

การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทย
: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน



นางสาววรรณัทธ์ ชมบุญ

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา ๒๕๕๖

ISBN : ๙๗๔-๑๗-๕๕๔๒-๗

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

DISPUTE RESOLUTION BY ARBITRATION IN THAI ADMINISTRATIVE CONTRACT :
A STUDY OF THE EXPRESS WAY CONSTRUCTION CONTRACT

Miss Woranan Chomboon

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partail Fulfillment of the Requirement
For the Degree of Master of Laws in Laws
Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2003

ISBN : 974-17-4542-7

นางสาววรรณัทธ์ ชมบุญ : การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน. (DISPUTE RESOLUTION BY ARBITRATION IN THAI ADMINISTRATIVE CONTRACT : A STUDY OF THE EXPRESS WAY CONSTRUCTION CONTRACT) อาจารย์ที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม : อาจารย์ ดร.กฤษณ์ วสีนนท์ จำนวน ๑๘๑ หน้า. ISBN ๙๗๔-๑๗-๔๕๔๒-๗

สัญญาก่อสร้างทางด่วนเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติให้คดีพิพาทว่าด้วยสัญญาทางปกครองตกอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ มาตรา ๑๕ บัญญัติให้คู่พิพาทในคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งรวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามบทนิยามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ตกอยู่ใต้วงวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ยังไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในส่วนที่เป็นสารบัญญัติแต่อย่างใด ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วนซึ่งถือเป็นสัญญาที่มีความสำคัญของประเทศ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตและอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการและจำนวนอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาด ปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาท บทบาทของศาลปกครองในการช่วยเหลือกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลในการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่ออนิสิต.....

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

ปีการศึกษา ๒๕๔๖

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม.....

4386124834 : MAJOR LAWS

KEY WORD: THE EXPRESS WAY / CONSTRUCTION CONTRACT / ADMINISTRATIVE CONTRACT / ARBITRATION

WORANAN CHOMBOON : DISPUTE RESOLUTION BY ARBITRATION IN THAI ADMINISTRATIVE CONTRACT : A STUDY OF THE EXPRESS WAY CONSTRUCTION CONTRACT THESIS ADVISOR : ASST. PROF. KRIENGGKRAI CHAROENTHANAVAT, Ph.d. THESIS COAVISOR : KRIS VASINONDHA, Ph.d. 181 pp.ISBN 974-17-4542-7

The express way construction contract is the administrative contract in accordance with the Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure B.E.2542 (1999) , in which section 9 of the Act given that the administrative contract shall be under the jurisdiction of the Administrative Court. In the meantime, the Arbitration Act B.E. 2545 (2002) section 15 given that the dispute between the government agency and the private sector in which dispute related to the administrative contract are allowed to settle the dispute by arbitration tribunal as given by section 3, the Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure B.E.2542(1999). It appears that there is not any precise substantive law and thereby causing the settlement of dispute by the arbitration tribunal concerning the express way construction contract which is the important contract of the country to be equally merky ; such as the problem concerning the jurisdiction and the case arbitrability, problem concerning the qualification of the arbitration(s) , number of arbitration , law to use to define the case , role of the Administrative Court to assist the arbitration proceeding , and the Court authority to review the award and the enforcement of the award.

Field of study LAWS

Student's signature.....

Advisor's signature.....

Academic year 2003

Co-advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้เนื่องจากความช่วยเหลือและความกรุณาอย่างยิ่งของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และ ดร.กฤษณ์ วสันนท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม ซึ่งท่านทั้งสองได้ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา สละเวลาอันมีค่าของท่านในการอ่านร่างวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ตลอดจนให้ข้อคิดและคำแนะนำต่างๆ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทั้งสองเป็นอย่างสูง

ขอขอบพระคุณท่าน รองศาสตราจารย์ สุดาศิริ วศวงศ์ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ กับทั้งความกรุณาของท่านที่ให้คำแนะนำกับผู้เขียนอย่างเอ็นดูเสมอมา ท่าน รองศาสตราจารย์ พิรัชต์ศักดิ์ หรยางกูร ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งเป็นมากกว่ากรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านกรุณาให้คำแนะนำในการเขียนวิทยานิพนธ์ แนะนำหนังสือที่เป็นประโยชน์ในการเขียนวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน กับทั้งสละเวลาของท่านในการอ่านร่างวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ท่านสีมา วรรณโกวิท ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ สละเวลาอันมีค่าของท่าน และให้คำแนะนำข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขวิทยานิพนธ์

ขอขอบคุณคุณสมชาย จารุเกษมรัตน์ รองผู้อำนวยการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ที่ให้ความกรุณากับผู้เขียน ให้คำแนะนำกับทั้งประสานงานให้ผู้เขียนได้ค้นคว้าข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการเขียนวิทยานิพนธ์ เจ้าหน้าที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยทุกท่านที่ได้ให้ความสะดวกกับผู้เขียนในการค้นคว้าข้อมูล คุณชัยวัธ มะระพุกษ์วรรณ สำหรับคำแนะนำและความกรุณาที่เป็นประโยชน์กับผู้เขียนเสมอมา คุณสุภัสสิ เทพหัสติน ณ อยุธยา นิสิตชั้นปีที่ ๔ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่กรุณาช่วยตรวจสอบสำนวนภาษาเยอรมัน และพี่ๆ น้องๆ สำนักงานชัยวัธ-บัณฑิตูรย์ ทนายความ และฝ่ายนิติการ สำนักงานจัดรูปที่ดินกลางทุกท่าน

ขอขอบคุณบุคคลในครอบครัวของผู้เขียน ได้แก่ บิดา มารดา ของผู้เขียน ที่เป็นกำลังใจและสนับสนุนทุนทรัพย์ในการศึกษาแก่ผู้เขียน และ”อีฟ” เพื่อนที่ไม่เคยมีปากเสียง มีเพียงดวงตาที่ส่งสัยกับให้กำลังใจเสมอมา สุดท้ายขอขอบคุณคุณศักดิ์กานต์ ลิขิตวรรณิตย์ สำหรับกำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์ ตั้งแต่ต้นจนจบ และคุณสิริวัธ มะระพุกษ์วรรณ เพื่อนที่คอยให้คำแนะนำแก่ผู้เขียนในทุกๆ เรื่อง

วรรณันท์ ชมบุญ

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ	ช

บทที่ ๑	บทนำ	๑
---------	------------	---

๑	ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	๑
๒	วัตถุประสงค์ของการวิจัย	๓
๓	สมมติฐานของการวิจัย	๔
๔	ขอบเขตของการวิจัย	๕
๕	วิธีการศึกษาวิจัย	๕
๖	ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย	๕

บทที่ ๒	แนวความคิดและทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง	๗
---------	--	---

๒.๑	หลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ	๗
๒.๑.๑	ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ	๙
๒.๑.๒	ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ	๑๒
๒.๑.๓	ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ	๑๔
๒.๑.๓.๑	ทฤษฎีที่ถือว่าการระงับข้อพิพาทเป็นของรัฐ	๑๔
๒.๑.๓.๒	ทฤษฎีสัญญา	๑๖
๒.๑.๓.๓	ทฤษฎีผสม	๑๗
๒.๑.๓.๔	ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ	๑๘
๒.๑.๔	รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ	๒๐

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

๒.๑.๔.๑	อนุญาตไต่ตุลาการที่ใช้สถาบัน	๒๐
	ก) สถาบันอนุญาตไต่ตุลาการระหว่างประเทศ.....	๒๐
	ข) สถาบันอนุญาตไต่ตุลาการภายในประเทศ.....	๒๑
๒.๑.๔.๒	อนุญาตไต่ตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน	๒๒
๒.๑.๕	ความสำคัญของการอนุญาตไต่ตุลาการในทางการค้า.....	๒๓
๒.๑.๖	แนวความคิดเกี่ยวกับการอนุญาตไต่ตุลาการต่างประเทศ.....	๒๖
๒.๑.๖.๑	สนธิสัญญาที่ประเทศไทยทำไว้เกี่ยวกับการ ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่ตุลาการ	๒๗
๒.๑.๖.๒	ข้อแตกต่างระหว่างอนุญาตไต่ตุลาการในประเทศ และอนุญาตไต่ตุลาการต่างประเทศ.....	๒๘
๒.๑.๖.๓	บทบาทของอนุญาตไต่ตุลาการในการขจัด ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับคนต่างชาติ.....	๒๙
๒.๑.๖.๔	การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการ ต่างประเทศ.....	๓๐
๒.๑.๗	แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในการอนุญาตไต่ตุลาการ	๓๒
๒.๒	หลักว่าด้วยสัญญาทางปกครอง	๓๓
๒.๒.๑	หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส	๓๓
๒.๒.๑.๑	ความหมายของ "สัญญาของฝ่ายปกครอง" และ "สัญญาทางปกครอง"	๓๔
๒.๒.๑.๒	เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญา ทางปกครอง	๓๕
	ก) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของ กฎหมาย	๓๖
	ข) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ	๓๗
	(๑) เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา	๓๗
	(๒) เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาสาระของสัญญา.....	๓๘

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

๒.๒.๑.๓ ผลของข้อแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครอง
และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ๔๓

๒.๒.๒ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองเยอรมัน ๔๕

๒.๒.๒.๑ ความหมายของสัญญาทางปกครอง ๔๖

๒.๒.๒.๒ เกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญา
ทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง ๔๗

๒.๒.๒.๓ รูปแบบของสัญญาทางปกครอง ๔๙

๒.๒.๒.๔ หลักกฎหมายที่สำคัญในสัญญาทางปกครอง.... ๕๑

ก) หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบ
ด้วยกฎหมาย ๕๑

ข) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ๕๓

ค) หลักกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสัญญา
ทางปกครอง ๕๓

๒.๓ การนำวิธีการอนุญาตโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง
ตามกฎหมายต่างประเทศ ๕๔

๒.๓.๑ การนำวิธีการอนุญาตโตตุลาการมาใช้ในสัญญา
ทางปกครองฝรั่งเศส..... ๕๖

๒.๓.๑.๑ หลักว่าด้วยการห้ามระงับข้อพิพาท
ทางปกครองโดยอนุญาตโตตุลาการ ๕๗

๒.๓.๑.๒ ข้อยกเว้นหลักการห้ามระงับข้อพิพาท
ทางปกครองโดยอนุญาตโตตุลาการ ๖๒

๒.๓.๒ การนำวิธีการอนุญาตโตตุลาการมาใช้ในสัญญา
ทางปกครองเยอรมัน ๗๐

๒.๓.๒.๑ ความหมายของอนุญาตโตตุลาการ ๗๐

๒.๓.๒.๒ ความสำคัญของอนุญาตโตตุลาการใน
ทางปฏิบัติ..... ๗๑

๒.๓.๒.๓ ข้อสัญญาอนุญาตโตตุลาการในสัญญา
ทางปกครอง ๗๓

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

๒.๔	การนำวิธีการอนุญาตไต่สวนการมาใช้กับสัญญาของ ฝ่ายปกครองไทย	๗๙
๒.๔.๑	สัญญาของฝ่ายปกครองไทยก่อนพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ประกาศใช้	๘๐
๒.๔.๒	สัญญาทางปกครองไทยหลังจากพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ประกาศใช้	๘๗
๒.๔.๓	การนำวิธีการอนุญาตไต่สวนการมาใช้กับสัญญา ของฝ่ายปกครองหลังจากพระราชบัญญัติ อนุญาตไต่สวนการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ประกาศใช้	๙๐
บทที่ ๓	การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่สวนการในสัญญาก่อสร้างทางด่วน	๙๔
๓.๑	แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วน	๙๔
๓.๑.๑	ความเป็นมาและความหมายของสัญญาก่อสร้างทางด่วน..	๙๔
๓.๑.๒	บุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาก่อสร้างทางด่วน	๙๙
๓.๑.๒.๑	การทางพิเศษแห่งประเทศไทย	๑๐๐
๓.๑.๒.๒	คู่สัญญาฝ่ายเอกชน	๑๐๑
๓.๑.๒.๓	บุคคลที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ในสัญญาก่อสร้าง.....	๑๐๔
	๑) ผู้บริหารโครงการ	๑๐๔
	๒) ผู้ออกแบบ	๑๐๕
	๓) วิศวกร	๑๐๕
	๔) ผู้จัดการงานก่อสร้าง	๑๐๖
	๕) ผู้ก่อสร้าง	๑๐๗
๓.๑.๓	ลักษณะของสัญญาจ้างเหมาเหมาเบ็ดเสร็จ (Turn key)...	๑๐๙

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

๓.๒	การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่ตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วน	๑๑๑
๓.๒.๑	ลำดับเหตุการณ์การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่ตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง.....	๑๑๑
๓.๒.๒	การชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาโครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง...	๑๑๗
บทที่ ๔	การนำกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตไต่ตุลาการมาใช้ในสัญญาก่อสร้างทางด่วน	๑๒๖
๔.๑	แนวคิดของสัญญาก่อสร้างทางด่วนตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒	๑๒๖
๔.๒	ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตและอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการ.....	๑๓๑
๔.๓	ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติและจำนวนอนุญาตไต่ตุลาการในการชี้ขาด.....	๑๓๘
๔.๓.๑	คุณสมบัติของอนุญาตไต่ตุลาการ	๑๓๙
๔.๓.๒	จำนวนอนุญาตไต่ตุลาการในคณะอนุญาตไต่ตุลาการ	๑๔๒
๔.๔	หลักกฎหมายที่อนุญาตไต่ตุลาการนำมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	๑๔๖
๔.๕	ศาลปกครองจะเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตไต่ตุลาการอย่างไร	๑๔๙
๔.๖	ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลในการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการ	๑๕๒
๔.๗	สภาพบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการ	๑๕๖

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ ๕	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๑๖๐
	๕.๑ บทสรุป	๑๖๐
	๕.๒ ข้อเสนอแนะ	๑๖๖
รายการอ้างอิง		๑๖๙
บรรณานุกรม.....		๑๗๗
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....		๑๘๑



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ ๑

บทนำ

๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในบรรดาสัญญาระหว่างองค์การภาครัฐกับเอกชนในประเทศไทยที่ผ่านมา ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ มีทั้งสัญญาที่องค์การรัฐทำกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชนคู่สัญญา และสัญญาที่หน่วยงานภาครัฐทำกับเอกชนโดยใช้อำนาจเหนือของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ในการปกครองบ้านเมืองเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งภาครัฐโดยฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ให้ได้มาซึ่งสาธารณูปโภคต่างๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในประเทศ ทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และอื่นๆ

ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองมีทั้งกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำขึ้นเอง อาจใช้วิธีการทางกฎหมายโดยการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการบริการสาธารณะบางประเภทเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ ไม่อาจมอบหมายให้เอกชนจัดทำแทนได้ ได้แก่ บริการสาธารณะอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น การคลัง การป้องกันประเทศ เป็นต้น แต่ในปัจจุบันสภาพเศรษฐกิจและสังคมเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ประชากรของประเทศมีจำนวนมากขึ้น กิจกรรมของฝ่ายปกครองจึงต้องขยายมากขึ้นตามความเจริญของเศรษฐกิจและสังคม ส่งผลให้ฝ่ายปกครองไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวมได้อย่างทั่วถึงและรวดเร็ว ฝ่ายปกครองจึงได้มอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนในบริการสาธารณะที่มีใช้เรื่องเฉพาะตัวหรือเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคต่างๆ ซึ่งฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีมอบหมายในระบบกฎหมายเอกชน เช่น การทำสัญญาทางแพ่ง สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น หรือฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีการมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายมหาชน ได้แก่ การให้สัมปทานต่างๆ ที่กำหนดขึ้นตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง ที่มีบริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด เป็นคู่สัญญา เป็นต้น

สัญญาก่อสร้างทางด่วน ถือเป็นสัญญาหนึ่งที่สำคัญ เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน ส่งผลให้การติดต่อไปมาหาสู่ระหว่างกันทำได้สะดวกมาก

ขึ้นกว่าที่ผ่านมา ยิ่งเศรษฐกิจเจริญก้าวหน้ามากขึ้น การคมนาคมระหว่างกันก็ยิ่งมีความสำคัญ แต่ในปัจจุบันเส้นทางคมนาคมขนส่งที่มีอยู่ไม่สามารถรองรับความเจริญก้าวหน้าทาง เศรษฐกิจและสังคมได้ทันกับความต้องการของประชาชนภายในประเทศ ก่อให้เกิดปัญหาในทาง เศรษฐกิจอย่างมาก รัฐในฐานะฝ่ายปกครองจึงพยายามที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวในฐานะที่ตนมีหน้าที่ จัดทำบริการสาธารณะโดยการจัดสร้างทางด่วน ซึ่งมีการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) เป็น หน่วยงานที่รับผิดชอบ แต่โดยที่การลงทุนในสัญญาก่อสร้างทางด่วนล้วนแล้วแต่ต้องอาศัยเงินลง ทุนและเทคโนโลยีขั้นสูง ทำให้รัฐไม่อาจดำเนินการก่อสร้างทางด่วนโดยความสามารถที่มีอยู่ของ รัฐได้ดังเช่นแต่ก่อน รัฐในฐานะผู้ต้องจัดทำบริการสาธารณะให้กับประชาชนจึงจำเป็นต้องใช้วิธี มอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการร่วมทุน ในสัญญาโครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ หรือการจ้างก่อสร้างในโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี- บางปะกง เป็นต้น

ในการมอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะประเภท ทางด่วนนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมักเป็นนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากมีความพร้อมด้านเงินลงทุน และเทคโนโลยีขั้นสูง ซึ่งถือเป็นผลดีกับประเทศไทย แต่ความพร้อมในด้านเงินลงทุนดังกล่าว มา จากการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินในลักษณะการเงินบริหารโครงการ (Project Finance) ซึ่งเอกชนต่างชาติผู้กู้จะต้องจัดเสนอเอกสารข้อมูลของโครงการการลงทุนในการขออนุมัติกู้ และแสดงให้เห็น สถาบันการเงินได้เห็นเค้าโครงของโครงการ ความเป็นไปได้ และความคุ้มทุนจากโครงการ โดย สถาบันการเงินจะพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาของโครงการดังกล่าว ซึ่งหลักเกณฑ์ประการ สำคัญของโครงการคือ ข้อกำหนดในสัญญาจะต้องไม่มีข้อความใดที่อาจทำให้ผู้กู้เสียเปรียบคู่ สัญญาอีกฝ่าย ส่งผลให้สถาบันการเงินผู้ให้กู้บังคับให้เอกชนผู้กู้ต้องระบุข้อสัญญา อนุญาตโดยตุลาการไว้ด้วย เนื่องจากเห็นว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ต้องตกอยู่ ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของศาลในรัฐใดๆ อีกทั้งเสียค่าใช้จ่ายน้อย และคำชี้ขาดก็สามารถนำไป ให้ศาลของรัฐอื่นทำการบังคับให้ได้โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีในศาลของรัฐนั้นๆ ทำให้สัญญาก่อสร้างทางด่วนมักจะมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วยเสมอ

ปัจจุบันประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ และศาลปกครองได้เปิดดำเนินการมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว ซึ่งบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ มาตรา ๓ บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่าย ใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็น

สัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ส่งผลให้สัญญาภาคีรัฐที่มีอยู่เดิม ทั้งที่มีลักษณะเป็นสัญญาในทางแพ่ง และสัญญาในทางกฎหมายมหาชนหรือสัญญาทางปกครอง แยกออกจากกันอย่างเด่นชัด ส่งผลให้สัญญาทางปกครองที่ได้ทำภายหลังจากวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๒ อันเป็นวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้ อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ดี แม้บทนิยามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ จะให้คำนิยามเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้ว แต่ยังคงขาดความชัดเจนว่าสัญญาภาคีรัฐประเภทใดบ้างที่เป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามแห่งมาตรา ๓ และสัญญาประเภทใดเป็นสัญญาในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันจะตกอยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม และใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับกับสัญญาดังกล่าว

สัญญาก่อสร้างทางด่วนเป็นหนึ่งในสัญญาภาคีรัฐ ที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อบริการสาธารณะ ซึ่งอาจจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามบทนิยาม มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ อันถือได้ว่าตกอยู่ในบังคับที่จะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองหากเกิดกรณีพิพาทขึ้น และเนื่องจากสัญญาก่อสร้างทางด่วนมักจะมีข้อกำหนดให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการดังเหตุผลที่กล่าวแล้ว การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ มาตรา ๑๕ ที่ได้มีการแก้ไขใหม่ และให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ จึงเป็นปัญหาว่า สัญญาก่อสร้างทางด่วนในประเทศไทยจะมีการใช้การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้แค่ไหน เพียงใด เพราะความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามหลักกฎหมายเอกชน ดังนั้น บุคคลที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองควรมีข้อกำหนดแตกต่างไปจากข้อพิพาททั่วไปหรือไม่ อย่างไร คณะอนุญาโตตุลาการจะใช้หลักกฎหมายใดในการวินิจฉัยชี้ขาด และหากคู่กรณีจะบังคับหรือคัดค้านคำชี้ขาดจะต้องนำคำชี้ขาดเสนอต่อศาลใด

๒ วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๒.๑ เพื่อศึกษาเกี่ยวกับสัญญาของภาคีรัฐ ทั้งที่เป็นสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์และสัญญาในทางปกครอง ว่ามีแนวคิดและผลที่แตกต่างอย่างไร ภายหลังจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ บังคับใช้

๒.๒ เพื่อศึกษาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะสัญญาก่อสร้างทางด่วน และปัญหาในการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕

๒.๓ เพื่อศึกษาการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศไทย ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน

๒.๔ เพื่อศึกษาว่าสัญญาก่อสร้างทางด่วนในประเทศไทย ที่ผ่านมามีการใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการอย่างไร และในปัจจุบันจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้แค่ไหน เพียงใด

๒.๕ เพื่อเสนอแนะแนวทางการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วน เพื่อเป็นตัวอย่างหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทยต่อไป

๓ สมมติฐานของการวิจัย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ บัญญัติให้ข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้แก่ข้อพิพาทในทางแพ่งเท่านั้น ต่อมาหลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ข้อพิพาทที่สามารถเสนอให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามบทบัญญัติมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ซึ่งสัญญาก่อสร้างทางด่วนเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งที่สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน แต่อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการก็อาจจะจำกัดลง ไม่เหมือนกับอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง หรืออาจจำเป็นต้องมีการบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะเรื่อง เช่น อาจให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยได้เฉพาะเรื่องกำหนดจำนวนค่าเสียหาย เป็นต้น

๔ ขอบเขตของการวิจัย

ใช้การวิจัยทางนิติศาสตร์ โดยจำกัดขอบเขตอยู่ในเรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง เฉพาะสัญญาก่อสร้างทางด่วน มุ่งเน้นศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น ในเรื่องของหลักเกณฑ์ แนวทางของกฎหมายไทย และกฎหมายของต่างประเทศว่าเป็นอย่างไร และวิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสีย และความเป็นไปได้ในการนำแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้กับกฎหมายไทย

๕ วิธีการศึกษาวิจัย

วิธีการศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการวิจัยแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยตัวบทกฎหมาย ตำรากฎหมาย ประกาศ คำสั่ง บทความ วารสาร เอกสารที่เกี่ยวข้อง รายงานการประชุมของเจ้าหน้าที่ มติคณะรัฐมนตรี และคำพิพากษา แล้วนำมาวิเคราะห์พร้อมกัน

๖ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

๖.๑ ทำให้ทราบและเข้าใจถึงความหมายของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ เปรียบเทียบกับสัญญาทางแพ่งของรัฐ

๖.๒ ทำให้ทราบและเข้าใจถึงความหมาย หลักเกณฑ์ เกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วนในประเทศไทย

๖.๓ ทำให้ทราบถึงความเหมาะสม และข้อบกพร่องในการให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะในสัญญาก่อสร้างทางด่วน

๖.๔ ทำให้ทราบถึงแนวทางของหลักกฎหมายต่างประเทศ ในกรณีการมอบข้อพิพาท
ในสัญญาทางปกครองให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยนำมาวิเคราะห์เป็นแนวทางที่เหมาะสม
กับประเทศไทย

๖.๕ ทำให้ได้แนวทางและข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นจาก
การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วนของประเทศไทย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ ๒

แนวความคิดและทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง

ในบรรดาการระงับข้อพิพาทในปัจจุบันนั้น ส่วนใหญ่มักเป็นข้อพิพาทซึ่งเกิดจากนิติสัมพันธ์ในทางการค้าโดยมีวิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นที่นิยมมาก ได้แก่ การระงับข้อพิพาทโดยองค์การตุลาการของรัฐซึ่งได้แก่ศาล และการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าที่ผ่านมาส่วนใหญ่นั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากมูลสัญญาซึ่งเป็นความผูกพันที่มาจากการแสดงเจตนาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันเสียเป็นส่วนใหญ่ ในส่วนของภาครัฐนั้น ได้มีการใช้สัญญาเพื่อดำเนินการบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาในทางแพ่งที่หน่วยงานภาครัฐเข้าผูกพันในสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ในสัญญามากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นที่แน่นอนว่าในส่วนของข้อพิพาทที่หน่วยงานภาครัฐทำสัญญากับเอกชนตามกฎหมายแพ่งและพานิชย์นั้น สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ แต่ปัญหาที่ว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการจะสามารถนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ เพียงใด จึงเป็นเรื่องที่ยังถกเถียงกันอยู่เสมอ

๒.๑ หลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

ในบรรดาการระงับข้อพิพาทในทางการค้านั้น มีวิธีการระงับข้อพิพาทอยู่หลากหลายวิธี ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าที่เป็นที่ยอมรับและมีความสำคัญในการดำเนินการธุรกิจและการลงทุนในปัจจุบันนี้มีอยู่ ๕ วิธี¹ ได้แก่ การเจรจา การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินคดีในศาล

การเจรจา ได้แก่การที่คู่กรณีมาตกลงคุยกันเพื่อให้ได้ข้อยุติโดยไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง อำนาจควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทมีมากที่สุด ในบรรดาการระงับข้อ

¹ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร , รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า , พิมพ์ครั้งแรก , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา , ๒๕๔๐) , หน้า ๗-๑๓ .

พิพาททางการค้าที่กล่าวมาข้างต้น วิธีนี้แม้จะรักษาความลับระหว่างคู่กรณีได้ ประหยัดค่าใช้จ่าย และรวดเร็วหากคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลาอันสั้นก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อเสียอยู่ที่ว่า ผลของการเจรจานี้ก็ยังไม่ผูกมัดคู่กรณีเว้นแต่จะได้มีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ หรือมีการตัดสินโดยผู้พิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ และผลของการเจรจาจะไม่ผูกพันบุคคลภายนอกให้ต้องปฏิบัติตามเว้นแต่ได้มีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การระงับข้อพิพาทในทางการค้าโดยวิธีการเจรจาต่อรองกันนี้ หากจะให้บรรลุผลอย่างแท้จริงแล้ว การชี้ขาดตามผลการเจรจาโดยอนุญาโตตุลาการหรือการตัดสินโดยผู้พิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความทำให้ข้อดีของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ลดน้อยลงไปทันที

การไกล่เกลี่ย ได้แก่ กรณีที่มีบุคคลที่สามเข้ามาเพื่อชักจูงใจให้คู่กรณีเจรจากัน อำนาจควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทจะมีน้อยกว่าวิธีเจรจา เนื่องจากมีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาด้วย วิธีนี้อาจทำให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปอย่างรวดเร็วกว่าวิธีแรก เนื่องจากความเกรงใจบุคคลที่สาม แต่วิธีนี้ก็ยังมีข้อเสียอยู่หลายประการ ประการแรก เมื่อมีบุคคลภายนอกเข้ามาช่วยในการเจรจา บุคคลภายนอกย่อมต้องเข้ามารับรู้ข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น ๆ ทำให้ไม่สามารถรักษาความลับของคู่กรณีไว้ได้ ประการต่อมา เมื่อมีบุคคลที่สามเข้ามาเพื่อไกล่เกลี่ยก็ย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายเพื่อเป็นค่าตอบแทนให้กับบุคคลที่สามด้วย ประการสุดท้าย คือ ผลของคำชี้ขาดไม่ผูกพันคู่กรณี และไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้มีคำพิพากษาของศาลตามสัญญาประนีประนอมยอมความกัน

การประนอมข้อพิพาทมีลักษณะคล้ายกับการไกล่เกลี่ยกัน เพราะมีบุคคลที่สามเข้ามาในข้อพิพาทด้วย แต่ที่ทำให้การประนอมข้อพิพาทมีลักษณะพิเศษไปกว่าการไกล่เกลี่ย คือ บุคคลที่สามที่เข้ามานั้นไม่เพียงแต่จูงใจให้คู่กรณีเจรจากันเท่านั้น แต่ยังให้ความเห็นเชิงแนะนำอันเป็นทางออกให้กับคู่กรณีในการระงับข้อพิพาทด้วย วิธีนี้จะมีข้อเสียมากกว่าวิธีการไกล่เกลี่ยในเรื่องของการรักษาความลับ เนื่องจากในการประนอมข้อพิพาท บุคคลที่สามจำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงมากกว่าในการไกล่เกลี่ย บางครั้งคู่กรณีก็มีความจำเป็นต้องเปิดเผยท่าทีของตนในเรื่องการระงับข้อพิพาท รวมทั้งรายละเอียดในทางธุรกิจของตนด้วย เพื่อบุคคลที่สามนั้นจะได้สามารถวิเคราะห์และเสนอแนะทางออกให้กับคู่กรณีอันจะทำให้การระงับข้อพิพาทสิ้นสุดลง

ดำเนินคดีในศาล วิธีนี้อำนาจในการควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่ฟ้องคดีเท่านั้น ซึ่งเป็นเพียงฝ่ายเดียวในข้อพิพาท แม้จะมีข้อดีในแง่ที่การ

ดำเนินคดีในศาลเป็นการติดต่อกับหน่วยงานราชการ เสียค่าใช้จ่ายไม่มาก และผลคำพิพากษาผูกพันคู่กรณีและบุคคลภายนอกด้วยก็ตาม แต่ก็มีข้อเสียในด้านระยะเวลาในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลซึ่งจะใช้เวลานาน ยิ่งหากมีการอุทธรณ์และฎีกาด้วยแล้วจะทำให้เสียเวลาอย่างมาก อีกประการคือ การพิจารณาคดีในศาลจะไม่สามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้เลย บุคคลทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ ประกอบกับเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วก็ต้องมีการเปิดเผยและตีพิมพ์โฆษณาด้วย

ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นวิธีหนึ่งที่เป็นที่นิยมกันมากในการระงับข้อพิพาทในทางการค้า ซึ่งวิธีนี้มีความหมาย ลักษณะพิเศษ และรูปแบบที่เป็นการเฉพาะตัว

๒.๑.๑ ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ในกฎหมายโบราณของไทย คือ กฎหมายตราสามดวง ได้บัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของตุลาการ (กระลาการ) คือ เป็นตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น และจัดตัดสินความถูกต้องอย่างไร ไม่มีโทษ ซึ่งต่างกับตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง เมื่อ “อนุญาโตตุลาการ” ตัดสินอย่างไร คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้*

ตามศัพท์กฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิมนั้น คำว่าอนุญาโตตุลาการ หมายถึง ทั้งกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันอนุญาโตให้บุคคล หรือคณะบุคคล นอกเหนือ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* กฎหมายตราสามดวง กล่าวไว้ว่า “อันว่ากระลาการคู่ความทั้งสองฝ่ายยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบัญชาผิดไฉไรหาโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับกันเอง” และอีกวรรคหนึ่งบัญญัติว่า “อันว่ากระลาการแลคู่ความมันยอมกันให้บังคับนั้น ถ้าบังคับคดีนั้นคู่ความมิเต็มใจ และจะอุทธรณ์เอาเนื้อความนั้นมาให้บังคับใหม่เล่ามิได้เลย เหตุเนื้อความนั้นคนทั้งสองกอบปรด้วยอุตสาห์ยอมให้ผู้นั้นบังคับ”

จากผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้น และตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ตัดสินข้อพิพาทนั้น ๆ เอง²

Black's Law Dictionary (๕th ed.) อธิบายศัพท์คำนี้ไว้ว่า หมายถึงการเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นคนกลาง และได้รับเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาท โดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อได้มีการพิจารณาคดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อต่อสู้ของตน^{*}

ศาสตราจารย์ Rene Davis ได้เสนอคำนิยามไว้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคนให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และจำต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น³

ศาสตราจารย์เสาวนีย์ อัครโรจน์ ให้คำนิยามว่า “อนุญาโตตุลาการ” หมายถึงบุคคลคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งคู่กรณีพิพาทได้แต่งตั้งขึ้นด้วยตนเอง หรือมอบให้ผู้อื่นแต่งตั้ง เพื่อให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในศาล หรือข้อพิพาทซึ่งยังมิได้เป็นคดีอยู่ในศาล และคู่กรณียอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ส่วนคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง การระงับข้อพิพาท โดยคู่กรณีตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทของตนไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีอยู่ในศาล หรือข้อพิพาทซึ่งยังมิได้เป็นคดีในศาลต่ออนุญาโตตุลาการ

² พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี , “ ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม ๑(กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ , ๒๕๓๕), หน้า ๓.

^{*} Black Law Dictionary : “ arbitration , a method of dispute resolution involving one or more neutral third parties who are chosen by or agreed by the disputing parties , and whose decision is binding “

³ Rene David , Arbitration in International Trade , Kluwer Law and Taxation Publishers , ๑๙๘๕ , P. ๘๖.

เพื่อพิจารณาชี้ขาด โดยคู่กรณียอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น และหมายความรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ของอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งทำคำชี้ขาดเสร็จสิ้น⁴

นอกจากนี้ ผู้พิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา ในคดี Wauregan Milles Inc. V. Textile Workers Union of America ได้ให้คำนิยามว่า อนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงเพื่อให้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งแต่งตั้งขึ้นและยอมรับที่จะผูกพันตามคำตัดสินนั้น แทนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล และเพื่อลดภาระในเรื่องของพิธีการ ความล่าช้า ค่าใช้จ่าย และความยุ่งยากในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย⁵

พจนานุกรม การอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี (Ditionary of Arbitration with index) ของรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้ให้คำนิยามของการอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้⁶

“กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด(Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rule) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลง หรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศแม้เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ ก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมายแต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา

⁴ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “สัญญาอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๓), หน้า ๑๔.

⁵ คำนิยามนี้เป็นคำนิยามของผู้พิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาในคดี Wauregan Milles Inc. V. Textile Workers Union of America, A.F.L.C.I.O., ๒๑ Conn. Supp. ๑๓๔, ๑๔A. ๒d. ๕๙๒ - ๕๙๕.

⁶ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, ๒๕๔๐) หน้า ๑๙-๒๐.

เรื่องที่อนุญาตตุลาการชี้ขาดตัดสิน อาจเป็นเรื่องข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง หรือทั้งสองอย่าง ข้อสำคัญคือต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การกระทำใดในระหว่างที่ยังไม่มีข้อพิพาทเพียงเพื่อประเมินราคา ประเมินคุณภาพ หรือรับรองคุณภาพนั้น ไม่ใช่การอนุญาตตุลาการ”

กล่าวโดยสรุปแล้ว คำว่าอนุญาตตุลาการนั้น แต่เดิมหมายความถึง บุคคลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทโดยความตกลงกันของคู่กรณี ไม่ว่าจะในขณะที่ตกลงจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหรือยัง และมีวิธีการระงับข้อพิพาทในรูป คำชี้ขาด(award) และหมายความรวมถึง กระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดจากความตกลงกันของคู่กรณี ไม่ว่าจะในขณะที่ตกลงจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหรือยัง และมีวิธีการระงับข้อพิพาทในรูปของคำชี้ขาด ส่วนคำว่า “การอนุญาตตุลาการ” หมายความว่า กระบวนการชี้ขาดข้อพิพาทด้วยวิธีการเสนอให้บุคคลหรือคณะบุคคลพิจารณา อำนาจในการเสนอเรื่องให้ชี้ขาดนั้นต้องมาจากคู่กรณีพิพาทนั้น ๆ เองตกลงกันก่อนหรือหลังจากเกิดข้อพิพาทแล้ว และเมื่อมีคำชี้ขาดอย่างไรคู่กรณีนั้นก็ยอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ในการเขียนวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนขอใช้คำว่าอนุญาตตุลาการ แทนการระงับข้อพิพาทหรือกระบวนการระงับข้อพิพาท และใช้คำว่าอนุญาตตุลาการแทนบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

๒.๑.๒ ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาตตุลาการ

องค์ประกอบสำคัญสามประการของการอนุญาตตุลาการ คือ ⁷ ประการแรก การยื่นข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการนั้น จะต้องมีการตกลงกันของคู่กรณี หรือมีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาของคู่กรณีนั้น ๆ ประการที่สอง อำนาจในการตัดสินข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นอำนาจที่มาจากข้อตกลงกัน หรือข้อสัญญาอนุญาตตุลาการของคู่กรณี และประการสุดท้าย เมื่ออนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดอย่างไร คำชี้ขาดนั้นย่อมผูกมัดคู่กรณีให้ต้องทำตามคำชี้ขาดนั้น ซึ่งองค์ประกอบสามประการที่กล่าวมาข้างต้นจะขาดข้อใดข้อหนึ่งไปไม่ได้ ในบางกรณีอาจมีการระงับข้อพิพาทในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับการอนุญาตตุลาการ แต่หากพิจารณาด้านเนื้อหาแล้ว ก็จะได้เห็นว่าขาดองค์ประกอบในบางข้อไป ยกตัวอย่าง กระบวนชี้

⁷ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , “อนุญาตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี” รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม ๑ , หน้า ๓.

ขาดข้อพิพาทที่เรียกว่า Compulsory Arbitration อันเป็นการบังคับให้คู่กรณีต้องส่งเรื่องให้คณะบุคคลชี้ขาด ไม่ว่าจะคู่กรณีจะสมัครใจหรือไม่ ซึ่งต่างกับการอนุญาโตตุลาการเพราะขาดองค์ประกอบในเรื่องความสมัครใจ ซึ่งอาจเป็นการยืมคำศัพท์ไปใช้ ทั้งนี้เพราะเทียบเคียงกับกรณีการอนุญาโตตุลาการปกติ คือ มีการชี้ขาดโดยบุคคลที่มีอำนาจและคำชี้ขาดนั้นผูกพันคู่กรณี

โดยทั่วไปแล้วการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะที่สำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้ คือ^๘

๑. ในเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ลักษณะของข้อพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ (Arbitrability) ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายของแต่ละประเทศ เนื่องจากข้อพิพาทในปัจจุบันมีหลากหลายรูปแบบและสลับซับซ้อนมากขึ้น กฎหมายที่บังคับใช้ก็มีมากขึ้นกว่าเดิม เช่น ข้อพิพาทในทางกฎหมายปกครอง เป็นต้น ดังนั้นในชั้นกำหนดว่าเรื่องใดจะมอบให้คู่พิพาทใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้นั้น จึงเป็นเรื่องที่ต้องคำนึง

๒. บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อพิจารณา ดังนี้ คือ

ก) บุคคลนั้นจะต้องเป็นบุคคลภายนอก ไม่ใช่คู่กรณีในข้อพิพาทนั้น ๆ และจะต้องเป็นบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ โดยได้รับเลือกหรือแต่งตั้งจากคู่กรณี หรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าในสัญญาก็ได้ หรือตามกฎหมายกำหนดเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใด ๆ โดยเฉพาะ

ข) วุฒิของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในแต่ละข้อพิพาทจะแตกต่างกันไปตามแต่ข้อเท็จจริงของข้อพิพาทนั้น ๆ ความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้วินิจฉัยชี้ขาดยิ่งมีมากเท่าใด ก็จะทำให้การชี้ขาดแม่นยำ น่าเชื่อถือและใกล้เคียงกับความเป็นจริงมากเท่านั้น รวมทั้งทำให้เกิดความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายในการพิจารณายิ่งขึ้นด้วย

๓. ดังที่กล่าวมาแล้วว่าอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาจากการตกลงกันของคู่กรณี ดังนั้นขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทจึงเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีด้วยเช่นกัน ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้ ส่วนเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่กรณีว่ามี

^๘ อนันต์ จันทร์โอภากร , กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล , (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม , ๒๕๓๖) , หน้า ๑๐.

เพียงได้นั้น เป็นเรื่องของกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการและกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศบัญญัติไว้

๔. อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการพิจารณาความ (judicial way) แต่อนุญาโตตุลาการก็ไม่ต้องยึดติดอยู่กับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดเหมือนกับการพิจารณาคดีของศาล เพราะเจตนารมณ์ของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการคือ ความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล แต่อนุญาโตตุลาการก็ยังต้องยึดถือหลักแห่งความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เป็นต้นว่าต้องให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี และต้องตัดสินโดยอาศัยการรับฟังพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำมาเสนอเท่านั้น

๕. การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยเอกชนนั้น รัฐจะให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุดเพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะที่เป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้ด้วยดี และพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

๖. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้วถือว่าถึงที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง ให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

๗. การพิจารณาและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตย โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงกรณีที่จำเป็นเพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดี และบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตย การนำคำชี้ขาดไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับหรือบังคับให้จึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับและบังคับให้

๒.๑.๓ ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้วทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการแบ่งออกได้เป็น ๔ ทฤษฎี⁹

๒.๑.๓.๑ ทฤษฎีที่ถือว่าการระงับข้อพิพาทเป็นของรัฐ (Jurisdictional Theory)¹⁰

ทฤษฎีนี้เห็นว่า ปกติแล้วในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในรัฐเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการของรัฐซึ่งก็คือองค์กรศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ตาม เรื่องการอนุญาตตุลาการจึงถือเป็นข้อยกเว้นการใช้อำนาจตุลาการของรัฐ การอนุญาตตุลาการจึงกระทำได้เพราะรัฐให้อำนาจไว้เท่านั้น อนุญาตตุลาการจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐที่กระทำการอนุญาตตุลาการ เมื่อถือว่าการอนุญาตตุลาการเป็นข้อยกเว้นของการใช้อำนาจตุลาการของรัฐและรัฐยอมให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้ได้ รัฐจึงมีอำนาจเต็มที่จะควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ

บทความของศาสตราจารย์ Mann เรื่อง “Lex Facit Arbitrum” กล่าวว่า “..... รัฐแต่เพียงผู้เดียวที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการได้ อนุญาตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก็หมายความว่า คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นคำตัดสินในความหมายเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐนั่นเอง”¹¹

ตามทฤษฎีนี้ แม้การอนุญาตตุลาการจะเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของคู่กรณีเท่านั้น แต่การที่จะสามารถบังคับตามข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้ก็เพราะกฎหมายภายใน

⁹ เรื่องเดียวกัน , หน้า ๒๐.

¹⁰ Willer, “Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration : A Comparative Study”, ๑๙ Rutgers L. Rev. ๖๔๖ (๑๙๖๕) pp. ๖๕๐-๖๕๒. J.D.N. Lew, Application Law in International Commercial Arbitration (Oceana Publication ๑๙๗๘) p. ๕๒.

¹¹ Mann , “Lex Facit Arbitrum” in Liber Amicorum for Martin Domke p.๑๕๘ (P. Sanders , ed. ๑๙๖๗).

รัฐนั้นให้อำนาจไว้ การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การมีผลบังคับใช้ของสัญญา อนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐที่จะใช้บังคับในฐานะ “applicable law” การอนุญาโตตุลาการจึงมีใช้สิทธิของคู่กรณี หากแต่เป็นสิ่งที่รัฐจะอนุญาตหรือไม่เพียงใดขึ้นอยู่กับรัฐเท่านั้น

ทฤษฎีนี้จึงถือว่า อนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษาในศาลมีอำนาจและหน้าที่ที่แต่โดยอาศัยกฎหมายของรัฐ บทบาทและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงคล้ายคลึงกับศาล กล่าวคือ จะต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามตัวบทกฎหมายและโดยจิตสำนึกในการประສາทความยุติธรรม และเมื่อถือว่าอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการคล้ายคลึงกับศาลแล้ว ก็ควรถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสถานะและผลอย่างเดียวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งผลของคำชี้ขาดนั้นก็จะเป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่จะทำการบังคับ

๒.๑.๓.๒ ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้ถือว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของคู่กรณีที่พิพาท โดยคู่กรณีจะเป็นผู้กำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการว่าจะกระทำในรูปแบบใด เป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการที่จะมาทำการชี้ขาด เป็นผู้กำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณาคดี และยังเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้คู่กรณียังตกลงที่จะยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันในทางสัญญา และสมัครใจที่จะปฏิบัติตาม ขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี และคำชี้ขาดจึงเป็นเสมือนหนึ่งข้อตกลงระหว่างคู่กรณีซึ่งสามารถบังคับในศาลได้ในสถานะเดียวกับสัญญา

ทฤษฎีนี้ยังเชื่ออีกว่าที่มาของอำนาจในการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นมาจากเจตนาของคู่กรณี ซึ่งได้แก่ สัญญาหรือข้อตกลงระหว่างคู่กรณี และยังปฏิเสธอำนาจของรัฐที่จะแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการไม่ควรอยู่ใต้บังคับกฎหมายใด ๆ ดังจะเห็นได้จากคำที่ใช้เรียกประกอบคำว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งล้วนเป็นคำที่แสดงถึงความไม่ผูกพันกับประเทศหนึ่ง ๆ เช่น Transnational , Anational , Non – national หรือแม้แต่คำว่า International

ผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้จะปฏิเสธอำนาจของรัฐในการที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับวิธีดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยสิ้นเชิง โดยให้เหตุผลว่าโดยแท้จริงแล้ว การอนุญาโตตุลาการนั้นก่อตั้งขึ้นโดยความประสงค์และความยินยอมของคู่สัญญา ทั้งนี้เพราะคู่สัญญาตกลงยินยอมที่จะเข้าทำสัญญาต่อกัน และตกลงยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทของตนถ้าหากมีขึ้นต่ออนุญาโตตุลาการและยังตกลงยินยอมล่วงหน้าด้วยว่า หากผลของคำชี้ขาดเป็นเช่นไรฝ่ายตนก็จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งทั้งหมดนี้จะปรากฏอยู่ในสัญญานั้นเอง ดังนั้น จึงต้องถือว่าลักษณะของการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นแท้จริงแล้วเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติและบังคับตามสัญญา¹²

แต่อย่างไรก็ดี ทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง และยอมรับข้อเท็จจริงว่าศาลอาจไม่บังคับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาตให้มีการพิจารณาและชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ และศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หรือเมื่อปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะทบทวนทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัย ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด

๒.๑.๓.๓ ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)¹³

ทฤษฎีนี้เห็นว่า เรื่องการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องผสมระหว่างสัญญาและอำนาจตุลาการของรัฐทั้งในชั้นพิจารณาและการเลือกใช้กฎหมาย เนื่องจากหากจะพิจารณาลักษณะของการอนุญาโตตุลาการโดยใช้ทฤษฎีหนึ่งระหว่างทฤษฎีที่ถือว่าการระงับข้อพิพาทเป็นของรัฐ หรือทฤษฎีสัญญาแต่เพียงอย่างเดียวแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่สามารถอธิบายลักษณะของการอนุญาโตตุลาการได้ครบถ้วน

ทฤษฎีนี้ยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นยังต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องอยู่ดี กล่าวคือ รัฐจะต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาและผลของการ

¹² Matin Domke, Commercial Arbitration (Prentice Hall, ๑๙๖๕) p. ๒.

¹³ J.D.M. Lew, Application Law in International Commercial Arbitration, pp. ๕๔-๕๕.

อนุญาโตตุลาการ มิฉะนั้น อาจเกิดปัญหาเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากคำชี้ขาดต้องการบังคับตามคำชี้ขาดทางศาล เพราะหากไม่มีกฎหมายก็เป็นปัญหาว่าศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาหรือออกคำสั่งบังคับให้ตามคำชี้ขาดได้หรือไม่ ขณะเดียวกัน ทฤษฎีนี้ก็ยอมรับความสำคัญของทฤษฎีสัญญาที่ว่า การอนุญาโตตุลาการมีที่มาจากเอกเทศสัญญา กล่าวคือ เป็นเรื่องที่คู่สัญญาเห็นอุปสรรคและความล่าช้าจากการฟ้องคดีในศาล จึงตกลงหาวิธีที่สามารถระงับข้อพิพาทได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพไม่แพ้กระบวนการในศาล ซึ่งก็ได้แก่การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ซึ่งมีลักษณะเดียวกับคู่สัญญาแต่งตั้งให้บุคคลภายนอกเข้ามาตัดสินข้อพิพาทของตน

ผู้เสนอทฤษฎีนี้ได้อีกท่านได้แก่ ศาสตราจารย์ Sauser Hall โดยได้อธิบายทฤษฎีนี้ว่า การอนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะตัดขาดจากกฎหมายได้โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งจะต้องอิงกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่ เพียงใด ในขณะที่เดียวกันก็ยอมรับความจริงว่า การอนุญาโตตุลาการมีขึ้นได้ก็แต่โดยข้อตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี ท่านจึงให้คำนิยามการอนุญาโตตุลาการว่าเป็น “a mixed judicial institution sui generis which has its origin in the [parties] agreement and draws its jurisdictional effects from the civil law.”

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าจุดมุ่งหมายของทฤษฎีนี้คือ การยอมรับความเกี่ยวพันระหว่างการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกับสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทนั้นๆ เพราะแม้จะมีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาซึ่งแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญามีเจตนาหรือแนวทางที่จะให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่การชี้ขาดข้อพิพาทก็ต้องดำเนินไปตามขอบเขตแห่งกฎหมายของประเทศที่ทำกรพิจารณาข้อพิพาทนั้น ไม่ว่าจะเป็ประเทศใดก็ตามเกี่ยวกับวิธีพิจารณา หรือในประเทศนั้นเนื้อหาของข้อพิพาท ซึ่งก็ควรที่จะคำนึงและรับรู้ถึงความสำคัญของกฎหมายแห่งประเทศที่ทำกรพิจารณาข้อพิพาทด้วย เพราะหากกระบวนการพิจารณานั้นขัดต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความ หรือการพิจารณาเนื้อหาของนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วยแล้ว

นักกฎหมายส่วนใหญ่ต่างก็ยอมรับว่าการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นอาจไม่มีผล หรือถูกปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดได้¹⁴

๒.๑.๓.๔ ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

จากทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้นทั้ง ๓ ทฤษฎีนั้น ยังมีผู้ที่เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องพิเศษ คือ ไม่ใช่เรื่องกฎหมายภายในและไม่ใช้เรื่องสัญญาโดยแท้ ทฤษฎีนี้เสนอโดย Madame Rubellin Devichi ซึ่งมีแนวคิดด้วยการมองการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นการเฉพาะตัวว่า การอนุญาโตตุลาการนั้นทำอะไรบ้าง มีเป้าหมายอย่างไร หน้าที่ของมันคืออะไร และทำไมถึงต้องเป็นเช่นนั้น ส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการเป็นแต่เพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้ด้วยดี

การอนุญาโตตุลาการนั้นพัฒนาขึ้นมาเพราะบรรดานักธุรกิจต่างก็เห็นว่าเป็นวิธีการที่สะดวกเหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาท ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีกฎหมายในเรื่องนี้ นักธุรกิจก็ใช้วิธีการนี้อยู่แล้ว กฎหมายเป็นแต่เพียงสิ่งที่ตามมาเพื่อรับรองแนวปฏิบัติที่มีอยู่แล้วเท่านั้น เป็นต้นว่าเสรีภาพของคู่กรณีที่จะตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับปัญหาข้อพิพาทและวิธีพิจารณาความ ไม่ได้เนื่องมาจากทฤษฎีสัญญาหรือทฤษฎีที่ถืออำนาจของรัฐ แต่เป็นผลที่มาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้มีผลบังคับได้ก็ไม่ใช่เพราะสถานะทางสัญญาหรือการมอบอำนาจจากรัฐ หากแต่เพราะความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

หนึ่งในผู้สนับสนุนความคิดของสำนักนี้ คือ Lew ซึ่งได้เสนอความคิดนี้ไว้ว่า เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาที่ตกลงให้เสนอข้อพิพาทของตนให้อนุญาโตตุลาการพิจารณานั้น โดยแท้จริงมิได้คำนึงถึงผลบังคับเท่าไรนัก หากแต่เน้นในด้านความรวดเร็วและความไม่มีพิธีรีตรองที่มากมายเหมือนดังเช่นการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล เมื่อเป็นเรื่องที่คู่สัญญาต้องการจะ

¹⁴ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ,” ใน รวมข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม ๑, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ , ๒๕๓๕), หน้า ๑๑๓-๑๑๔.

เสียงการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลอยู่แล้ว จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องนำเรื่องที่มีการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการกลับไปให้ศาลพิจารณาหรือบังคับอีก¹⁵ นอกจากนี้เจตจำนงของทฤษฎีนี้ ได้แก่ ความต้องการที่จะให้สถาบันอนุญาโตตุลาการแยกตัวออกมาจากการควบคุมของกฎหมายภายในของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นในด้านกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้บังคับในการพิจารณาข้อพิพาท หรือในด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความก็ตาม ทั้งในเรื่องรูปแบบและสถานที่ในการพิจารณา ซึ่งก็ควรปล่อยให้เป็นอิสระที่คู่กรณีจะตกลงหรือเห็นพ้องกันให้นำมาใช้กับข้อพิพาทของตน ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายภายในของประเทศ หรือกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ประเพณีปฏิบัติเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ หรือหลักนิติธรรมใด ๆ โดยผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องนำหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้โดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้เพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณานำหลักเกณฑ์หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เห็นว่าเหมาะสมแก่กรณีมาใช้ได้โดยอิสระ*

๒.๑.๔ รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการสามารถแบ่งออกเป็น ๒ รูปแบบ¹⁶ คือ อนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน และอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน

๒.๑.๔.๑ อนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน (institutional arbitration) สถาบันที่ให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันมีอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งแต่ละสถาบันจะมีข้อบังคับกฎเกณฑ์เป็นของตนเอง รวมทั้งมีความชำนาญในธุรกิจเฉพาะด้านแตกต่างกันไป ในการเลือกใช้สถาบันใด จึงควรต้องคำนึงถึงความเหมาะสมกับข้อพิพาทด้วย

ในบรรดาสถาบันอนุญาโตตุลาการยังแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

¹⁵ J.D.M. Lew, Application Law in International Commercial Arbitration, p. ๕๙.

* หลักดังกล่าวนี้กล่าวกันว่าเป็นที่มาของมาตรา ๗ แห่ง European Convention on International Commercial Arbitration

¹⁶ อนันต์ จันทโรภากร , กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล , หน้า ๒๕.

ก) สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มักจะก่อตั้งขึ้นโดยความร่วมมือระหว่างรัฐบาล องค์การระหว่างประเทศ หรือภาคเอกชนจากประเทศต่าง ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกในทางการค้าและการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยสถาบันระหว่างประเทศนี้จะไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ แม้ว่าจะมีสำนักงานใหญ่หรือสำนักงานเลขานุการตั้งอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งก็ตาม

(๑) สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law Arbitration) เช่น ศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ ICSID (International Center for the Settlement of Investment Disputes) ซึ่งเป็นสถาบันที่มีบทบาทอย่างมากในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศในรูปแบบของอนุสัญญา

ความแตกต่างประการสำคัญที่สุดระหว่าง ICSID และสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ คือ ICSID ก่อตั้งขึ้นโดยความร่วมมือระหว่างรัฐตามความตกลงในรูปแบบของอนุสัญญา ไม่ใช่ก่อตั้งขึ้นโดยกลุ่มนักธุรกิจหรือองค์กรทางธุรกิจ ด้วยเหตุนี้ ICSID จึงเป็นสถาบันระหว่างประเทศโดยแท้ มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากข้อพิพาทที่จะเสนอให้ ICSID ดำเนินการนั้น คู่กรณีจะเป็นรัฐฝ่ายหนึ่งและเป็นเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทดังกล่าวจึงมีลักษณะที่ก้ำกึ่งระหว่าง public international arbitration และ private international arbitration

(๒) สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยสภาพขององค์กรหรือบทบาทในการดำเนินงาน

(ก) หอการค้านานาชาติ หรือ ICC (International Chamber of Commerce) ก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการค้าและความร่วมมือระหว่างประเทศ เป็นองค์กรเอกชนมีสมาชิกอยู่ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งบริการประเภทหนึ่งของหอการค้านานาชาติ คือ การประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ

(ข) สถาบันระหว่างประเทศที่เน้นเฉพาะด้าน (International Specialist Institution) มีวัตถุประสงค์หลักในการรักษามาตรฐานสากลในธุรกิจแต่ละประเภท จึงจัดให้มีผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับปัญหาทางเทคนิคและคุณภาพสินค้า เพื่อเป็นอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทเกี่ยวกับคุณภาพและมาตรฐานของสินค้า เช่น International Reclamation Bureau (Bureau International de la Recuperation) หรือ BIR เป็นต้น

(ค) สถาบันอนุญาโตตุลาการในระดับภูมิภาค เป็นสถาบันที่ให้ บริการเกี่ยวกับการค้าทั่ว ๆ ไป หรืออาจเป็นการเฉพาะด้านก็ได้ ในส่วนของบริการทางด้าน การ ระวังข้อพิพาทก็มักจะจำกัดอยู่กับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างบุคคลที่ทำธุรกิจอยู่ในบริเวณภูมิ ภาคนั้น ๆ เท่านั้น สถาบันภูมิภาคนี้ เช่น Inter-American Commercial Arbitration Commission , Arbitration Chamber of the European Union for the Hops Trade เป็นต้น

ข) สถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

โดยปกติในเกือบทุกประเทศจะต้องมีสถาบันอย่างน้อยที่สุดหนึ่งแห่ง ที่ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางการค้า รวมไปถึงทางการค้าระหว่างประเทศด้วย สถาบัน เหล่านี้อาจได้แก่ หอการค้าของประเทศนั้น ๆ หรือสมาคมการค้าภายในประเทศต่าง ๆ ซึ่งอาจเป็น สถาบันที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ และถือว่าเป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐ หรืออาจก่อตั้งขึ้นโดยภาคเอกชน ใน ประเทศไทยมีสถาบันอนุญาโตตุลาการ ๒ แห่ง ได้แก่ สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย ดำเนินการโดยสภาหอการค้าไทย ซึ่งเป็นหน่วยงานเอกชน และสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนัก ระวังข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ส่วนสถาบันอนุญาโตตุลาการของ ประเทศอื่น ๆ ที่มีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับของประเทศต่าง ๆ เช่น American Arbitration Association (AAA) เป็นต้น

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

๒.๑.๔.๒ อนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่สถาบัน (ad hoc arbitration)* , **

อนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้ คู่กรณีจะเป็นผู้กำหนดขั้นตอนและรายละเอียดต่าง ๆ ทั้งหมดไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ สถานที่พิจารณาคดี หรือวิธีพิจารณาคดี ซึ่งพบว่าข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นนิยมที่จะใช้อนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้ องค์การสหประชาชาติจึงได้จัดทำกฎเกณฑ์ที่เรียกว่า ECAFE Rules และ UNCITRAL Rules of Arbitration ขึ้นมา เพื่อให้คู่กรณีที่ประสงค์จะทำการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช่สถาบันนำไปใช้กับการระงับข้อพิพาทของตน

* Black's Law Dictionary (5th ed.) : "ad hoc , Formed for a particular purpose"

** พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนีของท่านรองศาสตราจารย์ชัยศักดิ์ หรยงกูร ได้ให้คำนิยามไว้ ดังนี้

Ad hoc Arbitration

การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ

เป็นการทำการอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีการดูแล หรือควบคุมโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการใด ในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจนี้ คู่กรณีต้องเลือกใช้อำนาจการอนุญาโตตุลาการ โดยอาจจะเลือกจากที่มีผู้ทำไว้แล้วสำหรับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ เช่น UNCITRAL RULE 1976 โดยกำหนดไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ได้ หรือจะเอาข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการมาดัดแปลงก็ได้ คู่กรณีจะสร้างขึ้นเองใหม่หมดก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติคนนิยมทำสองแบบแรกมากกว่าเพราะสะดวกกว่า ข้อสำคัญก็คือจะต้องมีเลขานุการของการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจที่เก่ง เพื่อดูแลให้เรียบร้อยและหาทางแก้ไขในกรณีเกิดปัญหาติดขัด โดยปกติการทำการอนุญาโตตุลาการนั้นทำโดยสถาบัน ซึ่งบางแห่งก็หารายได้จากการอนุญาโตตุลาการจนสามารถไปเจือจุนกิจการอื่น ๆ เช่น ICC สามารถเอารายได้จากการอนุญาโตตุลาการไปใช้อบรมกฎหมายพาณิชย์ชั้นสูง แต่ทั้งนี้ถ้าหากเลขานุการอนุญาโตตุลาการเรียกค่าบริการสูง ก็อาจทำให้ค่าใช้จ่ายในชั้นที่สุดไม่ถูกกว่ามากนัก โดยเฉพาะเมื่อมีข้อผิดพลาดซึ่งทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า ระบายจ่ายช้อนรูปในรูปของการที่ต้องเอาคนที่มีความรู้ความสามารถไปทำงานหารายได้อื่น ๆ มาผูกติดอยู่กับการอนุญาโตตุลาการซึ่งสะดุดอยู่

ข้อเสียของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการรูปแบบนี้ คือ เนื่องจากคู่กรณีจะต้องเป็นผู้กำหนดรายละเอียดทั้งหมดของสัญญาเองทั้งหมด จึงมักพบว่าสัญญาของคู่กรณีไม่รัดกุมเพียงพอ ทำให้เกิดปัญหาความไม่แน่นอนว่ารายละเอียดต่าง ๆ ที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการว่าศาลจะบังคับให้ได้หรือไม่เพียงใด หากมีการขอให้ศาลบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม การอนุญาโตตุลาการรูปแบบนี้ก็เป็นที่ยอมรับใช้กันพอสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นพ่อค้าหรือนักลงทุนต่างประเทศ

๒.๑.๕ ความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการในทางการค้า

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางธุรกิจส่วนใหญ่ของทั่วโลกประเทศนิยมใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นประเทศในกลุ่มโลกเสรีหรือสังคมนิยมต่างยอมรับและใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางธุรกิจทั้งสิ้น ทั้งนี้เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเฉพาะตัวและได้เปรียบการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่น ดังนี้¹⁷

๑. รวดเร็วและมีประสิทธิผล การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่สิ้นสุดลงอย่างค่อนข้างรวดเร็วและมีประสิทธิผล เนื่องจากปกติแม้อนุญาโตตุลาการจะมีอาชีพประจำอย่างอื่น แต่ไม่ต้องรับผิดชอบข้อพิพาทหลายเรื่องพร้อม ๆ กัน ทำให้สามารถกำหนดวันพิจารณาไปได้อย่างรวดเร็ว ไม่ต้องเข้าคิวรอสืบพยานเหมือนการดำเนินคดีในศาล และเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัดและไม่มีชั้นตอนที่ยุ่งยาก แต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอพยานหลักฐานของตนต่ออนุญาโตตุลาการได้อย่างเท่าเทียมกัน และเมื่ออนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จสิ้นก็ต้องทำคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลาตามกฎหมาย ซึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทสิ้นสุดลงทันที โดยคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นและไม่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไป แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายก็สามารถขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งขั้นตอนทั้งหมดนี้ใช้เวลาน้อยกว่าการดำเนินคดีในศาล

¹⁷ เสาวนีย์ อัครวโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ และคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม ๒, (กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม), หน้า ๘-๑๑.

๒. ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ การระงับข้อพิพาททางแพ่งภายในประเทศที่คู่กรณีสามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้เอง โดยไม่ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการมิได้เรียกเก็บค่าปฎิการในอัตราที่สูงแล้วจะค่อนข้างประหยัดค่าใช้จ่าย ยิ่งถ้าคู่กรณีไม่ต้องจ้างทนายความเพื่อช่วยในการดำเนินกระบวนการด้วยแล้วก็ยิ่งจะประหยัดค่าใช้จ่ายมาก

แต่กรณีการอนุญาโตตุลาการที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการมักจะไม่ประหยัดค่าใช้จ่ายนัก เพราะในบางสถาบันเก็บค่าบริการ ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ตลอดจนค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนที่สูงมากซึ่งทำให้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการสูงกว่าการฟ้องคดีต่อศาลอันขัดต่อหลักของการอนุญาโตตุลาการ

๓. ชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับทางธุรกิจ กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการกระทำเป็นการลับ ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้ที่มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาคือคู่กรณีและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ ที่ปรึกษา อนุญาโตตุลาการ และพยานเท่านั้น ข้อเท็จจริงและรายละเอียดต่าง ๆ ในการพิจารณาจึงเป็นที่รับทราบกันเฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสได้รับรู้ข้อเท็จจริงได้โดยตรง ซึ่งกรณีนี้จะเป็นการรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับทางธุรกิจของคู่กรณีพิพาทไว้ได้ ในขณะที่การฟ้องคดีต่อศาลนั้นคู่กรณีจะไม่สามารถรักษาชื่อเสียงและความลับทางธุรกิจไว้ได้ เพราะในการพิจารณาคดีของศาลนั้นจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

๔. ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีไว้ได้ เนื่องจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสพบปะเจรจาปัญหาที่พิพาทโดยตรงและบรรยากาศในการพิจารณาก็ค่อนข้างยืดหยุ่น ไม่เคร่งครัด และเป็นกันเองมากกว่าการพิจารณาคดีในศาล ในทางปฏิบัติมักไม่พบการโต้แย้งกันอย่างเอาแต่ใจเช่นบรรยากาศในศาล คู่กรณียังสามารถที่จะคบหากันได้หรือไม่เป็นศัตรูต่อกันอย่างรุนแรง จึงเหมาะสำหรับคู่กรณีพิพาทซึ่งอยู่ในวงการที่จำเป็นต้องคบค้ากันต่อไป เช่น วงการธุรกิจ

๕. สำหรับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน คู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้ เช่น อาจารย์ในมหาวิทยาลัยซึ่งมีคุณวุฒิในด้านนั้น ๆ การที่คู่กรณีเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านตามข้อพิพาทที่ตนประสบอยู่เข้ามาตัดสิน ทำให้การชี้ขาดข้อพิพาทถูกต้องตรงกับความจริงในด้านนั้น ๆ และเกิดข้อผิดพลาดน้อยลง การอนุญาโตตุลาการจึงเหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับการก่อ

สร้าง การลงทุน ในขณะที่คู่ความต้องนำสืบข้อเท็จจริงเฉพาะด้านเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลเองทั้งหมด และยังไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ มาพิจารณาให้ตนได้

๖. ความสมประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลให้ทำหน้าที่อนุญาตโตตุลาการได้ และเรื่องอื่น ๆ ตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน เช่น สถานที่ที่จะมีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท วิธีพิจารณาและกฎหมายของอนุญาตโตตุลาการที่จะใช้บังคับกับการพิจารณาในกรณีนี้ที่คู่กรณีมีสัญชาติแตกต่างกัน จึงเป็นการตัดความหวาดระแวงเรื่องความไม่เป็นกลางของศาลท้องถิ่นออกไปโดยไม่ต้องฟ้องคดีในศาลของท้องถิ่นนั้น การอนุญาตโตตุลาการจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่น่าจะสมประโยชน์ของคู่กรณีได้มากกว่าการฟ้องคดีต่อศาล

๗. แบ่งเบาภาระของศาล การที่ข้อพิพาททางแพ่งบางส่วนระงับไปโดยการอนุญาตโตตุลาการย่อมทำให้ข้อพิพาทที่จะเป็นคดีขึ้นสู่ศาลลดจำนวนลง อันเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระของศาลได้ โดยคดีที่มีปัญหาข้อกฎหมายเพียงเล็กน้อยสามารถดำเนินการให้ระงับไปโดยการอนุญาตโตตุลาการได้ และการที่คดีขึ้นสู่ศาลน้อยลงยังทำให้ระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลทำได้รวดเร็วขึ้นด้วย

๒.๑.๖ แนวคิดเกี่ยวกับการอนุญาตโตตุลาการต่างประเทศ

ในการทำสัญญาทางธุรกิจหรือพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น ประเด็นหนึ่งซึ่งคู่สัญญามักจะต้องตกลงกันเสมอ คือ หากเกิดกรณีพิพาทขึ้นในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาที่ทำกันไว้จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีใด และการดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทจะทำในประเทศใด คู่สัญญาอาจทำความตกลงกันว่าให้ศาลภายในประเทศของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้วินิจฉัยและตัดสินข้อพิพาท ซึ่งการนำข้อพิพาทมาฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลก็เป็นเรื่องปกติธรรมดาอยู่แล้ว ส่วนจะนำคดีมาฟ้องร้องยังศาลภายในประเทศของคู่สัญญาฝ่ายใดนั้นอาจขึ้นอยู่กับความสะดวกและอำนาจเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม นักธุรกิจหรือพ่อค้าระหว่างประเทศไม่นิยมที่จะนำข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศขึ้นสู่ศาลภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง ทั้งนี้เพราะอาจกลัวความอคติ ลำเอียง รวมทั้งเห็นข้อดีของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตโตตุลาการดังที่ได้กล่าวแล้ว ดังนั้นนักธุรกิจจึงนิยมที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตโตตุลาการ

๒.๑.๖.๑ สนธิสัญญาที่ประเทศไทยทำไว้เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ¹⁸

ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญากับต่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ สนธิสัญญาที่ทำไว้มีทั้งที่เป็นสนธิสัญญาแบบพหุภาคีและแบบทวิภาคี สนธิสัญญาพหุภาคีที่ประเทศไทยได้ทำไว้และได้มีกฎหมายภายในรองรับแล้วที่สำคัญ มีอยู่ด้วยกัน ๓ ฉบับ คือ

๑) Geneva Protocol on Arbitration Clauses of ๑๙๒๓ ชื่อที่แปลเป็นภาษาไทยและเรียกอย่างเป็นทางการคือ โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด ค.ศ.๑๙๒๓ (พ.ศ.๒๔๖๖)^{*} และได้มีการออกกฎหมายอนุวัติการ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด พ.ศ.๒๔๗๓^{**}

๒) Geneva Convention on Execution of Foreign Arbitration Awards of ๑๙๒๗ เรียกเป็นภาษาไทยว่าอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.๑๙๒๗ (พ.ศ.๒๔๗๐)^{***}

๓) New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Awards of ๑๙๕๘ ชื่อซึ่งแปลเป็นภาษาไทยคือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.๑๙๕๘ (พ.ศ.๒๕๐๖)^{****}

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑๒ สิงหาคม พ.ศ.๒๕๓๐ โดยให้มีผลบังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศเป็นต้นไป เหตุผลหนึ่งของการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ ก็เพื่อรองรับความผูกพันที่ประเทศไทยมีอยู่ในอนุสัญญารุงเจนีวา ค.ศ.๑๙๒๗ และอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.๑๙๕๘ ซึ่งจะเห็นได้ชัด

¹⁸ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,) ๒๕๓๘, หน้า ๖๘-๖๙.

^{*} ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๔๗ หน้า ๓๘๓.

^{**} ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๔๗ หน้า ๓๘๐.

^{***} ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๔๗ หน้า ๒๙๖.

^{****} ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๗๗ ตอนที่ ๒๕ หน้า ๒๔๗.

จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ และข้อความในบทบัญญัติมาตราต่างๆ ในหมวด ๖ ซึ่งว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

๒.๑.๖.๒ ข้อแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการในประเทศและอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ¹⁹

การแยกความแตกต่างของอนุญาโตตุลาการในประเทศและอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเป็นการแยกเพื่อจัดผลของการยอมรับและใช้บังคับคำชี้ขาดจากการอนุญาโตตุลาการสำหรับในประเทศใดประเทศหนึ่งว่าประเทศนั้นจะยอมรับและใช้บังคับคำชี้ขาดนั้นโดยถือเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศหรือต่างประเทศ

๑) การใช้หลักดินแดน (Territory of State)

เป็นการกำหนดความเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยคำนึงถึงสถานที่ในการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการว่า หากเกิดในดินแดนของประเทศใดก็ถือเป็นการอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น และอนุญาโตตุลาการที่เกิดนอกดินแดนของรัฐใดก็ถือเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศของประเทศนั้น

ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.๑๙๕๘ ได้บัญญัติถึงผลบังคับของอนุสัญญานี้ว่า “อนุสัญญานี้ใช้บังคับกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด...” ซึ่งเป็นข้อความที่ยกมาจาก ข้อ ๑ วรรค ๑ ส่วนแรกแห่งอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ จึงเป็นการแบ่งโดยใช้หลักดินแดนซึ่งหมายถึงอนุญาโตตุลาการที่ได้กระทำในดินแดนของประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศที่คู่กรณีได้นำคำชี้ขาดไปขอให้บังคับ

๒) การใช้หลักเกณฑ์คุณภาพ (Qualitative Factor)

หลักเกณฑ์นี้จะถือความเป็นอิสระในการตกลงกันของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการโดยคู่สัญญามีอำนาจกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาและรัฐจะ

¹⁹ วิไล ประมวลสมบัติ, “การปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย : ๒๕๓๙) หน้า ๑๐-๑๑.

พิจารณาว่าเป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศหรือต่างประเทศโดยดูจากกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญา กรณีเช่น หากคู่สัญญาได้กำหนดให้ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ แม้การอนุญาโตตุลาการจะกระทำในรัฐนั้น รัฐนั้นก็ไม่ได้ถือว่าอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศตน และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. ๑๙๕๘ จึงให้ถือเสมือนว่าเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งบทบัญญัติในข้อ ๑ ส่วนท้ายของวรรคหนึ่ง แห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งได้กำหนดการบังคับใช้ว่า “...และให้ใช้บังคับกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่รัฐซึ่งมีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดไม่ถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศตน”

๒.๑.๖.๓ บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการจัดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับคนต่างชาติ

อำนาจของรัฐในการอนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาทำการค้าและลงทุนในประเทศเป็นอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง รัฐมีอำนาจที่จะกำหนดนโยบายและแนวทางในการแสวงประโยชน์ รวมทั้งมีอำนาจในการคัดเลือกนักลงทุนต่างชาติที่มีคุณสมบัติที่รัฐเห็นว่าเหมาะสมให้เข้ามาทำการค้าและการลงทุนในประเทศ แต่เมื่อรัฐได้ตัดสินใจในกำหนดรูปแบบของการแสวงหาประโยชน์จากการลงทุนแล้วโดยได้เข้าทำสัญญากับเอกชนต่างชาติแล้ว รัฐก็ยังคงมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องปฏิบัติต่อพ่อค้าหรือนักลงทุนต่างชาติตามมาตราฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (international minimum standard) อยู่ แม้สัญญาทางการค้าและการลงทุนที่รัฐได้ทำกับเอกชนต่างชาติจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน

หากต่อมารัฐใช้อำนาจในการยกเลิกสัญญา หรือแก้ไขข้อสัญญา ก็เป็นอำนาจที่รัฐสามารถทำได้ตามกฎหมายภายใน โดยรัฐมีหน้าที่ชดเชยความเสียหายให้กับเอกชนเท่ากับจำนวนที่เอกชนได้ลงทุนไปเท่านั้น ในส่วนของเอกชนต่างชาติก็มักจะอ้างว่าสิทธิหรืออำนาจของรัฐที่จะยกเลิก หรือปฏิเสธหนี้ตามสัญญาที่ทำไว้กับเอกชนต่างชาติจะต้องพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือในบางครั้งก็ระบุไว้ในสัญญาว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นได้แก่หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาเพียงเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในการเยียวยาความเสียหายนั้น รัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายโดยรวดเร็ว เพียงพอและมีผลอย่างแท้จริงให้แก่เอกชน ซึ่งได้แก่ วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาความแตกต่างกันของกฎหมายภายในแต่ละประเทศเกี่ยวกับ ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจแก้ไขได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยอาศัยแต่เพียงหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict-of-law rules) แต่จะต้องแก้ไขโดยอาศัยสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งปัจจุบันอนุสัญญาต่างๆ หลายฉบับที่สนับสนุนและส่งเสริมให้การชำระข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เช่น New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards of ๑๙๕๘ , Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of ๑๙๖๕ เป็นต้น

๒.๑.๖.๔ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ²⁰

คำว่า “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” (Foreign arbitral awards) นั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และการที่ต้องแยกการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศนั้น ก็เพราะใช้หลักกฎหมายที่แตกต่างกันในเรื่องต่างๆ ที่สำคัญ กล่าวคือ การใช้กฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คุณกรณีได้ตกลงกันกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับไว้ การให้ความช่วยเหลือของรัฐต่อการอนุญาโตตุลาการ คือ ถ้าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ศาลของประเทศนั้นสามารถให้ความช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ เช่น การขอให้ศาลใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคุณกรณี ในระหว่างการพิจารณา และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งจะมีหลักเกณฑ์การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คือ ต้องเป็นคำชี้ขาดตามสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคี

ประเทศไทยจะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเฉพาะคำชี้ขาดที่อยู่ภายใต้บังคับของสนธิสัญญาทางอนุญาโตตุลาการที่ประเทศไทยเป็นภาคีเท่านั้น ซึ่งมีรายละเอียดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙ ว่า

“คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะต้องรับการรับรองและบังคับในราชอาณาจักรไทยก็เฉพาะแต่คำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลง

²⁰ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), ๒๕๔๓, หน้า๑๔๖.

ระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีหลังจากวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับ ย่อมได้รับการรับรองและบังคับในราชอาณาจักรไทยตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา”

จากบทบัญญัติดังกล่าว มีหลักเกณฑ์ว่าประเทศไทย ซึ่งหมายถึงศาลไทยที่มีหน้าที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ดังนี้

๑) เฉพาะคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับของสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคี ซึ่งได้แก่สนธิสัญญาที่กล่าวแล้วในหัวข้อ ๒.๑.๖.๑

๒) คำชี้ขาดมีผลบังคับเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพัน

๓) การบังคับตามคำชี้ขาดของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในภายหลัง สำหรับกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดที่อยู่ภายใต้บังคับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีภายหลังที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับนั้น ศาลไทยก็จะบังคับให้แต่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในพระราชกฤษฎีกา

ในปัจจุบันประเทศไทยได้ลงนามสนธิสัญญาฉบับหนึ่งและอยู่ในชั้นพิจารณาว่าสมควรจะให้สัตยาบันหรือไม่ คือ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. ๑๙๖๕ (พ.ศ. ๒๕๐๘) (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, ๑๙๖๕) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา และเรียกกันว่าอนุสัญญาวอชิงตัน

สถาบันวิจัยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

๒.๑.๗ แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการอนุญาโตตุลาการ

แนวความคิดในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับเรื่องของการอนุญาโตตุลาการได้ ๓ ชั้น²¹ ได้แก่

๑) ในชั้นกำหนดว่าเรื่องใดจะมอบให้คู่พิพาทใช้การอนุญาโตตุลาการระดับข้อพิพาทได้ (Arbitability) ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยทั่วไปแล้วเรื่องวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของประชาชน การอนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้นของวิธีพิจารณาความแพ่งปกติ จึงต้องอยู่ใต้การพิจารณาในแง่ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เพราะเป็นการแบ่งใช้อำนาจอรัฐส่วนหนึ่ง

๒) ในชั้นวิธีพิจารณา ต้องให้คู่ความได้รับการพิจารณาที่มีความยุติธรรมตามธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ดีหลักความยุติธรรมของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่จำเป็นต้องยึดติดกับตัวบทวิธีพิจารณาความดั่งเช่นศาล แต่ความยุติธรรมตามธรรมชาติดังที่กล่าวนั้น ได้แก่ การให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่โอกาสเท่า ๆ กันที่จะเสนอคดีของตน ต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแต่ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องให้เวลาเท่า ๆ กันแก่ทั้งสองฝ่าย เนื่องจากแต่ละฝ่ายอาจมีพยานหลักฐานไม่เท่ากัน ข้อสำคัญคือการให้โอกาสคู่กรณีในการนำเสนอคดีของตนเอง และตัวผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องไม่เอียงและต้องไม่มีอคติ นอกจากการให้ความเป็นธรรมในการรับฟังการนำเสนอแล้วยังต้องมีมาตรการในการทำให้เกิดความเป็นธรรมดังกล่าวด้วย กล่าวคือ การให้คู่กรณีมีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุทำหน้าที่อย่างเดียวกัน เป็นต้น

๓) การพิจารณาถึงปัญหาความสงบเรียบร้อยในการตัดสินคดี มีผู้เห็นว่าในชั้นตัดสินคดีอนุญาโตตุลาการต้องไม่ตัดสินคดีในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย เช่น การยอมให้การให้หรือการรับสินบนเป็นการถูกต้อง เพราะจะทำให้เกิดการเรียกรับสินบนซึ่งก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ประสิทธิภาพของการใช้ทรัพยากรจะสูญไปเพราะผู้ผลิตสิน

²¹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี,” รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษา ศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม ๑, หน้า ๙.

ค้าและบริการไม่ใช่ผู้ที่มีประสิทธิภาพสูงสุด อันส่งผลให้ประชากรโลกต้องบริโภคสินค้าและบริการแพงขึ้น

จากแนวคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่กล่าวมาข้างต้น แนวคิดในชั้นวิधिพิจารณา และในชั้นตัดสินคดีนั้นมักไม่ค่อยพบปัญหาในทางปฏิบัติเท่าไรนัก แต่ในชั้นแรกที่จะต้องพิจารณาว่าเรื่องใดจะมอบให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้นั้น (Arbitrability) ยังเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ

๒.๒ หลักว่าด้วยสัญญาทางปกครอง

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) หลายประเทศมีแนวความคิดว่าระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับองค์กรของรัฐ ไม่ว่าจะองค์กรฝ่ายปกครองกระทำกรใด ๆ หรือกับความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย ควรเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างไปจากระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับกับเอกชนและความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกันระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ประเทศเหล่านี้จึงมีแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งแตกต่างไปจากสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นต้นแบบในเรื่องสัญญาทางปกครองนี้มีอยู่ ๒ ประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

๒.๒.๑ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส

วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมักจะมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน (prerogative de la puissance publique) ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เป็นข้อบังคับหรือคำสั่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ของเอกชนได้ โดยเอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอมด้วย ซึ่งวิธีนี้เรียกว่า นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง (act administratif unilatéral)

อย่างไรก็ดี นอกเหนือไปจากวิธีการดังกล่าวข้างต้นของฝ่ายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองก็อาจใช้วิธีการทางสัญญาในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะของตนได้ จึงมีหลักว่า

ด้วยสัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'administration) เกิดขึ้นในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

๒.๒.๑.๑ ความหมายของ“สัญญาของฝ่ายปกครอง” และ “สัญญาทางปกครอง”

ศาสตราจารย์เวอเดล (Vedel) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส ได้อธิบายไว้ว่า ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายโดยทำ “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” แล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้วิธีการทำสัญญาได้อีกด้วย สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องนั้นเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” (Contrats de l'Administration) ซึ่งแบ่งประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองได้เป็น ๒ ประเภท โดยฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้ว่า ตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนอย่างเดียวกับที่เอกชนทำสัญญาระหว่างกัน หรือว่าตนประสงค์จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ คือ ระบบกฎหมายปกครอง

จากที่กล่าวมาข้างต้น สัญญาประเภทแรกเรียกว่า “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” (Contrats de droit privé de l'Administration) ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา

สัญญาประเภทที่สอง เรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” (Contrats Administratifs) ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา²²

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²² Georges Vedel . Droit Administratif , P.U.F , ๑๙๗๖ , pp. ๒๒๘-๒๒๙.

๒.๒.๑.๒ เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (les personnes morales de droit public หรือเรียกโดยย่อว่า “นิติบุคคลมหาชน” les personnes publiques) ทำกับเอกชน หรือทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันเอง แบ่งได้เป็น ๒ ประเภท คือ “สัญญาทางปกครอง” และ “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” ซึ่งทำให้กฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาต่างกัน รวมทั้งอำนาจของศาลเหนือคดีทั้งสองประเภทต่างกัน

แต่เดิมในคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่า อาจแบ่งแยกนิติกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองได้เป็น ๒ ประเภท คือ นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจบังคับบัญชา (actes d'autorité) กับ นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองบริหารกิจการเหมือนอย่างเช่นเอกชน (actes de gestion) โดยถือว่าสัญญาทั้งหมดที่ทำโดยฝ่ายปกครอง หรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้น เป็นนิติกรรมประเภทเดียวกับนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองบริหารกิจการอย่างเอกชน ดังนั้น ในสมัยนั้น “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ทั้งหมด จึงตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่สัญญาบางประเภทที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

จนกระทั่งในปี ค.ศ.๑๘๗๓ ศาลชี้ขาดเขตอำนาจศาล (Le Tribunal des Conflits) ได้วินิจฉัยในคดี Blanco ว่าจะต้องใช้แนวความคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ” (le service public) เป็นเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาว่ากิจกรรมและนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ใน

* นิติบุคคลมหาชนของฝรั่งเศส แบ่งออกได้เป็น ๓ ประเภท คือ

- รัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในทุกเรื่องและมีเขตอำนาจทั่วประเทศ
- องค์การปกครองท้องถิ่น (collectivités locales) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องทั่วไปแต่มีอำนาจ

เฉพาะในเขตท้องที่ของตน นิติบุคคลประเภทนี้ ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (départments) และเทศบาล (communes)

(ค) องค์การมหาชน (établissements publics) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เฉพาะในเรื่องที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ นิติบุคคลประเภทนี้ได้แก่ มหาวิทยาลัย และรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของ “องค์การมหาชน” เป็นต้น

อำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือไม่ และจากแนวคำวินิจฉัยในคดีนี้เองที่ได้มีการแบ่งแยก “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ออกเป็นสองประเภทโดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของการบริการสาธารณะ (contrats conclus en vue de l’organisation ou du fonctionnement des services publics) สัญญานั้นเป็น “สัญญาทางปกครอง” ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือที่ผู้เขียนเรียกว่า “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง”²³

ในปัจจุบัน หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมีหลักเกณฑ์อยู่ ๒ ประการ คือ

ก) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย (contrats administratifs par determination de la loi)

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ อธิบายว่า มีกรณีที่กฎหมายระบุชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองบางอย่าง เป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แต่กรณีเช่นนั้นน้อย ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายจะระบุโดยอ้อมแต่เพียงว่า สัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งก็เป็นที่น่าพอใจกันได้เองว่าให้นำระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชน แล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น

สัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองอาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตรงตามเกณฑ์ในการพิจารณาที่ศาลกำหนดขึ้นอยู่แล้ว หรืออาจจะมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษก็ได้²⁴

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองที่สำคัญ ได้แก่ สัญญาว่าด้วยการโยธาสาธารณะ (marché de travaux publics)

²³ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๓), หน้า ๓๑-๓๒.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๓.

ซึ่งฝ่ายปกครองว่าจ้างให้เอกชนดำเนินการก่อสร้าง หรือทำนุบำรุงสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วยการให้เงินหรือวัสดุ (offre de concours) สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐถือว่าเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสัญญาว่าด้วยการโยธาสาธารณะ สัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๘ pluviôse an VII สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐให้เอกชนเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายฉบับนี้ด้วย นอกจากนี้ สัญญาให้เช่าหรือใช้ประโยชน์ในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public) เป็นสัญญาทางปกครองตามรัฐกำหนด ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน ๑๙๓๘ (décret – loi du ๑๗ juin ๑๙๓๘) สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ เป็นสัญญาทางปกครองตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๑๙๓๓²⁵

ข) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ (contrats administratifs par nature)

สัญญาทางปกครองโดยสภาพนี้ มิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ศาลปกครองโดยเฉพาะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้พิเคราะห์ถึงสภาพ (nature) และเนื้อหาของสัญญา และเห็นว่าสัญญานี้เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะ จึงถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

เกณฑ์ที่บรรทัดฐานคำพิพากษาศาลที่ปรึกษาแห่งรัฐถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ต้องประกอบด้วยเกณฑ์ ๒ ประการครบถ้วน ดังนี้²⁶

(๑) เกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา

แต่เดิมเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญาด้วยอย่างน้อยหนึ่งฝ่าย ต่อมาประมาณปี ค.ศ. ๑๙๖๐ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและศาลคดีขัดกันได้ยอมรับข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น โดยถือว่าสัญญาที่ทำระหว่างเอกชนกับเอกชนก็อาจเป็นสัญญาทาง

²⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส ,”ใน วารสารกฎหมายปกครอง (มีนาคม ๒๕๒๙) : ๗๘-๗๙ .

²⁶ เรืองเดียวกัน , : ๗๙-๘๑ .

ปกครองได้เช่นกัน หากเจตนาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (pour le compte d'une personne publique) จุดนี้เองที่แนวความคิดเรื่องผู้แทน (representation) และตัวแทน (Mandat) ของฝ่ายปกครองโดยเอกชนได้เกิดขึ้น²⁷

คดีแรกที่ศาลเริ่มใช้ทฤษฎีดังกล่าว คือ คำพิพากษาคดีขัดกันลงวันที่ ๘ กรกฎาคม ๑๙๖๓ คดีบริษัท Peyrot ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อ กล่าวคือ รัฐบัญญัติลงวันที่ ๑๘ เมษายน ๑๙๕๕ กำหนดว่า การสร้างและหาประโยชน์จากทางหลวงซูปเปอร์ไฮเวย์นั้น นอกจากรัฐจะทำเองแล้ว รัฐยังอาจให้สัมปทานแก่องค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล หรือสภาหอการค้าหรือบริษัทที่รัฐมีหุ้นฝ่ายข้างมากก็ได้ ดังนั้นเพื่อการสร้างซูปเปอร์ไฮเวย์ในตอนใต้ของฝรั่งเศส รัฐจึงจัดตั้งบริษัทสร้างทาง Esteral – Côte d'Azur ซึ่งรัฐเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ ได้รับสัมปทานและหาประโยชน์จากทางซูปเปอร์ไฮเวย์ดังกล่าว หลังจากได้รับสัมปทานแล้ว บริษัท Esteral – Côte d'Azur ได้ว่าจ้างบริษัทผู้รับเหมาช่วง หลายบริษัทให้สร้างทางเป็นช่วง ๆ ต่อมาได้เกิดปัญหากับผู้รับเหมาช่วงรายหนึ่ง คือ บริษัท Peyrot ซึ่งล้มละลายเพราะการถอนตัวของผู้รับเหมาช่วงร่วม บริษัท Peyrot ได้ฟ้องร้องบริษัท Esteral – Côte d'Azur เรียกค่าเสียหาย โดยอ้างว่าฝ่ายหลังใช้กลอุบายให้ผู้รับเหมาช่วงร่วมกับตนอีกรายหนึ่งถอนตัว โดยยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมเมืองพัว แต่พอคดีมาถึงศาลอุทธรณ์เมืองตุลูลส ศาลเห็นว่าคดีดังกล่าวควรขึ้นศาลปกครองเพราะเป็นสัญญาทางปกครอง จึงส่งเรื่องให้ศาลคดีขัดกันวินิจฉัย ศาลคดีขัดกันได้ตัดสินว่า โดยปกติการสร้างทางหลวงหรือการโยธาสาธารณะเป็นหน้าที่ของรัฐ และรัฐเป็นผู้ดำเนินการเองเว้นแต่มอบให้เอกชนเข้าดำเนินการแทน ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ ๑๘ เมษายน ๑๙๕๕ ในกรณีหลังนี้ต้องถือว่า บริษัทเอกชนที่รัฐมีหุ้นเกินครึ่งหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานนั้น ทำเพื่อประโยชน์รัฐโดยตรง (pour le compte de l'Etat) ดังนั้น สัญญารับเหมาช่วงที่บริษัทดังกล่าวทำกับผู้รับเหมาช่วง ซึ่งเป็นเอกชนคนหนึ่งนั้น (บริษัท Peyrot) จึงมีลักษณะเป็นสัญญาว่าด้วยการโยธาสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีผลทางกฎหมาย ทำให้คดีดังกล่าวอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง²⁸

ข้อสังเกตเกี่ยวกับบรรทัดฐานในคดี ศาลปกครองและศาลคดีขัดกันในคดีหลัง ๆ ติความหลักที่วางไว้ในคดีนี้อย่างเคร่งครัด เพื่อไม่ให้หลักสัญญาทางปกครอง

²⁷ A. de Laubadere , Traite de droit administratif , Paris : L.G.D.J. , ๗ed . , ๑๙๗๖ , PP. ๓๔๘ – ๓๕๙.

²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง : ๘๑.

ขยายมากเกินไป ดังนั้นในคดีหลังศาลจะวินิจฉัยตามคดีนี้ต่อเมื่อผู้รับสัมปทานจากรัฐช่วงแรกเป็นบริษัทที่รัฐถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง และจะยอมใช้หลักนี้กับการสร้างทางซูปเปอร์ไฮเวย์เท่านั้น

ต่อมาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและศาลคดีขัดกัน ได้กลับไปใช้ทฤษฎีผู้แทนหรือตัวแทนของฝ่ายปกครองแทนทฤษฎีทำเพื่อประโยชน์แห่งนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ชัดเจน กล่าวคือ แทนที่จะดูลักษณะของงาน ดังเช่นคดี Peyrot ศาลกลับดูความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่าง บริษัทเอกชนที่เป็นตัวแทนกับฝ่ายปกครองที่เป็นตัวการ ความสัมพันธ์เช่นนี้ ดูได้จากกฎหมายประกอบข้อเท็จจริง เช่น คำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๑๙๗๕ บริษัท Société d'équipement de la région montpelliéraine นั้น เมื่อสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐดูความสัมพันธ์ระหว่างกรมทางหลวงแผ่นดินกับบริษัท Société d'équipement de la région montpelliéraine ซึ่งรัฐถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง และบริษัทผู้รับเหมาช่วง Roussel สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐถือว่า บริษัทแรกเป็นตัวแทนของกรมทางหลวงในการทำสัญญากับบริษัทผู้รับเหมาช่วง เพราะการก่อสร้างทางโดยรับเหมาช่วงดังกล่าวทำภายใต้ข้อกำหนดที่กรมทางหลวงกำหนดไว้ และภายใต้การควบคุมของวิศวกรกรมทางหลวง เงินค่าก่อสร้างทางกรมทางหลวงก็จ่ายให้โดยตรงกับผู้รับเหมา เมื่อสร้างเสร็จบริษัทผู้รับเหมาแรกต้องส่งมอบงานให้กรมทางหลวง และให้กรมทางหลวงเข้ารับช่วงสิทธิผู้รับเหมาช่วงแรกได้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อบริษัทผู้รับเหมาบริษัทแรกไปทำสัญญาให้บริษัท Roussel รับเหมาช่วง จึงเป็นการทำแทนกรมทางหลวง สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง มีข้อสังเกตอีกว่า บริษัทเอกชนที่เป็นตัวแทนรัฐ ตามแนวทางบรรทัดฐานนี้ล้วนเป็นบริษัทที่รัฐถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งทั้งสิ้น²⁹ ยังไม่ปรากฏว่า สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเคยขยายหลักนี้ไปใช้กับบริษัทที่เอกชนมีหุ้นส่วนใหญ่หรือทั้งหมดเลยไม่ และในปี ค.ศ.๑๙๘๓ ศาลคดีขัดกันได้วางหลักในคดี Union des Assurances de Paris ว่า “สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน โดยหลักการแล้วมีลักษณะเป็น สัญญาทางปกครอง”³⁰

(๒) เกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของสัญญา

ในการพิจารณานั้น สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโดยดูจากเนื้อหาของสาระ (contenu)³¹ ของสัญญา หาได้ดูรูปแบบและวิธีทำสัญญา

²⁹ A. de Laubadere , Traite de droit administratif , p. ๓๔๙.

³⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , ๒๕๔๑) , หน้า ๔๗.

³¹ George Vedel . Droit Administratif , p. ๒๒๙.

เป็นเกณฑ์ ดังนั้น สัญญาที่มีการประมูลประกวดราคา (adjudication) หรือมีสมุดบันทึกกำหนด
หน้าที่สัญญา (cahier des charges) จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาแห่งรัฐได้วางแนว
บรรทัดฐานว่าสัญญาทางปกครองจะต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้³²

(๒ก) สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง
(l'object du contrat : l'exécution même du service public)

ปกติสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน มักจะมีความเกี่ยวข้องกับ
บริการสาธารณะบ้างไม่มากก็น้อย เช่น สัญญาเช่าอาคารเพื่อมาตั้งที่ทำการไปรษณีย์ สัญญาซื้อ
วัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในฝ่ายปกครอง แต่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐฝรั่งเศสถือว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญา
ทางปกครองจะต้องถึงขนาดที่ “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา”(object du contrat) เป็นการดำเนินการบริการ
สาธารณะโดยตรง กล่าวคือ หน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินกิจการบริการ
สาธารณะในตัวเอง ในขณะที่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะแต่ไม่ถึงกับเป็นการดำเนิน
บริการสาธารณะโดยตรง โดยสภาจะไม่ใช้สัญญาทางปกครองหากไม่มีข้อความที่ไม่ค่อยพบใน
สัญญาทางแพ่ง ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือตามแนวคำวินิจฉัยของศาล สัญญาประเภท
นี้อาจแบ่งได้เป็น ๓ ประเภทย่อย ดังต่อไปนี้³³

(๒ก๑) สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้
เพื่อสาธารณประโยชน์ (contrats relatifs a l'exécution de travaux publics)

สัญญาประเภทนี้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการ
พิจารณาคดีของศาลปกครอง ศาสตราจารย์ซาปู อธิบายว่า สัญญาประเภทนี้เป็น “สัญญาทางปก
ครอง” แต่มิได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย (par détermination de la
loi) กล่าวคือ โดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่ที่เป็นสัญญาทางปกครอง
เพียงเพราะกฎหมายกำหนดคือให้เป็นสัญญาทางปกครอง ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้
เช่นนั้น ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองอยู่ดีเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง :
๘๑.

³³ ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและ
สัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง ๙, (เมษายน ๒๕๓๓) :
๑๙๐-๑๙๗.

นั้น เนื่องจากงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เพื่อสาธารณประโยชน์นั้น มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการ ในการบริหารแบบมหาชน (operation de gestion publique) โดยแท้ เพราะในการทำงานดังกล่าว ทางราชการมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจรัฐที่เกี่ยวข้องหลายประการ สัญญาประเภทนี้ แบ่งได้เป็น ๒ กลุ่ม คือ

กลุ่มแรก ได้แก่ สัญญาที่นิติบุคคลมหาชนว่าจ้างผู้รับเหมาให้ทำการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ทุกชนิดที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยฝ่ายปกครองให้ค่าตอบแทนผู้รับเหมาเป็นเงิน และ “marchés d'entreprise de travaux publics” (สัญญาประเภทที่นอกจากนิติบุคคลมหาชนจะมอบให้ผู้รับเหมาทำการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่มีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์แล้ว ยังมอบให้บริหารหรือดำเนินกิจการของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ก่อสร้างขึ้นนั้นด้วย โดยผู้รับเหมาได้รับค่าตอบแทนจากนิติบุคคลมหาชนผู้ว่าจ้างนั้น)

กลุ่มที่สอง ได้แก่ สัญญา contrats de concession de travaux publics ซึ่งนิติบุคคลมหาชนให้สัมปทานแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแสวงหาประโยชน์ โดยเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้ประโยชน์จากผู้ใช้บริการเป็นค่าตอบแทน

(๒๖๒) สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public) ได้แก่สัญญาที่ให้เอกชนครอบครองบริเวณส่วนหนึ่งของที่สาธารณะเพื่อทำประโยชน์ เช่น จัดตั้งและดำเนินกิจการร้านอาหารที่สถานีรถไฟ ดำเนินกิจการเกี่ยวกับการเล่นน้ำทะเลตามชายหาด เป็นต้น

(๒๖๓) สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการสาธารณะโดยตรง (contrats relatif a l'execution meme d'un service public)

ในปี ค.ศ.๑๙๕๖ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยคดี Epoux Bertin และ คดี Societe des Tranports Gondrand จากแนวคำวินิจฉัยของทั้งสองคดีนี้ทำให้เห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างสัญญา ที่เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กับสัญญาที่ทำขึ้นตามความจำเป็นของบริการสาธารณะ เช่นสัญญาขนส่งหรือสัญญาจัดซื้อพัสดุ ซึ่งสัญญาประเภทหลังนี้ จะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนเท่านั้น สัญญาที่ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงที่สำคัญมีอยู่ ๓ ประเภท คือ

ก. สัญญาให้สัมปทานดำเนินบริการสาธารณะ สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครอง ดำเนินบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วนโดยบริการสาธารณะนั้นอาจเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองหรือบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม

ข. สัญญาว่าจ้างบุคลากรให้มีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยตรง เช่น สัญญาจ้างแพทย์โดยหน่วยงานบริการด้านสาธารณสุข สัญญาว่าจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา เป็นต้น

ค. สัญญาที่หน่วยงานบริการสาธารณะทางปกครองทำกับผู้ใช้บริการของตน ในกรณีที่หน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองให้บริการแก่ผู้ใช้บริการตามสัญญาที่ทำกัน สัญญาดังกล่าวเป็นวิธีการอย่างหนึ่งของการดำเนินบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาที่รัฐทำกับเจ้าของที่ดินเพื่อปลูกป่าในที่ดินของบุคคลดังกล่าว ซึ่งเป็นการดำเนินบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองทางการปลูกป่าโดยมีเจ้าของที่ดินเป็นผู้ใช้บริการ

(๒๗) สัญญานั้นมีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งเพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก (les clauses exorbitantes du droit commun)

ตามปกติแล้วในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชน (puissance publique) ที่เอกชนไม่มี ในการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนถ้าฝ่ายปกครองไม่ต้องการสละอำนาจรัฐ ก็อาจเขียนข้อสัญญาให้มีข้อความที่รักษาเอกสิทธิ์เช่นนั้นไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ต้องใช้หลักกฎหมายปกครองบังคับแก่สัญญานั้น แต่ถ้าสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนไม่มีข้อความรับรองสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง และวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่เป็นการดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง ก็ต้องถือว่าทั้งสองฝ่ายตกลงใจใช้หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับกับสัญญานั้น

ในกรณีที่สัญญานั้นมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในทางแพ่ง ซึ่งอาจเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก ข้อความดังกล่าวอาจขัดต่อหลักกฎหมาย (illicite) และทำให้สัญญาเป็นโมฆะหากไปใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาในการทำสัญญา หรือ สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบังคับคดีได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาก็รีบทรัพย์ออกขายทอดตลาดได้ทันที เป็นต้น บางกรณีข้อสัญญาไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบ

ในกฎหมายเอกชน (clauses inusuelles) เพราะปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมให้ไว้ เช่น ให้สิทธิฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา (résiliation discrétionnaire) หรืออาจเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่เอกชนด้วยตนเองทำไม่ได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้ได้รับการยกเว้นภาษี การให้สิทธิพิเศษในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม (เช่น ฝ่ายปกครองให้เอกชนก่อสร้างทางด่วน และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้) การให้สิทธิเอกชนผูกขาดในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่ผู้เดียว หรือให้สิทธิเอกชนใช้ที่ดินของเอกชนอื่นแทนฝ่ายปกครอง เป็นต้น แม้ในกรณีที่ในสัญญาจะไม่มีข้อความใดโดยเฉพาะที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง แต่ถ้าพิจารณาถึงกฎหมายอันเป็นที่มาของสัญญานั้น ๆ ทั้งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายลำดับรองประกอบแล้ว หากเห็นได้ว่ากฎหมายประสงค์ให้สัญญานั้นมีลักษณะและผลต่างจากสัญญาทางแพ่งแล้ว สัญญานั้นก็เป็น สัญญาทางปกครอง

กรณีนี้ ศาสตราจารย์ ซาปู อธิบายว่า สัญญาที่มีนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญา หากมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง และข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ นอกจากนี้ท่านยังให้ข้อสังเกตว่า สัญญาที่อาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษนั้นมีอยู่เป็นจำนวนมาก โดยหลักแล้วสัญญาทุกสัญญาอาจเป็นสัญญาทางปกครองเพราะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษได้ทั้งหมด โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะที่การทำสัญญานั้นมุ่งตอบสนอง แต่มีข้อยกเว้นกรณีของสัญญาที่ทำระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม (services publics industriels et commerciaux) กับผู้ใช้บริการ (usagers) ของตน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา เพื่ออนุญาตให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการบริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น สัญญาเช่นนี้เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนเสมอ แม้ว่าจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม³⁴

๒.๒.๑.๓ ผลของข้อแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

การใช้กฎหมายมหาชนบังคับแก่สัญญาทางปกครองจะทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยประการหลัก ๆ ๒ ประการ คือ

³⁴ เรื่องเดียวกัน , : ๑๘๖.

ก. สัญญาทางแพ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาสองฝ่ายที่เท่าเทียมกันในกฎหมาย (égalité des parties au contrat) ความเท่าเทียมกันนั้นจะปรากฏทั้งในตอนก่อให้เกิดสัญญา (มีการเจรจาต่อรองกัน) ตอนปฏิบัติตามสัญญา (คู่กรณีต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนกัน ถ้าฝ่ายหนึ่งไม่ชำระ อีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ของตนก็ได้) ตอนแก้สัญญา (คู่สัญญาต้องยินยอมทั้ง 2 ฝ่าย จึงจะเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้) และตอนเลิกสัญญา

แต่ในสัญญาทางปกครองนั้น ความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาจะไม่มี เพราะฝ่ายปกครองทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชน หลักการนี้แสดงออกทั้งในเวลาก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมักเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาตามลำพังแต่ฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาที่เป็นเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองข้อสัญญา มีแต่เพียงสิทธิที่จะรับหรือไม่รับสัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเท่านั้น และมีข้อสังเกตต่อไปว่า สัญญาแบบ (contrats types) ก็ดี เงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) ก็ดี ล้วนแต่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับทั้งสิ้น* นักกฎหมายฝรั่งเศสบางท่านเห็นว่า แม้แต่ข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองก็มีลักษณะเป็นผลมาจากกฎหมายโดยตรง* นอกจากนี้ ในเวลาปฏิบัติตามสัญญาเอง ฝ่ายปกครองก็อาจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (หลักอำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขสัญญาทางปกครอง – pouvoir de modification unilatérale) ในตอนเลิกสัญญาเอง ก็มีสัญญาทางปกครองไม่น้อยที่ให้สิทธิฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ

ข. สัญญาทางแพ่งเป็นการแสดงเจตนาที่มีเสรีภาพกว้างขวาง (liberté contractuelle) เสรีภาพในการเจรจาต่อรอง ในการเลือกคู่สัญญา ข้อความของสัญญา ตลอดจนรูปแบบต่าง ๆ จะมีข้อจำกัดก็เพียงเรื่องแบบและวัตถุประสงค์ กล่าวคือ สัญญาตามกฎหมายเอกชนที่มีแบบ ต้องทำตามแบบและต้องมีวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือพันวิสัยเท่านั้น หากไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นเหล่านี้ จะตกลงกันอย่างไรก็เป็นเสรีภาพเต็มที่ของคู่สัญญา

แต่สัญญาทางปกครองนั้นกฎหมายฝรั่งเศสถือว่า ตัวฝ่ายปกครองเองไม่มีเสรีภาพเต็มที่เหมือนเอกชนในการทำสัญญา การเลือกคู่สัญญาก็ต้องใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ผลประโยชน์แก่ประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด โดยเหตุนี้หลักกฎหมายปกครอง

* เทียบ A.de Laubadère, Traité de droit administratif, p.๓๖๓.

* เทียบตัวอย่างสัญญาทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.๒๕๒๑

ที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง จึงให้เอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างแก่ฝ่ายปกครอง (ซึ่งเท่ากับจำกัดเสรีภาพของเอกชน) และก่อนหน้าที่พิเศษบางประการแก่ฝ่ายปกครอง (ซึ่งเท่ากับจำกัดเสรีภาพฝ่ายปกครอง และก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชน)

เอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีในสัญญาทางปกครอง (เช่น สิทธิแก้สัญญาฝ่ายเดียว) ในขณะที่เอกชนไม่มีสิทธิดังกล่าวในสัญญาทางแพ่งก็ดี หน้าที่ที่ฝ่ายปกครองมีมากขึ้นกว่าที่เอกชนมีตามสัญญาทางแพ่ง (เช่น หน้าที่ต้องใช้ค่าทดแทนให้เอกชนที่กำลังจะล้มละลายเพราะมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดฝันเกิดขึ้น ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนตามสัญญาเป็นไปได้ยากมาก และใช้จ่ายสูงเกินคาดหมาย) ทั้ง ๒ ประการนี้ เป็นคุณลักษณะที่มีเอกลักษณ์พิเศษของกฎหมายมหาชนต่างมีที่มาจากประโยชน์สาธารณะ

๒.๒.๒ หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน คำสั่งทางปกครองเป็นที่รู้จักเมื่อประมาณหนึ่งร้อยปีที่ผ่าน มาโดยการนำเสนอของ Otto Mayer บิดาแห่งกฎหมายปกครองเยอรมัน และหลังจากนั้นหลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองก็เป็นที่ยอมรับและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่ชัดเจนอยู่ในระบบกฎหมายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้าม สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนกลับไม่เป็นที่ยอมรับและถูกปฏิเสธมาเป็นเวลานาน โดย Otto Mayer ให้เหตุผลว่าสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนนั้นไม่มีทางเกิดขึ้นได้เนื่องจากสัญญาเป็นเรื่องของบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่ตามกฎหมายมหาชนนั้น รัฐซึ่งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเป็นผู้กำหนดหรือตรากฎหมายนั่นเอง รัฐจึงไม่อาจจะมาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้³⁵

ต่อมาได้มีนักกฎหมายปกครองที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าวข้างต้น เช่น Loening และ Stengel ซึ่งเสนอแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่า ในเรื่องรูปแบบการดำเนินการหรือการจัดการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในรูปของคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง และ Laband ยังคิดอีกว่า รัฐ (ฝ่ายปกครอง) สามารถทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนได้เนื่องจากรัฐ

³⁵ ชาญชัย แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า ๑๐๔-๑๐๗.

เป็นผู้ปกครอง รัฐจึงสามารถที่จะดำเนินการทางปกครองในรูปแบบใดทางกฎหมายก็ได้ที่รัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสมและมีประโยชน์

ในที่สุดสัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับอย่างชัดเจนและมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปี ค.ศ. ๑๙๗๖ ซึ่งบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา ๕๔ ถึงมาตรา ๖๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือ Vw VfG)³⁶

๒.๒.๒.๑ ความหมายของสัญญาทางปกครอง³⁷

ความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา ๕๔ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ ให้ความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ ดังนี้

“สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน”

จากนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทางปกครองได้ดังนี้

(๑) สัญญา สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา และหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอคำสนอง เป็นต้น

(๒) เนื้อหาสาระของสัญญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน

แม้ถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ ใช้คำว่า “öffentlich – rechtlicher vertrag” ซึ่งแปลตรงตามถ้อยคำแล้วได้ความว่า “สัญญาตามกฎหมายมหาชน” และในบทนิยามที่กำหนดถ้อยคำดังกล่าวไว้ใช้คำว่า “นิติสัมพันธ์

³⁶ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๓), หน้า ๑๕-๑๘.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๘-๒๐.

ตามกฎหมายมหาชน (Rechtsverhältnis auf dem Gebiet öffentlichen Rechts) แต่มีได้หมายความว่า สัญญาทางปกครองจะมีความหมายกว้างและครอบคลุมไปถึงสัญญาทุกประเภทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาระหว่างรัฐกับรัฐหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ เนื่องจากถ้าพิจารณาจากขอบเขตการใช้บังคับโดยทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในมาตรา ๙ แห่งกฎหมายฉบับเดียวกันซึ่งกล่าวถึงความหมายของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้วจะเห็นได้ว่า คำว่า “สัญญาตามกฎหมายมหาชน (öffentlich – rechtlicher Vertrag) นั้น มีเจตนารมณ์ให้หมายความถึงสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้น คำว่า “öffentlich – rechtlicher Vertrag” ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงหมายถึง “สัญญาตามกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtlicher Vertrag) หรือ “สัญญาทางปกครอง”

กล่าวโดยสรุป สัญญาทางปกครองหมายถึงสัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองอันเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

๒.๒.๒.๒ เกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง³⁸

ในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ในการทำสัญญาทางปกครองจึงไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกัน องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันก็ได้ ดังนั้น การใช้ฐานะของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจึงไม่อาจกระทำได้

ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้น ต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัย แม้ว่าเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในทางตำราของเยอรมันเองยังไม่เป็นที่ยุติก็ตาม แต่ความเห็นข้างมากเห็นว่าควรใช้เกณฑ์ “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา”(Vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาก็คือการพิจารณา “เนื้อหา” ว่าเนื้อหาของวัตถุประสงค์แห่ง

³⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์, ๒๙ (๒ มิถุนายน ๒๕๔๒) : ๒๒๖-๒๖๘.

สัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติในกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในกฎหมายปกครองหรือไม่

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้³⁹

(๑) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างการเวนคืนตามกฎหมาย

(๒) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

(๓) เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ แต่ในบางครั้งเนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นกลาง คือมีเนื้อหาทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน จึงต้องพิจารณาที่ “วัตถุประสงค์” ของการปฏิบัติการชำระหนี้ และดูที่ลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น เช่น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครองย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญามีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสัญญาว่าจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ ตามมูลค่าของที่ดินที่ฝ่ายเอกชนได้โอนให้ เนื่องจากการโอนที่ดินของฝ่ายเอกชนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีของ “สัญญาผสมทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง” (Gemisch öffentlichrechtlich / privatrechtlicher Vertrag) เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจะต้องแยกพิจารณา หากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนจะต้องพิจารณาฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น กรณีที่เอกชนไม่ยอมโอนที่ดินตามสัญญา หากพิพาทกันในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลงกัน

³⁹ Hartmut Maurer , Allgemeines Verwaltungsrecht , ๑๑ Auff ๑๙๙๗ , s.๓๔๙ , p.๒๒๖.

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง แต่ก็ยังมีนักกฎหมายบางส่วนไม่เห็นด้วย และเสนอให้พิจารณาธรรมชาติในทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญาในลักษณะเอกภาพ กล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของสัญญาแม้เพียงส่วนหนึ่งส่วนใดซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

๒.๒.๒.๓ รูปแบบของสัญญาทางปกครอง⁴⁰

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง “คู่สัญญา” และ “เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา” ดังนี้

(๑) สัญญาทางปกครองในกรณีที่พิจารณาในแง่ของคู่สัญญา

ก. สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวได้ เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน

ข. สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยปกติแล้วเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปในทางมหาชน ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว กฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียวก็เฉพาะในกรณีที่จำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริงๆ เท่านั้น

⁴⁰ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, หน้า ๒๒-๒๕.

(๒) สัญญาทางปกครองในกรณีที่พิจารณาในแง่ของเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา

ก. สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag)

สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ(ฝ่ายปกครอง) อาจมีลักษณะเป็น “การขยายอำนาจรัฐ” กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.๑๙๗๖ จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาไว้ในมาตรา ๕๖ ดังนี้ คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- ๑) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา
- ๒) จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง
- ๓) จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว
- ๔) จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง

ตัวอย่างของสัญญาในลักษณะนี้ได้แก่ กรณีเอกชนต้องการลงทุนก่อสร้างที่พักอาศัยขนาดใหญ่ในพื้นที่ที่ไม่มีโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กในบริเวณใกล้เคียง องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากเอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างไปใช้ในการก่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็กได้ คงเก็บได้แต่ภาษีท้องถิ่นสำหรับการสร้างหรือบำรุงถนนเท่านั้น เพื่อประกอบการศึกษาออกใบอนุญาตก่อสร้างและการพิจารณาวางผังเมือง เอกชนผู้ต้องการลงทุนก่อสร้างอาจตกลงทำสัญญากับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นโดยมอบเงินในจำนวนที่เหมาะสมให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อสร้างโรงเรียนหรือสถานรับเลี้ยงเด็ก

ข. สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้น หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนอาจตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองนี้จึงมี

ลักษณะเป็นการประนีประนอมยอมความ โดยกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.๑๙๗๖ ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา ๕๕

นอกเหนือจากรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีสัญญาทางปกครองในรูปแบบอื่นที่มีได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก เช่น สัญญาทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องหน้าที่ (Verpflichtungsvertrag) หรือสัญญาทางปกครองที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่โดยตรง (Verfügungsvertrag) เป็นต้น ซึ่งเหตุที่กฎหมายมิได้บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้โดยละเอียดก็เนื่องมาจากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าควรปล่อยให้เป็นเรื่องของฝ่ายตุลาการและศาลในการพัฒนาสัญญาทางปกครองในรูปแบบต่าง ๆ ต่อไป

๒.๒.๒.๔ หลักกฎหมายที่สำคัญในสัญญาทางปกครอง⁴¹

ก. หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” กับสัญญาทางปกครอง

เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง (Verwaltungshandeln) การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่น ๆ เช่น การออกกฎหมายปกครองหรือการออกคำสั่งทางปกครอง

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”

(Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) ประกอบด้วยหลักการย่อย ๒ หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรือ หลักที่ว่ากฎหมายต้องมาก่อน (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” (Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes)

ในการนำหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ไปปรับใช้กับสัญญาทางปกครองนั้น นักกฎหมายเยอรมันแยกพิจารณา “รูปแบบการกระทำทางปกครองลักษณะสัญญา” และ “เนื้อหาของสัญญา” ออกจากกัน โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์: ๒๗๑.

ในการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองนั้น ใช้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองได้ทราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามกฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะของการกระทำทางปกครองไว้ เช่น กำหนดว่าให้ทำให้รูปแบบคำสั่งทางปกครอง เช่นนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้วิธีการของ “สัญญา” ได้ ก่อนมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เป็นที่ถกเถียงว่าสมควรนำมาใช้บังคับกับการเลือกรูปแบบการกระทำทางปกครองหรือไม่ ซึ่งผลของการใช้หลักนี้ คือ ฝ่ายปกครองจะเลือกดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยใช้สัญญาทางปกครองได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้ใช้รูปแบบ “สัญญาทางปกครอง” ไว้อย่างชัดเจน แต่ภายหลังประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว นักกฎหมายส่วนใหญ่ก็เห็นพ้องกันว่า ควรใช้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเท่านั้น” ในส่วนของ “เนื้อหาของสัญญา” ก็เช่นกัน นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” คือ เมื่อฝ่ายปกครองและเอกชนมีข้อตกลงใด ๆ โดยไม่มีเนื้อหาส่วนใดขัดต่อกฎหมาย สัญญานั้นก็เป็นอันใช้ได้ทั้งสิ้น

แต่ในส่วนของ “อำนาจ” ในการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญานั้น ยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในหมู่นักกฎหมายด้วยกันเอง ในเรื่องนี้ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับการใช้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กับ “อำนาจในการตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญา” โดยเห็นพ้องกับความเห็นที่ว่าควรจะได้รับ การปรับใช้แต่เพียงบางส่วน ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาซึ่งเอกชนคู่สัญญา ร่วมกำหนดด้วย และการร่วมกำหนดเนื้อหาของเอกชนคู่สัญญามีลักษณะเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพ แต่หากการกำหนดเนื้อหาของสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองนำไปสู่การบังคับให้เอกชนเข้าทำสัญญาในทางความเป็นจริงเพราะเหตุว่าเอกชนไม่มีทางเลือกอื่น ฝ่ายปกครองย่อมจำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งโดยกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีพื้นฐานความชอบธรรมตามหลักประชาธิปไตยมีส่วนกำหนดการตัดสินใจ อันถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญซึ่งกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนด้วย โดยท่านสนับสนุนความคิดนี้เนื่องจากเห็นว่าความคิดนี้เคารพการใช้เสรีภาพขั้นพื้นฐานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และไม่ทำให้รัฐเป็นผู้อนุบาลเอกชนเกินความจำเป็น ในขณะที่เดียวกันก็คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนตามสมควรเฉพาะกรณีเห็นว่าเอกชนอาจตกลงเข้าทำสัญญาโดยมิได้เกิดจากความสมัครใจอย่างแท้จริง

ข. หลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” กับสัญญาทางปกครอง

ในด้านของกฎหมายเอกชน เอกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งหมายถึงเสรีภาพในการเลือกตัวคู่สัญญา และเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา แต่ในกฎหมายมหาชนฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดังเช่นอำนาจของเอกชนตามหลักกฎหมายเอกชน อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากกฎหมาย ในการใช้อำนาจฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด แม้จะมีกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องใช้ดุลพินิจนั้นในกรอบที่กฎหมายกำหนด จะใช้ดุลพินิจอย่างอำเภอใจไม่ได้ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับเสรีภาพของปัจเจกชนในกฎหมายเอกชนได้ หากพิจารณาจากฝ่ายปกครอง หลัก “เสรีภาพในการเข้าทำสัญญา” จึงไม่อาจมีได้ แต่อย่างไรก็ดี ในด้านของการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนเองก็ไม่อาจทำได้ อย่างเต็มที่ดังเช่นในกฎหมายเอกชน เพราะถูกจำกัดโดยสภาพของคู่สัญญาฝ่ายปกครองซึ่งต้องผูกพันต่อกฎหมาย จึงสรุปเป็นหลักการทั่วไปได้ว่า ในกฎหมายปกครองไม่มีหลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” ในความหมายของกฎหมายเอกชน แม้แต่กับตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเอง

ค. หลักกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สัญญาทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือ “แบบ” ในการทำสัญญาทางปกครองจึงเคร่งครัดกว่า “แบบ” ของการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจจะออกโดยวาจาทำทางก็ได้ แต่มีได้หมายความว่าสัญญาทางปกครองทุกรูปแบบจะต้องทำเป็นหนังสือ (มาตรา 57 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.๑๙๗๖) เท่านั้น การกำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือเป็นเพียงมาตรฐานกลาง ซึ่งหมายความว่า หากกฎหมายกำหนดแบบที่เคร่งครัดกว่าการทำเป็นหนังสือ การตกลงทำสัญญาทางปกครองก็ต้องเป็นไปตามแบบอันเคร่งครัดกว่าตามที่กำหนดไว้

สัญญาทางปกครองที่มีผลก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สาม จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่สามนั้น (มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.๑๙๗๖) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกก่อตั้งนิติสัมพันธ์โดยวิธีการทาง “สัญญา” แทนการออกคำสั่งทางปกครอง หากการออกคำสั่งทางปกครองต้องการคำอนุญาตหรือความยินยอมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองแทนการออกคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องได้รับอนุญาตหรือความยินยอมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วยเช่นกัน

สัญญาทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะเมื่อต้องด้วยกรณีที่

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนด มาตรา ๕๙ วรรคหนึ่งแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.๑๙๗๖ กำหนดให้สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะเมื่อมีเหตุโมฆะกรรมตามกฎหมายแพ่ง ส่วนสัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมซึ่งได้แก่สัญญาทางปกครองประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น อาจตกเป็นโมฆะเมื่อต้องด้วยกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ (มาตรา ๕๙ วรรคหนึ่งแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ) คือ

- (๑) ต้องด้วยเหตุโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง เช่น มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็นได้ชัด
- (๒) ต้องด้วยเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นเรื่องบกพร่องทางวิธีพิจารณาเรื่องในทางปกครองหรือผิดพลาดในแง่รูปแบบ
- (๓) เจื่อนใจความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาฉบับข้อพิพาททางปกครองมีอยู่ไม่ครบถ้วน
- (๔) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยินยอมรับเอาการตอบแทนที่ไม่เป็นไปตามเจื่อนใจความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองโดยคู่สัญญาเอกชน

ในกรณีที่ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป จนมีผลให้ไม่อาจคาดหมายจากคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้อาจเรียกร้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้มาตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาได้ แต่ถ้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาไม่อาจเป็นไปได้ คู่สัญญานั้นอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ สิทธิเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาหรือสิทธิเลิกสัญญานี้เป็นสิทธิที่คู่สัญญาทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนได้รับเท่าเทียมกัน (มาตรา ๖๐ วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ)

นอกเหนือจากสิทธิเลิกสัญญาทั่วไปที่กล่าวข้างต้นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองยังได้รับสิทธิพิเศษในการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง เพื่อที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจมีต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย การใช้สิทธิพิเศษตามมาตรา ๖๐ วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.๑๙๗๖ นี้ต้องเป็นการใช้ในกรณีที่จำเป็นและเป็นมาตรการสุดท้าย (Ultra ratio) ในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิพิเศษนี้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ทั้งนี้ โดยเทียบเคียงกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา ๔๙ วรรคห้า แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.๑๙๗๖

๒.๓ การนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

อนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและออกคำวินิจฉัยภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเอกชน การจัดองค์กรและการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา ๑๔๔๔ และมาตราต่อไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้ชัดแจ้งในกฎหมายอื่น เช่น มาตรา ๒๔๗ และมาตรา ๓๑๖ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่มาตรา ๑๐๓๓ เป็นต้นไป สรุปความหมายของวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ว่า “เป็นวิธีการที่คู่กรณีพิพาทต้องการระงับข้อพิพาทนั้น โดยมอบหมายให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด และยอมรับในคำชี้ขาดดังกล่าวอย่างจริงจัง”

หลักเกณฑ์ของวิธีการอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศส แบ่งได้เป็น 3 องค์ประกอบคือ ประการแรก องค์ประกอบด้านรูปแบบ เงื่อนไขที่สำคัญของวิธีการอนุญาโตตุลาการคือประสิทธิภาพในคำชี้ขาด กล่าวคือ คู่ความจะต้องยอมรับปฏิบัติตามผลแห่งคำชี้ขาดนั้น หากกรณีเป็นเพียงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ หรือความเห็นเพื่อให้มีการประนีประนอมกัน ก็ย่อมไม่ใช่การชี้ขาดในลักษณะของวิธีการอนุญาโตตุลาการ ประการที่สอง องค์ประกอบด้านเนื้อหา วิธีการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็เพราะมีข้อพิพาท ซึ่งข้อพิพาทนั้นอาจเป็นปัญหาข้อเท็จจริง หรือปัญหาข้อกฎหมาย หรือทั้งสองลักษณะก็ได้ ประการสุดท้าย องค์ประกอบในด้านองค์กร วิธีการอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทลักษณะอื่นตรงที่ว่า วิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามซึ่งปรากฏออกมาในรูปแบบการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคน หรืออาจเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ (les Commissions arbitrales) การชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการในทางแพ่งตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส จึงถือว่าเป็นการกระทำทางศาลอย่างหนึ่ง คือเป็น l'act juridictionnel (jurisdictional act)

ในส่วนของการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเยอรมันนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่ได้ปฏิเสธการมีอนุญาโตตุลาการ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๖๘ อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ ๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung หรือเรียกโดยย่อว่า VwGO) และมาตรา ๑๘๗ อนุมาตราหนึ่ง VwGO และมาตรา ๑๗๓ VwGO ประกอบกับมาตรา ๑๐๒๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) แต่อย่างไรก็ดี การอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัด ดังจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

๒.๓.๑ การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ได้บัญญัติถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ (arbitrage) ตั้งแต่มาตรา ๑๐๓๓ เป็นต้นไป สรุปความหมายของวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ว่า “เป็นวิธีการที่คู่กรณีพิพาทต้องการระงับข้อพิพาทนั้น โดยมอบให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด และยอมรับในคำชี้ขาดดังกล่าวอย่างจริงจัง” โดยมีองค์ประกอบ ๓ ประการดังนี้คือ

๑. องค์ประกอบในด้านรูปแบบ เงื่อนไขสำคัญของวิธีการอนุญาโตตุลาการ คือ ประสิทธิภาพในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่ความหรือคู่กรณีจะต้องยอมรับปฏิบัติตามผลแห่งคำชี้ขาดนั้น ดังนั้น ถ้าไม่มีการชี้ขาดและยอมรับการชี้ขาดนั้น เช่น เป็นเพียงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ หรือความเห็นที่ให้เพื่อให้มีการประนีประนอมกัน ก็ไม่ใช่การชี้ขาดในลักษณะของวิธีการอนุญาโตตุลาการ

๒) องค์ประกอบในด้านเนื้อหา วิธีการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็เพราะมีข้อพิพาท และโดยทั่วไปข้อพิพาทนี้มักเป็นปัญหาข้อกฎหมายเช่นเดียวกันกับข้อพิพาทที่นำไปสู่ศาลในทางปกครอง วิธีการอนุญาโตตุลาการอาจจะเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่ใช่ข้อกฎหมายด้วยก็ได้ เช่น การไม่เห็นพ้องต้องกันของคู่กรณีในการร่างไว้ซึ่งสถานการณ์ทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งคิดว่าต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพราะสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

๓) องค์ประกอบในด้านองค์กร วิธีการอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากการประนีประนอมยอมความตรงที่ว่า การประนีประนอมยอมความเป็นข้อตกลงของคู่ความหรือคู่กรณีเอง ไม่มีใครมาชี้ขาด และยอมรับปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น ส่วนวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยการวินิจฉัยชี้ขาดของบุคคลที่สาม ด้วยเหตุนี้วิธีการอนุญาโตตุลาการจึงมีความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่ความหรือคู่กรณี ซึ่งจะปรากฏออกมาในรูปแบบของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคน อาจเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ (les Commissions arbitrales) ก็ได้

* คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ วันที่ ๕ กรกฎาคม ๑๙๒๙ , คดี Ville de Biziers

คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ วันที่ ๘ ธันวาคม ๑๙๓๕ , คดี Ville de Berglrac

คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ วันที่ ๑๐ กรกฎาคม ๑๙๓๖ , คดี Ville de Boulogne-sur-Mer.

การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสนั้น นักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสยังมีความคิดที่แตกต่างกันเป็นสองแนว ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างกัน แต่แม้จะได้มีความเห็นที่แตกต่างกันดังที่กล่าว หลักกฎหมายฝรั่งเศสได้วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับวิธีการอนุญาโตตุลาการไว้ ดังนี้

๒.๓.๑.๑ หลักว่าด้วยการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดย

อนุญาโตตุลาการ (Les principe de l'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage) ⁴²

หลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป (principes généraux du droit public) ที่ศาลสร้างขึ้นและได้รับการบัญญัติรับรองไว้ด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ มาตรา ๑๐๐๔ ประกอบกับมาตรา ๘๓ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม ที่มีข้อกำหนดมิให้มีการประนีประนอมยอมความในคดีพิพาทที่ต้องเสนอไปยังพนักงานอัยการ ซึ่งคดีพิพาทที่ต้องเสนอไปยังพนักงานอัยการรวมถึงคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานทางปกครองด้วย ปัจจุบันบทบัญญัติข้างต้นถูกยกเลิกไปแล้ว โดยมีมาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติรับหลักการดังกล่าวไว้แทน

เหตุที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งวิธีการอื่นใดอันได้แก่ การประนีประนอมยอมความ การไกล่เกลี่ย ก็เนื่องมาจากภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป รัฐไม่อาจจะยินยอมอยู่ภายใต้การชี้ขาดของบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิใช่ศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐได้ ด้วยเหตุที่ว่า ผลของการอนุญาโตตุลาการมักจะไม่แน่นอน เพราะคำชี้ขาดเกิดจากการประนีประนอมไกล่เกลี่ยจากคนกลาง คือ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะไม่มีการสร้างหลักหรือสร้างแนวในการวินิจฉัยคดีเหมือนกับศาล ส่งผลให้ข้อเท็จจริงเดียวกัน อาจจะมีผลได้หลากหลาย ในคดีทางแพ่งอาจจะมีปัญหาหนักเพราะเป็นการยุติข้อพิพาทโดยความยินยอมของทั้ง ๒ ฝ่าย แต่ในคดีปกครองนั้น หลักความยินยอมไม่อาจนำมาใช้ได้เหมือนในคดีแพ่ง เพราะจะเกี่ยวพันถึงหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Principe d'ordre public) นอกจากนี้ ในหลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยยังต้องห้ามมิให้รัฐถูกตัดสินโดยองค์กรอื่น นอกจากองค์กรนั้นจะเป็นองค์กรศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับรัฐ

⁴² บุปผา อัครพิมาน , การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส , ใน วารสารวิชาการศาลปกครอง, ๒ (มกราคม-เมษายน) : ๓-๖.

บัญญัติเท่านั้น⁴³ ซึ่งจากบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวนี้เองที่ส่งผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจ
 เปรียบเทียบกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ในทุกกรณีหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หลักที่เกิดขึ้นในกฎหมาย
 ปี ค.ศ.๑๘๐๖ เป็นหลักที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง
 ระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมนั่นเอง⁴⁴ ในเวลาต่อมาได้มีนักกฎหมายให้ความเห็นในเรื่องนี้
 ไว้ ได้แก่ LAFERRIERE เห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกับการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและ
 กฎหมายเอกชนออกจากกันโดยกล่าวว่า เหตุใดจึงต้องให้รัฐยอมรับในระบบอนุญาตตุลาการ
 เพราะในเมื่อรัฐเองก็ยังไม่อยู่ในระบบการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ทั้งๆ ที่ศาลยุติธรรมเป็น
 องค์การหนึ่งของรัฐเช่นกัน⁴⁵

ต่อมาตุลาการผู้แถลงคดี GAZIER ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาของศาลปก
 ครองสูงสุดว่า* บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงรูปแบบภายนอกที่มีการเขียนเอาไว้เป็น
 กฎหมายที่สะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบภายในที่เป็นหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งถือว่าเป็น
 เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ข้อห้ามมิให้นำระบบอนุญาตตุลาการมาใช้ในการแก้ไขข้อพิพาทที่มีฝ่าย
 ปกครองร่วมอยู่ด้วยเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกับสถานะของนิติบุคคลมหาชน

หลักดังกล่าวได้รับการยืนยันอีกครั้งด้วยการที่รัฐบัญญัติลงวันที่ ๕
 กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๒ ซึ่งแก้ไขมาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติไว้ว่า

“ห้ามมิให้ทำการตกลงยินยอมกันในปัญหาที่เกี่ยวกับสถานะ (d'etat) ความ
 สามารถ (capacite) ของบุคคลเกี่ยวกับการหย่าร้างและการแยกกันอยู่ หรือเกี่ยวกับการโต้แย้งใน
 เรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของฝ่ายปกครองและวิสาหกิจมหาชน (entreprises publics) รวมทั้ง
 ทุกๆ เรื่องที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย (order public)”

แต่อย่างไรก็ตามได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับลงวันที่ ๒ กรกฎาคม

⁴³ E. LAFERRIERE, Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux, Paris ๑๘๘๘, t.๒, pp. ๑๔๕-๑๔๖.

⁴⁴ Apostolos PATRIKIOS, L'Arbitrage en matiere administrative, these, L.G.D.J. , colle.<<Bibliotheque de droit public>>, tome 189, 1998, p.32.

⁴⁵ Yves GAUDEMET, Arbitrage et droit public, revue “Droit & Patrimoine” numero 105, Juin 2002, Paris, p.83.

* คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม ค.ศ.๑๙๕๗ กรณี Societe nationale de vente des surplus.

๑๙๗๕ บัญญัติว่า องค์การมหาชนที่ทำการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม (eteblissements publics a caractere industriel et commerciale) อาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความได้ แต่ต้องออกเป็นพระราชกฤษฎีกา⁴⁶

สภาแห่งรัฐในฐานะที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้เคยให้ความเห็นไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการห้ามมิให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในคดีทางปกครองว่า “หลักเรื่องการห้ามมิให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทในคดีปกครองโดยอนุญาโตตุลาการนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา ๒๐๖๐ วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง⁴⁷ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่อาจละเลยหรือหลีกเลี่ยงหลักดังกล่าวด้วยการนำคดีพิพาทของตนไปให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ เพราะหลักเรื่องนี้เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาล ซึ่งเป็นหลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเว้นแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติยกเว้นหลักนี้ไว้อย่างชัดแจ้งหรือมีบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐได้ให้สัตยาบันแล้วยกเว้นไว้”⁴⁸

หลักการห้ามมิให้นำคดีทางปกครองให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสนี้วางอยู่บนเหตุผลทางกฎหมาย ๓ ประการ⁴⁹ ดังนี้

(๑) ข้อความคิดว่าด้วยการแบ่งเขตอำนาจศาล (Le principe de la répartition des compétences juridictionnelles)

หลักการห้ามมิให้ฝ่ายปกครองนำคดีพิพาททางปกครองของตนไปให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนี้ขัดกับหลักหรือแนวคิดพื้นฐานของการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลออกเป็นศาลยุติธรรมและศาลปกครอง แนวคิดนี้วางอยู่บนพื้นฐานที่ว่า องค์การผู้ใช้อำนาจตัดสินคดีพิพาท

⁴⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖), หน้า ๔๐๘.

⁴⁷ ความเห็นของ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในการตรวจร่างสัญญา “Eurodisney” E.D.C.E. ๑๙๘๗, p.๑๗๘.

⁴⁸ C.E., ความเห็นลงวันที่ ๖ มีนาคม ๑๙๘๖, Section des Travaux publics, N° ๓๓๙๗๑๐, Rapporteur D.LABETOULLE, Revue de l'arbitrage, ๑๙๙๒, p.๓๙๗.

⁴⁹ A. PATRIKIOS, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J., ๑๙๙๗, t.๑๘๙, pp. ๓๑-๓๖.

ทางปกครองที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ต้องเป็นองค์กรที่เป็นผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น ซึ่งก็คือศาลปกครอง ดังนั้น การเสนอคดีพิพาททางปกครองต่อองค์กรอนุญาโตตุลาการจึงเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมาย และแนวคิดที่ว่าด้วยการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลดังกล่าว แนวคิดของนักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสส่วนใหญ่เห็นว่า องค์กรตุลาการทางปกครองสามารถที่จะควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองได้ดีกว่าการปล่อยให้คดีขึ้นสู่การชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ หรือแม้แต่องค์กรตุลาการของศาลยุติธรรม⁵⁰

แนวคิดที่อนุญาโตตุลาการขัดกับหลักการแบ่งเขตอำนาจศาลของระบบกฎหมายฝรั่งเศสนี้มาจากแนวคิดที่ว่า องค์กรอนุญาโตตุลาการมีสถานะทางกฎหมายที่ทำหน้าที่เป็นศาล นอกจากนี้ การยอมรับการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการยังเป็นการขยายเขตอำนาจของศาลยุติธรรมเข้ามาในคดีปกครองด้วย เพราะโดยปกติระบบอนุญาโตตุลาการจะสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศาลยุติธรรม อันเนื่องมาจากอำนาจของศาลยุติธรรมในการตัดสินตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เมื่อเป็นปัญหาเรื่องการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล คู่กรณีในคดีปกครองจึงไม่อาจจะทำข้อตกลงหรือข้อสัญญายกเว้นหลักดังกล่าวได้ เว้นแต่มีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่ากรณีดังกล่าวให้นำกระบวนการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ได้

(๒) ข้อความคิดว่าด้วยหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (La nation d'ordre public)

ข้อห้ามการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ถือว่า เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย โดยหลักแล้วหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนี้จะจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา สร้างขึ้นเพื่อพิทักษ์ประโยชน์มหาชนซึ่งจะอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน แม้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะมีข้อดี เช่น รวดเร็ว สะดวกและประหยัด แต่ในด้านประโยชน์มหาชนซึ่งเป็นประโยชน์ของคนหมู่มาก ประโยชน์ของมหาชนไม่อาจนำมาประนีประนอมกับประโยชน์ของเอกชน จึงไม่อาจนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองได้ หลักนี้ยังผูกพันอยู่กับการกระทำของรัฐในฐานะที่รัฐเป็นผู้ใช้อำนาจทางปกครอง เรื่องใดที่มีลักษณะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะต้องกระทำโดย

⁵⁰ F. COLLAVET , De l'arbitrage dans les procès où sont parties les personnes publiques , R.D.P.๑๙๐๖, p. ๔๗๗.

กฎหมายระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น* ดังนั้นการห้ามเสนอข้อพิพาทในคดีปกครองต่ออนุญาโตตุลาการ จึงเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เพราะคดีปกครองย่อมเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจปกครอง แล้วไปกระทบสิทธิของเอกชนและเกิดเป็นคดีขึ้น

(๓) ทฤษฎีว่าด้วยการไร้ความสามารถของฝ่ายปกครองในการเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ (La théorie de l'incapacité de l'administration à recourir à l'arbitrage)

ฝ่ายปกครองเป็นเสมือนผู้ไร้ความสามารถในการเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ เพราะในฐานะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิทักษ์ดูแลผลประโยชน์มหาชน สมควรได้รับการประกันทางศาล และเพื่อให้ได้รับการประกันทางศาล ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเสนอคดีของตนต่อองค์กรอื่นนอกจากองค์กรทางศาลแห่งรัฐ ทฤษฎีนี้มีประโยชน์ในทางปฏิบัติเพราะทำให้หลักเรื่องการห้ามฝ่ายปกครองเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการมีความยืดหยุ่น กล่าวคือ ทฤษฎีนี้อธิบายว่าการที่ฝ่ายปกครองทำข้อตกลงกับเอกชนคู่กรณี หรือกำหนดข้อสัญญาในสัญญาทางปกครองให้เสนอคดีพิพาททางปกครองที่จะมีข้อต่ออนุญาโตตุลาการ ข้อตกลง หรือข้อสัญญานี้เป็นโมฆียะแต่มีเพียงฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะให้สัตยาบันหรือยกเลิกได้ เช่น ในคดีของศาลชั้นต้นแห่งเมืองลิลล์ (๑๓ เมษายน ๑๙๒๙)⁵¹ ในคดีนี้ เมืองรูเบย์ ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการกับเอกชน ศาลตัดสินว่าเมืองรูเบย์ไม่มีอำนาจทำข้อตกลงดังกล่าว แต่ศาลก็มีได้ยกเลิกข้อตกลงนั้น โดยให้เหตุผลว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆียะและเป็นอำนาจหน้าที่ของเทศบาลแห่งเมืองนี้ที่จะยกเลิกข้อตกลงดังกล่าว

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* หลักพื้นฐานในเรื่องประชาธิปไตยโดยทางอ้อม ซึ่งประชาชนไม่ใช้สิทธิหน้าที่ของตนโดยตรงแต่เลือกผู้แทนของตนเข้าไปทำหน้าที่แทน ดังนั้น เมื่อรัฐบัญญัติออกโดยรัฐสภาซึ่งสมาชิกรัฐสภาได้รับเลือกจากประชาชน ถือว่าการใด ๆ ที่รัฐสภาทำการกระทำในนามของประชาชน ซึ่งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม

⁵¹ A.PATRIKIOS, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J., ๑๙๙๗, t. ๑๘๙, pp. ๓๑-๓๖.

๒.๓.๑.๒ ข้อยกเว้นหลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดย อนุญาโตตุลาการ⁵²

(๑) กรณีองค์กรมหาชนที่มีลักษณะอุตสาหกรรมและการค้า

ตามมาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดไว้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมาใช้ในกรณีที่เป็นข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชน องค์กรมหาชน หรือในทุกคดีซึ่งเนื้อหาของคดีเกี่ยวข้องกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ต่อมา รัฐบัญญัติลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๑๙๗๕ ได้เพิ่มเติมวรรค ๒ ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตราดังกล่าวว่า “อย่างไรก็ดี องค์กรมหาชนซึ่งมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้า (Etablissements publics industriels et commerciaux) อาจได้รับการยกเว้นโดยรัฐกฤษฎีกาให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทของตนได้” ซึ่งหมายความว่า ข้อยกเว้นหลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการจะจำกัดอยู่เฉพาะกรณีขององค์กรมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้าเท่านั้น ในกรณีขององค์กรมหาชนทางปกครอง(Etablissements publics administratifs) ก็ยังคงอยู่ภายใต้หลักทั่วไป คือ การห้ามเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ สำหรับเนื้อหาของข้อพิพาทนี้อาจเป็นข้อพิพาทตามสัญญาหรือข้อพิพาทซึ่งมิได้เกิดจากสัญญาก็ได้ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันนี้ยังไม่มีรัฐกฤษฎีกาออกตามความในกฎหมายฉบับนี้แต่อย่างใด ดังนั้น องค์กรมหาชนทั้งที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้า และองค์กรมหาชนทางปกครองไม่อาจใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทของตนได้ เว้นแต่มีกฎหมายเฉพาะอนุญาตไว้เท่านั้น

ในเรื่องนี้ สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้ตัดสินยืนยันหลักการห้ามระงับคดีพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในคดี Société Nationale de Vente des Surplus เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๕๗ โดยพิจารณาว่า ถึงแม้ว่า Société Nationale de Vente des Surplus จะมีสถานะเป็นองค์กรมหาชนที่มีลักษณะทางการค้า แต่ก็ยังมีสถานะทางองค์กรมหาชนซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักการห้ามเสนอคดีพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการ

สภาแห่งรัฐยังได้ขยายหลักการนี้ไปใช้ในกรณีของสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ๒ องค์กรด้วย โดยศาลจะไม่ใช้หลักเกณฑ์เรื่ององค์กรมาวินิจฉัยเพราะโดยหลักนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ๒ องค์กร ไม่อาจทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ศาลจึงใช้เนื้อหาของสัญญานั้นเองมาพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล

⁵² บุปผา อัครพิมาน , “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส,”วารสารวิชาการศาลปกครอง , : ๗-๑๒.

ปกครองซึ่งตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นการพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยปริยาย⁵³ ดังนั้น ในสัญญาทุกสัญญาที่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองจะมีข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เช่น ในคดีของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๓ มีนาคม ๑๙๘๙ Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA) ข้อเท็จจริงในคดีนี้ บริษัท AREA ได้รับสัมปทานจากรัฐให้ก่อสร้างและแสวงหาประโยชน์ในทางด่วน ๓ เส้นทาง ซึ่งบริษัท AREA ผู้รับสัมปทานได้ทำสัญญาช่วงกับบริษัทในกลุ่ม Isère-Savoie-Autoroutes (ISA) ให้ก่อสร้างเส้นทางทางด่วนสายหนึ่งที่ตนได้รับสัมปทาน โดยในสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาได้กำหนดข้อสัญญาไว้ข้อหนึ่งว่า กรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อนจะนำคดีขึ้นสู่ศาลให้คู่กรณีใช้วิธีประนีประนอมกันก่อน ในกรณีตกลงกันไม่ได้ให้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการ ต่อมา มีข้อพิพาทเกิดขึ้นและอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดกรณีพิพาทดังกล่าว ผู้รับสัมปทานได้ร้องต่อขอให้ยกเลิกค่าเช่าของอนุญาโตตุลาการ ต่อสภาแห่งรัฐซึ่งห้ามมิให้มีข้อตกลงเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความแทนการนำคดีไปสู่ศาล ข้อสังเกตคือ ศาลหลีกเลี่ยงที่จะอ้างบทบัญญัติแห่ง มาตรา ๒๐๖๐ ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาว่าคู่สัญญามีใช้นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน นอกจากนี้ ศาลไม่ได้พิจารณา มาตรา ๖๓๑ แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ประกอบด้วย ซึ่งตามมาตราดังกล่าวกำหนดให้ยกเว้นหลักห้ามระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่มีลักษณะทางการค้า ทั้งนี้ ในกรณีดังกล่าวคู่กรณีเป็นบริษัทที่มีลักษณะทางการค้า ทั้งนี้ เพราะศาลต้องการให้สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะทั้งปวงไม่ว่าคู่สัญญาจะเป็นนิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลเอกชนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกัน (ทั้งนี้ เป็นหลักกฎหมายที่มาจากกรวางแนวคำพิพากษาในคดี Peyrot (T.C. ๘ กรกฎาคม ๑๙๖๓ Grands arrêts de la jurisprudence administrative , 10 ed, pp.606 et s,))

นอกจากนี้ ในกรณีขององค์กรมหาชน การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศสและองค์กรก๊าซแห่งฝรั่งเศส (E.D.F. et G.D.F.) รัฐบัญญัติ (ลงวันที่ ๘ เมษายน ๑๙๕๖) เกี่ยวกับการโอนกิจการการไฟฟ้าและก๊าซให้เป็นของรัฐ ได้กำหนดให้องค์กรมหาชนทั้งสองเป็นผู้รับสัมปทานโดยการกำหนดของกฎหมาย (cessionnaires obligatoires) และกำหนดว่าในกรณีมีข้อพิพาทระหว่างองค์กรมหาชนทั้งสองกับฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทาน ให้คู่พิพาทเสนอคดีต่อคณะกรรมการที่ปรึกษาระดับสูง (Conseil Supérieur) เพื่อพิจารณาชี้ขาด อย่างไรก็ตาม ในฝรั่งเศสมีการถกเถียงกันถึงสถานะทางกฎหมายขององค์กรที่ปรึกษานี้ว่าเป็นองค์กรอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และสภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ในคดี Electricité de France ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๑๙๕๕ ว่า

⁵³ Laurent Richer , op cit , pp.๒๙๐-๒๙๑.

กระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการที่ปรึกษาาระดับสูงนี้ไม่ใช่กระบวนการทางศาล ดังนั้น จึงไม่มีสถานะเป็นองค์กฤษฎาโตตุลาการ แต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯจึงมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง

(๒) ข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

ตามมาตรา ๒๔๗ และ ๓๖๑ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑๗ เมษายน ๑๙๐๖ กำหนดว่า รัฐ จังหวัด และเทศบาล อาจใช้กระบวนการอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งบัญญัติไว้ตามหมวด ๓ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคำนวณค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างงานโยธาต่าง ๆ และการจัดซื้อพัสดุ และในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๑๙๖๐ ได้ขยายขอบเขตของหลักการนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นสหภาพของเทศบาล (syndicats de communes) สหภาพผสม (syndicats mixtes) อำเภอ (districts urbains) ฝ่ายต่างๆ ในเทศบาลและองค์กรมหาชนแห่งจังหวัดและเทศบาล (secteurs de communes et Etablissements publics départementaux et communaux)⁵⁴

บทบัญญัติสองมาตรานี้เป็นผลพวงจากรัฐบัญญัติทางการเงิน ลงวันที่ ๑๗ เมษายน ๑๙๐๖ ซึ่งกำหนดอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างบางประเภทด้วยวิธีอนุญาตโตตุลาการได้ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของคู่สัญญาเอกชนในการจัด exposition universelle ที่กรุงปารีสเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๐๖

(๓) ข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ฝรั่งเศสเข้าเป็นภาคี มีสถานะทางกฎหมายในระบบกฎหมายภายในต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศส คือ ปี ๑๙๕๘ กำหนดไว้ในมาตรา ๕๕ ว่า “อนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้มีการให้สัตยาบันโดยถูกต้อง จะมีสถานะเหนือกฎหมายระดับรัฐบัญญัติภายในตั้งแต่มีการประกาศโฆษณา ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าอีกฝ่ายต้องปฏิบัติตามข้อตกลงหรืออนุสัญญาดังกล่าวด้วย”

⁵⁴ T.A.Strasbourg ๒๔ Janvier ๑๙๙๗ Lapp. L.P.A. ๑๙ mar ๑๙๙๗ n ๓๔ p.๑๖
note Soinne.

อนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ประเทศฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันแล้วจะมีผลเป็นกฎหมายภายในโดยไม่ต้องมีกฎหมายภายในออกตามความในข้อสัญญาระหว่างประเทศรับรองอีก ดังนั้น อนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศฝรั่งเศสได้ลงนามและให้สัตยาบันแล้ว จึงมีสถานะทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายระดับรัฐบัญญัติ

ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๒๐๖๐ กำหนดห้ามองค์กรฝ่ายปกครองระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น ถือว่าเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นได้มีข้อกำหนดอนุญาโตให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ในสัญญาที่รัฐฝรั่งเศสทำกับเอกชนต่างประเทศโดยสนธิสัญญา เมื่อมีสนธิสัญญาที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีกำหนดให้คู่กรณีใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เช่น

๑. อนุสัญญาแห่งกรุงนิวยอร์ก (Convention de New York) ลงวันที่ ๑๐ มิถุนายน ๑๙๕๘ ซึ่งตามสนธิสัญญานี้ คู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทเฉพาะในคดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการค้าตามกฎหมายภายในเท่านั้น ดังนั้น ในคดีพิพาททางปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้สนธิสัญญานี้

๒. อนุสัญญาแห่งกรุงเจนีวา (Convention de Geneve) ลงวันที่ ๒๑ เมษายน ๑๙๖๑ กำหนดไว้ในมาตรา ๑ และ ๒ ว่า นิติบุคคลมหาชนสามารถจะทำข้อตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทของตนโดยอนุญาโตตุลาการได้ เมื่อกรณีเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศสมาชิก และเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติการทางการค้าระหว่างประเทศ

อนุสัญญานี้มีข้อจำกัด ๒ ประการ ในการขยายบทบาทของอนุญาโตตุลาการ คือ ประเทศที่ลงนามในสนธิสัญญานี้มีเป็นจำนวนน้อย และศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะอ้างว่าสัญญาทางปกครองไม่อยู่ในขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญานี้ ซึ่งจะจำกัดอยู่แค่ข้อพิพาทที่เกิดจากการปฏิบัติการทางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น

๓. อนุสัญญาแห่งกรุงวอชิงตัน (Convention de Washington) ลงวันที่ ๑๘ มีนาคม ๑๙๖๕ อนุสัญญานี้ กำหนดว่า ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาที่เกี่ยวกับการลงทุนซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐสมาชิกกับประชาชนในบังคับของรัฐสมาชิก ให้คู่กรณีเสนอคดีพิพาทต่อองค์กรที่อนุสัญญานี้ตั้งขึ้น คือ Centre International

ตามอนุสัญญาฉบับนี้ มีปัญหาการตีความว่า สัญญาเกี่ยวกับการลงทุนมีความหมายกว้างหรือแคบประการใด ซึ่งไม่มีการให้นิยามที่ชัดเจนจึงทำให้ศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะตีความค่อนข้างแคบ เช่น ในโครงการยูโรดิสนีย์แลนด์ สภาแห่งรัฐเห็นว่าโครงการนี้ไม่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาแห่งกรุง Washington นอกจากนี้ การเสนอคดีพิพาทของคู่กรณีต่อ Centre International ถือเป็นทางเลือกหนึ่งเท่านั้น คู่กรณีไม่อยู่ในสภาพบังคับว่าต้องระงับข้อพิพาทโดยการเสนอคดีต่อ Centre นี้เท่านั้น คู่กรณีอาจนำคดีขึ้นสู่ศาลภายในก็ได้

เนื่องจากการตีความค่อนข้างแคบขององค์กรศาล ทำให้ในบางกรณีที่รัฐต้องการให้มีการลงทุนจากต่างประเทศจริง ๆ รัฐจำเป็นต้องออกเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ดังเช่นกรณีของโครงการยูโรดิสนีย์แลนด์ เพื่อยกเว้นให้สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้

๔. อนุสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการก่อสร้างอุโมงค์ใต้ดิน (Tunnel sous la Manche) เพื่อเชื่อมประเทศฝรั่งเศสและสหราชอาณาจักรที่ช่องแคบ la Manche ในอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลอนุญาโตตุลาการ (tribunal arbitral) เพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐบาลและผู้รับสัมปทาน

ในด้านความสัมพันธ์ในทางการค้าระหว่างประเทศ ข้อห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ โดยไม่ต้องนำหลักกฎหมายของต่างประเทศมาอ้างอิง โดยศาลสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางแนวให้รัฐและองค์การมหาชนสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศที่ทำตามกฎหมายเอกชนแทนการฟ้องศาล โดยมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐฝรั่งเศส⁵⁵ ได้แก่

คดีแรก คดี Captaine du San Carlo ลงวันที่ ๑๔ เมษายน ๑๙๖๔

ในปี ค.ศ. ๑๙๖๔ และ ค.ศ. ๑๙๖๖ ศาลสูงสุดฝรั่งเศสพิพากษาและถือเป็นบรรทัดฐานว่า ข้อจำกัดมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการไม่นำไปใช้กับสัญญาที่มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าหรือการลงทุนระหว่างประเทศ คดีนี้ข้อเท็จจริงโดยย่อคือ องค์กรของรัฐบาลฝรั่งเศสเป็นโจทก์ฟ้องกับตันเรือ ต่อศาลแพ่ง ณ เมือง Marseilles ประเทศ

⁵⁵ อนันต์ จันทร์โสภากร , กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ , หน้า ๙๐-๙๔.

ฝรั่งเศส เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่สินค้าข้าวโพดสูญหายในระหว่างการขนส่งจากประเทศ
เอธิโอเปียมายังเมือง Marseilles จำเลยต่อสู้ว่าศาลจะต้องจำหน่ายคดีเพราะมีข้อสัญญาปรากฏ
อยู่ในใบตราส่งว่าให้เสนอข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างคู่กรณีต่อ
อนุญาโตตุลาการที่เมือง Genoa ประเทศอิตาลี ตามกฎหมายของประเทศอิตาลี ศาลชั้นต้น
ปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลยโดยตัดสินว่าตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น โจทก์ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐยินยอม
ผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ คดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์โดยศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษา
ศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่าการไม่ยอมรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏ
อยู่ในสัญญาระหว่างประเทศ (international contracts) จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่
สัญญา จำเลยฎีกาต่อศาลสูงสุดของฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ศาลสูงสุดตัดสินว่า “เนื่อง
จากการห้ามเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามมาตรา ๘๓ และ ๑๐๐๔ ประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความแพ่งนั้น เป็นเรื่องของนโยบายสาธารณะ (public policy) ภายในประเทศ ไม่ใช่
เรื่องของนโยบายสาธารณะในทางระหว่างประเทศ และไม่ห้ามองค์กรของรัฐเป็นคู่สัญญาด้วย
โดยยินยอมให้สัญญานั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศที่ยอมรับความสมบูรณ์ของ
สัญญาอนุญาโตตุลาการเมื่อสัญญานั้น มีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างประเทศ..”

คดีที่สองคือคดี Galakis ลงวันที่ ๒ พฤษภาคม ๑๙๖๖

ข้อเท็จจริงคือ Mission des Transports Maritimes ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐภาย
ใต้กระทรวงพาณิชย์ทางทะเล ทำสัญญาเช่าเหมาเรือ Aspasia ซึ่งมีสัญชาติกรีกจากเจ้าของเรือที่
ชื่อว่า Galakis เพื่อใช้ขนส่งสินค้าจากอาฟริกาตะวันตก ในสัญญาเช่าเหมาเรือกำหนดไว้เป็นข้อตกลง
ข้อหนึ่งว่า บรรดาข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดขึ้นจากสัญญานี้ให้ชำระโดยอนุญาโตตุลาการ ณ กรุง
ลอนดอน ต่อมาผู้เช่าเหมาปฏิเสธและประกาศเลิกสัญญาเจ้าของเรือจึงเสนอข้อพิพาทต่อ
อนุญาโตตุลาการตามข้อตกลง รัฐบาลฝรั่งเศสไม่ยอมเข้าไปมีส่วนในการดำเนินกระบวนการ
พิจารณาทางอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจึงทำการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว (ex parte) และ
ชี้ขาดให้รัฐบาลฝรั่งเศสรับผิดชอบเป็นจำนวนเงิน ๑๑,๓๔๔ ฟรังก์ Galakis ได้ขอร้องให้ศาลของเมือง
Seine ประเทศฝรั่งเศสยอมรับรองและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้น ซึ่งศาลก็มีคำ
สั่งยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด (exequatur) แล้ว แต่ทางรัฐบาลก็ได้ยื่นคำร้องต่อศาลแพ่ง ณ
กรุงปารีส ขอให้ศาลพิพากษายกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลก็ได้พิพากษาตามคำ
ร้องขอของรัฐบาลฝรั่งเศส แต่คำพิพากษานี้ถูกกลับในชั้นอุทธรณ์ รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้ฎีกาต่อศาล
สูงสุด (Cour de Cassation) โดยให้เหตุผลว่าสัญญาภาคีรัฐนั้นต้องห้ามมิให้ชำระข้อพิพาทโดย
อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคลตามความในมาตรา ๓ วรรค ๓
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งศาลสูงสุดได้พิจารณาแล้ว ตัดสินว่า ปัญหาเกี่ยวกับ

การชำระข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาภาคีรัฐนั้น ไม่ใช่ปัญหาว่าด้วยสถานภาพและความสามารถของบุคคลในการทำสัญญาและเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา ๓ วรรค ๓ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งจะต้องนำไปใช้บังคับกับคู่สัญญาที่มีสัญชาติฝรั่งเศส ดังนั้น การที่รัฐหรือองค์กรของรัฐทำสัญญากับเอกชนต่างด้าวอันมีลักษณะของความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ รัฐสามารถที่จะตกลงยินยอมให้มีการเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการได้

คำวินิจฉัยของคดีทั้งสองคดีดังกล่าว เป็นการวางหลักทั่วไปเพื่อใช้รับรองเอกเทศสัญญาระหว่างประเทศว่าข้อห้ามมิให้มีอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่อาจนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศโดยไม่ต้องไปนำหลักกฎหมายต่างประเทศมาอ้างอิง อย่างไรก็ตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวมีผลบังคับใช้เฉพาะกับสัญญาตามกฎหมายแพ่งภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมเท่านั้น⁵⁶

(๔) ข้อยกเว้นโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ

๑. ข้อยกเว้นกรณีสัญญานั้นทำขึ้นเพื่อประโยชน์แห่งชาติ

หลังจากเกิดกรณี Eurodisneyland ซึ่งสภาแห่งรัฐ (ในฐานะที่ปรึกษาของรัฐบาล) ได้ให้ความเห็นว่า โครงการดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลภายในเพราะมีการใช้อิทธิพลและอำนาจปกครองของฝ่ายปกครองในสัญญา นอกจากนี้ข้อกำหนดในอนุสัญญาแห่งกรุงวอชิงตันที่กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทคดีเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและสมาชิกของรัฐที่เป็นภาคี โดย Centre International ไม่มีผลเป็นการแก้ไขกฎหมายภายในเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่มีอยู่

เมื่อผู้ลงทุนชาวอเมริกันต้องการให้มีการกำหนดข้อสัญญาลงในสัญญาลงทุนในโครงการ Eurodisneyland และรัฐบาลฝรั่งเศสเองก็ต้องการให้มีการลงทุนดังกล่าว จึงได้ออกกฎหมายรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑๙ สิงหาคม ๑๙๘๖ เพื่อยกเว้นหลักกฎหมายภายในที่ห้ามใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง ในมาตรา ๙ กำหนดไว้ว่า “เพื่อยกเว้นหลักตามมาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง สัญญาที่รัฐหรือองค์กรของรัฐทำกับบริษัทต่างชาติดำเนินการที่เป็นประโยชน์ของชาติ รัฐ นิติบุคคลมหาชน และองค์กรมหาชน อาจกำหนดข้อ

⁵⁶ T.C. ๑๙ พฤษภาคม ๑๙๕๘ Soc.

สัญญาเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด และให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ตีความสัญญาในกรณีมีปัญหาการตีความได้”

๒. ข้อยกเว้นกรณีของการรถไฟแห่งประเทศไทย

การรถไฟแห่งประเทศไทย มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลมหาชน ซึ่งโดยหลักต้องห้ามมิให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่รัฐบัญญัติลงวันที่ ๓๐ ธันวาคม ๑๙๘๒ ได้กำหนดไว้ในมาตรา ๒๕ ว่าในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้น การรถไฟแห่งประเทศไทยอาจใช้วิธีการประนีประนอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยวิธีการตกลงกับคู่กรณีให้เสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการได้

ดังนั้น การรถไฟของฝรั่งเศสจึงอาจระงับข้อพิพาทของตนโดยการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ในทางปฏิบัติ การรถไฟของฝรั่งเศสใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการน้อย ด้วยเหตุผลว่า ถึงแม้ว่าองค์กรนี้จะมีการบริหารจัดการคล้ายบริษัทเอกชน แต่ก็มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลมหาชน ผู้บริหารของการรถไฟของฝรั่งเศสจึงไม่นิยมให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทของตนโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เพราะจะเป็นการแสดงความไม่เชื่อถือองค์กรศาลของรัฐ และการรถไฟเองก็พอใจกับระบบและกระบวนการดำเนินงานของศาลไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทางศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ตาม นอกจากนี้ สำหรับการรถไฟของฝรั่งเศสการเสนอคดีต่อองค์กรศาลของรัฐสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการเสนอคดีให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด

๓. ข้อยกเว้นกรณีของการไปรษณีย์และองค์การโทรศัพท์

ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ ๒ กรกฎาคม ๑๙๙๐ ซึ่งเป็นกฎหมายที่จัดตั้งการไปรษณีย์และองค์การโทรศัพท์ให้เป็นนิติบุคคลมหาชน ตามมาตรา ๒๔ กำหนดให้ทั้งสององค์กรสามารถประนีประนอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยวิธีการเสนอให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้

อย่างไรก็ดี การกำหนดไว้ให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกรณีองค์การโทรศัพท์และการไปรษณีย์อาจจะไม่มีความจำเป็น เพราะตามมาตรา ๒๕ ของรัฐบัญญัติจัดตั้ง ได้กำหนดให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของทั้งสององค์กรนี้กับผู้ใช้ คู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้าง และบุคคลภายนอกให้เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง และข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เว้นแต่ข้อพิพาทซึ่งโดยเนื้อหาเป็นเรื่องที่ต้องขึ้นศาลปกครอง ดังนั้น ถึงแม้จะไม่มีอนุญาโตตุลาการให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท คู่กรณีสามารถใช้วิธีการดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะตีความจำกัดการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชน ดังนั้น โดยระบบกฎหมายของ

ฝรั่งเศสเอง เมื่อผู้ร่างกฎหมายต้องการให้เรื่องใดสามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ จึงมักจะกำหนดไว้ให้ชัดเจนโดยกฎหมาย

๔. ข้อยกเว้นกรณีอื่น ๆ

เช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑๐ ธันวาคม ๑๙๑๙ เกี่ยวกับพลังงาน และ มาตรา ๔๓๑ - ๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งกันภัย กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการได้เป็นกรณีพิเศษ

๒.๓.๒ การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองเยอรมัน

แต่เดิมนั้น ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ลงวันที่ ๒๑ มกราคม ค.ศ. ๑๙๖๐ (Verwaltungsgerichtsordnung เรียกโดยย่อว่า VwGO) ประเด็นเรื่องการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาททางปกครองยังไม่เป็นที่ยุติ จนกระทั่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมีผลใช้บังคับ จึงเป็นที่ยุติว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองสามารถเกิดขึ้นได้ โดยมีบทบัญญัติมาตรา ๑๖๘ อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ ๕ และมาตรา ๑๗๓ VwGO ได้บัญญัติรองรับเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น หลักเกณฑ์ในเรื่อง “อนุญาโตตุลาการ (Schiedsgerichtsbarkeit)” มีบัญญัติอยู่ในบรรพ ๑๐ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยมีหลักทั่วไปว่า อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้เฉพาะกับกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งคู่กรณีที่มีข้อพิพาทโดยปกติจะได้แก่เอกชนด้วยกัน ซึ่งก็จะอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในการแสดงเจตนาตกลงแต่งตั้งหรือมอบหมายให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแทนองค์กรศาล

๒.๓.๒.๑ ความหมายของอนุญาโตตุลาการ

บทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบัญญัติไว้ในบรรพ ๑๐ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (10. Buch der Zivilprozessordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) ตั้งแต่มาตรา ๑๐๒๕ ถึงมาตรา ๑๐๖๖ เนื้อหาสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวส่วนใหญ่นำมาจาก

UNCITRAL Model Law⁵⁷ ซึ่งให้ความหมายว่า “อนุญาโตตุลาการ” หมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง(in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten) แทน “องค์กรศาล (an Stelle staatlicher Gerichte)” ทั้งนี้โดยการมอบหมายหรือแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าว⁵⁸ แต่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติบทนิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ไว้อย่างชัดเจน⁵⁹

๒.๓.๒.๒ ความสำคัญของอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติ

ในทางปฏิบัตินั้น ในส่วนของข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง ก่อนที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) ลงวันที่ ๒๑ มกราคม ค.ศ.๑๙๖๐ จะมีผลใช้บังคับ ในทางปฏิบัติปรากฏว่าระบบ “อนุญาโตตุลาการ” แทบจะไม่ได้มีการนำมาใช้กับกรณีการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองเลย ทั้งนี้ จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองเพียง ๒-๓ คดีเท่านั้นที่วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ และวางหลักกฎหมายที่สำคัญจากคำพิพากษาของศาลปกครอง (Verwaltungsgericht) ไว้ ดังนี้

คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมือง Stuttgart เมื่อวันที่ ๑๑ มีนาคม ค.ศ.๑๙๕๘⁶⁰ ในคดีระหว่างเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งปฏิบัติหน้าที่ให้กับเมือง Stuttgart ในฐานะผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานสวัสดิการสังคมของสหพันธ์และมลรัฐ (Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder) ในฐานะผู้ถูกฟ้องคดี ในคดีเกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิในเรื่องการประกันสวัสดิการสังคม ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมือง Stuttgart ได้พิจารณาวางหลักกฎหมายที่สำคัญ สรุปได้ดังนี้

⁵⁷ Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozessordnung, Grundz ๑๐๒๕, Rdnr. ๒, ๓, S.๒๒๗๘.

⁵⁸ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, Kapitel ๑. Einleitung, Rdnr. ๑, S. ๑.

⁵⁹ Wolterek, “Unechte und echte Schiedsgerichte des Verwaltungsrechts”, DöV ๑๙๖๖, S.๓๒๓.

⁶⁰ VGH Stuttgart vom ๑๑.๐๓. ๑๙๕๘, DöV ๑๙๕๘, S. ๙๕๑-๙๕๓.

“การฟ้องคดีในเรื่องสิทธิผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการประกันสวัสดิการสังคมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (ผู้เอาประกัน) ที่มีต่อสำนักงานสวัสดิการสังคมของสหพันธ์และมลรัฐ เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครอง (Für Klagen der Versicherung gegen die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder aus dem Versicherungsverhältnis ist der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten gegeben) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำฟ้องที่ขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีจะนำข้อพิพาททางกฎหมายในเรื่องนี้ไปให้อনুญาโตตุลาการชี้ขาดนั้น ไม่สามารถกระทำได้ (In Anfechtungssachen ist eine Erledigung des Rechtsstreites durch Schiedsgerichte unzulässig)”

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) เมื่อวันที่ ๕ มิถุนายน ๑๙๕๙⁶¹ ในคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการเรียกเก็บภาษีที่ดินระหว่างเจ้าของที่ดินและเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่เรียกเก็บภาษี (Magistrat) ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาวางหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับข้อตกลงว่าด้วยอนูญาโตตุลาการในเรื่องของกฎหมายมหาชน สรุปได้ดังนี้

“สัญญาว่าด้วยอนูญาโตตุลาการสามารถกระทำได้ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้จะต้องปรากฏด้วยว่าเรื่องหรือข้อพิพาทดังกล่าวนั้น คู่กรณีที่มีข้อพิพาทสามารถตกลงหรือกำหนดได้โดยวิธีประนีประนอม และเนื้อหาของสาระของสัญญาว่าด้วยอนูญาโตตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่ “เรื่องการกระทำของรัฐ (Hoheitsakte)” * และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของมลรัฐบัญญัติห้ามมิให้มีการตกลงทำสัญญาว่าด้วยอนูญาโตตุลาการไว้ “(Schiedsverträge können auch in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geschlossen werden, wenn die Angelegenheit durch Vergleich zwischen den Parteien geregelt werden kann, wenn nicht Hoheitsakte den Gegenstand

⁶¹ BverwGE ๘, ๘๙ ; NJW ๑๙๕๙, S. ๑๙๘๕-๑๙๘๖ ; BB ๑๘๖๐, S. ๕๓๒ ; DVBl. ๑๙๕๙, S. ๗๑๒-๗๑๓.

* ตามหลักทั่วไปเรื่อง “การกระทำของรัฐ (Hoheitsakte)” จะได้แก่ มาตรการทั้งหลายตามกฎหมายมหาชน (alle öffentlich-rechtlichen Maß nahmen) สำหรับ “เรื่องการกระทำของรัฐ (Hoheitsakte)” ในคดีนี้ ได้แก่ “เรื่องการเรียกเก็บภาษี (Steuerforderungen)” ซึ่งเป็นเรื่องอำนาจหน้าที่ของเมือง (Stadt) ที่จำต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นเนื้อหาของสาระของสัญญาอนูญาโตตุลาการที่ตกลงกันไว้ให้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการเก็บภาษีโดยวิธีการทางอนูญาโตตุลาการตามข้อเท็จจริงในคดีนี้จึงกระทำไม่ได้

des Schiedsuertrages bilden und wenn nicht besondere Vorschriften, insbesondere des Landesrechtes, den Abschluss des Schiedsvertrages ausschließen)”

ภายหลังที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ลงวันที่ ๒๑ มกราคม ๑๙๖๐ มีผลใช้บังคับ แม้ว่ามาตรา ๑๖๘ อนุมาตรา ๑ เลขที่ ๕* และมาตรา ๑๗๓* VwGO จะได้บัญญัติเรื่อง “อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายมหาชน” และบัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) มาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่ากรณีที่ที่มีข้อพิพาทในคดีปกครองสามารถจะตกลงระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้โดยอนุญาโตตุลาการได้ก็ตาม ในทางปฏิบัติการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองก็ยังมีไม่มากนัก

๒.๓.๒.๓ ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือเรียกโดยย่อว่า VwVfG) ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๗๖ บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องความหมาย ประเภท การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองไว้ ในมาตรา ๕๔ ถึง มาตรา ๖๒ ตามมาตรา ๕๔ แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ (VwVfG) ได้วางหลักไว้ว่า ให้มีสัญญาทางปกครองได้ตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติ

* มาตรา ๑๖๘ อนุมาตรา ๑ เลขที่ ๕ VwGO บัญญัติไว้ดังนี้

“การบังคับคดีให้กระทำได้ เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ตราบเท่าที่คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีนั้น มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย หรือมีผลบังคับได้ก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด ในกรณีการบังคับชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (Vorläufig)”

* มาตรา ๑๗๓ VwGO บัญญัติไว้ดังนี้

“ตราบเท่าที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาความใดไว้เป็นการเฉพาะ ให้นำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม เมื่อความแตกต่างในสาระสำคัญของลักษณะแห่งกระบวนการวิธีพิจารณาความของทั้งสองกระบวนการวิธีพิจารณานั้นไม่ได้เป็นการปิดกั้นหรือห้ามมิให้นำมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา ๑๐๖๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้นที่มีอำนาจ และศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา ๑๐๖๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์”

แห่งกฎหมายใดห้ามไว้ ซึ่งเท่ากับว่ามาตรา ๕๔ เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองไว้เป็นการทั่วไป แต่สำหรับสัญญาบางประเภทที่มีความสำคัญก็อาจจะถูกจำกัดโดยหลักเกณฑ์พิเศษหรือโดยเหตุผลพิเศษแห่งความเป็นโมฆะของสัญญาเป็นการเฉพาะก็ได้

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

ในสัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag) ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญา (ทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชน) ตกลงที่จะยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นเป็นไปตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อสัญญาทางปกครองเยอรมัน แต่สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองไม่อาจนำข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมากำหนดหรือจัดให้อยู่ในรูปแบบของ “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามนัยแห่งมาตรา ๕๖ VwVfG เนื่องจาก ประการแรกเนื้อหาของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไม่สอดคล้องกับลักษณะองค์ประกอบของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งฝ่ายเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชนไม่มีความผูกพันที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการตอบแทนซึ่งกันและกันดังเช่นในสัญญาต่างตอบแทนตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ข้อตกลงของคู่สัญญาที่ว่า “หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่สัญญาตกลงจะยังไม่นำไปฟ้องร้องยังศาลปกครอง หากแต่จะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดนั้น” ข้อตกลงดังกล่าวไม่มีลักษณะของ “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามนัยมาตรา ๕๖ VwVfG แต่อย่างใด⁶² ประการที่สอง สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ตามมาตรา ๕๖ VwVfG เป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน แต่ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” หรือ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” คู่สัญญาตามสัญญา

⁶² Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. ๖๓.

อนุญาตตุลาการหรือข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการให้แก่คู่กรณีที่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกันเท่านั้น (als gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüber stehen)⁶³

แต่ Loos เห็นว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการสามารถนำมากำหนดไว้เป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองได้ แม้ว่าคู่สัญญาต่างตอบแทนทางปกครองมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน แต่คู่สัญญาดังกล่าวอาจจะตกลงไว้ล่วงหน้าให้มีอนุญาตตุลาการได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อพิพาทตามสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตตกอยู่ในกระบวนการวิธีพิจารณาโดยเฉพาะ (bestimmtes Verfahren) กล่าวคือ โดยการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ และข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการในกรณีนี้เป็นเพียง “ส่วนประกอบหนึ่งหรือภาคผนวกของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (als annexe Regelung eines Austauschvertrages)” เท่านั้น⁶⁴

ทางด้านของสัญญาทางปกครอง ในส่วนเนื้อหาของสาระของสัญญา ตามนัยมาตรา ๕๔ VwVfG ซึ่งมีขอบเขตค่อนข้างกว้างดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในการพิจารณาว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการหรือสัญญาอนุญาตตุลาการสามารถกำหนดอยู่ในรูปของ “สัญญาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา ๕๔ VwVfG ได้หรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาความหมายของบทบัญญัติมาตรา ๕๔ VwVfG เสียก่อน ซึ่งตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว “สัญญาทางปกครอง” ได้แก่ สัญญาที่เป็นการกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่อยู่ในฐานะเหนือกว่าและผู้อยู่ในฐานะต่ำกว่าซึ่งถูกกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงไปโดยข้อกำหนดของสัญญา⁶⁵

เมื่อพิจารณาข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการหรือสัญญาอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองมีลักษณะเป็นเรื่องของการกำหนดสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งทางกฎหมายก่อนนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครอง ข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวจึงมีเนื้อหาสาระที่มีความสัมพันธ์หรือมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนตามความหมายของมาตรา ๕๔⁶⁶ ดังนั้น ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการหรือ

⁶³ เรื่องเดียวกัน, S. ๖๑-๖๒, ๑๕๔-๔๕๖.

⁶⁴ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. ๖๓, ๑๕๖.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, S. ๗๐.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, S. ๗๒.

สัญญาอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจึงมีเนื้อหาอยู่ในความหมายของสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา ๕๔ VwVfG

Professor Heinz Joachim Bonk ผู้พิพากษาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เห็นว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองซึ่งคู่สัญญาตกลงให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดก่อนนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองนั้นจึงสามารถกระทำได้ แต่คู่สัญญาจะตกลงห้ามมิให้ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นไม่ได้⁶⁷ ทั้งนี้ เนื่องจากการตกลงดังกล่าวเป็นการขัดกับบทบัญญัติมาตรา ๑๙ อนุมาตรา ๔ แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz หรือเรียกโดยย่อว่า GG)

แม้ว่าเนื้อหาของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจะอยู่ในความหมายของ“สัญญาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา ๕๔ VwVfG ก็ตาม ข้อพิจารณาต่อไปก็คือ ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการดังกล่าวจะกระทำได้โดยอาศัยมาตรา ๕๔ VwVfG ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บัญญัติห้ามเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” ไว้โดยชัดแจ้ง การพิจารณาในเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากระบบโครงสร้างของกฎหมายโดยวิธีการตีความหรือพิจารณาจากหลักกฎหมายปกครองโดยทั่วไป ตลอดจนพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และเมื่อได้พิจารณาเนื้อหาสาระทั้งหมดของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) แล้ว จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้ห้ามเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” ไว้ มาตรา ๑๖๘ อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ ๕ และมาตรา ๑๘๗ อนุมาตราหนึ่ง VwGO ได้บัญญัติถึงเรื่องอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองไว้แต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการเกิดขึ้นของอนุญาตตุลาการโดยวิธีการตกลงของคู่กรณีไว้โดยตรง

⁶⁷ Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, ๕๔, Rdnr. ๑๙, S. ๑๕๖๕ ; Rdnr. ๘๗, S. ๑๕๙๒, ๑๕๙๓.

ความเห็นในด้านวิชาการ และคำพิพากษาของศาล⁶⁸ เห็นว่าคู่กรณีที่สามารถตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทได้โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา ๑๗๓ ประโยคที่หนึ่ง VwGO ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา ๑๐๒๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) จำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ทางกฎหมายตามกฎหมายมหาชนในลักษณะที่คู่กรณีหรือคู่สัญญาผู้นั้นอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันเท่านั้น เนื่องจากเนื้อหาหรือสาระสำคัญ (Wesen) ของเรื่องกระบวนการทางอนุญาตตุลาการ ได้แก่ ความเท่าเทียมของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท⁶⁹ นอกจากนี้ ในการที่คู่กรณีจะตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาตตุลาการได้นั้น คู่กรณีจะตกลงได้เฉพาะ “ข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นมาจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครองประเภทที่คู่กรณีอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน อันเป็นเหตุให้สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้” เท่านั้น ไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง⁷⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดีเกี่ยวกับคำฟ้องให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคดีเกี่ยวกับคำฟ้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) นั้น คู่กรณีจะตกลงให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้⁷¹

ในส่วนของอำนาจของศาลปกครองในการหยิบยกประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการ” ขึ้นมาพิจารณาได้เองหรือไม่นั้น ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในทางวิชาการ ความเห็นแรก ได้แก่ ความเห็นของ Professor Ferdinand O. Kopp⁷² และ Professor Dieter Lorenz⁷³ ซึ่งเห็นว่า เนื่องจากเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการ” เป็นเรื่องเกี่ยวกับ “ข้อโต้แย้งหรือข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณา” ซึ่งจะมีการพิจารณาได้ต่อเมื่อมีการหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างจากคู่กรณี

⁶⁸ BverwG, DVBl. ๑๙๕๙, S. ๗๑๒; BverwG NJW ๑๙๕๙, S. ๑๙๘๕, ๑๙๘๖;

BverwG NVWZ ๑๙๙๓. S. ๕๘๔, ๕๘๕.

⁶⁹ Schwab/ Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Rdnr. ๓. S. ๒.

⁷⁰ Haueisen, Fritz, Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, NJW ๑๙๖๒, S. ๒๑๓๐ ; Vgl. Schwab/ Walter เพิ่งอ้าง, S.๓.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, S. ๒๑๓๑.

⁷² Kopp, in : Kopp/ Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, ๔๐, Rdnr. ๕๖, S. ๒๔๑.

⁷³ Lorenz, Dieter, Verwaltungsprozessrecht, ๑๑, Rdnr. ๙๑, S. ๑๙๑.

ในข้อพิพาทนั่นเอง ดังนั้น ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจหยิบยกประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ขึ้นมาพิจารณาได้เอง ส่วนความเห็นที่สอง ได้แก่ ความเห็นของ Professor Han-Joachim von Oertzen⁷⁴, Dr.Hanswerner Müller⁷⁵, และ Dr.Christa M. Loos⁷⁶ ซึ่งเห็นว่าการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลปกครองจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยยึด “หลักวิธีพิจารณาแบบไต่สวน (Untersuchungsgrundsatz)” ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบและค้นหาถึงสิ่งที่เป็นข้อพิพาทในทางปกครอง ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ ศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาและตรวจสอบได้เองว่าในคดีพิพาททางปกครอง คู่กรณีได้มีการตกลงกันในเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ อย่างไร

แนวคำพิพากษาของศาลปกครองแต่เดิมมีความเห็นไปในทางเดียวกับความเห็นแรก แต่ต่อมาก็ได้มีการเปลี่ยนแนวโดยยึดถือตามความเห็นของฝ่ายที่สอง ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ เมื่อวันที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ค.ศ.๑๙๙๒ ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินช่วยเหลือสวัสดิการทางสังคม ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาดอนหนึ่งว่า “...ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นการตัดอำนาจคู่กรณีในการนำคดีไปฟ้องต่อศาลซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาตรวจสอบจากกระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เกี่ยวข้อง.....ตราบเท่าที่คู่กรณีมีสิทธิในการตกลงประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทในเรื่องที่ได้แย้งกันนั้นได้ โดยผลของบทบัญญัติมาตรา ๑๗๓ VwGO ประกอบกับมาตรา ๑๐๒๗a ZPO คู่กรณีในข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเท่านี้ที่มีสิทธิกล่าวอ้างเรื่องข้อตกลงดังกล่าวเพื่อปฏิเสธคำฟ้องต่อศาลปกครอง ศาลปกครองไม่มีอำนาจหยิบยกเรื่องดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาเองได้”⁷⁷

⁷⁴ Oertzen, Han-Joachim von, in : Redeker/ V. Oertzen,

Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, ๔๐, Rdnr. ๗๙, S. ๑๕๒-๑๕๓.

⁷⁵ Müller, Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, NJW ๑๙๖๓. S. ๒๘๒-๒๘๕.

⁷⁶ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. ๑๓๙, ๑๔๐.

⁷⁷ BverwGE ๕ C ๒๒.๘๘ - S. ๔๓๖.๐ ๑๐๘ BSHG Nr. ๑, S. ๒.

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

๒.๔ การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองไทย

แนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองในประเทศไทยที่ผ่านมาได้มีการเรียนการสอนกันในมหาวิทยาลัยมานานแล้ว ในทางวิชาการก็เช่นกันได้มีการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยสัญญาทางปกครองกันมานานแล้วเช่นเดียวกัน แต่ทั้งการศึกษาในมหาวิทยาลัยก็ดีหรือการค้นคว้าวงหลักกฎหมายโดยนักวิชาการที่สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศก็ดี ในอดีตก็เป็นเพียงหลักกฎหมายในทางทฤษฎีที่ยังไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้กับสัญญาของภาครัฐในประเทศไทย ดังนั้นสัญญาในภาครัฐซึ่งมีข้อกำหนดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.๒๕๓๕ สัญญาภาครัฐในประเทศไทยที่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ที่ให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จึงอยู่ในอำนาจชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ มาตรา ๕ ที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางแพ่งได้

๒.๔.๑ สัญญาของฝ่ายปกครองไทยก่อนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ประกาศใช้

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ได้วิเคราะห์การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยไว้ว่า⁷⁸ กฎหมายไทยไม่มีหลักสัญญาทางปกครองที่บังคับใช้เป็นการเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาด้วยกันเองหรือหน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชนภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ดังนั้น สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจัดซื้อ จัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า หรือสัญญาสัมปทาน ก็มักจะได้รับการปฏิบัติเสมือนสัญญาภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งสิ้น เมื่อมีคดีความเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น คดีพิพาทดังกล่าวจะถูกนำสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็จะนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับคดีดังกล่าว โดยมีได้แยกแยะว่านิติกรรมใดเป็นสัญญาทางแพ่ง นิติกรรมใดมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง ในขณะที่การศึกษากฎหมายปกครองของสถาบันการศึกษาได้เริ่มให้ความสำคัญกับเรื่องสัญญาทางปกครอง ทั้งในชั้นปริญญาตรีและชั้นบัณฑิตศึกษา นักกฎหมายไทยในช่วง ๑๐-๑๕ ปีที่ผ่านมาได้มีการศึกษากฎหมายปกครองจากประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จึงพยายามนำเอาแนวความคิดและหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศในภาคพื้นยุโรปมาพิจารณาเพื่อปรับใช้กับกฎหมายไทย

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ได้วิเคราะห์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองไทยที่อาจเทียบเคียงได้กับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศตามความเห็นของนักวิชาการ ดังนี้⁷⁹ สัญญาของฝ่ายปกครองไทยที่อาจเทียบเคียงได้กับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ แบ่งได้เป็น ๒ กลุ่มใหญ่ๆ คือ

๒.๔.๑.๑ สัญญาซื้อขาย จ้างทำของ จ้างแรงงาน เช่า หรือให้เช่าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

⁷⁸ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม”, วารสารกฎหมายปกครอง ๑๗ (ธันวาคม ๒๕๔๑), : ๑๔-๑๕

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๓-๒๙.

ฝ่ายปกครองทุกส่วนราชการจะมีการทำสัญญาต่าง ๆ ดังกล่าวไม่มากนัก น้อย ปัจจุบันนี้แนวทางการปฏิบัติของไทยถือว่าสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งก็ตรงกับกฎหมายเยอรมันที่ถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองอาจจะกระทำในรูปแบบของกฎหมายแพ่ง ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญากับเอกชนโดยที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเหนือ แต่อยู่ในฐานะเสมอภาคกับคู่สัญญาที่เป็นเอกชน เป็นการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สิน สิ่งของต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง อันเป็นกิจการของฝ่ายปกครองในทางแพ่งที่มาเสริมภารกิจในทางมหาชนที่เรียกกันว่า “Verwaltungs privatrecht”⁸⁰ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในกฎหมายของฝรั่งเศส ถ้าสัญญาเช่นนี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น การจ้างเอกชนให้ทำอาหารเลี้ยงผู้ลี้ภัยระหว่างรอการส่งตัวกลับประเทศถือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาจ้างครูมาทำการสอนในโรงเรียนถือเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง⁸¹

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ เห็นว่าโดยหลักแล้ว สัญญาต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนในรูปแบบสัญญาทางแพ่งโดยมิได้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน สัญญาเหล่านั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งเสมอ แต่ในกรณีฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนกระทำการกิจในกฎหมายมหาชนแทนฝ่ายปกครองและลักษณะการปฏิบัติหน้าที่ของเอกชน คู่สัญญานั้นมีอำนาจเหนือต่อเอกชนรายอื่น ๆ แล้ว สัญญาดังกล่าวก็น่าจะอนุโลมเป็นสัญญาทางปกครองได้ เช่น ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการเก็บค่าธรรมเนียมในการจอดรถยนต์ริมถนนแต่ได้ทำสัญญาให้เอกชนดำเนินการแทน หรือฝ่ายปกครองมีหน้าที่อบรมวิชาชีพให้กับนักโทษหรือผู้ไร้แรงงานที่ไร้ฝีมือ แต่ได้ทำสัญญาให้เอกชนดำเนินการฝึกอบรมแทน เป็นต้น

๓.๑.๑.๒ สัญญาสัมปทาน

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ได้อธิบายต่อไปว่า รัฐบาลไทยมีการให้เอกชนดำเนินการกิจการเกี่ยวกับการสาธารณูปโภคมาตั้งแต่ช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. ๒๔๗๕ เช่น การขุดคลอง การรถไฟ เพียงแต่มิได้เรียกว่า “สัมปทาน” แต่เรียกว่า “การพระราชทานพระบรมราชานุญาตแก่ผู้รับอนุญาต” โดยมีลักษณะให้ผู้รับอนุญาตมีสิทธิแต่ผู้เดียว และต้องลงทุนด้วยตนเอง โดยมีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากการให้บริการนั้น ๆ และผู้รับอนุญาตจะต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นการตอบแทนที่รัฐให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้รับ

⁸⁰ H.Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, ๙ Aufl., Muenchen, ๑๙๙๔, S. ๓๒-๓๔๐.

⁸¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง : ๘๔.

อนุญาต ซึ่งเป็นลักษณะของการให้สัมปทาน โดยไม่มีกฎหมายควบคุมการให้สัมปทาน ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๔๖๔ ในสมัยรัชกาลที่ ๖ ได้มีพระราชบัญญัติจัดวางรถไฟและทางหลวง พระพุทธศักราช ๒๔๖๔ กำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตไว้ โดยห้ามมิให้ผู้ใดสร้างรถไฟราษฎรขึ้นในพระราชอาณา จักร เว้นแต่จะมีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ และในการให้อนุญาตนั้นรัฐบาลมีอำนาจพระราชทานพระบรมราชานุญาต ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต รัฐบาลมีอำนาจ ยึดถือปกครองได้ภายหลังวันที่ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว ๒๐ ปี และเมื่อเข้าถือปก ครองแล้ว ให้ยึดถือปกครองบรรดาสสิ่งปลูกสร้าง รถ เครื่องจักร พัสตุ และวัตถุอย่างอื่นด้วย ส่วนที่ ดินให้คิดเงินค่าทำขวัญให้ไม่เกินราคาที่ได้รับอนุญาตได้ซื้อไว้ และยังให้อำนาจแก่รัฐบาลในการ กำกับตรวจตราโดยให้อยู่ในกำกับตรวจตราดูแลของกรมรถไฟแผ่นดินไม่ว่าจะเป็นการเข้าตรวจจ ตรวจทางรถไฟ ที่ดินรถไฟ สิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักรของผู้รับอนุญาต

ในปี พ.ศ. ๒๔๗๑ ในสมัยรัชกาลที่ ๗ ได้มีพระราชบัญญัติควบคุมกิจการ ค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช ๒๔๗๑ ซึ่งได้ให้ความ หมายของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค คือ การรถไฟ รถราง ชุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้าและบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีการะบุไว้ตามยุคตามคราว พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ห้ามมิให้ผู้ใด ประกอบกิจการอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน เว้นแต่ได้รับพระราชทาน พระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานแล้ว ซึ่งรัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อ ความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนลงไว้ด้วยก็ได้ และมีพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับ สัมปทาน พุทธศักราช ๒๔๗๓ เอกชนจะสร้างหรือบำรุงรักษาทางหลวงในราชอาณาจักรได้โดย อาศัยอำนาจแห่งสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาลโดยให้ยื่นเรื่องราวขอสัมปทานก่อนสิ้นอายุสัมปทาน ได้ ถ้าปรากฏว่าผู้รับสัมปทานล้มละลาย หรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทานหรือหากมีข้อ ความในสัญญาสัมปทานให้อำนาจไว้ รัฐบาลสามารถเข้าครอบครองทางหลวงสายใดก่อนสิ้นอายุ ได้และเมื่อเข้าครอบครองทางหลวงใดแล้ว รัฐบาลต้องเข้ายึดถือครอบครองสิ่งปลูกสร้าง และของ ใช้ในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางด้วย แต่มีเงื่อนไขในการเข้าครอบครองทางหลวงก่อนสิ้นอายุ สัมปทานคือรัฐบาลจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้ จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับ ตรวจตราของรัฐบาลอย่างใกล้ชิด

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. ๒๔๗๕ การให้สัมปทานแก่ เอกชนคงดำเนินการตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือ ผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช ๒๔๗๑ ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักทั่วไปไว้ ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๔๘๒ ได้มีการตราพระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร พุทธศักราช ๒๔๘๒ กำหนดการ

ควบคุมการให้สัมปทานแก่เอกชนเรื่องการผลิตพลังงานเพื่อการค้า โดยให้ยื่นขอสัมปทานต่อกระทรวงเกษตรธิการ ไม่ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตดังเช่นสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง กฎหมายนี้ไม่ได้ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานในการเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์มหาชน แต่ให้อำนาจศาลในการสั่งบังคับผู้ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ให้รื้อถอนทำลาย หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งใดที่ทำไปแล้วได้ อย่างไรก็ตาม กิจการสาธารณูปโภคบางอย่าง เช่น การเดินอากาศ กรมการบินพาณิชย์ได้อนุญาตแก่ผู้ประกอบการในรูปของ “การอนุญาต” ไม่ได้ให้ในรูปของ “การสัมปทาน” ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศ

ในปัจจุบันนี้ สัญญาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะจึงอาจแยกเป็น ๒ ลักษณะคือ การจัดทำบริการสาธารณะโดยมีกฎหมายกำหนดไว้ และโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง

- ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งองค์กรใดโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ.๒๕๐๑ ให้อำนาจการไฟฟ้านครหลวงดำเนินการผลิตพลังงานไฟฟ้า และดำเนินการธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.๒๕๑๑ ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอำนาจดำเนินการบริการสาธารณะเกี่ยวกับเรื่องไฟฟ้าอย่างกว้างขวางภายในขอบวัตถุประสงค์ นอกจากนี้มีอำนาจทำเองแล้ว ยังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่เอกชนที่จะสร้างโรงไฟฟ้าเพื่อผลิตและจำหน่ายกระแสไฟฟ้าอีกด้วย⁸² นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.๒๕๐๓ พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ.๒๕๑๐ และพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ.๒๕๒๒ เป็นต้น

- ในกรณีโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง ผู้ประสงค์จะดำเนินกิจการบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอสัมปทานจากรัฐ ซึ่งหากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในกิจการนั้นเห็นชอบก็จะเข้าทำสัญญากัน โดยผลของสัญญาสัมปทาน โดยมีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม พ.ศ.๒๕๑๕ เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินการบริการสาธารณะโดยการให้สัญญาสัมปทานหรือการขออนุญาตและยกเลิก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช ๒๔๗๑ ประกาศของคณะ

⁸² สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๙), หน้า ๑๑๐-๑๒๑.

ปฏิวัตินี้ได้แยกความแตกต่างของกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตและต้องได้รับสัมปทานที่ลักษณะของการผูกขาดกิจการ หากไม่มีลักษณะของการผูกขาดก็จะอยู่ในรูปของการอนุญาต ผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็มีสิทธิขออนุญาตได้ เช่น การประกันภัย การคลังสินค้า การธนาคาร การออมสิน เครดิตฟองซิเอร์ การรับรองหรือรับซื้อตั๋วเงิน หากมีลักษณะในเชิงผูกขาดหรือกิจการสาธารณูปโภคก็จะอยู่ในรูปของการสัมปทาน เช่น การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตและการจำหน่ายก๊าซโดยระบบท่อไปยังอาคารต่าง ๆ

ในส่วนของสัญญาทางปกครองไทยได้มีการทำสัญญากับเอกชนมาเป็นเวลานานแล้วดังได้กล่าวไว้ข้างต้น โดยสัญญาส่วนใหญ่จะเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครอง"มอบ"บริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการจัดทำไปให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ แทนซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการมอบในลักษณะของการให้"สัมปทาน" แต่อย่างไรก็ตาม รูปแบบการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำก็เปลี่ยนไปโดยในบางครั้งฝ่ายปกครองมิได้มอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน แต่ฝ่ายปกครองจะใช้วิธี"ร่วมลงทุน"กับเอกชน⁸³ ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ.๒๕๓๕ ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.๒๕๓๕⁸⁴ โดยกำหนดแนวทางในการคัดเลือกคู่สัญญาผู้รับสัมปทานโดยจะบังคับใช้ในโครงการที่มีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ ๑,๐๐๐ ล้านบาทขึ้นไป ในกรณีที่เป็นการเสนอโครงการใหม่ ให้เสนอโครงการนั้นต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ถ้าสำนักงานฯไม่เห็นด้วยกับโครงการนั้น เจ้าของโครงการอาจเสนอโครงการให้คณะรัฐมนตรีตัดสิน ในกรณีที่เป็นการที่มีทรัพย์สินเดิมอยู่แล้ว ให้เสนอโครงการนั้นให้กระทรวงการคลังเป็นผู้พิจารณา ถ้ากระทรวงการคลังไม่เห็นด้วยกับโครงการ เจ้าของโครงการอาจเสนอโครงการให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาตัดสิน ส่วนการจัดหาคู่สัญญานั้น ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานและแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ วิธีการคัดเลือกเอกชนให้ใช้วิธีการประมูล ยกเว้นคณะกรรมการเห็นว่าไม่ควรใช้วิธีการประมูลและเจ้าของโครงการเห็นชอบด้วย ก็ให้รายงานสำนักงานคณะกรรมการ

⁸³ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , สัญญาทางปกครอง, หน้า ๗๖.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า๘๒.

พัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลัง ถ้าสองหน่วยงานนี้เห็นพ้องด้วย ก็ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ ถ้าสองหน่วยงานดังกล่าวเห็นต่างกันก็ให้ใช้วิธีการประนีประนอม⁸⁵

จะเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานมีลักษณะเช่นเดียวกับการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” แต่มีสิทธิและประโยชน์ที่รัฐและเอกชนมีหน้าที่ตามสัญญาต้องต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน และมีขั้นตอนการเลือกเอกชนคู่สัญญาสัมปทานด้วย ดังนั้น หากมีคดีพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทาน จึงควรพิจารณาประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ และควรนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองมาปรับใช้ และถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสซึ่งถือว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและฝ่ายปกครองควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาเป็นพิเศษหรือฝ่ายปกครองให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดในกิจการนั้นแต่ผู้เดียวเป็นสัญญาทางปกครอง⁸⁶

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ผ่านมา ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ดังนั้น ในทางปฏิบัติไม่ว่าฝ่ายปกครองทำสัญญาใด ๆ กับเอกชน สัญญานั้นก็เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น ซึ่งในการตีความศาลยุติธรรมก็จะใช้หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวโดยมิได้พิจารณาเนื้อความแห่งสัญญาว่ามีลักษณะของสัญญาทางปกครองหรือไม่ ดังปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๓๘/๒๕๒๕ ซึ่งวินิจฉัยว่า สัมปทานเพื่อการลงทุนประกอบกิจการเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทยจำเลยออกให้แก่โจทก์(เอกชน) เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนด และเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร และในกรณีที่ไม่ได้ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากการบอกเลิกสัมปทานบัตรเป็นเพราะจำเลย(กระทรวงมหาดไทย) เป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์(เอกชน) ก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาตีความว่า หากคู่สัญญาประสงค์ให้มีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญา ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นพิเศษอย่างไร ก็จะต้องกำหนดไว้ในสัญญาอย่างชัดแจ้ง หากไม่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ศาลก็จะนำหลักกฎหมายเอกชนมาปรับใช้ จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกานี้การเลิก

⁸⁵ สุรพงศ์ กลั่นประชา, สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย, หน้า ๑๒๒-๑๒๗.

⁸⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง : ๘๘.

สัญญาสัมปทานก่อนกำหนดโดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญา ถือว่าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา และต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

จากการที่ศาลฎีกาไทยตีความสัญญาของฝ่ายปกครองไทยเป็นสัญญาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมดนั้น ทำให้สัญญาของฝ่ายปกครองไทยในสมัยนั้นอยู่ ภายใต้การเสนอเรื่องให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ บัญญัติว่า

“สัญญาอนุญาตตุลาการหมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลง เสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม”

นอกจากนี้สัญญาตัวอย่างทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.๒๕๓๕ ข้อ ๒๑ กำหนดให้มี “ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตตุลาการ” ในสัญญาที่หน่วยงานภาค รัฐจะทำกับภาคเอกชนเพื่อผูกพันคู่สัญญาให้ต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน (ถ้ามี) โดย วิธีการอนุญาตตุลาการ

ในส่วนของภาครัฐในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ มีระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๔ ซึ่งมีข้อ กำหนดที่สำคัญได้แก่

“ข้อ ๕ ถ้าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการ อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นและหน่วยงานของรัฐได้ยิน ยอมให้ใช้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของ อนุญาตตุลาการดังกล่าว เว้นแต่คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท เป็นคำชี้ ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญา อนุญาตตุลาการ”

จากแนวคิดและทางปฏิบัติที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ทำให้ข้อพิพาทในสัญญาของ ฝ่ายปกครองที่ผ่านมาในอดีตอยู่ในอำนาจการเสนอเรื่องให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการได้ทั้งสิ้น ไม่ ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นจากสัญญาที่มีลักษณะอันเป็นสัญญาทางปกครองก็ตาม ปრაกฏตัวอย่าง จากคดีพิพาทในคดีจ้างก่อสร้างทางด่วน ระหว่างบริษัทบิลฟิงเกอร์ พลัส เบอร์เกอร์ บาวอค์เดียน เกเซลชาฟท์กับพวก ในนามกลุ่มกิจการร่วมค้าบีซีดี กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ที่

ได้มีการเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม อันเนื่องมาจากข้อพิพาทในเส้นทางก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นต้น

๒.๔.๒ สัญญาของฝ่ายปกครองไทยภายหลังพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ประกาศใช้แล้ว

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งบัญญัติบทนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” และบัญญัติให้สัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา ๓ และมาตรา ๙ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ดังนี้

“มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

.....

สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญา

สัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวง

ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

.....ฯลฯ

“มาตรา ๙ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

.....

(๔) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

.....ฯลฯ

ผลของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ทำให้เกิดศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย และการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ส่งผลต่อสัญญาของภาครัฐที่ผ่านมา ทำให้สัญญาของภาครัฐแบ่งออกเป็นสัญญา ๒ ประเภท คือ สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง และสัญญาทางปกครอง ดังเช่นหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แต่เนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ มิได้บัญญัติกฎหมายในส่วนที่เป็นสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ และบทนิยามของคำว่าสัญญาทางปกครองก็ยังคงมีความหมายค่อนข้างกว้าง ทำให้ศาลปกครองจำต้อง

เป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการตีความและวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่าสัญญาประเภทใดบ้างที่จัดเป็นสัญญาทางปกครอง และต้องขึ้นศาลปกครองหากเกิดข้อพิพาทขึ้น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองที่ผ่านมาวินิจฉัยไว้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

คดีแรก คดีระหว่างผู้ฟ้องคดี (มหาวิทยาลัยเชียงใหม่) ทำสัญญาจ้างผู้ถูกฟ้องคดี (บริษัท เจ-สัน คอนสตรัคชั่น(ประเทศไทย) จำกัด) ก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลคณะแพทยศาสตร์ โดยตามประกาศประกวดราคาไม่ได้กำหนดให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้ มาใช้ ต่อมาในระหว่างการก่อสร้าง ผู้ถูกฟ้องคดีและผู้ฟ้องคดีมีหนังสือขอเบิกจ่ายเงินชดเชยตามสัญญาแบบปรับราคาได้ดังกล่าว กลับถูกผู้ฟ้องคดีปฏิเสธการจ่ายเงิน โดยแจ้งว่าสำนักงบประมาณไม่ให้ความเห็นชอบในการจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างให้ผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่างานก่อสร้างรายนี้ไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะได้รับเงินชดเชยเนื่องจากประกาศประกวดราคาไม่ได้ระบุว่าจะใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินชดเชยค่าก่อสร้างและค่าใช้จ่ายธนาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินรวมทั้งสิ้น ๘,๓๑๓,๓๘๘.๐๕ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) จึงไม่มีอำนาจรับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดี *

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดในสัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษเป็นการให้ออกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอันมาก ประกอบกับสัญญาฉบับนี้มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างหอพักข้าราชการอันมีลักษณะพิเศษเพื่อให้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินงานกิจการทางปกครองบรรลุผล ซึ่งไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป นอกจากนี้ ยังมีข้อตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้อันเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับพิจารณาตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) และมีคำสั่งกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นโดยให้รับไว้พิจารณาและให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินการต่อไป **

คดีที่สอง คดีระหว่างผู้ฟ้องคดี (นาวาตรี ชนาวิณ สุวรรณบุปผา) สำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนนายเรือหลักสูตร ๕ ปี มีข้อผูกพันต้องรับราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา ๑๐ ปี นับแต่วันที่ได้รับบรรจุเข้ารับราชการ ระหว่างรับราชการได้รับการศึกษาหลักสูตร

* คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) ที่ ๒๑๔/๒๕๔๔

** คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๐๔/๒๕๔๔

การบินต้องรับราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา ๘ ปี นับแต่วันที่รับการบรรจุเป็นนักบินประจำกอง และศึกษาหลักสูตรนักบินตามโครงการจัดหา บ.P-๓ และหลักสูตร Air Support Control officer ต้องรับราชการใช้ทุน ๓ ปี และ ๒ ปีตามลำดับ ต่อมา ผู้ฟ้องคดีลาออกจากราชการรวมเวลารับราชการทั้งสิ้น ๑๒ ปี ๑๑ เดือน ๘ วัน ผู้ถูกฟ้องคดี (กองทัพเรือ) แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ทุนจำนวน ๕๓๖,๙๐๓.๘๘ บาท คำนวณจากระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีต้องรับราชการชดใช้ทุนอีก ๒ ปี ๕ เดือน ๒๐ วัน แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนต้องรับราชการชดใช้ทุนอีกเพียง ๘ เดือน ๒๓ วัน จึงต้องชดใช้ทุนเพียง ๑๔๒,๗๕๖.๒๓ บาท ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า สัญญาสำหรับผู้ที่ทางราชการส่งไปศึกษาในต่างประเทศไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองและไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงมีคำสั่งไม่รับฟ้องและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ *

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การคำนวณเงินค่าปรับที่ผู้ฟ้องคดีต้องชดใช้ฐานผิดสัญญาเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความผิดตามสัญญา โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะถูกจำกัดสิทธิไม่ว่าจะเป็นกรณีลาออกจากราชการหรือบอกเลิกสัญญา แต่ส่วนของผู้ถูกฟ้องคดีกลับมีสิทธิและอำนาจเด็ดขาด เช่น การบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ วัตถุประสงค์ของผู้ฟ้องคดีต้องกลับมารับราชการอันเป็นการบริการสาธารณะของรัฐ และข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์ที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงได้มีคำสั่งให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินการต่อไป **

ในส่วนของการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนั้น เมื่อได้มีบทบัญญัติ

เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองแล้ว ส่งผลให้ข้อพิพาทที่สามารถเสนอให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการได้มีเพียงเฉพาะข้อพิพาทในทางแพ่งเท่านั้น เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ ส่วนข้อพิพาทในทางปกครองที่เกิดจากสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ไม่ตกอยู่ในอำนาจพิจารณาชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอีกต่อไป

* คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองสูงสุด) ที่ ๑๑๖/๒๕๔๔

** คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๒๗/๒๕๔๔

เนื่องจากปัญหาการไม่สามารถเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดได้ดังกล่าว ส่งผลให้เกิดปัญหาอย่างมากในกิจการค้าซึ่งเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานภาครัฐกับเอกชนต่างประเทศ ที่จัดทำสัญญาในลักษณะที่เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งมักจะเป็นโครงการขนาดใหญ่และใช้เงินลงทุนจำนวนมาก โดยเงินลงทุนดังกล่าวก็มาจากการกู้ยืมเงินในลักษณะการเงินบริหารโครงการ (Project Finance) ซึ่งสถาบันการเงินจะบังคับให้มีข้อกำหนดในสัญญาของโครงการว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นจะต้องเสนอเรื่องให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาด เพราะเห็นว่าเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่จะไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นเสียเปรียบรัฐ ดังนั้น จากปัญหาดังกล่าวบรรดานักวิชาการ นักกฎหมาย รวมทั้งผู้ที่อยู่ในแวดวงการค้าระหว่างประเทศหรือในประเทศ จึงได้มีความพยายามที่จะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ ที่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้

๒.๔.๓ การนำวิธีการอนุญาตตุลาการมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง หลังจากพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ประกาศใช้

หลังจากที่ได้มีความพยายามเพื่อให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ จึงได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ และได้มีพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ซึ่งบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฯ ที่ได้มีการแก้ไขใหม่นั้น ได้บัญญัติรองรับอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของอนุญาตตุลาการไว้ในมาตรา ๑๕ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“มาตรา ๑๕ ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทาง

ปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ บัญญัติให้อำนาจคู่สัญญาในการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในสัญญาของตนได้ ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่งทั่วไปหรือแม้แต่สัญญาทางปกครองก็ตาม และยังให้สัญญาทางปกครองดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้

แต่จากที่กล่าวมาข้างต้นถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ยังมีความเห็นของนักกฎหมายปกครองส่วนหนึ่งเห็นว่า เมื่อกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาก็ไม่ควรจะมีสิทธิมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดอีก เพราะจะเป็นข้อสัญญาที่ตัดอำนาจของศาลปกครองและเป็นทางให้คู่สัญญาหลีกเลี่ยงไม่นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง⁸⁷ และยังอาจขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยในชั้นกำหนดว่าเรื่องใดจะมอบให้คู่พิพาทใช้การอนุญาโตตุลาการได้ (Arbitability)

จากแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หลักการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายต่างประเทศ และสภาพปัญหา ตลอดจนหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองและการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย สรุปได้ดังตาราง ต่อไปนี้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸⁷ สรวิศ ลิ้มปรงสี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักนิติรัฐ, ๒๕๔๕) หน้า ๔๘.

**ตารางเปรียบเทียบหลักการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง
ตามหลักกฎหมายไทยและต่างประเทศ**

สาธารณรัฐฝรั่งเศส	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	ประเทศไทย
<p>หลักทั่วไป หลักว่าด้วยการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ</p> <p>มาตรา ๑๐๐๔ ประกอบกับมาตรา ๘๓ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมมีข้อกำหนดห้ามมิให้มีการประนีประนอมยอมความในคดีพิพาทที่ต้องเสนอให้พนักงานอัยการ ซึ่งหนึ่งในนั้นได้แก่คดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งปัจจุบันถูกยกเลิกโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ ๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๒ มาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งบัญญัติรับหลักการเดียวกันนี้ไว้แทน</p> <p>ข้อยกเว้น</p> <p>๑. รัฐบัญญัติลงวันที่ ๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๒ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดให้องค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมสามารถประนีประนอมยอมความได้โดยออกเป็นรัฐกฤษฎีกา</p> <p>๒. ข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ ๑๗ เมษายน ๑๙๐๖ กำหนด</p>	<p>หลักทั่วไป ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองสามารถเกิดขึ้นได้</p> <p>มาตรา ๑๖๘ อนุมาตราหนึ่งเลขที่ ๕ และมาตรา ๑๗๓ กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง(VwGO) บัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการ บรรพ ๑๐ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง(ZPO) มาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งรวมถึงสัญญาทางปกครองได้</p> <p>ข้อยกเว้น</p> <p>คู่กรณีสามารถตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะ “ข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครองประเภทที่คู่กรณีอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน” เท่านั้น</p> <p>ในส่วนข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับคำฟ้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง</p>	<p>หลักทั่วไป</p> <p>สัญญาทางปกครองตกอยู่ภายในอำนาจการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา ๑๕ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ซึ่งให้อำนาจคู่สัญญาที่จะตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้</p> <p>ข้อยกเว้น</p> <p>ไม่มี</p> <p>ปัญหา</p> <p>๑. สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ การให้สัญญาทางปกครองตกอยู่ภายใต้การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งมุ่งคุ้มครองประโยชน์มหาชนเป็นหลัก</p> <p>๒. การตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอาจขัดต่อหลักว่าด้วยการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลซึ่งได้แบ่งแยกเขตอำนาจศาลออกเป็นศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ซึ่งมีแนวคิดว่า</p>

สาธารณรัฐฝรั่งเศส	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	ประเทศไทย
<p>ว่า รัฐ จังหวัด และเทศบาลอาจใช้กระบวนการอนุญาติตตูลากการได้</p> <p>๓. ข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ</p> <p>๔. ข้อยกเว้นโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ</p> <p>-กรณีสัญญาทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ได้แก่ สัญญาของ Eurodisney</p> <p>-กรณีของการรถไฟแห่งประเทศไทย (SNCF)</p> <p>-ข้อยกเว้นกรณีของการไปรษณีย์และองค์การโทรศัพท์</p> <p>-ข้อยกเว้นอื่นๆ เช่น ประมวลกฎหมายประกันภัย</p> <p>ปัญหา</p> <p>ไม่มี</p>	<p>กรณีจะตกลงให้อนุญาติตตูลากการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้</p> <p>ปัญหา</p> <p>ไม่มี</p>	<p>องค์กรผู้ที่มีอำนาจตัดสินคดีพิพาททางปกครองต้องเป็นองค์กรที่เป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนเท่านั้น ซึ่งได้แก่ ศาลปกครอง</p> <p>๓. บทบัญญัติมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาติตตูลากการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ไม่มีบทบัญญัติกำหนดขอบเขตในการมอบข้อพิพาทให้อนุญาติตตูลากการชี้ขาดและขอบเขตของข้อเท็จจริงที่อนุญาติตตูลากการมีอำนาจหยิบยกขึ้นมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาด ทำให้อนุญาติตตูลากการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่รัฐเป็นคู่สัญญาโดยไม่มีข้อจำกัด</p> <p>๔. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นกฎหมายที่บัญญัติเฉพาะในส่วนที่เป็นวิธีสบัญญัติ โดยมีได้มีเนื้อหาในส่วนสารบัญญัติแต่อย่างไร ทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าหากจะใช้วิธีการอนุญาติตตูลากการกับสัญญาทางปกครองจะมีหลักเกณฑ์อย่างไร หรือหากคณะอนุญาติตตูลากการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว ศาลปกครองจะสามารถตรวจสอบคำชี้ขาดได้หรือไม่ เพียงไร</p>

บทที่ ๓

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วน

สัญญาก่อสร้างทางด่วนหรือสัญญาโครงการระบบทางด่วนนับเป็นสัญญาภาคีรัฐที่มีความสำคัญมากเป็นอันดับต้นๆของประเทศ อันเนื่องมาจากเหตุผลหลายประการและหนึ่งในเหตุผลดังกล่าว คือ วัตถุประสงค์ของสัญญาที่เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะซึ่งถือเป็นหน้าที่ของรัฐอย่างหนึ่งที่จะจัดการสาธารณูปโภคให้กับประชาชน สัญญาก่อสร้างทางด่วนหรือสัญญาโครงการระบบทางด่วนก็ไม่แตกต่างจากสัญญาอื่นมากนัก ในแง่ที่อาจเกิดข้อพิพาทขึ้นเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือด้วยเหตุอื่นใด ในการดำเนินโครงการระบบทางด่วนที่ผ่านมาก็ได้มีเหตุการณ์ข้อพิพาทเกิดขึ้นและข้อพิพาทหนึ่งที่ยังเป็นปัญหาอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนและในทางสังคม ตัวอย่างหนึ่งของข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างทางด่วนคือ ข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างทางด่วนยกระดับสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ซึ่งได้มีการมอบข้อพิพาทตามสัญญาให้กับคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้มีคำชี้ขาดตามข้อเรียกร้อง แต่ปัญหาข้างต้นมิได้อยู่ที่ว่าทำไมฝ่ายรัฐจึงเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามคำชี้ขาด แต่อยู่ที่ว่าสัญญาก่อสร้างหรือสัญญาโครงการระบบทางด่วนมีลักษณะพิเศษหรือแตกต่างจากสัญญาอื่นของภาครัฐหรือไม่อย่างไร ในสัญญาก่อสร้างทางด่วนควรจะนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทหรือไม่ และอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างทางด่วนอย่างไรจึงจะเป็นธรรมกับคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

๓.๑ แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วน

๓.๑.๑ ความเป็นมาและความหมายของสัญญาก่อสร้างทางด่วน

การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) เป็นรัฐวิสาหกิจสังกัดกระทรวงคมนาคม^{*} จัดตั้งขึ้นโดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๙๐ ลงวันที่ ๒๗ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ ซึ่งในสมัยเริ่มมีการก่อตั้งได้สังกัดอยู่ในกระทรวงมหาดไทย ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ บัญญัติให้การทาง

* พระราชกฤษฎีกาแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับการโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการกระทรวงมหาดไทยโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ไปสังกัดกระทรวงคมนาคม นับตั้งแต่วันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๔๕

พิเศษแห่งประเทศไทยมีหน้าที่ในการจัดสร้าง “ทางพิเศษ” หรือ “ทางด่วน” ขึ้น อันเนื่องมาจากปัญหาการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วของประชากรและการเติบโตอย่างรวดเร็วของกรุงเทพมหานคร นำไปสู่ปัญหาการจราจรที่ติดขัดและนำมาซึ่งความสูญเสียทางเศรษฐกิจ รัฐบาลจึงได้คิดหาวิธีการเพื่อแก้ไขปัญหาการจราจรด้วยการสร้าง “ทางพิเศษ” หรือ “ทางด่วน” ขึ้น เพื่อให้การจราจรภาคเหนือ ภาคใต้ และภาคตะวันออกเฉียงเหนือติดต่อกันได้สะดวกขึ้น และยังเป็นการเตรียมการเพื่อรองรับปัญหาการจราจรในอนาคต รัฐบาลจึงได้สนับสนุนให้มีโครงการระบบทางด่วนโดยให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ

ในส่วนของผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้ที่ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ตามลำดับ ดังนี้

- ๑) นายประสิทธิ์ อุไรรัตน์ ดำรงตำแหน่งระหว่างเดือนมีนาคม ๒๕๑๖ - เดือนกรกฎาคม ๒๕๑๖
- ๒) นายจำลอง ศาลิคุปต์ ดำรงตำแหน่งจนถึงเดือนพฤศจิกายน ๒๕๑๖
- ๓) นายทองฉัตร หงส์ดามรงค์ ซึ่งเป็นผู้ริเริ่มการก่อสร้างโครงการทางด่วนขั้นที่ ๑ ดำรงตำแหน่งจนถึงเดือนกรกฎาคม ๒๕๒๒
- ๔) นายจรัล บุรพรัตน์ เข้าดำรงตำแหน่งเมื่อเดือนตุลาคม ๒๕๒๒ และเข้ามาสานต่อโครงการทางด่วนขั้นที่ ๑ จนสำเร็จ และได้วางแผนขยายเครือข่ายทางด่วนออกไปอีกในโครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ และทางด่วนในโครงการต่อๆ มาอีก ซึ่งนายจรัล ได้ดำรงตำแหน่งจนถึงเดือนพฤษภาคม ๒๕๓๖
- ๕) นายสุขวิช รังสิตพล ผู้ริเริ่มดำเนินโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ดำรงตำแหน่งจนถึงเดือนพฤษภาคม ๒๕๓๘
- ๖) นายศิวะ เจริญพงษ์ ดำรงตำแหน่งจนถึงเดือนกันยายน ๒๕๓๘ ซึ่งช่วงที่นายศิวะดำรงตำแหน่งนี้เอง ได้มีการลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างของโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง
- ๗) นายเรืองฤทธิ์ พูลสวัสดิ์ ดำรงตำแหน่งจนถึงเดือนพฤศจิกายน ๒๕๔๐
- ๘) นายสมนึก ชัยเดชสุริยะ ดำรงตำแหน่งถึงเดือนมิถุนายน ๒๕๔๑
- ๙) นายปรีชา ศรีทองสุข ดำรงตำแหน่งในช่วงเวลาที่กิจการร่วมค้าบีบีซีดียื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ และอยู่ในตำแหน่งจนถึงเดือนกันยายน ๒๕๔๔

คำว่า “ทางด่วน” หรือ “โครงการระบบทางด่วน” มิได้มีความหมายเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๙๐ ลงวันที่ ๒๗ พฤศจิกายน พ.ศ.๒๕๑๕^{*} ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ทางพิเศษ” ดังนี้

“ทางพิเศษ หมายความว่า ทางหรือถนนซึ่งจัดสร้างขึ้นใหม่ ไม่ว่าจะในระดับพื้นดินใต้พื้นดิน เหนือพื้นดินหรือพื้นน้ำ เพื่ออำนวยความสะดวกในการจราจรเป็นพิเศษ และหมายความรวมถึงทางซึ่งใช้สำหรับรถรางเดี่ยวหรือรถใต้ดิน สะพาน อุโมงค์ เรือสำหรับขนส่งรถข้ามฟาก ท่าเรือสำหรับขึ้นลงรถ ทางเท้า ที่จอดรถ เขตทาง ไหล่ทาง เขื่อนกันน้ำ ท่อทางระบายน้ำ กำแพงกันดิน รั้วเขต หลักระยะ สัญญาณจราจร เครื่องหมายจราจร และอาคารหรือสิ่งอื่นอันเป็นอุปกรณ์เกี่ยวกับงานทางพิเศษ”

คุณวิมลรัตน์ สุขเจริญ ได้อธิบายลักษณะของทางด่วนไว้ในหนังสือโครงการทางด่วนพิเศษขั้นที่สอง ของสถาบันนโยบายการศึกษา ดังนี้^๑

“เป็นถนนที่จัดสร้างขึ้นเป็นทางวิ่งของรถยนต์นั่งและรถยนต์บรรทุกโดยเฉพาะ มีการควบคุมการจราจรเข้าออก คือให้รถเข้าออกได้เฉพาะจุดที่สำคัญ และบริเวณที่ติดกับถนนเดิมจะทำเป็นทางแยกต่างระดับ มีรั้วกันทั้งสองข้าง แบ่งช่องทางจราจรไว้เป็น ๖ ช่องและมีไหล่ทางอีกข้างละ ๑ ช่อง ช่วงความสูงที่ยกระดับประมาณ ๘.๑๐ เมตร รวมความกว้างของถนนประมาณ ๒๘ เมตร ในกรณีเกิดอุบัติเหตุบนทางด่วน ผู้ขับขี่รถยนต์ยานพาหนะจะได้รับการช่วยเหลืออย่างรวดเร็ว เพราะตลอดแนวทางด่วนจะบริการโทรศัพท์สาธารณะไว้ และบริเวณทางขึ้นลงทุกจุดจะมีโทรศัพท์วงจรปิดเพื่อควบคุมการจราจร

นอกจากนี้ก็จะมีการควบคุมน้ำหนักรถที่จะผ่านโดยกำหนดให้รถแต่ละคันน้ำหนักจะต้องไม่เกิน ๒๐ ตัน ส่วนความเร็วของรถที่แล่นไม่ต่ำกว่า ๓๐ กิโลเมตรต่อชั่วโมงและไม่เกิน ๘๐ กิโลเมตรต่อชั่วโมง”

^{*} ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๙๐ ลงวันที่ ๒๗ พฤศจิกายน พ.ศ.๒๕๑๕ ข้อ ๑.

^๑ วิมลรัตน์ สุขเจริญ, โครงการทางด่วนพิเศษขั้นที่สอง, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มาสเตอร์เพรส, ๒๕๓๗), หน้า ๑-๒.

ส่วนคำว่า “สัญญาก่อสร้างทางด่วน”^๒ หมายถึงสัญญาประเภทหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์สำหรับใช้ในงานก่อสร้างทางด่วนโดยตรงและมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากสัญญาประเภทอื่น ซึ่งลักษณะทั่วไปของสัญญาก่อสร้าง มีดังนี้

๑) สัญญา ตัวสัญญาก่อสร้างจะประกอบไปด้วยเอกสารประกอบสัญญาหลายส่วน เช่น ส่วนของการเสนอราคาหรือส่วนของข้อเสนอ, ส่วนของข้อตกลง, เงื่อนไขทั่วไปหรือมาตรฐานรายการก่อสร้าง, ข้อกำหนดพิเศษ, แบบรูป และการเพิ่มเติม

๒) ขั้นตอนการดำเนินงาน ในการดำเนินงานก่อสร้างจะมีหลายขั้นตอน มีรายละเอียด เทคนิค และวิธีการต่าง ๆ ทั้งในเรื่องของข้อปฏิบัติทางกฎหมายหรือวิธีปฏิบัติของผู้มีวิชาชีพวิศวกร สถาปนิก โดยเริ่มตั้งแต่การริเริ่มจัดทำโครงการ การคัดเลือกผู้รับเหมา การประมูลงาน การว่าจ้างช่วง เป็นต้น

๓) บุคลากร การก่อสร้างต้องอาศัยบุคคลผู้มีวิชาชีพ มีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะ เช่น การออกแบบโครงการก่อสร้างต้องอาศัยสถาปนิก การควบคุมการก่อสร้างต้องอาศัยวิศวกร เป็นต้น

จากลักษณะเฉพาะของสัญญาก่อสร้างทั่วไปข้างต้น หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบว่าไม่มีบทบัญญัติที่ให้คำจำกัดความของสัญญาก่อสร้าง แต่โดยลักษณะของสัญญาจะเห็นได้ว่าเป็นงานจ้างทำของประเภทหนึ่ง ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องเอกเทศสัญญาบรรพ ๓ ลักษณะ ๗ มาตรา ๕๘๗ บัญญัตินิยามสัญญาจ้างทำของไว้ว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้างตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงสามารถอธิบายลักษณะสัญญาก่อสร้างทางด่วนได้ดังนี้

สัญญาก่อสร้างทางด่วน คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการก่อสร้างทางพิเศษตามแบบ และวิธีการตลอดจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งงานก่อสร้างที่ทำนั้น

^๒ วันชัย กิจชาญไพบูลย์, “การอนุญาตตุลาการที่เกี่ยวเนื่องเป็นชุดในสัญญาก่อสร้าง”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๓), หน้า ๘-๙.

เนื่องมาจากปัญหาการจราจรที่กล่าวแล้วข้างต้น รัฐบาลจึงได้จัดทำโครงการทางด่วนขั้นที่หนึ่งดำเนินงานโดยการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ระยะเวลาดำเนินการของโครงการเริ่มต้นปี ๒๕๑๘ สิ้นสุดปี ๒๕๒๙ ประกอบด้วยทางด่วน ๓ สาย คือ ทางด่วนสายดินแดง-ท่าเรือ ระยะทางประมาณ ๘.๙ กิโลเมตร, ทางด่วนสายบางนา-ท่าเรือ ระยะทางประมาณ ๙.๖ กิโลเมตร และทางด่วนสายดาวคะนอง-ท่าเรือ ระยะทางประมาณ ๑๐.๓ กิโลเมตร ซึ่งทางด่วนทั้ง ๓ สายนี้เชื่อมทางหลวงสายถนนวิภาวดี-รังสิต สายบางนา-ตราด และสายธนบุรี-ปากท่อ ให้ติดต่อกันได้สะดวกโดยไม่ต้องติดขัดกับปัญหาการจราจรในเมือง ในส่วนมูลค่าโครงการประมาณ ๘,๕๑๙ ล้านบาท โดยจำแนกเป็นค่าก่อสร้างประมาณ ๗,๓๑๖ ล้านบาท และค่าจัดการกรรมสิทธิ์ที่ดินประมาณ ๑,๒๐๓ ล้านบาท โดยมีแหล่งที่มาของเงินทุนประกอบไปด้วยเงินอุดหนุนจากรัฐบาลรายได้จากการทางพิเศษแห่งประเทศไทย เงินกู้จากสถาบันความร่วมมือทางเศรษฐกิจพื้นทะเลแห่งประเทศญี่ปุ่น(OECF) และเงินกู้ภายในประเทศเอง^๓

ต่อมากองกรุงเทพมหานครมีอัตราการเพิ่มขึ้นของรถยนต์อย่างรวดเร็ว ในขณะที่เส้นทางการจราจรมีอัตราการขยายตัวต่ำมาก ก่อให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ซึ่งระบบทางด่วนขั้นที่ ๑ ก็สามารถรองรับการจราจรได้เพียง ๒-๓ ทางเท่านั้นโดยไม่มีทางเข้าสู่พื้นที่สำคัญส่วนอื่นของกรุงเทพฯ ในส่วนความสามารถในการขยายถนนระดับดินในเขตเมืองก็ไม่อาจจะขยายต่อไปอีกได้ ขณะนั้นการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้รับความร่วมมือทางวิชาการจากประเทศญี่ปุ่น และผลการศึกษาก็ได้มีการเสนอแนะให้มีการก่อสร้างทางด่วนขั้นที่ ๒ ขึ้นเพื่อขยายจุดสิ้นสุดจากเดิมออกไปทั้ง ๒ เส้นทาง

โครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ นับเป็นโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่โครงการแรกในประเทศไทยที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างภาครัฐบาลและเอกชน ตามนโยบายของรัฐบาลในสมัยนั้นในการแก้ไขปัญหาการจราจรของกรุงเทพมหานครและปริมณฑล โดยได้อนุมัติให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยลงนามในสัญญาแต่งตั้งให้บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด เป็นผู้ลงทุนออกแบบดำเนินการก่อสร้าง และบริหารโครงการ (Build – Operate – Transfer หรือ BOT) ทางด่วนขั้นที่ ๒ เป็นระยะเวลา ๓๐ ปี โครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ นี้ มีระยะทางยาวประมาณ ๔๐ กิโลเมตร ประกอบด้วยเส้นทาง ๒ สาย คือ สายบางโคล่-แจ้งวัฒนะ และสายพญาไท-ศรีนครินทร์^๔

^๓ วิมลรัตน์ สุขเจริญ, *โครงการทางด่วนพิเศษขั้นที่สอง*, หน้า ๒.

^๔ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓.

ภายหลังรัฐบาลได้มีมติให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยดำเนินการโครงการทาง
 ด่วนต่อมาอีกหลายสาย ได้แก่ ทางด่วนสายรามอินทรา-อาจณรงค์ ทางด่วนสายบางนา-ชลบุรี
 (สายบางนา-บางพลี-บางปะกง) และทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด

๓.๑.๒ บุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาก่อสร้างทางด่วน

สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๑ นั้น การทางพิเศษแห่งประเทศไทยซึ่งมี
 หน้าที่โดยตรงเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการแต่ผู้เดียว โดยการสนับสนุนเงินลงทุนจากทั้งภาครัฐและ
 เงินกู้จากภาคเอกชน ต่อมาเมื่อเริ่มดำเนินการโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๒ ซึ่งอยู่ในช่วงที่รัฐบาล
 ได้ออกระเบียบการก่อสร้างของประเทศ พ.ศ.๒๕๒๘ ทำให้หน่วยงานของรัฐรวมทั้งการทางพิเศษ
 แห่งประเทศไทยไม่อาจดำเนินการในโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๒ ได้โดยใช้เงินกู้ต่างประเทศ
 อย่างไม่มีจำกัด แต่เนื่องจากกิจการบริการสาธารณะของรัฐยังคงต้องดำเนินต่อไปในขณะที่รัฐไม่มี
 แหล่งเงินทุนที่เพียงพอ รัฐบาลจึงแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อให้เอกชนสามารถเข้าร่วมลงทุนในกิจ
 การสาธารณูปโภค หรือบริการสาธารณะ ซึ่งก็ได้แก่การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนด้วย จึงนับได้ว่า
 โครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๒ ถือเป็นโครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในบริการสาธารณะโครง
 การแรกๆ ในยุคนั้น ทำให้เกิดสัญญาก่อสร้างทางด่วนที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าร่วมด้วย^๕

โดยทั่วไปโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ เช่น โครงการทางด่วนจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้อง
 เริ่มตั้งแต่เจ้าของโครงการ(owner) ผู้ออกแบบ(designer) ผู้จัดการงานก่อสร้างหรือผู้ควบคุม
 งานก่อสร้าง(construction manager or supervisor) ผู้รับเหมา(contractor) ธนาคารหรือสถาบัน
 การเงิน(bank or lending institution) ผู้ขายหรือผู้ผลิตวัสดุก่อสร้าง(material supplier or
 producer) ผู้รับเหมาช่วง(sub-contractor) หน่วยงานราชการ(government agency) และองค์กร
 ต่างๆ เป็นต้น^๖

^๕ เข็มชัย ชุตินวงศ์, เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรการบริหารงานภาครัฐและ
 กฎหมายมหาชน รุ่นที่ ๑ หัวข้อ “กฎหมายระเบียบและทางปฏิบัติของทางราชการ เกี่ยวกับสัญญา
 ให้เอกชนเข้าร่วมการงานในกิจการของรัฐ,” เอกสารอัดสำเนา, สถาบันพระปกเกล้า , พ.ศ.๒๕๔๔,
 หน้า ๗.

^๖ วันชัย กิจชาญไพบูลย์, “การอนุญาตตลาดการที่เกี่ยวข้องเนื่องเป็นชุดในสัญญาก่อสร้าง”,
 หน้า ๕.

นอกจากนี้ในสัญญาอาจจะต้องมีผู้ค้ำประกัน(garantor) เนื่องจากต้องมีการกู้เงินจากสถาบันการเงินทั้งในและนอกประเทศ ดังนั้น ในการทำสัญญาก็มักจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับผู้ค้ำประกันซึ่งจะทำให้การกู้เงินจากต่างประเทศมีความเป็นไปได้สูงยิ่งขึ้น

๓.๑.๒.๑ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย

การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) มีฐานะเป็นเจ้าของโครงการ(owner) ในสัญญาก่อสร้างทางด่วนซึ่งปกติแล้วเจ้าของโครงการในสัญญานั้น ได้แก่ บุคคลซึ่งต้องการผลงานก่อสร้างไว้ใช้สอยเพื่อประกอบธุรกิจอื่นต่อไปซึ่งอาจเป็นภาคเอกชนหรือภาครัฐบาลก็ได้ ดังนั้น การทางพิเศษแห่งประเทศไทยในฐานะเจ้าของโครงการจัดทำโครงการทางด่วนก็เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในด้านบริการสาธารณะนั่นเอง

การทางพิเศษแห่งประเทศไทย โดยมีขอบเขตการดำเนินงาน ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๙๐ ดังต่อไปนี้คือ

- ๑) เพื่อบริหารงานและควบคุมปฏิบัติงานให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาล และคณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย
- ๒) เพื่อจัดสร้างทางหรือถนนที่จัดสร้างขึ้นใหม่ไม่ว่าในระดับพื้นดิน ใต้พื้นดิน เหนือพื้นดิน หรือพื้นน้ำ
- ๓) เพื่ออำนวยความสะดวกในการจราจรเป็นพิเศษในทางซึ่งใช้สำหรับรถรางเดี่ยวหรือรถใต้ดิน สะพาน อุโมงค์ เรือสำหรับขนส่งรถข้ามฟาก ท่าเรือสำหรับขึ้นลงรถ ทางเท้าที่จอดรถ เขตทางไหล่ทาง เรือกั้นน้ำ ท่อทางระบายน้ำ กำแพงกันดิน รั้วเขตหลักกระยะ สัญญาณจราจร และอาคารหรือสิ่งอื่นอันเป็นอุปกรณ์ของงานการทางพิเศษฯ
- ๔) เพื่อดำเนินการบำรุงรักษาทางพิเศษที่จัดสร้างขึ้น
- ๕) เพื่อดำเนินการหรือคอยควบคุมธุรกิจอันเกี่ยวกับการขนส่งโดยรถรางเดี่ยวและรถใต้ดิน
- ๖) เพื่อดำเนินงานต่างๆ ที่เกี่ยวกับการทางพิเศษ

หน้าที่ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยหลักๆ ได้แก่ การดูแลเรื่องการสร้างทางพิเศษหรือทางด่วน การจัดระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน และการดูแลเรื่องระบบทางด่วน ต่อมาภายหลัง

ได้มีการแยกการดูแลเรื่องรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนออกไปโดยจัดตั้งเป็นองค์การรถไฟฟ้ามหานคร หรือ รฟม. ขึ้น การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงมีหน้าที่หลักในการดำเนินการเรื่องทางด่วนเท่านั้น

ในการบริหารงานภายในของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยนั้น จะมีคณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นคณะกรรมการบริหารองค์กร มีอำนาจหน้าที่ในการดูแลกิจการของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเกือบทั้งหมด* อำนาจบริหารทั่วไปจึงเป็นที่ยุติที่คณะกรรมการชุดนี้ และให้อำนาจผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีอำนาจในกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก ในนามของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้ด้วย** นอกเหนือจากอำนาจเฉพาะตำแหน่งผู้ว่าการฯ ***

ในการนี้ เรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ได้แก่ เรื่องที่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี**** คือ

- ๑) การสร้างหรือขยายทางพิเศษ
- ๒) การกู้ยืมเงินเกิน ๑๐ ล้านบาท
- ๓) การออกพันธบัตรหรือตราสารอื่นใดเพื่อการลงทุน
- ๔) การจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาเกิน ๕๐๐,๐๐๐ บาท
- ๕) การจำหน่ายทรัพย์สินที่มีราคาเกิน ๑ ล้านบาท จากบัญชีเป็นสูญ

๓.๑.๒.๒ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ในโครงการทางด่วนขั้นที่ ๑ นั้น การทางพิเศษแห่งประเทศไทยผู้เป็นเจ้าของโครงการดำเนินการก่อสร้างแต่เพียงผู้เดียวโดยการสนับสนุนเงินลงทุนจากภาครัฐและด้วยเงินกู้จากภาคเอกชน ต่อมาในช่วงที่ดำเนินการโครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ เป็นช่วงที่รัฐบาลได้ประกาศใช้ระเบียบการก่อกั้นของประเทศส่งผลให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่อาจดำเนินโครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ ด้วยเงินกู้จากภาคเอกชนดังเช่นโครงการทางด่วนขั้นที่ ๑ ได้ จึงได้มีการแก้ปัญหาด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนด้วยทำให้โครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ มีเอกชนเข้าร่วมลงทุนในรูปแบบ

* ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๙๐ ข้อ ๑๒.

** ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๙๐ ข้อ ๑๗.

*** ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๙๐ ข้อ ๑๖.

**** ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๙๐ ข้อ ๓๖.

ของคู่สัญญาด้วย ซึ่งคู่สัญญาที่เป็นผู้ลงทุนในโครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ นี้ได้แก่ บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด หรือบีอีซีแอล (Bangkok Expressway Company Limited)

ในโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๒ ได้มีการอนุมัติให้กลุ่มบางกอกเอกซ์เพรสเวย์คอนซอร์เทียม หรือบีอีซี (Bangkok Expressway Consortuim) เป็นผู้ได้รับสัมปทาน ซึ่งกลุ่มบีอีซีเกิดขึ้นจากการก่อตั้งโดยบริษัทกูมาโก กูมิ บริษัทรับเหมาก่อสร้างรายใหญ่ของประเทศญี่ปุ่นและเป็นบริษัทก่อสร้างระหว่างประเทศที่มีผลงานการรับเหมาก่อสร้างสถานที่สำคัญๆ ในประเทศต่างๆ มากมาย เมื่อบริษัทบางกอกเอกซ์เพรสเวย์คอนซอร์เทียม หรือบีอีซีได้ลงนามในสัญญาสัมปทานโครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ กับกระทรวงพิเศษแห่งประเทศไทยเมื่อวันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๓๑ แล้ว บีอีซีจึงได้ดำเนินการจดทะเบียนตั้งบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด หรือบีอีซีแอล (Bangkok Expressway Company Limited) ให้เป็นผู้ดำเนินการในโครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ นี้ เมื่อเดือนมิถุนายน ๒๕๓๒ ด้วยทุนจดทะเบียน ๕,๕๐๐ ล้านบาท เรียกชำระแล้ว ๔,๑๑๐ ล้านบาท โดยมีผู้ถือหุ้น ๙ ราย ดังต่อไปนี้^๗

ตารางแสดงผู้ถือหุ้นบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด

ผู้ถือหุ้น	จำนวนหุ้น (ร้อยละ)
บริษัทกูมาโก กูมิ	๖๕.๕
บริษัท ช.การช่าง	๕.๐
ธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย	๔.๕
ธนาคารกรุงเทพ	๙.๔
ธนาคารกรุงไทย	๓.๖๔
ธนาคารทหารไทย	๓.๗๗
ธนาคารไทยพาณิชย์	๓.๐
ธนาคารเอเชีย	๒.๕
สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์	๒.๖๖

ต่อมาเนื่องจากปัญหาความขัดแย้งระหว่างกระทรวงพิเศษแห่งประเทศไทย และบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด ในการเปิดใช้ทางด่วนหลังจากที่การก่อสร้างเสร็จสิ้นแล้วซึ่งยืดเยื้อ

^๗ วิมลรัตน์ สุขเจริญ, โครงการทางด่วนพิเศษขั้นที่สอง, หน้า ๑๔.

มานานนับปีและไม่สามารถหาข้อยุติได้ บริษัทกูมาโก กูมิ ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่จึงเสนอขายหุ้นที่ถืออยู่ทั้งหมดในบริษัททางด่วนกรุงเทพต่อรัฐบาลไทย หรือให้มีการรวมกิจการของบริษัททางด่วนกรุงเทพเข้ากับการทางพิเศษ เพื่อเป็นการยุติปัญหาโครงการทางด่วนขั้นที่ ๒ แต่รัฐบาลไทยเห็นว่าข้อเสนอดังกล่าวขัดกับนโยบายของรัฐบาลในการส่งเสริมบทบาทของเอกชน จึงได้ข้อสรุปว่าจะขายให้กับผู้ถือหุ้นฝ่ายไทยในบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด แทน ซึ่งต่อมาบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัดก็ได้ผู้ถือหุ้นรายใหม่ ดังรายนามต่อไปนี้

ตารางโครงสร้างผู้ถือหุ้นบริษัททางด่วนกรุงเทพหลังการเปลี่ยนแปลง

กลุ่มบริษัท ช.การช่าง (๓๕.๑๑%)	กลุ่มธนาคารพาณิชย์ และบริษัทเงินทุน (๕๘.๔%)	ธนาคารเพื่อการ พัฒนาแห่งเอเชีย (๔.๓๒%)	สำนักงานทรัพย์สิน ส่วนพระมหากษัตริย์ (๒.๕๓%)
-บริษัท ช.การช่าง -บริษัทบิลฟิงเกอร์เบอร์เกอร์ เบอาัคเทียนเกเซลชาฟ -บริษัทโตคิว คอนสตรัคชั่น -บริษัทเหมราชพัฒนาที่ดิน -บริษัทชั้นเทคโนโลยี -บริษัทสตาร์บลิ๊อค	-ธนาคารกรุงเทพ -ธนาคารกรุงไทย -ธนาคารทหารไทย -ธนาคารไทยพาณิชย์ -ธนาคารเอเซีย -บริษัทเงินทุนหลัก ทรัพย์นวัตกรรมกิจ -บริษัทเงินทุนหลัก ทรัพย์ธนาชาติ -บริษัทเงินทุนหลัก ทรัพย์จีเอฟ -บริษัทเงินทุนหลัก ทรัพย์เอเซีย -บริษัทไทยประกัน ชีวิต		

ในส่วนของสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้แก่ กิจการร่วมค้าบีบีซีดี ซึ่งประกอบด้วยบริษัท บิลฟิงเกอร์ พลัส เบอร์เกอร์ บาวอัดเดียนเกเซลชาฟท์ , บริษัท ซี.การช่าง จำกัด(มหาชน) และบริษัท ดิคเคอร์ ฮอฟท์ แอนด์ วิดแมนน์ เอจี จำกัด

๓.๑.๒.๓ บุคคลที่เกี่ยวข้องฝ่ายอื่นๆ ในสัญญาก่อสร้าง อันได้แก่^๔

๑) **ผู้บริหารโครงการ (project administrative)** หมายถึง บุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าของโครงการเพื่อเป็นผู้ให้คำปรึกษาและช่วยปฏิบัติงาน ซึ่งในบางโอกาสต้องประสานงานกับผู้ก่อสร้างเป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของเจ้าของโครงการ งานส่วนใหญ่ที่ต้องปฏิบัติมักเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับโครงการด้านเอกสารสัญญา ข้อปฏิบัติและตัวบทกฎหมายต่าง ๆ เพื่อดำเนินการด้านกำหนดนโยบาย วัตถุประสงค์ เป้าหมายของโครงการ และดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุมราคาค่าก่อสร้างไม่ให้เกินวงเงินงบประมาณ การเพิ่มลดงานก่อสร้าง การคิดปริมาณงาน การเบิกจ่ายเงิน ตลอดจนการจัดประชุมประสานงานระหว่างผู้เกี่ยวข้องกับโครงการก่อสร้างทั้งหมด บุคคลากรที่ปฏิบัติงานในกลุ่มผู้บริหารโครงการนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นสถาปนิกหรือวิศวกร แต่จะเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ด้านการเงิน การลงทุน การตลาดและด้านกฎหมาย

๒) **ผู้ออกแบบ (designer)** หมายถึง บุคคลที่ทำหน้าที่ให้แก่เจ้าของโครงการในด้านการกำหนดรูปแบบโครงสร้างและรายละเอียดต่าง ๆ ผู้ออกแบบนี้อาจจะเป็นสถาปนิกหรือวิศวกรก็ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของงานที่จะออกแบบและก่อสร้าง คือ ในเบื้องต้นงานออกแบบมักจะเป็นสถาปนิกและอาจจะมีวิศวกรหรือที่ปรึกษาจากอาชีพอื่นร่วมด้วยขึ้นอยู่กับลักษณะของงาน โดยมีขั้นตอนการออกแบบ ๓ ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนการออกแบบร่างขั้นเค้าโครงของโครงการหรือการวางแผนงาน(schematic design phase) ขั้นตอนการออกแบบร่างขั้นจัดรายละเอียดเนื้อที่หรือการออกแบบเป็นรูปร่าง(developed design phase) และขั้นตอนการออกแบบขั้นเขียนแบบก่อสร้างเพื่อใช้เป็นเอกสารในการออกประกาศประกวดราคา(bidding document phase) ซึ่งเป็นขั้นตอนการออกแบบรายละเอียดต่างๆ ที่ต้องใช้ในการก่อสร้างทั้งหมด นับตั้งแต่รายละเอียดด้านรูปแบบ โครงสร้าง การประกอบอุปกรณ์ก่อสร้างกับส่วนต่างๆ บอกระยะ เวลาและแนวต่างๆ ของสิ่งก่อสร้าง ขนาด ชนิด ประเภทของวัสดุ พร้อมทั้งรายการประกอบแบบหรือข้อกำหนดการก่อสร้าง(specifications) เพื่อนำไปใช้ในการก่อสร้าง

^๔ พนาร์ตัน เกลิมวุฒิศักดิ์, “ความรับผิดชอบทางแพ่งเนื่องจากการประกอบวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๔) หน้า ๗-๑๐.

๓) **วิศวกร (engineer)** โดยทั่วไปเป็นคำที่มีความหมายกว้าง หมายถึง ผู้ประกอบงานวิศวกรรม ได้แก่ วิศวกรโยธา วิศวกรเหมืองแร่ วิศวกรเครื่องกล วิศวกรไฟฟ้า วิศวกรอุตสาหกรรมการ เป็นต้น ในโครงการก่อสร้างวิศวกรเป็นผู้มีความรู้ทางด้านงานออกแบบและคำนวณรายการด้านการก่อสร้างและการคำนวณฐานรากเพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่เป็นไปโดยถูกต้องตามหลักวิชาการ แบบรูปและข้อกำหนด รวมทั้งการวางแผนผังหรือการวางแผนงานการก่อสร้าง เช่น งานอาคาร โรงงานอุตสาหกรรม สะพาน ท่าเรือ ถนน และเขื่อน เป็นต้น

วิศวกรในโครงการก่อสร้างส่วนใหญ่มีบทบาทในลักษณะของงานต่างๆ ดังนี้

ก. งานให้คำปรึกษา งานประเภทนี้จะเกี่ยวกับการรวบรวมข้อมูล ซึ่งได้แก่ การสำรวจ ศึกษาความเหมาะสมทางเศรษฐกิจ และการตรวจสอบขั้นมูลฐานเกี่ยวกับโครงการก่อสร้าง การศึกษาแผนงานก่อสร้าง เป็นการวางแผนแม่บทสำหรับโครงการก่อสร้างที่มีการลงทุนระยะยาว และเกี่ยวข้องกับพัฒนาที่ดินและเมือง ตลอดจนการสำรวจสภาวะแวดล้อม การประเมินผล และรายงานพร้อมสรุปผลและให้คำแนะนำ การพิจารณาเกี่ยวกับการเงินและรายได้ที่คาดว่าจะได้รับเป็นมูลฐานสำหรับการสรุปดำเนินโครงการต่อไป

ข. งานคำนวณออกแบบ ซึ่งหมายรวมถึงการปฏิบัติทางวิศวกรรมเกี่ยวกับการคำนวณออกแบบ การวางแผนและประมาณราคาค่าก่อสร้าง การเตรียมแบบรูปรายการซึ่งใช้เป็นเอกสารประกอบสัญญา และในขั้นดำเนินการก่อสร้างซึ่งได้แก่การตรวจงานก่อสร้างเป็นระยะๆ ตามความจำเป็นซึ่งจะต้องมีการกำหนดออกแบบเพื่อแก้ปัญหาทางเทคนิคที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างก่อสร้าง

ค. งานควบคุม หมายความว่ารวมถึง การควบคุมการดำเนินการให้เป็นไปตามรูปแบบและรายการของสัญญา การจัดทำระเบียบควบคุมงานประจำวัน การอนุมัติการจ่ายเงินแก่ผู้รับเหมาตามงวดของสัญญา การตรวจแบบก่อสร้างจริง(as-built drawing) ที่ผู้รับจ้างก่อสร้างจัดทำขึ้นภายหลังการก่อสร้างจริงเพื่อเก็บไว้ใช้ตรวจสอบภายหลังการก่อสร้างแล้วเสร็จและเพื่อใช้ในการบำรุงรักษางานต่อไป

๔) **ผู้จัดการงานก่อสร้าง (construction manager)** หรือ “ที่ปรึกษาโครงการ” หมายถึง ผู้ควบคุมงานและตรวจงานแทนเจ้าของโครงการ มีหน้าที่ประสานงานกับกลุ่มอื่นๆ คอย

* มาตรา ๗๗ พระราชบัญญัติวิชาชีพวิศวกรรม พ.ศ.๒๕๔๒ และกฎกระทรวงฉบับที่ ๓ (พ.ศ.๒๕๐๘) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิชาชีพวิศวกรรม (พ.ศ.๒๕๐๕)

ให้คำแนะนำและคำปรึกษาเกี่ยวกับวิธีการก่อสร้าง เป็นผู้ประกอบอาชีพอิสระในโครงการก่อสร้างซึ่งจะเป็นตัวแทนและผู้รักษาผลประโยชน์ให้แก่เจ้าของโครงการในการดำเนินงานก่อสร้าง ซึ่งเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการ การออกแบบ การวางแผนและการก่อสร้าง ส่วนใหญ่ดำเนินการโดยกลุ่มบุคคลหรือโดยการจัดตั้งในรูปบริษัทมีบุคลากรผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆ เช่น วิศวกร สถาปนิก ภูมิสถาปนิก วิศวกรโยธา เป็นต้น มีหน้าที่ช่วยเหลือเจ้าของโครงการตั้งแต่เริ่มต้นจนจบ เช่น ในขั้นตอนก่อนการทำการก่อสร้างต้องเตรียมทำประมาณการก่อสร้างทั้งโครงการ และแบ่งราคาค่าก่อสร้างเป็นช่วงๆ ตามปริมาณงานที่แบ่งไว้ กำหนดเกณฑ์เสนอราคาค่าก่อสร้าง เตรียมข้อมูลและเอกสารต่างๆ เพื่อใช้ในการเสนอราคาค่าก่อสร้าง กำหนดเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกหรือสรรหาผู้ก่อสร้างตลอดจนวางแผนที่ใช้ควบคุมผู้ก่อสร้างขณะปฏิบัติงานด้วย ขณะทำการก่อสร้างก็จะเป็นผู้ตรวจสอบคุณภาพของวัสดุและอุปกรณ์ก่อสร้างที่จะนำมาใช้ รวมทั้งควบคุมให้ผู้ก่อสร้างปฏิบัติงานให้ถูกต้องตามแบบรูปรายการก่อสร้าง จัดทำแบบขยายจริง (shop drawing) และตรวจแบบก่อสร้างจริง (as-built drawing) ที่ผู้ก่อสร้างจัดทำขึ้นภายหลังการก่อสร้างหลังเสร็จไว้ใช้ตรวจสอบและเพื่อสะดวกในการบำรุงรักษางาน เป็นต้น

๕) ผู้ก่อสร้าง (builder) คือ ผู้รับเหมาก่อสร้าง (contractor) เป็นบุคคลที่จะเสนอราคาประมูลงานก่อสร้าง เมื่อได้รับการคัดเลือกให้ชนะการประมูลก็จะเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้รับจ้าง จากกลุ่มเจ้าของโครงการ มีหน้าที่ทำการก่อสร้างตามรูปแบบ รายการและรายละเอียดอื่นๆ ที่กำหนดตามแบบแปลนตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ในบางครั้งจะมีการกระจายงานออกไปให้กับผู้รับเหมารายย่อยที่ทำธุรกิจเฉพาะด้านซึ่งนิยมเรียกกันในนาม “ผู้รับเหมาช่วง” (sub-contractor) ผู้รับเหมาช่วงหลังนี้มักเป็นผู้ที่มีความชำนาญพิเศษหรือมีความชำนาญงานเฉพาะด้าน เช่น งานโครงสร้างเหล็ก (structural steel) งานฉาบปูน (plastering) เป็นต้น

ที่ผ่านมาการทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีข้อพิพาทกับเอกชนคู่สัญญาซึ่งเสนอให้อนุญาตใตตุลาการตัดสินรวมทั้งสิ้น ๒๘ เรื่อง เป็นข้อพิพาทที่ตัดสินแล้ว ๑๑ เรื่อง ปรากฏว่า กทพ.แพ้ถึง ๙ เรื่อง ชนะเพียง ๒ เรื่อง เรื่องที่อยู่ระหว่างดำเนินการในชั้นอนุญาตตุลาการ ๘ เรื่อง และมีข้อพิพาทที่เอกชนขอถอนข้อพิพาท ๙ เรื่อง

ข้อพิพาทที่อนุญาตตุลาการชี้ขาดแล้วมี ๑๑ เรื่อง ซึ่งแบ่งออกเป็น ๒ ส่วน คือ ส่วนแรกเป็นข้อพิพาทที่มีได้มีการเรียกร้องค่าเสียหายแต่เป็นข้อพิพาทที่ต้องการบังคับให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดปฏิบัติตามสัญญา ๕ เรื่อง ได้แก่

๑) กิจการร่วมค้า บีบีซีดี เรียกร้องว่าตนไม่มีหน้าที่จะต้องติดตั้งระบบไฟฟ้าแสงสว่างในเส้นทางทางด่วนสายบางนา - บางปะกง เฟส ๒ ตั้งแต่กิโลเมตรที่ ๒๐ ถึงกิโลเมตรที่ ๕๕ รวมทั้งเส้นทางคู่ขนานตลอดสาย อนุญาตตุลาการชี้ขาดให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีเป็นฝ่ายชนะ

ขณะที่ตามข้อเท็จจริงบีบีซีดียินยอมติดตั้งระบบไฟฟ้าแสงสว่างไปแล้วตามคำสั่งของการทางพิเศษฯ ทั้งๆ ที่ไม่มีในแบบการก่อสร้างของการทางพิเศษฯ อย่างไรก็ตามข้อพิพาทข้างต้นมิได้มีการเรียกร้องค่าติดตั้งระบบไฟฟ้าแสงสว่างที่ได้ติดตั้งไปแล้ว ดังนั้น บีบีซีดีจึงยื่นเรื่องให้อนุญาตตุลาการพิจารณาอีกคดีหนึ่งเรียกค่าเสียหาย ๓๑๖.๑๗ ล้านบาท

๒) การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเสนอขอให้ยกเลิกการเก็บค่าผ่านทางช่วงทางด่วนขึ้นจากบริเวณเมืองทองธานีไปที่ถนนแจ้งวัฒนะ และทางลงจากถนนแจ้งวัฒนะไปที่เมืองทองธานี เนื่องจากในสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด ได้ระบุไว้ว่าให้เก็บค่าผ่านทางในช่วงดังกล่าว อนุญาตตุลาการชี้ขาดให้ยกค่าเสนอ

๓) การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องการยกเลิกการเก็บค่าผ่านทางที่ด่านอาจนรงค์ ๑ เพื่อให้รถที่มาจากทางด่วนสายรามอินทรา - อาจนรงค์ เข้าสู่ระบบทางด่วนชั้นที่ ๑ ไปบางนาโดยไม่เสียค่าผ่านทางว่าเป็นการผิดสัญญาโครงการระบบทางด่วนชั้นที่ ๒ อนุญาตตุลาการชี้ขาดให้ยกค่าเสนอ

๔) บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด(บีอีซีแอล) เสนอข้อพิพาทโดยเรียกร้องให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยดำเนินการตามสัญญาโครงการระบบทางด่วนชั้นที่ ๒ ข้อ ๑๔ และขอให้บอกเลิกสัญญาเช่าหรือให้ใช้พื้นที่ใต้เขตทางของทางด่วนชั้นที่ ๒ จำนวน ๗๔ ราย อนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดโดยยกข้อเสนอสืบของ บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด และห้ามมิให้บริษัทฯ กับบริวารดำเนินการใดๆ ในเขตทางพิเศษที่เป็นการกระทบต่อสิทธิของการทางพิเศษฯ ตามข้อ ๑๔ ของสัญญา

๕) บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด(บีอีซีแอล) เสนอข้อพิพาทขอเก็บค่าผ่านทาง การทางพิเศษแห่งประเทศไทยคัดค้านและเรียกร้องแย้งขอให้บริษัทฯ คืนเงินที่ได้รับไว้เกินไป จำนวน ๒๙,๒๔๐,๐๔๑ บาทพร้อมดอกเบี้ย อนุญาตตุลาการชี้ขาดให้การทางพิเศษฯ ชนะโดยชี้ขาดให้ยกเลิกค่าเสนอข้อพิพาทของบริษัทฯ เกี่ยวกับการเก็บค่าผ่านทางของการทางพิเศษฯ ตามประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับลงวันที่ ๒๓ ตุลาคม ๒๕๔๑ ว่า สอดคล้องกับสัญญาข้อ ๑๑.๓ แล้ว แต่ให้ยกค่าขอเรียกร้องแย้งของการทางพิเศษฯ ที่ขอให้คืนเงินเนื่องจากยังไม่ผ่านการพิจารณาของคณะผู้พิจารณาตามสัญญาในขณะนั้น

สำหรับข้อพิพาทที่อนุญาตตุลาการชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยแพ้ และต้องชำระเงินมีอยู่ทั้งสิ้น ๖ เรื่อง เป็นข้อพิพาทที่ยอมชำระเงินแล้ว ๔ เรื่อง เป็นเงินทั้งสิ้น ๓๗๔,๓๗๓,๕๔๓.๔๓ บาท ได้แก่

๑) กรณีการแก้ไขแบบก่อสร้างโครงการทางด่วนบางปะอิน – ปากเกร็ด ระยะเวลาที่ ๑ (บริเวณจุดตัดคลองประปา) เป็นเงิน ๑๙๓,๖๘๐,๗๒๔.๑๖ บาท

๒) กรณีความเสียหายจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยคืนหนังสือค้ำประกันแก่ บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ (เอ็นไอซีแอล) ล่าช้าเป็นเงิน ๘๑๗,๔๙๔.๒๗ บาท

๓) กรณีการทางพิเศษแห่งประเทศไทยผิดนัดชำระค่าก่อสร้างทางขึ้นลงบริเวณ เมืองทองธานี เป็นเงิน ๒,๕๗๗,๐๕๙.๓๓ บาท

๔) กรณีการทางพิเศษแห่งประเทศไทยค้างชำระค่าติดตั้งอุปกรณ์เก็บค่าผ่านทาง แก่บริษัท ยูไนเต็ดคอมมูนิเคชั่น อินดัสตรี(ยูคอม) เป็นเงิน ๑๗๗,๒๙๘,๒๖๕.๖๗ บาท

อีก ๒ เรื่อง การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนทั้งสิ้น ๖,๖๑๕,๘๗๘,๐๗๑ บาท คือ

๑) กรณีกิจการร่วมค้าบีบีซีดีเรียกค่าเสียหายจากการส่งมอบพื้นที่ล่าช้า ในโครงการทางด่วนสายบางนา – บางพลี – บางปะกง และอนุญาตตุลาการชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน ๖,๒๕๔,๙๗๙,๔๗๐ บาท

๒) กรณีการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเสนอข้อพิพาทเรียกร้องให้บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ (เอ็นไอซีแอล) คืนเงินค่าผ่านทางที่ได้รับไว้เกินระหว่างวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๔๑ ถึงวันที่ ๒๓ ตุลาคม ๒๕๔๑ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ยกคำเสนอข้อพิพาทของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย และให้การทางพิเศษฯ ชดใช้ค่าเสียหายในผลต่างระหว่างประกาศกระทรวงมหาดไทยทั้งสองฉบับ ถึงวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๕๔๓ เป็นเงิน ๓๖๐,๘๙๘,๖๑๗ บาท พร้อมดอกเบี้ยและค่าเสียหายนับแต่วันที่ ๑๖ กรกฎาคม ๒๕๔๓ เป็นต้นไปจนกว่าจะมีการดำเนินการให้มีการปรับอัตราค่าผ่านทางใหม่

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสัญญาก่อสร้างในโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นกรณีศึกษาสำหรับวิทยานิพนธ์นี้ ในสัญญาดังกล่าว การทางพิเศษแห่งประเทศไทยในฐานะเจ้าของโครงการได้ทำสัญญาให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดี เป็นผู้รับจ้างก่อสร้างซึ่งประกอบด้วย บริษัทบิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี, บริษัท ช.การช่าง จำกัด(มหาชน), และบริษัทดิเคเคอร์ฮอฟฟ์

แอนด์ วิดแมนน์ เอจี เป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างทางด่วน โดยทำสัญญาแบบจ้างเหมาก่อสร้างแบบเบ็ดเสร็จ (Turn key) โดยมีกิจการร่วมค้าบีบีซีดี เป็นผู้รับจ้างในสัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ และภายหลังได้เกิดข้อพิพาทซึ่งได้มีการขอให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด

๓.๑.๓ ลักษณะของสัญญาจ้างเหมาเบ็ดเสร็จ (Turn key)

โดยทั่วไปในโครงการก่อสร้างจะเริ่มตั้งแต่เจ้าของโครงการ(owner) ได้ตกลงที่จะทำโครงการก่อสร้างโดยมีการศึกษาและวิจัยเบื้องต้นถึงความเป็นไปได้ของโครงการ(feasibility study) ว่าการก่อสร้างจะคุ้มกับการลงทุนหรือไม่ ซึ่งจะต้องอาศัยการออกแบบทางด้านของสถาปัตยกรรม(preliminary design) ด้วย ถ้าผลการศึกษาวินิจฉัยปรากฏว่าคุ้มค่าการลงทุนในระยะเวลาที่เหมาะสมก็จะมีการออกแบบกำหนดรายละเอียด(detailed design) ทั้งด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมเพื่อการประกวดราคาจ้างเหมา ต่อจากนั้นก็ถึงกระบวนการประกวดราคา(bidding process) เพื่อหาผู้รับเหมาที่มีคุณสมบัติเหมาะสมทำการก่อสร้าง จากนั้นจะถึงขั้นตอนสุดท้ายก็คือ การลงมือก่อสร้าง(construction) ตามแบบและรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ให้เกิดเป็นสิ่งก่อสร้างจริงๆ ภายใต้การจัดการของผู้รับเหมาและภายใต้การควบคุมของสถาปนิกและวิศวกรซึ่งเป็นตัวแทนฝ่ายเจ้าของโครงการ โดยยึดถือรูปแบบ รายการหรือข้อกำหนดการก่อสร้าง(specification) และเงื่อนไขสัญญา(condition of contract)^{๑๐}

ในสัญญาโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง นั้น คู่สัญญาตกลงทำสัญญาในรูปแบบเทิร์นคีย์ (Turn key) หรือสัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ อันมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาก่อสร้างทั่วไปโดยผู้รับจ้างในสัญญาเทิร์นคีย์เพื่อก่อสร้างทางด่วนนี้มีหน้าที่ตั้งแต่ ๑) การออกแบบ นับตั้งแต่รูปแบบ โครงสร้าง อุปกรณ์ก่อสร้าง ฯลฯ ตามที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยผู้ว่าจ้างกำหนดขึ้นทุกแบบ รวมทั้งการแก้ไขแบบให้เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา ๒) การดำเนินการก่อสร้าง โดยให้ผู้รับจ้างมีหน้าที่ในการก่อสร้างไม่ว่าจะโดยผู้รับจ้างเองหรือโดยตัวแทนของผู้รับจ้างก็ได้ให้แล้วเสร็จตามแบบที่ผู้รับจ้างออกแบบและได้รับการอนุมัติ ๓) การจัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อดำเนินการในโครงการทั้งหมด โดยที่ผู้รับจ้างจะต้องเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างด้วยเงินทุนของผู้รับจ้างเอง และการทางพิเศษแห่งประเทศไทยผู้ว่าจ้างจะออกตัวสัญญาใช้เงินให้กับผู้รับจ้างเพื่อชำระหนี้เมื่อตรวจรับงานแต่ละส่วนตามที่กำหนดไว้ล่วงหน้าในสัญญา ๔) การจัดจ้าง

^{๑๐} พนาวรัตน์ เฉลิมวุฒิศักดิ์, “ความรับผิดชอบทางแพ่งเนื่องจากการประกอบวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง,” หน้า ๓-๔.

วิศวกรที่ปรึกษา ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ประสานงานระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยผู้ว่าจ้าง กับ กิจการร่วมค้าบีบีซีดีผู้รับจ้างในการตรวจแบบ อนุมัติแบบ ให้คำแนะนำในการดำเนินโครงการ ควบคุมการก่อสร้างให้เป็นไปตามแบบที่กำหนด รวมถึงการตรวจรับงานก่อสร้างที่สร้างขึ้นโดย ผู้รับจ้าง โดยความเห็นชอบของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยผู้ว่าจ้าง ซึ่งภาระค่าใช้จ่ายในการ จ้างวิศวกรที่ปรึกษาตกเป็นของผู้รับจ้างเอง ตัวอย่างข้อสัญญาข้างต้นปรากฏตามเอกสารสัญญา ผนวก ๑ เกี่ยวกับเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีผู้รับจ้างมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

“ ข้อ ๑.๔ ขอบข่ายของงาน

๑.๔.๑ เจตนาของสัญญา

ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบด้วยค่าใช้จ่ายของตนเองในการดำเนินการออกแบบรายละเอียดด้านวิศวกรรม จัดหาที่ดินบางส่วนที่จำเป็นเพื่อใช้เป็นเขตทาง การก่อสร้างด้าน โยธาและการจัดหา การผลิตและการติดตั้งงานด้านไฟฟ้าและเครื่องกล อุปกรณ์ควบคุม การเก็บ เงินค่าผ่านทาง ระบบสื่อสาร ระบบควบคุมการจราจร อาคารศูนย์ควบคุมและอาคารเก็บค่าผ่านทางของโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง สถานีตำรวจสองสถานี ด่านชั่งน้ำหนักสี่ ด่าน บำรุงรักษา และกระทำการอื่นใดที่ผู้รับจ้างมีหน้าที่โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามสัญญา โดยรับประกันการก่อสร้างและความเสร็จสมบูรณ์ภายในวันกำหนดแล้วเสร็จ และภายในราคาคง ที่หรือยอดรวมของราคาคงที่ตามเงื่อนไขในสัญญาแล้วแต่กรณี

ผู้รับจ้างต้องออกแบบ ดำเนินงาน แก้ไขความบกพร่องใดๆ ด้วยความ ระมัดระวังและรอบคอบตามข้อกำหนดของสัญญา ผู้รับจ้างต้องจัดให้มีการควบคุมงาน แรงงาน วัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือของผู้รับจ้าง และสิ่งอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวรทั้งหมดที่จำเป็นเพื่อการออกแบบ การดำเนินงาน การทำให้แล้วเสร็จ และการแก้ไขข้อบกพร่องใดๆ เท่าที่จำเป็นในการจัดหาสิ่งต่างๆ ดังกล่าวดังที่ระบุในสัญญา หรือที่พออนุমানได้อย่างมีเหตุผลตาม สัญญา

.....”*

๓.๒ การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วน

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาโครงการทางด่วนหรือสัญญาก่อสร้าง ทางด่วนเป็นปัญหาที่มีการถกเถียงกันเป็นอย่างมากทั้งในแง่ผลกระทบของคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการเผยแพร่โดยสื่อมวลชน หรือในแง่มุมมองทางกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการ

* เอกสารสัญญา ผนวก ๑ เงื่อนไขของสัญญา ข้อ ๑.๔

ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการที่นำมาใช้ในสัญญาของฝ่ายปกครอง ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการมาใช้ในสัญญาก่อสร้างทางด่วนกรณีหนึ่งได้แก่ การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการในสัญญาโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง

๓.๒.๑ ลำดับเหตุการณ์การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง

การก่อสร้างโครงการทางด่วนยกระดับสายบางนา-บางพลี-บางปะกง จัดทำขึ้นโดยใช้พื้นที่เกาะกลางทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข ๓๔ เส้นทางบางนา-บางปะกง ไปทางทิศตะวันออกข้ามแม่น้ำบางปะกงสิ้นสุดที่จังหวัดชลบุรี ระยะทางประมาณ ๕๕ กิโลเมตร วงเงินงบประมาณ ๒๕,๑๙๓ ล้านบาท โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจรบนทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข ๓๔^{๑๑} รวมทั้งเป็นการช่วยส่งเสริมการพัฒนาพื้นที่ชายทะเลภาคตะวันออกของประเทศ (โครงการอีสเทิร์นซีบอร์ด) และการขยายตัวของเมืองอุตสาหกรรม โดยมีการริเริ่มโครงการตั้งแต่ปลายสมัยรัฐบาล ฯพณฯ พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ หลังจากที่โครงการดอนเมืองโทลล์เวย์หรือทางต่างระดับวิภาวดีรังสิต-ดอนเมืองลุล่วงไปแล้ว

โครงการทางยกระดับบางนา-บางพลี-บางปะกง เริ่มดำเนินการตั้งแต่กลางปี พ.ศ.๒๕๓๓ และดำเนินการเรื่อยมาในหลายรัฐบาล มีการศึกษาความคุ้มค่าและค่าตอบแทนในการลงทุนของโครงการ ปรากฏว่ามีผลตอบแทนการลงทุนต่ำแต่ผลตอบแทนทางเศรษฐกิจคุ้มค่า และยังเชื่อมต่อกับเส้นทางอุตสาหกรรมทั้ง ๒ ข้างทาง รวมทั้งรองรับสนามบินสุวรรณภูมิ ซึ่งได้มีการนำโครงการเข้าที่ประชุมคณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (บอร์ดการทางพิเศษแห่งประเทศไทย) เพื่อพิจารณาและเปลี่ยนแปลงรูปแบบการก่อสร้างจากสัญญาสัมปทานเป็นการจ้างเอกชนก่อสร้างในรูปแบบสัญญาเทิร์นคีย์หรือสัญญาจ้างออกแบบรวมการก่อสร้าง

เดือนมิถุนายน ๒๕๓๔ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย โดยนายศิวัช เจริญพงษ์ ผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยขณะนั้น ได้ลงนามสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมการก่อสร้าง

^{๑๑} สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ข้อเสนอจากการศึกษาตรวจสอบกรณีการทำสัญญาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย(กทพ.)ในโครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง, พิมพ์ครั้งแรก, กันยายน ๒๕๔๕, หน้า ๓.

ทางด่วนสายบางนา-ชลบุรี กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดี จากข้อกำหนดในสัญญาคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงว่า ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีหน้าที่อำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการประสานงานกับกรมทางหลวงเพื่อขอใช้สิทธิในเขตทางสำหรับการก่อสร้างภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าว* และหากไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางตามที่กำหนดแล้วให้ถือว่าเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นความ”เสี่ยงภัยพิเศษ”** และเมื่อเกิดกรณี”ความเสี่ยงภัยพิเศษ” ใดๆ ดังกล่าวขึ้นแล้ว กิจการร่วมค้าบีบีซีดีจึงขอใช้สิทธิตามสัญญาในการที่จะปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ได้เพื่อเป็นการชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นอันเกิดแก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี

ต่อมาในระหว่างการก่อสร้างได้เกิดความล่าช้าจากการที่ไม่สามารถส่งมอบสิทธิในเขตทางให้แก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี ได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ตามสัญญาการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและ/หรือราคาคงที่ต้องได้รับการรับรองจากวิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เพื่อและในนามของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กิจการร่วมค้าบีบีซีดีจึงได้แจ้งให้วิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้ทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าว และในช่วงปลายปี พ.ศ.๒๕๓๙ ขอให้มีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จออกไปเป็นระยะเวลา ๑๕ เดือน และในขณะเดียวกันก็ได้ส่งหนังสือขอเรียกดอกเบี้ยให้มีการปรับราคาคงที่ในเวลาที่สามารถทราบถึงจำนวนราคาคงที่ที่เพิ่มขึ้นได้ เมื่อได้พิจารณาข้อเรียกร้องดังกล่าวแล้ว วิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้ให้การรับรองว่ากิจการร่วมค้าบีบีซีดีมีสิทธิขยายวันกำหนดแล้วเสร็จออกไปเป็นระยะเวลา ๑๑ เดือน ซึ่งวิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้แจ้งให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยทราบถึงการรับรองนั้น และได้นำเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติการขยายระยะเวลาดังกล่าวเมื่อวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๕๔๐ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงได้เข้าทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมกับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีในวันที่ ๑๔ มิถุนายน ๒๕๔๑ เพื่อขยายวันกำหนดแล้วเสร็จออกไปเป็นระยะเวลา ๑๑ เดือน

* เอกสารสัญญา ผนวก ๑ เงื่อนไขของสัญญา ข้อ ๑.๗.๑๔ วรรคแรก

“กทพ.จะอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการประสานงานกับกรมทางหลวงเพื่อขอใช้สิทธิในเขตทางของทางหลวงแผ่นดินหมายเลข ๓๔ (บางนา-ตราด) สำหรับการก่อสร้าง บีบีซีดี ตามแบบรายละเอียดที่จะจัดทำในภายหลัง”

** เอกสารสัญญา ผนวก ๑ เงื่อนไขของสัญญา ข้อ ๑.๗.๑๔ วรรคเจ็ด

“การที่ไม่สามารถได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางของกรมทางหลวง หรือที่ดินเพิ่มเติมสำหรับงานถาวรนอกบริเวณสิทธิในเขตทางของกรมทางหลวงได้ทันกำหนดเวลา และก่อให้เกิดความเสียหายหรือสูญหายแก่ผู้รับจ้าง ถือว่าเป็นความเสี่ยงภัยพิเศษ”

ในสัญญากำหนดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีหน้าที่อำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการประสานงานกับกรมทางหลวง เพื่อขอใช้สิทธิในเขตทางที่จะก่อสร้างภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ และหากเกิดกรณีไม่สามารถให้ได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางตามที่กำหนดแล้ว ให้ถือว่าเหตุการณ์ดังกล่าวเป็น “ความเสี่ยงภัยพิเศษ” กิจกรรมร่วมค้าปีซีดีจึงได้ขอใช้สิทธิจากข้อสัญญาที่จะ “ปรับวันกำหนดแล้วเสร็จ” และ “ราคาคงที่”* เพราะเหตุจากความล่าช้าซึ่งเกิดจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยและกรมทางหลวงไม่สามารถตกลงกันได้เรื่องพื้นที่ก่อสร้างรวมทั้งการเปลี่ยนแปลงขอบเขต การเปลี่ยนแปลงแผนงาน การอนุมัติแบบ จนเป็นผลทำให้ไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างแก่กิจกรรมร่วมค้าปีซีดีได้

กิจกรรมร่วมค้าปีซีดีอ้างสิทธิตามสัญญาที่จะปรับราคาคงที่เนื่องจากความล่าช้าก่อให้เกิดความเสียหายต่อกิจการ เมื่อโครงการได้ดำเนินการถึงขั้นตอนที่ใกล้จะแล้วเสร็จประกอบกับเป็นเวลาที่กิจกรรมร่วมค้าปีซีดีสามารถทราบถึงราคาคงที่ที่เพิ่มขึ้นได้อย่างชัดเจนแล้ว กิจกรรมร่วมค้าปีซีดีจึงได้แจ้งข้อเรียกร้องในเงินชดเชยจำนวน ๘,๖๒๑,๖๕๖,๐๔๗ บาท ให้วิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยพิจารณาและขอให้มีการปรับราคาคงที่ ในการกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความล่าช้าดังกล่าวของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยนั้น ในการนี้กิจกรรมร่วมค้าปีซีดีได้ยื่นเอกสารที่จำเป็นอันเป็นหลักฐานการเกิดค่าใช้จ่ายต่างๆ ให้แก่วิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยตามสัญญา และเมื่อวิศวกรที่

* เอกสารสัญญา ผนวก ๑ เงื่อนไขของสัญญา ข้อ ๑.๗.๑๙ (ข)

“ถ้างานได้รับความเสียหายเนื่องมาจากความเสี่ยงภัยพิเศษดังกล่าวแล้วผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับการชำระเงินสำหรับงานใดๆ ทั้งนี้ โดยการปรับราคาคงที่ ตามที่วิศวกรที่ปรึกษาของ กทพ. รับรองว่าเหมาะสม”

เอกสารสัญญา ผนวก ๑ เงื่อนไขของสัญญา ข้อ ๑.๗.๒ (ก)

“ตราบใดที่สัญญายังไม่สิ้นสุดลง วันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่จะมีการปรับปรุงได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากวิศวกรที่ปรึกษาของ กทพ. ในเหตุการณ์ใดๆ ที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคา/หรือระยะเวลาแล้วเสร็จดังต่อไปนี้

.....

(v) ความเสี่ยงภัยพิเศษตามข้อ ๑.๗.๑๙

.....”

ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้พิจารณาแล้วจึงได้ให้การรับรองว่ากิจการร่วมค้าปีซีดี ดีมีสิทธิปรับราคาคงที่เป็นเงินจำนวนกว่าหกพันล้านบาท

เพื่อให้เป็นไปตามสัญญา กิจการร่วมค้าปีซีดีจึงได้ยื่นขอรับชำระเงินจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่สัญญาในจำนวนที่ได้รับการรับรองดังกล่าวและต่อมาได้รับการปฏิเสธ และหลังจากที่กิจการร่วมค้าปีซีดีได้ใช้ความพยายามอยู่หลายครั้งในการตกลงกับการทางพิเศษแห่งประเทศไทยให้ชำระหนี้ กิจการร่วมค้าปีซีดีจึงได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดให้เสนอเรื่องดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาตไต่สวนการเมื่อวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๔๓ โดยมีบริษัทบิลฟิงเกอร์ พลัส เบอร์กอร์บาวอัลเดียน เกเซลชาฟท์ ที่ ๑ กับพวกรวม ๓ คน ผู้เสนอข้อพิพาท ได้ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันการอนุญาตไต่สวนการ สำนักงานระงับข้อพิพาทกระทรวงยุติธรรม ตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ ๓๐/๒๕๔๓ เรียกร้องให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่กรณีชำระค่าคงที่เพิ่มขึ้น เนื่องจากการขยายระยะเวลาก่อสร้างออกไป ๑๑ เดือน ในโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นจำนวนเงิน ๖,๒๕๔,๙๗๙,๔๗๐.๘๔ บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปีจากต้นเงิน ๖,๐๓๙,๘๙๓,๒๕๔ บาทนับจากยื่นข้อพิพาท

คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งประกอบไปด้วยนายเจียร เจริญวัฒนา อธิบดีเลขาธิการ ป.ป.ป. และอดีตผู้พิพากษาศาลฎีกาเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ นายมรธา วัฒนชะวีระกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุญาโตตุลาการฝ่ายกิจการร่วมค้าปีซีดี และนายวัลลภ ตันตีกุล พนักงานอัยการ อนุญาโตตุลาการฝ่ายการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ได้ร่วมพิจารณาข้อเท็จจริงและเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ตลอดจนได้ตรวจสอบอย่างละเอียดจนเป็นที่แน่ใจแล้วว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกิจการร่วมค้าปีซีดีและการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นไปตามข้อสัญญาและกฎหมายไทย คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีคำชี้ขาดเป็นเอกฉันท์เมื่อวันที่ ๒๐ กันยายน ๒๕๔๓ ให้กิจการร่วมค้าปีซีดีได้รับเงินชดเชยเป็นจำนวนรวมทั้งสิ้น ๓,๓๗๑,๔๔๖,๑๑๔ บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปีของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จและให้ชำระเงินจำนวน ๒,๘๘๘,๔๔๗,๑๔๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปีของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๔๓ เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเงินเสร็จ ซึ่งภายหลังจากนั้น คำชี้ขาดดังกล่าวก็ได้รับการยืนยันโดยความเห็นเป็นเอกฉันท์ของคณะกรรมการพิจารณาค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยนายกรัฐมนตรีผ่านทางสำนักนายกรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๒ ตุลาคม ๒๕๔๔ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๔ ซึ่งในเวลาต่อมาการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเองก็ได้มีการหยิบยกเรื่องนี้ขึ้นเพื่อพิจารณาถึงการ

ดำเนินการตามนัยข้อ ๘. ของระเบียบฯ ข้างต้นและในที่สุดเมื่อวันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือแจ้งว่าคณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีมติเป็นเอกฉันท์เห็นควรให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ต่อมาการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้มีการขอความเห็นชอบในการจ่ายค่าชดเชยให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีโดยได้มีการยื่นหนังสือถึงกระทรวงการคลังเพื่อขอความเห็นชอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ และได้มีการนำเรื่องเข้าสู่การประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๔๔ ซึ่งต่อมาคณะรัฐมนตรีมีมติไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดดังกล่าว และเสนอให้นำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมต่อไป

ภายหลังกิจการร่วมค้าบีบีซีดีในฐานะเจ้าหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้เพื่อให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาด โดยการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในฐานะผู้ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าวยื่นคำคัดค้านว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมและขอให้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้จำหน่ายคดีเพื่อให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีผู้ร้องไปยื่นคำร้องต่อศาลปกครองกลางซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

ในการนี้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้เห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่เป็นสัญญาทางปกครอง คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ในขณะที่ศาลปกครองกลางเห็นว่าศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิจารณาตามมาตรา ๙^{***} พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ในเมื่อบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติให้ศาลใดศาลหนึ่งเพียงศาลเดียวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจึงต้องพิจารณาตามลักษณะเนื้อหาแห่งคดีและเห็นว่าโดยเนื้อหาแห่งข้อพิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามมาตรา ๓^๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ศาลปกครองจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

ต่อมาได้มีการส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

^{***} มาตรา ๙ ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางหรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาคหรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลหรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้

พิจารณาตามมาตรา ๑๐ วรรคหนึ่ง(๓)* แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ.๒๕๔๒ ซึ่งเป็นกรณีที่คู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีได้แย้งเขตอำนาจของศาลที่รับฟ้องคดี และศาลที่ส่งความเห็นและรับความเห็นมีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดี

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้สัญญาระหว่างกิจการร่วมค้าบีบีซีดีผู้ร้อง กับทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง(๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ซึ่งควรอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองก็ตาม แต่ขณะที่เริ่มมีการดำเนินการอนุญาตโตตุลาการในเรื่องนี้ศาลปกครองยังมิได้เปิดทำการ โดยมีศาลแพ่งทำหน้าที่ออกหมายเรียกพยานมาโดยตลอดเท่ากับว่าศาลยุติธรรมได้ใช้อำนาจเหนือข้อขัดแย้งนี้มาตั้งแต่ต้น ถือว่าศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาตโตตุลาการอยู่ในเขตศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ และวินิจฉัยชี้ขาดให้ศาลที่มีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดนี้ได้แก่ ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ซึ่งขณะนี้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้มีคำพิพากษาตามคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ โดยเห็นว่าคำคัดค้านของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยผู้คัดค้านฟังไม่ขึ้นทุกประเด็น และมีคำพิพากษาให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระค่าเสียหายให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีตามจำนวนที่อนุญาตโตตุลาการชี้ขาด พร้อมดอกเบี้ยจนกว่าจะชำระเสร็จ ขณะนี้คดีอยู่ในระหว่างการอุทธรณ์ต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้

* มาตรา ๑๐ ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลใด ถ้าคู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องเห็นว่าคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของอีกศาลหนึ่ง ให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่รับฟ้องก่อนวันสืบพยานสำหรับศาลยุติธรรมหรือศาลทหารหรือก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกสำหรับศาลปกครองหรือศาลอื่น ในการนี้ให้ศาลที่รับฟ้องรอการพิจารณาไว้ชั่วคราว และให้จัดทำความเห็นส่งไปให้ศาลที่คู่ความร้องว่าคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจโดยเร็ว ในกรณีเช่นนี้ให้ศาลที่เกี่ยวข้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้

.....

(๓) ถ้าศาลที่ส่งความเห็นและศาลที่รับความเห็นมีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีนั้น ให้ศาลที่ส่งความเห็นส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดให้เสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง แต่ถ้ามีเหตุจำเป็นให้คณะกรรมการลงมติให้ขยายเวลาออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันโดยให้บันทึกเหตุแห่งความจำเป็นไว้ด้วย

.....

๓.๒.๒ การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาโครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง

คดีนี้บิลฟิงเกอร์ พลัส เบอ์เกอร์ บาวอค์เตียนเกเซลชาฟท์ ที่ ๑ บริษัท ช.การช่าง จำกัด(มหาชน) ที่ ๒ และดิคเคอร์ ฮอฟฟ์ แอนด์ วิดแมนน์ เอจี ที่ ๓ ในนามกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างเหมากรอกก่อสร้างเพื่อก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทหมายเลขดำที่ ๓๐/๒๕๕๓ เพื่อขอให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่กรณีในฐานะผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างเหมากรอกก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน ๖,๐๓๙,๘๙๓,๒๕๔ บาท ให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาทพร้อมดอกเบี้ยตามสัญญา

ผู้เสนอข้อพิพาทยื่นคำเสนอข้อพิพาทว่าผู้เสนอข้อพิพาทเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทมหาชนจำกัด รวมเข้ากันเป็นกิจการร่วมค้าว่า"กิจการร่วมค้า บีบีซีดี" เพื่อประกอบกิจการรับจ้างเหมาออกแบบและก่อสร้างทางพิเศษ ส่วนคู่กรณีเป็นนิติบุคคลประเภทรัฐวิสาหกิจ โดยมีการลงนามในสัญญาเมื่อวันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๓๘ ตกลงราคาจ้างเหมาซึ่งรวมถึงเงินกำไร ค่าภาษี ต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่างๆ เป็นเงินทั้งสิ้น ๒๕,๑๙๒,๙๕๐,๐๐๐ บาท เรียกว่า "ราคาคงที่" ในการดำเนินการตามสัญญาคู่กรณีได้แต่งตั้ง "วิศวกรที่ปรึกษาของ กทพ."เป็นตัวแทนของคู่กรณีในการตรวจสอบและออกหนังสือรับรองการแล้วเสร็จของงาน และรับรองการปรับราคาคงที่และปรับวันกำหนดแล้วเสร็จของงานตามสัญญาซึ่งกำหนดไว้ว่าจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๔๒ เดือนนับจากวันที่คู่กรณีได้มีหนังสือแจ้งบอกกล่าวให้มีการเริ่มงานและตามสัญญากำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ประสานงานกับกรมทางหลวงเพื่อขอใช้สิทธิในเขตทาง หากคู่กรณีไม่สามารถดำเนินการได้ทันกำหนดเวลาและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสนอข้อพิพาท ถือว่าเป็น"ความเสี่ยงภัยพิเศษ" และคู่กรณีจะต้องดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบโดย"วิศวกรที่ปรึกษา" ภายใน ๒๘ วันนับแต่วันที่ผู้เสนอข้อพิพาทยื่นแบบให้กับคู่กรณี ต่อมาคู่กรณีไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางเพื่อให้ผู้เสนอข้อพิพาทเข้าดำเนินการได้และคู่กรณีไม่สามารถดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบก่อสร้างได้ภายในกำหนดระยะเวลาตามสัญญา ส่งผลให้ต้องมีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ ผู้เสนอข้อพิพาทได้เสนอให้มีการปรับกำหนดวันแล้วเสร็จออกไปซึ่งวิศวกรที่ปรึกษา ได้ให้การรับรองว่าต้องมีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จออกไปอีก ๑๑ เดือน ส่วนราคาคงที่ที่จะต้องมีการปรับนั้นผู้เสนอข้อพิพาทให้เหตุผลว่าต้องใช้เวลาตรวจสอบก่อน ต่อมาผู้เสนอข้อพิพาทได้แจ้งการปรับราคาคงที่ซึ่งวิศวกรที่ปรึกษา ได้ตรวจสอบและให้การรับรองว่าจะต้องปรับเพิ่มขึ้นอย่างน้อย ๖,๐๓๙,๘๙๓,๒๕๔ บาท และได้แจ้งให้คู่กรณีทราบแล้วพร้อมทั้งแจ้งว่าคู่กรณี

จะต้องชำระให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาทภายใน ๑๗ วันนับจากวันที่วิศวกรที่ปรึกษาฯ ได้ออกหนังสือแจ้งรับรองเงินจำนวนดังกล่าว ซึ่งการทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่กรณีมีหนังสือแจ้งไปยังวิศวกรที่ปรึกษาฯ ว่าผู้เสนอข้อพิพาทไม่มีสิทธิจะได้รับการปรับราคาคงที่ดังกล่าว หลังจากนั้นได้มีการประชุมร่วมกันเพื่อระงับข้อพิพาทแต่ก็ไม่สามารถเจรจากันได้

การทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่กรณียื่นคำคัดค้านมีใจความว่า

๑) ตามสัญญาดังกล่าวผู้เสนอข้อพิพาทมีหน้าที่ติดตามให้ทราบถึงกฎหมาย ข้อบัญญัติท้องถิ่น กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ และคำสั่งที่มีอยู่ หรือที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือที่จะออกมาใช้บังคับภายหลังโดยองค์กรที่มีอำนาจ และผู้เสนอข้อพิพาทจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ฯลฯ ดังกล่าว

๒) สัญญาข้อ ๑.๗.๑๔ ผนวก ๑ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีหน้าที่อำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการประสานงานกับกรมทางหลวงสำหรับการก่อสร้างทางด่วนหาใช่หน้าที่ดำเนินการจัดให้ได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางดังที่ผู้เสนอข้อพิพาทกล่าวอ้างไม่ และคู่กรณีก็ได้ดำเนินการอำนวยความสะดวกโดยการประสานงานกับกรมทางหลวงตามที่ระบุไว้ในสัญญาเรียบร้อยแล้ว ตามสัญญาความเสี่ยงภัยพิเศษจะต้องเป็นเหตุให้งานถูกทำลายหรือเสียหายเท่านั้น ดังนั้น การส่งมอบพื้นที่ล่าช้าที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่กรณีไม่ใช่ความเสี่ยงภัยพิเศษตามข้อ ๑.๗.๑๔ และข้อ ๑.๗.๑๙(ก) อันจะทำให้ผู้เสนอข้อพิพาทมีสิทธิปรับราคาคงที่ได้

๓) ในส่วนการอนุมัติแบบที่ผู้เสนอข้อพิพาทกล่าวอ้างว่ามีการแก้ไขแบบหลายครั้ง การทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่กรณีคัดค้านว่าสัญญาระหว่างผู้เสนอข้อพิพาทและคู่กรณีเป็นสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้าง (Turnkey) ซึ่งกำหนดเวลาแล้วเสร็จและราคาคงที่ที่ชัดเจนไว้แล้ว ผู้เสนอข้อพิพาทมีหน้าที่ต้องออกแบบโดยแบบนั้นจะต้องได้รับอนุมัติจากวิศวกรที่ปรึกษาฯ และคู่กรณี และจะต้องได้รับความเห็นชอบและอนุมัติจากกรมทางหลวงซึ่งเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วย ดังนั้นการที่วิศวกรที่ปรึกษาฯ และคู่กรณีจะอนุมัติแบบใดๆ ที่ผู้เสนอข้อพิพาทได้เสนอมา จึงต้องเป็นไปตามกฎหมายและเงื่อนไขที่กรมทางหลวงกำหนด เมื่อแบบใดได้รับความเห็นชอบจากกรมทางหลวงแล้ว วิศวกรที่ปรึกษาฯ จึงจะมีอำนาจที่จะพิจารณาอนุมัติแบบดังกล่าวได้ หากแบบนั้นยังมิได้รับความเห็นชอบจากกรมทางหลวง การเริ่มนับระยะเวลาในการอนุมัติแบบจึงยังไม่เกิดขึ้น แต่ผู้เสนอข้อพิพาทถือว่าเมื่อได้ส่งแบบให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเพื่อส่งให้กรมทางหลวงให้ความเห็นชอบ และกรมทางหลวงไม่ให้ความเห็นชอบภายในกำหนดเวลาในสัญญาทำให้ฝ่ายคู่กรณีผิดสัญญาไม่อนุมัติแบบภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งไม่ถูกต้อง เพราะตราบใดที่กรมทางหลวงยังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ วิศวกรที่ปรึกษาฯ และคู่กรณีย่อมไม่มีอำนาจที่จะอนุมัติแบบนั้นได้

๔) ในส่วนค่าใช้จ่ายในการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จนั้น หลังจากที่มีการทางพิเศษคู่กรณีได้ดำเนินการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติให้ขยายเวลาโดยไม่มีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น และวิศวกรที่ปรึกษา ได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้เสนอข้อพิพาททราบว่ามีการอนุมัติให้ขยายเวลาออกไป ๑๑ เดือนโดยไม่มีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นซึ่งผู้เสนอข้อพิพาทก็มีได้โต้แย้ง จนกระทั่งทั้งสองฝ่ายได้ทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมขยายเวลาออกไป ๑๑ เดือนโดยมิได้มีการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวกับราคาคงที่ตามสัญญาเดิมหรือมีการสงวนสิทธิในการปรับราคาคงที่แต่ประการใด

๕) ผู้เสนอข้อพิพาทมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามข้อสัญญาในส่วนที่ว่าด้วยการขอปรับราคาคงที่ตามสัญญาข้อ ๑.๙.๒(ข) (II) (ก)

๖) หนังสือฉบับลงวันที่ ๑๕ ตุลาคม ๒๕๔๒ และวันที่ ๒๘ ธันวาคม ๒๕๔๒ ที่คู่กรณีได้รับมิใช่หนังสือที่วิศวกรที่ปรึกษา ให้การรับรองว่าผู้เสนอข้อพิพาทมีสิทธิที่จะได้รับการปรับราคาคงที่ หนังสือดังกล่าวเป็นการประเมินผลโครงการและหนังสือแจ้งการประเมินตามข้อเรียกร้องของผู้เสนอข้อพิพาทตามสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อบริการด้านวิศวกรรมโครงการตามลำดับ ผู้เสนอข้อพิพาทจึงไม่อาจถือได้ว่าวิศวกรที่ปรึกษา ได้ให้การรับรองแทนการทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่กรณีแล้ว

๗) ราคาคงที่ที่ผู้เสนอข้อพิพาทเรียกร้องไม่มีรายละเอียดที่เพียงพอ ทั้งมิได้เกิดขึ้นจากการไม่ได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางหรือจากการอนุมัติแบบล่าช้าของคู่กรณีและกรมทางหลวงแต่อย่างใด ข้อตกลงที่ให้วิศวกรที่ปรึกษา มีอำนาจรับรองราคาคงที่ที่เพิ่มขึ้นและให้เป็นที่สุดนั้นเป็นการให้อำนาจตุลาการแก่เอกชนในการกำหนดค่าเสียหายอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและตกเป็นโมฆะ

คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดประเด็นข้อพิพาทด้วยความเห็นชอบจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ดังนี้

๑. เหตุการณ์ต่างๆ (Events) ซึ่งเป็นเหตุให้มีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จ (Target Completion Date) ออกไป ๑๑ เดือนดังที่ผู้เสนอข้อพิพาทกล่าวอ้างจะทำให้ผู้เสนอข้อพิพาทมีสิทธิปรับราคาคงที่ (Adjust Fixed Cost) หรือไม่

๒. ผู้เสนอข้อพิพาทได้ดำเนินการขอปรับราคาคงที่โดยชอบด้วยสัญญาและกฎหมายแล้วหรือไม่

๓. วิศวกรที่ปรึกษาของคู่กรณีได้ให้ความเห็นชอบในการปรับราคาคงที่โดยชอบตามสัญญาและกฎหมายหรือไม่

๔. ผู้เสนอข้อพิพาทมีสิทธิได้รับการปรับราคาคงที่เพิ่มขึ้นรวมทั้งดอกเบี้ยเป็นจำนวนเท่าใด

คณะอนุญาโตตุลาการได้สรุปข้อเท็จจริงในมูลกรณีข้อพิพาทตามพยานหลักฐานที่คู่พิพาทเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการและอีกฝ่ายหนึ่งมิได้โต้แย้งคัดค้านดังนี้

ก) การทางพิเศษแห่งประเทศไทยหรือททพ.มีโครงการสร้างทางด่วนฯ ตามแนวเกาะกลางทางหลวงแผ่นดินสาย ๓๔ (บางนา-ตราด) ซึ่งอยู่ในพื้นที่รับผิดชอบของกรมทางหลวงจึงได้มีหนังสือขอให้กรมทางหลวงพิจารณาความเป็นไปได้ในการใช้พื้นที่เกาะกลางเพื่อก่อสร้างทางด่วนดังกล่าวซึ่งกรมทางหลวงได้มีหนังสือตอบว่าไม่ขัดข้องในหลักการ เมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติโครงการแล้วก็ได้มีมติให้ ททพ.ประสานงานและหารือกับกรมทางหลวงเกี่ยวกับปัญหาด้านเทคนิคและอุปสรรคต่างๆ ต่อมาคณะกรรมาการ ททพ.ได้มีมติให้ว่าจ้างกิจการร่วมค้าบีบีซีดีเป็นผู้รับจ้างดำเนินการทางด่วนสายดังกล่าวโดยในส่วนของการทำงานและเจรจากับกรมทางหลวงในการขอใช้ทางได้มีการประชุมระหว่างอธิบดีกรมทางหลวงและเจ้าหน้าที่กรมทางหลวงกับผู้อำนวยการททพ. เจ้าหน้าที่ททพ. และเจ้าหน้าที่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีเข้าร่วมรับฟังด้วย จากการประชุมกรมทางหลวงก็ได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อหารือปัญหาข้อกฎหมาย สรุปเป็นข้อๆ ดังนี้

(๑) กรมทางหลวงสามารถมอบที่ดินทางหลวงแผ่นดินซึ่งเวนคืนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างทางหลวงให้ ททพ.สร้างทางด่วนได้โดยไม่เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์เดิมในการจัดทำทางสาธารณะ และในทางปฏิบัติกรมทางหลวงก็ได้เคยมอบพื้นที่บางส่วนของทางหลวงแผ่นดินสายกรุงเทพฯ-ตราด เพื่อสร้างทางขึ้นลงทางด่วนให้ ททพ.มาแล้ว

(๒) ผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงสามารถอนุญาตให้ ททพ.ดำเนินการได้และจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ด้วยก็ได้ แต่เห็นควรกำหนดให้สอดคล้องและไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินโครงการซึ่งได้รับความเห็นชอบจากมติคณะรัฐมนตรีแล้ว

(๓) ในการให้ใช้พื้นที่ กรมทางหลวงจะต้องคำนึงถึงโครงสร้างทางด่วนที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว ในส่วนปัญหาเรื่องแดนกรรมสิทธิ์ซึ่งโครงสร้างทางด่วนจะแผ่ขยายกว่า ๓๐ เมตรนั้นเห็นว่าที่ดินที่ใช้สร้างทางหลวงแผ่นดินหมายเลข ๓๔ ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของกรมทางหลวงแต่เป็นที่ดินของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐมนตรีมีนโยบายที่จะจัดสร้างทางพิเศษในที่ดินของรัฐก็สามารถทำได้

(๔) แม้ทั้งสองหน่วยงานจะบังคับใช้กฎหมายคนละฉบับ กรมทางหลวงใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.๒๕๓๕ ททพ.ใช้อำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๙๐ แต่เห็นว่าเมื่อทางสายนี้สร้างเสร็จแล้ว กรมทางหลวงและ ททพ.ก็สามารถทำความเข้าใจตกลงกำหนดพื้นที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของแต่ละฝ่ายให้ชัดเจนได้

ข) ตามข้อเท็จจริงกรมทางหลวงเป็นผู้ครอบครองพื้นที่ที่จะใช้ก่อสร้างทางด่วนและเงื่อนไขตามร่างสัญญาก่อนลงนามมิได้กำหนดให้ กทพ. มีหน้าที่ในการส่งมอบพื้นที่เพียงแต่ให้เป็นผู้ประสานงาน ในด้านของกรมทางหลวงที่ยังไม่ส่งมอบสิทธิในเขตทางคือพื้นที่ก่อสร้างและอนุมัติแบบจนกว่า กทพ. จะลงนามในบันทึกข้อตกลงเกี่ยวกับการก่อสร้างทางกับกรมทางหลวงเสียก่อน ซึ่งต่อมา กทพ. ก็ได้มีการลงนามในบันทึกข้อตกลงดังกล่าว และได้มีการส่งสำเนานบันทึกข้อตกลงดังกล่าวให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีทีทราบ อย่างไรก็ดี บันทึกข้อตกลงระหว่างกรมทางหลวงกับ กทพ. ได้ทำขึ้นภายหลังที่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี กับ กทพ. ได้ทำสัญญาโครงการทางด่วนฯ กันแล้ว ซึ่งมีข้อกำหนดหลายประการเกี่ยวกับการก่อสร้างซึ่งไม่สอดคล้องและขัดแย้งกับเงื่อนไขของสัญญาโครงการทางด่วนฯ ดังนั้น เมื่อกิจการร่วมค้าบีบีซีดีได้รับสำเนานบันทึกข้อตกลงข้างต้นแล้ว กิจการร่วมค้าบีบีซีดีได้มีหนังสือแจ้ง กทพ. ว่ากรมทางหลวงไม่ใช่คู่สัญญาตามสัญญาโครงการทางด่วนฯ และตนก็ไม่ใช่คู่สัญญาตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าว ตนจึงไม่มีพันธะหน้าที่ในทางสัญญาใดๆ อันเกิดจากบันทึกข้อตกลง

ค) ต่อมาเกิดอุปสรรคในการก่อสร้างเนื่องมาจากการมอบสิทธิในเขตทางล่าช้า ปัญหาการอนุมัติแบบ การเปลี่ยนแปลงก่อสร้าง และการเกิดอุทกภัย กิจการร่วมค้าบีบีซีดีจึงได้มีหนังสือบอกกล่าวเรื่องการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ไปยังวิศวกรที่ปรึกษา วิศวกรที่ปรึกษา พิจารณาแล้วเห็นควรให้ขยายระยะเวลาต่อไปอีก ๑๑ เดือนซึ่ง กทพ. คู่กรณีก็เห็นชอบ และได้มีการเสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นชอบ และคณะรัฐมนตรีก็ได้อนุมัติให้ขยายเวลาออกไปทั้งโครงการ ๑๑ เดือน ต่อมากิจการร่วมค้าบีบีซีดีและ กทพ. ได้ทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ ๑) เพื่อขยายระยะเวลาแล้วเสร็จของงานก่อสร้างแต่ละส่วนย่อยสำหรับทั้งโครงการออกไป ๑๑ เดือนตามที่ได้รับอนุมัติ

คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทตามลำดับแล้ว เห็นว่า

ประเด็นข้อ ๑. เห็นว่าในสัญญาก่อสร้างนั้นระยะเวลาในการก่อสร้าง ราคาค่าก่อสร้าง กำหนดขึ้นโดยพิจารณาจากปริมาณของงาน การกำหนดวันแล้วเสร็จและราคาคงที่ในสัญญา ผู้รับจ้างยอมพิจารณาคำนวนจากงานที่จะต้องทำตามที่กำหนดในสัญญาว่าสามารถทำได้เสร็จตามเวลาและด้วยราคาที่กำหนดไว้ในวันภายใต้เหตุการณ์ปกติ เมื่อสัญญากำหนดให้ผู้รับจ้างสามารถปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่เมื่อมีเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ในข้อ ๑.๙.๒ ดังนี้

- (I) คำสั่งเปลี่ยนแปลงงานที่ออกโดย กทพ.
- (II) การระงับชั่วคราวหรือการเลื่อนงานทั้งหมดหรือบางส่วน ยกเว้นกรณีที่มีการ

ระงับหรือการเลื่อนงานนั้นเกิดจากการผิดสัญญาในส่วนของผู้รับจ้างหรือการกระทำของผู้รับจ้าง แต่เพียงฝ่ายเดียวหรือพฤติการณ์ที่ กทพ.ไม่ต้องรับผิดชอบ

- (III) เหตุสุดวิสัยซึ่งกระทบกระเทือนการดำเนินงานในส่วนที่เกี่ยวกับเวลา และ/หรือค่าใช้จ่ายอย่างร้ายแรงหรือในสาระสำคัญ
- (IV) การผิดสัญญาหรือผิดนัดใดๆ โดย กทพ.ในส่วนที่เกี่ยวกับภาระผูกพัน ของ กทพ.ตามสัญญา
- (V) ความเสี่ยงภัยพิเศษตามข้อ ๑.๗.๑๙
- (VI) เหตุการณ์อื่นใดซึ่งเป็นผลให้มีการปรับเวลาและ/หรือราคาตามข้อ กำหนดของสัญญา

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังฟังข้อเท็จจริงต่อไปอีกว่า กทพ.คู่กรณีได้มีการคัดค้านการขอปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ของผู้เสนอข้อพิพาทเมื่อครั้งที่ผู้เสนอข้อพิพาท ได้มีหนังสือถึงวิศวกรที่ปรึกษา ว่ามิใช่เหตุการณ์ที่จะขอปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ได้ ตามข้อ ๑.๙.๒ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหตุการณ์ต่างๆ ที่ระบุไว้ทั้ง ๖ ข้อข้างต้นเป็นเงื่อนไขสำหรับการปรับทั้งวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ เมื่อฟังว่าเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้มีสิทธิขอปรับวันกำหนดแล้วเสร็จได้ก็ทำให้มีสิทธิขอปรับราคาคงที่ได้เช่นกัน ในการนี้ กทพ.คู่กรณีได้คัดค้านในชั้นอนุญาโตตุลาการตามคำคัดค้านข้อ ๒ ข้อ ๓ และข้อ ๔ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยไว้ด้วยกัน

ตามคำคัดค้านข้อ ๒ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าการที่ไม่สามารถได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางของกรมทางหลวง ฯลฯ ได้ทันกำหนดเวลาและก่อให้เกิดความเสียหายหรือสูญเสียแก่ผู้รับจ้างถือว่าเป็นความเสี่ยงภัยพิเศษ ตามข้อ ๑.๗.๑๔ และข้อ ๑.๗.๑๙(ก) ดังนั้นเมื่อเป็นความเสี่ยงภัยพิเศษแล้ว กิจการร่วมค้าบีบีซีดีก็มีสิทธิที่จะอ้างเพื่อขอปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ตามข้อ ๑.๙.๒ ได้

ตามคำคัดค้านข้อ ๓ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้ออ้างที่ว่าการอนุมัติแบบล่าช้ามิใช่ความผิดของ กทพ.คู่กรณีฟังไม่ขึ้นเนื่องจากตามสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างทางด่วนฯ ได้กำหนดเงื่อนไขต่างๆ ไว้ในผนวก ๑ ถึงผนวก ๑๔ โดยชัดเจนแน่นอนแล้ว ซึ่งรวมถึงขอบข่ายของงานตามผนวก ๒ เกณฑ์ที่กำหนดการออกแบบตามผนวก ๕ การอนุมัติแบบตามผนวก ๖ และแบบก่อสร้างตามผนวก ๑๒ ด้วย ทั้งนี้มิได้กล่าวถึงการที่จะต้องส่งแบบให้กรมทางหลวงพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนไว้ในสัญญา แม้ กทพ.คู่กรณีจะได้มีการทำบันทึกข้อตกลงกับ

กรมทางหลวงโดยมีเงื่อนไขและข้อกำหนดนอกเหนือไปจากที่กำหนดในสัญญา ข้อตกลงนั้นย่อมไม่ผูกพันผู้เสนอข้อพิพาทและเป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่จะหาทางแก้ไขเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิที่ผู้รับจ้างมีอยู่ตามสัญญา ดังนั้น การที่ กทพ. คู่กรณีไม่อาจดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบตามที่กำหนดในสัญญาได้เพราะจำเป็นต้องให้กรมทางหลวงเห็นชอบก่อน จึงเป็นเหตุการณ์ตามข้อ ๑.๙.๒ (ก)(IV) ซึ่งผู้เสนอข้อพิพาทมีสิทธิขอปรับราคาคงที่ได้

ตามคำคัดค้านข้อ ๔ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตามที่ กทพ. คู่กรณีอ้างว่าภายหลังวิศวกรที่ปรึกษา แจ้งให้ผู้เสนอข้อพิพาททราบว่าคู่กรณีได้ขยายระยะเวลาออกไป ๑๑ เดือนโดยไม่มีค่าใช้จ่ายผู้เสนอข้อพิพาทมิได้โต้แย้งสงวนสิทธิไว้ถือว่าไม่ติดใจเรียกร้องนั้น คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าตามหนังสือที่ผู้เสนอข้อพิพาทขอให้พิจารณาปรับวันกำหนดแล้วเสร็จมีข้อความว่าการปรับราคาคงที่จะได้ตกลงกันภายหลัง แม้ผู้เสนอข้อพิพาทและคู่กรณีจะได้ทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม(ครั้งที่ ๑) ในส่วนของวันกำหนดแล้วเสร็จที่ยืดออกไปอีก ๑๑ เดือนโดยมิได้กล่าวถึงการปรับราคาคงที่ก็ตาม ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการก็เห็นว่าแม้มิได้กล่าวถึงก็มีได้หมายความว่า จะขอปรับราคาคงที่ตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาไม่ได้เลยเนื่องจากสัญญาส่วนที่มิได้มีการแก้ไขก็ยังคงบังคับได้อยู่ ส่วนข้ออ้างที่ว่าได้มีการตกลงกันก่อนแก้ไขสัญญาว่าจะไม่มีการขอปรับราคาคงที่ก็เป็นกรกล่าวอ้างลอยๆ ไม่มีเอกสารใดๆ มาแสดง และหลังจากที่แก้ไขสัญญาเพิ่มเติมแล้ว ผู้เสนอข้อพิพาทก็ได้มีหนังสือบอกกล่าวเรื่องขอปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ไปยังวิศวกรที่ปรึกษา หลายฉบับ ซึ่ง กทพ. คู่กรณีได้รับสำเนาแล้วและไม่ได้โต้แย้งคัดค้าน ข้ออ้างดังกล่าวจึงรับฟังไม่ขึ้น

ประเด็นข้อ ๒. คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าตามคำคัดค้านของคู่กรณีที่ว่าผู้เสนอข้อพิพาทมิได้ปฏิบัติตามสัญญาในว่าด้วยวิธีการบอกกล่าวต่อวิศวกรที่ปรึกษา เพื่อขอปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่นั้นฟังไม่ขึ้นเนื่องจากเมื่อพิจารณาหนังสือบอกกล่าวที่ผู้เสนอข้อพิพาทมีถึงวิศวกรที่ปรึกษา แล้วพบว่าได้มีการระบุรายละเอียดเกี่ยวกับ ๑. เหตุการณ์ ๒. ผลของเหตุการณ์ต่อราคาคงที่ ๓. ข้อเสนอนี้จะถึงการปรับปรุงราคาคงที่ และ ๔. รายละเอียดของมาตรการและขั้นตอนที่ผู้เสนอข้อพิพาทจะดำเนินการเพื่อลดการเพิ่มขึ้นของราคาคงที่ครบถ้วนตามสัญญาแล้ว และได้มีการแจ้งไปยังวิศวกรที่ปรึกษา ภายใน ๓๐ วันตามที่กำหนดในสัญญา ส่วนหนังสือของผู้เสนอข้อพิพาทที่บอกกล่าวให้วิศวกรที่ปรึกษา พิจารณาปรับปรับราคาคงที่และแจ้งจำนวนเงินที่เรียกร้องให้ทราบมิใช่หนังสือบอกกล่าวเหตุการณ์ตามข้อ ๑.๙.๒(ข) (II) (กก) ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องยื่นภายใน ๓๐ วัน ถือได้ว่าผู้เสนอข้อพิพาทได้ดำเนินการขอปรับราคาคงที่โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ประเด็นที่ ๓. คู่กรณีคัดค้านว่าวิศวกรที่ปรึกษา ให้ความเห็นชอบในการปรับราคาคงที่ไม่ชอบตามสัญญา ประเด็นนี้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าตามสัญญาได้กำหนดการทำหน้าที่ของวิศวกรที่ปรึกษา เกี่ยวกับการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ไว้ชัดเจนโดยให้เป็นผู้พิจารณาค่าบอกกล่าวและเหตุการณ์ ทำการซักถามและสอบสวนตามที่เห็นสมควรและเมื่อได้พิจารณาว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิได้รับการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและ/หรือราคาคงที่แล้ว ก็ให้ปรับระยะเวลาแล้วเสร็จที่สมควรและเป็นธรรมหรือปรับราคาคงที่ให้ตามจำนวนที่เห็นว่าได้เกิดขึ้นหรือน่าจะเกิดขึ้น โดยมีได้กำหนดว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีตามที่คู่กรณีกล่าวอ้าง การที่ต่อมาคู่กรณีได้ทำสัญญาจ้างวิศวกรที่ปรึกษา โดยมีเงื่อนไขว่าการอนุมัติดังกล่าวจะทำให้ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีก่อนนั้นไม่อาจนำมาใช้กับกรณีนี้ซึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้เสนอข้อพิพาทที่มีอยู่ตามสัญญาได้ ดังนั้นการที่วิศวกรที่ปรึกษา ได้กำหนดปรับราคาคงที่และให้การรับรองจำนวนเงินข้างต้นจึงเป็นการชอบด้วยสัญญาระหว่างผู้เสนอข้อพิพาทและคู่กรณีแล้ว

การที่คู่กรณีอ้างว่าการให้วิศวกรที่ปรึกษา เป็นผู้กำหนดค่าเสียหายและถือว่าเป็นที่สุดเป็นการให้อำนาจเอกชนเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ตกเป็นโมฆะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าคู่กรณีเองเป็นผู้ยินยอมตกลงให้วิศวกรที่ปรึกษา เป็นผู้พิจารณาโดยเห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ ความชำนาญและประสบการณ์ในเรื่องดังกล่าว วิศวกรที่ปรึกษา มิได้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทเพราะข้อพิพาทยังมิได้เกิดขึ้น และเมื่อได้รับรองไปแล้วคู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม หากฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามอีกฝ่ายยังมีสิทธินำข้อพิพาทเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือศาลต่อไปได้

ส่วนหนังสือที่คู่กรณีอ้างว่าเป็นหนังสือแจ้งการประเมินผลที่ไม่มีรายละเอียดเพียงพอและอีกฉบับเป็นหนังสือแจ้งให้ทราบตามสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อบริการด้านวิศวกรรมฯ นั้น คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าหนังสือทั้งสองฉบับแสดงว่าวิศวกรที่ปรึกษา ได้รับรองและแจ้งจำนวนราคาคงที่ที่ปรับเพิ่มขึ้นตามข้อเรียกร้องของผู้เสนอข้อพิพาทให้คู่กรณีทราบแล้วตามสัญญาข้อ ๑.๙.๒(ข) (II) (๗) ข้อ (๒) แล้ว เท่ากับว่าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการปฏิบัติงานในหน้าที่ วิศวกรที่ปรึกษา ได้ทราบข้อเท็จจริงและอุปสรรคต่างๆ เกี่ยวกับการสร้างทางสายนี้มาโดยตลอด และในการพิจารณาข้อเรียกร้องของผู้เสนอข้อพิพาทก็มีเอกสารและข้อมูลประกอบโดยละเอียด รวมทั้งความชอบด้วยเหตุผลของข้อเรียกร้องและพื้นฐานของข้อเรียกร้องแต่ละรายการโดยละเอียด รวมทั้งความชอบด้วยเหตุผลของข้อเรียกร้องนั้นด้วย การให้การรับรองการปรับราคาคงที่เพิ่มขึ้นของวิศวกรที่ปรึกษา จึงเป็นการชอบด้วยสัญญาและกฎหมายและมีผลผูกพันคู่กรณีตามที่กำหนดในสัญญา

ประเด็นที่ ๔ สิทธิของผู้เสนอข้อพิพาทที่จะได้รับการปรับราคาคงที่เพิ่มขึ้นนั้น คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าจากทั้ง ๓ ประเด็นที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เสนอข้อพิพาทมีสิทธิได้รับการปรับราคาคงที่ตามสัญญาโดยวิศวกรที่ปรึกษา ได้รับรองรายการค่าใช้จ่ายรวมทั้งสิ้น ๑๗ รายการ เป็นจำนวนเงิน ๓,๓๗๑,๔๔๖,๑๑๔ บาท และ ๒,๖๖๘,๔๔๗,๑๔๐ บาท คณะอนุญาโตตุลาการจึงชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทย คู่กรณี ชำระเงินให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาททั้งสามคือจำนวนเงิน ๓,๓๗๑,๔๔๖,๑๑๔ บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปีของต้นเงินดังกล่าวนับแต่วันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ และชำระเงินจำนวน ๒,๖๖๘,๔๔๗,๑๔๐ บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปีของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๔๓ เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ

จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีก่อสร้างทางด่วนฯ ข้างต้น แสดงให้เห็นว่าในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของรัฐไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดได้ แต่ในสวนหลักเกณฑ์ ระเบียบวิธี หลักกฎหมาย และประเภทของสัญญาทางปกครองในการให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยคดีพิพาททางปกครองอันมีผลประโยชน์ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องก็ยังไม่เห็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ประกอบกับศาลที่คู่กรณีสามารถเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดและศาลที่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะสามารถทบทวนคำชี้ขาดได้แค่ไหน เพียงไร ก็ยังไม่เห็นแนวบรรทัดฐานอันจะนำไปสู่การพัฒนาหลักกฎหมาย ในบทต่อไปผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายต่างประเทศ หลักกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางที่เหมาะสม และเสนอแนะต่อไป

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ ๔

การนำกระบวนการมาใช้ในสัญญาก่อสร้างทางด่วน ชั้นอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาก่อสร้างทางด่วน

โครงการระบบทางด่วนเป็นบริการสาธารณะลักษณะหนึ่งในหลายๆ บริการสาธารณะของภาครัฐที่จัดทำ ซึ่งในปัจจุบันก็ถือว่ามีความสำคัญสูงเนื่องมาจากความจำเป็นในการใช้บริการทางด่วนของประชาชนที่นับวันจะยิ่งมีความจำเป็นและเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตประจำวันมากยิ่งขึ้น ประกอบกับการลงทุนที่ต้องใช้ทั้งเทคโนโลยีและเงินลงทุนในจำนวนที่สูงมากทำให้รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งทางด่วน แต่หากมองอีกด้านหนึ่งแล้ว การที่การก่อสร้างทางด่วนจำต้องอาศัยเทคโนโลยีและเงินลงทุนสูงนี้เองทำให้รัฐไม่อาจจัดทำทางด่วนด้วยความสามารถที่มีอยู่ของรัฐเอง การทางพิเศษแห่งประเทศไทยในฐานะหน่วยงานที่รับผิดชอบและมีหน้าที่โดยตรงจึงต้องมีการให้อำนาจ หรือการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน หรือจัดจ้างเอกชนให้ดำเนินการเพื่อก่อสร้างทางด่วนขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยทำสัญญากับเอกชนเพื่อก่อสร้างทางด่วน ในบางครั้งก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีข้อขัดแย้ง หรือข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการขัดกันในสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา นำไปสู่ปัญหาการฟ้องร้องต่อศาลหรือการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด จากตัวอย่างการระงับข้อพิพาทในสัญญาโครงการระบบทางด่วนในบทที่ ๓ ทำให้เห็นว่าในสัญญาของภาครัฐนั้น การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการแม้จะสามารถทำได้ แต่ปัญหาที่ตามมาทำให้เกิดข้อกังขาว่าแท้จริงแล้วอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและใช้อำนาจรัฐในการเข้าทำสัญญาแค่ไหน เพียงไร หากยอมให้มีวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของภาครัฐแล้ว หลักเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการชี้ขาดโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาจะใช้กฎหมายใด และคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาภาครัฐควรมีข้อกำหนดอย่างไร และหากคู่กรณีไม่พอใจคำชี้ขาดศาลที่จะมีอำนาจทบทวนคำชี้ขาดได้แก่ศาลใด รวมทั้งมีอำนาจทบทวนคำชี้ขาดได้แค่ไหน เพียงไร และศาลจะใช้หลักกฎหมายใดในการพิจารณา

๔.๑ แนวคิดของสัญญาก่อสร้างทางด่วนตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส (Contrats Administratifs) แยกได้ ๒ ประเภท คือ ประเภทแรกสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย (contrats

administratifs par determination de la loi) ได้แก่ กรณีที่มีกฎหมายกำหนดโดยชัดแจ้งให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง และกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องขึ้นศาลปกครอง ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายเช่นกัน ประเภทที่สอง สัญญาทางปกครองโดยสภาพ (contrats administratifs par nature) ได้แก่ กรณีที่ศาลปกครองพิจารณาถึงสภาพและเนื้อหาของสัญญาแล้วเห็นว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะโดยตรง โดยศาลปกครองพิจารณาว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องประกอบด้วย ๒ ลักษณะ คือ จะต้องมีส่วนประกอบเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ และจะต้องมีเนื้อหาสาระที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่ง คือ (๑) ต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (l'objet du contrats : l'execution meme du service public) เช่น สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ (Contrats relatifs a l'execution de travaux publics) หากสัญญามีได้เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงแล้วถือว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาเช่าอาคารสถานที่ สัญญาซื้อวัสดุครุภัณฑ์มาใช้ในฝ่ายปกครอง เป็นต้น หรือ (๒) มีข้อกำหนดในสัญญาเป็นข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (les clauses exorbitantes du droit commun) เพราะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก เนื่องจากฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนในการที่จะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวตามกฎหมายมหาชน ฝ่ายปกครองจึงใช้วิธีการทำสัญญากับเอกชนในรูปของสัญญาทางปกครองโดยเขียนข้อสัญญาให้มีข้อความที่รักษาเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ ข้อความดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นข้อความที่อาจขัดต่อกฎหมายและทำให้สัญญาเป็นโมฆะหากนำข้อความนี้ไปใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่มีข้อความให้ฝ่ายปกครองบังคับคดีได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล นอกจากนี้ยังมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบในกฎหมายเอกชนเพราะโดยปกติคู่สัญญาไม่ยินยอมให้ใส่ไว้ เช่น ฝ่ายปกครองอาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

ในประเทศเยอรมัน สัญญาทางปกครอง (Verwaltungsrechtlicher Vertrag) มีบัญญัติไว้ในมาตรา ๕๔ แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือเรียกโดยย่อว่า VwVfG) ซึ่งบัญญัติว่า สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน โดยไม่ได้แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งโดยการพิจารณาจากฐานะของคู่สัญญา ดังเช่นในกฎหมายของฝรั่งเศส เนื่องจากฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ หลักสัญญาทางปกครองเยอรมันจึงพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่ามีเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติในทางปกครอง หากพิจารณาสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจาก

รูปแบบของสัญญาแล้ว สัญญาทางปกครองเยอรมันแบ่งรูปแบบได้เป็น ๒ รูปแบบ คือ ๑) พิจารณาจากตัวคู่สัญญา ซึ่งได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag) เช่น สัญญาระหว่างองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นกับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นด้วยกัน และสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน (subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag) เช่น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง และ ๒) พิจารณาจากเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา ได้แก่ (ก) สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน (ข) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งไม่แน่นอน ทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นจะทำให้เสียเวลาหรือเสียค่าใช้จ่ายมาก ฝ่ายปกครองและเอกชนอาจตกลงทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้

จากคำนิยามของความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ที่ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” และความหมายของสัญญาก่อสร้างทางด่วนที่ได้กล่าวมาแล้วว่า “สัญญาก่อสร้างทางด่วน คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้างตกลงรับจะทำการก่อสร้างทางพิเศษจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งงานก่อสร้างที่ทำนั้น” จากคำนิยามข้างต้น เห็นว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจ จัดตั้งขึ้นตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๙๐ ลงวันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๑๕ เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับทางพิเศษหรือทางด่วน เป็นหน่วยงานทางปกครอง และทางพิเศษที่สร้างขึ้นในกรอบวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยถือเป็นสิ่งสาธารณูปโภคอย่างหนึ่ง เพราะเป็นเครื่องมือโดยตรงที่ใช้สำหรับการบริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต ดังนั้นสัญญาก่อสร้างทางด่วนซึ่งการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในฐานะหน่วยงานทางปกครองทำสัญญากับเอกชนคู่สัญญา เพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างทางพิเศษ อันมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสาธารณูปโภคซึ่งเป็นหน้าที่หลักของหน่วยงานทางปกครอง สัญญานี้จึงถือเป็นสัญญาทาง

* มาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒

ปกครอง ตามบทนิยามในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒

มีนักกฎหมายบางท่านไม่เห็นด้วยว่าสัญญาก่อสร้างเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง เนื่องจากเห็นว่าที่ผ่านมาได้มีการโต้เถียงกันเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างถนน สะพาน ท่าเรือ เพราะเห็นว่าโดยลักษณะสภาพของสัญญาแล้วเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อพิพาทที่มักมักจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเรียกค่าปรับ ค่าเสียหาย ฟ้องเลิกสัญญา และแม้บทบัญญัติของกฎหมายจะใช้คำว่า “จัดให้มี” แต่ท่านก็ยังเห็นต่อไปว่าเรื่องสัญญาก่อสร้างไม่น่าจะมาอยู่ในเรื่องสัญญาทางปกครอง มิฉะนั้นการจ้างวางท่อประปา การจ้างชุดคลอง หรือแม้แต่การที่องค์การบริหารส่วนตำบลซื้อหลอดไฟถนนก็จะเป็นสัญญาทางปกครองด้วย เพราะไฟถนนเป็นสาธารณูปโภคเช่นกัน^๑ สำหรับผู้เขียน มีความเห็นแตกต่างดังนี้

๑) แม้โดยสภาพสัญญาจ้างก่อสร้างถนนจะมีลักษณะเทียบเคียงได้กับสัญญาจ้างทำของดังที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้น แต่คงจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติโดยใช้คำว่า “จัดให้มี” ซึ่งก็ควรจะครอบคลุมถึงการให้ได้มาทุกประเภทของสาธารณูปโภค แม้ว่าการได้มานั้นรัฐจะทำสัญญากับเอกชนอันอาจมีลักษณะตามสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็น่าจะถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาซึ่งจัดให้มีสาธารณูปโภคอันเป็นสัญญาทางปกครองอย่างหนึ่ง เทียบเคียงกับสัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ (contrats relatifs a l'execution de travaux publics) ของฝรั่งเศส ซึ่งโดยลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน แต่เพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจากงานก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ และมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการในการบริหารแบบมหาชน (operation de gestion publique)

๒) แม้ผู้เขียนเห็นด้วยกับเหตุผลที่ว่า การที่องค์การบริหารส่วนตำบลซื้อหลอดไฟฟ้าซึ่งก็เป็นสาธารณูปโภคมาติดถนน ไม่ควรเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ผู้เขียนยังเห็นว่าในส่วนของสัญญาจ้างก่อสร้าง กล่าวโดยเฉพาะสัญญาก่อสร้างทางด่วนเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากผู้

^๑ เข็มชัย ชุตินวงศ์, การสัมมนาเรื่องสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน : อำนวยการศาลปกครอง หรืออนุญาโตตุลาการกับปัญหาข้อขัดข้องในทางปฏิบัติ, ๑ กันยายน ๒๕๔๒, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ).

เขียนเห็นว่าสัญญาจัดให้มีทางด่วนแม้จะมีลักษณะของสัญญาจ้างทำของก็ตาม แต่สัญญามีลักษณะเป็นการใช้อำนาจรัฐ และรัฐมีอภิสิทธิ์บางประการตั้งแต่การเลือกตัวคู่สัญญา การเวนคืนที่ดินที่จะใช้ในการก่อสร้างตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ อำนาจในการสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบ อำนาจเพื่อให้การดำเนินการก่อสร้างมีอยู่ตลอด ไม่หยุดชะงักเป็นต้น ซึ่งหากจะเปรียบเทียบกับกรซื้อหลอดไฟติดถนนขององค์การบริหารส่วนตำบลแล้ว เห็นว่าแม้การที่องค์การบริหารส่วนตำบลจะต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกกว่าด้วยการพัสดุฯ ในการจัดซื้อหลอดไฟก็ตาม แต่ลักษณะของสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่แตกต่างไปจากเอกชนคนหนึ่งซื้อหลอดไฟจากร้านค้าทั่วไป ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาก่อสร้างทางด่วนเป็นสัญญาทางปกครอง และ

๓) หากจะพิจารณาจากวัตถุแห่งสัญญาแล้วสัญญาจ้างก่อสร้างทางด่วนมีทางด่วนเป็นสาธารณูปโภคที่รัฐจัดทำขึ้น ซึ่งทางด่วนนั้นเป็นอำนาจของหน่วยงานของรัฐแต่ผู้เดียวในการจัดให้มี เอกชนทั่วไปคงไม่สามารถจัดทำขึ้นหรือเป็นเจ้าของได้ไม่ว่าด้วยวิธีใด แต่การที่หน่วยงานของรัฐจัดซื้อหลอดไฟติดถนน โดยสภาพแล้วเอกชนก็สามารถเข้าซื้อหลอดไฟดังกล่าวได้ ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐเข้าซื้อหลอดไฟถนนดังกล่าวจึงไม่แตกต่างไปจากนิติกรรมที่เอกชนทำต่อกัน สัญญาก่อสร้างทางด่วนจึงเป็นสัญญาทางปกครองดังเหตุผลที่ผู้เขียนกล่าวข้างต้น

พระราชบัญญัติอนุญาติตตูลการ พ.ศ.๒๕๔๕ มาตรา ๑๕^{**} บัญญัติให้สัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาติตตูลการได้ ดังนั้น การที่ถือว่าสัญญาจ้างก่อสร้างทางด่วนเป็นสัญญาทางปกครองตามที่กล่าวแล้วข้างต้น คู่กรณีในสัญญาก่อสร้างทางด่วนก็สามารถเสนอข้อพิพาทของตนให้อนุญาติตตูลการวินิจฉัยชี้ขาดได้ และอนุญาติตตูลการก็มีอำนาจที่จะชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้ตามบทบัญญัติมาตราเดียวกันนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการมอบข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วนของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยให้คณะอนุญาติตตูลการชี้ขาด เพราะเหตุว่าสัญญาจ้างก่อสร้างทางด่วนมีลักษณะพิเศษ คือ มีลักษณะเป็นสัญญาที่ฝ่ายรัฐเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่ประโยชน์เฉพาะบุคคล ประกอบกับโดยสภาพแล้วสัญญาก่อสร้างทางด่วนค่อนข้างที่จะมีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว อันเนื่องมาจากมีเทคโนโลยีขั้นสูง เป็นโครงการที่ใช้เงินลงทุนสูง และคู่สัญญาก็มักเป็นเอกชนต่างประเทศ ดังนั้น

^{**} มาตรา ๑๕ พระราชบัญญัติอนุญาติตตูลการ พ.ศ.๒๕๔๕ “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาติตตูลการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาติตตูลการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

ในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการทำให้คล้ายกับว่ารัฐยอมอยู่ภายใต้การระงับข้อพิพาทโดยคนกลางที่คู่กรณีแต่งตั้ง ไม่ใช่ผู้พิพากษาซึ่งใช้อำนาจตุลาการ แต่หากยังยืนยันถึงความจำเป็นในการมอบข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดอยู่ ก็ควรจะมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการมอบข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด และโดยเหตุที่กฎหมายมิได้บัญญัติเฉพาะถึงวิธีการหรือส่วนที่เป็นสาระบัญญัติของการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการไว้ จึงเกิดปัญหาหลายประการ ได้แก่ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติและจำนวนคณะอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองจะเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอย่างไร ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลในการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

๔.๒ ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตและอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เหตุที่รัฐหรือฝ่ายปกครองมีภารกิจสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะแก่มหาชน ในส่วนของการจัดให้มีสาธารณูปโภคที่เป็นบริการสาธารณะขนาดใหญ่ จำเป็นต้องใช้เงินลงทุนสูง ประกอบกับเทคโนโลยีที่ทันสมัย ในบางครั้งทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวได้เองทั้งหมด รัฐหรือฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องให้เอกชนที่มีเงินทุน หรือเชี่ยวชาญในเทคโนโลยีที่ทันสมัยเหล่านั้นเข้าจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หรือรัฐอาจพิจารณาเข้าร่วมลงทุนกับภาคเอกชน เช่น ในการทำสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๒ ที่กล่าวแล้วในบทที่ ๓ ในขณะที่สัญญาของภาครัฐที่ผ่านมาจะมีข้อกำหนดให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากความจำเป็นในด้านการลงทุน ที่สถาบันการเงินผู้ให้กู้มักมีเงื่อนไขการให้กู้โดยให้กำหนดในสัญญาระหว่างรัฐว่าให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น เนื่องจากสถาบันการเงินเหล่านั้นเชื่อมั่นในระบบการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นธรรม เสียค่าใช้จ่ายน้อย ไม่ตกอยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษาของศาลของรัฐใดรัฐหนึ่ง และสามารถนำคำชี้ขาดไปให้ศาลของรัฐอื่นบังคับให้ได้โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ ซึ่งที่ผ่านมามีสัญญาภาครัฐของไทย ทั้งที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาในทางแพ่งก็ตาม ก็มักจะมีข้อกำหนดให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเสมอ แม้จะมีความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นกรณีที่รัฐซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองยอมอยู่ภายใต้การพิจารณาคดี

ของสถาบันอื่น นอกจากสถาบันศาลซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐเอง ซึ่งเท่ากับว่าหน่วยงานรัฐในฐานะหน่วยงานทางปกครองไม่เชื่อมั่นในระบบศาลของรัฐเอง ซึ่งอาจส่งผลต่อเอกชนที่ยอมอยู่ภายใต้การพิจารณาคดีในระบบศาลเกิดความไม่เชื่อมั่นในระบบศาลที่มีอยู่ได้ แต่ยังมีนักกฎหมายจำนวนไม่น้อยเห็นว่า แม้หน่วยงานทางปกครองจะใช้อำนาจรัฐในการเข้าทำสัญญาทางปกครองกับเอกชน หรือภาครัฐด้วยกันเองก็ตาม แต่จะเห็นว่าในสัญญาทางปกครองในปัจจุบันนี้ หากจะไม่ให้มีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการอย่างเคร่งครัด ก็อาจจะเป็นอุปสรรคทำให้การพัฒนาประเทศหยุดลง เนื่องจากประเทศไทยยังต้องการการลงทุนจากเอกชนต่างประเทศ และเอกชนในประเทศ ด้วยเหตุที่รัฐมิได้เป็นผู้เชี่ยวชาญในวิชาการเฉพาะด้านที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูง เช่น การก่อสร้างทางด่วน เป็นต้น การยอมให้ข้อพิพาททางปกครองอยู่ในอำนาจการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงได้ยาก ประกอบกับเหตุว่าเอกชนที่เข้ามาทำสัญญาทางปกครองกับรัฐอาจไม่เชื่อมั่นในระบบศาล หรือแม้จะเชื่อมั่นก็ตามแต่เอกชนเห็นว่าข้อพิพาทบางเรื่องไม่ควรนำขึ้นสู่การพิจารณาคดีในศาล แต่ควรให้คนกลางซึ่งได้แก่อนุญาตตุลาการที่เอกชนมีความเชื่อถือ มีความรู้ด้านกฎหมายมาวินิจฉัยชี้ขาดให้ และผลของคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไม่ว่าจะได้มีการชี้ขาดในประเทศแห่งใด ก็สามารถบังคับได้ในประเทศซึ่งได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศทั้ง ๒ ฉบับ ซึ่งได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการฉบับกรุงเจนีวา ปีค.ศ.๑๙๒๗ และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการฉบับกรุงนิวยอร์ก ปีค.ศ.๑๙๕๘

ในประเทศฝรั่งเศส ถือหลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอนุญาตตุลาการ (Les principe de l' interdiction aux personnes publiques de recourir a l'arbitrage) ซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป ปรากฏตามมาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฉบับลงวันที่ ๕ กรกฎาคม ค.ศ.๑๙๗๒ บัญญัติห้ามมิให้หน่วยงานทางปกครองทำการตกลงยินยอมในปัญหาเกี่ยวกับสถานะ ความสามารถของบุคคล การหย่าร้างและการแยกกันอยู่ หรือเกี่ยวกับการโต้แย้งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของฝ่ายปกครองและรัฐวิสาหกิจมหาชน รวมถึงเรื่องที่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี แต่อย่างไรก็ดี ก็ยังมีข้อยกเว้นที่ให้มีอนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้ ได้แก่ ข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ ๒ กรกฎาคม ๑๙๗๕ บัญญัติให้หน่วยงานราชการหรือองค์การมหาชนที่ทำกิจกรรมด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (etablissement publics a caractere industriel et commerciale) อาจใช้วิธีประนีประนอมก็ได้เช่นกัน โดยออกเป็นพระราชกฤษฎีกา ข้อยกเว้นตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ แต่มีขอบเขตจำกัดเฉพาะการคำนวณค่าใช้จ่าย

ในการก่อสร้างงานโยธาต่างๆ หรือทำนุบำรุงอาคารสถานที่ สัญญาจัดซื้อพัสดุ และข้อพิพาทเกี่ยวกับการชำระค่าใช้จ่ายเท่านั้น ข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อยกเว้นโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทย การไปรษณีย์และองค์การโทรศัพท์ ซึ่งการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในคดีปกครองของฝรั่งเศส ยังค่อนข้างที่จะจำกัดเฉพาะกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ชัดเจนเท่านั้น และศาลปกครองของฝรั่งเศสก็มีแนวโน้มที่จะตีความตีความกฎหมายพิเศษเหล่านั้นอย่างเคร่งครัด^๒

ส่วนในประเทศเยอรมันโดยหลักแล้วไม่ได้ห้ามเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา ๑๗๓ ประโยคที่หนึ่ง VwGO ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา ๑๐๒๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilproze ordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) เฉพาะความสัมพันธ์ที่คู่กรณีหรือคู่สัญญาอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน และไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น คดีฟ้องให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และคดีเกี่ยวกับคำฟ้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น และจะต้องเป็นกรณีซึ่งคู่กรณีตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เป็นเพียงกระบวนการ หรือขั้นตอนหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางปกครอง ก่อนนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งก็จะไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการตามมาตรา ๑๗ อนุมาตรา ๔ แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz หรือเรียกโดยย่อว่า GG) รวมทั้งต้องไม่มีข้อตกลงที่จะไม่นำคดีไปสู่ศาล ดังนั้น หากมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยตัดอำนาจศาลปกครองที่จะตรวจสอบคำชี้ขาดถือว่าข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเยอรมัน

สำหรับประเทศไทย การที่บทบัญญัติมาตรา ๑๕^{*} พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ซึ่งบัญญัติไว้เป็นการทั่วไปว่าข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ ก็ให้อยู่ในอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน เมื่อพิจารณาการ

^๒ บุนผา อัครพิมาน, “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของฝรั่งเศส,” ใน วารสารวิชาการศาลปกครอง, หน้า ๑๓.

^{*} มาตรา ๑๕ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕

มาตรา ๑๕ ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

ดำเนินการบริการสาธารณะในประเทศไทยพบว่าบริการสาธารณะที่จะต้องใช้งบลงทุนจำนวนมาก เช่น การร่วมทุนในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๒ หรือการจ้างเอกชนเข้าก่อสร้างทางด่วนในทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นต้น และเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศและเศรษฐกิจของประเทศ แต่เนื่องจากเอกชนหรือนักลงทุนต่างชาติต้องการความแน่นอนในการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นความแน่นอนในเรื่องค่าใช้จ่าย ค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการค้าหรือการลงทุน ซึ่งหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่คุณสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา เอกชนหรือนักลงทุนต่างชาติมีความต้องการที่จะมีเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทที่รวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อยและมีความเป็นธรรม เอกชนหรือนักลงทุนต่างชาติก็มักจะไม่นิยมที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลภายในประเทศไทยหนึ่ง ทั้งนี้เพราะอาจกลัวความอคติ ความลำเอียง ความยุ่งยากในการพิจารณาคดี ความล่าช้า รวมทั้งความไม่คุ้นเคยกับระบบศาลและระบบกฎหมายของประเทศไทยใดประเทศหนึ่ง และไม่แน่ใจในความได้เปรียบหรือเสียเปรียบต่อกัน ดังนั้นเอกชนหรือนักลงทุนต่างชาติจึงนิยมที่จะตกลงกันระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่เหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุผลที่ควรใช้เป็นข้อยกเว้นให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองบางประเภทเท่านั้น ความจำเป็นดังกล่าวมิใช่เป็นเหตุผลที่จะยกมาเป็นข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ทุกประเภท ดังนั้นจึงเห็นว่าควรจะมีการบัญญัติเฉพาะเจาะจงว่าสัญญาทางปกครองประเภทใดบ้างที่อยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เช่น สัญญาก่อสร้างทางด่วน เป็นต้น

อนึ่ง เนื่องจากความจำเป็นของประเทศไทยที่ยังต้องการเงินลงทุนจากเอกชนทั้งภายในและภายนอกประเทศดังที่กล่าว จึงเห็นควรมีกรณียกเว้นให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองบางประเภทที่รัฐเห็นว่ามีความจำเป็นเท่านั้น ดังเช่นประเทศฝรั่งเศส และอยู่ภายในขอบเขต คือ ในสัญญาก่อสร้างทางด่วนจำกัดเฉพาะสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ เนื่องจากสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสาธารณูปโภค สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ มักมีมูลค่าสูง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองจะผูกพันไปถึงรัฐบาลและตกเป็นภาระด้านภาษีแก่ประชาชนทั้งประเทศ จึงไม่ควรให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้ทุกกรณี และควรกำหนดให้วินิจฉัยชี้ขาดได้เท่าที่ไม่กระทบต่ออำนาจมหาชนของรัฐ โดยให้ชี้ขาดข้อพิพาทได้เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดเรื่องค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเท่านั้น นอกจากนี้จะต้องกำหนดสัดส่วนด้วยว่าอำนาจที่จะวินิจฉัยมีได้

ประมาณเท่าใด” หากจะพิจารณาการให้สัมปทานแก่เอกชนในอดีตที่ผ่านมา หรือการร่วมลงทุนระหว่างรัฐบาลกับเอกชน ส่วนใหญ่กฎหมายให้เป็นการพิจารณาดำเนินการของบุคคลคนเดียว หรือหน่วยงานเดียว บางเรื่องที่มีความสำคัญจะให้รัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาอนุมัติ ทำให้การพิจารณาดำเนินการไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน แน่นนอน และขาดความโปร่งใส มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบหรือแสวงหาประโยชน์แอบแฝงเสมอ เพราะการพิจารณาดำเนินการมิได้มีการผ่านการตรวจสอบกลั่นกรองจากหน่วยงานกลางที่เกี่ยวข้องให้เกิดความละเอียดรอบคอบ และมิได้ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดิน ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.๒๕๓๕ ใช้บังคับกำหนดหลักการสำคัญคือ^๓ ให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและราชการส่วนท้องถิ่นที่มอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงาน หรือดำเนินการในกิจการของรัฐกระทำการอย่างโปร่งใส โดยให้มีระบบควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าว โดยกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการที่จะต้องปฏิบัติให้มีหน่วยงานกลางหลายหน่วยงานเข้ามาช่วยวิเคราะห์และคัดเลือกเอกชนซึ่งจะเข้ามาร่วมดำเนินโครงการอันเป็นกิจการของรัฐแทนการพิจารณาของหน่วยงานเจ้าของโครงการหน่วยงานเดียว โดยกำหนดให้โครงการลงทุนขนาดใหญ่ซึ่งมีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่จะอนุมัติให้ดำเนินการ แทนที่จะเป็นอำนาจของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานนั้นๆ แต่เพียงผู้เดียว เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสร้างความมั่นใจให้แก่เอกชนนักลงทุน และเพื่อควบคุมให้โครงการสำเร็จตามวัตถุประสงค์อันก่อให้เกิดประโยชน์ ซึ่งมีนักกฎหมายเห็นว่าควรนำแนวทางการกำหนดวงเงินตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้ในการกำหนดทุนทรัพย์ของสัญญาทางปกครองที่จะยกเว้นให้มีอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทได้^๔ โดยให้เหตุผลว่าในโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เทคโนโลยีและเงินลงทุนจากเอกชนต่างชาติเป็นความจำเป็นที่ควรนำมายกเว้นให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาประเภทนี้เท่านั้น และจำกัดเฉพาะโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก และเป็นการลงทุนจากเอกชนนักลงทุนจากต่างชาติ

^๓ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , การสัมมนาเรื่องมุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ๒๓ มิถุนายน ๒๕๔๓, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ), หน้า ๖๗-๖๘.

^{*} ดูรายละเอียดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.๒๕๓๕.

^๔ วรวิทย์ กังศศิเทียม, “ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๔), หน้า ๑๔๓-๑๔๔.

เท่านั้น โดยนำหลักการจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.๒๕๓๕ มาใช้ คือ ให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยนักลงทุนต่างชาติและใช้เงินลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเท่านั้น^๕

ข้างต้นเป็นตัวอย่างของกรณีการวางหลักเกณฑ์การเสนอข้อพิพาทเพื่อให้เข้าสู่กระบวนการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ว่าข้อพิพาทใดควรให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดได้ (Arbitrability) หากจะพิจารณาในเนื้อหาของข้อพิพาทแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยกเว้นให้มีการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ในองค์กรมหาชนที่ทำกิจกรรมด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยจำกัดเนื้อหาอยู่ในเรื่องเกี่ยวกับงานโยธา งานทำนุบำรุงสถานที่ สัญญาจัดซื้อพัสดุโดยจำกัดเฉพาะการคำนวณค่าใช้จ่าย และข้อพิพาทเกี่ยวกับการชำระค่าใช้จ่าย หรือกรณีที่มีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น ส่วนในประเทศเยอรมันไม่มีบทบัญญัติห้ามระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน แต่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ภายใต้เงื่อนไขเรื่อง “เนื้อหาสาระ (Wesen) “ ของข้อพิพาทและเงื่อนไขเรื่อง “ฐานะของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท” กล่าวคือ เฉพาะแต่เรื่องข้อพิพาททางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นเรื่องที่คู่กรณีสามารถประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทกันได้ แต่คู่กรณีจะตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองประเภทอื่น เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้ และจำกัดเฉพาะคู่กรณีที่มีข้อพิพาทนั้นอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันเท่านั้น (koordinationsrechtlicher Art) เท่านั้น^๖

บทบัญญัติมาตรา ๑๕ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ เช่นกัน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ เป็นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ก็ได้ หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ก็ได้ต่างก็มีได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่เป็นสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาทางปกครองซึ่งที่ผ่านมาก็ได้มีการมอบข้อ

^๕ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔๔.

^๖ มานิตย์ วงศ์เสรี, “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” ในวารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ ๒ ฉบับที่ ๑ มกราคม-เมษายน ๒๕๔๕, หน้า ๘๐.

พิพาทเกี่ยวกับสัญญาภาคีรัฐให้อนุญาตอุตสาหกรรมซีชาด และเมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ได้แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาภาคีรัฐทั้งหมดของฝ่ายปกครอง ทำให้สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เป็นลักษณะหนึ่งของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่นับวันหน่วยงานทางปกครองก็ยังมีข้อพิพาทในลักษณะนี้มากยิ่งขึ้นทุกที ทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันไม่มีหลักเกณฑ์ เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ และในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติได้

ในสัญญาก่อสร้างทางด่วน การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ จัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับทางพิเศษ (ทางด่วน) ซึ่งโดยลักษณะของสัญญาก่อสร้างทางด่วนก็เป็นสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะ คือเกี่ยวข้องกับสาขาวิศวกรรมโยธา และสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ ใช้เงินลงทุนที่สูงมาก ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง ใช้ระยะเวลาในการดำเนินการที่ค่อนข้างนาน และอาจมีเอกชนคู่สัญญาเป็นเอกชนต่างประเทศ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากสภาพของสัญญาแล้ว เห็นว่า เอกชนต่างประเทศที่เข้ามาลงทุนย่อมไม่ต้องการที่จะอยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแห่งประเทศไทย เนื่องจากไม่แน่ใจในองค์กรศาลของรัฐอื่น เอกชนต่างประเทศจึงมักที่จะใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการมากกว่า ผู้เขียนจึงเห็นว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา ๑๕ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการควรเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปซึ่งห้ามมิให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง หากจะให้มีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการก็ควรเป็นข้อยกเว้น ไม่ใช่หลักทั่วไป และควรบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองให้เป็นไปตามข้อพิพาทแต่ละลักษณะ เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วน เป็นต้น

ในส่วนของสัญญาก่อสร้างทางด่วนนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วนโดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

๑) เฉพาะสัญญาก่อสร้างทางด่วนที่คู่สัญญาเป็นเอกชนต่างประเทศเท่านั้น

หลักการพิจารณาคำว่าเอกชนต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นควรเทียบเคียงจากกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่บัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นคนต่างด้าวซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ซึ่งได้แก่

ก) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

- ข) นิติบุคคลซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีคนไทยถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิก หรือมีทุนของคนไทยอยู่เป็นจำนวนมากน้อยเท่าใด
- ค) นิติบุคคลซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว
- ง) นิติบุคคลซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิกทั้งหมดไม่ว่าคนต่างด้าวเหล่านั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่
- จ) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และมีหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

ในกรณีที่บริษัทจำกัดออกไปหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าหุ้นดังกล่าวเป็นหุ้นของคนต่างด้าว ฉะนั้น บริษัทจำกัดที่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือตั้งแต่กึ่งจำนวนของทุนหรือของผู้ถือหุ้นทั้งหมดเป็นคนต่างด้าว**

๒) เฉพาะสัญญาก่อสร้างทางด่วนที่มีวงเงินลงทุนตั้งแต่ ๑๐,๐๐๐ ล้านบาทขึ้นไปเท่านั้น

๓) เฉพาะสัญญาหลักหรือสัญญาประธาน (Main-Contract) เท่านั้น ที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้

๔.๓ ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติและจำนวนคณะอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาด

ปัจจุบันสำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมมีผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชาชีพต่างๆ เพื่อปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการรวมทั้งสิ้น ๑๖ สาขา จำนวนกว่า ๒๐๐ ท่าน จากสาขาวิชาชีพต่างๆ เช่น สัญญาก่อสร้าง การค้าระหว่างประเทศ ทรัพย์สินทางปัญญา ที่ดิน แร่ และปิโตรเลียม ละเมิดในวิชาชีพ การขนส่งทางทะเล การประเมินราคาทรัพย์สิน ครอบครัวย มรดก เป็นต้น รวมทั้งมีบัญชีรายชื่อของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอีกจำนวนหนึ่ง นอกจากนี้คู่มือพิพาทก็อาจตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนอกเหนือจากบุคคลที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับสำนักงานอนุญาโตตุลาการก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของนักกฎหมายที่ขึ้นทะเบียนไว้ส่วนใหญ่เป็นนักกฎหมายเอกชน^๗ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจึงมีแนวโน้มในการนำหลักกฎหมายเอกชน หรือ

** ข้อ ๓ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ.๒๕๑๕

^๗ วรวิทย์ กังศศิเทียม, ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง, หน้า ๑๔๕.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับข้อพิพาท ซึ่งหลักกฎหมายเอกชนแตกต่างไปจากหลักกฎหมายมหาชน ตามหลักกฎหมายมหาชน อาทิเช่น ในสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่สัญญาในทางแพ่งและพาณิชย์คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจตกลงแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาได้หากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ตกลงยินยอมด้วย ในเรื่องค่าสินไหมทดแทนกรณีเลิกสัญญาหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา สัญญาทางปกครองใช้หลักโดยถือเสมือนหนึ่งว่าคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมมิได้ทำสัญญากัน ซึ่งต่างจากหลักกฎหมายเอกชนซึ่งถือว่าค่าสินไหมทดแทน คือ การชดเชยค่าเสียหายเสมือนหนึ่งว่ามีการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งรวมถึงผลกำไรในอนาคตที่ควรจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนด้วย ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการนำหลักกฎหมายเอกชน ซึ่งได้แก่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวงต่อคู่สัญญาภาครัฐ ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างทางด่วนสายบางนา – บางพลี – บางปะกง อนุญาตตุลาการมีคำสั่งชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชดเชยค่าเสียหายให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นจำนวนกว่า ๖,๒๐๐ ล้านบาท ดังรายละเอียดที่ผู้เขียนได้กล่าวแล้วในบทที่ ๓

๔.๓.๑ คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้ว ใครก็ตามอาจได้รับแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการได้ถ้ามีความสามารถพิจารณาคดีได้ด้วยความยุติธรรม ซื่อสัตย์ ไม่ลำเอียง และไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท^๔ แม้ชาวต่างชาติก็สามารถเป็นได้ แต่ในส่วนของหน่วยงานทางปกครองไม่ว่าจะเป็นคดีที่มีการฟ้องร้องกันในศาล หรือมีข้อพิพาทที่เสนอเข้าสู่การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ก็จะมีข้อกำหนดหน้าที่ในเป็นทนายความฝ่ายรัฐ หรือในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ก็จะต้องตั้งอัยการให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการฝ่ายรัฐเสมอ กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ ล้วนแต่ไม่ได้บัญญัติถึงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ แต่ในทางปฏิบัติเป็นที่เข้าใจว่า บุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้จะต้องมีความสามารถตามกฎหมายแพ่ง คือ ไม่เป็นผู้เยาว์ หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือจะต้องมีความสามารถในการจัดการกิจการของตนเอง นอกจากนั้นจะต้องมีคุณสมบัติที่ซื่อสัตย์ ไม่ลำเอียง ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท

^๔ Johan Steyn, Report on Arbitration Law in England and Wales. May 1984 WH.

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในลักษณะที่ คล้ายคลึงกับการพิจารณาคดีของศาล มาตรา ๑๙^{*} พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ จึงได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษ และวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามรูปคดี และในขณะเดียวกันก็ต้องมีความเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือสั่งการของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และคู่พิพาทอาจจะตกลง กำหนดคุณสมบัติพิเศษประการอื่นสำหรับอนุญาโตตุลาการด้วยก็ได้ เช่น ในกรณีที่คู่พิพาทตกลง กันให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่ง หนึ่ง และในข้อบังคับนั้นได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอย่างไรได้เป็นพิเศษ ก็ต้องถือ ว่าคุณสมบัติตามข้อบังคับนั้นเป็นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกำหนดไว้ เป็นต้น

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้อง มีความเป็นกลาง และมีความเป็นอิสระค่อนข้างมีลักษณะเป็นนามธรรม ในสัญญาทางปกครอง ประเภททางด่วนมีลักษณะที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน ซึ่งใน สัญญาที่ใช้เงินลงทุนสูงก็มักเป็นเอกชนต่างประเทศ ส่วนฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะหน่วยงานของรัฐ ผู้ใช้อำนาจปกครองตามที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ และ ความเป็นอิสระจึงค่อนข้างพิสูจน์ยาก ยิ่งตามหลักที่ว่าอนุญาโตตุลาการต้องซื่อสัตย์ ไม่ลำเอียง ด้วยแล้วยิ่งเป็นเรื่องที่พิสูจน์ยากยิ่งขึ้นไปอีก พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ บัญญัติให้ข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้แก่เฉพาะข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่

* มาตรา ๑๙ อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่ง จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควร สงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่ พิพาทโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึง ความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะ คัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึง เหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

จะมีขึ้นในอนาคตเท่านั้น ทำให้อนุญาตตุลาการจำนวนมากเคยชินกับการชี้ขาดตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งที่จริงแล้วสัญญาของภาครัฐที่ผ่านมานั้น แม้ศาลฎีกาจะตีความว่าเป็นสัญญาในทางแพ่งและพาณิชย์ไปเสียทั้งหมด แต่ในความเป็นจริง สัญญาของภาครัฐในอดีตบางสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาก่อสร้างทางด่วน เป็นต้น เพียงแต่ในขณะนั้นยังไม่มีหลักกฎหมายบัญญัติแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาของภาครัฐทั่วไป ทำให้ข้อพิพาทที่เป็นสัญญาภาครัฐทั้งหมดตกอยู่ในอำนาจชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ในส่วนอนุญาตตุลาการที่เป็นผู้เชี่ยวชาญจากสาขาอื่นก็พึงยึดหลักความเป็นกลาง และให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีโอกาสเท่าเทียมกันในการเสนอข้อต่อสู้ของตน แต่จะทราบหรือไม่ว่าโดยหลักกฎหมายมหาชนที่ใช้กับสัญญาทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว รัฐมีเอกสิทธิบางประการแตกต่างไปจากสัญญาในทางแพ่งทั่วไป

หากยอมให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้ว ก็ควรจะมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ในเรื่องคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการนั้น โดยหลักแล้วในข้อพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนั้น คู่พิพาทคงจะต้องพิจารณาลักษณะของข้อพิพาท ความละเอียด ความซับซ้อน ยุ่งยาก ทุณทรัพย์ ตัวบุคคลกร เพื่อจะกำหนดตัวผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการฝ่ายของตน และเนื่องจากสัญญาทางปกครองไม่ได้มีพื้นฐานมาจากความสมัครใจทั้งหมดดังเช่นในคดีแพ่ง การเลือกอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองจึงไม่อาจยินยอมให้คู่พิพาทเลือกได้โดยเสรีตามใจชอบเช่นเดียวกับคดีแพ่งได้ ผู้เขียนเห็นว่าหากไม่ต้องการให้คู่พิพาทเลือกอนุญาตตุลาการโดยไม่คำนึงถึงลักษณะของข้อพิพาทว่าเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้ว ก็ควรที่จะกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการไว้ล่วงหน้า โดยกำหนดคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการให้สอดคล้องกับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในสัญญาก่อสร้างทางด่วนนั้น ลักษณะของข้อพิพาทส่วนมากจะมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง ซึ่งในสัญญาก่อสร้างจะเป็นสัญญาที่มีรายละเอียดมากปรากฏอยู่ในเอกสารแนบท้ายสัญญา มีแบบก่อสร้างละเอียด ซับซ้อน ที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง นอกจากนั้นยังประกอบด้วยคู่สัญญาอื่นๆ (Sub-Contract) ในโครงการขนาดใหญ่มักจะมีการจ้างผู้ควบคุมงานหรือที่ปรึกษาโครงการซึ่งก็มักจะมาจากผู้ที่เป็นวิศวกร หรือนักกฎหมายก็ได้ อีกทั้งสัญญาก่อสร้างทางด่วนคู่สัญญานอกจากเอกชน ได้แก่ หน่วยงานทางปกครองที่มีเอกสิทธิในสัญญา จึงจำเป็นต้องมีผู้ที่เป็นนักกฎหมายมหาชนผู้ซึ่งคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติและเข้าใจถึงธรรมชาติของสัญญาว่าแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งด้วย หากจะพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน ซึ่งใช้ระบบศาลคู่เช่นเดียว

กับประเทศไทย และผู้เขียนได้ศึกษาเพื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย จะพบว่าทั้งสองประเทศดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติใดบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็น อนุญาติตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเลย เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศสการให้ อนุญาติตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นข้อยกเว้นของ หลักทั่วไปที่ห้ามมิให้มีการเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อนุญาติตตุลาการที่ขาด ส่วนข้อยกเว้นนั้น ก็ค่อนข้างที่จะเป็นข้อยกเว้นที่จำกัดจริงๆ การยกเว้นให้มีการอนุญาติตตุลาการ ในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสจึงมีนิติวิธีที่คล้ายกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาติตตุลาการ ทางแพ่งทั่วไป ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาติตตุลาการใน ทางปกครองสามารถมีได้ โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของการระงับข้อพิพาททั่วไป คือ เป็นขั้นตอนก่อนที่คู่ พิพาทจะนำคดีไปสู่ศาลปกครองต่อไป

ดังนั้น จึงเห็นว่าในคณะอนุญาติตตุลาการที่จะชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างทางด่วน จะต้องประกอบไปด้วยอนุญาติตตุลาการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านวิศวกรรมโยธา หรือสาขาที่เกี่ยวข้อง กับการก่อสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่อย่างน้อย ๑ คน และที่สำคัญจะต้องมี อนุญาติตตุลาการซึ่งเป็นนักกฎหมายมหาชน หรือหากเป็นพนักงานอัยการก็ต้องเป็นผู้ที่มีความ รู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายมหาชนด้วย อย่างน้อย ๑ คน ร่วมเป็นองค์คณะในการวินิจฉัยชี้ ขาดข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างทางด่วน เพื่อให้การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทาง ด่วนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง มีบุคคลผู้มีความเข้าใจถึงนิติวิธีในทางกฎหมาย มหาชนซึ่งแตกต่างไปจากในทางกฎหมายเอกชนเข้าร่วมเป็นองค์คณะในการพิจารณาด้วย

๔.๓.๒ จำนวนอนุญาติตตุลาการในคณะอนุญาติตตุลาการ

ตามปกติ คู่สัญญาหรือคู่พิพาทย่อมมีอำนาจที่จะตกลงกำหนดจำนวน อนุญาติตตุลาการว่าจะให้มีจำนวนกี่คนสำหรับข้อพิพาทของตน โดยคู่สัญญาหรือคู่พิพาทจะเป็นผู้ พิจารณาเองว่าจากความสลับซับซ้อนของข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่อาจจะ พิพาทกัน สมควรจะให้วินิจฉัยโดยอนุญาติตตุลาการกี่คน หากข้อพิพาทนั้นมีความสลับซับซ้อน มากและมีทุนทรัพย์สูงก็อาจจะใช้อนุญาติตตุลาการหลายคนเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความ ละเอียดรอบคอบ และได้ผู้เชี่ยวชาญแขนงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาร่วมเป็นคณะอนุญาติตตุลาการ ครบถ้วน แม้ผู้ให้ความเห็นว่ากรการใช้อนุญาติตตุลาการหลายคนก็อาจจะทำให้การพิจารณา ดำเนินไปอย่างล่าช้า เนื่องจากจะต้องหาวันที่ตรงกันของอนุญาติตตุลาการให้ได้ทุกคน ทำให้การ

พิจารณาคดีแต่ละครั้งจะต้องรอให้อนุญาตตุลาการว่างตรงกัน ซึ่งค่อนข้างยากเนื่องจาก อนุญาตตุลาการก็จะมีหน้าที่การงานประจำของตนอยู่แล้ว อีกทั้งการใช้อ้อนุญาตตุลาการหลายคนก็จะทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น อีกทั้ง เนื่องจากค่าตอบแทนอนุญาตตุลาการมีความสัมพันธ์โดยตรงกับจำนวนอนุญาตตุลาการ แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ปกติคู่สัญญา ก็มักจะกำหนดให้จำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่เพื่อว่าจะได้สามารถหาเสียงข้างมากได้โดยง่าย เช่น ๓ คน ๕ คนหรือแม้แต่ ๗ คน มาตรา ๑๗^{*} พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ บัญญัติบังคับให้คู่สัญญากำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ ส่วนในวรรคสองบัญญัติให้อนุญาตตุลาการของแต่ละฝ่ายกรณีที่คุณพิพาทตั้ง อนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ ร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการหนึ่งคนเป็นประธานอนุญาตตุลาการในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการไว้เป็นเลขคู่ และในวรรคสามบัญญัติให้มี อนุญาตตุลาการคนเดียว ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการได้

เหตุที่ มาตรา ๑๗ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ บัญญัติให้คุณพิพาท กำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ และบัญญัติวรรคสองว่าหากคู่พิพาทตั้ง อนุญาตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ ให้อนุญาตตุลาการของแต่ละฝ่ายร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการ เป็นประธานอีกหนึ่งคน เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ ไม่ได้กำหนดให้ จำนวนอนุญาตตุลาการต้องเป็นจำนวนเลขคู่ ที่ผ่านมามีทำให้เกิดปัญหากรณีการตั้ง อนุญาตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ คณะอนุญาตตุลาการมักจะไม่สามารถตกลงวินิจฉัยชี้ขาดข้อ พิพาทได้ วิธีการแก้ไขปัญหาที่ผ่านมามีได้โดยการแต่งตั้ง “ผู้ชี้ขาด” (Umpire) ในภายหลัง แต่เนื่องจากผู้ชี้ขาดเพิ่งได้รับแต่งตั้ง ไม่ได้รู้เห็นการดำเนินกระบวนการมาตั้งแต่ต้น อาจต้องใช้ เวลาในการศึกษาข้อเท็จจริง ส่งผลให้การวินิจฉัยชี้ขาดล่าช้าออกไปอีก และหากคู่พิพาทไม่ สามารถตั้งอนุญาตตุลาการได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด มาตรา ๑๗ วรรคสามกำหนดให้ใช้

* มาตรา ๑๗ ให้คณะอนุญาตตุลาการประกอบด้วยอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนคู่

ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาตตุลาการร่วมกัน ตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาตตุลาการ วิธีการตั้งประธานคณะ อนุญาตตุลาการให้เป็นไปตามมาตรา ๑๘ วรรคหนึ่ง (๒)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการได้ ให้มี อนุญาตตุลาการเพียงคนเดียว

อนุญาตตุลาการคนเดียว** ผู้เขียนเห็นว่าเจตนารมณ์ของมาตรา ๑๗ ก็เพื่ออำนวยความสะดวก รวดเร็ว ให้แก่คู่พิพาท และผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการเองด้วย แต่ในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานทางปกครองมีเอกสิทธิ์และหน้าที่บางประการที่มากกว่าเอกชน ในการ กำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงขั้นตอนใน การตั้งอนุญาตตุลาการ การกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการและความรวดเร็วในการดำเนิน กระบวนพิจารณาเพื่อมีคำชี้ขาดแล้ว สิ่งที่สำคัญประการหนึ่งคือ คู่พิพาทควรจะต้องคำนึงถึง ประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญด้วย ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะอันเป็นวัตถุประสงค์ในการทำ สัญญาทางปกครองของรัฐ จึงควรเป็นสิ่งที่คู่พิพาทจะต้องคำนึงถึง และนำมาเป็นข้อยกเว้นหลัก กฎหมายมาตรา ๑๗

สัญญาก่อสร้างทางด่วนนั้น มักจะเป็นสัญญาที่มีความซับซ้อน ใช้เทคโนโลยี ขั้นสูง ต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และใช้เงินลงทุนในจำนวนสูงมาก เมื่อพิจารณาลักษณะของ ข้อพิพาทแล้วเห็นว่าผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการควรจะต้องเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้าน วิศวกรรมโยธา หรือสาขาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่อย่างน้อย ๑ คน และจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายมหาชนด้วย อย่างน้อย ๑ คน ร่วมเป็น องค์คณะในการชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างทางด่วน ดังเหตุผลที่กล่าวแล้วในหัวข้อ ๔.๓.๑ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจำนวนคณะอนุญาตตุลาการที่เหมาะสมในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาก่อสร้างทางด่วน ซึ่งเป็นสัญญาโครงการขนาดใหญ่ ใช้เงินลงทุนสูง และใช้เทคโนโลยีที่ ซับซ้อน ควรจะเป็นจำนวน ๕ คน เพื่อความละเอียดรอบคอบในการพิจารณาชี้ขาด เหตุที่ผู้ เขียนมีความคิดดังกล่าวเนื่องจากเห็นว่า

ประการที่หนึ่ง เนื่องมาจากแนวความคิดที่ซึ่งได้เสนอไว้แล้วในหัวข้อที่ ๔.๓.๑ ที่ ให้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทาง ด่วนว่าควรจะต้องมีผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านวิศวกรรมโยธา หรือสาขาที่เกี่ยวข้องกับการ

** กฎหมายแม่แบบกำหนดให้มีอนุญาตตุลาการสามคน เหตุที่กฎหมายไทยกำหนดให้ แตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ เนื่องจากเห็นว่าข้อพิพาทส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีความ ยุ่งยากไม่มากนัก และอาจมีทุนทรัพย์ที่ไม่สูงมาก จึงใช้อุญาตตุลาการเพียงคนเดียวก็น่าจะ เพียงพอ ในขณะที่กฎหมายแม่แบบกำหนดโดยคำนึงถึงสภาพข้อพิพาทที่เป็นเรื่องทางพาณิชย์ ระหว่างประเทศเป็นหลัก ซึ่งข้อพิพาทก็จะต้องมีความยุ่งยากมากกว่า และในทางปฏิบัติของ อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศก็มักจะใช้อุญาตตุลาการสามคนเสียเป็นส่วนใหญ่

ก่อสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่อย่างน้อย ๑ คน และจะต้องประกอบด้วยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชน ซึ่งอาจจะเป็นนักกฎหมายหรือพนักงานอัยการก็ได้ ดังนั้น อย่างน้อยองค์คณะตามที่ผู้เขียนเสนอจะประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการแล้วจำนวน ๒ คน

ประการที่สอง หากจะให้มืออนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วนจำนวน ๕ คน อีก ๓ คนที่เหลือ คู่กรณีพิพาทก็อาจจะตั้งนักกฎหมายเอกชนอีก ๓ คน หรือให้มีผู้เชี่ยวชาญด้านวิศวกรรมโยธา หรือนักกฎหมายมหาชนเพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ผู้เขียนเสนอได้อีก และให้มีนักกฎหมายเอกชนเพียงหนึ่งคนก็ได้ ซึ่งค่อนข้างจะยืดหยุ่นได้ตามแต่คู่พิพาทจะเห็นควรว่าเหมาะสมกับข้อพิพาทของตน

ประการที่สาม การให้มีอนุญาโตตุลาการ ๕ คน ก็จะทำให้การพิจารณาข้อพิพาทอันมีผลประโยชน์มหาชนเข้ามาเกี่ยวข้อง ละเอียดย ครอบคลุมมากขึ้นและก็อาจจะทำให้การพิจารณาข้อพิพาทเกิดความรวดเร็วมากขึ้นหากอนุญาโตตุลาการสามารถหาเวลาเพื่อพิจารณาข้อพิพาทที่ตรงกันได้

ประการสุดท้าย แม้ค่าปวงการอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทจะต้องจ่ายมีความสัมพันธ์โดยตรงกับจำนวนอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการเสนอให้มีอนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างทางด่วนจำนวน ๕ คน และทำให้คู่พิพาทต้องจ่ายค่าปวงการอนุญาโตตุลาการมากขึ้นนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะของข้อพิพาท ผลประโยชน์ที่วัดเป็นเงินได้ของเอกชน และผลประโยชน์ของมหาชนทั้งประเทศแล้ว การจ่ายค่าปวงการอนุญาโตตุลาการที่มากขึ้นเพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดค่านึงถึงประโยชน์มหาชนก็นับว่าคุ้มค่าแล้ว

ดังนั้นจึงเห็นควรเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ในหมวด ๒ ซึ่งว่าด้วยเรื่องคณะอนุญาโตตุลาการดังนี้

“ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวน ๕ คน

ในจำนวนตามวรรคก่อน อย่างน้อยจะต้องประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการที่เป็นนักกฎหมายมหาชน ๑ คน และอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของข้อพิพาทอีก ๑ คนเข้าร่วมเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ”

๔.๔ หลักกฎหมายที่อนุญาตตุลาการนำมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการ โดยลักษณะของข้อพิพาทแล้วแบ่งได้เป็น ๒ ลักษณะ คือ ข้อพิพาทที่เป็นปัญหาที่เป็นข้อเท็จจริงอย่างเดียว และข้อพิพาทที่มีปัญหากฎหมายเกี่ยวข้ออยู่ด้วย ในกรณีที่เป็นปัญหาทางข้อเท็จจริง (Factual Dispute) ผู้ตัดสินควรมีคุณวุฒิในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นๆ ส่วนในกรณีของปัญหาที่มีปัญหากฎหมายเกี่ยวข้ออยู่ด้วย ก็มักจะมีปัญหาข้อเท็จจริงประกอบกันไปกับปัญหากฎหมาย ผู้ตัดสินควรเป็นนักกฎหมายที่มีคุณวุฒิในเรื่องข้อเท็จจริงที่พิพาทกันนั้น^๙ ส่วนในการตัดสินปัญหาข้อเท็จจริงที่มีปัญหากฎหมายอยู่ด้วย พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ มิได้บัญญัติบังคับว่าอนุญาตตุลาการจะต้องใช้หลักกฎหมายในการตัดสิน ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการในการพิจารณาใช้หลักกฎหมาย หรือหลักอื่นตามที่คณะอนุญาตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมกับข้อพิพาท โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ* และการให้โอกาสคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนำสืบพยานหลักฐานของตนอย่างเท่าเทียมกัน ต่อมาพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ มาตรา

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^๙ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า ๓๐.

* มาตรา ๑๗ วรรคสอง พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐

๓๔** บัญญัติให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้ บังคับกับข้อพิพาท และในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ก็ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย จากบทบัญญัติมาตรานี้เองตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ที่ได้มีการแก้ไขใหม่ได้กำหนดให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดขึ้น จะไม่ใช้กฎหมายใดๆ ในการชี้ขาดไม่ได้ ยกเว้นกรณีที่คู่พิพาทกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักความสุจริต และเป็นธรรม ตามวรรค ๓

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่า ในการจะใช้กฎหมายใดในการทำคำชี้ขาดนั้น เป็นอำนาจของคู่พิพาทที่จะกำหนดว่าจะใช้กฎหมายใด หรือไม่ใช้กฎหมายแต่ใช้หลักความสุจริตและเป็นธรรม แต่หากคู่พิพาทไม่ได้กำหนดว่าจะใช้กฎหมายใด อนุญาโตตุลาการก็จะเป็นผู้กำหนดเองว่าจะนำหลักกฎหมายใดมาใช้กับข้อพิพาท ซึ่งหากจะพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองแล้ว เห็นได้ว่า ตามหลักกฎหมายมหาชนซึ่งคู่สัญญาซึ่งเป็นรัฐฝ่ายหนึ่ง ปกติแล้วรัฐไม่อาจตกลงประนีประนอม หรือกระทำการอย่างใดๆ กับฝ่ายเอกชนเพื่อกำหนดวิธีการในการระงับข้อพิพาทของตน ไม่ว่าจะนำหลักกฎหมายที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดก็ดี หรือยอมไม่ใช้หลักกฎหมายแต่ใช้เพียงหลักความสุจริตและเป็นธรรมเท่านั้น ดังนั้น หากการยอมให้มีการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว การที่ฝ่ายปกครองมิได้กำหนดกฎหมาย

** พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕

มาตรา ๓๔ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสาระบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย

ที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาท ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่ตนเห็นสมควรจะนำมาปรับใช้ ซึ่งก็ไม่แน่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้กับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ หรือแม้ว่าคู่พิพาทจะได้อำนาจกฎหมายเพื่อให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดก็ได้มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คู่พิพาทจะต้องกำหนดว่าให้อนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการนำมาชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองซึ่งถือหลักทั่วไปแล้ว ก็น่าที่จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อเป็นการประกันว่าฝ่ายปกครองซึ่งใช้อำนาจรัฐกระทำการเพื่อประโยชน์ของมหาชนซึ่งเป็นประโยชน์ของคนทั้งประเทศ และอนุญาโตตุลาการจะได้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยคำนึงถึงประโยชน์ของมหาชน และบริการสาธารณะอันเป็นวัตถุประสงค์ในการเข้าทำสัญญาทางปกครองของรัฐด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าสมควรที่จะได้มีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องนำกฎหมายมหาชนมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วน โดยบัญญัติเป็นการยกเว้นหลักทั่วไปที่ให้อำนาจคู่พิพาทที่จะกำหนดหลักกฎหมายเพื่อให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้หลักกฎหมายมหาชนเสมอ จะไม่ใช่หลักกฎหมายมหาชนไม่ได้ หากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แม้คู่พิพาทจะไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ก็ตาม นอกจากนี้ หากคู่พิพาทกำหนดหลักกฎหมายอื่นไว้ด้วย ก็ให้เป็นอำนาจของคู่พิพาทที่จะกำหนดกฎหมายที่ตนเห็นสมควร และอำนาจของอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดไว้ในสัญญา

ผู้เขียนเห็นควรให้มีบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ โดยแก้ไขเพิ่มเติม หมวด ๕ ที่ว่าด้วยคำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา ดังนี้

“ภายใต้บังคับมาตรา ๓๔ ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายมหาชน ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับลักษณะของข้อพิพาท”

๔.๕ ศาลปกครองจะเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอย่างไร

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มแรกจนเสร็จสิ้นกระบวนการนั้น อาจมีกรณีที่ต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางศาล หรือต้องไปขออำนาจศาลในการบังคับการในเรื่องต่างๆ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเกิดจากความยินยอมของคู่กรณีเพื่อตัดสินข้อพิพาท แต่ไม่ใช่หน่วยงานซึ่งเป็นองค์กรตุลาการของรัฐ ฉะนั้นอำนาจในการออกหมายเรียก การคุ้มครองชั่วคราวจึงไม่ได้มีดังเช่นศาล กรณีที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการต้องเข้าไปเกี่ยวข้อง หรือขออำนาจศาลในการบังคับ เช่น การขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองประโชชน์ชั่วคราวระหว่างพิจารณา การขอให้ศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่สัญญา หรือการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มาตรา ๙ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ จึงได้กำหนดศาลที่คู่กรณีอาจจะไปขอให้ดำเนินการต่างๆ ได้ ซึ่งได้แก่ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลที่คู่พิพาทมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล และศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ

ปัญหาจึงอยู่ที่เมื่อพิจารณาจากข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้ว “ศาลที่มีเขตอำนาจ” จะได้แก่ศาลใด ปัญหานี้คงจะต้องแยกพิจารณาเป็น ๒ ช่วงเวลา ช่วงแรก ได้แก่ ช่วงก่อนมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่พิพาทอาจจะต้องขอให้ศาลออกหมายเรียกพยานเอกสารซึ่งอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น หรือพยานบุคคล หรือการขอให้ศาลคุ้มครองชั่วคราว เป็นต้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๙ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ เห็นได้ว่า ศาลที่มีเขตอำนาจมีหลายศาล โดยให้เป็นสิทธิของคู่กรณีที่จะเลือกที่จะร้องขอให้ศาลใดศาลหนึ่งช่วยดำเนินกระบวนการบังคับให้ โดยมาตรา ๙ ได้เพิ่มเติมศาลที่มีเขตอำนาจจากบทบัญญัติมาตรา

* มาตรา ๙ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕

มาตรา ๙ ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้

๒๕** พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.๒๕๓๐ ซึ่งได้แก่ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นด้วยกับบทบัญญัติมาตรา ๙ พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.๒๕๔๕ ที่บัญญัติให้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทมีมากขึ้นกว่าเดิม เนื่องจากในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตไต่สวนการควรจะต้องมีความรวดเร็ว สะดวก ดังนั้น การที่บทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิคู่กรณีในการเลือกที่จะให้ศาลใดช่วยในการดำเนินการชั้นอนุญาตไต่สวนการจึงเป็นการเหมาะสมแล้วกับแนวคิดของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่สวนการ

ในส่วนช่วงที่อนุญาตไต่สวนการมีคำชี้ขาดแล้ว กรณีที่ต้องเกี่ยวข้องกับศาลได้แก่ การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการหากคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการ ในขั้นนี้ “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ก็ต้องบังคับตามบทบัญญัติมาตรา ๙ พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ ซึ่งหมายความว่าศาลที่คู่กรณีจะขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการได้แก่ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาตไต่สวนการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาตไต่สวนการ ซึ่งก็เป็น การให้สิทธิแก่คู่พิพาทที่จะเลือกศาลในการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ผู้เขียนเห็นว่าในสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่รัฐมีสิทธิและหน้าที่บางอย่างมากกว่าเอกชน ซึ่งผู้เขียนก็ได้เสนอแนะเกี่ยวกับจำนวนอนุญาตไต่สวนการ คุณสมบัติของอนุญาตไต่สวนการ และกฎหมายที่อนุญาตไต่สวนการ

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

** มาตรา ๒๕ พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.๒๕๓๐

มาตรา ๒๕ ในกรณีที่สัญญาอนุญาตไต่สวนการมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่ ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาตไต่สวนการอยู่ในเขต หรือศาลที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาตไต่สวนการนั้น

ควรนำมาใช้ในการพิจารณาทำคำชี้ขาด อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา ๓๗ วรรคสอง* พระราชบัญญัติ อนุญาตโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ บังคับให้อนุญาตโตตุลาการแสดงผลในการชี้ขาด ซึ่งหากเป็นไป ตามข้อเสนอแนะของผู้เขียน ศาลที่คู่กรณีจะขอให้บังคับตามคำชี้ขาดก็ควรจะเป็นศาลที่สามารถ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดได้ ว่ามีการใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยชี้ ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งศาลที่ผู้เขียนเห็นว่าศาลที่สมควรที่จะมี อำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ ได้แก่ ศาลปกครอง

ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการบัญญัติให้ศาลที่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาตโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะครอบคลุมถึงสัญญาก่อสร้างทาง ด่วนและสัญญาทางปกครองอื่น ได้แก่ ศาลปกครอง โดยอาจจะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา ๙ พระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ดังนี้

“มาตรา ๙

ภายใต้บังคับมาตรา ๔๑ การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการในคดีพิพาท เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจได้แก่ศาลปกครอง”

๔.๖ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลในการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ

ปกติแล้วคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดใน ทันทีที่อนุญาตโตตุลาการมีคำชี้ขาด ในกรณีที่ฝ่ายแพ้ย่อมปฏิบัติตามคำชี้ขาดแต่โดยดีคงจะไม่ก่อ ให้เกิดปัญหา แต่ข้อพิพาทในบางเรื่องเมื่อศาลมีคำชี้ขาดแล้ว คู่พิพาทที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ ขาดของอนุญาตโตตุลาการ แต่ด้วยเหตุที่อนุญาตโตตุลาการมีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทโดยพิจารณา จากพยานหลักฐานของคู่กรณีโดยไม่มีอำนาจในกระบวนการพิจารณาอย่างศาล จึงไม่อาจบังคับให้คู่

* มาตรา ๓๗ วรรคสอง พระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕

มาตรา ๓๗

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้ง ปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตโตตุลาการหรือ คำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความตามมาตรา ๓๖ หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตโตตุลาการหรือค่าปวยการ อนุญาตโตตุลาการตามมาตรา ๔๖

พิพาทที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ชนะจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว ปรากฏว่าฝ่ายการทางพิเศษแห่งประเทศไทยปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กิจการร่วมค้าบีบีซีดีเจ้าหนี้ตามคำชี้ขาดจึงเสนอเรื่องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้เพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต่อมาศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้พิจารณาแล้วมีคำสั่งให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายค่าเสียหายให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีเป็นจำนวนเงิน ๖,๒๕๔,๙๗๙,๔๗๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปีจนกว่าจะชำระเสร็จ โดยเหตุผลที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว ได้แก่ เหตุผลที่ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กฎหมายบัญญัติให้เป็นที่สุดและผู้ผูกพันคู่กรณี ศาลไม่จำเป็นต้องนำข้อพิพาทนั้นมาพิจารณาพิพากษาอีกเพราะจะเป็นการซ้ำซ้อนและเสียเวลา ศาลเพียงทำหน้าที่พิจารณาตรวจสอบตามที่ผู้แพ้คดีอ้างเหตุตามกฎหมายถึงเหตุที่ไม่ควรจ่าย ซึ่งศาลพิจารณาจากกฎหมายที่คู่กรณีตกลงกันให้นำมาใช้บังคับในขณะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐

ศาลยังให้เหตุผลต่อไปว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ มาตรา ๒๔^{*} บัญญัติว่า กรณีที่ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เมื่อศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบ หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณี

จากคำสั่งของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ข้างต้น ศาลตระหนักถึงเจตนารมณ์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการและความศักดิ์สิทธิ์ของผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผูกพันคู่กรณี โดยตรวจสอบคำชี้ขาดตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา ๒๔ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ ดังนั้น เมื่อกฎหมายวางกรอบให้ศาลปฏิเสธคำชี้ขาดไว้ ศาลจึงจำเป็นต้องวินิจฉัยไปตามคำคัดค้านของฝ่ายแพ้คดีภายใต้กรอบของกฎหมายดังกล่าวว่า

* มาตรา ๒๔ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐

มาตรา ๒๔ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย หรือคำขอของคู่กรณี ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

อนุญาตตุลาการให้กฎหมายใดในการชี้ขาด คำชี้ขาดถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือว่าผิดกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการกระทำหรือกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการไม่ชอบหรือไม่ อย่างไร อนุญาตตุลาการมีความเป็นอิสระและเป็นกลางหรือไม่ หรือกระทำการโดยสุจริตหรือไม่ มีผลประโยชน์อันเนื่องเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หรือว่าชี้ขาดนอกประเด็นหรือนอกขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือชี้ขาดเกินคำขอของคู่กรณีหรือไม่ เป็นต้น

จากเหตุผลในการมีคำสั่งของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ข้างต้น เห็นได้ว่า ศาลวินิจฉัยในทำนองว่าหากวิธีพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลก็ไม่มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด แต่ในส่วนเนื้อหา ศาลจะไม่เข้าไปแตะต้องข้อเท็จจริงที่พิพาทกันอีก เนื่องจากศาลไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญดังเช่นอนุญาตตุลาการ หากพิจารณาพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ซึ่งบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ มี



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทบัญญัติมาตรา ๔๓* ที่ให้อำนาจศาลสามารถปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดมากขึ้นกว่าเหตุ ตามมาตรา ๒๔ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐

แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ตามมาคือ ศาลปกครองจะมีอำนาจในการพิจารณาทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เพียงใด ซึ่งเมื่อพิจารณาระบบอนุญาโตตุลาการแล้ว เห็นได้ว่าระบบอนุญาโตตุลาการถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ กฎหมายของประเทศส่วน

* มาตรา ๔๓ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕

มาตรา ๔๓ ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

(๑) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(๒) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่ใช่ข้อตกลงดังกล่าว

(๓) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู่อีกได้ในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(๔) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้น สามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(๕) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(๖) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับการใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

ใหญ่จึงถือว่าศาลจะไม่ทำการรื้อฟื้นทบทวน (review) สาระสำคัญของคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นประเด็นแห่งคดี ศาลเพียง ทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่าคำชี้ขาดนั้นกระทำขึ้นโดยวิธีพิจารณาความที่ชอบหรือไม่และขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เท่านั้น^{๑๐} เพราะหากศาลมีอำนาจรื้อฟื้น ทบทวนสาระของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เช่นเดียวกับการพิจารณาพิพากษาคดีสัญญา ทางปกครองทั่วไปแล้ว ย่อมจะเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของการให้มีระบบอนุญาโตตุลาการที่ ต้องการจะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดี ในศาล อันจะทำให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปอย่างรวดเร็ว ไม่ล่าช้าเหมือนการพิจารณาพิพากษา คดีในศาล และที่สำคัญที่สุดหากยินยอมให้ศาลรื้อฟื้นทบทวนสาระของคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการอย่างเช่นการพิจารณาพิพากษาคดีสัญญาทางปกครองทั่วไปแล้ว ก็จะเป็นการ ขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งสัญญาซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันว่าจะยินยอมใช้วิธีการ อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอีกด้วย^{๑๑}

ในส่วนของผู้เขียน แม้ผู้เขียนจะเห็นว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กล่าวโดย เฉพาะสัญญาก่อสร้างทางด่วนนั้น หน่วยงานของรัฐมีสิทธิและหน้าที่มากกว่าเอกชนอันทำให้ สัญญามีลักษณะแตกต่างไปจากเอกชน ส่งผลทำให้ต้องมีทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแยก ต่างหากไปจากสัญญาในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับสัญญาทางปกครองซึ่งจัดทำ ขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์มหาชน คำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการไม่ว่าหน่วย งานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้หรือชนะก็ตามย่อมกระทบถึงประโยชน์ของคนทั้งประเทศ แต่หาก พิจารณาจากแนวคิด หลักการ และเจตนารมณ์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการ อนุญาโตตุลาการแล้ว ก็จะพบว่าคู่กรณีที่เลือกใช้วิธีนี้ก็เพราะต้องการให้กระบวนการระงับข้อ พิพาทของตนมีความรวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อย สะดวกกว่าการดำเนินคดีในศาล ได้ผู้เชี่ยวชาญใน ข้อพิพาทมาตัดสิน และยังรักษาความลับในทางการค้าของตนได้ และเหตุผลประการสำคัญคือ เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดนั้นผูกพันคู่กรณีทันทีแม้จะยังมีได้มีการขอให้ศาลที่มี เขตอำนาจเหนือข้อพิพาทบังคับตามคำชี้ขาดก็ตาม อย่างไรก็ตามแม้อนุญาโตตุลาการจะไม่มี อำนาจออกคำสั่ง หรือคำสั่งใดๆ ได้เช่นเดียวกับศาล แต่กฎหมายก็ยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจทบทวนคำชี้ขาดได้เฉพาะในข้อกฎหมายและระเบียบกระบวนการวิธีพิจารณาว่าเป็นไปตามที่ กฎหมายบัญญัติหรือไม่ โดยไม่ยอมรับให้ศาลมีอำนาจในการทบทวนคำชี้ขาดในข้อเท็จจริงที่คู่

^{๑๐} อนันต์ จันทโรภากร, อนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า ๑๖.

^{๑๑} นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๒๘๖-๒๘๗.

พิพาททั้งสองฝ่ายนำสืบอีก เนื่องจากความล่าช้า และศาลก็ไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในข้อพิพาทนั้นๆ อีกทั้งเห็นว่าเมื่อคู่กรณีตกลงที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้วก็ไม่ควรให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเสมือนหนึ่งว่าคู่กรณีเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทด้วยการฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งนั่นก็ยิ่งจะทำให้ข้อพิพาทนั้นใช้เวลามากยิ่งขึ้นไปอีกเพราะจะต้องผ่านทั้งกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังต้องผ่านการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลอีก เพื่อให้วิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่รวดเร็ว และไม่ยุ่งยากดั่งเช่นการพิจารณาคดีในศาล กฎหมายจึงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดหากเห็นว่าคำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือระเบียบกระบวนการพิจารณาตามมาตรา ๔๓

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าอำนาจศาลในการที่จะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดตามบทบัญญัติมาตรา ๔๓ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ เหมาะสมกับแนวคิดและเจตนารมณ์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ดังนั้น หากการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามที่ผู้เขียนเสนอแล้ว ศาลก็ควรที่จะต้องบังคับไปตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีอำนาจในการทบทวนข้อเท็จจริงในคดีอีก

๔.๗ สภาพบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ปกติแล้วในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่จำเป็นว่าคู่กรณีจะต้องนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปบังคับได้ในประเทศที่ทำการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีสามารถนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปให้ศาลของรัฐอื่นบังคับตามคำชี้ขาดได้ ซึ่งขั้นตอนของการบังคับตามคำชี้ขาด สภาพบังคับของคำชี้ขาดในรัฐอื่น ย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในที่ใช้บังคับในรัฐนั้นๆ ส่วนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย กรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจตุลาการในการบังคับการต่างๆ ดังเช่นศาล คู่กรณีจึงจำต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดให้ ซึ่งเมื่อศาลได้มีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดอย่างไรแล้ว ก็เป็นเรื่องที่จะต้องว่าตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หมวด ๔ ว่าด้วยการบังคับคดี ที่จะต้องมีการออกคำบังคับโดยศาล หากคู่กรณียังไม่ยอมชำระหลังจากที่ได้ทราบคำบังคับ คู่กรณีก็มีหน้าที่ขอหมายตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์ ซึ่งก็เป็นเรื่องของคู่กรณีที่จะติดตาม สืบเสาะทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ และแถลงให้เจ้าพนักงานบังคับคดีนำยึดทรัพย์สินออกขายทอดตลาดต่อไป

ต่อมาในข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนซึ่งมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการ
 อนุญาติตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ข้อพิพาทดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี
 มนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๔ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์
 และวิธีการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการไปในแนวทางเดียวกัน
 และเพื่อสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาติตตุลาการอันจะเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการ
 ค้าการลงทุนระหว่างประเทศและเศรษฐกิจของประเทศ* ระเบียบนี้ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐ
 ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการโดยการเบิกจ่ายเงินเพื่อปฏิบัติตามคำชี้ขาดของ
 อนุญาติตตุลาการ เว้นแต่จะมีเหตุยกเว้นที่หน่วยงานของรัฐไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม ได้แก่ คำชี้ขาดไม่
 ขอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิ
 ขอบอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาติตตุลาการ ในกรณีที่หน่วยงาน
 ของรัฐเห็นว่าไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ให้หน่วยงานของรัฐปฏิเสธที่จะปฏิบัติตาม แต่หาก
 หน่วยงานของรัฐมีเหตุอันควรสงสัยว่าจะเข้าเหตุที่ไม่ต้องปฏิบัติตาม ให้หน่วยงานของรัฐส่ง
 สำเนาคำชี้ขาดพร้อมความเห็นให้กระทรวงการคลังเพื่อขอความเห็น และให้กระทรวงการคลังส่ง
 เรื่องให้คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็น เมื่อ
 คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการมีความเห็นเช่นใดให้หน่วยงานของรัฐ
 พิจารณาความเห็นของคณะกรรมการฯ แล้วมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร แต่หากคู่กรณีอีกฝ่าย
 ดำเนินการในชั้นศาลเพื่อขอบังคับตามคำชี้ขาด และหน่วยงานของรัฐพิจารณาเห็นสมควรที่จะ
 ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการ ระเบียบนี้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐตกลง
 ประนีประนอมยอมความในศาลเพื่อปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการต่อไป ซึ่งหาก
 พิจารณาจากระเบียบดังกล่าวข้อกำหนดให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ค่อนข้างที่จะ
 มีสภาพบังคับที่ชัดเจน ทั้งยังสะท้อนภาพของการส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการ
 อนุญาติตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน แต่จากการพิจารณาการปฏิบัติ
 ตามระเบียบดังกล่าว พบว่ายังเกิดปัญหาไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบได้ ตัวอย่างที่
 สำคัญ คือ สัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง นั้นเอง

คำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง
 นั้น ได้รับการยืนยันโดยความเห็นเป็นเอกฉันท์ของคณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของ

* เหตุผลในการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาด
 ของอนุญาติตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๔ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๘ ตอนพิเศษ ๖๔ ง ๑๓ กรกฎาคม
 ๒๕๔๔.

อนุญาตตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยนายกรัฐมนตรีผ่านทางสำนักนายกรัฐมนตรีตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๔ ต่อมากระทรวงพิเศษแห่งประเทศไทยโดยคณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยก็ได้มีการพิจารณา เพื่อที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดหลังจากคณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ให้ความเห็นแล้ว และได้มีมติเป็นเอกฉันท์เห็นควรให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยปฏิบัติตามคำชี้ขาดการทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงได้ขอความเห็นชอบจากกระทรวงการคลังเพื่อเบิกจ่ายค่าชดเชยจำนวนดังกล่าวตามนัยข้อ ๑๐ แห่งระเบียบฯ ดังกล่าว แต่คณะรัฐมนตรีมีมติไม่เห็นด้วยจึงได้มีการระงับการจ่ายค่าชดเชยดังกล่าว กิจกรรมร่วมค้าบีบีซีดีจึงได้มีการเสนอเพื่อขอให้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ บังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งเมื่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดตามมาตรา ๒๔ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ แล้วมีความเห็นว่าคำชี้ขาดชอบด้วยกฎหมายแล้ว และมีคำสั่งให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายค่าเสียหายให้กับกิจกรรมร่วมค้าบีบีซีดีตามคำชี้ขาด แต่ ณ บัจจุบันนี้ ฝ่ายการทางพิเศษแห่งประเทศไทยผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดก็ยังไม่ยืนยันที่จะสู้คดีจนถึงที่สุดเพื่อจะไม่ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว

หากพิจารณาจากการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๔ ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าอนุญาตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว เห็นได้ว่า การทางพิเศษแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาด ทำตามระเบียบฯ แล้วทุกประการแต่คู่กรณียังไม่ได้รับการจ่ายค่าชดเชยก็เนื่องจากปัจจัยด้านการเมืองหรือปัจจัยด้านค่าเสียหายที่มีจำนวนสูงมาก จึงทำให้คณะรัฐมนตรีมีมติที่จะให้มีการสู้คดีต่อไป ทั้งที่ศาลที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการก็พิจารณาแล้วเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีเหตุที่คู่กรณีจะปฏิเสธที่จะไม่ปฏิบัติตาม และหากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการให้ดี การต่อสู้คดีหลังจากที่ศาลมีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแล้ว ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตตุลาการโดยสิ้นเชิง เพราะคู่กรณีที่มีข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทก็เพราะไม่ต้องการที่จะให้ข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการอันยุ่งยากในศาล อีกทั้งไม่ต้องการใช้ระยะเวลาในการดำเนินคดีอย่างเช่นในศาล ดังนั้น การต่อสู้คดีหลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแล้ว ก็ย่อมทำให้ข้อพิพาทนั้นใช้เวลานานกว่าคดีทั่วไปที่คู่กรณีต้องการหลีกเลี่ยงตั้งแต่แรก

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับที่ดี แต่โดยเหตุที่ไม่สามารถปฏิบัติตามได้ก็เนื่องจาก ปัจจัยทางด้านการเมืองที่ทำให้บทบัญญัติของกฎหมายไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ควรจะเป็น และเสมือนกฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ ทั้งที่จริงๆ แล้ว การต่อสู้คดีเพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการภายหลังศาลมีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้วกลับจะยิ่ง เป็นการชักนำให้คู่กรณีออกชนในข้อพิพาทเรื่องอื่นๆ ไม่เคารพคำชี้ขาดและยังดึงดันที่จะต่อสู้คดี หลังจากอนุโตตุลาการมีคำชี้ขาดต่อไป

ที่ผู้เขียนได้เสนอให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาดในหัวข้อ ๔.๕ โดย ให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาด ว่ามีการใช้หลัก กฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองหรือไม่ และให้ศาลปกครอง เพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการปฏิเสธที่จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหากผู้ซึ่ง ถูกบังคับตามคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาด ส่วนในเรื่อง สภาพบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในศาลปกครองจะเป็นเช่นไร คงจะต้องเป็นไปตาม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๔ แต่ เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ มิได้มีบท บัญญัติเกี่ยวกับการบังคับคดีดังเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งจากตัวอย่างของ กรณีศึกษา การไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดมิได้เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ ผู้ เขียนจึงเห็นควรให้มีบทบัญญัติที่เป็นการให้อำนาจศาลปกครองในการบังคับการตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๔ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ในส่วนที่ เกี่ยวกับการบังคับคดีของสัญญาทางปกครอง โดยการจัดตั้งสำนักงานหรือแผนกเพื่อทำหน้าที่ บังคับคดีในทางแพ่งของศาลปกครองซึ่งจะทำให้การบังคับคดีและสภาพบังคับของคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการมีความชัดเจนและบังคับได้ในทางปฏิบัติ

บทที่ ๕ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๑. บทสรุป

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐที่ผ่านมาก่อนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ มีผลบังคับใช้ สัญญาภาครัฐของประเทศไทยมิได้มีการแบ่งแยกว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือสัญญาในทางกฎหมายปกครอง ดังเช่นหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๓๘/๒๕๒๕ ซึ่งวินิจฉัยว่าสัมปทานเพื่อการลงทุนประกอบกิจการเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมในที่ดินที่เอกชนได้รับจากกระทรวงมหาดไทย จะต้องบังคับตามข้อกำหนดในสัญญาโดยส่วนที่มิได้มีการบัญญัติไว้ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การบอกเลิกสัญญาก็เนื่องมาจากกระทรวงมหาดไทยเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนคู่สัญญาก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ ซึ่งเป็นการนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาที่มีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไป และคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลเดียวที่มีอำนาจพิจารณาคดีในขณะนั้น ทั้งที่จริงๆ แล้วลักษณะพื้นฐานของสัญญาสัมปทานดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งหากจะมองย้อนกลับไปในอดีต แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นในประเทศไทยมานานแล้ว ไม่ว่าจะเป็นในการศึกษาภายในมหาวิทยาลัย หรือในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาก็ยังตีความสัญญาภาครัฐทุกสัญญาเป็นสัญญาในทางแพ่ง และอยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของศาลยุติธรรมเสมอมา เมื่อศาลฎีกาตีความสัญญาของภาครัฐทุกสัญญาเป็นสัญญาในทางแพ่ง ประกอบกับข้อกำหนดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.๒๕๓๕ ที่กำหนดให้สัญญาของภาครัฐใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ทำให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของภาครัฐตกอยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตามบทบัญญัติมาตรา ๕ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ ซึ่งบัญญัติให้ข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ ได้แก่ข้อพิพาทในทางแพ่งทั้งปวง

บทบัญญัติมาตรา ๓๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ เป็นบทบัญญัติที่แบ่งแยกสัญญาภาครัฐของประเทศไทยออกเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง และสัญญาทางปกครองดังเช่นหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยมีบทบัญญัติมาตรา ๙ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ บัญญัติให้ศาลปกครองซึ่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย

แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ มีเพียงบทนิยามเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้อย่างกว้างๆ โดยให้เป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะตีความว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองดังเช่นศาลปกครองของฝรั่งเศส ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเรื่องเมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองแล้ว ก็พบว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตีความยังไม่มี ความชัดเจนดังเช่นแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส กับทั้งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติส่วนที่เป็นสาระบัญญัติหรือวิธีบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะเจาะจงดังเช่นในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งอาจถือเป็นเรื่องสำคัญสำหรับประเทศไทย

สัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างโดยการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นหน่วยงานซึ่งรับผิดชอบโดยตรง ตกลงทำสัญญาก่อสร้างร่วมค้า บีบีซีดี ให้ดำเนินการก่อสร้างทางด่วนสายนี้ในรูปแบบสัญญาจ้างเหมาออกแบบก่อสร้าง (Turn Key) มีข้อกำหนดในสัญญาว่าหากเกิดข้อพิพาทให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาด มีการเริ่มดำเนินการตั้งแต่ปี พ.ศ.๒๕๓๘ ซึ่งเป็นช่วงที่ยังมิได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ แต่ในช่วงที่มีการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนั้นเป็นช่วงเดือนพฤษภาคม พ.ศ.๒๕๔๓ ซึ่งเป็นช่วงที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ แล้ว หากจะพิจารณาแล้ว ก็พบว่าสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายนี้เป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นสัญญาซึ่งจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันเป็นลักษณะหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ ซึ่งก็ควรจะต้องตกอยู่ภายใต้การพิจารณาคดีของศาลปกครอง จึงเกิดข้อกังขาว่าแท้ที่จริงแล้วอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา ๕ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ ในการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง นี้หรือไม่เพียงใด จนเมื่ออนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดเมื่อเดือนกันยายน ๒๕๔๓ ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นฝ่ายแพ้คดีก็ยิ่งสร้างความเคลือบแคลงใจให้กับนักกฎหมายว่าสัญญาดังกล่าวควรจะต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลปกครองมากกว่าที่จะให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด

ทั้งที่ยังเป็นที่สงสัยว่าอนุญาโตตุลาการควรจะมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทได้แค่ไหนเพียงไร ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐ โดยการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ซึ่งมีบทบัญญัติมาตรา ๑๕ บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนรวมถึงสัญญา

ทางปกครองด้วย ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะให้เป็นบทบัญญัติทั่วไปให้อนุญาตศาลการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาในทางแพ่งและในสัญญาทางปกครอง เพราะหากจะเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศไทย เช่น ฝรั่งเศสและเยอรมันแล้วจะพบว่า ในประเทศฝรั่งเศส มีหลักทั่วไปว่าห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาตศาลการในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยให้มีข้อยกเว้นได้เป็นเรื่องๆ โดยการตราเป็นกฎหมายเฉพาะ ส่วนในประเทศเยอรมัน แม้จะไม่ได้ห้ามการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตศาลการ แต่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตศาลการก็เป็นได้เพียงกระบวนการ หรือขั้นตอนของการระงับข้อพิพาททางปกครองก่อนนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองเท่านั้น

แม้การอนุญาตศาลการจะเป็นเรื่องของการตกลงยินยอมของคู่กรณีพิพาทที่จะเสนอเรื่องต่ออนุญาตศาลการก็ตาม แต่คงต้องยอมรับว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตศาลการยังต้องคำนึงถึงเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยเฉพาะในชั้นกำหนดว่าข้อพิพาทลักษณะใดสามารถเสนอให้อนุญาตศาลการชี้ขาดได้ (Arbitrability) ดังนั้น การจะพิจารณาเสนอเรื่องใดเข้าสู่การชี้ขาดของอนุญาตศาลการคงจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างเรื่องการทำสัญญาทางปกครองเพื่อการให้บริการสาธารณะ กับเรื่องความสงบเรียบร้อยในการมอบข้อพิพาทให้อนุญาตศาลการชี้ขาด ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น สัญญาก่อสร้างทางด่วนหรือโครงการก่อสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่อื่นๆ ซึ่งต้องมีการร่วมทุน หรือจัดจ้างเอกชนต่างประเทศเป็นคู่สัญญานั้น ในขั้นตอนของเอกชนในการเสนอโครงการต่อสถาบันการเงิน (Project Finance) สถาบันการเงินผู้ให้กู้ก็มักต้องการให้มีข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตศาลการเสมอ ดังเช่น กรณีของข้อกำหนดในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศส กับบริษัท Walt Disney ในโครงการ Eurodisneyland ซึ่งรัฐบาลฝรั่งเศสต้องการให้มีการลงทุนจึงต้องยอมยกเว้นให้มีข้อกำหนดดังกล่าวโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ เป็นต้น ดังนั้น หากพิจารณากรณีการลงทุนในประเทศไทยก็จะพบว่าประเทศไทยยังต้องการการลงทุนจากต่างประเทศในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่อีกเป็นจำนวนมาก การห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตศาลการในสัญญาทางปกครองคงจะไม่ส่งเสริมบรรยากาศการลงทุนภายในประเทศอย่างแน่นอน แต่การที่พระราชบัญญัติอนุญาตศาลการ พ.ศ.๒๕๔๕ บัญญัติเป็นหลักทั่วไปให้อนุญาตศาลการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็อาจจะเป็นการขยายเขตอำนาจในการชี้ขาดของอนุญาตศาลการ และเป็นการตัดอำนาจพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองของศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะอีกด้วย อีกทั้ง การที่บทบัญญัติมาตรา ๑๕ พระราชบัญญัติอนุญาตศาลการ พ.ศ.๒๕๔๕ ที่บัญญัติให้อำนาจ

อนุญาตให้ตลาดการเงินซื้อขายข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิดปัญหาตามมาอีกว่า คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาตให้ตลาดการเงินในสัญญาทางปกครองควรเป็นเช่นไร จะเหมือนกับในคดีแพ่งทั่วไปหรือไม่ และองค์คณะควรจะมีกี่คน อนุญาตให้ตลาดการเงินจะใช้กฎหมายใดในการวินิจฉัยซื้อขายข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หากใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตให้ตลาดการเงินแล้ว ศาลปกครองจะมีบทบาทอย่างไรอีกหรือไม่ หรือศาลปกครองควรมีอำนาจในการทบทวนคำซื้อขายแค่ไหนเพียงไร

หลักกฎหมายปกครองต่างประเทศไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากแค่เรื่องอำนาจในการเสนอเรื่องในอนุญาตให้ตลาดการเงิน (Abitrability) ก็เป็นเรื่องใหญ่มากแล้ว ซึ่งเรื่องนี้หลักกฎหมายปกครองเยอรมันไม่ได้ห้ามเรื่องการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตให้ตลาดการเงิน โดยไม่มีบทบัญญัติในเรื่องอนุญาตให้ตลาดการเงินตามกฎหมายมหาชน โดยให้นำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาตให้ตลาดการเงินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกระบวนการพิจารณาความปกครองได้ ในส่วนของสัญญาทางปกครองก็สามารถมีข้อกำหนดให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตให้ตลาดการเงินได้ เพียงแต่คู่กรณีจะตกลงห้ามมิให้ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบคำซื้อขายของอนุญาตให้ตลาดการเงินไม่ได้ ส่วนกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือหลักการห้ามระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง โดยมีข้อยกเว้นในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ในองค์การมหาชนที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม และในสัญญาระหว่างประเทศบางสัญญา คือเท่าที่จำเป็นเท่านั้น จึงเห็นว่าหากจะประเทศไทยยังมีความจำเป็นในการที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตให้ตลาดการเงินในสัญญาทางปกครอง ก็ควรที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตให้ตลาดการเงินในสัญญาทางปกครองที่มีความสำคัญและตามความจำเป็นโดยการบัญญัติกฎหมาย เช่น สัญญาก่อสร้างทางด่วน ที่คู่สัญญาเอกชนมักจะเป็นนักลงทุนต่างชาติและต้องการที่จะให้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตให้ตลาดการเงินเสมอ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทั่วไปให้มีความชัดเจน รวมถึงการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยวิธีอนุญาตให้ตลาดการเงิน ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติอนุญาตให้ตลาดการเงิน พ.ศ.๒๕๔๕ กับการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาตให้ตลาดการเงิน พ.ศ.๒๕๔๕ มาตรา ๑๕ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองแต่ละประเภท ซึ่งก็จะทำให้เกิดความชัดเจนในส่วนที่ว่าสัญญาทางปกครองประเภทใดบ้างที่จะใช้วิธีการอนุญาตให้ตลาดการเงินในการระงับข้อพิพาทได้ กล่าวโดยเฉพาะในสัญญาก่อสร้างทางด่วนก็จะต้องมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญา มูลค่าการลงทุนที่สูงพอสมควร เป็นต้น

และจากบทบัญญัติมาตรา ๑๕ ที่ให้อำนาจอนุญาตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นการทั่วไปนี้เอง ทำให้บทบัญญัติในมาตราอื่นๆของพระราชบัญญัตินี้ ไม่สะท้อนภาพการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด ในส่วนของคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการและจำนวนของอนุญาตตุลาการนั้น กฎหมายปกครองต่างประเทศมิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะดังเหตุผลที่กล่าวแล้ว จึงให้เป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องตัวผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ ในประเทศไทยบทบัญญัติมาตรา ๑๗ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ บัญญัติให้อุญาตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น ค่อนข้างที่จะเป็นนามธรรม พิสูจน์ไม่ได้ และไม่ทราบว่าบุคคลดังกล่าวจะได้ทราบถึงนิติวิธีในทางกฎหมายปกครองอันมีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งหรือไม่ แต่ก็ได้หมายความว่า การบัญญัติดังกล่าวผิดหรือไม่ดีแต่อย่างใดเพราะเป็นบทบัญญัติพื้นฐานเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ แต่เมื่อพิจารณาแนวคิดของสัญญาทางปกครองแล้วเห็นว่าคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาก่อสร้างทางด่วนควรจะต้องมีลักษณะเพิ่มเติมไปกว่าบทบัญญัติทั่วไปซึ่งใช้ในคดีทั่วไป โดยการบัญญัติเรื่องคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการเป็นการเฉพาะ เนื่องจากในสัญญาทางปกครองไม่ควรให้อำนาจคู่สัญญาเลือกตัวผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการได้ตามใจชอบดังเช่นข้อพิพาทในทางแพ่ง แต่ควรมีหลักเกณฑ์ในการเลือกตัวผู้ที่จะมีทำหน้าที่อนุญาตตุลาการให้ชัดเจน โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะของสัญญาก่อสร้างทางด่วน บุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญา และลักษณะของข้อพิพาท เห็นว่าลักษณะของข้อพิพาทยังคงเป็นส่วนสำคัญที่จะนำมากำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาตตุลาการอยู่ดี เพียงแต่เห็นควรให้มีผู้ที่มีความรู้ทางด้านกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะเรื่องสัญญาทางปกครอง และผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านวิศวกรรมโยธา หรือสาขาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่เข้าร่วมเป็นอนุญาตตุลาการด้วย ซึ่งก็จะทำให้บทบัญญัติในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการที่จะมาทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างทางด่วนมีความชัดเจนและเหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทยิ่งขึ้น

ในส่วนของจำนวนอนุญาตตุลาการในคณะที่จะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วนนั้น หลักทั่วไปมาตรา ๑๗ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ บัญญัติให้มีเป็นจำนวนคี่ หรือหากตกลงกันไม่ได้ก็ให้มีอนุญาตตุลาการเพียงคนเดียว ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความสะดวกกับคู่พิพาทที่จะไม่ต้องเสียเวลาตั้งอนุญาตตุลาการคนที่สามมาชี้ขาดอีกครั้งในกรณีที่คู่พิพาทตั้งอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนคู่ แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ อีกทั้งไม่สอดคล้องกับแนวคิดในสัญญา

ก่อสร้างทางด่วนที่จะให้มีอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นนักกฎหมายมหาชน และวิศวกรโยธาหรือสาขาที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมเป็นคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ มาตรา ๓๔ บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท กรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดไปตามกฎหมายไทย และให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมได้หากคู่กรณีกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง บทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนภาพของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการว่าให้เป็นอำนาจของคู่กรณีที่จะกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาทของตน แต่ในทางกฎหมายปกครองแล้วกฎหมายที่จะนำมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้แก่กฎหมายมหาชน บทบัญญัติมาตรา ๓๔ ที่ให้เป็นอำนาจของคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการไม่มีหลักประกันว่าคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการจะต้องเลือกใช้กฎหมายมหาชนในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งอาจทำให้ผลของคำชี้ขาดเกิดจากการใช้กฎหมายอื่นซึ่งมิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะก็เป็นได้ ดังนั้น ในสัญญาก่อสร้างทางด่วนหรือสัญญาทางปกครองลักษณะอื่น หากจะให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ สิ่งสำคัญคือกฎหมายที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดอย่างน้อยจะต้องใช้กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง ส่วนคู่กรณีจะกำหนดกฎหมายอื่นหรืออนุญาโตตุลาการจะเห็นควรให้ใช้กฎหมายใดประกอบการพิจารณาชี้ขาดก็ย่อมจะกระทำได้

บทบัญญัติมาตราต่อมาได้แก่ มาตรา ๓๕ ซึ่งบัญญัติให้ศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ ได้แก่ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล ศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาทในการขอให้ศาลออกหมายเรียก การขอให้ศาลคุ้มครองชั่วคราว หรือการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ในกรณีของการขอให้ศาลช่วยอำนวยความสะดวกในการออกหมายเรียกต่างๆ หรือการขอให้ศาลคุ้มครองชั่วคราว บทบัญญัตินี้บัญญัติให้อำนาจคู่ความที่จะเลือกศาลใดศาลหนึ่งตามที่คู่ความสะดวก แต่ศาลที่คู่กรณีจะร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดซึ่งเป็นคำชี้ขาดเกี่ยวกับคดีพิพาททางปกครองก็ควรที่จะต้องเป็นศาลที่มีความชำนาญในลักษณะของข้อพิพาทเป็นอย่างดี เพราะการบังคับตามคำชี้ขาดศาลจำเป็นต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดนั้นชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทหรือไม่เพียงใด เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบหรือไม่ อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือ

คำขอของคู่กรณีหรือไม่เพียงพอ และพิจารณาถึงเหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ด้วยการบัญญัติให้ศาลอื่นๆ ที่กล่าวมาข้างต้นมีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดจึงไม่สะท้อนภาพของการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งควรจะให้ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องสัญญาทางปกครองเป็นศาลที่บังคับตามคำชี้ขาดในส่วนสภาพบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในคดีก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เหตุที่ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้เกิดจากปัจจัยภายนอกทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้ ทั้งๆ ที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาด พ.ศ.๒๕๔๔ ได้วางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการปฏิบัติตามอยู่แล้ว

ดังนั้น เพื่อให้ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่ควรจะมีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเห็นควรให้มีการจัดตั้งแผนก หรือสำนักงานบังคับคดีของศาลปกครองขึ้นเพื่อทำหน้าที่บังคับคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งก็จะทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่จะเสนอให้ศาลปกครองบังคับให้มีกระบวนการและหน่วยงานที่รองรับครบถ้วน

๒. ข้อเสนอแนะ

การที่บทบัญญัติมาตรา ๑๕ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ บัญญัติให้สัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ สัญญาทางด่วนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองลักษณะหนึ่งก็ตกอยู่ภายใต้การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วยโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนดังที่กล่าวแล้ว จึงเห็นควรให้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วน และสัญญาทางปกครอง ดังนี้

๑. ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ให้สอดคล้องกับ อำนาจการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา ๑๕ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ โดยบัญญัติกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในเรื่องความหมาย ลักษณะ และขอบเขตของสัญญาทางปกครอง หลักของสัญญาทางปกครอง การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง การใช้อำนาจรัฐให้มีการ

ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองหรือป้องกันผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะ การเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขสัญญาทางปกครอง การบอกเลิกสัญญาทางปกครองหากการปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ การขอแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือบอกเลิกสัญญา และชดใช้ค่าเสียหายโดยเอกชน การชดใช้ค่าเสียหายหรือการให้ค่าทดแทนอันเกิดจากความผิดของคู่สัญญาภาครัฐซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญา การบังคับตามสัญญาทางปกครอง รวมทั้งการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นต้น

๒. ดังที่กล่าวในข้อ ๑. ข้างต้น ในส่วนของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ควรมีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจงลงไปว่า สัญญาทางปกครองลักษณะใดจะยอมให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ เช่น สัญญาก่อสร้างทางด่วน เป็นต้น โดยมีบทบัญญัติเพิ่มเติมบัญญัติว่าในส่วนของหลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทของสัญญาแต่ละประเภท ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในส่วนของสัญญาก่อสร้างทางด่วน ควรมีหลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทดังนี้

๒.๑ สัญญาก่อสร้างทางด่วนที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างประเทศ

๒.๒ มีมูลค่าทางสัญญาตั้งแต่ ๑๐,๐๐๐ ล้านบาทขึ้นไป

๒.๓ ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะในข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาหลักหรือสัญญาประธาน (Main-Contract) เท่านั้น

๓. แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕ หมวด ๒ ว่าด้วยเรื่อง คณะอนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังนี้

๓.๑ ในเรื่องคุณสมบัติและจำนวนอนุญาโตตุลาการในคณะอนุญาโตตุลาการ ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะต้องประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ จำนวนทั้งสิ้น ๕ คน ซึ่งอย่างน้อยจะต้องประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการที่เป็นนักกฎหมายมหาชน จำนวน ๑ คน และอนุญาโตตุลาการที่เชี่ยวชาญและทำงานเกี่ยวข้องกับลักษณะของข้อพิพาท เช่น ในสัญญาก่อสร้างทางด่วนอาจเป็น วิศวกร หรือสถาปนิก จำนวน ๑ คน ร่วมเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ

๓.๒ กำหนดหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งได้แก่ หลักกฎหมายมหาชน โดยคู่กรณีไม่สามารถตกลงไม่ใช้

หลักกฎหมายมหาชนในการระงับข้อพิพาท ส่วนจะมีการใช้หลักกฎหมายอื่น ได้แก่ หลักกฎหมายที่คู่กรณีกำหนด หลักกฎหมายที่อนุญาตตุลาการเห็นควร และหลักแห่งความสุจริตและความเป็นธรรม หรือไม่ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย

๓.๓ กำหนดให้ศาลที่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ ศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งเป็นศาลที่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดว่าได้มีการใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นหรือไม่

๔. สถาบันอนุญาตตุลาการในประเทศไทยควรเข้ามามีบทบาทในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มี ความชัดเจน โดยวิธีการจัดเตรียมผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนขึ้นทะเบียนอนุญาตตุลาการไว้ เพื่อการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามเงื่อนไขดังได้กล่าวไว้ข้างต้น



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสการวงศ์. ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับ
สัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.
วารสารกฎหมายปกครอง ๑๗,๓ (ธันวาคม ๒๕๕๑) : ๑๔-๓๘.

เข็มชัย ชูติวงศ์. สัญญาภาครัฐ. กฎหมาย ระเบียบ และทางปฏิบัติของทางราชการเกี่ยวกับ
สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมกิจการในกิจการของรัฐ. เอกสารประกอบการบรรยาย
หลักสูตรการบริหารงานภาครัฐและกฎหมายมหาชน รุ่นที่ ๑. เอกสารอัด
สำเนา วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า. ๒๕๔๔.

เข็มชัย ชูติวงศ์. การสัมมนาเรื่องสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน เรื่องอำนาจศาลปกครองหรือ
อนุญาโตตุลาการกับปัญหาข้อขัดข้องในทางปฏิบัติ. ใน การสัมมนาเกี่ยวกับ
อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน. กรุงเทพมหานคร : สำนัก
งานอนุญาโตตุลาการ, ๒๕๔๓.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปก
ครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง. เมษายน, 2333.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. เครื่องมือทางกฎหมายในการบริหารภาครัฐ ๒ : สัญญาทางปกครองและ
ทางแพ่ง. เอกสารประกอบการศึกษาศึกษาหลักสูตรการบริหารงานภาครัฐและ
กฎหมายมหาชน รุ่นที่ ๑. วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปก
เกล้า, ๒๕๔๔.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ.
พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , ๒๕๔๓.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๑

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่สอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , ๒๕๔๔.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส. ใน วารสารกฎหมายปกครอง & (มีนาคม ๒๕๒๙) : ๗๓-๑๒๐.

บุบผา อัครพิมาน. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส. วารสารวิชาการศาลปกครอง ๒,๑ (มกราคม-เมษายน)๒๕๔๕) : ๑-๒๔.

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๙๐ ลงวันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๑๕.

พนารัตน์ เฉลิมวุฒิสักดิ์. ความรับผิดชอบแห่งเนื่องจากการประกอบวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๔.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒.

พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ.๒๕๔๒.

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.๒๕๓๕.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๓๐.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า. พิมพ์ครั้งแรก.

กรุงเทพมหานคร. สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา , ๒๕๔๐.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมตรวจในภาษาไทยเพื่อการหาคำและ
รายชื่ออยู่กับที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ ๓. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา , ๒๕๔๐.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นทางทฤษฎี. ใน รวมข้อบังคับ
ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับ
อนุญาโตตุลาการ. หน้า ๓-๑๗ กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ
กระทรวงยุติธรรม , 2535.

มานิตย์ วงศ์เสวี. ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของ
ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. วารสารวิชาการศาลปกครอง ๒,๑(มกราคม-
เมษายน) ๒๕๔๕) : ๓๑-๘๐.

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.๒๕๔๕.

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.๒๕๓๕.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.
วารสารนิติศาสตร์ ๒๙ , ๒ (มิถุนายน ๒๕๔๒) : ๒๖๒-๒๗๖.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การสัมมนาเรื่องมุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับ
ขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง. ๒๓ มิถุนายน
๒๕๔๓. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ.

วรวิทย์ กังศศิเทียม. ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทาง
ปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัย
รามคำแหง , ๒๕๔๔.

วิมลรัตน์ สุขเจริญ. โครงการทางด่วนพิเศษขั้นที่สอง. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มาสเตอร์เพรส, ๒๕๓๗.

วิไล ประมวลสมบัติ. การปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๙.

วันชัย กิจชาญไพบูลย์. การอนุญาตตุลาการที่เกี่ยวข้องเนื่องเป็นชุดในสัญญาก่อสร้าง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๓.

สรวิศ ลิ้มปริงสี. อนุญาตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร : สำนักนิติรัฐ, ๒๕๔๕

สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการ. ใน รวมข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม ๑, หน้า ๑๐๕-๑๑๖. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ, ๒๕๓๕.

สุรพงษ์ กลั่นประชา. สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๙.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๓.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยอนุญาตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๓.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. สัญญาอนุญาตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๓.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. ข้อเสนอจากการศึกษาตรวจสอบกรณีการทำสัญญาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ในโครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร : กันยายน ๒๕๔๕.

อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , ๒๕๓๖.

อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, ๒๕๓๘.

ภาษาอังกฤษ

Alan Redfern and Martin Hunter. Law and practice of international commercial arbitration. London : Sweet & Maxwell, 1999.

Barry B Bramble. Avoiding & resolving construction claims. United States of America : Constrution Consultants & Publishers, 1990.

Fatouros , A.A. . Government guarantee to foreign investors . New York : Columbia Univ. Press , 1962.

Johan Steyn. Report on arbitration law in England and Wales. May 1984.

Lew , Julian D.M.. Applicable law in international commercial arbitration : A study in commercial arbitration awards. New York : Oceana , 1978.

Mann , Lex facit arbitration, in Liber amicorum for Martin Domke. 1967.

Mann , F.A. . Notes and comments on cases in international law , commercial law , and arbitration. Oxford : Clarendon Press , C1992.

Martin Domke. Commercial arbitration , 1965.

Rene Davis. Arbitration in international trade. London : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985.

Willer. Determining the law governing performance in international commercial arbitration : A comparative study, 19 Rutgers L. 646 , 1965.

ภาษาฝรั่งเศส

A. de Laubadere. Traite de droit administratif. Paris : L.G.D.J.. 7ed , 1976.

Apostolos PATRIKIOS, L'Arbitrage en matiere administrative, these, L.G.D.J., colle. <<Bibliotheque de droit public>>, tome 189, 1998.

E. LAFERRIERE. Traite de la jurisdiction administrative et des recours contentieux. Paris. 1988.

F. COLLAVET, De l'arbitrage dans les proces ou sont parties les personnes publiques. R.D.P.1906.

Georgs Vedel. Droit administratif. P.U.F. 1976.

Yves GAUDEMET. Arbitrage et droit public. Revue "Droit & Patrimoine" numero 105, Juin 2002, Paris.

ภาษาเยอรมัน

Baumbach-Lauterbach-Albers-Harmann. Zivilprozeßordnung. Grundz 1025. Rdnr. 2, 3.

Bonk in : Stelkens/Bonk/Sachs. Verwaltungsverfahrensgesetz kommentar. 54. Rdnr.19

Grundgesetz (GG)

Hartmut Maurer. Allgemeines verwaltungsrecht. 11 Auff 1997.

Hauelsen. Fritz. Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher streitigkeiten durch schiedsgerichte. NJW 1962.

Kopp in : Kopp/Schenke. Verwaltungsgerichtsordnung. 40. Rdnr.56.

Loos. Die Schiedsgerichtsbarkeit in der verwaltungsgerichtsbarkeit.

Loren. Dieter. Verwaltungsprozeßrecht. 11. Rdnr.91

Müller. Entscheidung verwaltungsrechtlicher streitigkeiten durch schiedsgerichte.
NJW 1963.

Oertzen. Hon-Joachim von in : Redeker/V.Oertzen. Verwaltungsgerichtsordnung kommentar. 40. Rdnr.79.

Schwab/Walter. Schiedsgerichtsbarkeit kommentar. Kapitel 1. Einleitung. Rdnr. 1.

Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

Wolterreck. Unechte und echte schiedsgerichte des verwaltungsrechts. DöV 1966.

Zivilprozessordnung (ZPO)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บรรณานุกรม

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. กฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , ๒๕๔๓.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. พื้นฐานความรู้ทั่วไป : หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๗.

กิตตินัย ธรรมรัช. แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ. วารสารกฎหมายปกครอง ๑๗,๓ (ธันวาคม ๒๕๔๑) : ๓๙-๕๓.

จรัญ ภักดีธนากุล. บทบาท หน้าที่ ความรับผิดชอบ และจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ. บทบัญญัติ ๕๐ (มิถุนายน ๓๕๓๗)

จิตติ ดิงศภิกย์. ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ. บทบัญญัติ ๓.

ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง ๙,๑ (เมษายน ๒๕๓๓) : ๑๕๘-๒๑๔.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, ๒๕๔๐.

ไชยวัฒน์ บุณนาค. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน. วารสารสหภาพนายควม (ตุลาคม-พฤศจิกายน ๒๕๓๙).

ไชยวัฒน์ บุณนาค และ เยาวรัตน์ กุหลาบเพชรทอง. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน. วารสารบทบัญญัติ (มิถุนายน ๒๕๓๓).

ไชยวัฒน์ บุญนาค. เมื่อใดควรใช้หรือไม่ควรใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการ. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการ หน้า ๑-๙.
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ, ๒๕๔๒.

ไชยวัฒน์ บุญนาค. ศาลควรมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในข้อกฎหมายแค่ไหนเพียงใด. ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, หน้า ๘๑-๑๐๓.
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ, ๒๕๓๕.

ธาดา ศาสตร์สาธิต. ปัญหาเกี่ยวกับงานเพิ่มในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่. ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ ๗๒ ปี ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ หน้า ๗๒.
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๔๓.

นคร ศิลปอาชา. สัญญาก่อสร้างแบบปรับราคาได้. ใน วารสารอัยการ ๑๒,๑๔๒ (ธันวาคม ๒๕๓๒) : ๕๙-๖๔.

นิรันดร์ บุญจิต. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๖.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ศาลปกครอง กฎหมายปกครอง และตัวอย่างสัญญาทางด่วน. เอกสารประกอบของคณะทำงานประชาสัมพันธ์งานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

พนม ภัยหน่าย. การบริหารงานก่อสร้าง. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ส.เอเชียเพรส (๑๙๘๙) จำกัด, ๒๕๔๐.

พินิจ กานตีกุล. การวิเคราะห์การเรียกค่าชดเชยในงานก่อสร้าง กรณีศึกษาเขื่อนเขี้ยวหลาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชาวิศวกรรมศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๕.

พีรเดช พัฒนจันทร์. ขอบอำนาจพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาตตุลาการของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น : พิจารณาผลกระทบต่อประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๗.

มงคล กัลยภักดิ์. สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ (State Contract) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาสำรวจและแสวงประโยชน์จากปิโตรเลียมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๗.

วิชัย อริยนันท์. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ. ใน รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, หน้า ๓๐๕-๓๔๙. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ, ๒๕๔๐.

สมศักดิ์ วงศ์กำชัย. การศึกษาเงื่อนไขของสัญญาว่าจ้างงานก่อสร้างในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชาวิศวกรรมศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๙.

สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการ. ใน รวมข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม ๑, หน้า ๑๐๕-๑๑๖. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ, ๒๕๓๕.

สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530. รวมข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, หน้า ๑๕๗-๑๗๖. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, ๒๕๓๕.

เสาวนีย์ อัครวโรจน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ. ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ และคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม ๒.

กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, ๒๕๓๕.

อนnek ศรีสนิท. การตั้งอนุญาโตตุลาการ ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ. หน้า ๒๗-๔๔.

กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, ๒๕๓๕.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาววรรณัทธ์ ชมบุญ เกิดวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๒๐ ที่กรุงเทพมหานคร จบการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนสตรีวัดระฆัง เข้าศึกษาระดับอุดมศึกษาที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา ๒๕๓๘ และจบการศึกษาในปีการศึกษา ๒๕๔๑ เข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ปีการศึกษา ๒๕๔๓ สอบไล่เป็นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ ๕๔ ปีการศึกษา ๒๕๔๔ และจบการศึกษาเป็นนิติศาสตรมหาบัณฑิตปีการศึกษา ๒๕๔๖ เคยทำงานในตำแหน่งนิติกร สำนักงานจัดรูปที่ดินกลาง สำนักงานปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ปัจจุบันสำนักงานจัดรูปที่ดินกลางสังกัดกรมชลประทาน) ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งทนายความ สำนักงานทนายความชัยวัธ-พันธมิตร (C.B.Law Office)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย