

บทที่ 3

กฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการระงับ ข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคม

การดำเนินการให้บริการกิจการโทรคมนาคมนับว่าเป็นส่วนหนึ่งของการจัดการบริการสาธารณูปโภคที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่ออนาคตของประเทศไทย เนื่องจากการติดต่อสื่อสารในปัจจุบันเป็นปัจจัยหลักของการขับเคลื่อนกลไกในด้านต่างๆ ของประเทศ อาทิเช่น ด้านเศรษฐกิจ สังคม เป็นต้น การให้บริการกิจการโทรคมนาคมจึงเป็นหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ภาครัฐต้องจัดให้มีการให้บริการแก่ประชาชน แต่ทั้งนี้การให้บริการดังกล่าวในทางปฏิบัตินั้นภาครัฐจะมอบหมายให้แก่ภาคเอกชนเป็นผู้ดำเนินการภายใต้เงื่อนไขที่ภาครัฐกำหนดให้ โดยรูปแบบของการที่ภาครัฐได้จัดให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนนั้นอยู่ในลักษณะของสัญญาสัมปทาน ซึ่งภาครัฐจะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานและระยะเวลาของการดำเนินการในการให้บริการกิจการโทรคมนาคม การดำเนินการของภาคเอกชนจึงต้องดำเนินการอยู่ภายใต้กรอบและเงื่อนไขของสัญญาที่ภาครัฐกำหนด สัญญาสัมปทานในลักษณะนี้จึงเป็นสัญญาที่มีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือข้อกำหนดของสัญญาสัมปทานขึ้น การระงับข้อพิพาทจึงมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไปด้วยเช่นกัน การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคมโดยอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นประเภทหนึ่งที่มีบทบาทและมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสัญญาสัมปทาน ซึ่งการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าวย่อมมีความแตกต่างกันตามความเหมาะสมของลักษณะของระบบกฎหมายและจารีตประเพณีของแต่ละประเทศ

ดังนั้น การศึกษาเรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคม จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาทบทวนขั้นตอนและวิธีปฏิบัติของกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) เพื่อประกอบการวิเคราะห์อย่างองค์รวมและก่อให้เกิดประโยชน์ในการศึกษามากยิ่งขึ้น

3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับสัมปทานกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ โดยได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์และขั้นตอนต่างๆ ในการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองอันเกี่ยวกับสัมปทานกิจการโทรคมนาคม ซึ่งผู้วิจัยได้ศึกษาถึงกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องเรื่องดังกล่าว โดยแบ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องออกได้ดังนี้

3.1.1 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การพิจารณาถึงการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองนั้น ในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่าสัมปทานกิจการโทรคมนาคมนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้ให้นิยามความหมายและหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

จากคำนิยามดังกล่าวกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ 2 ประการ คือ

ประการแรก หลักเกณฑ์ของตัวคู่สัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งหน่วยงานทางปกครอง จะหมายถึงหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะใดบ้างนั้น มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติ คำนิยามไว้ว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

ประการที่สอง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติดังกล่าว กิจกรรมโทรคมนาคมนั้นเป็นสัญญาสัมปทานประเภทหนึ่งที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ซึ่งบริษัท กสท. โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) โดยมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจสังกัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร ซึ่งมีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้น 100% ของทุนจดทะเบียน¹ ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502 มาตรา 4² ตามนิยามความหมายของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวเมื่อ กสท. ได้มีการทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนเกี่ยวกับการดำเนินการโทรคมนาคมซึ่งเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคประเภทการติดต่อสื่อสารที่มีความจำเป็น จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามนิยามความหมายของพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อสัมปทานกิจการโทรคมนาคมเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวศาลปกครองจึงเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9³

3.1.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ของประเทศไทยได้บัญญัติขึ้นตามหลักแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาชาติและส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้

¹ข้อมูลบริษัท. (2556). โดย บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน). สืบค้น 20 ธันวาคม 2556, จาก http://www.cattelercom.com/site/th/company_detail.php?cat=58.

²พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

...(๗) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ”

³พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 บัญญัติว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

... (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.

แพร่หลายยิ่งขึ้น⁴ และมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลอีกทาง อีกทั้งยังเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดีในศาลและเป็นการสะดวก รวดเร็วแก่คู่สัญญาอีกด้วย

จึงกล่าวได้ว่าโดยหลักแล้วการอนุญาตไต่สวนการเป็นหลักการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางแพ่งและพาณิชย์ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน แต่ทั้งนี้ก็ได้มีการนำหลักการอนุญาตไต่สวนการมาใช้ในสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 บัญญัติว่า

“ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตไต่สวนการในการระงับข้อพิพาทได้และให้สัญญาอนุญาตไต่สวนการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แม้สัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน แต่ได้มีการนำวิธีการอนุญาตไต่สวนการมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ แม้ว่าการอนุญาตไต่สวนการนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาโดยมีเจตนารมณ์เพื่อลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล แต่ในส่วนของกฎหมายปกครองนั้นเป็นกฎหมายมหาชนที่มีความแตกต่างกับกฎหมายเอกชน กล่าวคือ กฎหมายเอกชนมีเจตนารมณ์เพื่อผลประโยชน์ของเอกชนเอง ซึ่งในส่วนของกฎหมายมหาชนนั้นมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม จึงมีข้อที่ต้องพิจารณาว่าการอนุญาตไต่สวนการในสัญญาทางปกครองนั้นเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไป

เนื่องจากการดำเนินกิจการโทรคมนาคมนั้นต้องมีการใช้เงินลงทุนและเทคโนโลยีที่ทันสมัย ประกอบกับต้องมีการให้บริการอย่างต่อเนื่องภาครัฐจึงเปิดโอกาสให้แก่ฝ่ายเอกชนสามารถเข้ามาลงทุนดำเนินกิจการดังกล่าวแทนหน่วยงานของรัฐได้ในลักษณะของสัญญาทางปกครองอันเกี่ยวกับสัมปทานกิจการโทรคมนาคม เมื่อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองทำให้หน่วยงานของรัฐมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนตามลักษณะของสัญญาทางปกครองเพื่อให้การดำเนินกิจการดังกล่าวเป็นไปตามหลักการของกฎหมายมหาชน กล่าวคือ เพื่อให้การจัดทำสิ่งสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม การนำวิธีการอนุญาตไต่สวนการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการนำหลักการระงับข้อพิพาทตามหลักกฎหมายเอกชนมาใช้โดยอาศัยอำนาจ

⁴ หมายเหตุ, พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2545

บทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เพื่อให้เกิดความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล และลดคดีที่จะขึ้นสู่ศาลปกครอง

นอกจากนี้ การเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องมีลักษณะซึ่งเป็นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 19 บัญญัติว่า

“อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้าเว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมีได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแยกพิจารณาได้ดังนี้⁵

1) อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ

อนุญาโตตุลาการก็คือผู้ที่คู่พิพาท “อนุญาต” ให้เป็น “ตุลาการ” ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเมื่อได้ทำภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลก็จะยอมรับบังคับให้เสมือนกับเป็นคำพิพากษา กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การประนีประนอมยอมความหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่พิพาทจะได้ผ่านขั้นตอนเหล่านั้นมาแล้วแต่ก็ยังตกลงกันไม่ได้จึงต้องมีการ “ตัดสิน” ข้อพิพาทนั้น ซึ่งแม้ว่าเมื่อเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่พิพาทอาจตกลงกันกลับไปใช้กระบวนการประนีประนอมยอมความหรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันอีกก็ได้ และเมื่อมีการตกลงกันแล้วจะให้อนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดตามที่ตกลงกันดังเช่นศาลพิพากษาตามยอมได้

เมื่ออนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการจึงต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ การวางตัวเป็นกลางหมายความว่าต้องไม่เข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแม้ฝ่ายนั้นจะ

⁵ อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ (น.75-79), เล่มเดิม.

เป็นฝ่ายที่เสนอชื่อตนให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ยังเป็นที่เข้าใจกันแพร่หลายในหมู่บุคคลทั่วไปและอนุญาโตตุลาการบางคนว่า อนุญาโตตุลาการต้องเข้าข้างฝ่ายที่เสนอชื่อตนเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นความเข้าใจผิดและขัดต่อมาตรฐานนี้โดยชัดแจ้ง เมื่อมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นแล้วและไม่มีการคัดค้านโดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ต่อหมายความว่า อนุญาโตตุลาการทั้งคณะนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาททุกฝ่าย ไม่ใช่เป็นอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทฝ่ายที่เสนอชื่อตนเท่านั้น แม้ว่าอาจมีระบบอนุญาโตตุลาการในบางประเทศหรือบางสถาบันที่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเสนอชื่อทำหน้าที่คล้ายทนายความให้คู่พิพาทนั้น แต่แม้ในระบบดังกล่าวก็ยังต้องมีผู้ชี้ขาดที่เป็นกลางทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท

ความเป็นอิสระหมายความว่า ความไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือความควบคุมของผู้ใดในลักษณะที่อาจถูกผู้นั้นเข้ามาครอบงำหรือแทรกแซงในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้

2) อนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ เมื่อคู่พิพาทได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ล่วงหน้า การตั้งอนุญาโตตุลาการก็ต้องถือคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทกำหนด มิฉะนั้นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นอาจถูกเพิกถอน หรือศาลอาจปฏิเสธไม่รับบังคับให้ก็ได้

3) บุคคลซึ่งถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน

คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจไม่ทราบถึงความสัมพันธ์ที่บุคคลที่ตนตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการมีต่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ ผู้ที่ได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง ซึ่งในความรู้สึกของคู่พิพาทอาจเกิดความสงสัยอันสมควรในความเป็นอิสระความเป็นกลางของตนเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในผลของการอนุญาโตตุลาการ หรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเงินธุรกิจไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบัน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอาชีพ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือทางสังคม ซึ่งน่าจะมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระและเป็นกลาง ข้อเท็จจริงเหล่านี้ ไม่ว่าผู้ที่ได้รับการร้องขอเป็นอนุญาโตตุลาการเอง สมาชิกในครอบครัว นายจ้างหรือผู้ร่วมธุรกิจของตนจะมีความเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการคนอื่น คู่พิพาทฝ่ายใด ทนายความ หรือบุคคลซึ่งอาจจะต้องมาเป็นพยานในคดี

4) อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งไม่ได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมีได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น กล่าวคือ ผู้ที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการตรวจสอบภูมิหลังของผู้ที่ตนจะเสนอเป็นอนุญาโตตุลาการก่อนที่จะทำการแต่งตั้ง ในทางปฏิบัติ หากเป็นการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม หรือตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติ องค์การดังกล่าวจะให้ผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาโตตุลาการให้คำรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรว่าตนไม่มีส่วนได้เสียกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดและสามารถทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้อย่างเป็นกลางและเป็นอิสระ ในขั้นตอนนี้ หากผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาโตตุลาการมีข้อเท็จจริงที่อาจทำให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสงสัยในความเป็นกลางหรือเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการของตนได้ ก็ควรจะเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นในแก่คู่พิพาททราบ เพื่อที่คู่พิพาทจะได้ตัดสินใจได้ว่าจะตั้งตนเป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่อย่างไร

กฎหมายห้ามคู่พิพาทคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้ง แต่ไม่น่าจะรวมถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นประธานอนุญาโตตุลาการด้วย เพราะส่วนใหญ่อนุญาโตตุลาการที่ได้ตั้งขึ้นมาแล้วเป็นผู้ร่วมกันตั้งประธาน ไม่ใช่คู่พิพาทเป็นผู้ตั้งโดยตรง การที่จะอ้างว่าอนุญาโตตุลาการกระทำการแทนฝ่ายที่ตนตั้งก็ไม่น่าจะได้ เพราะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นตัวแทนของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อนุญาโตตุลาการต้องดำรงความเป็นอิสระ อย่างไรก็ตาม หากคู่พิพาทฝ่ายใดมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นก็สามรถคัดค้านได้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่จะคัดค้านได้

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการได้บัญญัติถึงถึงวิธีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการในมาตรา 20 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 บรรคสามและหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้านนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น

ถ้าการคัดค้านโดยวิธีตามที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามวิธีที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งไม่บรรลุผลหรือในกรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น หรือนับแต่วันที่รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม แล้วแต่กรณีและเมื่อศาลได้สวนคำคัดค้านนั้นแล้วให้มีคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น และในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ในกรณีที่มีเหตุจำเป็น คณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งออกไปได้อีกไม่เกินสิบห้าวัน”

จากบทบัญญัติมาตรา 20 อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้⁶

(1) การคัดค้าน

คำว่า “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น” หมายถึง คู่พิพาทไม่ได้ตกลงที่จะใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่ง หรือมีข้อตกลงพิเศษระหว่างกันซึ่งมีวิธีการและขั้นตอนในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างไปจากที่มาตรา 20 กำหนดไว้ หากคู่พิพาทตกลงกันไว้เช่นนั้นก็ต้องเป็นไปตามนั้น การคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นหนังสือแจ้งเหตุที่คัดค้าน โดยชัดแจ้งและยื่นต่อผู้อำนวยการสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งข้อและรายละเอียดของอนุญาโตตุลาการผู้นั้น หรือรู้ข้อเท็จจริงเหตุแห่งการคัดค้านแล้วแต่กรณี หากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเห็นชอบกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หรือผู้เป็นอนุญาโตตุลาการขอถอนตัวหลังจากการคัดค้าน ให้ดำเนินการตั้งแต่งอนุญาโตตุลาการใหม่แทนอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้าน ทั้งนี้ แม้คู่พิพาทจะไม่ได้ใช้สิทธิในการตั้งอนุญาโตตุลาการตั้งแต่วินิจฉัยคำคัดค้านก็ตาม ถ้าคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับการคัดค้านหรือหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ ให้ผู้อำนวยการเสนอเรื่องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านให้เสร็จภายในสิบห้าวัน ในกรณีที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่บรรลุผล หรือในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ

⁶แหล่งเดิม. (น.81-85).

(2) เมื่อการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่บรรลุผล

ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ที่เป็นเช่นนี้เพราะว่ายังไม่มีการวินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการผู้ที่ถูกคัดค้านจะสามารถวางตัวเป็นกลางหรือมีความเป็นอิสระในการดำเนินการพิจารณาหรือไม่อย่างไร จึงยังไม่มีเหตุจะทำให้หยุดดำเนินการสอบสวนพิจารณา อย่างไรก็ตาม คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งให้หยุดดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในระหว่างที่ศาลพิจารณาคำคัดค้านนั้น ส่วนศาลจะอนุญาตหรือไม่เป็นดุลพินิจของศาล

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นอกจากจะได้บัญญัติถึงการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองแล้วนั้น ยังได้บัญญัติถึงลักษณะซึ่งเป็นคุณสมบัติของการเป็นอนุญาโตตุลาการอีกด้วย แม้ว่าการตั้งอนุญาโตตุลาการจะเป็นเรื่องความยินยอมของคู่พิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ทั้งนี้คู่พิพาทเองก็ยังสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่อนุญาโตตุลาการนั้นตนเป็นผู้ตั้งหรือเป็นผู้ร่วมตั้ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระและความโปร่งใสของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องเข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญา แต่การบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องบางประการ อีกทั้งยังไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System)

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือเรียกกันว่า “ระบบประมวลกฎหมาย” หรือ “ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร” มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน ระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญแก่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอย่างมาก จึงมีการตราประมวลกฎหมาย (Code) ขึ้นใช้บังคับเพื่อวางหลักกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีต่างๆ ได้ โดยประเทศที่เป็นแม่แบบของกฎหมายระบบนี้คือประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷

ระบบกฎหมายนี้มีการแบ่งแยกสาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและสาขาของกฎหมายมหาชน โดยกฎหมายเอกชนนั้นใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันซึ่งเอกชนต่างดูแลรักษาประโยชน์ส่วนตน กฎหมายเอกชนจึงใช้หลักความเสมอภาคและหลักความยินยอมของแต่ละฝ่ายในการผูกนิติสัมพันธ์กัน ส่วนกฎหมายมหาชนนั้นใช้บังคับกับ

⁷ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 12) (น.36). โดย ชาญชัย แสงศักดิ์. 2550. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนฝ่ายหนึ่งกับรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทั้งสองฝ่ายอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากเอกชนดูแลรักษาประโยชน์ส่วนตน ส่วนรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ

หลักเกณฑ์การทำสัญญาทางปกครองและการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงประเทศที่เป็นแม่แบบของระบบกฎหมายดังกล่าว คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีเนื้อหาและรายละเอียดดังนี้

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส มีการพัฒนาด้านกฎหมายมหาชนมาจากร้อยปี และนับว่าเป็นประเทศ “ต้นแบบ” ของกฎหมายปกครองและศาลปกครองให้กับหลายๆ ประเทศรวมทั้งประเทศไทยด้วย การดำเนินกิจการโทรคมนาคมนับว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นการให้ “บริการสาธารณะ”⁸แก่ประชาชน กระบวนการทำสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส นั้นมีความแตกต่างกับกระบวนการทำสัญญาทางแพ่งทั่วไป โดยมุ่งเน้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ของเอกชน ซึ่งข้อความคิดพื้นฐานและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีข้อที่ต้องพิจารณาโดยแบ่งออกได้ดังนี้⁹

1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสแยกพิจารณาได้ดังนี้¹⁰

(1) การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนออกจากกัน

โดยหลักแล้ว การแบ่งแยกของสัญญาว่าจะให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ นั้นเป็นเรื่องที่จะต้องกำหนดเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) ซึ่งเรียกกันว่า สัญญาทางปกครอง โดยการกำหนดของกฎหมายเช่น สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติ

⁸สัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองมอบให้นิติบุคคลมหาชนอื่นหรือเอกชนเข้ามาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแทนตน รูปแบบสำคัญที่สุดของสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ คือ สัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นรูปแบบที่ฝ่ายปกครองมอบกิจการบริการสาธารณะให้เอกชนดำเนินการ โดยเอกชนสามารถเก็บค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการได้

⁹หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น.139). โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์. 2551. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁰แหล่งเดิม. (น.140-142).

28 pluviôse an VIII (ค.ศ.1799) สัญญาเกี่ยวกับการเข้าใช้สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา L.84 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของรัฐ ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ.1938 หรือสัญญาพัสดุดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ.2001 เป็นต้น

แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดก็เป็นหน้าที่ของตุลาการที่จะเป็นผู้กำหนด โดยตุลาการศาลปกครองของฝรั่งเศสจะมีหลักในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองอยู่สามประการด้วยกันคือ หลักเกี่ยวกับคู่สัญญา หลักเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา และหลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของคู่สัญญา

การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญ เพราะมีผลต่อการปรับใช้กฎหมาย เนื่องจากเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองนั้นมีความแตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ สัญญาทางปกครองนั้นมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์ส่วนร่วมหรือประโยชน์สาธารณะ แต่สัญญาทางแพ่งนั้นมุ่งประโยชน์ไปที่เอกชนมากกว่าประโยชน์ส่วนรวม โดยอาจแบ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งได้ ดังนี้

1. หลักเกี่ยวกับคู่สัญญา สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนนั้น ศาลคดีจัดกันได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ในคดี UAP เมื่อปี ค.ศ.1983 ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนอาจเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนก็ได้หากวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะคล้ายกับวัตถุประสงค์ของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ดังเช่นที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่าข้อตกลงของสำนักงานเคหะแห่งชาติกับสำนักงานให้ความช่วยเหลือทางสังคมเพื่อเช่าเครื่องใช้สำนักงานเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนเนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวเป็นการเช่าทรัพย์สินเช่นเดียวกับสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน เช่นเดียวกันสัญญาระหว่างเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญานั้นเพื่อนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนดังที่ศาลคดีจัดกันได้วินิจฉัยไว้ในคดี Société Entreprise Peyrot เมื่อปี ค.ศ.1993

แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว หากสัญญาสร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนและอีกฝ่ายเป็นเอกชน สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ต่อเมื่อประกอบด้วยหลักอื่นๆ

2. หลักเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ต่อเมื่อสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระหรือมีข้อความที่เป็นการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ข้อกำหนดพิเศษหรือข้อความที่ให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเหนือกว่าฝ่ายเอกชนนี้ ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นข้อความที่ “ไม่พบ” ในระบบการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน หรืออาจเป็นข้อความที่ “ให้อำนาจเป็นพิเศษ” แก่ฝ่ายปกครอง เช่น การกำหนดไว้ในสัญญาให้มีการยกเว้นให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องเสียภาษีหรือการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นต้น

สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับฝ่ายเอกชนมีเนื้อหาสาระที่เป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองมากกว่าฝ่ายเอกชนคู่สัญญาหรือมีข้อความที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิพิเศษต่างๆ แก่คู่สัญญาที่จะได้รับการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายบางประเภทถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

3. หลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา โดยทั่วไปแล้วสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญามอบอำนาจให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครอง หรืออาจเป็นการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเพื่อหารายได้ให้กับฝ่ายปกครองก็ได้ เป็นต้น

(2) ประเภทของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองประเภทใหญ่ๆ ที่มีความสำคัญมีสองประเภทคือ สัญญาพัสดุและสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้¹¹

1. สัญญาพัสดุ

เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์ เครื่องใช้ บริการ หรือเพื่อการก่อสร้าง สัญญาพัสดุที่สำคัญมีอยู่สามประเภทคือ สัญญาจัดหาพัสดุ เป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้ในการจัดหาหรือจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ มาใช้ในการดำเนินงานของตน สัญญาโยธาสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองใช้ในการก่อสร้างอาคารหรือถนนหนทางต่างๆ และสัญญาให้จัดทำบริการ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อให้ได้บริการบางประเภท เช่น บริการทำความสะอาดอาคาร สถานที่ต่างๆ ของฝ่ายปกครอง เป็นต้น ประมวลกฎหมายพัสดุฉบับปัจจุบันที่ประกาศใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ.2001 ก็ได้กำหนดให้ทั้งสัญญาทั้ง 3 ประเภtdังกล่าวข้างต้นที่ทำตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายพัสดุเป็นสัญญาทางปกครอง

2. สัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ

เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายปกครองมอบให้นิติบุคคลมหาชนอื่นหรือเอกชนเข้ามาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแทนตน รูปแบบที่สำคัญที่สุดของสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ

¹¹แหล่งเดิม. (น.143-144).

คือ การให้สัมปทาน ซึ่งเป็นรูปแบบที่ฝ่ายปกครองมอบกิจการบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการโดยเอกชนสามารถเก็บค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการได้

(3) ระบบกฎหมายของสัญญาทางปกครอง

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองปัจจุบันมีทั้งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมีที่มาจากกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปและแนวคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ¹²

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญา

นอกเหนือจากหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับอำนาจของคู่สัญญาในการทำสัญญาแล้ว ซึ่งจะต้องพิจารณาจากขอบอำนาจของทั้งฝ่ายปกครองผู้ที่จะเข้ามาทำสัญญาและฝ่ายเอกชนแล้ว สิ่งสำคัญที่สุดสำหรับการทำสัญญาก็คือ การเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองนั่นเอง เดิมนั้น ในกรณีที่ไม่มีความบัญญัติ ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะเลือกเอาคู่สัญญาของตนตามหลักกว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ในปัจจุบันนั้นกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่มาจากสหภาพยุโรปทำให้อิสระในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองลดลงเพราะกฎเกณฑ์แห่งสหภาพยุโรปนั้นมุ่งเน้นไปทางการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและการปราบปรามการทุจริต

ในกรณีที่เป็นเรื่องของสัญญาพัสดุนั้นประมวลกฎหมายพัสดุฉบับลงวันที่ 8 กันยายน ค.ศ.2001 ได้วางหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาไว้ต่างกันขึ้นอยู่กับจำนวนเงินตามสัญญา เช่น สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครองที่มีจำนวนเงินต่ำกว่า 90,000 euros ฝ่ายปกครองจะมีอิสระในการทำสัญญามากและสัญญาก็มีรูปแบบตามที่ฝ่ายปกครองกำหนด แต่ถ้าหากเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของรัฐที่มีจำนวนเงินไม่เกิน 130,000 euros หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีจำนวนเงินไม่เกิน 200,000 euros ฝ่ายปกครองเจ้าของโครงการจะต้องดำเนินการตีประกาศเพื่อแจ้งให้ผู้สนใจเสนอราคา และจะต้องมีการเจรจากับผู้สนใจอย่างน้อยสองรายขึ้นไป และนอกจากนี้แล้วประมวลกฎหมายพัสดุยังได้กล่าวถึงวิธีการเลือกคู่สัญญาไว้อีกมากมาย ไม่ว่าจะเป็นวิธีการประกวดราคา หรือการสอบราคา เป็นต้น ส่วนในกรณีที่เป็นสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น แต่เดิมฝรั่งเศสใช้วิธีพิจารณาถึงคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นหลัก แต่ในปัจจุบันกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีไว้ว่า การเลือกคู่สัญญาประเภทดังกล่าวจะต้องมีการเปิดเผยเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้าร่วมเสนอราคา จากนั้นก็เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องเข้าไปเลือกคู่สัญญา

¹² แหล่งเดิม. (น.144-146).

2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา

ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์หลายประการที่สามารถนำมาใช้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ตลอดอายุของสัญญาทางปกครอง โดยทั่วไป อาจแบ่งแยกการใช้เอกสิทธิ์ได้ดังนี้¹³

2.1 อำนาจการควบคุมและการกำหนดทิศทางของสัญญาทางปกครอง

อำนาจในการเข้าแทรกแซงการปฏิบัติการตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองนั้นจะมีสองลักษณะ โดยแยกตามความหนักเบาของการใช้อำนาจ กล่าวคือ อำนาจเข้าแทรกแซงลักษณะแรก เป็นรูปแบบการควบคุมที่มีลักษณะธรรมดาที่เรียกว่า การควบคุมตรวจตรา (contrôle de surveillance) การควบคุมในลักษณะนี้คือ การที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้าควบคุมตรวจตราว่าฝ่ายเอกชนมีการดำเนินการตามหน้าที่ที่กำหนดเอาไว้ในสัญญาหรือไม่ โดยรูปแบบการควบคุมก็อาจใช้วิธีการเข้าไปตรวจงานระหว่างที่อีกฝ่ายกำลังปฏิบัติการ การเรียกเอกสารมาเพื่อตรวจสอบ หรืออาจเป็นรูปแบบของการออกคำสั่งให้อีกฝ่ายปฏิบัติก็ได้

การควบคุมอีกลักษณะหนึ่งนั้นจะมีความเข้มงวดมากกว่าลักษณะแรกโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะไม่เพียงเข้าควบคุมตรวจตราให้มีการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาเท่านั้น แต่จะเข้าไปแทรกแซงการเลือกรูปแบบหรือวิธีการในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาด้วยซึ่งโดยปกติเป็นสิ่งที่มิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญา การเข้าไปควบคุมในลักษณะนี้ถือว่าการเข้าไปกำหนดทิศทางของการปฏิบัติการตามสัญญาเลยทีเดียว (pouvoir de direction de l'exécution contractuelle)

อำนาจในการควบคุมโดยหลักส่วนมากจะมีการกำหนดอำนาจในการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายปกครองไว้ในข้อสัญญาโดยเฉพาะในบันทึกเงื่อนไขต่อท้ายสัญญา (cahier des charges) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และในบางครั้งหากข้อกำหนดในสัญญาเหล่านี้มีลักษณะที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งแล้ว ก็อาจถูกพิจารณาว่าเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ (clause exorbitante) อันเป็นลักษณะที่บ่งชี้ความเป็นสัญญาทางปกครองด้วยนอกจากจะมีการกำหนดอำนาจในการควบคุมของฝ่ายปกครองเอาไว้ในข้อสัญญาแล้ว อำนาจการควบคุมการปฏิบัติการตามสัญญาก็อาจมาจากการกำหนดของกฎหมายก็ได้ โดยกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรืออาจเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารกำหนดขึ้นก็ได้ ซึ่งบางครั้งอำนาจในการควบคุมที่มีแหล่งที่มาจากกฎหมายนี้ไม่ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองเพียงแต่การควบคุมให้เป็นไปตามสิทธิหน้าที่ในสัญญาเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงอำนาจในการควบคุมการจัดองค์กรและการดำเนินการ

¹³ ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (น.2-23). โดย บุนผา อัครพิมาน. 2547. รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาควิชานิติศาสตร์และนิติรัฐ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 2/2547 เรื่อง สัญญาทางปกครองและพัสดุ จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง ระหว่างวันที่ 16 - 18 กรกฎาคม.

ของบริษัทเอกชนคู่สัญญาด้วย เพื่อให้เป้าหมายสุดท้ายนั้นก็คือวัตถุประสงค์ของสัญญาบรรลุผลนั่นเอง

อย่างไรก็ดี ถึงแม้อำนาจในการควบคุมจะถูกกำหนดโดยข้อกำหนดในสัญญาหรือกฎหมาย แต่ก็มิได้หมายความว่าหากไม่มีข้อกำหนดในสัญญาหรือตามกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองจะหลุดพ้นจากหน้าที่ในการควบคุมคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระดับของการควบคุม

ในสัมปทานบริการสาธารณะ (concession de service public) จะวางอยู่บนแนวความคิดสองประการคือ การจัดการบริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน ขณะเดียวกันวัตถุประสงค์ของสัมปทานก็คือการดำเนินการบริการสาธารณะที่ดี ซึ่งฝ่ายปกครองไม่อาจละเลยที่จะเข้าไปดูแลได้ แม้จะเป็นบริการสาธารณะที่ได้ให้สัมปทานไปแล้วก็ตาม ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงสงวนสิทธิในการเข้าไปควบคุมดูแลการดำเนินการของบริการสาธารณะนั้นได้¹⁴

2.2 อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง

คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีอำนาจในลักษณะนี้ค่อนข้างกว้างขวาง ทั้งนี้เพื่อประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ดังนั้น หากเอกชนคู่สัญญาไม่ลงมือปฏิบัติงานปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนดหรือปฏิบัติงานบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญา หรือโอนงานไปให้บุคคลที่สามดำเนินการแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการ สั่งให้ใช้เงินโดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือจ่ายเป็นเบี้ยปรับก็ได้ตามแต่กรณี แต่โดยหลักคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจเรียกค่าปรับได้ก็ต่อเมื่อได้เตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาก่อนขอให้ศาลเป็นผู้สั่ง ซึ่งรูปแบบการลงโทษกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาก็มีหลายวิธีการ เช่น คำสั่งให้คู่สัญญาที่ผิดสัญญาชดเชยค่าเสียหายและเบี้ยปรับ การสั่งให้บุคคลภายนอกเข้าดำเนินการแทนคู่สัญญา หรือฝ่ายปกครองอาจเข้าดำเนินการเอง รวมตลอดถึงการสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญา และการลงโทษทางอาญาด้วย¹⁵

2.3 อำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คือ การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้าแทรกแซงเพื่อแก้ไขข้อกำหนดในสัญญา โดยการขอแก้ไขนั้นอาจทำได้ในหลายเรื่อง เช่น อาจแก้ไขระยะเวลาของสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมหรือลดหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ลดหรือเพิ่มจำนวนทรัพย์สินตามสัญญาที่จะต้องส่งมอบ หรือแม้แต่การแก้ไขเงื่อนไขการปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้ ในสัญญาทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

¹⁴แหล่งเดิม. (น.2-5).

¹⁵แหล่งเดิม. (น.5-9).

มีสถานะพิเศษอีกประการหนึ่ง คือ สามารถขอแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายไม่จำเป็นต้องยินยอม และแม้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาด้วยสำหรับในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติผิดไปจากข้อกำหนดในสัญญา ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาหรือไม่ก็ตาม เป็นเรื่องที่มีได้อยู่ในขอบเขตของเรื่องการแก้ไขข้อสัญญา แต่เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของการใช้อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง (sanction) ซึ่งลักษณะพิเศษของการลงโทษกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองก็คือ โดยหลัก ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งทางปกครองลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เองโดยไม่ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับให้เหมือนกรณีของสัญญาทางแพ่ง ยกเว้นในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ กรณีการเพิกถอนสิทธิของผู้รับสัมปทาน (déchéance) คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะสั่งเพิกถอนเองไม่ได้ต้องร้องขอให้ศาลเป็นผู้สั่ง ซึ่งรูปแบบการลงโทษกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาก็มีหลายวิธีการ เช่น คำสั่งให้คู่สัญญาที่ผิดสัญญาชดเชยค่าเสียหายและเบี้ยปรับ การสั่งให้บุคคลภายนอกเข้าดำเนินการแทนคู่สัญญา หรือฝ่ายปกครองอาจเข้าดำเนินการเอง รวมตลอดถึงการสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญา และการลงโทษทางอาญาด้วย¹⁶

ข้อจำกัดของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวมี 5 กรณี กล่าวคือ¹⁷

กรณีแรก ในการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะแก้ไขข้อสัญญาที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์การดำเนินการบริการสาธารณะ (ที่ได้มอบหมายโดยสัญญาให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ) ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองได้กำหนดเอาไว้แล้วไม่ได้

กรณีที่สอง ฝ่ายปกครองไม่อาจจะแก้ไขสัญญาถึงขั้นที่จะทำให้สถานะ(nature) หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป เช่น หากปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไปทำให้จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบในการดำเนินการบริการสาธารณะหนึ่งๆ รัฐจำเป็นต้องเข้าดำเนินการบริภารนั้นเองแทนที่รูปแบบการดำเนินการโดยการให้สัมปทาน ฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบการดำเนินการได้ก็แต่โดยการซื้อสัมปทานนั้นคืนเท่านั้น แต่จะบังคับคู่สัญญาโดยวิธีการแก้ไขข้อสัญญาไม่ได้

ในกรณีเดียวกัน ถ้าฝ่ายปกครองสามารถที่จะบังคับให้คู่สัญญาขยายการบริการออกไป แต่ฝ่ายปกครองไม่อาจเรียกร้องให้คู่สัญญาดำเนินการบริการสาธารณะที่แตกต่างไปจากบริการสาธารณะดั้งเดิมที่เคยทำกันไว้ ถึงขนาดนับว่าเป็นบริการสาธารณะอีกอย่างหนึ่ง หรือเป็นบริการสาธารณะที่อยู่นอกขอบเขตความสามารถของคู่สัญญา

¹⁶แหล่งเดิม. (น.9-19).

¹⁷แหล่งเดิม. (น.13-15).

กรณีที่สาม อำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจนี้เอง ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาจะผลัการะโดยการร้องขอต่อศาล ให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ไม่ได้ ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจสั่งให้ได้

กรณีที่สี่ โดยหลักแล้วการใช้อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะในสัญญามอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินบริการสาธารณะจะจำกัดอยู่เฉพาะข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะเป็น “กฎ” (clauses réglementaires) ซึ่งได้แก่ข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่สามและผู้ให้บริการ เป็นต้น ส่วนข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางสัญญาโดยแท้ (clauses contractuelles) แล้ว ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจแก้ไขข้อสัญญาส่วนนี้ได้ฝ่ายเดียวโดยปราศจากความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นสัญญาโดยแท้ ได้แก่ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิทางการเงินและผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั่นเอง แต่ในทางปฏิบัติจะแยกข้อกำหนดทั้งสองลักษณะได้ค่อนข้างยาก และในทางทฤษฎีก็ยังมีปัญหาในการหาหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ยังไม่ลงตัว

กรณีที่ห้า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญา โดยหลัก สัญญาทางปกครองอยู่ภายใต้หลักคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา หรือ “intuitus personae” ซึ่งทำให้การแก้ไขสัญญาโดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจะทำได้ อย่างไรก็ดี การใช้หลักนี้จะมีคามเข้มงวดแตกต่าง กันไป แล้วแต่ประเภทของสัญญา เช่น ในสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเอกชนจะทำได้ เว้นแต่มีกฎหมายหรือข้อสัญญากำหนดอนุญาตเอาไว้เท่านั้น ส่วนในสัญญาจัดซื้อพัสดุต่างๆ การนำหลักนี้มาใช้จะมีความเข้มงวดน้อยลง เพราะจุดมุ่งหมายสุดท้ายของสัญญาคือการส่งมอบทรัพย์สินที่มีได้ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติหรือความสามารถของคู่สัญญา

2.4 อำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

อำนาจในการยกเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองนั้น อาจแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ¹⁸

กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติผิดไปจากข้อสัญญา ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้มาตรการได้หลายมาตรการเพื่อเป็นการลงโทษคู่สัญญาฝ่ายนั้น เช่น การลงโทษทางการเงิน (sanctions pécuniaires) โดยการเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชดใช้ค่าเสียหาย ไม่ว่าในรูปของค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยปรับ การลงโทษโดยกำหนดมาตรการบางอย่างที่มีผลให้การปฏิบัติตามสัญญาดำเนินไปได้ (sanctions coercitives) โดยฝ่ายปกครองอาจสั่งให้บุคคลภายนอกเข้าปฏิบัติตามสัญญาแทนคู่สัญญา หรือฝ่ายปกครองอาจเข้า

¹⁸ แหล่งเดิม. (น.15-23).

ดำเนินการเองแล้วให้คู่สัญญาเป็นผู้รับผิดชอบค่าดำเนินการ เป็นต้น หรือการลงโทษโดยการยกเลิกสัญญา (sanctions résolutoires) และการลงโทษทางอาญา (sanctions pénales)

กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา ในประเทศฝรั่งเศส อำนาจการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองโดยคู่สัญญาเอกชนมิได้ผิดสัญญาเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งในทางวิชาการและโดยแนวบรรทัดฐานของศาล ดังนั้น อำนาจนี้จึงมีอยู่แม้จะไม่มีข้อกำหนดเอาไว้ในสัญญาก็ตาม เมื่อปรากฏว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่อาจตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจยกเลิกสัญญาได้

แต่หากมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนสิ้นอายุสัญญานั้น คู่สัญญามีสิทธิบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะได้รับการชดเชยเงินหรือสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยโดยในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญาอันเกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมายนั้น เมื่อฝ่ายปกครองแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาฝ่ายเดียว คู่สัญญาก็มีสิทธิที่จะเรียก ค่าชดเชยได้ ส่วนในกรณีเหตุที่ไม่สามารถคาดเดาได้ล่วงหน้าอันเกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงทางด้านข้อเท็จจริงนั้น ฝ่ายปกครองมีข้อผูกพันที่จะให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่สัญญาเพื่อให้คู่สัญญาสามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้¹⁹

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่า ในสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้น มีลักษณะเป็นการทำสัญญาโดยภาครัฐหรือฝ่ายปกครองกับภาคเอกชน โดยแบ่งประเภทของสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาพัสดุ ซึ่งเป็นสัญญาที่ถูกบัญญัติเป็นการเฉพาะให้เป็นสัญญาทางปกครอง และสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยการที่ภาครัฐหรือฝ่ายปกครองมอบหมายให้ภาคเอกชนดำเนินการจัดให้บริการกิจการบางอย่างแทนภาครัฐหรือฝ่ายปกครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้นยังคงลักษณะของความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์หลายประการที่สามารถนำมาใช้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ตลอดอายุของสัญญาทางปกครอง เช่น สิทธิในการกำหนดแนวทางการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง การควบคุมการลงโทษ การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น สิทธิในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนี้ถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองมี โดยการบอกเลิกสัญญาอาจทำได้ในกรณีที่คู่สัญญาทำผิดอย่างร้ายแรง หรืออาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ทำผิดอะไร แต่ฝ่ายปกครองก็อาจบอกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองได้ การเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวเป็นไปตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของการจัดทำบริการสาธารณะ โดยมีเงื่อนไขว่า การเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนครบกำหนดสัญญาจะต้องทำขึ้นโดยมีเหตุผล

¹⁹ หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (น.146). เล่มเดิม.

เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การทำสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่เป็นกฎหมายมหาชนก็ยังคงเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ของเอกชนนั่นเอง

2) การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

ในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองนั้นอาจทำให้เกิดข้อพิพาทได้ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองหรือเมื่อเสร็จสิ้นการดำเนินการตามสัญญาแล้ว โดยปกติเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็มักจะเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะทำการเยียวยาหรือแก้ไขข้อพิพาทนั้น แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน การเยียวยาหรือการแก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองมิได้มีเพียงศาลปกครองเท่านั้นที่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้ มีกระบวนการใหม่ๆ เกิดขึ้นหลายกระบวนการเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาทโดยมิต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง กระบวนการใหม่ๆ เหล่านี้เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นเพื่อช่วยบรรเทาภาระงานของศาลปกครองและในขณะเดียวกันก็เพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการแก้ไขข้อพิพาทด้วย

การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการนั้นก็นับว่าเป็นวิธีการหนึ่งในระบบของกฎหมายเอกชนที่มีการใช้ระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนและเอกชนมาเป็นเวลานานแล้ว ระบบอนุญาโตตุลาการเป็นระบบที่มีความคล่องตัวและเหมาะสมสำหรับการระงับข้อพิพาทในระหว่างเอกชนกับเอกชนอยู่หลายประการด้วยกัน เช่น ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทที่สั้นกว่ากระบวนการทางศาล การเสียค่าใช้จ่ายที่น้อยกว่าและที่สำคัญที่สุดก็คือ ผู้ชี้ขาด กล่าวคือ ในระบบอนุญาโตตุลาการนั้น คู่ความสามารถที่จะเลือกผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้ การที่คู่ความสามารถเลือกผู้ที่จะเข้ามาชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้ทำให้เกิด “ความเหมาะสม” และมี “ความหลากหลาย” ในบรรดาผู้ชี้ขาดข้อพิพาทเหล่านั้น คู่ความสามารถเลือกบุคคลต่างๆ ที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาแต่มีความชำนาญในด้านต่างๆ เช่น นักกฎหมาย นักเศรษฐศาสตร์เข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้ และนอกจากนี้คู่ความก็สามารถกำหนดวันเวลาชี้ขาดข้อพิพาทให้ต่อเนื่องได้เพื่อให้ข้อพิพาทของตนยุติโดยเร็ว

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ (Nouveau code de procédure civil) ได้กำหนดถึงการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 1447 ถึงมาตรา 1497 โดยในมาตรา 1456 ได้บัญญัติถึงระยะเวลาในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ว่า หากไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ในสัญญา การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เกิน 6 เดือนนับแต่เวลาที่คู่สัญญาตกลงรับที่จะให้มีการใช้ออนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

แต่ในระบบกฎหมายมหาชน มีธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับกันมาเป็นเวลานานว่า ไม่สามารถใช้ระบบอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดคดีปกครองได้ ข้อห้ามดังกล่าวนี้มีที่มาจากสถานะ

ของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่ต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาข้อพิพาทโดยศาลปกครองนั่นเอง โดยแบ่งหลักดังกล่าวออกได้ดังนี้²⁰

(1) หลักในการห้ามการใช้อนุญาโตตุลาการกับนิติบุคคลมหาชน

ในปี ค.ศ.1986 สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ให้ความเห็น (avis) ลงวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ.1986 ไว้ว่า นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนไม่สามารถนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ โดยถือว่าหลักดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส การที่มีการนำเอาข้อความที่มีการใช้อนุญาโตตุลาการไปกำหนดไว้ในสัญญาที่มีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะ

หลักดังกล่าวมีที่มาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับเดิม คือ ฉบับปี ค.ศ.1806 ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1004 และมาตรา 83 ไม่ยอมรับการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่มีขึ้น จากบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวนี้เองที่ส่งผลให้ฝ่ายปกครองไม่อาจเจรจาดกลงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ในทุกกรณีหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หลักที่เกิดขึ้นในหลักกฎหมายปี ค.ศ.1806 เป็นหลักที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมนั่นเอง ในเวลาต่อมาได้มีผู้ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้หลายคน แต่ที่น่าสนใจที่สุด คือ นักกฎหมายคนสำคัญที่ชื่อ LAFERRIERE ที่มองหลักดังกล่าวในปี ค.ศ.1896 และได้แสดงความเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกับการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกันโดยกล่าวว่า “ทำไมจะต้องให้รัฐยอมรับในระบบอนุญาโตตุลาการเพราะในเมื่อรัฐเองก็ยังไม่อยู่ในระบบพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมทั้งๆ ที่ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐ”

หกสิบปีต่อมานับแต่ที่ LAFERRIERE ได้ให้ความเห็นต่อตุลาการผู้แถลงคดี GAZIER ได้กล่าวอธิบายไว้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงรูปแบบภายนอกที่มีการเขียนเอาไว้เป็นกฎหมายที่สะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบภายในที่เป็นหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ข้อห้ามมิให้นำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการแก้ไขข้อพิพาทที่มีฝ่ายปกครองร่วมอยู่ด้วยเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกับสถานะของนิติบุคคลมหาชน” หลักดังกล่าวได้รับการยืนยันอีกครั้งด้วยการที่รัฐบัญญัติลงวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ.1972 ซึ่งแก้ไขมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้ทำการตกลงยินยอมกันในปัญหาที่เกี่ยวกับสถานะ และความสามารถของบุคคลเกี่ยวกับการหย่าร้าง และการอยู่ร่วมกัน หรือเกี่ยวกับการโต้แย้งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของฝ่ายปกครองและวิสาหกิจมหาชน รวมทั้งทุกๆ เรื่องที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย” แต่อย่างไรก็ตาม

²⁰ สัญญาทางปกครอง (น.406-415.). โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์. 2546. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ต่อมาได้มีการออกรัฐบัญญัติลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.1975 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวโดยกำหนดให้องค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมทำการประนีประนอมยอมความได้โดยต้องทำเป็นรัฐกฤษฎีกา

อย่างไรก็ตามยังปรากฏว่ามีเหตุผลอื่นอีกที่สนับสนุนการห้ามใช้ระบบอนุญาตอุตสาหกรรมในคดีปกครอง กล่าวคือ ข้อตกลงให้มีการใช้อุญาตอุตสาหกรรมนั้นถือว่ากระทบต่ออำนาจศาลเพราะอนุญาตอุตสาหกรรมเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเช่นกัน ศาลปกครองได้ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้ว่าเนื่องจากการแบ่งอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตุลาการประเภทต่าง ๆ นั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องตราเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ดังนั้นรัฐกฤษฎีกาที่บังคับให้มีการใช้อุญาตอุตสาหกรรมชี้ขาดข้อพิพาทจึงถือได้ว่าขัดต่อกฎหมาย และในท้ายสุด เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนแนวความคิดที่ห้ามใช้ระบบอนุญาตอุตสาหกรรมในคดีปกครองก็คือ การใช้ระบบอนุญาตอุตสาหกรรมในคดีปกครองอาจมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายปกครองได้หากแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตอุตสาหกรรมเป็นไปคนละแนวทางกับแนวคำพิพากษาศาลปกครอง

(2) ข้อยกเว้นของการนำเอาระบบอนุญาตอุตสาหกรรมมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชน

ข้อยกเว้นของการนำเอาระบบอนุญาตอุตสาหกรรมมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองมีอยู่สองประการ

ประการแรก เพื่อให้เป็นการบรรเทาภาระงานของศาลปกครองที่มีอยู่มาก กับ
ประการที่สอง เพื่อให้การจัดการทางปกครองมีความใกล้เคียงกับการจัดการทางพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันอนุญาตอุตสาหกรรมมีส่วนแบ่งเบาภาระงานของศาลปกครองน้อยมากในการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองเพราะบทบาทของอนุญาตอุตสาหกรรมยังคงจำกัดอยู่ในขณะที่การทำให้การจัดการทางปกครองและการจัดการทางพาณิชย์มีลักษณะใกล้เคียงกันกลับได้ผลดีกว่าแต่ก็ยังต้องนับว่าน้อยอยู่นั่นเอง

ข้อยกเว้นการนำระบบอนุญาตอุตสาหกรรมมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชนมีที่มาที่สำคัญ 2 ที่ คือ มีที่มาจากกฎหมายภายในและมีที่มาจากต่างประเทศ ซึ่งในกฎหมายภายในแม้จะมีหลักทั่วไปของกฎหมายมหาชน กำหนดห้ามการนำระบบอนุญาตอุตสาหกรรมมาใช้กับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่ก็มีความเฉพาะจำนวนหนึ่งที่ “เลียง” ข้อกำหนดของหลักทั่วไปดังกล่าว เช่น การรถไฟ การไปรษณีย์ และการโทรศัพท์ ที่มีกฎหมายพิเศษอีกจำนวนหนึ่งอันเป็นกฎหมายที่จัดตั้ง

หน่วยงานประเภทองค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมขึ้นมา จึงมีผลทำให้หน่วยงานดังกล่าวสามารถนำเอาระบบอนุญาตอุตสาหกรรมมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ กล่าวคือ

กรณีการรถไฟฝรั่งเศส มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลมหาชน ซึ่งโดยหลักต้องห้ามมิให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตอุตสาหกรรม แต่รัฐบัญญัติลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ.1982 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 25 กำหนดให้การรถไฟแห่งประเทศฝรั่งเศส (S.N.C.F.) อาจใช้วิธีการประนีประนอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยวิธีการตกลงกับคู่กรณีให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตอุตสาหกรรมได้ การรถไฟของฝรั่งเศสจึงอาจระงับข้อพิพาทของตนโดยการชี้ขาดของอนุญาตอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติการรถไฟของฝรั่งเศสใช้วิธีการอนุญาตอุตสาหกรรมน้อย เพราะผู้บริหารของการรถไฟของฝรั่งเศสไม่นิยมให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทของตนโดยวิธีอนุญาตอุตสาหกรรม เนื่องจากเป็นการแสดงความไม่เชื่อถือน้ององค์กรศาลของรัฐและการรถไฟเองก็พอใจกับระบบและกระบวนการดำเนินงานของศาลไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทางศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ตาม นอกจากนี้ สำหรับการรถไฟของฝรั่งเศสการเสนอคดีต่อองค์กรศาลของรัฐนั้น สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการเสนอคดีให้อนุญาตอุตสาหกรรมชี้ขาด²¹

กรณีการโทรศัพท์นั้นได้มีกฎหมายลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.1990 เกี่ยวกับจัดทำบริการสาธารณะด้านไปรษณีย์และโทรศัพท์ได้กำหนดรับรองสภาพความเป็นองค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมของการไปรษณีย์และการโทรศัพท์แห่งฝรั่งเศสเอาไว้ ตามมาตรา 28 กำหนดให้ทั้งสององค์กรสามารถประนีประนอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยวิธีการเสนอให้อนุญาตอุตสาหกรรมชี้ขาดได้

อย่างไรก็ดี การกำหนดไว้ให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตอุตสาหกรรมในกรณีองค์กรโทรศัพท์และการไปรษณีย์อาจจะไม่มีความจำเป็น เพราะตามมาตรา 25 ของรัฐบัญญัติจัดตั้ง ได้กำหนดให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของทั้งสององค์กรนี้กับผู้ถือหุ้นในการจัดซื้อจัดจ้าง และบุคคลภายนอกให้เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง และข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เว้นแต่ข้อพิพาทซึ่งโดยเนื้อหาเป็นเรื่องที่ต้องขึ้นศาลปกครอง ดังนั้น ถึงแม้จะไม่มีกรณียาติให้ใช้วิธีอนุญาตอุตสาหกรรมในการระงับข้อพิพาท คู่กรณีสามารถใช้วิธีการดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะตีความจำกัดการใช้วิธีการอนุญาตอุตสาหกรรมในคดีพิพาทระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชน ซึ่งโดยระบบกฎหมายของ

²¹ ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาตอุตสาหกรรมในสัญญาสัมปทาน (น.66).
เล่มเดิม.

ฝรั่งเศสเอง เมื่อผู้ร่างกฎหมายต้องการให้เรื่องใดสามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ จึงมักจะกำหนดไว้ให้ชัดเจนโดยกฎหมาย²²

การจัดระบบอนุญาโตตุลาการ D.FOUSSARD ได้กล่าวไว้ว่า “ไม่ว่าข้อพิพาทจะเป็นข้อพิพาททางกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ตาม อนุญาโตตุลาการยังคงเป็นกระบวนการยุติธรรมเอกชนภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน” ด้วยเหตุดังกล่าว การจัดระบบอนุญาโตตุลาการและกระบวนการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1444 เป็นต้นไป แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็มีได้มีลักษณะที่เป็นการบังคับกฎหมายต่างๆ เกี่ยวกับการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการเกิดจากการกำหนดตามเจตนารมณ์ของกลุ่มสัญญาภายใต้กรอบของหลักสำคัญบางประการที่มีที่มาจากแนวคำพิพากษา

คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยชี้ขาด แต่การปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าวจะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้ออกคำบังคับ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการสามารถอุทธรณ์ได้ทั้งกรณีอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย และอนุญาโตตุลาการตามสัญญาการตกลงไม่ให้มีการอุทธรณ์คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการถือเป็นโมฆะ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเอาไว้ ส่วนองค์กรที่จะรับพิจารณาอุทธรณ์นั้น แม้รัฐบัญญัติลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1987 จะกำหนดให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เป็นผู้มีหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์ในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม แต่ก็มีได้หมายความว่าศาลปกครองชั้นอุทธรณ์จะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาคำอุทธรณ์คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ เพราะอำนาจศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้นได้แก่การพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่าศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นหลักการภายใต้หลักกฎหมายเอกชน ซึ่งโดยหลักแล้วห้ามนำมาใช้ในกฎหมายมหาชนและสัญญาทางปกครอง หากมีการนำหลักการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองก็จะส่งผลในสัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อย อีกทั้งยังถือเป็นการกระทำที่กระทบต่ออำนาจของศาลปกครองที่ถูกบัญญัติโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจและรัฐบัญญัติด้วย นอกจากนี้หากมีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกฎหมายมหาชนหรือในสัญญาทางปกครองแล้วก็อาจเป็นการทำให้ระบบการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยศาลปกครองนั้นลดลงและอาจส่งผลกระทบต่อกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้ แต่ทั้งนี้ แม้ว่าในกฎหมายมหาชนและสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะห้ามมิให้นำสัญญาอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกฎหมายมหาชนและสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่ก็ยังมีการนำหลักอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาใช้ในสัญญา

²²แหล่งเดิม. (น.67).

ทางปกครองบางประเภทโดยอ้อมหรือที่เรียกกันว่าเป็นการเลี่ยงกฎหมายนั่นเอง เนื่องจากการนำหลักอนุญาโตตุลาการมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางปกครองก็อาจส่งผลดีบางประการได้ อาทิ เพื่อเป็นการลดภาระคดีของศาลปกครอง และเพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการระงับข้อพิพาทอันจะส่งผลดีต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การรถไฟ การไปรษณีย์ และการโทรศัพท์ ที่มีการบัญญัติกฎหมายพิเศษขึ้นเป็นกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานประเภทองค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมขึ้นมา จึงมีผลทำให้หน่วยงานดังกล่าวสามารถนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ ซึ่งแม้กฎหมายจะได้บัญญัติหลักยกเว้นให้สามารถนำหลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้ก็ตาม แต่การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็เป็นเพียงหลักการในทางทฤษฎีเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติประเทศฝรั่งเศสไม่นิยมนับหลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองเนื่องจากเป็นการแสดงความไม่เชื่อถือองค์กรศาลของรัฐและการเสนอคดีต่อองค์กรศาลของรัฐนั้นสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการเสนอคดีให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด

3.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การดำเนินการที่เรียกว่าการกระทำของฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น เป็นไปเพื่อตอบสนองและคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ แต่ในการดำเนินการหรือจัดทำบริการสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภค ฝ่ายปกครองต้องการเครื่องมือประเภทต่างๆ เพื่อให้การดำเนินการหรือการจัดทำบรรลุผลและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะก่อตั้งสิทธิหน้าที่ในส่วนของกฎหมายมหาชนโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎหมายทางปกครองกำหนดมาตรการเฉพาะราย ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่ทั้งนี้กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองก็ไม่ได้จำกัดขอบเขตที่ว่าฝ่ายปกครองหรือภาครัฐต้องดำเนินการภายใต้กฎหมายมหาชนเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ในบางกรณีภาครัฐหรือฝ่ายปกครองอาจดำเนินการต่างๆ ภายใต้กฎหมายเอกชนโดยการลดอำนาจหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองลงมาให้เทียบเท่ากับเอกชนได้เช่นกัน หากเห็นว่าเป็นการสะดวกกว่า การกอนิติสัมพันธ์ตาม “สัญญา” ที่เกิดขึ้นจึงอาจเป็นนิติสัมพันธ์ตาม “สัญญาในระบบกฎหมายมหาชน” หรือ “สัญญาในระบบกฎหมายเอกชน” ก็ได้

เนื่องจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law และใช้ระบบศาลคู่ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองนั้น ในเบื้องต้นต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง จึงจะพิจารณาในเรื่องการนำหลักอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง

1) หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง

(1) หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้นมีข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่ง คือต้องพิจารณาในภาวะวิสัย ซึ่งหมายความว่า ความเข้าใจของคู่สัญญาว่าตนตกลงทำสัญญาทางปกครอง หรือทางแพ่งไม่ใช่เป็นเครื่องชี้ธรรมชาติทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญานั้น แม้ว่าเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในทางคำราของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองยังไม่เป็นที่ยุติก็ตาม แต่ความเห็นข้างมากเห็นว่าควรใช้เกณฑ์ “วัตถุแห่งสัญญา” (Vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาแท้ที่จริงแล้วก็คือการพิจารณา “เนื้อหา” นั้นเองว่า “เนื้อหา” ของวัตถุแห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบาทนิติในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พึงพิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้ คือ²³

1. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบาทนิติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย
2. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกไปอนุญาตก่อสร้างอาคาร
3. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น

ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในทางคำราว่าจะถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีของ “สัญญาผสมทางปกครองและทางแพ่ง” (gemischt öffentlich-rechtlich/privatrechtlicher Vertrag) เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจะต้องแยกพิจารณา หากพิพาทกันในส่วน of เนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชน จะต้องฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีฝ่ายเอกชนไม่ยอมโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้ และหากพิพาทกันในส่วน of เนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง

²³ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (น.264-266). โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. วารสารนิติศาสตร์ปีที่ 29 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2542).

(2) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง “คู่สัญญา” และ “เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” ไว้โดยปริยายและโดยชัดแจ้ง ดังนี้²⁴

1. รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่คู่สัญญา

1.1 สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag) สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งฝ่ายเดียวทางปกครองได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

1.2 สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag) สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชน ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว กฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ เท่านั้น

สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ แม้ว่าโดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม²⁵ แต่สัญญาดังกล่าวก็หาได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้นไม่แต่รวมถึงกรณีอื่นๆ ที่เป็นการตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย

2. รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

²⁴แหล่งเดิม. (น.266-268).

²⁵รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, มาตรา 54.

2.1 สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag)²⁶ สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจาก การตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ฝ่ายปกครอง) อาจมีลักษณะเป็น “การขายอำนาจรัฐ” รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาในมาตรา 56 ดังนี้ คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง 1) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา 2) เป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง 3) จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้วและ 4) จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

2.2 สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้น หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความนั่นเอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55 อนึ่งมีข้อสังเกตว่าการประนีประนอมยอมความหรือการระงับข้อพิพาททางปกครองนี้อาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (VwGO) มาตรา 106) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองในชั้นศาลมีลักษณะพิเศษคือ เป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณา ซึ่งเป็นเรื่องวิสัยบัญญัติ และเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาในทางสารบัญญัติด้วย²⁷

นอกเหนือจากรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว ยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่น ที่มิได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่น สัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดเพียงสิทธิเรียกร้อง หน้าที่ (Verpflichtungsvertrag) หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิ หน้าที่โดยตรง (Verfügungsvertrag) เป็นต้น ในเรื่องของรูปแบบสัญญาทางปกครองนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติ

²⁶การแปล “Austauschvertrag” ว่า สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ แม้ว่าจะไม่ตรงกับคำเดิมนัก (Austausch = การแลกเปลี่ยน) และอาจทำให้สับสนกับสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่ง แต่เนื่องจากผู้เขียนยังไม่พบคำแปลอื่นที่ให้ความหมายตรงกับเนื้อหาของสัญญาได้ดีกว่า ผู้เขียนจึงใช้คำแปลนี้ไปพลางก่อน ความสับสนกับสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งนั้น คงจะบรรเทาออกไปได้เพราะมีคำว่า “ทางปกครอง” กับคำว่า “สัญญาต่างตอบแทน” อยู่

²⁷คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BverwGE 14, 103.

ไว้ในกฎหมาย โดยละเอียด แต่ตั้งใจปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องของฝ่ายตุลา และฝ่ายศาลในการพัฒนา รูปแบบสัญญาทางปกครองต่างๆ ต่อไป

(3) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. การปฏิบัติตามสัญญา ในการปฏิบัติตามสัญญาย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง โดยกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการชำระหนี้และการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ ประกอบกับในมาตรา 62 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 บัญญัติให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองโดยอนุโลม ดังนั้น การพิจารณาเรื่องนี้จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายแพ่งกำหนดไว้ เช่น เรื่องการผิดนัดชำระหนี้ การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย ความรับผิดชอบในกรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้ก่อนสัญญา เป็นต้น แต่ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองอยู่เสมอ²⁸

อย่างไรก็ดีในกรณีสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะ นั้น หน้าที่ของเอกชนคู่สัญญาในการปฏิบัติตามสัญญา คือ การสนองความต้องการของประชาชน หรือประโยชน์สาธารณะ ตามหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ดังนั้น ในการปฏิบัติตามสัญญาบริการสาธารณะของรัฐ เอกชนคู่สัญญาจึงมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อเนื่องกัน ตลอดเวลาโดยไม่ชะงัก ไม่ว่าจะประสบอุปสรรคและยากลำบากเพียงไร เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นเหตุสุดวิสัย²⁹

2. เอกสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายปกครองในการบังคับตามสัญญา ในกรณีเอกชนคู่สัญญา ผิดสัญญา ไม่ทำตามสัญญาหรือไม่ถูกต้อง หรือไม่ครบถ้วนตามสัญญา ในมาตรา 61 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 ได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองคู่สัญญา บังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองได้ เฉพาะกรณีสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐ ทำกับเอกชน โดยเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการดังกล่าวจะต้องสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ หรือที่เรียกว่า Assessor หรือที่มีคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยบุคลากรประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี อันเป็นหลักประกันในความรู้ทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการบังคับตาม

²⁸นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (น.130). โดย ชาญชัย แสงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสรี. 2541. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁹กฎหมายปกครอง (น.292). โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์. 2545. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.

สัญญาทางปกครอง และจะต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจการเฉพาะเรื่องดังกล่าวด้วย เว้นแต่จะเป็นการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธ์หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของมลรัฐ

สำหรับกรณีสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐทำด้วยกันเองนั้น เนื่องจากคู่สัญญา มีฐานะเท่าเทียมกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจึงไม่อาจใช้สิทธิในการบังคับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองได้เอง จึงต้องนำคดีให้ศาลปกครองพิจารณา โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้โดยอนุโลม ส่วนกรณีที่เอกชนคู่สัญญากับฝ่ายปกครองจะเรียกร้องค่าเสียหายจากฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะต้องนำคดีให้ศาลปกครองพิจารณาออกหมายบังคับคดีจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 170 และมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล³⁰

(3) สิทธิของคู่สัญญาในการปรับปรุงแก้ไขสัญญาทางปกครอง ในเรื่องการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 60 เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือหลักความผูกพันตามสัญญาตามกฎหมายแพ่งและหลักการให้ความคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามกฎหมายมหาชน ซึ่งหลักเกณฑ์ในมาตรา 60 (1) กำหนดว่า เมื่อปรากฏภายหลังว่าข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์หรือบทกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในสาระสำคัญ โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ เว้นแต่ ในกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล คู่สัญญาอีกฝ่ายก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองในเบื้องต้นจะอาศัยความยินยอมของคู่สัญญา แต่หากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธินำคดีไปฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ โดยคำพิพากษาถือว่าการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยินยอม

นอกจากนี้ คู่สัญญาอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองโดยตกลงกันในรูปแบบของ “สัญญาประนีประนอมยอมความ” ก็ได้ เมื่อข้อเท็จจริงเป็นไปตามองค์ประกอบตามมาตรา 55 ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 แต่กรณีคู่สัญญาได้กำหนดข้อตกลงไว้ล่วงหน้าในสัญญาทางปกครองในเรื่องของสิทธิของคู่สัญญาในการเปลี่ยนแปลงสัญญาทาง

³⁰ แหล่งเดิม. (น.295-296).

ปกครอง การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญานี้จะกระทำโดยอาศัยพื้นฐานมาจากข้อตกลงโดยไม่นำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 60 (1) มาใช้แต่อย่างใด³¹

2) หลักการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองสามารถทำได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ.1960 (Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)) มาตรา 168 อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ 5³² และมาตรา 173³³ ได้บัญญัติรับรองเรื่องการอนุญาโตตุลาการไว้

การอนุญาโตตุลาการเป็นที่รู้จักกันมาช้านานตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยผู้ที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทมาจากบุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งและให้ความไว้วางใจเอง ประกอบกับระบบการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่ไม่ยุ่งยาก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย จึงทำให้มีการนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทกันมากในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาทในทางการค้า อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง ส่วนข้อโต้แย้งในทางกฎหมายมหาชนนั้น ก่อนที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ.1960 จะมีผล

³¹ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) ของสหพันธ์สาธารณรัฐประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (น 85-86). โดย มานิคซ์ วงศ์เสรี. วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 18 ตอนที่ 2 (สิงหาคม, 2542).

³² มาตรา 168 อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ 5 ของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติว่า “การบังคับคดีให้กระทำได้ เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ราบเท่าที่คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีนั้นมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย หรือมีผลบังคับได้ก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (ในกรณีการบังคับชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด)”

³³ มาตรา 173 ของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติว่า “ทราบเท่าที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาความไว้เป็นการเฉพาะ ให้นำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม เมื่อความแตกต่างในสาระสำคัญของลักษณะแห่งกระบวนการวิธีพิจารณาคดีทั้งสองกระบวนการวิธีพิจารณานั้นไม่ได้เป็นการปิดกั้นหรือห้ามมิให้นำมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 1062 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้นที่มีอำนาจ และศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 1065 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์”

บังคับใช้แทบจะไม่มีการนำการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองเลย³⁴

ภายหลังจากที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ.1960 ได้บัญญัติเรื่อง “อนุญาตตุลาการตามกฎหมายมหาชน” ไว้ และบัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการระงับข้อพิพาทคดีปกครองได้ ทำให้คู่กรณีที่มีข้อพิพาทในคดีปกครองสามารถตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ อย่างไรก็ตาม โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองไม่ได้บัญญัติรายละเอียดของหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการในคดีปกครองไว้ชัดเจน ดังนั้น การอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีพิพาทจากสัญญาทางปกครอง จึงต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ประเภทของอนุญาตตุลาการ

ในระบบกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้แบ่งประเภทของอนุญาตตุลาการไว้ 2 ประเภท ดังนี้³⁵

1. อนุญาตตุลาการโดยแท้ หมายถึง อนุญาตตุลาการที่มาจากการตกลงแต่งตั้งของคู่สัญญาที่มีข้อพิพาททางกฎหมาย หรือโดยการตกลงของคู่กรณีตามที่กำหนดไว้ใน “ข้อกำหนดหรือข้อบังคับทางกฎหมายเอกชน” อนุญาตตุลาการโดยแท้จึงได้แก่อนุญาตตุลาการที่มีพื้นฐานมาจาก “นิติกรรม” นั่นเอง

2. อนุญาตตุลาการโดยกฎหมาย หมายถึง อนุญาตตุลาการที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมาย อนุญาตตุลาการประเภทนี้จึงเกิดขึ้นมาจากการที่รัฐบัญญัติ กฎกระทรวง หรือข้อบังคับ ได้บัญญัติในเรื่องอนุญาตตุลาการไว้โดยเฉพาะ ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ อนุญาตตุลาการที่กำหนดไว้ในกฎหมายปกครอง เช่น ในกฎหมายว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณค่าของทรัพย์สิน ปี ค.ศ.1977 กฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ ปี ค.ศ.1995 กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ ปี ค.ศ.1993 หรือกฎหมายว่าด้วยการประปา ปี ค.ศ.1991 เป็นต้น

(2) การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาตตุลาการ³⁶

แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองได้บัญญัติรับรองให้คู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองซึ่งโดยปกติส่วนมากจะได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน

³⁴ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง (น.หน้า 80-81) วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. โดย พรพิมล บุญทวีเวช. 2547. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁵แหล่งเดิม. (น.80-81).

³⁶แหล่งเดิม. (น.81-82).

จะสามารถตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ก็ตาม แต่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีลักษณะและองค์ประกอบทำนองเดียวกับศาล อีกทั้งอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการก็มิได้มาจากกฎหมาย แต่มาจากการตกลงกันระหว่างคู่กรณีที่มีข้อพิพาท ดังนั้น การกำหนดข้อตกลงให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง โดยการตัดอำนาจศาลมิให้พิจารณาตัดสินข้อพิพาททางปกครองโดยสิ้นเชิงจึงไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากขัดกับ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน” หรือ “หลักการรับประกันการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ของกฎหมายพื้นฐาน³⁷” ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองทำให้ขาดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

ด้วยเหตุนี้ การตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเพียงการกำหนดกระบวนการหรือขั้นตอนหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางปกครองเท่านั้น ไม่มีผลทำให้สิทธิของคู่กรณีในการที่จะนำคดีข้อพิพาททางปกครองดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลปกครองระงับแต่อย่างใด ข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเพียง “ข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาความ” ที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยกขึ้นมาคัดค้านหรือต่อสู้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้สัญญาไว้ก่อนที่จะนำคดีพิพาทดังกล่าวไปฟ้องยังศาลปกครองเท่านั้น มิใช่เป็นข้อตกลงที่มีผลเป็นการตัดอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองหรือมีผลทำให้สิทธิในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองไปฟ้องยังศาลปกครองระงับไป อย่างไรก็ตาม กรณีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นมาโดย “บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ” หรือ “อนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย” จะมีผลทำให้สิทธิในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองไปฟ้องศาลปกครองเป็นอันระงับไป ทั้งนี้ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมายมีลักษณะเสมือน “ศาลปกครองพิเศษ”

(3) หลักเกณฑ์การตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองมีลักษณะเป็นเรื่องของการกำหนดสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งทาง

³⁷ มาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG) บัญญัติว่า

“มาตรา 19 (4) บุคคลใดซึ่งสิทธิของตนถูกละเมิดโดยการใช้อำนาจทางปกครอง บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาล

ในกรณีที่มิได้มีการบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลใดไว้เป็นการเฉพาะให้ฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรม

บทบัญญัติมาตร 10 อนุมาตรา 2 ประโยคที่สองยังคงมีผลใช้บังคับ”

กฎหมาย ก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง อันเป็นสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจึงมีลักษณะ เป็น “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง³⁸

การกำหนดข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองซึ่งคู่กรณีตกลงให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทก่อนนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง มีข้อพิจารณาดังนี้³⁹

1. ฐานะของคู่กรณีในการทำข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากพื้นฐานและสาระสำคัญของกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ความเท่าเทียมของคู่สัญญา ดังนั้น คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้นั้น คู่สัญญาจะต้องอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันเท่านั้น เนื่องจากการวินิจฉัยชี้ขาดหรือการตัดสินเกี่ยวกับเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีฐานะเหนือกว่าเอกชนจะต้องอยู่ภายใต้ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน” ตามนัยมาตรา 19 (4) แห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งจะต้องกระทำโดยศาลเท่านั้น

2. ข้อพิพาทที่สามารถระงับด้วยการอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นมาจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครอง ประเภทที่คู่กรณีอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันอันเป็นเหตุให้สามารถตกลงตั้งอนุญาโตตุลาการได้เท่านั้น ที่จะสามารถระงับได้ด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ มิใช่ข้อพิพาททางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะตกลงกันโดยแต่งตั้งหรือมอบหมายให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้

โดยสรุป ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้ปฏิเสธการมีอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง อนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งจะเป็นกรณีของการอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย ส่วนการอนุญาโตตุลาการโดยแท้ซึ่งเกิดขึ้นมาจากการแต่งตั้งของคู่สัญญานั้นจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขในเรื่อง “เนื้อหาสาระ” ของข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการและเงื่อนไขในเรื่อง “ฐานะของคู่สัญญา” ที่จะสามารถทำข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง

³⁸กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976

“มาตรา 54 การก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน สามารถกระทำได้ในรูปแบบของสัญญา (สัญญาทางปกครอง) ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

³⁹ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง (น.หน้า 82-83). เล่มเดิม.

กล่าวคือ ข้อพิพาททางปกครองที่คู่กรณีสามารถระงับได้ต้องเป็นข้อพิพาททางปกครองที่เกิดจากความสัมพันธ์ของคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน และเฉพาะแต่คู่กรณีที่มีฐานะเท่ากันเท่านั้นจึงจะตกลงให้มีการอนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนี้ใน “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” จะตัดอำนาจไม่ให้ศาลปกครองตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เนื่องจากขัดกับหลักประกันความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ตามมาตรา 19 อนุมาตรา (4) ของกฎหมายพื้นฐาน และ “หลักทั่วไปในการฟ้องคดีพิพาททางปกครองต่อศาลปกครอง” ตามมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

3.3 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System)

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือเรียกกันว่า “ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร” หรือ “ระบบกฎหมายจารีตประเพณี” มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เริ่มต้นจากจารีตประเพณี แต่เนื่องจากระบบคอมมอนลอว์ ไม่ได้มีการรวบรวมเอากฎหมายจารีตประเพณีมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายคอมมอนลอว์ จึงเกิดจากจารีตประเพณี และคำพิพากษาของศาลยุติธรรมเป็นที่มาของกฎหมาย กล่าวคือเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและศาลได้วินิจฉัยไปแล้ว คำพิพากษาของศาลย่อมถือเป็นบรรทัดฐานของศาลต่อๆ มา ซึ่งจะพิพากษาคดีที่มีประเด็นอย่างเดียวกันเหมือนๆ กัน เป็นกรณีที่พิจารณาจากเรื่องเฉพาะมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป

หลักกฎหมายที่ใช้กับสัญญาภาครัฐกับเอกชนในระบบกฎหมาย Common Law นั้น ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษและอเมริกาใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law ไม่มีการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ดังเช่นประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนของอังกฤษและอเมริกามีลักษณะเหมือนสัญญาทางแพ่ง ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทั่วไปและต้องอยู่ภายใต้อำนาจของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งทั่วไป ไม่มีการจัดตั้งศาลพิเศษที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางปกครองที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะเหมือนดังเช่นประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในทางปฏิบัติในการทำสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้มีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเต็มที่เหมือนกับเอกชนในการทำสัญญาทางแพ่ง Colin Turpin กล่าวว่า “คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่หรือมีข้อผูกมัดที่จะต้องปฏิบัติตามนโยบาย (Policies) หลักการ

และกฎระเบียบ (Rules) บางประการซึ่งมีความแตกต่างจากหลักกฎหมายแพ่งในการทำสัญญาทั่วไป⁴⁰

3.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1) หลักสัญญาทางปกครอง

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เมื่อมีการเสนอข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลก็จะนำกฎหมายแพ่งทั่วไปในเรื่องของสัญญามาบังคับ โดยปรับหลักกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ ซึ่งก็ได้ปฏิบัติตามแนวทางนี้เรื่อยมาจนมีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้น โดยแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ก่อให้เกิดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้นมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวโดยเฉพาะ กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชนขึ้น โดยปกติในหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่คู่กรณีได้ร้องอุทธรณ์ขึ้นมา คือ Boards of Contract Appeals และผลของการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการดังกล่าวนี้ได้มีส่วนอย่างสำคัญในการก่อให้เกิดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐขึ้นมา

2) การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

ประเทศสหรัฐอเมริกา ในระยะแรกๆ สหรัฐอเมริกาก็เดินตามแนวทางของกฎหมายอังกฤษ คือมีทัศนะว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลเป็นการลิดรอนอำนาจของศาล และคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถยกเลิกได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในระยะต่อมาทัศนะนี้ได้เปลี่ยนแปลงไป มลรัฐต่างๆ ได้ตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้น เพื่อให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลใช้บังคับได้และจะยกเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทุกฝ่าย กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจึงมีลักษณะที่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ในช่วงปี ค.ศ.1920 กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่จำกัดอยู่เพียงว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ศาลจะบังคับให้นั้นจะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น คงมีแต่มลรัฐเพนซิลเวเนียที่ยอมรับบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ สำหรับข้อพิพาทในอนาคตด้วย ซึ่งต่อมากฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ก็เดินตามแนวนี้ มลรัฐอื่นๆ ก็ได้ลอกเลียนแบบ

⁴⁰ การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนระหว่างประเทศ (น. 117).

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, โดย รุ่งทอง ไกรยรเสน, 2541, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

อย่างของกฎหมายนิวยอร์ค และในที่สุดรัฐบาลกลางได้บัญญัติกฎหมายคือ The United States Arbitration Act โดยมีผลบังคับใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1926⁴¹

ในปัจจุบันได้มีการบัญญัติกฎหมายและทัศนคติของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาจะเอื้ออำนวยต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างมาก

3.3.2 ประเทศอังกฤษ

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศอังกฤษนั้นสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1) หลักสัญญาทางปกครอง

ในประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายลักษณะ “สัญญาทางปกครอง” โดยเฉพาะอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ที่ใช้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นไปตามกฎหมายทั่วไป ทำนองเดียวกับที่ใช้กันระหว่างเอกชนและเอกชน⁴² ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น จึงมาจากหลักที่ว่ารัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้กับบุคคลทั่วไป (Ordinary Law of the Land) แต่ในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ที่จะทำให้หลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ หากเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะกระทำเพื่อสาธารณะประโยชน์ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนคือ การนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณะเข้ามาแทรกในหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็ต้องถูกฟ้องในศาลธรรมดา⁴³ โดยไม่มีการแยกระบบศาลพิเศษออกไป จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษนั้นใช้ระบบศาลเดี่ยว คำพิพากษาคือกฎหมาย (Case Law) ซึ่งมีความยืดหยุ่นที่สร้างระบบกฎหมายขึ้นมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน และการที่รัฐจะใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องใช้อย่างระมัดระวังและสามารถเปลี่ยนได้ตามสถานการณ์ เพราะคำพิพากษานั้นสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่าการแก้ไขกฎหมายโดยทั่วไป⁴⁴

2) การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

ประเทศอังกฤษ ในยุคที่มีการจัดตั้งสมาคมพ่อค้าต่างๆ ที่เรียกว่า “guilds” มีปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าบรรดาพ่อค้านิยมการอนุญาโตตุลาการมากกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาการ

⁴¹กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล (น.2-4). โดย อนันต์ จัทรโสภากร, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁴²สัญญาทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ (น.1). โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. วารสารกฎหมายปกครอง 6, 1 (เมษายน 2530).

⁴³แหล่งเดิม. (หน้า 1).

⁴⁴สัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน: วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน (น.49-60.). โดย ไชยวัฒน์, บุญนาค วารสารทนายความ 5, 24 (ตุลาคม-พฤศจิกายน 2539).

ฟ้องร้องในศาล ในสมัยนั้นพ่อค้ามีอำนาจมาก เป็นต้นว่าการผูกขาดกิจการการค้าไว้ให้สมาชิกของสมาคมเท่านั้น การปกป้องผลประโยชน์ให้กับพ่อค้าที่ประกอบกิจการในเมืองและส่งสินค้าไปขายต่างเมือง ตลอดจนการเข้าไปมีบทบาทในการบริหารและการปกครอง หรือข้อพิพาททางการค้าระหว่างเมือง แต่กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษก็ถือเป็นหลักทั่วไปว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นยกเลิกได้เสมอโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดนำข้อพิพาทมาสู่ศาล จึงมีผลเท่ากับประสงค์ที่จะยกเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่สามารถจะหยิบยกสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้นอ้างต่อศาลเพื่อให้ศาลจำหน่ายคดี หรืองดการพิจารณาคดี หรือสั่งให้ไปอนุญาโตตุลาการได้

ในปี ค.ศ.1746 ศาลอังกฤษเริ่มที่จะมีทัศนะว่า การตกลงมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดนั้นเป็นการลดทอนอำนาจศาล สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงมีผลแต่เพียงเป็นเงื่อนไขว่า คู่กรณีจะฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงมีผลแต่เพียงเป็นเงื่อนไขว่าคู่กรณีจะฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลได้ก็ต่อเมื่อได้ผ่านการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมาก่อนเท่านั้น ซึ่งก็เท่ากับว่าในทางปฏิบัตินั้นอนุญาโตตุลาการมีอำนาจแต่เพียงชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริง ส่วนปัญหาข้อกฎหมายนั้นยังคงเป็นอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยและตัดสิน

แม้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายของอังกฤษก็ยังให้อำนาจศาลในการที่จะเข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการค่อนข้างกว้างขวาง เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอื่น เช่น สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศสหรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น⁴⁵

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้นมีความแตกต่างกับระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เนื่องจากเป็นระบบศาลเดี่ยว กล่าวคือ ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นขึ้นตรงต่อศาลยุติธรรม มิได้มีศาลพิเศษที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการเฉพาะ ทำให้สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีความแตกต่างกับสัญญาทางปกครองในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การทำสัญญาทางปกครองระหว่างภาครัฐหรือฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนนั้นถือเอาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามสัญญาทั่วไปหรือสัญญาทางแพ่ง แต่ก็มีแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง โดยมีหลักการที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับกับสัญญาที่ถูกทำขึ้นโดยภาครัฐหรือฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวโดยเฉพาะ กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชนขึ้น โดยปกติในหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่คู่กรณีได้ร้องอุทธรณ์ขึ้นมา ซึ่งในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดย

⁴⁵ กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล (น.2-4). เล่มเดิม.

อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเศสหรัฐอเมริกา นั้น ในอดีตประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีแนวคิดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นการลิดรอนอำนาจของศาลจึงไม่นำหลักการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับ แต่ภายหลังเริ่มมีแนวคิดที่เป็นการยอมรับหลักการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น โดยถือว่าเป็นความยินยอมของกลุ่มสัญญาการจะนำหลักการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับได้และจะยกเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทุกฝ่าย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมายและถูกนำมาใช้จนถึงปัจจุบัน ในส่วนของประเทศอังกฤษนั้นไม่มีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์หรือลักษณะของสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ การเข้าทำสัญญาทางปกครองของประเทศอังกฤษเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาตามหลักสัญญาทางแพ่งทั่วไป โดยภาครัฐหรือฝ่ายปกครองไม่ได้รับเอกสิทธิ์หรืออยู่ในฐานะที่เหนือกว่าฝ่ายเอกชน โดยมีข้อยกเว้นกรณีเดียวในการที่ภาครัฐหรือฝ่ายปกครองจะสามารถอ้างหรือกำหนดเพิ่มเติมในการทำนิติกรรมสัญญากับฝ่ายเอกชนได้ คือการนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณะเข้ามาแทรกในหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป การพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม เนื่องจากประเทศอังกฤษก็เป็นระบบศาลเดี่ยวเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา การนำหลักการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น ประเทศอังกฤษมีความเห็นว่าเป็นการลิดรอนอำนาจของศาล การใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อมาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาจึงเป็นเพียงเงื่อนไขการฟ้องคดีเท่านั้น