

## บทที่ 2

### ความหมาย ทฤษฎีและวิวัฒนาการของการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการใน สัญญาสัมปทาน

โดยปกติวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกฎหมายกำหนดให้ดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทนั้นแต่วิธีการดังกล่าวมีกระบวนการพิจารณาที่ล่าช้าและต้องเปิดเผยจึงอาจส่งผลกระทบต่อภาพพจน์และประโยชน์ในทางธุรกิจของกลุ่มพิพาท ดังนั้นจึงได้เกิดวิธีการระงับข้อพิพาทนอกจากวิธีทางศาล เช่น การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมถึงการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการอนุญาโตตุลาการสมัยเริ่มแรกนั้นจะเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาแพ่ง ส่วนอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานนั้นยังมิได้ปรากฏเป็นที่แน่ชัด

ดังนั้นเพื่อการเข้าใจในเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน ในบทนี้จึงได้ศึกษาถึงลักษณะของความหมาย ทฤษฎีและกระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานตามกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law)

#### ความหมาย ทฤษฎีและวิวัฒนาการของการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีมาตั้งแต่สมัยสังคมยุคเริ่มแรก และในปัจจุบันเป็นที่ได้รับความนิยมมากขึ้นเนื่องจากกระบวนการพิจารณามีความรวดเร็ว ไม่ยุ่งยากและรักษาความลับของกลุ่มพิพาทได้ หากแต่การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาระงับข้อพิพาทต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและต้องมีกระบวนการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ๆ ซึ่งการศึกษาถึงความหมาย ทฤษฎี และวิวัฒนาการของการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะทำให้สามารถทราบถึงประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการที่แท้จริง

##### 1. ความหมายและลักษณะของอนุญาโตตุลาการ

ตามคำศัพท์ภาษาอังกฤษมีคำว่า “Arbitrator” หมายถึง บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการพิจารณาและชี้ขาดซึ่งข้อพิพาทโดยวิธีการในการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างไปจากการฟ้องคดีในศาลและคำว่า “Arbitration” หมายถึง วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งที่แตกต่างไปจากการฟ้องคดีในศาล ส่วนภาษาไทยนั้นในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้บัญญัตินิยาม

ความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” และ “อนุญาโตตุลาการ” ไว้เป็นคำนิยามศัพท์ คงมีแต่คำนิยามในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ที่ให้คำนิยามเพียงเฉพาะคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” เพียงคำเดียวเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า “บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระตัดสินในข้อพิพาท”

สำหรับประเทศอื่น ๆ ให้คำนิยามไว้ดังนี้

ใน Black's Law Dictionary (5<sup>th</sup> ed.) (Bryan A. Garner, Henry Campbell Black, 2009, pp.112) ให้คำนิยามของคำว่า “Arbitration” (การอนุญาโตตุลาการ) ไว้ว่ากระบวนการวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นกลาง และได้รับการเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาทโดยตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้นซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อได้มีการพิจารณาคดี

ใน Encyclopedia of Law of England (อเนก ศรีสนิท, 2534, หน้า 25) ได้ให้ความหมายของการอนุญาโตตุลาการไว้ว่าการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทโดยการตัดสินใจของคนคนหนึ่งหรือมากกว่าที่เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” (Arbitrator) ที่ไม่ใช่การตัดสินของศาลโดยปกติ

นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

เสาวนีย์ อัสวโรจน์ (2540, หน้า 4) ได้ให้คำนิยามของคำว่า การอนุญาโตตุลาการไว้ว่าเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์วิธีหนึ่ง ซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างคู่สัญญาด้วยความสมัครใจเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ การพิจารณาชี้ขาดและคู่กรณียอมผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นส่วน “อนุญาโตตุลาการ” คือ บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่ถูกเลือกโดยคู่กรณีอื่นที่ได้รับมอบหมายตั้งขึ้น เพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทของคู่กรณี

วรรณชัย บุญบำรุง (2548, หน้า 28-29) ได้อธิบายไว้ว่า บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายในการที่ตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทอาจกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้รับการชี้ขาดอันมีผลผูกพันโดยบุคคลที่ตนเป็นผู้เลือก ซึ่งผลจากการตกลงดังกล่าวทำให้ข้อพิพาทไม่อยู่ในอำนาจของศาล ดังนั้น คู่พิพาทจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในการที่จะให้มีอนุญาโตตุลาการ กระบวนการจะจบลงด้วยการมีคำชี้ขาด ซึ่งมีสภาพบังคับทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลและในที่สุดคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถที่จะถูกโต้แย้งโดยคู่พิพาทที่ไม่พอใจได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

จากคำนิยามต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นอาจสรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทนั้นให้

บุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่เป็นกลางและได้รับเลือกจากคู่กรณี ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยคู่กรณียอมผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น

## 2. หลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2548, หน้า 9-10)

สัญญาการอนุญาโตตุลาการมักจะเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันด้วยความสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการให้พิจารณาชี้ขาด โดยอาจตกลงกันเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (Submission) หรือตกลงกันไว้ก่อนในสัญญาหนึ่งสัญญาใดที่มีอยู่ (ซึ่งเรียกกันว่าสัญญาหลัก เช่น สัญญาซื้อขาย) ว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกิดขึ้นจากสัญญานั้นจะให้มีการระงับโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause)

อนุญาโตตุลาการ ในการอนุญาโตตุลาการจะต้องมีบุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือหลายคนที่คู่กรณีเลือกขึ้น เพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่เป็นคนกลางที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยมิใช่ตัวแทนของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแม้แต่ฝ่ายที่แต่งตั้งตนให้ทำหน้าที่ดังกล่าว

วิธีพิจารณา ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอโดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายที่ส่วนใหญ่จะให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้แต่ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ก็อยู่ในดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ แต่ต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมโดยให้ออกาศคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานและข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย

คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่กรณีเสนอจนครบถ้วนแล้วก็ต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและคู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดคู่กรณีฝ่ายที่ชนะซึ่งยังต้องการบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาด เช่น ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดและศาลดังกล่าวจะเป็นองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น

## 3. วิวัฒนาการของการอนุญาโตตุลาการ

มนุษย์เมื่อรวมกันอยู่เป็นสังคมจำเป็นต้องมีระเบียบกฎเกณฑ์จารีตประเพณีกติกาท่างสังคมเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม การรวมอยู่เป็นหมู่เหล่าย่อมทำให้เกิดข้อพิพาทบาดหมาง

ระหว่างสมาชิกในสังคมก็จะมีการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการเกิดขึ้น เช่น การให้ผู้ใหญ่ซึ่งเป็นพี่เลี้ยงหรือผู้ปกครองของชุมชนนั้นเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลันมีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจึงกลายเป็นวิถีชีวิตส่วนหนึ่งของสังคมที่มีอารยธรรม สังคมแรกที่มีหลักฐานยืนยันว่ามีการใช้การอนุญาโตตุลาการ คือ สังคมชาวสุเมเรียในอาณาจักรซูเมอร์ซึ่งอยู่ในดินแดนเมโสโปเตเมียอันเป็นดินแดนของประเทศอิรักในปัจจุบันซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเขตแดนระหว่างรัฐ ส่วนข้อพิพาทระหว่างเอกชนก็นิยมการใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา

ในยุคโรมันได้มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายหลายฉบับ เช่น กฎหมายสิบสองโต๊ะ เมื่อประมาณสี่ร้อยห้าสิบปีก่อนคริสต์ศักราช โดยบัญญัติอยู่ในโต๊ะที่ 7 ที่ว่าด้วยข้อพิพาทในมาตรา 5 ซึ่งเป็นเรื่องการจัดอนุญาโตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาทเรื่องเขตที่ดินข้างเคียงโดยการตั้งคนกลางอย่างน้อย 3 คน เพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นการอนุญาโตตุลาการด้วยความสมัครใจของกลุ่ม และกฎหมายในยุคโรมันฉบับหลัง ๆ ก็ได้บัญญัติถึงการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แต่เปลี่ยนจากความสมัครใจเป็นการบังคับให้คู่กรณีใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอยู่ภายใต้การแนะนำและของเจ้าหน้าที่ปกครองท้องถิ่น ทั้งนี้เพราะรัฐใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการเข้าควบคุมกิจการค้าและกิจการของประชาชน

หลังจากยุคกลางการอนุญาโตตุลาการก็ได้รับความนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายในหมู่พ่อค้าของประเทศต่าง ๆ และในระดับระหว่างประเทศ เช่น ในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีสมาคมการค้าต่าง ๆ (Guilds Merchant) อยู่ในเมืองต่าง ๆ เกือบทุกเมืองและมีบทบาทในวงการค้าเป็นอย่างมากก็ได้จัดให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าซึ่งเป็นสมาชิกโดยการอนุญาโตตุลาการ และการอนุญาโตตุลาการยังได้รับความนิยมมากขึ้น เมื่อบริษัทการค้าต่าง ๆ ของประเทศอังกฤษได้ทำการค้ากับต่างประเทศกันอย่างกว้างขวางและก็ได้มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรปี ค.ศ.1697 (สุทธิ วาทนฤพุมิ, 2516, หน้า 73) แม้ศาลจะมีบทบาทมากขึ้นก็ตาม

สำหรับประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปนั้นก็ยอมรับการอนุญาโตตุลาการโดยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันและกฎหมายพระ และมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่สิบเก้า เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.1806 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิตาลี ค.ศ.1865 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี ค.ศ.1877 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสวีเดน ค.ศ.1877

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มใช้อนุญาโตตุลาการตั้งแต่สมัยที่เป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษโดยใช้กันในหมู่พ่อค้าและมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการใน ค.ศ.1768 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็ได้มีการร่างขึ้นและประกาศใช้ใหม่หลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยได้แบบอย่างจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษใน ค.ศ.1781 (William Carton Jones, 1975, pp. 132-134)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยที่ค้นพบได้นั้นคือ พระไอยการลักษณะตระลาการ จุฬศักราช 1068 ซึ่งอยู่ในอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายมนูธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดีย โดยกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับตลอดจนสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก จึงโปรดเกล้าให้ชำระกฎหมายและคัดลอกพระไอยการลักษณะตระลาการมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งมีเนื้อหาเป็นอย่างเดียวกัน คือ บัญญัติถึงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่กับตระลาการอื่น ๆ โดยใช้คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” และอธิบายว่าหมายถึง บุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งกันเองให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนและยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีจะบังคับให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบต่อตนมิได้ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการยอมถึงที่สุด คู่กรณีจะอุทธรณ์คำชี้ขาดนั้นมิได้ อันเป็นหลักการที่คล้ายคลึงกับการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน (เสนีย์ ปราโมช, 2521, หน้า 240-241)

กฎหมายตราสามดวงได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ.2439) ในสมัยรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งได้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้ทัดเทียมกับกฎหมายของประเทศมหาอำนาจตะวันตก โดยบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอยู่ในหมวดที่ 19 มาตรา 116-121 ซึ่งได้วางกฎเกณฑ์การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการให้จำกัดอยู่สำหรับคดีที่อยู่ในศาลชั้นต้น ส่วนกระบวนพิจารณาที่เป็นไปอย่างเคร่งครัดตามกฎหมายโดยต้องอยู่ภายใต้ความควบคุมของศาล ทรรศนะของกฎหมายไทยที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการในช่วงระยะนี้เทียบเคียงได้กับกฎหมายของประเทศอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 17-18

ต่อมาใน ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451) ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 โดยมีได้ยกเลิกพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) แต่อย่างไรก็ดี ยังคงไว้ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเช่นเดิมอยู่ในมาตรา 108-114 เพียงแต่มีเนื้อความเพิ่มเติมในเรื่อง เหตุอุทธรณ์คำพิพากษาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกสองประการคือ ให้ผู้ทรมณ์ได้ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการทุจริตและคำชี้ขาดนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริต

ใน พ.ศ.2478 มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ซึ่งบังคับใช้ในปี พ.ศ.2478 ยกเลิกพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ในภาค 2 หมวด 3 อยู่ในมาตรา 210-222 โดยบัญญัติกระบวนการอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลไว้ในมาตรา 210-220 ส่วนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลบัญญัติไว้ในมาตรา 221-222 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลและการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลเท่านั้น แต่ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร (อนันต์ จันทโรภากร, 2533, หน้า 77-80)

เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ ประกอบกับประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหลายฉบับ ได้แก่ โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ค.ศ.1923 (The Protocol On Arbitration Clauses, 1923) โดยมีหลักการให้ประเทศภาคียอมรับบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ แม้จะเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ทำในต่างประเทศก็ตาม อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (The Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards, 1927) ที่มีบทบัญญัติรองรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจากสัญญาอนุญาโตตุลาการตามโปรโตคอล และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องบางประการของอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลโดยมีรายละเอียดต่าง ๆ ที่จำเป็นและเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งพ.ศ.2477 ในวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2530 เป็นต้นมา

หลังจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2545, หน้า 1-3) มีผลบังคับใช้มาเป็นเวลาเกือบสิบห้าปี สภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมากทำให้บทบัญญัติบางส่วนก็ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากนัก อีกทั้งเรื่องสำคัญบางประการก็มิได้มีการบัญญัติไว้หรือบัญญัติไม่ละเอียดหรือไม่ชัดเจนเพียงพอ ทำให้เกิดความสงสัยในเรื่องต่าง ๆ ที่สำคัญประกอบกับแนวโน้มของนานาประเทศในโลกได้มีการแก้ไข

กฎหมายอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ค.ศ.1985 (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) เพื่อดึงดูดให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากขึ้นในประเทศของตน ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงได้มีการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่โดยรับแบบอย่างส่วนใหญ่มาจากกฎหมายแม่แบบฯ และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน พ.ศ.2545 เป็นต้นมา

#### 4. ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญยิ่งต่อการกำหนดสถานะของสภาพหรือลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการที่จะเป็นสิ่งที่กำหนดอำนาจของคู่กรณีอนุญาโตตุลาการและศาล ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตั้งแต่การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การช่วยเหลือคู่กรณีในการตั้งและถอดถอนอนุญาโตตุลาการในกระบวนการต่าง ๆ ตลอดทั้งการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการมี 4 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีอำนาจรัฐ ทฤษฎีสัญญา ทฤษฎีผสมและทฤษฎีความเป็นเอกเทศ ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

##### 1. ทฤษฎีอำนาจรัฐ หรือทฤษฎีเขตอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเพื่อพิจารณาข้อพิพาทนั้นเป็นสิทธิและอำนาจโดยเด็ดขาดของรัฐ รัฐมีอำนาจที่จะควบคุมและวางกฎเกณฑ์สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจของตนแม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากสัญญาของคู่กรณีพิพาทที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการนี้ก็ตาม เนื่องจากมองว่าการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐด้วยถ้าไม่มีกฎหมายของรัฐให้สิทธิคู่กรณีที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้วการอนุญาโตตุลาการก็ย่อมไม่มีความหมายและไม่เกิดผลในทางปฏิบัติ สภาพของการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐอนุญาตให้มีขึ้นไม่ใช่สิทธิของคู่พิพาท อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจและหน้าที่คล้ายกับศาลคือ ทำหน้าที่พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มีผลคล้ายคำพิพากษาของศาล ดังนั้นจึงต้องควรอยู่ในการควบคุมดูแลของรัฐ

