

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายของการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาสัมปทาน

การศึกษาเปรียบเทียบว่าการนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด และสมควรที่จะมีขอบเขตอย่างไร โดยศึกษาแนวคิดระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและออกคำวินิจฉัยภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเอกชน การจัดองค์กรและการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการที่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่เอกชนใช้บังคับในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นแม่แบบแห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการนั้น ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสาธารณรัฐเยอรมัน ส่วนในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ประเทศที่เป็นต้นแบบ คือ สหราชอาณาจักรอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

โดยในบทนี้จะศึกษาระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐเยอรมัน สหราชอาณาจักรอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ว่ามีแนวความคิดและหลักเกณฑ์ใดในการนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางเปรียบเทียบประกอบการพิจารณาว่าควรนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองของไทยหรือไม่และมีขอบเขตเพียงใดในการจำกัดหรือการให้มีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้

การนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ

การนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law)

การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาทางปกครองของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีแนวความคิดที่หลากหลายกันออกไป เช่น ในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยหลักแล้วจะห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดย

อนุญาโตตุลาการ ส่วนสาธารณรัฐเยอรมัน ไม่ได้ปฏิเสธการมีอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง ดังนั้นการเปรียบเทียบระหว่างหลักเกณฑ์การใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงมีความหลากหลายกันในหลักเกณฑ์การปฏิบัติโดยขอเสนอการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาทางปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสาธารณรัฐเยอรมันตามลำดับ

1. การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1006 ซึ่งใช้บังคับเรื่อยมาจนถึง ค.ศ.1925 กฎหมายฉบับนี้ยอมรับแต่เฉพาะสัญญาอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในอนาคตนั้น กำหนดว่าต้องเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างพ่อค้าและเป็นเรื่องทางพาณิชย์เท่านั้น โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1925 ต่อมาในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1980 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ทำการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่โดย Décret No.80354 ยกเลิกมาตรา 1005-1028 เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับจากนักกฎหมายมากขึ้น ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งวิธีการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ 3 องค์ประกอบดังนี้ องค์ประกอบแรกคือ องค์ประกอบด้านรูปแบบ กล่าวคือ คำชี้ขาดนั้นต้องมีประสิทธิภาพคู่ความต้องยอมรับปฏิบัติตามผลแห่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ องค์ประกอบที่สองคือ องค์ประกอบด้านเนื้อหา วิธีการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการได้เพราะมีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งข้อพิพาทนั้นอาจเป็นข้อพิพาททางด้านข้อเท็จจริงหรือข้อพิพาททางด้านกฎหมายหรือเป็นทั้งข้อพิพาททางด้านข้อเท็จจริงและข้อพิพาททางด้านกฎหมายก็ได้ องค์ประกอบที่สามคือ วิธีการระงับข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามที่คู่กรณีแต่งตั้งเองเรียกว่าอนุญาโตตุลาการหรืออาจเป็นคณะอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทก็ได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ตั้งแต่มาตรา 1033 เป็นต้นไป สรุปความหมายของวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ว่า “เป็นวิธีการที่คู่กรณีที่พิพาทต้องการระงับข้อพิพาทนั้นโดยมอบให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดและยอมรับในคำชี้ขาดดังกล่าวอย่างจริงจัง” โดยมีองค์ประกอบ 3 ประการดังนี้ คือ

หลักกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาททางปกครองไว้ ดังนี้

1.1 หลักว่าด้วยการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ (Les principes de l'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage)

หลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (บุปผา อัครพิมาน, 2548, หน้า 3-6) มีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป (Principes généraux du droit public) ที่ศาลสร้างขึ้นและได้รับการบัญญัติรับรองไว้ด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ มาตรา 1004 ประกอบกับมาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับปี ค.ศ.1806 ที่มีข้อกำหนดมิให้มีการประนีประนอมยอมความในคดีพิพาทที่ต้องเสนอไปยังพนักงานอัยการ ห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งวิธีการไกล่เกลี่ยด้วย ก็เนื่องมาจากภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปรัฐไม่อาจจะยินยอมอยู่ภายใต้การชี้ขาดของบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิใช่ศาลที่จัดตั้งขึ้น โดยรัฐได้ ด้วยเหตุที่ว่าผลของการอนุญาโตตุลาการมักจะไม่แน่นอน ไม่มีแนวทางหรือการสร้างหลักในการวินิจฉัยคดีเหมือนกับศาล ส่งผลให้ข้อเท็จจริงเดียวกันอาจจะมีผลได้หลากหลายและไม่นำหลักความยินยอมมาใช้กับคดีปกครอง เพราะคดีปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องถึงหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Principe d'ordre public) นอกจากนี้ ในหลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยยังต้องห้ามมิให้รัฐถูกตัดสินโดยองค์กรอื่น นอกจากองค์กรนั้นจะเป็นองค์กรศาลที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น ซึ่งจากบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวนี้เองที่ส่งผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจเจรจาทกลงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ในทุกกรณีหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หลักนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมนั่นเอง และหลักดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันอีกครั้งด้วยการที่รัฐบัญญัติลงวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ.1972 ซึ่งแก้ไขมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติไว้ว่า

“ห้ามมิให้ทำการตกลงยินยอมกันในปัญหาที่เกี่ยวกับสถานะ (L'etat) ความสามารถ (Capacité) ของบุคคลเกี่ยวกับการหย่าร้างและการแยกกันอยู่ หรือเกี่ยวกับการโต้แย้งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของฝ่ายปกครองและวิสาหกิจมหาชน (Entreprises Publiques) รวมทั้งทุก ๆ เรื่องที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย (Ordre Public)”

แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.1975 บัญญัติว่า องค์กรมหาชนที่ทำกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Etablissements publics

'a caractère industriel et commerciale) อาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความได้ แต่ต้องออกเป็นพระราชกฤษฎีกา (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2546, หน้า 408)

สภาแห่งรัฐในฐานะที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้เคยให้ความเห็นไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการห้ามมิให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในคดีทางปกครองว่า “หลักเรื่องการห้ามมิให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทในคดีปกครองโดยอนุญาตตุลาการนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 2060 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง(ความเห็นของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในการตรวจร่างสัญญา “Eurodisney” นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ไม่อาจจะเลยหรือหลีกเลี่ยงหลักดังกล่าวด้วยการนำคดีพิพาทของตนไปให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้ เพราะหลักเรื่องนี้เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาล ซึ่งเป็นหลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเว้นแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติยกเว้นหลักนี้ไว้อย่างชัดเจนหรือมีบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐได้ให้สัตยาบันแล้ว ยกเว้นไว้” (C.E.ความเห็นลงวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ.1986, Rapporteur D.Labetoulle, 1992, p. 397)

หลักการห้ามมิให้นำคดีทางปกครองให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดตามหลักกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสนี้วางอยู่บนเหตุผลทางกฎหมาย 4 ประการ (A.Patrikios, 1997, p.31-36) ดังนี้

(1) หลักว่าด้วยการแบ่งเขตอำนาจศาล (Le principe de la répartition des compétences juridictionnelles) หลักการห้ามมิให้ฝ่ายปกครองนำคดีพิพาททางปกครองของตนไปให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนี้ขัดกับหลักหรือแนวคิดพื้นฐานของการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลออกเป็นส่วนยุติธรรมและศาลปกครอง แนวคิดนี้วางอยู่บนพื้นฐานที่ว่า องค์กรผู้มอำนาจตัดสินคดีพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ต้องเป็นองค์กรที่เป็นผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น ซึ่งก็คือศาลปกครองนั่นเอง โดยองค์กรตุลาการทางปกครองสามารถที่จะควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองได้ดีกว่าอนุญาตตุลาการหรือแม้แต่องค์กรตุลาการของศาลยุติธรรม (F.Collavet, 1906, p. 474)

ระบบอนุญาตตุลาการชี้ขาดนี้ขัดกับหลักหรือแนวคิดพื้นฐานของการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล สืบเนื่องมาจากแนวคิดเรื่องการที่องค์กรอนุญาตตุลาการมีสถานะทางกฎหมายที่ทำหน้าที่เป็นศาล และการยอมรับการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาตตุลาการเป็นการขยายเขตอำนาจของศาลยุติธรรมเข้ามาในคดีปกครอง เพราะโดยปกติระบบอนุญาตตุลาการจะสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศาลยุติธรรม อันเนื่องมาจากอำนาจของศาลยุติธรรมในการตัดสินตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ เมื่อเป็นปัญหาเรื่องการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล คู่กรณีในคดีปกครองจึงไม่อาจจะ

ทำข้อตกลงหรือข้อสัญญาเกินหลักดังกล่าวได้ เว้นแต่มีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่ากรณีดังกล่าวให้นำกระบวนการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ได้

(2) ข้อความคิดว่าด้วยหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (La motion d'ordre public) ข้อห้ามการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย โดยหลักแล้วหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนี้จะจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาสร้างขึ้นเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนซึ่งจะอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนและการที่ประโยชน์ของมหาชนไม่อาจนำมาประนีประนอมกับประโยชน์ของเอกชน จึงไม่อาจนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง เรื่องใดที่มีลักษณะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะต้องกระทำโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น ดังนั้นการห้ามเสนอข้อพิพาทในคดีปกครองต่ออนุญาโตตุลาการจึงเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งในมาตรา 2061 ประมวลกฎหมายแพ่งบัญญัติไว้ว่า หากสัญญาทางปกครองใดที่กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นโมฆะ

(3) ทฤษฎีว่าด้วยการไร้ความสามารถของฝ่ายปกครองในการเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ (La théorie de l'incapacité de l'administration à recourir à l'arbitrage) ฝ่ายปกครองเป็นเสมือนผู้ไร้ความสามารถในการเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ เพราะในฐานะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิทักษ์ดูแลผลประโยชน์มหาชนสมควรได้รับการประกันทางศาล ดังนั้นเพื่อให้ได้รับการประกันทางศาล ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเสนอคดีของตนต่อองค์กรอื่นนอกจากองค์กรทางศาลแห่งรัฐ

