บทที่ 4
วิเคราะห์ความเหมาะสมในการชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองควรใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบว่าควรนำข้อพิพาทดังกล่าวไประงับด้วยวิธีใด แม้โดยหลักการของประเทศไทยจะยอมรับว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองนั้นสามารถทำได้โดยผลของมาตรา 15 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองนั้นยังมีประเด็นปัญหาที่สำคัญที่สมควรทบทวนถึงความเหมาะสมดังนี้คือ

4.1 ความแตกต่างในเรื่องแนวคิด ทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมาย

แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นอยู่บนพื้นฐานความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อบริการประชาชน สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นเอกชน แม้สัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นโดยคำเสนอคำสนองถูกต้องเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งก็ตาม แต่สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งในหลายประการ ทั้งยังถือเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นในขอบเขตของกฎหมายปกครอง แม้ตามระบบกฎหมายไทยจะยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามสัญญาทางปกครองก็ต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของระบบกฎหมายมหาชนซึ่งมุ่งเน้นกำหนดภาระหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองดำเนินกิจการทางปกครองเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งก็มีหลักการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือฝ่ายเอกชนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐนั้นบรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพ การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง จึงต้องอยู่ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ

(ก) หลักความเสมอภาคของบริการสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อวัตถุประสงค์ เพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน

(ข) หลักความต่อเนื่องสม่ำเสมอของบริการสาธารณะ บริการสาธารณะถือเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดย่อมทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่อง

(ค) หลักกความอ่อนตัวปรับปเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ บริการสาธารณะต้องสามารถปรับเปลี่ยนได้ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับความต้องการ

ด้วยหลักการบริการสาธารณะทั้ง 3 ประการดังกล่าว การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมตรวจสอบให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายเดียว อำนาจนในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญามีความสัมพันธ์อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันเป็นประการสำคัญ คู่สัญญาจะต้องเคารพต่อเจตนาของคู่สัญญาซึ่งถือว่าเป็นข้อกำหนดในสัญญาถือเป็นกฎหมายระหว่างคู่กรณี สัญญาทางแพ่งนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญาจึงปีนเรื่องของผลประโยชน์เอกชนล้วน ๆ ไม่มีผลประโยชน์ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเอกชนจึงสามารถตกลงที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีใดก็ได้ เช่น อาจฟ้องร้องต่อศาสล หรือตกลงประนีประนอมยอมความกัน รวมทั้งจะใช้วิธีการระงับข้อพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็ได้ ส่วนสัญญาทางปกครองถือเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งจึงควรอยู่ภายใต้อำนาจในการพิจารณาตรวจสอบโดยศาลปกครอง การใช้อำนาจทางปกครองต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองจะตกลงให้บุคคลภายนอกคนใดคนหนึ่ง หรือให้อนุญาโตตุลาการมาชี้ขาดไม่ได้ เพราะอาจจะกระทบกับหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกระทบต่อหลักความรับผิดในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง

นอกจากนั้นยังมีเหตุผลอื่นคือ การที่รัฐจะยอมรับระบบการระงับข้อพิพาทอย่างอื่นรัฐจะต้องคำนึงถึงผลกระทบอันน่าเชื่อถือของระบบการระงับข้อพิพาทโดยอำนาจรัฐ หรือที่รัฐจัดให้มีขึ้นซึ่งได้แก่ระบบการระงับข้อพิพาทโดยศาล เพราะหากรัฐยอมรับเช่นนั้นย่อมเท่ากับปฏิเสธประสิทธิภาพและความน่าเชื่อถือของระบบการระงับข้อพิพาทอย่างอื่นที่ไม่ได้จัดขึ้นโดยรัฐหรือรัฐไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง เท่ากับยอมรับว่ารัฐไม่มีความน่าเชื่อถือหรือความไว้วางใจในระบอบการชี้ขาดข้อพิพาทที่รัฐจัดให้มีขึ้น นอกจากนั้นระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นระบบที่เกิดขึ้นพัฒนาและยอมรับในขอบเขตของกฎหมายสาขาอื่น เช่น กฎหมายระหว่างประเทศ (ซึ่งมีการอ้างอธิปไตยทางศาลเป็นระดับข้อโต้แย้งที่คู่พิพาทไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับอธิปไตยทางเศาลเดียวกัน) กฎหมายพาณิชย์หรือกฎหมายเอกชน อีกทั้งการชี้ขาดข้อพิพาทางปกครองจำเป็นต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาเป็น

เกณฑ์ในการชี้ขาด จะนำหลักกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายเอกชนมาใช้โดยเฉพาะกรณีการอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายมหาชน เท่านั้น

ในระบบกฎหมายปกครองไทยแม้จะถือว่าได้มีการยอมรับให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครองได้ก็ตาม ที่ผ่านมาเมื่อมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งในสัญญาได้มีการกำหนดให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีเกือบทั้งหมด[119] และในหลายคดีอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องรับผิดค่าเสียหายจำนวนมากให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา เช่น ในคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีสัมปทานทางด่วนสายบางนา-บางพลี เมื่อปี 2544 อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องชดใช้ค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ยให้แก่คู่สัญญาเอกชน เป็นเงินกว่า 6,000 ล้านบาท หรือในปี 2547 ในคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีสัมปทานวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ (กรณีไอทีวี) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้สำนักปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานดังกล่าวเป็นฝ่ายแพ้คดี และใช้ค่าเสียหาย ต้องได้รับค่าตอบแทนทดลง ต้องคืนผลประโยชน์ที่ได้รับไว้ตามสัญญา ฯลฯ ให้แก่บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) คู่สัญญาคิดเป็นจำนวนรวมประมาณเกือบสองหมื่นล้านบาท หรือในคำวินิจฉัยของศาลแพ่งในคดีหวยออนไลน์ระหว่าง บริษัท จาโก้ จำกัด กับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลซึ่งศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยในเดือนกรกฎาคม 2547 ให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่ให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลชดใช้ค่าเสียหายมากกว่า 2,500 ล้านบาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7 ต่อปี ให้แก่เอกชนคู่สัญญาเนื่องจากสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐมนตรีไม่ได้ดำเนินการให้มีการจำหน่ายสลากออนไลน์ตามที่ให้สัญญาไว้กับบริษัทเอกชนคู่สัญญา เป็นต้น ด้วยเหตุนี้คณะรัฐมนตรีในการประชุมเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 จึงมีมติในเรื่องดังกล่าวและได้แจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่าง ๆ ถือปฏิบัติว่า “สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป”

ต่อมาในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่าปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยของรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะในโครงการขนาดใหญ่ หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

---

[119] สุรพล นิติไกรพจน์,*อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 3,น. 146.

แต่ปรากฏว่ามีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย อันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงเห็นควรให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ในของข้อ 1 จากเดิมว่า “1. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครองจึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” เป็น “ข้อ 1. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

ดังนั้น โดยผลของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว สัญญาทุกประเภทที่ฝ่ายกครองเป็นคู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ห้ามมิให้มีการตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะมีปัญหาความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ จึงอาจจะอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเป็นกรณี ๆ ไป

จากปัญหาแนวคิดพื้นฐานของสัญญาทางปกครองที่แตกต่างกันระหว่างศาลปกครองและอนุญาโตตุลาการที่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายเอกชนและอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นโดยฝ่ายเอกชน ทำให้การมองปัญหาในข้อพิพาทอาจแตกต่างกัน อันเป็นที่มาของการที่หลายคดีที่ศาลปกครองได้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งยังอาจเกิดปัญหาความแตกต่างของแนวคำพิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในการอนุญาโตตุลาการมีศาลทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองที่มีเขตอำนาจ เช่น การเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 40 (2) (ข) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คำว่า “ความเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้นเป็นอำนาจของแต่ละศาลที่จะวินิจฉัย ซึ่งศาลยุติธรรมและศาลปกครองอาจเห็นต่างกันได้ ดังเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 349/2549 ที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะ (การปรับผังรายการ) ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่า กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐเท่านั้น มิใช่อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้ ดังนั้น หากศาลยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนั้นการให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะขัดกับหลักพื้นฐานกฎหมายปกครอง

ในเรื่องของการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ เนื่องจากการตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาจะยึดสัญญาที่คู่กรณีตกลงเป็นหลัก

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว การนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองจึงไม่เหมาะสมเพราะอาจเกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะได้ และเห็นว่าควรให้ศาลปกครองเป็นผู้พิพจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับตัวบุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น บุคคลซึ่งทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการสำเร็จลงด้วยดี แต่การอนุญาโตตุลาการอาจมีปัญหาเรื่องตัวบุคคลที่มาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะในสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง โดยอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่คู่กรณีตกลงเลือกมาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทนั้นในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นมิได้บัญญัติคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น บุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะเป็นบุคคลใดก็ได้ที่คู่กรณีพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสม อาจเป็นนักกฎหมายหรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตามคู่กรณีอาจมีการตกลงกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นพิเศษก็ได้ หรือในกรณีที่คู่กรณีตกลงให้ดำเนินกระบวนอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดซึ่งก็ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของสถาบันนั้นในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการหากมีการกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน เอกชนจะระงับข้อพิพาทอย่างไรก็ไม่เป็นปัญหา แต่หากข้อพิพาทนั้นเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่มีข้อความคิดทางกฎหมายที่แตกต่างจากจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน บุคคลที่จะทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทจึงควรเป็นผู้ที่รู้และเข้าใจหลักกฎหมายมหาชนจึงจะสามารถวินิจฉัยข้อพิพาทได้อย่างถูกต้องเหมาะสม เกิดความเป็นรวมทั้งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการนำกฎหมายเอกชนมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองอาจถูกศาลปกครองเพิกถอนคำชี้ขาดได้เพราะถือว่าเป็นกรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมตรา 40 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับและวิธีพิจารณาคดี

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 แม้จะบัญญัติให้สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ก็ตาม แต่ในกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไว้เป็นพิเศษให้แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการจึงต้องดำเนินการเช่นเดียวกับการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง และนอกจากนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังบัญญัติให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลมอีกด้วย[120] ในขณะที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 9 ได้กำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกลับแบ่งตามประเภทของคดีคือ บัญญัติให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศซึ่งเป็นศาลชำนาญพิเศษ ศาลแพ่ง ศาลแรงงาน ศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในศาลแต่ละประเภทกลับแตกต่างกัน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนพิจารณาตามที่คู่กรณีตกลงกัน กรณีที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้ข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดบังคับแก่กระบวนพิจารณา การพิจารณาก็ต้องเป็นไปตามข้อบังคับดังกล่าว หากคู่กรณีมิได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดแนวทางในการพิจารณาเอง อำนาจในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นรวมถึงอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานด้วย โดยอยู่ภายใต้หลักการที่ให้โอกาสคู่กรณีนำสืบพยานหลักฐานอย่างเท่าเทียมกัน หากอนุญาโตตุลาการดำเนินที่ขัดกับหลักการดังกล่าวคำชี้ขาดอาจถูกร้องให้ศาลเพิกถอนได้

ในขณะที่วิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองนั้นต้องดำเนินกระบวนพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายกำหนดให้วิธีพิจารณาในศาลปกครองเป็นแบบไต่สวนโดยศาลจะเป็นผู้มีบทบาทในการค้นหาความจริง แสวงหาพยานหลักฐานต่างๆ

นอกจากนั้น การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดไปตามหลักกฎหมายจะชี้ขาดตามอำเภอใจไม่ได้ แต่คู่กรณีจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Exaequo et bono or As amiable compositeur) ก็ได้ หลักการนี้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่สามารถพิจารณาตัดสินข้อพิพาทไปตามที่เห็นว่าเป็นธรรมต่อคู่กรณีมากที่สุดโดยไม่ต้องยึดการตัดสินข้อพิพาทตามบทกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อจำกัดโดยอนุญาโตตุลาการไม่สามารถอาศัยหลักการดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยง “กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวคู่กรณีไม่สามารถตก

---

[120] มาตรา 25 วรรคสาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ลงเป็นอย่างอื่นได้ ส่วนศาลปกครองผูกพันที่จะต้องตัดสินคดีตามหลักกฎหมาย โดยเฉพาะหลักกฎหมายปกครอง ศาลปกครองจะตัดสินข้อพิพาทด้วยหลักความเป็นธรรมไม่ได้ นอกจากนั้นแล้วกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นกฎหมายที่ยกเว้นไม่ได้

การที่อนุญาโตตุลาการและศาลปกครองมีวิธีพิจารณาคดีและหลักกฎหมายที่ปรับใช้แก่คดีที่แตกต่างกันอาจทำให้ผลลัพธ์ในการพิจารณาแตกต่างกันได้

4.4 ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับระบบของสัญญาทางปกครองทั้งระบบ มีเพียงนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพียงมาตราเดียว ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยาการธรรมชาติ” ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 ซึ่งเพิ่มหลักเกณฑ์ในเรื่องที่ว่า สัญญาทางปกครองสัญญาทางปกครอง อาจเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งคือบริการสาธารณะบรรลุผล ทำให้สัญญาทางปกครองของประเทศไทยนอกจากประกอบด้วยสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นตัวอย่างในมาตรา 3 ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติแล้ว ยังประกอบด้วยสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เช่น สัญญาที่มีข้อสัญญาที่แสดงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรือสัญญาใดๆที่ปรากฏลักษณะของการมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะ นอกจากนั้นยังมีปัญหาว่าศาลปกครองได้ตีความขยายนิยามของสัญญาทางปกครองออกไปค่อนข้างมากโดยเฉพาะสัญญาที่เกี่ยวกับให้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งสามารถตีความได้อย่างกว้างขวาง เนื่องจากการทำภารกิจของฝ่ายปกครองโดยหลักมักจะเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะไม่มากก็น้อย จึงอาจตีความให้เป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะได้เกือบทั้งหมด นอกจากนั้นการที่ศาลปกครองตีความสัญญาทางปกครองแบบกว้างขวางนี้ยังทำให้สัญญาของฝ่าย

ปกครองซึ่งไม่ใช่สัญญาทางปกครองแทบเลือนหายไป การที่ประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรทำให้เกิดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญาทางปกครอง ในปัจจุบันต้องอาศัยการวางหลักโดยศาลปกครองสูงสุดไม่ว่าจะเป็นเรื่องคำนิยามของสัญญาทางปกครอง การใช้อำนาจเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง ผลของสัญญาทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง เป็นต้น ซึ่งบางครั้งศาลปกครองต้องหลักจำเป็นต้องนำกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดกับลักษณะของสัญญาทางปกครอง โดยที่หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองถือว่ามีพัฒนาการที่น้อยเมื่อเทียบกับสัญญาทางแพ่ง แม้ต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งพยายามวางระบบและสร้างหลักเกณฑ์ใหม่หลายประการแต่กฎหมายฉบับนี้เน้นเฉพาะเรื่องสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ การจ้างงานซึ่งไม่ครอบคลุมลักษณะของสัญญาทางปกครองทั้งระบบ จึงทำให้ระบบกฎหมายของสัญญาทางปกครองของประเทศไทยไม่ชัดเจน ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ทำให้คู่สัญญาเกิดความไม่แน่ใจในผลของสัญญา ซึ่งหากเกิดข้อพิพาทและนำคดีมาสู่ศาลปกครอง ศาลปกครองจะนำหลักกฎหมายใดมาปรับใช้แก่คดี ซึ่งรวมตลอดถึงการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยอนุญาโตตุลาการด้วย

4.5 ปัญหาในการจัดทำและการบริหารสัญญาทางปกครอง

จากปัญหาที่ผ่านมาการที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการทำสัญญาและกระบวนการบริหารสัญญาภาครัฐที่ไม่รัดกุม การจัดทำข้อเสนอของหน่วยงานของรัฐในการจัดทำโครงการต่างๆไม่มีการวางแผนอย่างเป็นระบบ รัดกุม รวมทั้งการศึกษาความเป็นไปได้ หลายโครงการเป็นโครงการที่หวังผลทางการเมืองทำให้มีการเร่งรัดขั้นตอนต่างๆ จึงเกิดปัญหาต่างๆตามมาอย่างมากมาย บางโครงการซึ่งเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงานการประสานงานเป็นไปอย่างล่าช้า เช่น ไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างได้ซึ่งในที่สุดหน่วยงานของรัฐตกเป็นผู้ผิดสัญญาต้องจ่ายค่าเสียหายเป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ยังอาจเกิดจากระบบการบริหารสัญญาไม่รัดกุมเพียงพอ การเขียนข้อตกลงต่างๆในสัญญาอาจไม่รัดกุมเพียงพอ ซึ่งอาจเกิดจากหน่วยงานของรัฐอาจมีเจ้าหน้าที่ขาดความรู้ความสามารถในการจัดทำสัญญาและบริหารสัญญา โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับงานบริการสาธารณะบางประเภท ซึ่งสลับซับซ้อนมาก ในขณะที่เอกชนคู่สัญญาส่วนใหญ่มีทรัพยการในการจ้างบุคคลที่มีความรู้ความชำนาญและประสบการณ์ในการจัดทำสัญญา จึงทำให้สัญญาภาครัฐอาจเสียเปรียบเอกชนได้

4.6 ปัญหาเรื่องขอบเขตในการชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

ในการชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการนั้น ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจค่อนข้างกว้างขวางในการชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายรวมตลอดจนค่าเสียหาย เนื่องจากการผิดสัญญาหรือการแก้ไขสัญญา ตลอดจนการยกเลิกสัญญา การให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่เป็นเอกชนให้เข้ามาชี้ขาดข้อพิพาทได้ทุกเรื่องโดยไม่มีข้อจำกัดอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ฝ่ายรัฐ กระทบต่อบริการสาธารณะและกระทบต่อประชาชนได้ โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะและบางสัญญามีมูลค่าสูง ดังนั้นน่าจะมีการจำกัดขอบเขตบางเรื่องที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถตัดสินชี้ขาดได้ เช่น ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะปัญหาข้อเท็จจริง ส่วนปัญหากฎหมายควรเป็นอำนาจของศาลปกครอง เป็นต้น