

หลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ
ในสัญญาทางปกครอง: กรณีศึกษาจากคดี
โครงการโรงบำบัดน้ำเสียคลองด่าน
Principle of the Autonomy of Arbitration Agreement
in Administrative Contracts: Studying the Case of
the Klong Dan Wastewater Treatment Plant

เอกสิทธิ์ จันทะมา¹

19/47 ถนนแจ้งวัฒนะ หมู่ 1 ตำบลคลองเกลือ อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120,
เมลล์ติดต่อ: eakasitj@hotmail.com

Eakasit Juntama²

19/47 Cheangwattana Road, Moo 1, Khlong Kluea Sub-District, Pak kret District, Nonthaburi 11120,
E-mail: eakasitj@hotmail.com

บทคัดย่อ

ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญากำหนดไว้ในสัญญา (ทั้งสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง) เป็นข้อสัญญาที่ต้องพิจารณาแยกออกจากสัญญาหลัก ซึ่งทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาที่มีความสมบูรณ์ในตัวเอง และมีผลบังคับใช้ได้แม้สัญญาหลักระหว่างคู่สัญญาจะตกเป็นโมฆะหรือไม่มีผลบังคับได้สมบูรณ์ การกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญาที่จะกำหนดกระบวนการซึ่งเป็นวิธีพิจารณาคดีพิพาทที่ต้องนำมาใช้ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างกัน ทั้งนี้ หากถือว่าเมื่อสัญญาหลักถูกกล่าวอ้างว่าตกเป็นโมฆะและข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมตกเป็นโมฆะไปด้วยแล้ว ย่อมทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมาใช้ให้เกิดผลได้เลย ซึ่งย่อมไม่มีประโยชน์อันใดที่จะกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในสัญญา คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีโรงบำบัดน้ำเสียคลองด่าน (“คดีคลองด่าน”) เป็นคดีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการดำรงอยู่ได้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แม้จะมีการกล่าวอ้างว่าสัญญาหลักตกเป็นโมฆะ อีกทั้งยังเป็นการยืนยันหลักกฎหมายดังกล่าวที่ต้องนำมาใช้กับกรณีข้อพิพาท

¹ นักวิชาการอิสระ

² Independent Scholar



ของสัญญาทางปกครองด้วย นอกจากนี้ คดีที่นำมาศึกษานี้ ยังแสดงให้เห็นถึงการตีความกฎหมายที่ผิดพลาดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การขาดความเข้าใจในหลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งมีผลทำให้คู่กรณีฝ่ายรัฐต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง บทความนี้ จึงมุ่งหมายที่จะชี้ให้เห็นความสำคัญและผลของการกำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญาว่าจะมีผลต่อหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาเช่นไร ด้วยการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีโครงการโรงบำบัดน้ำเสียคลองด่าน เพื่อที่จะเรียนรู้บทเรียนจากกรณีดังกล่าว อันจะส่งผลให้การจัดทำสัญญาทางปกครอง และการบริหารสัญญาทางปกครองที่มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ เป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องและเหมาะสมต่อไป

คำสำคัญ: สัญญาอนุญาตตุลาการ, สัญญาทางปกครอง, คดีคลองด่าน, การแยกเป็นอิสระของข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ



Abstract

An arbitration clause or arbitration agreement, as specified by the parties in any contracts or agreements (private agreement or administrative agreement) is a contractual clause that must be considered as a separate and valid clause apart from the main agreement. This arbitration clause continues to be valid among parties even if the main agreement is void or later declared to be invalid. An arbitration clause therein derives from the intention of all parties to fix an applicable law of procedure for the dispute resolution between them. In contrast, if the arbitration clause is considered to be void or invalid together with the invalid main agreement, this clause shall never come into effect or be enforceable. In such case, there is no interest to specify such clause in any agreement. The Supreme Administrative Court's decision in the Klong Dan Wastewater Treatment Plant case ("Klong Dan Case") is a good sample of the application of the principle of the autonomy of arbitration agreement in an administrative contract, in the same manner as in a private agreement. This Klong Dan Case also reveals the misinterpretation of the arbitration clause by the state party that may be caused by the lack of good comprehension in the principle of autonomy of arbitration agreement, which resulted in its responsibility for compensation to another party. This article aims to emphasize an importance and legal impacts of an arbitration clause as specified in any kind of agreement to show its effect on obligations of the parties to any contracts. It will study the jurisprudence of the Supreme Administrative Court's decision in the "Klong Dan Case" in order to further obtain lesson and a better practice of the execution of an administrative contract and an appropriate administration of administrative contracts containing an arbitration clause.

Keywords: Arbitration Clause, Administrative Contract, Klong Dan Case, Separability of Arbitration Clause



1. บทนำ

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” ทำการพิจารณาชี้ขาดโดยมีกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายและคู่กรณีผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ³ วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เป็นวิธีการที่เป็นที่นิยมนำมาใช้เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจและการค้าระหว่างประเทศ ในปัจจุบัน การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ได้กลายเป็นวิธีการปกติที่คู่สัญญาของสัญญาทางปกครองนิยมนำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครอง⁴ โดยส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติอย่างชัดแจ้งให้คู่สัญญาทางปกครองสามารถตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้⁵

สัญญาต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง มักจะกำหนดให้มีข้อสัญญาในเรื่องการระงับข้อพิพาทเอาไว้ด้วยเสมอ และโดยทั่วไป มักจะกำหนดที่ให้นำเอาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเกิดขึ้น ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวที่มีชื่อเรียกโดยทั่วไปว่า “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ” หรือที่เรียกว่า Arbitration Clause หรือในภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า “Une Clause Compromissoire” อาจทำขึ้นเป็นข้อหนึ่งของสัญญาหลักระหว่างคู่สัญญา หรือจะทำเป็น “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” แยกต่างหากจากสัญญาหลักก็ได้ ทั้งนี้ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติให้ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” และ “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ” มีความหมายเป็นอย่างเดียวกัน นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมักจะถูกกำหนดไว้เป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทที่อาจกำหนดขั้นตอนในการแสวงหาข้อยุติให้กับข้อพิพาทก่อนที่จะคู่สัญญาจะสามารถเสนอข้อพิพาทไปให้แก่อนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาด

³ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, (2554), **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 4-18.

⁴ ไพโรตดู เสาวนีย์ อิศวโรจน์, (มิถุนายน 2553), “การอนุญาโตตุลาการกับสัญญาทางปกครอง : ความจำเป็นสำหรับประเทศไทย,” **วารสารนิติศาสตร์**, 39 (2), 205-242. ประสพท พงษ์สุวรรณ, (มีนาคม 2550), “อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง : หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติ,” **วารสารนิติศาสตร์**, 36 (1), 83-119 ; มานิตย์ วงศ์เสรี, (กันยายน-ธันวาคม 2545), “อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของไทย,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, 2 (3), 109-128.

⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 15 “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

ข้อพิพาท เช่น กำหนดให้คู่สัญญาต้องดำเนินการยุติข้อพิพาทด้วยกันอย่างฉันมิตร (Amicable Resolution) เสียก่อน และเมื่อคู่สัญญาไม่อาจหาข้อยุติให้กับข้อพิพาทได้แล้ว จึงจะสามารถดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้

ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คือ ปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในหลาย ๆ กรณี เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น คู่สัญญามักจะได้แจ้งกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเสมอ หรือไม่ยินยอมเข้าร่วมในกระบวนการระงับข้อพิพาทเลยตั้งแต่ต้น แม้ว่าสัญญาที่ได้ลงนามร่วมกันมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนก็ตาม อีกทั้ง เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ตกเป็นผู้แพ้คดี มักจะไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดและทำการโต้แย้งคำชี้ขาดอยู่เสมอ และแม้ในสัญญาจะได้ตกลงร่วมกันให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีแล้วก็ตาม ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณีที่มีมายกมาโต้แย้งหรือคัดค้านคำชี้ขาดคือ ความเป็นโมฆะของสัญญาหลักซึ่งมีผลทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกับสัญญาหลัก และเมื่อสัญญาอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนกระบวนการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวทั้งหมดย่อมไม่ชอบด้วยเช่นกัน ข้อกล่าวอ้างดังกล่าว หากพิจารณาโดยทั่วไปย่อมเป็นข้อกล่าวอ้างที่สมเหตุผล เพราะเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶ แล้วอาจตีความได้เช่นนั้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นกรณีที่สัญญาระหว่างคู่สัญญานั้น ไม่มีการกำหนดข้อสัญญาที่เรียกว่า “ข้อสัญญาที่อาจแยกออกจากกันได้ (Severability Clause)”⁷ เอาไว้ด้วย

เมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะ โดยผลของกฎหมายแล้ว ย่อมอาจทำให้ข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญาสิ้นผลไปทั้งฉบับได้ และย่อมมีผลตามกฎหมายให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยไม่อาจยกข้อสัญญาขึ้นอ้างสิทธิต่อกันได้ อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าข้อสัญญาข้ออื่น ๆ กล่าวคือ เป็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์เป็นเอกเทศและยังคง

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 173 “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้”

⁷ สัญญาต่าง ๆ ที่มีการจัดทำขึ้นโดยถ้อยคำ โดยทั่วไป มักจะมีการกำหนด “ข้อสัญญาที่อาจแยกออกจากกันได้” เอาไว้อยู่เสมอ ซึ่งจะพบได้บ่อยในสัญญาต่างประเทศ ที่มักจะมีข้อความ เช่น “If any provision of this Agreement is found to be invalid or unenforceable by any court, such provision shall be ineffective only to the extent that it is in contravention of applicable laws without invalidating the remaining provisions hereof” (หากข้อสัญญาข้อใดของสัญญานี้ตกเป็นโมฆะหรือไม่อาจบังคับใช้ได้โดยการพิจารณาของศาลใด ๆ ข้อสัญญาดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้เพียงส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย โดยไม่มีผลทำให้ข้อสัญญาอื่น ๆ ของสัญญานี้ ตกเป็นโมฆะไปด้วย)



“อยู่รอด” ได้ แม้ว่าข้อสัญญาอื่นๆ หรือสัญญาหลักทั้งฉบับจะถูกประกาศให้ตกเป็นโมฆะหรือไม่มีผลสมบูรณ์

ความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (หรือข้อสัญญาระงับข้อพิพาททั้งข้อ) จึงทำให้ต้องแยกพิจารณาข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลัก ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงอาจยังคงมีผลบังคับใช้ได้แม้สัญญาหลักจะตกเป็นโมฆะ หลักการนี้ได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย⁸ อีกทั้ง ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.487-488/2557 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2557 ในคดีที่เรียกกันทั่วไปว่า “คดีโครงการโรงบำบัดน้ำเสียคลองด่าน” หรือ “คดีคลองด่าน” รับรองการนำเอาหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง โดยในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักดังกล่าวมาใช้โดยตรงในการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี

บทความนี้ มุ่งหมายที่จะแสดงให้เห็นถึงสาระสำคัญของหลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศและการเป็นข้อสัญญาที่แยกต่างหากจากสัญญาหลักของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ที่อาจมีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ทั้งกระบวนการ ที่มีจะเป็นประเด็นแห่งคดีในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการโต้แย้งคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่อศาลปกครอง และเพื่อให้เห็นถึงความสำคัญของหลักดังกล่าวอันจะทำให้ทั้งการเริ่มทำสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติตามสัญญา รวมทั้งการดำเนินการภายหลังจากเกิดข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองของหน่วยงานรัฐที่เป็นคู่สัญญาทางปกครองเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้อง และทำให้การบริหารสัญญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอันจะช่วยทำให้ไม่มีดำเนินการที่ผิดพลาดซึ่งอาจทำให้รัฐต้องรับผิดชอบในคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยไม่จำเป็น

2. ที่มาของหลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

หลักการเป็นข้อสัญญาที่แยกต่างหากหรือข้อสัญญาที่สมบูรณ์เป็นเอกเทศจากสัญญาหลักของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Principle of the Autonomy of Arbitration Agreement) เป็นหลักการที่เป็นที่รู้จักเป็นอย่างดีในกฎหมายแพ่งและกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

⁸ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 24 “คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ”

โดยได้รับการรับรองมาเป็นเวลานานแล้วและเป็นที่ยอมรับในหลาย ๆ ประเทศ ในประเทศอังกฤษ หลักการนี้ ได้ถูกกำหนดไว้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการปี ค.ศ. 1698 (Arbitration Act of 1698)⁹ และได้รับการยืนยันโดยคำพิพากษาของศาลพาณิชย์ (Commercial Court) แห่งสหราชอาณาจักร ในคดี Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. V. Kansa General International Insurance Co. Ltd.¹⁰ ในสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติกฎหมายคือ รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (Federal Arbitration Act) ขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1925 แต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงหลักการดังกล่าวอย่างชัดเจน แต่ต่อมา คำพิพากษาของศาลในหลาย ๆ คดีก็ได้ตีความให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์เป็นเอกเทศด้วยตัวเอง¹¹ ส่วนในประเทศฝรั่งเศส หลักข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลักนี้ ได้รับการยืนยันโดยคำพิพากษาของศาลฎีกา (Cour de Cassation) ในคดี Gosset ซึ่งศาลฎีกาฝรั่งเศสได้พิพากษาว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท แม้ว่าอำนาจดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาหลักซึ่งถูกโต้แย้งว่าตกเป็นโมฆะ เนื่องจากว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็สัญญาที่ทำขึ้นเป็นเอกเทศหรือเป็นข้อสัญญาที่อยู่ในสัญญาหลัก มีความสมบูรณ์ในตัวเองอยู่เสมอ เว้นแต่เหตุพิเศษ ดังนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงไม่ได้รับผลกระทบจากความเป็โมฆะของสัญญาหลัก”¹² อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ยังไม่ได้รับการยอมรับให้นำมากำหนดไว้ในสัญญาทางปกครอง ดังนั้น ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองจึงไม่สามารถนำเสนอต่อให้

⁹ Samuel, A., (2000), “Seperability of arbitration clauses – some awkward questions about the law of contracts, conflict of laws and the administration of justice,” **Arbitration and Dispute Resolution Law Journal**, 36.

¹⁰ *Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. V. Kansa General International Insurance Co. Ltd.* [1992] 1 Lloyd's Rep. 81 คดีนี้ ศาลได้พิพากษาว่า “(a) In English law the principle of separability of an arbitration clause in a contract could give an arbitrator jurisdiction to determine the validity or invalidity of the relevant contract provided that the arbitration clause itself was not directly impeached ; and (b) in every case the logical question was not whether the issue of illegality went to the validity of the contract but whether it went to the validity of the arbitration clause. In this case illegality did not affect the validity of the arbitration clause, which on its proper construction was wide enough to cover a dispute as to the initial illegality of the contract.” (ก) ในกฎหมายอังกฤษ หลักการที่ว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อสัญญาที่แยกต่างหากจากสัญญาหลัก ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของสัญญา แต่ทั้งนี้ ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวต้องไม่ยังไม่ถูกยกเลิกไปโดยตรง และ (ข) ไม่ว่ากรณีนั้น จะมีประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ก็ไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นข้อสัญญาที่มีเนื้อหาและสาระสำคัญ โดยเฉพาะและมีขอบเขตที่จะครอบคลุมข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาหลัก” (แปลโดยผู้เขียน)

¹¹ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 104

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศส (Cour de Cassation) แผนกคดีแพ่ง องค์คณะที่ 1 คดี Gosset ลงวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 1963 สืบค้นได้จากเว็บไซต์ฐานข้อมูลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส www.legisfrance.fr



อนุญาโต ตูลาการได้ เว้นแต่กรณียกเว้นบางกรณีเท่านั้น¹³ หลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของ สัญญาอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นหลักที่ปรากฏในสัญญาทางแพ่งเสียเป็นส่วนใหญ่

หลักนี้ ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎเกณฑ์ขององค์การด้านการค้าระหว่างประเทศหลายองค์การ อาทิ หอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce) ได้ให้การยอมรับหลักการนี้อย่างเป็นทางการตั้งแต่ปี ค.ศ. 1955¹⁴ ทั้งยังได้ถูกนำมากำหนดไว้ในข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ; Arbitration Rules) นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1976 เป็นต้นมาอีกด้วย¹⁵

ในประเทศไทย หลักสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อสัญญาที่แตกต่างหากจากสัญญาหลักนี้ เดิมไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้นำเอาหลักดังกล่าวนี้มาบัญญัติรับรองไว้โดยปรากฏใน มาตรา 24 วรรคแรก ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยผลของบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้หลักการเป็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์เป็นเอกเทศ แยกต่างหากจากสัญญาหลักของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ อาจนำมาใช้บังคับได้กับสัญญาทุกประเภทที่มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างคู่สัญญาซึ่งย่อมรวมถึงกรณีของสัญญาทางปกครองด้วย กรณีดังกล่าวย่อมทำให้เห็นถึงการ “เคลื่อนย้าย” ของหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ที่เดิมเป็นหลักกฎหมายแพ่งโดยแท้ แต่ได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครอง จากการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม หลักการในข้อนี้ นักกฎหมายทั่วไป และฝ่ายปกครองหรือผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำและการบริหารสัญญาทางปกครอง ยังไม่ได้ให้ความสำคัญมากเท่าที่ควร เนื่องจากการกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาหรือไม่นั้น ไม่ได้เป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่นำมาใช้แบ่งแยกว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเป็นประเด็นทางกฎหมายที่มักจะให้ความสำคัญยิ่งกว่า

¹³ โปรดดู กรณีตัวอย่างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, “อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง : หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติ,” 85.

¹⁴ โปรดดู ข้อ 6 (4) ของข้อบังคับของหอการค้าระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 1998, สืบค้นเมื่อ 20 กุมภาพันธ์ 2559, จาก <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/> โปรดดูเพิ่มเติม Derains, Y. and Schwartz, E. A., (1988), *A guide to the new ICC rules of arbitration*, Kluwer law international, (The Hague: Kluwer International Law), 104 .

¹⁵ โปรดดู ข้อ 21 (2) ของ UNCITRAL Arbitration Rules, สืบค้นเมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2559, จาก <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>

3. ผลของหลักการเป็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์เป็นเอกเทศ

การยอมรับว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาที่สมบูรณ์เป็นเอกเทศ มีผลที่สำคัญดังนี้

3.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นอิสระแยกจากสัญญาหลัก

คำว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” โดยความหมายทั่วไปแล้วย่อมหมายถึงสัญญาอีกฉบับหนึ่งที่คู่สัญญาร่วมกันทำขึ้น โดยอาจจะจัดทำขึ้นขณะที่ทำสัญญาหลักหรือทำขึ้นภายหลังสัญญาหลักในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกันก็ได้ กรณีนี้การพิจารณาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการและสัญญาหลัก เป็นสัญญาที่สามารถแยกออกจากกันได้อย่างง่ายดาย เพราะโดยทางกายภาพสัญญาทั้งสองอย่างแยกออกจากกันอยู่แล้ว แต่กรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการถูกเขียนไว้เป็น “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ” และเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักหรือเป็นเพียงข้อหนึ่งของสัญญาหลัก กรณีนี้ย่อมเป็นการยากที่คู่สัญญาจะพิจารณาได้ว่าสัญญาทั้งสองส่วนต้องพิจารณาแยกออกจากกัน

แท้จริงแล้ว การที่ต้องถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจแยกเป็นอิสระจากสัญญาหลักนั้น เป็นเพราะสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากเจตนาระหว่างคู่สัญญานั้นเองที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องวิธีพิจารณาสำหรับการระงับข้อพิพาทอันอาจจะเกิดขึ้นมาบังคับใช้ระหว่างกัน¹⁶ ทั้งนี้ หากยอมรับว่าเมื่อสัญญาหลักตกเป็นโมฆะแล้วจะมีผลทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะไปในขณะเดียวกันแล้ว ย่อมทำให้ไม่สามารถนำเอาสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ตกลงร่วมกันไว้แล้วนั้นมาใช้บังคับได้เลย ซึ่งย่อมไม่มีประโยชน์อันใดที่จะกำหนดสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาอีก เพราะโดยทั่วไปแม้ไม่มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาก็สามารถนำข้อพิพาทไปเสนอต่อศาลที่มีอำนาจได้อยู่แล้ว อีกทั้งหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาโดยมีการโต้แย้งว่าสัญญาหลักตกเป็นโมฆะ ซึ่งหากถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะไปด้วย เช่นนี้ ย่อมไม่อาจนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไปเสนอให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดได้เลย สัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ตกลงกันไว้จึงไร้ผลในทางปฏิบัติ ดังนั้น การที่ต้องให้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจแยกออกเป็นเอกเทศและเป็นอิสระจากสัญญาหลัก โดยยังคงมีผลบังคับใช้ได้อยู่ นอกจากเกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญานั้นเองแล้ว ยังเกิดจากเจตนาที่ต้องการให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้อย่างแท้จริง

¹⁶ โปรดดู Racine, J.-B., (2005), “Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international,” *Rev. arb.*, 305, Ancel, J.-P., (1994), “L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire,” *Travaux du comité français de droit international privé*, 1991-1992, Pédone, (France: L'Harmattan), 82.



ดังนั้น มาตรา 24 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงกำหนดไว้ให้เป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะเป็นผู้พิจารณาว่าตนมีอำนาจที่จะชี้ขาดข้อพิพาทหรือไม่ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการย่อมต้องชี้ขาดว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ก่อนที่จะพิจารณาชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทอันเป็นเนื้อหาของสัญญาหลัก และหลังจากคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ว่ามีอำนาจที่จะชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการ อาจมีคำชี้ขาดให้สัญญาหลักตกเป็นโมฆะก็ได้ แต่ความเป็นโมฆะดังกล่าวไม่ส่งผลต่ออำนาจพิจารณาชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

3.2 กฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจมีความแตกต่างจากกฎหมายของสัญญา

ความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ อาจมีผลทำให้ในบางกรณี ต้องนำกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวแตกต่างจากกฎหมายหรือหลักกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาหลักระหว่างคู่สัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากคู่สัญญาไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งเอาไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าให้นำเอากฎหมายใดมาใช้บังคับ ความแตกต่างของกฎหมายที่ต้องนำมาบังคับใช้ดังกล่าว อาจเป็นความแตกต่างระหว่างกฎหมายที่ต้องนำมาบังคับใช้เพื่อการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายที่ต้องนำมาใช้พิจารณาในประเด็นความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กับกฎหมายที่ต้องนำมาบังคับใช้กับสัญญาหลักหรือกฎหมายที่บังคับใช้กับกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้¹⁷ กรณีดังกล่าว หลักเกณฑ์ที่อาจนำมาใช้ระบุงกฎหมายก็คือหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ (Choice of Law) ซึ่งทำให้ได้กฎหมายที่จะใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวซึ่งอาจจะเป็น (1) กฎหมายที่คู่สัญญาระบุไว้อย่างชัดแจ้งให้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ (2) กฎหมายของดินแดนที่ได้จัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (the Law of the Arbitral situs) หรือ (3) กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก¹⁸ หรือ (4) กฎหมายของดินแดนที่จะนำเอาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไปบังคับ¹⁹

สัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองตามกฎหมายไทย ก็อาจมีการกำหนดให้กฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากกฎหมายแห่งสัญญาได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากในปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายฉบับใดกำหนดเป็นข้อห้ามอย่างชัดเจนมิให้คู่สัญญาของสัญญาทางปกครองนำเอากฎหมายอื่นมาใช้นอกเหนือจากกฎหมายของสัญญา ทั้งนี้ แม้คณะรัฐมนตรีได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2557 ห้ามมิให้มี

¹⁷ โปรดดู Gaillard, E. and Savage, J., (1999), **Fouchard, Guillard, Goldman on international commercial arbitration**, (London: Kluwer International Law), 212.

¹⁸ โปรดดู Lew, D.M., (1998), "The law applicable to the form and substance of the arbitration clause. ," In **ICCA congress series** no. 9, 114.

อนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองทุกประเภท เว้นแต่มีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ก็ให้เสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นราย ๆ ไป โดยให้ใช้ภาษาไทยและกฎหมายไทยเป็นหลักในการใช้และตีความ²⁰ แต่มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ก็เป็นเพียงแนวทางในทางปฏิบัติเท่านั้น ไม่ได้เป็นข้อห้ามเด็ดขาดแต่อย่างใด ดังนั้น คู่สัญญาทางปกครองจึงอาจกำหนดให้นำกฎหมายอื่นมาบังคับใช้ได้โดยอาจเป็นหนึ่งในตัวเลือกดังที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในกิจการขนาดใหญ่ เช่น สัญญาสัมปทานก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ ซึ่งโดยส่วนใหญ่คู่สัญญาฝ่ายต่างชาติมักจะเรียกร้องให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นมาบังคับ

3.3 สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจไม่มีผลสมบูรณ์เช่นเดียวกับสัญญาหลัก

แม้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจแยกเป็นเอกเทศจากสัญญาหลักและอาจมีผลสมบูรณ์ได้แม้สัญญาหลักจะตกเป็นโมฆะ แต่ในบางกรณี สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจตกเป็นโมฆะไปพร้อมกับสัญญาหลักได้เช่นกัน ทั้งนี้ เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นนิติกรรมสัญญาอย่างหนึ่ง จึงต้องมีการตกลงกันระหว่างคู่กรณีพิพาทที่จะเสนอข้อพิพาทของตนให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด กล่าวคือต้องมีการทำคำเสนอที่จะขอให้มีการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง และมีการทำคำสนองให้มีการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเมื่อคำเสนอและคำสนอนั้นถูกต้องตรงกันจึงมีสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น หากมีการแสดงเจตนาให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว แต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ทำคำสนองหรือตกลงด้วยหรือคำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกัน ก็ไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นและย่อมไม่อาจบังคับให้คู่กรณีที่มีได้ตกลงด้วยนั้นเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการได้²¹

ในเรื่องการตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญานั้นมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการทำสัญญาทั่วไป เช่น เจตนาของคู่สัญญาในการตกลงกันต้องสมบูรณ์ไม่บกพร่อง คือต้องเป็นการตกลงทำสัญญาของคู่กรณีพิพาทด้วยความสมัครใจ ไม่มีความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ ไม่มีความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกตินับว่าเป็นสาระสำคัญ หรือคู่สัญญาจะต้องไม่ถูกหลอกลวงหรือถูกกลฉ้อฉล หรือคู่สัญญาต้องไม่ถูกข่มขู่ให้ทำสัญญา มิฉะนั้นแล้ว สัญญา

¹⁹ โปรดดู Born, G. A., (2001), *International commercial arbitration*, 2nd ed., (The Hague: Kluwer International Law), 108.

²⁰ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้จะหมายถึงถึงให้กฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องเป็นกฎหมายไทยเท่านั้น ด้วยหรือไม่ ประเด็นนี้ยังไม่มีความชัดเจน

²¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, 4-18.



ยอมเป็นโมฆียะซึ่งอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะได้ นอกจากนี้ ยังต้องไม่มีเหตุอื่น ๆ ที่ทำให้สัญญาใช้บังคับไม่ได้ เช่น สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเป็นการพนันวิสัย มิฉะนั้น สัญญาดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะด้วยเช่นกัน²² ทั้งนี้ กฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าว อาจเป็นกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายของประเทศไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้

3.4. คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน

การจะให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับได้จริงนั้น นอกจากจะต้องให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเอกเทศแล้ว ยังต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนด้วย เพราะหากไม่มีการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดังกล่าวแล้ว เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งในบางกรณีอาจเกิดขึ้นจากเจตนาทุจริต ย่อมไม่ยินยอมดำเนินการเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท และอาจนำข้อพิพาทไปเสนอให้องค์กรอื่นทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทแทน หลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีอยู่ควบคู่กับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเสมอ อันเป็นกลไกสำคัญที่จะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาททั้งระบบเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง²³

มาตรา 24 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติรับรองอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการให้มีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน อีกทั้งยังบัญญัติความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ควบคู่กันด้วย ดังนั้นในประเด็นนี้ กฎหมายของประเทศไทยจึงมีความชัดเจน ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจกล่าวอ้างโดยฝ่ายเดียวไม่ยอมรับการอนุญาโตตุลาการที่ตนได้ตกลงเอาไว้แล้วในสัญญา เว้นเสียแต่ สัญญาตุลาการนั้นจะมีข้อบกพร่องในตัวของตัวเอง

²² เรื่องเดียวกัน.

²³ อนันต์ จันทโรภากร, (2552), “บทบาทของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางสัญญาที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับ การให้สินบนหรือการทุจริตประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ,” *วารสารอนุญาโตตุลาการ*, 4, 6-16; Park, W., (1997), “Determining arbitral jurisdiction: Allocation of tasks between courts and arbitrators,” *American Review of International Arbitration*, 8, 133.

4. คดี “คลองด่าน” และบทเรียนสำหรับการบริหารสัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ

ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาตตุลาการนี้ได้กลายมาเป็นประเด็นข้อกฎหมายที่สำคัญใน “คดีคลองด่าน” ซึ่งเป็นคดีที่กำลังเป็นที่สนใจของสังคมในขณะนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นคดีที่มีการโต้แย้งและมีข้อกังขาของสังคมเกี่ยวกับการทำสัญญาในโครงการดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นจากการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้อง²⁴ กระนั้นก็ตาม ในที่สุดศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำพิพากษาซึ่งทำให้คดีถึงที่สุดและผลของคำพิพากษานี้ได้ทำให้เกิดเป็นบทเรียนสำคัญของการบริหารสัญญาทางปกครองที่มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการหลายประการด้วยกัน

4.1 คดีคลองด่าน และประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตตุลาการ

คดีนี้ เป็นคดีที่ศาลปกครองได้ทำการรวมพิจารณา 2 คดีเข้าด้วยกัน คือ คดีที่เป็น การร้องคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีกรมควบคุมมลพิษเป็นผู้คัดค้าน และคดีที่ร้องให้ศาลปกครองบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยมีบริษัทเอกชน 6 บริษัท เป็นผู้ร้อง ในท้ายที่สุด ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้ยกคำร้องของกรมควบคุมมลพิษที่ได้ยื่นคำร้องขอคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ คือให้กรมควบคุมมลพิษชำระเงินค่าจ้างที่ค้างจ่ายและค่าเสียหายอื่น ๆ พร้อมดอกเบี้ย รวมจำนวนกว่า 9 พันล้านบาทให้แก่ผู้ร้อง²⁵

กรมควบคุมมลพิษ ได้มีคำขอของการบังคับคดีต่อศาลปกครองกลาง โดยให้เหตุผลว่า คดีนี้ มีการดำเนินการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาเพื่อขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากร่วมกันฉ้อโกง ศาลปกครองกลางได้พิจารณาคำร้องของกรมควบคุมมลพิษแล้วพิเคราะห์ว่า การที่จะสั่งการบังคับคดีนั้น ต้องนำเอามาตรา 293 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งการที่จะสั่งการบังคับคดีต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่มาตรานี้กำหนด การยื่นฟ้องเป็นคดีอาญาต่อศาลยุติธรรมฐานฉ้อโกง มิใช่

²⁴ โปรดดูรายงานข่าวจากสื่อต่าง ๆ เช่น ผู้จัดการรายวัน 360, (13 มกราคม 2559), “ศาลปกครองแจกค่าไถ่คลองด่าน 9 พันล้าน,” ผู้จัดการรายวัน, 8(2038), 8; “ปธ. คตง. ชี้ช่องสู่คดีคลองด่าน,” ไทยโพสต์, (21 ธันวาคม 2558), 20 (6984), 3; “คตง. แฉรัฐคดีค่าไถ่คลองด่าน หักกลบฉบับนี้ – ได้เพิ่ม 1.4 หมื่นล้าน,” มติชน, (22 ธันวาคม 2558), 38 (13799), 11.

²⁵ สำนักงานศาลปกครอง, (ม.ป.ป.), เอกสารชี้แจงคดีคลองด่านตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ชี้แจงกรณี ที่ศาลมีคำพิพากษายืนยันว่าไม่มีเหตุให้ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ, สืบค้นเมื่อ 25 กุมภาพันธ์ 2559, จาก http://www.admincourt.go.th/news_01_detail.aspx?News_data_Index=+7401+



เป็นการฟ้องคดีเรื่องอื่นในศาลเดียวกัน จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ของมาตรา 293 ที่จะงดการบังคับคดีได้ อีกทั้งกรมควบคุมมลพิษก็ยังไม่ได้มีการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาตามที่ได้กล่าวอ้าง จึงมีคำสั่งยกคำร้อง เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2558 นอกจากนี้ ได้มีประชาชนผู้มีถิ่นที่อยู่อาศัยในจังหวัดสมุทรปราการและจังหวัดอื่นๆ ในฐานะที่เป็นผู้เสียหายอากรให้แก่รัฐรวมจำนวน 70 คน ที่อ้างว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ อ. 487-488/2557 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2557 ได้ยื่นคำร้อง ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2558 ขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ โดยอ้างว่า คดีนี้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด มีพยานหลักฐานใหม่ และมีข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม ศาลปกครองกลางได้พิจารณาคำร้องของผู้ร้องและพิเคราะห์ว่าผู้ร้องทั้ง 70 คน ไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีที่จะมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดใหม่ จึงมีคำสั่งไม่รับคำขอพิจารณาใหม่ไว้พิจารณา

คดีคลองด่าน จึงเป็นคดีที่มีการต่อสู้ทางกฎหมายกันอย่างเข้มข้น แต่ในท้ายที่สุดคงต้องสรุปได้ว่า รัฐต้องจัดสรรเงินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษาให้แก่ทั้ง 6 บริษัทฯ ตามที่ระบุไว้ในคำพิพากษา ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2557 อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แม้ในทางสังคมจะมีการเรียกร้องให้รัฐ ปฏิเสธหรือยังไม่ต้องชดใช้เงินดังกล่าวก็ตาม²⁶

สำหรับคดีหลักในคดีนี้ที่เป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และขอบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวนี้ ข้อกฎหมายสำคัญข้อหนึ่งที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชอบด้วยกฎหมาย คือ ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้เอง โดยศาลปกครอง ได้นำมาเอามาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาปรับใช้โดยตรง ซึ่งศาลปกครองพิเคราะห์ว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อสัญญาแตกต่างหากจากสัญญาหลักสัญญาหลักจะเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์หรือไม่ จึงย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยประเด็นพิพาทภายใต้ขอบเขตอำนาจของตน จึงเป็นคำวินิจฉัยที่ชอบและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลปกครองสูงสุดจึงได้มีคำพิพากษาให้ยกคำร้องของผู้คัดค้าน เนื่องจากไม่มีเหตุให้ศาลต้องเพิกถอนคำชี้ขาด

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเดิมเป็นหลักในกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ได้กลายเป็นข้อกฎหมายสำคัญในการพิพากษาคดีปกครองที่ถือว่าเป็นคดีที่ทับทเรียนแก่ฝ่ายปกครองในหลายๆ เรื่อง

²⁶ โปรดดู “แนะใช้ ม. 44 ยังยั้งค่าไถ่คลองด่าน,” (18 มกราคม 2559), **ไทยรัฐ**, 1.

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการบริหารสัญญาทางปกครอง

4.2 บทเรียนต่อการบริหารสัญญาทางปกครอง

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ในคดีคลองด่าน ที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้หน่วยงานของรัฐ ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นไปตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ ได้ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่เป็นข้อสงสัยของภาคประชาชนมากมาย ปัญหาหนึ่งคือความเหมาะสมของการที่รัฐต้องตกเป็นลูกหนี้ภายใต้กระบวนการยุติธรรมที่เรียกว่า “กระบวนการยุติธรรมของเอกชน (Private Justice)” ซึ่งมีที่มาจากกระบวนการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้เป็นผู้ได้รับมอบหมายจากประชาชนให้ใช้อำนาจตุลาการเลย กระนั้นก็ตาม การที่ผลแห่งคดีที่รัฐต้องรับผิดชอบนั้น ส่วนหนึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง คือ “หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)” เพราะเมื่อมีปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อพิพาทตามสัญญา ก็จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายของสัญญาที่คู่สัญญานั้นเองมาใช้ในการชี้ขาดหรือพิพากษา แม้ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นจะมีเบื้องหลังในการจัดทำ (มีการทุจริตของเจ้าหน้าที่ หรือเกิดขึ้นจากการสมรู้ร่วมคิดของเจ้าหน้าที่รัฐ) แต่ประเด็นดังกล่าว เป็นประเด็นภายนอกสัญญาที่อยู่นอกเหนือความรับผิดชอบตามสัญญาซึ่งทั้งศาลปกครองและคณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมาใช้ในการพิพากษาหรือชี้ขาดคดีพิพาทได้ ดังนั้น บทเรียนสำคัญที่ได้รับจากคดีคลองด่าน นอกจากความรู้เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังทำให้เห็นถึงความสำคัญของข้อสัญญาในแต่ละข้อ ซึ่งฝ่ายปกครองคู่สัญญา ในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินการในนามของรัฐและเป็นผู้รักษาประโยชน์ของรัฐ ต้องพิจารณาให้รอบคอบเสียก่อนที่จะยินยอมเข้าผูกพันในสัญญา

4.2.1 การกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาทางปกครอง

คดีคลองด่าน ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกลายเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจอีกครั้งหนึ่ง แต่ผลของคดีที่เกิดขึ้น กลับทำให้ภาคสังคมเกิดข้อสงสัยต่อกระบวนการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และมีความเชื่อมั่นในกระบวนการดังกล่าวลดลง²⁷ ในทางกฎหมาย แม้มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้อนุญาตให้สามารถกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ แต่ในทางปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีได้มีมติคณะรัฐมนตรีห้ามมิให้มิอนุญาโตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครอง

²⁷ โปรดดู MGR Online, (11 กุมภาพันธ์ 2554), “คพ. ยันไม่จ่ายค่าไถ่คดีคลองด่าน ชาวบ้านจี้เลิกพฤติกรรมเอื้อเอกชน,” ผู้จัดการออนไลน์, สืบค้นเมื่อ 25 มิถุนายน 2559, จาก <http://astv.mobi/AlgfhAb> ; สกล หาญสุทธิวารินทร์, (1 ธันวาคม 2558) “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคดีคลองด่าน,” กรุงเทพธุรกิจ, สืบค้นเมื่อ 25 มิถุนายน 2559, จาก <http://bit.ly/1PmQltG>



ทุกประเภท เว้นแต่มีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ก็ให้เสนอ คณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นราย ๆ ไป โดยให้ใช้ภาษาไทยและกฎหมายไทยเป็นหลักในการใช้และตีความ ซึ่งถือว่าเป็นการกลับไปใช้หลักทั่วไปที่ว่าห้ามมิให้นำคดีพิพาททางปกครองไปให้องค์กรอื่นนอกจากศาลปกครองทำการพิจารณาวินิจฉัย²⁸ กระนั้น การทำสัญญาในโครงการก่อสร้างโรงบำบัดน้ำเสียคลองด่านที่กลายเป็นคดีพิพาทจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเป็นสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ก็มีการยินยอมให้กำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นที่น่าสงสัยเช่นกันว่าได้มีการตระหนักถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นอย่างถี่ถ้วนก่อนแล้วหรือไม่

การกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาทางปกครอง โดยทั่วไป มักไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสัญญามากนัก หากคู่สัญญาปฏิบัติหน้าที่ตามที่สัญญากำหนดไว้อย่างครบถ้วน แต่ปัญหามักจะเกิดขึ้นเมื่อมีเหตุอันเป็นข้อพิพาทเกิดขึ้น บ่อยครั้งที่คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองมักจะเลยหรือไม่ค่อยให้ความสำคัญกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่าที่ควร ซึ่งอาจเกิดจากการเข้าใจผิดหรือการตีความกฎหมายว่าเมื่อสัญญาที่ทำขึ้นเป็นสัญญาทางปกครองก็ต้องนำไปให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาพิพากษาในทุกกรณี ดังที่ปรากฏในหลาย ๆ กรณีที่มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยไม่ผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการเสียก่อน แต่สาเหตุที่อาจทำให้ฝ่ายปกครอง ไม่ให้ความสำคัญกับการอนุญาโตตุลาการ อาจเกิดขึ้นจากความไม่พร้อมของฝ่ายปกครองเองที่จะเข้าร่วมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือการไม่ให้ความสำคัญกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการและผลของข้อสัญญาดังกล่าว ดังนั้น การศึกษาคดีคลองด่านนี้จึงเป็นบทเรียนที่ดีสำหรับฝ่ายปกครองที่จะทำให้มีความเข้าใจมากขึ้นในการทำสัญญาทางปกครอง และการนำเอาการอนุญาโตตุลาการมากำหนดไว้ในสัญญาทางปกครอง

4.2.2 การดำเนินการเพื่อระงับข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาทางปกครอง มักได้กำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเอาไว้โดยเฉพาะแล้ว²⁹ ซึ่งทำให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ดังกล่าวอย่างเคร่งครัด คดีคลองด่านนี้ จะเห็นได้ว่า การใช้และการตีความข้อกฎหมายที่ผิดพลาดของฝ่ายปกครองคู่สัญญาฝ่ายปกครองตั้งแต่ต้น ทำให้ในท้ายที่สุดฝ่ายปกครองต้องตกเป็นฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบในการต่อสู้คดี (ในชั้นอนุญาโตตุลาการ) และตก

²⁸ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง: หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติ,” 119.

²⁹ ในกรณี คดีคลองด่านนี้ สัญญาได้กำหนดขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับหรือเกิดขึ้นเนื่องจากสัญญาหรือการปฏิบัติงานไว้ในข้อ 67.1 ถึงข้อ 67.3 ของสัญญา โดยในชั้นแรกต้องเสนอข้อพิพาทไปให้กับวิศวกรตัดสินข้อพิพาท หากไม่สามารถหาข้อยุติได้หรือวิศวกรไม่ตัดสินข้อพิพาทภายในเวลาที่กำหนด คู่สัญญาอาจเสนอข้อพิพาทดังกล่าวให้อนุญาโตตุลาการได้

เป็นฝ่ายที่ต้องแพ้คดี (ในศาลปกครอง) แท้จริงแล้ว เพียงแต่ฝ่ายปกครองทำความเข้าใจ บทบัญญัติมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แล้วในขณะที่มีการทำสัญญาในโครงการก่อโครงการระบบบำบัดน้ำเสียคลองด่าน ให้ถึถ้วนแล้ว ย่อมสามารถเข้าใจได้โดยง่ายถึงหลักความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญา อนุญาโตตุลาการซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตราดังกล่าวแล้ว และจะทำให้สามารถดำเนินการทางคดีได้อย่างถูกต้องซึ่งอาจทำให้ผลในทางคดีที่เกิดขึ้นเปลี่ยนแปลงไปจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบันก็เป็นได้

นอกจากนี้ การให้ความสำคัญกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ยังทำให้สามารถดำเนินการทางคดีได้อย่างถูกต้องและไม่ต้องเสียเวลาโดยไม่จำเป็น เพราะในหลายๆ กรณี คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะฝ่ายปกครอง มักจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง โดยยังไม่ได้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในสัญญาเสียก่อน กรณีเช่นนี้ ศาลปกครอง อาจใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 ประกอบกับมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545³⁰ เพื่อมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเสียก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองก็ได้³¹ ในบางกรณี เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งจำหน่ายคดีดังกล่าว ฝ่ายปกครองมักจะอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็มักจะมีความเห็นเหมือนกับศาลปกครองชั้นต้น การดำเนินการทางคดีในลักษณะนี้จึงเป็นการเสียเวลาและสิ้นเปลืองทรัพยากรโดยไม่จำเป็น

4.3 การต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ

ในสัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น การที่ฝ่ายปกครองตีความโดยฝ่ายเดียวว่าสัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะและมีผลทำให้สัญญาทั้งฉบับ รวมทั้งข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ใช้บังคับไม่ได้นั้น อาจส่งผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการหรือไม่สามารถต่อสู้คดีในรูปแบบที่ควรจะดำเนินการหรือเสียโอกาสในการต่อสู้คดีโดยไม่สมควร

³⁰ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 “ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย ...”

³¹ โปรดดู เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 774/2550 ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี และบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 762/2549 ระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด ป. พลขันธคอนสตรัคชั่น และสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาเชียงใหม่ เขต 4 และพวก คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 445/2548 ระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด ยงวัฒนา ก่อสร้าง และกรุงเทพมหานคร และพวก



คดีคลองด่านเป็นตัวอย่างที่สำคัญของการตีความข้อกฎหมายที่ผิดพลาดอาจทำให้การดำเนินการในลำดับต่อไป ผิดพลาดไปด้วย

ในคดีคลองด่าน ฝ่ายปกครอง คือ กรมควบคุมมลพิษ เห็นว่าสัญญาตกเป็นโมฆะ จึงไม่ได้ดำเนินการจ่ายค่าชดเชยตามสัญญาและจึงทำให้เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงนำข้อพิพาทดังกล่าวไปเสนอให้ผู้มีอำนาจตามสัญญาเป็นผู้ชี้ขาดและได้มีการเสนอข้อพิพาท ต่ออนุญาโตตุลาการ แต่กรมควบคุมมลพิษ กลับไม่ได้เข้าร่วมกระบวนการระงับข้อพิพาท ดังกล่าวตั้งแต่ต้นเพราะเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการใช้บังคับไม่ได้ไปแล้ว โดยไม่ได้แต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการและไม่ได้โต้แย้งต่อศาลกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนร้องต่อศาลแพ่งให้ทำการ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วย (ทั้งที่โดยแท้จริงแล้วต้องร้องขอต่อศาลปกครองให้แต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ) การไม่เข้าร่วมกระบวนการระงับข้อพิพาทของกรมควบคุมมลพิษ ถือเป็น ความบกพร่องของกรมควบคุมมลพิษเอง เพราะแทนที่จะมีโอกาสในการต่อสู้คดีใน ชั้นอนุญาโตตุลาการ โดยมีสิทธิแต่งตั้งบุคคลที่ตนเป็นผู้คัดเลือกเข้าไปเป็นสมาชิกของ คณะอนุญาโตตุลาการ และมีโอกาสที่จะโต้แย้งต่อศาลในกรณีการร้องขอต่อศาลแพ่งให้ทำการ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งแทนที่จะมีโอกาสเสนอพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาของ คณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อชี้ให้เห็นว่าสัญญาที่ทำขึ้นอาจตกเป็นโมฆะเพราะมีการดำเนินการ โดยทุจริต³² แต่กรมควบคุมมลพิษ กลับไม่เข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ศาลปกครองสูงสุดจึงได้วินิจฉัยรับรองกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นโดยเห็นว่าผู้คัดค้าน มิได้คัดค้านกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการมาตั้งแต่ต้น แม้จะมีโอกาสโต้แย้งแต่กลับ ไม่ดำเนินการแต่อย่างใด ศาลจึงวินิจฉัยว่าการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปโดยชอบ³³

ดังนั้น การตีความหรือการใช้หลักกฎหมายที่ไม่ตรงกับที่ควรจะเป็นอาจทำให้ฝ่าย ปกครองเสียสิทธิและเสียโอกาสในการต่อสู้คดีตั้งแต่ในชั้นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผลสุดท้ายทำให้ รัฐต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายโดยไม่อาจหยิบยกปัญหาที่อยู่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา มาเป็นข้ออ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้

³² โดยทั่วไปแล้ว อนุญาโตตุลาการอาจยอมรับฟังข้อเท็จจริงว่าสัญญาระหว่างคู่สัญญาเกิดขึ้นจากการทุจริต หรือ สัญญาที่พิพาทกันนั้น มีความเกี่ยวข้องกับการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการทุจริตประพฤติดมิชอบของเจ้าหน้าที่ ของรัฐได้ แต่คู่พิพาทอาจต้องนำประเด็นดังกล่าวขึ้นต่อสู้เป็นประเด็นพิพาท ซึ่งในอดีตที่ผ่านมา ดังเช่นในคดี Westacre (ASA Bulletin 2 (1995)) คณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ทำหน้าที่เสมือนเป็นเจ้าพนักงานสอบสวนหรือดำเนินคดี แก่ผู้กระทำความผิดในการให้สินบนหรือการทุจริตประพฤติดมิชอบ โปรดดู อนันต์ จันทร์โอภากร, “บทบาทของอนุญาโตตุลาการ ในคดีพิพาททางสัญญาที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับการให้สินบนหรือการทุจริตประพฤติดมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ,” 11.

³³ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 487-488/2557 คดีคลองด่าน, 85.

5. บทสรุป

ความสมบูรณ์เป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาตตุลาการ จึงเป็นผลทางกฎหมายที่สำคัญของสัญญาที่มีการตกลงให้กำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นเงื่อนไขในสัญญา ซึ่งรวมถึงสัญญาทางปกครองด้วย คู่สัญญา และผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารสัญญา หรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคลากรของรัฐที่ปฏิบัติงานด้านกฎหมาย จึงควรให้ความสำคัญและเอาใจใส่กับข้อสัญญาอนุญาตตุลาการและผลของการกำหนดให้สัญญามีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถดำเนินการตามสัญญาหรือบริหารสัญญาได้อย่างถูกต้อง นอกจากนี้ ฝ่ายบริหาร ควรจัดทำแนวทางหรือกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและเข้มงวดในการบริหารสัญญาทางปกครองขึ้น เพื่อให้หน่วยงานของรัฐต่างๆ ที่เป็นคู่สัญญาทางปกครอง มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการเอาไว้ในสัญญา คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีคลองด่าน จึงเป็นบทเรียนที่สำคัญว่าเงื่อนไขของสัญญาทุกข้อที่เขียนไว้ในสัญญามีความสำคัญ และอาจกลายเป็นประเด็นที่ชี้ขาดความรับผิดชอบตามสัญญาได้ อันที่จริงแล้ว ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ไม่ได้สร้างหลักกฎหมายหรือวางหลักกฎหมายใดขึ้นมาใหม่ ซึ่งศาลเพียงแต่นำเอาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาปรับใช้โดยตรงเท่านั้น ดังนั้น ในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่ได้เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทและกำหนดให้คู่กรณีซึ่งเป็นฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย แต่เป็นเพียงศาลที่บังคับให้ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการเท่านั้น เพราะเมื่อศาลเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่มีเหตุอันทำให้ศาลปกครองต้องเพิกถอนศาลปกครองก็บังคับให้ตามที่ได้มีการชี้ขาดมาแล้วเท่านั้น คดีคลองด่านจึงแสดงให้เห็นว่าการต่อสู้คดีที่แท้จริงนั้น ควรดำเนินการตั้งแต่ในชั้นการพิจารณาชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการแล้ว

คดีคลองด่านยังเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นว่าความผิดพลาดในการบริหารสัญญาหรือการไม่ได้พิจารณาด้วยทบทวนกฎหมายอย่างถี่ถ้วนหรือความไม่รู้กฎหมายที่อาจเกิดขึ้นจากการขาดความรอบคอบหรืออาจเกิดจากความตั้งใจที่จะผิดพลาด อาจทำให้รัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนมหาศาลซึ่งถือเป็นบทเรียนในการบริหารสัญญาที่สำคัญ เพราะนอกจากจะทำให้ต้องรับผิดชอบนี้ตามคำพิพากษาแล้ว ยังทำให้ประเทศเสียโอกาสในการนำเอางบประมาณที่ต้องนำไปใช้ในการดังกล่าว ไปใช้ประโยชน์ในการพัฒนาประเทศ อีกทั้งสิ่งปลูกสร้างที่ได้ใช้เงินงบประมาณของประเทศจัดทำขึ้นในโครงการดังกล่าวยังไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างแท้จริง และยังกลายเป็นมลภาวะต่อสิ่งแวดล้อมในพื้นที่อีกด้วย ท้ายที่สุด หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องควรนำเอาบทเรียนที่เกิดขึ้นในคดีคลองด่านนี้ ไปพิจารณาเป็นบทเรียนและหาแนวทางในการที่จะป้องกันมิให้เกิดปัญหาในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นอีกในอนาคต



บรรณานุกรม

- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2545). “อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของไทย.” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 2 (3), 109-128.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2550). “อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง : หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติ.” **วารสารนิติศาสตร์**. 36 (1), 83-119.
- เสาวนีย์ อัครโรจน์. (2554). **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เสาวนีย์ อัครโรจน์. (2553). “การอนุญาโตตุลาการกับสัญญาทางปกครอง : ความจำเป็นสำหรับประเทศไทย?” **วารสารนิติศาสตร์**. 39 (2), 205-242.
- อนันต์ จันทโรภากร. (2552). “บทบาทของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางสัญญาที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับการให้สินบนหรือการทุจริตประพดิมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ.” **วารสารอนุญาโตตุลาการ**. 4, 6-16.
- Ancel, J.-P. (1994). “L’actualité de l’autonomie de la clause compromissoire.” **Travaux du comité français de droit international privé**. 1991-1992, Pédone, France: L’Harmattan.
- Born, G. A. (2001). **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer International Law.
- Derains, Y. and Schwartz, E. A. (1988). **A guide to the new ICC rules of arbitration**. The Hague: Kluwer International Law.
- Gaillard, E. and Savage, J. (eds.). (1999). **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer International Law.
- Lew, D. M. (1998). “The law applicable to the form and substance of the arbitration clause.” In **ICCA Congress Series** no. 9, 114.
- Park, W. W. (1997). “Determining arbitral jurisdiction: Allocation of tasks between courts and arbitrators.” **American Review of International Arbitration**. 8, 133.
- Racine, J-B. (1994). “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international.” **Rev. arb.**, 305.
- Samuel, A. (2000). “Seperability of arbitration clauses – some awkward questions about the law of contracts, conflict of laws and the administration of justice.” **Arbitration and Dispute Resolution Law Journal**, 36.



Translated Thai References

- Wonsaree, M. (2002). "Arbitration and reconciliation in administrative cases in Thailand." **Administrative Court's Journal**. 2 (3), 109-128. [in Thai]
- Pongsuwan, P. (2007). "Arbitration in administrative contracts : Principle of law and practices." **TU Law Journal**. 36 (1), 83-119. [in Thai]
- Atsavaroeth, S. (2011). **Commercial dispute resolutions by arbitration**. Bangkok: Thammasat. [in Thai]
- Atsavaroeth, S. (2010). "Arbitration and administrative contract: A necessity for Thailand?." **TU Law Journal**. 39(2), 205-242. [in Thai]
- Chantraopachorn, A. (2009). "The role of arbitrators in contract disputes arising from or relating to a bribery or a misconduct of official." **Arbitration Journal**, 4, 6-16. [in Thai]