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่กรณีพิพาทจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้เพียงเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศซึ่งเป็นถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการยอมรับเท่านั้น อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติปรับกับข้อพิพาทเช่นเดียวกับศาล และการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ก็ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศอันเป็นถิ่นที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น นอกจากนี้ในกรณีที่มีข้อพิพาทที่มีข้อเท็จจริงที่พัวพันกับต่างประเทศ อนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนนั่งพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

ผู้ที่กล่าวอ้างทฤษฎีนี้คือ ศาสตราจารย์เฟรดเดอริก อเล็กซานเดอร์ มานน์ (Professor Frederick Alexander Mann) และประเทศที่ยึดถือและปฏิบัติตามทฤษฎีนี้ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่อยู่ในระบบสังคมนิยม ซึ่งมีการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ (เสวนีย์ย์ อัสวโรจน์, 2548, หน้า 33-34)

ดังนั้นสถานะของอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีนี้จึงเป็นการรับมอบอำนาจ (Delegation) ที่อนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้กระทำการอนุญาโตตุลาการในการอำนวยความสะดวกให้แก่เอกชน โดยข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องเป็นข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในรัฐและต้องเป็นเรื่องของเอกชนเท่านั้น ทฤษฎีนี้ปฏิเสธอำนาจของอนุญาโตตุลาการมาจากข้อตกลงของคู่สัญญาและจำกัดความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

## 2. ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะของสัญญาโดยชัดแจ้ง เพราะการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากความตกลงโดยเจตนาและสมัครใจร่วมกันของคู่กรณีเท่านั้น คู่กรณีมีอำนาจที่จะกำหนดระบบของอนุญาโตตุลาการ การเลือกผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ การกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การสืบพยาน การกำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท รวมทั้งการตกลงที่จะยอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี โดยที่รัฐไม่มีอำนาจแทรกแซงหรือไม่มีอิทธิพลต่อการอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ

ทฤษฎีนี้ปฏิเสธอำนาจรัฐที่จะเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการโดยให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณีที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับได้ในศาลในสถานะเดียวกับสัญญา อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็มิได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง แม้อนุญาโตตุลาการจะมีอิสระมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยที่ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องเฉพาะที่จำเป็นก็ตาม แต่การดำเนิน



กระบวนการพิจารณาในบางกรณีก็ต้องอาศัยอำนาจกฎหมายภายในบังคับซึ่งหากรัฐเห็นว่าข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของศาลรัฐก็จะไม่อนุญาโตให้ชี้ขาดข้อพิพาทนั้นโดยอนุญาโตตุลาการ และก็ไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้กฎหมายภายในรัฐมีอิทธิพลต่อการอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาดน้อยมาก เพราะคู่กรณีมีสิทธิกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการอย่างไม่จำกัด แต่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่รัฐกำหนด กฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีนี้มีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาและกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น โดยทฤษฎีนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายหลายท่าน เช่น นิโบาย (Niboyet) และศาสตราจารย์ ดร.มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke) (Julian D.M.Lew, 1987, หน้า 54-55)

### 3. ทฤษฎีผสม (The Mix Theory or Hybrid Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญาต่างมีข้อบกพร่องเพราะการอนุญาโตตุลาการมีทั้งเรื่องอำนาจรัฐ หรือวิธีพิจารณาและสัญญา กล่าวคือ ข้อตกลงให้ใช้การอนุญาโตตุลาการและการกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของคู่กรณีหรือเป็นเรื่องของสัญญา แต่ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับศาลและกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญาหรือตามคำชี้ขาดเป็นเรื่องอำนาจของรัฐ โดยการนำหลักกฎหมายของประเทศนั้นหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาบังคับใช้ ลักษณะดังกล่าวเป็นการสนับสนุนทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐหรือทฤษฎีอำนาจรัฐนั่นเอง

ผลของทฤษฎีนี้ คือ การอนุญาโตตุลาการต้องมีกฎหมายกำหนดความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาด ในขณะที่เดียวกันการอนุญาโตตุลาการก็มีรากฐานมาจากสัญญาของเอกชน อนุญาโตตุลาการไม่มีอิสระในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาดเพราะวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติภายในของถิ่นที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น นอกจากนั้นผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายสารบัญญัติได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงดังกล่าวอนุญาโตตุลาการก็จะใช้กฎหมายสารบัญญัติโดยปฏิบัติตามหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนในเรื่องวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นก็จะเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายของถิ่นที่มีการ

อนุญาโตตุลาการผู้ที่พัฒนาทฤษฎีนี้คือศาสตราจารย์ซอสเซอร์-ฮอลล์ (Professor-Hall) (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2548, หน้า 36)

#### 4. ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการอนุญาโตตุลาการมิได้เกิดตามทฤษฎีอำนาจรัฐที่ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐหรือตามทฤษฎีสัญญาแต่เป็นผลมาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้การระงับข้อพิพาทดำเนินไปได้ด้วยดี การอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีนี้มีสภาพหรือลักษณะที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระในตัวเองโดยพิจารณาจากลักษณะของการอนุญาโตตุลาการจากการใช้และวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทเพื่อความรวดเร็ว (Speedy) ยืดหยุ่น (Flexible) และมีความเป็นมิตร (Friendly Atmosphere) อันเป็นที่นิยมในการระงับข้อพิพาททางการค้า ส่วนกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายหลังเพื่อรองรับแนวปฏิบัติที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้ได้รับการยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีสัญชาติ (Denationalization) โดยการมุ่งหมายให้สถาบันอนุญาโตตุลาการแยกออกมาจากการควบคุมของกฎหมายภายในของรัฐ ยังผลให้อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง เรียกว่า “Non-National, Denationalized, A-National, Transnational, Stateless หรือ Floating Award” และยอมรับเสรีภาพของกลุ่มและกรรมมีเป็นอิสระที่จะควบคุมการอนุญาโตตุลาการของตนอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบหรือกฎหมายที่จะใช้บังคับกับวิธีพิจารณาซึ่งอาจใช้กฎหมายภายในของรัฐ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ประเพณีปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ หรือหลักความยุติธรรม โดยอนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมมาใช้กับข้อพิพาทและในกรณีที่คู่กรณีมิได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการไว้ อนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการหรือถิ่นที่ตนมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่แต่อาจใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทแต่ละรายหรืออาจใช้กฎหมายอื่น ๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมก็ย่อมได้ ผู้นำทางความคิดในทฤษฎีนี้คือ มาดาม รูเบลลิน เดอวิช (Madam Rubellin Denvichi) (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2548, หน้า 37)

#### 5. ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่กรณียังมีได้ฟ้องคดีต่อศาลหรือในขณะที่เป็นข้อพิพาทในศาลแล้วก็ตาม การดำเนินการโดย

อนุญาโตตุลาการอาจเป็นอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งขึ้นเองหรือดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงใช้บริการ ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจึงสามารถแบ่งได้หลายประเภทดังต่อไปนี้

1. การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามขั้นตอนของข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามลักษณะของการอนุญาโตตุลาการที่ทำการระงับข้อพิพาทที่อาจกระทำได้ตั้งแต่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วคู่กรณียังมีได้ฟ้องต่อศาลหรือเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในศาลแล้วแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือการอนุญาโตตุลาการในศาลและการอนุญาโตตุลาการนอกศาล

2. การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามบุคคลที่ดำเนินการระงับข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการวิธีนี้เป็นอนุญาโตตุลาการนอกศาล คือ เป็นการที่คู่กรณีพิพาทมีความประสงค์ที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจดำเนินการโดยคู่กรณีเองหรือโดยการใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ได้

3. การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามลักษณะของข้อพิพาทสามารถแบ่งได้เป็น 5 ลักษณะคือ

1) การอนุญาโตตุลาการทั่วไป (Arbitration) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งทั่วไประหว่างคู่กรณีพิพาทที่ตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด โดยคู่กรณีพิพาทต้องมีสัญชาติเดียวกัน อนุญาโตตุลาการมีสัญชาติเดียวกันและต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และกฎหมายของประเทศที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (Lex Arbitri) และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงกันไว้ล่วงหน้า หรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ นอกจากนั้นอาจดำเนินการโดยการใช้บริการของสถาบันหรือดำเนินการกันเองก็ได้

2) การอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจหรือการอนุญาโตตุลาการทางการค้าหรือการพาณิชย์ (Commercial Arbitration) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหรือการค้าการพาณิชย์และรวมไปถึงกิจการอื่นที่มีใช่การค้าโดยตรงที่มีลักษณะเป็นการภายในประเทศใช้กฎหมายและกฎข้อบังคับต่าง ๆ ภายในในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท โดยไม่คำนึงว่าคู่กรณีพิพาทเป็นคนสัญชาติเดียวกันหรือไม่

3) การอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business Arbitration) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางธุรกิจที่คู่กรณีมีสัญชาติต่างกันหรือกฎหมายภายในของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นระหว่างประเทศ แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การ

อนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือการค้าระหว่างประเทศและการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน

4) การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายในประเทศใดประเทศหนึ่งที่ถูกขอให้บังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคู่กรณีจะมีสัญชาติใดหรือดำเนินการนอกประเทศนั้นแต่กฎหมายของประเทศดังกล่าวถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

5) การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign Arbitration) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการนอกประเทศที่ถูกขอให้บังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคู่กรณีจะมีสัญชาติใดหรือดำเนินการภายในประเทศนั้นแต่กฎหมายของประเทศดังกล่าวถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

### อนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ

การที่ประเทศต่าง ๆ จะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นจะต้องมีความเชื่อมั่นในระบบอนุญาโตตุลาการและยึดมั่นปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการกำหนดเรื่องดังกล่าวจึงมีการตกลงร่วมกันเป็นภาคีสมาชิกตามอนุสัญญาต่าง ๆ ทั้งนี้ก็เพื่อผลประโยชน์ในทางปฏิบัติ

**1. พิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 ว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Geneva Protocol on Arbitration Clause League of Nation, 1923)**

พิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 (Geneva Protocol on Arbitration Clause, 1923) เป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นภายหลังการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกต้องยึดถือปฏิบัติตาม แต่ประเด็นปัญหาของพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 นี้ คือ การที่มีข้อจำกัดในเรื่องสัญชาติของคู่กรณีพิพาทและอีกหลายประเด็นปัญหาที่ต้องศึกษากันไป

#### 1) ประวัติความเป็นมา

พิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 ว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Geneva Protocol 1923) ได้จัดทำขึ้นโดยการริเริ่มของสันนิบาตชาติ (The League of Nation) โดยการสนับสนุนของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) ภายหลังการสิ้นสุดสงครามโลก

ครั้งที่ 1 อันเป็นความตกลงพหุภาคีเพื่อให้รัฐภาคียอมรับบังคับสัญญาหรือข้อตกลงที่ทำให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำสัญญา หรือข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

2) หลักเกณฑ์ในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 มีดังนี้

ข้อ 1 กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ยอมรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะเป็ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างคู่กรณีในการบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการจะทำในประเทศที่คู่กรณีอยู่ในบังคับหรือไม่

ข้อ 2 กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาด

ข้อ 3 กำหนดให้รัฐภาคีใช้กฎหมายภายในของรัฐบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่กระทำในดินแดนของรัฐนั้น อันเป็นการใช้หลักดินแดนหรือสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ด้วยเหตุผลว่า อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดในประเทศใดก็ต้องนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้ในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว (อนันต์ จันทโรภากร, 2530, หน้า 161-162)

3) ปัญหาและประสิทธิภาพในการดำเนินการเพื่อให้การยอมรับและบังคับตาม

แม้พิธีสารนครเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1923 (Geneva Protocol 1923) จะมีการก่อตั้งขึ้นมาของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในศตวรรษนี้ แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการยังคงต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งศาลของประเทศต่าง ๆ ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอำนาจของตุลาการถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นฝ่ายตรงกันข้ามที่จำกัดอำนาจศาล ในทางปฏิบัติยังมีปัญหาการใช้พิธีสารนครเจนีวา (Geneva Protocol, 1923) เนื่องจากมีข้อจำกัดไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญชาติของคู่กรณี คือ คู่กรณีจะต้องมีสัญชาติหรืออยู่ในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และมีการชี้ขาดข้อพิพาทที่ต้องทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น

2. อนุสัญญาฉบับนครเจนีวาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Geneva Convention on Execution of Foreign Award, League Nation, 1972: Geneva Convention, 1927)

เนื่องจากพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 มีปัญหาในเรื่องการปฏิบัติทางประเทศภาคีสมาชิก จึงได้ร่วมกันร่างอนุสัญญาฉบับนครเจนีวาเพื่อเสริมพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 ให้มีข้อจำกัดน้อยที่สุด

### 1) ประวัติความเป็นมา

อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 ว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจัดทำโดยสันนิบาตชาติ (League of Nation) ซึ่งเป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อเสริมพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 (Geneva Protocol, 1923) ดังนั้นประเทศที่เป็นภาคีของ Geneva Protocol ค.ศ.1923 แล้วเท่านั้นจึงมีสิทธิเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 ได้ และส่งผลให้อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 และพิธีการศาลเจนีวา ค.ศ.1923 ต้องใช้ควบคู่กันเสมอ

### 2) เหตุผลที่ทำให้มีอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (Geneva Convention, 1927)

เหตุผลที่ทำให้มีอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 ก็เพราะว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะแล้วศาลของประเทศต่าง ๆ นั้นไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ศาลถือว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการลิดรอนอำนาจของศาล นอกจากนี้การบังคับใช้พิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 (Geneva Protocol, 1923) ยังมีข้อจำกัดคือไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญญาหรือคู่กรณีต้องมีสัญชาติหรืออยู่ในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน การชี้ขาดก็ต้องทำในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงได้มีอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 ขึ้น (Geneva Convention on Execution of Foreign Awards, 1927) เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral awards) ซึ่งทำขึ้นตามข้อตกลงในการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) ที่อยู่ภายใต้บังคับของ Geneva protocol, 1923

### 3) หลักเกณฑ์

อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (Geneva Convention, 1927) มาตรา 1 วรรคแรก กำหนดให้รัฐภาคีต้องยอมรับว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นตามข้อตกลง ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 (Geneva Protocol, 1923) มีผลผูกพันคู่กรณีและต้องบังคับคำชี้ขาดนั้นตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความของรัฐภาคีที่คู่กรณีร้องขอให้บังคับคำชี้ขาด ถ้าการอนุญาโตตุลาการนั้นได้ทำในดินแดนของรัฐภาคี และคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายเป็นคนอยู่ในบังคับของรัฐภาคีด้วย

มาตรา 1 วรรค 2 กำหนดเงื่อนไขการบังคับคำชี้ขาดซึ่งผู้ขอบังคับต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดมีลักษณะครบถ้วนตามที่ระบุไว้ใน (a)-(e)

ส่วนในมาตรา 2 เป็นเงื่อนไขที่ศาลจะยกขึ้นเพื่อปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด

จึงเห็นได้ว่า อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (Geneva Convention, 1927) ไม่ได้ให้คำนิยามของ “อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” ไว้เช่นเดียวกับพิธีสารเจนีวา ค.ศ.1923 (Geneva Protocol, 1923) แต่เมื่อพิจารณามาตรา 1 และมาตรา 2 ประกอบกัน ชื่ออนุสัญญาที่ใช้คำว่า “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” (Execution of Foreign Arbitral Awards) ย่อมแสดงว่าจะใช้อนุสัญญาฉบับนี้ก็ต่อเมื่อคำชี้ขาดนั้นมีลักษณะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและเมื่ออนุสัญญาฉบับนี้ทำขึ้นมาเพื่อเสริมพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 จึงถือว่าใช้หลักดินแดนเป็นเกณฑ์ (อนันต์ จันทร โอภากร, 2530, หน้า 162)

หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 มีดังนี้

#### 1. การยื่นคำร้องและองค์ประกอบของคำร้อง

การขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา (Geneva Convention, 1927) ผู้ขอให้บังคับต้องปฏิบัติตามมาตรา 4 ซึ่งมีข้อบัญญัติว่า ผู้ขอให้บังคับคำชี้ขาดตามอนุสัญญาอนุญาโตตุลาการฉบับนครเจนีวา จะต้องแสดงต้นฉบับ หรือสำเนาที่รับรองว่าถูกต้องของคำชี้ขาด ถ้าคำชี้ขาดทำเป็นภาษาต่างประเทศก็ต้องเสนอคำแปลเป็นภาษาของประเทศนั้นด้วย นอกจากนี้ยังต้องนำพยานหลักฐานอื่น ๆ มาพิสูจน์ต่อศาลอีกว่า

(1) คำชี้ขาดนั้นถึงที่สุด (Final) แล้วตามความหมายที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 1(d) ที่บัญญัติว่า คำชี้ขาดถึงที่สุดเมื่อไม่มีทางจะร้องขัด (Opposition) อุทธรณ์ (Appeal) หรือฎีกา (Pourboire en cassation) ในประเทศที่ทำคำชี้ขาดได้อีก

(2) คำชี้ขาดนั้นอยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา (Geneva Convention, 1927) และได้ทำขึ้นตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่ใช้บังคับ ตลอดจนมีองค์คณะอนุญาโตตุลาการที่ชอบด้วยกฎหมายที่บังคับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการด้วย

เมื่อแสดงเอกสารต่าง ๆ ตามมาตรา 4 แล้ว ผู้ขอบังคับต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรา 1 วรรค 2 โดยต้องพิสูจน์ว่า คำชี้ขาดของตนมีลักษณะครบถ้วนตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1 วรรค 2(a)-(c) แต่ถ้าศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 2 ศาลมีอำนาจปฏิเสธ บังคับได้ นอกจากนี้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดสามารถยกข้อต่อสู้อื่น ๆ นอกจากที่กล่าวมาแล้วขึ้นมาต่อสู้ว่า คำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ เพื่อให้ศาลปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้อีกตามวรรค 3

คำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (Geneva Convention, 1927) ได้แก่ คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะ เป็นข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นจะได้ทำในประเทศใดระหว่างคู่กรณีที่มีสัญชาติของรัฐภาคี เป็นการต่างสังกัดคนละประเทศ

#### ภาระการพิสูจน์

มาตรา 1 วรรค 2 (a)-(c) บัญญัติว่า “การยอมรับและขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้น ศาลจะพิพากษาบังคับให้ถือเมื่อคู่กรณีที่ขอบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่าคำชี้ขาดดังกล่าวมีลักษณะครบถ้วนตามมาตรา 1 วรรค 2 (a)-(c) เท่านั้น

ในวรรค 2 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 1 ได้

จากหลักกฎหมายดังกล่าวเห็นได้ว่า มาตรา 1 วางภาระการพิสูจน์ให้ตกแก่ผู้ขอบังคับและมาตรา 2 ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ด้วยตัวของศาลเอง แต่ถึงแม้ว่าผู้ขอจะพิสูจน์ได้ครบถ้วนแล้ว หากศาลเห็นเองว่าคำชี้ขาดนั้นได้ถูกเพิกถอนแล้วหรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ เพราะมิได้รับการแจ้งล่วงหน้าให้ทราบหรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมาย หรือคำชี้ขาดมิได้วินิจฉัยให้ครบทุกประเด็น หรือวินิจฉัยเกินขอบเขตที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลสามารถทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ตามมาตรา 2

นอกจากนี้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามมาตรา 3 ยกเหตุอื่น นอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 1 มาต่อสู้ได้อีกว่า คำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อขอให้ศาลปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาด หรือเลื่อนการพิจารณาคือออกไปได้อีก

#### 2. การดำเนินกระบวนการพิจารณา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในคดีขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 1 มีวิธีการโดยสรุปดังนี้

1. ผู้ที่ขอบังคับต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ
2. ผู้ที่ขอบังคับมีภาระการพิสูจน์เงื่อนไขทั้งหมดที่ระบุไว้ในมาตรา 1 จึงต้องบรรยายรายละเอียดในคำร้องขอด้วยว่า คำชี้ขาดของตนมีลักษณะครบถ้วน และถูกต้องตามมาตรา 1 ให้เกิดเป็นประเด็นขึ้นมา เพื่อให้มีสิทธินำพยานหลักฐานเข้านำเสนอสืบพิสูจน์ให้เป็นประจักษ์ต่อศาลได้ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ

3. ต้องส่งต้นฉบับหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อศาล ถ้าคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นภาษาต่างประเทศต้องแปลเป็น



ภาษาราชการของประเทศที่มีการขอบังคับตามคำชี้ขาด โดยผู้แปลเป็นเจ้าหน้าที่ที่ได้สาบานตนแล้ว หรือตัวแทนทางการทูตหรือกงสุลของประเทศที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

4. เมื่อศาลได้รับคำร้องแล้วศาลจะทำการไต่สวนและมีคำพิพากษา แต่ต้องให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับมีโอกาสดัดค้านก่อน

5. ผู้ที่ขอบังคับจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นจริงตามที่ตนกล่าวอ้างในคำร้อง ศาลจึงจะพิพากษาบังคับให้

ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 2 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับได้ หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับขอใช้สิทธิตามมาตรา 3 อ่างเหตุอื่น ๆ นอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 1 ขึ้นมาต่อสู้ว่า คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถให้รับฟังได้ศาลก็มีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดหรือสั่งเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปได้อีกเช่นกัน

4) ปัญหาและประสิทธิภาพในการดำเนินการเพื่อให้การยอมรับและบังคับตาม

อนุสัญญาฉบับนครเจนีวาเป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อเสริมพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 (Geneva Protocol, 1923) และยังป้องกันมิให้คู่กรณีแพ้คดีตามข้อตกลงมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ตามพิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 ปฏิเสธการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเวลาต่อมาอีกด้วย

อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา (Geneva Convention, 1927) ถูกจัดทำขึ้นมาของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการยังคงต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งศาลของประเทศต่าง ๆ ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ และมีข้อจำกัดไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญชาติ คือ คู่กรณีจะต้องมีสัญชาติหรืออยู่ในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และการชี้ขาดข้อพิพาทก็ต้องทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น หรือปัญหาในเรื่องเงื่อนไขก่อนข้างเข้มงวดในอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (Geneva Convention, 1927) สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อบังคับคดีในศาลที่เข้าซ้อน หรือที่เรียกว่า “Double-Exequatur” ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า คำชี้ขาดนั้นถึงที่สุดแล้วตามกฎหมายของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด ซึ่งศาลของหลายประเทศต่างตีความว่า ต้องมีคำบังคับจากศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาด และเมื่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปบังคับในดินแดนของประเทศใดก็จะต้องขอให้ศาลของประเทศที่มีการบังคับหรือหมายบังคับคดีอีก ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีต้องขอคำบังคับคดีหรือหมายบังคับคดีจากศาลทั้ง 2 ประเทศ

นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (Geneva Convention, 1927) ยังกำหนดให้ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตาม กฎหมายที่ใช้บังคับกับวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว คือ กฎหมายของ ประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดีและยังมีข้อจำกัดในเรื่องจำนวนของประเทศภาคีมี น้อยไม่เหมาะสมกับแนวความคิดที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่าง แท้จริง

**3. อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards, United Nation, New York, 1958)**

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเป็นอนุสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อความทันสมัยของกฎหมายภายใน ของแต่ละประเทศภาคีสมาชิกเพื่อให้มีการอนุญาโตตุลาการในลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง

1) ประวัติความเป็นมา

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) จัดทำขึ้นโดยการริเริ่ม ของหอการค้าระหว่างประเทศ (ICC: International Chamber of Commerce) ใน ค.ศ.1953 และ รับรองเอาใน ค.ศ.1958 ตามแนวความคิดเพื่อขจัดปัญหาในเรื่องการขัดกันของกฎหมายระหว่าง ประเทศภาคีในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ และลดความมีอคติของศาลในแต่ละประเทศ เกี่ยวกับทัศนคติที่ว่า “ข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเป็นการก้าวจัดอำนาจศาล”

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ กฎหมายภายใน แต่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาแต่เพียงประการเดียวใน ค.ศ.1955 คณะมนตรี ทางเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ (ECOSOC) จึงได้จัดทำร่างสัญญาขึ้นอีกฉบับหนึ่ง แตกต่างไปจากการร่างของหอการค้าระหว่างประเทศ ให้แก่รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ องค์การ ระหว่างประเทศทั้งที่เป็นระดับรัฐบาล และไม่ใช่อำนาจรัฐบาลเพื่อพิจารณา ภายหลังจากที่ได้รับ ข้อเสนอแนะต่าง ๆ ECOSOC ก็ได้จัดให้มีการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทาง การค้าระหว่างประเทศ (Conference on International Commercial Arbitration) ระหว่างวันที่ 20 พฤษภาคม ถึงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1958 ณ กรุงนิวยอร์ก ผลของการประชุมคือ การรับเอา อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nation, 1958) หรือที่เรียก กันว่า อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958)

2) เหตุผลที่ทำให้มีอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 (New York Convention, 1958)

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 (New York Convention, 1958) เกิดจากแนวความคิดจากอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1958 (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958) โดยคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (The Economic and Social Council : ECOSOC) เป็นผู้จัดทำร่างสัญญาซึ่งแตกต่างจากการร่างของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) เป็นผู้เสนอตอนแรกโดยมุ่งประสงค์ให้มีการอนุญาโตตุลาการที่กระบวนพิจารณาคดีไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใด ๆ อันเป็นแนวคิดที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการในลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับของรัฐส่วนใหญ่ นอกจากนี้พิธีสารนครเจนีวา ค.ศ.1923 (Geneva Protocol, 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (Geneva Convention, 1927) ไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างกว้างขวาง และมีเงื่อนไขให้ผู้ที่ชนะคดีที่ประสงค์จะขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีการพิสูจน์ตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้

### 3) หลักเกณฑ์

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก มาตรา 1(1) บัญญัติว่า อนุสัญญานี้ให้ใช้บังคับกับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่มีรัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด เช่นว่า และเป็นคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจากข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล และทำให้ใช้บังคับกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่รัฐซึ่งมีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศด้วย

บทบัญญัติมาตรา 1(1) จึงเป็นการให้คำนิยามความหมายของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศว่าหมายถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่มีรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด และหมายความรวมถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั่นเอง แต่ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก จึงมี 2 ประเภท คือ คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของประเทศอื่นและคำชี้ขาดที่ทำในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดแต่กฎหมายภายในของรัฐ

นั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ โดยไม่ได้ใช้หลักสัญชาติของคู่กรณี แต่ใช้หลักดินแดน และหลักเสรีภาพของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์

รายละเอียดต่าง ๆ ของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีดังนี้

### 1. การยื่นคำร้องของผู้ขอบังคับ และองค์ประกอบของคำร้อง

การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) ผู้ขอให้บังคับต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในต้นสัญญาฯ โดยผู้ขอบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องแสดงต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้องและต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง (วรรคแรก) ถ้าเอกสารดังกล่าวทำขึ้นเป็นภาษาอื่นซึ่งไม่ใช่ภาษาของประเทศที่ขอบังคับตามคำชี้ขาด ต้องยื่นคำแปลเอกสารด้วย เมื่อผู้ขอบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้แสดงเอกสารดังกล่าวครบถ้วนแล้ว ถือเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าผู้นั้นมีสิทธิบังคับตามคำชี้ขาดได้ จึงขึ้นอยู่กับข้อพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งที่จะพิสูจน์หักล้างว่ามีเหตุผลตามมาตรา 5(3) ที่ศาลจะไม่ควรบังคับตามคำชี้ขาดได้

#### ระยะเวลายื่นคำร้อง

ด้วยคำว่า “ต้องแสดงเอกสารในเวลายื่นคำร้อง” (At the time of the application) หมายถึงผู้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาด จะต้องยื่นต้นฉบับคำชี้ขาดหรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง และสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องมาพร้อมกับคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

### 2. ภาระการพิสูจน์

ภาระการพิสูจน์ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ มาตรา 5(1) ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมีภาระการพิสูจน์ถึงเหตุตามที่อนุสัญญาบัญญัติเพื่อให้ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดให้ ส่วนมาตรา 5(2) บัญญัติให้อำนาจศาลที่จะปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาดให้หากเห็นว่า คำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีตามกฎหมายของประเทศที่มีการร้องขอบังคับ

### 3. การดำเนินกระบวนการพิจารณา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในคดีการขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญาฯ มีวิธีการโดยสรุปดังต่อไปนี้

1) ผู้ที่ขอบังคับต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดไว้ และต้องแสดงเอกสารประกอบในเวลายื่นคำร้อง

2) ต้องแสดงต้นฉบับหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องของคำชี้ขาด และสัญญาอนุญาโตตุลาการ ถ้าคำชี้ขาด หรือความตกลงนั้น ไม่ได้ทำขึ้นเป็นภาษาราชการของประเทศที่มีการร้องขอบังคับ คู่สัญญาซึ่งร้องขอให้มีการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาด ต้องแสดงคำแปลเอกสารเหล่านั้นเป็นภาษาของประเทศดังกล่าว คำแปลต้องรับรองโดยเจ้าพนักงาน หรือผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้ว หรือตัวแทนทางทูตหรือกงสุลของประเทศที่มีการร้องขอบังคับ

3) การร้องขอให้บังคับตามมาตรา 5(1) ผู้ซึ่งจะถูกบังคับมีภาระพิสูจน์ เพื่อให้ศาลปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาด โดยที่ผู้ขอบังคับไม่มีภาระพิสูจน์ แต่มีหน้าที่ต้องส่งต้นฉบับ หรือสำเนาที่รับรองแล้ว ของคำชี้ขาด และสัญญาอนุญาโตตุลาการ พร้อมคำแปลเอกสารดังกล่าวต่อศาลตามมาตรา 4 ก็จะทำให้ผู้ที่ขอบังคับมีสิทธิได้รับการบังคับตามคำชี้ขาดให้ทันที เพราะเอกสารเหล่านั้นจะเป็นพยานที่ฟังเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (Prima Facie) (ไอสด โกสิน, 2517, หน้า 79) เว้นแต่ผู้ซึ่งจะถูกบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่าคำชี้ขาดมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 5(1)-(e) ศาลจึงจะมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับ

4) เมื่อได้รับคำร้องขอแล้ว ศาลของประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด จะดำเนินการเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ให้ตามหลักวิธีการพิจารณาความของประเทศที่มีการร้องขอบังคับคำชี้ขาด ตามมาตรา 3

5) ผู้ซึ่งจะถูกบังคับมีภาระการพิสูจน์ เพื่อให้ศาลปฏิเสธการขอบังคับ จึงต้องทำการปฏิเสธ และเหตุแห่งการปฏิเสธอย่างชัดเจนว่า คำชี้ขาดมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 5(1) (a)-(e) ให้เกิดเป็นประเด็นขึ้นมา เพื่อจะได้มีสิทธิ์นำพยานหลักฐานเข้านำเสนอพิสูจน์ต่อศาลตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาด

6) ผู้ซึ่งจะถูกบังคับต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นจริงตามข้อต่อสู้ของตนหรือศาลเห็นเองว่าคำชี้ขาดมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 5(2) ศาลจึงจะมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาด ส่วนผู้ที่ขอบังคับไม่มีความจำเป็นต้องพิสูจน์อะไรมากกว่าการพิสูจน์คดีว่า คำชี้ขาดของตนเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเท่านั้น

#### 4. หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ มาตรา 7 ของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) ได้ทำขึ้นภายหลังอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา และสนธิสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการฉบับอื่น ๆ ที่มีผลบังคับอยู่แล้ว จึงทำให้เกิดปัญหาว่าจะใช้สนธิสัญญาฉบับใดมาบังคับต่อคดี

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 7 แห่งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) ว่าได้มีหลักเกณฑ์กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กกับสนธิสัญญาทวิภาคีพหุภาคีฉบับอื่น ๆ และกฎหมายภายใน กล่าวคืออนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) มาตรา 7(1) ไม่ยกเลิกสนธิสัญญาทวิภาคี หรือพหุภาคีฉบับอื่น ๆ ทั้งไม่ตัดสิทธิคู่กรณีผู้ได้ประโยชน์ที่จะใช้กฎหมายภายในหรือสนธิสัญญาฉบับอื่น ๆ ของประเทศที่ถูกขอให้บังคับคำชี้ขาดมาบังคับต่อคดีของตน มาตรา 7 นี้ จึงใช้พิจารณาในปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) กับสนธิสัญญาฉบับอื่น ๆ และกฎหมายภายใน

มาตรา 7(2) มีหลักการว่าพิธีสารนครเจนีวา (Geneva Protocol, 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา (Geneva Convention, 1927) จะสิ้นผลบังคับระหว่างรัฐภาคี เมื่อรัฐภาคีนั้นได้เข้ามาเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) และให้ใช้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กแทน มาตรา 7 นี้จึงใช้พิจารณาปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) กับพิธีสารนครเจนีวา (Geneva Protocol, 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา (Geneva Convention, 1927) เท่านั้น และเหตุที่นำมาบัญญัติในมาตรา 7(2) ก็เพื่อให้เห็นชัดเจนว่าเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 7(1)

เมื่อคำชี้ขาดของตกอยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา (Geneva Convention, 1927) และอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) ในเวลาเดียวกัน ซึ่งจะเกิดปัญหาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา (Geneva Convention, 1927) หรือฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention, 1958) จึงต้องนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 7(1) หรือ 7(2) แล้วแต่กรณีมาพิจารณาว่าจะใช้มาตรการใดมาบังคับต่อคดี

## แนวคิดและทฤษฎี วิวัฒนาการของสัญญาสัมปทาน

ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) เอกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองโดยตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานในเรื่องความเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามกฎหมายของคู่สัญญา ดังนั้น สัญญาจึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของเอกชน

ด้วยกันเอง หากมีการโต้แย้งสิทธิ หรือหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ก็ต้องนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลบังคับให้ทำตามสัญญา แต่ใน “สัญญาสัมปทาน” ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายมหาชนที่มีได้อยู่ภายใต้หลักพื้นฐานในเรื่องความเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามกฎหมายของคู่สัญญา ถึงแม้ว่าแนวคิดเรื่องสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนและสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชนจะมีลักษณะของสัญญาบางอย่างที่คล้ายกันแต่ก็แตกต่างกันในกระบวนการทำสัญญาเพราะกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนกับสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชนเป็นคนละระบบกันส่วนใหญ่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะใช้หลักเกณฑ์ของระบบกฎหมายมหาชนซึ่งหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลปกครอง ในขณะที่สัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนหลักเกณฑ์ของระบบกฎหมายเอกชนและอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรม

สัญญาทางปกครองได้พัฒนามาจากแนวความคิดที่รัฐต้องจัดทำสัญญาดังกล่าวขึ้นเพื่อสนองตอบต่อความต้องการในด้านการค้าของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองในรัฐของตนซึ่งต้องอ้างอิงตามหลักของกฎหมายมหาชนที่สำคัญ คือ หลักประโยชน์สาธารณะ และหลักทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ

### 1. หลักประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของคนหมู่มากเป็นหัวใจที่สำคัญของการดำเนินกิจการของรัฐ เพราะรัฐเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนเหล่านั้น ต้องให้ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน หากปัจเจกชนไม่สนใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัว รัฐก็ต้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายในฐานะเป็นตัวแทนของคนหมู่มากภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเพื่อดูแลรักษาผลประโยชน์สาธารณะ กิจกรรมของรัฐซึ่งดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ การใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม และการให้บริการสาธารณะสนองตอบความต้องการของสังคมในเรื่องที่เอกชนไม่สามารถให้บริการตอบสนองได้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2553, หน้า 71-72)

### 2. หลักทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ

ศาสตราจารย์ ฌ็อง ริเวโรและมองวาไลน์ (Jean Rivero et Jean Waline, 1996, p. 385) อธิบายว่า บริการสาธารณะ (Service Public) คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจก-

คนที่เป็สมาชิกของสังคมในันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ เป็นต้น โดยรัฐจะดำเนินจัดทำกิจกรรมดังกล่าวเองหรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2553, หน้า 340-359) อธิบายแนวคิดและหลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะของฝรั่งเศสไว้ดังนี้ บริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ โดยมีองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญสองประการคือ องค์ประกอบด้านโครงสร้างของบริการสาธารณะและองค์ประกอบด้านวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ

### 3. ประเภทของบริการสาธารณะ

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ศาลคดีขัดกัน และความเห็นของนักกฎหมายมหาชนเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะเป็นที่แพร่หลายและแตกแขนงออกไป การแบ่งแยกบริการสาธารณะออกเป็นประเภทต่าง ๆ จึงเกิดขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยและความเห็นของนักกฎหมายเหล่านั้น โดยแต่เดิมฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศรวมทั้งการให้ประชาชนกินดีอยู่ดี ต่อมาเมื่อสังคมขยายใหญ่ขึ้นและเทคโนโลยีพัฒนาไปไกลและรวดเร็วทำให้ประชาชนมีความต้องการในหลาย ๆ สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิต ซึ่งในบางกรณีฝ่ายปกครองไม่มีความพร้อมที่จะตอบสนองความต้องการของประชาชนในส่วนนี้ได้ จึงหาทางออกด้วยวิธีการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการมอบกิจการในหน้าที่ของตนไปให้เอกชนเป็นผู้ทำหรืออาจจัดตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นมาดำเนินการจัดทำ และเมื่อเกิดข้อพิพาท ศาลที่มีหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทก็จะสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ ขึ้นมา ในขณะที่เดียวกันบางครั้งบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำขึ้นแต่ละประเภทก็มีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป เมื่อมีข้อพิพาทหรือข้อขัดข้อง ศาลที่มีหน้าที่ชี้ขาดจึงได้สร้าง “ประเภท” ต่าง ๆ ของการบริการสาธารณะขึ้นมาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางการปกครอง (Services publics administratifs) และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Services publics industriels et commerciaux)

### 4. หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ



โดยทั่วไปแล้ว กิจกรรมซึ่งบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะประเภทใดหรือเป็นบริการสาธารณะที่จัดทำโดยผู้ใดย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการคือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

#### 4.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากรัฐ มิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้ใดผู้หนึ่ง แต่เป็นการจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักที่มาจากหลักความเสมอภาคทางกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ.1789 หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนี้เป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของสิทธิที่จะเสมอภาคกันทางกฎหมายอันหมายถึงความเสมอภาคทางด้านสถานภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา

#### 4.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

การบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่อง หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของรัฐ โดยมีคำกล่าวที่ว่า “ความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของบริการสาธารณะ” จนกระทั่งในปัจจุบันหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะได้กลายมาเป็นหลักการพื้นฐานของบริการสาธารณะที่มีคุณค่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะยังมีลักษณะเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

#### 4.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่คตินั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย

## แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil law) หลายประเทศมีแนวความคิดว่าระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง กิจกรรมขององค์กรรัฐฝ่ายปกครองและความสัมพันธ์ที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยจะต้องเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างกับระบบกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับระหว่างเอกชนกับเอกชนที่มีสถานะความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกันภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ประเทศเหล่านี้จึงมีแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่แตกต่างไปจากกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งและได้กำหนดให้สัญญาทางปกครองนี้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีการพัฒนาหลักกฎหมายจนเป็นต้นแบบในเรื่องหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั้น ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐเยอรมัน ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common law) เช่น สหราชอาณาจักรอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ยังคงมีแนวคิดที่ไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครอง

### 1. ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law)

แนวคิดของประเทศที่แบ่งแยกสัญญาทางปกครองชัดเจนและเป็นแม่แบบทางแนวคิดของอีกหลายประเทศคือแนวคิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

#### 1.1 แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

อาจกล่าวได้ว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศแม่แบบทางแนวความคิดในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองที่ชัดเจนและมีหลักเกณฑ์มากที่สุดที่หลาย ๆ ประเทศนำแนวความคิดดังกล่าวมาปรับใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาทางปกครอง

##### 1.1.1 ความหมายของสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

พิจารณาจากแนวความคิดที่แตกต่างกันระหว่างสัญญาในทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาแพ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นส่วนใหญ่

นักกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้ให้ความหมายของข้อตกลงหรือสัญญา คือ การแสดงเจตนาหลายฝ่ายตรงกันซึ่งมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดหนี้ (Accord de Volontés Destné a Créer des

Obligations) หรือเกิดหน้าที่ตามสัญญาแต่นักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสกลับมีความเห็นเกี่ยวกับความหมายของสัญญาแตกต่างกันดังนี้

### 1. ความเห็นของศาสตราจารย์ ดูกีต์ (Duguit)

ศาสตราจารย์ ดูกีต์ (ชาญชัย แสงวงศ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, 2541, หน้า 39-41) มีความเห็นว่า การจัดประเภทของนิติกรรมนั้นอาจทำได้ 2 วิธี คือ การจัดประเภทตามเนื้อหาสาระ (Classification Matérielle) ของนิติกรรม และการจัดประเภทตามรูปแบบ (Classification Formelle) ของนิติกรรมกล่าวคือ

1) การจัดประเภทตามเนื้อหาสาระของนิติกรรม มีการจำแนกเป็นนิติกรรมที่กำหนดคกฏเกณฑ์ตามกฎหมายหรือนิติกรรมแบบภาวะวิสัยและนิติกรรมแบบอัตวิสัย กล่าวคือ

#### (1) นิติกรรมที่กำหนดคกฏเกณฑ์ตามกฎหมาย (Actes Régles)

มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดคกฏเกณฑ์ทางกฎหมาย หรือสร้างสภาพการณ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดหรืออาจเรียกนิติกรรมประเภทนี้อีกอย่างหนึ่งได้ว่า “นิติกรรมแบบภาวะวิสัย” (Actes-Objectifs) นิติกรรมประเภทนี้ได้แก่ รัฐบัญญัติข้อกำหนดของฝ่ายบริหาร ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างและสัญญาจัดตั้งสมาคม หรือห้างหุ้นส่วนบริษัทในกฎหมายเอกชน เป็นต้น

(2) นิติกรรมแบบอัตวิสัย (Actes-Subjectifs) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการก่อเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสภาพการณ์ทางกฎหมายเฉพาะราย

(3) นิติกรรมเงื่อนไข (Actes-Conditions) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการมอบสภาพการณ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่เฉพาะเจาะจงที่กำหนดไว้แล้วให้แก่บุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะราย ได้แก่ การบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายมหาชนและการสมรสตามกฎหมายเอกชน

2) การจัดประเภทตามรูปแบบ แบ่งนิติกรรมหลายฝ่ายได้เป็น 3 ประเภท คือ

(1) L'acte Collectif ซึ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการรวมการแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่สอดคล้องกัน ซึ่งมีได้เป็นข้อตกลง (Conventions) นิติกรรมประเภทนี้ได้แก่ สัญญาจัดตั้งสมาคมหรือห้างหุ้นส่วนบริษัท ซึ่งผู้เข้าร่วมในนิติกรรมนี้ไม่รู้จักกันเลยหรือรู้จักกันน้อยมากและมีได้เข้าร่วมเจรจาอภิปรายกันในการทำนิติกรรมประเภทนี้

(2) L'union ซึ่งเป็นข้อตกลง (Conventions) ที่มีการแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ตรงกัน แต่มิใช่สัญญา เนื่องจากผู้เข้าทำนิติกรรมประเภทนี้มิได้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกันเป็นการเฉพาะตัว แต่เป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสภาพการณ์ทางกฎหมายแบบภาวะวิสัยที่มี

ลักษณะถาวรหรือที่เป็นสถานภาพ (Statut) เช่น การสมรสข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง สนธิสัญญา และสัมปทานดำเนินการบริการสาธารณะ เป็นต้น

(3) สัญญา (Contrat) เป็นนิติกรรมที่แตกต่างจากนิติกรรม ทั้งสองประเภทดังกล่าวข้างต้นโดยให้คำนิยามของ "สัญญา" ไว้ว่า หมายถึง ข้อตกลง (Accord) ระหว่างบุคคลสองคน และเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ที่ก่อให้เกิดหนี้แก่บุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งต้องกลายเป็นลูกหนี้และจะก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะกลายเป็นเจ้าหนี้

ดังนั้น ตามแนวความคิดของ ศาสตราจารย์ ดูกีต์ การแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ตรงกันอาจจะก่อให้เกิดเป็นข้อตกลงขึ้นมาโดยมิได้เป็นสัญญาก็ได้ ซึ่งสัญญานั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมแบบอติวิสัยซึ่งคู่สัญญาจะต้องมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันและกันโดยตรง

## 2. ความเห็นของนักกฎหมายปกครองคนอื่น ๆ

นักกฎหมายปกครองคนอื่น ๆ มิได้แสดงความเห็นในเรื่องของสัญญาไว้อย่างชัดเจนและเป็นระบบ เช่น ศาสตราจารย์ ดูกีส์ แต่พอจะสรุปความเห็นของนักกฎหมายปกครองดังกล่าวได้เป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ

1) ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นคล้ายคลึงกับศาสตราจารย์ ดูกีส์ ว่า ข้อตกลง (Accord) ทั้งหลายมิได้เป็นสัญญาได้ทั้งหมด

2) ฝ่ายที่สองมีความเห็นคล้ายคลึงกับนักกฎหมายแพ่งและเห็นว่านิติกรรมหลายฝ่ายกับสัญญานั้นเหมือนกัน

### 1.1.2 ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” และคำว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง”

สัญญาทางปกครอง ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญา กับเอกชนเพื่อมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ บางประเภท เหตุผลที่ต้องมีการแยกสัญญาทางปกครองออกมาเป็นเรื่องพิเศษว่า สัญญาปกติตามระบบกฎหมายแพ่งก็เพราะ วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะจะมีเอกสิทธิ์ของพลังมหาชน (Prérogative de la Puissance Publique) ของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองเพียงแต่ฝ่ายเดียวที่จะใช้เพื่อบรรลุ วัตถุประสงค์ในการจัดทำสาธารณะ ลักษณะของสัญญาทางปกครองและ ผลของสัญญาทางปกครอง จึงมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งของเอกชน

ศาสตราจารย์ เวอแดล (ชาญซ์ แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, 2541, หน้า 44) ได้อธิบายไว้ว่า ในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมาย โดยทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำเรียก

กันว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” (Contrats de l'Administration) โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้ว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน หรือว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้กฎหมายพิเศษ คือ ระบบกฎหมายปกครอง โดยสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (Contrats de Droit Privé de l'Administration) จะต้องนำกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา แต่สัญญาทางปกครอง (Contrats Administratifs) ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา

สำหรับศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2553, หน้า 47-50) ได้ให้คำอธิบายในเรื่องหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสไว้ว่า การเกิดของสัญญาทางปกครองมีผลโดยตรงมาจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของฝ่ายปกครองกับเอกชนและหลักกฎหมายที่กำหนดในการก่อให้เกิดสัญญานั้น ๆ ในสัญญาทางปกครอง

1.1.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน

สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือเรียกย่อ ๆ ว่า “นิติบุคคลมหาชน” ทำกับเอกชน หรือทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันเองนั้นแบ่งได้ 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ สัญญาทางปกครอง และสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน โดยสัญญาประเภทแรกจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาดังกล่าว ส่วนสัญญาประเภทที่สองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรมซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายเอกชนบังคับกับสัญญาเช่นว่านั้นดังนั้นการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทั้งสองจึงมีความสำคัญในการปฏิบัติมาก

1.1.4 เกณฑ์ที่ศาลใช้พิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน

ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่า สัญญาให้เป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเอกชน จึงเป็นภาระหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใดซึ่งศาลใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายเกณฑ์ด้วยกัน สัญญาใดมีคู่สัญญาเป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่าย สัญญานั้น ไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ แต่สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชนนั้น จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อสัญญานั้นเป็นนิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน (Acte de Gestion Publique) ทั้งนี้โดยอาจจะเป็นเพราะสัญญา

นั้นมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรืออาจจะเป็นเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น ส่วนวิธีการในการทำสัญญานั้นไม่แตกต่างกันระหว่างวิธีการทำสัญญาฝ่ายปกครองกับวิสาหกิจเอกชนใหญ่ ๆ เช่น สัญญาที่ทำกันโดยวิธีการประกวดราคา ก็อาจจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งก็ได้และสัญญาที่ทำกันด้วยวาจา ก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เหมือนกัน

#### 1.1.5 กรณีของสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแคร์ (ชาวยุโรป ฝรั่งเศส, 2553, หน้า 33-54) อธิบายว่า มีกรณีที่กฎหมายระบุชัดเจนว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” บางอย่างเป็น “สัญญาทางปกครอง” หรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่กรณีเช่นนั้น มีน้อย ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายจะระบุโดยอ้อม แต่เพียงว่าสัญญานั้นระบุให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมซึ่งเป็นที่เข้าใจกันได้เองว่าให้นาระบบกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น

สัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองอาจจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้นไว้แล้ว หรืออาจมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายเอกชนตามเกณฑ์ดังกล่าว แต่กฎหมายให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้

#### 1.1.6 เอกสิทธิ์ในกรณีที่มีการผิดสัญญา

ในกรณีฝ่ายปกครองหรือเอกชนผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสถือว่าฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์หลักในการปฏิบัติอยู่ 2 ทาง คือ

1.1.6.1 ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อน เช่น ไม่ชำระค่าตอบแทนให้แก่เอกชนตามที่กำหนดไว้ เอกชนจะนำหลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งที่ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา เช่นกันจนกว่าฝ่ายปกครองจะยอมทำตามสัญญาก่อนใช้ไม่ได้ ขณะเดียวกันเอกชนยังคงต้องทำตามสัญญาต่อไป เพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะแต่อาจขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้ แต่ถ้าร้ายแรงอาจร้องขอต่อศาลเพื่อเลิกสัญญาได้แต่จะเลิกสัญญาเองไม่ได้

1.1.6.2 ในกรณีที่เอกชนผิดสัญญาไม่ทำตามสัญญา หรือทำไม่ตรงตามข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ ดังนี้

1) ฝ่ายปกครองมีอำนาจเรียกค่าเสียหายและดำเนินการบังคับให้เอกชนทำตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลก่อน ทั้งนี้เพื่อไม่ให้ความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะต้อง

เสียไป หลักนี้ คือ หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในอันที่จะบังคับการฝ่ายเดียวไปก่อนได้โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล (Privilegé du Préarable)

2) อำนาจการบังคับนี้มีอยู่โดยผลของกฎหมายนั้น ๆ ที่ข้อความในสัญญาไม่ปรากฏฝ่ายปกครองก็อาจดำเนินการบังคับการเพื่อแก้ไขความบกพร่องได้เอง

3) อำนาจบังคับการนี้ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้เองโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเมื่อได้เตือนให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาแล้ว แต่เอกชนยังไม่ทำตาม

4) หากเอกชนถูกมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในกรณีที่เอกชนเห็นว่ามาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้ชดใช้ค่าเสียหายได้

1.1.7 หน้าที่พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครองและสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นสัญญาเป็นข้อผูกพันให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นสัญญาทางปกครองแตกต่างจากสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนอยู่บางประการ ดังนี้

1.1.7.1 สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีปกติซึ่งมีสิทธิต่าง ๆ ดังนี้

1) ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะจะมีสิทธิเก็บค่าธรรมเนียม ค่าใช้บริการนั้นหรือมีสิทธิผูกขาดทำการนั้นเพียงผู้เดียว

2) เงินค่าตอบแทนซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเด็ดขาดที่จะไม่ยอมให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองแก้ไขเพียงฝ่ายเดียว และนอกจากนี้ยังมีเหตุผล “ดุลยภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง” (Equilibre Financier du Contrat) ซึ่งเอกชนในสัญญาทางแพ่งธรรมดาไม่มี

1.1.7.2 หน้าที่พิเศษของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญาซึ่งหลักนี้มีบทฤษฎีที่สำคัญ ๆ อยู่ 3 บทฤษฎี (ชาญชัย แสงศักดิ์, 2553, หน้า 55-58) คือ

1) คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีภาระเพิ่มขึ้นจากการนั้น สภาแห่งรัฐจึงวางหลักว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทน (Indémnité) ในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น

2) ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Théorie de Fait du Prince) เป็นที่ประจักษ์ว่าหลักกฎหมายที่สภาแห่งรัฐได้วางไว้เป็นบรรทัดฐานแล้วนั้น พอสรุปสาระสำคัญของทฤษฎีนี้ได้ดังนี้ หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น โดยการใช้อำนาจพิเศษของตน ทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้น หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นคู่สัญญาฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่ากับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา

3) ทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้ (Théorie de l'Imprévision) ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่มีจุดเด่นเฉพาะของสัญญาทางปกครอง โดยสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่าถ้าคู่สัญญาต้องล้มละลายเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดหมายและไม่ใช่ความผิดใครแล้วบริการสาธารณะก็จะเสียไป ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้จ่ายค่าตอบแทนเพื่อให้คุณภาพทางการเงินที่เอกชนเสียไปกลับคืนมา อันจะทำให้เอกชนสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง

#### 1.1.8 อำนาจของฝ่ายปกครองคู่สัญญา

ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายปกครองคู่สัญญามีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาและมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาได้โดยตรงทั้งนี้ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และหากการแก้ไขสัญญานั้นทำให้เกิดปัญหาด้านการเงินแก่เอกชนคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบด้วยการจ่ายค่าตอบแทนความเสียหายนั้น

#### 1.1.9 ความรับผิดชอบในทางสัญญา

โดยทั่วไปแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1.1.9.1 ความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เช่น ความรับผิดทางละเมิด ซึ่งศาลจะสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหาย หรือ กรณีที่สัญญานั้น เห็นได้ชัดว่ามีความไม่สมบูรณ์มาตั้งแต่ต้น กรณีเช่นนี้ศาลก็จะสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย แต่ความผิดอาจจะเกิดขึ้นในกระบวนการดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญานั้นก็ได้ เช่น การสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยไม่ถูกต้อง การยกเลิกสัญญาโดยไม่ถูกต้อง เป็นต้น

1.1.9.2 ความรับผิดที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องมีความผิด กรณีความรับผิดเช่นนี้ เป็นความรับผิดซึ่งไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายเอกชน คือ ความรับผิดที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิด แม้ว่าจะไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิดความผิดก็ตาม แม้จะมีข้อไม่เหมือนเสียทีเดียวโดย หลักความยุติธรรมที่เรียกว่า “Equity” นั้นจะพิจารณาเป็นรายกรณีไป แต่กรณีดังกล่าว เป็นลักษณะที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ก่อนข้างศาลให้มีการฟ้องเพื่อให้ฝ่ายปกครองรับผิดได้ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นส่วนมากจะพบความรับผิดในทำนองนี้ด้วย คือ ความผิดที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดโดยที่ไม่ได้กระทำความผิด

1.2 แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางการปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

หลักกฎหมายที่สำคัญในเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ได้แก่ หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งสามารถตัดสินใจได้ว่าตกลงจะเข้าทำสัญญาหรือไม่และประสงค์จะให้เนื้อหาของสัญญาเป็นเช่นใดก็ได้ แต่ใน



สัญญาทางปกครองนั้นหลักเสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำสัญญาทางปกครองได้เท่าที่สัญญาดังกล่าวไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย จึงควรศึกษาความเป็นมาของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันรวมทั้งความหมาย ความแตกต่างในการแบ่งแยกความสัมพันธ์ของสัญญาดังกล่าวโดยสังเขป กล่าวคือ

1.2.1 ความเป็นมาของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

แนวคิดในเรื่องสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นเกิดขึ้นบนพื้นฐานของความขัดแย้งกันระหว่างนักวิชาการที่เห็นว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่อาจมีได้ในระบบกฎหมายและนักวิชาการที่เห็นว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนมีได้เพราะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ ซึ่งภายหลังสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนหรือสัญญาทางปกครองก็ได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันเมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองใน ค.ศ.1976 มาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับเดียวกันนั้นก็ได้อำนาจเกี่ยวกับเรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบความชอบด้วยกฎหมาย การบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้

1.2.2 ความหมายของสัญญาทางปกครอง

ความหมายของสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 โดยมีใจความว่า “สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์” (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 4-5)

องค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทางปกครอง มีดังนี้

1.2.2.1 สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง จึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย

1.2.2.2 สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างไปจากสัญญาประเภทอื่นที่เนื้อหาสาระของตัวสัญญานั้น

1.2.2.3 สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ต้องพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญาว่าเป็นไปเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ หรือส่วนรวมหรือไม่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างน้อยจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง (กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2543, หน้า 41-42)

อนึ่ง สัญญาทางปกครองของเยอรมันมีการแบ่งได้ 2 แบบ ได้แก่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนและสัญญาที่ใช้ทางราชการหรือฝ่ายปกครองด้วยกันทำกันเอง กล่าวคือ

1) สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน (Subordination) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) สัญญาที่ส่วนราชการด้วยกันเองทำกันเอง (Co-ordination) เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม แต่เพื่อสนับสนุนกิจการของรัฐไม่ใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาแพ่ง

1.2.3 การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาตามกฎหมายเอกชน (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 5-9)

หลักการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาตามกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้พิจารณาจากพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้น โดยการตรวจสอบจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญา (Gegenstand des Vertrags) เนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญานั้น สามารถพิจารณาได้จากเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญา กล่าวคือ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามูลเหตุแห่งนี้ที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา หรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญามีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครอง

อย่างไรก็ตามความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) สัญญาทางแพ่งที่ยึดว่าสัญญา คือ สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Paeta Sunt Servandar) จะผิดสัญญาไม่ได้หรือจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยที่คู่สัญญาไม่ยินยอมไม่ได้ แต่สัญญาทางปกครองก็ยึดหลักนี้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปฝ่ายปกครองสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาได้หรือเอกชนก็สามารถยื่นคำร้องขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ถ้ามีเหตุที่เกิดจากภัยธรรมชาติและต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือจะทำได้ด้วยวาจาไม่ได้ แต่สัญญาทางแพ่งอาจทำได้ด้วยวาจาได้เป็นการแสดงเจตนาในการทำคำเสนอ คำสนองเว้นแต่กฎหมายจะบังคับว่าให้ทำตามแบบ

#### 1.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองมีลักษณะทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือต่างก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐหรือฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองซึ่งจะมีผลทางกฎหมายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่ในเรื่องของประเภทและลักษณะที่มีของสัญญาปกครองและคำสั่งทางปกครองนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับเอกชน ส่วนคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียว (ชาอุชัย แสงวงศ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, 2541, หน้า 117-118)

#### 1.2.5 หลักในการทำสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายในเรื่องสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแพ่ง ได้แก่ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา คู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าตกลงใจเข้าทำสัญญาหรือไม่และประสงค์จะให้เนื้อหาสาระของสัญญาเป็นเช่นไรก็ได้ สำหรับสัญญาทางการปกครองนั้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญาจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของหลักนิติรัฐ (ตามนัยมาตรา 20 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ) โดยเฉพาะ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Gesetzmassigkeitsgrundsatz) กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำสัญญาทางปกครองได้ครบเท่าที่สัญญาดังกล่าวไม่ขัดแย้งกับกฎหมายเท่านั้น

#### 1.2.6 องค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองมีความยืดหยุ่นมากกว่าคำสั่งทางปกครองและสามารถนำไปใช้ได้ในกรณีที่มีความยุ่งยาก การนำสัญญาทางปกครองมาใช้กิจการทางปกครองในรูปแบบ “สัญญาทางปกครอง” แสดงให้เห็นว่าเอกชนยังอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับฝ่ายปกครองโดยความสามารถเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง และยังมีส่วนรับผิดชอบร่วมกับการดำเนินการของรัฐหรือฝ่ายปกครองได้ด้วย ซึ่งในการดำเนินการเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการในรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้ครบเท่าที่ไม่เป็นการขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีแบบของสัญญาทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

1) สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญา และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับทราบการแสดงเจตนาดังกล่าวแล้วหรือเมื่อคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกันและแบบของสัญญา สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือและได้รับความยินยอมจากบุคคลที่สามและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2) เนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อข้อตกลงทางสัญญาทางปกครองนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นเท่านั้น

1.2.7 ประเภทของสัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 (VwVfG) (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 10-14)

สัญญาทางการปกครองที่ได้กระทำในลักษณะรูปแบบ หรือเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญาที่เป็นการขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ระเบียบหรือข้อบังคับ สัญญาทางปกครองไม่อาจกระทำได้อาจกระทำไม่ได้เนื่องจากขัดกับหลัก “Der Vorrang des Gesetzes” กล่าวคือ

2.7.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (Der Koordinationsrechtliche Vertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยทั่วไป ได้แก่ สัญญาระหว่างองค์กรการปกครองด้วยตนเอง โดยนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองประเภทนี้ไม่อาจก่อตั้งโดยการออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เหตุผลของการมีสัญญาทางปกครองประเภทนี้ก็เพราะกฎหมายต้องการให้เป็นเครื่องมือแก่องค์กรทางปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรทางปกครองอื่น

2.7.2 สัญญาทางปกครองคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (Der Subordinationsrechtliche Vertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยทั่วไป ได้แก่ สัญญาระหว่างองค์กรการปกครองฝ่ายหนึ่งและเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ตัวอย่างของสัญญาทางปกครองประเภทนี้ เช่น สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงกับเอกชนว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยังไม่เข้าไปดำเนินการใด ๆ กับอาคารของเอกชนที่ได้ก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารจนกว่าเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของอาคารดังกล่าวจะทำการรื้อถอนและแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารนั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลา 3 เดือน เป็นต้น

นอกจากสัญญาทางปกครอง 2 ประเภท ดังกล่าวแล้วตามมาตรา 54 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมัน ค.ศ.1976 ซึ่งเป็นการแบ่งแยกประเภทของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจากคู่สัญญาเป็นหลักแล้ว กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 ยังได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษ โดยพิจารณาจาก “องค์ประกอบหรือเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” เป็น

เกณฑ์ในการแบ่งแยกรูปแบบของสัญญาทางปกครองและสัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนปกครอง

2.8 ความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, หน้า 15)

สัญญาทางปกครองมีลักษณะทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ต่างเป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐ หรือฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครอง ซึ่งจะมีผลทางกฎหมายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะแต่ในเรื่องของประเภทและลักษณะที่มาของสัญญาทางปกครองและคำสั่งทางปกครองนั้น มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญาปกครองเกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ส่วนคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่รัฐเพียงฝ่ายเดียว

## 2. ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law)

แนวคิดของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ยังไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องของสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ โดยจะดำเนินการสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนตามกฎหมายแพ่ง เช่น ประเทศสหราชอาณาจักรอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1 แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศสหราชอาณาจักรอังกฤษ

ประเทศอังกฤษไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในสัญญาระหว่างองค์กรของรัฐกับเอกชนนั้นเป็นไปตามกฎหมายแพ่งทั่ว ๆ ไปที่ใช้บังคับระหว่างเอกชนด้วยกัน

ในสมัยก่อนระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ถือว่ารัฐหรือกษัตริย์ (Crown) มีฐานะพิเศษเฉพาะจะกระทำผิดมิได้ตามหลัก “The king can do no wrong” ซึ่งหมายความว่ากษัตริย์จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลมิได้ไม่ว่าในทางสัญญาหรือทางละเมิด หากมีการละเมิดเกิดขึ้นโดยข้าราชการ (The Crown’s Servants) หรือรัฐมนตรี เอกชนก็ชอบที่จะฟ้องให้รัฐมนตรีหรือข้าราชการนั้น รับผิดชอบโดยส่วนตัวตามหลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยละเมิดทั่ว ๆ ไป ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจของกฎหมายปกครองอังกฤษเพราะฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิเหนือเอกชน อย่างไรก็ตามแม้

กฎหมายจะมีหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่เพื่อความเป็นธรรมในการแก้ปัญหาที่เอกชนได้รับความเสียหายมีแนวทางปฏิบัติ 2 แนวทาง คือ

1) เมื่อฝ่ายปกครองผิดสัญญาหรือมีปัญหาพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ฝ่ายเอกชนที่จะทำคำร้องทุกข์ (Petition of Right) ขออนุญาตฟ้องคดีต่อศาลเสนอต่อราชบัลลังก์ซึ่งมี Attorney-General เป็นผู้พิจารณาคำร้องทุกข์ โดยปกติก็จะอนุญาตเป็นส่วนใหญ่

2) ถ้าฝ่ายปกครองกระทำละเมิดในหน้าที่ เอกชนก็ต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ๆ ให้รับผิดชอบโดยส่วนตัว ซึ่งรัฐจะจัดหาทนายผู้คดีให้และจัดตั้งกองทุนเพื่อชำระค่าสินไหมทดแทน แทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ถูกศาลพิพากษาให้รับผิดชอบมาเพื่อเป็นการแก้ปัญหานี้ อังกฤษจึงได้ตรากฎหมาย The Crown Proceeding Act, 1947 ซึ่งบัญญัติให้เอกชนสามารถฟ้องส่วนราชการได้โดยไม่ต้องขออนุญาตก่อนเช่นใน (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2537, หน้า 108)

#### 2.1.1 อำนาจในการทำสัญญา

สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นได้ ก็ด้วยการแลกเปลี่ยนความยินยอม (Consentement) ซึ่งกันและกันในการร่างสัญญา ทำให้ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นเดียวกันกับเอกชน โดยแบ่งอำนาจในการทำสัญญาไว้เป็น 2 ส่วนคือ

##### 2.1.1.1 อำนาจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนกลาง

อำนาจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนกลาง ได้แก่ รัฐมนตรีกระทรวงต่าง ๆ อาจมีอำนาจตามกฎหมายเฉพาะที่กำหนดไว้ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยตรงซึ่งเป็นการกระทำในฐานะผู้แทนรัฐ (Crown)

##### 2.1.1.2 อำนาจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่น

อำนาจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่นต้องกระทำตามอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ๆ ไว้ในมาตรา 111 ของ Local Government Act, 1972 มีบทบัญญัติให้ฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจกระทำการใด ๆ เพื่อให้สำเร็จตามอำนาจหน้าที่ของตนได้ หากกระทำเกินขอบอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายก็จะทำให้ไม่มีผล และเป็นโมฆะตามหลัก Ultra Vires ซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่เป็นกรกระทำเกินขอบอำนาจหน้าที่ตามหลัก Ultra Vires มีดังนี้

1) Excess of Power ได้แก่ การกระทำที่เกินขอบอำนาจโดยตรง ส่วนใหญ่มักจะเป็นการกระทำที่ผิดไปจากกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งอาจเรียกการกระทำลักษณะนี้ว่า “Substantive Ultra Vires”

2) Errors of Procedure ได้แก่ การกระทำที่แม้ในเนื้อหาจะอยู่ใน ขอบอำนาจ แต่วิธีดำเนินการมิได้เป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งอาจเรียกการกระทำลักษณะนี้ว่า “Precedural Ultra Vires”

3) Failure to Perform a Duty ได้แก่ การละเลยมิได้กระทำการให้เป็นไปตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดโดยตรง

4) Abuse of Power ได้แก่ การใช้อำนาจหน้าที่โดยทุจริต (Bad Faith) หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ที่มีใช้วัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น (Wrong Motive)

5) Error of Law on the Face of the Record ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครอง แสดงให้ปรากฏชัดแจ้งว่าใช้หลักกฎหมายใดเป็นหลักในการกระทำของตน และหลักกฎหมายที่ใช้ นั้น ผิดพลาดไปจากที่ควรจะเป็น

6) Miscellaneous other Grounds ได้แก่ กรณีปลีกย่อยอื่น ๆ นอกจากที่กล่าวมาแล้ว

7) Estoppels (หลักกฎหมายปิดปาก) ได้แก่ กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กล่าว หรือแสดงข้อความใดต่อประชาชนให้หลงเชื่อตามนั้น และได้ปฏิบัติการอันใดอันหนึ่งไปเช่นนั้น ในภายหลังฝ่ายปกครองจะกลับมาใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายให้ผิดเพี้ยนไปจากที่แสดงไว้ อันจะเป็นผลให้ประชาชนผู้หลงเชื่อหลงปฏิบัติตามจนได้รับความเสียหายไม่ได้

### 2.1.1.3 อำนาจในการทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจนับเป็นองค์กรบริหารในรูปแบบใหม่ที่จัดตั้งขึ้นในภายหลัง เพื่อให้มีสภาพเหมาะสมกับการดำเนินงานที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ในอังกฤษ อาจจัดตั้งได้หลายรูปแบบ ได้แก่

- 1) ตั้งโดยกฎหมายเฉพาะและมีฐานะเป็นนิติบุคคล
- 2) ตั้งโดยกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองส่วนกลาง หรือส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องไปพิจารณาและจัดตั้งเป็นนิติบุคคล เช่น Location of Office ที่กระทรวงการเคหะและการปกครองท้องถิ่นตั้งขึ้น
- 3) ตั้งขึ้นโดยพระบรมราชานุญาต Royal Charter และระบุนอำนาจ หน้าที่ให้ เป็นนิติบุคคล เช่น Bank of England เป็นต้น

ลักษณะเฉพาะบางประการของสัญญาฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วอังกฤษไม่มีระบบสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะต่างหากจากสัญญาตาม

กฎหมายเอกชนแต่ก็ได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์บางประการในสัญญาทางแพ่งเพื่อใช้กับสัญญาที่มีรัฐเป็นคู่สัญญาไว้ดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการทหารกับรัฐนั้นเคยมีการวินิจฉัยกันว่าข้าราชการทหารกับรัฐมีความสัมพันธ์กันตามหลักกฎหมายเฉพาะมิใช่มีความสัมพันธ์กันตามหลักกฎหมายเรื่องสัญญา แต่กรณีความสัมพันธ์ของข้าราชการพลเรือนกับรัฐนั้นยังไม่ชัดเจน

2) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับขอบอำนาจการทำสัญญาและการใช้ดุลยพินิจฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจภายในขอบเขตของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (Statutory Power) หากกระทำเกินขอบอำนาจการกระทำนั้นย่อมเป็น โมนะ แต่ปัญหาที่ว่าขอบเขตอำนาจควรอยู่ตรงไหนเป็นเรื่องที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจเป็นกรณี ๆ ไป

3) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในการดำเนินการบริการสาธารณะ

ในกิจการอันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชน ศาลได้วินิจฉัยว่าความสัมพันธ์ในการบริการสาธารณะบางประเภท มิใช่เรื่องของสัญญาตามปกติตามกฎหมายเอกชน เช่น การให้บริการขนส่ง การให้บริการโทรศัพท์ เป็นต้น

2.1.1.4 ผลของสัญญาลักษณะทางปกครอง

สัญญาลักษณะการปกครองเป็นกฎหมายของคู่สัญญาเช่นเดียวกับกฎหมายสัญญาที่มีผลผูกพันกัน แต่สัญญาแตกต่างกับกฎหมายตรงที่สัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นสิ่งจำเป็นตั้งแต่ตอนทำสัญญาจะต้องกำหนดไปให้ชัดเจนว่า สัญญามีวัตถุประสงค์หรือข้อผูกพันกันอย่างไร ระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหากมีความเห็นไม่ตรงกัน ก็เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะแปลความหมายหรือตีความ (Interpretation) ในกรณีที่มีข้อความเคลือบคลุมและข้อสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง

2.1.1.5 การเยียวยาในเรื่องสัญญาลักษณะทางปกครอง

แม้จะมีการออกกฎหมาย The Crown Proceeding Act, 1947 ทำให้เอกชนสามารถฟ้องร้องรัฐให้รับผิดชอบในมูลสัญญาได้ แต่ก็มีเงื่อนไขบางอย่างเฉพาะที่แตกต่างไปจากการบังคับเพื่อการเยียวยาระหว่างเอกชนฟ้องร้องรัฐเพราะแม้ศาลนั้นสามารถที่จะมีคำพิพากษาแสดงความมีอยู่ของสิทธิฝ่ายเอกชนหรือพิพากษาให้รัฐใช้ค่าเสียหายแต่ศาลไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือบังคับใช้เงินค่าเสียหายได้เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายของเอกชน การชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวจะมีการขอตั้งงบประมาณเพื่อชดใช้ค่าเสียหายตามคำพิพากษาไปยังรัฐสภา การที่จะได้รับอนุมัติเป็นเงินในเรื่องใดก็ขึ้นอยู่กับรัฐสภา



และไม่ว่ากรณีใด ๆ ศาลจะออกคำสั่งบังคับกับทรัพย์สินของแผ่นดินไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการยึด อายัด หรือสั่งขายก็ไม่ได้เช่นกัน

อังกฤษให้ความสำคัญกับ “การเยียวยา” ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายทางวิธีพิจารณาความมากพอกับหลักการควบคุมการกระทำเกินอำนาจ (Ultra Vires) อันถือว่าเป็นหลักกฎหมายสารบัญญัติหรือบางครั้งให้ความสำคัญมากกว่าด้วยซ้ำไป

#### 2.1.1.6 การคุ้มครองประชาชนผู้ได้รับผลกระทบ

ในการที่ฝ่ายปกครองจะเข้าทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนคู่สัญญาในบางครั้งที่การปฏิบัติการตามสัญญาอาจเกิดผลกระทบกับประชาชนเป็นจำนวนมากอย่างรุนแรงไม่ว่าจะเป็นด้านสภาวะแวดล้อมและด้านสาธารณสุข ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนรัฐจึงต้องกำหนดกระบวนการก่อนที่จะนำไปสู่การตัดสินใจทางปกครอง จึงได้บัญญัติกฎหมายให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ เช่น การปรึกษาหารือ การประชาพิจารณ์ (Public Hearing หรือ Public Inquiry) เพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนผู้รับผลกระทบจากโครงการต่าง ๆ ของรัฐโดยประชาชนผู้รับผลกระทบสามารถทำเป็นหนังสือแสดงความคิดเห็นไปยังคณะกรรมการประชาพิจารณ์ (Public Hearing) เพื่อเป็นมูลฐานในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองต่อไปได้

#### 2.2 แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นกฎหมาย (Case law) แต่ก็ได้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นจำนวนมาก และศาลอาจไม่ยอมรับบังคับตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหากกฎหมายนั้นไปขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์สูงกว่า ด้วยเหตุนี้ลำดับชั้นของกฎหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ควรต้องพิจารณากฎหมายสหรัฐอเมริกามีลำดับชั้นสูงสุดไปถึงต่ำสุดดังนี้ (E.Allen Farmsworth, 1996, p.61-64)

1. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา
2. สนธิสัญญา (Treaties)
3. กฎหมายของสหรัฐ
4. คำสั่งของฝ่ายบริหาร กฎและระเบียบทางปกครองที่ออกโดยสหรัฐ
5. รัฐธรรมนูญของมลรัฐ
6. กฎหมายของมลรัฐ
7. กฎและระเบียบทางปกครองของมลรัฐ

8. กฎบัตร คำสั่ง กฎและระเบียบขององค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น (Municipal charters, ordinances, rules and regulations)

ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหล่านี้จะมีบทบาทสำคัญยิ่งในเรื่องการทำสัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกา

2.2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาว่าสัญญาใดคือสัญญาทางปกครองมีดังต่อไปนี้ คือ

1. สัญญาทางปกครองนั้นต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง
2. สัญญาทางปกครองต้องมีเนื้อหาสาระของสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะและมีข้อกำหนดให้สิทธิพิเศษอย่างมากแก่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

2.2.2 สัญญาทางปกครองในสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เด่นชัด และถูกจำแนกเป็นสัญญาต่างหาก แต่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครองตามแนวคิดทั่วไปดังกล่าวข้างต้นแล้ว สัญญาหรือการกระทำที่ทำโดยรัฐหรือโดยผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกามีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครองดังกล่าวข้างต้น อาจแยกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกันดังนี้ คือ

1. สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract)

สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง คือ สัญญาที่รัฐจัดทำกับเอกชนเพื่อประโยชน์ในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ รัฐทำสัญญาดังกล่าวนี้นั้นขึ้นมาก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรือได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ในขณะที่เอกชนคู่สัญญาจะได้รับเงินค่าตอบแทนสำหรับสินค้าหรือบริการดังกล่าว การจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ (The Federal Acquisition Regulation หรือที่เรียกโดยย่อว่า "FAR") ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวด (Chapter) 1 ลักษณะ (Title) 48 ของประมวลกฎหมายและระเบียบของสหรัฐ (Code of Federal Regulations) FAR มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1984 และใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐทั้งปวงที่ใช้งบประมาณแผ่นดิน ทั้งนี้เว้นแต่ที่ได้ระบุยกเว้นไว้อย่างแจ้งชัดใน ค.ศ.1988 ได้มีการประกาศใช้ Public Law 100-679 ซึ่งได้มีการจัดตั้ง Federal Acquisition Council อันประกอบด้วยผู้บริหาร (Administrator) ของ Office of Federal Procurement Policy (OFPP) และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบเกี่ยวกับนโยบายจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของสหรัฐต่าง ๆ ได้แก่ General Services Administration (GSA), Department of Defense (DOD) และ National Aeronautics and Space Administration (NASA) เพื่อมาดูแลการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของตนภายใต้ FAR

(W.Noel Keyes, 2000, p. 2-4)ในขณะเดียวกัน บรรดามลรัฐและองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่จะออกระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของตนโดยอาศัยกฎหมายของสหรัฐหรือ FAR (Charles Tiefer and William A.Shook, 1999, p. 3) เป็นต้นแบบ

## 2. การให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities)

ในสหรัฐอเมริกาบริการสาธารณะถือเป็นธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเอกชนมีสิทธิดำเนินการได้ภายใต้การควบคุมของรัฐ การจัดบริการสาธารณะในสหรัฐอเมริกาส່วใหญ่จึงดำเนินการโดยเอกชนภายใต้การควบคุมของรัฐ (Charles F.Phillips, 1993, p. 5) คำว่า “Public Utilities” เป็นคำรวมที่ใช้กับบริการสาธารณะซึ่งอาจแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ ได้ 2 ประเภทด้วยกันคือ (1) กิจการที่ให้บริการอย่างต่อเนื่องแก่ผู้บริโภคโดยมีโรงงานหรือระบบผลิตหรือจ่ายที่เชื่อมโยงกับระบบของผู้บริโภค และ (2) ระบบขนส่งสาธารณะ

ความแตกต่างระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะกับสัญญาทางแพ่งของสหรัฐอเมริกา

### (1) ข้อจำกัดในการทำสัญญา

ในการที่หน่วยงานของรัฐจะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น หน่วยงานของรัฐดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติเงินงบประมาณจากรัฐสภาเสียก่อน (Charles Tiefer and William A.Shook, 1999, p. 38) ในขณะเดียวกันหากเป็นกรณีของการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ เอกชนผู้ที่มีความประสงค์ที่จะจัดทำบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยแสดงว่าประชาชนต้องการบริการสาธารณะดังกล่าวและตนเองสามารถจัดทำและให้บริการสาธารณะดังกล่าวนี้ให้แก่ประชาชนได้อย่างมีคุณภาพในราคาที่ยุติธรรม และเมื่อได้รับ Certificate of Public Convenience and Necessity จากเจ้าหน้าที่ควบคุมระดับมลรัฐหรือสหรัฐแล้วแต่กรณีจึงจะจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวนี้ได้ (Martin T.Farris, 1973, p. 69)

### (2) ผู้มีอำนาจทำสัญญา

การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าทำสัญญาหรือให้สิทธิใด ๆ กับเอกชนนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตนเองย่อมไม่สามารถกระทำได้ในทันทีแต่จะต้องได้รับการมอบอำนาจมาเสียก่อน (Delegation of power) ซึ่งจะระบุข้อจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญานอกจากข้อจำกัดอำนาจที่กฎหมายหรือกฎระเบียบได้กำหนดไว้ หากเจ้าหน้าที่รัฐผู้เข้าทำสัญญามีได้มีอำนาจเข้าทำสัญญา สัญญาดังกล่าวไม่ผูกพันรัฐและการเข้าทำสัญญานั้นจะต้องดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ด้วย สำหรับการให้สิทธิในการให้จัดทำ

บริการสาธารณะนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่จะให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวได้จะต้องเป็นผู้มีอำนาจให้สิทธิด้วยเช่นกัน

### (3) สิทธิพิเศษของรัฐ

ถึงแม้ว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นจะเกิดจากนิติกรรมสัญญาระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชน แต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้อยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกันดังเช่นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง กล่าวคือ รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน โดยรัฐยังคงดำรงไว้ซึ่งอธิปไตยเหนือเอกชนในบางประการ ดังเช่น สิทธิของรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว สิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่มีการผิดสัญญา (Termination for convenience) สิทธิในการกำหนดราคาค่าบริการในการให้บริการสาธารณะของผู้ได้รับอนุญาต การให้บริการใด ๆ ของผู้ได้รับอนุญาตยังคงถูกจำกัดควบคุมโดยรัฐทั้งนี้เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เนื่องจากกิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อและอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนอย่างมากต่อสาธารณะชน (Business affected with a public interest) เป็นต้น ดังนั้นรัฐจึงย่อมที่จะต้องดูแลอย่างใกล้ชิดและแทรกแซงได้โดยการใช้อำนาจรัฐ (Police Power) เช่น การกำหนดอัตราค่าบริการ เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งย่อมผูกพันตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้เท่านั้น

### (4) กฎหมายที่ใช้บังคับ

การจัดซื้อจัดจ้างเป็นเรื่องของการใช้ไปซึ่งเงินที่เก็บมาจากประชาชน (Public Fund) เพื่อการดังกล่าว และการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นการให้สิทธิแก่เอกชนในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐและกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ ดังนั้นการจัดซื้อจัดจ้างหรือการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ แล้วแต่กรณี จึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายฉบับ รวมทั้งกฎระเบียบ ซึ่งกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนต่าง ๆ ไว้ ซึ่งแตกต่างจากการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง ซึ่งส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้กฎหมาย Uniform Commercial Code เท่านั้น

### (5) ข้อกำหนดในสัญญา

ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นจะต้องมีรูปแบบและข้อกำหนดในสัญญาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย หากขาดไปจะส่งผลให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ทั้งนี้ตามหลัก Christian Doctrine ซึ่ง ศาลได้วางหลักว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาขึ้นอยู่กับว่ามีอยู่ซึ่งข้อกำหนดที่กฎหมายหรือกฎระเบียบในขณะทำสัญญากำหนดว่าต้องมี

#### 1) คู่สัญญา

การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นเรื่องของการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจเข้าทำสัญญากับภาคเอกชน ดังนั้นผู้ให้สิทธิคือรัฐจะต้องดูแลกำกับการประกอบการของผู้ได้รับสิทธิคือเอกชนให้เป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ

#### 1.1) คู่สัญญาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นการที่รัฐจัดซื้อสินค้าหรือบริการจากภาคเอกชน ดังนั้น คู่สัญญาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างฝ่ายหนึ่งจึงเป็นรัฐซึ่งต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำสัญญา (Contracting Officer) รวมทั้งผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำสัญญา ด้วย และทำสัญญาภายในขอบอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายมา ตามที่ระบุไว้ในหนังสือรับรองการแต่งตั้งที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น จึงจะส่งผลให้สัญญามีผลสมบูรณ์และผูกพันรัฐ

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง คือ เอกชนนั่นเอง ทั้งนี้โดยในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นจะเรียกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนี้ว่า “ผู้รับจ้าง” ซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่ประสบความสำเร็จหรือแสดงให้เห็นว่ามีขีดความสามารถสูงสุดที่จะปฏิบัติตามสัญญาได้

#### 1.2) ผู้ให้สิทธิและผู้ได้รับสิทธิ สำหรับการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ

การให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นมีลักษณะเป็นการให้สิทธิหรือการให้อนุญาตเพื่อประกอบกิจการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นการกระทำแทนรัฐ ดังนั้น ผู้ให้สิทธิจึงได้แก่ รัฐ นั่นเอง หน่วยงานของรัฐซึ่งทำหน้าที่ให้สิทธิ ตลอดจนกำกับดูแลการประกอบกิจการของผู้ได้รับสิทธินั้น ไม่ว่าจะเป็นในระดับสหรัฐหรือระดับมลรัฐจะอยู่ในรูปของ “คณะกรรมการ” (Commission)

### แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้นแนวความคิดเรื่อง สัญญาทางปกครองได้นำแนวคิดมาจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้ในการตรากฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อ พ.ศ.2542 วิธีการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทยส่วนมากจัดทำในระบบราชการ กล่าวคือ ส่วนราชการมีหน้าที่ใน

การจัดทำบริการสาธารณะ ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ.2475 คณะราษฎรได้กลายเป็นชนชั้นปกครองควบคุมอำนาจการปกครองประเทศ คณะราษฎรได้นำทุนของรัฐไปสร้างธนาคารมณฑล จนกระทั่ง จอมพลแปลก พิบูลสงคราม ได้จัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นเป็นจำนวนมากเพื่อจัดทำบริการสาธารณะแต่รัฐวิสาหกิจก็ถูกควบคุมด้วยระบบราชการ ต่อมาภายหลังมีการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็อยู่ภายใต้การควบคุมอย่างเข้มงวดโดยระบบราชการอีกเช่นกัน (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2546, หน้า 151)

อนึ่งการจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) นั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท (โกศล พลกุล, 2547, หน้า 53-55) ได้แก่

1) ภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) ได้แก่ การป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทและยุติข้อพิพาท ที่ได้เกิดขึ้น เป็นดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษา ความมั่นคง ปลอดภัย

2) ภารกิจลำดับรอง (Secondary Function) ได้แก่ การส่งเสริม สวัสดิภาพตลอดจนการกระจาย ความมั่นคงของชาติไปสู่ประชาชนเพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคมส่งเสริมสวัสดิภาพของประชาชนทั้งกายภาพและจิตใจ

การให้สัมปทานบริการสาธารณะเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครองของ ประเทศไทย นำมาใช้มากที่สุด โดยการมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยการลงทุนและความเสี่ยงภัยของฝ่ายเอกชน ฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ฝ่ายปกครองใช้สิทธิในการเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนในการใช้บริการจากประชาชนผู้ใช้บริการแก่เอกชนโดยทั่วไปสัมปทานบริการสาธารณะประกอบไปด้วยลักษณะสำคัญ 4 ประการ (ประยูร กาญจนกุล, 2538, หน้า 150) คือ

1) สัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองตกลงอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยทุนของเอกชนตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนดให้ปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) ทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะถือว่าเป็นทรัพย์สินของเอกชนไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเหมือนกับทรัพย์สินของรัฐที่อนุญาตให้ผู้รับสัมปทานใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ

3) ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมกิจการที่ผู้สัมปทานแก่เอกชนไปจัดทำเนื่องจากกิจการดังกล่าวเป็นบริการสาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

4) บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนไปจัดทำนั้น จะต้องไม่เป็นกิจการเกี่ยวกับความมั่นคงหรือปลอดภัยของประเทศ

1. วิธีจัดทำบริการสาธารณะและประเภทของสัญญาสัมปทาน (บวรวิทย์ เปรื่องวงศ์, 2551, หน้า 70-77)

การจำแนกวิธีจัดทำบริการสาธารณะและประเภทของสัญญาสัมปทานออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) วิธีจัดทำบริการสาธารณะแบ่งเป็น โดยทั่วไปมี 2 วิธี ได้แก่ บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเอง และบริการสาธารณะที่มอบให้เอกชนจัดทำ

2) ประเภทของสัญญาสัมปทาน โดยทั่วไปมี 2 ประเภท ได้แก่ สัมปทานบริการสาธารณะและสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้นมีความแตกต่างจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เนื่องจากสัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินี้มีวัตถุประสงค์ในการที่จะสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้ถูกทำลายไป โดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน ดังเช่นสัมปทานบริการสาธารณะ หนึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเคยมีมติให้กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อย ฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้น มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

ปกติสัญญาสัมปทานนั้น ไม่มี “กฎหมายเฉพาะ” มากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการให้สัมปทานและในการทำสัมปทาน ดังเช่น สัญญาพัสดุที่หลักเกณฑ์และวิธีการในการได้มาซึ่งพัสดุกำหนดไว้อย่างชัดเจนในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไข

เพิ่มเติม แต่โดยหลักการแล้วการดำเนินการจัดทำสัญญาสัมปทานนั้นต้องมีขั้นตอนและหลักเกณฑ์ ในการทำสัญญาสัมปทานด้วย

## 2. หลักเกณฑ์ทั่วไปในการทำสัญญาสัมปทาน

การทำสัญญาสัมปทานของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการ ได้แก่ คู่สัญญา ฝ่ายรัฐ อำนาจในการทำสัญญาและการเลือกคู่สัญญา กล่าวคือ

2.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ สำคัญประการหนึ่งของสัญญาของทางราชการ คือ คู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐ และต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลด้วย ดังนั้น การเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงต้อง เป็นไปตามที่กำหนดไว้โดยผลของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็น “กฎหมายกลาง” เช่น พระราชบัญญัติ ปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534 หรือ “กฎหมายเฉพาะ” ที่จัดตั้ง “หน่วยงานของรัฐ” ประเภทต่าง ๆ ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมา

2.2 อำนาจในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนได้ จะต้องเป็นไปในกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของตน รวมทั้งผู้ที่จะทำสัญญาจะต้องเป็นผู้มี อำนาจตามกฎหมายด้วย

2.3 การเลือกคู่สัญญา ข้อแตกต่างสำคัญประการหนึ่งของการทำสัญญาของทาง ราชการกับการทำสัญญาของเอกชน คือ การทำสัญญาของเอกชนนั้นคู่สัญญาสามารถเลือกคู่สัญญา ของตนได้อย่างอิสระ ในขณะที่การทำสัญญาของทางราชการนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจเลือกตัว ของผู้ที่จะมาเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้โดยอิสระและต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เฉพาะในการทำ สัญญาสัมปทาน กล่าวคือ

2.3.1 หลักเกณฑ์เฉพาะในการทำสัญญาสัมปทาน ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะ เป็นกฎหมายบ้านเมืองเกี่ยวกับการให้สัมปทานของเอกชนมีอยู่หลายฉบับทั้งที่บัญญัติไว้โดยตรงใน กฎหมายและเป็นกฎ ระเบียบหรือมติคณะรัฐมนตรีผู้ศึกษาจะกล่าวถึงกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้อง โดยตรง 2 ฉบับ

1) ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 เป็น “กฎหมาย กลาง” ที่กำหนดถึงการผูกขาดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคโดยรัฐ และกำหนดถึงประเภท ของกิจการที่เอกชนสามารถทำได้หากรัฐอนุญาตหรือให้สัมปทานกิจการเหล่านี้ ได้แก่ กิจการรถไฟ รถมราง ขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือ จำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ รวมทั้งกิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความ ปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่จะได้มีพระราชกฤษฎีกาออกมากำหนด



2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการของรัฐในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้สัมปทานหรือการให้สิทธิแก่เอกชนบางประการหรือการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปนั้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาของบุคคลคนเดียวหรือหน่วยงานเดียวเป็นส่วนใหญ่ โดยเรื่องที่สำคัญมักจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีสอดรับกับประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ.2515 การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานกฎหมายฉบับนี้จึงมีขึ้นเพื่อให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและราชการส่วนท้องถิ่นที่มอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐกระทำอย่างโปร่งใสมีการควบคุมและตรวจสอบ การดำเนินการดังกล่าวได้โดยกำหนดให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยให้มีหน่วยงานกลางหรือหลายหน่วยงาน เช่น กระทรวงการคลัง สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติ สำนักงานประมาณ ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายและด้านอื่นตามความจำเป็นและสมควรเข้ามาช่วยวิเคราะห์และคัดเลือกเอกชนซึ่งจะเข้าร่วมดำเนิน โครงการอันเป็นกิจการของรัฐในทุกขั้นตอนแทนการพิจารณาของรัฐมนตรีหรือกระทรวงเจ้าสังกัดเพียงอย่างเดียว นอกจากนี้ อำนาจในการอนุมัติโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่ซึ่งมีวงเงินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป จะเป็นอำนาจของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือของกระทรวงเจ้าสังกัดแต่เพียงผู้เดียว และการดำเนิน โครงการจะเป็นไปตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาอย่างชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสร้างความมั่นใจให้แก่เอกชนที่เข้าร่วมงาน และเพื่อเป็นการควบคุมให้โครงการดังกล่าว จะถูกตรวจสอบและติดตามผลอย่างใกล้ชิด โดยคณะกรรมการอีกชุดหนึ่งที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้

ดังนั้นในปัจจุบัน การให้สัมปทานในโครงการใหญ่ ๆ ทั้งหมดจึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ (สุกัญญา นาเวียงชัย, 2542, หน้า 78-79)

2.3.2 การตรวจร่างสัญญา หลักเกณฑ์สำคัญอีกประการหนึ่งของการทำสัญญาสัมปทาน คือ ร่างสัญญาสัมปทานจะต้องได้รับการตรวจพิจารณาจากสำนักงานอัยการสูงสุดก่อนที่จะมีการลงนาม นับตั้งแต่ พ.ศ.2491 เป็นต้นมา ต่อมาคณะรัฐมาตริก็ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวหลายครั้งจนในที่สุด เมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ.2535 คณะรัฐมนตรีก็ได้มีมติเพื่อปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการส่งร่างสัญญาให้กรมอัยการตรวจพิจารณา โดยในปัจจุบันหลักเกณฑ์ที่สำนักงานอัยการสูงสุดใช้ในการตรวจร่างสัญญา คือ หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ.2535

2.3.3 กระบวนการตรวจร่างสัญญา เป็นงานในหน้าที่ของกองที่ปรึกษาสำนักงาน อัยการสูงสุด มีหน้าที่ต้องพิจารณาแง่เงื่อนไขของกฎหมายความสมบูรณ์ของสัญญาถ้อยคำที่ใช้ใน สัญญาให้รัดกุมและเหมาะสมไม่ให้รัฐเสียเปรียบหรือเสียหาย การพิจารณาตรวจร่างสัญญามีให้ทาง ราชการเสียเปรียบที่สำคัญ ที่สำคัญคือต้องตรวจสัญญาให้เป็นธรรมและให้เป็นระบบ

2.3.4 หลักการตรวจร่างสัญญา นอกเหนือจากการตรวจ “รูปแบบ” ของร่างสัญญา ของทางราชการดังกล่าวไปแล้ว ในการตรวจ “เนื้อหา” ของร่างสัญญาของทางราชการ อัยการ ผู้ตรวจพิจารณาร่างสัญญาจะยึดหลักการตรวจร่างสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจในเรื่อง ของข้อความในข้อสัญญาว่ามีส่วนใดขัดแย้งกับกฎหมาย ซึ่งข้อสัญญานั้นจะต้องสอดคล้องกับมติ คณะรัฐมนตรี ตลอดจนกฎและระเบียบของทางราชการ รวมทั้งพิจารณาการได้เปรียบเสียเปรียบ ของรัฐและความไม่ชัดเจนในข้อสัญญาที่อาจตีความให้เกิดผลเสียแก่รัฐได้

### 3. สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดดังนี้

3.1 อำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ มีทั้งสิทธิและ หน้าที่ในการกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามสัญญาและบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา

3.2 อำนาจการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการบังคับการ ให้เป็นไปตามสัญญาอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ เพื่อประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หาก เอกชนไม่ลงมือปฏิบัติงาน หรือปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันตามกำหนด หรือปฏิบัติงานบกพร่องไม่ เป็นไปตามสัญญา หรือโอนงานให้บุคคลที่สามดำเนินการแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคู่สัญญา ฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้แล้วแต่กรณี (สมยศ เชื้อไทย, 2540, หน้า 157-157) คือ

3.2.1 สั่งให้มีการปรับตามข้อกำหนดในสัญญา

3.2.2 สั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญา

3.2.3 จัดหาบุคคลอื่นเข้าทำแทน โดยให้เอกชนคู่สัญญาเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายทั้งหมด อันเป็นมาตรการเพิ่มลักษณะเฉพาะเรื่องและชั่วคราว และใช้ได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เกิดขึ้นให้เกิดผล อย่างร้ายแรงเท่านั้น

3.2.4 บอกลีกสัญญา ซึ่งไม่ถือว่าเป็นอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา โดยตรง เพราะมีผลทำให้สัญญาสิ้นสุดลง อำนาจบอกลีกสัญญานี้ มีข้อยกเว้นสำหรับสัญญาทาง ปกครองบางประเภทเท่านั้น สำหรับการบอกลีกสัญญานั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ สามารถบอกลีกสัญญา

ได้ทั้งกรณีที่เอกชน เป็นฝ่ายผิดสัญญาและมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่ในกรณีหลังรัฐจะบอกเลิกสัญญาได้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน ซึ่งเอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้อย่างเต็มที่ที่มีข้อสังเกตเกี่ยวกับอำนาจเช่นว่านี้ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังต่อไปนี้

- 1) อำนาจสั่งการดังกล่าวข้างต้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐสั่งการได้เองโดยไม่ต้องนำคดีสู่ศาล ดังเช่น สัญญาทางแพ่งทั่ว ๆ ไป
- 2) ตามหลักกฎหมายปกครองถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเช่นว่านี้ แม้จะมีได้ระบุไว้ในสัญญาทางปกครอง
- 3) คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้อำนาจนี้ได้ก็ต่อเมื่อมีการเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาแล้ว
- 4) จะมีคำสั่งในทางอาญาไม่ได้
- 5) การใช้อำนาจ เช่นว่านี้ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง

### 3.3 อำนาจฝ่ายเดียวในการปรับข้อกำหนดในสัญญา

เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในข้อนี้จะพบแต่ในสัญญาทางปกครองเท่านั้น เพราะในทางแพ่งสัญญาที่สร้างขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว ฝ่ายใดจะขอแก้ไขข้อสัญญาโดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งหาได้ไม่ ส่วนในสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการบริการสาธารณะ อันจะต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ หลักกฎหมายปกครองจึงยอมรับอำนาจเช่นนี้ให้เป็นของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อย่างไรก็ตามในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัด ดังนี้

3.3.1 จะใช้อำนาจดังกล่าวนี้ได้ก็ต่อเมื่อมีมูลเหตุมาจากความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ

3.3.2 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาต้องไม่เกินขนาดต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

3.3.3 หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้น เป็นการเพิ่มภาระแก่เอกชน ฝ่ายรัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทนหรือชดเชยเวลาในการดำเนินการให้เอกชนแล้วแต่กรณี

3.3.4 ฝ่ายรัฐจะอาศัยอำนาจนี้ลดค่าตอบแทน ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาไม่ได้

3.4 การแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญา ในระหว่างการดำเนินการตามสัญญา คู่สัญญาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้ โดยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหลักอยู่ที่ว่าการแก้ไข

สัญญาเป็นเสรีภาพของคู่สัญญาแม้สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาที่เกิดจากวิธีประกวดราคา (Adjudication) ก็ตาม

3.5 อำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ทั้งอำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวหรืออำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว ล้วนแต่มีที่มาจาก ทฤษฎีหรือแนวคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (Le Service Public) ทั้งสิ้น

แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือได้ว่าเป็น ส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากหน้าที่ของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำบริการ สาธารณะเพื่อสนองความต้องการและเพื่อประโยชน์ของประชาชน เป็นส่วนรวม (Interet General) หรือประโยชน์สาธารณะ (Interer Public) ดังนั้นในการจัดทำบริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครอง หากฝ่ายปกครองไม่มี “อำนาจพิเศษ” เหนือเอกชน ฝ่ายปกครองอาจไม่สามารถที่จะดำเนินการ จัดทำบริการสาธารณะให้สำเร็จลุล่วงไปได้ตามวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น อำนาจพิเศษ ของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิของฝ่ายปกครอง (Les Prerogatives de la Puissance Publique) จึงเป็น อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

#### 4. สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สิทธิและหน้าที่ของเอกชนคู่สัญญาตามสัญญาทางปกครองนั้นมีอยู่หลายประการ ดังต่อไปนี้

##### 4.1 หน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา

เอกชนคู่สัญญา มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) (ราชบัณฑิตยสถาน, 2543, หน้า 661) โดยไม่สามารถที่จะโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคล อื่น

##### 4.2 สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญา

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาเอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกร้อง ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ มีข้อสังเกตว่า แม้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเป็นฝ่ายผิด สัญญาก่อนเอกชนก็ยังมี หน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจะนำหลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งมาใช้ไม่ได้ แต่มีสิทธิเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายได้โดยที่ไทยไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติ ในเรื่องสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะ ทำให้ต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ ได้แก่ หลักสุจริต (Principle of Good Faith / Bona Fide) ซึ่งเป็น หลักสากลปรากฏทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

#### 4.3 สิทธิได้รับเงินทดแทนพิเศษและสิทธิในการขอต่อสัญญา

เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับเงินทดแทนพิเศษ สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นผลมาจากเหตุต่าง ๆ ได้แก่ เหตุเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองเหตุอันไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ การที่ต้องรับภาระติดพันที่มีได้ระบุไว้ในสัญญาและยังมีสิทธิขอต่อสัญญาได้หากเกิดเหตุสุดวิสัยหรือจากความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

#### 4.4 สิทธิในการต่อสัญญาบางประเภท

ในสัญญาทางปกครองบางประเภท หากเอกชนคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติการตามสัญญาให้เสร็จตามกำหนด เอกชนคู่สัญญาต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเรียกค่าปรับ ค่าเสียหาย หรือขอเลิกสัญญาได้ แต่หากกรณีที่กำลังชำนันเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือจากความผิดหรือความบกพร่องของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือจากเหตุอันไม่ใช่ความผิดของเอกชนคู่สัญญา เอกชนคู่สัญญามีสิทธิขอต่ออายุสัญญาได้ โดยมีข้อสังเกตอยู่ 2 ประการ คือ

- 1) เอกชนคู่สัญญาจะอ้างเหตุดังกล่าวข้างต้นเพื่อจะต่ออายุสัญญาได้ก็ต่อเมื่อความล่าช้าที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลโดยตรงจากเหตุที่กล่าวอ้างนั้น ๆ
- 2) เอกชนคู่สัญญามีสิทธิได้รับการขยายกำหนดเวลาตามจำนวนวันที่เกิดเหตุการณ์ขึ้นจริงเท่านั้น

จากการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับแนวคิดในสัญญาทางปกครองของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) จะเห็นได้ว่ามีแนวความคิดที่แตกต่างกันในเรื่องของการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง โดยประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีแนวคิดที่แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งโดยชัดเจน รวมทั้งมีแนวทางปฏิบัติสำหรับสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ ซึ่งแตกต่างกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่ยังไม่มีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง กรณีดังกล่าวนี้จะส่งผลให้มีการใช้กฎหมายบังคับที่แตกต่างกันซึ่งผู้ศึกษาจะทำการศึกษาในบทต่อไป