of Liberia (Recovery of Damages for Breach of A Concession Agreement) March 31, 1986. International Legal Materials 26. 3 (September 1987) : 662.

International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on The Merits in Arbitration Between AMCO. Asia Corporation et Al. And Indonesia} November 21, 1984," International Legal Materials 24, 4 (July 1985) : 1029.

Lord McNair. The General Principles of Law recognized by Civilized Nations. The British Yearbook of International Law 33 (1957).



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

### ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔

โดยที่เป็นการสมควรวางระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปในแนวทางเดียวกัน และเพื่อสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการอันจะเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมสนับสนุนการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและเศรษฐกิจของประเทศ นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงออกระเบียบไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ระเบียบนี้เรียกว่า “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔”

ข้อ ๒ ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ ๓ บรรดาระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งกับระเบียบนี้ ให้ใช้ระเบียบนี้แทน

ข้อ ๔ ในระเบียบนี้

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเทียบเท่ากรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ตลอดจนหน่วยงานอื่นของรัฐ

“ข้อพิพาท” หมายความว่า รวมถึง ข้อขัดแย้ง หรือข้อเรียกร้องใด ๆ ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

ข้อ ๕ ถ้าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นและหน่วยงานของรัฐได้ยินยอมให้ใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เว้นแต่คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ข้อ ๖ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่ามิเหตุตามข้อ ๕ ที่จะไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ให้หน่วยงานของรัฐปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น และแจ้งการปฏิเสธพร้อมด้วยเหตุผลแห่งการปฏิเสธนั้นให้คู่ความทราบภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ข้อ ๗ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีเหตุตามข้อ ๕ ที่จะไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ให้หน่วยงานของรัฐส่งสำเนาคำชี้ขาดดังกล่าวพร้อมทั้งคำชี้แจงประกอบเหตุอันควรสงสัยนั้นให้กระทรวงการคลังเพื่อขอความเห็นภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงการดำเนินการดังกล่าวด้วย

ข้อ ๘ ให้กระทรวงการคลังส่งเรื่องให้ "คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ" เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นโดยไม่ชักช้า

คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นกรรมการ

ให้อธิบดีกรมบัญชีกลางแต่งตั้งข้าราชการของกรมบัญชีกลางเป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการ

ให้คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการประชุมพิจารณาให้ความเห็นให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือขอความเห็นจากหน่วยงานของรัฐ และแจ้งผลการพิจารณาให้หน่วยงานของรัฐทราบ

ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แล้วมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรภายใน ๓๐ วัน

ข้อ ๙ ในกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการในชั้นศาลเพื่อขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากต่อมาหน่วยงานของรัฐพิจารณาเห็นสมควรที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ให้หน่วยงานของรัฐตกลงประนีประนอมยอมความในศาลเพื่อปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อไปได้

ข้อ ๑๐ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเห็นควรปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้จ่ายเงิน ให้หน่วยงานของรัฐทำการเบิกจ่ายเงินตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยเร็ว

ข้อ ๑๑ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นระหว่างสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคีกับหน่วยงานของรัฐภายใต้บังคับของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นให้

หน่วยงานของรัฐทำการเบิกจ่ายเงินตามคำชี้ขาดโดยเร็ว และมีให้นำความในข้อ ๕ ข้อ ๖  
ข้อ ๗ และข้อ ๘ ของระเบียบนี้มาใช้บังคับ

ข้อ ๑๒ ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามระเบียบนี้

ประกาศ ณ วันที่ ๓ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๔๔

พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร

นายกรัฐมนตรี



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายกิตติच्छ พิชัยเดชพงศ์ เกิดวันที่ 5 พฤษภาคม 2504 ที่กรุงเทพมหานคร

ประกอบอาชีพทนายความ และที่ปรึกษากฎหมาย

สำนักงาน กิตติच्छ ธุรกิจและกฎหมาย

### ประวัติการศึกษา

มัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนสตรีวิทยา 2

มัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนวัดบวรนิเวศนวิหาร

นิติศาสตรบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยรามคำแหง

ประกาศนียบัตรวิชาชีพกฎหมายชั้นสูง เกียรตินิยม รุ่น 1 สภานายความ

ประกาศนียบัตรทนายความพิทักษ์สิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม

วุฒิปัตรกฎหมายสิทธิบัตร

วุฒิปัตรโนตารีปับลิก สภานายความ

เข้าศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปี 2543

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย