

สำเนา

ที่ สม ๐๐๐๓ / ๓๗๖

คณะกรรมการเพื่อการศึกษาและตรวจสอบกรณีการทำสัญญาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ในโครงการก่อสร้างทางด่วน
บางนา-บางพลี-บางปะกง
๔๒๒ ถนนพญาไท เขตปทุมวัน กทม. ๑๐๓๓๐

๑๔ สิงหาคม ๒๕๕๕

เรื่อง ข้อเสนอต่อรัฐบาลจากการศึกษาตรวจสอบกรณีการทำสัญญาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.)
ในโครงการก่อสร้างทางด่วน บางนา - บางพลี - บางปะกง

กราบเรียน นายกรัฐมนตรี

สิ่งที่ส่งมาด้วย ข้อเสนอจากการศึกษาตรวจสอบ จำนวน ๑ ชุด

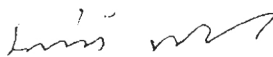
ตามที่ปรากฏข่าวในหนังสือพิมพ์ว่า การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ต้องจ่ายเงินชดเชยค่าเสียหาย
จำนวน ๖,๒๐๐ ล้านบาท ให้กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ในโครงการก่อสร้างทางด่วน บางนา - บางพลี - บางปะกง ตาม
คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ นั้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีความสนใจในปัญหาดังกล่าว จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการ
เพื่อการศึกษาและตรวจสอบกรณีการทำสัญญาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ในโครงการก่อสร้างทางด่วน
บางนา - บางพลี - บางปะกง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาตรวจสอบข้อเท็จจริง ในภาพรวมเชิงนโยบาย ซึ่งมีได้
มุ่งเน้นความผิดพลาดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง

บัดนี้ คณะกรรมการเพื่อการศึกษาและตรวจสอบชุดดังกล่าว ได้จัดทำข้อเสนอผลการศึกษา
ตรวจสอบข้อเท็จจริงเสร็จเรียบร้อยแล้ว จึงขอส่งข้อเสนอมาเพื่อพิจารณาดำเนินการตามที่เห็นสมควร

จึงกราบเรียนมาเพื่อโปรดทราบและพิจารณา

ขอแสดงความนับถืออย่างยิ่ง



(นายเสน่ห์ จามริก)

ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

สำนักคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

โทรศัพท์ ๐ ๒๒๑๔ ๒๔๗๓

โทรสาร ๐ ๒๒๑๔ ๒๔๗๓

ผู้อำนวยการสำนักคุ้มครองฯ.....
เจ้าหน้าที่ส่วน.....
เจ้าหน้าที่ดำเนินการ.....



ข้อเสนอจากการศึกษาตรวจสอบกรณีการทำสัญญาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.)
ในโครงการก่อสร้างทางด่วนสาย บางนา - บางพลี - บางปะกง

ตามที่ปรากฏกรณี การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) จะต้องจ่ายเงินชดเชยค่าเสียหาย จำนวน 6,200 ล้านบาท ให้กับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ในโครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา - บางพลี - บางปะกง ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและคณะกรรมการพิจารณา คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น

กรณีดังกล่าว เป็นเพียงหนึ่งในหลาย ๆ กรณีที่สัญญา ซึ่งรัฐทำกับเอกชนต้องเสียเปรียบเอกชน การทำสัญญาของรัฐที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม โดยเฉพาะโครงการใหญ่ ๆ ซึ่งเป็นโครงการที่เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะของรัฐ กระบวนการในการทำสัญญา รวมตลอดจนการบริหารสัญญาภาครัฐจึงเป็นรากฐานของปัญหาทั้งปวง ที่มีผลกระทบต่อประชาชน ทั้งโดยตรงและทางอ้อม ปัญหาเหล่านี้เกิดเนื่องมาจากประชาชน ขาดการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้ประชาชนเสียเปรียบต่อการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยระบุว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผล จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ” โดยเฉพาะประชาชนควรได้รับทราบข้อมูล ตั้งแต่ความคุ้มค่าของโครงการ การร่างสัญญา ตลอดจนกระบวนการและขั้นตอนต่าง ๆ ในการทำสัญญาและการบริหารสัญญา การที่รัฐมิได้เปิดโอกาสให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการตัดสินใจ และเมื่อเกิดความเสียหายต่อส่วนรวมขึ้นแล้ว จึงอาจก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จึงได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อการศึกษาและตรวจสอบกรณี การทำสัญญาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ในโครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา - บางพลี - บางปะกง ดังกล่าวขึ้น โดย นายสุรสิทธิ์ โกศลนาวิน กรรมการสิทธิมนุษยชน

แห่งชาติเป็นประธานอนุกรรมการ อนุกรรมการประกอบด้วย คุณหญิงจันทนี สันตะบุตร นายแพทย์ ชูชัย สุภวาศ์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ รศ.ดร.จักรกฤษณ์ ควรวจน์ นางสาวเกศริน เดียวสกุล และ นางสาวลัคนา ลักษณ์ศิริ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาตรวจสอบข้อเท็จจริง ในภาพรวมเชิงนโยบาย ซึ่งมีได้มุ่งเน้นศึกษาไปที่ความผิดพลาดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่มุ่งเน้นถึงแนวทางการแก้ไขปัญหา ตลอดจนข้อสังเกต จากการศึกษา ตรวจสอบพร้อมทั้งข้อเสนอ เพื่อให้รัฐบาลนำไปปรับปรุงแก้ไขกระบวนการจัดทำสัญญาและการบริหารสัญญา ภาครัฐในโครงการ ต่าง ๆ ตลอดจนนำไปสู่การปรับปรุงระบบเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ต่อไป

ข้อเท็จจริง

การก่อสร้างโครงการทางด่วน สายบางนา – บางพลี – บางปะกง โดยใช้พื้นที่ เกาะกลางทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 34 ตอนบางนา – บางปะกง ไปทางทิศตะวันออกข้ามแม่น้ำ บางปะกงสิ้นสุดที่จังหวัดชลบุรี ระยะทางประมาณ 55 กิโลเมตร วงเงินงบประมาณ 25,193 ล้านบาท โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจร บนทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 34 รวมทั้งเป็นการ ช่วยส่งเสริมการพัฒนาพื้นที่ชายทะเลภาคตะวันออกของประเทศ

คณะอนุกรรมการได้พิจารณาข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายต่างๆแล้วมีความเห็นและ ข้อเสนอแนะดังนี้

1. ข้อสังเกตเบื้องต้น

ก. ประชาชนขาดการมีส่วนร่วม โดยเฉพาะก่อนการเริ่มโครงการ ควรมีการเผยแพร่ ข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนได้รับทราบ ถึงผลดีผลเสียของโครงการ หรือมีส่วนในการแสดงความคิดเห็น กล่าวคือ โครงการดังกล่าวเป็นการให้บริการสาธารณะ ที่มีขนาดใหญ่ ใช้งบประมาณแผ่นดินเป็น จำนวนมาก และมีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง ทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะ ให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็น เช่นการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน แม้ในส่วนนี้ จะยังไม่มีกรออกกฎหมายประชาพิจารณาก็ตาม ก็ควรจัดให้มีการแสดงความคิดเห็นเพื่อให้สอดคล้อง กับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

ข. การศึกษาความเป็นไปได้ถึงความคุ้มค่าในการก่อสร้าง ทั้งด้านผลตอบแทนทางการเงิน (Financial Internal Rate of Return) และผลตอบแทน ด้านเศรษฐกิจ (Economic Internal Rate of Return) และสังคม มีการศึกษาอย่างถูกต้อง สมบูรณ์ตามหลักวิชาการและชอบด้วยเหตุผล หรือไม่เพียงใด

ค. การทำสัญญาและการตรวจร่างสัญญา ได้นำหลักการทำสัญญาตามอย่างสากลมา ใช้หรือไม่ เพียงใด โดยเฉพาะแนวปฏิบัติของการตรวจร่างสัญญา จำเป็นต้องมีผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิค

ในสาขาวิชานั้น ๆ หรือไม่ และการตรวจร่างสัญญาควรมีการตรวจร่างสัญญาทั้งฉบับรวมทั้งภาคผนวกด้วย เนื่องจากภาคผนวกมีผลกระทบต่อสัญญา

ง. การบริหารสัญญา ผู้รับผิดชอบในการบริหารสัญญา มีความเข้าใจถึงข้อสัญญาและผลของสัญญามากน้อยเพียงใด ซึ่งหากผู้บริหารสัญญา ไม่เข้าใจข้อสัญญาอย่างถ่องแท้แล้วยอมทำให้การปฏิบัติไม่ถูกต้อง เป็นไปตามสัญญาที่ทำไว้

จ. ควรมีข้อกำหนดของสัญญาที่เป็นมาตรฐาน เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนและสาธารณะ

ฉ. มาตรฐานระบบอนุญาตตุลาการของไทย ขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการคัดเลือกละอัญญาตุลาการหรือไม่ รวมทั้งวิธีกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการที่ใช้ระบบความยินยอม

ช. การนำวิธีอนุญาตตุลาการมาใช้กับสัญญาภาครัฐ มีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด หากสัญญานั้นเป็นสัญญาก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่มีผลกระทบต่อส่วนได้เสียที่สำคัญของประชาชน

ซ. เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2544 เป็นระเบียบที่เพิ่งออกใหม่ คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้มีการกำหนดกรอบการพิจารณาและวิธีการพิจารณาวินิจฉัยถูกต้องเหมาะสมตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือระเบียบหรือไม่

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการทำสัญญาของภาครัฐ

สัญญาสัมปทานที่รัฐทำกับเอกชน เป็นสัญญาปกครองที่มีลักษณะเป็นการบริหารกิจการของรัฐ ที่ไม่สมควรใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (Sanctity Of Contract) อย่างเคร่งครัดดังเช่นสัญญาทั่วไปที่ทำกันโดยเอกชน สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนควรจะเปิดโอกาสให้มีการเจรจาเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาได้ (Renegotiation Of Contract) จากแนวปฏิบัติของรัฐบาลและจากคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการที่มีมติให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) จ่ายค่าชดเชยให้กับบริษัทร่วมค้า บีบีซีแอล เป็นจำนวนเงิน 6,200 ล้านบาท ได้แสดงให้เห็นถึงการยึดถืออย่างเคร่งครัดต่อเสรีภาพของการทำสัญญาและการให้ความเคารพต่อเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งแนวปฏิบัติเช่นนี้อาจไม่มีความเหมาะสมในกรณีสัญญาที่ทำระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

โดยทั่วไป การเจรจาเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาอาจกระทำได้ใน 3 กรณี คือ

(1) เจรจาเปลี่ยนแปลงสัญญาเมื่อสัญญาเดิมสิ้นสุดลง เช่น เมื่อสัญญาสัมปทานเดิมสิ้นสุดลงคู่สัญญาอาจเจรจากองทำสัญญากันใหม่ โดยอาจมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขจากที่กำหนดไว้เดิม

(2) เจรจาเปลี่ยนแปลงสัญญาในระหว่างอายุสัญญาเดิม เมื่อมีข้อกำหนดในสัญญาให้ทำการเจรจาเงื่อนไขในสัญญากันใหม่ หากมีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น หรือหากเกิดเหตุการณ์ที่ทำให้การดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ไม่อาจเป็นไปได้ เช่น กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา หรือต้นทุนการผลิตที่เพิ่มขึ้น เป็นต้น

(3) เจรจาเปลี่ยนแปลงสัญญาในกรณีพิเศษ การเจรจาในกรณีนี้สามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจรัฐ ในกรณีที่มีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น หรือมีพฤติการณ์บางอย่างเปลี่ยนแปลงไป จนการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อกิจการของรัฐ หรือมีผลกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณชน เช่น กรณีมีเหตุสุดวิสัยทำให้รัฐไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา กรณีเกิดวิกฤติทางการเงินในภาครัฐ กรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาไม่อาจกระทำได้นี้เนื่องจากการคัดค้านของประชาชน กรณีที่รัฐส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างลำช้า หรือกรณีที่ปรากฏว่ามีการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการทำหรือบริหารสัญญา เป็นต้น

รัฐสามารถทำการเจรจาเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายโรมันที่เรียกว่า “การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ซึ่งนำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา” (clausula rebus sic stantibus) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติกันทั่วไปโดยนานาประเทศ ดังเช่นที่ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัทต่างชาติในช่วงทศวรรษที่ 1960 และ 1970 ตัวอย่างอื่นก็เช่น ในปี ค.ศ. 1974 รัฐบาลอียิปต์ได้ออกกฎหมายยกเลิกสัญญาความร่วมมือการงานกับบริษัทต่างชาติ เนื่องจากประชาชนจำนวนมากได้คัดค้านโครงการดังกล่าว หรือในปี ค.ศ. 1996 รัฐบาลอินเดียได้ยกเลิกสัญญาสัมปทาน โรงงานพลังงานไฟฟ้าที่ทำกับบริษัทเอนรอน (Enron Corp.) หรือเมื่อไม่นานมานี้ ประเทศอาร์เจนตินาได้ยกเลิกสัญญาหลายฉบับที่รัฐทำกับเอกชน ในช่วงที่ประเทศประสบวิกฤติทางเศรษฐกิจ นอกจากนี้ แม้แต่ในประเทศที่พัฒนาแล้ว การเจรจาเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับ และได้รับการปฏิบัติกันเป็นปกติ

หลักกฎหมายที่ประเทศต่างๆ ถือปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน มีอยู่ 2 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แบบอังกฤษ สัญญาสัมปทานจะมีลักษณะผสมผสานกันระหว่างสัญญาและการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยเงื่อนไขในสัญญาสัมปทานที่รัฐทำกับเอกชนมักจะนำมาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์จะมีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ระหว่างสัญญาเอกชนกับสัญญาของรัฐ โดยสัญญาของรัฐคือสัญญาที่มีเอกชนเป็นคู่สัญญากับรัฐ เอกชนไม่มีสิทธิฟ้องรัฐโดยอาศัยสัญญา ถึงแม้ว่ารัฐจะเป็นฝ่ายผิดสัญญา การฟ้องรัฐจะทำได้เฉพาะในกรณีที่รัฐได้ให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าอย่างชัดแจ้ง เช่น โดยบทบัญญัติกฎหมาย หรือโดยการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในสัญญา¹

ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย สัญญาสัมปทานถือเป็น “สัญญาปกครอง” (contrat administratif) ซึ่งแตกต่างจากสัญญาเอกชน กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสให้การปฏิบัติต่อ

¹ Brian R. Levey “Tortious Government Conduct and the Government Contract: Tort, Breach of Contract, or Both?,” 22 Pub. Cont. L. J. 708 (1993).

คู่สัญญาในสัญญาสัมปทานอย่างแตกต่างกัน โดยให้การคุ้มครองฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก กฎหมายฝรั่งเศสยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ (เช่น หน่วยงานของรัฐ) มีอำนาจที่จะแก้ไขเงื่อนไขในสัญญาสัมปทานได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง และในบางกรณี คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจบอกเลิกสัญญาเสียได้ หากการบอกเลิกสัญญานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ² ในประเทศเยอรมนี สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ไม่มีลักษณะเป็นสัญญา กฎหมายเยอรมันถือว่าการให้สัมปทานแก่เอกชน เป็นการกระทำทางบริหารของรัฐ³ ซึ่งหมายความว่าเอกชนไม่อาจฟ้องร้องรัฐโดยอาศัยเหตุว่ารัฐเป็นฝ่ายกระทำผิดสัญญา

จะเห็นได้ว่า ไม่มีกฎหมายของประเทศใดใช้หลักเสรีภาพของการแสดงเจตนากับสัญญาสัมปทานอย่างเคร่งครัด หากแต่ให้โอกาสรัฐที่จะแก้ไขความบกพร่องในสัญญา แก้ไขเปลี่ยนข้อสัญญาได้หากมีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และในบางกรณีรัฐก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับเอกชนเสียได้

เท่าที่ผ่านมาประเทศไทยไม่ได้ถือปฏิบัติว่า สัญญาสัมปทานมีความแตกต่างจากสัญญาทั่วไป โดยคงยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาอย่างเคร่งครัด ทั้งๆ ที่สัญญาที่รัฐทำกับเอกชน เช่น สัญญาสัมปทานต่างๆ เป็นสัญญาที่มีลักษณะที่รัฐยอมมอบอำนาจอธิปไตยในการบริหารกิจการของรัฐ หรือการให้บริการสาธารณะให้แก่เอกชน และเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐและสาธารณชน ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรใช้หลัก “การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ซึ่งนำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา” (*clausula rebus sic stantibus*) กับสัญญาประเภทดังกล่าว โดยให้อำนาจหน่วยงานของรัฐที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญา โดยเฉพาะการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาในกรณีพิเศษ ดังที่กล่าวข้างต้น และในบางกรณี รัฐควรมีอำนาจบอกเลิกสัญญาที่ทำกับเอกชนได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญา

เหตุผลที่สนับสนุนการใช้หลัก “การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ซึ่งนำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา” (*clausula rebus sic stantibus*) มีอยู่สองประการคือ

ประการแรก สัญญาสัมปทานที่รัฐทำกับเอกชนโดยส่วนใหญ่ จะมีลักษณะเป็นสัญญาระยะยาว ซึ่งสัญญาที่ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรมีลักษณะเหมือนเป็นบันทึกความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายและความเข้าใจของคู่สัญญาในกิจการที่จะดำเนินการตามสัญญา ซึ่งในความเป็นจริงคู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างถูกต้องทั้งหมด เอกสารหนังสือที่ทำไว้จึงไม่อาจมีเนื้อหาที่ครบถ้วนสมบูรณ์ นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐกับคู่สัญญา

² Otto Kahn-Freund et al, A Source-Book on French Law 151-2 (1991).

³ Norbert Horn et al, German Private and Commercial Law: AN Introduction 71 (1982).

ต่างชาติ สัญญานั้นก็อาจมีเนื้อหาที่ขาดความสมบูรณ์ เนื่องจากความแตกต่างในวัฒนธรรมธุรกิจ แนวความคิด และความเข้าใจต่อระบบการเมืองและกฎหมายของคู่สัญญา

ประการที่สอง การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ภายหลังจากการทำสัญญา ศาสตราจารย์ Raymond Vernon⁴ ได้แสดงทัศนะว่า สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจะเต็มไปด้วยข้อตกลงที่ล้าสมัย (obsolescing clauses) อันเนื่องมาจากระยะเวลาที่ยาวนานของการปฏิบัติตามสัญญา รวมทั้งความผันผวนไม่แน่นอนของสถานการณ์การเมือง การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ที่ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นพันวิสัย หรือเป็นภาระแก่รัฐเกินกว่าที่คาดหมายไว้ในขณะทำสัญญา เหตุผลต่างๆ เหล่านี้เป็นเหตุผลอันชอบธรรมที่รัฐจะขอให้มีการเจรจาเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญา หรือบอกเลิกสัญญา สัมปทานเสียได้

การเจรจาเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาในกรณีพิเศษ มีลักษณะที่รัฐบีบบังคับให้คู่สัญญาต้องยอมสูญเสียผลประโยชน์บางอย่างที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจได้ เช่น ขอมที่จะไม่เรียกค่าสินไหมทดแทนจากภาครัฐ เพราะหากไม่ยอมรับการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญา ก็อาจทำให้คู่สัญญานั้นต้องสูญเสียประโยชน์ไปอย่างสิ้นเชิง เพราะในที่สุดแม้รัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีในศาล แต่คู่สัญญานั้นก็ไม่อาจบังคับคดีเอากับรัฐได้ เนื่องจากการบังคับคตินั้นเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ และรัฐย่อมมีสิทธิที่จะปฏิเสธที่จะใช้อำนาจบังคับคดีเอากับตนเอง ซึ่งการใช้อำนาจรัฐเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นเหตุผลอันชอบธรรมที่รัฐอาจยกขึ้นเพื่อการไม่ปฏิบัติสัญญาที่ทำกับเอกชน หรือบอกเลิกสัญญาที่ทำไว้เสียได้

3. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

มีข้อพิจารณาทั่วไปในทางกฎหมาย 3 ประการดังนี้

1. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาภาครัฐหรือสัญญาของทางราชการ
2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

และ

3. ข้อพิจารณาในกรณีของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง

3.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาภาครัฐหรือสัญญาของทางราชการ

โดยหลักทั่วไปแล้วอนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้กับกรณีข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วก็ดี หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตก็ดี โดยคู่กรณีซึ่งโดยปกติได้แก่เอกชนซึ่งอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันได้แสดงเจตนาที่จะระงับข้อพิพาทโดยมอบหมายให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแทนศาล ทั้งนี้ เพื่อความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาท หลักการดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ใน

⁴ Raymond Vernon, *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of US Enterprises* (1971), p.46.

มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการหมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาดกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่า จะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็น ข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้”

จากหลักดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้เกิดข้อพิจารณาว่า การนำเรื่องอนุญาโตตุลาการมาใช้ กับสัญญาภาครัฐมีความเหมาะสมแค่ไหนเพียงใด ทั้งนี้ โดยมีมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติไว้ว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาการปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังกล่าวมีผลผูกพันเป็นคู่สัญญา”

หากจะแบ่งแยกสัญญาภาครัฐอาจแบ่งแยกออกได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ ดังนี้ คือ สัญญาที่ เกี่ยวข้องทรัพย์สิน สัญญาที่เกี่ยวกับการจ้างและการร่วมทุน และสัญญาสัมปทาน โดยอาจแบ่ง รายละเอียดตามสัญญาแต่ละประเภทได้ ดังนี้

(1) สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน

(1.1) สัญญาที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์

(1.2) สัญญาที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

(2) สัญญาเกี่ยวกับการจ้างและการร่วมทุน

(2.1) สัญญาจ้างทำของ เช่น สัญญาก่อสร้างทางหลวงแผ่นดิน สัญญาวางท่อ ประปา สัญญาก่อสร้างอาคารสถานที่ราชการ เป็นต้น

(2.2) สัญญาจ้างแรงงาน เช่น สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ สัญญา จ้างเก็บขยะมูลฝอย เป็นต้น

(3) สัญญาสัมปทาน

(3.1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

(3.2) สัญญาสัมปทานที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาภาครัฐต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นทั้งหมด ควรจะมีหลักเกณฑ์อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ตามหลักทั่วไป หรือไม่ ไม่ว่าข้อพิจารณาจะเป็นประการใดก็ตาม ได้มีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 โดยตามระเบียบดังกล่าวให้ใช้กับ “หน่วยงาน ของรัฐ” ซึ่งได้มีการนิยามไว้ว่า หมายถึง “กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและ มีฐานะเทียบเท่ากรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ตลอดจนหน่วยงานอื่นของรัฐ” และได้นิยามคำว่า “ข้อพิพาท” ว่าหมายความว่า ความรวมถึง ข้อโต้แย้งหรือข้อเรียกร้องใด ๆ ระหว่างหน่วยงานของ

รัฐกับเอกชน โดยในข้อ 7 ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนดว่า ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีเหตุตามข้อ 5⁵ ที่จะไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ให้หน่วยงานของรัฐส่งสำเนาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้หน่วยงานของรัฐสำนักชี้ขาดดังกล่าว พร้อมคำชี้แจงประกอบเหตุอันควรสงสัยนั้นให้กระทรวงการคลังเพื่อขอความเห็นภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงการดำเนินการดังกล่าวด้วย และตามข้อ 8⁶ ของระเบียบดังกล่าว กำหนดให้กระทรวงการคลังส่งเรื่องให้ “คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” และเมื่อคณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาเสร็จแล้วให้แจ้งผลการพิจารณาให้หน่วยงานของรัฐทราบ และให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แล้วมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรภายใน 30 วัน

ข้อพิจารณาดังกล่าวเป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่า แม้แต่การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีของหน่วยงานของรัฐก็ยังคงปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐอันเกิดจากการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ประเด็นที่เห็นว่ามีสำคัญมากกว่าการมีระเบียบฯ ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2544 ซึ่งเป็นระเบียบที่แก้ปัญหาปลายเหตุ แต่ประเด็นที่น่าจะให้ความสำคัญมากกว่าการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อที่จะคุ้มครองประโยชน์ของรัฐคือสัญญาภาครัฐ หรือสัญญาของราชการ คือเรื่องการทำสัญญาภาครัฐที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ ควรจะมีการกำหนดเป็นระเบียบว่าด้วยการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาภาครัฐฯ โดยระเบียบดังกล่าวควรกำหนดรายละเอียดว่า อนุญาโตตุลาการในสัญญาภาครัฐควรมีขั้นตอนอย่างไร วิธีการเลือกบุคคลผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ คุณสมบัติของบุคคลผู้จะเป็นอนุญาโตตุลาการภาครัฐ ควรมีคุณสมบัติอย่างไร จำนวนควรจะมีจำนวนเท่าใด ขั้นตอนวิธีการในการนำเสนอประเด็นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ และในระเบียบดังกล่าวควรศึกษาถึงขอบเขตเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการตามความที่กำหนดไว้ในมาตรา 40 วรรคสาม (2) และตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพราะกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่คู่สัญญา

⁵ ข้อ 5 ถ้าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นและหน่วยงานของรัฐได้อนุญาตให้ใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เว้นแต่คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ

⁶ ข้อ 8 ให้กระทรวงการคลังส่งเรื่องให้ “คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นโดยไม่ชักช้า

คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นกรรมการ

อาจขอให้ศาลเพิกถอนได้ตามมาตรา 40 และเป็นกรณีที่ศาลอาจทำคำสั่งปฏิเสธการบังคับตามคำชี้แจงของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น ในกรณีนี้จึงควรจะมีการศึกษาถึงขอบเขตของสัญญาภาครัฐว่าเรื่องใดควรเป็นเรื่องที่สามารถให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ และเรื่องใดเป็นเรื่องที่ไม่อาจระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ การกำหนดขอบเขตว่าเรื่องใดที่อาจระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ และเรื่องใดไม่อาจระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ จะทำให้สัญญาภาครัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญาภาครัฐที่เป็นสัญญาทางปกครอง จึงอยู่ภายใต้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะในขอบเขตที่เห็นควรจะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด แต่ลักษณะข้อพิพาทบางประการควรจะกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะนำมาพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวเอง

3.2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

3.2.1 กระบวนการพิจารณาโดยลับ และห้ามมิให้เปิดเผยคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในสัญญาภาครัฐที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญากับเอกชน หากยอมรับว่ามีหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เช่นเดียวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เอกชนทำกับเอกชน กรณีนี้ย่อมทำให้เกิดคำถามติดตามมาหลายประการ กล่าวคือ ในขณะที่เอกชนทำสัญญากับเอกชนนั้น เอกชนต่างก็มุ่งที่จะรักษาผลประโยชน์ของตนมิให้เสียเปรียบต่อเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในขณะที่การทำสัญญาใด ๆ ของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นการกระทำโดยบุคคลธรรมดาในนามของหน่วยงานของรัฐนั้น มักถือกันเสมอว่าหากเกิดความเสียหายอย่างไรแล้ว เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผลประโยชน์โดยรวมของชาติ ซึ่งมักจะไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อผู้กระทำในนามของหน่วยงานของรัฐ

ดังนั้น เพื่อให้การกระทำในนามของหน่วยงานของรัฐดังกล่าวเป็นไปโดยโปร่งใส จึงควรที่จะให้สาธารณชนสามารถตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวได้ เมื่อพิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว ตามข้อ 29 วรรคสามของข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรม ได้กำหนดไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการ ผู้อำนวยการ สถาบัน และสำนักงานจะเปิดเผยคำชี้ขาดต่อสาธารณชนไม่ได้ เว้นแต่คู่กรณียินยอม” และนอกจากนี้ ตามข้อ 22 ได้กำหนดไว้ว่า “เว้นแต่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การสืบพยานให้เป็นไปตามวิธีการต่อไปนี้(4) การสืบพยานจะต้องกระทำอย่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาลับ” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญาภาครัฐ เพราะการที่จะนำผลประโยชน์อันมหาศาลของชาตินำไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณากันโดยลับ และไม่จำเป็นต้องเปิดเผยคำชี้ขาดต่อสาธารณชน การวินิจฉัยที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของชาติโดยกระบวนการดังกล่าวจึงขัดกับหลักพื้นฐานของการพิจารณาคดีโดยทั่วไป แต่ทั้งนี้อาจจะไม่

ขัดกับหลักพื้นฐานหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ระหว่างเอกชนกับเอกชน หากเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายยินยอม แต่กรณีที่เป็นผลประโยชน์ของชาติแล้วกระบวนการดังกล่าวย่อมไม่สอดคล้องกับการดำเนินการเพื่อการคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวม

ระเบียบข้างต้นถึงแม้จะไม่มีผลบังคับเนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 จะถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วก็ตาม แต่พระราชบัญญัติฉบับใหม่ก็มีได้กำหนดถึงกระบวนการวิธีพิจารณาไว้อย่างชัดเจนว่าให้กระทำโดยเปิดเผย ดังนั้น หากจะมีการกำหนดรายละเอียดโดยข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรม โดยเฉพาะกรณีของสัญญาภาครัฐ วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักเกณฑ์ไม่ต่ำกว่ามาตรฐานของวิธีพิจารณาโดยทั่วไป ถึงแม้จะเป็นการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการก็ตาม เพราะเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องการพิจารณาที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของส่วนรวม

3.2.2 ประสิทธิภาพพื้นฐานในการยุติข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการอันเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่า อนุญาโตตุลาการคือบุคคลหรือคณะบุคคลที่คู่กรณีมอบหมายให้ชี้ขาดข้อพิพาทในทางแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการจึงมุ่งหมายไปที่การตีความข้อสัญญาว่าคู่กรณีที่มีความมุ่งหมายในข้อสัญญานั้น ๆ เป็นประการใด กล่าวคือเป็นการตีความเจตนาของคู่กรณีตามที่ปรากฏในสัญญา ดังนั้น ด้วยเหตุนี้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามมาตรา 34 วรรคท้าย ได้กำหนดไว้ว่า

“การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้า ให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย”

จากแนวคิดดังกล่าวข้างต้น จึงเหมาะสมสอดคล้องที่จะนำไปใช้กับการวินิจฉัยข้อพิพาทในทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับสัญญาภาครัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกรณีที่เป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะทั้งหลาย เพราะข้อสัญญาทั้งหลายที่กระทำโดยผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำแทนหน่วยงานของรัฐ อาจจะมีได้กำหนดสาระสำคัญทั้งหลายลงไปในข้อสัญญา ดังนั้น เมื่อมีปัญหาในการตีความจึงมิได้ขึ้นอยู่กับว่าผู้ที่ทำสัญญาแทนรัฐดังกล่าวมีเจตนาอย่างไร ด้วยเหตุนี้ การตีความสัญญาลักษณะดังกล่าว จึงต้องตีความอยู่บนพื้นฐานของหลักการบริการสาธารณะซึ่งเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมที่รัฐมุ่งสนองตอบสาธารณะ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เองกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับเรื่องคดีปกครองไม่ว่าจะเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองก็ดี หรือสัญญาทางปกครองก็ดีใช้หลักได้สวน เป็นหลักพื้นฐานในการพิจารณาคดี ทั้งนี้ ก็เพื่อที่จะแสวงหาความจริงในแง่ของข้อเท็จจริงให้ได้ข้อยุติที่ถูกต้องชัดเจนที่สุด โดยการแสวงหาความจริงดังกล่าวเป็นภาระหน้าที่

ของกลุ่มความในคดีและโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อศาล ซึ่งเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการที่จะแสวงหาให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงในคดี

จากข้อพิจารณาจากหลักการพื้นฐานดังกล่าวนี้เอง จึงนำมาสู่ข้อพิจารณาในทางปรัชญาพื้นฐานในการยุติข้อพิพาทในทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างเอกชนกับเอกชน กับสัญญาภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งมีปรัชญาหรือหลักการพื้นฐานในการที่จะยุติข้อพิพาทที่ แตกต่างกันไป ดังนั้น จึงมีความสมควรอยู่หรือไม่ที่จะให้สัญญาภาครัฐที่เกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างเอกชนกับเอกชน

3.3 ข้อพิจารณาในกรณีของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง

ข้อพิจารณาในกรณีของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง มีข้อพิจารณา 3 ประการดังนี้

- สัญญาทางปกครองควรจะให้มีอนุญาโตตุลาการหรือไม่
- ในกรณีที่สัญญาทางปกครองมีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีการร้องต่อศาลจะร้องต่อศาลใด และ
- การพิจารณาของศาลตามข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลจะต้องผูกพันจากการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพียงใด

3.3.1 สัญญาทางปกครองควรจะให้มีอนุญาโตตุลาการหรือไม่

ดังที่ได้กล่าวแล้วในเบื้องต้นว่า อนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกรณีที่มีความมุ่งหมายเพื่อจะระงับข้อพิพาทในทางแพ่งหรือพาณิชย์ อันจะเป็นลักษณะข้อพิพาทที่เอกชนต่อเอกชนอยู่ในฐานะที่มีความเท่าเทียมกัน แต่ในขณะที่สัญญาทางปกครองเป็นลักษณะของการมีนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทั้งสองมิได้อยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของนิติสัมพันธ์บนพื้นฐานของสัญญาทางปกครองนั้น มักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือบริการสาธารณะ ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวนี้เอง จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายองค์กรของรัฐย่อมมีสถานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น การที่สัญญาทางปกครองยอมให้มีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจึงเท่ากับว่ารัฐได้ยอมสละสถานะที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าของตน ดังนั้น การที่องค์กรของรัฐยอมสละสถานะของตนดังกล่าว อาจจะมีผลกระทบต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องนั้นๆ ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าองค์กรของรัฐในฐานะเป็นผู้ที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมมีสถานะสูงกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชนก็ตาม แต่การใช้อำนาจเหนือขององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เป็นเอกชน องค์กรของรัฐนั้น ๆ ก็จะต้องให้ความคุ้มครองหรือทดแทนความเสียหายนั้น ๆ ให้แก่ฝ่ายเอกชนด้วย หรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายองค์กรของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่การดำเนินการใด ๆ ของคู่สัญญาฝ่ายองค์กรของรัฐที่กระทำให้เกิดผลกระทบต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน องค์กรของรัฐก็ต้องให้ความคุ้มครองทดแทนความเสียหายดังกล่าวด้วย

หากพิจารณาจากสถานะของคู่สัญญาฝ่ายองค์กรของรัฐก็ดี หรือพิจารณาจากลักษณะของผลประโยชน์อันเป็นผลประโยชน์สาธารณะแล้ว สัญญาทางปกครองจึงเป็นสัญญาที่ไม่ควรจะมีอนุญาโตตุลาการมาระงับข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง นอกเหนือจากเหตุผลดังกล่าวแล้ว ยังมีเหตุผลตามที่ได้กล่าวในข้อ 1 และ ข้อ 2 เพราะลักษณะการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการไม่สอดคล้องกับลักษณะของข้อพิพาทในทางสัญญาทางปกครอง

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 15 ว่า ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการตามอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา เมื่อกฎหมายได้กำหนดไว้ กรณีนี้จึงไม่มีประเด็นที่ว่าต้องโต้แย้ง แต่อย่างไรก็ตามก็ควรจะได้มีการไปกำหนดเป็นระเบียบว่า เรื่องใดเป็นเรื่องที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ ในกรณีของสัญญาทางปกครองทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 และ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

3.3.2 ในกรณีที่สัญญาทางปกครองมีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่มีการร้องต่อศาล จะต้องร้องต่อศาลใด

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 3.1 ว่า โดยหลักแล้วสัญญาทางปกครองไม่ควรจะมีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตาม หากสัญญาทางปกครองดังกล่าวมีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ จึงมีปัญหาที่จำต้องพิจารณาต่อไป กรณีที่มีปัญหาว่า กรณีที่สัญญาทางปกครอง ซึ่งมีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองดังกล่าว หากมีปัญหาเรื่องการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลใดจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติไว้ว่า “ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้” จากมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ในกรณีของ “สัญญาทางปกครอง” ที่มีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ หากมีปัญหาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องดังกล่าวต้องเป็นศาลปกครองด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง และตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ ดังนั้น เมื่อมีกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ไม่ว่าสัญญาทางปกครองนั้น ๆ จะมีข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก็ตาม

(2) การให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญมาตรา 271 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากหาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปเรื่องใดที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นย่อมตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น ดังนั้น ในกรณีที่ข้อพิพาทในเรื่องใดกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้อยู่ในอำนาจของศาลใดศาลหนึ่ง เช่น อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองก็ดี หรือศาลทหารก็ดี กรณีนั้น ๆ ย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้น ในเรื่องข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองแล้ว เรื่องสัญญาทางปกครองจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่า สัญญาทางปกครองนั้นมีอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก็ตาม

3.3.3 การพิจารณาของศาลตามข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลจะต้องผูกพันจากการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพียงใด

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ กับวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้น มีหลักการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การพิจารณาคดีในศาลปกครองนั้นใช้หลักไต่สวนและการพิจารณาต้องกระทำโดยเปิดเผย ดังนั้น ในการพิจารณาของศาลปกครองความมุ่งหมายที่ศาลปกครองต้องมุ่งแสวงหาคือความจริงนั้น ๆ ว่าโดยแท้จริงแล้วมีข้อเท็จจริงอย่างไร และความเสียหายที่แท้จริงมีเพียงใด เช่น การพิสูจน์ความเสียหาย ศาลจะเข้าไปตรวจสอบได้แค่ไหน เพียงใด กระบวนการในการหาข้อเท็จจริงศาลจะต้องผูกพันตามที่อนุญาโตตุลาการ ได้มาจากการพิจารณาเพียงใด ถ้าหากถือตามหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะเข้าไปพิจารณาตรวจสอบในเรื่องนั้น ๆ ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามวิธีพิจารณาที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

โดยหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาที่แตกต่างกัน จึงเกิดปัญหาได้ว่าศาลปกครองที่วินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ ตามสัญญาทางปกครองจะต้องถูก

⁷ “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทาง ปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ผูกพันกับสิ่งที่อนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยมาแล้วเพียงใด นอกจากนี้ยังมีประเด็นปัญหาว่า ในกรณีของศาลปกครอง หากพิจารณาตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามที่กำหนดว่าศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ก็ปรากฏต่อศาลว่า คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาตตุลาการได้ตามกฎหมาย กรณีนี้อาจมีปัญหาว่าขอบเขตของข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยอนุญาตตุลาการ ในกรณีของสัญญาทางปกครอง มีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด และมีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร ศาลปกครองอาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาขอบเขตดังกล่าวได้แค่ไหนเพียงใด

3.4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคณะกรรมการชี้ขาดอนุญาตตุลาการ

แต่เดิมก่อนที่จะมีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2544 เมื่ออนุญาตตุลาการ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว และหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ หน่วยงานจะขอให้ผู้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ชนะข้อพิพาทตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ เสนอเรื่องดังกล่าวต่อศาล เพื่อให้บังคับตามคำวินิจฉัย ชี้ขาดนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ จะขอให้มีการนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลเสมอ เจตนารมณ์ของการออกระเบียบดังกล่าว ก็เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว ไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีในชั้นศาล และเมื่อมีระเบียบนี้แล้วก็ควรที่จะมีการกำหนดกรอบการพิจารณาและวิธีการพิจารณาได้ถือปฏิบัติ โดยมีกรอบการพิจารณาวินิจฉัยแต่ละเรื่องให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน รวมทั้งตรวจสอบ ทบทวนคำชี้ขาดทำนองเดียวกับศาล แต่ต้องกระทำได้รวดเร็ว และเป็นมาตรฐานได้ดียิ่งกว่าการต้องนำคดีไปสู่ศาล มิใช่ทำแบบรวบรัดคับแคบ

นอกจากนี้ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2544 ยังมีได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ ด้วยว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการชี้ขาดอนุญาตตุลาการ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของหน่วยงานหลัก 3 หน่วยงาน ซึ่งได้แก่ กระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด นั้น ควรจะให้หน่วยงานดังกล่าวส่งผู้แทนเป็นการถาวร เพื่อพิจารณาในทุก ๆ เรื่อง หรือส่งผู้แทนเฉพาะเป็นเรื่อง ๆ ไป

4. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับโครงการก่อสร้างทางด่วนสาย บางนา - บางพลี - บางปะกง

(1) รัฐต้องนำหลัก “การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ซึ่งนำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา” (clausula rebus sic stantibus) มาใช้กับกรณีการทางพิเศษแห่งประเทศไทย โดยต้องไม่จ่ายค่าเสียหายให้แก่บริษัทร่วมค้าบีบีซีแอลตามคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ หรือแม้จะมีคำพิพากษาของศาลก็ตาม โดยถือว่าการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ และรัฐจะไม่ยอมสละอำนาจอธิปไตยในกรณีเช่นนี้

(2) รัฐควรโน้มน้าวให้บริษัทร่วมค้าบีบีซีแอล ขอมเจรจาเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญา โดยขอให้ยอมรับค่าชดเชยจำนวนหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่จำนวน 6,200 ล้านบาทดังกล่าวของ อนุญาโตตุลาการ หากเป็นจำนวนค่าชดเชยที่สมเหตุสมผล เป็นที่ยอมรับได้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยเป็นการขอเจรจาในลักษณะ “ชนะทั้งสองฝ่าย” (win-win solution) เพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการระงับข้อพิพาททางศาล โดยชี้ให้เห็นว่าหากไม่ยอมรับ บริษัทคู่สัญญาก็อาจไม่ได้รับค่าเสียหายใดเลย แม้ศาลจะตัดสินให้ฝ่ายนั้นชนะคดีก็ตาม

(3) การที่รัฐใช้หลัก กับกรณีข้อพิพาทระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัท ร่วมค้าบีบีซีแอล หากดูผิวเผินอาจเหมือนกับเป็นการทำลายบรรยากาศการลงทุน แต่ในความเป็นจริง หลักกฎหมายนี้เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล ซึ่งรัฐบาลต้องแสดงให้เห็นว่า กรณีนี้จะไม่ส่งผลเปลี่ยนแปลงนโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศ และรัฐบาลไทยพร้อมที่จะชดเชยให้แก่ นักลงทุนเอกชน หากเอกชนรายนั้นได้รับความเสียหายจากนโยบายของรัฐจริง ซึ่งต้องเป็นค่าเสียหายที่ สมเหตุสมผลตามความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งไม่ใช่จำนวน 6,200 ล้านบาทดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการ

(4) ในระยะยาว รัฐควรตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน และสัญญาที่รัฐทำกับ เอกชนขึ้นเป็นการเฉพาะ การออกกฎหมายลักษณะนี้มีความจำเป็น เพื่อที่จะนำหลักกฎหมายที่เหมาะสม มาใช้กับสัญญาในลักษณะนี้ โดยเป็นการยกเว้นการใช้หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญาตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับสัญญาทางปกครองที่รัฐทำกับเอกชน โดยสัญญาสัมปทานและสัญญาที่รัฐ ทำกับเอกชนเกี่ยวกับการบริหารกิจการของรัฐ ควรเป็นสัญญาแบบเปิดที่สามารถนำไปจัดซื้อจัดจ้าง เวลาคงเหลือ มาใช้ในการบริหารจัดการสัญญา และรัฐสามารถเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญา ได้

(5) หากในสัญญาภาครัฐหรือสัญญาของทางราชการ จำเป็นต้องมีอนุญาโตตุลาการ กระบวนการขึ้นตอนที่ดี จำนวนอนุญาโตตุลาการที่ดี คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการภาครัฐ ควรจะมีการ กำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาภาครัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การมีสัญญา อนุญาโตตุลาการตามสัญญาภาครัฐเป็นไปด้วยความรอบคอบรัดกุมมากขึ้น นอกจากนี้กระบวนการ พิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาภาครัฐหรือสัญญาของ ทางราชการ ควรจะเป็นกระบวนการที่เปิดเผยมุมมองของสาธารณชนสามารถตรวจสอบได้ รวมตลอด ถึงกระบวนการในการพิจารณาต่างๆ ควรมุ่งเพื่อให้อนุญาโตตุลาการได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเท่าที่จะ เป็นไปได้ และท้ายที่สุดได้พิจารณาในกรณีของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง ควรจะมีการ กำหนดหลักเกณฑ์ว่า ข้อพิพาทในลักษณะใดที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อที่จะคุ้มครองว่า ข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวควรเป็นภาระหน้าที่ของศาลโดยแท้ที่จะเข้ามาวินิจฉัย ชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะว่าได้รับหลักประกันว่าได้รับการ พิจารณาวินิจฉัยโดยองค์กรที่มีความเป็นกลาง มีความอิสระ ตลอดทั้งมีวิธีพิจารณาที่มุ่งวินิจฉัยข้อพิพาท เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อทุกๆ ฝ่าย

(6) ในส่วนประเด็นของคณะกรรมการชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ หากพิจารณาในข้อกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 17 ระบุว่า “ก่อนจะทำคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการฟังคู่กรณีและมีอำนาจทำการได้ส่วนตามที่เห็นสมควร ในข้อพิพาทที่เสนอนั้น”

ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายมิได้กำหนดเป็นอย่างอื่น ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการโดยวิธีพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ

ระเบียบสำนักรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 ข้อ 5 ระบุว่า “ถ้าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้น และหน่วยงานของรัฐได้ยินยอมให้ใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เว้นแต่คำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจาก

แต่เดิมก่อนที่จะมีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2544 เมื่ออนุญาโตตุลาการ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว และหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หน่วยงานจะรอให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ชนะข้อพิพาทตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เสนอเรื่องดังกล่าวต่อศาล เพื่อให้บังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ จะขอให้มีการนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลเสมอ เมื่อมีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 เจตนารมณ์ของการออกระเบียบดังกล่าว ก็เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว ไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีในชั้นศาล และเมื่อมีระเบียบนี้แล้วก็ควรที่จะมีการกำหนดกรอบการพิจารณาและวิธีการพิจารณาของคณะกรรมการให้ถือปฏิบัติ โดยถูกต้องเหมาะสมตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และระเบียบดังกล่าว โดยมีกรอบการพิจารณาวินิจฉัยแต่ละเรื่องให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน รวมทั้งตรวจสอบ ทบทวนคำชี้ขาดอย่างละเอียดรอบคอบกว้างขวาง มิใช่แค่บรรทัดมีลักษณะเป็นการตรวจสอบทบทวนซึ่งต้องกระทำโดยรวดเร็วและเป็นมาตรฐานได้ดียิ่งกว่าการต้องนำคดีไปสู่ศาลเช่นเดิม

นอกจากนี้ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2544 ยังมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ ค้ำประกันประกอบของคณะกรรมการ
ชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของหน่วยงานหลัก 3 หน่วยงาน ซึ่งได้แก่ กระทรวง
การคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด นั้น ควรจะให้
หน่วยงานดังกล่าวส่งผู้แทนเป็นการถาวร เพื่อพิจารณาในทุกๆ เรื่อง หรือเป็นผู้แทนเฉพาะเรื่องเท่านั้น

(นายเสน่ห์ จามริก)

ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