

การไถ่เกี้ยข้อพิพาทในคดีสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง

นายอุกฤษฏ์ ตัณฑรีบูรณ์

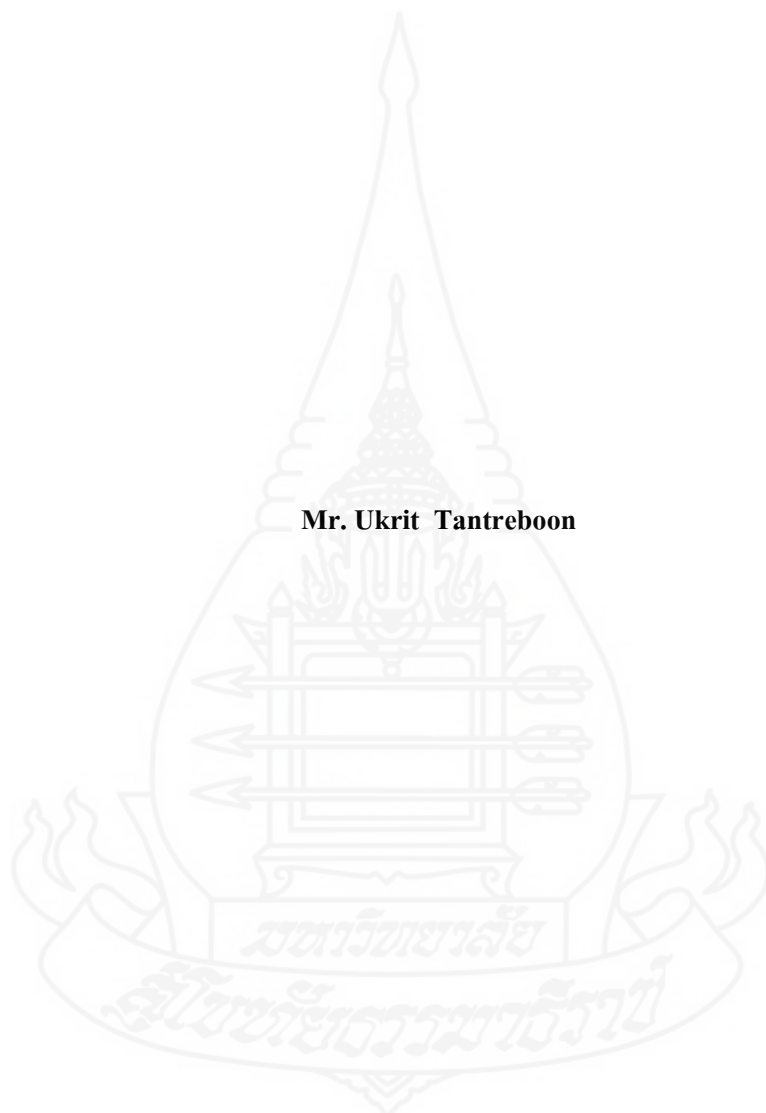


การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

พ.ศ. 2558

The Mediation in Administrative Cases by the Administrative Court

Mr. Ukrit Tantreboon



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for

the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

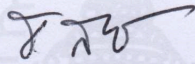
Sukhothai Thammathirat Open University

2015

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง
ชื่อและนามสกุล นายอุกฤษฏ์ ตันตรีบุรณ
วิชาเอก กฎหมายมหาชน
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร. ชวิชชัย สุวรรณพานิช

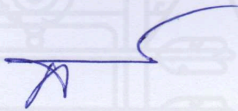
การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2558

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



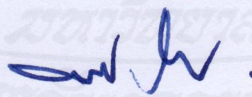
ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร. ชวิชชัย สุวรรณพานิช)



กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สิริพันธ์ พลรบ)



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภาณุมาศ ชัดเงางาม)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษา **คั่นคว้ออิสระ** การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง
ผู้ศึกษา นายอุกฤษฏ์ ตันตรีบุรณธ์ รหัสนักศึกษา 2564001259 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร. ชวิชัย สุวรรณพานิช
ปีการศึกษา 2558

บทคัดย่อ

การศึกษาคั่นคว้ออิสระ เรื่องการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา (1) แนวความคิด ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทและการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง (2) แนวความคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองในระบบกฎหมายประเทศไทย โดยเฉพาะสัญญาทางปกครอง (3) วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และ (4) ข้อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในส่วนที่เกี่ยวกับการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การศึกษาคั่นคว้ออิสระฉบับนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีการวิจัยเอกสารจากตำรา บทความ เอกสารวิจัย วารสารทางกฎหมาย คำพิพากษาของศาล กฎหมายต่างประเทศ และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง

ผลการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลปกครองดำเนินการไถ่เกลี่ยคดีปกครองเพื่อให้คู่ความประนีประนอมยอมความกัน ศาลปกครองจึงไม่สามารถดำเนินการไถ่เกลี่ยคดีปกครองได้ ซึ่งจากการศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับการนำกระบวนการไถ่เกลี่ยมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการให้มีการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองอาจให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ไถ่เกลี่ยก็ได้ แต่ตุลาการศาลปกครองที่ทำหน้าที่ไถ่เกลี่ยไม่ควรจะเป็นตุลาการคนเดียวกับตุลาการที่เป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น และเมื่อการไถ่เกลี่ยประสบผลสำเร็จ ข้อตกลงที่ได้จากการไถ่เกลี่ยอาจทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ เพื่อให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาตามยอมก็ได้ ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนวทางว่า ควรมีการยกร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยกำหนดให้ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจในการไถ่เกลี่ยคดีปกครองได้ แต่มีขอบเขต หรือข้อจำกัดให้ไถ่เกลี่ยได้เท่าที่คู่กรณีสามารถปฏิบัติกรในเรื่องที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีได้ และจะต้องไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ อีกทั้งกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิพากษาตามยอมได้เมื่อพิจารณาเห็นว่า ข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณีเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

คำสำคัญ การไถ่เกลี่ยข้อพิพาท คดีปกครอง สัญญาทางปกครอง

Independent Study title: The Mediation in Administrative Cases by the Administrative Court
Author: Mr. Ukrit Tantreboon; **ID:** 2564001259; **Degree:** Master of Laws;
Independent Study advisor: Dr. Thawatchai Suwanpanich, Associate Professor;
Academic year: 2015

Abstract

The independent research titled “Mediation in Administrative Cases by the Administrative Court” has the following objectives: (1) to study legal concepts and theories of mediation in general disputes and administrative disputes; (2) to study legal concepts concerning mediation in administrative cases in the Thai legal system, especially in administrative contracts; (3) to analyze problems related to the mediation in administrative cases; and (4) to recommend amendment of laws on administrative procedure in the part of mediation in administrative contracts.

The independent research is qualitative research. Documents from legal textbooks, articles, research papers, legal journals, court decisions, foreign laws, and other related documents were studied.

It was found that the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999) and Rule of the General Assembly of Judges of the Supreme Administrative Court on Administrative Procedure, B.E.2543 (2000), as the main legislative act on administrative procedure, do not empower the Administrative Courts to conduct mediation in administrative cases. As a result, the Administrative Courts do not have power to mediate administrative cases. In the study and analysis of mediation in administrative cases, the author views that mediation in administrative contract cases should be done by an administrative judge as a mediator. However, the administrative judge who is the mediator should not be the same administrative judge in court case proceeding. In addition, when the mediation is fulfilled, the agreement from the mediation can become compromise settlement with consent judgment from the Administrative Court. The author suggests that there should be amendment of Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999) by empowering the Administrative Court of First Instance to conduct mediation in administrative cases with certain conditions as practicable by both parties, while maintaining the public interest. Moreover, it is recommended that the Administrative Courts should be empowered to render consent judgment when the Court considers that the compromise settlement is lawful and does not affect the public interest.

Keywords: Mediation, Administrative Cases, Administrative Contracts

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาในครั้งนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยความกรุณาอย่างยิ่งจากรองศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช อาจารย์ที่ปรึกษาการศึกษาชั้นคว่ำอิสระที่ได้กรุณาให้คำแนะนำต่างๆ พร้อมทั้งตรวจทานแก้ไขข้อบกพร่องและเสนอแนะในการจัดทำการศึกษาชั้นคว่ำอิสระนี้จนเสร็จสมบูรณ์ ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้ และกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สิรีพันธ์ พลรบ กรรมการในการสอบการศึกษาชั้นคว่ำอิสระที่ได้สละเวลาและความกรุณาให้คำแนะนำเพิ่มเติมในการแก้ไขปรับปรุงการศึกษาชั้นคว่ำอิสระนี้ให้ถูกต้องและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ผู้ให้กำเนิด ที่ให้การเลี้ยงดูอบรม สั่งสอน ให้กำลังใจ และคอยช่วยเหลือในทุกเรื่องมาโดยตลอด ทั้งยังให้การสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้เขียนได้ศึกษาเล่าเรียนในสาขาวิชานิติศาสตร์ จนผู้เขียนประสบความสำเร็จในระดับหนึ่ง ขอกราบขอบพระคุณครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ขอขอบพระคุณเพื่อนนักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่ได้ร่วมปรึกษา หาแนวทาง ตลอดจนให้ความช่วยเหลือ และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนในการศึกษาครั้งนี้ มาโดยตลอด

หากสารนิพนธ์เล่มนี้เป็นประโยชน์ในทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบคุณงามความดี ทั้งปวงให้แก่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่านที่ได้ให้ความกรุณาและให้การสนับสนุนแก่ผู้เขียน แต่หากสารนิพนธ์เล่มนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

อุกฤษฏ์ ตันตรีบูรณ์
กุมภาพันธ์ 2559

สารบัญ

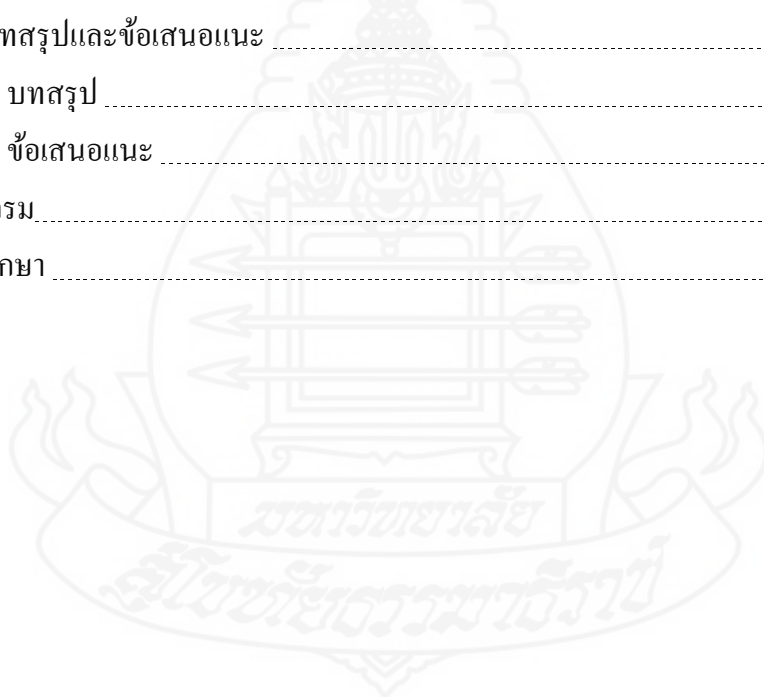
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์การวิจัย	4
3. ขอบเขตของการวิจัย	4
4. ระเบียบวิธีวิจัย	4
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 แนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการไถ่เกิลย และการไถ่เกิลยคดีปกครอง	6
1. ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการไถ่เกิลยข้อพิพาท	6
1.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น	6
1.1.1 การเจรจาต่อรอง	6
1.1.2 การอนุญาโตตุลาการ	6
1.1.3 การไถ่เกิลยหรือประนอมข้อพิพาท	7
1.2 ไถ่เกิลยข้อพิพาท	7
1.2.1 ความหมายของการไถ่เกิลยข้อพิพาท	7
1.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการไถ่เกิลยข้อพิพาท	9
1.2.3 หลักการของการไถ่เกิลยข้อพิพาท	10
1.2.4 ประเภทของการไถ่เกิลยข้อพิพาท	11
1.2.5 กระบวนการไถ่เกิลยข้อพิพาท	13
1.2.6 ปัจจัยที่มีผลต่อความสำเร็จของการไถ่เกิลยข้อพิพาท	14
1.2.7 ข้อดีของการไถ่เกิลยข้อพิพาท	16
1.2.8 ข้อจำกัดของการไถ่เกิลยข้อพิพาท	19

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2. ข้อความคิดเกี่ยวกับการไถ่เกี่ยคดีปกครอง	20
2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับคดีปกครอง	20
2.1.1 ความหมายของคดีปกครอง	20
2.1.2 ข้อแตกต่างระหว่างคดีแพ่งและคดีปกครอง	22
2.1.3 หลักการพื้นฐานของคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการไถ่เกี่ย	26
2.2 การไถ่เกี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส และเยอรมัน	33
2.2.1 การไถ่เกี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส	33
2.2.2 การไถ่เกี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองเยอรมัน	51
บทที่ 3 แนวความคิดและการไถ่เกี่ยข้อพิพาทในระบบกฎหมายของไทย	63
1. การไถ่เกี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย	63
1.1 ความเป็นมาของกระบวนการไถ่เกี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย	63
1.2 หลักเกณฑ์และวิธีการไถ่เกี่ยข้อพิพาท	63
1.2.1 สำนักระงับข้อพิพาท	64
1.2.2 ศาล	66
1.3 ผลจากการไถ่เกี่ยข้อพิพาท	76
2. การไถ่เกี่ยคดีปกครองในประเทศไทย	77
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการไถ่เกี่ยคดีปกครองของไทย	77
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการไถ่เกี่ยคดีสัญญาทางปกครอง	79
บทที่ 4 บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำการไถ่เกี่ยมาใช้ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	81
1. ประเภทของสัญญาทางปกครองที่อาจนำวิธีการไถ่เกี่ยมาใช้	81
1.1 สัญญาทางปกครอง	81
1.1.1 ความหมายของสัญญาทางปกครอง	81
1.1.2 เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาแพ่งของฝ่ายปกครอง	83
1.1.3 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง	85
1.1.4 การให้คำนิยามของสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุด	86

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.1.5 การพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองตามคำนิยามใหม่ภายหลังจากที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง ...	88
1.2 แนวทางการนำการไต่ถามมาใช้กับคดีปกครอง	100
1.2.1 ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี	100
1.2.2 ประเทศไทย	100
2. วิธีการไต่ถามในศาลปกครอง	103
2.1 ผู้ดำเนินการไต่ถามคดีสัญญาทางปกครอง	103
2.2 กระบวนการไต่ถาม	107
2.3 ผลของการไต่ถามคดีสัญญาทางปกครอง	108
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	112
1. บทสรุป	112
2. ข้อเสนอแนะ	117
บรรณานุกรม	119
ประวัติผู้ศึกษา	123



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน เมื่อมีคดีหรือข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยปกติแล้วคู่กรณีหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิด จะนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม เนื่องจากในปัจจุบันรัฐมีกฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติและระงับข้อพิพาทของคนในสังคม โดยใช้กระบวนการยุติธรรมเป็นกลไกในการดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งมีองค์กรของรัฐเป็นผู้ดำเนินการ อันประกอบด้วย ตำรวจ อัยการและศาลยุติธรรม โดยกระบวนการยุติธรรม ดังกล่าว เริ่มตั้งแต่การสืบสวน สอบสวน ฟ้องร้องคดี จนกระทั่งมีการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม ซึ่งแต่ละองค์กร มีหน้าที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด โดยมีรายละเอียด ขั้นตอนและวิธีการที่ซับซ้อน ทำให้รัฐต้องใช้ทรัพยากรบุคคลและงบประมาณจำนวนมาก อีกทั้งใช้ระยะเวลาดำเนินการนานในการดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมและการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม อาจทำให้คู่กรณีมีความขัดแย้งกันมากขึ้น ประกอบกับการที่รัฐขาดมาตรการกั้นกรองคดีให้เข้าสู่ระบบน้อยที่สุด หรือให้ออกจากระบบเร็วที่สุด เช่น การชะลอการฟ้องหรือการระงับข้อพิพาท ส่งผลให้มีปริมาณคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมมากเกินไป ซึ่งเป็นภาระของกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ ไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการและศาล ทำให้กระบวนการยุติธรรมไม่อาจอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง กล่าวคือ เมื่อปริมาณคดีมาก จะทำให้เกิดปัญหาความล่าช้าในการพิจารณา ปัญหาคดีล้นศาล ส่งผลเสียหายแก่คู่ความที่ต้องรอผลการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม จึงไม่สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ กล่าวคือ ไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในสังคมได้ และโดยที่จุดมุ่งหมายของกระบวนการยุติธรรมก็คือ การอำนวยความสะดวกให้กับประชาชน อย่างเต็มประสิทธิภาพและเท่าเทียมกัน

รัฐจึงจำเป็นต้องแสวงหาเครื่องมือหรือกลไกอื่น มาใช้ระงับข้อพิพาท เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคมที่ต้องการความสะดวกรวดเร็วและเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาทและเพื่อเป็นการกั้นกรองคดีความผิดเล็กน้อย ให้ระงับไป โดยไม่จำเป็นต้องนำข้อพิพาทดังกล่าว เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย อันจะเป็นผลให้องค์กรต่าง ๆ ใน

กระบวนการยุติธรรม มีเวลาในการพิจารณาคำเนิการกับคดีความผิดอุกฉกรรจ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะที่ผู้เสียหายในคดีความผิดเล็กน้อย ก็ได้รับการดูแลคุ้มครองไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิ ตามกฎหมาย จึงเกิดแนวคิดเรื่องการระงับข้อพิพาท ด้วยมาตรการอื่นให้กับคู่ความในคดี ซึ่งเป็นการสร้างทางเลือกให้กับประชาชน อาทิ เช่น ในคดีแพ่งมีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีต่างๆ เช่น การเจรจาตกลง การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความและอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางแพ่งในชั้นศาล ส่วนในคดีอาญา แม้จะใช้มาตรการระงับข้อพิพาทได้อย่างจำกัด เมื่อเทียบกับคดีแพ่ง อันมีสาเหตุมาจากลักษณะของข้อพิพาทและวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดี แต่อย่างไรก็ตาม คดีอาญาก็ยังคงสามารถใช้มาตรการระงับข้อพิพาททางอาญาในชั้นศาลได้ เช่น การถอนคำร้องทุกข์ การถอนฟ้อง การยอมความ การไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาททางอาญา โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องเป็นความผิดอันยอมความได้

แต่เมื่อศึกษาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางปกครองแล้ว พบว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่กล่าวถึงการไกล่เกลี่ยคดีปกครองไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งในทางปฏิบัติของศาลปรากฏว่า เมื่อคู่กรณีไกล่เกลี่ยตกลงระงับข้อพิพาทกัน ศาลปกครองจะมีการปฏิบัติไปตามรูปเรื่อง เช่น การให้ผู้ฟ้องคดีขอถอนคำฟ้องหรือการสั่งยุติการพิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เนื่องจากเหตุแห่งการฟ้องคดีหมดสิ้นไป ประกอบกับเมื่อพิจารณาบทสรุปสถิติคดีของศาลยุติธรรม ท้วราชอาณาจักร ปี พ.ศ. 2557 พบว่า ระหว่างปี พ.ศ.2556-2557 มีจำนวนคดีแพ่ง ที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้น ท้วราชอาณาจักร เฉลี่ยปีละ 235,991 คดี ในจำนวนนี้ มีคดีที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เฉลี่ยปีละ 52,811 คดี หรือคิดเป็น ร้อยละ 22 ของจำนวนคดีแพ่งที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้น ท้วราชอาณาจักร และไกล่เกลี่ยสำเร็จ ถึงเฉลี่ยปีละ 28,155 คดี หรือคิดเป็นร้อยละ 12 ของจำนวนคดีแพ่ง ที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นท้วราชอาณาจักร ดังข้อมูลตามตารางที่ 1 ดังนี้

ตารางที่ 1.1 จำนวนคดีแพ่งที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นท้วราชอาณาจักร จำนวนคดีแพ่งที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยและจำนวนคดีแพ่งที่ไกล่เกลี่ยสำเร็จ ระหว่างปี พ.ศ. 2556–2557

	2556	2557	เฉลี่ย
1. จำนวนคดีแพ่งที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นท้วราชอาณาจักร	230,272	241,710	235,991
2. จำนวนคดีแพ่งที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย	54,265	51,356	52,811
3. จำนวนคดีแพ่งที่ไกล่เกลี่ยสำเร็จ	27,284	29,025	28,155

ที่มา: บทสรุปสถิติคดีของศาลยุติธรรมท้วราชอาณาจักร ปี พ.ศ. 2557

ในส่วนของคดีปกครองนั้น เมื่อพิจารณารายงานการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองประจำปี 2556 และ 2557 พบว่า ศาลปกครองมีคดีรับเข้าในปี 2556 จำนวน 9,675 คดี และปี 2557 จำนวน 6,373 คดี เฉลี่ยปีละ 8,024 คดี ซึ่งในปี 2556 มีคดีแล้วเสร็จ จำนวน 7,553 คดี และปี 2557 จำนวน 6,471 คดี เฉลี่ยปีละ 7,012 คดี โดยในปี 2556 นั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุและสัญญาทางปกครอง เป็นคดีพิพาทที่นำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น มากเป็นลำดับที่ 4 จำนวน 885 คดี และในปี 2557 คดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุและสัญญาทางปกครอง เป็นคดีพิพาทที่นำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น มากเป็นลำดับที่ 3 จำนวน 858 คดี ดังข้อมูลตามตารางที่ 2 ดังนี้

ตารางที่ 1.2 จำนวนคดีปกครองที่รับเข้า จำนวนคดีที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย และจำนวนคดีแล้วเสร็จระหว่างปี พ.ศ. 2556-2557

	2556	2557	เฉลี่ย
1. จำนวนคดีรับเข้า	9,675	6,373	8,024
2. จำนวนคดีแล้วเสร็จ	7,553	6,471	7,012

ที่มา: รายงานการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองประจำปี 2556 และ 2557

ซึ่งจะเห็นได้ว่าการไกล่เกลี่ยคดีแพ่ง ทำให้คดีแพ่งเสร็จไปจากศาลชั้นต้นทั่วราชอาณาจักรเร็วขึ้น ประกอบกับในคดีปกครองที่มีแนวโน้มที่จะมีคดีค้างพิจารณาในศาลปกครองเพิ่มขึ้น เนื่องจากคดีที่แล้วเสร็จ มีจำนวนน้อยกว่าคดีที่รับเข้าในแต่ละปี อีกทั้ง คดีประเภทสัญญาทางปกครอง มีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุและสัญญาทางปกครองเป็นคดีพิพาทที่นำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น มากเป็นลำดับที่ 3 ในปี 2557 เมื่อเทียบกับปี 2556 ที่มีจำนวนมากเป็นลำดับที่ 4

โดยวิธีการที่ศาลปกครองใช้เพื่อให้คดียุติเป็นการปฏิบัติไปตามรูปเรื่อง เช่น การให้ผู้ฟ้องคดีชดเชยค่าฟ้องหรือการสั่งยุติการพิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบ ความน่าจะเป็นไม่เพียงพอที่จะเป็นทางเลือก ในการระงับข้อพิพาทในชั้นศาลแทนการพิจารณาไปจนถึงการตัดสินคดีเมื่อเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของการระงับข้อพิพาทในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและทางอาญา

ในการศึกษาครั้งนี้ จึงทำการศึกษาความเป็นไปได้ในการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยในศาล มาใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาทางปกครอง โดยให้

ศาลปกครองมีอำนาจไต่ถามคดีปกครองได้ว่าจะสามารถทำได้หรือไม่ เพียงใด พร้อมทั้งเสนอแนวทาง ในการไต่ถามคดีปกครองของศาลปกครองไทย

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวความคิด ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาท และการไต่ถามข้อพิพาทในคดีปกครอง

2.2 เพื่อศึกษาแนวความคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทในคดีปกครองในระบบกฎหมายประเทศไทย โดยเฉพาะสัญญาทางปกครอง

2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำการไต่ถามข้อพิพาทมาใช้ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

2.4 เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2543 ในส่วนที่เกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

3. ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาแนวความคิด ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทในคดีปกครองเปรียบเทียบกับแนวความคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทในคดีปกครอง ในระบบกฎหมายประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2543 ในส่วนที่เกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทในคดีปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาทางปกครอง

4. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีการวิจัยเอกสารจากตำรา บทความ เอกสารวิจัย วารสารทางกฎหมาย คำพิพากษาของศาล กฎหมายต่างประเทศและเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทำให้ทราบแนวความคิด ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไต่เถียงข้อพิพาท และการไต่เถียงข้อพิพาทในคดีปกครอง

5.2 ทำให้ทราบแนวความคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไต่เถียงข้อพิพาทในคดีปกครอง ในระบบกฎหมายประเทศไทย โดยเฉพาะสัญญาทางปกครอง

5.3 ทำให้ทราบปัญหาเกี่ยวกับการนำการไต่เถียงข้อพิพาทมาใช้ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

5.4 นำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2543 ในส่วนที่เกี่ยวกับการไต่เถียงข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง



บทที่ 2

แนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย และการไกล่เกลี่ยคดีปกครอง

1. ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น

มนุษย์ทุกคนมีอิสระและเสรีภาพ แต่ละคนจึงมีความคิด ความเห็นต่างกันในเรื่องต่างๆ ซึ่งเมื่อนมนุษย์ต้องมาอยู่รวมกันเป็นสังคม จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะเกิดปัญหาความขัดแย้งหรือข้อพิพาทขึ้น ดังนั้น เพื่อให้การดำรงชีวิตอยู่ในสังคมเป็นไปโดยสงบสุข มนุษย์จึงต้องหาวิธีการที่จะยุติข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งวิธีการยุติข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก คือ การฟ้องร้องคดีต่อศาล โดยให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทไปตามกฎหมาย อันเป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับว่ามีความยุติธรรม แต่เนื่องจากกระบวนการพิจารณาตัดสินของศาลใช้ระยะเวลายาวนานและเสียค่าใช้จ่ายมาก ในปัจจุบัน จึงมีแนวคิดเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นนอกจากวิธีการทางศาล (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR) โดยวิธีการระงับข้อพิพาทที่สำคัญและนิยมใช้อย่างแพร่หลาย มีดังนี้¹

1.1.1 การเจรจาต่อรอง (Negotiation) เป็นการระงับข้อพิพาทโดยคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย สมัครงใจที่จะมาพูดคุยรับความเข้าใจกันและพยายามหาข้อยุติที่ทุกฝ่ายต่างเห็นพ้องต้องกัน ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ เป็นวิธีที่ง่ายที่สุด เนื่องจากสามารถทำที่ไหน เมื่อใดก็ได้ที่คู่กรณีสะดวกและเสียค่าใช้จ่ายน้อย เมื่อเปรียบเทียบกับวิธีระงับข้อพิพาทอื่น นอกจากนั้น การเจรจาต่อรองสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้ดี เนื่องจากไม่มีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมในการเจรจาต่อรอง

1.1.2 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องประกอบด้วยบุคคลภายนอก

¹ กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, “การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย”, กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์, หน้า 1-2

หนึ่งคนหรือหลายคนที่คู่กรณีเลือก และแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทและมีความเที่ยงธรรมให้มาทำหน้าที่ อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปโดยรวดเร็ว ตรงตามความเป็นจริง และถูกต้องตามหลักวิชา ตามทางปฏิบัติและตามปกติประเพณี ในเรื่องนั้น และเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว คำชี้ขาดดังกล่าว ย่อมมีผลผูกพันเป็นที่ยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดจะต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป ซึ่งการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น มีความสะดวกรวดเร็วมากกว่าการฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาทั่วไป เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตัดสินว่าจะบังคับหรือปฏิเสธไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามีกรณีใดบ้าง ซึ่งกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ได้มีเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้น

1.1.3 การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (Mediation or Conciliation) เป็นการระงับข้อพิพาท โดยให้บุคคลฝ่ายที่สาม มาทำหน้าที่เป็นคนกลางไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท โดยมีได้ทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ดังเช่น ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งความสำเร็จในการไกล่เกลี่ยเกิดจากความยินยอมและความสมัครใจของคู่กรณี หรือคู่พิพาทเท่านั้น และโดยที่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทมีความยุ่งยากน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับ การฟ้องร้องคดีต่อศาลและบรรยากาศของการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทมีความเป็นกันเองมากกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล จึงทำให้คู่กรณียังคงรักษาสัมพันธภาพที่ดีไว้ได้ อีกทั้งกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทมีความรวดเร็วกว่าการดำเนินคดีในศาล

1.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1.2.1 ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในภาษาอังกฤษมีคำศัพท์อยู่ 2 คำ ที่มีความหมายเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ คำว่า Conciliation หมายถึง การประนอมข้อพิพาท และคำว่า Mediation หมายถึง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งคำศัพท์ทั้งสองคำมีความหมายไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ เป็นการระงับข้อพิพาท โดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลางในการช่วยเหลือให้การตกลงเจรจาบรรลุผล แต่ในทางทฤษฎีของบางประเทศ การประนอมข้อพิพาทจะแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในเรื่องของบทบาท การทำหน้าที่ของคนกลาง ที่เรียกว่า ผู้ประนีประนอม (Conciliator) ซึ่งจะทำหน้าที่ช่วยเหลือให้ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน โดยอาจรวมถึงบทบาทในการช่วยเหลือคู่พิพาทในการยกร่าง

สัญญาประนีประนอม ขอมความด้วยและการประนอมข้อพิพาท จะมีลักษณะที่เป็นทางการมากกว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท² อีกทั้ง ได้มีผู้ให้นิยามของคำว่าไกล่เกลี่ยไว้หลายความหมาย ดังนี้

การไกล่เกลี่ย คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สาม มาช่วยเหลือให้คู่ความเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ ซึ่งกระบวนการดังกล่าว มีประโยชน์ในการช่วยให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย หรือทุกฝ่ายสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันจนทำให้ข้อพิพาทยุติลงได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะมีบทบาทในการกระตุ้นให้คู่กรณีตกลงกันได้ง่ายขึ้น แต่จะไม่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลงให้กับคู่กรณี กล่าวคือ ไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาท ดังเช่นอนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษา ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถทำได้เพียงช่วยแปลข้อความ แนะนำ เสนอแนะ ล่อใจ เกลี่ยกล่อม หรือชี้แนะหนทางที่เป็นไปได้ ในการแก้ไขปัญหาคข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ไกล่เกลี่ย คือ ผู้ที่พยายามนำทางให้คู่กรณีได้พบทางออกของปัญหา ซึ่งเป็นที่พอใจของทุกฝ่าย เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว การไกล่เกลี่ยไม่ได้มีเป้าหมายเพื่อที่จะชี้แนะข้อตกลงให้คู่กรณี แต่ก่อนไปในทางที่จะช่วยทำให้การเจรจาต่อรองง่ายขึ้นและอำนวยความสะดวกให้แก่ การติดต่อเจรจาระหว่างคู่กรณี จนกระทั่งได้รับข้อตกลงร่วมกันหรือมองเห็นทางออกของปัญหา ที่แต่เดิมเป็นทางตัน³

การไกล่เกลี่ย หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางเข้าช่วยเหลือแนะนำในการเจรจาต่อรองของคู่ความเพื่อระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ เพราะการดำเนินการเจรจาต่อรองกันเองระหว่างคู่ความนั้น มักจะมีปัจจัยต่างๆ เข้ามาแทรกแซง อันทำให้การเจรจาดตกลงกันเอง ระหว่างคู่ความไม่ตรงตามประเด็นปัญหาที่พิพาทกันหรือคู่ความมีความขัดแย้งกัน จนไม่สามารถเข้าร่วมการเจรจากันได้ ซึ่งวิธีการที่เหมาะสมสำหรับการแก้ปัญหาอุปสรรคของการเจรจาดตกลงกันเอง ระหว่างคู่ความ ก็คือ การมีคนกลางเข้ามาดำเนินการไกล่เกลี่ย โดยเป็นผู้ช่วยเหลือให้คู่ความได้ทราบและเข้าใจถึงปัญหาที่พิพาทกันและช่วยกำหนดแนวทางการเจรจาต่อรอง อีกทั้งช่วยลดทิวและอารมณ์ โกรธของคู่ความ ประกอบกับชี้แนะแนวทางให้คู่ความเห็นถึงทางออก เพื่อระงับข้อพิพาทด้วย⁴

² สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, (2552), “คู่มือการระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน”, สำนักกระงับข้อพิพาท, กรุงเทพฯ, สำนักงานศาลยุติธรรม, หน้า 12

³ ภาณุ รังสีสหัส, (2548), การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, “รวมบทความการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อ พิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง” สำนักกระงับข้อพิพาท, กรุงเทพฯ, สำนักงานศาลยุติธรรม, หน้า 3

⁴ โชติช่วง ท้วงศ์, (2548) “รวมบทความการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง” การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล สำนักกระงับข้อพิพาท, กรุงเทพฯ, สำนักงานศาลยุติธรรม, หน้า 45

การไกล่เกลี่ย หมายถึง วิธีการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย มาทำหน้าที่ช่วยเหลือ เสนอแนะแนวทางและหาทางออกให้กับคู่พิพาท เพื่อให้คู่พิพาท ตกลงประนีประนอมยอมความกัน⁵

จากคำนิยามที่กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายถึง การระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามซึ่งเรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator) เป็นคนกลางเข้ามาช่วยเหลือแนะนำให้การเจรจาต่อรองของคู่กรณีประสบความสำเร็จ เพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน โดยคู่กรณีสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันที่เป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่าย (Win – Win Situation) อันจะทำให้ข้อพิพาทที่มีอยู่หมดสิ้นไป ทั้งนี้ ความเห็น หรือคำแนะนำของผู้ไกล่เกลี่ย ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม คู่กรณียังคงมีอิสระและเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะแก้ไขปัญหาข้อพิพาทด้วยตนเอง

1.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ทฤษฎี⁶ คือ

1) ทฤษฎีการแข่งขัน

ทฤษฎีนี้มีหลักการว่าผู้เจรจาที่มีประสิทธิภาพ คือ ผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายและสามารถรักษาผลประโยชน์ของลูกความไว้ได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยอาจเป็นผลประโยชน์ในลักษณะของเงินตราหรือวัตถุและเป็นผู้ที่เข้าใจถึงอำนาจที่ตนมีอยู่และใช้อำนาจดังกล่าว โดยไม่ชักช้าเพื่อประโยชน์ของลูกความ ซึ่งทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานว่า สังคมอยู่ภายใต้การปกครองหรือการครอบงำ โดยผู้ที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวและมีแนวคิดว่าความประสงค์ของแต่ละฝ่ายเปรียบเสมือนทรัพยากรที่อยู่ภายใต้ระบบการแบ่งปันทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด การตกลงเจรจาจึงเป็นการแจกจ่าย เพื่อให้มีฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์และอีกฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์ รูปแบบของการเจรจาตามทฤษฎีนี้ จึงมีลักษณะที่ทุกฝ่ายต่างถือผลประโยชน์ของตนเป็นสำคัญ เพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์มากที่สุด ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสียผลประโยชน์ ดังนั้น เมื่อมีการตกลงเจรจากัน แต่ละฝ่ายทั้งนี้มักกฎหมายหรือคู่ความต่างก็มีความประสงค์ที่จะให้บรรลุความต้องการของตนมากที่สุด

2) ทฤษฎีการแก้ปัญหา

ทฤษฎีนี้มีหลักการว่าผู้เข้าร่วมการเจรจาทุกคนมีผลประโยชน์ร่วมกันบางประการ เนื่องจากทุกคนอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมของสังคมเดียวกัน ทุกคนจึงต้องมีส่วนร่วมในการแก้ปัญหาร่วมกันเพื่อทำข้อตกลงด้วยความสมัครใจ โดยทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า ความขัดแย้ง

⁵ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, (2552), อ้างแล้วในเชิงอรรถ(2) หน้า 11

⁶ สรายุทธ เบญจกุล, (2539), “เทคนิคการไกล่เกลี่ย: ยุทธศาสตร์ และทฤษฎีการเจรจา”, กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์ศาลแพ่ง, หน้า 73-78

เป็นปัญหาที่ต้องศึกษาและแก้ไขร่วมกัน โดยคู่ความทั้งสองฝ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งทฤษฎีการแก้ปัญหา มีหลักการสำคัญ 5 ประการ คือ (1) แยกปัญหาความสัมพันธ์ส่วนตัวออกจากข้อขัดแย้งและแก้ไขแต่ละปัญหาแยกต่างหากจากกัน (2) เน้นความสำคัญของประโยชน์ได้เสียและความต้องการของคู่ความ ซึ่งไม่ใช่ฐานะของคู่ความ เนื่องจากการเน้นถึงฐานะที่ต่างกันของคู่ความจะทำให้การไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมยอมความยากขึ้น โดยคู่ความจะต้องหาทางประสานผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายและเน้นถึงการได้รับประโยชน์ร่วมกัน (3) คิดหาทางเลือกหลายวิธีซึ่งคู่ความจะได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน (4) ยืนยันการใช้ข้อบังคับประกอบต่างๆ ที่ต้องนำมาใช้ในการตัดสินใจ เพื่อประเมินทางเลือก (5) เข้าใจและแสวงหาทางเลือกที่ดีที่สุดในการเจรจาตกลงทำสัญญา

1.2.3 หลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีหลักการที่สำคัญ ดังนี้⁷

1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีคู่กรณี ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปและมีคนกลางที่เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย เข้ามาช่วยเหลือในการเจรจาของคู่กรณี ซึ่งแตกต่างจากการเจรจาต่อรองที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องดำเนินการตกลงเจรจากันเอง โดยไม่มีบุคคลที่สามเข้าร่วมในการเจรจาด้วย

2) คู่กรณีต้องสมัครใจเลือกใช้ชีวิตการไกล่เกลี่ย เนื่องจากบุคคลที่สามที่จะเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ย ต้องอาศัยความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ ดังนั้น ก่อนที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะดำเนินการไกล่เกลี่ยควรให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและลงชื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ

3) หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย กล่าวคือ ผู้ไกล่เกลี่ยจะคอยช่วยเหลือ แนะนำและชี้แนะหาหนทางในการแก้ไขปัญหาคู่กรณี เพื่อให้คู่กรณีตกลงเจรจาระงับข้อพิพาทกันได้ แต่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจตัดสินใจชี้ขาดข้อพิพาท ดังเช่นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความเห็นและคำแนะนำของผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม โดยการที่คู่กรณีจะตกลงระงับข้อพิพาทกันได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของคู่กรณีเอง

4) คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย เมื่อกฎหมายมิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น บุคคลใดก็ตาม ที่คู่กรณียินยอมให้ทำการไกล่เกลี่ยย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยได้ แต่บุคคลที่สามที่จะเข้ามาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลาง ไม่ลำเอียง ไม่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อพิพาทและควรเป็นบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยอมรับและให้ความเคารพนับถือจึงยินยอมให้ทำการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้สำหรับการ

⁷ ชลิตา ศรีสง่า, (2552), “ข้อจำกัดของกฎหมายในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีแพ่งของศาลยุติธรรม”, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 28-30

ใกล้เคียงข้อพิพาทในศาลหรือของสถาบัน ใกล้เคียงข้อพิพาทโดยทั่วไป ผู้ใกล้เคียงจะต้องมีคุณสมบัติตามระเบียบข้อบังคับที่ใช้ในศาลหรือสถาบันนั้น ๆ

5) การเจรจาของคู่ความในการใกล้เคียงข้อพิพาทต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผูกพันทางสังคมและความรู้สึกของมนุษย์ยิ่งกว่าการโต้แย้งตามหลักตรรกศาสตร์ โดยพยายามเจรจาให้บรรลุถึงข้อตกลงที่เป็นที่พอใจร่วมกันของคู่ความทั้งสองฝ่าย จึงไม่มีฝ่ายใดแพ้หรือฝ่ายใดชนะ แต่ถือว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายชนะด้วยกันทั้งคู่

6) ผลของการใกล้เคียงข้อพิพาท ในกรณีที่มีการใกล้เคียงข้อพิพาทประสบความสำเร็จ หากเป็นการใกล้เคียงข้อพิพาทในศาล คู่ความก็จะจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความ และให้ศาลพิพากษาตามยอม หรืออาจถอนฟ้องก็ได้ หากเป็นการใกล้เคียงข้อพิพาทนอกศาล คู่กรณีก็จะจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความตามลักษณะที่กฎหมายกำหนด แต่ในกรณีที่มีการใกล้เคียงข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ คู่กรณีอาจต้องไปใช้วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการหรือการดำเนินคดีในศาล

1.2.4 ประเภทของการใกล้เคียงข้อพิพาท

การใกล้เคียงข้อพิพาทสามารถกระทำได้นับตั้งแต่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยที่คู่กรณียังมีได้นำข้อพิพาทดังกล่าว ไปฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลและสามารถกระทำได้ แม้ข้อพิพาทนั้นได้ถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลแล้ว การใกล้เคียงข้อพิพาทจึงอาจแบ่งออกเป็นประเภทได้ ดังนี้

1) การใกล้เคียงข้อพิพาทในศาล

การใกล้เคียงข้อพิพาทในศาล เป็นการใกล้เคียงข้อพิพาทหรือคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล โดยมีผู้ใกล้เคียงเป็นบุคคลภายนอกที่สมัครเป็นผู้ใกล้เคียงในศาลนั้นๆ หรืออาจให้ผู้พิพากษาหรือเจ้าหน้าที่ศาลซึ่งได้รับการฝึกอบรมด้านการใกล้เคียงข้อพิพาททำหน้าที่เป็นผู้ใกล้เคียงก็ได้⁸ โดยศาลเป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งคู่ความอาจเข้าสู่กระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทได้ ตั้งแต่เริ่มต้นฟ้องคดีหรือในเวลาใด ๆ ระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเมื่อคู่ความตกลงกันให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาทหรือศาลเห็นควรจัดให้มีการใกล้เคียงคดี ทั้งก่อนวันที่ศาลนัดชี้สองสถานหรือนัดสืบพยาน หรือหลังวันนัดดังกล่าวก็ได้ ทั้งนี้ คู่ความที่ประสงค์จะขอใกล้เคียงข้อพิพาทอาจติดต่อศูนย์ใกล้เคียงข้อพิพาทประจำศาลนั้นๆ ได้⁹

⁸ นาดาชา วศินดิลก, (2555), “การใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีปกครอง : จากประสบการณ์ของ ฝรั่งเศส เยอรมนี และ ออสเตรเลียสู่ศาลปกครองไทย”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, 12,3, หน้า 7

⁹ รัตนลักษณ์ นาดนิตธาดา, (2551), “การใกล้เคียงคดีปกครองโดยศาลปกครอง”, วิทยานิพนธ์ปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต, รัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 11

ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำโดยผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย ผู้พิพากษาท่านนั้นจะไม่อาจร่วมเป็นองค์คณะตัดสินคดีนั้นได้อีก ทั้งนี้ ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั้น อาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเมื่อใดก็ได้ตามที่เห็นสมควร โดยในประเทศ ส่วนใหญ่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี แต่ในบางประเทศ ศาลสามารถ ส่งคดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยความยินยอมของคู่กรณีและ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยส่วนใหญ่จะทำในศาลนั่นเอง ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกรณีที่ คู่กรณีสามารถตกลงกันได้ ปกติแล้วคู่กรณีจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันและศาลจะมี คำพิพากษาหรือคำสั่งไปตามที่ยอมกันนั้น หรือหากตกลงกันได้เพียงบางส่วน คดีก็จะกลับเข้าสู่ กระบวนการพิจารณาคดีโดยศาลและศาลก็จะสืบพยานหลักฐานและมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเฉพาะ ในประเด็นที่ตกลงกันไม่ได้เท่านั้น¹⁰

2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการ ฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาล หรือหากได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลแล้ว คู่กรณีก็ยังคงอาจดำเนินการ ให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเองนอกศาลได้ เพราะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นทำโดยองค์กรอื่น ภายนอกศาลซึ่งไม่มีความเชื่อมโยงกับการพิจารณาคดีของศาล และองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยนั้น อาจเป็นองค์กรภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ได้¹¹ ซึ่งคู่กรณีพิพาทจะตกลงให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลาง ช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาท ซึ่งคู่ความอาจดำเนินการเจรจาตกลงกันเองหรือมอบข้อพิพาท ให้สำนักงานหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ดำเนินการให้ก็ได้ เช่น ยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ย ต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ให้ดำเนินการ ไกล่เกลี่ยให้ก็ได้¹²

ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลประสบผลสำเร็จ โดยทั่วไป คู่กรณีจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่เดิมและผูกพันตาม ข้อตกลงที่เกิดขึ้นใหม่ หากเป็นการไกล่เกลี่ยก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล ถ้าคู่กรณีไม่ปฏิบัติตาม สัญญาประนีประนอมยอมความ ก็สามารถนำสัญญาดังกล่าวมาฟ้องร้องต่อศาลได้ แต่หากเป็นกรณี ที่มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว และคู่ความดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยกันเองนอกศาล ก็สามารถนำ สัญญาประนีประนอมยอมความมาให้ศาลพิพากษาตามยอมหรืออาจถอนฟ้องก็ได้ ส่วนการ

¹⁰ นาดาชา วศินดิถก, (2555), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (8), หน้า 7

¹¹ นาดาชา วศินดิถก, (2555), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (8), หน้า 8

¹² รัตนลักษณ์ นาดนดิธาตา, (2551), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (9), หน้า 12

ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลที่ไม่ประสบผลสำเร็จนั้น คู่กรณีอาจต้องระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการหรือคำวินิจฉัยในศาล¹³

1.2.5 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่มีความยืดหยุ่นและไม่เป็นทางการ โดยอาจสรุปกระบวนการไกล่เกลี่ย¹⁴ ได้เป็นขั้นตอนหลัก ๆ ดังต่อไปนี้

1) เตรียมการ

เริ่มต้นจากการให้ผู้ไกล่เกลี่ยอธิบายบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยบทบาทของ คู่กรณี และสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมทั้งหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้คู่กรณีทุกฝ่ายรับทราบ

2) แสดงจุดยืนของคู่กรณีและการจัดทำข้อสรุปของผู้ไกล่เกลี่ย

ขั้นตอนนี้จะเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงจุดยืนของตนในประเด็น ข้อพิพาท ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือในการสรุปประเด็นต่างๆ ที่เกิดขึ้นจาก กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ข้อสรุปที่ได้ต้องนำมาให้คู่กรณีตรวจสอบความถูกต้องอีกครั้ง ในขั้นตอนนี้ คู่กรณีจะได้รับโอกาสในการชี้แจงแสดงข้อกังวลหรือจุดยืนของตนให้กับคู่กรณีอีก ฝ่ายหนึ่งทราบ โดยผู้ไกล่เกลี่ยต้องสร้างบรรยากาศที่เอื้อต่อการพูดคุยเจรจาและสร้างความเข้าใจ ต่อกัน เพื่อเปิดช่องทางให้สามารถแสวงหาข้อยุติแห่งคดีร่วมกันต่อไปได้

3) ระบุประเด็นข้อพิพาทและแสวงหาแนวทางยุติปัญหา

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนการอำนวยความสะดวกให้คู่กรณีได้ร่วมกันระบุ ประเด็นข้อพิพาท และแสวงหาแนวทางในการระงับข้อพิพาท ตามประเด็นข้อพิพาทที่ได้ระบุไว้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจจัดเตรียมเครื่องมือต่างๆ เช่น กระดานชนวน หรืออุปกรณ์อื่น เพื่อใช้สำหรับระบุ ประเด็นข้อพิพาท ทั้งนี้ รูปแบบของการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาท ต้องเป็นแบบ มีส่วนร่วมและไม่เป็นทางการ

4) การร่วมแลกเปลี่ยนสนทนา

ผู้ไกล่เกลี่ยจะช่วยคู่กรณีให้ได้ร่วมแลกเปลี่ยนถกเถียงกัน ในประเด็นหลัก ของข้อพิพาทหรือช่วยคู่กรณีให้ได้เจรจาทกลงกัน ตามประเด็นข้อพิพาทที่ได้ระบุไว้ในขั้นตอนที่ 3 การที่คู่กรณีได้พูดคุยเจรจากันโดยตรง จะทำให้ได้รับความกระจำต่อข้อสงสัยของแต่ละฝ่ายและ ทำให้คู่กรณีเข้าใจกันมากยิ่งขึ้น

¹³ รัตนลักษณ์ นาดนิตธาตา, (2551), อ้างแล้วในเชิงบรรณ (9), หน้า 12

¹⁴ นาดาชา วสินติก, (2555), อ้างแล้วในเชิงบรรณ (8), หน้า 8-10

5) การปรึกษาส่วนตัว

คู่กรณีจะมีโอกาสได้แสดงความเห็นและเสนอข้อมูลต่างๆ ต่อผู้ไกล่เกลี่ยอย่างเป็นทางการเป็นส่วนตัว ขั้นตอนนี้จะเป็นอย่างยิ่งต่อคู่กรณีฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่าย ซึ่งอาจมีความสะดวกใจยิ่งกว่า หากจะได้เสนอความเห็นและข้อมูลของตนต่อผู้ไกล่เกลี่ยโดยไม่มีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งร่วมรับฟังด้วย อีกทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อคู่กรณีที่จะได้มีโอกาสในการเตรียมการเจรจาและกำหนดทางเลือกในการยุติข้อพิพาท เมื่อต้องเจรจากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ในขั้นตอนต่อไป

6) การเจรจาร่วม

คู่กรณีทั้งสองฝ่าย จะได้เข้าร่วมเจรจาเพื่อแสวงหาข้อยุติในประเด็นข้อพิพาท และแสวงหาข้อตกลงร่วมกัน ซึ่งขั้นตอนการเจรจาร่วมนี้ อาจกระทำสลับกับขั้นตอนการปรึกษาส่วนตัวได้

7) การประชุมร่วมครั้งสุดท้าย

คู่กรณีและผู้ไกล่เกลี่ยจะร่วมถกเถียงกันในประเด็นข้อพิพาทและแสวงหาทางออก เพื่อยุติข้อพิพาทแห่งคดี โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะช่วยอำนวยความสะดวกให้คู่กรณีได้เจรจาดตกลงกันเป็นครั้งสุดท้าย และช่วยปรับปรุงข้อตกลงที่เหมาะสมกับข้อพิพาทนั้น ในการเจรจาลงท้ายนี้ คู่กรณีอาจได้ข้อยุติแห่งคดีหรือไม่ก็อาจต้องมีการเลื่อนการประชุมครั้งสุดท้ายนี้ออกไป เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้คิดและตัดสินใจก่อนที่จะตกลงกัน ในครั้งสุดท้ายนี้ หากคู่กรณีสามารถแสวงหาข้อยุติร่วมกันได้ คู่กรณีอาจทำสัญญาประนีประนอมยอมความตามที่ได้ตกลงกันและขอให้ศาลพิพากษาตามยอมก็ได้

1.2.6 ปัจจัยที่มีผลต่อความสำเร็จของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะประสบความสำเร็จหรือไม่ เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับหลาย ๆ ปัจจัย¹⁵ ดังนี้

1) ช่วงเวลาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ช่วงเวลาที่เหมาะสมต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นช่วงเวลาใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นประเภทของข้อพิพาท จำนวนคู่กรณีหรือลักษณะของบุคคลและข้อพิพาทที่ต้องการไกล่เกลี่ย ยกตัวอย่างเช่น คดีเกี่ยวกับสัญญาซึ่งมีคู่กรณีเพียงสองฝ่าย ต่างฝ่าย ต่างก็รู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทดีและไม่จำเป็นต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญในการให้ความเห็นแต่อย่างใดนั้น เป็นประเภทข้อพิพาทที่เหมาะสมในการนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ และควรนำมาใช้ตั้งแต่เริ่มต้นคดี ในขณะที่คดีที่มีผู้มีส่วนได้เสียในคดีเป็นจำนวนมากดังเช่น

¹⁵ นาดาชา วศินดิถก, (2555), อ้างแล้วในเชิงบรรณ (8), หน้า 10-12

คดีเกี่ยวกับความบกพร่องจากการก่อสร้าง ซึ่งจำเป็นต้องมีการรวบรวมพยานหลักฐานมากกว่าและอาจต้องอาศัยความรู้เฉพาะด้าน จากพยานผู้เชี่ยวชาญ ช่วงเวลาที่เหมาะสมต่อการไต่ถามข้อพิพาทจึงอาจต้องขยายออกไป จนกว่าจะมีข้อมูลที่มากเพียงพอเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจ ขณะเดียวกันการปล่อยให้ความล่าช้าออกไปก็อาจมีผลทำให้คู่กรณีต้องสิ้นเปลืองเงินทอง กับการดำเนินคดีมากขึ้น ส่งผลทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ต้องการไต่ถาม เพราะไม่ได้ช่วยให้คู่กรณีประหยัด ไม่ว่าจะเป็นเงินหรือเวลา

นอกจากปัจจัยที่มีผลต่อช่วงเวลาที่เหมาะสมของการไต่ถามข้อพิพาทในเชิงปริมาณ เช่น จำนวนคู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไต่ถามข้อพิพาทแล้ว ปัจจัยในเชิงคุณภาพ เช่น การกำหนดตัวผู้มีอำนาจตัดสินใจของแต่ละฝ่ายเพื่อเข้าร่วมกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท และความมุ่งมั่นให้เกิดการไต่ถามข้อพิพาทของผู้มีอำนาจตัดสินใจเหล่านั้น ก็มีผลต่อช่วงเวลาที่เหมาะสมต่อการไต่ถามข้อพิพาทด้วย

จึงอาจสรุปได้ว่า การไต่ถามข้อพิพาทสามารถทำได้ทุกช่วงเวลาตั้งแต่ก่อนเริ่มฟ้องคดี ช่วงเริ่มต้นฟ้องคดี หรือช่วงเวลาใดๆ ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ทั้งนี้ตามความเหมาะสมของแต่ละคดี โดยผู้ไต่ถามจะมีบทบาทสำคัญยิ่งต่อความสำเร็จของการไต่ถามข้อพิพาทและการเลือกช่วงเวลาที่เหมาะสมต่อการไต่ถามข้อพิพาทนั้น จะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างระยะเวลาที่ต้องการใช้ในการรวบรวมข้อมูลให้เพียงพอต่อการไต่ถามข้อพิพาทกับค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากการปล่อยไว้ระยะเวลานั้นล่วงเลยไป อย่างไรก็ตาม ผู้ไต่ถามพึงตระหนักถึงประโยชน์ของการใช้การไต่ถามข้อพิพาท เพื่อเป็นเครื่องมือในการรวบรวมข้อมูลต่างๆ ด้วย และหากผู้ไต่ถามสามารถวางแผนการรวบรวมข้อมูลได้ดี การไต่ถามข้อพิพาทก็จะเกิดขึ้นได้เร็ว โอกาสที่การไต่ถามข้อพิพาทจะประสบผลสำเร็จก็มีมากขึ้น

2) บทบาทของผู้ไต่ถาม

บทบาทของผู้ไต่ถาม คือ การช่วยเหลือให้การเจรจาระหว่างคู่กรณีเกิดขึ้นได้ โดยผู้ไต่ถามต้องไม่แสดงความเห็นของตนต่อจุดยืนของคู่กรณี ไม่ว่าฝ่ายใดและพยายามทำให้คู่กรณีมองไปที่อนาคตและความต้องการของตนมากกว่าการมองย้อนกลับไปในอดีต ทั้งนี้ ผู้ไต่ถามต้องเป็นผู้มีทักษะในการไต่ถามข้อพิพาท โดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่ไต่ถามแต่อย่างใด

3) ผู้เข้าร่วมกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท

ผู้เข้าร่วมกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท ควรมีจำนวนน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และคู่กรณีควรเข้าสู่กระบวนการไต่ถามข้อพิพาทด้วยตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องมีทนายความเข้าร่วมในการไต่ถามข้อพิพาทแต่อย่างใด

4) การเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าสู่การ โกล่เกลี่ยข้อพิพาท

คู่กรณีต้องจัดเตรียมสรุปข้อมูล เพื่อส่งให้ผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ โดยต้องส่งล่วงหน้าอย่างน้อย 1 สัปดาห์ ก่อนเริ่มการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและหากสามารถแสวงหาข้อยุติร่วมกันได้ คู่กรณีก็ควรต้องลงนามในข้อตกลงนั้นด้วย ทั้งนี้ คู่กรณีควรมีทัศนคติที่ดีต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1.2.7 ข้อดีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท¹⁶

1) *ประหยัดค่าใช้จ่าย* เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่มีค่าใช้จ่ายน้อย เมื่อเปรียบเทียบกับการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล และศาลบางแห่งอาจให้บริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายก็ได้ นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งใช้เวลาในการดำเนินการไม่นานยังช่วยประหยัดค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินคดี เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าไต่สวน ทนายความ หรือที่ปรึกษาทางกฎหมาย ค่าดำเนินการในชั้นอุทธรณ์ ฎีกา รวมถึง ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ในชั้นบังคับคดีด้วยและหากผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำให้คดียุติไปด้วย การประนีประนอมยอมความหรือถอนคำฟ้องก็จะได้รับค่าธรรมเนียมศาลคืนอีกด้วย

2) *สะดวก* เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่ไม่มีแบบพิธีและสามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยในสถานที่ใดก็ได้ ตามความเหมาะสม

3) *รวดเร็ว* โดยปกติแล้ว การพิจารณาคดีโดยศาลจะใช้เวลาอย่างน้อยปีหรืออาจนานกว่านั้น หากรวมระยะเวลาในการพิจารณาคดีตั้งแต่ศาลชั้นต้นจนกระทั่งศาลฎีกา แต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะใช้นานน้อยกว่ามากในการแสวงหาข้อยุติแห่งคดี และแม้ว่าคู่กรณี จะไม่สามารถตกลงกันได้ แต่ด้วยเหตุที่การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะใช้ระยะเวลาไม่นานนัก จึงทำให้ศาลสามารถพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปได้โดยเร็ว คู่กรณีจึงไม่สามารถใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเครื่องมือในการประวิงการพิจารณาคดีให้ล่าช้าออกไป

4) *ความลับ* โดยที่การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะเป็นความลับพยานหลักฐานที่ได้จากกระบวนการดังกล่าว จะไม่นำไปเปิดเผยหรือใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นการพิจารณาคดีของศาล เว้นแต่คู่กรณีจะยินยอม และโดยทั่วไปจะมีข้อกำหนดให้ผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย

5) *ความยืดหยุ่น* เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจใช้เพื่อยุติข้อพิพาททั้งหมด หรือจำกัดเฉพาะประเด็นใด ประเด็นหนึ่งแห่งคดีก็ได้ โดยส่วนที่ไม่ได้ข้อยุติหรือไม่ได้เป็นประเด็นที่นำมาไกล่เกลี่ยก็จะเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลต่อไป

¹⁶ นาดาชา วศินดิลก, (2555), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (8), หน้า 12-15

6) ความเชี่ยวชาญของผู้ไกล่เกลี่ย กล่าวคือ ผู้ไกล่เกลี่ยโดยส่วนใหญ่จะเป็นบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ และดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้ประมวลจริยธรรมผู้ไกล่เกลี่ย จึงช่วยให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ

7) ความยอมรับของกลุ่ม เมื่อกลุ่มได้ตกลงร่วมกันถึงข้อยุติแห่งคดีแล้ว กลุ่มจะมีแนวโน้มยอมรับและปฏิบัติตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ยิ่งกว่าผลจากคำพิพากษาที่เกิดจากการชี้ขาดของศาล ซึ่งในหลายๆ กรณีจำเป็นต้องมีการบังคับคดีต่อไป

8) ผลยุติแห่งคดีที่เป็นที่พึงพอใจแก่คู่กรณี โดยที่ผลยุติที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นข้อยุติที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเห็นตรงกัน จึงสร้างความพึงพอใจให้กับคู่กรณียิ่งกว่าผลแห่งคำพิพากษาของศาลที่ต้องมีการชี้ขาด อันเป็นการสร้างความรู้สึกร่วมกันหรือชนะในผลแห่งคดี

9) ผลยุติแห่งคดีที่เหมาะสมกับคู่กรณี เนื่องจากข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดจากการร่วมเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นโอกาสให้คู่กรณีได้แสวงหาข้อยุติที่เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของข้อพิพาทในกรณีของตน โดยคู่กรณีอาจตกลงกันอย่างไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

10) ผลยุติแห่งคดีที่คาดหมายได้และอยู่ภายใต้ความควบคุมของกลุ่ม โดยคู่กรณีในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถแสวงหาข้อตกลง อันเป็นการควบคุมผลแห่งกรณีพิพาทได้เอง อีกทั้งยังเลือกที่จะผูกพันในข้อตกลงอันเป็นผลแห่งกรณีพิพาทนั้นได้ เพื่อประโยชน์ในการหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนของผลที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล

11) ผลยุติแห่งคดีที่สามารถปฏิบัติได้จริง กล่าวคือ ข้อตกลงที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นข้อตกลงที่คู่กรณีสามารถกำหนดเงื่อนไขหรือนั่นตอนใด ๆ เพื่อให้เกิดผลเป็นการปฏิบัติตามข้อตกลงได้จริง

12) การรักษาสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในระยะยาวหรือการยุติความสัมพันธ์กันด้วยดี โดยที่กระบวนการยุติข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะช่วยให้คู่กรณียังคงสามารถรักษาความสัมพันธ์กันต่อไป ในขณะที่การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลที่ต้องมีฝ่ายหนึ่งแพ้และฝ่ายหนึ่งชนะ เป็นกระบวนการยุติข้อพิพาทที่ยากต่อการรักษาความสัมพันธ์ดังกล่าวเอาไว้ คู่กรณีจึงยังคงสามารถอยู่ร่วมกันในชุมชน หรือทำธุรกิจร่วมกัน ตลอดจนสามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจนแล้วเสร็จ ซึ่งจะเป็นผลดีต่อทุกฝ่าย นอกจากนี้ หากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุติความสัมพันธ์กันระหว่างคู่กรณี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ยังช่วยให้การยุติความสัมพันธ์นั้นเป็นไปด้วยดีอีกด้วย

13) สิทธิในการดำเนินคดีในศาล เนื่องจากการไต่ถามข้อพิพาทเป็นเพียง ส่วนเสริมของกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาคดีหลัก ดังนั้น คู่กรณียังคงมีสิทธินำคดีเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลได้

14) ลดปริมาณคดีของศาล โดยกรณีการไต่ถามข้อพิพาทนอกศาลนั้น ข้อพิพาทที่ตกลงกันได้ก็จะไม่เป็นคดีเข้าสู่ศาล ส่วนกรณีการไต่ถามข้อพิพาทในศาลจะช่วยลด ปริมาณคดีค้างการพิจารณา และช่วยให้ตุลาการมีเวลาในการพิจารณาคดีที่มีข้อกฎหมายยุ่งยากหรือ มีประเด็นข้อพิพาทที่ซับซ้อน โดยประเด็นข้อเท็จจริงส่วนใหญ่จะยุติไปด้วยกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท

15) ส่งเสริมหลักนิติธรรม เนื่องจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลใน ฐานะที่เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทหลักนั้น บางครั้งอาจไม่สามารถทำงานได้มีประสิทธิภาพเต็มที่ ด้วยข้อจำกัดบางประการ การนำการไต่ถามข้อพิพาทมาใช้ในศาล จึงถือเป็นช่องทางเสริมให้ ระบบการทำงานของศาลสามารถทำงานได้ดียิ่งขึ้น และเป็นการส่งเสริมให้หลักนิติธรรมเกิดขึ้น อย่างสมบูรณ์

เมื่อพิจารณาข้อดีของการไต่ถามข้อพิพาทแล้วจะเห็นได้ว่า การไต่ถามข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นการไต่ถามข้อพิพาทในศาลหรือนอกศาลก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมาก อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้¹⁷

1) ประโยชน์ที่สังคมโดยรวมจะได้รับจากการไต่ถาม คือ เป็นการลด ข้อขัดแย้งและก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม เนื่องจากหากไม่ดำเนินการระงับข้อพิพาท ที่เกิดขึ้น จะทำให้ความขัดแย้งขยายตัวออกไปเป็นวงกว้าง และอาจสร้างความแตกแยกให้เกิดขึ้น ในสังคม จึงควรระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นเหตุแห่งความแตกแยกดังกล่าวตั้งแต่เบื้องต้น โดยหาทางให้ คู่กรณีเข้าร่วมการตกลงเจรจาเพื่อประนีประนอมยอมความกันก็จะทำให้ความขัดแย้งจบลงได้และ มิตรภาพก็ยังคงมีอยู่ต่อไป

2) ประโยชน์ที่คู่ความจะได้รับจากการไต่ถาม คือ ประหยัดเวลาและ ค่าใช้จ่าย เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ศาลอาจกำหนดวันนัดคู่ความให้มาศาล มากกว่าหนึ่งครั้ง ซึ่งหากคู่ความสามารถระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ คู่ความก็ไม่ต้องเสียเวลาและ ค่าใช้จ่ายเพื่อเดินทางไปศาล และหากคู่ความสามารถตกลงกันได้ ซึ่งเป็นกรณีที่ดีกว่าคู่ความได้รับ ชัยชนะทั้งสองฝ่าย โดยคู่ความทั้งสองฝ่ายต่างก็จะรู้สึกว่าคุณได้ได้รับความยุติธรรม อีกทั้งในกรณี

¹⁷ กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, อ้างแล้วในเชิงอรรถ (1), หน้า 8

ที่เป็นคดีเกี่ยวกับครอบครัวก็อาจทำให้สัมพันธภาพของกลุ่มพิพาทกลับคืนเหมือนเดิม ซึ่งทำให้กลุ่มพิพาทสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างมีความสุข

3) ประโยชน์ที่ศาลจะได้รับจากการไกล่เกลี่ย คือ คดีความเสร็จสิ้นไปโดยเร็ว ทำให้ปริมาณคดีของศาลลดลง อีกทั้งยังลดปริมาณงานของศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาและชั้นบังคับคดีด้วย

4) ประโยชน์ที่รัฐจะได้รับจากการไกล่เกลี่ย คือ ประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น ค่าเน่า และค่าไฟฟ้า เป็นต้น และทำให้คดีไม่ติดค้างอยู่ในศาลเป็นระยะเวลาานาน ซึ่งอาจทำให้เศรษฐกิจหยุดชะงักได้ เนื่องจากบางคดีอาจมีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของกลุ่มพิพาทระหว่างพิจารณาไว้ ทำให้ฝ่ายที่ถูกยึดหรืออายัดไม่สามารถประกอบกิจการได้

1.2.8 ข้อจำกัดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท¹⁸

1) ความไม่มีสภาพบังคับ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดขึ้นจากความยินยอมของกลุ่มกรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งหากกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือเมื่อเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วต่อมาไม่ประสงค์จะไกล่เกลี่ยอีกต่อไป จะมีผลทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องสิ้นสุดลง นอกจากนี้ ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่มีสภาพบังคับทำให้คดีที่ต้องการผลที่มีสภาพบังคับ เช่น การบังคับให้องค์กรปกครองท้องถิ่นปฏิบัติหน้าที่นั้นเหมาะที่จะใช้การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลมากกว่า

2) เป็นช่องทางในการประวิงคดี โดยกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่มีเจตนาในการยุติข้อพิพาทอย่างแท้จริง อาจใช้ช่องทางการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อประวิงเวลา ทำให้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ

3) ข้อตกลงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความนอกศาล เมื่อกรณีตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความนอกศาลกันแล้ว หากมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา จะมีผลทำให้ต้องไปฟ้องร้องขอให้ศาลพิพากษาให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ จึงไม่สามารถขอให้บังคับคดีได้ทันที ดังเช่นคำพิพากษาของศาล หรือการพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความในศาล

4) ความเป็นกลาง โดยผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความเป็นกลาง จึงไม่สามารถให้คำแนะนำเป็นส่วนตัวต่อกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ทำให้กรณีต้องปรึกษานายความ และทำให้ไม่สามารถแสวงหาทางออกของปัญหาร่วมกับกรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้อย่างแท้จริง

¹⁸ นาดาชา วศินดิลก, (2555), อ้างแล้วในเชิงอรธ (8), หน้า 16-17

5) ข้อพิพาทบางประเภทไม่เหมาะสมต่อการไกล่เกลี่ย เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการแสวงหาข้อยุติในประเด็นข้อพิพาท ซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันพิจารณาทางออกของปัญหา แต่ในข้อพิพาทที่มีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายผิดอย่างชัดเจน โดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีส่วนผิดด้วยแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ไม่มีส่วนผิดมักจะไม่ประสงค์ที่จะไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ข้อพิพาทในบางประเภท เช่น ข้อพิพาทที่ต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อพิพาทที่มีผลเป็นการวางหลักกฎหมายก็เป็นประเภทข้อพิพาทที่ไม่เหมาะสมต่อการไกล่เกลี่ย

6) ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่กรณี โดยข้อพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอย่างชัดเจน คู่กรณีฝ่ายที่ด้อยกว่าจะไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนการเจรจาต่อรองได้อย่างเท่าเทียม ทำให้ต้องมีทนายความเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งจะทำให้เพิ่มค่าใช้จ่ายและทำให้ขัดวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ ความประหยัดนั้นไม่บรรลุผล

2. ข้อความคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครอง

2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับคดีปกครอง

2.1.1 ความหมายของคดีปกครอง

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วจะเห็นได้ว่า การจะพิจารณาว่าคดีใดเป็นคดีปกครองจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 2 ประการ ควบคู่กัน¹⁹ คือ

1) คู่กรณีในคดีปกครอง

เป็นคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐพิพาทกันเอง โดยไม่มีเอกชนเข้ามาเกี่ยวข้อง

2) ลักษณะคดี

เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ได้แก่

¹⁹ เชาวณี ขววิสิฐ, (2551), “การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอื่นนอกจากศาลปกครอง”, วิทยานิพนธ์ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 41-48

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

และเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

2.1.2 ข้อแตกต่างระหว่างคดีแพ่งและคดีปกครอง

หลังจากที่ได้ศึกษาถึงความหมายของคดีปกครองแล้ว ทำให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของคดีปกครอง และเพื่อให้เห็นข้อแตกต่างระหว่างคดีแพ่งและคดีปกครอง²⁰ จึงนำคดีแพ่งและคดีปกครองมาเปรียบเทียบ เพื่อให้เห็นความแตกต่างของคดีทั้งสองชัดเจนยิ่งขึ้น

1) ลักษณะข้อพิพาท

ลักษณะข้อพิพาทคดีแพ่งเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับรัฐหรือองค์กรมหาชนอื่น ๆ แต่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเอกชน ส่วนข้อพิพาทในคดีปกครองเกิดมาจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองหรือองค์กรมหาชนอื่น ๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนที่สามารถกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้เอกชนได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนก่อน ซึ่งความแตกต่างของข้อพิพาทในคดีแพ่งและคดีปกครองนี้มีพื้นฐานอยู่บนความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน ซึ่งมีข้อแตกต่างหลายประการ ดังนี้

(1) นิติกรรมตามกฎหมายเอกชนอยู่ภายใต้หลักอิสระในทางแพ่งหรือเสรีภาพในการทำสัญญา ส่วนนิติกรรมทางปกครองจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายเสมอและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีความประสงค์ได้แก่ในเรื่องและตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(2) การแสดงเจตนาของเอกชนนั้นมีข้อจำกัดอยู่ที่ตัวเอกชนนั่นเองเท่านั้น เว้นแต่ในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นเท่านั้นที่จะมีข้อจำกัดโดยเจตนาของบุคคลอื่น ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองมักจะเป็นการออกคำสั่งให้ราษฎรปฏิบัติตามและฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกนิติกรรมของตนเองในภายหลังได้

(3) ข้อขัดแย้งระหว่างนิติกรรมกับกฎหมาย โดยถ้าเป็นนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนขัดแย้งต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วนิติกรรมนั้นย่อมจะไม่สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามที่มุ่งหมายได้ แต่ถ้านิติกรรมทางปกครองขัดต่อกฎหมายแล้วนิติกรรมนั้นก็ยังคงสามารถมีผลตามที่ต้องการต่อไปได้จนกว่าฝ่ายปกครองจะสั่งเพิกถอนนิติกรรมนั้น เว้นแต่จะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ถึงขั้นเป็นโมฆะ ก็ไม่มีผลบังคับได้

(4) การบังคับการให้เป็นไปตามนิติกรรม โดยเอกชนจะบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีคำพิพากษารับรองสิทธิของตน ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองนั้นมีสภาพบังคับต่อเอกชนที่จะต้องปฏิบัติตามได้ทันที โดยที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องไปร้องขอต่อศาลให้มีคำบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครอง

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, (2534), “อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย”, วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 32-35

2) สถานะของคู่ความ

ในคดีแพ่ง คู่ความมีสถานะเท่าเทียมกันอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค โดยเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ซึ่งสถานะทางกฎหมายของเอกชนคนหนึ่ง จะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยความประสงค์ของเอกชนอีกคนหนึ่งเพียงอย่างเดียว โดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากเอกชนนั้นไม่ได้ ซึ่งกฎเกณฑ์เช่นนี้เป็นไปตามหลักสำคัญในเรื่องความสัมพันธ์ทางแพ่ง คือ ความเสมอภาคทางกฎหมายระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน แต่ในกฎหมายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ทางกฎหมายต่างๆ ได้ตามความประสงค์ของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนผู้เกี่ยวข้อง อันเป็นเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน

3) วัตถุประสงค์ของคดี

ในสาขากฎหมายเอกชนนั้น รัฐได้ตรากฎหมายแพ่งขึ้นใช้บังคับ เนื่องจากรัฐต้องการให้มีระเบียบหรือมีกฎเกณฑ์ เพื่อจัดระบบความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันและในกรณีมีข้อพิพาทในทางแพ่งเกิดขึ้น รัฐจะเข้ามาทำให้กฎหมายแพ่งเกิดสภาพบังคับขึ้นด้วยการจัดตั้งศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง ให้เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน และสิ่งที่ผู้พิพากษาจะพิจารณาก็คือ การแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าเป็นมาอย่างไร และผู้พิพากษาก็จะบังคับการให้เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญานั้นเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย สำหรับเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองนั้น รัฐมีความมุ่งหมายที่จะจัดระบบบริหารเพื่อจัดหาบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชน ทั้งนี้ ตามหน้าที่ของรัฐที่จะพึงมีส่วนวัตถุประสงค์ของคดีปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนหรือเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยมีวิธีพิจารณาความปกครองเพื่อสนองประโยชน์สองประการ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน และการควบคุมฝ่ายปกครอง ดังนั้น ลักษณะของการบังคับในคดีปกครองหรือข้อพิพาทในทางปกครอง อาจก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนสองด้าน คือ การกระทบกระเทือนต่อความเป็นอิสระของฝ่ายบริหารที่จะต้องบริหารประเทศ และอีกด้านหนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายบริหาร

4) หลักวิธีพิจารณาความ

หลักกฎหมายวิธีพิจารณาในเรื่องการแสวงหาข้อเท็จจริงของคดีมี 2 หลัก คือ หลักเรื่องการเจรจาระหว่างคู่ความ ซึ่งเป็นหลักวิธีพิจารณาความที่ใช้ในคดีแพ่ง โดยหลักนี้ถือว่า คู่ความเป็นผู้ถูกกระทบสิทธิโดยตรง คู่ความจึงมีอำนาจเหนือของคดีอย่างเท่าเทียมกัน คู่ความอาจจะประนีประนอมยอมความกัน หรือตกลงยอมรับข้อเท็จจริงส่วนหนึ่งส่วนใด หรือทั้งหมด โดยไม่สืบพยานก็ย่อมกระทำได้ ซึ่งจะมีผลให้คู่ความผูกพันข้อเท็จจริงที่ยอมรับกันตลอดไป

ส่วนในคดีปกครองใช้หลักเรื่องการพิสูจน์ความจริงของคดีภายในขอบเขตของคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้องที่ผู้ฟ้องคดีตั้งสิทธิฟ้องคดี ศาลมีหน้าที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญในการวินิจฉัยคดี ในทางทฤษฎีภายใต้หลักเรื่องการพิสูจน์หาความจริง คู่ความไม่มีภาระการพิสูจน์หาความจริงของคดี แต่มีหน้าที่ในการร่วมกันหาข้อเท็จจริง

5) หลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีที่นำมาวินิจฉัยระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครอง

หลังจากที่ได้ศึกษาข้อแตกต่างระหว่างคดีแพ่งและคดีปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่าคดีแพ่งกับคดีปกครองมีสาระสำคัญที่แตกต่างกันหลายประการ ตั้งแต่ลักษณะข้อพิพาท สถานะของคู่ความ วัตถุประสงค์ของคดีและหลักวิธีพิจารณาความ สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ในทางทฤษฎี มีหลักเกณฑ์อะไรที่นำมาวินิจฉัยระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครอง ซึ่งหากพิจารณาถึงการแยกศาลปกครองและอำนาจศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรมและอำนาจของศาลยุติธรรมที่มีพื้นฐานอยู่บนการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนแล้ว เห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีที่นำมาวินิจฉัยระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ก็น่าจะเป็นทฤษฎีที่นำมาใช้แบ่งแยกระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครองได้²¹ เช่น

(1) ทฤษฎีผลประโยชน์

เป็นทฤษฎีที่เก่าแก่ที่สุด โดยทฤษฎีนี้มองที่ตัวประโยชน์ที่อยู่เบื้องหลังของกฎหมายที่เป็นกฎหมายเป็นสำคัญ โดยถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อสนองต่อการรักษาประโยชน์ส่วนรวม จัดเป็นกฎหมายมหาชน ส่วนกฎหมายเอกชน ได้แก่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้มีการชดเชยประโยชน์ของเอกชน หรือกล่าวได้ว่า จุดสำคัญของการแบ่งของทฤษฎีผลประโยชน์จึงอยู่ที่ประโยชน์เป็นสำคัญว่าเป็นประโยชน์ของเอกชนหรือประโยชน์ส่วนรวม

(2) ทฤษฎีคุ้มครอง

ในความเห็นของทฤษฎีคุ้มครอง กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองมหาชน ส่วนกฎหมายเอกชนนั้นเป็นกฎหมายที่สนองความคุ้มครองเอกชน

(3) ทฤษฎีความสัมพันธ์

ทฤษฎีความสัมพันธ์เห็นว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับมหาชนส่วนรวม ส่วนกฎหมายเอกชนนั้นกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, (2534), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (20), หน้า 36-41

(4) ทฤษฎีมีอำนาจเหนือ

ตามทฤษฎีนี้เห็นว่ากฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีฐานะเท่ากัน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือบุคคลในกฎหมายเอกชน โดยเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีสิทธิเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ทั้งนี้ กฎหมายเอกชนจะกำหนดความสัมพันธ์ในลักษณะเสมอภาค ซึ่งการสถาปนาความสัมพันธ์ทางกฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นในลักษณะการตกลง หรือทำสัญญาระหว่างผู้ที่จะมีส่วนร่วมเข้าร่วม ส่วนกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ของบุคคลในลักษณะความสัมพันธ์ที่มีการบังคับบัญชาระหว่างผู้ที่มีอำนาจเหนือกับผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาในลักษณะไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายหนึ่งมีฐานะเหนือกว่า ซึ่งลักษณะหรือเอกลักษณ์ของความสัมพันธ์อำนาจเหนือก็คือ โอกาสที่จะก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่นในรูปแบบของการใช้คำสั่งและใช้คำสั่งบังคับได้โดยฝ่ายเดียว

(5) ทฤษฎีตัวการในทางกฎหมาย

ทฤษฎีนี้ แยกขอบเขตและความแตกต่างของกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน โดยอาศัยการพิจารณาที่ตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้ถือสิทธิหรืออำนาจ กล่าวคือ กฎหมายมหาชนกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายในลักษณะที่รัฐเป็นผู้มีส่วนร่วมในความสัมพันธ์นั้น ในฐานะตัวการในกฎหมาย สำหรับกฎหมายเอกชนนั้นกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่รัฐไม่จำเป็นต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในความสัมพันธ์นั้น

เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่าเป็นเรื่องยากที่จะอาศัยหลักในทฤษฎีใด ทฤษฎีหนึ่ง ที่ได้กล่าวมาแล้วเพียงทฤษฎีเดียวซึ่งขาดลงไปว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน ดังนั้น จึงต้องนำหลักเกณฑ์หลายทฤษฎีมารวมกันเป็นข้อพิเคราะห์ 3 ประการ คือ

ก. พิเคราะห์ถึงกิจการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น ว่าเป็นเรื่องของส่วนรวมหรือเอกชน

ข. พิเคราะห์ถึงผู้ถืออำนาจหรือตัวผู้ทรงสิทธิ คือ ตัวผู้ถืออำนาจหรือสิทธินั้นว่าเป็นใคร

ค. พิเคราะห์ถึงสถานะหรือความสัมพันธ์ของบุคคลในกฎหมายนั้น
อย่างไรก็ตาม แม้จะใช้ทฤษฎีทั้งสามมาพิเคราะห์แบ่งขอบเขตของกฎหมายเอกชนกับมหาชนได้ แต่ก็ยังไม่สามารถนำทฤษฎีทั้งสามมาร่วมกันพิเคราะห์แบ่งระหว่างคดีแพ่งและคดีปกครองได้ เพราะในขอบเขตของกฎหมายมหาชนยังแบ่งออกเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครองและกฎหมายการคลัง ดังนั้น การนำหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีว่าด้วย

การแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมายระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยระหว่างคดีแพ่งและคดีปกครอง จะต้องกำหนดตัวการในกฎหมายมหาชนให้หมายถึงฝ่ายปกครองเท่านั้น และหากนำทฤษฎีตัวการ ทฤษฎีอำนาจเหนือ และทฤษฎีคุ้มครองมาพิจารณาในการแบ่งแยกระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครองรวมกันเป็นข้อพิจารณา 3 ประการ

ก. พิจารณาถึงตัวการในกฎหมาย คดีที่จะเป็นคดีปกครองจะต้องมีฝ่ายปกครองเป็นผู้มีส่วนร่วมในความสัมพันธ์ในฐานะตัวการ และคำว่าฝ่ายปกครองหมายถึงองค์กรมหาชนอื่น หรือเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนในการดำเนินกิจการทางปกครอง ในขณะที่คดีแพ่งเป็นคดีที่มีความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างเอกชนกับเอกชน

ข. พิจารณาถึงสถานะหรือความสัมพันธ์ของบุคคลในกฎหมาย หากเป็นคดีปกครองส่วนใหญ่จะเป็นความสัมพันธ์ซึ่งฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง ความสัมพันธ์ลักษณะนี้เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะไม่เสมอภาค ส่วนในคดีแพ่งเป็นความสัมพันธ์ลักษณะที่เสมอภาค

ค. พิจารณาถึงการคุ้มครอง คดีปกครองเป็นคดีที่มุ่งคุ้มครองสิทธิมหาชน หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอะไรเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนนั้น มีหลักเกณฑ์ 2 ประการ ประการแรก มีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่กำหนดเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ประการที่สอง กฎเกณฑ์ตามกฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนด้วย ส่วนในคดีแพ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิเอกชน

2.1.3 หลักการพื้นฐานของคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถาม

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่

กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดและ (6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองจะพบว่า คดีปกครองมีลักษณะที่สำคัญสองประการ คือ มีคู่กรณีอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยอาจเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และคดีปกครองทุกประเภทต้องมีการกระทำทางปกครองเป็นฐานอยู่เสมอ โดยมีมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีมาจากการกระทำทางปกครองประเภทต่างๆ เมื่อการฟ้องคดีปกครองต่อศาลปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลปกครองพิพากษาแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นๆ แต่หากคู่กรณีไม่รอนศาลมีคำพิพากษา โดยคู่กรณีดำเนินการเจรจาประนีประนอมยอมความกันก่อน โดยมีศาลเป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ยจนกระทั่งมีข้อตกลงระหว่างคู่ความเกิดขึ้น ซึ่งข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการเจรจาประนีประนอมยอมความดังกล่าว นั้น จะมีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี ให้เป็นที่พอใจของคู่ความทั้งสองฝ่าย ข้อตกลงดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองบางประการ ดังนั้น การที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะเจรจาตกลงประนีประนอมยอมความในคดีปกครองแล้วนำข้อตกลงดังกล่าวมาให้ศาลปกครองมีคำพิพากษตามยอม จึงต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานดังกล่าวที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองด้วย ดังนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยหลักนิติรัฐ กล่าวคือ เป็นการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ อันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐ ซึ่งหลักนิติรัฐมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการพื้นฐานสองประการ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น

(1) ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง²²

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำการเฉพาะแต่ภายใน

²² วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, (2543), “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, หน้า 67-68

ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมก็ตาม จึงเห็นได้ว่า กฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มา และข้อจำกัดของอำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งจะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการใดๆ ก็แต่โดยมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำการดังกล่าว ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดด้วย ดังนั้น ในกรณีที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ไปโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ หรือกระทำการนอกเหนือไปจากขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประชาชนมีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดสิ้นไป

(2) เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง²³

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อยสองหลักการ คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ นอกจากนี้ การพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ยังต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองอีกด้วย

ก. หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ซึ่งการผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้สองลักษณะ คือ ลักษณะที่หนึ่ง กรณีที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และลักษณะที่สอง กรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ การดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าว ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะการผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ความหมายของกฎหมายในที่นี้อาจพิจารณาได้เป็นสองกรณี คือ

²³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, (2546), “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานใน กฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง”, กรุงเทพฯ, วิทยุชน, หน้า 22-23

กรณีนี้หนึ่ง กฎหมายที่เป็นฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครอง ในการกระทำการต่างๆ โดยกฎหมายที่จะให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน ได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ส่วนกฎหมายลำดับรอง ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ กระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่กฎหมายลำดับรองเหล่านี้ที่แท้จริงก็คือการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งและจะออกมาใช้บังคับได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยปกติแล้วจึงได้แก่ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

กรณีที่สอง กฎหมายที่เป็นขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง ในการกระทำการต่าง ๆ ซึ่งนอกจากจะหมายถึงกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ อันได้แก่ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติแล้ว ยังรวมถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอื่นอีกด้วย ไม่ว่าจะกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายนั้นจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ เช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายดังกล่าว หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจกำหนดให้องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ในการกระทำการนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การดำเนินการใดๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง จะต้องมิฐานทางกฎหมายเป็นแหล่งที่มาของอำนาจรองรับการกระทำดังกล่าวเสมอ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยแล้ว จะพบว่า โดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามใจปรารถนา การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป โดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรคนใดคนหนึ่งได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีเดียวเท่านั้น คือ กรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ จึงเห็นได้ว่าหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิ

และเสรีภาพของปัจเจกชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน²⁴ อย่างไรก็ตาม แม้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายจะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการต่างๆ ก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวก็มีได้กำหนดผลทางกฎหมายในกรณีที่ต้องกระทำหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการกำหนดผลทางกฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็นนิติบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน ซึ่งในระบบกฎหมายไทย การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกเป็นโมฆะ คือ ไม่มีผลผูกพันใด ๆ ทางกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง เป็นต้น²⁵

ค. ขอบเขตอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง²⁶

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น กำหนดขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตามหลักการดังกล่าวองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และในขณะเดียวกันกฎหมายนั้นก็กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองอีกด้วย ดังนั้น การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการต่างๆ อาจจำแนกได้ 2 ประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง อำนาจผูกพัน²⁷ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพในการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือกฎหมายมิได้กำหนดทางเลือกให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจกระทำการ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติของกฎหมายเกิดขึ้นครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นตามมา ก็คือ ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เช่น ในกรณีที่ชายและหญิงที่ยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติครบถ้วนและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ปรากฏในกฎหมายที่เกี่ยวข้องครบทุกประการแล้ว นายทะเบียนครอบครัวย่อมมี

²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2543), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (22), หน้า 69-70

²⁵ วรเจตน์ ภาศิริตัน, (2546), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (23), หน้า 25-26

²⁶ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, (2533), “ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง”, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 17

²⁷ วรเจตน์ ภาศิริตัน, (2546), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (23), หน้า 52

หน้าที่จะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ยื่นคำขอดังกล่าว หากนายทะเบียนครบถ้วนปฏิเสห ไม่จดทะเบียน การปฏิเสธของนายทะเบียนย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเห็นได้ว่า อำนาจผูกพันดังกล่าว ก็คือ หน้าที่ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตนเอง จึงแสดงให้เห็นว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด

ประเภทที่สอง อำนาจดุลพินิจ²⁸ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายได้เปิดช่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งภายในขอบเขตดังกล่าว อาจมีการปฏิบัติหรือตัดสินใจได้หลายอย่างและไม่ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจอย่างไร การตัดสินใจนั้น ย่อมชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้นหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า องค์กรฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองสมควรที่จะออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และหากจะออกคำสั่งทางปกครอง เนื้อหาของคำสั่งดังกล่าวควรเป็นเช่นไร ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจก็เพื่อที่จะให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาสั่งการโดยคำนึงถึง วัตถุประสงค์ของกฎหมาย ประกอบกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่เป็นรูปธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การ วินิจฉัยสั่งการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับความยุติธรรมเฉพาะกรณี

2) หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

จากการศึกษาหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทำให้ทราบว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้กระทำการนั้นๆ และองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ให้อำนาจโดยไม่กระทำการให้ขัดต่อกฎหมาย ดังกล่าว ซึ่งในกระบวนการของการไต่เถียงคดีปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองเจรจาประนีประนอม ขอมความกับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อระงับข้อพิพาทจนสำเร็จและเกิดเป็นข้อตกลงขึ้นแล้ว ข้อตกลง ดังกล่าวก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยฝ่ายปกครอง ไม่อาจจะเจรจาทำข้อตกลงในเรื่องที่ตนไม่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือมีอำนาจตามกฎหมายแต่ไม่ได้ อยู่ภายในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดได้ นอกจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ทางปกครองแล้ว ยังมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการกระทำทางปกครองอีกประการหนึ่ง ที่จะจำกัดขอบเขตในการทำข้อตกลงประนีประนอมขอมความขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คือ หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ²⁹

²⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2543), อ้างแล้วในเชิงจรด (22), หน้า 89

²⁹ พรพิมล บุญทวีเวช, (2547), “ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง”, วิทยานพนธ์ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 58-60

(1) ความหมายของประโยชน์สาธารณะ

การที่มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่รวมกันเป็นสังคมก็เพื่อให้สังคมนั้นตอบสนองต่อความต้องการในสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของตนในส่วนที่การดำเนินการของเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ เช่น ความต้องการเกี่ยวกับการป้องกันประเทศ หรือเพราะเหตุที่เป็นเรื่องที่มีลักษณะพิเศษไม่เป็นผลประโยชน์แก่บุคคลใดเลย ซึ่งทำให้ไม่มีผู้ใคร่ที่จะเข้ามาจัดการในเรื่องดังกล่าว ดังนั้น การตอบสนองต่อความต้องการพื้นฐานของประชาชนจึงตกเป็นภาระหน้าที่ของรัฐ และความต้องการพื้นฐานของประชาชนเหล่านี้คือขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ

ก. ขุนประเสริฐ สุภมาตรา ให้ความหมายของประโยชน์มหาชนว่า หมายถึง ประโยชน์ส่วนรวมของทุกคนมิใช่ประโยชน์ของคนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง บางคนจึงต้องยอมสละประโยชน์ส่วนตัว เพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเท่ากับเป็นการเสียประโยชน์ทางหนึ่ง แต่ได้รับประโยชน์อีกทางหนึ่ง³⁰

ข. ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ ให้นิยามของคำว่า ประโยชน์สาธารณะว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐ เพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่³¹

ค. รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ให้ความหมายของประโยชน์สาธารณะว่าหมายถึง ความต้องการอันร่วมกันของราษฎรที่ต้องการความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ ความกินดีอยู่ดีทั้งในทางกายภาพและมณฑลจิตใจของราษฎรแต่ละคน ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในสังคม ซึ่งความต้องการดังกล่าวเป็นความต้องการของราษฎรแต่ละคนที่ตรงกัน จึงถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ³²

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า ประโยชน์สาธารณะหมายถึง ผลประโยชน์ที่ตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม โดยผลประโยชน์ดังกล่าวมิได้มีลักษณะที่ให้ประโยชน์เป็นการเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง นอกจากนี้ ประโยชน์สาธารณะยังเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมจากการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในอันที่จะตอบสนองความต้องการของคนในสังคม ทั้งในด้านความมั่นคง การเมือง เศรษฐกิจและการสาธารณสุขไปทุกชั้นพื้นฐานทั้งหลาย แต่ทั้งนี้ มิใช่ว่าทุกคนในสังคมจะได้รับประโยชน์สาธารณะดังกล่าว เพียงแต่ตรงกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมเท่านั้น ทำให้สมาชิกแต่ละคนในสังคมอาจได้รับประโยชน์ไม่เท่ากัน

³⁰ ขุนประเสริฐ สุภมาตรา, (2480), "กฎหมายปกครอง", คำสอนชั้นปริญญาตรี, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 70

³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ, (2538), "กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี", กรุงเทพมหานคร, นิธิธรรม, หน้า 333

³² วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, (2540), "หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง", กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, หน้า 21

(2) ความหมายของหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลักการในทางกฎหมายที่เรียกร้องให้การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของบุคคลในสังคม โดยส่วนใหญ่ หรือเพื่อให้สมาชิกในสังคมได้ประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว หรือได้รับประโยชน์จากกิจการที่รัฐดำเนินการ แต่ทั้งนี้ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่สร้างความพึงพอใจให้แก่ทุกคนในสังคม เพียงแต่ต้องเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับความต้องการส่วนใหญ่ของคนในสังคม และไม่ได้เป็นไปเพื่อความต้องการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ดำเนินการจัดทำกิจการนั้นๆ หรือเป็นการจงใจกระทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง อีกทั้งต้องพิจารณาถึงความต้องการของคนในสังคมที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาด้วย ดังนั้น หากรัฐเพิกเฉยไม่ตอบรับกับความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปก็อาจกลายเป็นว่ารัฐไม่สามารถตอบสนองความต้องการของสาธารณชนได้³³

2.2 การใกล้เคียงข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ต่อไปนี้จะเรียกโดยย่อว่าประเทศเยอรมนี) เป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีระบบกฎหมายปกครองและระบบศาลปกครองที่ได้รับการพัฒนาเป็นอย่างมาก ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ประเทศฝรั่งเศสถือว่ามีวิวัฒนาการทางด้านแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน จึงขอนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสมาเสนอก่อนและตามด้วยแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

2.2.1 การใกล้เคียงข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส

1) แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย ซึ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนั้นเรียกกันว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง³⁴

ทั้งนี้ สัญญาของฝ่ายปกครอง หรือสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนหรือนิติบุคคลอื่น สามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ ประเภทแรก สัญญาทางปกครองซึ่งอยู่

³³ วรเจตน์ ภาศิริตัน, (2546), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (23), หน้า 44-45

³⁴ นุบผา อัครพิมาน, (2545), “สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย”, กรุงเทพมหานคร, สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 20

ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและประเภทที่สอง สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสถานะเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันกับกฎหมายเอกชนหรือหลักกฎหมายแพ่งและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา³⁵

หรืออาจกล่าวได้ว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง อาจแยกได้เป็นสองประเภท คือ สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง และสัญญาทางปกครอง ซึ่งการแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสองประเภท ตามระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส เกิดขึ้นจากเหตุผลสองประการ คือ ประการแรก เป็นเหตุผลในเชิงประวัติศาสตร์ที่ต้องการลดบทบาทของศาลยุติธรรมลงในคดีปกครอง ซึ่งเหตุผลดังกล่าวสอดคล้องกับเหตุผลประการที่สอง ที่เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของตัวสัญญาทางปกครองนั่นเอง โดยวัตถุประสงค์และเนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชนและรัฐหรือฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญาในฐานะของผู้ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของมหาชน ดังนั้น ความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชนจึงไม่อาจตั้งอยู่บนฐานความสัมพันธ์ของกฎหมายแพ่ง ซึ่งถือหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ทั้งนี้ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งนั้น มีหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยก³⁶ ดังนี้

(1) เกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

แต่เดิมระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสอยู่ภายใต้อิทธิพลของทฤษฎีนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเหนือและนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้วิธีบริหารจัดการอย่างเอกชนนั้น สัญญาที่ทำโดยฝ่ายปกครองหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นเป็นนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้วิธีบริหารจัดการอย่างเอกชน ดังนั้น ในสมัยนั้นสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมดจึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลยุติธรรมและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่สัญญาประเภทที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง

ต่อมาศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาลได้วินิจฉัยในคดี Blanco โดยใช้แนวความคิดเรื่องบริการสาธารณะ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจกรรมและนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือไม่ ทำให้เกิดแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสองประเภท โดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการดำเนินการของบริหารสาธารณะ สัญญานั้น

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-21

³⁶ เรื่องเดิม, หน้า 21-44

เป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริหารสาธารณะ สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริการสาธารณะไม่ใช่หลักเกณฑ์เดียวที่ศาลใช้ เพื่อแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง เพราะข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีสัญญาที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะบางประเภทที่มีได้เป็นสัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและในทางกลับกันก็มีสัญญาบางประเภทที่แม้ไม่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ แต่ก็ถูกจัดให้เป็นสัญญาทางปกครอง

โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้สำหรับแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง อาจเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายหรือเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลวางไว้

ก. หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมาย

โดยปกติแล้วหลักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสจะมาจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็เช่นเดียวกัน แต่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลายฉบับ ที่กำหนดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ โดยมีบางกรณี ที่กฎหมายระบุชัดเจนว่า สัญญาของฝ่ายปกครองบางสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ส่วนใหญ่แล้ว กฎหมายจะระบุ โดยอ้อมแต่เพียงว่าสัญญานั้น ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งถือ โดยปริยายว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณี มาใช้บังคับกับสัญญานั้น

ตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาของรัฐ

ตัวอย่างของสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการจัดหาเสบียงอาหารของราชการทหาร สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะดี ในขณะที่สัญญาการเข้ารับการรักษาพยาบาลของคนไข้ฐานะไม่ดี อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ข. เกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

กรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้น ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาประเภทใด โดยใช้เกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้ เกณฑ์ทางองค์กร เกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของสัญญา และเกณฑ์ในแง่เนื้อหา

ก) การพิจารณาสัญญาทางปกครองจากเกณฑ์ทางองค์กร

สามารถแยกอธิบายเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าว ออกเป็น 3 กรณี โดยใช้คุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งดังนี้ คือ

(ก) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน

ศาลชี้ขาดอำนาจศาลได้วางหลักว่า สัญญาที่ทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวเห็นได้ว่า สัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการของนิติบุคคลมหาชนนั้นตามปกติย่อมใช้วิธีการในการบริหารแบบมหาชน แต่หลักดังกล่าว ไม่ใช่บังคับในกรณีที่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว สัญญานั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดในทางปฏิบัติก็คือ สัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นนิติบุคคลมหาชนประเภทหนึ่งทำการไฟฟ้าแห่งประเทศไทยฝรั่งเศส ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์กรมหาชนที่เป็นนิติบุคคลอีกประเภทหนึ่ง เพื่อซื้อกระแสไฟฟ้าจากการไฟฟ้าแห่งประเทศไทยฝรั่งเศส โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นเพียงผู้ใช้บริการเหมือนเอกชนโดยทั่วไป

(ข) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลเอกชน

ไม่จำเป็นเสมอไปว่าสัญญาที่มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งต้องเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะเมื่อฝ่ายปกครองเลือกที่จะใช้เทคนิคทางสัญญาในการปฏิบัติการหรือเพื่อเสริมการปฏิบัติการหลักของตนแล้ว สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำอาจเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ โดยสัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับบุคคลเอกชนจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสัญญาประกอบด้วย กล่าวคือ เป็นนิติกรรมในการบริหารแบบมหาชน ทั้งนี้ โดยอาจจะเป็นเพราะสัญญานั้นมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ หรืออาจจะเป็นเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น หรืออาจจะเป็นเพราะระบบของสัญญานั้น

ส่วนวิธีการในการทำสัญญานั้น ไม่มีผลต่อสถานะทางกฎหมายของสัญญา เช่น สัญญาที่ทำกันโดยวิธีการประกวดราคา ก็อาจจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งได้ ขณะเดียวกันสัญญาที่ทำกันด้วยวาจา ก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นเดียวกัน

(ค) กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคล
 เอกชนด้วยกัน

โดยหลักสัญญาที่ทำระหว่างเอกชนไม่เป็นสัญญา
 ทางปกครอง เว้นแต่เอกชนผู้ทำสัญญาได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้ดำเนินการในนามของตนและ
 สัญญานั้นมีเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามหลักเกณฑ์
 ที่ศาลกำหนด

หลัก คือ สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคล
 เอกชนด้วยกัน ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ศาลถือหลักว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาที่ต่างกัน
 เป็นบุคคลเอกชนทั้งสองฝ่าย โดยหลักแล้วย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ไม่ว่าจะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง
 ที่เป็นบุคคลเอกชนนั้น จะได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะหรือไม่ ก็ตาม
 ไม่ว่าจะคู่สัญญานั้น จะมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนหรือสัญญานั้น
 จะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรงหรือไม่ ก็ตาม

ในกรณีที่ต้องพิจารณาตามกฎหมายเอกชนได้รับมอบหมายให้
 มีภาระหน้าที่ทางด้านบริการสาธารณะทางปกครอง เช่น องค์การหรือสถาบันควบคุมจรรยาบรรณ
 หรือความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพ ในสาขาต่าง ๆ และองค์การเหล่านั้นมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัย
 ภายในกรอบอำนาจหน้าที่ของตน ศาลได้ยอมรับว่า คำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรม
 ทางปกครอง เนื่องจากคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นเป็นการใช้อำนาจตามเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน
 ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ศาลมิได้ใช้เกณฑ์ทางองค์การเป็นหลักในการพิจารณา กล่าวคือ ไม่ได้พิจารณาว่า
 ผู้ทำนิติกรรมเป็นองค์การตามกฎหมายเอกชน แต่ในกรณีของสัญญาแล้ว ศาลกลับยึดถือข้อพิจารณา
 ในด้านองค์การของผู้ทำสัญญาเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงเนื้อหาสาระของสัญญานั้นว่าจะมีข้อสัญญา
 ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนหรือไม่ หรือว่าสัญญานั้น มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็น
 การดำเนินการสาธารณะ โดยตรงหรือไม่ ซ้ำยกเว้น แบ่งได้เป็นสองกรณี

กรณีที่หนึ่ง คือ กรณีที่เอกชนได้รับมอบอำนาจจากรัฐ
 ให้ดำเนินการ การมอบหมายจากรัฐให้เอกชนดำเนินการในนามของตนได้นั้น อาจเกิดจากการที่รัฐ
 หรือหน่วยงานของรัฐ ได้มีหนังสือระบุอย่างชัดเจนว่ามอบอำนาจให้เอกชนดำเนินการ โดยถือว่า
 หนังสือมอบอำนาจดังกล่าวเป็นสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1984 หรืออาจเกิดจาก
 การที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำสัญญาในนามของตนโดยปริยายก็ได้และ
 ถือว่าสัญญาที่เอกชนผู้รับมอบอำนาจทำกับเอกชนรายอื่นเป็นสัญญาทางปกครองหากเนื้อหาหรือ

วัตถุประสงค์ของสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ สัญญานั้นได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน

โดยเมื่อศาลได้มีคำวินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับสัญญาระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วนกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากศาลได้ให้เหตุผลของคำวินิจฉัยนี้ไว้ว่า การที่ศาลเห็นว่าบริษัทผู้รับสัมปทานฯ ได้ทำสัญญาไปเพื่อประโยชน์ของรัฐนั้น เป็นเพราะโดยลักษณะหรือโดยสภาพแล้วการก่อสร้างทางหลวงของชาติเป็นภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแต่เดิมรัฐเป็นผู้ดำเนินการเอง ทำให้เกิดความเข้าใจว่าช้อยกเว้นตามแนวคำวินิจฉัยนี้ จะจำกัดอยู่แค่สัญญาที่ทำกันระหว่างบริษัทผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางด่วนกับผู้รับเหมาก่อสร้างเอกชน เพื่อการก่อสร้างทางด่วนและงานอื่นที่เกี่ยวข้องกันเท่านั้น แต่ที่จริงแล้วช้อยกเว้นนี้ มิได้จำกัดอยู่แค่เพียงกรณีของสัญญาทางด่วนเท่านั้น เพราะต่อมาศาลได้ขยายช้อยกเว้นนี้ไปใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกัน ระหว่างบริษัทจัดระบบและพัฒนาที่ดินกับรับเหมาก่อสร้างเอกชน และใช้บังคับกับกรณีของสัญญาที่ทำกันระหว่างสถาบันเครดิตฟองซิเอร์แห่งประเทศไทย ฝรั่งเศสกับเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งตั้งอยู่ ณ ต่างประเทศเพื่อที่บุคคลเหล่านี้ จะได้กลับไปตั้งรกรากอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศสได้

ดังนั้น ในกรณีที่ได้ถือได้ว่าองค์กรตามกฎหมายเอกชนได้ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน สัญญานั้นอาจเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองได้เสมือนหนึ่งว่าได้มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วย โดยสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณาต่อไปตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลได้กำหนดไว้ว่าสัญญานั้นมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนหรือมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะหรือไม่

กรณีที่สอง คือ กรณียกเว้นตามกฎหมายในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น สัญญาที่เอกชนทำระหว่างกันอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ เมื่อมีกฎหมายกำหนดเรื่องนั้น ๆ ไว้โดยเฉพาะก็ได้ตามมาตรา L 84 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของรัฐ กำหนดให้สัญญาเกี่ยวกับการเข้าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยมีได้แยกว่าสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนหรือเป็นสัญญาที่ผู้รับสัมปทานทำสัญญากับเอกชน ดังนั้นสัญญาที่เกี่ยวกับการเข้าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งเป็นสัญญาที่ผู้รับสัมปทานทำกับเอกชนซึ่งเป็นบุคคลที่สาม จึงถือว่าอยู่ในอำนาจของศาลปกครองและเป็นสัญญาทางปกครอง

ข) การพิจารณาสัญญาทางปกครองจากเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของสัญญา

เกณฑ์การพิจารณาด้านวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น มิได้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา แต่จะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญา โดยวัตถุประสงค์นี้แยกออกได้เป็น 3 ประเภทย่อย ดังต่อไปนี้

(ก) สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ของประเทศฝรั่งเศส เห็นว่าสัญญาประเภทนี้ มิได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย เพราะสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายจะต้องเป็นกรณีที่โดยลักษณะหรือธรรมชาติของสัญญาแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่มีกฎหมายกำหนดให้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งต่างจากกรณีสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะที่แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอยู่แล้ว เนื่องจากการทำงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์นั้นมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารกิจการแบบมหาชน โดยแท้เพราะในการทำงานดังกล่าวนี้ทางราชการมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องหลายประการ โดยสัญญาประเภทนี้แบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

1. กลุ่มแรก ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะซึ่งเป็นสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนมอบให้ผู้รับเหมาบริการหรือดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาจะได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชนผู้ว่าจ้างนั้น

2. กลุ่มที่สอง ได้แก่ สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะซึ่งเป็นกรณีที่นิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาเอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ให้บริการเป็นค่าตอบแทนสำหรับผู้รับสัมปทาน และสัญญาว่าจ้างสถาปนิกผู้ควบคุมงานก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ รวมถึงสัญญาที่เอกชนซึ่งจะได้รับประโยชน์จากการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์

ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ ขอมมอบเงิน วัสดุหรือที่ดิน สำหรับการก่อสร้างนั้นให้แก่นิติบุคคลมหาชนโดยมีเงื่อนไขว่านิติบุคคลมหาชนจะต้องดำเนินการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์นั้น

(ข) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น สัญญาประเภทนี้ก็เป็สัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากการบริหารสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นมีลักษณะเป็นการบริหารแบบมหาชนโดยแท้

สัญญาประเภทนี้ได้แก่ สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของสถานีรถไฟเพื่อจัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหาร สัญญาให้ครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของชายหาดเพื่อดำเนินกิจการเกี่ยวเนื่องกับการเล่นน้ำทะเล เป็นต้น

(ค) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

สัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงต่างจากสัญญาที่สร้างขึ้นตามความจำเป็นของบริการสาธารณะตรงที่ว่า สัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงเป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุแห่งสัญญานั้น ส่วนสัญญาที่สร้างขึ้นตามความจำเป็นของบริการสาธารณะ เช่น สัญญาขนส่งหรือสัญญาจัดซื้อพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนเท่านั้น

สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงที่สมควรนำมาถ่วงถึงมีอยู่ 3 ประเภทดังนี้ คือ

1. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัญญาประเภทนี้มีวัตถุแห่งสัญญาเป็นการมอบให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการดำเนินบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยบริการสาธารณะนั้นอาจจะมีลักษณะทางปกครอง หรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมก็ได้

การที่สัญญาประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น เนื่องจากนิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่ทำได้ หรือกล่าวได้ว่า นิติบุคคลมหาชนเท่านั้นที่มีอำนาจเหนือวัตถุแห่งสัญญาเช่นว่านี้

ตัวอย่างของสัญญานี้ก็คือ คดีเกี่ยวกับสัญญาที่เมืองมังก์เปลลีเยร์มอบให้นายเต-รงดำเนินบริการสาธารณะทางด้านสุขลักษณะและความปลอดภัย โดยการจับสุนัขจรจัดและเก็บซากสัตว์กับคดีเกี่ยวกับสัญญาซึ่งทำกันด้วยวาจา โดยทางราชการ

มอบให้นายและนางแบร์เต็งจัดอาคารเลี้ยงดูผู้อพยพชาวโซเวียตในระหว่างรอการส่งกลับ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินบริการสาธารณะในการส่งกลับผู้อพยพซึ่งเป็นคนต่างด้าว

2. สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง สัญญาที่เด่นชัดที่สุดในบรรดาสัญญาประเภทนี้ ก็คือ สัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ตรงกับหน้าที่เฉพาะด้านของบริการสาธารณะนั้นและมีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะนั้นโดยตรง เช่น สัญญาว่าจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล หรือหน่วยงานบริการสาธารณะด้านสาธารณสุข สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษาและสัญญาว่าจ้างผู้ดูแลเด็กโดยสถานรับเลี้ยงเด็ก เป็นต้น

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเอง ถึงแม้ว่าสัญญาเช่นว่านี้จะไม่มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่ถ้าเป็นสัญญาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการว่าจ้างมีหน้าที่ปลีกย่อย เช่น หน้าที่ทำความสะอาดอาคารของหน่วยงานบริการสาธารณะ เจ้าหน้าที่เหล่านี้ได้รับการว่าจ้างตามความจำเป็นของบริการสาธารณะนั้น สัญญาดังกล่าวนี้จะเป็นสัญญาทางปกครอง ก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

ดังนั้น การแบ่งแยกระหว่างสัญญาว่าจ้างบุคลากรทั้งสองจำพวก จึงมีความสำคัญ เพราะมีผลต่อสถานะทางกฎหมายของสัญญาโดยตรง แต่ในบางกรณีก็ทำได้ค่อนข้างยาก

สัญญาที่ทำกับผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ในกรณีที่หน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองให้บริการแก่ ผู้ใช้บริการตามสัญญาที่ทำกัน ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นวิธีการอย่างหนึ่งของการดำเนินบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้น

ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ คือ สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลดังกล่าวซึ่งเป็นการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองเป็นการดำเนินงานทางด้านการปลูกป่าโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ใช้บริการ

ค) การพิจารณาสัญญาทางปกครองจากเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาของสัญญา

(ก) กรณีของสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ

ในการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง ศาลได้สร้างหลักเกณฑ์ว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษต่างจากสัญญาทางแพ่งจะเป็นสัญญาทางปกครอง

โดยสัญญาที่มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนเพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ในสัญญานั้น ไม่มีข้อสัญญาใด ซึ่งมีลักษณะพิเศษอย่างเด่นชัดอยู่เลย แต่มีข้อสัญญาหลายข้อที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญาเหล่านี้รวมกันทั้งหมดแล้ว ก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองไปได้เหมือนกัน

ความหมายของข้อสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน

คำวินิจฉัยของศาลได้ให้คำนิยามของข้อสัญญาดังกล่าวข้างต้นไว้ว่าเป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์

ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน

ข้อสัญญาเช่นนี้อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนที่จะทำกันได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินการโรงละครสัตว์และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับยกเว้นภาษี และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของเทศบาลที่จะต้องกำหนดภาษีท้องถิ่นทางตรงขึ้นใหม่ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อนำเงินภาษีนั้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี เป็นต้น

ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ข้อสัญญาประเภทนี้เป็นข้อสัญญาที่พบกัน ในทางปฏิบัติได้มากกว่าข้อสัญญาประเภทแรก โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออาจจะกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนเลยก็ได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้

ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน ซึ่งการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนนั้นอาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ดำเนินกิจการของสนามกีฬาสำหรับการแข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน ซึ่งที่มีข้อสัญญากำหนดให้ คู่สัญญาฝ่ายนิติบุคคลมหาชนควบคุมผลการบริหารทางการเงิน หรือสัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชน ดำเนินกิจการของภัตตาคารแห่งหนึ่ง ซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชน ควบคุมในเรื่องของบุคลากรที่ว่าจ้างและอัตราค่าบริการที่เรียกเก็บ เป็นต้น ซึ่งการควบคุมเช่นว่านี้ อาจเป็นการกำหนดหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงบางประการให้แก่คู่สัญญาเอกชน เช่น หน้าที่ที่จะต้อง ขออนุญาตจากทางราชการเสียก่อนสำหรับการดำเนินการบางอย่าง หรือหน้าที่ที่จะต้องระงับการ ดำเนินกิจการของสถานประกอบการที่ให้เช่าตามคำสั่งของนิติบุคคลมหาชน

ข้อสัญญาที่กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องถือ ปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้ มีชนิดและความถี่ของการแสดงใน โรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้ และหน้าที่ ที่จะต้องจัดให้เทศบาลได้ใช้โรงมหรสพนั้นสำหรับการจัดงานฉลองต่างๆ และการประชุมของเทศบาล

ข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายนิติบุคคลมหาชนมี สิทธิเลิกสัญญา หรือระงับสัญญาได้ แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในข้อสัญญาว่า จะต้องบอก กล่าวหรือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อน หรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับ ชดใช้ค่าทดแทนก็ตาม

กรณีพิเศษ

โดยหลักในสัญญาของภาครัฐมักจะมีข้อสัญญาที่โยงไป ใช้เอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน ซึ่งเป็นเอกสารของทาง ราชการที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและ ในเรื่องอื่นๆ ไว้โดยละเอียดเพื่อเป็นแนวทางหรือแบบแผนให้แก่ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐ ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองในกรณีต่างๆ โดยคู่สัญญามักจะใช้เอกสารดังกล่าวเป็นบันทึก ต่อท้ายสัญญา ทั้งนี้ ข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวมีผลต่อสถานะทางกฎหมายของสัญญาอย่างไรนั้น ศาลมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว 2 แนวทาง ได้แก่

คำวินิจฉัยแนวแรกวางหลักว่า ข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีผล ทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเสมอ ถึงแม้ว่าเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของ สัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนที่โยงไปถึงนั้นจะไม่มีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดใดที่มี ลักษณะพิเศษเลยก็ตาม ส่วนคำวินิจฉัยแนวที่สองวางหลักว่า ข้อสัญญาเช่นว่านั้นจะมีผลทำให้ สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อ เอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของ ฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผนนั้นมีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ใน สัญญาตามกฎหมายเอกชน มิฉะนั้น ข้อสัญญาที่อ้างถึงเอกสารนั้นจะไม่มีผลทำให้สัญญาดังกล่าว

เป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด โดยคำวินิจฉัยแนวแรกเป็นคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 1968 ส่วนคำวินิจฉัยแนวที่สองเป็นคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 1981 จึงควรถือตามแนวคำวินิจฉัยหลังสุดนี้ จนกว่าศาลจะเปลี่ยนแนวใหม่เป็นอย่างอื่น

สรุปได้ว่า ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งอาจมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) ข้อกำหนดดังกล่าวมักเกี่ยวข้องกับอภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยอภิสิทธิ์ดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และทำให้ลักษณะของสัญญาที่มีข้อกำหนดดังกล่าวแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่โดยหลักคู่สัญญามีสถานะเท่าเทียมกัน ข้อสัญญาเหล่านี้มีกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดในลักษณะนี้อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งด้วย โดยไม่ทำให้สัญญาทางแพ่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ข้อกำหนดที่จะถือว่าเป็นข้อกำหนดลักษณะพิเศษก็ต่อเมื่อการกำหนดดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากในสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าว หรือใช้วิธีการนั้นโดยไม่มี การเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาก่อน เป็นต้น

2) เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงไปถึงสัญญาแบบหรือเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน

3) เป็นข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญา ทำให้เอกชนมีอำนาจเหนือบุคคลภายนอก เช่น ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ทำให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน หรือในสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ให้สิทธิคู่สัญญาเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ เป็นต้น

4) เป็นข้อกำหนดที่ต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น เช่น ในข้อสัญญาเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริการสาธารณะฝ่ายปกครองไม่อาจสละอภิสิทธิ์ของตนเพื่อให้ไปใช้หลักกฎหมายแพ่ง ข้อกำหนดเหล่านี้ถือเป็นข้อกำหนดที่โดยเนื้อหาเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน

5) ข้อกำหนดซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชน ข้อกำหนดที่จะถือว่าเป็นพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่งของเอกชน ต้องมีลักษณะค่อนข้างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งของเอกชนเท่านั้นแต่ต้องเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่โดยปกติแล้วจะไม่มีข้อกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง

(ข) กรณีของสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของระบบของสัญญา

ผลจากคำวินิจฉัยกรณีสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพนั้น ศาลได้ขยายผลดังกล่าวไปใช้ในกรณีที่สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษซึ่งไม่ค่อยพบในระบบกฎหมายแพ่งว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

โดยที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า สัญญาที่ทำระหว่างการไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกซื้อกระแสไฟฟ้าจากคู่สัญญาฝ่ายหลัง เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะกฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับระบบกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบกันโดยทั่วไปกับสัญญาดังกล่าว คือ กฎหมายกำหนดให้การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศสต้องซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชนและกำหนดว่าในกรณีที่มิมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาจะต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบทางด้านกรไฟฟ้าวินิจฉัยเสียก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้มีได้เกิดจากข้อสัญญา

2) การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยการไกล่เกลี่ยในประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น การระงับข้อพิพาททางปกครองอาจกระทำได้โดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษา แต่นอกจากการฟ้องคดีและพิพากษาโดยศาลปกครองแล้ว ข้อพิพาททางปกครองยังอาจระงับ หรือเยียวยาได้โดยวิธีอื่นอีก กล่าวคือ ข้อพิพาททางปกครองอาจระงับได้โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง หรือหากมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ข้อพิพาททางปกครองก็อาจระงับได้โดยไม่ต้องรอให้ศาลปกครองพิพากษาคดีดังกล่าว ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองเป็นวิธีการหนึ่งในการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอื่นนอกจากการฟ้องคดีและพิพากษาโดยศาลปกครอง โดยมาตรา 13 ของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม 1987 ว่าด้วยการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับคดีปกครอง บัญญัติว่า “รัฐอาจออกกฎหมายโดยความเห็นชอบของสภาแห่งรัฐกำหนดเงื่อนไขว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาหรือความรับผิดชอบอื่นนอกจากสัญญาของรัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนสามารถที่จะเสนอให้มีกระบวนการดำเนินการก่อนไปส่งอนุญาโตตุลาการหรือศาลได้ โดยอาจเป็นกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือโดยการไกล่เกลี่ย”³⁷

³⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ, (2546), “การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอื่นนอกจากการฟ้องคดีหรือพิพากษาโดยศาลปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์*, 33(3), (กันยายน), หน้า 479

การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอื่นนอกจากการฟ้องคดี และพิพาทษาโดยศาลปกครอง ได้แก่ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (recours administratif) การประนีประนอมยอมความทางปกครอง (transaction) และการไกล่เกลี่ยทางปกครอง (conciliation) โดยในหัวข้อนี้จะเน้นศึกษาถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอื่นนอกจากการฟ้องคดีหรือพิพาทษาโดยศาลปกครอง³⁸

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง เป็นการเจรจาตกลงเพื่อแก้ไขปัญหาคข้อพิพาทระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครอง โดยมีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เป็นคนกลางช่วยเหลือคู่กรณีเพื่อหาวิธีการแก้ไขปัญหาคข้อพิพาทซึ่งเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย มีข้อสังเกตว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง และการประนีประนอมยอมความทางปกครองมีลักษณะที่คล้ายกันคือ เป็นการเจรจาตกลงกันระหว่างคู่กรณีเพื่อแก้ไขปัญหาคข้อพิพาท แต่แตกต่างกันตรงที่การไกล่เกลี่ยมีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยในการไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีมีความเข้าใจกัน และตกลงกันสำเร็จได้ง่ายขึ้น ซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถกระทำได้ทั้งก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง หรือเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้วและคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครอง ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการป้องกันไม่ให้เกิดคดีปกครอง ส่วนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองจะช่วยให้คดีเสร็จไปจากศาลโดยเร็ว ซึ่งจะเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลปกครองในการพิจารณาพิพาทษาคคดี นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองอาจเป็นการไกล่เกลี่ยโดยองค์กรอื่น หรือโดยศาลปกครองก็ได้³⁹ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองโดยองค์กรอื่น

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองโดย Le Mediateur⁴⁰

Le Mediateur หรือผู้ไกล่เกลี่ย เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างราษฎรกับทางราชการ โดยได้แนวความคิดมาจาก Ombudsman ของกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย และ The Parliamentary Commissioner for Administration ของประเทศอังกฤษ Le Mediateur มีหน้าที่พิจารณาคำร้องเรียนของราษฎรเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของส่วนราชการองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรอื่นใด ซึ่งมีหน้าที่ให้บริการ

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 479

³⁹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, (2546), อ้างแล้วในเชิงจรด (37), หน้า 482-483

⁴⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์, (2530), “Le Mediateur (Ombudsman ของฝรั่งเศส), จะอยู่ในอำนาจการควบคุมของศาลปกครองหรือไม่”, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 6(1), (เมษายน), หน้า 270-274

สาธารณะ พร้อมทั้งเสนอแนะวิธีการแก้ไขปัญหาในเรื่องที่ไม่อาจเยียวยาได้โดยวิธีการตามปกติทั้งในทางบริหารและในทางศาล โดยมีข้อจำกัดว่า Le Mediateur ไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทระหว่างส่วนราชการและองค์กรต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นกับเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการ และองค์กรต่างๆ เหล่านั้น และไม่อาจเข้าแทรกแซงในเรื่องที่มีการฟ้องคดีอยู่ในศาล รวมทั้งไม่อาจรื้อฟื้นเรื่องที่ศาลได้วินิจฉัยชี้ขาดไปแล้วได้ โดยเมื่อ Le Mediateur เห็นว่า คำร้องเรียนมีมูล ก็จะทำข้อเสนอแนะที่ตนเองเห็นว่าน่าจะเป็นการช่วยแก้ไขปัญหาในเรื่องนั้นได้ ส่งไปยังหน่วยงานที่ถูกร้องเรียน หรืออาจเสนอแนะวิธีการปรับปรุงการปฏิบัติงานของหน่วยงานนั้นด้วยก็ได้ และ Le Mediateur จะทำรายงานประจำปีเสนอต่อประธานาธิบดีและรัฐสภา ซึ่งข้อเสนอแนะที่ผ่านมาของ Le Mediateur ได้รับการตอบสนองจากรัฐบาลและรัฐสภาโดยการตรากฎหมายหลายฉบับตามข้อเสนอแนะดังกล่าว เช่น เรื่องสิทธิของราษฎรในการขอลูกเอกสารของทางราชการ และหลักเกณฑ์ที่ว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองจะต้องแสดงเหตุผลไว้ด้วย เป็นต้น

(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองโดยหน่วยงานทางปกครอง

หน่วยงานทางปกครองบางแห่งอาจจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานต่างๆ ของหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน เช่น รัฐวิสาหกิจที่ให้บริการด้าน สาธารณูปโภค ซึ่งได้แก่ การไฟฟ้าและการรถไฟ เป็นต้น โดยหน่วยงานจะจัดให้มีกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานของตนกับผู้ให้บริการ หรือกรณีกระทรวงศึกษาธิการที่จัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างข้าราชการกับผู้มาติดต่อราชการ นอกจากนั้น ได้มีการหาวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระทรวงการคลังเพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างกระทรวงการคลังกับผู้เสียภาษี เพื่อลดจำนวนคดีไม่ให้ขึ้นสู่ศาลปกครองเป็นจำนวนมากเกินไปอีกด้วย⁴¹

(3) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองโดยคณะกรรมการเฉพาะ

การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาพัสดุ (marche publics) ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุกำหนดให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่ง เรียกว่า คณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยอาศัย (les comites consultatifs de reglement amiable (CCRA)) ทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาพัสดุทั้งในระดับชาติ และระดับภูมิภาค โดยคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยอาศัยระดับชาติจะทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาพัสดุของหน่วยงานราชการบริหารส่วนกลางของรัฐ และองค์การมหาชนต่างๆ ของรัฐ ส่วนคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อระงับข้อพิพาท

⁴¹ Jean MASSOT, (2545), “การบรรยายพิเศษ เรื่องการประนีประนอมยอมความและอนุญาโตตุลาการในเรื่องทางปกครอง (มีได้หรือไม่) กับการดำเนินการโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี”, *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 2(1), (มกราคม-เมษายน), หน้า 19

แบบถ้อยที่ถ้อยอาศัยระดับภูมิภาคจะทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาพัสดุในระดับท้องถิ่นของรัฐ และสัญญาพัสดุของหน่วยงานส่วนท้องถิ่น และองค์กรมหาชนของท้องถิ่น⁴² โดยคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยอาศัยมีลักษณะเป็นไตรภาคี กล่าวคือ ประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองเป็นประธานคณะกรรมการ และมีตัวแทนจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัดส่วนที่เท่ากัน จึงเป็นหลักประกันความเป็นอิสระ และเป็นหลักประกันเรื่องความรู้ความสามารถในการระงับข้อพิพาททางสัญญา โดยมีกระบวนการพิจารณาแบบกึ่งตุลาการ กล่าวคือ มีการแต่งตั้งเจ้าของสำนวน และการนัดพิจารณาเพื่อหาข้อสรุปการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยอาศัยยังมีการดำเนินงานที่ค่อนข้างจำกัด กล่าวคือ จำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาพัสดุเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครองประเภทอื่น ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะการระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการดังกล่าวมีกระบวนการที่ค่อนข้างเป็นทางการในขณะที่คำตัดสินกลับไม่มีผลบังคับต่อคู่กรณี⁴³

(4) การไกล่เกลี่ยคดีพิพาททางปกครองโดยศาลปกครอง

เมื่อมีการนำข้อพิพาททางปกครองไปยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองแล้ว คดีปกครองดังกล่าวอาจยุติลงได้โดยกระบวนการพิจารณาคดีตามปกติของศาลปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครองพิจารณาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานในคดี และข้อกฎหมายแล้ว จึงมีคำพิพากษา ซึ่งอาจใช้ระยะเวลายาวนานกว่าคดีจะสิ้นสุด อย่างไรก็ตาม คดีปกครองอาจยุติลงได้โดยวิธีอื่นซึ่งไม่ใช่การพิพากษาคดีตามปกติของศาลปกครองได้เช่นเดียวกัน โดยศาลปกครองมีอำนาจในการไกล่เกลี่ยคดีเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความกันได้ ทำให้คู่กรณีได้ทราบผลของคดีโดยเร็ว ประหยัดเวลา และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี อีกทั้ง เป็นการช่วยลดปริมาณคดีในศาลปกครองที่นับวันจะเพิ่มมากขึ้น⁴⁴

3) ผู้ริเริ่มการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศฝรั่งเศสอาจเริ่มต้นจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอ หรือโดยคำแนะนำของศาลเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ความยินยอม โดยอำนาจสั่งรับ หรือไม่รับคำขอให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นของอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแต่ละแห่ง

⁴² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เข็มชัย ชูติวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ กฤษณ์ วสินนท์ บรรเจิด สิงคะเนติ, (2549), “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”, โดยสถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง, หน้า 155

⁴³ Jean MASSOT, (2545), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (41), หน้า 18-19

⁴⁴ Jean MASSOT, (2545), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (41), หน้า 19

ทั้งนี้ อธิบติอาจมอบหมายให้องค์คณะที่พิจารณาคดี ตุลาการหัวหน้าคณะ หรือตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้สั่งรับหรือไม่รับคำขอให้ดำเนินการไต่สวนข้อพิพาทก็ได้⁴⁵

(1) ผู้ดำเนินการไต่สวน

สำหรับคดีแพ่งหรือคดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมนั้น โดยทั่วไปแล้วผู้ที่ทำหน้าที่ไต่สวนมักจะเป็นผู้พิพากษา และสำหรับในคดีปกครองนั้น มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการไต่สวนไว้ คือ มาตรา L.211-4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง⁴⁶ บัญญัติว่า “ให้ศาลปกครองชั้นต้นกระทำการไต่สวนข้อพิพาทได้” โดยหลักการดังกล่าวได้เข้ามาเป็นระยะเวลา 15 ปีแล้ว ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา L.3 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ ปี 1987⁴⁷ ที่บัญญัติว่า “นอกจากภารกิจหลักทางศาลแล้วศาลปกครองชั้นต้นปฏิบัติการกิจในการไต่สวนด้วย”

จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่า ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจดำเนินการไต่สวนคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลได้ ไม่ว่าจะเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษซึ่งมีกฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับเงินตอบแทนทหารทุพพลภาพ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ มาตรา 21⁴⁸ บัญญัติให้อำนาจศาลยุติธรรมทำนองเดียวกับศาลปกครอง หรือคดีปกครองในเรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Contrat des marchés publics) ซึ่งเป็นคดีพิพาทที่มีความสลับซับซ้อน และใช้ระยะเวลายาวนานในการพิจารณาพิพากษา จึงมีความพยายามหาทางทำให้คดีประเภทนี้ยุติโดยเร็ว ดังนั้นในเรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจึงมีการจัดตั้งคณะกรรมการไต่สวนข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นไตรภาคี ประกอบด้วยฝ่ายแรก คือ ตุลาการศาลปกครองทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการ ฝ่ายที่สอง คือ ผู้แทนของฝ่ายปกครอง และฝ่ายที่สาม คือ ผู้แทนของเอกชน โดยใช้วิธีดำเนินการในลักษณะที่คล้ายกับวิธีการของศาล มีการแต่งตั้งเจ้าของ

⁴⁵ วรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), สรุปผลการสัมมนาหัวข้อ “การไต่สวนข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส” โครงการพัฒนาความรู้ตุลาการศาลปกครอง เรื่อง การนำวิธีระงับ ข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้กับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง, กรุงเทพมหานคร, บริษัท พีเพรส จำกัด, หน้า 67

⁴⁶ รัตนลักษณ์ นานนิตธาตา, (2551), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (9), หน้า 70, ประกอบกับสืบค้นจาก http://www.conseil-etat.fr/content/download/37782/327923/version/1/file/ENG_CJA%20partie%20legislative_MAJ_20141017.pdf

⁴⁷ รัตนลักษณ์ นานนิตธาตา, (2551), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (9), หน้า 70, ประกอบกับสืบค้นจาก http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=8A8C32DB3E01783D56C741C8BC7AFEC0.tpdila23v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006137915&cidTexte=LEGITEXT000006071344&dateTexte=20001231

⁴⁸ รัตนลักษณ์ นานนิตธาตา, (2551), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (9), หน้า 70, ประกอบกับสืบค้นจาก http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/file/Code_39.pdf

สำนวนและการนัดพิจารณาเพื่อหาข้อสรุป ซึ่งวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าวทำให้ปริมาณคดีลดลงเป็นจำนวนมาก อีกทั้งเป็นที่พอใจของกลุ่มด้วย⁴⁹

(2) ช่วงเวลาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศส อาจทำได้ทั้งในขณะที่ฟ้องเป็นคดีเข้ามาสู่ศาลปกครอง และภายหลังจากที่ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว⁵⁰

(3) ขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อพิจารณาจากคำแนะนำของสภาแห่งรัฐในปี 1993 พบว่า โดยส่วนใหญ่แล้วการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศสจะเริ่มต้นจากตุลาการศาลปกครอง (อธิบดีหรือ ผู้ที่ได้รับมอบหมาย) เป็นผู้สั่งให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยตุลาการศาลปกครองจะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยเองตามนัยมาตรา L . 211-4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครอง ที่บัญญัติว่า “ให้ศาลปกครองชั้นต้นกระทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้” หรือให้ผู้ไกล่เกลี่ย ที่มีชื่อตุลาการทำหน้าที่ดังกล่าวก็ได้ จากนั้นคู่กรณีทั้งฝ่ายปกครอง และเอกชนจะได้เข้ามาพูดคุย เสรจจากัน โดยไม่มีบุคคลภายนอกเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย และอาจมีจำนวนผู้ไกล่เกลี่ย มากกว่าหนึ่งคนก็ได้ ปกติแล้วศาลปกครองชั้นต้นทุกแห่งจะจัดให้มีบัญชีรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยประจำศาล และอธิบดีศาลปกครองแต่ละแห่งจะเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย โดยการปรึกษารือกับ ผู้ว่าราชการจังหวัดในแต่ละพื้นที่ อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจทำโดยผู้ไกล่เกลี่ยจาก บัญชีรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยของศาลปกครองอื่น หรือโดยผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ได้ขึ้นบัญชีไว้กับศาลปกครองใด ก็ได้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรใช้ระยะเวลาในการดำเนินการไม่เกิน 4 เดือน และหากการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทเกิดขึ้นตามคำขอของกลุ่มแล้ว กลุ่มนี้จะถูกจำกัดให้มีคำขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เพียง ครั้งเดียว โดยผู้ยื่นคำขอต้องระบุเหตุผลในการขอและต้องมีความเห็นของกลุ่มอีกฝ่ายหนึ่ง ประกอบไว้ในคำขอด้วย อีกทั้งในการดำเนินการไกล่เกลี่ยนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เพื่อช่วยเหลือในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ได้ โดยต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ทั้งนี้ ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญอาจถูกโต้แย้ง และคัดค้านได้ นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเชิญบุคคลใด ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทให้เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เช่นกัน⁵¹

(4) ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อศาลได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยจนเกิดข้อตกลงระหว่างคู่กรณีและ ทำให้คดีพิพาทยุติลงต่อหน้าศาลแล้ว คดีดังกล่าวอาจยุติลงได้สี่แนวทาง คือ แนวทางแรก คู่กรณีอาจ

⁴⁹ รัตนลักษณะ นาดนิตธาตา, (2551), อ้างแล้วในเชิงจรด (9), หน้า 70-71

⁵⁰ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงจรด (45), หน้า 67

⁵¹ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงจรด (45), หน้า 68-69

ยื่นข้อตกลงต่อศาล และขอให้ศาลจำหน่ายคดี แนวทางที่สอง ผู้ฟ้องคดีขอถอนคำฟ้อง แนวทางที่สาม คู่กรณีมีคำขอร่วมกันให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอมตามที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ และแนวทางที่สี่ ศาลมีคำพิพากษาตามเนื้อหาที่คู่กรณีได้เจรจาตกลงกันไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองชั้นต้น ไม่จำเป็นต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยคู่กรณีในทุกคดีแม้จะมีคำขอของคู่กรณีก็ตาม โดยศาลอาจมีคำสั่ง ปฏิเสธที่จะดำเนินการระงับการพิจารณาคดีไว้ก่อนเพื่อให้มีการเจรจาไกล่เกลี่ยแก้ไขข้อพิพาท ระหว่างคู่กรณีก็ได้ ซึ่งคำสั่งปฏิเสธของศาลดังกล่าวถือเป็นคำสั่งที่ไม่อาจฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนได้⁵²

กรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ ผู้ไกล่เกลี่ยต้อง จัดทำบันทึกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยบันทึกดังกล่าวต้องไม่ระบุถึงข้อเสนอ หรือข้อเรียกร้องของแต่ละฝ่าย และผู้ไกล่เกลี่ยต้องแจ้งสำเนานับบันทึกดังกล่าวให้คู่กรณีทุกฝ่ายทราบ และต้องส่งบันทึก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องให้อธิบดีศาลปกครอง หรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย โดยเอกสารเหล่านั้นจะไม่ถูกนำมารวมไว้ในสำนวนคดี เว้นแต่คู่กรณีทุกฝ่ายจะให้ความยินยอม ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการแยกกระบวนการพิจารณาคดีให้เด็ดขาดจากการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทที่ไม่บรรลุผล⁵³

2.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองเยอรมนี

1) แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเยอรมนี

(1) ความหมายของสัญญาทางปกครอง

เมื่อพิจารณามาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง ค.ศ. 1976⁵⁴ ซึ่งอาจให้ความหมายของสัญญาทางปกครองได้ ดังนี้

สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ซึ่งจากนิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง ดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทางปกครองได้⁵⁵ ดังนี้

ก. สัญญา

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการ แสดงเจตนาในการทำสัญญา และหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของ

⁵² ประสาท พงษ์สุวรรณ, (2546), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (37), หน้า 484-485

⁵³ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (45), หน้า 69-70

⁵⁴ บุญผา อัครพิมาน, (2545), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (34), หน้า 71, ประกอบกับสืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>

⁵⁵ บุญผา อัครพิมาน, (2545), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (34), หน้า 71-72

คู่สัญญาตามคำเสนอและคำสนอง เป็นต้น เนื้อหาสาระของสัญญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน เมื่อพิจารณาจากขอบเขตการใช้บังคับโดยทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในมาตรา 1 (1)⁵⁶ ซึ่งกล่าวถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเห็นได้ว่า คำว่า สัญญาตามกฎหมายมหาชน นั้น มีเจตนารมณ์ให้หมายถึงสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้น คำว่า สัญญาตามกฎหมายมหาชนตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงหมายถึงสัญญาตามกฎหมายปกครอง หรือ สัญญาทางปกครองนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปก็คือ สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองอันเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

(2) *เกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง*

เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมนี ฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ในการทำสัญญาทางปกครองจึงไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันก็ได้ ดังนั้น จึงไม่นำฐานะของคู่สัญญามาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาแพ่ง

แม้ว่าเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในทางตำราของเยอรมนีเองยังไม่เป็นที่ยุติก็ตาม แต่ความเห็นข้างมากเห็นว่าควรใช้เกณฑ์วัตถุแห่งสัญญาเป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทางปกครอง โดยการพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาแท้ที่จริงแล้วก็คือการพิจารณาว่า เนื้อหาของวัตถุแห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพึงพิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณี ดังต่อไปนี้คือ⁵⁷

ก. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย

⁵⁶ บุญผาศักดิ์พินาน, (2545), อ้างแล้วในเชิงจรจรก (34), หน้า 71, ประกอบกับสืบค้นจาก <http://gemanklawarchive.iuscomp.org/?p=289>

⁵⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, (2542), ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, วารสารนิติศาสตร์, มิ.ย., หน้า 5

ข. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

ค. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกก็คือ บางครั้งเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การจ่ายเงินนั้นมีลักษณะหรือสภาพเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่ใช่เนื้อหาที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้มักกฎหมายบางส่วนเสนอให้ดูที่วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการชำระหนี้และดูที่ลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครอง ย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

(3) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึงคู่สัญญา และเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาไว้โดยปริยายและโดยแจ้งชัด⁵⁸ ดังนี้

ก. รูปแบบของสัญญาทางปกครองในกรณีที่พิจารณาในแง่ของคู่สัญญา

ก) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน
สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เช่น สัญญาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ข) สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

⁵⁸ บุญผา อัครพิมาน, (2545), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (34), หน้า 75-79

สัญญาทางปกครองประเภทนี้โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง โดยในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชน ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมนีก็เน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ก็เฉพาะในกรณีที่จำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ เท่านั้น

สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ แม้ว่าโดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวก็มีได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีอื่นๆ ที่เป็นการตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วย เช่น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับข้าราชการเกี่ยวกับการเรียกคืนเงินที่หน่วยราชการได้ออกให้ไปเพื่อการศึกษาอบรมคืนในกรณีที่ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่ตกลงกันไว้

ข. รูปแบบของสัญญาทางปกครองในกรณีที่พิจารณาในแง่ของเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

ก) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง

สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 ได้กำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาไว้ในมาตรา 56 ดังนี้ คือ การกระทำตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา

(ข) จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุนิติ

ภาระหน้าที่ทางปกครอง

(ค) จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว

(ง) จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการ

ตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

ตัวอย่างเช่น เอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียนหรือสถานที่รับเลี้ยงเด็กในบริเวณใกล้เคียง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้ คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการสร้างหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างและการพิจารณาวางผังเมือง เอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจตกลง

ทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปสร้างโรงเรียนหรือสถานเลี้ยงเด็ก ซึ่งถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะ

- การมอบเงิน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีวัตถุประสงค์ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก
- การสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กทำให้ภารกิจในทางมหาชนลุล่วงไป
- การมอบเงินให้ก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กมีความสัมพันธ์ทางเนื้อหากับการกระทำตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คือ การพิจารณาวางผังเมือง และการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

ข) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

ในกรณี ที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้น ไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้น หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้น จะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ ดังนั้น เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้ จึงมีลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55⁵⁹ นอกจากนี้ การประนีประนอมยอมความหรือการระงับข้อพิพาททางปกครองนี้อาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล (VwGo) มาตรา 106⁶⁰

นอกเหนือจากรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว ยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่น ที่มีได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่น สัญญาทางปกครองที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิ – หน้าที่โดยตรง โดยในเรื่องของรูปแบบสัญญาทางปกครองนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายโดยละเอียด แต่ตั้งใจปล่อยไว้ในเป็นเรื่องของฝ่ายตุลาการและฝ่ายศาลในการพัฒนารูปแบบสัญญาทางปกครองต่างๆ ต่อไป

⁵⁹ บุนผา อัครพิมาน, (2545), อ้างแล้วในเชิงจรด (34), หน้า 78, ประกอบกับสืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>

⁶⁰ บุนผา อัครพิมาน, (2545), อ้างแล้วในเชิงจรด (34), หน้า 78, ประกอบกับสืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

2) การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยการไกล่เกลี่ยในประเทศเยอรมนี

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ก. หลักเกณฑ์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

สำหรับหลักเกณฑ์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลปกครองเยอรมนีนั้น แม้จะไม่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดให้นำการไกล่เกลี่ยมาใช้โดยตรง แต่ศาลก็ยังคงใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ผ่านการตีความบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ โดยศาลบางแห่งตีความว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล แต่ศาลอีกหลายแห่งตีความว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการใช้อำนาจตุลาการ ดังนั้น ในทางปฏิบัติแล้วการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองเยอรมนีจึงยังไม่เป็นรูปแบบเดียวกัน⁶¹

ก) กรณีแรก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในฐานะที่เป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล เป็นการตีความบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย ข้าราชการตุลาการแห่งสหพันธ์⁶² ที่กำหนดห้ามตุลาการไม่ให้ทำงานที่ไม่สอดคล้องกับการใช้อำนาจตุลาการ กล่าวคือ ตุลาการต้องใช้เฉพาะอำนาจตุลาการ แต่จะใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติและบริหารไม่ได้ เว้นแต่เป็นการกระทำตามมาตรา 4 วรรคสอง ข้อหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน⁶³ อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดข้อยกเว้นให้ตุลาการดำเนินการในทางบริหารจัดการภายในศาลได้ ดังนั้น จึงอาจตีความบทบัญญัติดังกล่าวได้ว่า เมื่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารจัดการภายในของศาล เพื่อสนับสนุนการใช้อำนาจตุลาการเท่านั้น มิใช่การใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ศาลจึงสามารถไกล่เกลี่ยได้ในฐานะที่เป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล⁶⁴

ข) กรณีที่สอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการ โดยมีกฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการตีความแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง การตีความมาตรา 278 วรรคห้า ประโยคที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁶⁵

⁶¹ กรณีศึกษา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), สรุปผลการสัมมนาหัวข้อ, “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองเยอรมัน” โครงการพัฒนาความรู้ตุลาการศาลปกครอง เรื่อง การนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้กับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง, กรุงเทพมหานคร, บริษัท พีเพรส จำกัด, หน้า 83

⁶² กรณีศึกษา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 83-84, ประกอบกับสืบค้นจาก http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html#p0015

⁶³ กรณีศึกษา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 83-84, ประกอบกับสืบค้นจาก http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html#p0015

⁶⁴ กรณีศึกษา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 83-84

⁶⁵ กรณีศึกษา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 84-86, สืบค้นจาก http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p1022

ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการมีส่วนร่วมในข้อพิพาท การเจรจาต่อรอง และการประนีประนอมยอมความผ่านมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง⁶⁶ ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับได้โดยอนุโลม ดังนั้น ตามความเห็นนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการจึงทำได้โดยการตีความบทบัญญัติมาตรา 278 วรรคห้า ประโยคที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งผ่านมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ซึ่งแปลความได้ว่า ตุลาการมีหน้าที่ทำให้การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และประเภทที่สอง การตีความมาตรา 87 วรรคหนึ่ง ข้อหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง⁶⁷ เพราะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้โดยการพูดคุยกันทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย อันเป็นการแสวงหาทางออกของข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการ อีกทั้งยังให้อำนาจศาลในการยอมรับข้อตกลงระหว่างคู่กรณี⁶⁸

ข. ผู้ริเริ่มการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศเยอรมนีอาจเริ่มต้นจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอ หรือ โดยคำแนะนำของศาลเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ความยินยอม ซึ่งแม้ในกรณีที่คู่กรณีเป็นผู้เริ่มไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่การขอให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยก็มีใช้หน้าที่ของคู่กรณี และการที่ศาลปฏิเสธคำขอไกล่เกลี่ยจึงไม่ทำให้คู่กรณีผู้ขอไกล่เกลี่ยต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด⁶⁹

ค. ช่วงเวลาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

มีข้อพิจารณาว่าจะนำคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยได้ในช่วงเวลาใดบ้าง เนื่องจากในปัจจุบันสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล ดังนั้น จึงยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดช่วงเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดในการนำคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งเมื่อพิจารณากระบวนการพิจารณาของศาลนับแต่วันที่ศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาจนถึงก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาเห็นได้ว่า มีช่วงเวลาที่เหมาะสมในการนำคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยในศาล คือ เป็นช่วงเวลาที่ศาลจะอนุญาตให้ไกล่เกลี่ยได้อาจจำแนกได้ 3 ช่วงเวลา⁷⁰ ดังนี้

⁶⁶ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 84-86, สืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

⁶⁷ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 84-86, สืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

⁶⁸ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 84-86

⁶⁹ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 89

⁷⁰ กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61), หน้า 89-92

ก) กระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก

(ก) วันนัดชี้แจงสภาพข้อเท็จจริง

มาตรา 87 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ข้อหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมที่ปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ให้อำนาจตุลาการหัวหน้าคณะ หรือ ตุลาการเจ้าของสำนวน มีคำสั่งเรียกผู้เข้าร่วมในคดีมาชี้แจงสภาพข้อเท็จจริงในวันนัดชี้แจงสภาพข้อเท็จจริงได้ก่อนมีการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก เพื่อให้ข้อพิพาทสามารถยุติลงได้ในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก ซึ่งขั้นตอนนี้เรียกว่า “ขั้นตอนการเตรียมการพิจารณาคดี” ทั้งนี้ ศาลต้องเรียกคู่กรณีทุกฝ่ายเข้าร่วมในการชี้แจงสภาพข้อเท็จจริงดังกล่าว โดยในขั้นตอนนี้จะมีการชี้แจงทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีพิพาท จึงถือเป็น โอกาสที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะได้ชี้แจงสภาพข้อเท็จจริงที่ตนได้ทราบและเข้าใจ ให้ผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทราบ โดยในทางปฏิบัติ กระบวนการนัดชี้แจงสภาพข้อเท็จจริงจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่พยานหลักฐานหรือเอกสารที่คู่กรณีนำส่งต่อศาลไม่ชัดเจนเพียงพอที่ผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีจะสามารถใช้เป็นเอกสารในการพิจารณาคัดสินคดีนั้นได้ ประกอบกับกระบวนการนัดชี้แจงสภาพข้อเท็จจริงจะกระทำการเป็นการลับ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการของการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการโดยไม่เปิดเผย ดังนั้น ในขั้นตอนการเตรียมการพิจารณาคดีจึงถือเป็นขั้นตอนที่เหมาะสมต่อการที่จะนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้

(ข) วันนัดเจรจาต่อรอง

นอกจากกรณีที่ตุลาการหัวหน้าคณะหรือตุลาการเจ้าของสำนวนมีอำนาจกำหนดให้มีการนัดชี้แจงสภาพข้อเท็จจริงได้ตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ตุลาการหัวหน้าคณะ หรือตุลาการเจ้าของสำนวนมีอำนาจกำหนดวันนัดเจรจาต่อรอง เพื่อเรียกให้ผู้เข้าร่วมในคดีเข้ามาเจรจาต่อรอง และทำการประนีประนอมยอมความกันได้ตามมาตรา 87 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ข้อหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมที่ปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งขั้นตอนการเตรียมการพิจารณาคดีดังกล่าวจะดำเนินไปโดยไม่เปิดเผย เนื่องจากการเจรจาต่อรองกันโดยไม่เปิดเผยจะได้รับผลดีกว่าการเจรจาต่อรองที่กระทำโดยเปิดเผย ดังนั้น วันนัดเจรจาต่อรองจึงเป็นอีกช่วงเวลาหนึ่งที่เหมาะสมแก่การนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้

ข) กระบวนการไกล่เกลี่ยระหว่างการนั่งพิจารณาคดี

มาตรา 104 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมที่ปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷¹ วางหลักไว้ว่า ในการนั่งพิจารณาให้ตุลาการหัวหน้าคณะมีหน้าที่อธิบายให้ผู้เข้าร่วมในคดีเข้าใจข้อพิพาททั้งข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

⁷¹ สืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

ซึ่งเป็นไปตามหลักการรับฟังความทุกฝ่าย ดังนั้น หากตุลาการหัวหน้าคณะดำเนินกระบวนการพิจารณาจนมีคำพิพากษาโดยที่ไม่มีการอธิบายประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี จะทำให้กระบวนการพิจารณาดังกล่าวเป็นกระบวนการที่บกพร่อง และเนื่องจากในปัจจุบันนี้กฎหมายแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังไม่มีบัญญัติเกี่ยวกับประเภท และวิธีดำเนินกระบวนการอธิบายข้อพิพาทแห่งคดีไว้ ดังนั้น ศาลจึงสามารถนำวิธีการใกล้เคียงข้อพิพาทเข้ามาใช้ในช่วงเวลาที่มีการนั่งพิจารณาคดีนี้ได้ หากผู้มีส่วนที่พิจารณาพิพากษาคดีเห็นว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่ควรนำเข้าสู่กระบวนการใกล้เคียง เช่น เห็นว่าหากดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาลต่อไปจนมีคำพิพากษาแล้ว มีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะมีผู้โต้แย้งคำพิพากษาของคดีพิพาท เนื่องจากไม่พอใจคำพิพากษานั้น ทำให้ข้อพิพาทไม่อาจยุติลงอย่างแท้จริง ในขณะที่หากนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการใกล้เคียง อาจทำให้คดีพิพาทยุติลงได้อย่างแท้จริง กล่าวคือ หากการใกล้เคียงข้อพิพาทสำเร็จโดยทุกฝ่ายพอใจในข้อตกลงก็จะไม่มีผู้ใดนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่ศาลอีก

ค) กระบวนการใกล้เคียงภายหลังจากการนั่งพิจารณาคดีแต่ก่อนที่จะมีคำพิพากษา

ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า กระบวนการเตรียมความพร้อมในการพิจารณาคดีตามมาตรา 87 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ข้อหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นกระบวนการก่อนการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกที่ดำเนินไปโดยไม่เปิดเผย จึงอาจนำวิธีการใกล้เคียงมาใช้ในขั้นตอนนี้เพื่อหาทางเจรจาต่อรองกันต่อไปได้ แต่หลังจากที่การนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกสิ้นสุดลงแล้ว มีประเด็นถกเถียงในทางวิชาการว่า ศาลยังสามารถกำหนดให้มีการนัดเจรจาต่อรอง (ทางเลือก) โดยไม่เปิดเผยหลังจากที่มีการนั่งพิจารณาคดีแล้ว เพื่อนำไปสู่การประนีประนอมยอมความได้อีกหรือไม่ ประเด็นที่มีการถกเถียงกันอยู่นี้ ทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการที่ศาลอาจกำหนดให้มีการนัดเจรจาต่อรองภายหลังการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกต่างก็เห็นตรงกันในประเด็นหนึ่งว่า ขั้นตอนในการเตรียมความพร้อมในการพิจารณาคดีตามมาตรา 87 ประกอบมาตรา 87 a แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกันนั้น⁷² ได้จบลงแล้ว เมื่อมีการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก โดยผู้ที่มีความเห็นว่าศาลอาจกำหนดวันนัดเจรจาต่อรองได้อีกหลังจากมีการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกแล้ว ได้ให้เหตุผลสนับสนุนว่า การนัดเจรจาต่อรองหลังการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกถือเป็นการเลื่อนกระบวนการต่อรองออกไป ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้

⁷² สืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

ง. ผลจากการไต่ถาม

เมื่อการไต่ถามมีหลักการที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ความสมัครใจของคู่กรณี โดยการดำเนินการใดๆ ในกระบวนการไต่ถามล้วนขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่กรณีว่ามีความประสงค์อย่างไร รวมถึงผลของการไต่ถามด้วย ดังนั้น ผลจากการไต่ถามจึงอาจเป็นไปได้สองทาง⁷³ คือ กรณีที่ไต่ถามสำเร็จ และกรณีที่ไต่ถามไม่สำเร็จ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ก) กรณีไต่ถามสำเร็จ

(ก) การถอนฟ้อง

เมื่อกระบวนการไต่ถามข้อพิพาทสิ้นสุดลง ผู้ฟ้องคดีอาจตกลงถอนฟ้องตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 92 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷⁴ โดยยื่นคำร้องขอถอนฟ้องก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุด แต่หากผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นคำแถลงต่อสู้แล้วในการนั่งพิจารณาคดี การถอนฟ้องจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถูกฟ้องคดีก่อน และหากข้อพิพาทนั้นกระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยตัวแทนผู้ดูแลประโยชน์สาธารณะได้เข้ามามีส่วนร่วมในการนั่งพิจารณา การถอนฟ้องดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากตัวแทนผู้ดูแลประโยชน์สาธารณะด้วย ซึ่งการถอนฟ้องมีผลให้คดีพิพาทยุติลงโดยไม่ต้องมีคำพิพากษา กรณีดังกล่าวจึงต้องมีการแจ้งเหตุแห่งการถอนฟ้องคดีต่อผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษา และแม้บทบัญญัติว่าด้วยการถอนฟ้องไม่ได้กำหนดวิธีการถอนฟ้องไว้ แต่คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองได้อธิบายเรื่องวิธีการถอนฟ้องไว้ว่า อาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับการทำคำฟ้องตามมาตรา 81 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว⁷⁵ หรืออาจแถลงด้วยวาจาต่อหน้าศาลที่วินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีในวันนั่งพิจารณาคดีก็ได้ หรืออาจให้ตุลาการหัวหน้าคณะ หรือตุลาการเจ้าของสำนวนบันทึกคำแถลงไว้ในกระบวนการพิจารณาในวันนัดชี้แจงสภาพข้อเท็จจริงได้ และมาตรา 92 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน⁷⁶ กำหนดให้ผู้มีหน้าที่พิจารณาคดีเป็นผู้ทำคำสั่งให้คดีพิพาทยุติลงโดยระบุเหตุแห่งการถอนฟ้อง และกรณีผู้ฟ้องคดีหลายคน ผลแห่งการถอนฟ้องจะผูกพันเฉพาะผู้ถอนฟ้องเท่านั้น อีกทั้งการถอนฟ้องมีผลเป็นที่สุดไม่อาจโต้แย้งได้

⁷³ กรณีคา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (55), หน้า 100-105

⁷⁴ สืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

⁷⁵ สืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

⁷⁶ สืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

(ข) การตกลงให้ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเป็นอันระงับไป

ผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยตกลงกันเป็นหนังสือเพื่อยุติข้อพิพาทโดยกำหนดให้ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเป็นอันระงับไปก็ได้ ซึ่งการตกลงดังกล่าวจะมีผลทำนองเดียวกันกับการถอนฟ้องตามมาตรา 92 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพราะมีผลทำให้ข้อพิพาทนั้นยุติลงเช่นเดียวกัน แต่การถอนฟ้องนั้นมีผลผูกพันเฉพาะผู้ถอนฟ้องเพียงฝ่ายเดียว ส่วนการตกลงให้ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเป็นอันระงับไปนั้น จะมีผลผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมิให้นำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลอีก

(ค) การทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาล

กรณีนี้เป็นกรณีที่คู่กรณีตกลงประนีประนอมกันในศาลตามมาตรา 106 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷⁷ อย่างไรก็ตาม ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยไม่อาจยุติคดีพิพาทได้โดยการตกลงประนีประนอมกันโดยอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวเพียงลำพัง เนื่องจากตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยคดีมิใช่ศาลตามความหมายของมาตรา 106 ประโยคที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น หลังจากที่กระบวนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง และผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยมีข้อตกลงอย่างใดอย่างหนึ่งต่อกัน และต้องการให้ข้อตกลงนั้นมีผลผูกพัน ผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องนำข้อตกลงดังกล่าวมาทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความในศาล โดยวิธีที่หนึ่งอาจขอให้ศาล หรือตุลาการผู้ได้รับการร้องขอ หรือตุลาการผู้ได้รับมอบหมาย บันทึกข้อตกลงจากการไกล่เกลี่ยนั้นไว้เป็นหนังสือตามมาตรา 106 ประโยคที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความกันในศาล หรือวิธีที่สอง ตุลาการหัวหน้าคณะ หรือตุลาการเจ้าของสำนวนอาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 106 ประโยคที่สอง แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน นำข้อตกลงจากการไกล่เกลี่ยมาเสนอและให้คู่กรณีผู้เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยยอมรับเป็นลายลักษณ์อักษรต่อหน้าศาล โดยออกเป็นคำสั่งว่าด้วยการประนีประนอมก็ได้

ข) กรณีไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ

(ก) กรณีที่การไกล่เกลี่ยยุติลงโดยที่กระบวนการยังไม่สิ้นสุด

กรณีที่ผู้เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยเห็นว่าการไกล่เกลี่ยไม่เป็นประโยชน์ต่อไป ผู้เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยผู้นั้นสามารถยุติการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลาตามหลักการพื้นฐานของการไกล่เกลี่ยที่มาจากความสมัครใจของผู้เข้าร่วม เมื่อการไกล่เกลี่ยยุติลงโดย

⁷⁷ สืบค้นจาก <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>

ที่กระบวนการยังไม่สิ้นสุด ให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีหรือตุลาการนายเดี่ยวผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลต่อไป

(ข) กรณีที่กระบวนการไกล่เกลี่ยจนถึงขั้นตอนสุดท้ายแล้ว แต่ผู้เข้าร่วมไม่อาจตกลงกันได้

กรณีที่ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยได้ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจนถึงขั้นตอนสุดท้ายแล้ว แต่ผู้เข้าร่วมไม่อาจตกลงกันได้ ให้ถือว่าการไกล่เกลี่ยนั้นไม่สำเร็จและให้ผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลต่อไปเช่นกัน



บทที่ 3

แนวความคิด และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในระบบกฎหมายของไทย

1. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถดำเนินการได้ทั้งภายในและภายนอกศาล ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงเพียงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในศาล

1.1 ความเป็นมาของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย

แต่เดิมพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่งรัตน โกสินทรศก 115 (พ.ศ. 2439) ได้บัญญัติให้ศาลมีหน้าที่ในการพยายามว่ากล่าว เปรียบเทียบให้คู่ความประนีประนอมยอมกันโดยดี จนเต็มกำลังสติปัญญาที่จะกระทำได้ และเมื่อไกล่เกลี่ยสำเร็จให้ทำคำสั่งเลิกแล้วกันตามสัญญาขอความ ซึ่งศาลเป็นผู้บันทึกข้อตกลงแล้วห้ามนำคดีมาฟ้องอีก ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง รัตน โกสินทรศก 127 (พ.ศ. 2451) ก็ยังคงเนื้อหาเช่นเดิมไว้แต่มีการแก้ไขเนื้อหาสำคัญ คือ ไม่ได้บังคับให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นหน้าที่ของศาลอีกต่อไป เพียงแต่ระบุไว้ว่า ผู้พิพากษามีอำนาจกระทำได้ ต่อมาในปี พ.ศ. 2537 ศาลแพ่งได้ออกระเบียบศาลแพ่งว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความ พ.ศ. 2537 โดยระเบียบดังกล่าวเป็นผลจากมติที่ประชุมผู้พิพากษาในศาลแพ่งที่ให้ยกร่างขึ้น โดยใช้หลักเกณฑ์ และวิธีการตามมติที่ประชุมมีมติ ประกอบกับนำเอาแนวทางการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศสหรัฐอเมริกามาประยุกต์ใช้ จวบจนถึงปี พ.ศ. 2544 ประเทศไทยก็ได้นำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในศาลทั่วประเทศ⁷⁸

1.2 หลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในปัจจุบันกฎหมายได้เปิดช่องทางให้คู่พิพาท สามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้หลายช่องทาง โดยมีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานต่างๆ ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้แก่ประชาชน โดยทั่วไป เช่น คณะกรรมการหมู่บ้านที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติลักษณะ

⁷⁸ ตะวัน มานะกุล, (2557), “กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย” โครงการสำรวจ องค์ความรู้เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย, กรุงเทพฯ, มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ, หน้า 3-5

ปกครองท้องถิ่น พ.ศ. 2457 เป็นต้น ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะการดำเนินการไกล่เกลี่ยโดยสำนักกระงับข้อพิพาทและโดยศาล⁷⁹

1.2.1 สำนักกระงับข้อพิพาท

สำนักกระงับข้อพิพาท สังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มีหน้าที่ส่งเสริม ประสานงานและดำเนินการอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งภายในและภายนอกศาล ในส่วนของภารกิจการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น มีการออกข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการการดำเนินการ โดยมีเนื้อหา ดังนี้

1) การเข้าสู่กระบวนการ

ให้คู่พิพาทที่ต้องการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยยื่นคำร้องต่อสำนักกระงับข้อพิพาท หลังจากนั้น ให้สำนักกระงับข้อพิพาทส่งเรื่องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบโดยเร็ว หากมีการตอบกลับเป็นลายลักษณ์อักษรว่าเห็นชอบ ให้สำนักกระงับข้อพิพาทนัดประชุมคู่พิพาทเพื่อแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย แต่หากตอบปฏิเสธหรือไม่ตอบกลับใน 15 วัน ให้แจ้งการดำเนินการตามนัยข้อ 2 ถึง ข้อ 4 ของข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม⁸⁰

2) การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย

ให้สำนักกระงับข้อพิพาทแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยโดยคำนึงถึงคุณสมบัติ ทักษะ และความเหมาะสมแก่ลักษณะข้อพิพาท รวมถึงต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาท โดยอาจแต่งตั้งจากผู้ที่มีชื่อในทะเบียนผู้ไกล่เกลี่ยของสำนักกระงับข้อพิพาท หรือจากบุคคลซึ่งคู่พิพาทเห็นพ้องร่วมกัน เมื่อแต่งตั้งเสร็จให้แจ้งให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการแต่งตั้งรับทราบภายใน 7 วันนับแต่วันแต่งตั้ง และเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยต้องตรวจสอบประวัติและข้อมูลของตนว่ามีเหตุไม่เหมาะสมในการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือไม่ หลังจากนั้นให้ยื่นประวัติการศึกษาและการทำงาน พร้อมคำแถลงข้อเท็จจริงถึงความเป็นกลาง และความเป็นอิสระของตนให้สำนักกระงับข้อพิพาททราบ รวมถึงให้เปิดเผยข้อเท็จจริง หรือพฤติกรรมที่อาจทำให้คู่พิพาทเกิดความสงสัยในความเป็นอิสระ และความเป็นกลาง อีกทั้งหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้ไกล่เกลี่ยมี ‘ความ

⁷⁹ ตะวัน มานะกุล, อ้างแล้วในเชิงอรรด (54), หน้า 5-17

⁸⁰ ข้อ 2 กำหนดว่า ให้คู่พิพาทที่ประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยยื่นคำร้องต่อสำนักกระงับข้อพิพาทตามแบบคำร้องขอไกล่เกลี่ย

ข้อ 3 กำหนดว่า ให้สำนักกระงับข้อพิพาทส่งสำเนาคำร้องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโดยเร็ว เพื่อตอบเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 15 วัน หากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งตอบปฏิเสธ หรือไม่ตอบกลับภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้แจ้งการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

ข้อ 4 กำหนดว่า หากคู่พิพาทผู้ได้รับสำเนาคำร้องเห็นชอบในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยให้สำนักกระงับข้อพิพาทนัดประชุมคู่พิพาทเพื่อแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยและดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อไป

ขัดแย้งทางผลประโยชน์' กับคู่พิพาท ให้แจ้งให้ผู้ไกล่เกลี่ยและคู่พิพาทอีกฝ่ายทราบ หลังจากนั้น หากผู้ไกล่เกลี่ยไม่ถอนตัว คู่พิพาทมีสิทธิแจ้งเรื่องดังกล่าวต่อสำนักกระงับข้อพิพาทเพื่อพิจารณา ตามที่เห็นสมควรตามนัยข้อ 5 ถึงข้อ 9 ของข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม⁸¹ ทั้งนี้ ข้อบังคับกำหนดให้มีผู้ไกล่เกลี่ยคนเดียวยกเว้น คู่พิพาทจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่นตามนัยข้อ 21 ของข้อบังคับดังกล่าว⁸²

3) ขั้นตอนและแนวปฏิบัติ

ให้ผู้ไกล่เกลี่ยดำเนินการกระบวนกรตามวิธีที่คู่พิพาทตกลงกันไว้โดยเร็ว หากไม่ได้ตกลงให้ดำเนินการตามข้อบังคับบนพื้นฐานความเป็นธรรม เป็นกลาง เป็นอิสระและเป็นไปตามความประสงค์ของคู่พิพาท โดยไม่มีอำนาจตั้งข้อกำหนดหรือบังคับให้คู่พิพาทเห็นชอบ กับความเห็นของตนตามนัย ข้อ 10 ของข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล สำนักกระงับ ข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม⁸³ ประกอบกับระหว่างดำเนินการ ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถประชุม

⁸¹ ข้อ 5 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ให้สำนักกระงับข้อพิพาทแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยโดยคำนึงถึงคุณสมบัติ ทักษะ ความเหมาะสมแก่ ลักษณะของข้อพิพาท และผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาททุกฝ่าย วรรคสอง กำหนดว่า ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นผู้มีชื่อในทะเบียนผู้ไกล่เกลี่ยของสำนักกระงับข้อพิพาท หรือบุคคลอื่นซึ่งคู่พิพาทเห็นพร้อมกัน ให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยก็ได้

ข้อ 6 กำหนดว่า ให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ยอื่นประวัติการศึกษาและการทำงานซึ่งได้จัดทำขึ้น พร้อมคำแถลง ข้อเท็จจริงถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตนให้สำนักกระงับข้อพิพาททราบ ตามแบบแถลงข้อเท็จจริงแสดงความเป็น อิสระและความเป็นกลาง โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องลงนามและวันที่ในเอกสารทั้งสองฉบับ

ข้อ 7 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ก่อนยื่นแบบตามข้อ 6 ให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยตรวจสอบประวัติ ส่วนตัวและข้อมูลจากสำนักงานของตนเพื่อพิจารณาว่ามีเหตุที่จะทำให้ไม่เหมาะสมจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือไม่ และวรรคสอง กำหนด ว่า การตรวจสอบตามวรรคหนึ่งประกอบด้วยการค้นหาคำความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในเรื่องวิชาชีพ ให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ ไกล่เกลี่ยเปิดเผยข้อเท็จจริง และเหตุการณ์ที่อาจทำให้คู่พิพาทเกิดข้อสงสัยในความเป็นอิสระ และความเป็นกลาง และในขณะจะลง นามในแบบนั้น หรือในเวลาใดในระหว่างที่ทำการ ไกล่เกลี่ยหรือหลังจากการไกล่เกลี่ยดังกล่าว หากไม่มีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ เช่นว่านี้ ให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งระบุในแบบแถลงข้อเท็จจริงว่าไม่มีเหตุที่ทำให้ตนไม่เหมาะสมที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย

ข้อ 8 กำหนดว่า ให้สำนักกระงับข้อพิพาทแจ้งให้ผู้ไกล่เกลี่ยทราบถึงการแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยภายใน 7 วันนับตั้งแต่นั้น

ข้อ 9 กำหนดว่า คู่พิพาทซึ่งเชื่อว่าผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับแต่งตั้งหรือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้ง มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับ คู่พิพาทฝ่ายใด ให้แจ้งเรื่องดังกล่าวให้ผู้ไกล่เกลี่ย และคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบทันที หากผู้ไกล่เกลี่ยไม่ถอนตัวและคู่พิพาทฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งไม่พอใจในการไม่ถอนตัวดังกล่าว ให้ผู้ไกล่เกลี่ยหรือคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแจ้งเรื่องดังกล่าวต่อสำนักกระงับข้อพิพาทเพื่อ พิจารณาตามที่เห็นสมควรในการยุติการขัดแย้งทางผลประโยชน์ ซึ่งอาจรวมถึงการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนใหม่โดยเร็ว

⁸² ข้อ 21 กำหนดว่า ให้มีผู้ไกล่เกลี่ยคนเดียว เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

⁸³ ข้อ 10 กำหนดว่า ให้ผู้ไกล่เกลี่ยดำเนินการกระบวนกร ไกล่เกลี่ยตามวิธีที่คู่พิพาทตกลงกัน โดยเร็ว หากคู่พิพาทไม่ได้ตกลง กันให้ผู้ไกล่เกลี่ยกำหนดวิธีการที่จะดำเนินการกระบวนกรไกล่เกลี่ยตามนัยแห่งข้อบังคับนี้ โดยอยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรม เป็น กลาง เป็นอิสระ และเป็นไปตามความประสงค์ของคู่พิพาท ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจจะตั้งข้อกำหนดหรือบังคับให้คู่พิพาท เห็นชอบกับความเห็นของผู้ไกล่เกลี่ยในการกระงับข้อพิพาท

คู่พิพาทพร้อมกัน หรืออาจแยกประชุมหรือติดต่อเฉพาะฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ตามเห็นสมควร โดยสามารถเปิดเผยสาระสำคัญของข้อมูลของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งให้อีกฝ่ายทราบได้ ยกเว้นผู้ให้ข้อมูล ระบุว่า เป็นความลับ ทั้งนี้ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทั้งหมดถือเป็นความลับ ยกเว้นคู่พิพาทตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น มีกฎหมายกำหนดให้เปิดเผย หรือเป็นการเปิดเผยเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามหรือบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงตามนัยข้อ 16 ถึงข้อ 18 ของข้อบังคับดังกล่าว⁸⁴ อีกทั้งกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะสิ้นสุดลงเมื่อมีการถอนฟ้อง ศาลมีคำพิพากษาตามสัญญา ประนีประนอมยอมความ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัว หรือเมื่อผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ตามนัยข้อ 14 ของข้อบังคับเดียวกัน⁸⁵

4) กรอบระยะเวลาดำเนินการ

ไม่มีการกำหนดกรอบระยะเวลาการดำเนินการ แต่หากคู่พิพาทตกลงเรื่องกรอบระยะเวลาการดำเนินการกันไว้แล้วไม่สามารถดำเนินการให้สำเร็จได้ทัน ให้ถือว่ากระบวนการสิ้นสุดตามนัยข้อ 14 ของข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม⁸⁶

1.2.2 ศาล

สำหรับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชั้นศาล หากเป็นคดีแพ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดว่า ศาลมีอำนาจสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเองหากเห็นว่ามีโอกาสจะเกิดความตกลง หรือการประนีประนอมยอมความ นอกจากนี้ ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความไม่ว่าการพิจารณาคดีจะดำเนินการไปแล้วเพียงใดก็ตาม ทั้งนี้ เมื่อคู่ความฝ่ายหนึ่งร้องขอหรือเห็นสมควร ศาลอาจสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือ

⁸⁴ ข้อ 16 กำหนดว่า ในระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยชอบที่จะประชุมหรือ ติดต่อกับคู่พิพาทพร้อมกัน หรืออาจประชุมหรือติดต่อกับคู่พิพาทแต่ละฝ่าย โดยลำพังก็ได้ตามที่ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นสมควร

ข้อ 17 กำหนดว่า เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยได้รับข้อมูลเกี่ยวกับข้อพิพาทจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเปิดเผยสาระสำคัญของข้อมูลดังกล่าวให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบก็ได้ แต่หากคู่พิพาทให้ข้อมูลกับผู้ไกล่เกลี่ยโดยระบุว่า เป็นความลับ ห้ามมิให้ผู้ไกล่เกลี่ยเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวนี้ให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อ 18 กำหนดว่า ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยให้เก็บรักษาไว้เป็นความลับ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือมีกฎหมายกำหนดให้เปิดเผยหรือ เป็นการเปิดเผยเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามหรือบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงในผลของการระงับข้อพิพาท

⁸⁵ ข้อ 14 กำหนดว่า ในกรณีดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง (1) ถ้ามีการฟ้องคดีแล้ว คู่ความสามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วย การถอนฟ้องหรือขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ (2) คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถอนตัวจากกระบวนการไกล่เกลี่ย (3) ถ้ามีการกำหนดเวลาสิ้นสุดการไกล่เกลี่ยไว้ และผู้ไกล่เกลี่ยไม่อาจไกล่เกลี่ยให้เป็นผลสำเร็จได้ภายในเวลาที่กำหนด (4) ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าข้อพิพาทไม่อาจยุติลงได้ด้วยการไกล่เกลี่ย

⁸⁶ ข้อ 14 อ้างแล้วในเชิงอรรถ (61)

ทุกฝ่ายโดยจะมีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ อาจแต่งตั้งบุคคล หรือคณะบุคคลเป็นผู้ ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ประนีประนอมกันได้ตามนัย มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 20 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁸⁷ ในปัจจุบันกฎหมาย ฉบับสำคัญที่กำหนดมาตรฐานหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยของศาลยุติธรรม ได้แก่ (1) ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ.2554 และ (2) ระเบียบคณะกรรมการ บริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2544 ทั้งนี้ ผู้ศึกษาจะมุ่งพิจารณาเนื้อหาของ ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 เท่านั้น เนื่องจากกฎหมายทั้งสองฉบับ มีเนื้อหาในทำนองเดียวกัน แต่ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ใหม่กว่า และมีการขยายความในประเด็นต่างๆ ไว้โดยละเอียด ดังนี้

1) การเข้าสู่กระบวนการ

การไกล่เกลี่ยในชั้นศาลจะเกิดขึ้นเมื่อผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์ คณะผู้พิพากษาเห็นสมควร หรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอแล้วฝ่ายที่เหลือตกลงด้วยและในกรณี ที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการร้องขอเข้าสู่กระบวนการ ให้แจ้งต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาล เพื่อให้เจ้าหน้าที่สอบถามความประสงค์ของคู่ความฝ่ายอื่น หากทุกฝ่ายประสงค์เช่นเดียวกัน ให้รายงานให้องค์คณะผู้พิพากษาหรือผู้รับผิดชอบราชการศาลทราบแล้วให้เจ้าหน้าที่เริ่มดำเนินการ หรืออีกวิธีหนึ่ง คือ คู่ความสามารถแสดงความประสงค์ต่อองค์คณะผู้พิพากษาระหว่างการพิจารณา คดีแล้วให้องค์คณะผู้พิพากษาสอบถามคู่ความฝ่ายอื่น หากทุกฝ่ายประสงค์เช่นเดียวกัน และองค์ คณะผู้พิพากษาเห็นสมควร ให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเอง หรือมีคำสั่งให้ศูนย์ไกล่เกลี่ย

⁸⁷ มาตรา 19 บัญญัติว่า ศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควรให้คู่ความทุกฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าคู่ความนั้นๆ จะไม่มีทนายความว่าต่างแยกต่างอยู่แล้วก็ดี อนึ่งถ้าศาลเห็นว่าการที่คู่ความมาศาลด้วยตนเองอาจยังให้เกิดความ ตกลงหรือการประนีประนอมยอมความดังที่บัญญัติไว้ในมาตราต่อไป ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง

มาตรา 20 บัญญัติว่า ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลง กัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อที่พิพาทนั้น

มาตรา 20 ทวิ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ย เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ร้องขอ ศาลจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยจะให้มีความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ ได้ วรรคสอง บัญญัติว่า เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ ประนีประนอม เพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ประนีประนอมกัน วรรคสาม บัญญัติว่า หลักเกณฑ์และวิธีการในการ ไกล่เกลี่ยของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนด ของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา วรรคสี่ บัญญัติว่า ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาตามวรรคสาม เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ประจำสัปดาห์ดำเนินการ ทั้งนี้ องค์กรและผู้พิพากษาอาจกำหนดระยะเวลา หรือเงื่อนไขการดำเนินการก็ได้ตามนัยข้อ 6 ถึงข้อ 10 ของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554⁸⁸

2) การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม (ผู้ไกล่เกลี่ย)

องค์กรและผู้พิพากษาอาจทำการไกล่เกลี่ยด้วยตนเองหรือมอบหมายให้ผู้พิพากษาคนหนึ่งหรือหลายคนในองค์กรดำเนินการ นอกจากนี้ ผู้รับพิชชอบราชการศาลหรือองค์กรและผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยการแต่งตั้งจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและความพอใจของกลุ่มความเท่าที่จะกระทำได้

ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ได้รับการแต่งตั้งเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พนักงานราชการ หรือลูกจ้างของสำนักงานศาลยุติธรรมที่รับราชการในศาลอื่น จะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้นั้น และได้รับความเห็นชอบจากผู้รับพิชชอบราชการศาลที่ผู้นั้นรับราชการอยู่ นอกจากนี้ หากผู้ที่ได้รับการแต่งตั้ง ไม่ใช่ผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประนีประนอม จะต้องขอให้กลุ่มความยินยอมและตกลงที่จะรับพิชชอบค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของบุคคลนั้นตามนัยข้อ 11 ถึงข้อ 15

⁸⁸ ข้อ 6 กำหนดว่า ในกรณีมีคดีขึ้นสู่ศาล หากผู้รับพิชชอบราชการศาลหรือองค์กรและผู้พิพากษาเห็นสมควร หรือเมื่อกลุ่มความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอและกลุ่มความฝ่ายอื่นตกลงให้มีการไกล่เกลี่ยให้ดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยตามข้อกำหนดนี้

ข้อ 7 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ในการดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ย ศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาลอาจเชิญชวนหรือให้คำแนะนำแก่กลุ่มความ ทนายความ หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และวิธีการร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ย ตลอดจนข้อมูลอื่นใดอันจะเป็นประโยชน์แก่บุคคลดังกล่าว วรรคสอง กำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในการจัดให้มีการไกล่เกลี่ย ผู้รับพิชชอบราชการศาลอาจประกาศกำหนดลักษณะหรือประเภทของคดีที่ให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาลดำเนินการเชิญชวนกลุ่มความให้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ การกำหนดลักษณะหรือประเภทคดีดังกล่าวไม่เป็นการจำกัดลักษณะหรือประเภทของคดีอื่นที่อาจดำเนินการไกล่เกลี่ยได้

ข้อ 8 กำหนดว่า ในกรณีที่กลุ่มความประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ย กลุ่มความอาจแจ้งความประสงค์ต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาลหรือแถลงต่อองค์กรและผู้พิพากษาในระหว่างการพิจารณา

ข้อ 9 กำหนดว่า ในกรณีที่กลุ่มความฝ่ายใดแจ้งความประสงค์ต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาล ให้เจ้าหน้าที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายดำเนินการสอบถามความประสงค์ของกลุ่มความฝ่ายอื่นหากกลุ่มความทุกฝ่ายประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ย ให้เจ้าหน้าที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยรายงานให้องค์กรและผู้พิพากษาหรือผู้รับพิชชอบราชการศาลทราบ ในกรณีนี้ ให้เจ้าหน้าที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยดำเนินการจัดให้มีการไกล่เกลี่ยตามข้อกำหนดนี้ เว้นแต่องค์กรและผู้พิพากษามีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ข้อ 10 กำหนดว่า ในกรณีที่กลุ่มความฝ่ายใดแถลงขอให้มีการไกล่เกลี่ยต่อองค์กรและผู้พิพากษาในระหว่างการพิจารณา ให้องค์กรและผู้พิพากษาสอบถามกลุ่มความฝ่ายอื่น หากกลุ่มความทุกฝ่ายประสงค์ให้มีการไกล่เกลี่ยและองค์กรและผู้พิพากษาเห็นสมควร องค์กรและผู้พิพากษาอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยเองหรือมีคำสั่งให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาลดำเนินการจัดให้มีการไกล่เกลี่ยต่อไป ทั้งนี้ องค์กรและผู้พิพากษาอาจกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขอื่นใดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยด้วยก็ได้

ของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไต่ถามคดี พ.ศ. 2554⁸⁹

นอกจากนี้ ศาลเจ้าของคดีอาจแต่งตั้งให้ศาลอื่นดำเนินการไต่ถามคดีแทนได้ หากศาลนั้นยินยอม ในกรณีเช่นนี้ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งอาจได้รับมอบหมายให้เป็นองค์คณะผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ส่งผลให้สามารถพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความได้โดยไม่ต้องส่งเรื่องกลับให้ศาลเจ้าของคดีอีกครั้งตามนัยข้อ 17 ถึงข้อ 18 ของข้อกำหนดดังกล่าว⁹⁰

เมื่อการแต่งตั้งเสร็จสิ้น ผู้ประนีประนอมจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจเป็นสาเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางให้คู่ความทราบ หากคู่ความเห็นต้องการคัดค้านให้แจ้งเหตุแห่งการคัดค้านต่อผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้ประนีประนอมทราบก่อนเริ่มกระบวนการหรือภายใน 7 วัน นับแต่ทราบข้อเท็จจริงแต่ต้องกระทำก่อนกระบวนการสิ้นสุดลง

⁸⁹ ข้อ 11 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า องค์คณะผู้พิพากษาอาจไต่ถามคดีด้วยตนเองหรือให้ผู้พิพากษาคณะหนึ่งหรือหลายคน ในองค์คณะดำเนินการไต่ถามคดีก็ได้ วรรคสอง กำหนดว่า ในการไต่ถามคดีตามวรรคหนึ่ง ให้นำความในหมวด 4 ส่วนที่ 4 ถึงส่วนที่ 6 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม

ข้อ 12 กำหนดว่า ในกรณีที่ต้องดำเนินการไต่ถามคดี ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษา อาจแต่งตั้งผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไต่ถามคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ได้ ให้ผู้ประนีประนอมที่ได้รับการแต่งตั้งดำเนินการไต่ถามคดีตามข้อกำหนดนี้

ข้อ 13 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า การแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พนักงานราชการหรือลูกจ้างของสำนักงานศาลยุติธรรมคนหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับมอบหมายราชการศาลจัดให้เป็นผู้ประนีประนอมเป็นการเฉพาะในศาลนั้น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ผู้รับผิดชอบราชการศาลกำหนด วรรคสองกำหนดว่า การแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พนักงานราชการหรือลูกจ้างคนหนึ่งหรือหลายคน ที่รับราชการในศาลอื่นให้เป็นผู้ประนีประนอมจะทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้นั้นและได้รับความเห็นชอบจากผู้รับผิดชอบราชการศาลที่ผู้นั้นรับราชการอยู่

ข้อ 14 กำหนดว่า ในการแต่งตั้งผู้ประนีประนอม ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษา พึงคำนึงถึงความเหมาะสมของบุคคลนั้นและความพอใจของคู่ความเท่าที่จะพึงกระทำได้

ข้อ 15 กำหนดว่า นอกจากการแต่งตั้งผู้ประนีประนอมตามข้อ 13 การแต่งตั้งบุคคลที่มีได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประนีประนอมตามหมวด 7 จะทำได้ต่อเมื่อคู่ความที่จะต้องเข้าร่วมในกระบวนการไต่ถามคดีได้ให้ความยินยอมและตกลงที่จะรับผิดชอบค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของบุคคลเช่นนั้น ถ้ามี

⁹⁰ ข้อ 17 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในการไต่ถามคดี ศาลอาจแต่งตั้งให้ศาลอื่นจัดให้มีการไต่ถามคดีแทนก็ได้ ทั้งนี้ จะต้องได้รับความยินยอมจากศาลที่ได้รับการแต่งตั้ง วรรคสอง กำหนดว่า กรณีคู่ความประสงค์จะให้ศาลมีคำพิพากษตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ให้คู่ความลงลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมยอมความต่อหน้าผู้พิพากษาในศาลที่ได้รับการแต่งตั้ง และให้ผู้พิพากษาในศาลนั้นลงลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมยอมความพร้อมบันทึกรายงานกระบวนการพิจารณาแล้วส่งให้ศาลเดิมพิจารณาและพิพากษตามสัญญาประนีประนอมยอมความ วรรคสาม กำหนดว่า การจัดส่งเอกสารระหว่างศาล อาจดำเนินการทางโทรสารหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นก็ได้ ทั้งนี้ เลขธิการอาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจัดส่งเอกสารทางโทรสารหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นดังกล่าว

ข้อ 18 กำหนดว่า ในกรณีที่กระบวนการไต่ถามคดีสิ้นสุดลงเพราะเหตุคู่ความสามารถจับข้อพิพาทได้ด้วยกรณฟ้อง หรือขอให้ศาลมีคำพิพากษตามสัญญาประนีประนอมยอมความตามข้อ 35 (1) ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ประนีประนอมในคดีนั้นอาจได้รับมอบหมายให้เป็นองค์คณะผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นก็ได้

หลังจากนั้นให้ผู้รับผิดชอบราชการ หรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้ประนีประนอมพิจารณาแล้ว มีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ หากผู้ประนีประนอมเลือกถอนตัวเองจะไม่ถือเป็นการยอมรับข้อเท็จจริงที่คู่ความยกขึ้นมาคัดค้านตามนัยข้อ 19 ถึงข้อ 23 ของข้อกำหนดเดียวกัน⁹¹

3) ขั้นตอนและแนวปฏิบัติ

คู่ความที่เป็นบุคคลธรรมดาที่มีหน้าที่เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยตนเอง เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือจำเป็น สำหรับแนวทางการดำเนินการให้เป็นตามที่คู่ความตกลงกันได้ หากไม่ได้ตกลงให้ผู้ประนีประนอมกำหนดขั้นตอนหรือแนวทางตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งคดี ความประสงค์ของคู่ความ ความเป็นธรรมและความรวดเร็ว ก่อนเริ่มกระบวนการให้ผู้ประนีประนอมแจ้งคู่ความว่า ข้อเสนอและคำแถลงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในการไกล่เกลี่ยจะเก็บเป็นความลับ ไม่มีสิทธินำไปอ้างอิงไม่ว่ากรณีใดๆ ไม่ผูกมัดและหากไม่

⁹¹ ข้อ 19 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า เมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว ผู้ประนีประนอมต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางของตนให้คู่ความทราบโดยทันที วรรคสอง กำหนดว่า นับแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและตลอดระยะเวลาที่กระบวนการไกล่เกลี่ยยังไม่สิ้นสุด หากปรากฏข้อเท็จจริงตามวรรคหนึ่งขึ้นภายหลังได้รับการแต่งตั้ง ผู้ประนีประนอมต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นให้คู่ความทราบโดยทันที เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่ความทราบแล้ว

ข้อ 20 กำหนดว่า คู่ความอาจคัดค้านผู้ประนีประนอมได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางของผู้ประนีประนอม แต่คู่ความจะคัดค้านผู้ประนีประนอมซึ่งตนได้ให้ความยินยอมในการแต่งตั้งมิได้ เว้นแต่คู่ความฝ่ายนั้นไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ให้ความยินยอม

ข้อ 21 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า คู่ความที่ประสงค์จะคัดค้านผู้ประนีประนอมต้องแจ้งเหตุแห่งการคัดค้านให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้ประนีประนอมนั้นทราบก่อนเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้อ่านข้อเท็จจริงตามข้อ 19 วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ต้องกระทำก่อนกระบวนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงตามข้อ 35 วรรคสอง กำหนดว่า การที่ผู้ประนีประนอมถอนตัวไม่ถือว่าการยอมรับข้อเท็จจริงตามที่คู่ความยกขึ้นมาคัดค้าน ในกรณีที่มีการคัดค้านให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้ประนีประนอมเป็นผู้พิจารณาและมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร

ข้อ 22 กำหนดว่า ให้ผู้ประนีประนอมพ้นจากหน้าที่ในคดีที่ได้รับแต่งตั้งในกรณีดังต่อไปนี้ (1) ขอลถอนตัวโดยได้รับความเห็นชอบจากผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้ง (2) ถูกจำหน่ายชื่อออกจากทะเบียนผู้ประนีประนอมประจำศาล (3) ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้ประนีประนอมมีคำสั่งถอดถอน เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า (ก) มีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางในการทำหน้าที่ผู้ประนีประนอม (ข) บกพร่องต่อหน้าที่หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ผู้ประนีประนอม (ค) ประพฤติตนไม่เหมาะสมแก่การเป็นผู้ประนีประนอม (ง) กระทำหรือละเว้นกระทำการตามหน้าที่ของผู้ประนีประนอม โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนเป็นเหตุให้คู่ความเสียหาย (4) เมื่อมีเหตุที่ผู้ประนีประนอมมีลักษณะต้องห้ามตามข้อ 51 (6) (9) (10) และ (11)

ข้อ 23 กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้ประนีประนอมพ้นจากหน้าที่ตามข้อ 22 ผู้รับผิดชอบราชการศาล หรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้ประนีประนอมอาจมีคำสั่งให้กระบวนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง หรือแต่งตั้งผู้ประนีประนอมคนใหม่ก็ได้ ทั้งนี้ ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษา อาจแต่งตั้งผู้ประนีประนอมที่พ้นจากหน้าที่ไปตามข้อ 22 (1) ให้ทำหน้าที่อีกครั้งก็ได้

สามารถตกลงกันได้จะไม่มีผลต่อการพิจารณาคดีของศาลตามนัยข้อ 25 ถึงข้อ 27 ของข้อกำหนดของประธานสภาฎีกาว่าด้วยการไต่ถามคดี พ.ศ. 2554⁹²

ในการดำเนินการไต่ถามคดีข้อพิพาทผู้ประนีประนอมสามารถให้คู่ความเสนอข้อเท็จจริง ข้อมูลเบื้องต้น หรือข้อเสนอ และอาจให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าวระหว่างคู่ความ ทั้งนี้ คู่ความมีสิทธิขอให้ดำเนินการดังกล่าวเช่นกัน แต่ผู้ประนีประนอมจะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ ในส่วนการประชุมไต่ถามคดี ผู้ประนีประนอมอาจอนุญาตให้เข้าประชุมเฉพาะคู่ความ ตัวแทนทนายความ ที่ปรึกษา หรือบุคคลที่ผู้ประนีประนอมอนุญาต หรือให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายเข้าประชุม แต่ต้องแจ้งการดำเนินการให้คู่ความที่มีได้เข้าร่วมทราบ และห้ามเปิดเผยสาระสำคัญของข้อมูลในส่วนที่คู่ความผู้ให้ข้อมูลระบุว่าเป็นความลับ ทั้งนี้ ห้ามไม่ให้มีการเปิดเผยหรือบันทึกรายละเอียดของการไต่ถามคดียกเว้นคู่ความยินยอม รวมถึงห้ามนำความลับเกี่ยวกับการดำเนินการไปอ้างอิง หรือสืบพยานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล เว้นแต่เป็นการเปิดเผยเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความตามนัยข้อ 29 ถึงข้อ 31 ข้อ 37 และข้อ 38 ของข้อกำหนดดังกล่าว⁹³

⁹² ข้อ 25 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า คู่ความที่เป็นบุคคลธรรมดาพึงเข้าร่วมประชุมไต่ถามคดีด้วยตนเอง เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัย หรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ คู่ความนั้นอาจแต่งตั้งตัวแทนที่มีอำนาจตัดสินใจและทำสัญญาประนีประนอมยอมความ เข้าร่วมประชุมไต่ถามคดีก็ได้ วรรคสอง กำหนดว่า คู่ความที่เป็นนิติบุคคลพึงแต่งตั้งตัวแทนที่มีอำนาจตัดสินใจและทำสัญญาประนีประนอมยอมความเข้าร่วมประชุมไต่ถามคดี โดยทำเป็นหนังสือส่งต่อเจ้าหน้าที่ประจำศูนย์ไต่ถามคดี เว้นแต่จะได้แต่งตั้งผู้มีอำนาจทำสัญญาประนีประนอมยอมความไว้เป็นคดีแล้ว เมื่อเจ้าหน้าที่ประจำศูนย์ไต่ถามคดีได้รับหนังสือแต่งตั้งตัวแทนแล้ว ให้ตรวจสอบความถูกต้องของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ และขอบเขตอำนาจที่ได้รับมอบ ในกรณีที่หนังสือมอบอำนาจมีข้อบกพร่องหรือมีข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจที่ได้รับมอบ ให้แจ้งให้ผู้ประนีประนอมทราบ

ข้อ 26 กำหนดว่า ในกรณีที่คู่ความมิได้ตกลงไว้เป็นข้ออื่น ผู้ประนีประนอมอาจกำหนดขั้นตอน หรือแนวทางในการดำเนินการไต่ถามคดีตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งคดี ความประสงค์ของคู่ความ การปฏิบัติต่อคู่ความอย่างเป็นธรรม และความต้องการที่จะระงับข้อพิพาทด้วยความรวดเร็ว ก่อนไต่ถามคดีให้ผู้ประนีประนอมแจ้งขั้นตอนการไต่ถามคดีให้คู่ความทราบว่า ข้อเสนอ และคำแถลงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในชั้นไต่ถามคดี ศาลจะเก็บเป็นความลับ คู่ความไม่มีสิทธิใช้อ้างอิงไม่ว่ากรณีใดๆ และไม่ผูกมัดคู่ความหรือศาลให้ต้องปฏิบัติตาม และหากคดีไม่สามารถตกลงกันได้ก็ไม่มีผลต่อการพิจารณาและคำพิพากษาของศาล

ข้อ 27 กำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในการไต่ถามคดี ผู้ประนีประนอมอาจให้คู่ความเสนอข้อเท็จจริง หรือข้อมูลเบื้องต้นแห่งข้อพิพาท ตลอดจนข้อเสนอในการระงับข้อพิพาทต่อผู้ประนีประนอม หรืออาจเสนอให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าวระหว่างคู่ความก็ได้ คู่ความอาจขอให้ผู้ประนีประนอมดำเนินการตามความในวรรคก่อนก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ผู้ประนีประนอมจะจัดให้มีการดำเนินการตามที่คู่ความขอหรือไม่ก็ได้

⁹³ ข้อ 29 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในการไต่ถามคดี ผู้ประนีประนอมอาจอนุญาตให้เฉพาะแต่ตัวความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายอยู่ในการประชุมไต่ถามคดีก็ได้ ทั้งนี้ผู้ประนีประนอมต้องแจ้งถึงการดำเนินการไต่ถามคดีนั้นให้คู่ความฝ่ายที่มีได้เข้าร่วมทราบด้วย วรรคสอง กำหนดว่า ความในวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับแก่ตัวแทน ทนายความ ที่ปรึกษาของคู่ความหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ที่ผู้ประนีประนอมอนุญาตให้เข้าสู่กระบวนการไต่ถามคดีด้วย

ข้อ 30 กำหนดว่า เมื่อผู้ประนีประนอมได้รับข้อมูลอันเกี่ยวกับข้อพิพาทจากคู่ความฝ่ายหนึ่ง ผู้ประนีประนอมอาจเปิดเผยสาระของข้อมูลนั้นให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ เว้นแต่ข้อมูลที่คู่ความ ได้ให้ไว้โดยห้ามมิให้เปิดเผย

กระบวนการไกล่เกลี่ยจะสิ้นสุดลงเมื่อคู่ความสามารถตกลงระงับข้อพิพาทด้วยการถอนฟ้อง หรือมีการขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอม หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์ดำเนินการต่อ หรือไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือผู้ประนีประนอมผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งเห็นว่าการดำเนินการต่อไปไม่เป็นประโยชน์แก่คดีตามนัยข้อ 35 ของข้อกำหนดเดียวกัน⁹⁴

สำหรับคดีในชั้นอุทธรณ์และฎีกา คู่ความสามารถเข้าสู่กระบวนการตามที่กล่าวมาทั้งหมดได้เช่นกัน โดยสามารถยื่นความประสงค์ต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาลนั้น ๆ หรือศาลก่อนหน้าที่พิพากษาคดีก็ได้ โดยผู้รับผิดชอบราชการศาลอุทธรณ์หรือฎีกาสามารถมีคำสั่งให้ดำเนินการได้โดยไม่ต้องรอสำนวนคำพิพากษาหรือคำสั่ง ทั้งนี้ หากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดำเนินโดยศาลก่อนหน้าที่พิพากษาคดี ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาอาจแต่งตั้งผู้ประนีประนอมเองหรือมอบหมายให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลนั้น ๆ เป็นผู้แต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อที่ศาลอุทธรณ์หรือฎีกาจัดทำขึ้น แต่หากไม่ได้จัดทำไว้หรือบุคคลในบัญชีรายชื่อไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้แต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อของศาลที่ได้รับมอบหมายตามนัยข้อ 44 ถึงข้อ 46 และข้อ 49 ของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554⁹⁵

ข้อ 31 กำหนดว่า กระบวนการไกล่เกลี่ยให้ดำเนินการเป็นการลับ และไม่ให้มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ เว้นแต่คู่ความจะตกลงกันไว้บันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยทั้งหมด หรือแต่บางส่วนโดยคู่ความเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายก็ได้

ข้อ 37 กำหนดว่า ในกรณีที่คู่ความไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ให้รักษาข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นความลับ เว้นแต่เป็นการใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

ข้อ 38 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ห้ามมิให้คู่ความที่เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ย ผู้ประนีประนอมหรือบุคคลภายนอก รวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยนำความลับไปอ้างอิง หรือนำสืบเป็นพยานหลักฐานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณาของศาลหรือเพื่อดำเนินการอื่นใดไม่ว่าจะนำไปใช้ในรูปแบบใดเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้ (1) ความประสงค์หรือความเต็มใจของคู่ความในการขอเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ย (2) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการในการระงับข้อพิพาทของคู่ความ ในการไกล่เกลี่ย (3) การยอมรับหรือข้อความที่กระทำโดยคู่ความในการไกล่เกลี่ย (4) ข้อเสนอใดๆ ที่เสนอโดยผู้ประนีประนอม (5) ข้อเท็จจริงที่ได้แสดงให้เห็นถึงความเต็มใจที่จะยอมรับข้อเสนอในการไกล่เกลี่ย (6) เอกสารที่จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะใช้หรือใช้ในการไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะ วรรคสองกำหนดว่า อนึ่งพยานหลักฐานใดที่ใช้ในการไกล่เกลี่ย หากเป็นพยานหลักฐานที่น่าสืบได้อยู่แล้วในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณาของศาล หรือเพื่อดำเนินการอื่นใด ย่อมไม่ต้องห้ามตามความในวรรคหนึ่ง

⁹⁴ ข้อ 35 กำหนดว่า ในกรณีดังต่อไปนี้ถือว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง (1) คู่ความตกลงระงับข้อพิพาทด้วยการถอนฟ้อง หรือขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ (2) คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์ให้ทำการไกล่เกลี่ยอีกต่อไป (3) คู่ความไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด (4) ผู้ประนีประนอมเห็นว่าการดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไปจะไม่เป็นประโยชน์แก่คดี (5) ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งเห็นว่าการดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไปจะไม่เป็นประโยชน์แก่คดี

⁹⁵ ข้อ 44 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยคดีชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค หรือศาลชั้นต้นที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นอาจเชิญชวนให้คู่ความเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยคดีชั้นอุทธรณ์ก็ได้ วรรคสอง กำหนดว่า ความ

4) กรอบระยะเวลาดำเนินการ

ให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรของผู้พิพากษาที่เป็นผู้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยกำหนดระยะเวลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่ให้ขยายเวลาได้หากเห็นสมควรหรือผู้ไกล่เกลี่ยร้องขอว่าจะเป็นประโยชน์ต่อคู่ความ และไม่ได้ทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีล่าช้าเกินสมควร นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้ผู้ประนีประนอมมีหน้าที่แจ้งให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรของผู้พิพากษาทราบและพิจารณาหากพบว่าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดำเนินการในลักษณะประวิงเวลาให้ชักช้า และหากศาลเห็นว่าการดำเนินการต่อไปจะทำให้การพิจารณาคดีล่าช้าเกินสมควร ก็อาจสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไปพร้อมกันก็ได้ตามนัยข้อ 10 ข้อ 16 และข้อ 33 ของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554⁹⁶

5) การจัดทำทะเบียนผู้ประนีประนอม

ที่ประสงค์จะขอให้มีการไกล่เกลี่ยคดีชั้นอุทธรณ์ ให้แจ้งความประสงค์ต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค หรือศาลชั้นต้นที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นก็ได้ วรรคสาม กำหนดว่า การไกล่เกลี่ยคดีชั้นอุทธรณ์อาจดำเนินการที่ศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค หรือศาลชั้นต้นก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยคดีชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาค อาจกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติเพิ่มเติมก็ได้เท่าที่ไม่ขัดกับข้อกำหนดนี้

ข้อ 45 กำหนดว่า ในกรณีที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้วและมีการอุทธรณ์ แต่ยังไม่ได้ส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์ หรือศาลอุทธรณ์ภาค หากคู่ความประสงค์ให้มีการไกล่เกลี่ย ผู้รับผิดชอบ ราชการศาลชั้นต้นอาจมีคำสั่งให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยไปก่อนและแจ้งให้ศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคทราบ แม้อาจจะได้ส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคแล้วก็ให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไปได้ เว้นแต่ศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ข้อ 46 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ในกรณีที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยที่ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาค อาจแต่งตั้งผู้ประนีประนอมเอง หรือมอบหมายให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลชั้นต้นเป็นผู้แต่งตั้ง ผู้ประนีประนอมก็ได้ วรรคสอง กำหนดว่า หากศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคได้จัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่จะทำหน้าที่ผู้ประนีประนอมในศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคไว้ให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลชั้นต้นแต่งตั้งผู้ประนีประนอมจากบัญชีดังกล่าว หากศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคไม่ได้จัดทำบัญชีดังกล่าวไว้หรือได้จัดทำไว้แต่บุคคลที่อยู่ในบัญชีรายชื่อไม่อาจไปปฏิบัติหน้าที่ในคดีที่จะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ย ผู้รับผิดชอบราชการศาลชั้นต้นอาจแต่งตั้งผู้ประนีประนอมจากบัญชีรายชื่อของศาลชั้นต้นก็ได้ วรรคสาม กำหนดว่า ค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของผู้ประนีประนอมที่ขึ้นทะเบียนตามหมวด 7 สำหรับการไกล่เกลี่ยคดีชั้นอุทธรณ์ที่ดำเนินการในศาลชั้นต้น ให้เบิกจ่ายจากศาลชั้นต้น

ข้อ 49 กำหนดว่า ให้นำความในหมวด 4 มาใช้บังคับแก่การไกล่เกลี่ยคดีชั้นฎีกาด้วยโดยอนุโลม

⁹⁶ ข้อ 10 อ่างแล้วในเชิงอรรถ (64)

ข้อ 16 กำหนดว่า หากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะเป็นเหตุให้การพิจารณาคดีล่าช้าเกินสมควร ศาลอาจสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปพร้อมกับการไกล่เกลี่ยก็ได้ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงประโยชน์ของคู่ความทุกฝ่ายเป็นสำคัญ

ข้อ 33 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ผู้ประนีประนอมจะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรของผู้พิพากษาที่แต่งตั้งกำหนด วรรคสอง กำหนดว่า หากผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรของผู้พิพากษาที่แต่งตั้งเห็นสมควรหรือผู้ประนีประนอมร้องขอผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรของผู้พิพากษาที่แต่งตั้งอาจขยายระยะเวลาในการดำเนินการไกล่เกลี่ยออกไปอีกก็ได้ ถ้าการขยายระยะเวลาดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ของคู่ความทุกฝ่ายและมีไม่ได้ทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีล่าช้าเกินสมควร วรรคสาม กำหนดว่า ในกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดดำเนินการไกล่เกลี่ยโดยมีลักษณะประวิงคดีให้ชักช้า ให้ผู้ประนีประนอมรายงานให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรของผู้พิพากษาที่แต่งตั้งทราบโดยเร็ว

ข้อกำหนดประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไต่เถียง พ.ศ. 2554 กำหนดให้ เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมจัดทำทะเบียนผู้ประนีประนอมตามความจำเป็น โดยมีการกำหนด คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม เช่น มีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ เป็นผู้สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีและมีประสบการณ์ในการทำงานมาไม่น้อยกว่า 5 ปี อีกทั้งมีประสบการณ์ปฏิบัติงาน ด้านการไต่เถียงในศาลหรือในสำนักกระงับข้อพิพาทไม่น้อยกว่า 10 คดีตามนัยข้อ 50 และข้อ 51 ของข้อกำหนดดังกล่าว⁹⁷

สำหรับกระบวนการจัดทำ ให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนยื่นคำขอขึ้นทะเบียนและ เอกสารหลักฐานต่อผู้อำนวยการประจำศาลยุติธรรมหรือผู้อำนวยการประจำสำนักงานประจำ ศาลยุติธรรม เมื่อตรวจสอบเสร็จให้เสนอต่อคณะกรรมการบริหารงานไต่เถียงประจำศาล เพื่อพิจารณากลับกรองและทำความเข้าใจเบื้องต้นเสนอต่อผู้รับผิดชอบราชการศาลพิจารณา หลังจากนั้น ให้รวบรวมรายชื่อผู้ที่เห็นควรได้รับการเสนอชื่อจัดส่งไปยังสำนักกระงับข้อพิพาท แล้วให้ ผู้อำนวยการสำนักกระงับข้อพิพาทตรวจสอบเอกสารและหลักฐานต่างๆ พร้อมทั้งทำความเข้าใจ เบื้องต้นเสนอเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ หรือไม่ให้ขึ้นทะเบียน ตามนัยข้อ 52 ถึงข้อ 54 ของข้อกำหนดเดียวกัน⁹⁸

⁹⁷ ข้อ 50 กำหนดว่า ให้เลขาธิการจัดให้มีทะเบียนผู้ประนีประนอมขึ้น โดยให้คำนึงถึงความจำเป็นของแต่ละศาล ครอบคลุม ผู้ประนีประนอมที่แต่ละศาลเสนอขอให้ขึ้นทะเบียนตามหมวดนี้ ให้เป็นไปตามประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม

ข้อ 51 กำหนดว่า ผู้ขอขึ้นทะเบียนผู้ประนีประนอมต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ (1) มีอายุไม่ต่ำกว่าสามสิบปีบริบูรณ์ (2) เป็นผู้สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีและมีประสบการณ์ในการทำงานมาไม่น้อยกว่าห้าปี หรือเป็นผู้มี ประสบการณ์ในการทำงานสาขาต่าง ๆ อันจะเป็นประโยชน์แก่การไต่เถียงไม่น้อยกว่าสิบปี (3) เป็นผู้ผ่านการอบรมหลักสูตร เทคนิคหรือวิธีการไต่เถียงที่สำนักงานศาลยุติธรรมจัด หรือรับรอง (4) มีประสบการณ์ปฏิบัติงานด้านการไต่เถียงในศาลหรือ ในสำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรมไม่น้อยกว่าสิบคดี (5) เป็นผู้มีความพร้อมที่จะอุทิศเวลาปฏิบัติหน้าที่ผู้ประนีประนอม ประจำศาล (6) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี (7) ไม่เป็นผู้ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพหรือกระทำ กิจการใดอันอาจกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ผู้ประนีประนอมประจำศาลหรืออาจเสื่อมเสียถึงเกียรติศักดิ์แห่งสถาบันศาล ยุติธรรม (8) ไม่เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว (9) ไม่เป็นบุคคลที่ศาลมีคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ (10) ไม่เป็นผู้เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำ โดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (11) ไม่เป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม (12) ไม่เป็นผู้พิพากษาสมทบตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522

⁹⁸ ข้อ 52 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนยื่นคำขอขึ้นทะเบียนผู้ประนีประนอมต่อผู้อำนวยการ พร้อมแนบ หลักฐานดังต่อไปนี้ (1) สำเนาทะเบียนบ้าน (2) สำเนาบัตรประจำตัวประชาชนหรือบัตรประจำตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ (3) สำเนาแสดงคุณวุฒิ (4) สำเนาหลักฐานรับรองการผ่านการอบรมหลักสูตรเทคนิคหรือวิธีการไต่เถียง (5) หลักฐานการรับรองจำนวนคดีที่ได้ปฏิบัติงาน ด้านการไต่เถียง (6) หนังสือรับรองประสบการณ์ในการทำงาน วรรคสอง กำหนดว่า ในกรณีผู้ที่เคยมีชื่ออยู่ในทะเบียน ผู้ประนีประนอมแล้วและประสงค์จะขอขึ้นทะเบียนอีก อาจขอใช้เอกสารหลักฐานเดิมก็ได้ วรรคสาม กำหนดว่า ให้ผู้อำนวยการ

ทะเบียนผู้ประนีประนอมสิ้นผลลงทุก 2 ปี โดยไม่คำนึงว่าผู้มีชื่อในทะเบียนได้รับการขึ้นทะเบียน ณ เวลาใดแต่การสิ้นผลนี้ไม่กระทบถึงการแต่งตั้งผู้ประนีประนอมในคดีที่ได้ดำเนินการไปแล้วตามนัยข้อ 55 ของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554⁹⁹

นอกจากทะเบียนผู้ประนีประนอมแล้ว ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ยังเปิดให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลสามารถใช้ดุลพินิจโดยผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการบริหารงานไกล่เกลี่ยประจำศาล ในการจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่ประสงค์จะทำหน้าที่ผู้ประนีประนอม โดยบุคคลในรายชื่อไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประนีประนอมที่ขึ้นทะเบียน และต้องมีจำนวนไม่เกิน 4 เท่าของกรอบอัตรากำลัง อีกทั้งผู้ประนีประนอมของศาลใช้เกณฑ์คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับการขึ้นทะเบียนผู้ประนีประนอม และให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลเป็นผู้ตรวจสอบประวัติและความประพฤติตามความเหมาะสม

ตรวจสอบคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้ามและเอกสารหลักฐานของผู้ขอขึ้นทะเบียนแล้วเสนอต่อคณะกรรมการบริหารงานไกล่เกลี่ยประจำศาล เพื่อคัดกรองและทำความเห็นเบื้องต้นเสนอต่อผู้รับผิดชอบราชการศาล หากผู้รับผิดชอบราชการศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสม ให้ดำเนินการเสนอชื่อบุคคลดังกล่าวเพื่อขึ้นทะเบียนตามหมวดนี้ วรรคสี่ กำหนดว่า ในกรณีที่มิใช่ผู้ขอขึ้นทะเบียนหลายคนเกินกว่ากรอบอัตราผู้ประนีประนอมที่กำหนดตามข้อ 50 วรรคสองและผู้ขอขึ้นทะเบียนเหล่านั้นมีคุณสมบัติและความเหมาะสมใกล้เคียงกัน ให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลพิจารณาผู้ที่มีความพร้อมที่จะอุทิศเวลาปฏิบัติหน้าที่ผู้ประนีประนอมก่อน

ข้อ 53 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ให้ผู้อำนวยการรวบรวมรายชื่อผู้ขอขึ้นทะเบียนที่ผู้รับผิดชอบราชการศาลเห็นควร ให้ได้รับการเสนอชื่อจัดส่งไปยังสำนักทะเบียนไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันก่อนวันที่ทะเบียนสิ้นผล ตามข้อ 55 วรรคสอง กำหนดว่าการเสนอรายชื่อบุคคลเพื่อขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประนีประนอมเพิ่มเติมให้ทำได้เฉพาะเท่าที่จำเป็น เพื่อประโยชน์แก่ราชการศาลที่ยังไม่มีผู้ประนีประนอมที่ได้รับการขึ้นทะเบียนปฏิบัติงานในศาลนั้น หรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยให้ผู้อำนวยการดำเนินการตามข้อ 52 วรรคสาม โดยอนุโลม

ข้อ 54 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ให้ผู้อำนวยการสำนักทะเบียนขอพิพาทตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่างๆ แล้วทำความเห็นเบื้องต้นเสนอเลขานุการ วรรคสอง กำหนดว่า ในการพิจารณาให้ขึ้นทะเบียนบุคคลใดเป็นผู้ประนีประนอมให้เป็นดุลพินิจของเลขานุการ คำวินิจฉัยของเลขานุการให้เป็นที่สุด

⁹⁹ ข้อ 55 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ให้ทะเบียนผู้ประนีประนอมสิ้นผลลงทุกสองปีนับแต่วันจัดทำทะเบียน โดยไม่ต้อง คำนึงว่าผู้มีชื่อในทะเบียนได้รับการขึ้นทะเบียนไว้ ณ เวลาใด วรรคสอง กำหนดว่า การที่ทะเบียนผู้ประนีประนอมสิ้นผลตามวรรคหนึ่งไม่กระทบถึงการแต่งตั้งผู้ประนีประนอม ในคดีที่ได้ดำเนินการไปแล้วและให้ผู้ได้รับการแต่งตั้งนั้นปฏิบัติหน้าที่ต่อไป เว้นแต่ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ให้ผู้ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวมีสิทธิได้รับคำปรึกษาและค่าใช้จ่ายตามระเบียบที่กำหนด วรรคสาม กำหนดว่า ในกรณีที่การจัดทำทะเบียนใหม่ไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาที่ทะเบียนเดิมได้สิ้นผล ให้ถือว่าบุคคลในทะเบียนเดิมยังคงเป็นผู้ประนีประนอมที่ขึ้นทะเบียนอยู่จนกว่าทะเบียนใหม่จะแล้วเสร็จ

บัญชีรายชื่อข้างต้น มีวาระ 1 ปี แต่เมื่อครบวาระจะไม่กระทบถึงการแต่งตั้งผู้ประนีประนอมในคดีที่ได้ดำเนินการไปแล้วตามนัยข้อ 57 และข้อ 58 ของข้อกำหนดดังกล่าว¹⁰⁰

1.3 ผลจากการใกล้เคียงข้อพิพาท

ในกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซึ่งจัดเป็นข้อพิพาททางแพ่งนั้น หากคู่พิพาทตกลงกันได้ ให้จัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 850 ถึง 852 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰¹ หากการตกลงกันเกิดขึ้นหลังมีการฟ้องร้องเป็นคดีความในศาล ให้โจทก์ยื่นคำบอกกล่าวถอนฟ้องเป็นหนังสือต่อศาล และให้ศาลพิจารณาว่าสัญญาประนีประนอมยอมความที่คู่ความจัดทำมีเนื้อความขัดต่อหลักกฎหมายหรือไม่ หากไม่ขัดให้พิพากษาตามเนื้อความในสัญญาดังกล่าวตามมาตรา 175 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰²

¹⁰⁰ ข้อ 57 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า เพื่อประโยชน์แก่คู่ความในการแต่งตั้งผู้ประนีประนอม หากผู้รับผิดชอบราชการศาลเห็นสมควร อาจจัดให้มีบัญชีรายชื่อบุคคลที่ประสงค์จะทำหน้าที่ผู้ประนีประนอมเพื่อดำเนินการใกล้เคียงในศาล บุคคลในบัญชีรายชื่อดังกล่าวอาจเป็นผู้ประนีประนอมที่ขึ้นทะเบียนอยู่หรือไม่ก็ได้ บุคคลในบัญชีรายชื่อดังกล่าวให้มีจำนวนไม่เกินสี่เท่าของกรอบอัตราค่าจ้างผู้ประนีประนอมที่กำหนดให้สำหรับศาลนั้นตามข้อ 50 วรรคสอง วรรคสอง กำหนดว่า ในการจัดทำบัญชีรายชื่อดังกล่าว ให้คำนึงถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประนีประนอมที่จะขึ้นทะเบียนตามข้อ 51 รวมทั้งประวัติและความประพฤติ ความพร้อมที่จะอุทิศเวลาปฏิบัติหน้าที่ ผู้ประนีประนอม ความรู้และประสบการณ์ ตลอดจนความต่อเนื่องในการทำงาน และการพัฒนาทักษะ ในการใกล้เคียงข้อพิพาทของบุคคลที่จะจัดให้อยู่ในบัญชีรายชื่อดังกล่าว ในการนี้ผู้รับผิดชอบราชการศาลอาจดำเนินการตรวจสอบประวัติและความประพฤติตามความเหมาะสม วรรคสาม กำหนดว่า ในการพิจารณาจัดให้บุคคลใดอยู่ในบัญชีรายชื่อดังกล่าวให้เป็นดุลพินิจของผู้รับผิดชอบราชการศาล โดยได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการบริหารงานใกล้เคียงประจำศาล

ข้อ 58 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ให้บัญชีรายชื่อตามข้อ 57 มีวาระคราวละหนึ่งปี วรรคสอง กำหนดว่า การที่บัญชีรายชื่อดังกล่าวครบวาระไม่กระทบถึงการแต่งตั้งผู้ประนีประนอมในคดีที่ได้ดำเนินการไปแล้ว และให้ผู้ได้รับการแต่งตั้งนั้นปฏิบัติหน้าที่ต่อไป เว้นแต่คู่ความจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

¹⁰¹ มาตรา 850 บัญญัติว่า อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือสัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน

มาตรา 851 บัญญัติว่า อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิด หรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

มาตรา 852 บัญญัติว่า ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ย่อมทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้นระงับสิ้นไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงในสัญญานั้นว่าเป็นของตน

¹⁰² มาตรา 175 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ก่อนจำเลยยื่นคำให้การ โจทก์อาจถอนคำฟ้องได้โดยยื่นคำบอกกล่าวเป็นหนังสือต่อศาล วรรคสอง บัญญัติว่า ภายหลังจากยื่นคำให้การแล้ว โจทก์อาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลชั้นต้น เพื่ออนุญาตให้โจทก์ถอนคำฟ้องได้ ศาลจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตหรืออนุญาตภายในเงื่อนไขตามที่เห็นสมควรก็ได้ แต่ (1) ห้ามไม่ให้ศาลให้อนุญาต โดยมีได้ฟังจำเลยหรือผู้ร้องสอด ถ้าหากมี ก่อน (2) ในกรณีที่โจทก์ถอนคำฟ้อง เนื่องจากมีข้อตกลงหรือประนีประนอมยอมความกับจำเลย ให้ศาลอนุญาตไปตามคำขอ

ผลจากการจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความจะผูกพันคู่พิพาทถ้าภายหลังฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทำตาม หากเป็นสัญญาที่ยังไม่เคยเสนอให้ศาลพิพากษาตามเนื้อความ ให้ฝ่ายที่เสียหายฟ้องร้องต่อศาล เพื่อขอให้ศาลพิจารณาว่าสัญญามีเนื้อความขัดต่อหลักกฎหมายหรือไม่ หากไม่ขัดให้มีคำสั่งบังคับใช้สัญญา แต่ในกรณีที่ เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความที่ศาลได้พิพากษาตามเนื้อหาไปแล้ว ฝ่ายผู้เสียหายสามารถบังคับใช้สัญญาได้โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลอีกครั้ง

ทั้งนี้ สัญญาประนีประนอมยอมความมีอายุความในการฟ้องร้องเพื่อบังคับตามสัญญา 10 ปี ไม่ว่าข้อพิพาทอันเป็นที่มาของสัญญาจะเกี่ยวข้องกับมูลความผิดที่มีอายุความเท่าใดก็ตามตามนัยมาตรา 193/32 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰³

2. การไกล่เกลี่ยคดีปกครองในประเทศไทย

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองของไทย

2.1.1 คดีปกครองมีวิธีพิจารณาต่างจากคดีแพ่ง

จากการศึกษาพบว่า คดีปกครองมีลักษณะที่แตกต่างกับคดีแพ่ง กล่าวคือ มีลักษณะข้อพิพาทต่างกัน โดยลักษณะข้อพิพาทคดีแพ่ง เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับรัฐหรือองค์กรมหาชนอื่นๆ แต่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเอกชน ส่วนข้อพิพาทในคดีปกครองเกิดมาจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองหรือองค์กรมหาชนอื่นๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนที่สามารถกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้เอกชนได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนก่อนและคู่ความในคดีแพ่งและคดีปกครองมีสถานะต่างกัน เนื่องจากคู่ความในคดีแพ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันภายใต้กฎหมายแพ่ง จึงมีสถานะเท่าเทียมกันอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค ดังนั้น สถานะทางกฎหมายของเอกชนคนหนึ่งจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง โดยความประสงค์ของเอกชนอีกคนหนึ่ง เพียงอย่างเดียวโดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากเอกชนนั้นไม่ได้ แต่คู่ความในคดีซึ่งมีความสัมพันธ์กันภายใต้กฎหมายปกครองนั้น ฝ่ายหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกฎหมายปกครองมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนบางประการ โดยฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ได้ตามความประสงค์ของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนผู้เกี่ยวข้อง อีกทั้งวัตถุประสงค์ของคดีแพ่งและคดีปกครองก็ต่างกัน ซึ่งวัตถุประสงค์ของคดีแพ่ง คือ ทำให้กฎหมายแพ่งเกิดสภาพบังคับขึ้น

¹⁰³ มาตรา 193/32 บัญญัติว่า สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด หรือโดยสัญญาประนีประนอมยอมความ ให้มีกำหนดอายุความสิบปี ทั้งนี้ ไม่ว่าสิทธิเรียกร้องเดิมจะมีกำหนดอายุความเท่าใด

โดยศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งจะเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน ด้วยการการแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าเป็นมาอย่างไร และผู้พิพากษาก็จะบังคับการให้เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญานั้นเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ส่วนวัตถุประสงค์ของคดีปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน หรือเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยเหตุที่คดีปกครองมีลักษณะที่แตกต่างกับคดีแพ่ง คดีปกครองจึงมีระบบวิธีพิจารณาที่ต่างจากคดีแพ่ง ซึ่งในระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองได้แก่ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หรือระเบียบอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองดังกล่าวแล้วจะเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากการที่ศาลมีคำพิพากษา เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองไว้อย่างชัดเจน

2.1.2 ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนีนำการไกล่เกลี่ยมาใช้กับคดีปกครอง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีพบว่า ทั้งสองประเทศมีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยศาลปกครองมาใช้ในคดีปกครอง โดยประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยไว้ คือ มาตรา L . 211-4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติว่า “ให้ศาลปกครองชั้นต้นกระทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้” ส่วนประเทศเยอรมนีนั้น แม้จะไม่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดให้นำการไกล่เกลี่ยมาใช้โดยตรง แต่ศาลก็ยังคงใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ผ่านการตีความบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ โดยศาลบางแห่งตีความว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล แต่ศาลอีกหลายแห่งตีความว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการใช้อำนาจตุลาการ

2.1.3 คู่กรณีดำเนินการไกล่เกลี่ยกันเองแล้วจึงมาถอนฟ้อง

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้กำหนดเรื่องถอนฟ้องซึ่งมีผลทำให้คดีปกครองระงับได้ก่อนที่จะมีคำพิพากษา โดยกำหนดไว้ในข้อ 82 วรรคหนึ่ง ว่า ผู้ฟ้องคดีอาจถอนคำฟ้องในเวลาใด ๆ ก่อนศาลพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีได้ การถอนคำฟ้องจะถอนเฉพาะบางข้อหาหรือบางส่วนของข้อหาก็ได้ วรรคสอง กำหนดว่า การถอนคำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ฟ้องคดี แต่ถ้าผู้ฟ้องคดีถอนคำฟ้องด้วยวาจาต่อหน้าศาล ในระหว่างการไต่สวนหรือการนั่งพิจารณาคดี ให้ศาลบันทึกไว้ และให้ผู้ฟ้องคดีลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน วรรคสาม กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีหลายคน ผู้ฟ้องคดีแต่ละคนอาจถอนคำฟ้องของตนได้ การถอนคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวให้มีผลเฉพาะ

ผู้ฟ้องคดีที่ถอนคำฟ้องนั้น เว้นแต่กรณีและผู้ถอนคำฟ้องเป็นผู้แทนของผู้ฟ้องคดีทุกคน การถอนคำฟ้องให้มีผลเป็นการถอนคำฟ้องทั้งคดี ในการนี้ศาลจะไต่สวนเพื่อให้ได้ความเป็นที่ยุติว่าการถอนคำฟ้องของผู้แทนดังกล่าวเป็นไปตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีทุกคนก่อนมีคำสั่งอนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้ และวรรคสี่ กำหนดว่า เมื่อมีการถอนคำฟ้อง ให้ศาลอนุญาตและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความกับคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี แต่ในคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือคดีที่การพิจารณาต่อไปจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม หรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสมยอมกันโดยไม่เหมาะสม ศาลจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้ คำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องให้เป็นที่สิ้นสุด

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีสัญญาทางปกครอง

โดยที่กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาในทางแพ่งซึ่งเป็นคดีแพ่งนั้น มีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ มาตรา 19 บัญญัติว่า ศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควร ให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าคู่ความนั้นๆ จะได้มีทนายความว่าต่างแก่งต่างอยู่แล้วก็ตาม ก็ดี อนึ่ง ถ้าศาลเห็นว่าการที่คู่ความมาศาลด้วยตนเองอาจยังให้เกิดความตกลงหรือการประนีประนอมยอมความตามที่บัญญัติไว้ในมาตราต่อไปนี้ ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง เห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวให้อำนาจศาลในการสั่งให้คู่ความฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายมาศาลด้วยตนเอง เพื่อประโยชน์ในการเปรียบเทียบให้คู่ความตกลงกันในข้อพิพาท เนื่องจากข้อเท็จจริงบางเรื่องทนายความอาจไม่สามารถที่จะรู้ได้ มีแต่ตัวความเท่านั้นที่จะทราบและตัวความยังถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในคดี ประกอบกับคดีแพ่งเป็นการพิพาทกัน ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย คู่ความจึงอาจตกลงประนีประนอมยอมความกันได้เสมอ อีกทั้งการให้โอกาสตัวความมาพบปะและทำความเข้าใจกันเป็นช่องทางให้คู่ความได้เจรจากัน โดยศาลทำหน้าที่เป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ยเพื่อให้คู่ความมีโอกาสเข้าร่วมเจรจากลลงกันมีมากขึ้น และง่ายกว่าที่จะปล่อยให้คู่ความไปเจรจากลลงกันเอง ซึ่งอำนาจของศาลในการสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเองนี้ หมายถึง การสั่งคู่ความเท่านั้น ไม่ได้หมายรวมถึงพยานหรือบุคคลภายนอก แม้ว่าพยานหรือบุคคลภายนอกจะมีส่วนร่วมในคดีก็ตาม

ซึ่งเมื่อพิจารณาสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองแล้วเห็นได้ว่า แม้สัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองจะต่างกันตรงที่สัญญาทางปกครองมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจพิเศษบางอย่างที่ไม่พบในสัญญาแพ่ง อีกทั้งสัญญาทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์บางอย่างที่แตกต่างจากสัญญาแพ่ง ทำให้มีการแบ่งแยกสัญญาเป็นสัญญาแพ่งและสัญญาทางปกครอง และเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นสัญญาทั้งสองประเภทจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลที่ต่างกัน กล่าวคือ

สัญญาแพ่งเป็นคดีแพ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม และสัญญาทางปกครองเป็นคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม ทั้งสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองต่างก็มีพื้นฐานจากการตกลงกันเช่นเดียวกัน ประกอบกับการใกล้เคียงเป็นเครื่องมือสำคัญของการบริหารจัดการคดีโดยที่แต่เดิมคู่ความและทนายความเป็นผู้ชี้้นำการดำเนินกระบวนการพิจารณาแต่เปลี่ยนใหม่เป็นให้ศาลเป็นผู้นำ เพื่อลดระยะเวลาการดำเนินคดีในศาลและการใกล้เคียงเป็นตัวช่วยในการลดปริมาณคดีของศาล โดยใช้ควบคู่กับกระบวนการพิจารณาปกติ ทำให้คู่ความมีช่องทางยุติคดีหลากหลายโดยไม่ต้องรอการตัดสินคดีอย่างเดียว อีกทั้งในคดีที่มีปัญหายุ่งยากซับซ้อน มีหลายประเด็น ถ้ามีการใกล้เคียงคู่กรณีอาจมีการตกลงรับข้อเท็จจริงกันบางประเด็น ทำให้เหลือประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาคดีพิพากษาน้อยลง เป็นประโยชน์ต่อผู้พิพากษา นอกจากนี้ จากประสบการณ์ที่ศาลยุติธรรมนำการใกล้เคียงมาใช้เป็นช่องทางในการดำเนินคดีอีกช่องทางหนึ่ง เพื่อลดการทำงานของคู่พิพากษานั้น ปรากฏว่าประสบความสำเร็จอย่างดีและยังไม่พบปัญหาสะท้อนกลับจากการบริหารจัดการคดีด้วยวิธีการดังกล่าว และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีพบว่า ทั้งสองประเทศมีการนำวิธีการใกล้เคียงข้อพิพาทโดยศาลปกครองมาใช้ในคดีปกครองซึ่งรวมถึงคดีสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน¹⁰⁴

ดังนั้น ศาลปกครองน่าจะสามารถนำการใกล้เคียงมาใช้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ โดยควรศึกษาว่าสัญญาทางปกครองที่อาจนำวิธีการใกล้เคียงมาใช้ได้ คือสัญญาประเภทใดบ้าง วิธีการใกล้เคียงและผลของการใกล้เคียงว่าเป็นเช่นไร

¹⁰⁴ คณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมศาลปกครองสำนักงานศาลปกครอง (2556) รายงานผลโครงการพัฒนาตุลาการศาลปกครองด้านสิ่งแวดล้อม (Green Judges) ปี 2556 วิธีพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กรุงเทพมหานคร บริษัท ประชาชน จำกัด หน้า 79-82

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำการไต่เถียงมาใช้ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิด ทฤษฎีทางกฎหมายเรื่องการไต่เถียงคดีปกครองในศาลปกครอง โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองในบทที่ 2 และแนวความคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการไต่เถียงข้อพิพาทในคดีปกครองในระบบกฎหมายประเทศไทยในบทที่ 3 พบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับการนำวิธีการไต่เถียงมาใช้ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเด็นต่างๆ ที่ควรนำมาศึกษา ดังนี้

1. ประเภทของสัญญาทางปกครองที่อาจนำวิธีการไต่เถียงมาใช้

เนื่องจากความหมายของสัญญาทางปกครองไทยอาจมีความแตกต่างกับความหมายของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสและเยอรมนีบางประการ จึงขอทำการวิเคราะห์ ดังนี้

1.1 สัญญาทางปกครอง

1.1.1 ความหมายของสัญญาทางปกครอง

เมื่อมีกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในปี พ.ศ. 2542 คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครองระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน โดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ใน (4) ว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้ให้นิยามสัญญาทางปกครองไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ประกอบกับการประชุมตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้วางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้อง

เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวมีผลเป็นการขยายความหมายของคำว่า สัญญาทางปกครอง ให้กว้างขึ้น อันเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ใช้คำว่า หมายความรวมถึง จึงเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง และสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล¹⁰⁵

1) สัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือโดยเนื้อหา

กฎหมายมิได้บัญญัติให้เห็นว่าสัญญาทางปกครองประเภทนี้มีลักษณะอย่างไร ไม่ว่าจะเป็นเรื่องคู่สัญญา วัตถุประสงค์ สัญญา ตลอดจนข้อสัญญา นอกจากนั้นแล้วในเรื่องผลของสัญญาทางปกครอง กฎหมายก็มิได้บัญญัติไว้เช่นกัน ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะกฎหมายประสงค์จะให้ศาลปกครองเป็นผู้พัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือโดยเนื้อหาว่า ต้องเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล หรือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง¹⁰⁶

¹⁰⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2554), “สัญญาทางปกครอง”, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, หน้า 221-225

¹⁰⁶ อำพน เจริญวินทร์, (2545), “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง”, (พิมพ์ครั้งที่ 2), กรุงเทพมหานคร, นิติธรรม, หน้า 70

2) สัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย

หากพิจารณาโดยสภาพหรือโดยเนื้อหาแล้ว สัญญาทางปกครองประเภทนี้อาจมิใช่สัญญาทางปกครอง แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งกำหนดสาระสำคัญของสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายไว้ 2 เรื่อง คือ (1) คู่สัญญา โดยกฎหมายกำหนดไว้ว่า คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และ (2) วัตถุประสงค์ โดยกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ¹⁰⁷

1.1.2 เกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาแพ่งของฝ่ายปกครอง¹⁰⁸

หลักการเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งจะคำนึงถึงหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และหลักเรื่องความเท่าเทียมกันในการแสดงเจตนา เนื่องจากสัญญาทางแพ่งเป็นเรื่องของผลประโยชน์ของคู่สัญญาโดยตรง คู่สัญญาจึงตกลงกันได้ทุกเรื่องเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับสัญญาทางปกครอง การที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญากันนั้นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองมิได้ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของตนเอง แต่ทำในนามและเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม ดังนั้น ความไม่เท่าเทียมกันของประโยชน์จึงเกิดขึ้น โดยสภาพของสัญญาทางปกครองจึงไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน ด้วยเหตุนี้หลักกฎหมายแพ่งบางอย่างที่ขัดกับหลักเรื่องผลประโยชน์สาธารณะจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้ จึงมีความจำเป็นต้องแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองออกจากกัน เพราะสัญญาทั้งสองลักษณะมีเนื้อหาและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน โดยธรรมชาติ

1) หลักเกณฑ์ในเชิงองค์การ

หลักเกณฑ์ในเชิงองค์การจะพิจารณาว่ามีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ โดยที่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นิยามไว้ว่า “หน่วยงานปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง และนอกจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะเป็นหน่วยงานทาง

¹⁰⁷ อัมพณ เจริญชินินทร์, (2545), อ้างแล้วในเชิงบรรณ (82), หน้า 73

¹⁰⁸ นุบผา อัครพิมาน, (2545), “สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย”, กรุงเทพมหานคร, สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 91-101.

ปกครองแล้วในกรณีที่สัญญาทำโดยบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ สัญญานั้นก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ โดยบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐหมายถึง (1) เอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง และ (2) เอกชนผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย ซึ่งมักเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้รับสัมปทานหรือเป็นกรณีที่รัฐวิสาหกิจที่ได้ตั้ง โดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำหรือดำเนินการงานที่ตนได้รับมอบหมายจากรัฐ

2) หลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหา

(1) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ

โดยสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะโดยตรงหรือมีวัตถุประสงค์สัมพันธ์ใกล้ชิดกับการบริการสาธารณะ โดยอาจแบ่งเป็นสามระดับ คือ (1) เป็นสัญญาที่มอบหมายให้คู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (2) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ และ (3) สัญญาอื่นๆ ซึ่งศาลเห็นว่าวัตถุประสงค์มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการบริการสาธารณะ

(2) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก

โดยข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายถึง ข้อสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษแตกต่างจากข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาตามหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส และเยอรมนี พบว่าทั้งสองประเทศต่างก็มีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง โดยแต่ละประเทศต่างก็มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่ง

ประเทศฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ที่ใช้สำหรับแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยอาจเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายหรือเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลวางไว้ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมาย คือ กรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดว่าสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ส่วนหลักเกณฑ์ที่ศาลวางไว้ คือ เกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลจะเป็นผู้วินิจฉัย

ว่าเป็นสัญญาประเภทใดโดยใช้เกณฑ์ทางองค์กร เกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของสัญญา และเกณฑ์ในแง่เนื้อหา

ประเทศเยอรมนีมีเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง โดยไม่นำฐานะของกลุ่มสัญญามาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครอง เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมนี ฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ดังนั้น สัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองเสมอไป ซึ่งเยอรมนีใช้เกณฑ์วัตถุประสงค์แห่งสัญญาในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครอง โดยพิจารณาว่าเนื้อหาของวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ หรือกล่าวได้ว่า พิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่ แต่บางกรณีเนื้อหาของสัญญา เช่น การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาโดยการชำระเงินนั้น มีลักษณะหรือสภาพเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน จึงต้องนำวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการชำระหนี้และลักษณะทั่วไปของสัญญามาพิจารณาประกอบ โดยหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินเพื่อต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครอง ย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

1.1.3 สัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธี

พิจารณาคดีปกครอง

สำหรับประเทศไทยก็มีเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาแพ่งของฝ่ายปกครองเช่นกัน โดยประเทศไทยใช้หลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร และหลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยหลักเกณฑ์ในเชิงองค์กรจะพิจารณาว่าสัญญาทางปกครองจะมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐ และหลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหาจะพิจารณาว่าสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ และเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้ออกสิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก

ต่อมาได้มีกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในปี พ.ศ. 2542 คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครอง ระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเกี่ยวกับการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งตามอำนาจหน้าที่ของศาล

ปกครองดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง การกระทำละเมิดในทางปกครอง หรือการทำสัญญาทางปกครอง โดยมาตรา 3 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้บัญญัติให้ความหมายของสัญญาทางปกครองเอาไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”¹⁰⁹

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองจะได้แก่ สัญญา 4 ประเภท คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” นั้น กฎหมาย ได้ใช้คำว่า “ความรวมถึง” จึงทำให้เข้าใจได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ได้ต้องการที่จะให้สัญญาทางปกครองมีเพียงสัญญา 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้นเท่านั้นจึงได้ใช้คำว่า “ความรวมถึง” เพื่อให้ให้เห็นภาพของความหมายอย่างกว้างของคำว่าสัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองจะต้องไปสร้างหลักจากแนวคำพิพากษาของตนต่อไป ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ใช้ดุลพินิจของตนอย่างเต็มที่ในการสร้างหลักกฎหมายและแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง¹¹⁰

1.1.4 การให้คำนิยามของสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุด

การที่ศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณาสั่งรับหรือไม่รับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองไว้พิจารณานั้น ส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณา “ความหมายอย่างแคบ” ของสัญญาที่นำมาฟ้องคดีโดยจะพิจารณาว่า สัญญาที่นำมาฟ้องคดีนั้น เป็นสัญญาทางปกครอง 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้นหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาคู่มือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งไม่รับฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนแล้วจะพบว่า ในการพิจารณาของศาลปกครองนั้น ส่วนใหญ่จะพิจารณาโดยให้ความสำคัญกับคำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองอย่างเคร่งครัด คือ พิจารณาว่าสัญญาที่เป็นข้อพิพาทนั้น มีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง 4 ประเภทหรือไม่ อย่างไรก็ตาม คดีที่ศาลปกครองกลางสั่งไม่รับไว้พิจารณาดังกล่าวไปแล้วข้างต้นหลายๆ คดี

¹⁰⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (81), หน้า 221-222

¹¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (81), หน้า 222

นั้น ในบางคดีผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งไม่รับไว้พิจารณาไปยังศาลปกครองสูงสุด ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดก็ได้หาทางออกให้กับเรื่องดังกล่าว¹¹¹

ในการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ได้วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการขยายความหมายของคำว่า สัญญาทางปกครอง ให้กว้างขึ้นอันเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ใช้คำว่า “หมายรวมถึง” เพื่อให้ศาลปกครองได้มีโอกาสวางแนวทางปฏิบัติของตนที่เหมาะสมต่อไป โดยแนวทางปฏิบัติดังกล่าวมีสาระสำคัญดังนี้ คือ “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”¹¹²

คำนิยามดังกล่าวก่อให้เกิดผล 2 ประการต่อการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครอง¹¹³ คือ

ประการแรก สัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องเป็นไปตามเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง และ

¹¹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (81), หน้า 222-223.

¹¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (81), หน้า 223.

¹¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2554), อ้างแล้วในเชิงอรรถ (81), หน้า 224-225.

สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐเพื่อให้มีการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล

ประการที่สอง สัญญาที่ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง

จึงเห็นได้ว่า ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเกณฑ์ในเชิงองค์กร และหลักเกณฑ์ในแง่เนื้อหาามาพิจารณาเพื่อแบ่งแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการขยายความหมายของคำว่า สัญญาทางปกครอง ให้กว้างขึ้นอันเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ใช้คำว่า “หมายรวมถึง” เพื่อให้ศาลปกครองได้มีโอกาสวางแนวทางปฏิบัติของตนที่เหมาะสมต่อไป ซึ่งทำให้สัญญาของทางราชการที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองมีหลายประเภทมากขึ้น ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างและปรับปรุงซ่อมแซมอาคาร สัญญาจ้างก่อสร้างอื่นๆ สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ สัญญาจ้างอื่นๆ สัญญาข้าราชการลาศึกษาหรือฝึกอบรม และสัญญาค่าประกัน สัญญาเงินทุนและสัญญาค่าประกัน สัญญาการเป็นนักศึกษา สัญญาซื้อขาย สัญญาสัมปทาน สัญญากู้ยืม และสัญญาหลักประกันของ

1.1.5 การพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองตามค่านิยมใหม่ภายหลังจากที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

การที่ศาลปกครองสูงสุดได้ให้ค่านิยมของสัญญาทางปกครองส่งผลให้สัญญาทางปกครองครอบคลุมสัญญาของทางราชการหลายประเภทขึ้นกว่าเดิม โดยศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองตามแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไว้หลายกรณี ซึ่งในที่นี้จะขอนำเสนอคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าสัญญาข้อพิพาทเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนี้

1) สัญญาจ้างก่อสร้างและปรับปรุงซ่อมแซมอาคาร

(1) สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลคณะแพทยศาสตร์ระหว่างมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ (ผู้ว่าจ้าง) กับบริษัท ก. จำกัด (ผู้รับจ้าง) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกลักษณ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายปกครอง เช่น ให้สิทธิที่จะเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือให้อำนาจที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้จะไม่ได้มีการระบุไว้ในสัญญาจ้าง โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน

แม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับสัญญาจ้างฉบับนี้มีลักษณะพิเศษ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง และยังมีบทลงโทษให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) สำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹¹⁴

(2) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ระหว่างกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. เมื่ออาคารสำนักงานดังกล่าวเป็นถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบ และเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะเกี่ยวกับสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ซึ่งประชาชนและผู้ใช้แรงงานสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นสัญญาทางปกครอง¹¹⁵

(3) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตรัฐบุรณะ ระหว่างกรุงเทพมหานคร กับบริษัท ก. จำกัด เมื่ออาคารสำนักงานเขตเป็นสถานที่สำหรับปฏิบัติ การตามอำนาจหน้าที่ด้านต่างๆ เพื่อบริการประชาชนอันเป็นบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล อีกทั้งเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง จึงเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹¹⁶

(4) สัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธนารักษ์ระหว่าง กรมธนารักษ์ กับบริษัท ก. จำกัด เมื่ออาคารสถานที่สำหรับการให้บริการสาธารณะ ซึ่งเป็นการให้บริการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของกรมธนารักษ์ อันได้แก่ อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยเงินคลัง กฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง อาคารดังกล่าวจึงถือเป็นถาวรวัตถุอันเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล ดังนั้น สัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธนารักษ์จึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹¹⁷

¹¹⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544

¹¹⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545

¹¹⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545

¹¹⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 493/2545

2) สัญญาจ้างก่อสร้างอื่นๆ

(1) สัญญาจ้างก่อสร้างระบบระบายน้ำ ระบบรวบรวม และบำบัดน้ำเสีย ซึ่งเป็นสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K) ระหว่างเมืองพัทยา กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. เป็นสัญญาทางปกครอง¹¹⁸

(2) สัญญาจ้างก่อสร้างรางระบายน้ำ ค.ส.ล. ระหว่างองค์การบริหารส่วนตำบลขุนแก้ว กับนาย ก. เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างรางระบายน้ำ ค.ส.ล. จึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹¹⁹

(3) สัญญาจ้างก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรม ระหว่างสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน และปรากฏว่ามีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษซึ่งให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติม หรือจะเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว ประกอบกับมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองบรรลุผล ซึ่งลักษณะเหล่านี้จะไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป อีกทั้งยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ด้วย (ค่า K) ดังนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรมจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹²⁰

(4) สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงสภาพภูมิทัศน์สวนสมเด็จพระศรีนครินทร์ จังหวัดปัตตานี และสัญญาค้ำประกัน ระหว่างเทศบาลเมืองปัตตานี กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. โดยมีธนาคาร ข. เป็นผู้ค้ำประกัน มีลักษณะเป็นสัญญาจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าว ก็อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเช่นเดียวกับสัญญาจ้างก่อสร้างซึ่งเป็นสัญญาประชาชน¹²¹

3) สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ

(1) สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว ระหว่างสถาบันราชภัฏสวนดุสิต กับนาย ก. เป็นสัญญาที่จ้างและแต่งตั้งให้นาย ก. ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าศูนย์การศึกษานอกสถาบันราชภัฏสวนดุสิต ซึ่งเกี่ยวข้องกับภารกิจในการให้บริการทางการศึกษาของสถาบันราชภัฏสวนดุสิต จึงเป็นกรณีที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ ดังนั้น

¹¹⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 494/2546

¹¹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 647/2546

¹²⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547

¹²¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 152/2548

สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อข้อตกลงจ้างลูกจ้างของส่วนราชการไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราวมีลักษณะเป็นข้อตกลงเพื่อให้ลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ราชการอันเป็นภารกิจของส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะ ประกอบกับการจ่ายค่าจ้าง ส่วนราชการผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ พ.ศ. 2526 โดยส่วนราชการผู้ว่าจ้างไม่มีอิสระในการกำหนดค่าจ้างได้เอง ดังเช่นนายจ้างภาคเอกชนข้อตกลงดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครอง นิติสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการผู้ว่าจ้างกับลูกจ้างของส่วนราชการจึงเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทาง ปกครอง ไม่ใช่นิติสัมพันธ์อันเกิดจากสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้ลูกจ้างของส่วนราชการออกจากงานจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง¹²²

(2) สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว ระหว่างกรมสรรพากร กับนาย ก. นั้น เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทข้าราชการเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย และความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราวเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญา ซึ่งความสัมพันธ์ทั้งสองลักษณะเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะกับหน่วยงานทางปกครองอันเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น การแต่งตั้งให้นาย ก. ปฏิบัติหน้าที่ลูกจ้างชั่วคราว จึงเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครอง¹²³

(3) สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว ระหว่างโรงพยาบาลราชวิถี กับนาย ศ. เป็นสัญญาจ้างให้นาย ศ. เป็นลูกจ้างชั่วคราวของโรงพยาบาล ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเจ้าหน้าที่กู้ชีพซึ่งเป็นการจ้างให้ปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับภารกิจให้บริการด้านการรักษาพยาบาลของโรงพยาบาล จึงเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง¹²⁴

¹²² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546 (ประชุมใหญ่)

¹²³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2547

¹²⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 274/2548

4) สัญญาจ้างอื่นๆ

(1) สัญญาจ้างติดตั้งไฟฟ้าแสงสว่างในเขตทางหลวง ระหว่าง กรมทางหลวง กับบริษัท ก. จำกัด เป็นสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹²⁵

(2) สัญญาจ้างติดตั้งไฟฟ้าในอาคารเรียน อาคารเอนกประสงค์ และก่อสร้างส้วมของโรงเรียน ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. เป็นสัญญาทางปกครอง¹²⁶

(3) สัญญาจ้างขุดสระน้ำตามโครงการใช้น้ำเพื่อเศรษฐกิจพอเพียงระหว่างจังหวัดปราจีนบุรี กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ท. แม้สัญญาว่าจ้างดังกล่าวจะเป็นการขุดสระน้ำเพื่อประโยชน์ในการช่วยเหลือประชาชนที่เป็นผู้มีสิทธิในที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของสระน้ำให้สามารถทำการเกษตรแบบผสมผสานเพื่อสร้างผลผลิตให้เพียงพอสำหรับบริโภคในครัวเรือน มิได้ใช้ประโยชน์เพื่อส่วนรวมหรือสำหรับประโยชน์ทั่วไป แต่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว สระน้ำมีเพื่อให้เกิดผลผลิตและมีรายได้อันทำให้ประชาชนมีความเป็นอยู่พอเพียงเป็นการยกมาตรฐานการดำรงชีพของประชาชน ทั้งสัญญาว่าจ้างก็ไม่ได้ระบุเจาะจงว่าผู้มีสิทธิในที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของสระน้ำเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่เป็นการบริการให้แก่ประชาชนจำนวนหนึ่งที่เข้าเกณฑ์ตามที่ระบุไว้ในโครงการไว้ก่อน โดยมีแนวทางให้มีการจัดเก็บรายได้ส่วนหนึ่งของผู้มีสิทธิในที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของสระน้ำส่งคืนให้แก่กลุ่มเพื่อนำไปขยายผลการขุดสระน้ำให้แก่สมาชิกอื่น การขุดสระน้ำดังกล่าวจึงเป็นการใช้เพื่อจุดมุ่งหมายในการสาธารณูปโภคของประชาชน ดังนั้น สัญญาจ้างขุดสระน้ำตามโครงการใช้น้ำเพื่อเศรษฐกิจพอเพียงจึงถือว่าเป็นสัญญาที่จัดให้มีสาธารณูปโภคแก่ประชาชนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง¹²⁷

(4) สัญญาจ้างจัดทำห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ และสัญญาจัดทำครุภัณฑ์ประกอบห้องพร้อมส่วนควบ ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน กับบริษัท ป. มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้จัดกระบวนการเรียนรู้ การถ่ายทอดความรู้ การฝึก การอบรม การสร้างองค์ความรู้ให้เกิดจากการจัดสภาพแวดล้อม การสร้างสรรค์วงจร ความก้าวหน้าทางวิชาการ อันเป็นการส่งเสริมการศึกษาขั้นพื้นฐานในสถานศึกษาที่อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ห้องปฏิบัติการดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่ง เพื่อให้การจัดการศึกษาซึ่งถือว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐบรรลุผล

¹²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 108/2548

¹²⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 113/2548

¹²⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 853/2547

ประกอบกับสัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เช่น กำหนดให้กรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษาที่ผู้ว่าจ้างแต่งตั้ง มีอำนาจที่จะตรวจสอบและควบคุมงานเพื่อให้เป็นไปตามเอกสารสัญญา และมีอำนาจที่จะสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือตัดทอน ซึ่งงานตามสัญญา นี้หากผู้รับจ้างขัดขืนไม่ปฏิบัติตาม กรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษามีอำนาจที่จะสั่งให้หยุดกิจการนั้นชั่วคราวได้ ความล่าช้าในกรณีเช่นนี้ผู้รับจ้างจะถือเป็นเหตุขอขยาย วันทำการออกไปไม่ได้ หรือกำหนดให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษซึ่งไม่ได้แสดงไว้ หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้นๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขแบบรูปและข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วย โดยไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ส่วนกรณีที่สัญญาไม่ได้กำหนดอัตราค่าจ้าง หรือราคาใดๆ ที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกัน ที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่เพื่อความเหมาะสม ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัว ตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ดังนั้น สัญญาจ้างจัดทำห้องปฏิบัติการ วิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ และสัญญาจ้างจัดทำครุภัณฑ์ประกอบห้องพร้อมส่วน ควบจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹²⁸

5) สัญญาข้าราชการลาศึกษาหรือฝึกอบรม และสัญญาค้ำประกัน

(1) สัญญาลาศึกษาโดยทุนของส่วนราชการ ระหว่างกองทัพเรือ กับ นาย ก. เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ สัญญา คือ นาย ก. ผู้รับทุนที่กองทัพเรือส่งไปศึกษาต้องกลับมารับราชการอันเป็นการบริการสาธารณะของรัฐ และมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น มีข้อกำหนดจำกัดสิทธิไม่ให้ผู้รับทุนลาออกจากราชการ หรือโอนสังกัด หรือบอกเลิกสัญญาได้ ในขณะที่ให้อำนาจกองทัพเรือ ซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หรือให้อำนาจเรียกตัวผู้รับทุนกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใดๆ หรือกรณีที่ผู้รับทุนประพฤติผิดสัญญาต้องชดใช้เงินให้แก่หน่วยงานเจ้าของทุน และยินยอมให้หน่วยงานเจ้าของทุนเรียกตัวกลับ หรือปลดผู้รับทุนออกจากราชการได้ ดังนั้น สัญญาที่ผู้รับทุนต้องกลับมารับราชการชดใช้ทุนจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹²⁹

(2) สัญญาลาศึกษาหรือฝึกอบรมภายในประเทศโดยได้รับเงินเดือนเต็มระหว่างลาและสัญญาค้ำประกัน ระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข กับ นาย ก.

¹²⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 977/2548

¹²⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544

ข้าราชการในสังกัด โดยมีนาย ข. เป็นผู้ค้าประกัน เมื่อสัญญาลาศึกษาหรือฝึกอบรมภายในประเทศ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักให้ข้าราชการผู้ลาศึกษาหรือฝึกอบรมเข้ารับราชการ หรือปฏิบัติราชการในสังกัดของสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองเท่าของเวลาที่ได้ไปศึกษาหรือฝึกอบรม จึงเป็นสัญญาที่สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขตกลงให้นาย ก. เข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาลาศึกษาหรือฝึกอบรมภายในประเทศดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาค้าประกันการปฏิบัติตามสัญญาของนาย ก. ระหว่างนาย ข. กับสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขนั้น เป็นสัญญาที่จัดให้มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ได้รับอนุมัติให้ลาศึกษาหรือฝึกอบรมภายในประเทศ โดยได้รับเงินเดือนเต็มระหว่างลา จึงมีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาของผู้ได้รับอนุมัติให้ลาศึกษา หรือฝึกอบรมภายในประเทศ โดยได้รับเงินเดือนเต็มระหว่างลาซึ่งเป็นสัญญาประธานเมื่อสัญญาประธานเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแล้ว ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้าประกันจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วย¹³⁰

(3) สัญญาของพนักงานที่ไปศึกษา ฝึกอบรม และปฏิบัติการวิจัย และสัญญาค้าประกัน ระหว่างสถาบันการบินพลเรือน กับนาย ก. พนักงานในสังกัด โดยมีนาย ข. เป็นผู้ค้าประกัน เมื่อสถาบันการบินพลเรือนเป็นองค์การของรัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันการบินพลเรือน พ.ศ. 2535 มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการผลิตบุคลากรทางด้านการบิน และดำเนินกิจการเกี่ยวกับการบริการช่างอากาศยาน บริการอากาศ และบริการอื่นเกี่ยวกับกิจการบิน เพื่อประโยชน์ในการผลิตบุคลากรดังกล่าว จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่สถาบันการบินพลเรือนซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีอนุมัติให้นาย ก. ไปศึกษาฝึกอบรมหลักสูตรเกี่ยวกับการบินที่ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยตกลงทำสัญญาของพนักงานที่ไปศึกษาฝึกอบรม และปฏิบัติการวิจัยไว้ ซึ่งสัญญาดังกล่าวระบุให้นาย ก. จะต้องกลับมาปฏิบัติงานตามที่กำหนดในสัญญาให้กับผู้ฟ้องคดีภายหลังสำเร็จการฝึกอบรม สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาค้าประกันที่นาย ข. ทำกับสถาบันการบินพลเรือนนั้น แม้จะเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็ยังเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาของพนักงานที่ไปศึกษา ฝึกอบรม และปฏิบัติการวิจัย ซึ่งเป็นสัญญาหลักที่เป็นสัญญาทางปกครอง และอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับการผิดสัญญาค้าประกันอันเป็นสัญญาอุปกรณ์ด้วย¹³¹

¹³⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 58/2549 (ทั้งนี้ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2549 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

¹³¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 9/2549.

(4) สัญญาของข้าราชการที่ไปศึกษาต่อภายในประเทศภาคปกติและสัญญาอนุญาตให้ข้าราชการไปศึกษาต่อภายในประเทศภาคปกติ ระหว่าง มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลธัญบุรี กับนาย ก. เป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวระหว่างมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลธัญบุรี กับผู้ค้ำประกัน เป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาประธานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประธานอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาอุปกรณ์จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วย¹³²

6) สัญญาเงินทุนและสัญญาค้ำประกัน

(1) สัญญาเงินทุนรัฐบาลและสัญญาค้ำประกัน ระหว่าง กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและสิ่งแวดลอม กับนาย ก. กรณีนี้ นาย ก. ได้รับคัดเลือกให้ได้รับทุนรัฐบาลประเภททุนพัฒนาข้าราชการตามความต้องการของกรมควบคุมมลพิษให้ไปศึกษาในสาขาวิทยาศาสตร์สิ่งแวดล้อมในต่างประเทศ โดยมีนาย ข. เป็นผู้ค้ำประกัน สัญญาเงินทุนรัฐบาล (กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและสิ่งแวดลอม) เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ มีวัตถุประสงค์ให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยผู้รับทุนซึ่งเป็นผู้สัญญาต้องกลับมารับราชการหรือทำงานหลังสำเร็จการศึกษาตามที่กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและสิ่งแวดลอมกำหนด สัญญาเงินทุนรัฐบาลที่ต้องกลับมารับราชการค่าใช้จ่ายดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาค้ำประกัน ระหว่าง กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและสิ่งแวดลอม กับนาย ข. เป็นสัญญาค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาเงินทุนรัฐบาลซึ่งเป็นสัญญาหลัก สัญญาค้ำประกันดังกล่าวจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ เมื่อข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาหลักอยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาอุปกรณ์จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วย¹³³

(2) สัญญาการรับทุน ก.พ. เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ ตามความต้องการของหน่วยงาน ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน กับนาย ก. เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้นาย ก. กลับมารับราชการในกระทรวง ทบวง กรม ตามที่ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนกำหนดเมื่อสำเร็จการศึกษา ดังนั้น สัญญาการรับทุน รัฐบาลดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹³⁴

(3) สัญญาเงินทุนรัฐบาลต่างประเทศภายใต้หน่วยงานในประเทศ ระหว่างกรมพัฒนาฝีมือแรงงาน กับนาย ก. เป็นกรณีที่นาย ก. ทำสัญญาเงินทุนรัฐบาลญี่ปุ่นภายใต้กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน เพื่อศึกษาวิชาในต่างประเทศ ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้นาย

¹³² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 211/2549

¹³³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2549

¹³⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 88/2549

ก. ผู้รับทุนต้องกลับมาปฏิบัติราชการกับกรมพัฒนาฝีมือแรงงานซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หลังจากทีนาย ก. สำเร็จการศึกษาแล้ว อันถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐให้บรรลุผล สัญญารับทุนดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹³⁵

7) สัญญาการเป็นนักศึกษา

(1) สัญญาการเป็นนักศึกษาเพื่อศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์ ระหว่างมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ กับนาย ก. โดยมีนาย ข. เป็นผู้ค้ำประกัน เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้จัดทำบริการสาธารณะ โดยนักศึกษาทันตแพทย์ที่เป็นคู่สัญญาทุกคนต้องรับราชการหรือทำงาน หลังจากสำเร็จการศึกษาตามที่คณะกรรมการพิจารณาจัดสรรทันตแพทย์กำหนดเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปีติดต่อกัน หากไม่รับราชการหรือทำงาน ผู้ให้สัญญาจะต้องชดใช้เงินแก่ผู้รับสัญญาหรือหากรับราชการหรือทำงานไม่ครบตามกำหนดเวลาดังกล่าวต้องชดใช้เงินตามส่วน ซึ่งข้อกำหนดเบี้ยปรับดังกล่าวเป็นประกันให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาและเพื่อประโยชน์ในการกำหนดความเสียหายไว้ล่วงหน้าในกรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญา สัญญาการเป็นนักศึกษาเพื่อศึกษาวิชาทันตแพทยศาสตร์จึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹³⁶

(2) สัญญาการเป็นนักศึกษาครูยางค์ทหารบก ระหว่าง กองทัพบก กับนางสาว ว. เป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนหนึ่งคือสัญญาของผู้ปกครองของผู้สมัคร เข้าเป็นนักเรียนครูยางค์ทหารบกที่ทำให้ไว้ต่อกองทัพบกนั้น มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้นางสาว ว. เข้ารับราชการเพื่อดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะต่อไป ถือได้ว่ามี ลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน ทั้งนี้ ตามนัยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 35/2547¹³⁷

8) สัญญาซื้อขาย

(1) สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่จะถูกเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนฯ ระหว่างกรุงเทพมหานคร กับบริษัท ก. จำกัด ถือเป็นขั้นตอนหนึ่งของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งหากเจ้าของที่ดินไม่ยินยอมขาย ทางราชการก็จะดำเนินการออกพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต่อไป สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน เพื่อใช้ก่อสร้างถนนอันมีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่จะถูก

¹³⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 90/2549

¹³⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 477/2546

¹³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 772/2548

เวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนฯ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 27/2545¹³⁸

(2) สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทน ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนฯ ระหว่างกรมทางหลวงชนบทกับ นาย ก. เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะในการสร้าง และขยายถนน ตามโครงการก่อสร้างถนนตามผังเมืองรวม สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹³⁹

(3) สัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์การประมวลผล ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อติดตั้งในโรงพยาบาลของรัฐ ระหว่างสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข กับบริษัท ก. จำกัด เครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์การประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ที่จะติดตั้งใน โรงพยาบาลของรัฐมีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะใช้เชื่อมโยง และรับส่งข้อมูลของประชาชน ที่มาใช้บริการสาธารณะด้านการแพทย์จากแผนกหนึ่งไปยังอีกแผนกหนึ่งในโรงพยาบาลเดียวกัน และจากโรงพยาบาลหนึ่งไปยังอีกโรงพยาบาลหนึ่งให้สะดวก รวดเร็ว มีประสิทธิภาพ วัตถุประสงค์ สัญญาจึงเป็นการซื้อเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะด้านการแพทย์ให้ บรรลุผล อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเจ้าหน้าที่ของกระทรวงสาธารณสุขจะเป็นผู้ควบคุมและใช้เครื่อง คอมพิวเตอร์ดังกล่าวก็ตาม แต่วัตถุประสงค์หลักก็เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็น ประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนที่มาใช้บริการ ดังนั้น สัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์ และ อุปกรณ์การประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อติดตั้งใน โรงพยาบาลของรัฐ จึงเป็นสัญญาทาง ปกครอง¹⁴⁰

9) สัญญาสัมปทาน

(1) สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ ระบบยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี กับบริษัท ก. จำกัด เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁴¹

(2) สัญญาเช่าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคมพร้อม ทั้งได้รับการจัดสรรความถี่วิทยุจำนวน 1 ความถี่ ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการกิจการ วิทยุคมนาคมแห่งชาติ กับบริษัท ก. จำกัด เป็นสัญญาที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการ วิทยุคมนาคมแห่งชาติซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองอนุญาตให้บริษัท ก. จำกัด ใช้ความถี่วิทยุซึ่งมี

¹³⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 97/2547

¹³⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 111/2549

¹⁴⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547 (ประชุมใหญ่)

¹⁴¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547

ลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน ดังนั้น สัญญาเช่าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคม พร้อมทั้งได้รับการจัดสรรความถี่วิทยุจึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁴²

(3) สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย กับบริษัท ก. จำกัด มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานและสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁴³

10) สัญญากู้ยืม

(1) สัญญากู้ยืมเงินตามโครงการแทรกแซงตลาดห้วมันสำปะหลัง ระหว่างกรมการค้าต่างประเทศ กับบริษัท ก. จำกัด กับพวก เพื่อใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียนปลอดดอกเบี้ย สำหรับนำไปปรับซื้อห้วมันสำปะหลังสดจากเกษตรกรในราคาประกัน สัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁴⁴

(2) สัญญากู้ยืมเงินตามโครงการแทรกแซงตลาดสับปะรดและสัญญาดูแลรักษาทรัพย์สินจำนำเพื่อเป็นประกันหนี้เงินกู้ยืม ระหว่างองค์การคลังสินค้า กับบริษัท ส. มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการแทรกแซงตลาดสับปะรดของฤดูกาลผลิตปี 2543 ตามมติของคณะกรรมการนโยบายและมาตรการช่วยเหลือเกษตรกร จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครองสำหรับสัญญาับดูแลรักษาทรัพย์สินจำนำ ระหว่างองค์การคลังสินค้ากับนาง อ. มีวัตถุประสงค์เพื่อให้นาง อ. เป็นผู้จัดการดูแลรักษาทรัพย์สินที่ บริษัท ส. นำมาจำนำกับองค์การคลังสินค้าตามสัญญาจำนำเป็นประกันหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงิน โครงการแทรกแซงตลาดสับปะรดระหว่างองค์การคลังสินค้ากับบริษัท ส. เมื่อสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีบริการสาธารณะ สัญญาับดูแลรักษาทรัพย์สินจำนำตามสัญญาจำนำเพื่อประกันหนี้เงินกู้ยืมดังกล่าวซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์จึงมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน¹⁴⁵

¹⁴² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 190/2549 (ทั้งนี้ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 966/2548 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

¹⁴³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545 (ประชุมใหญ่)

¹⁴⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 226/2547

¹⁴⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 264/2549

11) สัญญาหลักประกันของ

(1) สัญญาหลักประกันของในการประมูลหาผู้รับเหมาก่อสร้างอาคารที่ทำการแผนกสถานีไฟฟ้าแรงสูงด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ ระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี กับบริษัท จ. จำกัด ผู้ฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้มีประกาศเรื่อง การประมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อหาผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างมาเสนอราคา รับเหมาก่อสร้างอาคารที่ทำการแผนกสถานีไฟฟ้าแรงสูง โดยกำหนดเงื่อนไขของการเสนอราคาว่า ผู้เสนอราคาจะต้องยื่นซองข้อเสนอมูลค่าเทคนิคพร้อมกับยื่นหลักประกันของ และหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ถ้าผู้เสนอราคารายใดผ่านการตรวจสอบคุณสมบัติและผ่านมาตรฐานทางเทคนิค ผู้ถูกฟ้องคดีจะแจ้งวัน เวลา และสถานที่เสนอราคาให้ ทราบ ถ้าหากผู้เสนอราคารายใดได้รับแจ้งวัน เวลา และสถานที่เสนอราคาแล้วไม่ไปเสนอราคา หรือ ไปไม่ทันการลงทะเบียน ผู้เสนอราคารายนั้น จะถูกยึดหลักประกันของ ซึ่งเห็นว่า นอกจากประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาของผู้ถูกฟ้องคดี กำหนดด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดีตกลงยินยอมผูกพันตนตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีด้วยการเข้าเสนอราคาจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อ และการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และยื่นหลักประกันของต่อผู้ถูกฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดี และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้น ซึ่งเรียก ว่า “สัญญาหลักประกันของ” โดยที่สัญญาหลักประกันของมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการ จัดให้มีในสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาหลักประกันของดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹⁴⁶

12) สัญญาอื่นๆ

(1) การตกลงยินยอมให้ใช้ที่ดินเพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ระหว่าง กรุงเทพมหานคร กับนาย ถ. การที่นาย ถ. อนุญาตให้กรุงเทพมหานครเข้าไปก่อสร้างทางในที่ดิน

¹⁴⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551

ของตนตามคำร้องของกรุงเทพมหานครภายหลังจากที่พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนสิ้นสุดผลบังคับใช้และปัจจุบันประชาชนได้ใช้ถนนดังกล่าวแล้ว ความยินยอมของนาย ถ. เป็นการตกลงยินยอมให้กรุงเทพมหานครใช้ที่ดินของตนเพื่อสร้างถนน อันเป็นการจัดให้มีสาธารณูปโภคเพื่อเป็นบริการสาธารณะ โดยจะมีการคิดค่าตอบแทนกันในภายหลัง ถือได้ว่าได้เกิดสัญญาทางปกครองขึ้นระหว่างนาย ถ. และกรุงเทพมหานครตั้งแต่นั้นการตกลง¹⁴⁷

(2) การตกลงยินยอมให้ประกอบกิจการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐระหว่างองค์การบริหารส่วนจังหวัดสระบุรีกับนางสาว น. การที่นางสาว น. ซึ่งได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมที่ดินให้ประกอบกิจการในที่ดินของรัฐ (พื้นที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดสระบุรี) โดยทำการขุดดินลูกรังตามมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้ชำระค่าตอบแทนให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดสระบุรีตามนัยมาตรา 9 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน ถือได้ว่า นางสาว น. ได้ตกลงกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดสระบุรีในการที่จะประกอบกิจการเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติแล้ว กรณีจึงเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁴⁸

1.2 แนวทางการนำการไต่เถียงมาใช้กับคดีปกครอง

1.2.1 ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี

เมื่อพิจารณาเรื่องการระงับข้อพิพาททางปกครองของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี จะเห็นได้ว่า ทั้งสองประเทศมีการนำวิธีการไต่เถียงข้อพิพาทโดยศาลปกครองมาใช้ในคดีปกครอง ซึ่งรวมถึงคดีสัญญาทางปกครองด้วย เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองมาตรา L . 211 -4 บัญญัติว่า ให้ศาลปกครองชั้นต้นกระทำการไต่เถียงข้อพิพาทได้ ส่วนประเทศเยอรมนีนั้น แม้จะไม่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดให้นำการไต่เถียงมาใช้โดยตรง แต่ศาลก็ใช้การไต่เถียงข้อพิพาทได้ผ่านการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย โดยศาลบางแห่งตีความว่าการไต่เถียงข้อพิพาทเป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล และศาลอีกหลายแห่งตีความว่าการไต่เถียงข้อพิพาทเป็นการใช้อำนาจตุลาการ

1.2.2 ประเทศไทย

1) คดีสัญญาในทางแพ่ง

ในประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาในทางแพ่งซึ่งเป็นคดีแพ่งนั้น จะเห็นได้ว่า มีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เกี่ยวข้องกับการไต่เถียงข้อพิพาท คือ มาตรา 19 บัญญัติว่า ศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควรให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าคู่ความนั้นๆ จะไม่มีทนายความว่าต่างแก้ต่างอยู่แล้ว

¹⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 694/2546

¹⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2548

ก็คือ หนึ่ง ถ้าศาลเห็นว่า การที่คู่ความมาศาลด้วยตนเองอาจยังให้เกิดความตกลงหรือการประนีประนอมยอมความครั้งที่บัญญัติไว้ในมาตราต่อไปนี้ ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจศาลในการสั่งให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมาศาลด้วยตนเอง เพื่อประโยชน์ในการเปรียบเทียบให้คู่ความตกลงกันในข้อพิพาท เนื่องจากข้อเท็จจริงบางเรื่องนายความอาจไม่สามารถที่จะรู้ได้ มีแต่ตัวความเท่านั้นที่จะทราบ และตัวความยังถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในคดี ประกอบกับคดีแพ่งเป็นการพิพาทกันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย คู่ความจึงอาจตกลงประนีประนอมยอมความกันได้เสมอ อีกทั้งการให้โอกาสตัวความมาพบปะและทำความเข้าใจกันเป็นช่องทางให้คู่ความได้เจรจากันโดยศาลทำหน้าที่เป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ยเพื่อให้คู่ความมีโอกาสเข้าร่วมเจรจาตกลงกันมีมากขึ้น และง่ายกว่าที่จะปล่อยให้คู่ความไปเจรจาตกลงกันเองซึ่งอำนาจของศาลในการสั่งให้คู่ความ มาศาลด้วยตนเองนี้ หมายถึง การสั่งคู่ความเท่านั้น ไม่ได้หมายรวมถึงพยานหรือบุคคลภายนอก แม้ว่าพยานหรือบุคคลภายนอกจะมีส่วนร่วมในคดีก็ตาม

2) คดีสัญญาทางปกครอง

แต่เมื่อพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่จัดเป็นคดีปกครองนั้นพบว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หรือระเบียบอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองดังกล่าวแล้วจะเห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากการที่ศาลมีคำพิพากษาด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้กำหนดเรื่องถอนฟ้องซึ่งมีผลทำให้คดีปกครองระงับได้ก่อนที่จะมีคำพิพากษา โดยกำหนดไว้ในข้อ 82 วรรคหนึ่ง ว่า ผู้ฟ้องคดีอาจถอนคำฟ้องในเวลาใดๆ ก่อนศาลพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีได้ การถอนคำฟ้องจะถอนเฉพาะบางข้อหาหรือบางส่วนของข้อหาก็ได้ วรรคสอง กำหนดว่า การถอนคำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ฟ้องคดี แต่ถ้าผู้ฟ้องคดีถอนคำฟ้องด้วยวาจาต่อหน้าศาลในระหว่างการไต่สวนหรือการนั่งพิจารณาคดี ให้ศาลบันทึกไว้และให้ผู้ฟ้องคดีลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน วรรคสาม กำหนดว่า ในกรณีที่มิใช่ผู้ฟ้องคดีหลายคน ผู้ฟ้องคดีแต่ละคนอาจถอนคำฟ้องของตนได้ การถอนคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวให้มีผลเฉพาะผู้ฟ้องคดีที่ถอนคำฟ้องนั้น เว้นแต่กรณีที่ผู้ถอนคำฟ้องเป็นผู้แทนของผู้ฟ้องคดีทุกคน การถอนคำฟ้องให้มีผลเป็นการถอนคำฟ้องทั้งคดี ในการนี้ศาลจะไต่สวนเพื่อให้ได้ความเป็นที่ยุติ

ว่าการถอนคำฟ้องของผู้แทนดังกล่าวเป็นไปตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีทุกคนก่อนมีคำสั่งอนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้ และวรรคสี่ กำหนดว่า เมื่อมีการถอนคำฟ้อง ให้ศาลอนุญาตและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ กับคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี แต่ในคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือคดีที่การพิจารณาต่อไปจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม หรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสมยอมกันโดยไม่เหมาะสม ศาลจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้ คำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องให้เป็นที่สุด

เมื่อพิจารณาข้อ 82 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีสามารถถอนคำฟ้องได้ และเมื่อผู้ฟ้องคดีขอถอนคำฟ้องแล้วศาลต้องอนุญาตและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เว้นแต่เป็นคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของส่วนรวม หรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสมยอมกันโดยไม่เหมาะสม ศาลจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล และเมื่อพิจารณาถึงสาเหตุหรือมูลเหตุที่ผู้ฟ้องคดีมาถอนคำฟ้องนั้น เห็นว่าอาจเกิดขึ้นจากสาเหตุหรือมูลเหตุหลายกรณี เช่น เกิดจากการที่ความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้รับการเยียวยาแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงขอถอนคำฟ้อง หรือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้แล้วจึงยอมถอนคำฟ้อง ซึ่งกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้นั้น อาจเป็นกรณีที่คู่กรณีดำเนินการตกลงกันเอง หรืออาจจะมีบุคคลภายนอกทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนเป็นที่พอใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ได้

กรณีจึงมีปัญหาที่ควรนำมาศึกษาว่า สัญญาทางปกครองประเภทใดบ้างที่อาจนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ได้ ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็น ว่า ควรให้มีการประนีประนอมยอมความและมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อให้เป็นไปในแนวทางเกี่ยวกับการดำเนินการโดยศาลปกครองฝรั่งเศสและศาลปกครองเยอรมนีที่นำกระบวนการไกล่เกลี่ยมาใช้กับคดีปกครอง ประกอบกับลักษณะของคดีสัญญาทางปกครองมีความใกล้เคียงกับคดีสัญญาในทางแพ่งมาก และการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลก็มีลักษณะทำนองเดียวกัน กล่าวคือ บังคับให้ชดใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการ หรือเว้นกระทำการ และคดีดังกล่าวไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับเงินที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญา เนื่องจากพื้นฐานมาจากการตกลงกันในเรื่องสัญญาทางปกครอง แม้ว่าจะต้องอาศัยกฎหมาย หรือระเบียบ แต่ก็มีข้อให้ผ่อนปรนได้โดยไม่ต้องมีคำพิพากษา เช่น สัญญากู้ยืมเงินซื้อปุ๋ยของสหกรณ์การเกษตร คู่กรณีอาจโอนอ่อนผ่อนปรนให้แก่กันในเรื่องดอกเบี้ยได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสัญญาทางปกครองของไทยอาจมีความหมายหรือหลักการในการแบ่งแยกซึ่งพัฒนามาเป็นรูปแบบของไทยโดยเฉพาะ เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ การไต่ถามเกี่ยวกับเนื้อหาของการจัดทำบริการสาธารณะหรือยอมสละเอกสิทธิ์บางประการตามสัญญาทางปกครองที่กระทบต่อสาระสำคัญของสัญญาจึงไม่อาจทำได้ และต้องไม่ไต่ถามโดยมีผลกระทบกับงบประมาณของรัฐ อีกทั้งคดีสัญญาทางปกครองที่เป็นเรื่องค่าปรับซึ่งต้องแสวงหาข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติเพื่อนำมาวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวจะเข้าสู่กระบวนการไต่ถามได้เสมอ เช่น ข้อเท็จจริงว่าสถานที่ก่อสร้างตามสัญญาทางปกครองที่พิพาทกันเกิดเหตุสุดวิสัยมีฝนตกจริงหรือไม่ ซึ่งส่งผลกระทบต่อภาระงานล่าช้า นอกจากนี้สัญญาทუნก็สามารถไต่ถามได้ เพราะเอกชนย่อมรู้ว่าตนเป็นฝ่ายผิดสัญญาเหลือข้อพิพาทเฉพาะเรื่องจำนวนเงินซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจให้ผ่อนชำระได้ ศาลจึงตัดสินประเด็นเรื่องเบี้ยปรับเพียงอย่างเดียว ซึ่งจะเห็นได้ว่า สัญญาที่หน่วยงานของรัฐฟ้องบังคับชำระหนี้จากเอกชนนั้นอาจไต่ถามได้ง่ายกว่าเพราะเอกชนต้องการไต่ถาม หรือถ้ามีระยะเวลาให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาก็อาจยืดหยุ่นได้ และเอกชนจะยินดีปฏิบัติตามการผ่อนผันนั้น แต่ถ้าเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องบังคับกับหน่วยงานของรัฐแล้วอาจไต่ถามได้ยากกว่า เนื่องจากรัฐมีกฎระเบียบข้อบังคับที่จำกัดการตัดสินใจจำนวนมาก นอกจากนี้การไต่ถามต้องคำนึงถึงข้อจำกัดบางประการ ได้แก่ ประเด็นพิพาทที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายและกรณีที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต้องทำการศึกษาในเชิงลึกต่อไป

2. วิธีการไต่ถามในศาลปกครอง

2.1 ผู้ดำเนินการไต่ถามคดีสัญญาทางปกครอง

2.1.1 ประเทศฝรั่งเศส

มาตรา L . 211 -4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง บัญญัติว่า “ให้ศาลปกครองชั้นต้นกระทำการไต่ถามข้อพิพาทได้” จึงเห็นได้ว่า ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจดำเนินการไต่ถามคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลได้ ไม่ว่าจะเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษซึ่งมีกฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับเงินตอบแทนทหารทุพพลภาพ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ มาตรา 21 บัญญัติให้อำนาจศาลยุติธรรมทำนองเดียวกับศาลปกครอง หรือคดีปกครองในเรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเป็นคดีพิพาทที่มีความสลับซับซ้อน และใช้ระยะเวลายาวนานในการพิจารณาพิพากษา

2.1.2 ประเทศเยอรมนี

ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดให้นำการไถ่เก็ลยมาใช้โดยตรง แต่ศาลใช้การไถ่เก็ลยข้อพิพาทได้ผ่านการตีความบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก การไถ่เก็ลยข้อพิพาทในฐานะที่เป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล เป็นการตีความบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการตุลาการแห่งสหพันธ์ที่กำหนดห้ามตุลาการไม่ให้ทำงานที่ไม่สอดคล้องกับการใช้อำนาจตุลาการ กล่าวคือ ตุลาการต้องใช้เฉพาะอำนาจตุลาการ จะใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติและบริหาร ไม่ได้ เว้นแต่เป็นการกระทำตามมาตรา 4 วรรคสอง ข้อหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดข้อยกเว้นให้ตุลาการดำเนินการในทางบริหารจัดการภายในศาลได้ ดังนั้น จึงอาจตีความบทบัญญัติดังกล่าวได้ว่า เมื่อการไถ่เก็ลยข้อพิพาทเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารจัดการภายในของศาล ศาลจึงสามารถไถ่เก็ลยได้ในฐานะที่เป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล และกรณีที่สอง การไถ่เก็ลยข้อพิพาทในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการ โดยมีกฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการตีความแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง การตีความมาตรา 278 วรรคห้า ประโยคที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการมีส่วนร่วมในข้อพิพาท การเจรจาต่อรอง และการประนีประนอมยอมความผ่านมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับได้โดยอนุโลม ดังนั้น ศาลจึงสามารถใช้การไถ่เก็ลยข้อพิพาทในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการได้โดยการตีความบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งแปลความได้ว่า ตุลาการมีหน้าที่ทำให้การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และประเภทที่สอง การตีความมาตรา 87 วรรคหนึ่ง ข้อหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพราะการไถ่เก็ลยข้อพิพาทมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้โดยการพูดคุยกันทั้งในปัญหาข้อเท็จจริง และปัญหาข้อกฎหมาย อันเป็นการแสวงหาทางออกของข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการ อีกทั้งยังให้อำนาจศาลในการยอมรับข้อตกลงระหว่างคู่กรณี

เมื่อพิจารณาการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้ศาลนำการไถ่เก็ลยมาใช้ทั้ง 2 กรณีนั้นเห็นได้ว่า ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการไถ่เก็ลยก็คือผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ใช้อำนาจตุลาการและอำนาจบริหารจัดการภายในศาล หรือตุลาการศาลปกครองนั่นเอง

2.1.3 ประเทศไทย

1) คดีสัญญาในทางแพ่ง

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาในทางแพ่งที่เป็นคดีแพ่งที่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการไต่ถามไต่สวนไว้ได้แก่ ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไต่ถามไต่สวน พ.ศ. 2554

ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไต่ถามไต่สวน พ.ศ. 2554 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไต่ถามไต่สวนหรือผู้ประนีประนอมไว้ว่า องค์กรคณะผู้พิพากษาอาจทำการไต่ถามไต่สวนด้วยตนเอง หรือมอบหมายให้ผู้พิพากษาคณะหนึ่งหรือหลายคนในองค์กรคณะดำเนินการก็ได้ นอกจากนี้ ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรคณะผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไต่ถามไต่สวนข้อพิพาท โดยการแต่งตั้งจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสม และความพอใจของกลุ่มความเท่าที่จะกระทำได้ตามนัยข้อ 6 ข้อ 7 ข้อ 8 ข้อ 9 และข้อ 10 ของข้อกำหนดเดียวกัน และเมื่อการแต่งตั้งเสร็จสิ้น ผู้ประนีประนอมจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจเป็นสาเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางให้คู่ความทราบ หากคู่ความเห็นต้องการคัดค้านให้แจ้งเหตุแห่งการคัดค้านต่อผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรคณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้ประนีประนอมทราบก่อนเริ่มกระบวนการหรือภายใน 7 วัน นับแต่ทราบข้อเท็จจริง แต่ต้องกระทำก่อนกระบวนการสิ้นสุดลง หลังจากนั้นให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรคณะผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้ประนีประนอมพิจารณาแล้วมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ หากผู้ประนีประนอมเลือกถอนตัวเองจะไม่ถือเป็นกรณียอมรับข้อเท็จจริงที่คู่ความยกขึ้นมาคัดค้านตามนัยข้อ 19 ข้อ 20 ข้อ 21 ข้อ 22 และข้อ 23 ของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไต่ถามไต่สวน พ.ศ. 2554

รวมทั้งมีการจัดทำทะเบียนผู้ประนีประนอม โดยกำหนดให้เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมจัดทำทะเบียนผู้ประนีประนอมตามความจำเป็น โดยมีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม เช่น มีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ เป็นผู้สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี มีประสบการณ์ในการทำงานไม่น้อยกว่า 5 ปี และมีประสบการณ์ปฏิบัติงานด้านการไต่ถามไต่สวนในศาลหรือในสำนักกระบวนข้อพิพาทไม่น้อยกว่า 10 คดีตามนัยข้อ 50 และข้อ 51 ของข้อกำหนดประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไต่ถามไต่สวน พ.ศ. 2554

2) คดีสัญญาทางปกครอง

จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นคดีปกครองนั้น ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากการที่ศาลมีคำพิพากษาด้วยการไต่ถามไต่สวนข้อพิพาทในคดีปกครองไว้ มีเพียงระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ที่กำหนดเรื่องถอนฟ้องซึ่งมีผลทำให้

คดีปกครองระงับได้ก่อนที่จะมีคำพิพากษาไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงสาเหตุหรือมูลเหตุที่ผู้ฟ้องคดีมาถอนคำฟ้องจะเห็นได้ว่า อาจเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้แล้วจึงมาถอนฟ้อง โดยในความเป็นจริงนั้น การที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้ อาจเกิดจากการที่คู่กรณีดำเนินการตกลงกันเอง หรืออาจจะมีบุคคลภายนอกทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนเป็นที่พอใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ผู้ฟ้องคดีจึงขอถอนคำฟ้องตามนัยข้อ 82 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ที่กำหนดเรื่องถอนฟ้องซึ่งมีผลทำให้คดีปกครองระงับได้ก่อนที่จะมีคำพิพากษาไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงสาเหตุหรือมูลเหตุที่ผู้ฟ้องคดีมาถอนคำฟ้องจะเห็นได้ว่า อาจเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้แล้วจึงมาถอนฟ้อง โดยในความเป็นจริงนั้น การที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้ อาจเกิดจากการที่คู่กรณีดำเนินการตกลงกันเอง หรืออาจจะมีบุคคลภายนอกทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนเป็นที่พอใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ผู้ฟ้องคดีจึงขอถอนคำฟ้องตามนัยข้อ 82 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาในทางแพ่งที่เป็นคดีแพ่ง ที่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยไว้ ได้แก่ ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 โดยได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมไว้ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น กรณีจึงเห็นได้ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เป็นคดีปกครองนั้น คู่กรณีอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยกันเองโดยไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยไว้ เช่น ไม่มีการกำหนดคุณสมบัติของคนกลางผู้ไกล่เกลี่ยไว้ ทั้งที่คนกลางผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญอย่างมากที่จะทำให้การไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จสามารถยุติข้อพิพาทได้โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายพอใจกับการตกลงที่ทำร่วมกัน และได้รับความเป็นธรรม ซึ่งการที่ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยในคดีสัญญาทางปกครอง อาจทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นกลางของคนกลางผู้ไกล่เกลี่ย ส่งผลให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการไกล่เกลี่ยดังกล่าว

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในดำเนินการไกล่เกลี่ยนั้น ศาลปกครองอาจให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ไกล่เกลี่ยเช่นเดียวกับกรณีการไกล่เกลี่ยโดยศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี เพราะจะทำให้ศาลสามารถจัดบริการไกล่เกลี่ยได้โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นช่องทางระงับข้อพิพาทเสริมจากการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล ประกอบกับการวินิจฉัยคดีสัญญาทางปกครองที่เป็นคดีปกครองนั้น ต้องพิจารณาหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองด้วย ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองที่ต้องวินิจฉัยคดี

ปกครองโดยซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนอยู่แล้ว แต่ตุลาการศาลปกครองที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยไม่ควรจะเป็นตุลาการคนเดียวกับตุลาการที่เป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เพราะหากคดีไม่สามารถยุติได้ก็จะถูกส่งกลับมาให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาไปตามรูปคดีต่อไป

2.2 กระบวนการไกล่เกลี่ย

เมื่อพิจารณากระบวนการไกล่เกลี่ยโดยศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 นั้น เห็นว่า ทั้งสองประเทศต่างก็ไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้ว่าต้องดำเนินการอย่างไร หรือต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยในช่วงเวลาใด

สำหรับกรณีการไกล่เกลี่ยคดีแพ่งโดยศาลยุติธรรมนั้น มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและแนวปฏิบัติไว้ได้แก่ ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ซึ่งกำหนดว่า แนวทางการดำเนินการให้เป็นตามที่คู่ความตกลงกันไว้หากไม่ได้ตกลงให้ผู้ประนีประนอมกำหนดขั้นตอนหรือแนวทางตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งคดี ความประสงค์ของคู่ความ ความเป็นธรรม และความรวดเร็ว ในส่วนการประชุมไกล่เกลี่ย ผู้ประนีประนอมอาจอนุญาตให้เข้าประชุมเฉพาะคู่ความ ตัวแทน ทนายความ ที่ปรึกษา หรือบุคคลที่ผู้ประนีประนอมอนุญาต หรือให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายเข้าประชุม แต่ต้องแจ้งการดำเนินการให้คู่ความที่มีได้เข้าร่วมทราบ และห้ามเปิดเผยสาระสำคัญของข้อมูลในส่วนที่คู่ความผู้ให้ข้อมูลระบุว่าเป็นความลับ ทั้งนี้ ห้ามไม่ให้มีการเปิดเผยหรือบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยยกเว้นคู่ความยินยอม รวมถึงห้ามนำความลับเกี่ยวกับการดำเนินการ ไปอ้างอิงหรือสืบพยานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล เว้นแต่เป็นการเปิดเผยเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

ซึ่งแนวทางการดำเนินการไกล่เกลี่ยของทั้งศาลปกครองฝรั่งเศสและเยอรมนี และศาลยุติธรรมของประเทศไทยนั้นสอดคล้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยทั่วไปตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ว่า กระบวนการไกล่เกลี่ยมีขั้นตอนหลักๆ คือ (1) ขั้นตอนเตรียมการ โดยให้ให้ผู้ไกล่เกลี่ยอธิบายบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยบทบาทของคู่กรณี และสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรวมทั้งหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้คู่กรณีทุกฝ่ายรับทราบ (2) ขั้นตอนแสดงจุดยืนของคู่กรณีและการจัดทำข้อสรุปของผู้ไกล่เกลี่ย โดยคู่กรณีจะได้รับโอกาสในการชี้แจงแสดงข้อกังวลหรือจุดยืนของตนให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ (3) ขั้นตอนระบุประเด็นข้อพิพาทและแสวงหาแนวทางยุติปัญหา โดยให้ให้คู่กรณีได้ร่วมกันระบุประเด็นข้อพิพาท และแสวงหาแนวทางในการระงับข้อพิพาทตามประเด็นข้อพิพาทที่ได้รับ (4) ขั้นตอนการร่วมแลกเปลี่ยนสนทนา โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะช่วย

คู่กรณีให้ได้ร่วมแลกเปลี่ยนถ้อยแถลงกันในเรื่องหลักของข้อพิพาท หรือช่วยคู่กรณีให้ได้เจรจาตกลงกันตามประเด็นข้อพิพาทที่ได้ระบุไว้ (5) ขั้นตอนการปรึกษาส่วนตัว ซึ่งให้โอกาสได้แสดงความเห็นและเสนอข้อมูลต่างๆ ต่อผู้ไกล่เกลี่ยอย่างเป็นทางการ (6) ขั้นตอนการเจรจา โดยคู่กรณีจะได้เข้าร่วมเจรจาเพื่อแสวงหาข้อยุติในประเด็นข้อพิพาท และแสวงหาข้อตกลงร่วมกัน และ (7) ขั้นตอนการประชุมร่วมครั้งสุดท้าย โดยคู่กรณีและผู้ไกล่เกลี่ยจะร่วมถ้อยแถลงกันในเรื่องข้อพิพาท และแสวงหาทางออกเพื่อยุติข้อพิพาทแห่งคดี

ผู้ศึกษาเห็นว่า กระบวนการไกล่เกลี่ยคดีสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองนั้นไม่จำเป็นต้องบัญญัติกำหนดรายละเอียดต่างๆ ไว้ เนื่องจากเป็นหลักการทั่วไปที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้การดำเนินการไกล่เกลี่ยบรรลุผลอยู่แล้ว ซึ่งสอดคล้องกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยโดยศาลปกครองฝรั่งเศสและศาลปกครองเยอรมนี

อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่าควรกำหนดเกี่ยวกับการห้ามเปิดเผยสาระสำคัญของข้อมูลการไกล่เกลี่ยในส่วนที่คู่กรณีเป็นผู้ให้ข้อมูล เนื่องจากหากยอมให้นำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ในการวินิจฉัยคดีต่อไปในกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จ จะทำให้คู่กรณีไม่กล้าที่จะให้ข้อมูลที่แท้จริง เพราะข้อมูลดังกล่าวอาจทำให้ผู้ให้ข้อมูลแพ้คดีได้

2.3 ผลของการไกล่เกลี่ยคดีสัญญาทางปกครอง

2.3.1 ประเทศฝรั่งเศส

กรณีที่ศาลดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประสบผลสำเร็จ คดีดังกล่าวอาจยุติลงได้สี่แนวทาง คือ แนวทางแรก คู่กรณีอาจยื่นข้อตกลงต่อศาล และขอให้ศาลจำหน่ายคดีแนวทางที่สอง ผู้ฟ้องคดีขอลงคำฟ้อง แนวทางที่สาม คู่กรณีมีคำขอร่วมกันให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอมตามที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ และแนวทางที่สี่ ศาลมีคำพิพากษาตามเนื้อหาที่คู่กรณีได้เจรจาตกลงกันไว้

กรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องจัดทำบันทึกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยบันทึกดังกล่าวต้องไม่ระบุถึงข้อเสนอ หรือข้อเรียกร้องของแต่ละฝ่าย และผู้ไกล่เกลี่ยต้องแจ้งสำเนานบันทึกดังกล่าวให้คู่กรณีทุกฝ่ายทราบ และต้องส่งบันทึกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องให้อธิบดีศาลปกครอง หรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย โดยเอกสารเหล่านั้นจะไม่ถูกนำมารวมไว้ในสำนวนคดี เว้นแต่คู่กรณีทุกฝ่ายจะให้ความยินยอม ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการแยกกระบวนการพิจารณาคดีให้เด็ดขาดจากการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทที่ไม่บรรลุผล

2.3.2 ประเทศเยอรมนี

กรณีศาลดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประสบผลสำเร็จ คดีดังกล่าวอาจยุติลงได้สามแนวทาง คือ แนวทางแรก ผู้ฟ้องคดีตกลงถอนฟ้อง แนวทางที่สอง ผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยตกลงกันเป็นหนังสือเพื่อยุติข้อพิพาทโดยกำหนดให้ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเป็นอันระงับไป และแนวทางที่สาม ผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยนำข้อตกลงร่วมกันมาทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความในศาล

กรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ ให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีหรือตุลาการนายเด็วผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลต่อไป

2.3.3 ประเทศไทย

ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง หากคู่พิพาทตกลงกันได้ ให้จัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 850 ถึง 852 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากการตกลงกันเกิดขึ้นหลังมีการฟ้องร้องเป็นคดีความในศาล ให้โจทก์ยื่นคำบอกกล่าวถอนฟ้องเป็นหนังสือต่อศาล และให้ศาลพิจารณาว่าสัญญาประนีประนอมยอมความที่คู่ความจัดทำมีเนื้อความขัดต่อหลักกฎหมายหรือไม่ หากไม่ขัดให้พิพากษาตามเนื้อความในสัญญาดังกล่าวตามนัยมาตรา 175 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

โดยถ้าภายหลังคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ทำตามสัญญาประนีประนอม หากเป็นสัญญาที่ยังไม่เคยเสนอให้ศาลพิพากษาตามเนื้อความ ให้ฝ่ายที่เสียหายฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลพิจารณาว่าสัญญามีเนื้อความขัดต่อหลักกฎหมายหรือไม่ หากไม่ขัด ให้มีคำสั่งบังคับใช้สัญญาดังกล่าว

ในคดีสัญญาทางปกครอง เมื่อพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นคดีปกครองที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าปัจจุบันไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยไว้ แต่ในความเป็นจริงแล้วคู่กรณีอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยกันเอง ซึ่งนอกจากอาจทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นกลางของคนกลางผู้ไกล่เกลี่ย ส่งผลให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการไกล่เกลี่ยดังกล่าวแล้ว ยังอาจทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับผลผูกพันทางกฎหมายของการตกลงกันดังกล่าว

เนื่องจากการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการหรือวิธีการทำให้ข้อตกลงระหว่างคู่กรณีมีผลบังคับทางกฎหมายไว้เช่นเดียวกับกรณีของสัญญาในทางแพ่งซึ่งเป็นคดีแพ่ง โดยมีเพียงระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 82 ที่กำหนดเรื่องการถอนฟ้องซึ่งมีผลทำให้คดีปกครองระงับได้ก่อนที่จะมี

คำพิพากษาไว้ กล่าวคือ กรณีที่คู่กรณีดำเนินการตกลงกันเอง หรืออาจจะมีบุคคลภายนอกทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนเป็นที่พอใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ผู้ฟ้องคดีจึงขอลอนคำฟ้อง ศาลจะอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีถอนคำฟ้องและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ซึ่งหากว่าหลังจากนั้นคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ทั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันไว้ คู่กรณีไม่สามารถนำคดีมาฟ้องให้ศาลบังคับตามข้อตกลงดังกล่าวได้ดังเช่นกรณีของสัญญาในทางแพ่งที่เป็นคดีแพ่ง

สำหรับกรณีของสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นคดีปกครองนั้น ถ้าคู่กรณีไม่ทำตามข้อตกลงที่ตกลงไกล่เกลี่ยกันไว้ คู่กรณีอาจนำข้อพิพาทดังกล่าวกลับมาฟ้องต่อศาลปกครองได้อีก ซึ่งต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการฟ้องคดีของศาลปกครอง โดยเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่คู่กรณีจะนำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง คือ เงื่อนไขเรื่องอายุความตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเงื่อนไขเกี่ยวกับการฟ้องข้อ คำนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ และฟ้องซ้ำตามข้อ 36 (1) ข้อ 96 และข้อ 97 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

โดยที่เมื่อผู้ฟ้องคดีขอลอนฟ้อง และศาลอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีถอนคำฟ้อง และจำหน่ายคดีออกจากสารบบความแล้ว การที่ผู้ฟ้องคดีนำข้อพิพาทมาฟ้องต่อศาลปกครองอีกครั้ง จึงไม่ใช่กรณีที่ไต่ยื่นคำฟ้องต่อศาลแล้ว คดีนั้นอยู่ในระหว่างการพิจารณา ซึ่งเป็นการฟ้องซ้อนที่ห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดียื่นคำฟ้องเรื่องเดียวกันนั้นต่อศาลเดียวกันหรือต่อศาลอื่นอีกตามนัยข้อ 36 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และเมื่อผู้ฟ้องคดีขอลอนฟ้องก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีหรือประเด็นข้อใดแห่งคดี จึงไม่ใช่กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีหรือประเด็นข้อใดแห่งคดีแล้ว ซึ่งเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำที่ห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้นอันเกี่ยวกับคดีหรือประเด็นที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วตามนัยข้อ 96 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฉบับดังกล่าว อีกทั้งไม่ใช่คดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีถึงที่สุดแล้ว ซึ่งเป็นการฟ้องซ้ำที่ห้ามมิให้คู่กรณีเดียวกันฟ้องกันอีกในประเด็นที่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันตามนัยข้อ 97 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฉบับเดียวกัน อย่างไรก็ตาม คู่กรณีต้องนำคดีมาฟ้องภายในกำหนดอายุความ คือ ไต่ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดีตามนัยมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งหากข้อพิพาทดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขการฟ้องคดีของศาลปกครอง ศาลก็จะรับคดีไว้พิจารณา และดำเนินการพิจารณาพิพากษาไปตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยคู่กรณีไม่สามารถร้องขอให้ศาลพิพากษาตามข้อตกลงที่คู่กรณีได้ทำการไกล่เกลี่ยกันไว้ได้ ซึ่งอาจเกิดปัญหาในกรณีที่คู่กรณีไม่

ปฏิบัติตามข้อตกลง และผู้ฟ้องคดีนำข้อพิพาทฟ้องคดีต่อศาลปกครองเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามนัยมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไปแล้ว ซึ่งศาลปกครองจะไม่รับคำฟ้องเนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ทำให้ความเดือดร้อนของคู่กรณี ไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยา

ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรมีกฎหมายบัญญัติถึงผลของการไกล่เกลี่ยคดีสัญญาทางปกครองไว้เพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยคดีสัญญาในทางแพ่งของศาลยุติธรรมของประเทศไทย กล่าวคือ เมื่อการไกล่เกลี่ยประสบผลสำเร็จข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยอาจทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ เพื่อให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาตามยอมก็ได้ ทำนองเดียวกับคดีแพ่ง และเป็นระยะต้นของการนำการไกล่เกลี่ยมาใช้กับคดีสัญญาทางปกครอง โดยหากเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีสัญญาทางปกครอง เพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายตามที่คู่กรณีตกลงกัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้เงินหรือให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และการไกล่เกลี่ยในกรณีดังกล่าวนั้น ประสบผลสำเร็จ และคู่กรณีได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันในศาลแล้ว หากคู่กรณีขอให้ศาลพิพากษาตามยอม ศาลจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายปกครองของข้อตกลงดังกล่าวก่อนที่จะพิพากษาให้เป็นไปตามนั้น และหากต่อมาคู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาตามยอมนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ โดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ และคำพิพากษาตามยอมนั้นย่อมเป็นที่สุด เว้นแต่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ และในการพิพากษาตามยอมเท่านั้นที่ศาลควรต้องยกเว้นให้อุทธรณ์ต่อไปได้ นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่กรณีในคดีถูกระทบจากผลของคำพิพากษาตามยอม บุคคลภายนอกคดีดังกล่าวย่อมสามารถยื่นคำขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีใหม่ได้ ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับการไกล่เกลี่ยที่ไม่ประสบผลสำเร็จ คดีจะถูกส่งกลับเข้าสู่กระบวนการพิจารณาปกติของศาล ส่วนพยานหลักฐานใดๆ ที่ใช้ในชั้นการไกล่เกลี่ยจะไม่สามารถนำมาใช้รับฟังในชั้นพิจารณาคดีของศาลได้ เว้นแต่คู่กรณีจะยินยอม

ส่วนผลของการยุติคดีเมื่อมีการไกล่เกลี่ยสำเร็จตามแนวทางของฝรั่งเศส และเยอรมนีซึ่งมีหลายแนวทางนั้น อาจพิจารณานำมาใช้ต่อไป

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

ในปัจจุบันรัฐมีกฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติและระงับข้อพิพาทของคนในสังคม โดยใช้กระบวนการยุติธรรมเป็นกลไกในการดำเนินการตามกฎหมาย โดยกระบวนการยุติธรรมดังกล่าวเริ่มตั้งแต่การสืบสวน สอบสวน ฟ้องร้องคดี จนกระทั่งมีการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเป็นกระบวนการที่มีรายละเอียด ขั้นตอน และวิธีการที่ซับซ้อน ทำให้รัฐต้องใช้ทรัพยากรบุคคล และงบประมาณจำนวนมาก อีกทั้งใช้ระยะเวลาดำเนินการนานในการดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม และการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอาจทำให้คู่กรณีมีความขัดแย้งกันมากขึ้น ประกอบกับการที่รัฐขาดมาตรการกลั่นกรองคดีให้เข้าสู่ระบบน้อยที่สุด หรือให้ออกจากระบบเร็วที่สุด เช่น การชะลอการฟ้อง หรือการระงับข้อพิพาท ส่งผลให้มีปริมาณคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมมากเกินไป ทำให้เกิดปัญหาความล่าช้าในการพิจารณา ปัญหาคดีล้นศาล ส่งผลเสียหายแก่คู่ความที่ต้องรอผลการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมจึงไม่สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ กล่าวคือไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในสังคมได้

รัฐจึงจำเป็นต้องแสวงหาเครื่องมือ หรือกลไกอื่นมาใช้ระงับข้อพิพาท เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคมที่ต้องการความสะดวกรวดเร็ว และความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาท และเพื่อเป็นการกลั่นกรองคดีความผิดเล็กน้อย ให้ระงับไปโดยไม่ต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย

เมื่อศึกษาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางปกครองแล้วพบว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่กล่าวถึงการไกล่เกลี่ยคดีปกครองไว้โดยชัดแจ้ง จึงมีปัญหาคือควรนำมาศึกษาว่า สัญญาทางปกครองประเภทใดบ้างที่อาจนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ได้ ประกอบกับวิธีการไกล่เกลี่ยว่าควรจะให้ผู้ใดเป็นผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยคดีสัญญาทางปกครอง และควรดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยอย่างไร อีกทั้งเมื่อดำเนินการไกล่เกลี่ยแล้ว ทั้งกรณีที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยประสบผลสำเร็จและไม่สำเร็จ ควรกำหนดให้ผลการดำเนินการไกล่เกลี่ยเป็นเช่นไร

จากการศึกษาพบว่าประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีมีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสัญญาทางปกครอง

โดยในประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยไว้คือ มาตรา L . 211 -4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง บัญญัติว่า “ให้ศาลปกครองชั้นต้นกระทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้” ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา L . 3 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ ปี 1987 ที่บัญญัติว่า “ นอกจากภารกิจหลักทางศาลแล้วศาลปกครองชั้นต้นปฏิบัติภารกิจในการไกล่เกลี่ยด้วย” จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่า ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจดำเนินการไกล่เกลี่ยคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลได้ ซึ่งตุลาการศาลปกครองจะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยเอง หรือให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่มีชื่อตุลาการทำหน้าที่ดังกล่าวก็ได้ แต่ประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้ว่าต้องดำเนินการอย่างไร หรือต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยในช่วงเวลาใด และเมื่อศาลได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยจนเกิดข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ทำให้คดีพิพาทยุติลงต่อหน้าศาล ซึ่งคดีดังกล่าวอาจยุติลงได้สี่แนวทาง คือ แนวทางแรก คู่กรณีอาจยื่นข้อตกลงต่อศาลและขอให้ศาลจำหน่ายคดี แนวทางที่สอง ผู้ฟ้องคดีขอถอนคำฟ้อง แนวทางที่สาม คู่กรณีมีคำขอร่วมกันให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอมตามที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ และแนวทางที่สี่ ศาลมีคำพิพากษาตามเนื้อหาที่คู่กรณีได้เจรจาตกลงกันไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองชั้นต้นไม่จำเป็นต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยคู่กรณีในทุกคดีแม้จะมีคำขอของคู่กรณีก็ตาม โดยศาลอาจมีคำสั่งปฏิเสธที่จะดำเนินการระงับการพิจารณาคดีไว้ก่อนเพื่อให้มีการเจรจาไกล่เกลี่ยแก้ไขข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีก็ได้ ซึ่งคำสั่งปฏิเสธของศาลดังกล่าวถือเป็นคำสั่งที่ไม่อาจฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนได้

สำหรับในประเทศเยอรมนีนั้น ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดให้นำการไกล่เกลี่ยมาใช้โดยตรง แต่ศาลก็ยังคงใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ผ่านการตีความบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ โดยศาลบางแห่งตีความว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล ศาลจึงสามารถไกล่เกลี่ยได้ในฐานะที่เป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภายในศาล แต่ศาลอีกหลายแห่งตีความว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการใช้อำนาจตุลาการ โดยมีกฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการตีความ แบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง การตีความบทบัญญัติมาตรา 278 วรรคห้า ประโยคที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งผ่านมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ซึ่งแปลความได้ว่า ตุลาการมีหน้าที่ทำให้การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และประเภทที่สอง การตีความมาตรา 87 วรรคหนึ่ง ข้อหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง เพราะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้โดยการพูดคุยกันทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย อันเป็นการแสวงหา

ทางออกของข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการ อีกทั้งยังให้อำนาจศาลในการยอมรับข้อตกลงระหว่าง คู่กรณี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจตุลาการ ในทางปฏิบัติการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทในศาลปกครองเยอรมนีจึงยังไม่เป็นรูปแบบเดียวกัน แต่ประเทศเยอรมนีไม่มีกฎหมาย กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้ว่าต้องดำเนินการอย่างไร หรือต้องดำเนินการ ไกล่เกลี่ยในช่วงเวลาใด

และผลของการไกล่เกลี่ยคดีสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองเยอรมนีนั้น กำหนด ไว้ว่า หากคู่กรณีดำเนินการไกล่เกลี่ยสำเร็จ ผู้ฟ้องคดีอาจตกลงถอนฟ้องตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 92 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือ ผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยตกลงกันเป็นหนังสือเพื่อยุติข้อพิพาทโดยกำหนดให้ประเด็นข้อ พิพาทแห่งคดีเป็นอันระงับไปก็ได้ ซึ่งการตกลงดังกล่าวจะมีผลทำนองเดียวกันกับการถอนฟ้อง และสำหรับกรณีที่คู่กรณีตกลงประนีประนอมกันในศาลตามมาตรา 106 แห่งประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความคดีปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องนำ ข้อตกลงดังกล่าวมาทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความในศาล แต่กรณีที่ไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ โดย หากเป็นกรณีที่การไกล่เกลี่ยยุติลงโดยที่กระบวนการยังไม่สิ้นสุด ในห้องคณะพิจารณาพิพากษาคดี หรือตุลาการนายเดี่ยวผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลต่อไป หรือกรณีที่กระบวนการไกล่เกลี่ยจนถึงขั้นตอนสุดท้ายแล้ว แต่ผู้เข้าร่วมไม่อาจตกลงกันได้ ให้ผู้มี หน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลต่อไปเช่นกัน

สำหรับประเทศไทยนั้น พบว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาในทางแพ่งซึ่งเป็นคดีแพ่งนั้น มี บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ มาตรา 19 บัญญัติให้อำนาจศาลในการสั่งให้ตัวความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมาศาลด้วยตนเอง เพื่อ ประโยชน์ในการเปรียบเทียบให้คู่ความตกลงกันในข้อพิพาท เนื่องจากข้อเท็จจริงบางเรื่อง ทนายความอาจไม่สามารถที่จะรู้ได้ มีแต่ตัวความเท่านั้นที่จะทราบ และตัวความยังถือเป็นผู้มีส่วน ได้เสียโดยตรงในคดี ประกอบกับคดีแพ่งเป็นการพิพาทกันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย คู่ความจึงอาจตกลงประนีประนอมยอมความกันได้เสมอ อีกทั้งการให้โอกาสตัวความมาพบปะและทำ ความเข้าใจกันเป็นช่องทางให้คู่ความได้เจรจากันโดยศาลทำหน้าที่เป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ยเพื่อให้ คู่ความมีโอกาสเข้าร่วมเจรจาตกลงกันมีมากขึ้น และง่ายกว่าที่จะปล่อยให้คู่ความไปเจรจากตกลงกันเอง ซึ่งอำนาจของศาลในการสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเองนี้ หมายถึง การสั่งคู่ความเท่านั้น ไม่ได้หมาย รวมถึงพยานหรือบุคคลภายนอก แม้ว่าพยานหรือบุคคลภายนอกจะมีส่วนร่วมในคดีก็ตาม

และกรณีการไถ่เกลี้ยคดีแพ่งโดยศาลยุติธรรมนั้น มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและแนวปฏิบัติไว้ได้แก่ ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไถ่เกลี้ย พ.ศ. 2554 ซึ่งกำหนดว่า แนวทางการดำเนินการให้เป็นตามที่คู่ความตกลงกันได้หากไม่ได้ตกลงให้ผู้ประนีประนอมกำหนดขั้นตอนหรือแนวทางตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งคดี ความประสงค์ของคู่ความ ความเป็นธรรม และความรวดเร็ว อีกทั้งกำหนดห้ามไม่ให้มีการเปิดเผยหรือบันทึกรายละเอียดของการไถ่เกลี้ยยกเว้นคู่ความยินยอม

อีกทั้งเมื่อศาลยุติธรรมดำเนินการไถ่เกลี้ยสัญญาในทางแพ่งแล้ว หากคู่พิพาทตกลงกันได้ ให้จัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากการตกลงกันเกิดขึ้นหลังมีการฟ้องร้องเป็นคดีความในศาล ให้โจทก์ยื่นคำบอกกล่าวถอนฟ้องเป็นหนังสือต่อศาล และให้ศาลพิจารณาว่าสัญญาประนีประนอมยอมความที่คู่ความจัดทำมีเนื้อความขัดต่อหลักกฎหมายหรือไม่ หากไม่ขัดให้พิพากษาตามเนื้อความในสัญญาดังกล่าวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

แต่สำหรับในคดีปกครองของไทย ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายไว้ชัดเจนในเรื่องการประนีประนอมยอมความและการไถ่เกลี้ยข้อพิพาทในคดีปกครองไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และไม่มีข้อกำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากสถิติคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองที่เพิ่มขึ้นทุกปี เปรียบเทียบกับสถิติคดีแพ่งที่เข้าสู่กระบวนการไถ่เกลี้ยข้อพิพาทในศาลชั้นต้นทั่วราชอาณาจักร ซึ่งดำเนินการไถ่เกลี้ยสำเร็จถึงเฉลี่ยปีละ 28,155 คดี หรือคิดเป็นร้อยละ 12 ของจำนวนคดีแพ่งที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นทั่วราชอาณาจักร ประกอบกับศาลปกครองต้องการเพิ่มประสิทธิภาพการพิพากษาคดีให้สามารถอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง ให้รวดเร็ว เป็นธรรม และประหยัดนั้น ถือเป็นเหตุผลสำคัญที่ศาลปกครองจะพัฒนาเครื่องมือในการบริหารจัดการคดีของตน เช่น การนำ การไถ่เกลี้ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีปกครอง เพื่อเป็นช่องทางเสริมในการระงับข้อพิพาท โดยไม่ต้องฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล

ผู้ศึกษามีความเห็นเห็นว่า ควรให้มีการประนีประนอมยอมความและมีการไถ่เกลี้ยข้อพิพาทในคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากลักษณะของคดีดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับคดีสัญญาในทางแพ่งมาก และการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลก็มีลักษณะทำนองเดียวกัน กล่าวคือ บังคับให้ชดใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ และคดีดังกล่าวไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของ

ประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับเงินที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญา เนื่องจากพื้นฐานมาจากการตกลงกันในเรื่องสัญญาทางปกครอง แม้ว่าจะต้องอาศัยกฎหมาย หรือระเบียบ แต่ก็มิใช่ข้อให้ผ่อนปรนได้โดยไม่ต้องมีคำพิพากษา เช่น สัญญากู้ยืมเงินซื้อปุ๋ยของสหกรณ์การเกษตร คูกรณีอาจโอนอ่อนผ่อนปรนให้แก่กันในเรื่องดอกเบี้ยได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ การไต่ถามในเนื้อหาของการจัดทำบริการสาธารณะหรือยอมสละเอกสิทธิ์บางประการตามสัญญาทางปกครองที่กระทบต่อสาระสำคัญของสัญญาจึงไม่อาจทำได้ และต้องไม่ไต่ถามโดยมีผลกระทบกับงบประมาณของรัฐ อีกทั้งคดีสัญญาทางปกครองที่เป็นเรื่องค่าปรับซึ่งต้องแสวงหาข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติเพื่อนำมาวินิจฉัยข้อพาดพิงกล่าวจะเข้าสู่กระบวนการ ไต่ถามได้เสมอ นอกจากนี้สัญญาทุนก็สามารถไต่ถามได้ เพราะเอกชนย่อมรู้ว่าตนเป็นฝ่ายผิดสัญญาเหลือข้อพิพาทเฉพาะเรื่องจำนวนเงินซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจให้ผ่อนชำระได้ ศาลจึงตัดสินประเด็นเรื่องเบี้ยปรับเพียงอย่างเดียว ซึ่งจะเห็นได้ว่า สัญญาที่หน่วยงานของรัฐฟ้องบังคับชำระหนี้จากเอกชนนั้นอาจไต่ถามได้ง่ายกว่าเพราะเอกชนต้องการไต่ถาม หรือถ้ามีระยะเวลาให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาก็อาจยืดหยุ่นได้ และเอกชนจะยินดีปฏิบัติตามการผ่อนผันนั้น แต่ถ้าเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องบังคับกับหน่วยงานของรัฐแล้วอาจไต่ถามได้ยากกว่า เนื่องจากรัฐมีกฎระเบียบข้อบังคับที่จำกัดการตัดสินใจจำนวนมาก

โดยในดำเนินการไต่ถามนั้น ศาลปกครองอาจให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ไต่ถามก็ได้ แต่ตุลาการศาลปกครองที่ทำหน้าที่ไต่ถามไม่ควรจะเป็นตุลาการคนเดียวกับตุลาการที่เป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เพราะหากคดีไม่สามารถยุติได้ก็จะถูกส่งกลับมาให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาไปตามรูปคดี ซึ่งการให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ดำเนินการไต่ถามจะทำให้ศาลสามารถจัดบริการไต่ถามได้โดยไม่ต้องคิดค่าใช้จ่าย เพื่อให้การไต่ถามข้อพิพาทเป็นช่องทางระงับข้อพิพาทเสริมจากการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล

สำหรับเรื่องกระบวนการไต่ถามนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องบัญญัติกำหนดรายละเอียดต่างๆ ไว้ เนื่องจากเป็นหลักการทั่วไปที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้การดำเนินการไต่ถามบรรลุผลอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่าควรกำหนดเกี่ยวกับการห้ามเปิดเผยสาระสำคัญของข้อมูลการไต่ถามในส่วนที่คู่กรณีเป็นผู้ให้ข้อมูล เนื่องจากหากยอมให้นำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ในการวินิจฉัยคดีต่อไปในกรณีที่การไต่ถามไม่ประสบผลสำเร็จ จะทำให้คู่กรณีไม่กล้าที่จะให้ข้อมูลที่แท้จริง เพราะข้อมูลดังกล่าวอาจทำให้ผู้ให้ข้อมูลแพ้คดีได้

และเมื่อการไต่ถามประสบความสำเร็จข้อตกลงที่ได้จากการไต่ถามอาจทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ เพื่อให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาตามยอมก็ได้ โดยหากเป็น

การไต่เถียงข้อพิพาทในคดีสัญญาทางปกครอง เพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายตามที่คู่กรณีตกลงกัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้เงินหรือให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และการไต่เถียงในกรณีดังกล่าวนั้นประสบผลสำเร็จ และคู่กรณีได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันในศาลแล้ว หากคู่กรณีขอให้ศาลพิพากษาตามยอม ศาลจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายปกครองของข้อตกลงดังกล่าวก่อนที่จะพิพากษาให้เป็นไปตามนั้น และหากต่อมาคู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาตามยอมนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ โดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ และคำพิพากษาตามยอมนั้นย่อมเป็นที่สุด เว้นแต่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ และในการพิพากษาตามยอมเท่านั้นที่ศาลควรต้องยกเว้นให้อุทธรณ์ต่อไปได้ นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่กรณีในคดีถูกระทบจากผลของคำพิพากษาตามยอม บุคคลภายนอกคดีดังกล่าวย่อมสามารถยื่นคำขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีใหม่ได้ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับการไต่เถียงที่ไม่ประสบผลสำเร็จ คดีจะถูกส่งกลับเข้าสู่กระบวนการปกติของศาล ส่วนพยานหลักฐานใดๆ ที่ใช้ในชั้นการไต่เถียง จะไม่สามารถนำมาใช้รับฟังในชั้นพิจารณาคดีของศาลได้ เว้นแต่คู่กรณีจะยินยอม

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับการนำกระบวนการไต่เถียงมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในคดีสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้อำนาจไต่เถียงคดีของศาลปกครองไทย ผู้เขียนขอเสนอแนะทางว่า ควรมีการยกร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีรายละเอียดของหลักการโดยรวมในเรื่องไต่เถียงซึ่งสามารถนำไปใช้ได้กับคดีปกครองรวมถึงคดีสัญญาทางปกครองได้โดยแก้ไขหลักการในมาตรา 10 ซึ่งเป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นให้มีอำนาจดำเนินการไต่เถียงคดีปกครองได้ และมาตรา 67 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยศาลปกครอง ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาตามยอมได้ ดังนี้

2.1 กำหนดให้ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจในการไต่เถียงคดีปกครองได้ แต่มีขอบเขต หรือข้อจำกัดให้ไต่เถียงได้เท่าที่คู่กรณีสามารถปฏิบัติการในเรื่องที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีได้ และจะต้องไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

2.2 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิพากษาตามยอมได้เมื่อพิจารณาเห็นว่า ข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณีเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่กระทบต่อ ประโยชน์สาธารณะ

ทั้งนี้ ควรกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้ในระเบียบของที่ประชุม ใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต่อไป





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กรมคุมประพฤติกระทรวงยุติธรรม. (2545). *การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย*. องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์. กรุงเทพฯ: องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์.
- กรณีการ์ สุทธิประสิทธิ์ และคณะ. (2554). *สรุปผลการสัมมนาหัวข้อ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส*. “โครงการพัฒนาความรู้ตุลาการศาลปกครอง เรื่อง การนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้เกี่ยวกับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง”. กรุงเทพมหานคร: พีเพรส.
- ขุนประเสริฐ สุขมาตรา. (2480). *คำสอนชั้นปริญญาตรี: กฎหมายปกครอง*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมศาลปกครองสำนักงานศาลปกครอง. (2556). *รายงานผลโครงการพัฒนาตุลาการศาลปกครองด้านสิ่งแวดล้อม (Green Judges) ปี 2556*. “วิธีพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม”. กรุงเทพมหานคร: ประชาชน.
- ตะวัน มานะกุล. (2557). *กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย* โครงการสำรวจองค์ความรู้เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย. กรุงเทพฯ. มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2554). *สัญญาทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ เข้มชัย ชุตินวงศ์ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ กฤษณ์ วสินนท์ บรรเจิดสิงคะเนติ. (2549). *รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: โดยสถาบันพระปกเกล้าร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง.
- บุบผา อัครพิมาน. (2547). *สัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2546) *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* กรุงเทพฯ วิญญูชน
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

- สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. (2552). *คู่มือการกระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน*
สำนักกระงับข้อพิพาท. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.
- สรายุทธ เบญจกุล. (2539). *เทคนิคการไกล่เกลี่ย: ยุทธศาสตร์และทฤษฎีการเจรจา*
กรุงเทพมหานคร: ศาลแพ่ง.
- อำพน เจริญชีวินทร์. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง.*
(พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- นาตชา วศินดิลก. (2555). “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง : จากประสบการณ์ของฝรั่งเศส
เยอรมนี และออสเตรเลียสู่ศาลปกครองไทย”. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*. 12(3): 7-8.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2546). “การกระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอื่นนอกจากฟ้องคดี หรือ
พิพาทโดยศาลปกครอง” *วารสารนิติศาสตร์*, 33(3), (กันยายน): 470-487.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2530). “Le Mediateur ZOmbusdman ของฝรั่งเศส. จะอยู่ในอำนาจการควบคุม
ของศาลปกครองหรือไม่” *วารสารกฎหมายปกครอง* 6 (1), (เมษายน): 270-274.
- Jean MASSOT. (2545). “การบรรยายพิเศษ เรื่อง การประนีประนอมยอมความ และการ
อนุญาโตตุลาการในเรื่องทางปกครอง (มีได้หรือไม่) กับการดำเนินการโต้แย้งคัดค้าน
ภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 2(1), (มกราคม-
เมษายน): 14-30
- ภาณุ รังสีสหัส. (2548). “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” ใน *รวมบทความการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อ
พิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง สำนักกระงับข้อพิพาท.*
กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.
- โชติช่วง ท้าววงศ์. (2548). “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” ใน *รวมบทความการไกล่เกลี่ยและประนอม
ข้อพิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง สำนักกระงับ
ข้อพิพาท.* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.
- ชลิตา ศรีสง่า. (2552). “ข้อจำกัดของกฎหมายในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีแพ่งของศาลยุติธรรม”.
(วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยรามคำแหง,
กรุงเทพฯ.
- รัตนลักษณ์ นานนิตธาตา. (2551). “การไกล่เกลี่ยคดีปกครองโดยศาลปกครอง” (วิทยานิพนธ์
ปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- เชาวณี ชววิสิฐ. (2551). “การกระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอื่นนอกจากศาลปกครอง”
(วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยรามคำแหง,
กรุงเทพฯ.

- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2534). *อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย*. (วิทยานิพนธ์ปริญญา
นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). *ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง*.
(วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
กรุงเทพฯ.
- พรพิมล บุญทวีเวช. (2547). *ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง*
(วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
กรุงเทพฯ.



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ-สกุล	นายอุกฤษฏ์ ตันตรีบุรณ์
วันเดือนปีเกิด	20 พฤษภาคม 2525
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
ประวัติการศึกษา	- วิทยาศาสตร์บัณฑิต (เทคโนโลยีอุตสาหกรรมเกษตร) มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ ปีการศึกษา 2547 - นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2553 - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 65 สำนักอบรมการศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา
สถานที่ทำงาน	สำนักงานศาลปกครองกลาง
ตำแหน่ง	พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ

