

การอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง



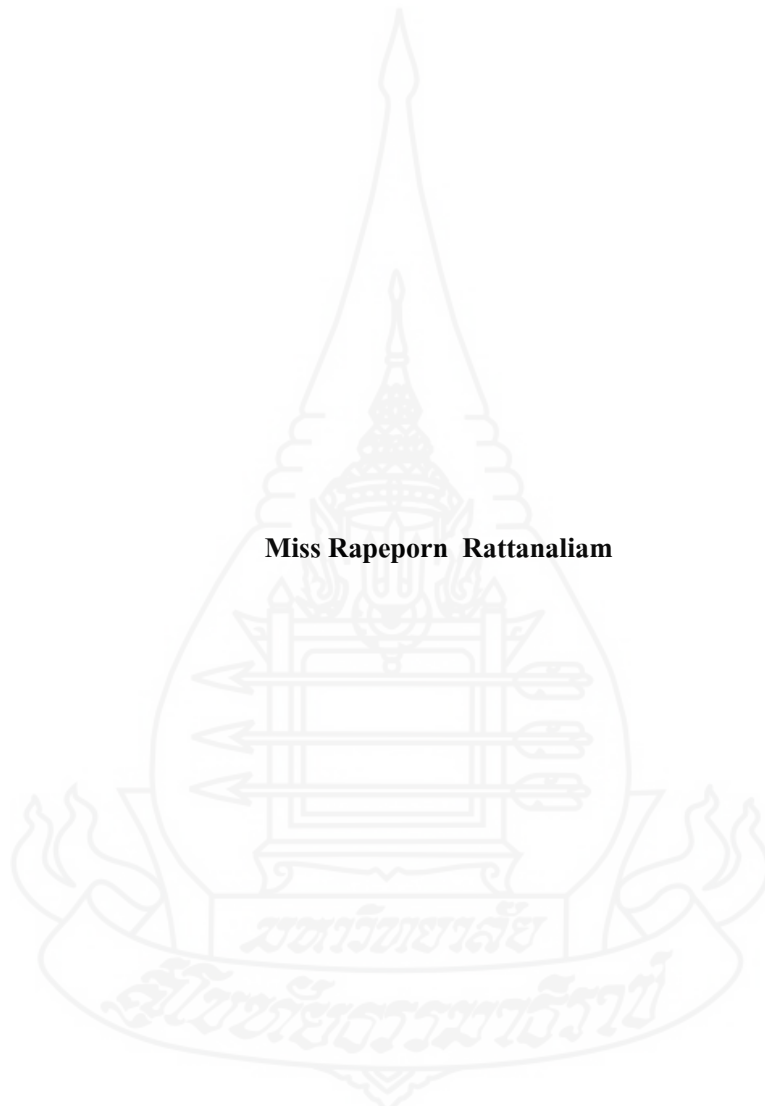
นางสาวระพีพร รัตนเหลี่ยม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2561

Arbitration in Administrative Construction Contract

Miss Rapeporn Rattanaliam



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2018

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง
ชื่อและนามสกุล นางสาวระพีพร รัตนเหลี่ยม
วิชาเอก กฎหมายมหาชน
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา 1. ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์
2. รองศาสตราจารย์วิกรณ์ รักษ์ปวงชน

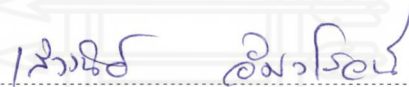
วิทยานิพนธ์นี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2562

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยนันท์)



กรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์)



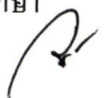
กรรมการ

(รองศาสตราจารย์วิกรณ์ รักษ์ปวงชน)



ประธานกรรมการบัณฑิตศึกษา

(รองศาสตราจารย์ ดร.กฤษณา รุ่งโรจน์วัฒน์)



ชื่อวิทยานิพนธ์ การอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

ผู้วิจัย นางสาวระพีพร รัตนเหลี่ยม รหัสนักศึกษา 2594001063

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา (1) ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์ (2) รองศาสตราจารย์วิกรณ์ รักษ์ปวงชน
ปีการศึกษา 2561

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความหมาย ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎี เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการอนุญาตตุลาการ เปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 กับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของต่างประเทศ และวิเคราะห์ปัญหาการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศไทย เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาสำหรับการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ ในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ โดยเป็นการวิจัยเอกสารจากการรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลเอกสารที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ แนวคิด ทฤษฎี พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ และคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง

ผลการวิจัย พบว่า ปัญหาที่ทำให้ข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับภาคเอกชนไม่อาจยุติได้โดยการอนุญาตตุลาการ และมีการนำข้อพิพาท ขึ้นสู่ศาลปกครอง ทำให้สิ้นเปลืองเวลา และค่าใช้จ่าย รวมถึงไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาภาคเอกชน ซึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาทางปกครองได้ เกิดจากการไม่มีกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ทำให้ไม่มีหลักเกณฑ์การจัดทำ สัญญาอนุญาตตุลาการที่มีความละเอียดและรัดกุมอย่างเพียงพอ และจากการเปรียบเทียบกฎหมาย พบว่า บางประเทศมีการกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำสัญญาอนุญาตตุลาการเพิ่มเติมจากหลักการทั่วไป ให้ต้องกำหนดเรื่องที่สามารถใช้การอนุญาตตุลาการได้ รวมถึงกรอบวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาตตุลาการ สามารถสั่งให้คู่พิพาทจ่ายให้แก่กันได้เมื่อมีคำวินิจฉัยไว้ จึงเสนอให้มีการจัดทำกฎหมายว่าด้วย สัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง โดยให้มีหลักเกณฑ์ดังกล่าวรวมอยู่ด้วย

คำสำคัญ สัญญาทางปกครอง งานก่อสร้าง การอนุญาตตุลาการ

Thesis title: Arbitration in Administrative Construction Contract

Researcher: Miss Rapeporn Rattanaliam; **ID:** 2594001063;

Degree: Master of Laws;

Thesis advisors: (1) Dr. Saowani Atsawarot, Professor; (2) Wikorn Rakpuangchon, Associate Professor;

Academic year: 2018

Abstract

The purpose of this research is to study definition, origin, concept and theories of administrative law and the arbitration, to compare the Arbitration Act B.E. 2545 with foreign arbitration law and to study the problems of arbitration in administrative construction contract of Thailand in comparison with foreign countries in order to provide solution and recommendation for the development, improvement or amendment of Thailand administrative law related arbitration process.

This thesis is a qualitative documentary research which collects and analyzes data from academic and research documents in relevant to the arbitration laws of Thailand, Germany, France, England and the United States following with the study case of a construction contract in which a party is a government agency and the private sector based on author experience.

The research found that the main factors that make government still have to face problems arising from dispute resolution by arbitration and the dispute is proposed to administrative court causing consumption of time and financial expense is the lack of substantive and procedural laws for specifying the compulsory details in preparation of an arbitration agreement in administrative construction contact that is not yet comprehensive and still inadequacy. The comparison of foreign laws found that some countries have established rules for preparation of arbitration contract in addition to general principles included specification of subject matters of dispute that can be resolved by arbitration and maximum amount of money for which the arbitrator can order the parties to pay when the decision is made. Therefore, the study proposes to establish a new law for administrative construction contact with such criterions included.

Keywords: Administrative Contract, Construction work, Arbitration

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้ประสบความสำเร็จได้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจน์ อาจารย์ที่ปรึกษาหลัก และรองศาสตราจารย์วิกรณ์ รักษ์ปวงชน อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ที่ได้กรุณารับผู้วิจัยเป็นศิษย์ คอยให้คำปรึกษาและคำแนะนำที่ดีมาโดยตลอดการศึกษานี้

ขอขอบคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ธีรวุฒิ บุญยโสภณ ผู้บังคับบัญชาที่ให้การสนับสนุนผู้วิจัย ในการพัฒนาความรู้ความสามารถ

ขอขอบคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์วรัววิทย์ จตุรพานิชย์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์พีระศักดิ์ เสรีกุล ที่สนับสนุนผู้วิจัยให้ทำการศึกษาในระดับที่สูงขึ้นและจุดประกายแนวคิดในการศึกษา วิทยานิพนธ์หัวข้อนี้ ตลอดจนให้กำลังใจที่ดีเสมอมา

ขอขอบคุณ ดร.วิลาวัณย์ ทศกร คุณรุ่งทิพย์ สุนตระกูล และเพื่อนร่วมงานในกองกฎหมาย สำหรับความคิดเห็นในการแก้ไขปัญหา และการช่วยเหลือซึ่งกันและกันที่ดีเสมอมา ทำให้ผู้วิจัย มีความราบรื่นในระหว่างการศึกษาเป็นอย่างดี

ท้ายสุดนี้ ขอขอบคุณบิดา และคุณตาที่ซึ่งขณะนี้ล่วงลับไปแล้ว สำหรับการอบรมและ ให้คำสอนในการดำเนินชีวิตที่ดี อันเป็นพลังใจและเป็นแรงผลักดันให้ผู้เขียนหมั่นคอยศึกษา หาความรู้เพื่อพัฒนาตนเองอยู่ตลอดเวลา

นางสาวระพีพร รัตนเหลี่ยม

มีนาคม 2562

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญภาพ	ญ
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์	5
3. กรอบแนวคิดของการวิจัย	5
4. ประเด็นปัญหาการวิจัย	6
5. ขอบเขตการวิจัย	7
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
7. ระเบียบวิธีการวิจัย	8
บทที่ 2 ความหมาย วิวัฒนาการ ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการอนุญาตไต่σταการ	9
1. ความหมาย แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	9
1.1 ความหมายของสัญญาทางปกครอง	9
1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง	10
1.2.1 ทฤษฎีอำนาจมหาชน	11
1.2.2 ทฤษฎีบริการสาธารณะ	11
1.2.3 ทฤษฎีคุณภาพทางการเงินในสัญญา	13
1.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับสัญญา	14
1.3.1 หลักสุจริต	15
1.3.2 หลักปกติประเพณี	17
1.3.3 หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา	18
1.3.4 หลักค่าเสียหายเชิงลงโทษ	19

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.3.5 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา.....	20
2. ความหมาย วิวัฒนาการ ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาติตตุลาการ ...	20
2.1 ความหมาย ประเภท และรูปแบบของการอนุญาติตตุลาการ	21
2.1.1 ความหมายของการอนุญาติตตุลาการ	21
2.1.2 ประเภทของการอนุญาติตตุลาการ	23
2.1.2.1 การอนุญาติตตุลาการโดยกฎหมาย.....	23
2.1.2.2 การอนุญาติตตุลาการโดยสัญญา.....	26
2.1.3 รูปแบบของการอนุญาติตตุลาการ	29
2.1.3.1 การอนุญาติตตุลาการแบบใช้บริการของสถาบัน	29
2.1.3.2 การอนุญาติตตุลาการแบบที่คู่กรณีพิพาทดำเนินการกันเอง.....	31
2.2 วิวัฒนาการของการอนุญาติตตุลาการ	32
2.3 ความเป็นมาของการอนุญาติตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศไทย ...	33
2.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาติตตุลาการ	38
2.4.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ.....	39
2.4.2 ทฤษฎีสัญญา.....	40
2.4.3 ทฤษฎีผสม.....	40
2.4.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ.....	41
2.4.5 ทฤษฎีการมอบอำนาจ	42
บทที่ 3 เปรียบเทียบการอนุญาติตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของต่างประเทศ กับประเทศไทย	44
1. สัญญาอนุญาติตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง.....	45
1.1 หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาติตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ของประเทศฝรั่งเศส	45
1.2 หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาติตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ของประเทศเยอรมนี	49
1.3 หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาติตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ของประเทศอังกฤษ	50

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

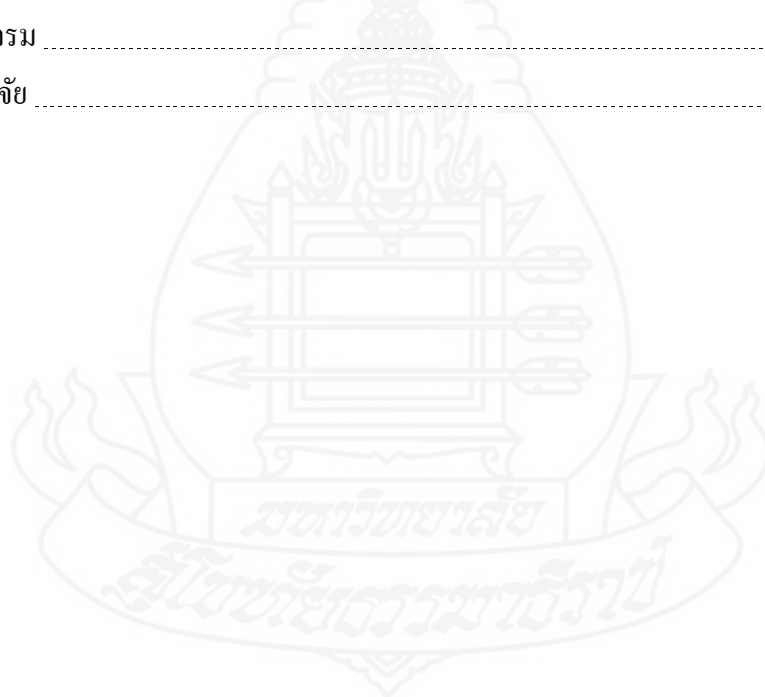
1.4	หลักเกณฑ์การทำของสัญญาอนุญาตโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ของประเทศสหรัฐอเมริกา	51
1.5	หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ของประเทศไทย.....	53
1.6	เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการของต่างประเทศกับประเทศไทย.....	54
2.	อนุญาตโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง	55
2.1	หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส	55
2.2	หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการของประเทศเยอรมนี	56
2.3	หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการของประเทศอังกฤษ	58
2.4	หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา	59
2.5	หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการของประเทศไทย	60
2.6	เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการ ของต่างประเทศกับประเทศไทย.....	61
3.	วิธีพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง	62
3.1	วิธีพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส	62
3.2	วิธีพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการในประเทศเยอรมนี	63
3.3	วิธีพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการในประเทศอังกฤษ	66
3.4	วิธีพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา	66
3.5	วิธีพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการในประเทศไทย	68
3.6	เปรียบเทียบวิธีพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการ ของต่างประเทศกับประเทศไทย.....	69
4.	การทำคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ	70
4.1	การทำคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส	71
4.2	การทำคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการในประเทศเยอรมนี	71
4.3	การทำคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการในประเทศอังกฤษ	72

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.4 การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา	73
4.5 การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย	74
4.6 เปรียบเทียบการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ของต่างประเทศกับประเทศไทย	75
5. การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ	76
5.1 การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส	76
5.2 การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศเยอรมนี	77
5.3 การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ	78
5.4 การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา	79
5.5 การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย	80
5.5 การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ของต่างประเทศกับประเทศไทย	82
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาจากการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง	84
1. ปัญหาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง	85
2. ปัญหาที่เกิดขึ้นในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างจากการอนุญาโตตุลาการ	88
2.1 ประเด็นปัญหาการกำหนดรายละเอียดข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ	99
2.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	105
2.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ	105
2.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับจำนวนของอนุญาโตตุลาการ	110
2.3 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้าง	110
2.4 ประเด็นปัญหาการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาด	112
บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ	116
1. บทสรุป	116
1.1 ประเด็นปัญหาการกำหนดรายละเอียดข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ	117
1.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	118

สารบัญ (ต่อ)

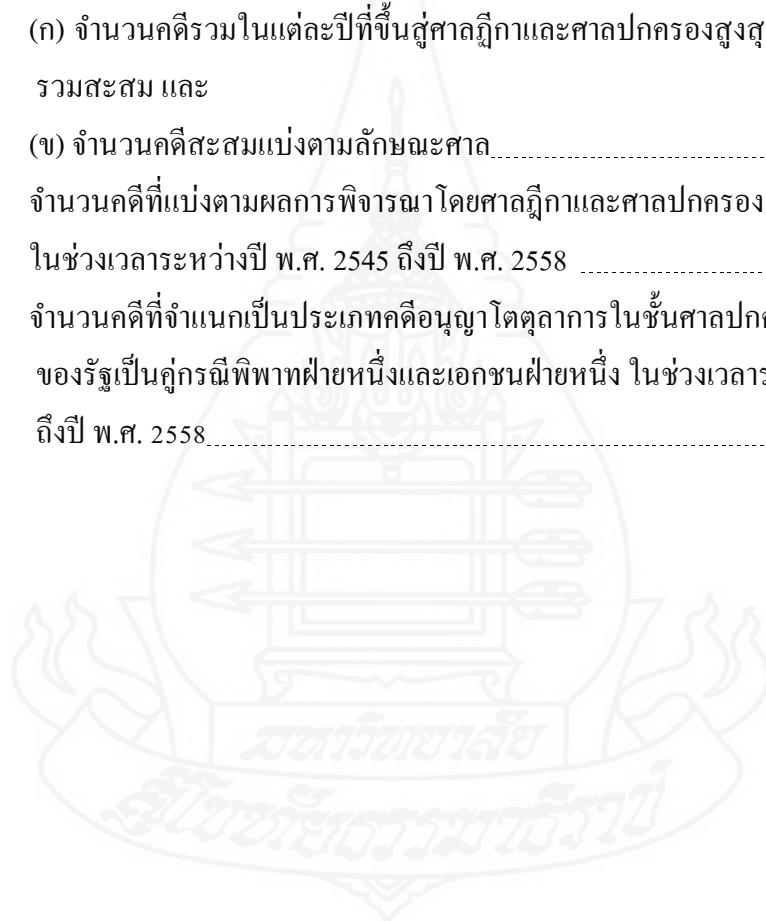
	หน้า
1.3 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้าง	118
1.4 ประเด็นปัญหาการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาตตุลาการในการทำคำชี้ขาด ..	119
2. ข้อเสนอแนะ	121
2.1 ประเด็นปัญหาการกำหนดรายละเอียดข้อตกลงในสัญญาอนุญาตตุลาการ	121
2.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ	122
2.3 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้าง	124
2.4 ประเด็นปัญหาการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาตตุลาการในการทำคำชี้ขาด ...	124
บรรณานุกรม	125
ประวัติผู้วิจัย	133



สารบัญภาพ

หน้า

ภาพที่ 1.1	มูลค่าการลงทุนภาคอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทย ระหว่างปี 2547 ถึง 2558 (รายงานข้อมูลทุก 5 ปี) และการจำแนกสัดส่วนการลงทุนในอุตสาหกรรมก่อสร้าง ระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนในปี พ.ศ. 2558	2
ภาพที่ 4.1	ข้อมูลกรณีพิพาทในงานก่อสร้างที่เกิดขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2530 – พ.ศ. 2541	86
ภาพที่ 4.2	จำนวนคดีอนุญาโตตุลาการในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2558: (ก) จำนวนคดีรวมในแต่ละปีที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดและจำนวนคดีรวมสะสม และ (ข) จำนวนคดีสะสมแบ่งตามลักษณะศาล	87
ภาพที่ 4.3	จำนวนคดีที่แบ่งตามผลการพิจารณาโดยศาลฎีกาและศาลปกครอง ในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2558	89
ภาพที่ 4.4	จำนวนคดีที่จำแนกเป็นประเภทคดีอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลปกครองที่มีหน่วยงาน ของรัฐเป็นคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งและเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2558	90



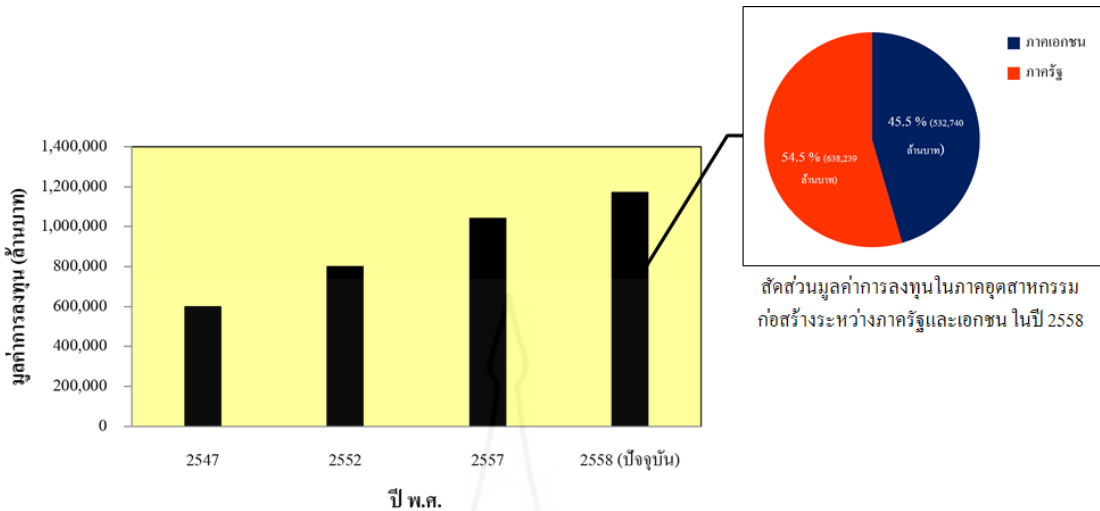
บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สิ่งปลูกสร้างรวมถึงโครงสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ (Building and Infrastructure) จัดเป็นปัจจัยหลักที่มีความจำเป็นต่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชากร และช่วยในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ สำหรับประเทศไทยข้อมูลเชิงสถิติโดยสถาบันการก่อสร้างแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2559 ซึ่งอ้างอิงถึงสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ แสดงให้เห็นว่ามูลค่าการลงทุนในภาคอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทยมีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ ในระหว่างปี พ.ศ. 2547 ถึง ปี พ.ศ. 2558 โดยมีมูลค่าเพิ่มขึ้นจากประมาณ 600,000 ล้านบาทในปี พ.ศ. 2547 เป็น 1,170,979 ล้านบาทในปี พ.ศ. 2558 หรือคิดเป็นอัตราการเพิ่มขึ้นของมูลค่าทางเศรษฐกิจของประเทศประมาณ 47,581.6 ล้านบาทต่อปี และเมื่อจำแนกตามลักษณะการลงทุนในภาคอุตสาหกรรมก่อสร้างก็พบว่า อัตราส่วนการลงทุนภาคก่อสร้างในปี พ.ศ. 2558 ภาครัฐมีมูลค่าสูงกว่าภาคเอกชน โดยมีสัดส่วนการลงทุนเท่ากับร้อยละ 54.5 และ ร้อยละ 45.5 ตามลำดับ¹ หรือคิดเป็นมูลค่าทางเศรษฐกิจจะมีมูลค่าเท่ากับ 638,239 ล้านบาท และ 532,740 ล้านบาท ตามลำดับ¹ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าการลงทุนในโครงการก่อสร้างโดยภาครัฐมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่าภาคเอกชน และกิจกรรมการก่อสร้างในทั้งสองภาคส่วนมีปริมาณการลงทุนที่ใกล้เคียงกัน (ดูข้อมูลในภาพที่ 1.1)

¹สถาบันการก่อสร้างแห่งประเทศไทย. อุตสาหกรรมก่อสร้าง. 28 กันยายน 2559.



ภาพที่ 1.1 มูลค่าการลงทุนภาคอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทย ระหว่างปี พ.ศ. 2547 ถึง พ.ศ. 2558 (รายงานข้อมูลทุก 5 ปี) และการจำแนกสัดส่วนการลงทุนในอุตสาหกรรมก่อสร้างระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนในปี พ.ศ. 2558

ที่มา : ผู้วิจัยนำข้อมูลของ สถาบันการก่อสร้างแห่งประเทศไทย มาทำการสร้างเป็นกราฟแสดงมูลค่าการลงทุนภาคอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทย ระหว่างปี พ.ศ. 2547 ถึง พ.ศ. 2558

สัญญาก่อสร้างเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการวางแผนการบริหารและจัดการสัญญาก่อสร้าง (Construction Contracts)² ล่วงหน้า อันเป็นการเตรียมรับมือกับปัญหาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นเพื่อให้กระทบต่อการทำงานในโครงการน้อยที่สุด เนื่องจากพบว่าสัญญาก่อสร้างเป็นสัญญาที่มักเกิดปัญหาข้อขัดแย้งจนกลายเป็นกรณีพิพาทระหว่างเจ้าของโครงการและผู้รับเหมาก่อสร้าง ด้วยเหตุที่จากสภาพและลักษณะของงานก่อสร้างเป็นงานที่ต้องอาศัยกำลังคนมาเข้าร่วมทำงานจากหลายส่วนเป็นจำนวนมาก เพื่อให้บรรลุเป้าหมาย อาทิ งานโครงสร้างงานไม้ งานคอนกรีต งานปูนก่อฉาบ งานเหล็ก งานระบบสาธารณูปโภค งานตกแต่งภายใน ฯลฯ และการทำงานก่อสร้างเป็นงานที่มีความสลับซับซ้อนทางเทคนิคในแต่ละโครงการก่อสร้างในทางปฏิบัติก็จะมี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอๆ ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการทำงานบางอย่างทำให้ส่งผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายและค่าจ้างของโครงการ

²Emre Cakmak, and Pinar Irlayici Cakmak. An analysis of causes of disputes in the construction industry using analytical network process. *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 109, 183-187. p.1-2.

จากข้อมูลงานศึกษาวิจัยปัญหาในอดีตที่ผ่านมาพบว่า ปัญหาข้อขัดแย้งในงานก่อสร้างที่ไม่สามารถเจรจายุติได้และมักกลายเป็นข้อพิพาทขึ้น เช่น กรณีพิพาทเกี่ยวกับค่าจ้างจากการตีความเรื่องสิทธิระหว่างคู่สัญญา กรณีพิพาทเรื่องเหตุสุดวิสัย กรณีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งของผู้รับจ้างในเรื่องการเพิ่มงานและการขยายระยะเวลาไม่ถูกต้อง กรณีพิพาทในเรื่องการผิดสัญญา กรณีพิพาทในเรื่องค่าปรับ กรณีพิพาทในความรับผิดชอบเพราะเหตุความชำรุดบกพร่อง กรณีพิพาทจากการโต้แย้งในเรื่องการตรวจและรับมอบงาน และกรณีพิพาทอื่นๆ จนมีการบอกเลิกสัญญาโดยช่วงเวลาที่เกิดกรณีโต้แย้งจนเกิดเป็นข้อพิพาทมากที่สุด คือ ช่วงระหว่างดำเนินการก่อสร้าง นอกจากนี้ยังพบว่าในสัญญาก่อสร้างที่มีคู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐฝ่ายหนึ่งและมีภาคเอกชนเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายผู้รับจ้างหรือผู้รับเหมาก่อสร้างมีการเรียกร้องในกรณีข้อพิพาทมากกว่า³

ในทางปฏิบัติการระงับข้อพิพาททางธุรกิจก่อสร้างจะนิยมใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)⁴ ซึ่งเป็นหนึ่งในวิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่นานาประเทศรวมทั้งประเทศไทยนิยมใช้กันจาก 3 วิธีหลัก ได้แก่ การประนีประนอมยอมความ (Compromise) การฟ้องคดี (litigation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)⁵ เนื่องจากวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ให้ผลรวดเร็ว สามารถดำเนินการกระบวนการพิจารณาไปได้ทันทีโดยไม่ต้องไปรอกิวของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล คู่กรณีพิพาทสามารถคัดเลือก “อนุญาโตตุลาการ” (Arbitrator) ที่จะมาทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดจากบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทได้เอง สามารถรักษาชื่อเสียงและความลับของคู่กรณี ช่วยรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีพิพาท และยังเหมาะสมสำหรับข้อพิพาททางธุรกิจก่อสร้างที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน

อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทย การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งมีคู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐฝ่ายหนึ่งและมีภาคเอกชน

³ อานนท์ ไทยจันทน์. ปัญหาและแนวทางการใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทในงานก่อสร้าง กรณีสัญญาก่อสร้างงานราชการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต). สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ, กรุงเทพมหานคร. 2548. หน้า 51-60.

⁴ Lee C. K., Yiu T. W. and Cheung. Selection and use of Alternative Dispute Resolution (ADR) in construction projects – Past and future research. *International Journal of Project management*, 34(No.3), 494-507. pp.494-495.

⁵ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2554. หน้า 4.

เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กลับพบว่า การอนุญาตโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จากการที่หน่วยงานของรัฐยังคงต้องประสบกับปัญหาที่เกิดขึ้น จากการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นปัญหาความล่าช้าของกระบวนการพิจารณา ที่ไม่เป็นไปตามความคาดหวังของประชาชนซึ่งควรต้องมีความรวดเร็วอันเป็นข้อแตกต่างกับ วิธีการฟ้องคดีต่อศาล ที่ทำให้หน่วยงานของรัฐได้รับผลกระทบต้องสูญเสียเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกินควร อาทิ ระยะเวลาการดำเนินการของอนุญาตโตตุลาการที่เป็นไปอย่างล่าช้า คำวินิจฉัยของอนุญาตโตตุลาการ ไม่เป็นที่สุดและไม่สามารถใช้บังคับได้ทันที เนื่องจากคำวินิจฉัยจากอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้ตามคำพิพากษาของศาลปกครองและอาจต้องไปเริ่มการพิจารณาใหม่ ฯลฯ ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับ สัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างที่ไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงยินยอมด้วยความสมัครใจ ณ ขณะเข้าทำสัญญา อันสืบเนื่องจากการใช้อำนาจดุลยพินิจในการวินิจฉัยลดค่าปรับ ของอนุญาตโตตุลาการ ที่ทำให้คู่สัญญาไม่เกิดความเกรงกลัวต่อผลที่จะได้รับการปฏิบัติผิดสัญญา ปัญหาการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้างที่ขาดความรู้ ประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยเฉพาะความรู้ทางด้าน กฎหมายที่ต้องควบคู่กับความรู้ทางด้านเทคนิคในงานก่อสร้างซึ่งมีความยุ่งยากและสลับซับซ้อน ส่งผลให้การพิจารณาข้อเท็จจริงก่อนการปรับใช้กับข้อกำหนดอาจเกิดความไม่เป็นธรรม ซึ่งเมื่อปัญหา การแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาตโตตุลาการประกอบพร้อมทั้งเรื่องกำหนด จำนวนอนุญาตโตตุลาการที่ไม่เหมาะสมแล้ว ทำให้การพิจารณาตีความสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง เกิดข้อกังขาในความน่าเชื่อถือของคำชี้ขาดว่ามีความถูกต้องและเป็นธรรมหรือไม่

จากปัญหาข้างต้นหากยังคงละเลยไม่มีการหาแนวทางหรือหลักเกณฑ์มากำหนด เป็นกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างชัดเจนแล้ว การอนุญาตโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้างของหน่วยงานของรัฐย่อมไม่อาจมีประสิทธิภาพได้ แม้จะปรากฏว่าพระราชบัญญัติ อนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะเปิดช่องให้ศาลปกครองสามารถพิจารณาทบทวนคำชี้ขาดของ อนุญาตโตตุลาการ โดยหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่กรณีพิพาทซึ่งไม่เห็นพ้องด้วยตามคำชี้ขาดของ อนุญาตโตตุลาการสามารถยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการต่อศาลปกครองได้ ในกรณีที่มีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่การให้สิทธิดังกล่าวก็ยังถือว่าเป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายทาง อีกทั้งสุดท้ายแล้วการพิจารณาของศาลปกครองก็จะยังคงติดกรอบ ที่ไม่อาจพิจารณาก้าวล่วงในปัญหาข้อเท็จจริงที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของอนุญาตโตตุลาการที่ได้ แม้ในความเป็นจริงศาลปกครองย่อมเห็นข้อเท็จจริงและข้อกำหนดที่คู่กรณีพิพาทได้ยกขึ้น กล่าวอ้างกันก็ตาม ศาลปกครองก็หาอาจตัดสินหรือวินิจฉัยตามอำเภอใจได้ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ ที่กฎหมายกำหนด จะไปยกเหตุอื่นที่พบเห็นเองมาพิจารณาหาได้ไม่

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาความหมาย ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการอนุญาโตตุลาการ

2.2 เพื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

2.3 เพื่อศึกษาปัญหาการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาสำหรับการปรับปรุงพัฒนากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

3. กรอบแนวคิดการวิจัย

ด้วยเหตุที่สัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีภาคเอกชนเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นตามหลักของการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญาเช่นเดียวกับลักษณะการเกิดสัญญาทางแพ่ง แต่โดยที่สัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีเอกลักษณ์และลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป โดยเฉพาะในเรื่องของสถานะระหว่างคู่สัญญา ซึ่งถือว่าคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐจะมีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และมีวัตถุประสงค์ของสัญญาที่มุ่งตอบสนองต่อความต้องการของมหาชน อันเป็นประโยชน์ส่วนรวมมิใช่เป็นเพียงการตอบสนองต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การศึกษาปัญหาและการค้นหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างนี้ จึงต้องศึกษาแนวคิดและหลักทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory) ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) ทฤษฎีผสม (The Mixed Theory or Hybrid Theory) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory) และทฤษฎีการมอบอำนาจ (Concession Theory) ควบคู่กับแนวคิดและหลักทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจมหาชน ทฤษฎีบริการสาธารณะ และทฤษฎีคุณภาพทางการเงินในสัญญา รวมถึงหลักการในเรื่องการบังคับสัญญาเพิ่มเติม ไม่ว่าจะเป็นหลักการทางระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

หรือหลักการทางระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งได้แก่ หลักสุจริต(Good Faith) หลักปกติประเพณี (Ordinary Usage) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (PACTA SUNT SERVANDA ในภาษาละติน หรือ Agreements must be kept ในภาษาอังกฤษ) หลักค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ควบคู่กับการศึกษาวิเคราะห์ด้วยทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้านงานก่อสร้าง ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา กับตัวอย่างกรณีศึกษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง และตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง และในส่วนอื่นที่จะมีการศึกษาต่อไป

4. ประเด็นปัญหาการวิจัย

4.1 การขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ทำให้การกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างไม่ละเอียด รอบคอบ และรัดกุม อย่างเพียงพอ

4.2 การไม่มีหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติความเชี่ยวชาญเฉพาะทางวิชาชีพที่เกี่ยวข้องในเนื้อหาข้อพิพาทและจำนวนอนุญาโตตุลาการให้มีความเหมาะสมกับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิดความเสี่ยงในกระบวนการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาทางเทคนิคงานก่อสร้างในเรื่องของความถูกต้องก่อนการปรับบทกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ

4.3 การขาดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ส่งผลให้การพิจารณาเพื่อการบังคับสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างไม่อาจกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาภาคเอกชนซึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างได้ เกิดความล่าช้า และสูญเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น

5. ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษานี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาด้วยบทกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ควบคู่กับการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกรณีตัวอย่างคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างเฉพาะที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐและมีภาคเอกชนเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทราบความหมาย ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการอนุญาโตตุลาการ

6.2 ทราบความแตกต่างของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

6.3 ได้ข้อสรุปของปัญหาการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และได้ความแตกต่างของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้กับสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

6.4 ได้แนวทางการแก้ไขปัญหาสำหรับการปรับปรุงพัฒนากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

7. ระเบียบวิธีการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research) โดยเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary research) จากการรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลทางเอกสารที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ แนวคิด ทฤษฎี ตัวอย่างกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติ อนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตัวอย่างกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ตัวอย่างกรณีศึกษาคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ ในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง และตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง เฉพาะกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีภาคเอกชนเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง



บทที่ 2

ความหมาย วิวัฒนาการ ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎี เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการอนุญาโตตุลาการ

โดยปกติสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับภาคเอกชนนั้น มีทั้งที่เป็นสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชนซึ่งให้ความสำคัญในเรื่องสถานะความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและสัญญาทางปกครองตามกฎหมายมหาชนซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและไม่ได้อยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา แต่เนื่องจากการวิจัยนี้มุ่งศึกษาในส่วนของสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ จึงจะกล่าวถึงแต่เฉพาะสัญญาทางปกครองและการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเท่านั้น

1. ความหมาย แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินการกิจของหน่วยงานของรัฐในลักษณะที่เป็น “บริการสาธารณะ” นั้น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ นอกจากหน่วยงานของรัฐจะใช้มาตรการทางปกครอง ซึ่งได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง เป็นเครื่องมือเพื่อช่วยให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว การก่อกำเนิดสัมพันธ์กับเอกชนในรูปแบบของการจัดทำสัญญา หรือที่เรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” ถือเป็นเครื่องมือสำคัญหนึ่งที่หน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการโดยมอบบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ให้แก่เอกชนไปดำเนินการจัดทำหรือจัดหาวัสดุอุปกรณ์เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ⁶

1.1 ความหมายของสัญญาทางปกครอง

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญา

⁶เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. การกิจและการดำเนินการกิจของฝ่ายปกครอง. ใน *แนวการศึกษา
ชุดวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง*. หน่วยที่ 3, ปรับปรุงครั้งที่ 3, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. 2557. หน้า 3-26.

อย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

จากความหมายดังกล่าว เห็นได้ว่า ตัวบทกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “หมายความร่วมมือ” ซึ่งหากพิจารณาตีความจะพบว่า ในมาตรา 3 เป็นเพียงการกล่าวถึงลักษณะของสัญญาทางปกครอง และตัวอย่างของสัญญาทางปกครองเท่านั้น และสามารถสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองประกอบไปด้วยลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้⁷

- 1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ หรือจัดตั้งตามกฎหมาย
- 2) เนื้อหาสาระของสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล
- 3) เป็นสัญญาที่มีข้อตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง
- 4) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดอันมีลักษณะที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของรัฐจะต้องชัดเจน และแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งจนถึงขนาดที่หากพบในสัญญาทางแพ่งแล้วอาจทำให้สัญญานั้นเสียไปได้

1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

แนวความคิดว่าด้วย “สัญญาทางปกครอง” มีการพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชน โดยทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่สำคัญ ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจมหาชน ทฤษฎีบริการสาธารณะ และทฤษฎีดุลยภาพทางการเงินในสัญญา

⁷จรินทิ erva นนท์. กฎหมายปกครอง. ใน *รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2559*. เล่มที่ 9, การบรรยายครั้งที่ 6 เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2559, กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา. 2559.

1.2.1 ทฤษฎีอำนาจมหาชน⁸

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน โดยเฉพาะการบริการสาธารณะ อำนาจมหาชนจึงถือเป็นเครื่องมือสำคัญที่รัฐจะใช้เพื่อการดำเนินการตามสัญญาทางปกครองนั้นบรรลุผล

หลัก“ทฤษฎีอำนาจมหาชน” มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจากฐานความคิดตั้งแต่ในยุคสมัยโรมัน ซึ่งเดิมฐานความคิดในยุคนี้เห็นว่า ทฤษฎีอำนาจมหาชน หมายถึงรัฐและการใช้อำนาจรัฐ โดยอำนาจมหาชนกับรัฐเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้น เจตจำนงของรัฐย่อมเป็นใหญ่อยู่เหนือเจตจำนงของเอกชน จนกระทั่งมาในยุคสมัยปัจจุบันได้มีการพัฒนาทฤษฎีอำนาจมหาชนและมีการให้เหตุผลขยายความหมายทฤษฎีอำนาจมหาชนมากขึ้นจากเดิม โดยฐานความคิดในยุคนี้เห็นว่า ทฤษฎีอำนาจมหาชน หมายถึง เครื่องมือหนึ่งของรัฐ รัฐเป็นผู้ถืออำนาจมหาชน เพราะรัฐมีหน้าที่ต้องเป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ

จากการพัฒนาดังกล่าวทำให้เกิดทฤษฎีย่อยแตกแขนงออกมาสนับสนุนทฤษฎีอำนาจมหาชน 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือ และทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ โดยทั้ง 2 ทฤษฎีนี้ส่งผลให้ต่อมาเกิดการกำหนดเขตอำนาจศาลและกฎหมายที่บังคับใช้กับคดีแต่ละประเภท โดยคดีที่เกี่ยวกับการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและใช้กฎหมายปกครอง ส่วนคดีที่เกี่ยวกับการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและใช้กฎหมายเอกชน

1.2.2 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

ฌ็อง ริเวโร อธิบายว่า “นอกจากการใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารยังมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจกรรมที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” (service public) คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะ ในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ฯลฯ ดังนั้น กิจกรรมของรัฐประเภทนี้จึงเป็นการ

⁸สุรินทร์ ทองมา. พัฒนาการ และแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร. 2553. หน้า 7-8.

ที่รัฐจัดทำหรือจัดให้มีบริการต่างๆ ที่เป็นที่ต้องการของสังคม ซึ่งรัฐไม่อยู่ในฐานะที่จะจัดทำได้เอง โดยอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ”⁹

นั่นทว่า วัฒน บรมานันท์¹⁰ อธิบายเกี่ยวกับแนวคิดและหลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะซึ่งมีฐานแนวคิดจากฝรั่งเศส โดยสรุปว่า กิจกรรมที่จะถือว่าเป็นการบริการสาธารณะ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

1) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ไม่ว่าจะ เป็นกิจกรรมที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการเองหรือจะเป็นกิจกรรมที่นิติบุคคลมหาชนให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน

2) เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

จากการอธิบายข้างต้นอาจสรุปได้ว่า “บริการสาธารณะ” หมายถึง กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่จัดทำและดำเนินการโดยรัฐซึ่งในบางกรณีหน่วยงานของรัฐอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะแทนได้ภายใต้การใช้อำนาจกำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน

อย่างไรก็ตาม¹¹ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นต้องมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะแทนนั้น การมอบหมายดังกล่าวหน่วยงานของรัฐอาจจัดทำในรูปแบบของสัญญากับเอกชนเพื่อผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นในทางกฎหมายมหาชนที่เรียกว่า สัญญาทางปกครอง โดยผลของการทำสัญญาทางปกครองทำให้เกิดหลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองขึ้น เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการทางปกครองสั่งให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องไปฟ้องศาล สามารถแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยเสมอโดยเอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอม สามารถสั่งให้เอกชนทำงานเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ หากงานนั้นอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของสัญญา รวมถึงสามารถยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวเมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญามีได้เป็นสิ่งจำเป็นต่อ

⁹Jean Rivro et Jean Waline. *Droit administratif*. 16 edition . Dalloz. p.385 ใน ชาญชัย แสงศักดิ์. *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 24). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2559. หน้า 75.

¹⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์. *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 24). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2559. หน้า 75.

¹¹ อนุภา อัครพิมาน. หลักกฎหมายทั่วไป. *PUBLIC LAW NET*. 1 พฤษภาคม 2561. จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=920>

การตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป เป็นต้น โดยอำนาจเหล่านี้มีอยู่ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากความจำเป็นในการบริการสาธารณะ แม้จะมีได้ระบุนำไว้ในข้อสัญญาก็ตาม

1.2.3 ทฤษฎีคุณภาพทางการเงินในสัญญา¹²

“ทฤษฎีคุณภาพทางการเงินในสัญญา” เป็นทฤษฎีที่แสดงให้เห็นหน้าที่พิเศษของรัฐ โดยมีหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ

1) กรณีที่รัฐใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว และทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้น รัฐต้องชดเชยค่าทดแทนในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น

2) กรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเนื่องมาจากการที่รัฐเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นโดยการใช้ออกสิทธิ์ของตน เช่น ทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้น ทำให้เสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น เป็นต้น รัฐต้องชดเชยค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่าความเสียหายตามที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่รัฐใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการบังคับแก่บุคคลทั่วไป และมาตรการนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญากระทบกระเทือนและเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้น กรณีนี้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ถูกกระทบตามลำพังเพราะเป็นผลกระทบทั่วไปทุกคน รัฐไม่ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าทดแทน เว้นแต่มาตรการนั้นจะกระทบโดยตรงต่อองค์ประกอบของสัญญา

(2) กรณีอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญาเป็นผู้ก่อภาระพิเศษในการปฏิบัติตามสัญญา

3) กรณีที่มีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ หากเกิดเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุที่เกิดขึ้นทำให้เกิดผลกระทบต่อปฏิบัติตามสัญญานั้นอย่างรุนแรง หรือเหตุที่เกิดขึ้นนั้นอยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญา และคู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้ หรือเหตุที่เกิดขึ้นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญาถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนย่อยยับ และนานเกินกว่าที่บุคคลธรรมดาจะคาดหมายได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ แต่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น

¹²สุรินทร์ ทองมา. พัฒนาการ และแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร. 2553. หน้า 11-13.

จากทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า หากสัญญาของหน่วยงานของรัฐลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ย่อมส่งผลให้มีลักษณะพิเศษดังต่อไปนี้¹³

- 1) กรณีเกิดข้อพิพาทขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง
- 2) ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองจะต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ
- 3) คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐสามารถแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ตลอดเวลา เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงสามารถแก้ไขให้เหมาะสมกับความจำเป็นของส่วนรวม โดยการมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่ถ้การแก้ไวนั้นทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีภาระเพิ่มขึ้น คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าทดแทนในภาระที่เพิ่มขึ้น
- 4) กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐได้กระทำผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาเพื่อความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ แต่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าทดแทน และถ้ร้ายแรงคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจร้องต่อศาลเพื่อบอกเลิกสัญญาได้
- 5) กรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองมีอำนาจเรียกค่าเสียหายหรือไม่ชำระหนี้ที่ตนต้องชำระทดแทน ทั้งยังอาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้บริการสาธารณะต่อเนื่อง
- 6) อำนาจบังคับตามข้อ 5) นั้น ถ้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ทำตาม อาจเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชดใช้ค่าเสียหายได้ และถ้มีกรณีจำเป็นอาจทำการแทนหรือให้บุคคลที่สามทำการแทนได้อีกด้วย

1.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับสัญญา

ในเรื่องการบังคับสัญญา วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจะกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบุคคลที่เป็นเครื่องมือในการตีความเพื่อการบังคับของสัญญาเป็นองค์ประกอบที่มีนัยสำคัญยิ่งที่ด้องมีการนำหลักกฎหมายพื้นฐานที่อยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาปรับและประยุกต์ใช้

¹³ วรุณี ทวารสิน. *กลไกและปัญหาในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน*. เอกสารประกอบการบรรยายการฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนา นักกฎหมายภาครัฐ ระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ 15 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 6 สิงหาคม 2561, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

กับข้อเท็จจริงให้เกิดความสอคล้อง โดยไม่ยึดติดในความแตกต่างของระบบกฎหมาย เนื่องจากหลักนิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้พัฒนามาจากการแก้ไขปัญหาคือข้อเท็จจริงโดยอาศัยเหตุผลที่แฝงอยู่ในข้อเท็จจริงมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ประกอบกับประสบการณ์ที่หลากหลายของอนุญาโตตุลาการมาเป็นเครื่องช่วยในการแก้ไขปัญหาคือ ข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน แต่ในขณะที่หลักนิติวิธีของซีวิลลอว์ก่อตัวขึ้นมาจากการแก้ไขปัญหาคือข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน แต่มีการสร้างและพัฒนาทฤษฎีเกณฑ์ โดยการหาหลักทั่วไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วมาสรุปเป็นหลักกฎหมาย ซึ่งแก่นิติวิธีทั้งสองแบบจะแตกต่างกัน แต่ผลสุดท้ายก็คือเพื่อหาความยุติธรรมและหาความสงบสุขให้กับสังคม¹⁴ เพื่อให้ได้มาซึ่งความถูกต้องในเจตนาตามกฎหมายที่เหมาะสมและเป็นธรรมของคู่สัญญาทุกฝ่าย ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาหลักกฎหมายต่อไปนี้เพิ่มเติม เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาคือข้อเท็จจริงต่อไปนี้

1.3.1 หลักสุจริต

คำว่า “สุจริต” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้คำจำกัดความไว้เป็นการเฉพาะ แต่จากการศึกษาพบว่า มีนักวิชาการหลายท่านได้อธิบายความหมายไว้หลากหลายด้วยกัน เช่น

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554¹⁵ ได้ให้ความหมายของคำว่า “สุจริต” หมายความว่า ประพฤติชอบ ประพฤติในทางที่ถูกต้อง

ปรีดี เกษมทรัพย์¹⁶ ได้อธิบายคำว่า “สุจริต” ไว้ว่า “จุดมุ่งหมายแท้จริงของหลักสุจริต คือ ความยุติธรรมภายใน หรือความยุติธรรมตามเนื้อเรื่อง (substantial justice) รัฐจะต้องออกข้อบังคับของกฎหมายและการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งความยุติธรรม ดังนั้น จึงเป็นภาระหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรมและความถูกต้องตามหลักคุณธรรม ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ...”

¹⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ. *ความเป็นมา และหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์* คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา. (2553).

¹⁵ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. *สุจริต* (25 มีนาคม 2557). 12 มีนาคม 2561. จาก <http://www.royin.go.th/?knowledges>.

¹⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์. *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์. 2519. หน้า 32-33. อ้างใน ธรรมนูญ โปษะบุตร. *หลักสุจริต หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* GOOD FAITH: THE PRINCIPLE OF THE CIVIL AND COMMERCIAL LAW. *AU LAW JOURNAL*, 7(1), 2554. 18-35. หน้า 20.

หยุด แสงอุทัย¹⁷ ได้อธิบายคำว่า “สุจริต” ไว้ว่า “จุดมุ่งหมายแท้จริงของหลักสุจริต คือ ความยุติธรรมภายใน หรือความยุติธรรมตามเนื้อเรื่อง (substantial justice) รัฐจะต้องออกข้อบังคับของกฎหมายและการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งความยุติธรรม ดังนั้นจึงเป็นภาระหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรมและความถูกต้องตามหลักคุณธรรม ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ...”

จากความหมายข้างต้น จึงพอจะสรุปความหมายของคำว่า “หลักสุจริต” (Good Faith) ได้ว่าเป็นหลักของความซื่อสัตย์ ไว้วางใจ ความถูกต้อง และเป็นธรรม

หลักสุจริตนี้ในระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีการบัญญัติรับรองเกี่ยวกับการใช้สิทธิโดยสุจริตไว้ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต” โดยหลักสุจริตนี้ศาลไทยได้มีการนำมาปรับใช้เป็นแนวบรรทัดฐานโดยยึดถือตามหลักว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด” (He who comes to the court must come with clean hands) หมายถึง การที่บุคคลใช้สิทธิหรือบังคับตามสิทธิของตนที่เกิดขึ้นมาแล้วนั้น จะต้องใช้โดยสุจริต มิฉะนั้นศาลจะไม่รับรองสิทธินั้นหรือไม่รับบังคับให้ รวมทั้งการชำระหนี้ก็ต้องกระทำโดยสุจริตด้วยเช่นเดียวกัน ดังตัวอย่างแนวคำพิพากษาซึ่งศาลฎีกาได้วางแนวบรรทัดฐานสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวไว้เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 786-787/2533 การที่โจทก์และจำเลยที่ 1 ได้ที่พิพาทมาในระหว่างอยู่กินเป็นสามีภริยากัน โดยมีได้จดทะเบียนสมรสนั้นถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน มีกรรมสิทธิ์ร่วมกันคนละครึ่ง แม้ที่พิพาทจะมีชื่อจำเลยที่ 1 เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดแต่ผู้เดียว ก็เป็นการกระทำแทนโจทก์ด้วย จำเลยที่ 1 จึงไม่มีสิทธิเอาที่พิพาทส่วนของโจทก์ไปจดทะเบียนโอนขายให้จำเลยที่ 2 โดยมีได้รับความยินยอมจากโจทก์ ฉะนั้นเมื่อจำเลยที่ 2 รับโอนที่พิพาทมาจากจำเลยที่ 1 โดยรู้อยู่แล้วว่าโจทก์เป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย จึงเป็นการไม่สุจริตไม่ผูกพันส่วนของโจทก์ จำเลยที่ 2 จึงต้องจดทะเบียนใส่ชื่อโจทก์เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันในที่ดินพิพาทด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2576/2516 บริษัทโจทก์และบริษัทจำเลยที่ 1 ต่างรู้เห็นร่วมกันให้บริษัทจำเลยที่ 1 ซึ่งประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ มีไว้ซึ่งหุ้นของบริษัทโจทก์เป็นจำนวนเกินกว่าที่พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์กำหนดไว้ อันเป็นความผิดทางอาญา ย่อมได้ชื่อว่าต่างไม่สุจริตด้วยกัน เพราะร่วมกันก่อให้เกิดความผิดทางอาญาขึ้น บริษัทโจทก์จะยกสิทธิอันไม่สุจริตซึ่งเกิดขึ้นจากการทำความผิดทางอาญาดังกล่าวมาเรียกเงินค่าหุ้นของบริษัทโจทก์ซึ่งยังไม่ได้รับ

¹⁷หยุด แสงอุทัย. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2519. หน้า 102.

ชำระจากบริษัทจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้ไม่สุจริตด้วยกันหาได้ไม่ เมื่อบริษัทจำเลยที่ 1 ไม่ต้องรับผิดชอบ จำเลยที่ 2 และจำเลยร่วมซึ่งกระทำการแทนบริษัทจำเลยที่ 1 ก็ไม่ต้องรับผิดชอบด้วย กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องเรียกเงินค่าหุ้นที่ค้างชำระอันเกิดจากการร่วมกันใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

1.3.2 หลักปกติประเพณี

หลักปกติประเพณี (Ordinary Usage) คือ หลักทางปฏิบัติที่คาดหมายได้ว่าคู่กรณีย่อมทำสัญญากันโดยยึดถือทางปฏิบัติที่ทำกันเป็นปกติ ซึ่งในระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” กล่าวคือ การแสดงเจตนาในสัญญาจะต้องตีความโดยถือเอาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา โดยถือหลักความเข้าใจของทั้งสองฝ่าย จะตีความโดยคำนึงถึงแต่เจตนาของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียวมิได้¹⁸ นอกจากนี้ยังต้องตีความไปโดยปรับเข้ากับหลักสุจริต คือเพื่อให้เกิดความเป็นเหตุเป็นผลและเป็นธรรมเนียมที่เหมาะสมกับพฤติการณ์ในการทำสัญญาที่เกิดขึ้นด้วย และในการนี้ศาลได้คำนึงถึงหลักปกติประเพณี โดยมีการนำมาปรับใช้ควบคู่กับหลักสุจริตในคดีต่างๆ¹⁹ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2171/2518 โจทก์ฟ้องให้จำเลยแบ่งขายที่ดินให้โจทก์บางส่วนในราคา 52,000 บาท แล้วคู่ความทำสัญญาประนีประนอมยอมความว่าจำเลยยอมขายที่ดินพิพาทให้โจทก์ในราคา 52,000 บาท ดังนี้ เมื่อคำบรรยายฟ้อง และเอกสารการขอจดทะเบียนที่ดินดังกล่าวก็ระบุว่าจำเลยตกลงแบ่งที่ดินบางส่วน ราคาที่ดินตามฟ้องก็เป็นราคาเดียวกันในสัญญาประนีประนอมยอมความ แสดงว่าโจทก์จำเลยมีเจตนาอันแท้จริงที่จะตกลงซื้อขายกันตามจำนวนเนื้อที่และเขตติดต่อที่ระบุในฟ้อง หาใช่ซื้อขายทั้งแปลงไม่ โจทก์จึงไม่อาจหยิบยกถ้อยคำในสัญญาประนีประนอมยอมความที่ระบุว่าซื้อขายที่ดินพิพาทให้มีความหมายว่าเป็น การซื้อขายทั้งแปลงตามตัวอักษร เพราะจะเป็นการตีความสัญญาซึ่งไม่ตรงตามความประสงค์ของคู่กรณี และเป็นไปในทางไม่สุจริต อันเป็นการฝ่าฝืนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368

¹⁸ คาราวพร ธีระวัฒน์. การก่อให้เกิดสัญญาและการบังคับของสัญญา : การตีความสัญญา. ใน *แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง*. เล่มที่ 1, หน่วยที่ 5, ปรับปรุงครั้งที่ 5. นนทบุรี สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. 2558. หน้า 5-16 - 5-17.

¹⁹ ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร. หลักสุจริต หลักพื้นฐานแห่ง กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ GOOD FAITH: THE PRINCIPLE OF THE CIVIL AND COMMERCIAL LAW. *AU LAW JOURNAL*, 7(1), 2554. หน้า 23.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 76/2496 สัญญาซื้อขายรถยนต์มีข้อความว่า ผู้ขายจะต้องส่งมอบรถยนต์ที่มีเครื่องยนต์เรียบร้อยอยู่ในสภาพที่ใช้เดินได้ จะต้องตีความการส่งมอบรถยนต์ให้หมายความรวมถึงการกระทำตามที่จำเป็น เพื่อให้มีการจดทะเบียนรถยนต์นั้นด้วย ซึ่งเป็นปกติประเพณีของการซื้อขายรถยนต์

1.3.3 หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา²⁰

หลัก“สัญญาต้องเป็นสัญญา” (PACTA SUNT SERVANDA ในภาษาละติน หรือ Agreements must be kept ในภาษาอังกฤษ) เป็นหลักทฤษฎีสำคัญหนึ่งที่ใช้ในการควบคุมสัญญาในระบบกฎหมายทุกระบบ โดยเน้นว่าข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้นั้นเป็นประดุจกฎเหล็กเหนือคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริตซึ่งกันและกันตามหลักสุจริต และคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาที่มีต่อกัน จะมีการบิดพลิ้วไม่ได้ หากมีการบิดพลิ้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติตามสิทธิหน้าที่ อันเกิดจากสัญญานั้นได้

หลัก PACTA SUNT SERVANDA เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) และกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) ซึ่งถูกบันทึกและปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายเชิงปฏิบัติทั่วโลกมาแต่สมัยโรมันจนกระทั่งปัจจุบัน²¹ โดยมีรากฐานมาจากหลักทางศีลธรรมและแนวคิดทางศาสนา โดยเฉพาะศาสนาคริสต์เป็นศาสนาที่มีอิทธิพลอย่างมากในการควบคุมสัญญา ซึ่งความคิดพื้นฐานของศาสนาคริสต์กล่าวว่า จะต้องรักษาคำพูดของเราเอง โดยปรากฏในพระคัมภีร์บทที่ 5 ข้อ 33 และข้อ 37 ของ St. Matthew ในขณะเดียวกันก็ปรากฏว่าหลัก PACTA SUNT SERVANDA มีพื้นฐานมาจากศาสนาอิสลามด้วย โดยชาวมุสลิมจะต้องยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาหรือข้อตกลงของพวกเขา จากคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งกล่าวว่า จงซื่อสัตย์ต่อกฎเกณฑ์ซึ่งตนเองยอมผูกพันปฏิบัติตามแล้ว กฎเกณฑ์ที่คุณยอมผูกพันปฏิบัติตามนั้นจะอยู่ในสายตาของพระอัลเลาะห์ เพราะพระอัลเลาะห์คือพยานของคุณ ทั้งนี้ หลัก PACTA SUNT SERVANDA ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายใหญ่ในเรื่องของสัญญา โดยเฉพาะในศตวรรษที่ 18 – 19 ความคิดเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจมีอิทธิพลต่อแนวความคิดทางการเมืองและเศรษฐกิจในสมัยนั้นเป็นอย่างมาก ทำให้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้รับอิทธิพลไปด้วย เนื่องจากลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ

²⁰อนงค์ สมบุญเจริญ. *ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. (2549). หน้า 7 - 10.

²¹Hans Wenberg. *Pacta Sunt Servanda*. *The American Journal of International Law*, 53(No.4), 1959. 775-786. pp. 775-786.

เห็นว่า บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการดำเนินการใดๆ ได้เอง เว้นแต่ในกรณีเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ที่อาจถูกจำกัดเสรีภาพลงได้บ้าง จากแนวคิดดังกล่าวเมื่อมารวมกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา จึงถือว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นสิ่งสำคัญที่สุดที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน อันนำไปสู่หลักความ ศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เมื่อสัญญาเกิดจากการตัดสินใจที่อิสระของคู่สัญญา หนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญา ที่ทำโดยสมัครใจ จึงเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา คู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา อย่างเคร่งครัด

1.3.4 หลักค่าเสียหายเชิงลงโทษ²²

หลัก “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” (Punitive Damages) เป็นหลักกฎหมาย ที่มุ่งเน้นในเรื่องของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อเป็นการเยียวหาให้ผู้ได้รับความเสียหาย ได้รับการชดเชยให้มากที่สุด และเพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดให้มีความเจ็บปวดและป้องปราม มิให้มีพฤติกรรมเช่นเดิมในภายภาคหน้า รวมถึงเพื่อชดเชยความเสียหายที่ไม่สามารถชดเชยได้

หลักทฤษฎีค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ เป็นหลักการที่ใช้กันในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งประเทศที่ยึดถือระบบนี้จะมีแนวคิดพื้นฐานไม่ต่างกัน มาก จากหลักฐานสารบบคดีพบว่า ราวศตวรรษที่ 18 เมื่อปี ค.ศ. 1760 ประเทศอังกฤษจัดเป็นประเทศ แรกที่นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในรูปของค่าเสียหายที่เป็นทวีคูณ (Multiple Damages) สืบเนื่องมาจากกรณีคดีของนาย John Wilkes ซึ่งเป็นเรื่องการร้องทุกข์เกี่ยวกับการแทรกแซง ตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในสิทธิส่วนตัวของประชาชน ซึ่งรัฐพยายามที่จะระงับ การตีพิมพ์โฆษณาหนังสือชื่อ North Briton ของนาย John Wilkes ซึ่งในคดีดังกล่าวก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการนำผลการพิจารณาคดีมากำหนดเป็นหลักเกณฑ์และข้อจำกัดของการกำหนดของ ค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้อย่างแน่นอนและชัดเจน จนกระทั่งในช่วง 1760 ได้มีการพิจารณาคดี Wilkes V. Wood โดยในคดีดังกล่าวเริ่มมีการกำหนดให้เห็นอย่างชัดเจนในคำพิพากษาว่า “ค่าเสียหายไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับความพอใจเท่านั้น แต่ในขณะเดียวกัน ยังกำหนดให้เป็นการลงโทษสำหรับความผิดนั้นด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำอย่างเดียวกัน นี้่อีกในอนาคต และเพื่อแสดงว่าบุคคลที่ต้องรับผิดชอบสำหรับค่าเสียหายเช่นนี้ได้รับการพิสูจน์ โดยลูกขุนแล้วว่าเป็นบุคคลที่น่ารังเกียจ”หลังจากคดีดังกล่าว ได้มีการพิจารณาพิพากษากำหนด

²²ดิลก เสริมวิริยะกุล. การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมาย แห่งและพาณิชย์ รายงานผลงานการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 8, ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม. 3 กันยายน 2559. จาก <http://elib.coj.go.th/>

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษมากขึ้น แนวคิดเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ถูกนำมาใช้ในคดีต่อมา รวมถึงในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอื่นๆ ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แม้แต่ประเทศเยอรมนี ซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก็มีการนำหลักนี้มาใช้เช่นกัน

1.3.5 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา²³

หลัก “เสรีภาพในการทำสัญญา” (Freedom of Contract) ความมีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาและเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา โดยหลักดังกล่าวมีที่มาจากอำนาจเอกชนในการก่อตั้งสิทธิซึ่งถือเป็นหัวใจของกฎหมายเอกชน ส่วนกฎหมายมหาชนอำนาจของฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเช่นอำนาจของเอกชนในการก่อตั้งสิทธิ แต่อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากกฎหมาย การใช้อำนาจฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด แม้จะมีกฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจได้ก็จะใช้อย่างอำเภอใจไม่ได้ ต้องใช้ในกรอบที่กฎหมายกำหนด การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับหลักเสรีภาพในกฎหมายเอกชนได้

2. ความหมาย วิวัฒนาการ ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

“การอนุญาโตตุลาการ” (Arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งจาก 3 วิธีการระงับข้อพิพาทหลักได้แก่ การประนีประนอมยอมความ การฟ้องคดีต่อศาล และการอนุญาโตตุลาการ²⁴ ที่นานาประเทศรวมทั้งประเทศไทยนิยมใช้กันในปัจจุบันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาททางธุรกิจก่อสร้างที่เกิดขึ้นภายในประเทศรวมถึงในระดับสากล เนื่องจากเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่ให้ผลรวดเร็วสามารถดำเนินกระบวนการไปได้ทันทีโดยไม่ต้องไปรอคิวของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล สามารถรักษาชื่อเสียงและความลับของคู่กรณีพิพาทได้ดี เนื่องจากวิธีการพิจารณาจะอยู่ในหมู่คนที่เกี่ยวข้องเท่านั้นบุคคลภายนอกไม่มีโอกาสได้เข้าฟังการพิจารณาคดีได้โดยตรงเช่นการพิจารณาของศาลที่ต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน และช่วยรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีพิพาทด้วยเหตุที่คู่กรณีพิพาทมีโอกาสพบปะเจรจากันได้โดยตรงในบรรยากาศที่ไม่เคร่งเครียดและมีความยืดหยุ่น นอกจากนี้ยังเหมาะสมสำหรับข้อพิพาททางธุรกิจก่อสร้างที่ยุ่งยากและ

²³ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครอง กับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. สำนักงานศาลปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. (2543).

²⁴เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 4.

สลับซับซ้อนจากการที่คู่กรณีพิพาทสามารถคัดเลือก “อนุญาโตตุลาการ” (Arbitrator) ที่จะมาทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดจากบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทโดยตรงได้เอง

2.1 ความหมาย ประเภท และรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ

2.1.1 ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการโดยตรงนั้น มิได้มีการบัญญัติคำนิยามหรือความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็ได้อำนาจวิชาการทางกฎหมาย สถาบันทางกฎหมาย รวมถึงแหล่งข้อมูลทางเอกสารหลายแห่งที่ได้ให้ความหมายของคำดังกล่าวไว้เช่น

Black’s Law Dictionary (1st Edition)²⁵ ได้ให้คำจำกัดความ คำว่า “Arbitration” (การอนุญาโตตุลาการ) หมายถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามที่ได้รับเลือกจากคู่กรณีพิพาท ซึ่งคู่กรณีพิพาทตกลงผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลที่สาม และกำหนดให้คู่กรณีพิพาทต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น²⁶

สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม²⁷ ได้ให้คำจำกัดความ คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” หมายความว่า การที่คู่พิพาทตกลงกันระงับข้อพิพาท ข้อเรียกร้อง ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยแต่งตั้งบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลาง มีความรู้ในเรื่องที่พิพาทที่ตนเชื่อถือและยอมรับให้เป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาด

²⁵ Arbitration. In practice. The investigation and determination of a matter or matters of difference between contending parties, by one or more unofficial persons, chosen by the parties, and called “arbitrators,” or “referees.” Worcester; 3 Bl.Comm. 16.

Compulsory arbitration is that Which takes place when the consent of one of the parties is enforced by statutory provisions.

Voluntary arbitration is that which takes place by mutual and free consent of the parties.

In a wide sense, this term may embrace the whole method of thus settling controversies, and thus include all the various steps. But in more strict use, the decision is separately spoken of, and called an “award,” and the “arbitration” denotes only the submission and hearing.

²⁷ สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. ข้อมูลทั่วไปของหน่วยงาน. 9 มีนาคม 61. จาก <http://www.tai.coj.go.th/about.html>

เสาวนีย์ อัสวโรจน์²⁸ ได้อธิบายว่า “การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของคนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในการพิจารณาและคู่กรณีผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ”

อนันต์ จันทโรภากร²⁹ ได้อธิบายว่า “การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นกลางเข้ามาเกี่ยวข้องกับไม่ว่าจะคนเดียวหรือหลายคน บุคคลที่สามดังกล่าวนี้ได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนี้จะต้องพิจารณาคดีและทำคำวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทว่าคู่พิพาทฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจึงต่างกับการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทในแง่มนี่”

ธวัชชัย สุวรรณพานิช³⁰ ได้อธิบายคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ไว้โดยสรุปว่า “ไม่มีคำจำกัดความใดเลยที่สมบูรณ์พอที่จะอธิบายกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เรียกว่า การอนุญาโตตุลาการ แต่ก็พอจะบอกได้ว่า การอนุญาโตตุลาการ โดยความสมัครใจนั้นควรต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ ได้แก่

- 1) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเอกชนที่เกิดจากสัญญา
- 2) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เคารพเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ
- 3) ต้องมีข้อพิพาท
- 4) ข้อพิพาทต้องระงับลงด้วยการตัดสินชี้ขาด
- 5) คำตัดสินหรือคำชี้ขาดนั้นต้องเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาทตามกฎหมาย”

ดังนั้น จากความหมาย คำจำกัดความ รวมถึงคำอธิบายดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” จากลักษณะบ่งเกิดการอนุญาโตตุลาการ และ

²⁸เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 9.

²⁹อนันต์ จันทโรภากร. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท : การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558. หน้า 75.

³⁰ธวัชชัย สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. 2558. หน้า 6–16.

หลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญของการอนุญาโตตุลาการได้เป็น 2 ประเภท คือ การอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย และการอนุญาโตตุลาการโดยสัญญา

2.1.2 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ

2.1.2.1 การอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย

การอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย(Mandatory Arbitration) หมายถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าหากเกิดข้อพิพาทใดๆ ให้เสนอข้อพิพาทต่อบุคคลที่สามตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท และเมื่อมีคำชี้ขาดคู่กรณีพิพาทไม่สามารถนำข้อพิพาทที่มีการชี้ขาดแล้วฟ้องต่อศาลได้

การอนุญาโตตุลาการ โดยกฎหมายนี้ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีพิพาท แต่กฎหมายกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎหมายดังกล่าวต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ทำให้การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ไม่มีสัญญา เพราะไม่จำเป็นต้องทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาทสามารถเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ทันที

การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้มักไม่อยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากกฎหมายที่บังคับให้ต้องเสนอข้อพิพาทนั้นๆต่ออนุญาโตตุลาการมักจะบัญญัติวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะแล้ว หรือหากไม่มีกรบัญญัติวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไว้ก็มักจะให้นำกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม³¹

นอกจากนี้ในบางครั้งอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อาจใช้ชื่อเรียกอย่างอื่นแทนคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ก็ได้ เช่น คณะกรรมการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและการดำเนินคดี (กยพ.) ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและการดำเนินคดี พ.ศ. 2561 เป็นต้น

ตัวอย่างการอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย เช่น

1) การอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514

มาตรา 55 บัญญัติว่า “ในกรณีจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายเป็นการด่วน พนักงาน เจ้าหน้าที่หรือผู้รับสัมปทานมีอำนาจผ่านหรือเข้าไปในที่ดินหรือสถานที่ของบุคคลใด

³¹ รัชชัช สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. หน้า 20 - 21.

เพื่อตรวจ ซ่อมแซม หรือแก้ไขท่อส่งปิโตรเลียมในเวลาใดๆ ได้ แต่ต้องแจ้งให้เจ้าของหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินหรือสถานที่นั้นทราบโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้

ถ้าการผ่านหรือเข้าไปในที่ดินหรือสถานที่ตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย เจ้าของผู้มีสิทธิครอบครองหรือผู้ทรงสิทธิอื่นใดในที่ดินหรือสถานที่นั้น มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้รับสัมปทาน และถ้าไม่สามารถตกลงกันถึงจำนวนค่าเสียหายได้ ให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ”

2) การอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ และการดำเนินคดี พ.ศ. 2561

ข้อ 11 กำหนดว่า “เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ ให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องแจ้งข้อเรียกร้อง หรือข้อโต้แย้งสิทธิไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง โดยระบุให้ทราบถึงข้อเท็จจริงและข้อเรียกร้อง หากคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเห็นว่ามีพยานหลักฐานว่าตนต้องรับผิดชอบ และไม่คิดใจโต้แย้งในเรื่องจำนวน ค่าเสียหาย ให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องดำเนินการตามข้อเรียกร้อง หรือชำระค่าเสียหายให้แก่คู่กรณี ฝ่ายที่เรียกร้องให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว”

ข้อ 12 กำหนดว่า “ในกรณีที่มีข้อพิพาทตามข้อ 11 ไม่อาจยุติได้ภายในเวลาอันสมควรเนื่องจากคู่กรณี ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องปฏิเสธหรือไม่ยอมชำระหนี้ ให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเสนอข้อพิพาทไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดภายในอายุความหรือกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี เพื่อพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป

หนังสือเสนอข้อพิพาทไปยังสำนักงานอัยการสูงสุด ให้ลงนามโดยบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ในกรณีที่มอบอำนาจให้ผู้อื่นกระทำการแทน จะต้องมียุทธการมอบอำนาจ แสดงประกอบด้วย

เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเสนอข้อพิพาทไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดภายในอายุความหรือ กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ห้ามมิให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องยกอายุความหรือกำหนดระยะเวลา การฟ้องคดีขึ้นต่อสู้ในภายหลัง

เพื่อประโยชน์ในการนับอายุความหรือกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามวรรคสาม ในกรณีส่งหนังสือเสนอข้อพิพาททางไปรษณีย์ ให้กระทำโดยวิธีส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน และให้ถือว่าวันที่ส่งหนังสือเสนอข้อพิพาทแก่เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์เป็นวันที่ยื่นหนังสือเสนอข้อพิพาทต่อสำนักงานอัยการสูงสุด

ให้นำความในข้อนี้มาใช้บังคับแก่กรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง
ได้ใช้สิทธิเรียกร้องแย้งด้วยโดยอนุโลม”

ข้อ 13 กำหนดว่า “เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดได้รับหนังสือเสนอ
ข้อพิพาทจากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องแล้ว ให้พิจารณามีหนังสือแจ้งข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่
เรียกร้องไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเพื่อให้ชี้แจงแก่ข้อเรียกร้องดังกล่าว ในกรณีนี้ให้คู่กรณีฝ่ายที่
ถูกเรียกร้องชี้แจงข้อเท็จจริงและเหตุผลว่าจะรับหรือปฏิเสธความรับผิดชอบตามที่ถูกเรียกร้องภายใน
ระยะเวลาที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมิได้ชี้แจงข้อเท็จจริง
และเหตุผลภายในระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง โดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้ถือว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง
สละสิทธิในการชี้แจงข้อเท็จจริงและเหตุผลเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ถูกเรียกร้อง และให้สำนักงาน
อัยการสูงสุดดำเนินการต่อไป”

ข้อ 14 กำหนดว่า “ในการพิจารณาระงับข้อพิพาท ให้สำนักงาน
อัยการสูงสุดเปิดโอกาสให้คู่กรณีรับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ รวมทั้งชี้แจง
และแสดงพยานหลักฐานประกอบข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนตามควรแก่กรณี”

ข้อ 15 กำหนดว่า “ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ย
ให้คู่กรณีได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาท”

ข้อ 16 กำหนดว่า “เมื่ออัยการสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิด
ตามข้อเรียกร้องในข้อพิพาทเรื่องใดแล้ว ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัย
ให้คู่กรณีทราบ เพื่อให้คู่กรณีได้มีโอกาสเจรจาตกลงกันหรือแสดงเหตุผลโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าว
และให้คู่กรณีแจ้งผลการเจรจาตกลง หรือเหตุผลโต้แย้งคำวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่สำนักงาน
อัยการสูงสุดกำหนด

ในกรณีที่คู่กรณีทุกฝ่ายเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุด
ให้คำวินิจฉัยนั้นเป็นอันยุติและผูกพันคู่กรณี และให้คู่กรณีถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุด
ดังกล่าวต่อไป

ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าคู่กรณีทุกฝ่ายเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของ
อัยการสูงสุดภายในระยะเวลาที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง หรือคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้แสดงเหตุผล
โต้แย้งคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุด แล้วแต่กรณี ให้สำนักงานอัยการสูงสุดเสนอข้อพิพาท
ดังกล่าวต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาชี้ขาดต่อไป”

ข้อ 17 กำหนดว่า “เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาข้อพิพาทของ
คู่กรณีและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นประการใดแล้ว ให้คำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นที่สุด และให้สำนักงาน
อัยการสูงสุดมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวให้คู่กรณีทราบ ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่

คณะกรรมการ ได้รับรองมติเกี่ยวกับข้อพิพาท เพื่อให้คู่กรณีถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวต่อไป

เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดได้แจ้งคำวินิจฉัยชี้ขาดให้คู่กรณีทราบแล้ว หากปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการภายในเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยชี้ขาด ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งให้สำนักงานอัยการสูงสุดทราบ

เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดได้รับแจ้งตามวรรคสองแล้ว ให้มีหนังสือแจ้งเตือนคู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าว หากคู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตาม ให้มีหนังสือเสนอให้ประธานกรรมการมีหนังสือถึงรัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือผู้มีอำนาจกำกับหรือควบคุมดูแล หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นเพื่อแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าว และหากยังคงเพิกเฉยอยู่อีกให้ประธานกรรมการเสนอเรื่องต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรต่อไป”

ข้อ 18 กำหนดว่า “ในกรณีที่คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการ อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกซึ่งไม่อาจยุติได้ในฝ่ายบริหาร คณะกรรมการ จะไม่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้”

ข้อ 19 กำหนดว่า “การทบทวนคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการ จะกระทำได้เมื่อมีพยานหลักฐานใหม่ อันสำคัญและไม่อาจเสนอได้ก่อนการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการ”

ข้อ 20 กำหนดว่า “ให้สำนักงานอัยการสูงสุดจัดทำรายงานสรุป คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบทุกหกเดือน”

2.1.2.2 การอนุญาโตตุลาการโดยสัญญา

การอนุญาโตตุลาการ โดยสัญญา (Contractual Regime Arbitration) หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันด้วยความสมัครใจว่าจะเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อบุคคลที่สาม ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้ระงับข้อพิพาท และคู่กรณีพิพาทตกลงยินยอมที่จะผูกพันตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น และอาจจำแนกหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ ได้ดังนี้

1) สัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยหลักมักจะมีลักษณะเป็น “สัญญา” ที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาและการให้ความยินยอมด้วยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาท ซึ่งตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต การตกลงนี้อาจตกลงกันเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรือตกลงกันเป็นสัญญาข้อหนึ่งไว้ก่อนในสัญญาหลักว่า

ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญานั้นจะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หรือคู่กรณีพิพาทจะทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลักก็ได้³²

2) อนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้มีการบัญญัติความหมายของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ไว้เป็นการเฉพาะ ได้บัญญัติไว้เพียงความหมายของคำว่า “คณะอนุญาโตตุลาการ” ในมาตรา 5 หมายความว่า อนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือ อนุญาโตตุลาการหลายคน

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554³³ ได้ให้ความหมายคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” หมายความว่า บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระตัดสินในข้อพิพาท

สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ได้ให้ความหมายคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” หมายความว่า บุคคลภายนอกที่เป็นกลางและเป็นอิสระไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทของตน เช่น แต่งตั้งวิศวกรเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินข้อพิพาทของงานก่อสร้าง เป็นต้น

เสาวนีย์ อัสวโรจน์³⁴ ได้อธิบายว่า “อนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี”

อย่างไรก็ตาม จากความหมายดังกล่าวข้างต้น อาจอธิบายความหมายของอนุญาโตตุลาการตามหลักเกณฑ์สำคัญของอนุญาโตตุลาการ ได้ดังนี้³⁵

(1) เป็นบุคคลธรรมดา เนื่องด้วยในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำโดยการใช้ดุลยพินิจ เมื่อก้าวถึงลักษณะของการใช้ดุลยพินิจดังกล่าวแล้ว ตามปกติการใช้ดุลยพินิจเกิดขึ้นได้กับบุคคลธรรมดาเท่านั้นและไม่อาจเกิดขึ้นได้กับนิติบุคคลด้วยเหตุที่นิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นในทางกฎหมายเพื่อให้มีสิทธิ

³²เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 9.

³³สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. ข้อมูลทั่วไปของหน่วยงาน. 9 มีนาคม 61. จาก <http://www.tai.coj.go.th/about.html>

³⁴เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 118.

³⁵รัชชัช สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. หน้า 130-131.

หน้าที่ และความรับผิดชอบบางประการในทางกฎหมายเท่านั้น โดยที่นิติบุคคลไม่มีความรู้สึกนึกคิด เหนือเช่นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลจึงไม่อาจใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้จากเหตุผลดังกล่าวจึงกล่าวได้ว่าบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ นิติบุคคลไม่อาจเป็นอนุญาโตตุลาการได้

(2) เกิดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกัน ให้ใช้การอนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดข้อขัดแย้งตามสัญญาแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ สัญญาอนุญาโตตุลาการถือเป็นบ่อเกิดของอำนาจอนุญาโตตุลาการ แม้จะมีการดำเนินการในการอนุญาโตตุลาการต่อมาก็ตามก็ไม่อาจจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ เพราะไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้

(3) ต้องมีความเป็นกลาง โดยบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องมีความเป็นกลางตามหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ ต้องไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียกับข้อพิพาท เพื่อป้องกันการเกิดอคติต่อคู่กรณีพิพาท

(4) มีหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท หน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการถือเป็นสาระสำคัญที่ทำให้การอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมยอมความ กล่าวคือ การไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมยอมความ เป็นกระบวนการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีพิพาทซึ่งอาจมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ได้ โดยผลของการไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีพิพาทต่างยอมลดละผ่อนผันความต้องการของตนเองบางส่วนลงเพื่อให้ข้อขัดแย้งอันเป็นข้อพิพาทนั้นยุติลง ผลของการไกล่เกลี่ยและผลของการประนีประนอมยอมความจึงมักสมประโยชน์และเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีพิพาท แต่การชี้ขาดข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียกับคู่กรณีพิพาทเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยผลของคำชี้ขาดเป็นไปตามพยานหลักฐานที่คู่กรณีพิพาทได้มีการนำเสนอประกอบการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้เกิดจากการที่คู่กรณีพิพาทต่างยอมลดละผ่อนผันความต้องการของตนเองบางส่วนลง ผลของคำชี้ขาดจึงมักไม่สมประโยชน์และเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีพิพาท³⁶ ดังนั้น การทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องไม่ใช่แต่เพียงการเจรจาไกล่เกลี่ยเท่านั้น อนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท จะไม่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทไม่ได้

(5) อาจมีคนเดียวหรือหลายคน อนุญาโตตุลาการอาจมีคนเดียวหรือมากกว่า 1 คน เพื่อทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้ ขึ้นอยู่กับการตกลงกันของคู่กรณีพิพาท

³⁶ประสิทธิ์ ดวงตะวงษ์, *เปรียบเทียบการระงับข้อพิพาทประเภทต่างๆ*, 27 เมษายน 2561.

3) วิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ โดยหลักการจะเป็นไปตามกฎหมายที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ แต่ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้วิธีพิจารณาจะอยู่ในดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องจัดให้วิธีพิจารณาเป็นไปด้วยความยุติธรรม กล่าวคือ ต้องให้โอกาสคู่กรณีพิพาทอย่างเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานของแต่ละฝ่าย เพื่อพิสูจน์ข้ออ้างและข้อโต้แย้งของตน³⁷

4) คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการได้พิจารณาพยานหลักฐานที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้นำเสนอเพื่อพิสูจน์ข้ออ้างและข้อโต้แย้งของตนจนเสร็จสิ้นแล้ว อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยทำเป็นคำชี้ขาด ในการนี้คู่กรณีพิพาทฝ่ายชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่กรณีพิพาทฝ่ายแพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้ ไม่ว่าจะเป็คำชี้ขาดที่ให้กระทำการ จดเว้นกระทำการ หรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ทั้งนี้ ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายแพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดคู่กรณีพิพาทฝ่ายชนะย่อมบังคับตามคำชี้ขาดได้โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่อยู่ในเขตอำนาจได้

2.1.3 รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการนั้น โดยปกติคู่กรณีพิพาทสามารถดำเนินการได้ 2 รูปแบบ คือ การอนุญาโตตุลาการแบบใช้บริการของสถาบัน กับการอนุญาโตตุลาการแบบทำกันเอง

2.1.3.1 การอนุญาโตตุลาการแบบใช้บริการของสถาบัน

การอนุญาโตตุลาการแบบใช้บริการของสถาบัน (Institutional Arbitration) หมายถึง การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้การบริหารจัดการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง³⁸ ซึ่งการอนุญาโตตุลาการแบบใช้บริการของสถาบันนี้อาจเกิดขึ้นในกรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันให้ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการต่างๆ³⁹ ซึ่งปัจจุบันสถาบันที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการมีอยู่

³⁷เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 10.

³⁸อนันต์ จัทธโรภากร. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ. หน้า 108.

³⁹เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 41.

เป็นจำนวนมากในแต่ละประเทศทั่วโลก รวมถึงในประเทศไทย ตัวอย่างการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย เช่น

- 1) สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม หรือ TAI (Thai Arbitration Institute)⁴⁰
- 2) สถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือ THAC (Thailand Arbitration Center)⁴¹
- 3) สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงาน คปภ. การระงับข้อพิพาทด้านประกันภัย⁴²
- 4) สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สมาคมประกันวินาศภัยไทย⁴³
- 5) สถาบันอนุญาโตตุลาการ หอการค้าไทย และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย⁴⁴ เป็นต้น

สถาบันที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ มักจะมีข้อบังคับกฎเกณฑ์เป็นของตนเอง รวมทั้งอาจมีทะเบียนรายชื่อของบุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และชำนาญเฉพาะด้านต่างๆ เช่น ด้านกฎหมาย ด้านงานก่อสร้าง ด้านการค้า ด้านการลงทุน ด้านการแพทย์ ด้านวิศวกรรม เป็นต้น

นอกจากนี้ในบรรดาสถาบันที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้ยังมีการแบ่งย่อยอีกโดยออกเป็น 2 ประเภท คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

- 1) สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สถาบันอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ส่วนใหญ่จะก่อตั้งโดยความร่วมมือระหว่างรัฐบาล องค์กรระหว่างประเทศ หรือภาคเอกชนจากประเทศต่างๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในทางการค้าและการ

⁴⁰สถาบันอนุญาโตตุลาการ. สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. 30 เมษายน 2561. จาก <http://www.tai.coj.go.th>

⁴¹สถาบันอนุญาโตตุลาการ. THAC (Thailand Arbitration Center). 30 เมษายน 2561. จาก <http://thac.or.th>

⁴²สถาบันอนุญาโตตุลาการ. สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย(คปภ.). 30 เมษายน 2561. จาก <http://www.oic.or.th/th/consumer/law/arbitration>

⁴³สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. สมาคมประกันวินาศภัยไทย. 30 เมษายน 2561. จาก https://www.tgia.org/arbitration/vision-TH_11

⁴⁴อนุญาโตตุลาการ. หอการค้าไทย และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย. 30 เมษายน 2561. จาก <https://www.thaichamber.org/th/home/mainpage/3/10>

ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยที่สถาบันเหล่านี้จะไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของประเทศใดประเทศหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ICSID (International Center for the Settlement of Investment Disputes) สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้น โดยกฎหมายระหว่างประเทศจากความร่วมมือระหว่างรัฐ ในรูปแบบอนุสัญญาซึ่งพิจารณาเฉพาะข้อพิพาทที่มีคู่กรณีพิพาทเป็นรัฐฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นเอกชนเท่านั้น ICC (International Chamber of Commerce) สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งเสริมการค้าและความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งให้บริการเกี่ยวกับการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ BIR (Bureau International de la Recuperation) สถาบันระหว่างประเทศที่เน้นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับคุณภาพสินค้า และมาตรฐานของสินค้า เป็นต้น

2) สถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เป็นสถาบันที่มีสำนักงานตั้งอยู่ภายในประเทศและไม่มีเครือข่ายการให้บริการในประเทศอื่น ซึ่งโดยส่วนมากในแต่ละประเทศจะมีสถาบันที่ให้บริการในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ อาทิ AAA (American Arbitration Association) ฯลฯ โดยที่สถาบันเหล่านี้อาจก่อตั้งขึ้นโดยภาครัฐหรือภาครัฐให้การสนับสนุนด้านงบประมาณหรืออาจก่อตั้งขึ้นโดยภาคเอกชนก็ได้ ขึ้นอยู่กับระบบเศรษฐกิจและการเมืองของประเทศนั้นๆ เช่น ประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีมักจะมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ก่อตั้งขึ้นโดยภาคเอกชน เนื่องจากในด้านการเงินและการบริหารจัดการมีความคล่องตัวและมีความเป็นอิสระสูง หรือประเทศที่มีระบบการปกครองแบบสังคมนิยมมักจะมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ก่อตั้งขึ้นโดยภาครัฐ เป็นต้น

2.1.3.2 การอนุญาโตตุลาการแบบที่คู่กรณีพิพาทดำเนินการกันเอง

การอนุญาโตตุลาการแบบที่คู่กรณีพิพาทดำเนินการกันเอง (Ad Hoc Arbitration) การอนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้เป็นการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้บริการของสถาบันที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีพิพาทประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบบที่คู่กรณีพิพาทดำเนินการกันเองและใช้วิธีพิจารณาต่างๆตามที่ตกลงกันเอง ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ สถานที่พิจารณาข้อพิพาท และวิธีพิจารณาข้อพิพาท⁴⁵

⁴⁵วรนนท์ ชมบุญ. การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร. หน้า 20-23.

2.2 วิวัฒนาการของการอนุญาตตุลาการ

การอนุญาตตุลาการมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่ง คือเกิดขึ้นก่อนศาล เพราะเหตุที่ในสังคมยุคเริ่มแรกมนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคมยังไม่มีการจัดระเบียบรูปแบบการอยู่ร่วมกันดังเช่นในยุคปัจจุบันที่มีการแบ่งแยกอำนาจเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยของสังคมออกเป็นหลายฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ แต่ต่อมาเมื่อมนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคมมากขึ้นและมีการติดต่อกันมากขึ้นและในหลายๆครั้ง เกิดความขัดแย้งบาดหมางระหว่างกัน เมื่อความขัดแย้งไม่สามารถเจรจายุติกันได้ระหว่างคู่กรณี วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการอย่างไม่เป็นทางการจึงเกิดขึ้นจากการที่ผู้ใหญ่ซึ่งเป็นที่เคารพนับถือของชุมชนหรือสังคมเป็นผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร ซึ่งบุคคลที่มีหน้าที่ไกล่เกลี่ย ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนี้เองคือ “อนุญาตตุลาการ”⁴⁶

การใช้การอนุญาตตุลาการ มีหลักฐานยืนยันว่าชาวสุเมเรียในดินแดนเมโสโปเตเมีย ซึ่งเป็นดินแดนในประเทศอิรักในปัจจุบันเป็นสังคมแรกที่มีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ โดยขณะนั้นเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐในเรื่องของเขตแดนและในเรื่องของสัญญา

ต่อมาในยุคโรมันมีหลักฐานปรากฏว่ามีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาทเรื่องเขตที่ดินข้างเคียงไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสิบสองโต๊ะ โดยบัญญัติไว้ในโต๊ะที่ 7 ว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์ ในมาตรา 5 ซึ่งกำหนดให้การตั้งอนุญาตตุลาการต้องเป็นการตั้งจากคนกลางอย่างน้อย 3 คน เพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในกรณีที่คู่พิพาทสมัครใจให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ แต่ในช่วงหลังเพื่อควบคุมกิจการค้าขายของประชาชนได้มีการปรับเปลี่ยนให้การอนุญาตตุลาการจากเดิมที่จะมีขึ้นได้ด้วยความสมัครใจของคู่พิพาทนั้นกลายเป็นบังคับภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐ

หลังจากอนุญาตตุลาการได้รับความนิยมแพร่หลายเป็นอย่างมากในหมู่พ่อค้าและสมาคมการค้าทั้งในระดับประเทศ และระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีการทำการค้ากับต่างประเทศอย่างกว้างขวาง ในปี ค.ศ. 1697 ทำให้เกิดกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น ในขณะเดียวกันประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรป ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรเรื่อยมาไว้ในกฎหมายต่างๆ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1806 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1865

⁴⁶ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาตตุลาการ. หน้า 18.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี ค.ศ. 1877 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสวีเดน ค.ศ. 1877 เป็นต้น

ในส่วนของการอนุญาโตตุลาการในกลุ่มประเทศอาเซียน จากการศึกษาข้อมูลทางวิชาการพบว่า มาเลเซียเป็นประเทศแรกที่มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมาใช้ โดยมีการจัดตั้งเป็นสถาบันระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะที่เป็นอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่มีรูปแบบเป็นทางการตามกฎหมายขึ้น มีชื่อว่า “Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration” เมื่อปี พ.ศ. 2516 โดยมี The Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO) เป็นองค์กรหลักที่ให้การสนับสนุน และต่อมาได้ปรากฏข้อมูลทางวิชาการว่าประเทศสิงคโปร์ก็ได้มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมาใช้เช่นกัน โดยประเทศสิงคโปร์ได้มีการร่างกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเสนอต่อรัฐสภาเมื่อวันที่ 25 กันยายน 2537 และประกาศบังคับใช้เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2537 พร้อมกันนี้ได้มีการก่อตั้งสถาบัน “SIAC” สำหรับการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ และได้มีการพัฒนาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเรื่อยมา จนกระทั่งปัจจุบันประเทศสิงคโปร์ถือได้ว่าเป็นหนึ่งในกลุ่มประเทศอาเซียนที่ประสบความสำเร็จทางด้านการอนุญาโตตุลาการที่นักลงทุนทางการค้าในระดับโลกเข้ามาใช้สำหรับการระงับข้อพิพาท⁴⁷

2.3 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา โดยปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกคือ พระไอยการลักษณะตราการ จุลศักราช 1068 โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายมนุษยธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดีย จนกระทั่งสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกจึงโปรดเกล้าให้ชำระกฎหมายและคัดลอกมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการจะถูกรวมอยู่ร่วมกับตราการอื่นๆ โดยใช้คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” และมีการอธิบายจำกัดความไว้ว่า อนุญาโตตุลาการ หมายถึง บุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งกันเองให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนและยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีจะบังคับให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบต่อตนมิได้ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมถึงที่สุด คู่กรณีจะอุทธรณ์คำชี้ขาดนั้นมิได้

⁴⁷ ทัศยา นุ่นแจ่ม. *ศึกษาระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เปรียบเทียบ : ประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย* (สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, กรุงเทพมหานคร. 2552. ใน *วิวัฒนาการของอนุญาโตตุลาการในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้. THAC Thailand Arbitration Center*. 12 เมษายน 2561. จาก <http://thac.or.th/2017/11/28/28112017/>

ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้มีการบังคับใช้เรื่อยมา จนได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งมีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้ทัดเทียมกับกฎหมายของประเทศมหาอำนาจตะวันตก โดยมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการอยู่ในหมวดที่ 19 มาตรา 116–121 ซึ่งกำหนดให้มีหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตโตตุลาการสำหรับคดีในศาลชั้นต้น

กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการดังกล่าวได้มีการพัฒนาเรื่อยมาจนกระทั่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 แต่มิได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) ในส่วนของบทบัญญัติการอนุญาตโตตุลาการเดิม เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 เป็นเพียงการเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องของเหตุอุทธรณ์คำพิพากษาชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ 2 ประการ คือ ให้อุทธรณ์ได้ในกรณีที่อนุญาตโตตุลาการทุจริต และคำชี้ขาดนั้นมีได้เป็นไปโดยสุจริต

ต่อมาเมื่อมีการติดต่อค้าขาย มีการลงทุนทำกิจการต่าง ๆ เนื่องจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจทั้งในประเทศและระหว่างประเทศมากขึ้น ในปี พ.ศ. 2478 จึงได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 แทนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) โดยมีการปรับปรุงเพิ่มเติมในส่วนคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการและการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการไว้เป็นกิจลักษณะ ในภาค 2 หมวด 3 ตั้งแต่มาตรา 210-222 โดยมาตรา 210-220 เป็นการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตโตตุลาการในชั้นศาล ส่วนมาตรา 221-222 บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเกี่ยวกับการอนุญาตโตตุลาการนอกศาล ตั้งแต่มาตรา 221-222⁴⁸

ทั้งนี้ จากข้อบัญญัติดังกล่าวก็ยังคงมีข้อบกพร่องในการบังคับใช้จากการที่ประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตโตตุลาการหลายฉบับ ส่งผลให้มีความจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้เรื่อยมาเป็นเวลาเกือบ 50 ปี จนกระทั่งสภาพสังคมและเศรษฐกิจมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ทำให้ข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เกิดความล้าหลัง และไม่เอื้ออำนวยต่อ

⁴⁸อนันต์ จัทธโรภากร. *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทอนุญาตโตตุลาการ*. หน้า 77-80.

การอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นที่มาทำให้ประเทศไทยต้องมีกร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 และได้มีการบังคับใช้มาจนกระทั่งปัจจุบัน⁴⁹

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติภายหลังการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้ว ยังคงเกิดปัญหาในการบังคับใช้การอนุญาตตุลาการในสัญญาของรัฐ ทำให้ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาได้มีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเป็นระยะ ดังต่อไปนี้

1) วันที่ 27 มกราคม 2547 คณะรัฐมนตรี ได้มีมติเรื่อง “การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน” โดยสรุปประเด็นข้อเสนอและความคิดเห็นประเด็นสำคัญของมติว่า⁵⁰

“(1) สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวส่งไปยังศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม อีกทั้ง สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในประเทศไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาโดยให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาและความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป

(2) สัญญาหลักที่ใช้บังคับในระหว่างคู่สัญญาให้จัดทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศ ควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น

(3) ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา”

2) วันที่ 4 พฤษภาคม 2547 คณะรัฐมนตรี ได้มีมติเรื่อง “มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน” โดยสรุปประเด็นข้อเสนอและความคิดเห็นประเด็นสำคัญของมติว่า⁵¹

“มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 ที่กำหนดให้สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป โดยสัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย

⁴⁹ นวตนา อภิบาลศรี. ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการในสัญญาสัมปทาน (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี, ชลบุรี. 2556. หน้า 11-15.

⁵⁰ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน. 22 สิงหาคม 2561. จาก <http://www.cabinet.soc.go.th>

⁵¹ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อ 4 พฤษภาคม 2547 เรื่อง มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน. 14 ธันวาคม 2561. จาก <http://www.cabinet.soc.go.th>

ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น และควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญานั้น มีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำ "สัญญาสัมปทาน" เท่านั้น”

3) วันที่ 28 กรกฎาคม 2552 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยสรุปประเด็นข้อเสนอและความคิดเห็นประเด็นสำคัญของมติว่า⁵²

“การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่างๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐที่ได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการอนุญาตโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดเชยค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงมีมติให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ 1 จากเดิมว่า "1. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาตโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป" เป็น "ข้อ 1. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาตโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป”

4) วันที่ 7 ธันวาคม 2553 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเรื่อง การทบทวนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน โดยสรุปประเด็นข้อเสนอและความคิดเห็นประเด็นสำคัญของมติว่า

“1. รับทราบผลการหารือร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐ เอกชน และนักวิชาการเกี่ยวกับการทบทวนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน) โดยสรุป คือ ให้จำกัดประเภทของข้อพิพาทที่ควร หรือไม่ควรใช้วิธีอนุญาตโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เช่น ข้อพิพาททางปกครอง ขนาดของโครงการ แหล่งเงินของโครงการ เป็นต้น ซึ่งอาจเกิดปัญหาในการตีความในทางปฏิบัติตามมาได้ และเปิดกว้างให้สัญญาระหว่างรัฐและเอกชน

⁵² สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน. 22 สิงหาคม 2561. จาก <http://www.cabinet.soc.go.th>

สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการได้ แต่หากสัญญาทางปกครองหรือสัญญาสัมปทานใดที่รัฐเห็นว่าจะกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะหรือความมั่นคงของประเทศแล้ว อาจพิจารณาสงวนสิทธิ์ในการไม่ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญา โดยนำเสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นกรณีไปซึ่งจะช่วยสร้างภาพลักษณ์ของประเทศ และสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุน ทั้งนี้ มอบหมายให้สำนักงาน ก.พ. เป็นหน่วยงานรับผิดชอบหลัก โดยร่วมกับกระทรวงยุติธรรมและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการเสริมสร้างขีดความสามารถของบุคลากรด้านกฎหมายของหน่วยงานต่างๆ และการพัฒนาระบบการบริหารจัดการสัญญาที่มีประสิทธิภาพ ตามที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเสนอ

2. ในส่วนของการปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 มอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมเร่งรัดการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2553 [เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.] ที่ให้กระทรวงยุติธรรมรับไปพิจารณาหาแนวทางการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการและมาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดจากการทำสัญญา การบริหารสัญญาและการตั้งอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทของสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ให้แล้วเสร็จโดยเร็วภายใน 2 เดือน แล้วให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป⁵³

5) วันที่ 14 กรกฎาคม 2558 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) โดยสรุปประเด็นข้อเสนอและความคิดเห็นประเด็นสำคัญของมติว่า

“1. ให้แก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ 1 จากเดิม “สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป” เป็น “สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็กรณีดังต่อไปนี้

(1) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

(2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน

⁵³ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2553 เรื่อง การทบทวนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน. 22 สิงหาคม 2561. จาก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=225853

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป”

2. สำหรับสัญญาใดที่ส่วนราชการต้องเสนอคณะรัฐมนตรีตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และสัญญามีข้อระบุให้ใช้อนุญาโตตุลาการโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ สัญญานั้นยังคงต้องเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วย⁵⁴

อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากมติคณะรัฐมนตรีข้างต้น เพื่อขับเคลื่อนการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุมคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ครั้งที่ 1/2557 เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2557 ที่มี พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา ผบ.ทบ. ในฐานะหัวหน้า คสช. เป็นประธาน ได้ให้ความเห็นชอบในการอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับรัฐบาลในอดีต โดยที่ประชุม คสช. ให้ความเห็นชอบให้ใส่ข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเงินกู้ของ บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) ได้ สืบเนื่องจากที่ บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) ขอดำเนินโครงการจัดหาเงินกู้เพื่อเสริมสภาพคล่องของบริษัทและการค้าประกัน สำหรับการจัดหาเงินกู้เพื่อชำระค่าเครื่องบิน โบอิง 777—00 ER ซึ่งในสัญญาระบุไว้ว่า จะต้องใส่ข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการที่เป็นไปตามมติ ครม.เป็นครั้งๆ ไป ในการนี้ตามข้อเสนอคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นชอบให้กระทรวงการคลังและกระทรวงคมนาคมใส่ข้อกำหนดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ กรณีที่เกิดการพิพาทให้เจรจาระหว่างคู่กรณีได้ ไม่จำเป็นต้องนำเรื่องเข้าสู่ศาล เนื่องจากเห็นว่าเป็นสัญญาตามมาตรฐานสากล⁵⁵

2.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

ด้วยรายงานวิจัยนี้เป็นกรณีการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาจากการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ซึ่งเป็นปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาท

⁵⁴ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน). 22 สิงหาคม 2561 จาก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99314666

⁵⁵ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. มติคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2557 เรื่อง บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) ขอดำเนินโครงการจัดหาเงินกู้เพื่อเสริมสภาพคล่องของบริษัท และการค้าประกันสำหรับการจัดหาเงินกู้เพื่อชำระค่าเครื่องบิน โบอิง 777-300 ER. 22 มีนาคม 2562 จาก <http://www.cabinet.soc.go.th>

ระหว่างรัฐกับเอกชน ที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของสาธารณะเป็นสำคัญ ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษา ทฤษฎีที่จะกล่าวต่อไปนี้มาประกอบการวิจัยเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

2.4.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ

“ทฤษฎีอำนาจรัฐ” (The Jurisdictional Theory) นำเสนอโดย เฟรดเดอริค อเล็กซานเดอร์มาน (Professor Frederick Alesander Mann) ซึ่งประเทศชิลีถือและนำไปปฏิบัติใช้ ส่วนมากเป็นประเทศที่อยู่ในระบบสังคมนิยม ที่การอนุญาตโตตุลาการดำเนินการโดยสถาบัน อนุญาตโตตุลาการซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ⁵⁶

“ทฤษฎีอำนาจรัฐ” เป็นทฤษฎีที่ให้ความสำคัญกับอำนาจของรัฐ โดยเห็นว่า รัฐมีอำนาจที่จะวางหลักเกณฑ์หรือกฎหมายเพื่อควบคุมกิจการต่างๆภายในรัฐของตน รวมถึงการบริหารงาน เพื่ออำนวยความสะดวก⁵⁷ ดังนั้น ในส่วนของทฤษฎีอำนาจรัฐกับการอนุญาตโตตุลาการจึงเห็นว่า รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจที่จะวางหลักเกณฑ์หรือกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตโตตุลาการซึ่งใช้ในรัฐของตน แม้ว่าการอนุญาตโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้จากข้อตกลงของคู่สัญญาก็ตาม ถึงกระนั้นการอนุญาตโตตุลาการ ก็เกิดขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจตามสัญญาเพียงอย่างเดียวโดยแท้จริงไม่ เพราะข้อตกลงของคู่สัญญาที่ใช้ ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตโตตุลาการไม่อาจจะมีได้โดยหากไม่มีหลักเกณฑ์หรือกฎหมาย ซึ่งรัฐกำหนดรองรับไว้ให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดแทน ศาลหรืออำนาจตุลาการซึ่งเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยได้

จึงอาจสรุปได้ว่า สภาพของการอนุญาตโตตุลาการเป็นเรื่องที่รัฐอนุญาตให้มีขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ของการอนุญาตโตตุลาการต่างๆ การตั้งอนุญาตโตตุลาการ กระบวน วิธีพิจารณา อำนาจการพิจารณา และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ ฯลฯ สิ่งเหล่านี้ ล้วนแล้วจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือกฎหมายที่รัฐกำหนดเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม จากการที่อนุญาตโตตุลาการมีอำนาจถึงตุลาการ ผลของทฤษฎี นี้จึงเป็นตัวกำหนดกรอบและสภาพอำนาจของอนุญาตโตตุลาการ เฉกเช่นศาลต้องอยู่ภายใต้

⁵⁶เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาตโตตุลาการ. หน้า 34.

⁵⁷F. A. Mann, “Lex Facit Arbitrum,” In Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders (Hague: Martinus Nijhoff, 1967) ใน สุวัฒน์ ชัยวรมุขกุล. การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติ ในกระบวนการอนุญาตโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้า ระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2552. หน้า 9-10.

หลักเกณฑ์หรือกฎหมายของรัฐนั้นใด อนุญาโตตุลาการก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติมาตรฐานของรัฐนั้น⁵⁸

2.4.2 ทฤษฎีสัญญา

“ทฤษฎีสัญญา” (The Contractual Theory) เป็นทฤษฎีที่เห็นว่า การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็น “สัญญา” เนื่องจากโดยปกติแล้วการระงับข้อพิพาทเป็นหน้าที่ของศาลหรือองค์กรตุลาการ หากแต่ประสงค์ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแตกต่างหากจากศาลเป็นการเฉพาะ คู่สัญญาหรือคู่พิพาทก็สามารถทำการตกลงกันด้วยความสมัครใจให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการแทนศาลได้ ซึ่งการตกลงกันนี้คู่สัญญาหรือคู่พิพาทสามารถที่จะกำหนดรูปแบบวิธีการของการอนุญาโตตุลาการได้อย่างอิสระ เช่น การกำหนดรูปแบบวิธีการอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาหรือคู่พิพาทจะตกลงกันให้ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือจะตั้งอนุญาโตตุลาการเองก็ได้ การกำหนดเวลาและสถานที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และการตกลงที่จะยอมรับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาหรือคู่พิพาทก็สามารถตกลงกันเองได้เช่นกัน เป็นต้น⁵⁹

ดังนั้น ด้วยเหตุที่ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาและการให้ความยินยอมด้วยความสมัครใจของคู่สัญญาหรือคู่พิพาท โดยที่ไม่มีกฎหมายใดบังคับให้ต้องกระทำการดังกล่าว จึงเป็นการชัดเจนว่าทฤษฎีนี้ปฏิเสธอำนาจรัฐที่อาจเข้าแทรกแซงต่อการอนุญาโตตุลาการ

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า ทฤษฎีนี้มีนักกฎหมายหลายท่านที่ให้การสนับสนุนแนวคิดตามทฤษฎีนี้ เช่น เจ พี นิโบเย่ (J.P. Niboyet) และศาสตราจารย์ ดร. มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke)⁶⁰

2.4.3 ทฤษฎีผสม

“ทฤษฎีผสม” (The Mixed Theory or Hybrid Theory) เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดว่าการอนุญาโตตุลาการไม่ได้อิงเพียงทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเท่านั้น กล่าวคือ แม้การอนุญาโตตุลาการ

⁵⁸ รัชชัช สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. หน้า 16-17.

⁵⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 34-35.

⁶⁰ Julian D.M. Lew. Applicable Law in International Commercial Arbitration. Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc. 1978. pp.51-61. ใน เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 34-35.

จะเริ่มเกิดขึ้นจากลักษณะของสัญญาด้วยการตกลงกันด้วยความสมัครใจของกลุ่มสัญญาหรือคู่กรณีพิพาทตามทฤษฎีสัญญา แต่การอนุญาตตุลาการก็ไม่อาจเกิดขึ้นและอยู่รอดด้วยอาศัยเพียงลักษณะของการเป็นสัญญาเท่านั้น เนื่องจากข้อตกลงของกลุ่มสัญญาที่ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการไม่อาจจะใช้ได้เลยหรือใช้ได้แต่ไม่มีประสิทธิภาพหากไม่มีหลักเกณฑ์หรือกฎหมายซึ่งรัฐกำหนดไว้ให้เอื้อต่อการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการแทนศาลตามทฤษฎีอำนาจรัฐ ดังนั้น ด้วยแนวคิดที่การอนุญาตตุลาการต้องพึ่งพาอาศัยหลักการตามทฤษฎีสัญญาและทฤษฎีอำนาจรัฐควบคู่กัน จึงเป็นที่มาของ“ทฤษฎีผสม”⁶¹

จึงอาจสรุปได้ว่า ผลของการเป็นทฤษฎีผสมนั้น ทำให้คู่สัญญาหรือคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันเกี่ยวกับรูปแบบระบบวิธีการอนุญาตตุลาการมากขึ้นเพียงใดก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายที่รัฐกำหนด เช่น การเลือกใช้กฎหมายสารบัญญัติ วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ฯลฯ

ทฤษฎีผสมได้มีการนำเสนอต่อสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute de Droit International) ในปี ค.ศ. 1952 โดย Professor Surville และได้รับการพัฒนาโดย Professor Sauser-Hall จากการให้คำนิยามคำว่า “อนุญาตตุลาการ” คือ สถาบันยุติธรรมที่มีลักษณะผสมและมีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ เกิดขึ้นจากข้อตกลงของกลุ่มสัญญาหรือคู่พิพาท และได้รับอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดจากกฎหมายของรัฐ ซึ่งต่อมาได้มีการยอมรับโดยสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 1957⁶²

2.4.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ⁶³

ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory) นำเสนอโดย Madame Rubellin Devichi ซึ่งมีแนวคิดว่า ความมีอยู่และพัฒนาการของการอนุญาตตุลาการเป็นไปตามความต้องการของวงการค้าธุรกิจระหว่างประเทศที่ต้องการความรวดเร็ว (Speedy) ยืดหยุ่น

⁶¹ ฐวัชชัย สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. หน้า 18.

⁶² F. Surville, and Arthuys. Cours Elementaire de Droit International Prive. (7th edition). Quoted in Adam Samuel. 1925. P.60. ใน สุพัฒน์ ชัยวร मुखกุล. การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2552. หน้า 16.

⁶³ อาจารย์ ฐนนาถ. ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2553. หน้า 15.

(flexible) และมีบรรยากาศที่เป็นมิตร (friendly atmosphere) คู่สัญญาจึงควรมีอิสระอย่างเต็มที่ในกระบวนการพิจารณาโดยไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง

“ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ” หรือ “ทฤษฎีความเป็นอิสระ” เป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากความต้องการของภาคเอกชน โดยเฉพาะภาคธุรกิจ ด้วยเหตุที่นักธุรกิจได้เล็งเห็นความสำคัญในเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่มีความสะดวกและเหมาะสมต่อลักษณะของธุรกิจ จากการที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทมีเสรีภาพในการกำหนดรูปแบบวิธีการของการอนุญาตไต่สวนการได้อย่างอิสระ⁶⁴ ตั้งแต่การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท การกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการ รูปแบบวิธีการเหล่านี้ต่างมิได้เกิดจากสัญญาหรืออำนาจของรัฐ แต่เป็นผลที่เกิดขึ้นจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของการอนุญาตไต่สวนการเพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปด้วยความเรียบร้อย

กล่าวโดยสรุป คือ ทฤษฎีความเป็นเอกเทศยึดถือหลักการว่าการอนุญาตไต่สวนการจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประเทศใดๆ คู่กรณีอาจตกลงเลือกระบบกฎหมายภายในของรัฐใดก็ได้ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจารีตประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติ หรือหลักความยุติธรรม โดยไม่ใช้กฎหมายเลขก็ได้

2.4.5 ทฤษฎีการมอบอำนาจ

ทฤษฎีการมอบอำนาจ (Concession Theory) ถูกนำเสนอโดย Stokes เป็นทฤษฎีที่ใช้ในกฎหมายนิติบุคคล โดยมีแนวความคิดว่า นิติบุคคลเกิดขึ้นโดยอำนาจรัฐ และอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ กล่าวคือ สภาพของนิติบุคคลเกิดขึ้นจากอำนาจรัฐซึ่งรัฐได้อนุญาตให้ราษฎรจัดตั้งขึ้น และเมื่อเกิดมีสภาพเป็นนิติบุคคลแล้วสภาพของนิติบุคคลย่อมมีอยู่และต้องเป็นไปเท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น⁶⁵

ทฤษฎีการมอบอำนาจถูกนำมาปรับใช้กับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไต่สวนการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยเห็นว่า การอนุญาตไต่สวนการและอนุญาตไต่สวนการจะเกิดขึ้นได้

⁶⁴ รัชชัช สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. หน้า 19.

⁶⁵ จิตรรา เพียรล้ำเลิศ. ความรับผิดชอบทางอาญา. ใน *แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง*, เล่มที่ 2, หน่วยที่ 10. นนทบุรี : บัณฑิตศึกษา, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2560. หน้า 10-9.

ก็แต่โดยอาศัยอำนาจของรัฐ⁶⁶ ดังนั้น เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการแล้ว การอนุญาตตุลาการนั้นจึงเป็นเรื่องของรัฐที่รัฐมอบอำนาจให้อุญาตตุลาการสามารถดำเนินการ โดยมีสถานะกึ่งตุลาการได้ และในขณะเดียวกันก็ให้อำนาจคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมาย และ หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในการอนุญาตตุลาการได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงมีผลให้อุญาตตุลาการ มีอำนาจพิจารณาและตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่สัญญาได้ และคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีที่เกี่ยวข้องให้ต้องปฏิบัติตาม



⁶⁶สุพัฒน์ ชัยวรมุขกุล. การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2552. หน้า 21-22.

บทที่ 3

เปรียบเทียบการอนุญาตไต่สวนการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ของต่างประเทศกับประเทศไทย

สัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล อาทิ สัญญาก่อสร้างอาคารปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์ของ มหาวิทยาลัยของรัฐ สัญญาก่อสร้างปรับปรุงอาคารโรงพยาบาลของรัฐ สัญญาการจัดสร้างวางท่อน้ำประปา สัญญาการก่อสร้างเขื่อน เป็นต้น⁶⁷ สัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างจึงอาจถือได้ว่าเป็นสัญญาที่มีความสำคัญต่อผลประโยชน์สาธารณะเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในกรณีที่เกิดปัญหาข้อขัดแย้งและต้องมีการระงับข้อพิพาท สัญญาทางปกครองประเภทนี้มีความจำเป็นที่ต้องอาศัยวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับลักษณะของสัญญา เนื่องจากสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและโดยส่วนใหญ่จะมีงบประมาณการก่อสร้างที่ค่อนข้างสูง อีกทั้งยังเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับงานทางเทคนิคที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อน

ปัจจุบันการอนุญาตไต่สวนการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความนิยมแพร่หลาย ไม่เพียงแต่อยู่ในกลุ่มวงการค้าและธุรกิจเท่านั้น หน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานก็ได้มีการนำการอนุญาตไต่สวนการมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างเช่นกัน ด้วยจุดเด่นของการอนุญาตไต่สวนการที่มีระบบการพิจารณาที่รวดเร็ว และสามารถเลือกอนุญาตไต่สวนการจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านได้ แต่ก็ยังพบว่าการอนุญาตไต่สวนการยังคงมีปัญหาในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติหลายประการ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไต่สวนการในประเทศไทยและกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไต่สวนการของต่างประเทศ ในเชิงเปรียบเทียบ โดยเฉพาะในประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้านธุรกิจงานก่อสร้าง

⁶⁷จิรนิติ หะวานนท์. กฎหมายปกครอง. ใน *รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2559*. เล่มที่ 9, การบรรยายครั้งที่ 6 เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2559, กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา. 2559.

งานวิจัยนี้ผู้วิจัยจึงศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ของต่างประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุที่ประเทศเหล่านี้เป็นตัวอย่าง ของประเทศที่มีความเจริญทางด้านงานก่อสร้างซึ่งอาจมีนัยสำคัญทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ดี เหมาะสม และเอื้อต่อธุรกิจงานก่อสร้าง

1. สัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

เนื่องด้วยการศึกษาวิจัยนี้มีขอบเขตการศึกษาเฉพาะสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน งานวิจัยนี้จึงจะได้กล่าวถึง เฉพาะสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น

1.1 หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของ ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ถูกจัดว่าใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่าในเรื่องที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครองควรต้องใช้ระบบกฎหมาย แยกต่างหากจากระบบกฎหมายแพ่ง เนื่องด้วยฝ่ายปกครองมีสถานะเหนือกว่าเอกชน ระบบกฎหมายแพ่ง จึงควรใช้บังคับกับเอกชนเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ประเทศฝรั่งเศสจึงมีหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแยกต่างหากจากกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางแพ่ง⁶⁸

ประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้น โดยใช้หลักเรื่องการบริหาร สาธารณะออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่⁶⁹

1) สัญญาทางปกครอง (Contrats administratifs) คือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้น เพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ รวมถึงสัญญาที่กฎหมายกำหนด โดยชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หรือกำหนดว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 2001 กำหนดให้สัญญาที่สร้างขึ้นตามกฎหมายนี้เป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งหมด เป็นต้น

⁶⁸ เอกชัย อัครธีรานุภาพ. การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในกรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน (สารนิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2548. หน้า 53.

⁶⁹ Alexis Mourre. *Arbitration Guide IBA Arbitration Committee France March 2012*. Paris : Castaldi Mourre & Partners. 2012. p.2

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เว้นแต่ เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วเห็นว่าเป็นเพียงการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น

(2) กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน และมีเหตุตามที่ศาลได้เคยวางแนวทางไว้ให้ถือเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น

(1) ข้อสัญญามีลักษณะพิเศษที่ไม่พบในกฎหมายเอกชน หรือเป็นข้อสัญญาลักษณะพิเศษที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญา

(2) วัตถุประสงค์สัญญานั้นมีลักษณะเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาเกี่ยวกับการทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการสาธารณะโดยตรง เป็นต้น

(3) ผลของระบบสัญญา เช่น สัญญาที่กำหนดว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญานั้นต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบวินิจฉัยชี้ขาดก่อนจึงจะฟ้องคดีได้ เป็นต้น

(3) กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนยอมไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

2) สัญญาของฝ่ายปกครอง (Contrat de l'administration) คือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาแต่บังคับกันตามหลักกฎหมายเอกชนทั่วไป

สำหรับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส ประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติหลักการของการอนุญาโตตุลาการไว้ใน Book IV (Article 1442 et seq) of the Code of Civil Procedure (CCP) หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่มที่ 4 ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วนสำคัญ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศ ตั้งแต่มาตรา 1442 ถึง มาตรา 1503 และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตั้งแต่มาตรา 1504 ถึง มาตรา 1527 และในประมวลกฎหมายแพ่ง (CIVIL CODE) บางส่วน ได้แก่ มาตรา 2059 - 2061 และในการศึกษาวิจัยนี้จะได้อ้างถึงเฉพาะกรณีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศเท่านั้น

ในเรื่องของหลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หมวด สัญญาอนุญาโตตุลาการ (TITRE XVI OF ARBITRATION AGREEMENTS) มาตรา 2059 ซึ่งวางหลักไว้ว่า บุคคลมีสิทธิทำข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้อย่างอิสระแต่ในกรณีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองนั้น ประเทศฝรั่งเศสมีข้อจำกัดทางกฎหมายไว้เป็นกรณีพิเศษในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2060 โดยระบุหลักการ

ห้ามมิให้มีการทำสัญญาอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐ หรือในคดีพิพาทใดๆ ที่เกี่ยวข้องกันนโยบายสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้มีการยกเว้นสำหรับหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะอุตสาหกรรมหรือเชิงพาณิชย์อาจทำสัญญาอนุญาตตุลาการได้ โดยออกเป็นพระราชกฤษฎีกา

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2060 บัญญัติหลักการห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยการอนุญาตตุลาการ เข้าใจได้ว่ามีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไปในช่วงแรกจากคำพิพากษาของศาลที่สร้างขึ้นเป็นบรรทัดฐานภายใต้แนวความคิดว่ารัฐไม่อาจยินยอมให้บุคคลหรือองค์กรซึ่งมิใช่ศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐทำการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองได้ด้วยเหตุที่คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะไม่มีการสร้างหลักหรือแนวบรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีเหมือนกับศาลที่มีความแน่นอน ซึ่งอาจส่งผลให้ข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเดียวกันปรากฏการวินิจฉัยที่แตกต่างกัน ประกอบกับในคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นเป็นคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของสังคม จึงควรอยู่บนพื้นฐานของการป้องกันและรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะในชั้นสูงสุด ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเจรจาดกลงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งมีสถานะแตกต่างกับรัฐหรือปล่อยให้บุคคลเอกชนใดตัดสินใจได้นอกเหนือไปจากอำนาจศาลตามหลักกฎหมายมหาชนได้ ถึงกระนั้น ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุของฝรั่งเศส ได้มีการยกเว้นหลักกฎหมายดังกล่าวสำหรับกรณีการทำสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง โดยมาตรา 247 และมาตรา 361 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 17 เมษายน 1906 กำหนดให้ รัฐ จังหวัด และเทศบาล อาจใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการได้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคำนวณค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างงานโยธาต่างๆ⁷⁰

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้มีการออกพระราชกฤษฎีกา 2011-48 ที่ออกโดยกระทรวงยุติธรรมฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 13 มกราคม 2554 (The Decree no. 2011-48 of Justice on 13 January 2011) เป็นกรอบสำหรับกฎหมายอนุญาตตุลาการฝรั่งเศส ซึ่งอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตั้งแต่มาตรา 1442 ถึงมาตรา 1527 แทนบทบัญญัติก่อนหน้านี้ซึ่งออกบังคับใช้เมื่อปี พ.ศ. 2528

สำหรับของรูปแบบของรายละเอียดข้อตกลงให้มีการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างนั้น มาตรา 1442 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสวางหลักไว้ว่า ข้อตกลงอนุญาตตุลาการอาจอยู่ในรูปแบบของสัญญาใดสัญญาหนึ่ง ถ้ามีข้อพิพาท

⁷⁰วรนนท์ ชมบุญ. การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวินิจฉัยชั้นอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองของไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร. 2546. หน้า 57 - 64.

เกิดขึ้นจากสัญญาณนั้นจะทำให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการหรืออาจอยู่ในรูปแบบของ ข้อตกลงก็ได้ ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ คือ การที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันไว้ก่อนในสัญญาณหนึ่ง สัญญาใดที่มีอยู่ว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาณนั้นจะทำให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่กรณีพิพาทตกลงจะยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท นอกจากนี้ มาตรา 1443 ของกฎหมายเดียวกัน ยังวางหลักไว้อีกว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็น ลายลักษณ์อักษร โดยอาจมีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนการสื่อสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือ ในลักษณะของเอกสารที่มีการอ้างอิงในข้อตกลงหลักก็ได้

นอกจากนี้ ในส่วนของรายละเอียดในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น เพื่อให้มีผลบังคับ ตามกฎหมาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสกำหนดบังคับให้ต้องมีหรือควรมีการกำหนด ข้อตกลงบางประการไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังต่อไปนี้

1) มาตรา 1444 กำหนดให้ สัญญาอนุญาโตตุลาการควรจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือ อนุญาโตตุลาการหลายราย มิเช่นนั้นหากไม่มีการกำหนดไว้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส กำหนดให้นำบทบัญญัติ มาตรา 1451 ถึง มาตรา 1454 มาใช้บังคับ และ

2) มาตรา 1445 กำหนดให้ ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันจะต้องมีการแก้ไข ข้อพิพาทได้อย่างชัดเจน

จากเหตุผลข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า แม้จะปรากฏในภาพรวมว่าประเทศฝรั่งเศส ก่อนข้างจะมีการควบคุมการทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่เคร่งครัด ในลักษณะที่ห้ามใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ในการควบคุม รายละเอียดในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ก็ยังคงเป็นเพียงการ กำหนดหลักการอย่างกว้างๆเกี่ยวกับการตกลงกำหนดรายละเอียดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาทั่วไป โดยมีได้มีการกำหนดบทบัญญัติอันเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิของคู่สัญญา ในการตกลงกำหนดรายละเอียดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้สัญญาทางปกครองที่มีลักษณะอุตสาหกรรมหรือเชิงพาณิชย์หรือการพัสดุ รวมถึงสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้าง ก็ยังคงใช้แนวทางวิธีการจัดทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยมีลักษณะเช่นเดียวกับการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทั่วไป ซึ่งให้บุคคลมีสิทธิทำข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ได้อย่างอิสระที่จะสามารถตกลงกำหนดรายละเอียดอย่างไรก็ได้เป็นอันดับแรก เว้นแต่คู่สัญญา จะไม่ได้ตกลงกันไว้จึงจะให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดในลำดับถัดมา

1.2 หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ถูกจัดว่าอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนีถูกบรรจุอยู่ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 9 และมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 โดยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนีพิจารณาจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสำคัญ คู่กรณีในสัญญามิใช่หลักเกณฑ์ในการจำแนกลักษณะของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ แม้เป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน หรือมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐก็ตาม แต่หากในเนื้อหาของสาระของสัญญานั้นความสัมพันธ์ทางแพ่ง ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งดังความในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของ ค.ศ. 1976 ซึ่งวางหลักไว้ว่า สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน⁷¹ เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้วจึงอาจสรุปลักษณะของสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี ได้ดังนี้

1) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง จึงใช้หลักเกณฑ์ตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้ เช่น หลักการแสดงเจตนาในการเข้าทำสัญญา คำเสนอ คำสนอง เป็นต้น

2) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยที่มีเนื้อหาของสาระของสัญญาตามบทบัญญัติกฎหมายมหาชน

ในส่วนของหลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนีนั้น ถูกระบุไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี (Zivilprozessordnung (ZPO)) โดยมาตรา 1029 แห่งกฎหมายดังกล่าว ได้กำหนดบทนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาซึ่งคู่สัญญาคกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหาก หรือเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักก็ได้ โดยที่สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจอยู่ในรูปแบบของเอกสารที่มีการลงนามโดยคู่สัญญา เช่น จดหมาย โทรสาร โทรเลข หรือการสื่อสารโทรคมนาคมอื่นๆ ที่มีการบันทึกข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ เป็นต้น แต่ในส่วนของรายละเอียดของสัญญา

⁷¹สุนทร มณีสวัสดิ์. สัญญาทางปกครอง. ใน *แนวการศึกษาทฤษฎี 41712 กฎหมายปกครอง* ขั้นสูง. หน้า 13-13 - 13-15.

อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนีดังกล่าว นอกจาก มาตรา 1029 ที่เป็นเพียงการกำหนดให้บทนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ อย่างกว้างๆแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในข้อใดที่จะมีการกำหนดบังคับให้คู่สัญญาจะต้องมีการระบรายละเอียดขั้นพื้นฐานไว้ในสัญญาอย่างไรบ้าง

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมนีสามารถใช้หลักเกณฑ์ตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญาทางแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้ ในส่วนของรายละเอียดของสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี จึงเป็นไปในลักษณะให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา การกำหนดบทนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นเพียงการกำหนดอย่างกว้างๆ ทำให้ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในข้อใดที่จะมีการกำหนดบังคับให้คู่สัญญาจะต้องมีการระบรายละเอียดขั้นพื้นฐานไว้ในสัญญาอย่างไรบ้าง

1.3 หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ถูกจัดว่าอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในส่วนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ชัดเจนนั้น ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ไม่มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะดังเช่นประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี เดิมในกรณีที่เกิดข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยหลักการประเทศอังกฤษจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาไกล่เกลี่ย จนถึงการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลยุติธรรมเพื่อให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาด แต่ในปัจจุบันประเทศอังกฤษได้มีการพัฒนาในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการ เห็นได้จากการที่ประเทศอังกฤษได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 หรือ Arbitration Act 1996 มาบังคับใช้เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2539⁷² โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 หมวดที่ 23 การจัดทำความตกลง มาตรา 5 กำหนดให้การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาจะต้องทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าคู่สัญญาจะมีการลงนามหรือไม่ก็ตาม โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจอยู่ในรูปแบบของการแลกเปลี่ยนสื่อสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ นอกจากนี้ มาตรา 6 ได้กำหนดนิยาม

⁷²ปณิตา เป้าอันพงษ์กุล. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556. *วารสารบัณฑิตศึกษา* มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 5(1), 333-350. หน้า 340.

ความหมายของคำว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง ข้อตกลงที่ตกลงจะให้มีการระงับข้อพิพาทที่มีในปัจจุบันหรือในอนาคตโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องด้วยบทบัญญัติในมาตรา 5 และมาตรา 6 เป็นเพียงการกำหนดหลักการอย่างกว้างๆ ให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของความสมัครใจของกลุ่มสัญญาที่จะตกลงกันตามกฎหมายดังกล่าว ในส่วนของรายละเอียดพื้นฐานที่ควรจะมีในสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงมิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน

1.4 หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ถูกจัดว่าอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ถูกควบคุมโดยกฎหมายของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา ที่ปรากฏอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกา (The United States Arbitration Act (Pub.L. 68-401, 43 Stat. 883) ซึ่งตราขึ้นเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1925 หรือที่เรียกว่า The Federal Arbitration Act (FAA)⁷³ แต่โดยที่พระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกามีได้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง เมื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า นอกจากสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาเป็นเอกชนของประเทศสหรัฐอเมริกา จะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกาแล้ว หน่วยงานของรัฐจะกำหนดให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อได้มีการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายทางเลือกของการแก้ไขข้อพิพาทในกระบวนการบริหารของสหรัฐอเมริกา หรือ United States Code, 1995 Edition, SUBCHAPTER IV-ALTERNATIVE OF DIAPUTE RESOLUTION IN THE ADMINISTRATIVE

⁷³ ข้อมูลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทรัพยากรอนุญาโตตุลาการออนไลน์. อนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา. 22 กันยายน 2561. จาก <https://www.international-arbitration-attorney.com/th/arbitration-united-states/>.

PROCESS (5 U.S.C. Section 571-583) แล้ว โดยมาตรา 575 ของกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องมีการดำเนินการ ดังนี้⁷⁴

- 1) สัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร
- 2) สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องกำหนดประเด็นข้อพิพาทที่สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ รวมถึงจะต้องกำหนดกรอบวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถสั่งให้คู่สัญญาจ่ายให้แก่กันได้เมื่อมีคำวินิจฉัย
- 3) หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ จะต้องจัดทำคู่มือซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ และในการจัดทำคู่มือรายละเอียดดังกล่าวหน่วยงานของรัฐต้องทำการปรึกษาหารือกับอัยการสูงสุดก่อน
- 4) หน่วยงานของรัฐที่ทำข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับอนุญาตเป็นพิเศษในการให้ความยินยอมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท โดยหน่วยงานที่กำกับ

⁷⁴United States Code, 1995 Edition, SUBCHAPTER IV-ALTERNATIVE OF DIAPUTE RESOLUTION IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

§575. Authorization of arbitration

“(a)(1) Arbitration may be used as an alternative means of dispute resolution whenever all parties consent. Consent may be obtained either before or after an issue in controversy has arisen. A party may agree to—

(A) submit only certain issues in controversy to arbitration; or

(B) arbitration on the condition that the award must be within a range of possible outcomes.

(2) Any arbitration agreement that sets forth the subject matter submitted to the arbitrator shall be in writing.

(3) An agency may not require any person to consent to arbitration as a condition of entering into a contract or obtaining a benefit.

(b) An officer or employee of an agency may offer to use arbitration for the resolution of issues in controversy, if such officer or employee—

(1) has authority to enter into a settlement concerning the matter; or

(2) is otherwise specifically authorized by the agency to consent to the use of arbitration.”

1.5 หลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ถูกจัดว่าอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งเดิมการทำสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างกับเอกชน หน่วยงานของรัฐอาศัยอำนาจตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ประกอบมติคณะรัฐมนตรี โดยที่หน่วยงานของรัฐอาจมีการตกลงให้ใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง ทั้งที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ข้อ 2.3 ความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

ในปัจจุบันเกี่ยวกับการทำสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างนั้น เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2560 ราชกิจจานุเบกษาได้ประกาศพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลให้ต้องยกเลิกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา กอปรกับในหมวด 9 การทำสัญญา มาตรา 93 ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยที่ปัจจุบันได้มีการประกาศใช้แบบสัญญาจ้างก่อสร้างตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง แบบสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยที่ในแบบดังกล่าวมิได้ปรากฏข้อสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ถึงกระนั้นในมาตรา 93 ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็มิได้กำหนดข้อห้ามสัญญาอนุญาตตุลาการไว้เช่นกัน นอกจากนี้บทบัญญัติในมาตรา 96 ยังได้วางข้อกำหนดในลักษณะที่มีได้ปิดกั้นเสียทีเดียว กล่าวคือ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ประสงค์ที่จะทำตามแบบสัญญาจ้างก่อสร้างตามมาตรา 93 ก็ยังสามารถกระทำได้ หากหน่วยงานของรัฐมีกรณีจำเป็นและจะไม่ใช่เป็นการทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ หรือได้มีการดำเนินการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว

สำหรับการทำสัญญาอนุญาตตุลาการของประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 และมาตรา 15 กำหนดให้ การทำสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาทุกประเภท รวมถึงในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างเป็นเรื่องของการตกลงกันในระหว่างคู่สัญญา โดยสัญญาอนุญาตตุลาการจะอยู่ในลักษณะที่เป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือจะจัดทำเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการแยกต่างหาก หรือจะเป็นเพียงหลักฐานที่เป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เช่น เอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข

โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธ ฯลฯ ก็ได้ ด้วยเหตุที่การอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกิดขึ้นโดยอาศัยหลักความสมัครใจของคู่กรณีพิพาท ตามหลักกฎหมายในเรื่องของ “สัญญา” ดังนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของอำนาจอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ถ้าคู่กรณีพิพาทไม่ได้ตกลงกันให้ใช้การอนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดข้อขัดแย้งตามสัญญาแล้ว แม้จะมีการดำเนินการในการอนุญาโตตุลาการต่อมาก็ตาม ก็ไม่อาจจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ เพราะไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้

สำหรับคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้ คู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ บุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีพิพาทในข้อพิพาทที่จะมีการอนุญาโตตุลาการนั้น โดยจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ซึ่งกระทำโดยผ่านทางผู้แทนนิติบุคคลก็ได้ ในกรณีนี้จึงเห็นว่า หน่วยงานของรัฐสามารถเป็นคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างได้

1.6 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศกับประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การจัดทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ พบว่า ในแต่ละประเทศยังไม่มีข้อกำหนด บทบัญญัติทางกฎหมายเชิงบังคับเด็ดขาดให้คู่สัญญาต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรายละเอียดขั้นพื้นฐานที่ต้องมีในสัญญาอะไรบ้าง หรือห้ามมีการกำหนดตกลงกันในเรื่องอะไรบ้าง ทั้งที่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของมหาชน แต่กลับให้สิทธิคู่สัญญาซึ่งเป็นเอกชนฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะตกลงต่อรองกับรัฐให้เป็นอย่างไรก็ได้ อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดข้อแตกต่างเพิ่มเติมจากประเทศอื่น คือ การกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องกำหนดกรอบวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถตั้งให้คู่สัญญาจ่ายให้แก่กันได้เมื่อมีคำวินิจฉัย

2. อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) คือ บุคคลภายนอกหรือบุคคลอื่นที่ได้รับการมอบหมายให้เป็นคนกลางเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการจะมีเพียงคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ขึ้นอยู่กับการตกลงกันของคู่กรณีพิพาท อนุญาโตตุลาการถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และการอนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จในการระงับข้อพิพาทโดยมีประสิทธิภาพได้มากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับความสามารถและความเชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการในแต่ละข้อพิพาทถือเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลโดยตรงต่อผลแพ้ชนะในข้อพิพาทนั้นๆ

2.1 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสนั้นได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งว่าด้วยเรื่องคุณสมบัติและลักษณะของบุคคลที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (CCP) CHAPTER II – THE ARBITRAL TRIBUNAL โดยสรุป ดังนี้

1) จำนวนอนุญาโตตุลาการ มาตรา 1451 กำหนดให้ คณะอนุญาโตตุลาการจะประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ โดยในกรณีที่ข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมเนื่องจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ มีผลทำให้ในการทำคำชี้ขาดไม่อาจหาเสียงข้างมากได้

2) ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ มาตรา 1452 แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว มาตรา 1450 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คือ คู่กรณีพิพาท เว้นแต่ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ มาตรา 1452 กำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน

(2) กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคนหรือหลายคน มาตรา 1452 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในลำดับแรก คือ คู่กรณีพิพาท เนื่องจากโดยปกติคู่กรณีพิพาทมีสิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละเท่าๆกัน แต่การตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละเท่าๆกันดังกล่าวนี้ ส่งผลทำให้ไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ ในกรณีนี้จึงต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมเพื่อให้เป็นเลขคี่ ซึ่งผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในลำดับต่อมา คือ อนุญาโตตุลาการที่แต่ละฝ่ายได้ตั้งขึ้นมาร่วมกันเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมอีกหนึ่งคน แต่ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่แต่ละฝ่ายได้ตั้งขึ้นมาไม่อาจตกลงกันเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมอีกหนึ่งคนได้ภายใน 1 เดือน นับแต่ที่ได้มีการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ในกรณีนี้ศาลที่มีเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมแทน หรือคู่กรณีพิพาทไม่อาจตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการกันตั้งแต่ในลำดับแรก กล่าวคือ คู่กรณีพิพาท

ไม่อาจตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการกันได้ภายใน 1 เดือน นับแต่มีคำขอจากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้ศาลที่มีเขตอำนาจจะเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมถึงในกรณีที่คู่กรณีพิพาทมากกว่า 2 ฝ่าย และไม่สามารถตกลงกันเกี่ยวกับขั้นตอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ศาลที่มีเขตอำนาจจะเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีพิพาททั้งหมด นอกจากนี้ มาตรา 1459 กำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คือ ประธานศาลชั้นต้น

3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ ในเรื่องความสามารถและความเชี่ยวชาญในแต่ละข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างนั้น ประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ มีเพียงการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างๆ ไว้ในมาตรา 1450 ซึ่งกำหนดให้คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีความสามารถที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้เท่านั้น โดยมีได้มีการกำหนดให้ต้องมีคุณสมบัติเชี่ยวชาญเฉพาะด้านพิพาทด้วย

2.2 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี

สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทประเภทใดนั้น ถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี (Zivilprozessordnung (ZPO)) ตั้งแต่มาตรา 1034 ถึงมาตรา 1039 ซึ่งได้ยกอ้างอิงตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ที่ยกร่างโดยคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ หรือ United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL โดยสรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ได้ดังต่อไปนี้

1) จำนวนอนุญาโตตุลาการ มาตรา 1034 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี กำหนดหลักการเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการให้คู่กรณีพิพาทมีอิสระที่จะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ แต่จำนวนอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เกินจำนวน 3 คน

2) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ มาตรา 1035 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี กำหนดหลักการในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยให้สิทธิอิสระแก่คู่กรณีพิพาทที่จะตกลงกันเกี่ยวกับขั้นตอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการได้เอง โดยหากมีการตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการ 3 คน แต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 1 คน และอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากทั้งสองฝ่ายดังกล่าวจะเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 เพื่อเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทมิได้มีการตกลงกันเกี่ยวกับ

ขั้นตอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือมีเหตุสำคัญที่มีอาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ในระหว่าง คู่กรณีพิพาท การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปโดยศาลเมื่อมีการร้องขอ

3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ มาตรา 1035 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี กำหนดให้เป็นเรื่องของคู่กรณีพิพาทที่จะตกลงกัน แต่ในกรณีมีเหตุจำเป็นใดๆ ที่ทำให้คู่กรณีพิพาทไม่อาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ในกรณีนี้เมื่อมีการร้องขอ ศาลจะเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีอิสระและเป็นกลาง โดยมีคุณสมบัติและข้อพิจารณาตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน รวมถึงศาลจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมตามกฎหมายของประเทศประกอบด้วย นอกเหนือจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้

4) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ในกรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็นธรรมของอนุญาโตตุลาการ หรือความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ หรือคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีพิพาทได้ คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจทำการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี มาตรา 1036 โดยการคัดค้านนั้น ต้องดำเนินการคัดค้านภายในกำหนดเวลา 2 สัปดาห์ นับแต่วันที่พบเหตุของการได้แย้งตามมาตรา 1037 ของกฎหมายเดียวกัน

จากหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนีดังกล่าวข้างต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเทศเยอรมนีมิได้มีการกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ และไม่ได้มีการจำกัดให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องมีวุฒิการศึกษาทางกฎหมายโดยตรง หรือจะต้องเป็นคนในสัญชาติประเทศเยอรมนีเท่านั้น โดยคู่กรณีพิพาทอาจมีการตกลงกันในขั้นแรกของการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องมีคุณสมบัติขั้นต่ำอย่างไร เช่น อาจกำหนดคุณสมบัติขั้นต่ำสำหรับผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องมีคุณวุฒิทางกฎหมาย หรือมีทักษะทางภาษาเป็นการเฉพาะ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี จะมิได้มีข้อจำกัดห้ามเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับตุลาการของประเทศเยอรมนีเพิ่มเติม จะพบว่า มาตรา 40 (1) (DRiG) มีการห้ามมิให้ผู้พิพากษาของประเทศเยอรมนีเป็นอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยสถาบัน⁷⁵

⁷⁵The German Judiciary Act

Section 40 Arbitrators and conciliators

“(1) A judge may only be granted permission to act additionally as an arbitrator or give an expert opinion in arbitration proceedings where the parties to the arbitration agreement commission him jointly or where he is nominated by an agency that is not a party to the proceedings. Permission

2.3 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศอังกฤษ มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 มาตรา 15 - 29 (Arbitration Act 1996 chapter 23, The arbitral Tribunal, Section 15 - 29) สรุปได้ดังต่อไปนี้

1) จำนวนอนุญาโตตุลาการ ในแต่ละข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 มาตรา 15 กำหนดให้เป็นสิทธิอิสระแก่คู่กรณีพิพาทที่จะสามารถจะตกลงกันให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการเท่าใดก็ได้ เว้นแต่

(1) กรณีข้อตกลงปรากฏจำนวนอนุญาโตตุลาการที่มากกว่า 1 คน ที่เป็นเลขคู่หรือจำนวนเท่าๆกัน ให้ถือว่าคู่สัญญาตกลงจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมเพื่อเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ

(2) กรณีไม่ปรากฏข้อตกลงเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการ ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว

2) ผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 มาตรา 16 กำหนดให้เป็นสิทธิอิสระของคู่กรณีพิพาทที่จะตกลงกันเกี่ยวกับขั้นตอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการแต่งตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้มีการตกลงกันไว้ ให้ใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 บังคับแทน กล่าวโดยสรุป คือ

(1) กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่กรณีพิพาทจะต้องร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ภายใน 28 วัน หลังจากได้รับหนังสือร้องขอจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(2) กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการสองคน คู่กรณีพิพาทจะร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ภายใน 14 วัน หลังจากได้รับหนังสือร้องขอจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(3) กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการสามคน

(ก) คู่กรณีพิพาทจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน ภายใน 14 วัน หลังจากได้รับหนังสือร้องขอจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

shall be refused where at the time of the decision regarding the granting of permission the judge is seized of the case or can be seized thereof in the allocation of court business.

(2) Subsection (1) shall be applied mutatis mutandis to a judge who acts additionally as a conciliator in disputes between associations or between the latter and third parties.

(ข) อนุญาโตตุลาการ 2 คน ที่ได้รับแต่งตั้งจากคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย จะร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเพื่อเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ

3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 มาตรา 19 มิได้มีการกำหนดบังคับให้บุคคลผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทต้องมีความสามารถและความเชี่ยวชาญในแต่ละข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ มีเพียงการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างๆ ซึ่งกำหนดให้คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือในกรณีที่ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้และได้มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลที่มีอำนาจเป็นผู้แต่งตั้ง ให้ศาลแต่งตั้งบุคคลโดยคำนึงถึงลักษณะของข้อพิพาท

2.4 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้างของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดไว้ในกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

1) กฎหมายทางเลือกของการแก้ไขข้อพิพาทในกระบวนการบริหารของสหรัฐอเมริกา (United States Code, 1995 Edition, SUBCHAPTER IV-ALTERNATIVE OF DIAPUTE RESOLUTION IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS) มาตรา 573 (a) ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองโดยกำหนดให้คู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายเป็นผู้ตกลงกัน โดยอนุญาโตตุลาการอาจเป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างชั่วคราวหรือลูกจ้างของรัฐบาลกลางหรือบุคคลอื่นใดที่เป็นที่ยอมรับของคู่กรณีพิพาทก็ได้ แต่บุคคลดังกล่าวจะต้องไม่มีส่วนได้เสียทั้งทางด้านการเงิน ด้านส่วนบุคคล หรือเป็นบุคคลที่อยู่ในประเด็นข้อพิพาท เว้นแต่บุคคลดังกล่าว จะได้มีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอย่างครบถ้วนเป็นลายลักษณ์อักษรแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายและตกลงว่าจะทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นกลาง⁷⁶

⁷⁶United States Code, 1995 Edition, SUBCHAPTER IV-ALTERNATIVE OF DIAPUTE RESOLUTION IN THE ADMINISTRATIVE

§573. Neutrals

“(a) A neutral may be a permanent or temporary officer or employee of the Federal Government or any other individual who is acceptable to the parties to a dispute resolution proceeding. A neutral shall have no official, financial, or personal conflict of interest with respect to the issues in controversy, unless such interest is fully disclosed in writing to all parties and all parties agree that the neutral may serve.”

2) พระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา (The Federal Arbitration Act (FAA), Chapter 1. General Provisions, Section 5. Appointment of arbitrators or umpire) กำหนดหลักการไว้ในกรณีที่มีการจัดทำข้อตกลงกำหนดหรือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ จะต้องปฏิบัติตามวิธีที่กำหนดในข้อตกลงนั้น แต่ถ้าไม่มีการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้หรือมีการกำหนดเป็นข้อตกลงไว้แต่ไม่อาจแต่งตั้งได้ เมื่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกขึ้นโต้แย้งต่อศาล ให้ศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท และในการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการให้มีผลบังคับเช่นเดียวกับกรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ เว้นแต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

จากกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวข้างต้น จึงสรุปได้ว่า บุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มิได้มีการกำหนดเป็นกฎหมายบังคับเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า จะต้องเป็นนักกฎหมาย หรือผู้ที่มีประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมายมาก่อน และจะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านงานก่อสร้างโดยตรง โดยกฎหมายดังกล่าวเป็นแต่เพียงการกำหนดคุณสมบัติอย่างกว้างเท่านั้น โดยขอให้เป็นผู้ที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียเป็นอันเพียงพอ

ทั้งนี้ ในส่วนของการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการในระหว่างการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มาตรา 10 (a) (2) พระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา กำหนดคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีพิพาทไว้โดยกำหนดให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏว่ามีพยานหลักฐานที่แสดงถึงความไม่เป็นกลางหรือการทุจริตของอนุญาโตตุลาการ

2.5 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทุกประเภท รวมถึงสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ไว้ในหมวด 2 มาตรา 17 ถึง มาตรา 19 โดยมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

1) จำนวนอนุญาโตตุลาการ มาตรา 17 กำหนดให้สิทธิแก่คู่กรณีพิพาทที่จะตกลงกันให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการเท่าใดก็ได้ แต่การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นเลขคี่เท่านั้น เนื่องจากในการชี้ขาดข้อพิพาทหากคู่กรณีพิพาทกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ อาจส่งผลให้การชี้ขาดข้อพิพาทเกิดปัญหาในการหามติเสียงข้างมากมิได้

2) ผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการ มาตรา 18 กำหนดผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการ เป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวโดยปกติผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คือ คู่กรณีพิพาท ซึ่งคู่กรณีพิพาทจะร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คู่กรณีพิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้จะกลายเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน

(2) กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน กำหนดให้ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในลำดับแรก คือ คู่กรณีพิพาท เนื่องจากโดยปกติคู่กรณีพิพาทมีสิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละเท่าๆกัน และเพื่อให้การชี้ขาดข้อพิพาทสามารถหาเสียงข้างมากได้ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นเลขคี่ โดยผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในลำดับต่อมา คือ อนุญาโตตุลาการที่แต่ละฝ่ายได้ตั้งขึ้นมาร่วมกันจะเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมอีกหนึ่งคน เพื่อเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่แต่ละฝ่ายได้ตั้งขึ้นมาไม่อาจตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมอีกหนึ่งคนเพื่อเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้ในกรณีนี้ ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในลำดับที่สองจะกลายเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการแทน หรือกรณีที่คู่กรณีพิพาทไม่อาจตกลงกันได้ตั้งแต่ในลำดับแรก ผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้จะมีเพียงศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน

3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ ในเรื่องความสามารถและความเชี่ยวชาญ ในแต่ละข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ มีเพียงการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างๆ ตามมาตรา 19 ซึ่งกำหนดให้คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามที่คู่สัญญา กำหนดไว้ในสัญญาการอนุญาโตตุลาการหรือตามที่หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการกำหนดเท่านั้น

2.6 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศกับประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ พบว่า หลักเกณฑ์การแต่งตั้ง

อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศจะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท รวมถึงสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้างด้วย โดยที่แต่ละประเทศยังไม่มีข้อกำหนดเป็นกฎหมายเชิงบังคับเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการให้ต้องมีคุณสมบัติเชี่ยวชาญเฉพาะวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาข้อพิพาทโดยตรงหรืออนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรทางวิชาชีพ แต่ให้เป็นไปตามหลักของการแสดงเจตนาของกลุ่มพิพาทที่จะตกลงกัน แม้กระทั่งประเทศฝรั่งเศสที่เป็นประเทศที่มีความเข้มงวดเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่ก็มีได้มีข้อกำหนดที่เคร่งครัดอันใดเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเป็นพิเศษ โดยเป็นเพียงการกำหนดคุณสมบัติอย่างกว้างๆ ให้อนุญาโตตุลาการต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีความสามารถที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้เท่านั้น เช่นเดียวกับการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการที่คล้ายคลึงกันของแต่ละประเทศ กล่าวคือ กำหนดให้กลุ่มพิพาทสามารถจะตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ แต่สุดท้ายแล้วต้องเป็นจำนวนคี่ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในเรื่องของการออกเสียงชี้ขาดจนหาเสียงข้างมากไม่ได้ และไม่มีการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับว่าในสัญญาทางปกครองจะต้องมีจำนวนอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดเป็นจำนวนขั้นต่ำเท่าใด อย่างไรก็ตาม ประเทศเยอรมนีมีการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการขึ้นสูงไว้ว่า กลุ่มพิพาทมีอิสระที่จะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ แต่จำนวนอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เกินจำนวน 3 คน

3. วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

ในการอนุญาโตตุลาการจำเป็นที่ต้องมีการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท และเพื่อให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ในการดำเนินการดังกล่าว แต่ละประเทศจึงมีแนวทางอันเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ดังจะได้กล่าวต่อไป

3.1 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส

วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส ถูกระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส(CCP) ตั้งแต่มาตรา 1462 ถึงมาตรา 1477 โดยมีรายละเอียดสาระสำคัญเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาโดยสรุป ดังนี้

1) ระยะเวลาในการดำเนินการ มาตรา 1463 ได้กำหนดให้ระยะเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามที่กลุ่มพิพาทได้มีการตกลงกัน แต่ถ้ามิได้มีการตกลงกันไว้

กำหนดให้ระยะเวลาที่ใช้สำหรับการอนุญาตตุลาการมีเพียง 6 เดือน นับแต่วันที่ที่มีการแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อพิพาท ในกรณีการขยายเวลาตามสัญญาหรือตามกฎหมายสามารถกระทำได้โดยการตกลงกันระหว่างคู่กรณีหรือศาลที่มีเขตอำนาจ

2) วิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณา มาตรา 1464 ให้สิทธิแก่คู่กรณีพิพาทในการมีอิสระที่จะตกลงกันกำหนดกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ แต่ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทไม่ได้ตกลงกันเกี่ยวกับขั้นตอนกระบวนการพิจารณาไว้ กำหนดให้คณะอนุญาตตุลาการเป็นผู้กำหนดขั้นตอนกระบวนการพิจารณาโดยไม่จำเป็นต้องยึดติดกับกระบวนการพิจารณาภายใต้วิธีพิจารณาของศาล อย่างไรก็ตาม มาตรา 1464 วรรคสอง ได้กำหนดบทกฎหมายเชิงข้อเสนอแนะให้คณะอนุญาตตุลาการอาจนำขั้นตอนกระบวนการพิจารณาภายใต้วิธีพิจารณาของศาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ มาใช้ได้โดยอนุโลม นอกจากนี้ มาตรา 1464 วรรคสาม กำหนดให้คู่กรณีพิพาทและคณะอนุญาตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาให้อยู่บนพื้นฐานของหลักความยุติธรรมและสุจริต ทั้งนี้ ตามมาตรา 1464 วรรคสี่ ยังให้สิทธิแก่คู่กรณีพิพาทที่อาจตกลงกันให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นความลับก็ได้

3) การสืบพยาน มาตรา 1467 กำหนดหลักการให้คณะอนุญาตตุลาการจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นเกี่ยวกับข้อพิพาททั้งหมด เว้นแต่คู่กรณีพิพาทจะมอบหมายผู้แทนฝ่ายของตนให้เป็นคนดำเนินการ ในกรณีนี้คณะอนุญาตตุลาการอาจเรียกบุคคลใดๆ มาให้การก็ได้ โดยที่พยานบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องสาบานตน และหากปรากฏว่าพยานหลักฐานอยู่ในความครอบครองของบุคคลใดคณะอนุญาตตุลาการอาจมีคำสั่งเรียกให้บุคคลนั้นนำพยานหลักฐานดังกล่าวมาแสดงและชี้แจงเกี่ยวกับวิธีการได้มาของพยานหลักฐานนั้นๆ ก็ได้ นอกจากนี้คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดบทลงโทษในคำสั่งนั้นด้วยก็ได้หากเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็น

จึงสรุปได้ว่า ในกระบวนการอนุญาตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส ตั้งแต่มาตรา 1462 ถึงมาตรา 1477 มิได้มีการกำหนดหลักการพื้นฐานอย่างชัดเจนเฉกเช่นประเทศอื่นที่มีการกำหนดให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาและปฏิบัติต่อคู่กรณีพิพาทอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ ในการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการของประเทศฝรั่งเศสค่อนข้างที่เปิดกว้างให้อำนาจคณะอนุญาตตุลาการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาได้เองตามความเหมาะสมโดยไม่ต้องยึดติดอยู่กับพยานหลักฐานแต่เฉพาะที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายนำเสนอ

3.2 วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการในประเทศเยอรมนี

ในเรื่องเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนี ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) มาตรา 168 อนุมาตรา 1

เลขที่ 5 และมาตรา 173 ได้วางหลักการให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี (ZPO) มาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ เห็นได้จากการที่มาตรา 173 กำหนดหลักการให้ตราบทที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาความใดไว้เป็นการเฉพาะ ให้นำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม เมื่อความแตกต่างในสาระสำคัญของลักษณะแห่งกระบวนการวิธีพิจารณาความของทั้งสองกระบวนการวิธีพิจารณานั้นไม่ได้เป็นการปิดกั้นหรือห้ามมิให้นำมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครอง จึงอาจสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมนี สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ โดยการพิจารณาในชั้นการอนุญาโตตุลาการนั้นจะเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของการระงับข้อพิพาทก่อนการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง เนื่องจากประเทศเยอรมนีมีแนวความคิดว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาทางแพ่งอย่างหนึ่งตามหลักการแสดงเจตนาที่สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน ทำให้ในการพิจารณาของศาลปกครองนั้นสามารถใช้หลักเกณฑ์ตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญาทางแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้⁷⁷ วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนีจึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี เล่มที่ 10 ตั้งแต่มาตรา 1025 ถึงมาตรา 1060 ที่มีหลักการส่วนใหญ่เป็นไปตาม Model Law on International Commercial Arbitration ที่ยกร่างโดย UNCITRAL ทำให้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนีไม่มีการแบ่งแยกระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศกับระหว่างประเทศ⁷⁸ โดยสามารถสรุปสาระสำคัญในวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเยอรมนี ได้ดังต่อไปนี้

1) การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี มาตรา 1042 (1) และ (2) กำหนดหลักการสำคัญอย่างกว้างให้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีพิพาทตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน และเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานของตนได้อย่างเต็มที่

⁷⁷วรนนท์ ชมบุญ. การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร. 2546. หน้า 73-74.

⁷⁸Boris Kasolowsky and Carsten Wendler. Commercial Arbitration. GAR. Retrieved December 10, 2018 from : <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000190/germany>

2) กฎหมายที่ใช้สำหรับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนีให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาตกลงกันระหว่างคู่กรณีพิพาท ในขณะที่มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยมาตรา 1051 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการจะต้องปรับใช้กฎหมายรวมถึงหลักความเป็นธรรมและ หลักสุจริตตามที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้สำหรับข้อพิพาทเท่านั้น แต่หากกรณีคู่กรณีพิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้ว่าจะให้ใช้กฎหมายใดในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นๆ แทน

จึงสรุปได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนีให้อิสระกับคู่กรณีพิพาทในการเลือกหลักกฎหมาย (Rules of Law) เพื่อปรับใช้กับข้อพิพาท เช่นเดียวกับ Model Law on International Commercial Arbitration มาตรา 28(1) ซึ่งให้อิสระคู่กรณีพิพาทในการเลือกหลักกฎหมาย (Rules of Law) ที่มีความหมายกว้างกว่า (Law) ในการปรับใช้กับสัญญาและข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญานั้น⁷⁹ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางตรงข้ามหากเป็นกรณีที่คู่กรณีพิพาทมิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้สำหรับข้อพิพาทไว้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนีกลับบัญญัติให้แตกต่างจาก Model Law on International Commercial Arbitration มาตรา 28 (2) โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นๆ แทนการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระในเลือกใช้กฎหมายที่ขัดแย้งกันได้ตามความเหมาะสมกับเนื้อหาข้อพิพาทได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องปรับใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อค้นหากฎหมายสารบัญญัติก่อน

⁷⁹UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, CHAPTER VI - MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28 - Rules applicable to substance of dispute

“1. The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

2. Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

3. The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

4. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.”

ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เห็นว่าอาจเป็นนัยสำคัญที่ต้องการจำกัดกรอบการใช้อำนาจดุลยพินิจในการเลือกปรับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการก็เป็นได้⁸⁰

3) การรับฟังพยานหลักฐาน มาตรา 1042 (4) (2) กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะเรียกพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมได้อย่างอิสระโดยไม่ถูกจำกัดอยู่กับเฉพาะพยานหลักฐานตามที่คู่กรณีพิพาทได้มีการนำเสนอ ซึ่งเรียกพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมดังกล่าวอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการผ่านทางศาลก็ได้

3.3 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ

สำหรับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ใช้ในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศอังกฤษนั้น เป็นไปตามหลักการทั่วไปที่ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 (Arbitration Act 1996) ตั้งแต่มาตรา 33 ถึงมาตรา 41 โดยที่มาตรา 33 เป็นหลักการสำคัญในภาพรวมของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกำหนดให้ในระหว่างคู่กรณีพิพาท อนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเหมาะสม โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องทำหน้าที่อย่างเป็นกลางและให้แต่ละฝ่ายมีโอกาสในการต่อสู้คดีของตนเอง ไม่มีความลำเอียงหรือค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น นอกจากนี้ มาตรา 34 ยังกำหนดให้ คณะอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการพิจารณาและวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทโดยคำนึงถึงข้อตกลงของคู่กรณีพิพาทเป็นสำคัญ ดังนั้น ในหลักการรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาจึงเป็นไปตามที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ อาทิ เวลาและสถานที่ที่ใช้สำหรับการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้สำหรับดำเนินการพิจารณา การแปลเอกสาร รูปแบบของการทำข้อเสนอข้อพิพาท คำคัดค้านการรักษาความลับ รูปแบบการนำเสนอพยานหลักฐาน เป็นต้น ซึ่งเป็นไปตามหลักการพื้นฐานที่ยึดถือการแสดงเจตนาของคู่กรณีพิพาท

3.4 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้ตาม Model Law on International Commercial Arbitration ของ UNCITRAL ในการนี้เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการประเทศสหรัฐอเมริกามีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของรัฐบาลกลาง พ.ศ. 2468 (FAA) เป็นกรอบการบังคับใช้เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศ แต่ด้วยเหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยมลรัฐหลายมลรัฐซึ่งมีสภาพทางสังคม

⁸⁰สุวัฒน์ ชัยวรมุขกุล. การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2552. หน้า 33 – 36.

ที่แตกต่างกันไป พระราชบัญญัติของรัฐบาลกลาง พ.ศ. 2468 จึงไม่อาจใช้ได้ครอบคลุมกับทุกกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ได้ ในแต่ละมลรัฐจึงมีการออกกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพื่อบังคับใช้กับมลรัฐของแต่ละมลรัฐเป็นการเฉพาะ ตามกรอบหลักการพื้นฐานของพระราชบัญญัติของรัฐบาลกลาง พ.ศ. 2468 เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาข้อกฎหมายที่พระราชบัญญัติของรัฐบาลกลาง พ.ศ. 2468 ยังมีได้มีการระบุไว้หรือยังระบุไว้ไม่ครอบคลุมถึงปัญหาดังกล่าว⁸¹

ในปี พ.ศ. 2498 คณะกรรมการกฎหมายของรัฐ (Uniform National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)) ได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2498 (The Uniform Arbitration Act 1955) เพื่อเป็นกฎหมายรูปแบบเกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (Law of the United States) เพื่อให้แต่ละมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาส่งเสริมการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการได้อย่างเป็นไปในแนวทางเดียวกันแทนที่แต่ละรัฐจะต้องมีการตรากฎหมายของแต่ละมลรัฐมาบังคับใช้ ซึ่งพบว่ามิมลรัฐทั้งหมด 35 มลรัฐ ที่ได้มีการใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2498 ฉบับเดียวกัน⁸²

นอกจากนี้ภายหลังจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาของรัฐบาล ได้มีการปรับแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2498 เป็นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2543 หรือที่เรียกว่า The Revision Uniform Arbitration Act 2000 ในการปรับแก้ไขดังกล่าวส่งผลให้ได้รับการยอมรับจากมลรัฐและมีมลรัฐให้การรับรองเพิ่มเติมอย่างน้อย 18 มลรัฐ ที่ยอมเข้าอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว⁸³

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายที่ใช้สำหรับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ แม้จะปรากฏว่า แต่ละมลรัฐจะมีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพื่อบังคับใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของแต่ละมลรัฐเป็นการเฉพาะตัวก็ตาม แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว การอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีพิพาท ซึ่งยึดถือเสรีภาพในการตกลงกันของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทมิได้มีการตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการไว้ พระราชบัญญัติของรัฐบาลกลาง พ.ศ. 2468 ก็มีได้

⁸¹ Thomson Reuters Practical Law. *Federal Arbitration Act (FAA)*. Retrieved from December 10, 2018 from : [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-6615?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-6615?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage)

⁸² Wikipedia. *Uniform Arbitration Act*. Retrieved December 13, 2018 from : https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Arbitration_Act

⁸³ LEXOLOGY. *Arbitration*. Retrieved December 13, 2018 from : <https://www.lexology.com/navigator#!/results/14/view>

มีการกำหนดบังคับไว้ว่าจะต้องใช้กฎหมายใด อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2543 มาตรา 15 ได้มีการบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาได้ตามที่เห็นสมควร เพื่อให้การดำเนินการเป็นไปอย่างยุติธรรมและรวดเร็ว

นอกจากนี้ เกี่ยวกับการเรียกและการรับฟังพยานหลักฐาน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของรัฐบาลกลาง พ.ศ. 2468 มาตรา 7 ประกอบพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2543 มาตรา 17 กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะเรียกพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทรวมถึงบังคับพยานบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ รวมถึงมีอำนาจบังคับให้มีการนำส่งพยานหลักฐานที่อยู่ในการครอบครองของบุคคลนั้นๆ ได้ ในขณะเดียวกัน ในส่วนของคู่กรณีพิพาท มาตรา 15 (e) ของกฎหมายเดียวกัน ได้ให้สิทธิกับคู่กรณีพิพาทที่จะนำเสนอพยานหลักฐานฝ่ายของตนและมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพยานหลักฐานนั้นในชั้นการพิจารณาเช่นกัน

3.5 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการซึ่งใช้ในสัญญาทุกประเภท รวมถึงสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศไทย ไว้ในหมวด 4 ว่าด้วยวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่ มาตรา 25 ถึงมาตรา 33 โดยมีหลักการพื้นฐานสรุปได้ดังต่อไปนี้

1) การรับฟังพยานหลักฐาน มาตรา 25 กำหนดหลักการเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานระหว่างคู่กรณีพิพาท ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทประเภทใด อนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยให้คู่กรณีพิพาทมีโอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้อย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งสรุปได้เป็น 2 แนวทาง คือ

(1) กรณีที่คู่กรณีพิพาทตกลงกำหนดวิธีการดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการกันเองไว้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 25 วรรคสอง กำหนดให้ วิธีการดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยให้คู่กรณีพิพาทมีโอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้อย่างเท่าเทียมกัน

(2) กรณีที่คู่กรณีพิพาทมิได้ตกลงกำหนดวิธีการดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการกันไว้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 25 วรรคสอง กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาใดๆ ได้ตามที่เห็นสมควร ในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการตั้ง

น้ำนักพยานหลักฐาน มาตรา 25 วรรคสาม กำหนดให้อนุญาตตุลาการอำนาจหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้ได้โดยอนุโลม

2) รายละเอียดในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยหลักการพื้นฐานจะเป็นไปตามสัญญาอนุญาตตุลาการตามที่คู่กรณีพิพาทได้มีการตกลงกันไว้เป็นสำคัญ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการบัญญัติบทกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว โดยอนุญาตให้คู่กรณีพิพาทอาจมีการตกลงกันเกี่ยวกับรายละเอียดในการดำเนินกระบวนการในเรื่องต่างๆ ได้ เช่น การกำหนดสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการตามมาตรา 26 การกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการตามมาตรา 28 การกำหนดระยะเวลาในการยื่นบัญชีระบุพยาน การแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านในระหว่างการพิจารณาตามมาตรา 29 การกำหนดวิธีการสืบพยานหรือวิธีการฟังคำแถลงการณ์ตามมาตรา 30 การกำหนดผลที่จะได้รับในกรณีที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามรายละเอียดในการดำเนินกระบวนการซึ่งคู่กรณีพิพาทได้มีการตกลงร่วมกันไว้ตามมาตรา 31 การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญตามมาตรา 32 การออกเสียงทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการตามมาตรา 35 เป็นต้น แต่สำหรับในกรณีที่คู่กรณีพิพาทมิได้มีการตกลงเกี่ยวกับรายละเอียดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะเป็นไปตามมาตรา 25 ซึ่งเป็นหลักทั่วไป คือ ให้เป็นอำนาจของอนุญาตตุลาการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ได้ตามที่เห็นสมควร

3.6 เปรียบเทียบวิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของต่างประเทศกับประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ พบว่าประเทศฝรั่งเศส มิได้มีการกำหนดหลักการพื้นฐานอย่างชัดเจนเช่นประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ที่มีการกำหนดให้การดำเนินกระบวนการพิจารณา อนุญาตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการและปฏิบัติต่อคู่กรณีพิพาทอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ ในการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการของประเทศไทยค่อนข้างที่เปิดกว้างให้อำนาจคณะอนุญาตตุลาการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาได้เองตามความเหมาะสม โดยไม่ต้องยึดติดอยู่กับพยานหลักฐานแต่เฉพาะที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายนำเสนอ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของประเทศไทยให้สิทธิแก่อนุญาตตุลาการที่อาจเรียกบุคคลใดๆ มาให้การก็ได้ และหากปรากฏว่าพยานหลักฐานอยู่ในความครอบครองของบุคคลใดอนุญาตตุลาการอาจมีคำสั่งเรียกให้บุคคลนั้นนำพยานหลักฐานดังกล่าวมาแสดงและชี้แจงเกี่ยวกับวิธีการได้มา

ของพยานหลักฐานนั้นๆ ก็ได้ นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดบทลงโทษ ในคำสั่งนั้นด้วยก็ได้หากเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็น อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทย และประเทศเยอรมนี แม้จะมีการกำหนดหลักการสำคัญอย่างกว้างให้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามคู่กรณีพิพาทตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ควบคู่กับการให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาก็ตาม แต่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ประเทศไทย และประเทศเยอรมนียังคงไว้ซึ่งนัยการควบคุมมิให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาขึ้นอยู่กับอนุญาโตตุลาการเสียทีเดียว โดยในกรณีที่คู่สัญญามีได้มีการตกลงกำหนดว่าจะให้ใช้กฎหมายใด ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ มีการกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับข้อพิพาทนั้นๆ แทนก่อน ซึ่งเป็นข้อแตกต่างจากประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระในเลือกใช้กฎหมายที่ขัดแย้งกันได้ตามความเหมาะสม กับเนื้อหาข้อพิพาทได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องปรับใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อค้นหากฎหมาย สารบัญญัติก่อน ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เห็นว่าจะอาจเป็นนัยสำคัญที่ต้องการจำกัดกรอบการใช้อำนาจดุลยพินิจ ในการเลือกปรับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการก็เป็นได้

ส่วนประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ประกอบไปด้วยหลาย มลรัฐย่อย ส่วนใหญ่แล้ววิธีการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการจะกำหนดให้เป็นไปตามข้อตกลง ของคู่สัญญา ซึ่งยึดถือเสรีภาพในการตกลงกันของคู่สัญญาเป็นสำคัญ โดยหลักการจึงเป็นไปตามที่ คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ อาทิ เวลาและสถานที่ที่ใช้สำหรับการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้สำหรับดำเนินกระบวนการ การแปลเอกสาร รูปแบบของการทำคำเสนอข้อพิพาท คำคัดค้าน การรักษาความลับ รูปแบบการนำเสนอพยานหลักฐาน เป็นต้น ในกรณีที่คู่กรณีพิพาท มิได้มีการตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการไว้ กฎหมายว่าด้วยการ อนุญาโตตุลาการของทั้งสองประเทศนี้ ก็ได้มีการกำหนดบังคับไว้ว่าจะต้องใช้กฎหมายใด โดยหลักการสำคัญในภาพรวมของวิธีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการกำหนดแต่เพียงว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเหมาะสมได้ตามที่เห็นสมควร ได้ทันที เพื่อให้การดำเนินการเป็นไปอย่างยุติธรรมและรวดเร็ว

4. การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

การทำคำชี้ขาดเป็นขั้นตอนการดำเนินการหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้พิจารณา พยานหลักฐานตามที่ได้มีการรวบรวมจากข้อพิพาทและพยานหลักฐานที่คู่กรณีพิพาทได้มีการนำเสนอ เป็นที่เรียบร้อยแล้วก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

4.1 การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส

เกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการประเทศฝรั่งเศส ถูกกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา no. 2011-48 (The Decree no. 2011-48 of Justice on 13 January 2011) โดยมีสาระสำคัญโดยสรุปได้ดังนี้

1) การวินิจฉัยชี้ขาด พระราชกฤษฎีกา no. 2011-48 มาตรา 1478 กำหนดให้การทำคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินข้อพิพาทตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เว้นแต่คู่กรณีพิพาทจะได้มีการกำหนดไว้ให้ใช้ข้อพิจารณาอื่น ทั้งนี้ มาตรา 1479 กำหนดให้การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นความลับ

2) การออกเสียงลงคะแนนชี้ขาด พระราชกฤษฎีกา no. 2011-48 มาตรา 1480 กำหนดให้การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องกระทำโดยเสียงข้างมากและลงนามอนุญาโตตุลาการทั้งหมด

3) รูปแบบของคำชี้ขาด พระราชกฤษฎีกา no. 2011-48 มาตรา 1481 กำหนดให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีการระบุรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อและนามสกุลของคู่กรณีพิพาท และภูมิลำเนาของคู่กรณีพิพาท
- (2) ชื่อและนามสกุลของที่ปรึกษาของคู่กรณีพิพาท (ถ้ามี)
- (3) ชื่อและนามสกุลของอนุญาโตตุลาการผู้ทำคำชี้ขาด
- (4) วันที่มีการทำคำชี้ขาด
- (5) สถานที่ที่ทำคำชี้ขาด

นอกจากนี้ มาตรา 1482 ยังกำหนดให้คำชี้ขาดจะต้องระบุข้อกล่าวหาและข้อโต้แย้งของคู่กรณีพิพาท รวมถึงเหตุผลในการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย

ทั้งนี้ การฝ่าฝืนไม่ดำเนินการจัดคำชี้ขาดตามรูปแบบที่กำหนดไว้ในมาตรา 1480 มาตรา 1481 และมาตรา 1482 พระราชกฤษฎีกา no. 2011-48 มาตรา 1483 กำหนดให้มีคำชี้ขาดนั้น มีสภาพร้ายแรงถึงขั้นตกเป็นโมฆะ

อย่างไรก็ตาม มาตรา 1487 กำหนดให้คำชี้ขาดจะต้องมีการจัดทำต้นฉบับและฉบับสำเนาที่มีการรับรอง เพื่อประโยชน์ในขั้นตอนการบังคับคำชี้ขาดที่ต้องมีการพิสูจน์ความดำรงอยู่ของคำชี้ขาดและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

4.2 การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศเยอรมนี

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี (ZPO) กำหนดหลักเกณฑ์การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 1051 ถึงมาตรา 1058 โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ดังต่อไปนี้

1) การวินิจฉัยชี้ขาด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี มาตรา 1051 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยข้อพิพาทตามหลักกฎหมายที่คู่กรณีพิพาทกำหนด

2) การออกเสียงลงคะแนนชี้ขาด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี มาตรา 1052 กำหนดให้การทำคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการจะต้องกระทำโดยใช้เสียงข้างมาก กล่าวคือ ในการทำคำชี้ขาดนั้น หากมีอนุญาตตุลาการเพียงรายเดียวคงไม่เป็นปัญหาอย่างใด เพราะอนุญาตตุลาการรายเดียวนั้นสามารถทำคำชี้ขาดได้โดยเฉพาะตัวอยู่แล้ว แต่หากเป็นกรณีที่มีอนุญาตตุลาการมากกว่า 1 ราย ในกรณีนี้กำหนดให้คำชี้ขาดเป็นไปโดยใช้เสียงข้างมาก

3) รูปแบบของคำชี้ขาด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี มาตรา 1054 กำหนดให้คำชี้ขาดจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยอนุญาตตุลาการหรือคณะอนุญาตตุลาการ ถ้าคณะอนุญาตตุลาการมีจำนวนมากกว่า 1 ราย การลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการเสียงข้างมากถือว่าเป็นการเพียงพอ แต่จะต้องมีการระบุเหตุผลของอนุญาตตุลาการที่ไม่ลงลายมือชื่อ รวมถึงจะต้องระบุวันที่และสถานที่ ในการทำคำชี้ขาดนั้นไว้ด้วย

4) ระยะเวลาในการทำคำชี้ขาด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาของกลุ่มพิพาทซึ่งได้ตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ ดังนั้น สำหรับกรอบระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดนั้น หากกลุ่มพิพาทได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดไว้ก็ให้เป็นไปตามที่มีการตกลงกัน แต่ในกรณีที่กลุ่มพิพาทมิได้กำหนดระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดไว้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนีก็ได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดบังคับไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม มาตรา 1058 กำหนดให้ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขหรือตีความเพิ่มเติมคำชี้ขาด อนุญาตตุลาการจะต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่มิคำขอ

5) ข้อจำกัดอำนาจการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนีมิได้ให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการพิจารณาคำหนดดอกเบี้ยในคำชี้ขาดไว้ เนื่องจากในการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่มีเงินต้นและจะต้องมีการเรียกดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจริงจากข้อเรียกร้องหลัก อนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาโดยอ้างอิงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ณ ขณะนั้น โดยหากเป็นกรณีที่ต้องมีการพิจารณาในประเด็นการเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการ กลุ่มพิพาทควรมีการกำหนดไว้ในสัญญาหลักให้ชัดเจนตั้งแต่ในชั้นแรกของการทำสัญญาอนุญาตตุลาการ โดยความยินยอมทั้งสองฝ่าย

4.3 การทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในประเทศอังกฤษ

ตามหลักการทั่วไปในการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในแต่ละประเภทของข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 เป็นไปตามมาตรา 46 ถึงมาตรา 58 โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

1) การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ มาตรา 46 กำหนดหลักการบังคับให้อนุญาตตุลาการต้องปรับใช้กฎหมายกับข้อพิพาทในการทำคำชี้ขาดไว้เป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) กรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันเกี่ยวกับข้อกฎหมายหรือข้อพิจารณาอื่นที่ใช้สำหรับการพิจารณาข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายหรือข้อพิจารณาที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้

(2) กรณีที่คู่กรณีพิพาทมิได้มีการตกลงกันเกี่ยวกับข้อกฎหมายที่ใช้สำหรับการพิจารณาข้อพิพาทไว้ ให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดไปตามหลักกฎหมายของประเทศ เว้นแต่ในกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เห็นว่าเหมาะสม

จึงอาจสรุปได้ว่า ในการปรับใช้กฎหมายกับข้อพิพาทเพื่อทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ประเทศอังกฤษมีการกำหนดกรอบขั้นตอนการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 ยึดถือและให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่กรณีพิพาทเป็นอันดับแรก ซึ่งเป็นหลักทฤษฎีขั้นพื้นฐานในเรื่องของสัญญา ดังเห็นได้จากการกำหนดบังคับให้อนุญาโตตุลาการต้องปรับใช้ข้อกฎหมายหรือข้อพิจารณาอื่นกับข้อพิพาทตามที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ก่อน เช่น คู่กรณีพิพาทอาจตกลงกันให้ใช้ข้อกฎหมายศาสนา หรือให้ใช้กฎหมายของพ่อค้าและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า หรือหลักความเป็นธรรม หรือหลักความสุจริต เป็นต้น แต่หากคู่กรณีพิพาทไม่ได้ตกลงข้อกฎหมายหรือข้อพิจารณาอื่นที่ใช้สำหรับการพิจารณาข้อพิพาทไว้ ในลำดับถัดมาอนุญาโตตุลาการก็ยังไม่สามารถเลือกใช้ข้อกฎหมายอื่นได้โดยอิสระเสียทีเดียว โดยกำหนดบังคับให้อนุญาโตตุลาการจะต้องนำหลักกฎหมายของประเทศที่มีอยู่มาปรับใช้ก่อน จนกว่าจะไม่สามารถนำมาใช้ได้ด้วยมีเหตุที่มีบทกฎหมายที่ขัดกัน อนุญาโตตุลาการจึงจะสามารถใช้ดุลยพินิจพิจารณาวินิจฉัยไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เห็นว่าเหมาะสมกับข้อพิพาทได้

2) รูปแบบของคำชี้ขาด แบ่งได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) กรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกำหนดรูปแบบของคำชี้ขาดไว้ รูปแบบของคำชี้ขาดจะเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีพิพาท

(2) ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทไม่ได้ตกลงกำหนดรูปแบบของคำชี้ขาดไว้ คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อของคณะอนุญาโตตุลาการ ระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัย ระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้

4.4 การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา

เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

1) การออกเสียงลงคะแนนชี้ขาด พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกา (FAA) ไม่ได้ระบุว่าในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องมีการลงมติเป็นเอกฉันท์หรือต้องกระทำโดยเสียงข้างมาก อย่างไรก็ตามหากคู่กรณีพิพาทมิได้มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นว่าในการทำคำชี้ขาดจะต้องมีการออกเสียงลงคะแนนเป็นอย่างไร จากแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งอเมริกา ได้เคยวินิจฉัยให้การชี้ขาดโดยเสียงส่วนมากมีผลใช้บังคับได้ (eg, see *Colombia v Cauca*, 190 US 524, 528 (1903))⁸⁴

2) รูปแบบของคำชี้ขาด พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกา กำหนดให้อนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดเป็นหนังสือและต้องลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้มีการกำหนดบังคับไว้ในรูปแบบของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการจะต้องระบุเหตุผลของการชี้ขาดไว้

4.5 การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

ดังได้ทราบมาจกบทก่อนแล้วว่าการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไทยอาจดำเนินการได้ 2 วิธี ได้แก่ วิธีที่คู่กรณีดำเนินการเอง กับวิธีการใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 วิธีดังกล่าว มีข้อถือปฏิบัติในการทำคำชี้ขาดบางประการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ วิธีที่คู่กรณีดำเนินการเอง จะมีหลักเกณฑ์ในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตั้งแต่มาตรา 34 ถึงมาตรา 37 แต่วิธีการใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีหลักเกณฑ์ในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เป็นไปตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของแต่ละสถาบันกำหนด ซึ่งอาจสรุปหลักเกณฑ์สำคัญทั่วไปในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ดังต่อไปนี้

1) การวินิจฉัยชี้ขาด โดยหลักอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยชี้ขาดเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่กรณีพิพาทไม่ได้ และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดโดยคำนึงถึงธรรมเนียมทางการค้านั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอม หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือคำปฎิเสธการอนุญาโตตุลาการ

2) การออกเสียงลงคะแนนชี้ขาด ในการทำคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการจะต้องกระทำโดยใช้เสียงข้างมาก แต่ถ้าไม่สามารถหาเสียงข้างมากได้ ซึ่งอาจเพราะเหตุที่มีการลงคะแนนเสียงเท่ากัน ในกรณีนี้ประธานอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้ทำคำชี้ขาด

⁸⁴ LEXOLOGY. *Arbitration*. Retrieved December 13, 2018 from : <https://www.lexology.com/navigator/#!results/14/view>

3) รูปแบบของคำชี้ขาด คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือ ระบุวันและสถานที่ที่คำชี้ขาดระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัย และลงลายมือชื่ออนุญาตตุลาการ โดยจะเป็นเพียงการลงลายมือชื่อโดยอนุญาตตุลาการเพียงข้างมากก็ได้ แต่ต้องมีการจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาตตุลาการผู้ที่ไม่ลงลายมือชื่อนั้นด้วย

4) กำหนดเวลาในการทำคำชี้ขาด พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้มีการกำหนดระยะเวลาบังคับไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งหากฎกรณีพิพาทมิได้มีการกำหนดระยะเวลาไว้ว่าอนุญาตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาใดแล้ว กำหนดระยะเวลาการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะเป็นไปตามความเหมาะสมของแต่ละข้อพิพาท แต่ในกรณีการใช้บริการอนุญาตตุลาการจากสถาบันอนุญาตตุลาการ กำหนดระยะเวลาการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะเป็นไปตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของแต่ละสถาบันกำหนด เช่น การใช้บริการการอนุญาตตุลาการจากสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 45 ของข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ กำหนดให้ “คำชี้ขาดจะต้องทำให้เสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันเสร็จสิ้นการพิจารณาหรือครบกำหนดยื่นคำแถลงการณ์ปิดคดี เว้นแต่สถาบันจะอนุญาตให้ขยายระยะเวลาตามสมควรเมื่อได้รับคำร้องขอจากคณะอนุญาตตุลาการ” หรือการใช้บริการการอนุญาตตุลาการจากสถาบันอนุญาตตุลาการ (THAC) ข้อ 70 ของข้อบังคับสถาบันอนุญาตตุลาการว่าด้วยการให้ข้อบังคับสถาบันอนุญาตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2558 กำหนดให้ “คำชี้ขาดจะต้องกระทำให้เสร็จภายในระยะเวลา 45 วัน นับแต่วันที่กระบวนพิจารณาเป็นอันสิ้นสุด” เป็นต้น

4.6 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การทำคำชี้ขาดตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของต่างประเทศกับประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ พบว่า ในแต่ละประเทศมีการกำหนดในลักษณะเดียวกัน โดยคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการจะต้องกระทำโดยใช้เสียงข้างมากและรูปแบบของคำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือและต้องลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการ ระบุเหตุผลของการชี้ขาดไว้ แต่ในส่วนของกรอบระยะเวลาในการชี้ขาดโดยหลักการจะเป็นไปตามที่คู่กรณีพิพาทตกลงกัน เว้นแต่ในกรณีที่มิได้ตกลงกันไว้กรอบระยะเวลาอาจเป็นไปตามความเหมาะสมหรือตามกรอบระยะเวลาที่สถาบันซึ่งให้บริการการอนุญาตตุลาการกำหนด

อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศเยอรมนี การทำคำชี้ขาดจะมีข้อจำกัดเพิ่มเติมที่แตกต่างจากประเทศอื่นๆ เกี่ยวกับการพิจารณากำหนดดอกเบี้ยในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีประเด็นข้อพิพาทที่มีเงินต้นและจะต้องมีการเรียกดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจริงจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องหลัก โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดโดยอ้างอิงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ณ ขณะนั้น ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การจัดทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ดังได้กล่าวมาแล้วซึ่งกำหนดให้การจัดทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองจะต้องกำหนดกรอบวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถสั่งให้คู่พิพาทจ่ายให้แก่กันได้เมื่อมีคำวินิจฉัย

5. การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

5.1 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส

โดยหลักการเกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส พระราชกฤษฎีกา 2011-48 (The Decree no. 2011-48 of Justice on 13 January 2011) ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ที่ออกโดยกระทรวงยุติธรรมฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 13 มกราคม 2554 แทนกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ก่อนหน้านี้ซึ่งออกบังคับใช้เมื่อปี พ.ศ. 2528 มาตรา 1484 กำหนดให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุด เว้นแต่จะมีกรณีการอุทธรณ์

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรา 1507 กำหนดให้ข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้ยึดติดหรือขึ้นอยู่กับข้อกำหนดในเรื่องของรูปแบบอันเป็นข้อแตกต่างจากระบบสัญญาอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นที่จะต้องมีการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้ในทางคู่ขนานเพื่อเป็นการควบคุมให้การดำเนินการของอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างถูกต้อง พระราชกฤษฎีกา 2011-48 มาตรา 1487 จึงกำหนดให้การบังคับคำชี้ขาดจะต้องมีการพิสูจน์ถึงการดำรงอยู่ของคำชี้ขาด และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต่อศาลที่มีเขตอำนาจ โดยการบังคับคำชี้ขาดจะต้องมีการยื่นสำเนาที่ได้รับการรับรองคำชี้ขาดด้วย

ในส่วนของกรอบระยะเวลาในการบังคับคำชี้ขาดนั้น พระราชกฤษฎีกา 2011-48 ได้ออกบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะลดขั้นตอนและระยะเวลาเพื่อให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดได้อย่างรวดเร็ว โดยมาตรา 1489 กำหนดห้ามมิให้อุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คู่กรณีมีการตกลงให้มีการอุทธรณ์คำชี้ขาดได้ แต่ถึงกระนั้นแม้จะปรากฏว่าคู่กรณีพิพาทอาจอุทธรณ์คำชี้ขาดได้ก็ตาม แต่คำชี้ขาดก็อาจจะถูกแก้ไขหรือถูกเพิกถอนได้หากมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 1492 ดังต่อไปนี้

- 1) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ถูกต้องหรืออยู่นอกเหนือข้อกฎหมาย

- 2) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างไม่ถูกต้อง
- 3) อนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติต่อกฎวิธีพิพาทตามกระบวนการแห่งกฎหมาย
- 4) การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด
- 5) การยอมรับให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศ
- 6) คำชี้ขาดไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่ระบุเหตุผลของการทำคำชี้ขาด ไม่มีการลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการผู้ทำคำชี้ขาด ไม่มีการระบุวันหรือสถานที่ทำคำชี้ขาด หรือการทำคำชี้ขาดไม่ได้กระทำโดยเสียงข้างมาก เป็นต้น

5.2 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศเยอรมนี

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี (ZPO) มาตรา 1055 กำหนดหลักการสำคัญให้ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีพิพาท โดยกำหนดให้สิทธิกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ไม่ฟ้องเห็นด้วยกับคำชี้ขาดอาจยื่นคำร้องขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ ตามมาตรา 1059 กล่าวคือ ในกรณีที่มีได้มีการตกลงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องขออนุญาตอุทธรณ์จะต้องมีการดำเนินการภายในกำหนด 3 เดือน นับแต่วันที่คู่กรณีพิพาทมีการยื่นคำขอรับคำชี้ขาด หรือขยายระยะเวลาได้ไม่เกิน 1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับการพิจารณาคำร้องขอกรณีมีการแก้ไขและการตีความคำชี้ขาดเพิ่มเติมตามมาตรา 1058 ดังต่อไปนี้

- 1) คู่กรณีพิพาทผู้ยื่นคำขอสามารถแสดงเหตุผลให้เห็นอย่างเพียงพอว่ามีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้
 - (1) อนุญาโตตุลาการมีความบกพร่องบางประการ ตามมาตรา 1029 หรือมาตรา 1031 เช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น
 - (2) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดไม่มีการแจ้งต่อกู่กรณีพิพาทอย่างถูกต้อง
 - (3) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทนั้นอยู่นอกเหนือขอบข่ายของการตกลงกันของคู่กรณีพิพาท

(4) องค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนีหรือข้อตกลงของ คู่กรณีพิพาท และ

2) ศาลพิจารณาตามคำขอแล้วเห็นว่า

(1) ข้อพิพาทนั้นไม่อาจถูกระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี หรือ

(2) การยอมรับให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดแย้งกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ในกรณีนี้ ตามมาตรา 1060 เมื่อศาลอนุญาตให้มีการอุทธรณ์ตามคำร้องขออนุญาตอุทธรณ์ดังกล่าวแล้ว ในการพิจารณาอุทธรณ์ศาลอาจมีคำสั่งให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

5.3 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ

ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 มาตรา 58 กำหนดหลักการสำคัญไว้โดยสรุปว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่าย รวมถึงบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณีพิพาทนั้นๆ ด้วย นอกจากนี้ มาตรา 66 ยังกำหนดให้คำชี้ขาดมีผลใช้บังคับได้เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล รวมถึงยังสามารถแปลงคำชี้ขาดให้เป็นคำตัดสินของศาลก็ได้ ดังนั้น ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งสามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้ โดยการบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องกระทำภายในกำหนดระยะเวลา 6 ปี นับแต่วันเกิดสิทธิเรียกร้อง หรือในกรณีพิเศษภายในกำหนดระยะเวลา 12 ปี นับแต่วันเกิดสิทธิเรียกร้อง ตามพระราชบัญญัติข้อจำกัด พ.ศ. 2523 (The Limitation Act 1980)⁸⁵

⁸⁵The Limitation Act 1980

Section 5. Time limit for actions founded on simple contract.

“An action founded on simple contract shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued.”

Section 8. Time limit for actions on a specialty.

“(1) An action upon a specialty shall not be brought after the expiration of twelve years from the date on which the cause of action accrued.

นอกจากนี้ หากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เห็นพ้องด้วยตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ(อังกฤษ) พ.ศ. 2539 มาตรา 70 ได้เปิดช่องให้คู่กรณีพิพาทสามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ภายใน 28 วัน นับแต่วันที่ที่มีคำชี้ขาด ซึ่งศาลอาจรับคำอุทธรณ์ได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการคำชี้ขาดตามมาตรา 67

2) มีความผิดร้ายแรงในคำชี้ขาดตามมาตรา 68 เช่น มีกรณีที่จะเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาท มีการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ถูกต้องตามข้อตกลงของคู่กรณีพิพาท คำชี้ขาดมีการฉ้อฉลซึ่งขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นต้น

3) กรณีการขออุทธรณ์ในประเด็นข้อกฎหมายตามมาตรา 69 ได้แก่

(1) ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายนั้นเป็นการกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่าย

(2) ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายนั้นได้ถูกพิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ

(3) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายนั้นไม่ถูกต้องอย่างชัดเจน หรือเป็นประเด็นข้อกฎหมายที่มีความสำคัญต่อสาธารณชนและยังมีข้อสงสัย

ในการนี้ หากในภายหลังศาลได้อนุญาตอุทธรณ์และศาลได้พิจารณาแล้ว ศาลอาจมีคำสั่งยื่นตามคำชี้ขาด เปลี่ยนแปลงคำชี้ขาด ส่งคืนคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการแก้ไขคำชี้ขาดทั้งหมดหรือบางส่วน หรือเพิกถอนคำชี้ขาดทั้งหมดหรือบางส่วนภายหลังการส่งคืนคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้งแล้ว แต่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการยังมีความไม่เหมาะสม

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องสิทธิในการอุทธรณ์ของคู่กรณีพิพาท พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษ พ.ศ. 2539 มาตรา 69(1) กำหนดให้สิทธิแก่คู่กรณีพิพาทสามารถตกลงยกเว้นสิทธิในการอุทธรณ์ในประเด็นข้อกฎหมายได้

5.4 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา

การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้ขึ้นอยู่กับอนุสนธิสัญญา นิวยอร์ก (New York Arbitration Convention) ซึ่งเป็นเรื่องของการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่จะขึ้นอยู่กับกฎหมายของมลรัฐ

(2) Subsection (1) above shall not affect any action for which a shorter period of limitation is prescribed by any other provision of this Act.”

และกฎหมายของรัฐบาลกลาง รวมถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2543 (The Revision Unifrom Arbitration Act 2000)⁸⁶

ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาด พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2543 มาตรา 23 ได้ให้สิทธิกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดสามารถร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคำชี้ขาดได้ ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือมีคำสั่งไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดได้ หากปรากฏเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

- 1) คำชี้ขาดเกิดจากการทุจริตหรือมีการดำเนินการที่ไม่เหมาะสม
- 2) เกิดความไม่เป็นกลาง
- 3) การปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีพิพาทมีความไม่เหมาะสม เช่น มีคำชี้ขาดโดยไม่มีเหตุผลสนับสนุนอย่างเพียงพอ ไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีพิพาท
- 4) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือขอบเขตข้อตกลงของคู่กรณีพิพาท

5.5 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการไว้ในหมวด 7 มาตรา 41 – 45 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้วางหลักไว้โดยสรุปว่า เมื่อมีคำชี้ขาดแล้วคำชี้ขาดย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีพิพาทและบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และหากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งอาจทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ โดยที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลเป็นที่สุด จะมีการอุทธรณ์หรือฎีกาหรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุตามความในหมวด 6 การคัดค้านคำชี้ขาด มาตรา 40 และ ในหมวด 7 การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด มาตรา 43 และมาตรา 44 ซึ่งคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- 1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ โดยหากปรากฏว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นเกิดจากการแสดงเจตนาของผู้ที่มีความบกพร่องในเรื่องของความสามารถตามกฎหมายแล้ว สัญญาอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ และส่งผลให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยอาศัยอำนาจตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีความไม่สมบูรณ์ไม่อาจทำคำชี้ขาดที่จะมีผลบังคับตามกฎหมายได้

⁸⁶LEXOLOGY. *Arbitration*. Retrieved December 13, 2018 from : <https://www.lexology.com/navigator/#!results/14/view>

2) สัญญาอนุญาตโตตุลาการ ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย กล่าวคือ ด้วยเหตุที่การทำคำชี้ขาดตามพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นกรณีที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามสัญญาอนุญาตโตตุลาการ ดังนั้น หากสัญญาอนุญาตโตตุลาการที่ทำขึ้นนั้นไม่สมบูรณ์แล้ว ย่อมส่งผลให้อนุญาตโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยอาศัยอำนาจตามสัญญาอนุญาตโตตุลาการที่มีความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวไม่มีอำนาจในการทำคำชี้ขาดที่จะมีผลบังคับตามกฎหมายได้

3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น เนื่องจากการที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับการแจ้งโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ย่อมไม่อาจโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานเข้าสู่คดีของตนในชั้นอนุญาโตตุลาการได้อย่างเต็มที่ และส่งผลให้การทำคำชี้ขาดไม่อาจเป็นไปอย่างเป็นธรรม

4) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตโตตุลาการ หรือเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุที่อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดเกิดขึ้นจากสัญญาอนุญาตโตตุลาการหรือข้อตกลงของคู่กรณีพิพาท การคำชี้ขาดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตโตตุลาการหรือเกินขอบเขตของข้อตกลงจึงถือเป็นการคำชี้ขาดโดยไม่มีอำนาจ

5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่กรณีพิพาทมิได้ตกลงกันไว้หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เช่น คู่กรณีพิพาทตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการเพียง 1 คน แต่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการ 2 คน ซึ่งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นจำนวนคู่อาจส่งผลต่อการออกเสียงชี้ขาดที่เกิดความไม่เป็นธรรมได้

อย่างไรก็ตาม⁸⁷แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะเปิดช่องให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาหรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นได้ แต่การที่ศาลจะมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ต้องปรากฏว่ามีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

1) คำชี้ขาดจะไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁸⁷เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 175 - 175.

2) การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้นๆจะเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

3) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

4) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

5) ผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งพิจารณานั้นได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา หรือ

6) เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มพิพาท

5.6 เปรียบเทียบการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศกับประเทศไทย

ผู้วิจัยได้ทำการศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พบว่าในแต่ละประเทศจะมีการกำหนดหลักการสำคัญไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ กำหนดให้เมื่อมีคำชี้ขาดแล้วคำชี้ขาดย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีพิพาทและบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และหากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งอาจทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ โดยที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลเป็นที่สุดท้ายจะมีการอุทธรณ์หรือหรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนด เช่น คำชี้ขาดจะไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย การบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของแต่ละประเทศแล้ว เห็นว่า บทกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของแต่ละประเทศมีนัยยะสำคัญเกี่ยวกับการควบคุมคำชี้ขาดอยู่ด้วยในขณะเดียวกัน กล่าวคือ ในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศได้มีการวางระบบการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดไว้ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการไว้เหมือนกันหรือแตกต่างกันไป โดยในส่วนที่เหมือนกันของทุกประเทศจะเห็นว่ามิได้ยึดถือหลักความมีอิสระของอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริง เห็นได้จากกรณีที่แม้จะมีการกำหนดให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดท้าย และห้ามมิให้มีการอุทธรณ์ก็ตาม แต่การกำหนดเช่นนั้นก็มีได้ถือเป็นบทกฎหมายเด็ดขาดเสียทีเดียว โดยได้มีการกำหนดเอาไว้ให้ศาลมีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบและทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยอาศัยช่องทางทางการใช้สิทธิ

คู่กรณีพิพาทที่อาจมีการตกลงกำหนดกันให้มีการอุทธรณ์คำชี้ขาดได้ และศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นถูกแก้ไขหรือถูกเพิกถอนได้ ในกรณีที่ปรากฏว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้องหรืออยู่นอกเหนือข้อกฎหมาย หรือการยอมรับให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

สำหรับในส่วนที่แตกต่างกันของระบบการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาด ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย จะมีการวางระบบการควบคุมการใช้ดุลยพินิจการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ การควบคุมคำชี้ขาดจากการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการปรับใช้ข้อกฎหมาย และการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดในข้อเท็จจริงอันเป็นเนื้อหาของสาระของข้อพิพาท โดยการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการปรับใช้ข้อกฎหมาย จะเป็นในลักษณะของการกำหนดกรอบขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายกับข้อพิพาทสำหรับการทำคำชี้ขาด กล่าวคือ กำหนดให้อนุญาโตตุลาการจะต้องปรับใช้กฎหมายรวมถึงหลักความเป็นธรรมและความสุจริตตามที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้สำหรับข้อพิพาทนั้นๆ เท่านั้น แต่หากกรณีคู่กรณีพิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้ว่าจะให้ใช้กฎหมายใดในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นๆ แทน แต่ในกรณีที่เป็นการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดในข้อเท็จจริงอันเป็นเนื้อหาของสาระของข้อพิพาท จะเป็นในลักษณะของการกำหนดให้ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีพิพาท แต่ยังคงมีการกำหนดให้สิทธิกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถยื่นคำร้องขออุทธรณ์ต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ ซึ่งหากศาลพิจารณาตามคำขอแล้ว มีเหตุตามกฎหมาย เช่น ข้อพิพาทนั้นไม่อาจถูกระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศ หรือการยอมรับให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดแย้งกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นต้น ศาลอาจมีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับของประเทศอังกฤษนั้นการควบคุมคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีการกำหนดบทบัญญัติที่ขยายความชัดเจนเพิ่มเติมขึ้นมานอกเหนือจากของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทย ที่ให้อำนาจศาลสามารถเข้าไปพิจารณาดูตรวจสอบและทบทวนความถูกต้องในประเด็นข้อกฎหมายตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้อย่างกว้างขวาง เห็นได้จากการกำหนดที่มีความหมายอย่างกว้าง โดยให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบและทบทวนความถูกต้องในประเด็นข้อกฎหมายที่จะเป็นการกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่าย หรือในประเด็นข้อกฎหมายที่ไม่ถูกต้องอย่างชัดเจน หรือในประเด็นข้อกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อสาธารณชนและยังมีข้อสงสัย

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

ปัจจุบันสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจของโลกมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วและมีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีความพยายามในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้เท่าทันกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว สิ่งปลูกสร้างรวมถึงโครงสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ จัดเป็นปัจจัยสำคัญหลักต่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชากร และช่วยในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเป็นอย่างยิ่ง ดังปรากฏจากข้อมูลเชิงสถิติโดยสถาบันการก่อสร้างแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2559 ซึ่งอ้างถึงสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ในบทที่ 1 บทนำ (ดูข้อมูลในภาพที่ 1.1) ที่แสดงให้เห็นมาแล้วว่า การลงทุนในภาคอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทยในแต่ละปีมีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ

การอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ถือเป็นผลลัพธ์หนึ่งที่เกิดขึ้นจากการพัฒนาประเทศ และเพื่อมิให้เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนเพื่อพัฒนาประเทศ ประเทศไทยจำเป็นต้องยอมรับให้มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะประโยชน์ของมหาชน ดังปรากฏตามความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย ที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ ความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศไทย ที่ปรากฏออกมาในรูปแบบของมติคณะรัฐมนตรีที่แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองให้มีความยืดหยุ่น โดยเฉพาะในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า อย่งไรก็ตามประเทศไทยยังคงต้องมีการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองอยู่ตราบเท่าที่ประเทศไทยยังคงต้องอาศัยการลงทุนและความรู้ความเชี่ยวชาญจากต่างประเทศเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การบังคับสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับการพัฒนาประเทศ การกำหนดให้หน่วยงานของรัฐสามารถทำสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างจึงควรต้องมีการพัฒนาหลักเกณฑ์การอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างให้มีความละเอียด รอบคอบ และรัดกุมอย่างรอบด้าน

1. ปัญหาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

เมื่อพิจารณาสภาพและลักษณะของงานก่อสร้าง พบว่า ในแต่ละ โครงการก่อสร้างกว่าจะสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้จำเป็นต้องอย่างยิ่งที่ต้องอาศัยกำลังคนในการทำงานจากหลายภาคส่วนด้วยกัน เพื่อให้งานก่อสร้างในแต่ละโครงการนั้นๆ เสร็จสิ้นตามสัญญา อาทิ งานโครงสร้าง งานไม้ งานคอนกรีต งานปูนก่อฉาบ งานเหล็ก งานระบบสาธารณูปโภค งานตกแต่งภายใน ฯลฯ ซึ่งหากโครงการก่อสร้างมีขนาดและมูลค่ามากเท่าใด ในการดำเนินงานก่อสร้างจนกว่าจะแล้วเสร็จตามสัญญาก็ย่อมจะเกิดปัญหาหน้างานมากขึ้นได้เป็นเงาตามตัว โดยหากปัญหาที่เกิดขึ้นสามารถเจรจาร่วมกันและหาข้อยุติลงได้ในระหว่างคู่สัญญาก็คงไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด แต่ในสภาพความเป็นจริงที่พบนั้น ในหลายครั้งปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวได้มีการลุกลามจนถึงขั้นบานปลายและไม่อาจเจรจายุติกันเองในระหว่างคู่สัญญาได้จนเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น

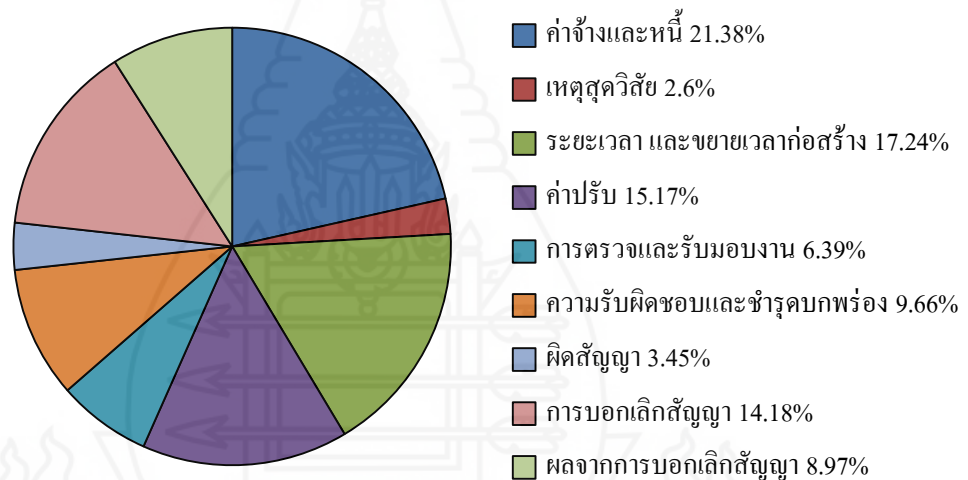
จากข้อมูลการศึกษาปัญหาในอดีตของ อานนท์ ไทยจ่านง⁸⁸ ผู้ที่ทำการศึกษามาก่อนในช่วงหลายปีที่ผ่านมาพบว่า ปัญหาข้อขัดแย้งในงานก่อสร้างของหน่วยงานของรัฐที่ไม่สามารถเจรจายุติได้และกลายเป็นข้อพิพาทขึ้น มีช่วงเวลาเริ่มตั้งแต่ในขั้นตอนการพิจารณาความเป็นไปได้ของโครงการ การออกแบบ การจัดทำแบบ การประมาณราคา การประกาศข้อกำหนดการจ้างงาน การประมูลงาน โครงการก่อสร้าง การดำเนินงานก่อสร้าง การประกันผลงานการก่อสร้างหลังการส่งมอบงาน ตลอดจนการขอคืนหลักประกัน แต่ส่วนใหญ่พบว่าช่วงเวลาที่เกิดกรณีโต้แย้งจนเกิดเป็นข้อพิพาทมากที่สุด คือ ช่วงเวลาระหว่างดำเนินการก่อสร้าง อีกทั้งยังพบข้อมูลอีกว่าฝ่ายที่เป็นผู้เรียกร้องในข้อพิพาทส่วนใหญ่ คือ ฝ่ายผู้รับจ้างหรือผู้รับเหมาก่อสร้าง โดยอาจสรุปประเด็นข้อพิพาทหลักที่เกิดขึ้นจากงานก่อสร้าง ได้ดังต่อไปนี้

- 1) ค่าจ้างจากการตีความเรื่องสิทธิระหว่างคู่สัญญา
- 2) เหตุสุดวิสัย
- 3) การโต้แย้งของผู้รับจ้างในเรื่องการเพิ่มงานและการขยายระยะเวลาไม่ถูกต้อง
- 4) การผิดสัญญา
- 5) ค่าปรับ
- 6) ความรับผิดชอบเพราะเหตุความชำรุดบกพร่อง

⁸⁸ อานนท์ ไทยจ่านง. ปัญหาและแนวทางการใช้สัญญาอนุญาตตุลาการเพื่อการระงับ/ยุติข้อพิพาทในงานก่อสร้าง กรณีสัญญาก่อสร้างงานราชการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต). สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ, กรุงเทพมหานคร. 2548. หน้า 51-60.

- 7) การตรวจและรับมอบงาน
- 8) กรณีอื่นๆ จนมีการบอกเลิกสัญญา

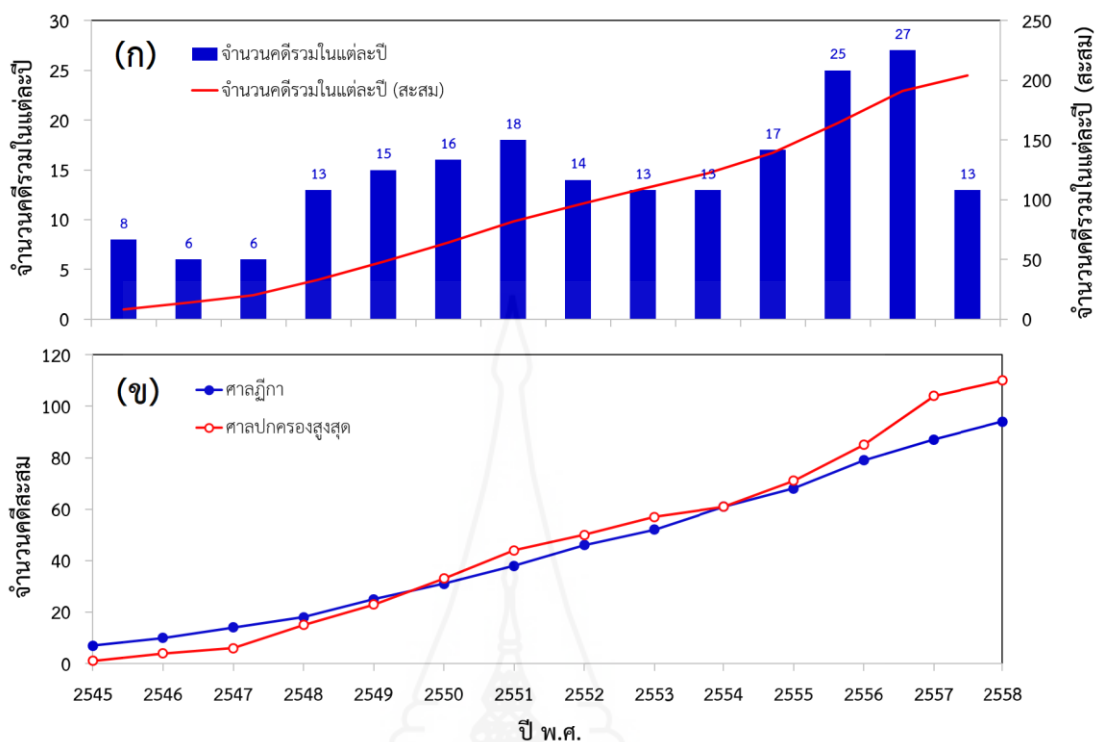
นอกจากนี้จากผลการศึกษาวิจัยดังกล่าว ยังพบข้อมูลอีกว่า ประเด็นข้อพิพาทในงานก่อสร้างที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ คิดเป็นประมาณสามในสี่ของข้อพิพาทที่พบ ได้แก่ ค่าจ้างและหนี้ระยะเวลาก่อสร้างและการขยายเวลาก่อสร้าง การบอกเลิกสัญญา ความรับผิดชอบและปัญหาชำรุดบกพร่อง และการตรวจและมอบงาน โดยรายงานเป็นความถี่เชิงสถิติที่เกิดขึ้น เท่ากับ ร้อยละ 21.38 ร้อยละ 17.24 ร้อยละ 15.17 ร้อยละ 14.18 และ ร้อยละ 6.39 ตามลำดับ ดังที่ผู้ศึกษาได้สรุปเป็นกราฟข้อมูลปรากฏในภาพที่ 4.1



ภาพที่ 4.1 ข้อมูลกรณีพิพาทในงานก่อสร้างที่เกิดขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2530 – พ.ศ. 2541

ที่มา : ผู้วิจัยนำข้อมูลของ อานนท์ ไทยจ่านิง^{๘๘} มาสร้างเป็นกราฟแสดงสัดส่วนกรณีพิพาทในงานก่อสร้าง

นอกจากนี้จากข้อมูลของสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC (Thailand Arbitration Center) ยังพบข้อมูลเชิงสถิติอีกว่า จำนวนสถิติของข้อพิพาทในภาพรวมที่เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2558 มีจำนวนมากขึ้นทุกปี (ดูข้อมูลในภาพที่ 4.2)



ภาพที่ 4.2 จำนวนคดีอนุญาโตตุลาการในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 - พ.ศ. 2558:

(ก) จำนวนคดีรวมในแต่ละปีที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดและจำนวนคดีรวมสะสม

(ข) จำนวนคดีสะสมแบ่งตามลักษณะศาล⁸⁹

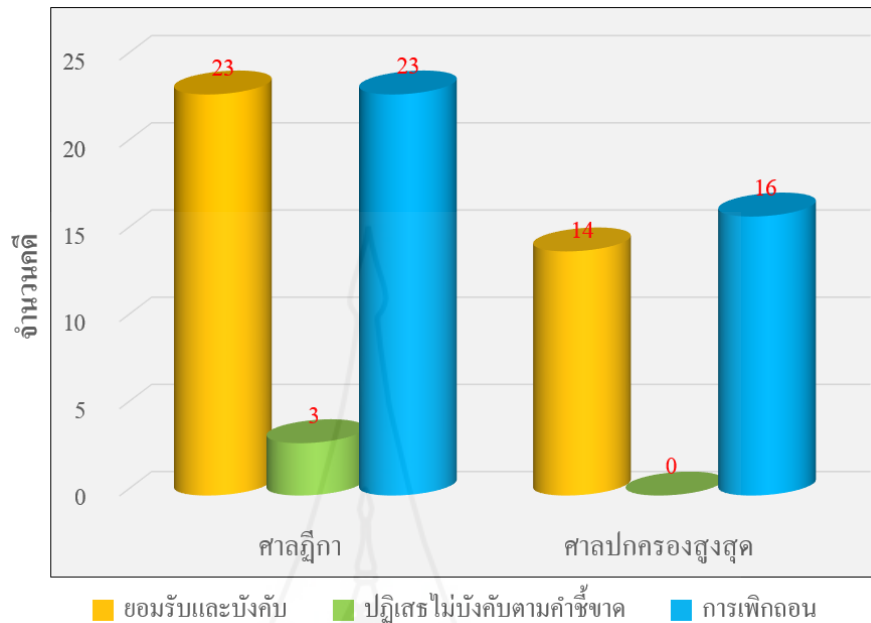
ที่มา : ผู้วิจัยนำข้อมูลของ สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC (Thailand Arbitration Center)⁸⁹ มาสร้างเป็นกราฟแสดงจำนวนคดีอนุญาโตตุลาการในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 - พ.ศ. 2558

⁸⁹ พลิษฐ์ อัสววัฒนาพร. สถาบันอนุญาโตตุลาการกับการระงับข้อพิพาททางเลือก (Thailand Arbitration Center). เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร การบริหารงานยุติธรรมระดับสูง (ยชศ) วันที่ 18 มกราคม 2561. สถาบันอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาททางเลือก. 30 ธันวาคม 2561. จาก <http://www.oja.go.th/TH/wp-content/uploads/2017/11/18-1-61-M.pdf>

2. ปัญหาที่เกิดขึ้นในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างจากการอนุญาตตุลาการ

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายรองรับให้หน่วยงานของรัฐสามารถทำสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างกับหน่วยงานภาคเอกชนได้ตามความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ด้วยมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์เพื่อให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และเพื่อเป็นการลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครอง แต่ในขณะเดียวกันการใช้การอนุญาตตุลาการเป็นหนึ่งในวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างยังคงมีปัญหาบางประการที่ส่งผลให้ยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังปรากฏข้อมูลยืนยันทางสถิติเกี่ยวกับจำนวนคดีจากแต่ละสถาบันที่ให้บริการทางการอนุญาตตุลาการที่แสดงให้เห็นถึงสัดส่วนของผลการพิจารณาของศาลที่มีเขตอำนาจในกรณีที่มีคำสั่งยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดที่ไม่แตกต่างจากกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาด ในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2558⁹⁰ (ดูข้อมูลในภาพที่ 4.3) ซึ่งเป็นนัยสำคัญที่สะท้อนให้เห็นว่า หากการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองสามารถใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยได้รับความเชื่อถือจากคู่กรณีพิพาทแล้ว สัดส่วนจำนวนคดีการขอให้ศาลพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ควรจะต้องมีค่าลดลงมากกว่าที่จะเพิ่มขึ้น

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน

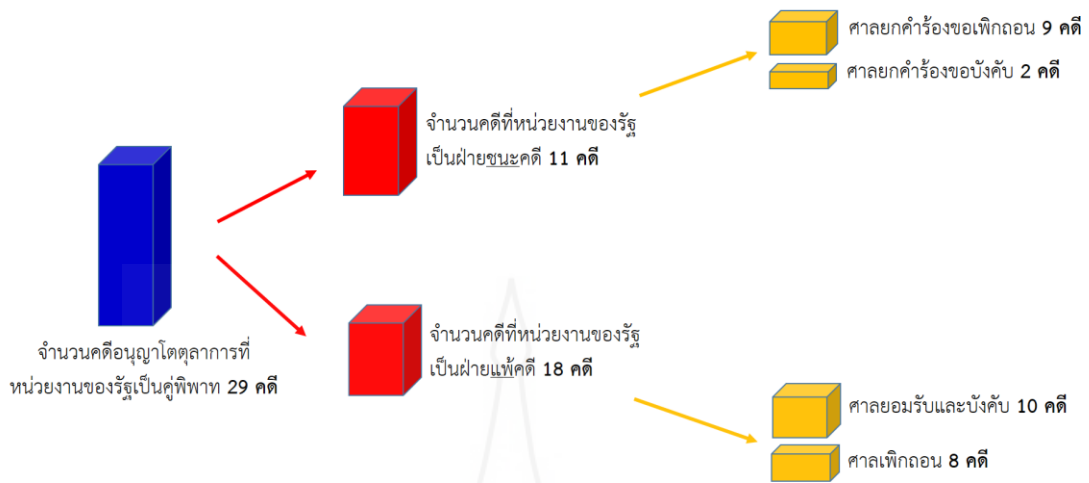


ภาพที่ 4.3 จำนวนคดีที่แบ่งตามผลการพิจารณาโดยศาลฎีกาและศาลปกครอง ในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2558

ที่มา : ผู้วิจัยนำข้อมูลของ สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC (Thailand Arbitration Center)⁹⁰ มาสร้างเป็นกราฟแสดงจำนวนคดีที่แบ่งตามผลการพิจารณาโดยศาลฎีกาและศาลปกครอง ในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2558

นอกเหนือจากนี้ ยังพบข้อมูลอีกว่าในส่วนที่เป็นคดีปกครองอันเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งมีหน่วยงานของรัฐเป็นคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งและเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2558 หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้คดีมากกว่าเป็นฝ่ายชนะคดี⁹¹ (ดูข้อมูลในภาพที่ 4.4)

⁹¹ เรื่องเดียวกัน



ภาพที่ 4.4 จำนวนคดีที่จำแนกเป็นประเภทคดีอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลปกครองที่มีหน่วยงานของรัฐ
เป็นคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งและเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2545 - พ.ศ. 2558

ที่มา : ผู้วิจัยนำข้อมูลของ สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC (Thailand Arbitration Center)⁹¹
มาสร้างเป็นกราฟแสดงจำนวนคดีที่จำแนกเป็นประเภทคดีอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลปกครอง
ที่มีหน่วยงานของรัฐเป็นคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งและเอกชนฝ่ายหนึ่ง ในช่วงเวลาระหว่าง
ปี พ.ศ. 2545 - พ.ศ. 2558

ในการนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจและทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ
ที่มีผลต่อการบังคับสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างอย่างถูกต้องและชัดเจนมากยิ่งขึ้น
ผู้วิจัยได้นำตัวอย่างคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครอง
ในคำฟ้องที่เกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่ทำให้หน่วยงานของรัฐตก
เป็นฝ่ายแพ้คดีและไม่อาจบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งผิดสัญญา ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง
ด้านงานก่อสร้างซึ่งเป็นสัญญาหลักได้เมื่อมีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ
ดังต่อไปนี้

ตัวอย่างกรณีศึกษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
ด้านงานก่อสร้าง ข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 89/2555 จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่
อ.437/2560 คดีหมายเลขแดงที่ อ.1374/2560 ระหว่าง มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด ผู้ร้อง กับ
ห้างหุ้นส่วนจำกัด สงหลีสรรพสินค้าและก่อสร้าง ผู้คัดค้าน

กรณีพิพาทเกิดขึ้นเนื่องจากมหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด ผู้คัดค้าน (ผู้ร้องในชั้นการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด) ได้ตกลงทำสัญญาจ้าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด สงหลีสรรพสินค้าและก่อสร้าง ผู้เรียกร้อง (ผู้คัดค้านในชั้นการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด) เป็นสัญญาจ้างเลขที่ 8/2551 ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2551 เพื่อก่อสร้างกลุ่มอาคารอเนกประสงค์และศูนย์กีฬาในร่ม 3 หลัง ณ มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด ในวงเงินค่าจ้างจำนวน 119,991,000 บาท มีกำหนดจ่ายเงินตามงวดงานทั้งหมด 18 งวด กำหนดเริ่มทำงานตามสัญญาจ้างตั้งแต่วันที่ 4 พฤศจิกายน 2551 ถึงวันที่ 26 มิถุนายน 2553 รวมทั้งสิ้น 600 วัน ตามสัญญาจ้าง ผู้เรียกร้องและผู้คัดค้านตกลงกันในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาและคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด ข้อเท็จจริงในข้อพิพาทปรากฏว่า มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด ผู้คัดค้าน กับมหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษได้ร่วมกันออกแบบแบบแปลนการก่อสร้างกลุ่มอาคารอเนกประสงค์และศูนย์กีฬาในร่ม 3 หลัง ซึ่งมหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษได้รับงบประมาณเช่นเดียวกับผู้คัดค้าน แต่ในระหว่างการดำเนินงานก่อสร้างโครงสร้างเพดานโชนซีของมหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษ มหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษได้ทำการแก้ไขแบบแปลนเพื่อให้มีความมั่นคงแข็งแรงยิ่งขึ้น โดยเป็นการแก้ไขแบบแปลนภายในระยะเวลาการก่อสร้าง รวมทั้งมีการเพิ่มงานและเพิ่มเงินตามเนื้องานที่เกิดขึ้นใหม่ โดยผู้รับจ้างได้ดำเนินการก่อสร้างจนแล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา และเมื่อมหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษได้แก้ไขแบบแปลนแล้วก็ได้จัดส่งแบบแปลนที่แก้ไขให้กับผู้คัดค้านด้วย แต่เนื่องจากการก่อสร้างอาคารพิพาทได้ล่วงเลยระยะเวลาส่งมอบงานตามสัญญาและอยู่ในระหว่างการคิดค่าปรับตามสัญญา ประกอบกับผู้คัดค้านได้มีการทำหนังสือสอบถามไปยังสถาปนิกผู้ออกแบบอาคารของมหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรงของแบบแปลนเดิมว่าสามารถก่อสร้างต่อไปได้หรือไม่ และได้รับการยืนยันว่าตามแบบแปลนเดิมที่สามารถทำการก่อสร้างได้ โดยมีความมั่นคงแข็งแรง ผู้คัดค้านจึงมิได้ทำการแก้ไขแบบแปลนการก่อสร้างให้เป็นเช่นเดียวกับของมหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษ โดยยืนยันกับผู้เรียกร้องให้มีการก่อสร้างต่อไปแต่ต่อมาปรากฏว่าเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2554 ผู้เรียกร้องได้หยุดการก่อสร้าง โดยให้เหตุผลว่าแบบแปลนหลังคาอาคารโชนซีไม่มั่นคงแข็งแรง โดยกล่าวอ้างถึงแบบแปลนที่แก้ไขใหม่ของมหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษเมื่อผู้คัดค้านเห็นว่าผู้เรียกร้องไม่อาจดำเนินการก่อสร้างต่อไปจนแล้วเสร็จตามสัญญาได้ ผู้คัดค้านจึงได้ทำการประกวดราคาหาผู้รับจ้างรายใหม่เข้าดำเนินการก่อสร้างต่อจากผู้เรียกร้อง จากกรณีดังกล่าวผู้เรียกร้องจึงได้เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ เป็นข้อพิพาทหมายเลขคำที่ 89/2555 ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 59/2557 เรียกร้องให้ผู้คัดค้านชำระเงินค่าจ้างในงานที่ผู้เรียกร้องได้ทำแล้วเสร็จแต่ยังไม่สามารถส่งมอบงานได้ นับแต่งวดงานที่ 12 ถึงงวดงานที่ 18 (งวดงานสุดท้าย)

รวมเป็นเงินจำนวน 27,354,554 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับจากวันเสนอข้อพิพาทจนกว่าจะชำระเสร็จแก่ผู้เรียกร้อง และขอให้มีคำวินิจฉัยว่าคำสั่งของผู้คัดค้านในฐานะผู้ว่าจ้างในการลงโทษผู้เรียกร้องเป็นผู้ทำงานตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในรายละเอียดคำชี้ขาดของกรณีพิพาทดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการมีการกำหนดประเด็นข้อพิพาทโดยความเห็นชอบของกลุ่มพิพาทเป็น 4 ประเด็น คือ

1) ผู้เรียกร้องมีสิทธิเสนอข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยหรือไม่

ประเด็นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า ข้อเรียกร้องของผู้เรียกร้องดังกล่าว เป็นกรณีที่ข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างผู้เรียกร้องและผู้คัดค้าน เกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญา เมื่อคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ก็สามารถเสนอข้อโต้แย้งต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดได้ แต่ในส่วนของคำสั่งของผู้คัดค้านในฐานะผู้ว่าจ้างในการลงโทษผู้เรียกร้องเป็นผู้ทำงานตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เห็นว่าคำสั่งของผู้คัดค้านในฐานะผู้ว่าจ้างในการลงโทษผู้เรียกร้องเป็นผู้ทำงานนั้นมิได้เกี่ยวข้องกับสัญญาระหว่างผู้เรียกร้องและผู้คัดค้านแต่ประการใด ผู้เรียกร้องไม่มีสิทธิเสนอข้อพิพาทในส่วนนี้ต่อคณะอนุญาโตตุลาการ

2) ผู้คัดค้านมีสิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารอเนกประสงค์และศูนย์กีฬา ในรณเลขที่ E-Auction 8/2551 ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2551 และลงโทษให้ผู้เรียกร้องเป็นผู้ทำงานได้หรือไม่

ประเด็นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า ข้อพิพาทที่ผู้เรียกร้องขอให้มีคำวินิจฉัยว่าคำสั่งให้ผู้เรียกร้องเป็นผู้ทำงานเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่ข้อพิพาทที่ผู้เรียกร้องมีสิทธิเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดตามที่ได้วินิจฉัยมาแล้ว ข้อพิพาทในส่วนนี้ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยให้ได้ ลงมีประเด็นข้อพิพาทเพียงว่าผู้คัดค้านมีสิทธิบอกเลิกสัญญาดังกล่าวได้หรือไม่ เห็นว่าผู้คัดค้านยอมใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างตามข้อ 15 ได้

3) ผู้คัดค้านจะต้องชำระค่าจ้างให้แก่ผู้เรียกร้องหรือไม่ เพียงใด

ประเด็นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า จากพยานหลักฐานของผู้เรียกร้อง มีน้ำหนักรับฟังได้ว่า ผู้เรียกร้องทำการก่อสร้างงานตามสัญญาจ้าง แต่ยังมีได้ส่งมอบ (ผู้เรียกร้องได้ก่อสร้างแล้วเสร็จบางส่วนในงวดงานที่ 12 – 18 แต่ยังมีได้ส่งมอบงาน เนื่องจากยังมีอื่นๆ ในงวดงานที่ยังไม่เสร็จสมบูรณ์) ซึ่งผู้คัดค้านยังมีได้ชำระค่าจ้างให้ตามค่าให้การของผู้คัดค้านค่าเรียกร้องแย้ง รวมเป็นเงิน 19,137,341 บาท ผู้เรียกร้องมีสิทธิได้รับค่าจ้างหรือค่างานที่ผู้เรียกร้องดำเนินการแล้วเสร็จ ผู้คัดค้านจะต้องชำระให้แก่ผู้เรียกร้อง 19,137,341 บาท

4) ผู้เรียกร้องจะต้องชำระเงินค่าปรับและค่าใช้จ่ายในการควบคุมงานให้แก่ผู้คัดค้านหรือไม่ เพียงใด

ประเด็นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้เรียกร้องมีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างจากผู้คัดค้าน เป็นเงิน 19,137,741 บาท และเงินค่าจ้างในงวดที่ 10 และงวดที่ 11 จำนวน 11,999,100 บาท แต่ผู้เรียกร้องต้องชำระค่าปรับและค่าใช้จ่ายในการควบคุมงานให้แก่ผู้คัดค้าน เป็นเงิน 25,468,819 บาท ผู้เรียกร้องยังมีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างจากผู้คัดค้านอีกเป็นเงิน 5,667,622 บาท จึงชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงิน 5,667,622 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ยื่นคำเสนอข้อพิพาทจนกว่าจะชำระเสร็จแก่ผู้เรียกร้อง

ด้วยความเคารพจากการศึกษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด พบว่า มีประเด็นที่เป็นข้อคิดเห็นและยังคงมีประเด็นที่ควรพิจารณาเพิ่มเติม ได้แก่

1) การที่คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ฮงหลีสรรพสินค้าและก่อสร้าง ผู้เรียกร้อง มีสิทธิได้รับชำระเงินในเนื้องานที่ได้มีการก่อสร้างแล้วบางส่วนในงวดงานที่ 12-18 โดยที่ทีมงานบางส่วนที่ยังมิได้ดำเนินการ ทำให้ไม่อาจส่งมอบงานทั้งหมดในงวดงานที่ 12-18 ได้ เป็นจำนวนเงิน 19,137,341 บาท โดยอาศัยหลักในเรื่องของการชำระค่าตอบแทนในเรื่องนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเจ้าหนี้และลูกหนี้ในฐานะปัจเจกบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน แต่สำหรับสัญญาระหว่างผู้เรียกร้องกับมหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด ผู้คัดค้าน ถือเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือผู้คัดค้านเป็นหน่วยงานทางปกครอง ประกอบกับสัญญาจ้างก่อสร้างกลุ่มอาคารอเนกประสงค์และศูนย์กีฬาในร่มดังกล่าวมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ซึ่งให้ผู้เรียกร้องทำการก่อสร้างอาคารอเนกประสงค์และศูนย์กีฬาในร่มแก่ผู้คัดค้าน และผู้คัดค้านจะจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้เรียกร้องเป็นการตอบแทนตามเนื้องานที่ทำสำเร็จในแต่ละงวดงาน อาคารอเนกประสงค์และศูนย์กีฬาในร่มที่ผู้เรียกร้องทำการก่อสร้างนั้นจึงถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ผู้คัดค้านในฐานะหน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนรวมถึงนักศึกษาเพื่อได้ใช้ในการศึกษา สัญญาระหว่างผู้เรียกร้องกับผู้คัดค้านจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแม้ในระบบกฎหมายไทยจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ แต่หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองควรอยู่บนพื้นฐานของระบบกฎหมายมหาชนที่มุ่งเน้นกำหนดภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการทางปกครองให้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ซึ่งมีหลักการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผล

อย่างมีประสิทธิภาพ และเมื่อสัญญาทางปกครองถูกจัดว่าเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ 3 ประการ อันได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้การบริการสาธารณะเหมาะสมกับเหตุการณ์และสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน จากหลักดังกล่าวเพื่อให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมดูแลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาได้ฝ่ายเดียว และอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น ผู้เรียกร้องซึ่งเป็นเอกชนผู้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับผู้คัดค้านที่เป็นฝ่ายปกครอง จึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและต้องยอมรับอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญามีความสัมพันธ์ในลักษณะเท่าเทียมกันและคู่สัญญาจะต้องเคารพต่อเจตนาของสัญญาเป็นสำคัญ การนำกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองระหว่างผู้เรียกร้องกับผู้คัดค้าน จึงจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการบริการสาธารณะดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.437/2560 คดีหมายเลขแดงที่ อ.1374/2560 ในกรณีนี้จึงเห็นว่า เมื่อตามสัญญากำหนดให้ผู้คัดค้านจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้เรียกร้องเป็นการตอบแทนตามเงื่อนไขที่ทำสำเร็จในแต่ละงวดงาน และผู้เรียกร้องไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาโดยการก่อสร้างตามแบบแปลนให้มีเนื้องานสำเร็จได้ตามงวดงานอย่างครบถ้วนแล้ว ผู้คัดค้านจึงย่อมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระค่าจ้างให้แก่ผู้เรียกร้องตามสัญญาและยังอาจเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากความจำเป็นจากผู้เรียกร้องที่ต้องว่าจ้างผู้รับจ้างรายใหม่มาดำเนินการก่อสร้างต่อจากผู้เรียกร้อง เพื่อให้บริการสาธารณะเกิดความต่อเนื่องตามหลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองได้อีกด้วย

2) ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อพิพาทที่ 4 ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดว่าผู้คัดค้านมีสิทธิได้รับเบี้ยปรับจากผู้เรียกร้องเป็นเงินจำนวน 31,836,024 บาท แต่เห็นว่าเบี้ยปรับมีจำนวนค่อนข้างสูงสมควรลดเบี้ยปรับเป็นจำนวน 25,468,819 บาท ในกรณีนี้เห็นว่า เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างระหว่างผู้เรียกร้องกับผู้คัดค้านถือเป็นสัญญาทางปกครองตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1) ผู้คัดค้านซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือผู้เรียกร้องที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และมีอำนาจในการควบคุมดูแลและบังคับให้ผู้เรียกร้องปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งข้อเท็จจริงในข้อพิพาทปรากฏว่าผู้คัดค้านซึ่งเป็นฝ่ายปกครองใช้อำนาจนี้โดยการกำหนดค่าปรับในอัตราร้อยละ 0.1 ของราคาก่อสร้าง

โดยการพิจารณาคำเนียงถึงราคาและลักษณะของงานก่อสร้างซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการใช้สัญญาของทางราชการจะหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือความเสียหายแก่ทางราชการแล้ว อันเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วย การพัสดุ พ.ศ. 2535 กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ณ ขณะนั้น ซึ่งผู้คัดค้านสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย ประกอบกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจหน่วยงานของรัฐสามารถพิจารณาคำปรับอัตราค่าปรับไว้ในสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าว ก็เพื่อเร่งรัดให้ผู้เรียกร้องที่เป็นผู้รับเหมาก่อสร้างได้ก่อสร้างอาคารให้ได้สำเร็จโดยเร็วเพื่อประโยชน์ของทางราชการในการให้บริการจัดการทางการศึกษา และอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนและนักศึกษา อันเป็นพันธกิจหลักสำคัญซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะตามหลักสัญญาทางปกครอง ดังนั้น การที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจดุลยพินิจพิจารณาค่าปรับตามสัญญาดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 383 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทกฎหมายเอกชนที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของปัจเจกชนเป็นหลักมาบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองที่เป็นเรื่องประโยชน์ของมหาชน ทำให้ผู้คัดค้านซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐไม่สามารถเรียกค่าปรับซึ่งถือว่าเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าได้ตามสัญญา รวมถึงต้องตกเป็นฝ่ายที่ต้องเสียดอกเบี้ยผิดนัดในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี กรณีนี้จึงเห็นว่าค่าชี้ขาดอาจไม่เป็นธรรมสำหรับสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชน โดยมีผลโดยตรงที่ทำให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนไม่จำเป็นต้องยึดถือและปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ให้ไว้กับหน่วยงานของรัฐ กอปรกับการที่คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดโดยระบุเหตุผลเพียงว่า จำนวนค่าปรับรวมเป็นเงิน 31,836,024 มีจำนวนค่อนข้างสูงมาก โดยที่ประเด็นปัญหาที่ผู้เรียกร้องไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาจ้างได้ เกิดจากการที่ผู้เรียกร้องมีความประสงค์ให้โครงสร้างมีความมั่นคงแข็งแรง ต้องการให้เป็นประโยชน์ต่อผู้คัดค้านสมควรลดเบี้ยปรับให้แก่ผู้เรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 383 วรรคหนึ่ง ให้เหลือเป็นจำนวนเงิน 25,468,819 บาท โดยไม่มีการระบุเหตุผลของค่าชี้ขาดในการลดค่าปรับ และมีได้มีข้อวินิจฉัยแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าผู้คัดค้านมีส่วนผิดด้วยอย่างไร หรือหากเป็นประเด็นปัญหาในข้อเท็จจริง โดยเฉพาะเกี่ยวกับประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงทางเทคนิคงานก่อสร้าง หากแบบก่อสร้างของผู้คัดค้านไม่มีมาตรฐานด้านความมั่นคงแข็งแรงตามหลักวิชาชีพวิศวกรรม จนผู้เรียกร้องไม่อาจทำการก่อสร้างต่อไปได้เช่นใด คณะอนุญาโตตุลาการควรจะชี้ขาดให้แจ้งชัดว่า หากมีการก่อสร้างต่อไปจะผิดต่อหลักมาตรฐานทางวิศวกรรมจนก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยได้อย่างไร หรือการดำเนินงานก่อสร้างที่ล่าช้าและไม่สามารถปฏิบัติงานก่อสร้างได้ของผู้เรียกร้องเกิดจากเหตุความผิดหรือความบกพร่องของผู้คัดค้าน หรือมีเหตุสุดวิสัย หรือมีเหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่ผู้เรียกร้องไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย อีกทั้งข้อเท็จจริงในข้อพิพาทที่ปรากฏว่าผู้รับจ้างรายใหม่ของผู้คัดค้านได้มีการก่อสร้างตามแบบแปลนเดิมของผู้คัดค้านจนแล้วเสร็จและ

ปัจจุบันโครงหลังคาที่ได้มีการก่อสร้างนั้นก็ยังคงมีความแข็งแรงใช้งานได้ตามปกติ อนึ่ง ข้อมูลปรากฏในสัญญาก่อสร้างมีการกำหนดระยะเวลาก่อสร้างแล้วเสร็จ คือ 600 วัน แต่เมื่อพิจารณาโดยนับเวลาจนถึงวันที่ผู้คัดค้านบอกเลิกสัญญากับผู้เรียกร้องจะคิดเป็นเวลารวม 969 วัน หรือมากกว่า ระยะเวลาตกลงกันตามสัญญาประมาณ 1.6 เท่า แม้ในงานก่อสร้างทั่วไปจะพบปัญหาเกี่ยวกับความล่าช้าในงานก่อสร้างเกินกำหนดสัญญาบ่อยครั้ง แต่ในกรณีโครงการก่อสร้างเพื่อใช้งานต่อประโยชน์สาธารณะก็ไม่ควรเกิดความล่าช้ามากเกินไป ในประเด็นนี้จึงเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการควรต้องชี้ขาดโดยให้เหตุผลอย่างชัดเจน ซึ่งจะสามารถนำมาเป็นเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาลดค่าปรับได้อย่างถูกต้อง และไม่ใช่อ้างข้ออ้างต่อสังคม

3) ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการปรากฏว่าคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายต่างให้ถ้อยคำโต้แย้งเกี่ยวกับข้อมูลเชิงเทคนิควิศวกรรมในโครงสร้างของโครงหลังคาโชนซีที่พิพาทว่ามีมาตรฐานความปลอดภัยสามารถก่อสร้างตามแบบแปลนได้หรือไม่โดยกล่าวอ้างผลการพิจารณาของวิศวกรและสถาปนิกของแต่ละฝ่ายว่ามีความถูกต้อง ซึ่งการโต้แย้งในประเด็นนี้เห็นว่ามีผลโดยตรงต่อข้อแพ้ชนะในข้อพิพาท กล่าวคือ ถ้าโครงหลังคาโชนซีที่พิพาทมีมาตรฐานความปลอดภัยเพียงพอที่จะสามารถก่อสร้างตามแบบแปลนของผู้คัดค้านได้ ผู้เรียกร้องย่อมไม่สามารถยกเหตุใดๆมากล่าวอ้างเพื่อประวิงเวลาหรือเอามาเป็นเหตุของการไม่ก่อสร้างตามแปลนที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ แต่หากโครงหลังคาโชนซีที่พิพาทไม่มีมาตรฐานความปลอดภัยจนไม่สามารถก่อสร้างตามแบบแปลนของผู้คัดค้านได้จริง ย่อมถือเป็นเหตุผลเพียงพอที่ผู้เรียกร้องจะใช้เป็นเหตุของการชะลอการก่อสร้างตามหลักจรรยาบรรณวิชาชีพวิศวกรรมเพื่อรอการวินิจฉัยของผู้คัดค้านซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างได้ หากแต่ในคำชี้ขาดกลับไม่ปรากฏว่าตามกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญทางด้านงานก่อสร้างนอกเหนือจากผู้เชี่ยวชาญของคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายที่มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพควบคุมในสาขาวิศวกรรมโยธาของสภาวิศวกรในระดับที่จะสามารถให้คำปรึกษาหรือข้อคิดเห็นทางวิชาการในด้านการออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างที่ถูกต้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ว่า โครงหลังคาโชนซีที่พิพาทมีมาตรฐานความปลอดภัยและสามารถก่อสร้างตามแบบแปลนได้หรือไม่ และไม่ปรากฏว่าในบรรดาคณะอนุญาโตตุลาการมีอนุญาโตตุลาการท่านใดที่จะถือได้ว่าเป็นผู้มีทักษะวิชาชีพและความเชี่ยวชาญทางด้านวิศวกรรมโยธาตามข้อกำหนดการประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมของสภาวิศวกร โดยเฉพาะในระดับวุฒิวิศวกรที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานวิศวกรรมโยธาได้ทุกขนาดและประเภทของงานก่อสร้าง รวมถึงการให้คำปรึกษาหรือข้อคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทได้ หรือวิศวกร โยธาระดับสามัญวิศวกร ที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานวิศวกรรมได้บางขนาดและบางประเภทของงานก่อสร้างที่ตรงกับเนื้อหาข้อพิพาท ซึ่งจะสามารถ

ให้คำปรึกษาหรือข้อคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทได้เช่นกัน ในประเด็นนี้จึงเห็นว่า การพิจารณาในประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อเท็จจริงเชิงเทคนิควิศวกรรมก่อนปรับเข้ากับข้อกฎหมายอาจจะยังมีความไม่สมบูรณ์ ละเอียด รอบคอบ และรัดกุมในประเด็นข้อพิพาทอย่างเพียงพอ

อย่างไรก็ตาม ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ให้สิทธิฝ่ายที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำชี้ขาดสามารถร้องขอต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ และในกรณีดังกล่าว มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด ผู้ร้อง (ผู้คัดค้านในชั้นอนุญาโตตุลาการ) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองอุบลราชธานี) เป็นคดีหมายเลขคำที่ 300/2557 คดีหมายเลขแดงที่ 629/2560 ขอให้ให้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีนี้ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ฮงหลีสรรพสินค้า และก่อสร้าง ผู้คัดค้าน ได้คัดค้านคำร้องของผู้ร้อง และมีคำขอให้ศาลพิพากษายกคำร้อง โดยศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ยกคำร้อง ผู้ร้องได้มีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด เป็นคดีหมายเลขคำที่ อ. 437/2560 คดีหมายเลขแดงที่ อ.1374/2560 โดยยกเหตุว่าการยอมรับในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อกฎหมาย และขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้ว เห็นว่ามีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่าคำอุทธรณ์ของผู้ร้องเป็นอุทธรณ์ที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาได้หรือไม่

ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า คดีนี้ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด โดยมีประเด็นโต้แย้งตั้งแต่ในชั้นการยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด 3 ประเด็น คือ ประเด็นแรก ผู้คัดค้านมีสิทธิเสนอข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยหรือไม่ ประเด็นที่สอง ผู้ร้องจะต้องชำระค่าจ้างให้แก่ผู้คัดค้านหรือไม่เพียงใด และประเด็นที่สาม ผู้คัดค้านจะต้องชำระเงินค่าปรับและค่าใช้จ่ายในการควบคุมงานให้แก่ผู้ร้องหรือไม่ เพียงใด

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ในการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษามาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักการของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ต้องการกำหนดขอบเขตจำกัดอำนาจศาลในการทบทวนเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความประสงค์ของคู่สัญญาเองที่ต้องการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการดังกล่าว โดยในส่วนของบทบัญญัติมาตรา 45 วรรคหนึ่ง เป็นการกำหนดขอบเขตจำกัดเอาไว้อีกชั้นหนึ่งไม่ให้มีช่องทางที่จะขอให้ศาลสูงทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ได้อีก เว้นแต่จะเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และในการพิจารณาอุทธรณ์ตามเหตุข้อกล่าวอ้างตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) หรือ (2) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่ามีการยกเหตุตั้งว่านั้นหรือไม่ หลังจากนั้นจึงต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า ถึงแม้มีการยกเหตุตั้งว่านั้น

ในคำอุทธรณ์ก็ตาม แต่ลักษณะของข้อกล่าวอ้างเป็นข้อกล่าวอ้างที่ถือเป็นเหตุเช่นว่านั้นหรือไม่ กล่าวคือ จะต้องปรากฏว่า ข้อกล่าวอ้างนั้นมีลักษณะเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย กรณีจึงจะเป็นคำอุทธรณ์ที่ไม่ต้องห้ามมิให้รับไว้พิจารณา สำหรับคดีนี้ เมื่อพิเคราะห์ลักษณะของข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่ได้อ้างว่าเป็นเหตุตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้ว เห็นว่า ข้อกล่าวอ้างทั้ง 3 ประเด็น ไม่ว่าจะ เป็นประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิของผู้คัดค้านในการเสนอข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับค่าตอบแทนที่ผู้ร้องต้องชำระให้แก่ผู้คัดค้าน และประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับ ค่าปรับและค่าใช้จ่ายในการควบคุมงานนั้น ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชนแต่อย่างใด กรณีเป็นเพียงการไม่เห็นพ้องด้วยกับดุลยพินิจในการตัดสินชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งไม่ว่าคู่พิพาทจะเห็นด้วยกับคำชี้ขาดหรือไม่ เพียงใด แต่เมื่อเป็นวิธีการ ระวังข้อพิพาทที่เกิดจากเจตนาตกลงกันของคู่พิพาทเอง การไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดและประสงค์ จะขอให้ศาลทบทวน จึงต้องยอมรับขอบเขตจำกัดตามที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดเอาไว้ ฉะนั้น แม้ว่าคำอุทธรณ์ได้กล่าวอ้างโดยใช้ถ้อยคำว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม แต่เมื่อลักษณะของข้อกล่าวอ้างเห็นได้ว่าไม่เป็นเรื่อง ที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงถือว่าไม่เข้าเหตุที่จะให้มีการ อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลได้ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) หรือ (2) แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว คำอุทธรณ์ของผู้ร้องจึงเป็นคำอุทธรณ์ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ตามข้อ 108 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 การที่ศาลรับอุทธรณ์ของผู้ร้องไว้พิจารณา จึงเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบตามข้อ 7 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบฉบับเดียวกัน สมควรให้เพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่รับอุทธรณ์ของผู้ร้องไว้ โดยผิดระเบียบนั้นเสีย จึงมีคำสั่งให้ยกอุทธรณ์ของผู้ร้อง และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ ทั้งหมดแก่ผู้ร้อง

จากข้อมูลที่ปรากฏข้างต้น เห็นว่าการที่หน่วยงานของรัฐไม่อาจบังคับให้ผู้รับจ้าง ชำระเบี้ยปรับตามอัตราตั้งระบุไว้ตามสัญญาจ้างก่อสร้างที่เป็นสัญญาทางปกครองซึ่งเป็น สัญญาหลักจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ และการที่หน่วยงานของรัฐต้องชำระค่าตอบแทน ในงวดงานที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เป็นผู้รับจ้างก่อสร้างไม่แล้วเสร็จและไม่มี การส่งมอบงาน ตามสัญญา รวมถึงหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบในดอกเบี้ยผิดนัดในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี จากเงิน ที่อนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้ตามที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เป็นผู้รับจ้างก่อสร้างเรียกร้องนั้น เกิดขึ้นจากสาเหตุหลายประการด้วยกัน ได้แก่

- 1) การกำหนดรายละเอียดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ไม่ละเอียดรอบคอบและรัดกุมเพียงพอ เช่น หลักกฎหมายที่ต้องการบังคับใช้ คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น
- 2) การขาดกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่กำหนดคุณสมบัติความเชี่ยวชาญที่เหมาะสมและชัดเจนในแต่ละข้อพิพาทในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ
- 3) การขาดกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ทำให้การพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่มีหลักการพิจารณาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายเอกชน
- 4) กฎหมายหรือหลักเกณฑ์ในการควบคุมค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครองยังมีข้อจำกัด

จากตัวอย่างข้างต้นในกรณีนี้จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า เมื่อประเทศไทยมีความจำเป็นที่ต้องยอมรับให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างแล้วจะมีวิธีที่แก้ไขปัญหานั้นในแต่ละประเด็นเพื่อจะปกป้องประโยชน์ของสาธารณชนได้หรือไม่เพียงไร

2.1 ประเด็นปัญหาการกำหนดรายละเอียดข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เป็นที่ทราบกันแล้วว่าประเทศไทย ได้มีการยอมรับให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง รวมถึงสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างได้ ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 และมติคณะรัฐมนตรีซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของประเทศไทย แต่ในหลายครั้งพบว่าเวลาที่เกิดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีและต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับภาคเอกชน มักเกิดข้อคำถามว่าสัญญาทางปกครองที่มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างละเอียดและรอบคอบแล้วหรือไม่ ทั้งนี้โดยปกติแล้วหน่วยงานของรัฐมีสถานะที่เหนือกว่าเอกชน และมีอำนาจในการกำหนดข้อสัญญาจากการที่หน่วยงานของรัฐมีเอกสิทธิ์ทางปกครอง แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นและต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยการอนุญาโตตุลาการหน่วยงานของรัฐกลับเป็นฝ่ายแพ้คดีอยู่หลายครั้ง

จากการศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย พบว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทุกประเภท ทำให้ในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการตกลงกำหนดรายละเอียดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญานั้นจะเป็นไปในเชิงการเสนอแนะว่าควรมีรายละเอียดข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการอะไรบ้างอย่างกว้างๆ กอปรกับตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 3 ซึ่งเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็เป็นเพียงการกล่าวถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองและตัวอย่างของสัญญาทางปกครองเท่านั้น โดยมีได้มีการกำหนดบทบัญญัติอันเป็นเงื่อนไขเชิงบังคับในกรณีของการทำสัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ต้องให้คู่สัญญาดกลงกำหนดรายละเอียดขั้นพื้นฐานไว้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างไรบ้าง ทำให้รายละเอียดเกี่ยวกับการทำข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองขึ้นอยู่กับดุลยพินิจอิสระของกลุ่มสัญญาซึ่งมีฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนตั้งแต่ในชั้นแรกของการเริ่มมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันตามหลักกฎหมายว่าด้วย “สัญญา” เรื่องการแสดงเจตนาในทางแพ่ง โดยเทียบเคียงกับคำว่า “นิติกรรม” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้คำจำกัดความของสัญญาไว้โดยตรงเช่นเดียวกับคำว่า นิติกรรม ดังปรากฏในมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁹² อย่างไรก็ตาม เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อมก่อให้เกิดความผูกพันในหน้าที่กำหนดไว้ในสัญญา โดยอาจก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวหรือก่อหนี้ให้แก่ทั้งสองฝ่ายก็ได้ และด้วยเหตุนี้เองเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงกันกำหนดให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองแล้วย่อมก่อให้เกิดความผูกพันในหน้าที่กำหนดไว้ในสัญญา

ในการนี้เมื่อถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นโดยอาศัยวิธีการเกิดสัญญาเช่นเดียวกับกฎหมายทางแพ่งแล้ว ในส่วนของสัญญาทางปกครองจะถือว่าหน่วยงานของรัฐมีสถานะที่สูงกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่หน่วยงานของรัฐจะสามารถอ้างอำนาจอธิปไตยให้ตนเองมีสิทธิในสัญญาที่สูงกว่าคู่สัญญาภาคเอกชนได้หรือไม่ และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการควรมีการเปิดกว้างให้คู่สัญญาซึ่งมีเอกชนเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วยนั้นมีอิสระในการตกลงกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองกันเองได้มากน้อยเพียงใด และควรมีการจำกัดสิทธิคู่สัญญา รวมถึงควรมีการกำหนดบทบังคับให้มีรายละเอียดขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองอย่างไรบ้าง เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบและเสียประโยชน์

ในกรณีนี้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 รวมถึงความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยแล้ว เห็นว่า การที่ประเทศไทยยอมรับให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง รวมถึงสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างก็ด้วยเหตุผลหลัก คือ รัฐมีความต้องการที่จะส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้ามาลงทุนหรือร่วมทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ แต่ด้วยเหตุผลดังกล่าวกลับมีผลกระทบทำให้รัฐต้องลดบทบาท

⁹² ศิณารัตน์ หุ่นเต็ม. อินเทอร์เน็ตเว็บไซต์ของ GotoKnow. 26 ตุลาคม 2559. จาก <https://www.gotoknow.org/posts/60420>

ของรัฐเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในอันที่จะคุ้มกันตนเองลง เห็นได้จากหลายครั้งพบว่าหน่วยงานของรัฐจะมีสถานะไม่ต่างกับเอกชนเมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจากในหลายคดีที่ต้องขึ้นสู่ศาลปกครองเพราะผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดี โดยอนุญาโตตุลาการให้เหตุผลว่า หากเป็นกรณีข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุนแล้ว การวินิจฉัยจำต้องอาศัยเหตุผลที่ผนวกกับสถานะทางเศรษฐกิจ และธรรมเนียมทางการค้า ตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยมีได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐตามหลักกฎหมายมหาชนมาเป็นอันดับแรก และสุดท้ายแล้วในหลายคดีอีกเช่นกันที่หน่วยงานของรัฐ ได้มีการยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลปกครอง ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทเกิดความล่าช้ายิ่งขึ้น จากกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาวินิจฉัยให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังตัวอย่างข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลเป็นคดีต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ในคดีหมายเลขคำที่ อ.761/2552 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 676/2554 ระหว่าง กรมพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน ผู้ร้อง กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด หริตวรุ่งเรือง โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้คัดค้าน

คดีนี้ กรมพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน ผู้ร้อง ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ สืบเนื่องจาก ผู้ร้องได้จ้างผู้คัดค้านให้ทำงานก่อสร้างระบบชลประทานและโรงไฟฟ้า โครงการห้วยยะโม จังหวัดตาก ในวงเงินค่าจ้างจำนวน 32,668,831 บาท ตามสัญญาลงวันที่ 30 กันยายน 2539 โดยในสัญญาได้ระบุให้ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา และคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด ซึ่งต่อมาผู้คัดค้านได้เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นข้อพิพาทหมายเลขคำที่ 62/2543 หมายเลขแดงที่ 15/2550 โดยกล่าวอ้างว่า ผู้ร้องเป็นฝ่ายผิดนัดชำระหนี้และผิดสัญญา ทำให้ผู้คัดค้านได้รับความเสียหาย โดยในข้อพิพาทดังกล่าวคณะอนุญาโตตุลาการได้มีมติชี้ขาดข้อพิพาท ดังนี้

1) ให้ผู้ร้องชดใช้ค่าสินไหมแก่ผู้คัดค้านเป็นเงินจำนวน 29,455,811.94 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ยื่นข้อเรียกร้องหรือเสนอข้อพิพาท (วันที่ 1 ธันวาคม 2543) เป็นต้นไปจนกว่าถึงวันชำระเสร็จ

2) ให้ผู้ร้องคืนหนังสือค้ำประกันของธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) จำนวน 9 ฉบับให้แก่ผู้คัดค้าน หากคืนไม่ได้ให้ชดใช้ค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันดังกล่าวเป็นเงิน 530,916.07 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ยื่นข้อเรียกร้องหรือเสนอข้อพิพาท (เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2543) เป็นต้นไป จนถึงวันชำระเสร็จให้แก่ผู้คัดค้าน

3) ให้ยกข้อเรียกร้องแย้ง

4) ให้ผู้ร้องและผู้คัดค้านออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของสถาบัน
อนุญาโตตุลาการ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม และค่าป่วยการคณะอนุญาโตตุลาการ
(ทั้งคณะ) ฝ่ายละกึ่งหนึ่งตามที่คู่พิพาทตกลงกัน

ต่อมาผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) เป็นคดีหมายเลขคำ
ที่ 1185/2550 คดีหมายเลขแดงที่ 983/2552 ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ
ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาให้ยกคำร้อง เนื่องจากเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ
เป็นคำชี้ขาดตามหลักเกณฑ์และขอบเขตที่กฎหมายกำหนด และเป็นไปตามประเด็นข้อพิพาท
คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ไม่มีลักษณะต้องห้ามอันจะทำให้ถูกเพิกถอนตามมาตรา 40
แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง)
ต่อศาลปกครองสูงสุดเป็นคดีหมายเลขคำที่ อ.761/2552 คดีหมายเลขแดงที่ อ.676/2554
ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าคำชี้ขาดของ
คณะอนุญาโตตุลาการ เป็นคำชี้ขาดที่ศาลปกครองอาจเพิกถอนได้ตามมาตรา 40 วรรคสาม
แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า สัญญาจ้าง
ก่อสร้างระบบชลประทานและโรงไฟฟ้าโครงการห้วยยะโม จังหวัดตาก ลงวันที่ 30 กันยายน 2539
เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือผู้ร้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์
แห่งสัญญาให้ผู้คัดค้านทำการก่อสร้างระบบชลประทานและโรงไฟฟ้าแก่ผู้ร้อง และผู้ร้อง
จะจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้คัดค้านเป็นการตอบแทนตามเนื้อหางานที่ทำสำเร็จในแต่ละงวดงาน
ระบบชลประทานและโรงไฟฟ้าที่ผู้คัดค้านทำการก่อสร้างจึงถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องในฐานะ
หน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์
แก่ประชาชนได้ใช้ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต สัญญาระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้าน
จึงอยู่ในประเภทของสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง
ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
แม้ในระบบกฎหมายไทยจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง
เป็นการเฉพาะแต่แนวความคิดรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่างอยู่บน
พื้นฐานของระบบกฎหมายมหาชนซึ่งมุ่งเน้นกำหนดภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดำเนิน
กิจการทางปกครองให้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน มีหลักการให้ฝ่ายปกครอง
มีอำนาจเหนือกว่าเอกชน เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพ
และเมื่อสัญญาทางปกครองถูกจัดว่าเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

แล้ว การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจึงอยู่ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ 3 ประการ อันได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้การบริการสาธารณะเหมาะสมกับเหตุการณ์และสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน จากหลักดังกล่าวเพื่อให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมดูแลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาได้ฝ่ายเดียว และอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น เอกชนผู้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองและต้องยอมรับอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญา มีความสัมพันธ์ในลักษณะเท่าเทียมกันและคู่สัญญาจะต้องเคารพต่อเจตนาของสัญญาเป็นสำคัญ การนำกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้าน จึงจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการบริการสาธารณะดังกล่าว

ส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติว่า การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา หากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่าการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงหลักการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองประกอบด้วย การที่คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดว่า การที่ผู้ร้องไม่จ่ายเงินค่าจ้างงวดที่ 10 ให้แก่ผู้คัดค้านภายในกำหนดเวลาถือว่าผู้ร้องเป็นฝ่ายผิดนัดและผิดสัญญา ฝ่ายผู้คัดค้านจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ในฐานะปัจเจกบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน แต่สำหรับการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองนั้นจะให้ความสำคัญกับภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นหลักและการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจึงอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ แต่อย่างไรก็ตามหากการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองด้วยเหตุผลดังกล่าวไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เพราะฉะนั้นการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยทำให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่บรรลุวัตถุประสงค์ จึงไม่อาจทำได้ ประกอบกับปรากฏหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับ

การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองอาจยุติลงได้ด้วยเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ใน 2 ประการ คือประการแรก สัญญาทางปกครองสิ้นสุดลงตามปกติเมื่อคู่สัญญาบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญา และประการที่สอง สัญญาทางปกครองสิ้นสุดลงด้วยการเลิกสัญญา ซึ่งการเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ 4 กรณี ดังนี้ 1) การเลิกสัญญาโดยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย 2) การเลิกสัญญาเมื่อสัญญาเลิกกันโดยปริยาย เช่น มีเหตุสุดวิสัยทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาหมดไป 3) การเลิกสัญญาเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญา และ 4) การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองเลิกสัญญาฝ่ายเดียว กรณีจึงเห็นได้ว่าการที่ผู้คัดค้านยกเอาเหตุที่ผู้ร้องคัดค้านระหนึ่งมาบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของผู้ร้องต้องหยุดชะงัก ผู้คัดค้านไม่อาจกระทำได้ ดังนั้น คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการว่าผู้คัดค้านมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การบอกเลิกสัญญากับผู้ร้องเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคำชี้ขาดที่ฝ่าฝืนต่อมาตรา 34 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้น จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 40 วรรคสาม (1) (ง) และ (2) (ข) แห่งราชบัญญัติเดียวกัน การที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้ผู้ร้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้คัดค้านเป็นจำนวนเงิน 29,455,811.94 บาท พร้อมกับดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันยื่นข้อเรียกร้องหรือเสนอข้อพิพาทเป็นต้นไปจนกว่าถึงวันชำระเสร็จ และให้ผู้ร้องคืนหนังสือประกันของธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) จำนวน 9 ฉบับแก่ผู้คัดค้าน หากผู้ร้องไม่สามารถคืนได้ให้ผู้ร้องชดเชยค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันเป็นเงิน 530,916.07 บาท พร้อมกับดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ยื่นข้อเรียกร้องหรือเสนอข้อพิพาทเป็นต้นไปจนกว่าถึงวันชำระเสร็จให้แก่ผู้คัดค้านนั้น โดยมีเหตุผลอันเนื่องมาจากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ผู้คัดค้านมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและการที่ผู้คัดค้านบอกเลิกสัญญาเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่ผู้คัดค้านไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา โดยที่สัญญาระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านต้องดำเนินการต่อไป แต่ผู้คัดค้านกลับหยุดดำเนินการก่อสร้างและก่อสร้างยังไม่แล้วเสร็จตามสัญญา การหยุดดำเนินการก่อสร้างของผู้คัดค้านดังกล่าว จึงทำให้ผู้ร้องได้รับความเสียหายเช่นกัน เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้พิจารณาความเสียหายของผู้ร้องตามข้อเรียกร้องแย้ง ศาลปกครองจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวทั้งหมด เพื่อให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกครั้งหนึ่ง และพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการส่วนคำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก

จากตัวอย่างข้างต้น พิเคราะห์แล้วเห็นว่า สาเหตุหลักของปัญหาที่ทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการยอมรับเนื่องจากเกิดข้อกังขาในความเป็นธรรม และไม่อาจยุติได้โดยการอนุญาโตตุลาการ จนท้ายที่สุดคู่กรณีพิพาทต้องมีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครอง ทำให้การระงับข้อพิพาทเกิดความล่าช้ายิ่งขึ้น สิ้นเปลืองเวลา และค่าใช้จ่าย คือ การไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดในสัญญาทางปกครองซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีความละเอียดและรัดกุมอย่างเพียงพอ เพราะโดยปกติอนุญาโตตุลาการเปรียบเสมือนคนกลาง การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในแต่ละข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจหน้าที่โดยอยู่บนพื้นฐานของการตกลงกันระหว่างคู่กรณีพิพาทเท่านั้น โดยหากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอันเป็นจุดเริ่มต้นของนิติสัมพันธ์นั้น มีความละเอียด รอบคอบ และรัดกุมเพียงพอแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องชี้ขาดข้อพิพาทตามที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงให้อำนาจไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

2.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างจะมีประสิทธิภาพได้มากน้อยเพียงใดนั้น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการถือเป็นปัจจัยหลักที่มีความสำคัญต่อผลแพ้ชนะในข้อพิพาทเป็นอย่างยิ่ง เนื่องด้วยสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างไม่ได้เป็นแต่เพียงสัญญาที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนทางด้านเทคนิคในงานก่อสร้างเท่านั้น แต่ยังเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนด้วย และในกรณีนี้เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพบว่า ปัจจุบันเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังคงมีปัญหาดังต่อไปนี้

2.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในหมวด 2 ว่าด้วย คณะอนุญาโตตุลาการ เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างๆ และใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภท รวมถึงข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนด้วย และด้วยเหตุที่ตามหลักเกณฑ์การแต่งตั้งบุคคลเพื่อเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้คู่กรณีพิพาทอาจแต่งตั้งบุคคลใดก็ได้ที่คู่กรณีพิพาทเชื่อว่ามีความเป็นกลาง โดยไม่มีบทบัญญัติเชิงบังคับเด็ดขาดให้คู่กรณีพิพาทจำต้องแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายหรือทางด้านงานก่อสร้างโดยตรงกับเนื้อหาข้อพิพาท ซึ่งการมิได้กำหนดหลักเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเชิงลึกในส่วนของคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับเนื้อหาในแต่ละข้อพิพาทเป็นการเฉพาะดังกล่าว ทำให้ในหลายครั้งเกิดข้อกังขาเกี่ยวกับ

ความน่าเชื่อถือและการยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้มีการพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงทางด้านเทคนิคในงานก่อสร้างในข้อพิพาทว่า ได้มีการพิจารณาอย่างถูกต้องหรือไม่เมื่อต้องนำมาปรับเข้ากับข้อกฎหมาย ทั้งที่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชน โดยเฉพาะหากเป็นสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างแล้ว ในขณะที่เดียวกันก็จะเป็นสัญญาที่มีมูลค่าค่อนข้างสูงด้วย การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้การรักษาผลประโยชน์ของมหาชนให้ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของคู่กรณีพิพาทอย่างอิสระในการที่จะตกลงกำหนดคุณสมบัติอนุญาโตตุลาการผู้วินิจฉัยชี้ขาดให้เป็นประการใดก็ได้ หรือจะไม่กำหนดไว้ก็ได้เช่นนี้ ย่อมเป็นการสุ่มเสี่ยงให้เกิดข้อผิดพลาดที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของมหาชน

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยได้ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักสูตรการศึกษา ด้านวิศวกรรมโยธาพบว่า ปัจจุบันประเทศไทยมีการกำหนดให้วิชาชีพวิศวกรรมโยธาเป็นวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม และมีการควบคุมการประกอบวิชาชีพวิศวกรรมโยธา เพื่อเป็นการปกป้องประชาชนให้เกิดความปลอดภัยในชีวิตจากการอยู่อาศัยในสิ่งปลูกสร้าง ดังข้อมูลต่อไปนี้

1) วิชาชีพวิศวกรรมโยธาเป็นวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม ด้วยการประกอบอาชีพในสายงานวิชาชีพวิศวกรรม มีกฎหมายกำหนดให้เป็น “วิชาชีพวิศวกรรมควบคุม” โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 กำหนดนิยามคำว่า “วิชาชีพวิศวกรรม” หมายความว่า วิชาชีพวิศวกรรมในสาขาวิศวกรรมโยธา วิศวกรรมเหมืองแร่ วิศวกรรมเครื่องกล วิศวกรรมไฟฟ้า วิศวกรรมอุตสาหการ และ สาขาวิศวกรรมอื่น ๆ ที่กำหนดในกฎกระทรวง และคำว่า “วิชาชีพวิศวกรรมควบคุม” หมายความว่า วิชาชีพวิศวกรรมที่กำหนดในกฎกระทรวง ประกอบกับ กฎกระทรวง เรื่อง กำหนดสาขาวิชาชีพวิศวกรรมและวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม พ.ศ. 2550 ข้อ 2 ยังกำหนดให้สาขาวิชาชีพวิศวกรรมโยธาเป็นวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม นอกจากนี้กฎกระทรวงฉบับนี้ โดยได้แบ่งประเภทและขนาดของวิชาชีพวิศวกรรมไว้ 6 ด้าน ได้แก่

(1) งานให้คำปรึกษา หมายถึง การให้ ข้อเสนอแนะ การตรวจวินิจฉัย หรือ การตรวจรับรองงาน

(2) งานวางโครงการ หมายถึง การศึกษา การวิเคราะห์หาทางเลือกที่เหมาะสม หรือ การวางแผนของโครงการ

(3) งานออกแบบและคำนวณ หมายถึง การใช้หลักวิชาและความชำนาญ เพื่อให้ได้มาซึ่ง รายละเอียดในการก่อสร้าง การสร้าง การผลิต หรือการวางผังโรงงานและเครื่องจักร โดยมีรายการคำนวณ แสดงเป็นรูป แบบข้อกำหนด หรือประมาณการ

(4) งานควบคุมการสร้างหรือการผลิต หมายถึง การอำนวยการควบคุม หรือการควบคุม เกี่ยวกับการก่อสร้าง การสร้าง การผลิต การติดตั้ง การซ่อม การดัดแปลง การรื้อถอนงาน หรือ การเคลื่อนย้ายงานให้เป็นไปโดยถูกต้องตามรูป แบบ และข้อกำหนดของหลักวิชาชีพวิศวกรรม

(5) งานพิจารณาตรวจสอบ หมายถึง การค้นคว้า การวิเคราะห์ การทดสอบ การหาข้อมูล และสถิติต่างๆ เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ หรือประกอบการตรวจสอบวินิจฉัยงาน หรือ ในการสอบทาน

(6) งานอำนวยการใช้ หมายถึง การอำนวยการดูแลการใช้ การบำรุงรักษางาน ทั้งที่เป็นชิ้นงานหรือระบบ ให้เป็นไปโดยถูกต้องตามรูปแบบ และข้อกำหนดของหลักวิชาชีพ วิศวกรรม

2) วิชาชีพวิศวกรรมโยชามีการควบคุมในแต่ละระดับ โดยพระราชบัญญัติ วิศวกร พ.ศ. 2542 มาตรา 45 ได้กำหนดเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบวิชาชีพวิศวกรรมโยชาไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ ให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนพร้อมจะ ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมสาขาใด เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตในสาขานั้นจากสภาวิศวกร” ดังนั้น การประกอบวิชาชีพวิศวกรรมโยชาในประเทศไทย จำเป็นต้องได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ วิศวกรรมควบคุมจากสภาวิศวกร นอกจากนี้ ในมาตรา 46 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรม ควบคุมในแต่ละสาขามี 4 ระดับ โดยเรียงจากระดับสูงสุด ได้แก่ วุฒิวิศวกร สามัญวิศวกร ภาควิศวกร และภาควิศวกรพิเศษ โดยในส่วนของหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม แต่ละระดับในสาขาวิชาชีพวิศวกรรมโยชา เป็นไปตามข้อบังคับสภาวิศวกร ว่าด้วยหลักเกณฑ์และ คุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมแต่ละระดับ สาขาวิศวกรรมโยชา พ.ศ. 2551 ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

(1) ระดับทางวิชาชีพต่อการกำหนดประเภทและขนาดของการประกอบ วิชาชีพวิศวกรรมโยชา

(1.1) ให้ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม สาขาวิศวกรรมโยชา ระดับวุฒิวิศวกร ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม สาขาวิศวกรรมโยชา ได้ทุกงาน ทุกประเภท และทุกขนาด

(1.2) ให้ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรม ควบคุม สาขาวิศวกรรมโยชา ระดับสามัญวิศวกร ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม สาขาวิศวกรรมโยชา ได้เฉพาะงานวางโครงการงานออกแบบและคำนวณงานควบคุมการสร้างหรือการผลิต งานพิจารณาตรวจสอบ หรืองานอำนวยการใช้ทุกประเภทและทุกขนาด

(1.3) ให้ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม สาขาวิศวกรรมโยธา ระดับภาคีวิศวกร ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม สาขาวิศวกรรมโยธา ได้เฉพาะงาน ประเภทและขนาด ดังนี้

(1.3.1) งานออกแบบและคำนวณ

- (ก) อาคารที่มีความสูงไม่เกิน 4 ชั้น หรือโครงสร้างของอาคารที่ชั้นใดชั้นหนึ่งมีความสูงไม่เกิน 5 เมตร หรืออาคารที่มีช่วงคานยาวทุกขนาด
- (ข) คลังสินค้า ไซโล ห้องเย็น หรืออุ้งฉางที่มีความจุไม่เกิน 1,000 ลูกบาศก์เมตร
- (ค) โครงสร้างที่มีลักษณะเป็นหอ ปล่อง หรือศาสนวัตถุ เช่น พระพุทธรูป หรือเจดีย์ ที่มีความสูงไม่เกิน 15 เมตร
- (ง) นั่งร้านหรือค้ำยันชั่วคราวที่มีความสูงไม่เกิน 25 เมตร
- (จ) แบบหล่อคอนกรีตสำหรับเสาที่มีความสูงไม่เกิน 5 เมตร หรือคานที่มีช่วงคานยาวทุกขนาด
- (ฉ) โครงสร้างใต้ดิน สิ่งก่อสร้างชั่วคราว กำแพงกันดิน คันดินป้องกันน้ำ หรือคลองส่งน้ำที่มีความสูงหรือความลึกไม่เกิน 2.50 เมตร
- (ช) เขื่อน ฝาย อุโมงค์ ท่อระบายน้ำ หรือระบบชลประทานที่มีความสูงไม่เกิน 2.50 เมตร หรือมีความจุไม่เกิน 2,000,000 ลูกบาศก์เมตร หรือที่มีอัตราการไหลของน้ำไม่เกิน 5 ลูกบาศก์เมตรต่อวินาที
- (ซ) โครงสร้างที่มีการกักของไหล เช่น ถังเก็บน้ำ ถังเก็บน้ำมัน อุโมงค์ส่งน้ำ หรือสระว่ายน้ำที่มีความจุไม่เกิน 500 ลูกบาศก์เมตร
- (ฌ) ท่อส่งน้ำ ท่อระบายน้ำ หรือช่องระบายน้ำที่มีเส้นผ่าศูนย์กลางไม่เกิน 1.50 เมตร หรือพื้นที่หน้าตัดไม่เกิน 2.00 ตารางเมตร และมีโครงสร้างรองรับ
- (ญ) ระบบชลประทานที่มีพื้นที่ชลประทานไม่เกิน 5,000 ไร่ต่อโครงการ

(1.3.2) งานควบคุมการสร้างหรือการผลิต

- (ก) อาคารที่มีความสูงไม่เกิน 8 ชั้น
- (ข) อาคารสาธารณะที่มีความสูงไม่เกิน 8 ชั้น
- (ค) คลังสินค้า ไซโล ห้องเย็น หรืออุ้งฉางทุกขนาด
- (ง) โครงสร้างที่มีลักษณะเป็นหอ ปล่อง ที่มีความสูงไม่เกิน 40 เมตร หรือศาสนวัตถุ เช่น พระพุทธรูป หรือเจดีย์ ที่มีความสูงไม่เกิน ๒๓ เมตร

(จ) โครงสร้างสะพานที่มีช่วงระหว่างศูนย์กลางตอม่อ ช่วงใดช่วงหนึ่งยาวไม่เกิน 12 เมตร

(ข) ชั้นส่วน โครงสร้างคอนกรีตหล่อสำเร็จหรือ คอนกรีตอัดแรงหล่อสำเร็จรูปทุกชนิดที่มีความยาวทุกขนาด

(ค) เสาเข็มคอนกรีตทุกขนาด

(ค) นั่งร้านหรือค้ำยันชั่วคราวที่มีความสูงไม่เกิน 42 เมตร

(ง) โครงสร้างใต้ดิน สิ่งก่อสร้างชั่วคราว กำแพงกันดิน คันดินป้องกันน้ำ หรือคลองส่งน้ำที่มีความสูงหรือความลึกไม่เกิน 2.5 เมตร

(จ) ทางสาธารณะทุกขนาด

(ข) เขื่อน ฝาย อุโมงค์ ท่อระบายน้ำ หรือระบบชลประทาน ทุกขนาด

(ค) โครงสร้างที่มีการกักของไหล เช่น ถังเก็บน้ำ ถังเก็บน้ำมัน อุโมงค์ส่งน้ำ หรือสระว่ายน้ำทุกขนาด

(ง) ท่อส่งน้ำ ท่อระบายน้ำ หรือช่องระบายน้ำทุกขนาด และมีโครงสร้างรองรับ

(จ) ระบบชลประทานทุกขนาด

(ข) ป้ายหรือสิ่งก่อสร้างขึ้นสำหรับติดหรือตั้งป้าย มีความสูงจากพื้นดินไม่เกิน 23 เมตร หรือป้าย หรือสิ่งก่อสร้างขึ้นสำหรับติดหรือตั้งป้ายที่มีพื้นที่ไม่เกิน 50 ตารางเมตร ที่ติดตั้งอยู่บนหลังคา ดาดฟ้า หรือกันสาด หรือที่ติดกับส่วนใดส่วนหนึ่งของอาคาร

(ค) อัฒจันทร์ที่มีพื้นที่ไม่เกิน 1,500 ตารางเมตร

(ง) โครงสร้างสำหรับใช้ในการรับส่งหรือติดตั้งอุปกรณ์รับส่งวิทยุหรือโทรทัศน์ที่มีความสูงจากระดับฐานของโครงสร้างไม่เกิน 50 เมตร

(1.3.3) งานพิจารณาตรวจสอบ หรืองานอำนวยความสะดวก ประเภท และทุกขนาด

(1.4) ให้ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม สาขาวิศวกรรมโยธา ระดับภาคีวิศวกรพิเศษ ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม สาขาวิศวกรรมโยธา ได้ตามงานประเภทและขนาดที่ระบุไว้ในใบอนุญาต

2.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับจำนวนของอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาเกี่ยวกับจำนวนของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในหมวด 2 ว่าด้วย คณะอนุญาโตตุลาการ พบว่า มาตรา 17 มีการกำหนดให้จำนวนอนุญาโตตุลาการในแต่ละข้อพิพาทรวมถึงข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง คู่กรณีพิพาทมีอิสระที่จะตกลงกันให้มีจำนวนเท่าใดก็ได้ แต่จะต้องกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคี่เท่านั้น เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการหามติเสียงข้างมากมิได้ การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการดังกล่าวทำให้มีความเป็นไปได้ว่าคู่กรณีพิพาทอาจตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการเพียง 1 คน ในกรณีนี้จึงเห็นว่าหากเป็นกรณีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่เป็นทั้งผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทั้งทางด้านกฎหมายและทางวิชาชีพงานก่อสร้างอยู่ในคนๆ เดียวกันคงไม่เป็นปัญหา แต่ข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างที่เป็นข้อพิพาทที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนและเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของมหาชน การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียง 1 คน ที่เป็นเพียงผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงแขนงวิชาใดวิชาหนึ่งเท่านั้น เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีเพียงความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว หรือเป็นกรณีการแต่งตั้งผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางวิชาชีพงานก่อสร้างเพียงอย่างเดียว หรืออาจเป็นกรณีการแต่งตั้งบุคคลที่ไม่มีความรู้จากทั้ง 2 แขนงวิชา อาจจะไม่เป็นการเพียงพอหรือเหมาะสมนัก ด้วยเหตุที่สัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างเป็นสัญญาที่ต้องอาศัยทักษะของอนุญาโตตุลาการผู้มีประสบการณ์และความรู้ความเชี่ยวชาญดังได้กล่าวมาแล้ว การนำบทกฎหมายตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาใช้กับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างที่อาจมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในลักษณะดังกล่าว ย่อมมีความเป็นไปได้ที่การชี้ขาดเกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนจะไม่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยอย่างรอบด้าน ถูกต้อง และเป็นธรรม แม้จะปรากฏว่าในกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจมีการแต่งตั้งที่ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญได้ก็ตาม แต่ก็ไม่อาจเป็นประกันได้ว่าในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในแต่ละข้อพิพาทจะมีการแต่งตั้งที่ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญอย่างเสมอไป เพราะบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ใช้บังคับกับที่จะต้องกระทำในทุกกรณีของการพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยเอาปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการมาพิจารณาประกอบกับปัญหาจำนวนขั้นต่ำของการมีอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการแล้ว เห็นว่า การพิจารณาไม่อาจเป็นไปได้อย่างรอบคอบและเป็นธรรม

2.3 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

ด้วยวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นวิธีการพิจารณาซึ่งใช้กับการพิจารณาในข้อพิพาททุกประเภท รวมถึงข้อพิพาท

ในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างด้วย แต่โดยที่ปัจจุบันพบว่า ในการดำเนินการทาง การอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างที่เป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชน กลับไม่มีวิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ ทำให้ในการดำเนินการทาง การอนุญาโตตุลาการต้องใช้วิธีการพิจารณาเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งทั่วไป ทั้งที่สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีความแตกต่างกับสัญญาทางแพ่งหลายประการ เช่น ความแตกต่างทางด้านสถานะของกลุ่มสัญญาซึ่งกลุ่มสัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐย่อมมีสถานะเหนือกว่าเอกชน หรือวัตถุประสงค์ของการจัดทำสัญญาทางปกครองที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของมหาชนมิใช่ประโยชน์ของเอกชนใดเอกชนหนึ่งเฉกเช่นสัญญาทางแพ่ง สิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐตามความเหมาะสม เป็นต้น ซึ่งการไม่มีวิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะที่ชัดเจนดังกล่าว ส่งผลให้รายละเอียดในวิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการและการชี้ขาดในสัญญาทางปกครองต้องเป็นไปตามบทบัญญัติพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเน้นให้ความสำคัญในเรื่องการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาเป็นสำคัญและความเท่าเทียมกันระหว่างคู่กรณีพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดตามข้อสัญญาและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้ามากกว่าการพิจารณาชี้ขาดให้เป็นไปตามหลักประโยชน์มหาชน ดังเห็นได้จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขคำที่ อ.437/2560 คดีหมายเลขแดงที่ อ.1374/2560 ระหว่าง มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด ผู้ร้อง กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ฮงหลีสรรพสินค้าและก่อสร้าง ผู้คัดค้าน และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ในคดีหมายเลขคำที่ อ.761/2552 คดีหมายเลขแดงที่ อ.676/2554 ระหว่าง กรมพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน ผู้ร้อง กับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด หริตวรุ่งเรือง โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้คัดค้าน ที่ได้นำมาเป็นตัวอย่างดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นของบทนี้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ปรับใช้หลักกฎหมายทางแพ่งว่าด้วยข้อสัญญาและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า มาวินิจฉัยมากกว่าการพิจารณาชี้ขาดให้เป็นไปตามหลักประโยชน์มหาชน

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เมื่อกฎหมายเปิดช่องให้กลุ่มสัญญามีสิทธิที่จะตกลงกำหนดรายละเอียดในวิธีพิจารณาต่างๆได้ ไม่ว่าจะเป็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่จะใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการ การกำหนดสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 26 การกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 28 การกำหนดระยะเวลาในการยื่นบัญชีระบุนาย การแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านในระหว่างการพิจารณาตามมาตรา 29 การกำหนดวิธีการสืบพยานหรือวิธีการฟังคำแถลงการณ์ตามมาตรา 30 การกำหนดผลที่จะได้รับในกรณีที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามรายละเอียดในการดำเนินกระบวนการ ซึ่งคู่กรณีพิพาทได้มีการตกลงร่วมกันไว้ตามมาตรา 31 การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญตามมาตรา 32

การออกเสียงทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 35 เป็นต้น อาจเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายปกครองที่โดยปกติรัฐจะไม่ยินยอมให้เอกชนมีอำนาจในการต่อรองใดๆกับรัฐได้

2.4 ประเด็นปัญหาการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาด

เกี่ยวกับการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดข้อพิพาท จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการวางระบบการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดไว้ในกระบวนการหลังการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ โดยแทรกสอดไว้ในขั้นตอนของการคัดค้านคำชี้ขาดในหมวด 6 มาตรา 40 และในขั้นตอนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ในหมวด 7 มาตรา 43 มาตรา 44 และมาตรา 45 ซึ่งมีกระบวนการดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 หัวข้อ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการเข้าไปตรวจสอบและควบคุมความถูกต้องของการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดข้อพิพาท โดยอาศัยวิธีการดังต่อไปนี้

1) การให้สิทธิคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ไม่เห็นพ้องด้วยตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สามารถจะคัดค้านคำชี้ขาดโดยการยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า คำชี้ขาดไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และมีกรณีปรากฏต่อศาลปกครองว่า คำชี้ขาดจะไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้นๆจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 40 วรรคสาม (1) (ง) และ (2) (ก) (ข)

2) การให้สิทธิคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ต้องถูกบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สามารถจะพิสูจน์ต่อศาลปกครองเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจที่จะทำคำสั่งไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดได้ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ต้องถูกบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการพิสูจน์ได้ว่า คำชี้ขาดไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และมีกรณีปรากฏต่อศาลปกครองว่า คำชี้ขาดจะไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้นๆจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 43 (4) และ

3) การให้สิทธิคู่กรณีพิพาทในการอุทธรณ์คำสั่งต่อศาลปกครอง ในกรณีหากมีการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 45 (1)

โดยหลักการตามกระบวนการปกติภายหลังทำคำชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีพิพาทฝ่ายชนะได้มีการบังคับตามคำชี้ขาด และคู่กรณีพิพาทฝ่ายแพ้ได้ยอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น โดยไม่มีเงื่อนไขก็คงจะไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด แต่ภายหลังการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดี มักเกิดปัญหาข้อคำถามตามมาในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่ามีขอบอำนาจในการพิจารณาได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่า การที่ศาลปกครองจะมีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดทั้งหมดหรือบางส่วนได้นั้น ศาลปกครองจำเป็นต้องมีการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเสียก่อน ซึ่งโดยปกติศาลปกครองจะมีการพิจารณาแยกออกเป็น 2 ส่วนสำคัญด้วยกัน ได้แก่ การพิจารณาในส่วนที่เป็นประเด็นปัญหาทางกระบวนการพิจารณาหรือวิธีสบัญญัติ และการพิจารณาในประเด็นปัญหาในเนื้อหาสาระของข้อพิพาท ซึ่งตามหลักการปกติศาลปกครองจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปทบทวนในเนื้อหาสาระของข้อพิพาท ด้วยเหตุที่บทบัญญัติซึ่งให้อำนาจศาลปกครองในการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 40 มาตรา 43 และ มาตรา 45 ในเรื่องที่เป็นปัญหาการตีความคำชี้ขาดในข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ และเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นการบัญญัติถ้อยคำที่เปิดกว้างให้มีการตีความที่ค่อนข้างกว้างจนเกินไปและยังไม่ชัดเจน และด้วยเหตุที่ศาลปกครองนั้นยึดถือหลักการแสดงเจตนาของคู่กรณีพิพาทเป็นสำคัญตามหลักการขึ้นพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการที่มุ่งเน้นหลักการพิจารณาในเรื่องของความเท่าเทียมกันของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายเอกชน ทำให้แนวคำวินิจฉัยในช่วงที่ผ่านมา ศาลปกครองมีการตีความให้ประเด็นปัญหาการโต้แย้งดุลยพินิจการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในเนื้อหาสาระสำหรับข้อพิพาทที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ปัญหาอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่งผลให้ศาลปกครองอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายที่ไม่อาจก้าวล่วงลงไปตรวจสอบทบทวนความถูกต้องในเนื้อหาสาระของคำชี้ขาดได้เพราะต้องด้วยข้อจำกัดของกฎหมายดังกล่าว แม้การใช้ดุลยพินิจชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อบกพร่องอันอาจเกิดจากการขาดประสปการณ์และความเชี่ยวชาญในเนื้อหาข้อพิพาท โดยเฉพาะในเนื้อหาข้อพิพาททางด้านงานก่อสร้างที่มีความสลับซับซ้อนทางเทคนิคเฉพาะด้าน หรือความลำเอียงไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการที่ยาก

ต่อการนำสืบเจตนาภายในก็ตาม ดังปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและพิพากษาของศาลฎีกา ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8717/2554 การที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าผู้ร้องต้องรับผิดชอบระเบียบปรับตามสัญญา แต่เห็นว่าระเบียบปรับสูงเกินส่วนจึงปรับลดให้นั้น เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาและเป็นไปตามกฎหมายแล้ว ไม่เป็นการวินิจฉัยนอกสัญญาหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะเป็นเหตุให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4896/2557, 11454/2555 อุทธรณ์โต้แย้งการวิเคราะห์พยานหลักฐานและดุลยพินิจในการฟังข้อเท็จจริง และเหตุผลการวินิจฉัยตีความสัญญาของอนุญาโตตุลาการ และไม่ปรากฏว่าการวินิจฉัยผิดจากวิธีพิจารณาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 45(1) (2)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.71/2556 การโต้แย้งในประเด็นเกี่ยวกับการขยายระยะเวลาก่อสร้างและสิทธิในการเรียกค่าปรับตามสัญญา ไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.71/2556 การโต้แย้งในประเด็นเกี่ยวกับการขยายระยะเวลาก่อสร้างและสิทธิในการเรียกค่าปรับตามสัญญา ไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.248/2557 การโต้แย้งประเด็นการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบก่อสร้างเป็นการดำเนินการตามสัญญาหรือไม่นั้น ไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 360/2561 คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยประเด็นพิพาทภายใต้ขอบเขตอำนาจของตน ถือเป็นคำวินิจฉัยที่ชอบและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในกรณีนี้จึงเห็นว่า เมื่อปัญหาการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยประเด็นพิพาทภายใต้ขอบเขตอำนาจของตน หรือการโต้แย้งระเบียบปรับสูงเกินส่วน หรือการโต้แย้งในประเด็นเกี่ยวกับการขยายระยะเวลาก่อสร้างและสิทธิในการเรียกค่าปรับตามสัญญา หรือปัญหาการโต้แย้งประเด็นการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบก่อสร้างเป็นการดำเนินการตามสัญญาหรือไม่นั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นปัญหาอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะได้ จากการที่ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาตรวจสอบทบทวนความถูกต้องและเป็นธรรมในเนื้อหาของข้อพิพาทได้ เนื่องจากต้องด้วยข้อจำกัดที่ไม่เป็นเหตุทางกฎหมายที่อาจถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นข้อพิพาทที่ไม่สามารถ

จะระงับโดยการอนุญาตโตตุลาการตามกฎหมายหรือเป็นกรณีปัญหาอันเกี่ยวข้องกับความสะดวกเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ศาลปกครองจะทราบอยู่แล้วว่า การใช้ดุลยพินิจชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการนั้นอาจมีข้อบกพร่องอันอาจเกิดจากการขาดประสพการณ์และความเชี่ยวชาญ ในเนื้อหาข้อพิพาท โดยเฉพาะในเนื้อหาข้อพิพาททางด้านงานก่อสร้างที่มีความสลับซับซ้อน ทางเทคนิคเฉพาะด้าน หรือความลำเอียงไม่เป็นกลางของอนุญาตโตตุลาการที่มีความยากต่อการ นำสืบเจตนาภายในก็ตาม



บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

ผลการวิจัยพบว่า สัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างระหว่างหน่วยงานของรัฐกับภาคเอกชน เมื่อเกิดข้อพิพาทและต้องระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หน่วยงานของรัฐมักจะประสบกับปัญหาที่ไม่อาจยุติได้โดยการอนุญาโตตุลาการ จนท้ายที่สุดต้องมีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครอง ทำให้การระงับข้อพิพาทเกิดความล่าช้ายิ่งขึ้น สิ้นเปลืองเวลา และค่าใช้จ่าย รวมถึงไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาภาคเอกชนซึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างได้ โดยเฉพาะในเรื่องของการชำระเบี้ยปรับซึ่งเป็นค่าเสียหายล่วงหน้า เกิดจากสาเหตุหลัก คือ การไม่มีกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยตรง ทำให้การจัดทำสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดรายละเอียดในสัญญาทางปกครองซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีความละเอียดและรัดกุมอย่างเพียงพอ มากกว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากระบบการอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการเปรียบเสมือนตัวกลางในการหาข้อยุติให้กับคู่กรณีพิพาทตามข้อตกลงที่คู่กรณีพิพาทได้มีการตกลงกำหนดกันไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่วินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในแต่ละข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจหน้าที่ตามที่คู่กรณีพิพาทได้มีการตกลงให้อำนาจไว้ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอยู่บนพื้นฐานของการตกลงกันระหว่างคู่กรณีพิพาท ซึ่งหากข้อตกลงในสัญญาทางปกครองซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอันเป็นจุดเริ่มต้นของนิติสัมพันธ์นั้น มีความละเอียด รอบคอบ และรัดกุมเพียงพอแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องชี้ขาดข้อพิพาทตามที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงให้อำนาจไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น กอปรกับอนุญาโตตุลาการเองก็ไม่ใช่อัยการ ข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือผู้แสดงเจตนาในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการที่จะมีอำนาจในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเนื้อหาข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นได้ หรือแม้แต่กรณีของศาลปกครอง การจะพิจารณาทบทวนเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือพิจารณาทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งเมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษา ก็มีอาจทำการพิจารณาได้ตามอำเภอใจแต่ต้องพิจารณาภายใต้ขอบเขตอำนาจตามความในหมวด 6 แห่งพระราชบัญญัติ

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้น เนื่องจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ เป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความประสงค์ของคู่สัญญาเองที่ต้องการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการดังกล่าว

ในการนี้จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 พบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่ทำการศึกษาโดยสรุป ดังนี้

1.1 ประเด็นปัญหาการกำหนดรายละเอียดข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองโดยตรงที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรายละเอียดข้อตกลงพื้นฐานที่ควรมีในสัญญาทางปกครองซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ ทำให้การจัดทำสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ มีรายละเอียดของสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามมาตรา 15 ที่เป็นหลักการตกลงโดยอิสระของคู่สัญญา ตั้งแต่ในขั้นแรกของการเริ่มมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันตามหลักกฎหมายว่าด้วย “สัญญา” เช่นเดียวกับสัญญาของเอกชนทั่วไปในทางแพ่ง

นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศที่ได้มีการศึกษา พบข้อสรุปว่า ในส่วนของรายละเอียดของสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ในแต่ละประเทศมีการกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานของรายละเอียดที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ มิได้มีการกำหนดบทบัญญัติอันเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิของคู่สัญญาในการตกลงกำหนดรายละเอียดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะ โดยเป็นเพียงการกำหนดให้การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างจะต้องมีการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร ที่อาจมีการตกลงกันกำหนดรายละเอียดพื้นฐานอย่างกว้างๆ ได้แก่ รายละเอียดเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้สำหรับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ จำนวนอนุญาโตตุลาการ วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แต่โดยที่บางประเทศจะมีข้อกำหนดให้ต้องมีการทำรายละเอียดในสัญญาอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดให้ในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองต้องกำหนดประเด็นข้อพิพาทที่สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ไว้ในสัญญา รวมถึงจะต้องกำหนดกรอบวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถสั่งให้คู่พิพาทจ่ายให้แก่กันได้ เมื่อมีคำวินิจฉัย

1.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศที่ศึกษา ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในเรื่องคุณสมบัติและลักษณะของบุคคลที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับเด็ดขาดให้คู่กรณีพิพาทจะต้องแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณวุฒิความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายหรือทางวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาข้อพิพาทโดยตรงหรือต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรวิชาชีพไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทในสัญญาประเภทใด รวมถึงข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างทำให้การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงโดยเฉพาะที่เป็นปัญหาข้อพิพาททางด้านเทคนิคงานก่อสร้างมีความสุ่มเสี่ยงที่จะมีการพิจารณาไม่ละเอียด รอบคอบ และถูกต้องซึ่งอาจเกิดความไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม จากข้อมูลที่ผู้วิจัยได้ศึกษาเพิ่มเติมพบว่าเกี่ยวกับงานเทคนิคทางด้านก่อสร้างมีระบบการควบคุมทางวิชาชีพซึ่งกำหนดให้วิชาชีพวิศวกรรมโยธาเป็นวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม ดังนั้น ผู้ที่จะต้องทำการชี้ขาดในประเด็นปัญหาข้อพิพาททางเทคนิคด้านงานก่อสร้างในฐานะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจเป็นบุคคลใดก็ได้ แต่ควรจะเป็นบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้สามารถให้ความเห็นที่ครอบคลุมกับประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงทางด้านเทคนิคงานก่อสร้างนั้นๆ เพื่อให้การชี้ขาดในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงทางด้านเทคนิคงานก่อสร้างเป็นไปอย่างละเอียด รอบคอบ และถูกต้อง

นอกจากนี้ยังพบว่า กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำการศึกษา ไม่มีการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับให้การพิจารณาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองต้องมีจำนวนอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยเป็นจำนวนขั้นต่ำเท่าใดซึ่งเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยเอาปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการมาพิจารณาประกอบกับปัญหาจำนวนขั้นต่ำของการมีอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการแล้ว เห็นว่า การพิจารณาออกเสียงชี้ขาดข้อพิพาทในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงทางด้านเทคนิคงานก่อสร้างก่อนการปรับเข้ากับข้อกำหนดที่กระทำด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวหรือหลายคนที่ไม่มีความรู้ทางด้านวิชาชีพวิศวกรรมด้านงานก่อสร้างเชิงลึกอย่างเพียงพอ่อมไม่อาจมีค่าชี้ขาดที่เป็นไปได้อย่างละเอียด รอบคอบ ถูกต้อง และเป็นธรรมได้

1.3 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

ประเทศไทยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน ทำให้วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณา

ไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับหลักการ แสดงเจตนาตกลงกันของคู่สัญญาและหลักของความเท่าเทียมของปัจเจกบุคคลตามหลักกฎหมาย เอกชนเป็นหลัก โดยมีได้คำนึงถึงหลักกฎหมายมหาชนในเรื่องสัญญาทางปกครองและการบริการ สาธารณะมาเป็นอันดับแรก ทั้งที่สัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างมีลักษณะที่แตกต่าง จากสัญญาทางแพ่งทั่วไป

นอกจากนี้การไม่มีวิธีพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาทางปกครองดังกล่าว ทำให้การกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนวิธีพิจารณาต่างๆ ในสัญญาทางปกครองที่มีประโยชน์ของสาธารณะชนเป็นเดิมพันขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของคู่สัญญา ที่มีฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน เช่น การกำหนดหลักกฎหมายที่บังคับใช้ในข้อพิพาท ระยะเวลาในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณา สถานที่ที่ใช้สำหรับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ วิธีการสืบ พยานหลักฐาน ระยะเวลาในการทำคำชี้ขาด ฯลฯ อีกทั้งคู่สัญญาซึ่งอาจตกลงกันกำหนดให้ใช้ บริการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันหรือไม่ก็ได้ ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้มีข้อจำกัดห้ามมิให้คู่สัญญาในสัญญา ทางปกครองต้องใช้บริการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันใดสถาบันหนึ่ง หรือจะกำหนดตกลงกัน ระบุข้อพิพาทกันเองโดยไม่ใช้บริการจากสถาบันที่ให้บริการอนุญาโตตุลาการก็ได้ ส่งผลให้ การดำเนินการทางการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างอาจได้รับการ พิจารณาโดยมีรายละเอียดในวิธีพิจารณาบางประการที่แตกต่างกัน เนื่องจากในแต่ละสถาบัน ที่ให้บริการอนุญาโตตุลาการต่างก็มีข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ ในแต่ละสถาบันเป็นการเฉพาะ โดยมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เปรียบเสมือน กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในแต่ละสถาบันสามารถที่จะออกข้อบังคับว่าด้วย วิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการของตนเองได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ปัจจุบัน ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง แยกออกจากสัญญาทางแพ่งให้ชัดเจนแต่ประการใด

1.4 ประเด็นปัญหาการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาด

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการวางระบบการควบคุมการใช้ ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดไว้ในกระบวนการหลังการทำคำชี้ขาดข้อพิพาท ของอนุญาโตตุลาการ โดยแทรกสอดไว้ในขั้นตอนของการคัดค้านคำชี้ขาด และในขั้นตอน

การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด เพื่อให้อำนาจศาลปกครองในการเข้าไปตรวจสอบและควบคุมความถูกต้องของการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดข้อพิพาท แต่ในบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจศาลปกครองในการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 40 มาตรา 43 และมาตรา 45 โดยเฉพาะในเรื่องที่เป็นปัญหาการตีความคำชี้ขาดในข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการและเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นการบัญญัติถ้อยคำที่เปิดกว้างให้มีการตีความที่ค่อนข้างกว้างจนเกินไปและยังไม่ชัดเจน และด้วยเหตุที่ศาลปกครองนั้นยึดถือหลักการแสดงเจตนาของคู่กรณีพิพาทเป็นสำคัญตามหลักการขั้นพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการที่มุ่งเน้นหลักการพิจารณาในเรื่องของความเท่าเทียมกันของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายเอกชน ทำให้แนวคำวินิจฉัยในช่วงที่ผ่านมา ศาลปกครองมีการตีความให้ประเด็นปัญหาการโต้แย้งดุลยพินิจการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในเนื้อหาสาระสำหรับข้อพิพาทที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่งผลให้ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงลงไปตรวจสอบทบทวนความถูกต้องในเนื้อหาสาระของคำชี้ขาดได้เพราะต้องด้วยข้อจำกัดของกฎหมายดังกล่าว แม้การใช้ดุลยพินิจชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อบกพร่องอันอาจเกิดจากการขาดประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในเนื้อหาข้อพิพาท โดยเฉพาะในเนื้อหาข้อพิพาททางด้านงานก่อสร้างที่มีความสลับซับซ้อนทางเทคนิคเฉพาะด้าน หรือความลำเอียงไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการที่ยากต่อการนำสืบเจตนาภายในก็ตาม

ในการนี้จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า โดยหลักการปกติประเทศส่วนใหญ่จะมีการวางระบบการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทภายหลังการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้ในรูปแบบของการควบคุมการใช้ดุลยพินิจในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในทิศทางเดียวกัน โดยอาศัยช่องทางการให้สิทธิคู่กรณีพิพาทในการคัดค้านและอุทธรณ์คำชี้ขาดในกรณีที่ข้อพิพาทนั้นไม่อาจถูกระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย หรือการยอมรับให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดแย้งกับหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศและมีการกำหนดถ้อยคำเชิงการให้สิทธิคู่กรณีพิพาทที่อาจตกลงเป็นอย่างอื่น ซึ่งเข้าใจว่าหมายถึงการสละสิทธิการคัดค้านและอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลนั่นเอง โดยไม่ได้มีข้อจำกัดสิทธิของคู่กรณีพิพาทอย่างชัดเจนว่า ห้ามทำข้อตกลงสละสิทธิข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาประเภทใดบ้าง เช่น สัญญาทางปกครอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สำหรับของประเทศอังกฤษนั้นการควบคุมคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีการกำหนดบทบัญญัติที่ขยายความชัดเจนเพิ่มเติมขึ้นมานอกเหนือจากของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทย ที่ให้อำนาจศาลสามารถเข้าไปพิจารณาตรวจสอบและทบทวนความถูกต้อง

ในประเด็นข้อกฎหมายตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้อย่างกว้างขวาง โดยให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบและทบทวนความถูกต้องในประเด็นข้อกฎหมายที่จะเป็นการกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่าย หรือในประเด็นข้อกฎหมายที่ไม่ถูกต้องอย่างชัดเจน หรือในประเด็นข้อกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อสาธารณชนและยังมีข้อสงสัย

2. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างของประเทศไทยที่ได้มีการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงเปรียบเทียบ ในบทที่ 3 และบทที่ 4 แล้ว เห็นว่า เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ความต้องการของประเทศที่มีความต้องการจะรักษาผลประโยชน์ของมหาชนควบคู่ไปกับการรักษาภาพลักษณ์และบรรยากาศการลงทุนภายในประเทศ ตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุนภาคเอกชน และเพื่อเป็นการลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครอง ประกอบกับตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในทฤษฎีอำนาจรัฐ และทฤษฎีบริการสาธารณะ ที่เห็นว่ารัฐมีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อกำกับดูแลให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่องและบรรลุผล จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง โดยให้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาทางการอนุญาโตตุลาการ และการคัดค้านคำชี้ขาด การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ดังต่อไปนี้

2.1 ประเด็นปัญหาการกำหนดรายละเอียดข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

1) เสนอให้มีการกำหนดรายละเอียดเฉพาะเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างไว้ในสัญญาตั้งแต่แรกเริ่มในการทำสัญญาทางปกครอง เพื่อให้คู่สัญญาได้มีโอกาสร่วมกันในการพิจารณาคกลงกำหนดรายละเอียดขั้นพื้นฐานทางการอนุญาโตตุลาการ โดยความยินยอมของคู่สัญญาทุกฝ่ายก่อนการตกลงผูกพันตนในสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาหลัก และเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับทราบถึงข้อจำกัดในสิทธิและหน้าที่ของฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับหลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่ชัดเจนเมื่อมีการทำสัญญาทางปกครอง อันเป็นการป้องกันมิให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับการบังคับสัญญาทางปกครองหากเกิดกรณีพิพาทขึ้นในอนาคต พร้อมการกำหนดบทกฎหมายบังคับในกรณีที่มีการฝ่าฝืน โดยให้มีการระบุรายละเอียดเฉพาะเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง ดังนี้

“ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

ข้อตกลงให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ตามวรรคหนึ่ง จะต้องกำหนดรายละเอียดขั้นพื้นฐานในสัญญาอย่างน้อยดังต่อไปนี้

(1) รายละเอียดคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ ได้แก่ คุณวุฒิ ประวัติ ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ อายุ เป็นต้น

(2) จำนวนคณะอนุญาตตุลาการที่ใช้ในการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ

(3) ประเด็นข้อพิพาทที่สามารถใช้การอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

(4) กรอบวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาตตุลาการสามารถสั่งให้คู่พิพาทจ่ายให้แก่กันได้
เมื่อมีคำวินิจฉัย

(5) สถานที่ที่ใช้ในการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ

ทั้งนี้ การไม่กำหนดรายละเอียดขั้นพื้นฐานในสัญญาดังกล่าว ให้สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นตกเป็นโมฆะ และให้การดำเนินการระงับข้อพิพาทตกอยู่ในการพิจารณาของศาลปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจต่อไป”

2) เนื่องจากสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของมหาชน จึงเสนอให้มีกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อจำกัดข้อตกลงของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง โดยห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐทำข้อตกลงสิทธิการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ หรือสิทธิการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองไม่ว่ากรณีใดๆ แต่ไม่เป็นการตัดสิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่อาจจะสิทธิการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ หรือสิทธิการอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงต่อศาลปกครองได้

2.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

1) เสนอให้มีการกำหนดเงื่อนไขเฉพาะเกี่ยวกับจำนวนอนุญาตตุลาการให้มีความเหมาะสมและให้มีการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างให้ชัดเจน ซึ่งประกอบด้วย ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชน และผู้เชี่ยวชาญทางด้านงานก่อสร้างที่มีคุณวุฒิวิชาชีพในแขนงวิชาชีพวิศวกรรม ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพระดับวุฒิวิศวกร จากสภาวิศวกร อันเป็นชั้นสูงสุดของวิชาชีพ เนื่องจากชั้นวุฒิวิศวกรเป็นระดับที่ได้รับอนุญาตให้สามารถทำงานและให้คำปรึกษาในงานก่อสร้างได้ทุกประเภทและขนาดของงานก่อสร้างหรือในระดับอื่นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง เพื่อให้การ

พิจารณาสัญญาทางปกครองซึ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของมหาชนเป็นไปอย่างละเอียด รอบคอบ รัดกุม และถูกต้อง ดังนี้

“ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขี่ซึ่งประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการไม่น้อยกว่า 3 คน

วิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน และให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ต้องประกอบด้วย

(1) ประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชน

(2) อนุญาโตตุลาการ 2 คน ซึ่งมีคุณวุฒिवิชาชีพเฉพาะในแขนงวิชาวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพระดับวุฒิศวกรจากสภาวิศวกร

ในกรณีที่มีการตกลงกันให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการเกินกว่า 3 คน ขึ้นไป อนุญาโตตุลาการที่เพิ่มเติมขึ้นต้องเป็นบุคคลมีคุณวุฒिवิชาชีพเฉพาะในแขนงวิชาวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพระดับภาคีวิศวกร สามัญวิศวกร หรือวุฒิศวกร จากสภาวิศวกร แล้วแต่กรณี ขึ้นอยู่กับประเด็นข้อพิพาททางด้านงานก่อสร้างที่เกี่ยวข้อง หรือเป็นบุคคลมีคุณวุฒिवิชาชีพทางกฎหมายมหาชนหรือทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้าง

การไม่ปฏิบัติตามความวรรคหนึ่ง วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ ให้การดำเนินการของอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นนั้น ไม่มีผลใช้บังคับ และให้การดำเนินการระงับข้อพิพาทตกอยู่ใน การพิจารณาของศาลปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจต่อไป”

2) เสนอให้มีการกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดของบุคคลผู้ซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งเป็น อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้เกิดความเป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนี้

“ห้ามมิให้บุคคลซึ่งเคยเป็นอนุญาโตตุลาการรับเป็นอนุญาโตตุลาการชี้ขาด ในข้อพิพาทที่มีคู่พิพาทเดียวกันกับในข้อพิพาทก่อนหรือที่ยังอยู่ระหว่างดำเนินการ

การฝ่าฝืนความตามวรรคหนึ่ง ให้การดำเนินการของอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นนั้น ไม่มีผลใช้บังคับ และให้การดำเนินการระงับข้อพิพาทตกอยู่ใน การพิจารณาของศาลปกครอง ที่อยู่ในเขตอำนาจต่อไป”

3) เสนอให้มีการเพิ่มเติมบทลงโทษทางปกครองแก่อนุญาโตตุลาการผู้กระทำการ ทุจริตฉ้อฉล ดังนี้

“ในกรณีที่ถูกพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือศาล พบว่ามีพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำทุจริตฉ้อฉลของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการนั้นต้องถูกเพิกถอนออกจากทะเบียนอนุญาโตตุลาการ และให้มีการพักใช้ใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาตทางวิชาชีพ แล้วแต่กรณี ความร้ายแรงและความเสียหายที่เกิดขึ้น”

2.3 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ด้านงานก่อสร้าง

1) เสนอให้มีการกำหนดหลักกฎหมายซึ่งใช้สำหรับการพิจารณาข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองของอนุญาโตตุลาการให้มีความชัดเจน โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งโดยหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองถือว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และเนื่องด้วยสัญญาทางปกครองด้านงานก่อสร้างเป็นสัญญาที่มีมูลแห่งหนึ่ง เป็นการดำเนินงานเพื่อการให้บริการสาธารณะภายในประเทศ และเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของมหาชน ดังนี้

“ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทยโดยคำนึงถึงหลักกฎหมายมหาชนเป็นสำคัญ ประกอบด้วยหลักสุจริตและเป็นธรรม เว้นแต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายของประเทศไทยบัญญัติอย่างชัดเจน ในลำดับถัดมาอาจกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดุลยพินิจในการเลือกใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม หรือหลักกฎหมายอื่น สำหรับการชี้ขาดข้อพิพาทได้”

2) เสนอให้มีกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับรายละเอียดและขั้นตอนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยมีมาตรฐานเดียวกัน เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา สถานที่สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณา การสืบพยานหลักฐาน การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ การทำคำชี้ขาด เป็นต้น

2.4 ประเด็นปัญหาการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาด

เสนอให้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านคำชี้ขาด การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในมาตรา 40 มาตรา 43 และมาตรา 45 แต่เห็นควรให้มีบัญญัติถ้อยคำเพิ่มเติมให้ชัดเจนเพื่อเป็นขยายขอบอำนาจให้ศาลปกครองสามารถพิจารณาทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ในกรณีที่มีเหตุอันมีข้อสงสัยว่าคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้ทำการพิจารณาข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือในประเด็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อสาธารณชนและยังมีข้อสงสัย

บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

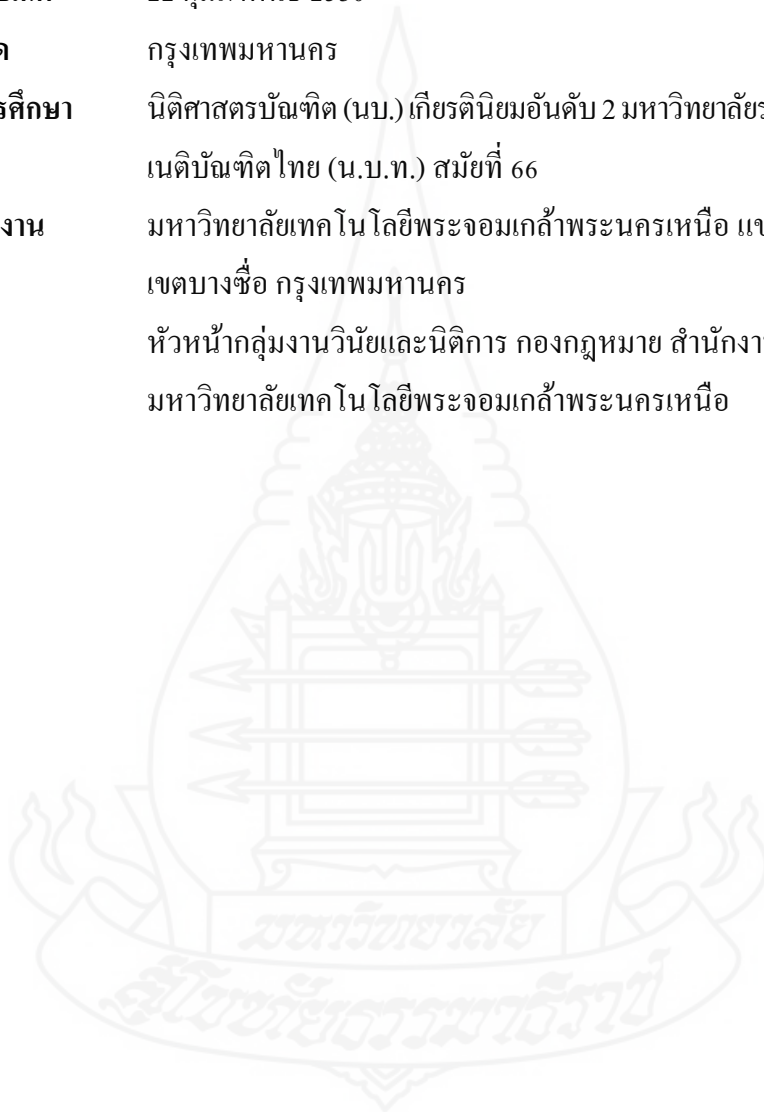
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). *ความเป็นมา และหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา.
- ข้อมูลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทรัพยากรอนุญาโตตุลาการออนไลน์. (2561). *อนุญาโตตุลาการ*
ในประเทศสหรัฐอเมริกา. 22 กันยายน 2561. จาก <https://www.international-arbitration-attorney.com/th/arbitration-united-states/>.
- จิตรา เพียรล้ำเลิศ. (2560). ความรับผิดชอบทางอาญา. ใน *แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญาและ*
อาชญาวิทยาชั้นสูง, เล่มที่ 2, หน่วยที่ 10. นนทบุรี : บัณฑิตศึกษา, สาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช.
- จิรนิติ หะวานนท์. (2559). กฎหมายปกครอง. ใน *รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สำนักอบรมศึกษา*
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2559. เล่มที่ 9, การบรรยาย
ครั้งที่ 6 เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2559, กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2543). *สัญญาทางปกครอง กับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ*
สำนักงานศาลปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- (2559). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 24). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร. (2554). หลักสุจริต หลักพื้นฐานแห่ง กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ GOOD
FAITH: THE PRINCIPLE OF THE CIVIL AND COMMERCIAL LAW. *AU LAW*
JOURNAL, 7(1), 23.
- ธวัชชัย สุวรรณพานิช. (2558). *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*. (พิมพ์ครั้งที่ 1).
กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- นवलนภา อภิบาลศรี. (2556). *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ*
ในสัญญาสัมปทาน (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์).
มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี, ชลบุรี.
- ไทยพับลิก้า. (2558). *ย้อนรอย “ค่าโง่คลองด่าน” บทเรียน 3 หมื่นล้าน ราคาที่คนไทยต้องจ่าย*.
สืบค้นจาก <http://thaipublica.org/2015/11/klongdan-21-11-2558/>.
- ดิลก เสริมวิริยะกุล (2553). *การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*
รายงานผลงานการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 8, ห้องสมุด

- อิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม. จาก <http://elib.coj.go.th/>
- คาราพร ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- . คาราพร ธีระวัฒน์. (2558). การก่อให้เกิดสัญญาและการบังคับของสัญญา : การตีความสัญญา. ใน *แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง. เล่มที่ 1, หน่วยที่ 5, ปรับปรุงครั้งที่ 5. นนทบุรี สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.*
- บุบผา อัครพิมาน. (2561). หลักกฎหมายทั่วไป. *PUBLICLAWNET*. 1 พฤษภาคม 2561. จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=920>
- ปณิตา เป้าอันพงษ์กุล. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556. *วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต*, 5(1), 333-350. หน้า 340.
- ประสิทธิ์ ดวงตะวงษ์. (2561). *เปรียบเทียบการระงับข้อพิพาทประเภทต่างๆ*. 27 เมษายน 2561. จาก <https://pharm.kku.ac.th/conference/Leadership-57/pdf/Dr.Prasit-2.pdf>
- ปริญญาวัน ชมเสวก. (2550). *ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2519). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์. อ้างใน ฉัฐพงศ์ โปษกะบุตร. *หลักสุจริต หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ GOOD FAITH: THE PRINCIPLE OF THE CIVIL AND COMMERCIAL LAW. AU LAW JOURNAL*, 7(1), 18-35.
- พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514. (2561). *บ้านจอมยุทธ*. 26 เมษายน 2561. จาก <https://www.baanjommyut.com/library/law/02/129.html>
- พลิชฐ์ อัสววัฒนาพร. (2561). *สถาบันอนุญาโตตุลาการ กับการระงับข้อพิพาททางเลือก (Thailand Arbitration Center)*. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร การบริหารงานยุติธรรมระดับสูง (ยชส) วันที่ 18 มกราคม 2561. สถาบันอนุญาโตตุลาการ กับการระงับข้อพิพาททางเลือก. 30 ธันวาคม 2561. จาก <http://www.oja.go.th/TH/wp-content/uploads/2017/11/18-1-61-M.pdf>
- วิกิพีเดีย. (2559). *ความหมายของ "สัญญาต้องเป็นสัญญา"* ในภาษาต่างประเทศ. จาก <https://th.wikipedia.org>.

- วรรณัทธ์ ชมบุญ. (2546). การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร.
- วรวิภา ทวารสิน. (2561). กลไกและปัญหาในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน. ใน เอกสารประกอบการบรรยายการฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ ระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ 15 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 6 สิงหาคม 2561, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ศิณภรณ์ หู่เต็ม. (2559). อินเทอร์เน็ตเว็บไซต์ของ GotoKnow. 26 ตุลาคม 2559. จาก <https://www.gotoknow.org/posts/60420>
- สุนทร มณีสวัสดิ์. (2557). สัญญาทางปกครอง. ใน แนวการศึกษาชุดวิชา 41712 กฎหมายปกครองชั้นสูง, หน่วยที่ 13, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- สุพัฒน์ ชัยวร मुखกุล. (2552). การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- สุรินทร์ ทองมา. (2553). พัฒนาการ และแนวทางที่ควรจะเป็นของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร.
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2554). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2561). สุจริต (25 มีนาคม 2557). 12 มีนาคม 2561 จาก <http://www.royin.go.th/?knowledges>.
- สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. (2561). สมาคมประกันวินาศภัยไทย. 30 เมษายน 2561. จาก https://www.tgia.org/arbitration/vision-TH_11
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2561). มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน. 22 สิงหาคม 2561. จาก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=197224&key_word=%
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2561). มติคณะรัฐมนตรีเมื่อ 4 พฤษภาคม 2547 เรื่อง มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน. 14 ธันวาคม 2561. จ ๑ ก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99197224&key_word=%A1%D2%C3%B7%D3%CA%D1%AD%AD%D2%CA%D1%C1%BB%B7%D2%B9%C3%D0%CB%C7%E8%D2%A7%C3%D1%B0%A1%D1%BA%E0%CD

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	นางสาวระพีพร รัตนเหลียม
วัน เดือน ปีเกิด	22 กุมภาพันธ์ 2530
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (นบ.) เกียรตินิยมอันดับ 2 มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2551 เนติบัณฑิตไทย (น.บ.ท.) สมัยที่ 66
สถานที่ทำงาน	มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ แขวงวงศ์สว่าง เขตบางซื่อ กรุงเทพมหานคร
ตำแหน่ง	หัวหน้ากลุ่มงานวินัยและนิติการ กองกฎหมาย สำนักงานอธิการบดี มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ



- %A1%AA%B9%20&owner_dep=&meet_date_dd=&meet_date_mm=&meet_date_yy
yy=&doc_id1=&doc_id2=&meet_date_dd2=&meet_date_mm2=&meet_date_yyyy2=
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2561). *มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญา
สัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน*. 22 สิงหาคม 2561. จาก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99220752&key_word=&owner_dep=&meet_date_dd=28&meet_date_mm=7&meet_date_yyyy=2552&doc_id1=&doc_id2=&meet_date_dd2=&meet_date_mm2=&meet_date_yyyy2=
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2561). *มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2553 เรื่อง การทบทวนมติ
คณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน*.
22 สิงหาคม 2561. จาก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=225853
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2561). *มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 เรื่อง ขอแก้ไข
มติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของ
รัฐกับเอกชน)*. 22 สิงหาคม 2561 จาก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99314666
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2562). *มติคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2557
เรื่อง บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) ขอดำเนินโครงการจัดหาเงินกู้เพื่อเสริม
สภาพคล่องของบริษัท และการค้ำประกันสำหรับการจัดหาเงินกู้เพื่อชำระค่าเครื่องบิน
โบอิง 777-300 ER*. 22 มีนาคม 2562 จาก <http://www.cabinet.soc.go.th>
- สถาบันอนุญาโตตุลาการ. (2561). *สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจ
ประกันภัย(คปภ.)*. 30 เมษายน 2561. จาก <http://www.oic.or.th/th/consumer/law/arbitration>
- สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2561). *ข้อมูลทั่วไปของหน่วยงาน*. 9 มีนาคม 2561.
จาก <http://www.tai.coj.go.th/about.html>
- สถาบันอนุญาโตตุลาการ. (2561). *สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม*. 30 เมษายน 2561.
จาก <http://www.tai.coj.go.th/>
- สถาบันอนุญาโตตุลาการ. (2561). THAC (Thailand Arbitration Center). 30 เมษายน 2561. จาก <http://thac.or.th/>
- สถาบันการก่อสร้างแห่งประเทศไทย. (2559). *อุตสาหกรรมก่อสร้าง*. 28 กันยายน 2559.
จาก <http://www.cit.or.th>
- สุพัฒน์ ชัยวรมงคล. (2552). *การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ
(วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.*

- หยุด แสงอุทัย. (2519). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หัตถา นุ่นแจ่ม. (2552). *ศึกษาระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เปรียบเทียบ : ประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย*. (สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, กรุงเทพมหานคร. ใน *วิวัฒนาการของอนุญาโตตุลาการในเอเชีย ตะวันออกเฉียงใต้*. THAC Thailand Arbitration Center. 12 เมษายน 2561. จาก <http://thac.or.th/2017/11/28/28112017/>
- อาจารย์ บุนนาค. (2553). *ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- อานนท์ ไทยจำนง. (2548). *ปัญหาและแนวทางการใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาท ในงานก่อสร้าง กรณีสัญญาก่อสร้างงานราชการ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต). สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ, กรุงเทพมหานคร.
- เอกชัย อัครธีรานุภาพ. (2548). *การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในกรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน* (สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2557). *ภารกิจและการดำเนินการของฝ่ายปกครอง. ใน แนวการศึกษาชุดวิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง. หน่วยที่ 3, ปรับปรุงครั้งที่ 3, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช*.
- อนงค์ สมบุญเจริญ. (2549). *ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- อนันต์ จันทโรภากร. (2558). *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท : การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อนุญาโตตุลาการ. (2561). *หอการค้าไทย และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย*. 30 เมษายน 2561. จาก <https://www.thaichamber.org/th/home/mainpage/3/10>
- Alexis Mourre. (2012). *Arbitration Guide IBA Arbitration Committee France March 2012*. Paris : Castaldi Mourre & Partners.
- Boris Kasolowsky and Carsten Wendler. (2018). Commercial Arbitration. *GAR*. Retrieved from December 10, 2018 from : <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000190/germany>
- Cakmak, E., Cakmak, P.I. (2014). An analysis of causes of disputes in the construction industry using analytical network process. *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 109, 183-187.

- Emre Cakmak, and Pinar Irlayici Cakmak. (2014). An analysis of causes of disputes in the construction industry using analytical network process. *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 109, 183-187. p.1-2.
- F. A. Mann, “Lex Facit Arbitrum,” In *Liber Amicorum for Martin Domke*, ed. Pieter Sanders (Hague: Martinus Nijhoff, 1967) ใน สุพัฒน์ ชัยวรมุขกุล. (2552). *การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- F. Surville, and Arthuys. *Cours Elementaire de Droit International Prive*. (7th edition). Quoted in Adam Samuel. 1925. P.60. ใน สุพัฒน์ ชัยวรมุขกุล. (2552). *การขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- Hans Wenberg. *Pacta Sunt Servanda*. (1959) *The American Journal of International Law*, 53(No.4), 775-786. pp. 775-786.
- Jean Rivro et Jean Waline. *Droit administratif*. 16 edition . Dalloz. p.385 ใน ชาญชัย แสงศักดิ์. (2559). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 24). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- Julian D.M. Lew. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc. 1978. pp.51-61. ใน เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*. หน้า 34-35.
- Lee C.K., Yiu T.W. and Cheung. (2016). Selection and use of Alternative Dispute Resolution (ADR) in construction projects – Past and future research. *International Journal of Project management*, 34(3), 494-507.
- LEXOLOGY. (2018). *Arbitration*. Retrieved December 13, from : <https://www.lexology.com/navigator#!results/14/view>
- Thomson Reuters. *Federal Arbitration Act (FAA)*. *Thomson Reuters Practical Law*. Retrieved December 10, 2018 from : [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-6615?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-6615?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)
- Wenberg, H.(1959). *Pacta Sunt Servanda*. *The American Journal of International Law*, 53(4), 775-786.

Wikipedia. (2018). *Uniform Arbitration Act*. Retrieved December 13, 2018 from : https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Arbitration_Act

