

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการ อนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน

ด้วยเหตุที่การแสดงเจตนาในการเข้าทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนคู่สัญญาต่างมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาที่จะกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเอง หากข้อตกลงของสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายแล้วสัญญาดังกล่าวย่อมสมบูรณ์และในกรณีที่มิข้อพิพาทเกิดขึ้นก็อาจจะฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลหรืออาจใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อเรื่องพิพาทดังกล่าวได้ตามแต่ที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงกัน หากแต่ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนที่กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีขึ้นเพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาชน การกำหนดเรื่องการยุติข้อพิพาทโดยการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวจะมีขอบเขตสามารถทำได้แค่ไหนเพียงไรนั้นก็แล้วแต่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศบัญญัติไว้เมื่อเปรียบเทียบเรื่องการนำข้อพิพาทสัญญาทางปกครองให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดในกฎหมายของต่างประเทศในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันจะพบว่า ในระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) เช่น ประเทศสหราชอาณาจักรอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ไม่มีข้อห้ามที่จะห้ามมิให้ใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ส่วนระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นแบบของประเทศที่ใช้กฎหมายปกครองในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ได้กำหนดให้อำนาจในการระงับข้อพิพาททางปกครองเป็นอำนาจของศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดแต่เพียงผู้เดียว เนื่องจากอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองและอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาดังกล่าว หากโอนอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดไปให้บุคคลอื่นที่มีใจฝ่ายปกครองก็เท่ากับเป็นการ โอนอำนาจในการกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะไปให้อนุญาโตตุลาการที่เป็นคณะเอกชนตัดสินข้อพิพาท และที่สำคัญเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานสำคัญในการป้องกันและรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ ดังนั้นหากมีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาปกครองก็เท่ากับยกอำนาจหน้าที่ในการตัดสินข้อพิพาทที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะให้แก่คณะเอกชนที่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลประโยชน์สาธารณะดังกล่าว

ในระบบกฎหมายของประเทศไทยได้มีการบัญญัติเรื่องการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานที่ให้ผู้สัญญาสามารถกำหนดข้อตกลงว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ความว่า

มาตรา 15 บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ผู้สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

อย่างไรก็ตามถึงแม้จะมีการบัญญัติในเรื่องของการที่คู่สัญญาสามารถนำข้อตกลงว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายไว้แล้ว แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้มีการกำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานไว้อย่างชัดเจนรวมถึงยังไม่มีบรรทัดฐานในการกำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองที่สามารถนำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดหรือหลักการในการปฏิเสธการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน การบัญญัติในลักษณะนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะให้เป็นบทบัญญัติทั่วไปเพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททั้งในสัญญาในทางแพ่งและในสัญญาทางปกครอง ซึ่งหากจะเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศไทย เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันแล้วจะพบว่า ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีหลักทั่วไปว่าห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีข้อยกเว้นในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในองค์การมหาชนที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมและในสัญญาระหว่างประเทศบางสัญญา คือ เท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยการตราเป็นกฎหมายเฉพาะ ส่วนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แม้จะไม่ได้ห้ามการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการก็เป็นได้เพียงกระบวนการ หรือขั้นตอนของการระงับข้อพิพาททางปกครองก่อนนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองเท่านั้น

ผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่าหากประเทศไทยยังมีความจำเป็นในการที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเพราะเหตุที่จะเป็นการส่งเสริมบรรยากาศการลงทุน ก็ควรที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานที่มีความสำคัญและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยควรบัญญัติเป็นกฎหมายทั้งสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติที่มีความสอดคล้องกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ด้วยการที่มาตรา 15 ได้บัญญัติไว้เป็นลักษณะกฎหมายทั่ว ๆ ไปในการให้เสรีแก่คู่สัญญาในการตกลงใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดย

อนุญาโตตุลาการนั้นจึงก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายในหลายประการ ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

ประเภทของข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่ระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ

สัญญาทางปกครองไทยตามนิยาม ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มี 4 ประเภทหลัก ได้แก่

1. สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำหรือดำเนินการที่รัฐผูกขาดหรือกิจการที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการแต่เพียงผู้เดียว ภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง และให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้นเป็นการตอบแทน

2. สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนเข้าทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่หรืออยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยตรง

3. สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ

4. สัญญาที่แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนรายใดจะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐ โดยเอกชนต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าวเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม

เมื่อพิจารณาสัญญาทางปกครองทั้ง 4 ประเภทแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการให้เป็นไปตามอำนาจและหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้บรรลุผลสำเร็จ โดยฝ่ายปกครองอาจมอบอำนาจในการดำเนินการให้แก่เอกชนรายใดรายหนึ่ง แต่ทั้งนี้การดำเนินการดังกล่าวย่อมต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของฝ่ายปกครอง ดังนั้นการกำหนดข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองจึงย่อมต้องมีขอบเขตในการบังคับใช้ที่ต้องไม่กระทบกับอำนาจรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมถึงอำนาจในการควบคุมการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาล ในส่วนของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 11 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“สัญญาอนุญาตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

...”

บทบัญญัติในมาตราดังกล่าว ได้วางหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ โดยมีได้การระบุว่า ข้อพิพาทใดบ้างที่สามารถกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ หากแต่เพียงกำหนดให้คู่สัญญาสามารถที่จะนำข้อพิพาทไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนเสนอให้อุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งย่อมหมายความว่าคู่สัญญาย่อมสามารถนำข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาในทุก ๆ เรื่องเสนอให้อุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นได้

ด้วยเหตุที่มาตรา 11 มิได้กำหนดประเภทของสัญญาว่าสัญญาใดบ้างที่จะสามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการจึงทำให้ข้อพิพาทที่เกิดจากทุกสัญญารวมทั้งสัญญาทางปกครองก็สามารถระงับโดยวิธีการอนุญาตตุลาการได้เช่นกัน ซึ่งผลของการบัญญัติมาตรา 11 ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถนำประเด็นข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะต้องรับผิดชอบต่อประชาชนมาให้อนุญาตตุลาการที่มีได้มีอำนาจ หน้าที่และความรับผิดชอบในการรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมของสาธารณะมาชี้ขาดข้อพิพาท

ผู้ศึกษาเห็นว่าการที่ให้อุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานได้ในทุกประเภทของสัญญาเป็นการที่ฝ่ายปกครองสละอำนาจ หน้าที่และความรับผิดชอบ เป็นการต้องห้ามตามหลักของกฎหมายที่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะอันเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นผลทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ ไม่มีผลผูกพันและไม่สามารถบังคับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาตั้งแต่ต้น หากแต่ในปัจจุบันยังมีได้มีการบัญญัติกฎหมายในการปฏิเสธการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานจึงทำให้ไม่สามารถที่จะปฏิเสธการอนุญาตตุลาการในสัญญาสัมปทานได้ ดังนั้นหากมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวก็จะทำให้สามารถรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมได้

ปัญหาการกำหนดจำนวนของอนุญาตตุลาการ

การกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการได้บัญญัติไว้ในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ถึงจำนวนอนุญาตตุลาการที่ให้อำนาจคู่สัญญาเป็นคนกำหนด

“ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่

ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ วิธีการตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ให้เป็นไปตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 17 แล้วจะเห็นว่า การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการต้องเป็นจำนวนเลขคู่ หากเป็นจำนวนเลขคู่หรือตกลงกันไม่ได้ก็ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการที่อำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญาเท่านั้น หากแต่เมื่อพิจารณาการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการดังกล่าว โดยเฉพาะการให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวได้นั้นจะพบว่าไม่เป็นประโยชน์กับสัญญาสัมปทานเท่าที่ควร เพราะเท่ากับนำข้อพิพาทที่เป็นสัญญาสัมปทานที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะให้บุคคลเพียงคนเดียวเป็นผู้ตัดสิน ซึ่งบุคคลเพียงคนเดียวนี้กฎหมายก็ได้กำหนดว่าต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายมหาชน จึงเกิดความกังวลเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการว่าจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในการรักษาผลประโยชน์สาธารณะหรือไม่

ผู้ศึกษามีความเห็นว่า การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการควรกำหนดตามลักษณะของสัญญาในสัญญาทางแพ่งการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการควรให้อำนาจคู่สัญญาในการตัดสินใจดั้งเดิม ส่วนในสัญญาปกครองควรกำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ที่มีจำนวนมากกว่า 5 คนขึ้นไป และควรกำหนดอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขากฎหมายมหาชนไว้ในจำนวนอนุญาโตตุลาการอย่างน้อย 2 คนด้วย เพื่อจะได้ช่วยกันนำนิติวิธีของกฎหมายมหาชนมาพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการผู้ที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 19 ได้กำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการไว้แต่เพียงกว้าง ๆ ว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระเท่านั้น ส่วนคุณสมบัติอื่นให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ เนื่องจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นล้วนเป็นข้อพิพาทที่เป็นประโยชน์ของ

คู่สัญญาด้วยกันเองและเพื่อให้เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเท่านั้น โดยมาตรา 19 ได้บัญญัติดังนี้

“หรือในกรณีที่คู่สัญญาดตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้าเว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น”

การที่บทบัญญัติมาตรา 19 มิได้มีการกำหนดในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการผู้ที่จะทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท เพราะถือว่าเป็นการให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาทางแพ่งอนุญาโตตุลาการเกิดจากคู่สัญญาดตกลงกันเองถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการโดยต่างฝ่ายต่างต้องคำนึงถึงผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องของข้อพิพาทนั้น ๆ ที่คู่กรณีพิพาทเล็งเห็นแล้วว่าจะจะเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินกิจการของตนเองต่อไปมากที่สุด หากแต่สัญญาที่เป็นปัญหามากที่สุดในเรื่องของการนำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทคือ สัญญาสัมปทาน ด้วยเหตุที่มาตรา 19 มิได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้ไม่มีหลักประกันว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะคัดเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีคุณสมบัติเหมาะสม มีความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายปกครองและหลักการจัดทำบริการสาธารณะหรือนิติวิธีทางมหาชนหรือไม่ เนื่องจากการคัดเลือกบุคคลมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องความสมัครใจของคู่สัญญาว่าจะให้ใครมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ จึงทำให้เกิดความกังขาในเรื่องดังกล่าว เพราะหากว่าคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองมิได้เลือกบุคคลที่มีความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายมหาชนมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองแล้ว ย่อมทำให้ประชาชนผู้เสียหายได้รับผลกระทบต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มิได้คำนึงการรักษา

ประโยชน์สาธารณะด้วยเหตุที่อนุญาตตุลาการเหล่านั้นอาจมีความสันทัดเพียงแต่กรณีของสัญญาทางแพ่งเท่านั้น

ผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่าหากต้องการความเป็นกลางและเปิดเผยตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วควรกำหนดคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ โดยแยกประเภทของอนุญาตตุลาการตามลักษณะของสัญญาและต้องบัญญัติเรื่องคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการตามสัญญาสัมปทานไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากในสัญญาสัมปทานไม่ควรให้อำนาจคู่สัญญาเลือกตัวผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการได้ตามใจชอบดังเช่นข้อพิพาทในทางแพ่ง และควรกำหนดบทลงโทษของอนุญาตตุลาการตามลักษณะของสัญญาด้วยเช่นกัน

กระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง

ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดหลักเกณฑ์ให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการเป็นไปที่คู่สัญญาได้ตกลงกำหนดกันไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ โดยบัญญัติไว้ว่า

“ในการพิจารณาของคณะอนุญาตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นให้คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ คณะอนุญาตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม”

บทบัญญัติในมาตรานี้ให้สิทธิคู่กรณีที่จะกำหนดและดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการได้เป็นการเฉพาะตามลักษณะของข้อพิพาทนั้น หากคู่สัญญามีได้กำหนดกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะแล้ว อนุญาตตุลาการสามารถที่จะกำหนดให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปในรูปแบบใดก็ได้ตามที่อนุญาตตุลาการเห็นสมควร โดยต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามหลักความยุติธรรมและให้อุญาตตุลาการมีอำนาจในการรับฟังพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงในประเด็นข้อพิพาทโดยไม่มีข้อจำกัด

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในมาตรานี้ผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่า การที่กฎหมายยังมิได้มีการกำหนดว่าสัญญาประเภทใดสามารถนำข้อพิพาทให้ออนุญาโตตุลาการซึ่งขาดจึงส่งผลให้ต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้กับสัญญาสัมปทาน โดยอนุ โลม ส่วนในทางปฏิบัติก็มักจะกำหนดให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการถือตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ที่กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับคู่พิพาทฝ่ายที่กล่าวอ้างและการสืบพยาน หลักฐาน เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการต้องกระทำโดยลับและห้ามมิให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาดต่อสาธารณะ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่สัญญา

หากพิจารณาในเรื่องกระบวนการพิจารณาและการห้ามมิให้เปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมแล้วจะเห็นว่าขาดต่อหลักการของหลักกฎหมายปกครองที่ต้องมีการเปิดเผยขั้นตอนในการดำเนินกระบวนการพิจารณารวมทั้งพยาน หลักฐาน เอกสารที่นำมาประกอบการพิจารณาข้อพิพาทนั้น ๆ ด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อความโปร่งใสและตรวจสอบได้ ดังนั้นหากได้มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาที่สามารถนำข้อพิพาทให้ออนุญาโตตุลาการซึ่งขาดเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาสัมปทานไว้โดยเฉพาะ กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ย่อมต้องเป็นไปตามหลักของกฎหมายเอกชนในสัญญาทางแพ่ง ส่วนสัญญาสัมปทานก็ย่อมต้องเป็นไปตามหลักของกฎหมายมหาชนผลประโยชน์ที่เป็นของสาธารณะก็ย่อมได้รับความคุ้มครองไปโดยปริยาย

และในมาตรา 27 ได้บัญญัติถึงลักษณะของการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่กฎหมายกำหนดว่าสัญญาทุกประเภทต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

“ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการให้ถือว่ามีกรรมมอบข้อพิพาทให้ออนุญาโตตุลาการพิจารณาตามมาตรา 193/14 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ
- (2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น
- (3) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้

(4) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้”

จากการที่กฎหมายกำหนดการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการว่าเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงทำให้ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนต้องดำเนินตามหลักของกฎหมายเอกชน อันเป็นการขัดกับหลักการทางกฎหมายที่จะไม่นำวิธีการทางกฎหมายเอกชนมาใช้กับกฎหมายมหาชน

หลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

หลักกฎหมายที่นำมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายไทยได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34 ดังนี้

“ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติมิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่า กฎหมายกำหนดให้คู่พิพาทมีเสรีในการเลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่จะบังคับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาได้ หากคู่พิพาทมิได้เลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาท กฎหมายกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายไทย นอกจากนี้ คู่พิพาทอาจกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาทำคำชี้ขาดโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้ ทั้งนี้ การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา และในกรณีที่ข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดเป็นข้อพิพาทในทางการค้าก็ต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าด้วย

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 34 แล้ว ผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่าการที่กฎหมายได้ให้สิทธิคู่กรณีพิพาทเป็นผู้เลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่เหมาะสมกับข้อพิพาทนั้น ๆ หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดสัญญาทางแพ่งซึ่งใช้หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาการเลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายดังกล่าวก็ย่อมต้องเลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่มีผลต่อผลประโยชน์ที่ตนเองจะได้รับมากที่สุด หากแต่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นฝ่ายปกครองที่กฎหมายให้ออกสิทธิบางประการที่เหนือกว่าเอกชนไว้ เช่น การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว เป็นต้น ดังนั้นในกรณีสัญญาสัมปทานกฎหมายควรบัญญัติให้คู่พิพาทเลือกกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการตามหลักของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายมหาชนที่มุ่งจะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

การคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

การคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 โดยมีเนื้อหาดังนี้

“การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้ หรือ

(จ) องค์กรประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นองค์กรประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

(ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและศาลพิจารณาเห็นว่า มีเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปตามที่เห็นสมควรเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป”

ด้วยเหตุที่กฎหมายยังมิได้กำหนดแยกประเภทของสัญญาที่จะนำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจึงทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของแนวทางปฏิบัติ เนื่องจากหากพิจารณาถึงอำนาจเขตศาลตามบทบัญญัติมาตรา 40 จะเห็นว่า มีเพียงแค่การกำหนดการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่อาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาด บทบัญญัติมาตรานี้มิได้กำหนดถึงเขตอำนาจศาลที่แบ่งแยกตามลักษณะของสัญญาแต่ได้บัญญัติไว้แต่เพียงกว้าง ๆ ว่าให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดได้เท่านั้น

ผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่าควรที่จะบัญญัติเขตอำนาจศาลตามลักษณะของสัญญาโดยหากเป็นสัญญาทางแพ่งก็ควรกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ส่วนศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคัดค้านคำชี้ขาดในสัญญาสัมปทานควรกำหนดให้เป็นเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยเฉพาะ เพราะตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองหรือข้อพิพาทที่เกิดสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลปกครองไว้ดังนี้

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

...”

ดังนั้นหากมีการบัญญัติในเรื่องของเขตอำนาจศาลตามลักษณะของสัญญาแล้วก็จะทำให้มีแนวทางปฏิบัติที่บรรทัดฐานมากขึ้นและหากมีปัญหาที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายในกระบวนการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็จะสามารถจำแนกปัญหาของข้อกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนได้อย่างสิ้นเชิง

การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จะพบว่าบัญญัติอยู่ในมาตรา 41 มาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 ซึ่งเป็นหมวดมาตราที่กำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดและเหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

“มาตรา 41 ภายใต้บังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้อำนาจขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น”

ในบทบัญญัติมาตรา 41 ได้กล่าวถึงเขตอำนาจศาลในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ เขตอำนาจศาลดังกล่าวที่สามารถทำคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น บทบัญญัติในมาตราเป็นบทบัญญัติที่รองรับการยอมตนเข้าผูกพันกับสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก ซึ่งหากพิจารณาในกรณีของเขตอำนาจศาลที่เกิดข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานจะเห็นว่าไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าเป็นเขตอำนาจของศาลใด และการที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกนั้นก็มิได้กำหนดข้อยกเว้นอันเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะที่พึงมีได้ในกฎหมายมหาชน

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการที่ประเทศไทยจะตั้งข้อยกเว้นในเรื่องของเขตอำนาจศาลในข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานโดยการแยกเขตอำนาจศาลออกตามลักษณะของสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ โดยใช้หลักทฤษฎีว่าด้วยการห้ามอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Non-Arbitrability Doctrine) และกำหนดเป็นกฎหมายภายในระดับประเทศ (National Law) บัญญัติห้ามคู่สัญญาในการลงนามในสัญญาบางประเภทซึ่งข้อพิพาทนั้นก็ไม่อาจนำการอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ได้ ทฤษฎีดังกล่าวเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับและนำมาปรับใช้ในการร่างอนุสัญญา New York Convention ซึ่ง “แม่บท” ของการอนุญาโตตุลาการก็ได้มีการกำหนด “ข้อยกเว้น” การห้ามอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของรัฐด้วยเช่นกัน การตั้งข้อยกเว้นเหล่านี้จะทำให้สามารถแยกเขตอำนาจศาลได้อย่างชัดเจนและข้อสำคัญเป็นการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสุจริตอันเป็นหลักการที่สำคัญของกฎหมายทั่วไป

ส่วนในมาตรา 43 และมาตรา 44 นั้นเป็นการกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดและเหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดไว้หลายเหตุด้วยกัน ซึ่งมาตราดังกล่าวได้บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 43 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำได้ขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้”

“มาตรา 44 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

เมื่อพิจารณาเหตุแห่งที่ไม่อาจบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 43 มาตรา 44 แล้วจะพบว่าเป็นเพียงเหตุที่ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่มิได้เป็นเหตุที่ศาลจะสามารถตรวจสอบความถูกต้องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเชิงเนื้อหาได้แต่อย่างใด ซึ่งขัดต่อหลักการของกฎหมายปกครองในระบบ

กฎหมายมหาชนที่ให้อำนาจศาลปกครองแสวงหาและตรวจสอบข้อเท็จจริงแห่งคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายให้ครบถ้วนก่อนมีคำวินิจฉัย

ผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่าหากกฎหมายได้บัญญัติวิธีการตรวจสอบความถูกต้องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเชิงเนื้อหาและเปิดเผยถึงขั้นตอนวิธีการตรวจสอบรวมทั้งผลการตรวจสอบความถูกต้องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเชิงเนื้อหาในข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองเพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายก็จะทำให้ประชาชนได้รับผลประโยชน์จากการรับรู้ข้อมูลดังกล่าว

เมื่อพิจารณาภาพรวมทั้งหมดของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ทำให้ทราบถึงปัญหาของการที่ประเทศไทยยังมิได้แยกประเภทของสัญญาที่จะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทว่าทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของเขตอำนาจศาลและการนำตัวบทกฎหมายที่นำมาจะปรับใช้เพื่อให้สอดคล้องกับข้อพิพาท ทำให้การอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันยังขาดความน่าเชื่อถือในเรื่องของความเป็นธรรมและความเป็นกลาง เกิดความกังขาว่าผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองจะเป็นผู้ที่สามารถรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะได้มากน้อยเพียงใด สัญญาทางปกครองที่มีปัญหาทางด้านกฎหมายมากที่สุดคือ สัญญาสัมปทาน เพราะเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบให้ฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ โดยฝ่ายปกครองเองมีวัตถุประสงค์ในการให้สัมปทานแก่เอกชนก็เพื่อการบริการสาธารณะอันเป็นผลประโยชน์โดยรวมของประเทศ แต่ในทางกลับกันฝ่ายคู่สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นเอกชนยอมตนเข้าผูกพันสัญญาโดยยอมรับในเรื่องของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองก็เพื่อหวังผลกำไรจากการประกอบการจากการได้เป็นผู้รับสัมปทานนั้น ๆ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเป็นเรื่องปกติทั่วไปที่ฝ่ายเอกชนย่อมต้องแสวงหาวิธีการยุติข้อพิพาทนั้น โดยวิธีการที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อกิจการที่ได้รับสัมปทานให้น้อยที่สุดโดยยึดหลักผลประโยชน์ของตนเองมากกว่าผลประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐบาลจึงได้มีมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547 และมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ปัญหามติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547

สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครองจึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปยังศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้นสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาด แต่หาก

มีปัญหาหรือมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอ คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับ ภาษาต่างประเทศควรใช้คำแปลเป็นภาษาหลักเท่านั้น

ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายภาษาไทยในการตีความและบังคับตามสัญญาและมติ คณะรัฐมนตรีลงวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547

คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาเห็นชอบตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเสนอว่า มติ คณะรัฐมนตรีดังกล่าว (มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ.2547 เกี่ยวกับเรื่องการทำสัญญา สัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) มีเจตนาที่จะใช้บังคับกับการทำสัญญาสัมปทานเท่านั้น และให้แจ้ง ย้ำให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ทราบชัดเจนและสามารถปฏิบัติได้อย่าง ถูกต้องตรงกัน

มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 16 มีนาคม พ.ศ.2547 (ยกเว้นแก่ประเทศที่ทำสัญญาคู่ครองการ ลงทุนและ FTA เสนอโดยกระทรวงการต่างประเทศ)

หากพิจารณามติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547 และมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547 ดังกล่าวแล้วมีเหตุผลที่มีทั้งข้อดีและข้อเสียดังนี้

ข้อดีที่น่าจะเป็นเหตุผลแห่งความยุติธรรมและการถ่วงดุลคดีให้มีความรัดกุมและ รอบครอบ มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นกฎหมายระดับภายในของประเทศไทยที่ถือบังคับ เอาแก่เอกชนทั้งในและต่างประเทศได้ โดยมีทฤษฎีที่สนับสนุนมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวคือ ทฤษฎี ว่าด้วยการห้ามอนุญาโตตุลาการซึ่งขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Non-Arbitrability Doctrine) ซึ่งทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานสำคัญในการป้องกันและรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ (Public Interest) ให้อยู่ในชั้นสูงสุด ที่ไม่อาจมอบให้คณะบุคคลเอกชนใดตัดสินได้ นอกเหนือไปจาก “อำนาจศาล” (Judicial System) ของรัฐคู่สัญญา และที่สำคัญในอนุสัญญา New York Convention ที่เป็น “แม่บท” ของการอนุญาโตตุลาการเองก็ยังคงกำหนด “ข้อยกเว้น” การห้าม อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของรัฐด้วยเช่นกัน ใน Article II(1) แห่งอนุสัญญา New York Convention ได้กำหนดไว้ว่า รัฐคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติให้มีการใช้ออนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นจาก เจตจำนงของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายในเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้ออนุสัญญา New York Convention นั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักข้อยกเว้น 3-4 ประการที่ สำคัญ เช่น สัญญาพิพาทจะต้องไม่ตกเป็นโมฆะ และต้องไม่ใช่ข้อพิพาทที่ไม่อาจยุติได้โดยการ อนุญาโตตุลาการ (Non-Arbitrable Subject) หลักดังกล่าวได้รับการยอมรับจากนักอนุญาโตตุลาการ ในต่างประเทศว่าเป็นหลักการห้ามการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ เรียกว่าหลัก Non-Arbitrability

Exception และยังมีปรากฏใน New York Convention ใน Article V (2) ที่กำหนดห้ามมิให้มีการออกคำชี้ขาดหรือ Award ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ไม่อาจทำอนุญาโตตุลาการได้ เรียกว่า “Non-Arbitrable Matter” หลัก Non-Arbitrability Exception ส่งผลให้เกิดเป็นข้อยกเว้นที่สำคัญให้คู่สัญญาสามารถหยิบยกขึ้นกล่าวเป็นเหตุให้ข้อพิพาทของรัฐภาคนั้นปลอดจากการตกอยู่ในสภาพบังคับ (Enforcement) ภายใต้อนุสัญญา New York Convention นอกจากนี้ใน Article V (1)(a) ยังกำหนดหลักการยกเว้นการนำระบบอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ในกรณีที่คู่สัญญาที่เป็นรัฐภาคนำสืบให้เห็นว่ารัฐฝ่ายตนไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้การตัดสินของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวที่เรียกว่า “Inadequate Representation” ดังนั้นหากกฎหมายภายในระดับประเทศ (National Law) มีการบัญญัติห้ามคู่สัญญาในการลงนามในสัญญาบางประเภท ข้อพิพาทนั้นก็ไม่น่าจะนำอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ได้ ตามความหมายของคำว่า “Were, under the law applicable to them, under some incapacity”

ส่วนข้อเสียคือไม่เป็นไปตามหลักการที่จะช่วยให้เอกชนทั้งภายในและภายนอกประเทศเข้ามาประกอบกิจการสาธาณูปโภคอันเป็นสัญญาสัมปทานที่รัฐช่วยส่งเสริมให้มีการลงทุนภายในประเทศเพราะการที่มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดไว้ดังกล่าวย่อมทำให้เอกชนผู้เข้าร่วมการประมูลตามสัญญาสัมปทานมีความลังเลที่จะเข้าผูกพันกับรัฐเจ้าของสัญญา เพราะไม่มั่นใจในความยุติธรรมและความจริงใจของรัฐ อีกทั้งการที่หากมีปัญหาหรือมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไปนั้นยังคงมีความซับซ้อนในเรื่องของการดำเนินการอยู่มาก เนื่องจากยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไรบ้างและยังมิได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการกลางหรือหน่วยงานที่จะพิจารณาในเรื่องสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะและถ้าพิจารณาในเรื่องของการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหลายฉบับ หากประเทศไทยไม่ยอมรับให้มีการระบวงการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานก็จะเป็นการผิดอนุสัญญาดังกล่าวทำให้ประเทศไทยอยู่ในภาวะของการเสื่อมถอยในด้านการปฏิบัติตามอนุสัญญา ความน่าเชื่อถือในวงการค้าโลกจะลดน้อยลง ซึ่งอาจได้รับการลงโทษจากทางภาคีสมาชิกในเรื่องการปฏิเสธความช่วยเหลือหรือผลประโยชน์ในรูปแบบอื่น ๆ ได้ ทำให้ประเทศไทยต้องพบกับความตกต่ำทางด้านเศรษฐกิจ

จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่าสมควรที่นำไปบัญญัติเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองและการจำแนกประเภทของข้อพิพาทว่าข้อพิพาทลักษณะใดควรฟ้องเป็นคดีต่อศาลและข้อพิพาทใดควรให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการรับรองความเป็นสากล

ของกฎหมายปกครองและการอนุญาตตุลาการของประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศได้ โดยการศึกษาของผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างในกรณีของสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นกรณีศึกษาถึงการตีความ ข้อดีและข้อเสีย และแนวทางที่เป็นบรรทัดฐานของการยุติข้อพิพาทในเรื่องของการให้อนุญาตตุลาการมาชี้ขาดข้อพิพาทที่ฝ่ายปกครองทำสัญญากับฝ่ายเอกชน

ในสัญญาดังกล่าว การทางพิเศษแห่งประเทศไทยในฐานะเจ้าของโครงการได้ทำสัญญาให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดี เป็นผู้รับจ้างก่อสร้างซึ่งประกอบด้วย บริษัท บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอช บีบีซีดี จำกัด (มหาชน) และบริษัทคิกเคอร์ซอฟท์ แอนด์ วิดแมนน์ เอช เป็นผู้จัดการก่อสร้างทางด่วน โดยทำสัญญาแบบจ้างเหมาก่อสร้างแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาก่อสร้างทั่วไปโดยผู้รับจ้างในสัญญาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) เพื่อก่อสร้างทางด่วนนี้มีหน้าที่ตั้งแต่ ออกแบบโครงสร้างรวมทั้งแก้ไขแบบให้เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา ดำเนินการก่อสร้าง จัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อดำเนินการใน โครงการทั้งหมดและจัดจ้างวิศวกรที่ปรึกษา ซึ่งการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยทั้งหมด จากข้อกำหนดในสัญญาคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงว่า ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีหน้าที่อำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการประสานงานกับกรมทางหลวงเพื่อขอใช้สิทธิในเขตทางสำหรับการก่อสร้างภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าว และหากไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางตามที่กำหนดแล้วให้ถือว่าเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นความ “เสี่ยงภัยพิเศษ” และเมื่อเกิดกรณี “ความเสี่ยงภัยพิเศษ” ใด ๆ ดังกล่าวขึ้นแล้ว กิจการร่วมค้าบีบีซีดีจึงขอใช้สิทธิตามสัญญาในการที่จะปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ได้เพื่อเป็นการชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นอันเกิดแก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี

ต่อมาในระหว่างการก่อสร้างได้เกิดความล่าช้าจากการที่ไม่สามารถส่งมอบสิทธิในเขตทางให้แก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี ได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา กิจการร่วมค้าบีบีซีดีจึงขอความเห็นชอบต่อวิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยให้ปรับวันกำหนดแล้วเสร็จออกไปเป็นระยะเวลา 15 เดือน และในขณะเดียวกันก็ได้สงวนสิทธิของตนในการเรียกร้องให้มีการปรับราคาคงที่ในเวลาที่สามารถทราบถึงจำนวนราคาคงที่เพิ่มขึ้นได้ ซึ่งต่อมากณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติการขยายระยะเวลาดังกล่าว ทางการทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงได้เข้าทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมกับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีเพื่อขยายวันกำหนดแล้วเสร็จออกไปเป็นระยะเวลา 11 เดือน ในการนี้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีจึงได้แจ้งขอเรียกร้องในเงินชดเชยจำนวน 8,621,656,047 บาท ให้วิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยพิจารณาและขอให้มีการปรับราคาคงที่ และเมื่อวิศวกรที่ปรึกษาของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้พิจารณาแล้วจึงได้ให้การรับรองว่ากิจการร่วมค้าบีบีซีดี

ซีดีมีสิทธิปรับราคาคงที่เป็นเงินจำนวนกว่าหกพันล้านบาท เพื่อให้เป็นไปตามสัญญา กิจการร่วมค้า บีบีซีดีจึงได้ยื่นขอรับชำระเงินจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่สัญญาในจำนวนที่ได้รับการรับรองดังกล่าวและต่อมาได้รับการปฏิเสธ และหลังจากที่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีได้ใช้ความพยายามอยู่หลายครั้งในการตกลงกับการทางพิเศษแห่งประเทศไทยให้ชำระหนี้ กิจการร่วมค้าบีบีซีดีจึงได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดให้เสนอเรื่องดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ.2543 โดยมีบริษัทบิลฟิงเกอร์ พลัส เบอร์เกอร์บาวอัลเดียน เกเซลชาฟท์ ที่ 1 กับพวกรวม 3 คน ผู้เสนอข้อพิพาท ได้ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันการอนุญาโตตุลาการ สำนักงานระดับข้อพิพาทกระทรวงยุติธรรม ตามข้อพิพาทหมายเลขคำที่ 30/2543 เรียกร้องให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยคู่กรณีชำระค่าคงที่เพิ่มขึ้น เนื่องจากการขยายระยะเวลาก่อสร้างออกไป 11 เดือน ในโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นเงินจำนวน 6,254,979,470.84 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีจากต้นเงิน 6,039,893,254 บาท นับจากยื่นข้อพิพาท

คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งประกอบไปด้วยนายเชิธร เจริญวัฒนา อดีตเลขาธิการ ป.ป.ป. และอดีตผู้พิพากษาศาลฎีกาเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ นายมรุธา วัฒนะชีวะกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุญาโตตุลาการฝ่ายกิจการร่วมค้าบีบีซีดี และนายวัลลภ ตันติกุล พนักงานอัยการ อนุญาโตตุลาการฝ่ายการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ได้ร่วมพิจารณาข้อเท็จจริงและเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ตลอดจนได้ตรวจสอบอย่างละเอียดจนเป็นที่แน่ใจแล้วว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกิจการร่วมค้าบีบีซีดีและการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นไปตามข้อสัญญาและกฎหมายไทย คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีคำชี้ขาดเป็นเอกฉันท์เมื่อวันที่ 20 กันยายน พ.ศ.2543 ให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีได้รับเงินชดเชยเป็นจำนวนรวมทั้งสิ้น 3,371,446,114 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีของต้นเงินดังกล่าว นับตั้งแต่วันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ.2542 เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จและให้ชำระเงินจำนวน 2,888,447,140 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่ 15 มกราคม พ.ศ.2543 เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเงินเสร็จ

ต่อมาการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้มีการขอความเห็นชอบในการจ่ายค่าชดเชยให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดี โดยได้มีการยื่นหนังสือถึงกระทรวงการคลังเพื่อขอความเห็นชอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 และได้มีการนำเรื่องเข้าสู่การประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ.2544 ซึ่งต่อมากลุ่มรัฐมนตรีมีมติไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดดังกล่าวและเสนอให้นำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมต่อไป

ภายหลังกิจการร่วมค้าบีบีซีดีในฐานะเจ้าหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้เพื่อให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาด โดยการทางพิเศษแห่งประเทศไทยใน

ฐานะผู้ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าวยื่นคำคัดค้านว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมและขอให้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้จำหน่ายคดีเพื่อให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีผู้ร้องไปยื่นคำร้องต่อศาลปกครองกลางซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ในการนี้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้เห็นว่าสัญญาอนุญาตตุลาการไม่เป็นสัญญาทางปกครอง คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ในขณะที่ศาลปกครองกลางเห็นว่าศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิจารณาตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ในเมื่อบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติให้ศาลใดศาลหนึ่งเพียงศาลเดียวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจึงต้องพิจารณาตามลักษณะเนื้อหาแห่งคดีและเห็นว่า โดยเนื้อหาแห่งข้อพิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

ต่อมาได้มีการส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นกรณีที่คู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีโต้แย้งเขตอำนาจของศาลที่รับฟ้องคดีและศาลที่ส่งความเห็นและรับความเห็นมีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดี คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้สัญญาระหว่างกิจการร่วมค้าบีบีซีดีผู้ร้องกับการทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งควรอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองก็ตาม แต่ขณะที่เริ่มมีการดำเนินการอนุญาตตุลาการในเรื่องนี้ศาลปกครองยังมิได้เปิดทำการ โดยมีศาลแพ่งทำหน้าที่ออกหมายเรียกพยานมาโดยตลอดเท่ากับว่าศาลยุติธรรมได้ใช้อำนาจเหนือข้อขัดแย้งนี้มาตั้งแต่ต้น ถือว่าศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการอยู่ในเขตศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 และวินิจฉัยชี้ขาดให้ศาลที่มีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดนี้ ได้แก่ ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ซึ่งศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้มีคำพิพากษาตามคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยเห็นว่าคำคัดค้านของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยผู้คัดค้านฟังไม่ขึ้นทุกประเด็น และมีคำพิพากษาให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระค่าเสียหายให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีตามจำนวนที่อนุญาตตุลาการชี้ขาด พร้อมดอกเบี้ยจนกว่าจะชำระเสร็จ

ต่อมาผู้คัดค้านคือการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาเพื่อคัดค้านบิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจิบริษัท ซ. การช่าง จำกัด (มหาชน) วัลเทอร์เบา เอจี ซึ่งศาลฎีกาได้ทำการวินิจฉัยตามคำคัดค้านของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในเรื่องสัญญาอนุญาตตุลาการทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าหน้าที่ของผู้คัดค้านที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาร่วมกับผู้ร้องทั้งสามมิพบพฤติการณ์ข้อขัดหลายประการเป็นเรื่องแรกเนื่องจากการวินิจฉัยข้อนี้อาจทำให้อุทธรณ์ข้ออื่น ๆ

ของผู้คัดค้านและคำแก้อุทธรณ์บางข้อของผู้ร้องทั้งสามไม่ต้องวินิจฉัยได้ โดยศาลฎีกามีคำวินิจฉัย ดังนี้สืบเนื่องจากข้อต่อสู้ของผู้คัดค้านซึ่งให้การว่าสัญญาอนุญาตตุลาการทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าหน้าที่ของผู้คัดค้านที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาร่วมกับผู้ร้องทั้งสามมีพฤติการณ์ฉ้อฉลหลายประการ นอกจากนั้น ผู้ว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทยบางคนถือหุ้นอยู่ในบริษัทผู้ร้องที่ 2 และบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ที่ผู้ร้องที่ 2 เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ โดยซื้อหุ้นดังกล่าว ในราคาของแล้วขายไปภายหลังลงนามในสัญญา รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของผู้คัดค้านหลายคนก็ได้รับ สิทธิจากผู้ร้องทั้งสามในทำนองเดียวกัน ศาลแพ่งกรุงเทพใต้วินิจฉัยข้อต่อสู้ของผู้คัดค้านว่า นิติกรรมหรือสัญญาที่ทำขึ้นระหว่าง ผู้ร้องทั้งสามและผู้คัดค้านหากมีการทำขึ้นเพราะกลฉ้อฉล ผล ในทางกฎหมายอย่างมากก็เป็นเพียงโมฆียะ ในเมื่อไม่ปรากฏว่ามีการบอกล้าง สัญญาระหว่างผู้ร้อง ทั้งสามและผู้คัดค้านจึงชอบด้วยกฎหมายและฟังไม่ได้ว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากกลฉ้อฉล ผู้คัดค้าน อุทธรณ์คำวินิจฉัยข้อนี้ว่าในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน ฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 มีการทุจริตและประพฤตินิชอบ โดยเอื้อประโยชน์แก่คู่สัญญา ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ และมีเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมมือกับผู้ร้องทั้งสามโดยเฉพาะด่วน ฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 มีการทุจริตและประพฤตินิชอบ โดยเอื้อประโยชน์แก่คู่สัญญา ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ และมี เจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมมือกับผู้ร้องทั้งสาม โดยเฉพาะนายศิวัช เจริญพงษ์ ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการการ ทางพิเศษแห่งประเทศไทย สืบต่อจากนายสุขวิช รังสิตพล และเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างเหมา ออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน ฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 ในนามผู้คัดค้านกระทำโดยมิชอบ หลายประการ รวมทั้งถือหุ้นทั้งของบริษัทผู้ร้องที่ 2 และของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ที่ผู้ร้องที่ 2 เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ สัญญาดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ มิใช่โมฆียะดังข้อ วินิจฉัยของศาลแพ่งกรุงเทพใต้

ในปัญหาข้อที่ว่าในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน ฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 นายศิวัช เจ้าหน้าที่ของผู้คัดค้านและเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นได้รับประโยชน์จาก ผู้ร้องทั้งสามหรือไม่เพียงใดแล้ว ผู้คัดค้านยังมีเอกสารอื่นอีก คือ บันทึกแนวคำเบิกความของพยาน ผู้คัดค้านรวม 3 ฉบับ ที่ผู้ร้องทั้งสามแถลงยอมรับข้อเท็จจริง คือ ของนายรองพล เจริญพันธุ์ ของพล ตำรวจเอกวุฒิชัย ศรีรัตนวุฒินิ และของพันตำรวจเอกสุรเชษฐ ชีรวินิจ คำเบิกความของนายอัษฎฐ และเอกสารดังกล่าวพอสรุปความได้ว่า สืบเนื่องจากคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ ร้อยตำรวจเอก ประชัช เปี่ยมสมบูรณ์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในฐานะประธานกรรมการเพื่อทำหน้าที่ สนับสนุนและติดตามการดำเนินงานด้านการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตามนโยบายของ คณะรัฐมนตรี ได้มีคำสั่งที่ 7/2544 เรื่อง แต่งตั้งคณะอนุกรรมการสืบสวนและสอบสวนกรณีการ ทางพิเศษแห่งประเทศไทย ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ตามคำชี้ขาดของ

อนุญาโตตุลาการคำสั่งลงวันที่ 7 ธันวาคม พ.ศ.2544 แต่งตั้งคณะกรรมการที่มีพลตำรวจเอก วุทธิชัย ศรีรัตนวุทธิ เป็นประธานอนุกรรมการ โดยให้คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคำเนิกรณในกรณีคำเนิกรณก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการอย่างร้ายแรง กรณีนี้ว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดจากความผิดพลาดหรือบกพร่องจากการกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลใด และมีบุคคลใดบ้างต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา ทางวินัยหรือทางปกครอง คณะอนุกรรมการได้รายงานผลการสืบสวนสอบสวน 2 ครั้ง ครั้งแรกตามเอกสารหมายเลข ค. 67 และ ค. 68 แจ้งว่ามีบุคคล 2 คนที่บกพร่องต่อหน้าที่ คือ พันตำรวจตรีหญิงทศ สาระสมบัติ ขณะดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการจัดระบบการจราจรทางบก ซึ่งเป็นกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย และนายประภัสร์ จงสงวน ขณะดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นเลขานุการคณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย โดย พันตำรวจตรีหญิงทศ และนายประภัสร์ เกี่ยวข้องอยู่ในทั้งขั้นตอนก่อนเริ่มโครงการและขั้นตอนทำสัญญา และครั้งที่สองตามเอกสารหมายเลข ค. 69 แจ้งว่ามีบุคคลที่มีมูลความผิดอาญาจำนวน 13 คน และมีมูลความผิดทางวินัยและทางปกครอง จำนวน 10 คน ในจำนวนบุคคลที่ต้องรับผิดชอบดังกล่าวมี 2 คน ที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 โดยตรง คือ นายศิวะ เจริญพงษ์ และนายเรืองฤทธิ์ พูลสวัสดิ์ สำหรับนายศิวะ ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยขณะเกิดเหตุ นั้น ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในหลายขั้นตอน คือ ในขั้นตอนลงนามในสัญญา นายศิวะ ปิดบังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้าง โดยในการประชุมคณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยหรือการประชุมคณะกรรมการ กทพ. เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน พ.ศ.2538 นายศิวะ รายงานที่ประชุมว่า ได้ดำเนินการตามข้อสังเกตคณะรัฐมนตรีทั้งด้านการเงินและด้านวิศวกรรมเรียบร้อยแล้ว รวมทั้งปัญหาข้อกฎหมายที่กรมทางหลวงหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ข้อยุติแล้วเช่นกัน กล่าวคือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความว่าผู้คัดค้านสามารถเข้าใช้พื้นที่เกาะกลางถนนทางหลวงแผ่นดินเพื่อก่อสร้างทางด่วนตามโครงการได้ ทั้งที่โดยความจริงในเวลาดังกล่าวผู้คัดค้านยังไม่สามารถเจรจากับกรมทางหลวงจนได้ข้อยุติที่ชัดเจนในเรื่องพื้นที่ที่ก่อสร้าง และในการประชุมครั้งนี้คณะกรรมการ กทพ. มีมติให้ผู้คัดค้านลงนามในสัญญาที่ผ่านการตรวจจากสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว โดยการเวียนให้กรรมการทุกคน แทนการนำร่างสัญญาเข้าพิจารณาในที่ประชุม ส่วนในการลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 ของนายศิวะ นายศิวะลงนามในขณะที่มีปัญหาความไม่พร้อมหลายประการ คือ นอกจากความไม่พร้อมในเรื่องพื้นที่ก่อสร้างแล้ว ในขณะลงนามยังไม่มีกรจ้างวิศวกรที่ปรึกษาเพื่อให้คำแนะนำเกี่ยวกับการดำเนินการโครงการกับผู้คัดค้าน ทำให้เกิดปัญหาหลายอย่างที่ตามมา เช่น ทำให้ไม่มีผู้ที่จะทำการตรวจและอนุมัติแบบก่อสร้างที่ผู้

ร้องทั้งสามเสนอมายภายใน 28 วัน ตามเงื่อนไขในสัญญาผนวก 6 จนเป็นเหตุให้ถูกนำไปใช้เป็นข้ออ้างในการขยายระยะเวลา และเรียกวงค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมในเวลาต่อมา ทำให้ผู้คัดค้านขาดผู้ที่จะมาให้คำปรึกษาและแนะนำเกี่ยวกับการปฏิบัติด้านวิศวกรรมในการก่อสร้าง เช่น การให้คำแนะนำในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการส่งมอบพื้นที่ซึ่งอาจให้มีการชะลอก เริ่มดำเนินงานไว้ก่อนเป็นต้น อีกทั้งยังทำให้ไม่มีผู้ที่จะมาตรวจสอบ ควบคุม กำกับและดูแลการปฏิบัติงานของผู้รับเหมาให้เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาและถูกต้องตรงตามความเป็นจริง เพื่อมิให้ผู้คัดค้านต้องเสียประโยชน์นอกจากนั้น การลงนามของนายศิวะมีลักษณะเร่งรีบ โดยลงนามในวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ.2538 ซึ่งเป็นวันก่อนวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปเพียง 4 วัน และสำหรับในขั้นตอนของการดำเนินการตามสัญญา นายศิวะเข้าประชุมกับผู้ร้องทั้งสามเพื่อทำความเข้าใจในเรื่องการส่งมอบพื้นที่ที่ทั้งขณะนั้นยังมีปัญหาในการเจรจากับกรมทางหลวงอยู่ และทั้งที่มีปัญหานี้ นายศิวะก็ยังมีหนังสือยืนยันการส่งมอบพื้นที่และแจ้งให้ผู้ร้องทั้งสามเริ่มดำเนินงาน ซึ่งเป็นเงื่อนไขให้ผู้ร้องทั้งสามได้รับเงินงวดแรกจำนวน 1,977,000,000 บาท และยังได้ความอีกว่า ก่อนการลงนามของนายศิวะ บริษัทผู้ร้องที่ 2 ได้จดทะเบียนเพิ่มทุนและจัดจำหน่ายหุ้นสามัญเพิ่มทุนให้แก่ประชาชนทั่วไป โดยในการจำหน่ายดังกล่าว ผู้ร้องที่ 2 กำหนดสัดส่วนในการจัดสรรให้แก่ผู้มีอุปการคุณ 10 เปอร์เซ็นต์ และปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ระดับสูงทุกคนของผู้คัดค้านได้รับสิทธิจากการจัดสรรสำหรับนายศิวะและที่สำคัญในฐานะที่นายศิวะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับผู้ว่าการ ย่อมเป็นไปได้ที่นายศิวะจะไม่ทราบถึงขั้นตอนของการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐ จึงเชื่อว่านายศิวะรู้อยู่แล้วว่าการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้แก่ผู้ร้องทั้งสามไม่อาจทำได้ในเวลาอันสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ก่อนลงนามในสัญญาเพียงไม่กี่วันการกระทำของนายศิวะ เพื่อให้มีการลงนามในสัญญาดังกล่าวให้จึงได้นับเป็นการผิดปกติวิสัยของเจ้าหน้าที่รัฐที่ต้องรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติ ข้อผิดปกติวิสัยนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อที่นายศิวะได้รับประโยชน์จากการซื้อหุ้นจองของบริษัทผู้ร้องที่ 2 และของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ที่ผู้ร้องที่ 2 เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่แล้ว มีเหตุผลให้เชื่อได้ว่านายศิวะต้องการจะช่วยเหลือผู้ร้องทั้งสามโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ผู้ร้องทั้งสามจัดให้ จึงถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยของนายศิวะที่ลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายและขณะเดียวกันการที่ผู้ร้องที่ 2 เพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นให้แก่นายศิวะและเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นได้ซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการคุณรวมทั้งการจัดสรรหุ้นของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ให้นายศิวะกับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นมีสิทธิซื้อก่อนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 ก็ถือได้ว่าผู้ร้องทั้งสามได้ให้ผลประโยชน์แก่นายศิวะและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อจูงใจให้นาย

คิระและเจ้าหน้าที่ดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้องทั้งสามนั่นเอง กรณีจึงต้องถือว่าการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้องทั้งสาม ผู้ร้องทั้งสามใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอีกด้วย สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ เอกสารหมายเลข ค. 38 ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 36/2544 ที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ผู้ร้องทั้งสามตามสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนี้ หากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ชอบที่ศาลแพ่งกรุงเทพใต้จะปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 มาตรา 44 ดังนั้น คำพิพากษาของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนที่ผู้ร้องทั้งสามแก้อุทธรณ์ขอไม่ให้รับฟังรายงานของคณะอนุกรรมการตามเอกสารหมายเลข ค. 68 และ ค. 69 นั้น ศาลฎีกาเห็นว่า แม้คณะอนุกรรมการดังกล่าวมิใช่พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ข้อสรุปของคณะอนุกรรมการก็สรุปจากหลักฐานอื่นที่ผู้ร้องทั้งสามสามารถหักล้างได้ และการฟังเอกสารหมายเลข ค. 68 และ ค. 69 ศาลฎีกาก็ฟังประกอบกับหลักฐานอื่น ๆ เหล่านี้ โดยสรุปแล้วอุทธรณ์ผู้คัดค้านฟังขึ้น ที่ศาลแพ่งกรุงเทพใต้พิพากษามาศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย เมื่อวินิจฉัยดังนี้อุทธรณ์ข้ออื่น ๆ ของผู้คัดค้านและคำแก้อุทธรณ์ข้ออื่นของผู้ร้องทั้งสามจึงไม่ต้องวินิจฉัย พิพากษากลับให้ยกคำร้องของผู้ร้องทั้งสาม ค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสองศาลให้เป็นพับ

เมื่อพิจารณาคดีดังกล่าวแล้วจะเห็นว่า การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเริ่มมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ศาลปกครองยังมีได้เปิดทำการและยังมีได้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาเป็นกฎหมายบังคับใช้จึงก่อให้เกิดปัญหาในข้อกฎหมายขึ้นหลายประการด้วยกัน ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาในเรื่องการตีความตามสัญญา

กรณีข้อพิพาทของสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นกรณีที่ขณะเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นก่อนจะมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แต่การดำเนินการระงับข้อพิพาทตลอดจนการฟ้องเป็นคดีเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จึงเกิดปัญหาว่าข้อพิพาทดังกล่าวควรอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ซึ่งในกรณีของสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง นี้ได้มีการยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้โดยการทางพิเศษแห่งประเทศไทย

ในฐานะผู้ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าวยื่นคำคัดค้านว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมและขอให้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้จำหน่ายคดีเพื่อให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีผู้ร้องไปยื่นคำร้องต่อศาลปกครองกลางซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ในการนี้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้เห็นว่าสัญญาอนุญาตตุลาการไม่เป็นสัญญาทางปกครอง คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ในขณะที่ศาลปกครองกลางเห็นว่าศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิจารณาตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ในเมื่อบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติให้ศาลใดศาลหนึ่งเพียงศาลเดียวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจึงต้องพิจารณาตามลักษณะเนื้อหาแห่งคดีและเห็นว่าโดยเนื้อหาแห่งข้อพิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ.2542 ก็ได้ทำความเห็นไปในแนวทางเดียวกับศาลแพ่งกรุงเทพใต้

กรณีตัวอย่างดังกล่าวผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่าการตีความในเรื่องของสัญญานั้นควรตีความไปตามประเภทของสัญญา หากสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่ฝ่ายปกครองทำสัญญากับฝ่ายเอกชนก็ให้ถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ควรฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองซึ่งการตีความไปตามประเภทของสัญญานี้มีข้อดีคือ ทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทั้งก่อนหรือหลังจากการมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ต้องยึดปฏิบัติตามการตีความดังกล่าวจึงทำให้เกิดความชัดเจนในของการแบ่งเขตอำนาจศาล

2. ปัญหาการปรับใช้กฎหมายในสัญญาสัมปทาน

กรณีที่ข้อพิพาทของสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกงได้นำข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดในสัญญาสัมปทานนั้น ทำให้เกิดข้อปัญหาในการปรับใช้กฎหมายในข้อสัญญาดังกล่าว ด้วยเหตุที่ในปัจจุบันประเทศไทยได้แบ่งสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งออกจากสัญญาทางแพ่งแต่ยังมีได้กำหนดเป็นกฎหมายว่าจะใช้กฎหมายใดมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานจึงทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการว่าจะมีขอบเขตเพียงใด รวมทั้งในส่วนของหลักเกณฑ์ ระเบียบวิธี หลักกฎหมาย และประเภทของสัญญาสัมปทานในการให้อำนาจคณะอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยคดีพิพาทของสัญญาสัมปทานยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนประกอบกับศาลที่ผู้กรณีสามารถเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดและศาลที่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะสามารถทบทวนคำชี้ขาดได้แค่ไหน เพียงไร ก็ยังไม่มีแนวบรรทัดฐานอันจะนำไปสู่การพัฒนาเป็นหลักกฎหมายได้

3. ปัญหาการแสวงหาวิธีการที่เหมาะสมในการยุติข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทาน

การศึกษาปัญหาในเรื่องของการนำข้อพิพาทสัญญาสัมปทานให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดจากกรณีข้อพิพาทของสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการยุติข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นมีประโยชน์เป็นอย่างมากในทางกรที่จะชี้ชวนให้นักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศเข้ามาทำการลงทุนในฐานะผู้รับสัมปทานในสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นโครงการใหญ่ ๆ ที่มีเม็ดเงินในการลงทุนเป็นจำนวนมหาศาล ทั้งนี้ผู้ลงทุนเองต้องรับความเสี่ยงในการลงทุนในโครงการต่าง ๆ ด้วยตนเอง โดยหวังผลกำไรจากการประกอบการจากโครงการสัมปทานนั้น ๆ ส่วนฝ่ายปกครองเองก็ได้ประโยชน์จากการที่ให้สัมปทานแก่เอกชนเพราะนอกจากไม่ต้องใช้เงินคลังมาใช้ในการก่อสร้างแล้วยังได้ให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนโดยผ่านการทำงานของฝ่ายเอกชนที่ได้รับสัมปทาน หากแต่ปัญหาการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานนั้นยังคงที่เป็นการถกเถียงกันในแวดวงนักกฎหมายว่าสมควรที่มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดหรือไม่หรือควรที่จะนำข้อพิพาทนั้นเป็นคดีฟ้องต่อศาลปกครอง เพราะการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องคำนึงถึงเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน การจะพิจารณาเสนอเรื่องใดเข้าสู่การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องชั่งน้ำหนักในการทำสัญญาที่มีจุดประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะกับเรื่องความสงบเรียบร้อยในการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ในปัจจุบันประเทศไทยมีความต้องการการพัฒนาเทคโนโลยีและการดำเนินกิจการที่เป็นสาธารณูปโภคอีกเป็นจำนวนมาก การที่ฝ่ายปกครองเองจะเป็นฝ่ายลงทุนทำกิจการดังกล่าวเองก็มีข้อจำกัดทั้งทางด้านเงินลงทุน ความทันสมัยของอุปกรณ์ ตลอดจนเทคโนโลยีและเทคนิคในการทำกิจการนั้น ๆ จึงทำให้ต้องอาศัยภาคเอกชนในการดำเนินกิจการดังกล่าว เช่น โครงการรถไฟฟ้าใต้ดิน อันเป็นโครงการที่ต้องอาศัยความชำนาญในการดำเนินงานทั้งหมดที่ฝ่ายปกครองเองไม่สามารถดำเนินการด้วยตนเองได้ ซึ่งหากมีการห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานคงจะไม่ส่งเสริมบรรยากาศการลงทุนภายในประเทศอย่างแน่นอน

จากการศึกษาปัญหากรณีข้อพิพาทของสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกงทำให้ทราบถึงปัญหาของพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับรัฐ พ.ศ.2535 ในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการของรัฐในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้สัมปทานหรือการให้สิทธิแก่เอกชนบางประการหรือการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปนั้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาของบุคคลคนเดียวหรือหน่วยงานเดียวเป็นส่วนใหญ่ โดยเรื่องที่สำคัญมักจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีสอดรับกับประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

พ.ศ.2515 การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าหน้าที่ของผู้คัดค้านที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง มีพฤติการณ์ฉ้อฉล จึงเป็นปัจจัยหลักในการพิจารณาถึงความสำคัญของการกำหนดแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทาน

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการกำหนดแนวทางหลักเกณฑ์ในการดำเนินการเรื่องให้เอกชนเข้าร่วมงาน หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยควรกำหนดอำนาจหน้าที่ในการเข้าทำสัญญาและกำหนดหน่วยงานที่จะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบและแก้ไขซึ่งต้องไม่ใช่หน่วยงานที่เข้าทำสัญญาสัมปทานนั้น ๆ ทั้งนี้ก็เพื่อให้ในขั้นตอนการดำเนินโครงการตามสัญญาสัมปทานนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการเริ่มต้นโครงการสัมปทานดังกล่าว ในบทต่อไปของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้ศึกษาขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาเรื่องการถกเถียงกันว่าสมควรจะใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานหรือไม่ เพียงไร