(4) ทฤษฎีว่าด้วยการห้ามอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Non-Arbitrability Doctrine) ทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานสำคัญในการป้องกันและรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ (Public Interest) ให้อยู่ในชั้นสูงสุด ที่ไม่อาจมอบให้คณะบุคคลเอกชนใดตัดสินได้นอกเหนือไปจาก “อำนาจศาล” (Judicial System) ของรัฐคู่สัญญา

1.2 ข้อยกเว้นหลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

ข้อยกเว้นการนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการพิจารณาคดีทางปกครองมีเหตุผลเพื่อบรรเทาภาระงานของศาลปกครองและเพื่อทำให้การจัดการทางปกครองมีความใกล้เคียงกับการจัดการทางพาณิชย์ ข้อยกเว้นของการนำอนุญาโตตุลาการใช้ในระบอบกฎหมายมหาชนมีที่มาที่สำคัญจากกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ

1.2.1 ข้อยกเว้นอันมีที่มาจากกฎหมายภายในประเทศ

(1) กรณีองค์กรมหาชนที่มีลักษณะอุตสาหกรรมและการค้า

ตามมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมาใช้ในกรณีที่เป็นข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานปกครองและมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชน องค์กรมหาชนหรือในทศคดีซึ่งเนื้อหาของคดีเกี่ยวพันกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ต่อมารัฐบัญญัติลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 ได้เพิ่มเติมวรรค 2 ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตราดังกล่าวไว้ว่า “อย่างไรก็ดี องค์กรมหาชนซึ่งมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้า (Etablissements publics industriels et commerciaux) อาจได้รับการยกเว้นโดยรัฐกฤษฎีกาให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทของตนได้” ซึ่งหมายความว่า ข้อยกเว้นหลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองนี้จำกัดเฉพาะกรณีองค์กรมหาชนซึ่งมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้าตามรัฐกฤษฎีกาที่ออกตามความในมาตรา 2060 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเท่านั้น ในปัจจุบันมีรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 8 มกราคม ค.ศ.2002 เพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่บัญญัติให้ Charbonnages de France, les Houillères de bassin, Electricite de France: EDF และองค์กรก๊าซ: DGF เป็นองค์กรมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้าที่สามารถระงับข้อพิพาทที่ตนเป็นคู่กรณีโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้

(2) ข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

ตามมาตรา 247 และ 361 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ.1906 กำหนดว่า รัฐ จังหวัด และเทศบาล อาจใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบัญญัติไว้ตามหมวด 3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคำนวณค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างงาน โยธาต่าง ๆ และการจัดซื้อพัสดุขบทบบัญญัติสองมาตรานี้เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของคู่สัญญาเอกชนในการจัดงานแสดงสินค้านานาชาติ (l'Exposition Universelle) ที่กรุงปารีสเมื่อ ค.ศ.1906

ต่อมารัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ.1960 ได้ขยายขอบเขตของหลักการนี้ให้ครอบคลุมถึงในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นสหภาพของเทศบาล (Syndicates de communes) สหภาพผสม (Syndicts mixtes) อำเภอ (Districts urbains) ฝ่ายต่าง ๆ ในเทศบาลและองค์กรมหาชนแห่งจังหวัดและเทศบาล (Secteurs de communes et Etablissements publics départementaux et communs) ส่วนองค์กรมหาชนระดับชาติไม่สามารถใช้ระบบอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุได้ (T.A.Strasbourg 24 Janvier, 1997, p.16)

(3) ข้อยกเว้นโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ

1. ข้อยกเว้นกรณีสัญญานั้นทำขึ้นเพื่อประโยชน์แห่งชาติ

หลังจากเกิดกรณี Eurodisneyland ซึ่งสภาแห่งรัฐ (ในฐานะที่ปรึกษาของรัฐบาล) ได้ให้ความเห็นว่า โครงการดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลภายในเพราะมีการใช้สิทธิและอำนาจปกครองของฝ่ายปกครองในสัญญา นอกจากนี้ข้อกำหนดในอนุสัญญาแห่งกรุงวอชิงตันที่กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทคดีเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและสมาชิกของรัฐที่เป็นภาคีโดย Centre International ไม่มีผลเป็นการแก้ไขกฎหมายภายในเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่มีอยู่จึงไม่สามารถนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทได้

ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาคดีที่ผู้ลงทุนชาวอเมริกันต้องการให้มีการกำหนดให้ใช้ระบบอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทลงในสัญญาลงทุนในโครงการ Eurodisneyland และรัฐบาลฝรั่งเศสเองก็ต้องการให้มีการลงทุนดังกล่าว จึงได้ออกกฎหมายรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 19 สิงหาคม ค.ศ.1986 เพื่อยกเว้นหลักกฎหมายภายในที่ห้ามใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง ในมาตรา 9 กำหนดไว้ว่า “เพื่อเป็นการยกเว้นบทบัญญัติตามมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสัญญาที่รัฐหรือองค์กรของรัฐทำกับบริษัทต่างชาติเพื่อดำเนินการที่เป็นประโยชน์ของชาติ รัฐ นิติบุคคลมหาชน และองค์กรมหาชน อาจกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด และให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตีความสัญญาในกรณีมีปัญหาการตีความได้”

2. ข้อยกเว้นกรณีของการรถไฟแห่งประเทศไทย

การรถไฟฝรั่งเศส มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลมหาชน ซึ่งโดยหลักต้องห้ามมิให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่รัฐบัญญัติลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ.1982 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 25 กำหนดให้การรถไฟแห่งประเทศไทย (S.N.C.F.) อาจใช้วิธีการประนีประนอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยวิธีการตกลงกับคู่กรณีให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้

ดังนั้น การรถไฟของฝรั่งเศสจึงอาจระงับข้อพิพาทของตนโดยการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติการรถไฟของฝรั่งเศสใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการน้อย เพราะผู้บริหารของการรถไฟของฝรั่งเศสไม่นิยมให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทของตนโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเป็นการแสดงความไม่เชื่อถือองค์กรศาลของรัฐและการรถไฟเองก็พอใจกับระบบและกระบวนการดำเนินงานของศาล ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทางศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ตาม นอกจากนี้ สำหรับการรถไฟของฝรั่งเศสการเสนอคดีต่อองค์กรศาลของรัฐนั้นสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการเสนอคดีให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด

3. ข้อยกเว้นกรณีของการไปรษณีย์และองค์การโทรศัพท์

ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.1990 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จัดตั้งการไปรษณีย์และองค์การโทรศัพท์ให้เป็นนิติบุคคลมหาชน ตามมาตรา 28 กำหนดให้ทั้งสององค์กรสามารถประนีประนอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยวิธีการเสนอให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้

อย่างไรก็ดี การกำหนดไว้ให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในกรณีองค์การโทรศัพท์และการไปรษณีย์อาจจะไม่มีความจำเป็น เพราะตามมาตรา 25 ของรัฐบัญญัติจัดตั้ง ได้กำหนดให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของทั้งสององค์กรนี้กับผู้ใช้ คู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้าง และบุคคลภายนอกให้เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง และข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เว้นแต่ข้อพิพาทซึ่งโดยเนื้อหาเป็นเรื่องที่ต้องขึ้นศาลปกครอง ดังนั้น ถึงแม้จะไม่มี การอนุญาตให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท คู่กรณีสามารถใช้วิธีการดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะตีความจำกัดการใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชน ดังนั้นโดยระบบกฎหมายของฝรั่งเศสเอง เมื่อผู้ร่างกฎหมายต้องการให้เรื่องใดสามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ จึงมักจะกำหนดไว้ให้ชัดเจนโดยกฎหมาย

4. ข้อยกเว้นกรณีอื่น ๆ

เช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1919 เกี่ยวกับพลังงาน มาตรา 431-2 แห่งประมวลกฎหมายประกันภัย กำหนดให้มีอนุญาตตุลาการได้เป็นกรณีพิเศษ และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ.1982 อนุญาตให้มีการใช้ระบบอนุญาตตุลาการในสัญญาจ้างวิจัยที่ทำกับองค์กรต่างประเทศได้

1.2.2 ข้อยกเว้นอันมีที่มาจากกฎหมายระหว่างประเทศ

(1) ข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ฝรั่งเศสเข้าเป็นภาคี มีสถานะทางกฎหมายในระบบกฎหมายภายในต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศส คือ ค.ศ.1958 กำหนดไว้ในมาตรา 55 ว่า “อนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้มีการให้สัตยาบันโดยถูกต้อง จะมีสถานะเหนือกฎหมายระดับรัฐบัญญัติภายในตั้งแต่มีการประกาศโฆษณา ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าอีกฝ่ายต้องปฏิบัติตามข้อตกลงหรืออนุสัญญาดังกล่าวด้วย”

ผลของการกำหนดมาตราดังกล่าวทำให้ อนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ ประเทศฝรั่งเศสได้ลงนามและให้สัตยาบันแล้ว มีผลเป็นกฎหมายภายใน โดยมีสถานะทางกฎหมาย ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่ากฎหมายระดับรัฐบัญญัติ

ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2060 กำหนดห้ามองค์กรฝ่ายปกครอง ระวังข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น ถือว่าเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ สำหรับ ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อยกเว้น ได้มีข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการให้ระวังข้อพิพาทโดยวิธีการ อนุญาโตตุลาการได้ในสัญญาที่รัฐฝรั่งเศสทำกับเอกชนต่างประเทศโดยสนธิสัญญา เมื่อมี สนธิสัญญาที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีกำหนดให้คู่กรณีใช้วิธีการระงับข้อพิพาท โดยวิธี อนุญาโตตุลาการ เช่น

1. อนุสัญญาแห่งกรุงนิวยอร์ก (Convention de New York) ลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1958 ซึ่งตามสนธิสัญญานี้ คู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทเฉพาะในคดีที่เกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ทางการค้าตามกฎหมายภายในเท่านั้น ดังนั้น ในคดีพิพาททางปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้ สนธิสัญญานี้

2. อนุสัญญาแห่งกรุงเจนีวา (Convention de Genève) ลงวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 1961 กำหนดไว้ในมาตรา 1 และ 2 กำหนดว่า นิติบุคคลมหาชนสามารถจะทำข้อตกลงให้มีการ ระงับข้อพิพาทของตนโดยอนุญาโตตุลาการได้ เมื่อกรณีเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคล ธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศสมาชิก และเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจาก การปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ

อนุสัญญานี้มีข้อจำกัด 2 ประการ ในการขยายบทบาทของอนุญาโตตุลาการ คือ ประเทศที่ลงนามในสนธิสัญญานี้มีเป็นจำนวนน้อย และศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะอ้างว่า สัญญาทางปกครองไม่อยู่ในขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญานี้ ซึ่งจะจำกัดอยู่แค่ข้อพิพาทที่ เกิดจากการปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น

3. อนุสัญญาแห่งกรุงวอชิงตัน (Convention de Washington) ลงวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ.1965 อนุสัญญานี้ กำหนดว่า ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาที่เกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐสมาชิกกับประชาชนในบังคับของรัฐสมาชิก ให้คู่กรณีเสนอคดีพิพาทต่อ องค์กรที่อนุสัญญานี้ตั้งขึ้น คือ Centre International

อนุสัญญานี้มีปัญหาการตีความว่า สัญญาเกี่ยวกับการลงทุนมีความหมาย กว้างหรือแคบประการใดบ้าง ซึ่งความไม่ชัดเจนนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะตีความค่อนข้างแคบ

และในการเสนอคดีพิพาทของคู่กรณีต่อ Centre International เป็นเพียงทางเลือกหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น คู่กรณีอาจนำคดีขึ้นสู่ศาลภายในแทนการเสนอคดีพิพาท Centre International ก็ได้

เนื่องจากการตีความค่อนข้างแคบขององค์กรศาล ทำให้ในบางกรณีที่รัฐต้องการให้มีการลงทุนจากต่างประเทศจริง ๆ รัฐจำเป็นต้องออกเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ดังเช่นของ โครงการยูโรดิสนีย์แลนด์ เพื่อยกเว้นให้สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้

4. อนุสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการก่อสร้างอุโมงค์ใต้ทะเลเหนือ (Tunnel sous la Manche) เพื่อเชื่อมประเทศของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหราชอาณาจักรที่ช่องแคบ (La Manche) ในอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลอนุญาโตตุลาการ (Tribunal Arbitral) เพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐบาลและผู้รับสัมปทาน

ในด้านความสัมพันธ์ในทางการค้าระหว่างประเทศข้อห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศโดยไม่ต้องนำหลักกฎหมายของต่างประเทศมาอ้างอิง โดยศาลสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางแนวให้รัฐและองค์การมหาชนสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศที่ทำตามกฎหมายเอกชนแทนการฟ้องศาล โดยมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐฝรั่งเศส (อนันต์ จันทรโอภากร, 2540, หน้า 90-94)

สรุปแล้วในระบบกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยหลักแล้วห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเพราะ โดยเนื้อหาของสัญญาทางปกครองแล้วย่อมเกี่ยวกับบริการสาธารณะที่มุ่งประโยชน์เพื่อมหาชน

2. การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ.1960 (Verwaltungsgerichtsordnung เรียกโดยย่อว่า VwGO) ประเด็นเรื่องการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาททางปกครองยังไม่เป็นที่ยุติ จนกระทั่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมีผลใช้บังคับ จึงเป็นที่ยุติว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองสามารถเกิดขึ้นได้ โดยมีบทบัญญัติมาตรา 168 อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ 5 และมาตรา 173 VwGO ได้บัญญัติรองรับเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้

หลักเกณฑ์ในเรื่อง “อนุญาโตตุลาการ (Schiedsgerichtsbarkeit)” มีบัญญัติอยู่ในบรรพ 10 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยมีหลักทั่วไปว่า อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้เฉพาะกับ

กรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งคู่กรณีที่มีข้อพิพาทโดยปกติจะได้แก่ เอกชนด้วยกัน ซึ่งก็จะอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในการแสดงเจตนาตกลงแต่งตั้งหรือมอบหมายให้ออญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแทนองค์กรศาล

2.1 ความหมายของออญาโตตุลาการ

บทบัญญัติเรื่องออญาโตตุลาการ ซึ่งบัญญัติไว้ในบรรพ 10 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (10. Buch der Zivilprozessordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) ตั้งแต่มาตรา 1025-1066 เนื้อหาสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวส่วนใหญ่ นำมาจาก UNCITRAL Model Law ซึ่งให้ความหมายว่า “ออญาโตตุลาการ” หมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง (In bürgerlich rechtlichen Streitigkeiten) แทน “องค์กรศาล” (An Stelle staatlicher Gerichte)” ทั้งนี้โดยการมอบหมายหรือแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าว แต่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติข้อมติของคำว่า “ออญาโตตุลาการ” ไว้อย่างชัดเจน (Wolterreck, 1966, p. 323)

ดังนั้นความหมายทั่วไปของคำว่า “ออญาโตตุลาการ” จึงหมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งได้รับการมอบหมายหรือการแต่งตั้งจากคู่กรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายให้ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวแทนองค์กรศาล

2.2 ประเภทของออญาโตตุลาการ

แบ่งออญาโตตุลาการเป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) ออญาโตตุลาการโดยแท้ หมายถึง ออญาโตตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งของคู่กรณีพิพาท หรือโดยการตกลงของคู่กรณีตามที่กำหนดไว้ใน “ข้อกำหนดหรือข้อบังคับทางกฎหมายเอกชน” ออญาโตตุลาการประเภทนี้เป็นออญาโตตุลาการที่มาจาก “นิติกรรม”

(2) ออญาโตตุลาการโดยกฎหมาย หมายถึง ออญาโตตุลาการที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมาย มาจากการที่พระราชบัญญัติ กฎกระทรวง หรือข้อบังคับ ได้บัญญัติในเรื่องออญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะ

2.3 การออญาโตตุลาการในทางปฏิบัติในคดีพิพาททางปกครอง

ในทางปฏิบัติในส่วนข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง ก่อนที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1960 จะมีผลใช้บังคับ ในทางปฏิบัติปรากฏว่าระบบ “ออญาโตตุลาการ” แทบจะไม่ได้มีการนำมาใช้กับกรณีการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมาย

ปกครองเลย ทั้งนี้จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับเรื่อง อนุญาโตตุลาการไว้ เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองเพียง 2-3 คดีเท่านั้นที่วินิจฉัยคดี เกี่ยวกับเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ และวางหลักกฎหมายที่สำคัญจากคำพิพากษาของศาลปกครอง (Verwaltungsgericht) ไว้ ดังนี้

คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมือง Stuttgart เมื่อวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ.1958 ในคดีระหว่างเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งปฏิบัติหน้าที่ให้กับเมือง Stuttgart ในฐานะผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานสวัสดิการสังคมของสหพันธ์และมลรัฐ (Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder) ในฐานะผู้ถูกฟ้องคดี ในคดีเกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิในเรื่องการประกันสวัสดิการสังคม ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมือง Stuttgart ได้พิจารณาหลักกฎหมายที่สำคัญ สรุปได้ดังนี้

การฟ้องคดีในเรื่องสิทธิผลประโยชน์ที่จะได้รับการประกันสวัสดิการสังคมของ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (ผู้เอาประกัน) ที่มีต่อสำนักงานสวัสดิการสังคมของสหพันธ์และมลรัฐเป็น เรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครอง (Für Klagen der Versicherung gegen die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder aus dem Versicherungsverhältnis ist der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten gegeben) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำฟ้องที่ ขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีจะนำข้อพิพาททางกฎหมายในเรื่องนี้ไปให้ อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนั้นไม่สามารถกระทำได้ (In Anfechtungssachen ist eine Erledigung des Rechtsstreites durch Schiedsgerichte unzulässig)

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 1959 ในคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการเรียกเก็บภาษีที่ดินระหว่างเจ้าของที่ดินและ เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่เรียกเก็บภาษี (Magistrat) ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาวางหลัก กฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในเรื่องของกฎหมายมหาชน สรุปได้ดังนี้

สัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน เช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้จะต้องปรากฏด้วยว่าเรื่องหรือข้อพิพาทดังกล่าวนั้น คู่กรณีที่มีข้อพิพาท สามารถตกลงหรือกำหนดได้โดยวิธีประนีประนอม และเนื้อหาของสาระของสัญญาว่าด้วย อนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่ “เรื่องการกระทำของรัฐ (Hoheitsakte)” และไม่มีบทบัญญัติของ กฎหมายใดโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของมลรัฐบัญญัติห้ามมิให้มีการตกลงทำสัญญาว่าด้วย อนุญาโตตุลาการไว้ “(Schiedsverträge können auch in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geschlossen werden, wenn die Angelegenheit durch Vergleich zwischen den Parteien geregelt werden kann, wenn nicht Hoheitsakte den Gegenstand des Schiedsuertrages bilden und wenn

nicht besondere Vorschriften, in sbesondere des Landesrechtes, den Abschluss des Schiedsvertrages ausschließen)

ภายหลังที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ลงวันที่ 21 มกราคม 1960 มีผลใช้บังคับ แม้ว่ามาตรา 168 อนุมาตรา 1 เลขที่ 5 และมาตรา 173 VwGO จะได้บัญญัติเรื่อง “อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายมหาชน” และบัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) มาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคู่กรณีที่มีข้อพิพาทในคดีปกครองสามารถจะตกลงระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้โดยอนุญาโตตุลาการได้ก็ตาม ในทางปฏิบัติการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองก็ยังมีไม่มากนัก และประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้บัญญัติรายละเอียดของหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทในคดีปกครองไว้ชัดเจน จึงต้องพิจารณาตามข้อสำคัญ ดังนี้

1) หลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองได้บัญญัติรับรองให้คู่กรณีพิพาทที่มีข้อพิพาททางปกครองจะสามารถนำข้อพิพาทนั้นไปให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นได้ก็ตาม แต่การที่อนุญาโตตุลาการไม่ได้มีลักษณะและองค์ประกอบเช่นเดียวกับศาล อีกทั้งอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการก็มาจากการตกลงกันระหว่างคู่กรณีพิพาท ดังนั้น การกำหนดข้อตกลงให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดยตัดอำนาจ “ศาล” มิให้พิจารณาตัดสินข้อพิพาททางปกครองโดยสิ้นเชิงไม่อาจทำได้ เนื่องจากขัดกับ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน” หรือ “หลักการรับประกันการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล” ตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งมีเจตนาเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองทำให้ขาดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

การตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นเพียงกระบวนการหรือขั้นตอนหนึ่งในการระงับข้อพิพาท ข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทเป็นเพียง ข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาความ ที่คู่กรณีพิพาทสามารถยกขึ้นมาเพื่อคัดค้านเพื่อให้คู่กรณีพิพาทปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลที่จะทำสิทธิของคู่กรณีในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม หากมีกรณีที่การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการเกิดจาก “บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ” หรือ “อนุญาโตตุลาการโดย

กฎหมาย” จะมีผลทำให้สิทธิในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองไปฟ้องศาลปกครองเป็นอันระงับ ทั้งนี้ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมายมีลักษณะเสมือน “ศาลปกครอง”

2) หลักเกณฑ์ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองมีลักษณะเป็นเรื่องการกำหนดสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งทางกฎหมาย ก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือเรียกโดยย่อว่า VwVfG) ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1976 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องความหมาย ประเภท การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองไว้ ในมาตรา 54 ถึง มาตรา 62 ตามมาตรา 54 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 (VwVfG) ได้วางหลักไว้ว่า ให้มีสัญญาทางปกครองได้ครบเท่าที่ ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดห้ามไว้ ซึ่งเท่ากับว่ามาตรา 54 เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองไว้เป็นการทั่วไป แต่สำหรับสัญญาบางประเภทที่มีความสำคัญก็อาจจะถูกจำกัดโดยหลักเกณฑ์พิเศษหรือโดยเหตุผลพิเศษแห่งความเป็นโมฆะของสัญญาเป็นการเฉพาะก็ได้

ในการพิจารณาเรื่องการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองเยอรมันนั้น ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดตามสัญญานั้นทั้งหมด ไม่ใช่พิจารณาจากข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง หากจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดของกฎหมายของสัญญาทางปกครองตามหลัก “ทฤษฎีกฎหมายต้องมาก่อน (Prinzip des Gesetzesvorrangs)” ก็จะเห็นว่าขอบเขตเนื้อหาของสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาจะตกลงกันได้มีขอบเขตค่อนข้างกว้าง ในการพิจารณาคงจะต้องดูว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยลำพังแล้วจะสามารถนำมากำหนดเป็น “เนื้อหาหรือวัตถุแห่งสัญญาทางปกครอง (Regelungsgegenstand)” หรือเป็น “ส่วนประกอบหรือภาคผนวกของสัญญา (Vertraglicher Annex)” ได้หรือไม่เพียงใด

ในสัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag) ซึ่งเป็นสัญญา (ทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชน) ตกลงที่จะยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นเป็นไปตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อสัญญาทางปกครองเยอรมัน แต่สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองไม่อาจนำข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมากำหนดหรือจัดให้อยู่ในรูปแบบของ “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามนัยแห่งมาตรา 56 VwVfG เนื่องจาก ประการแรกเนื้อหาของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไม่สอดคล้องกับลักษณะองค์ประกอบของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งฝ่าย

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชนไม่มีความผูกพันที่จะต้องกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการตอบแทนซึ่งกันและกันดังเช่นในสัญญาต่างตอบแทนตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ข้อตกลงของคู่สัญญาที่ว่า “หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่สัญญาตกลงจะยังไม่นำไปฟ้องร้องยังศาลปกครอง หากแต่จะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดนั้น” ข้อตกลงดังกล่าวไม่มีลักษณะของ “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 56 VwVfG แต่อย่างใด (LOOS, s. 63) ประการที่สอง สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ตามมาตรา 56 VwVfG เป็นสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน แต่ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” หรือ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการได้แก่คู่กรณีที่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกันนั้น (Als gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüber stehen) (LOOS, Die Schiedsgerichtsbarkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 61-61, 154-456)

แต่ Loos เห็นว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสามารถนำมากำหนดไว้เป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองได้ แม้ว่าคู่สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน แต่คู่สัญญาดังกล่าวอาจจะตกลงไว้ล่วงหน้าให้มีอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อพิพาทตามสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตตกอยู่ในกระบวนการวิธีพิจารณาโดยเฉพาะ (Bestimmtes Verfahren) กล่าวคือ โดยการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้เป็นเพียง “ส่วนประกอบหนึ่งหรือภาคผนวกของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Als annexe Regelung eines Austauschvertrages)” เท่านั้น ทางด้านของสัญญาทางปกครอง ในส่วนเนื้อหาของสาระของสัญญา ตามนัยมาตรา 54 VwVfG ซึ่งมีขอบเขตค่อนข้างกว้างดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในการพิจารณาว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดอยู่ในรูปของ “สัญญาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 54 VwVfG ได้หรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาความหมายของบทบัญญัติ มาตรา 54 VwVfG เสียก่อน ซึ่งตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว “สัญญาทางปกครอง” ได้แก่ สัญญาที่เป็นการกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่อยู่ในฐานะเหนือกว่าและผู้อยู่ในฐานะต่ำกว่าซึ่งถูกกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงไปโดยข้อกำหนดของสัญญา

เมื่อพิจารณาข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองมีลักษณะเป็นเรื่องของการกำหนดสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งทางกฎหมายก่อนนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครอง ข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวจึงมีเนื้อหาสาระที่มีความสัมพันธ์หรือมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตาม

กฎหมายมหาชนตามความหมายของมาตรา 54 ดังนั้น ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจึงมีเนื้อหาอยู่ในความหมายของสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 54 VwVfG

ผู้พิพากษาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เห็นว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองซึ่งคู่สัญญาตกลงให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดก่อนนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองนั้นจึงสามารถกระทำได้ แต่คู่สัญญาจะตกลงห้ามมิให้ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการตกลงดังกล่าวเป็นการขัดกับบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz หรือเรียกโดยย่อว่า GG)

แม้ว่าเนื้อหาของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจะอยู่ในความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 54 VwVfG ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บัญญัติห้ามเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” ไว้โดยชัดแจ้ง การพิจารณาในเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากระบบโครงสร้างของกฎหมายโดยวิธีการตีความหรือพิจารณาจากหลักกฎหมายปกครองโดยทั่วไป ตลอดจนพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และเมื่อได้พิจารณาเนื้อหาสาระทั้งหมดของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) แล้ว จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้ห้ามเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” ไว้ มาตรา 168 อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ 5 และมาตรา 187 อนุมาตราหนึ่ง VwGO ได้บัญญัติถึงเรื่องอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองไว้แต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการเกิดขึ้นของอนุญาโตตุลาการ โดยวิธีการตกลงของกลุ่มไว้โดยตรง

ความเห็นในด้านวิชาการ และคำพิพากษาของศาล (BverwG, DVBl.1959, s 712, BverwG NJW 1959 s 1985-1986, BverwG NVW2, 1993, s 584-585) เห็นว่าคู่กรณีที่สามารถตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทได้โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 173 ประโยคที่หนึ่ง VwGO ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 1025 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung เรียกกันโดยย่อว่า ZPO) จำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ทางกฎหมายตามกฎหมายมหาชนในลักษณะที่คู่กรณีหรือคู่สัญญานั้นอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันเท่านั้น เนื่องจากเนื้อหาหรือสาระสำคัญ (Wesen) ของเรื่องกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ความ

เท่าเทียมของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท นอกจากนี้ ในการที่คู่กรณีจะตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้นั้น คู่กรณีจะตกลงได้เฉพาะ “ข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นมาจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครองประเภทที่คู่กรณีอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน อันเป็นเหตุให้สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้” เท่านั้น ไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง (Haueisen, Fritz, 1962, p. 2130) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดีเกี่ยวกับคำฟ้องให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคดีเกี่ยวกับคำฟ้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) นั้น คู่กรณีจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้

ในส่วนของอำนาจของศาลปกครองในการหยิบยกประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ขึ้นมาพิจารณาได้เองหรือไม่ นั้น ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในทางวิชาการ ความเห็นแรก ได้แก่ ความเห็นของ Professor Ferdinand O. Kopp และ Professor Dieter Lorenz ซึ่งเห็นว่าการเนื่องจากเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” เป็นเรื่องเดียวกับ “ข้อโต้แย้งหรือข้อต่อสู้ในกระบวนการวิธีพิจารณา” ซึ่งจะมีการพิจารณาได้ต่อเมื่อมีการหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างจากคู่กรณีในข้อพิพาทนั่นเอง ดังนั้นศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจหยิบยกประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ขึ้นมาพิจารณาได้เอง ส่วนความเห็นที่สอง ได้แก่ ความเห็นของ Professor Hans-Joachim von Oretzen, Dr. Hanswerner Müller และ Dr. Christa M. Loos ซึ่งเห็นว่าการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลปกครองจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยยึด “หลักวิธีพิจารณาแบบไต่สวน (Untersuchungsgrundsatz)” ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบและค้นหาถึงสิ่งที่เป็นข้อพิพาทในทางปกครอง ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ ศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาและตรวจสอบได้เองว่า ในคดีพิพาททางปกครอง คู่กรณีได้มีการตกลงกันในเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่อย่างไร

แนวคำพิพากษาของศาลปกครองแต่เดิมมีความเห็นไปในทางเดียวกับความเห็นแรก แต่ต่อมาก็ได้มีการเปลี่ยนแนวโดยยึดถือตามความเห็นของฝ่ายที่สอง ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินช่วยเหลือสวัสดิการทางสังคม ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาดอนหนึ่งว่า “... ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นการตัดอำนาจคู่กรณีในการนำคดีไปฟ้องต่อศาลซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาตรวจสอบจากกระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เกี่ยวข้อง... ตราบเท่าที่คู่กรณีมีสิทธิในการตกลงประนีประนอม

หรือระงับข้อพิพาทในเรื่องที่ได้แย้งกันนั้นได้ โดยผลของบทบัญญัติมาตรา 173 VwGO 1 ประกอบกับมาตรา 1027a ZPO คู่กรณีในข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่มีสิทธิกล่าวอ้างเรื่องข้อตกลงดังกล่าวเพื่อปฏิเสธคำฟ้องต่อศาลปกครอง ศาลปกครองไม่มีอำนาจหยิบยกเรื่องดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาเองได้”

ในกรณีนี้ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ตุลาการศาลปกครองได้ให้ความเห็นว่า ต้องพิจารณาที่มาของ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ในคดีพิพาทเป็นสำคัญ กล่าวคือ ในกรณีที่ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นมาจากการที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ แม้ว่าคู่กรณีที่มีข้อพิพาทจะไม่หยิบยกขึ้นต่อสู้ ศาลปกครองสมควรมีอำนาจในการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเองได้ เนื่องจากจะทำให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้ถึงอำนาจหน้าที่และขอบเขตความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นมาโดยอาศัยพื้นฐานทางกฎหมายนั้นได้ นอกจากนี้ ยังเป็นการทำให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้ด้วยว่า การเกิดขึ้นของ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายเฉพาะดังกล่าวบัญญัติไว้หรือไม่ แต่สำหรับกรณีที่ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองเกิดขึ้นมาจากการตกลงโดยอิสระของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท (ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าคู่กรณีอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน (Gleichordnung der Parteien) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น) นั้น ศาลปกครองสมควรปล่อยให้เป็นการะหน้าที่ของคู่กรณีที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนเองทำนองเดียวกับคดีพิพาทในคดีแพ่งโดยทั่วไป

โดยสรุปแล้วในส่วนของสาธารณรัฐเยอรมันนั้น มิได้ปฏิเสธการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองดังเช่นของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพียงแต่การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้นั้นต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดตามสัญญาทั้งหมดมิใช่ข้อใดข้อหนึ่ง

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law)

3. การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรอังกฤษ

ในประเทศที่มีการปกครองในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) อย่างเช่นสหราชอาณาจักรอังกฤษ ได้มีแนวคิดในเรื่องมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดมาตั้งแต่ในช่วงศตวรรษที่ 11 และในปัจจุบันสหราชอาณาจักรอังกฤษจะได้ตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังให้อำนาจศาลที่จะเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ ส่วนในเรื่องสัญญาทางปกครองนั้นสหราชอาณาจักรอังกฤษไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสาธารณรัฐเยอรมัน เมื่อมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่ก็จะใช้วิธีการเจรจายุติข้อพิพาท

หรือไม่ก็จะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยกรณีที่นำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นต้องพิจารณาจากการเข้าร่วมเป็นสมาชิก โดยภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามที่ได้เข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญาต่าง ๆ เหล่านั้นด้วย นอกจากนี้สหราชอาณาจักรอังกฤษยังยอมรับข้อสัญญาที่ให้พิจารณาตามความยุติธรรม ซึ่งหลักความยุติธรรมก็คือ ระบบของกฎเกณฑ์และการเยียวยา หลักเกณฑ์นี้ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและไม่ว่าทางใดก็ไม่อาจที่จะลบล้างหลักความยุติธรรมนั้นออกไปจากการที่จะเข้ามาเกี่ยวพันกับการอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้นประเทศอังกฤษจึงยังคงไม่อาจไปไกลกว่าจุดเริ่มต้นเท่าใดนัก

4. การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้น้อยมาก ซึ่งทั้ง Uniform Arbitration Act และ United States Arbitration Act ต่างก็ไม่ได้บัญญัติเอาไว้เลยว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้กฎหมายหรือไม่จึงตกเป็นหน้าที่ของคู่กรณีจะตกลงกำหนดการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการกันเอง เพราะวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะของสัญญา ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างคู่กรณีเป็นสำคัญ แต่ในกรณีที่ไม่ได้ตกลงกำหนดวิธีพิจารณากันไว้ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการพิจารณาได้ตามความเหมาะสม อำนาจของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกามีขอบเขตกว้างกว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น ๆ และกว้างกว่าอำนาจของผู้พิพากษาในศาลต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วยซึ่งแตกต่างไปจากประเทศอื่น ๆ แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่าน รวมถึงมีคำพิพากษาของศาลล้วนแต่ชี้ให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการสามารถชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลักแห่งความยุติธรรมได้และในการทำคำชี้ขาดนั้นจะต้องชี้ขาดตามเสียงข้างมาก ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการแต่ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด และในทางปฏิบัติก็ไม่ใคร่นิยมระบุเหตุผลลงในคำชี้ขาดเลยด้วย ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ในคดีระหว่าง Bernhard กับ Polygraphist Company ใน ค.ศ.1956 ว่า อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดแต่ประการใด

ในสหรัฐอเมริกา หลักความยุติธรรมเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย ดังนั้นอนุญาโตตุลาการ จึงต้องชี้ขาดข้อพิพาทอย่างมีความยุติธรรม แม้ว่าปราศจากการให้อำนาจที่ปรากฏชัดแจ้งโดยคู่กรณีฝ่ายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังจำกัดการเข้าไปตรวจสอบโดยฝ่าย

ยุติธรรม (สถาบันศาล) ในคำชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นการปกป้องคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้น หลักเช่นว่านี้เหมือนกับของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมากกว่าสหราชอาณาจักรอังกฤษ

5. การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศไทย

ในอดีตแนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองในประเทศไทยเป็นเพียงหลักกฎหมายในทางทฤษฎีที่ยังไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้กับสัญญาของภาครัฐในประเทศไทย ด้วยเพราะยังไม่มีความหมายใด ๆ มารองรับหรือแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาที่มีลักษณะทางแพ่งที่ชัดเจน ตราบกระทั่งมีข้อกำหนดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ที่กำหนดให้สัญญาภาครัฐในประเทศไทยที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จึงอยู่ในอำนาจชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 5 ที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางแพ่งได้

5.1 สัญญาของฝ่ายปกครองไทยก่อนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ประกาศใช้

กมลชัย รัตนสกววงศ์ (2541, หน้า 14-29) ได้วิเคราะห์การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยไว้ว่า กฎหมายไทยไม่มีหลักสัญญาทางปกครองที่บังคับใช้เป็นการเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาด้วยกันเอง หรือหน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชนภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ดังนั้น สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อ จัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทาน ก็มักจะได้รับการปฏิบัติเสมือนสัญญาภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งสิ้น เมื่อมีคดีความเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น คดีพิพาทดังกล่าวจะถูกนำสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็จะนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับคดีดังกล่าว โดยมีได้แยกแยะว่านิติกรรมใดเป็นสัญญาทางแพ่ง นิติกรรมใดมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางปกครอง

สัญญาของฝ่ายปกครองไทยที่อาจเทียบเคียงได้กับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ แบ่งได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ

(1) สัญญาซื้อขาย จ้างทำของ จ้างแรงงาน เช่า หรือให้เช่าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

ปัจจุบันนี้แนวทางการปฏิบัติของไทยถือว่าสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งก็ตรงกับกฎหมายเยอรมันที่ถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองอาจจะกระทำในรูปแบบของกฎหมายแพ่ง ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญากับเอกชนโดยที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเหนือ แต่อยู่ในฐานะเสมอภาคกับคู่สัญญาที่เป็นเอกชน เป็นการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง อันเป็นกิจการของฝ่ายปกครองในทางแพ่งที่มาเสริมภารกิจในทางมหาชนที่เรียกกันว่า “Verwaltungs privatrecht” ซึ่งไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในกฎหมายของฝรั่งเศส ถ้าสัญญาเช่นนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น การจ้างเอกชนให้ทำอาหารเลี้ยงผู้ลี้ภัยระหว่างรอการส่งตัวกลับประเทศถือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาจ้างครูมาทำการสอนในโรงเรียนถือว่าเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เป็นต้น กฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

หากสัญญาต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนในรูปแบบสัญญาทางแพ่งโดยมิได้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน สัญญาเหล่านั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งเสมอ แต่ในกรณีฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนกระทำการกิจในกฎหมายมหาชนแทนฝ่ายปกครองและลักษณะการปฏิบัติหน้าที่ของเอกชน คู่สัญญานั้นมีอำนาจเหนือต่อเอกชนรายอื่น ๆ แล้ว สัญญาดังกล่าวก็น่าจะอนุโลมเป็นสัญญาทางปกครอง

(2) สัญญาสัมปทาน

ในอดีตรัฐบาลไทยมีการให้เอกชนดำเนินการเกี่ยวกับการสาธารณูปโภคมาตั้งแต่ช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เช่น การขุดคลอง การรถไฟ เพียงแต่มิได้เรียกว่า “สัมปทาน” แต่เรียกว่า “การพระราชทานพระบรมราชานุญาตแก่ผู้รับอนุญาต” โดยมีลักษณะให้ผู้รับอนุญาตมีสิทธิแต่ผู้เดียว และต้องลงทุนด้วยตนเอง โดยมีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากการให้บริการนั้น ๆ และผู้รับอนุญาตจะต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นการตอบแทนที่รัฐให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้รับอนุญาต ซึ่งเป็นลักษณะของการให้สัมปทาน โดยไม่มีกฎหมายควบคุมการให้สัมปทาน ต่อมาใน พ.ศ.2464 ในสมัยรัชกาลที่ 6 ได้มีพระราชบัญญัติจัดวางรถไฟและทางหลวง พระพุทธศักราช 2464 กำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตไว้ โดยห้ามมิให้ผู้ใดสร้างรถไฟราษฎร์ขึ้นในพระราชอาณาจักร เว้นแต่จะมีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ และในการให้อุญาตนั้น รัฐบาลมีอำนาจพระราชทานพระบรมราชานุญาต ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต รัฐบาลมีอำนาจยึดถือปกครองได้ภายหลังวันที่ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี และเมื่อเข้าถือปกครองแล้ว ให้ยึดถือปกครองบรรดาสสิ่งปลูกสร้าง รถ เครื่องจักร พัสตุและวัตถุอย่างอื่นด้วย ส่วนที่ดินให้คิดเงินค่าทำขวัญให้ไม่เกินราคาที่ผู้รับอนุญาตได้ซื้อไว้และยังให้

อำนาจแก่รัฐบาลในการกำกับตรวจตราโดยให้อยู่ในกำกับตรวจตราดูแลของกรมรถไฟแผ่นดินไม่ว่าจะเป็นการเข้าตรวจตราทางรถไฟ ที่ดินรถไฟ สิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักรของผู้รับอนุญาต

ใน พ.ศ.2471 ในสมัยรัชกาลที่ 7 ได้มีพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ซึ่งได้ให้ความหมายของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค คือ การรถไฟ รถราง ขุดคลอง เดินอากาศ ประปาชลประทาน โรงไฟฟ้าและบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีกาอนุญาตไว้ตามยุคตามคราว พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน เว้นแต่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานแล้ว ซึ่งรัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนลงไว้ด้วยก็ได้ และมีพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พุทธศักราช 2473 เอกชนจะสร้างหรือบำรุงรักษาทางหลวงในราชอาณาจักรได้โดยอาศัยอำนาจแห่งสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาล โดยให้ยื่นเรื่องราวขอสัมปทานก่อนสิ้นอายุสัมปทานได้ ถ้าปรากฏว่าผู้รับสัมปทานล้มละลาย หรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทานหรือหากมีข้อความในสัญญาสัมปทานให้อำนาจไว้ รัฐบาลสามารถเข้าครอบครองทางหลวงสายใดก่อนสิ้นอายุได้และเมื่อเข้าครอบครองทางหลวงใดแล้ว รัฐบาลต้องเข้ายึดถือครอบครองสิ่งปลูกสร้างและของใช้ในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางด้วย แต่มีเงื่อนไขในการเข้าครอบครองทางหลวงก่อนสิ้นอายุสัมปทานคือ รัฐบาลจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้ จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับตรวจตราของรัฐบาลอย่างใกล้ชิด

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 การให้สัมปทานแก่เอกชนคงดำเนินการตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักทั่วไปไว้ ต่อมาใน พ.ศ.2482 ได้มีการตรวจตราพระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พุทธศักราช 2482 กำหนดการควบคุมการให้สัมปทานแก่เอกชนเรื่องการชลประทานเพื่อการค้า โดยให้ยื่นขอสัมปทานต่อกระทรวงเกษตรธิการ ไม่ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตดังเช่นสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง กฎหมายนี้ไม่ได้ให้ออกสิทธิแก่ฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานในการเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์มหาชน แต่ให้อำนาจศาลในการสั่งบังคับผู้ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ให้หรือ ถอนทำลาย หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งใดที่ทำไปแล้วได้ อย่างไรก็ตาม กิจการสาธารณูปโภคบางอย่าง เช่น การเดินอากาศ กรมการพาณิชย์ได้อนุญาตแก่ผู้ประกอบการในรูปของ “การอนุญาต” ไม่ได้ให้ในรูปของ “การสัมปทาน” ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศ

ในปัจจุบันนี้ สัญญาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะจึงอาจแยกเป็น 2 ลักษณะ คือ การจัดทำบริการสาธารณะโดยมีกฎหมายกำหนดไว้ และโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง

(1) ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งองค์กรใดโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ.2501 ให้อำนาจการไฟฟ้านครหลวงดำเนินการผลิตพลังงานไฟฟ้า และดำเนินการธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2511 ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอำนาจดำเนินการบริการสาธารณะเกี่ยวกับเรื่องไฟฟ้าอย่างกว้างขวางภายในขอบวัตถุประสงค์ นอกจากนี้มีอำนาจทำเองแล้ว ยังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่เอกชนที่จะสร้างโรงไฟฟ้าเพื่อผลิตและจำหน่ายกระแสไฟฟ้าอีกด้วย (สุรพงษ์ กลั่นประชา, 2539, หน้า110-127) นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 พระราชบัญญัติการประปา นครหลวง พ.ศ.2510 และพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ.2522 เป็นต้น

(2) ในกรณีโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง ผู้ประสงค์จะดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอสัมปทานจากรัฐ ซึ่งหากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในกิจการนั้นเห็นชอบก็จะเข้าทำสัญญากัน โดยผลของสัญญาสัมปทาน โดยมีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินการบริการสาธารณะโดยการให้สัญญาสัมปทานหรือการขออนุญาตและยกเลิก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ประกาศของคณะปฏิวัตินี้ได้แยกความแตกต่างของกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตและต้องได้รับสัมปทานที่ลักษณะของการผูกขาดกิจการ หากไม่มีลักษณะของการผูกขาดก็จะอยู่ในรูปของการอนุญาต ผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็มีสิทธิขออนุญาตได้ เช่น การประกันภัย การคลังสินค้า การธนาคาร การออมสิน เครดิตฟองซิเอร์ การรับรองหรือรับซื้อตั๋วเงิน หากมีลักษณะในเชิงผูกขาดหรือกิจการสาธารณูปโภคก็จะอยู่ในรูปของการสัมปทาน เช่น การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตและการจำหน่ายก๊าซโดยระบบท่อไปยังอาคารต่าง ๆ

ในส่วนของสัญญาทางปกครองไทยได้มีการทำสัญญากับเอกชนมาเป็นเวลานานแล้วดังได้กล่าวไว้ข้างต้น โดยสัญญาส่วนใหญ่จะเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครอง “มอบ” บริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการจัดทำไปให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการมอบในลักษณะของการให้ “สัมปทาน” แต่อย่างไรก็ตาม รูปแบบการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำก็เปลี่ยนไป โดยในบางครั้งฝ่ายปกครองมิได้

มอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน แต่ฝ่ายปกครองจะใช้วิธี “ร่วมลงทุน” กับเอกชน ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ.2535 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 โดยกำหนดแนวทางในการคัดเลือกคู่สัญญาผู้รับสัมปทาน โดยจะบังคับใช้ในโครงการที่มีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ในกรณีที่เป็นการเสนอโครงการใหม่ ให้เสนอโครงการนั้นต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ถ้าสำนักงานฯ ไม่เห็นด้วยกับโครงการนั้น เจ้าของโครงการอาจเสนอโครงการให้คณะรัฐมนตรีตัดสิน ในกรณีที่เป็นโครงการที่มีทรัพย์สินเดิมอยู่แล้ว ให้เสนอโครงการนั้นให้กระทรวงการคลังเป็นผู้พิจารณา ถ้ากระทรวงการคลังไม่เห็นด้วยกับโครงการ เจ้าของโครงการอาจเสนอโครงการให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาตัดสิน ส่วนการจัดหาคู่สัญญานั้น ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานและจำต้องแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ วิธีการคัดเลือกเอกชนให้ใช้วิธีการประมูล ยกเว้นคณะกรรมการเห็นว่าไม่ควรใช้วิธีการประมูลและเจ้าของโครงการเห็นชอบด้วย ก็ให้รายงานสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลัง ถ้าสองหน่วยงานนี้เห็นพ้องด้วยให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติถ้าสองหน่วยงานดังกล่าวเห็นต่างกันก็ให้ใช้วิธีการประมูล

จะเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานมีลักษณะเช่นเดียวกับการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” แต่มีสิทธิและประโยชน์ที่รัฐและเอกชนมีหน้าที่ตามสัญญาต้องต่างตอบแทนซึ่งกันและกันและมีขั้นตอนการเลือกเอกชนคู่สัญญาสัมปทานด้วย ดังนั้น หากมีคดีพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทาน จึงควรพิจารณาประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ และควรนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้และถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสซึ่งถือว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและฝ่ายปกครองควบคุมการปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษหรือฝ่ายปกครองให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดในกิจการนั้น แต่ผู้เดียวเป็นสัญญาทางปกครอง

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ผ่านมาก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ดังนั้น ในทางปฏิบัติไม่ว่าฝ่ายปกครองทำสัญญาใด ๆ กับเอกชน สัญญานั้นก็เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น ซึ่งในการตีความศาลยุติธรรมก็จะใช้หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวโดยมิได้พิจารณาเนื้อความแห่งสัญญาว่ามีลักษณะของสัญญาทางปกครองหรือไม่ ดังปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 ซึ่งวินิจฉัยว่า สัมปทานเพื่อการลงทุน

ประกอบการเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทยจำเลยออกให้แก่โจทก์ (เอกชน) เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนด และเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตรและในส่วนที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากการบอกเลิกสัมปทานบัตรเป็นเพราะจำเลย (กระทรวงมหาดไทย) เป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ (เอกชน) ก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาตีความว่า หากคู่สัญญาประสงค์ให้มีข้อกำหนดหรือมีเงื่อนไขในสัญญา ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นพิเศษอย่างไร ก็จะต้องกำหนดไว้ในสัญญาอย่างชัดแจ้ง หากไม่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ศาลก็จะนำหลักกฎหมายเอกชนมาปรับใช้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกานี้การเลิกสัญญาสัมปทานก่อนกำหนดโดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญาถือว่าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาและต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

จากการที่ศาลฎีกาไทยตีความสัญญาของฝ่ายปกครองไทยเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมดนั้น ทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองไทยในสมัยนั้นอยู่ภายใต้การเสนอเรื่องให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 บัญญัติว่า

“สัญญาอนุญาตตุลาการ หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม”

นอกจากนี้สัญญาตัวอย่างท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ข้อ 21 กำหนดให้มี “ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ” ในสัญญาที่หน่วยงานภาครัฐจะทำกับภาคเอกชนเพื่อผูกพันคู่สัญญาให้ต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน (ถ้ามี) โดยวิธีการอนุญาตตุลาการ

ในส่วนของภาครัฐในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2544 ซึ่งมีข้อกำหนดที่สำคัญ ได้แก่

“ข้อ 5 ถ้าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นและหน่วยงานของรัฐได้ยินยอมให้ใช้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการดังกล่าว เว้นแต่คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท เป็นคำชี้

ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตโตตุลาการ”

จากแนวคิดและทางปฏิบัติที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ทำให้ข้อพิพาทในสัญญาของฝ่ายปกครองที่ผ่านมาในอดีตอยู่ในอำนาจการเสนอเรื่องให้ใช้วิธีการอนุญาตโตตุลาการ ได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นจากสัญญาที่มีลักษณะอันเป็นสัญญาทางปกครองก็ตาม ปราบกฏตัวอย่างจากคดีพิพาทในคดีจ้างก่อสร้างทางด่วน ระหว่างบริษัทบิลฟิงเกอร์ พลัส เบอร์เกอร์ บาวอค์เดียนเกเซลชافتกับพวก ในนามกลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดีกับการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ที่ได้มีการเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาตโตตุลาการ สำนักงานระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรมอันเนื่องมาจากข้อพิพาทในเส้นทางก่อสร้างด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นต้น

สรุปได้ว่า บรรดาสัญญาต่าง ๆ ที่ทำขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ใช้บังคับ หากสัญญาดังกล่าวระบุที่จะมีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตโตตุลาการ ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันตามสัญญาทางแพ่งเดิมมีผลบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ก็เพื่อมิให้ไปกระทบต่อสิทธิของคู่สัญญา

5.2 สัญญาของฝ่ายปกครองไทยภายหลังพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ประกาศใช้แล้ว

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งบัญญัติบทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” และบัญญัติให้สัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 3 และมาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ดังนี้

“มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

“มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

...

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

... ฯลฯ

ผลของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ทำให้เกิดศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย และการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ส่งผลต่อสัญญาของภาครัฐที่ผ่านมา ทำให้สัญญาของภาครัฐแบ่งออกเป็นสัญญา 2 ประเภท คือ สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง และสัญญาทางปกครอง ดังเช่น หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แต่เนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มิได้บัญญัติกฎหมายในส่วนที่เป็นสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ และบทนิยามของคำว่า สัญญาทางปกครองก็ยังไม่มีความหมายค่อนข้างกว้าง ทำให้ศาลปกครองจำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการตีความและวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า สัญญาประเภทใดบ้างที่จัดเป็นสัญญาทางปกครอง และต้องขึ้นศาลปกครองหากเกิดข้อพิพาทขึ้น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองที่ผ่านมาวินิจฉัยไว้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

คดีระหว่างผู้ถูกฟ้องคดี (มหาวิทยาลัยเชียงใหม่) ทำสัญญาจ้างผู้ถูกฟ้องคดี (บริษัท เจ-สัน คอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด) ก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลคณะแพทยศาสตร์ โดยตามประกาศประกวดราคาไม่ได้กำหนดให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้ มาใช้ต่อมาในระหว่างการก่อสร้าง ผู้ถูกฟ้องคดีและผู้ฟ้องคดีมีหนังสือขอเบิกจ่ายเงินชดเชยตามสัญญาแบบปรับราคาได้ ดังกล่าว กลับถูกผู้ฟ้องคดีปฏิเสธการจ่ายเงิน โดยแจ้งว่าสำนักงบประมาณไม่ให้ความเห็นชอบในการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่า งานก่อสร้างรายนี้ไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะได้รับเงินชดเชย เนื่องจากประกาศประกวดราคาไม่ได้ระบุว่า จะใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างและค่าใช้จ่ายธนาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินรวมทั้งสิ้น 8,313,398.05 ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) จึงไม่มีอำนาจรับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดี (คำสั่งศาลปกครองกลาง ที่ 214/2544)

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในสัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาลมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอันมาก ประกอบกับสัญญาฉบับนี้มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการอันมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล ซึ่งไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป นอกจากนี้ ยังมีข้อตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้อันเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

ที่จะรับพิจารณาตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และมีคำสั่งกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นโดยให้รับไว้พิจารณาและให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินการต่อไป (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544)

ในส่วนของการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนั้น เมื่อได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองแล้ว ส่งผลให้ข้อพิพาทที่สามารถเสนอให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการได้มีเพียงเฉพาะข้อพิพาทในทางแพ่งเท่านั้น เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ส่วนข้อพิพาทในทางปกครองที่เกิดจากสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ไม่ตกอยู่ในอำนาจพิจารณาชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอีกต่อไป

ปัญหาการไม่สามารถเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดได้ดังกล่าว ส่งผลให้เกิดปัญหาอย่างมากในกิจการค้าซึ่งเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานภาครัฐกับเอกชนต่างประเทศ ที่จัดทำสัญญาในลักษณะที่เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งมักจะเป็นโครงการขนาดใหญ่และใช้เงินลงทุนจำนวนมาก โดยเงินลงทุนดังกล่าวก็มาจากการกู้ยืมเงินในลักษณะการเงินบริหารโครงการ (Project Finance) ซึ่งสถาบันการเงินจะบังคับให้มีข้อกำหนดในสัญญาของโครงการว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นจะต้องเสนอเรื่องให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาด เพราะเห็นว่าการกำหนดในสัญญาที่จะไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นเสียเปรียบรัฐ ดังนั้นจากปัญหาดังกล่าวบรรดานักวิชาการ นักกฎหมาย รวมทั้งผู้ที่อยู่ในแวดวงการค้าระหว่างประเทศหรือในประเทศ จึงได้มีความพยายามที่จะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ที่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้

5.3 การนำวิธีการอนุญาตตุลาการมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองหลังจากพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ประกาศใช้

หลังจากที่ได้มีความพยายามเพื่อให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 และได้มีพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฯ ที่ได้มีการแก้ไขใหม่นั้น ได้บัญญัติรองรับอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของอนุญาตตุลาการไว้ในมาตรา 15 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 15 “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 บัญญัติให้อำนาจคู่สัญญาในการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของตนได้ ไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่งทั่วไปหรือแม้แต่สัญญาทางปกครองก็ตาม และยังให้สัญญาทางปกครองดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้

แต่จากที่กล่าวมาข้างต้นถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ยังมีความเห็นของนักกฎหมายปกครองส่วนหนึ่งเห็นว่า เมื่อกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาก็ไม่ควรจะมีสิทธิมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดอีก เพราะจะเป็นข้อสัญญาที่ตัดอำนาจของศาลปกครองและเป็นทางให้คู่สัญญาหลีกเลี่ยงไม่นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง (สรวิศ ทิมปริงสี, 2545, หน้า 48) และยังอาจขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยในชั้นกำหนดว่าเรื่องใดจะมอบให้คู่พิพาทใช้การอนุญาโตตุลาการได้ (Arbitability)

5.4 การอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

กฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 โดยการยกร่างกฎหมายฉบับนี้ได้มีการนำเอากฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ (Model Law on International Arbitration) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) มาเป็นแบบอย่างสำคัญ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องทราบหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายแม่แบบฯ อันเป็นที่มาของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ก่อนเพื่อประโยชน์ต่อการศึกษาลักษณะและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

สำหรับหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายแม่แบบฯ มีอยู่ด้วยกัน 3 ประการ คือ

1. หลักความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการกำหนดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

หลักการนี้ถือเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และเป็นหัวใจของการอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมั่นว่าคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้อย่าง

ยุติธรรม โดยคู่กรณีมีอิสระที่จะตกลงกันกำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่จะใช้สำหรับดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ แต่ในกรณีที่กระบวนการวิธีพิจารณาที่คู่กรณีกำหนดไว้มิได้ครอบคลุมในบางเรื่อง อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยหรือนำเอากฎเกณฑ์ที่เห็นสมควรมาใช้กับกรณีที่คู่กรณีมิได้ตกลงกันได้ (มนู รักษ์วัฒนกุล, 2545, หน้า 779-781)

2. หลักการปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียม

หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่มีอยู่ในระบบอำนาจความยุติธรรมทุกระบบ แม้กฎหมายจะยอมให้คู่กรณีสามารถทำความตกลงในเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้ แต่กระบวนการพิจารณาจะต้องดำเนินไปอย่างเป็นธรรม โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและได้รับโอกาสในการนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานอย่างเต็มที่ หลักการที่ว่าคู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมนี้เป็นหลักการเดียวกันกับเรื่อง “Due Process” หรือหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ และคล้ายคลึงกับหลัก “Natural Justice” หรือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญอันเป็นหัวใจของการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ อันเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นสากล อย่างไรก็ดี หลักการดังกล่าวมิได้หมายความว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับการจัดสรรเวลาในการนำเสนอข้อพิพาทเป็นระยะเวลาที่เท่ากัน เพราะระยะเวลาในการนำเสนอหลักฐานย่อมจะต้องพิจารณาจากประเด็นข้อพิพาท ข้อต่อสู้ ภาระการพิสูจน์ ตลอดจนพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องและจำเป็นจะต้องใช้ในการนำเสนอเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้อต่อสู้ของคู่กรณีแต่ละฝ่ายเป็นสำคัญ (มนู รักษ์วัฒนกุล, 2545, หน้า 774-777)

3. หลักการเป็นกฎเกณฑ์เสริมความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

แม้ตามปกติการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกำหนดไว้ก็ตาม แต่ในกรณีที่คู่กรณีมิได้กำหนดกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนต่าง ๆ ไว้อย่างครบถ้วน กฎหมายจึงจำเป็นต้องเข้าไปเสริมในจุดดังกล่าวเพื่อชี้แนะทางการดำเนินการให้แก่คู่กรณี เพื่อมิให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการต้องหยุดชะงัก ดังนั้นกฎหมายแม่แบบฯ ถูกยกร่างขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อเสริมช่องว่างของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีกำหนดไว้เพื่อช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างราบรื่น (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545, หน้า 41)

สำหรับการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่ได้รับแบบอย่างจากกฎหมายแม่แบบฯ นั้น มีหลักการและรายละเอียดที่สำคัญ ดังนี้

สัญญาอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นก็โดยสัญญา กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีโดยการอนุญาโตตุลาการ มิใช่เกิดจากความประสงค์ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวหรือบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่กรณีต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการดังปรากฏอยู่ในมาตรา 11 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 11 “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้”

ข้อพิพาทที่จะระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าข้อพิพาทประเภทใดที่อาจระงับด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต่างไปจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่าเฉพาะข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้นที่อาจมอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้ ด้วยเหตุที่ การกำหนดว่าข้อพิพาทประเภทใดที่จะสามารถระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่รัฐจะกำหนดตามนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมของตน เพื่อจะสงวนข้อพิพาทบางประเภทให้เป็นอำนาจของศาลเท่านั้นที่จะพิจารณาพิพากษาคดี

สำหรับข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองนั้นเป็นเรื่องใหม่ที่เพิ่มเติมในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งบัญญัติว่าข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาสามารถตกลงให้ระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 15 บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 15 “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

คณะอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการเป็นปัจจัยสำคัญอย่างยิ่งในการอนุญาโตตุลาการ เนื่องเป็นผู้ที่ทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น การจัดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการและการจัดตั้งผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อพิจารณาหลายประการด้วยกัน ดังต่อไปนี้

จำนวนอนุญาโตตุลาการ

ในมาตรา 17 ได้บัญญัติให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำนวนเป็นเลขคู่ เพื่อจะได้หาเสียงข้างมากได้โดยง่าย แต่ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ โดยเฉพาะ ในวรรคสามของมาตรา 17 ได้กำหนดให้กรณีดังกล่าวมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว

ส่วนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น ในมาตรา 18 กำหนดไว้ว่าหากคู่กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ แต่กรณีที่ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือประธานอนุญาโตตุลาการกันได้ ก็ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือประธานอนุญาโตตุลาการ แล้วแต่กรณี

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

ในมาตรา 19 ได้กำหนดเพียงคุณสมบัติเบื้องต้นว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องมีความเป็นกลาง คือ ไม่ลำเอียง (Non Bias) และมีความเป็นอิสระเท่านั้น ส่วนคุณสมบัติพิเศษนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายเป็นเรื่องที่คู่สัญญาจะตกลงกันเอง หรือมีคุณสมบัติตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาตกลงให้ดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

สิทธิและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนหรือค่าป่วยการในการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่อนุญาโตตุลาการต้องเสียไปในการทำหน้าที่ ซึ่งคู่กรณีย่อมตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ในกรณีที่คู่กรณีมิได้กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในมาตรา 46 บัญญัติว่าให้กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้ามิได้กำหนดไว้ในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือในคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคณะอนุญาโตตุลาการสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการและค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการได้

ส่วนหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยปกติแล้วอนุญาโตตุลาการย่อมมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอ โดยจะต้องปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่แล้ว และต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการที่เป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน หรือมีข้อเท็จจริงอาจทำให้ถูกคัดค้านได้ ต่อคู่กรณีถ้ามีข้อเท็จจริงเหล่านั้น ภายหลังจากที่ตนได้รับการตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 19 วรรคสอง

ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติเรื่องความคุ้มกันและความผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 23 ไว้ว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติ

หน้าที่ เว้นแต่การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และก่อความเสียหายต่อคู่กรณี เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท แต่ มิได้ให้ความคุ้มครองความรับผิดชอบในทางอาญา ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเรียก รับหรือยอมจะรับ ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยมีขอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการ อย่างไม่เป็นหน้าที่อนุญาโตตุลาการของตน เนื่องจากการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำ ความผิดต่อหน้าที่ซึ่งตนได้กระทำการอนุญาโตตุลาการ อันขัดกับหลักการปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่าง เท่าเทียมและขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

หลักพื้นฐานของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คือการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ เป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกำหนดไว้ แต่หากในเรื่องใดที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงไว้หรือไม่สามารถหา ข้อสรุปร่วมกันได้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งสอดคล้อง กับหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการกำหนดกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกฎหมาย แม่แบบฯ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในวรรค สองของมาตรา 25 ดังนี้

“ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะ อนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน และการชั่งน้ำหนัก พยานหลักฐานทั้งปวงด้วย”

สำหรับกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ ได้แก่

หลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งยึดหลักการปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมเป็น สำคัญ บัญญัติอยู่ในมาตรา 25 วรรคแรก โดยอนุญาโตตุลาการต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีเสนอ พยานหลักฐานเพื่อประกอบข้อเรียกร้องหรือข้อโต้แย้งของตน ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยาน เอกสาร พยานวัตถุ รวมทั้งการเดินเผชิญสืบได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์ของข้อพิพาทนั้น

ข้อเรียกร้องและคำคัดค้าน ในการกำหนดประเด็นข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ วินิจฉัยชี้ขาด ฝ่ายเรียกร้องจะต้องเสนอ “ข้อเรียกร้อง” ที่ระบุข้อเท็จจริงที่สนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นที่พิพาทและคำขอที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติ ส่วนอีกฝ่ายที่ถูก เรียกร้องจะต้องยื่น “คำคัดค้าน” ที่แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของตนเพื่อโต้แย้งข้ออ้างของ

อีกฝ่าย และเมื่อมีการยื่นข้อเรียกร้องและคำคัดค้านแล้วคู่พิพาทจะขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านในระหว่างพิจารณาก็ได้ แต่อนุญาโตตุลาการจะไม่อนุญาตก็ได้หากเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมจะทำให้เกิดความล่าช้า

การสืบพยาน ในมาตรา 30 การสืบพยานในชั้นอนุญาโตตุลาการเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้เสนอพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มที่เพื่อที่จะให้อนุญาโตตุลาการรับฟังตน ซึ่งในการสืบพยานในชั้นอนุญาโตตุลาการจะมีความยืดหยุ่น และกฎหมายมิได้บังคับว่าจะต้องทำในรูปแบบใด หากคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีการนำสืบพยานอนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจที่จะกำหนดรูปแบบการนำสืบพยานหลักฐานได้

การให้ความช่วยเหลือของศาล เนื่องจากบางกรณีอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ เช่น การออกหมายเรียกพยานบุคคลเพื่อให้มาเป็นพยานหรือให้ถ้อยคำหรือให้บุคคลภายนอกหรือคู่กรณีส่งพยานเอกสารหรือพยานวัตถุเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาอนุญาโตตุลาการหรือคู่กรณีจำเป็นต้องร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจออกหมายเรียกพยานจากบุคคลภายนอกหรือคู่พิพาท ตามมาตรา 33 หรือออกคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี ตามมาตรา 16

กฎหมายและหลักการที่ใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

มาตรา 34 ได้บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นตามหลักการที่กฎหมายกำหนด โดยคู่กรณีจะตกลงกันกำหนดกฎหมายที่จะใช้ข้อบังคับกับข้อพิพาท แต่ในกรณีที่คู่กรณีมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะใช้ข้อบังคับกับข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะ ก็ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใด คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของเรื่องที่พิพาท นอกจากนี้ คู่กรณียังอาจตกลงกันอย่างชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม” (Amiable Compositeur) ตัดสินข้อพิพาทไปตามที่ตนเห็นว่าเป็นธรรมต่อคู่กรณีมากที่สุดและถ้าข้อพิพาทเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้า คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมที่พิพาทด้วย

การคัดค้านและการบังคับตามคำชี้ขาด

การคัดค้านคำชี้ขาด

มาตรา 40 เป็นเหตุแห่งการคัดค้านที่คู่พิพาทจะต้องพิสูจน์ต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเหตุดังกล่าวมี 5 เหตุ ดังนี้

1. คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น
2. สัญญาอนุญาตตุลาการ ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้หรือกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว
3. ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทที่คัดค้านคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น
4. คำชี้ขาดไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการหรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ
5. องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่ตกลงกันไว้หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีที่มิได้ตกลงกันไว้ การบังคับตามคำชี้ขาด

มาตรา 41 เป็นผลบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าจะผูกพันคู่พิพาททุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องและมีข้อสงวนว่าจะมีผลบังคับเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพัน ในกรณีคำชี้ขาดอยู่ในบังคับของสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม มาตรา 43 ให้อำนาจศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ถึงเหตุที่ทำให้คำชี้ขาดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

นอกจากนี้ ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดหากศาลเห็นได้เองว่า คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ หรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 44 ซึ่งเป็นเหตุเดียวกับที่ศาลอาจยกเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อศาลได้พิจารณาและมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเป็นอย่างไรแล้ว มาตรา 45 กำหนดห้ามมิให้คู่พิพาทอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลอีก เพื่อให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเสร็จสิ้นอย่างรวดเร็ว เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ได้ ซึ่งมีอยู่ 5 กรณี ดังนี้

- ก. การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ข. คำสั่งหรือคำพิพากษาฝ่าฝืนบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ค. คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ง. ผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา

จ. กรณีที่เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นต้น

หากกล่าวโดยสรุปแล้วในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าข้อพิพาทประเภทใดที่อาจระงับด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ และได้บัญญัติเพิ่มเติมว่าข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองคู่สัญญาสามารถตกลงให้ระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งระยะเวลาต่อมาคณะรัฐมนตรีก็ได้มีมติในเรื่องดังกล่าวที่แตกต่างออกไป

5.5 มติคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน

เพื่อเป็นแนวทางเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนคณะรัฐมนตรีจึงมีมติอนุมัติในหลายวาระด้วยกันซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547

1) สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครองจึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปยังศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้นสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทย หรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

2) สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้คำแปลเป็นภาษาหลักเท่านั้น

3) ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายภาษาไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา

2. มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547

1) คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาเห็นชอบตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเสนอว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว (มติ ครม. 27 มกราคม พ.ศ.2547 เกี่ยวกับเรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) มีเจตนาที่จะใช้บังคับกับการทำสัญญาสัมปทานเท่านั้น และให้แจ้งย้ำให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ทราบชัดเจนและสามารถปฏิบัติได้อย่างถูกต้องตรงกัน

2) มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 16 มีนาคม พ.ศ.2547 (ยกเว้นแก่ประเทศที่ทำสัญญาคุ้มครองการลงทุนและ FTA เสนอโดยกระทรวงการต่างประเทศ)

จากมติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นนโยบายที่รัฐบาลต้องการให้มีแนวทางปฏิบัติในสัญญาที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องการให้มีการมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดในสัญญาทางปกครอง แต่ก็ได้บัญญัติชี้ขาดว่าเป็นการต้องห้ามการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ดังนั้นเพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์แห่งสาธารณะและเป็นแนวทางปฏิบัติเดียวกัน จึงควรบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะในการทำสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองใดควรนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล หรือนำข้อพิพาทนั้นให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด ซึ่งผู้ศึกษาได้นำเสนอแนวทางปฏิบัติและกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องของการนำอนุญาตตุลาการมาชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) เพื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของประเทศไทยในบทยี่แล้ว บทต่อไปผู้ศึกษาจะนำเสนอเกี่ยวกับสภาพปัญหาของการนำอนุญาตตุลาการมาชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองเพื่อนำมาซึ่งการแก้ไขให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน