

บทคัดย่อ

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการปรับลดเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครอง โดยผลจากการที่ศาลปกครองกลางเคยวินิจฉัยว่า อนุญาโตตุลาการไม่อาจอ้างมาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนได้เนื่องจากคู่สัญญาไม่ได้ต่อสู้กันเรื่องเบี้ยปรับในชั้นอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่า ขณะนี้หลักกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครองยังไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่จะหาหลักกฎหมายมาบังคับใช้ โดยอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาโดยต้องยึดอยู่บนหลักการของความเป็นธรรมและสุจริต และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาว่าเบี้ยปรับเหมาะสม พอสมควรกับความเสียหายที่เกิดขึ้น และถึงแม้อนุญาโตตุลาการจะมีได้ใช้อำนาจนี้ก็ไม่ได้ตัดอำนาจศาลที่จะใช้อำนาจลดเบี้ยปรับที่สูงเกินควรได้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังไม่มีหลักกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเสนอว่า ควรมีบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติของสัญญาทางปกครองไว้ให้ชัดเจน เพื่อกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ให้ศาลปกครอง บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย รวมถึงอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองสามารถนำกฎหมายสารบัญญัตินี้เป็นแนวทางในการทำงานได้รวดเร็วขึ้นและมีประสิทธิภาพมากกว่าจะรอใช้แนวบรรทัดฐานของศาลปกครองที่ต้องใช้เวลายาวนานในการวางบรรทัดฐาน โดยการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่กำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการในการดำเนินการทางปกครอง

ABSTRACT

The competence of arbitral tribunal in reducing penalty under Administrative Contract as a result of the decision of the Administrative Court which ruled that arbitrator can not apply section 383 of the Civil and Commercial Code to reduce disproportionate and high penalty because the parties have not raised the issue of penalty in arbitral tribunal. Notwithstanding the aforesaid decision, the author tends to believe that arbitrator should be able to consider reducing disproportionate and high penalty based on fairness and honesty as there is no written provision on penalty in Administrative contract, therefore it should be a duty of those who enforce the law to raise related provision to apply to the case. Moreover the arbitrator should have a power to consider whether the penalty is appropriate to the damage occurred and even if the arbitrator does not use this power, the court shall still have power to reduce the high penalty. In addition, the Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Procedure B.E. 2542 (1999) does not provide precise substantive law on administrative contract causing uncertainty in setting dispute under administrative contract by arbitration. The author therefore would like to suggest that there should be a precise substantive law on administrative contract in order to set standard and procedure for administrative court, so that related parties including arbitrator may apply to expedite proceeding more than to wait for precedent of the Administrative Court which can take decades. This can be implemented by amending the amending the Administrative Procedure Act B.E. 2539 by adding clear cut provisions on the matter.

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการปรับลด เบี้ยปรับในสัญญาทางปกครอง*

วีรยา ศรีจำนงค์**

บทนำ

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือ กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ

ส่วนอนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) คือ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งและการมอบหมายให้พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองไม่ให้ต้องถูกฟ้องร้องในการกระทำหน้าที่ผู้ชี้ขาด เพราะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ จึงมีสถานะคล้ายกับผู้พิพากษา ในทำนองเดียวกันอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้าน เพราะไม่เป็นกลางหรือมีอคติ

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า คำว่าอนุญาโตตุลาการ หมายถึง ทั้งกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันอนุญาตให้บุคคล หรือคณะบุคคล นอกเหนือจากผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้น และตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ตัดสินข้อพิพาทนั้น ๆ เอง

* บทความนี้เรียบเรียงมาจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการปรับลดเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครอง,” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2552.

** นบ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.บ.ท., นม. (มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ : กฎหมายธุรกิจ)

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมเพราะเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลงยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย มีลักษณะยืดหยุ่น สามารถปรับให้เข้ากับความต้องการทางธุรกิจแต่ละประเภทได้ มีความสะดวกรวดเร็วกว่าศาล มีบรรยากาศที่เป็นมิตร และสามารถรักษาความลับทางการค้าได้ดี โดยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 บัญญัติให้คู่พิพาทในคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งรวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามบทนิยามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ตกลงให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้

เรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการปรับลดเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครอง คำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าว เคยวินิจฉัยว่า ถ้าไม่มีการโต้แย้งหรือยกขึ้นเป็นประเด็นไว้ อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจปรับลดได้ แต่ในคดีแพ่งทั่ว ๆ ไป แม้แต่ในคดีที่คู่ความขาดนัด ถ้าศาลเห็นว่าเบี้ยปรับสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดเบี้ยปรับลงได้ โดยที่ไม่ต้องมีการตั้งประเด็นโต้แย้งขึ้นมาแต่อย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง เนื่องจาก เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ประเด็นปัญหาคือ หากคู่ความไม่ยกขึ้นต่อสู้ไว้หรือคู่ความขาดนัด อนุญาโตตุลาการจะมีสิทธิมากน้อยเพียงใดในการใช้อำนาจปรับลดเบี้ยปรับที่สูงเกินสมควร

จากการศึกษาการนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาททางปกครองของต่างประเทศนั้น พบว่า ประเทศภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้ ประเทศฝรั่งเศสนั้นได้กำหนดห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามในกรณีที่มิใช่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองทะเลาะต่อหน้าที่หลักในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ และผู้ที่ทำหน้าที่เป็นหลักประกันในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะดังกล่าวควรเป็นศาลที่จัดตั้งโดยรัฐ นอกจากนี้ การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางปกครองอาจส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายปกครองได้ เว้นแต่ เป็นกรณีเพื่อบรรเทาภาระงานของศาลปกครองที่มีอยู่มาก สำหรับแนวโน้มการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในคดีปกครองยังคงค่อนข้างจำกัด คือ ต้องมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น และศาลปกครองฝรั่งเศสก็มีแนวโน้มที่จะตีความด้วยบทกฎหมายเคร่งครัดด้วย ส่วนประเทศเยอรมันนั้นได้ยอมรับให้ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีทางปกครองสามารถเกิดขึ้นได้ โดยเป็นผลจากประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1960 ได้บัญญัติเรื่อง “อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายมหาชน” ไว้ และบัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดี

ปกครองได้ อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้บัญญัติรายละเอียดของหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทในคดีปกครองไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง อาจระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 15 พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังนั้น หากเกิดข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนและคู่สัญญามีการตกลงเรื่องการใช้ออนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ในระหว่างสัญญาหากเกิดข้อพิพาท ฝ่ายที่เรียกร้องสิทธิจะฟ้องคดีต่อศาลเลยไม่ได้ แต่ต้องดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ หากคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ และนำคดีไปฟ้องต่อศาลเลย ศาล (ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง) จะมีคำสั่งให้จำหน่ายคดี เมื่อทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้

การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทางอนุญาโตตุลาการนั้น ได้มีมติคณะรัฐมนตรีออกมาสองฉบับ ฉบับแรกเมื่อวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2547 มีข้อความบางส่วนว่า “สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” และในวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ. 2547 คณะรัฐมนตรีได้มีมติออกมาเพิ่มเติมว่า มติคณะรัฐมนตรี ฉบับวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2547 นั้น “มีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำสัญญาสัมปทานเท่านั้น” จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้วแต่เป็นไปในทางไม่เอื้อประโยชน์ต่อระบบการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เนื่องจากยังผลให้เกิดความไม่แน่ใจของผู้ลงทุน เนื่องจากตามหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ยอมรับว่าสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้ ไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ถึงแม้ ข้อกำหนดดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายสามารถเปลี่ยนแปลงได้และไม่ได้มีสภาพบังคับโดยเด็ดขาด แต่ในทางปฏิบัติ หน่วยงานของรัฐก็ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ซึ่งสุดท้ายย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศไทยเองในการสร้างความไม่มั่นใจต่อผู้ลงทุนภาคเอกชนที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย การขาดความเชื่อมั่นจากนักลงทุนดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อโครงการร่วมลงทุนระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เพราะอาจเป็นผลให้นักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศไม่กล้าตัดสินใจที่จะลงทุนในโครงการต่างๆ ซึ่งสุดท้ายแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม

หลังจากปี 2547 เป็นต้นมา แนวคิดของฝ่ายบริหารในเรื่อง การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการในการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนยังคงไม่เอื้อต่อการพัฒนาของระบบอนุญาโตตุลาการอยู่

เช่นเดิม ดังจะเห็นได้จากทัศนคติ ของฝ่ายบริหารในเรื่องดังกล่าว คือ “มีแนวคิดยกเลิกการใช้ อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน หรือให้ศาลมีอำนาจทบทวนหรือชี้ขาดใหม่ได้”¹ และ วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2552 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเปิดเผยว่า กระทรวงยุติธรรมเตรียม ขร่างกฎหมายยกเลิก พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการในสัญญาภาครัฐ² ซึ่งในเรื่องดังกล่าวผู้ที่เกี่ยวข้อง หลายฝ่ายแสดงความไม่เห็นด้วย³

¹ หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ วัน จันทร์ที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค กรรมการบริหารพรรคประชาธิปัตย์ กล่าวว่า ตนเองในฐานะประธานกรรมการพิจารณากฎหมาย ของพรรคฯ และเป็นผู้รับผิดชอบการกำหนดนโยบายด้านการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ประพฤติมิชอบ กำลังเตรียมเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในส่วน การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการในการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน โดยมีแนวทางการพิจารณาใน ขณะนี้สองแนวทางคือ ยกเลิกการใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไปเลย หรือ ให้ศาลมีอำนาจทบทวนหรือชี้ขาดใหม่ได้ แม้ที่ผ่านมาระบบอนุญาโตตุลาการจะใช้ได้ดีในหลาย ประเทศแต่ในประเทศไทยกลับตรงกันข้าม เพราะกลายเป็นเครื่องมือในการฮั้วกันแพคดี เจ้าหน้าที่ ของรัฐจำนวนหนึ่งไปสมคบกับเอกชนวางแผนให้รัฐจ่ายค่าโง่ ถือเป็นการทุจริตรูปแบบใหม่ และ ไม่มีใครเข้าไปปกป้องผลประโยชน์ของรัฐอย่างแท้จริง ที่ผ่านมาคดีในอนุญาโตตุลาการเกือบ ทั้งหมด รัฐจะเป็นฝ่ายแพคดี โดยเฉพาะคดีการทางพิเศษแห่งประเทศไทย “กรณีศาลฎีกาเพิ่ง ตัดสินให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่ต้องจ่ายค่าโง่ให้กับเอกชนนั้น นับว่าเป็นเพียงหนึ่งในอีก หลายสิบคดีที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องจ่ายค่าโง่ให้เอกชน นอกจากนี้หน่วยงานอื่นก็ยัง ต้องจ่ายค่าโง่อีกหลายคดี เพียงแต่ไม่เป็นข่าวเท่านั้น” นายพีระพันธุ์กล่าว

² หนังสือพิมพ์โพสต์ทูเดย์ วันอังคารที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2552 นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค กล่าวว่า ที่ผ่าน มาปัญหาการทุจริตงบประมาณแผ่นดิน พบว่าภาครัฐร่วมกับภาคธุรกิจทุจริตในการ จัดซื้อจัดจ้าง โดยภาคธุรกิจไม่สนใจปัญหาทุจริตเพราะสนใจอยู่แต่ผลกำไร ที่สำคัญการทุจริตที่น่า กลัวคือการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ ทำให้เป็นทุจริตโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น กรณีค่าโง่ทางด่วน 6,000 ล้านบาท ทั้งนี้ แม้คดีค่าโง่ทางด่วนจะมีการต่อสู้ในศาลว่าสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาล ตัดสินให้รัฐไม่ต้องเสียค่าโง่ แต่จากการตรวจสอบพบว่ายังมีอีก 100 กว่าคดี ที่มีพฤติการณ์คล้ายกับคดี ค่าโง่ทางด่วน “ไม่เกิน 2 สัปดาห์ต่อจากนี้ จะเสนอให้ยกร่างกฎหมายเพื่อยกเลิกการใช้ อนุญาโตตุลาการในสัญญาภาครัฐ โดยให้คงไว้แต่อนุญาโตตุลาการในการทำสัญญาภาคเอกชนเท่านั้น” รมว.ยุติธรรม กล่าว

³ นายปรัชญา อยู่ประเสริฐ ผู้พิพากษาศาลหัวหน้าประจำสำนักประธานศาลฎีกาดูแล สถาบันอนุญาโตตุลาการศาลยุติธรรม กล่าวว่า ไม่เห็นด้วยกับการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการ เพราะการอ้างว่าเลิก เพราะรัฐแพคดีเอกชนบ่อยเท่านั้น ซึ่งความเป็นจริงการแพชนะคดีขึ้นอยู่กับ

การออกกฎหมายยกเลิก พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการสัญญาภาครัฐ นอกจากจะทำลายบรรยากาศการลงทุนของประเทศไทยในระยะยาวแล้ว กรณีความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเคยทำไว้กับประเทศต่างๆ ล้วนแล้วแต่มีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททั้งสิ้น ซึ่งเท่ากับว่านักลงทุนชาวต่างชาติต้องเลือกใช้ช่องทางการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามความตกลงระหว่างประเทศ ไม่สามารถเลือกใช้ช่องทางตาม พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยิ่งส่งผลให้ประเทศไทยได้รับความเสียหายและเสียเปรียบในการต่อสู้คดีไม่ว่าจะเป็นเรื่อง ภาษาที่ใช้ต้องทำเป็นภาษาต่างประเทศ และสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาล้วนแต่ต้องทำเป็นภาษาต่างประเทศ เป็นต้น

การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เนื่องจากตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้บังคับให้สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต้องระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐเองว่าจะกำหนดให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากหน่วยงานของรัฐเห็นว่าไม่เหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการก็เพียงไม่ระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาที่ทำขึ้นเท่านั้น

การกำหนดให้คู่สัญญาโดยเฉพาะฝ่ายที่เป็นหน่วยงานของรัฐสามารถเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ยังเป็นการทำให้หน่วยงานของรัฐแต่ละหน่วยซึ่งตามปกติถือได้ว่าเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญพิเศษในกิจการที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานนั้นสามารถเลือกกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทให้เหมาะสมกับกิจการของตนเอง หากหน่วยงานของรัฐเห็นว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการจะทำให้ประเทศชาติเสียประโยชน์ ก็ไม่ควรกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาตั้งแต่ต้น เพื่อว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้คำนวณความเสี่ยงและไตร่ตรองให้รอบคอบว่า ค่าตอบแทนที่จะได้รับคุ้มค่ากับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นหรือไม่

การร่างกฎหมายเพื่อยกเลิกอนุญาโตตุลาการสัญญาภาครัฐต้องศึกษาข้อมูลให้รอบคอบและตระหนักว่าการอนุญาโตตุลาการจะประสบผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับตัวอนุญาโตตุลาการนั่นเอง เพราะฉะนั้น กระบวนการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการก็เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยควรพิจารณาเรื่องการวางหลักเกณฑ์การตั้งอนุญาโตตุลาการของภาครัฐให้ละเอียดและมีหลักการที่ชัดเจน นอกจากนี้ควรมีหลักการเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบโครงการและข้อตกลงต่าง ๆ ก่อนทำสัญญาอย่างเข้มงวด วางหลักเกณฑ์เรื่องการบริหารสัญญา สร้างความโปร่งใสในกระบวนการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งน่าจะได้ผลดีต่อประเทศมากกว่าที่จะแก้ปัญหาโดยการออกกฎหมายยกเลิก พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการสัญญาภาครัฐ

พยานหลักฐานและข้อเท็จจริง “แม้ยกเลิกอนุญาโตตุลาการแล้ว ไปใช้ระบบศาลตัดสินอย่างเดียว ถ้าข้อเท็จจริงพยานหลักฐานอย่างเดียวกันผลการตัดสินก็ต้องออกมาเหมือนกัน” นายปรัชญา กล่าว

ประเด็นปัญหาเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการปรับลดเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครอง บทความนี้แยกพิจารณาใน 2 ประเด็น คือ เรื่องเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครองและเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการลดเบี้ยปรับ ดังจะกล่าวต่อไป

เบี้ยปรับในสัญญาทางปกครอง

ปัจจุบันไม่มีการแยกความแตกต่างระหว่างค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้ากับเบี้ยปรับ โดยถือว่าค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าเป็นเบี้ยปรับ โดยศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานในคำพิพากษาศาลฎีกามาตลอดว่า “ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร ก็คือ เบี้ยปรับ” ซึ่งในปัจจุบันสัญญาจำนวนไม่น้อย มักจะมีข้อสัญญากำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าบรรจุเป็นข้อสัญญาเพิ่มขึ้นจากข้อสัญญาตามปกติที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ ปัญหาก็คือ ในการบังคับใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหากเป็นคดีขึ้นสู่ศาลก็มักจะพิจารณาพิพากษาว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นเบี้ยปรับเสมอ ซึ่งผลจากการพิจารณาว่าเป็นเบี้ยปรับนี้เองทำให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการปรับลดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งกรณีนี้อาจทำให้พิจารณาได้ว่าขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ได้แสดงเจตนาไว้แต่แรกเข้าทำสัญญา

จากการศึกษาพบว่าข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้ากับเบี้ยปรับ ก็คือ การกำหนดเบี้ยปรับในสัญญานั้นเป็นการที่คู่สัญญามุ่งจะข่มขู่มิให้คู่สัญญาอีกฝ่ายผิดสัญญาและมุ่งจะลงโทษหากเกิดการผิดสัญญาขึ้น ในขณะที่ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เป็นกรณีจะประมาณความเสียหายโดยคู่สัญญาคำนึงถึงการชดเชยเยียวยาความเสียหายเป็นหลัก เพราะฉะนั้น ลักษณะของค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าและเบี้ยปรับยังมีความแตกต่างกันอยู่ โดยหาก เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ล่วงหน้าแล้ว หากมีการปรับลด อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการทำลายความชัดเจนแน่นอนของสัญญา ทำลายหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายไทยไม่มีการแยกความแตกต่างชัดเจน ถือเป็นเบี้ยปรับทั้งหมดซึ่งศาลสามารถเข้าไปก้าวล่วงได้ อย่างไรก็ดี แม้ว่าสัญญาทางธุรกิจหลักความแน่นอนและความคาดหมาย จะมีความสำคัญมาก ความเสี่ยงทางการค้าหรือการลงทุนต้องสามารถคำนวณได้ มิเช่นนั้นแล้วก็ต้องบวกต้นทุนเพิ่มขึ้น แต่การกำหนดเบี้ยปรับหรือค่าเสียหายใดที่กำหนดไว้ล่วงหน้าสูงเกินส่วน อาจกล่าวได้ว่าเป็นการเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ เพราะในการทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะต้องทำสัญญابนพื้นฐานของความสุจริต ถ้าหากคู่สัญญาได้ลงนามในสัญญาโดยพลาดหรือสำคัญผิด หรือเห็นได้ชัดว่าไม่ควรจะเรียกเบี้ยปรับ รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องลดให้

เพราะฉะนั้น ถ้าเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า (liquidated damages) ไม่ว่าศาลหรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน ก็สามารถปรับลดให้ใกล้เคียงกับความเป็นจริงได้ หรือถ้าเป็น penalty จะมีลักษณะของการกำหนดไว้เป็นโทษเพื่อปรามไม่ให้ผิดสัญญา ซึ่งมีลักษณะเป็น sanction ไม่ใช่การประมาณการค่าเสียหาย การเขียนตัวเลขที่สูงเกินไปอันมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบกัน

อย่างยิ่ง ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อย กรณีดังกล่าวศาลหรืออนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจลดเบี่ยงปรับลงได้ ทั้งนี้ต้องคำนึงพฤติการณ์แห่งกรณีด้วย กล่าวคือพิจารณาหลักเรื่องความสุจริตด้วย ถ้าอีกฝ่ายไม่สุจริต ก็ให้สูงกว่าที่เป็นจริงก็ได้

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการลดเบี่ยงปรับ

การอนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้นของวิธีพิจารณาความแพ่งปกติ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเรื่องวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะฉะนั้นการอนุญาโตตุลาการ จึงต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาในแง่ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วยเพราะเป็นการแบ่งใช้อำนาจอรรถส่วนหนึ่ง ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่กำหนดและต้องไม่เป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

การปรับลดเบี่ยงปรับในสัญญาทางปกครองที่คู่ความไม่ได้ยกประเด็นเรื่องเบี่ยงปรับสูงเกินส่วนในชั้นพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น หากพิจารณาว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจพิจารณาปรับที่สูงเกินส่วนลงได้ เป็นเรื่องที่ไม่น่าจะถูกต้อง เพราะในทางกลับกัน หากปล่อยให้คู่สัญญาคิดเบี่ยงปรับกันสูงเกินส่วน ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น

หากอนุญาโตตุลาการปรับลดเบี่ยงปรับโดยมิชอบ ทางแก้ของฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดมีวิธีการดังต่อไปนี้

1. การอุทธรณ์ กล่าวคือ อุทธรณ์ไปยังคณะอนุญาโตตุลาการผู้ทำคำชี้ขาดนั้นเอง หรือคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นใหม่ การอุทธรณ์ในลักษณะเช่นนี้จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อคู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ตั้งแต่ต้น และกำหนดไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่งได้บัญญัติการอุทธรณ์เอาไว้แล้ว

2. การร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้เพิกถอนคำชี้ขาด (Setting Aside) ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 หมวด 6 ว่าด้วยการคัดค้านคำชี้ขาด โดยกำหนดให้ดำเนินการภายใน 90 วัน ซึ่งบางประเทศกำหนดแตกต่างกันไปตามกฎหมายภายในแต่ละประเทศ ไม่มีข้อกำหนดหรือความผูกพันระหว่างประเทศกำหนดเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น ศาลไทยสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะเหตุที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 เท่านั้น

3. การต่อสู้คดี ในชั้นบังคับคดี กล่าวคือ เมื่อฝ่ายที่ชนะคดีร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ให้ฝ่ายที่แพ้คดีสามารถพิสูจน์ได้ตามมาตรา 43 และมาตรา 44 ศาลจะอ้างเหตุอื่นนอกเหนือจากนี้ไม่ได้

1. กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการใช้อยู่บังคับกับข้อพิพาท

ตามที่กฎหมายบัญญัติให้คู่สัญญาทางปกครองอาจตกลงกันให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ เนื่องจากในสัญญาสัมปทานโครงการขนาดใหญ่ มักจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนชาวต่างประเทศอยู่ด้วย ซึ่งในต่างประเทศที่ยึดถือหลักเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครอง อย่างเคร่งครัด ก็ยังยินยอมให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่เกี่ยวกับคู่สัญญาชาวต่างประเทศได้ เพื่อเป็นการเสริมสร้างบรรยากาศในการลงทุน และเป็นการให้ความมั่นใจผู้ลงทุนชาวต่างประเทศว่า เมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทขึ้น ก็จะทำให้บุคคลที่เป็นกลางมาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดโดยไม่โน้มเอียงไปทางคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การให้อำนาจแก่คู่สัญญาในการเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีการแยกแยะว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะเป็นชาวต่างชาติหรือชาวไทย จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างชาวต่างชาติและชาวไทยโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม

ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ โดยลักษณะของข้อพิพาทแล้วแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ข้อพิพาทที่เป็นปัญหาที่เป็นข้อเท็จจริงอย่างเดียวและข้อพิพาทที่มีปัญหากฎหมายเกี่ยวข้องอยู่ด้วย ในกรณีที่เป็นปัญหาทางข้อเท็จจริง (Factual Dispute) ผู้ตัดสินควรมีคุณสมบัติในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นๆ ส่วนในกรณีของปัญหาที่มีปัญหากฎหมายเกี่ยวข้องอยู่ด้วย ก็มักจะมีปัญหาข้อเท็จจริงประกอบกันไปกับปัญหากฎหมาย ผู้ตัดสินควรเป็นนักกฎหมายที่มีคุณสมบัติในเรื่องข้อเท็จจริงที่พิพาทกันนั้น

บทบัญญัติมาตรา 34 พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545⁴ แสดงว่ากฎหมายกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิเลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่คู่สัญญามีความประสงค์ให้มีผลบังคับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาได้ แต่ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทไว้อย่างชัดแจ้งในสัญญา ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัย

⁴ มาตรา 34 “ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใดหากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการจัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้ คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย.”

ชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายไทย นอกจากนี้คู่กรณียังสามารถกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาทำคำชี้ขาดโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้ ทั้งนี้ การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา และคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าในกรณีที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดเป็นข้อพิพาทในทางการค้าด้วย

ตามที่มาตรา 34 พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะใช้บังคับแก่ข้อพิพาทในเชิงสาระของสัญญานั้นย่อมขึ้นอยู่กับสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกัน วิเคราะห์ได้เป็น 3 กรณีดังนี้

1. กรณีเลือกไม่ใช้กฎหมาย คู่สัญญาจะตกลงกันว่าให้อนุญาโตตุลาการตัดสินไปโดยไม่ต้องใช้กฎหมายจะทำได้หรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่มีการทำการอนุญาโตตุลาการนั้นว่าจะยอมให้ทำเช่นนั้นหรือไม่ ในทางปฏิบัติตัวอนุญาโตตุลาการคงใช้หลักความเป็นธรรมโดยใช้นโยบายที่ยุติหรือ *ex aequo et bono* กระบวนการตัดสินใจโดยไม่ต้องใช้กฎหมายนี้ เรียกว่า *amiable composition*

2. กรณีไม่ได้เลือกกฎหมาย คู่กรณีสัญญาไม่ระบุเรื่องกฎหมายสาระบัญญัติใช้บังคับแก่ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา ก็เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องเลือกกฎหมายมาบังคับแก่กรณี ถ้าเป็นเรื่องภายในประเทศโดยแท้ คือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นคนของประเทศที่มีการทำสัญญาและการปฏิบัติการชำระหนี้ทำภายในประเทศ อนุญาโตตุลาการก็เพียงแต่ปรับใช้กฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ แต่ถ้ามีกรณีที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ อนุญาโตตุลาการต้องเลือกใช้กฎหมายมาบังคับกับกรณีตามความเหมาะสม ท่านศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร ให้ความเห็นว่า ปกติเป็น *lex executionis* หรือ กฎหมายแห่งประเทศที่ชำระหนี้ตามสัญญาสัมปทาน คือ กฎหมายของรัฐคู่สัญญา

3. กรณีคู่กรณีเลือกกฎหมายเพื่อใช้กับข้อพิพาท ถ้าเป็นเรื่องภายในโดยแท้คู่พิพาทคงไม่สามารถเลือกกฎหมายต่างประเทศ เพราะจะเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายภายในที่น่าจะใช้บังคับแก่กรณี (*fraude a la loi*) แต่กรณีที่เกี่ยวพันกับต่างประเทศ กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศคอมมอนลอว์ซึ่งยึดหลัก *Proper Law of Contract* หรือประเทศประมวลกฎหมาย ซึ่งยึดหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา ต่างก็อนุญาตให้คู่กรณีเลือกกฎหมายเพื่อจะบังคับแก่กรณี

เนื่องด้วยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้รับแบบอย่างส่วนใหญ่มาจากกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ “UNCITRAL”) ซึ่งกฎหมายต้นแบบไม่ได้มุ่งใช้กับกรณีภายในประเทศ โดยบทบัญญัติมาตรา 34 พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งกล่าวถึงกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น เห็นว่ามุ่งใช้กับคดีระหว่างประเทศ แม้ว่า

บทบัญญัติในมาตรา 34 กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายและระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทได้อย่างเหมาะสมโดยหากคู่พิพาทไม่ได้กำหนดว่าจะใช้กฎหมายใด อนุญาโตตุลาการก็จะเป็นผู้กำหนดเองว่าจะนำหลักกฎหมายใดมาใช้กับข้อพิพาท แต่กรณีข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งหากพิจารณาโดยลักษณะจะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน ความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่อยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา โดยหลักการแล้วคู่สัญญาย่อมตกลงกันให้นำหลักกฎหมายมหาชน มาใช้บังคับกับข้อพิพาท แม้กรณีไม่ระบุว่าจะใช้กฎหมายใด ก็เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่ต้องพิจารณาเลือกหลักกฎหมายที่ใช้ให้เหมาะสม ซึ่งก็คือกฎหมายมหาชน แต่อย่างไรก็ดีการที่มาตรา 34 กำหนดให้คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกกฎหมายและระบบกฎหมายมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ ทำให้ไม่มีหลักประกันว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการนำเอาหลักกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายมหาชนมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองหรือไม่

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน ความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่อยู่บนหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองจึงเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครอง ซึ่งคู่กรณีมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน กฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองต้องเป็นกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายมหาชน

แต่เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายสารบัญญัติเฉพาะในส่วนที่เป็นวิธีสบัญญัติ โดยมีได้มีเนื้อหาในส่วนสารบัญญัติแต่อย่างใด ทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าหากจะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการกับสัญญาทางปกครองจะมีหลักเกณฑ์อย่างไร นอกจากนี้ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ไม่ได้ก่อตั้งสิทธิของคู่กรณีในการทำสัญญา แต่สิทธิเหล่านั้นเป็นของคู่กรณีเองที่จะทำสัญญาด้วยใจสมัครตามหลักกฎหมายสัญญาทั่วไป นอกจากนี้กฎหมายไม่ได้ก่อตั้งกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายเพียงวางหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการภายในเขตอำนาจที่เหมาะสม ควรมีกฎหมายระดับอนุบัญญัติในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดให้ใช้การอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งการจะออกกฎหมายอนุบัญญัติเหล่านี้จะทำได้ต่อเมื่อมีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เป็นพระราชบัญญัติให้เป็นบทบัญญัติรองรับโดยชัดแจ้ง โดยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ให้สอดคล้องกับ อำนาจการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 15 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยบัญญัติกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในเรื่องความหมาย ลักษณะและขอบเขตของสัญญาทางปกครอง หลักของสัญญาทางปกครอง การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง การใช้อำนาจรัฐให้มีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่มีความ

จำเป็นเพื่อคุ้มครองหรือป้องกันผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะ การเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขสัญญาทางปกครอง การบอกเลิกสัญญาทางปกครองหากการปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ การขอแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือบอกเลิกสัญญา รวมทั้ง การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น โดยพยายามนำเอาแนวความคิดและหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปมาพิจารณาปรับเข้ากับกฎหมายไทย

ตามที่กล่าวข้างต้น เนื่องด้วยหลักการในเรื่องการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการกับสัญญาทางปกครอง ยังไม่มีหลักเกณฑ์บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน ย่อมเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องหาหลักกฎหมายมาพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างคู่ความ โดยกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่มีความเท่าเทียมกันแม้ไม่อาจมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองในทุกกรณีได้แต่ในบางกรณีสัญญาทางปกครองอาจนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของสัญญาทางปกครองได้ เพราะสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานนักเมื่อเทียบกับสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอาจจะยังไม่สมบูรณ์ในตัวเอง ส่วนหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับทางแพ่งบางเรื่องก็สามารถนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน เช่น หน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา การผิดสัญญา การคุ้มครองความสุจริตของคู่สัญญาก่อนการทำสัญญา เป็นต้น ประเทศที่เป็นต้นแบบของกฎหมายปกครองต่างก็มีการนำเอากฎหมายแพ่งมาใช้ในทางปกครองด้วย เช่น ประเทศเยอรมัน โดยกฎหมายของประเทศเยอรมันบางเรื่องบัญญัติให้นำเอาประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองโดยอนุโลม แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองอยู่เสมอ

2. คำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ประเด็นเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการปรับลดเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครอง พบประเด็นปัญหา ตามคำวินิจฉัยศาลปกครองกลางที่ 927-928/2545 ระหว่าง เอเชียณารีน เซอร์วิส จำกัด ผู้ร้อง กับ กองทัพเรือ ผู้คัดค้าน โดยศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยเกี่ยวกับ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการปรับลดเบี้ยปรับ ว่า “มาตรา 383 ให้อำนาจเป็นการเฉพาะแก่ศาลที่จะลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วน คณะอนุญาโตตุลาการและศาลเป็นองค์กรที่แตกต่างกัน คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจใช้อำนาจลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนตามมาตรา 383 ซึ่งเป็นอำนาจโดยเฉพาะของศาลได้” ผู้เขียนไม่เห็นด้วยและเห็นว่า ไม่ควรตีความว่าบทบัญญัติตามมาตรา 383 เป็นอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะศาลเท่านั้น หากเป็นกรณีศาลวินิจฉัย บทบัญญัติเรื่องการปรับลดเบี้ยปรับ แม้คู่พิพาทไม่ได้กล่าวอ้าง ศาลก็ยกขึ้นพิจารณาเองได้ และโดยที่อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ถึงตุลาการซึ่งก็คือทำหน้าที่เหมือนตุลาการ อนุญาโตตุลาการย่อมสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 383 ได้ แม้กรณีนี้แม้คู่พิพาทไม่ได้กล่าวอ้างก็ตาม หลักการของกฎหมายในเรื่องนี้ไม่ว่าจะ

เป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนย่อมไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ เบี้ยปรับเกิดจากหลักความเป็นธรรม หากปรับเกินความเสียหายที่แท้จริง ย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยและความเป็นธรรม อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจปรับลดเบี้ยปรับให้เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ และเมื่อวันที่ 18 กันยายน 2551 ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 409/2551 โดยวินิจฉัยประเด็นเรื่องเบี้ยปรับนี้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำบทบัญญัติมาตรา 383 มาบังคับแก้ไขได้ตามนี้

ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยฉบับนี้ และเห็นว่าหลักกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครองยังไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่จะหาหลักกฎหมายมาบังคับใช้ โดยหลักการเรื่องเบี้ยปรับเกิดจากหลักความเป็นธรรม แต่หากปรับเกินความเสียหายที่แท้จริงย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อย เมื่อหลักกฎหมายเพื่อความเป็นธรรมดังกล่าว ใช้แล้วขัดต่อความสงบเรียบร้อย ย่อมไม่ถูกต้อง โดยหลักการเรื่องนี้ไม่ว่าหลักกฎหมายเอกชนหรือหลักกฎหมายมหาชนย่อมไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ เบี้ยปรับต้องกำหนดให้พอสมควรและเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นหากสูงเกินส่วนอนุญาโตตุลาการมีอำนาจลดได้

สรุป

หลักการของค่าเสียหายไม่ว่าจะมองว่าเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า (liquidated damages) หรือเบี้ยปรับ (penalty) ไม่ว่าตามหลักการของกฎหมายมหาชนหรือเอกชน และไม่ว่าจะเป็นในคดีปกครองหรือคดีแพ่งก็ควรใช้หลักการเดียวกันนี้ ก็ควรต้องยึดอยู่บนหลักการของความเป็นธรรมและสุจริต ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าเบี้ยปรับเหมาะสม พอสมควรกับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ถึงแม้ว่าคู่ความจะไม่ได้ยกประเด็นขึ้นต่อสู้ในชั้นพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ตาม

ในบทความนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

1. ปัจจุบัน ประเทศไทยยังมิได้บัญญัติกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้บังคับใช้ ที่จะทำให้คู่สัญญาทราบความหมาย ลักษณะและขอบเขตของสัญญาทางปกครอง หลักของสัญญาทางปกครอง รวมถึง หลักกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จึงควรให้มีบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติของสัญญาทางปกครองไว้ให้ชัดเจน เพื่อกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ให้ศาลปกครอง บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย รวมถึงอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองสามารถนำกฎหมายสารบัญญัตินี้เป็นแนวทางในการทำงานได้รวดเร็วขึ้นและมีประสิทธิภาพมากกว่าจะรอใช้แนวบรรทัดฐานของศาลปกครองที่ต้องใช้เวลายาวนานในการวางบรรทัดฐาน โดยการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการในการดำเนินการทางปกครอง

กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาทางปกครองอาจนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของสัญญาทางปกครองได้ เพราะสัญญาทางปกครองเป็นสิ่งที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานนักเมื่อเทียบกับสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอาจจะยังไม่สมบูรณ์ในตัวเอง ส่วนหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับทางแพ่งบางเรื่องก็สามารถนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน เช่น หน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา การผิดสัญญา การคุ้มครองความสุจริตของคู่สัญญาก่อนการทำสัญญา เป็นต้น ซึ่งประเทศที่เป็นต้นแบบของกฎหมายปกครองต่างก็มีการนำเอากฎหมายแพ่งมาใช้ในทางปกครองด้วย เช่น ประเทศเยอรมัน โดยกฎหมายของประเทศเยอรมันบางเรื่องบัญญัติให้นำเอาประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองโดยอนุโลม แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองอยู่เสมอ

2. ขณะนี้หลักกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับเบี้ยปรับในสัญญาทางปกครองยังไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่จะหาหลักกฎหมายมาบังคับใช้ โดยอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาโดยต้องยึดอยู่บนหลักการของความเป็นธรรมและสุจริต และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาว่าเบี้ยปรับเหมาะสม พอสมควรกับความเสียหายที่เกิดขึ้น