



รายงานการพิจารณาคึกษา เรื่อง
ความเสียหาย
จากข้อผูกพันสัญญา
ในการดำเนินโครงการของรัฐ

ของคณะกรรมการศึกษาตรวจสอบ
เรื่องการทุจริตประพฤตมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล
วุฒิสภา



ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการ
ศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต
ประพฤตมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล
สำนักกรรมการ ๒ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา



รายงานการพิจารณาศึกษา

เรื่อง

ความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ

ของคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต

ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล

วุฒิสภา

ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการ
ศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต
ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล
สำนักกรรมการ ๒ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

(สำเนา)



บันทึกข้อความ

ส่วนราชการ คณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล วุฒิสภา
ที่ สว ๐๐๑๐.๑๐/ร ๕๒) วันที่ ๑๖ สิงหาคม ๒๕๖๕

เรื่อง รายงานการพิจารณาของคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบ
และเสริมสร้างธรรมาภิบาล วุฒิสภา

กราบเรียน ประธานวุฒิสภา

ด้วยในคราวประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ ๑๓/๒๕๖๒ (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง) วันอังคารที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๖๒ ที่ประชุมได้ลงมติตั้งคณะกรรมการสามัญประจำสภาตามข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๖๒ ข้อ ๓๘ (๒๓) ซึ่งคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล วุฒิสภา เป็นคณะกรรมการสามัญประจำวุฒิสภา มีหน้าที่และอำนาจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ กระทู้กิจการ พิจารณาสอบหาข้อเท็จจริง ศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบในหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่น การเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง และศึกษาเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับกลไก กระบวนการ และมาตรการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประพฤติมิชอบ พิจารณาศึกษา ติดตาม เสนอแนะ และเร่งรัดการปฏิรูปประเทศ และแผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ ที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจ และอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งปัจจุบันกรรมการคณะนี้ ประกอบด้วย

- | | |
|-----------------------------------|--------------------------------|
| (๑) พลเรือเอก ศิขรวัชร วงษ์สุวรรณ | ประธานคณะกรรมการ |
| (๒) พลเอก สำเริง ศิวาดำรงค์ | รองประธานคณะกรรมการ คนที่หนึ่ง |
| (๓) นายธานี อ่อนละเอียด | รองประธานคณะกรรมการ คนที่สอง |
| (๔) หม่อมหลวงสกุล มาลากุล | รองประธานคณะกรรมการ คนที่สาม |
| (๕) นางสาวดาวน้อย สุทธินิภาพันธ์ | รองประธานคณะกรรมการ คนที่สี่ |
| (๖) นายวิวัฒน์ แสงสุริยะฉัตร | เลขานุการคณะกรรมการ |
| (๗) นายประสิทธิ์ ปทุมารักษ์ | รองเลขานุการคณะกรรมการ |
| (๘) นางสาววิไลลักษณ์ อรินทมะพงษ์ | โฆษกคณะกรรมการ |
| (๙) พลเอก วิชิต ยาทิพย์ | ประธานที่ปรึกษาคณะกรรมการ |
| (๑๐) พลเอก เลิศฤทธิ์ เวชสุวรรณค์ | ที่ปรึกษาคณะกรรมการ |
| (๑๑) พลอากาศเอก ถาวร มณีพฤกษ์ | ที่ปรึกษาคณะกรรมการ |
| (๑๒) พลตำรวจโท ตรีทศ รณฤทธิ์วิชัย | ที่ปรึกษาคณะกรรมการ |
| (๑๓) นายอมร นิลเปรม | ที่ปรึกษาคณะกรรมการ |
| (๑๔) พลเอก พิสิทธิ์ สิทธิสาร | กรรมการ |
| (๑๕) นางวรารัตน์ อติแพทย์ | กรรมการ |
| (๑๖) นายสมเดช นิลพันธุ์ | กรรมการ |
| (๑๗) พลตำรวจโท สมบัติ मिलินจินดา | กรรมการ |
| (๑๘) นายสัญญาชัย จุลมนต์ | กรรมการ |
| (๑๙) พลเอก อาชาไนย ศรีสุข | กรรมการ |

บัดนี้ คณะกรรมการธิการได้ดำเนินการพิจารณาศึกษา เรื่อง ความเสียหายจากข้อผูกพัน สัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ เสร็จเรียบร้อยแล้ว จึงขอรายงานการพิจารณาศึกษาเรื่องดังกล่าว ต่อวุฒิสภาตามข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๖๒ ข้อ ๔๘


จึงกราบเรียนมาเพื่อโปรดทราบ และนำเสนอรายงานของคณะกรรมการธิการต่อที่ประชุม วุฒิสภาต่อไป

(ลงชื่อ) พลเรือเอก ศิขรวัชร วงษ์สุวรรณ

(ศิขรวัชร วงษ์สุวรรณ)


ประธานคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต
ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล
วุฒิสภา

สำเนาถูกต้อง


(นายอุสาคห์ ชูสินธ์)

ผู้ช่วยเลขานุการคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต
ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล

สำเนาถูกต้อง


(นายปัญญา ไส้สีภา)

ผู้ช่วยเลขานุการคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต
ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล

กลุ่มงานคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบ
เรื่องการทุจริต และเสริมสร้างธรรมาภิบาล
สำนักกรรมการ ๒ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา
โทรศัพท์ ๐ ๒๘๓๑ ๔๑๘๒ - ๓

นัยนา พิมพ์
อุสาคห์ / นัยนา ทาน

ก

รายนามคณะกรรมการ



พลเรือเอก ศิขรวัชร วงษ์สุวรรณ
ประธานคณะกรรมการ



พลเอก สำเร็จ ศิวาดำรงค์
รองประธานคณะกรรมการ คนที่หนึ่ง



นายธานี อ่อนละเอียด
รองประธานคณะกรรมการ คนที่สอง



หม่อมหลวงสกุล มาลากุล
รองประธานคณะกรรมการ คนที่สาม



นางสาวดาวน้อย สุทธินิภาพันธ์
รองประธานคณะกรรมการ คนที่สี่



นายวิวรรณ แสงสุริยะฉัตร
เลขานุการคณะกรรมการ



นายประสิทธิ์ ปทุมรักษ์
รองเลขานุการคณะกรรมการ



นางสาววิไลลักษณ์ อรินทมะพงษ์
โฆษกคณะกรรมการ

ข



พลเอก วิชิต ยาทิพย์
ประธานที่ปรึกษาคณะกรรมการ



พลอากาศเอก ถาวร มณีพุกษ์
ที่ปรึกษาคณะกรรมการ



พลเอก เลิศฤทธิ์ เวชสุวรรณค์
ที่ปรึกษาคณะกรรมการ



พลตำรวจโท ตรีทศ รณฤทธิ์วิชัย
ที่ปรึกษาคณะกรรมการ



นายอมร นิลเปรม
ที่ปรึกษาคณะกรรมการ



พลเอก พิสิทธิ์ สิทธิสาร
กรรมการ



นางวรารัตน์ อติแพทย์
กรรมการ



นายสมเดช นิลพันธุ์
กรรมการ



พลตำรวจโท สมบัติ มลิณฑจินดา
กรรมการ



นายสัญญาชัย จุลมนต์
กรรมการ



พลเอก อาชาไนย ศรีสุข
กรรมการ

รายนามคณะอนุกรรมการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริตและประพฤติมิชอบ



พลเอก สำเร็จ ศิวาดำรงค์
ประธานคณะอนุกรรมการ



พลเอก พิสิทธิ์ สิทธิสาร
รองประธานคณะอนุกรรมการ คนที่หนึ่ง



พลตำรวจโท สมบัติ मिलินทจินดา
รองประธานคณะอนุกรรมการ คนที่สอง



นายธานี อ่อนละเอียด
ที่ปรึกษาคณะอนุกรรมการ



พลตำรวจโท ตรีทศ รณฤทธิวิชัย
ที่ปรึกษาคณะอนุกรรมการ



นายอนันต์ ทองแดง
ที่ปรึกษาคณะอนุกรรมการ

จ



นางสาวฐิติพร กมลสุข
เลขาธิการคณะอนุกรรมการ



พลตำรวจโท จิรสิทธิ์ มหินทรเทพ
อนุกรรมการ



พลตำรวจตรี บุญส่ง จีระเรืองรัตนา
อนุกรรมการ



พลตำรวจตรี ชชาติชาย เอี่ยมแสง
อนุกรรมการ



พันตำรวจเอก พงษ์เดช แพทย์เจริญ
อนุกรรมการ



นายบุญสนอง บุญมี
อนุกรรมการ



นายพีระศักดิ์ ศรีรุ่งสุขจินดา
อนุกรรมการ



พลตำรวจตรี สกล ภัยลี
อนุกรรมการ



นางอินทรานี สุมาวงศ์
อนุกรรมการ

รายงานการพิจารณา
เรื่อง ความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ
ของคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล
วุฒิสภา

ด้วยในคราวประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ ๑๗/๒๕๖๒ (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง) วันอังคารที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๖๒ ที่ประชุมวุฒิสภาได้ลงมติตั้งคณะกรรมการสามัญประจำสภาตามข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๖๒ ข้อ ๗๘ (๒๓) ซึ่งคณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล วุฒิสภา เป็นคณะกรรมการสามัญประจำวุฒิสภา มีหน้าที่และอำนาจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ กระทู้กิจการ พิจารณาสอบหาข้อเท็จจริง ศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบในหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่น การเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง และศึกษาเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับกลไก กระบวนการและมาตรการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ประพฤติมิชอบ พิจารณาศึกษา ติดตาม เสนอแนะ และเร่งรัดการปฏิรูปประเทศ และแผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ ที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจ และอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

บัดนี้ คณะกรรมการได้ดำเนินการพิจารณาศึกษา เรื่อง ความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ เสร็จเรียบร้อยแล้ว จึงขอรายงานผลการพิจารณาศึกษาเรื่องดังกล่าวต่อวุฒิสภาตามข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๖๒ ข้อ ๙๘ ดังนี้

๑. การดำเนินงาน

๑.๑ คณะกรรมการได้มีมติเลือกตำแหน่งต่าง ๆ ดังนี้

- | | |
|--------------------------------------|------------------------------------|
| ๑.๑.๑ พลเรือเอก ศิขัฐวัชร วงษ์สุวรรณ | เป็นประธานคณะกรรมการ |
| ๑.๑.๒ พลเอก สำเร็จ ศิวาดำรงค์ | เป็นรองประธานคณะกรรมการ คนที่หนึ่ง |
| ๑.๑.๓ นายธานี อ่อนละเอียด | เป็นรองประธานคณะกรรมการ คนที่สอง |
| ๑.๑.๔ หม่อมหลวงสกุล มาลากุล | เป็นรองประธานคณะกรรมการ คนที่สาม |
| ๑.๑.๕ นางสาวดาวน้อย สุทธินิภาพันธ์ | เป็นรองประธานคณะกรรมการ คนที่สี่ |
| ๑.๑.๖ นายวิวรรธน์ แสงสุริยะฉัตร | เป็นเลขานุการคณะกรรมการ |
| ๑.๑.๗ นายประสิทธิ์ ปทุมรักษ์ | เป็นรองเลขานุการคณะกรรมการ |
| ๑.๑.๘ นางสาววิไลลักษณ์ อรินทะพงษ์ | เป็นโฆษกคณะกรรมการ |
| ๑.๑.๙ พลเอก วิชิต ยาทิพย์ | เป็นประธานที่ปรึกษาคณะกรรมการ |
| ๑.๑.๑๐ พลเอก เลิศฤทธิ เวชสวรรค์ | เป็นที่ปรึกษาคณะกรรมการ |

ช

- ๑.๑.๑๑ พลอากาศเอก ถาวร มณีพฤกษ์ เป็นที่ปรึกษาคณะกรรมการ
- ๑.๑.๑๒ พลตำรวจโท ตรีนทศ รณฤทธิวิชัย เป็นที่ปรึกษาคณะกรรมการ
- ๑.๑.๑๓ นายอมร นิลเปรม เป็นที่ปรึกษาคณะกรรมการ
- ๑.๑.๑๔ พลเอก พิสิทธิ์ สิทธิสาร เป็นกรรมการ
- ๑.๑.๑๕ นางวรวรรตน์ อติแพทย์ เป็นกรรมการ
- ๑.๑.๑๖ นายสมเดช นิลพันธุ์ เป็นกรรมการ
- ๑.๑.๑๗ พลตำรวจโท สมบัติ मिलินจินดา เป็นกรรมการ
- ๑.๑.๑๘ นายสัญญาชัย จุลมนต์ เป็นกรรมการ
- ๑.๑.๑๙ พลเอก อาชาไนย ศรีสุข เป็นกรรมการ

๑.๒ คณะกรรมการได้มีมติตั้งคณะอนุกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ศึกษาตรวจสอบการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบในหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่น และรายงานผลการดำเนินงานต่อคณะกรรมการ หรือดำเนินการพิจารณาศึกษาเรื่องใด ๆ ตามที่คณะกรรมการมอบหมาย ทั้งนี้ ตามข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๖๒ ข้อ ๗๘ วรรคสอง (๒๓) ประกอบกับข้อ ๘๙ วรรคหนึ่ง ซึ่งอนุกรรมการคณะนี้ ประกอบด้วย

- ๑.๒.๑ พลเอก สำเริง ศิวาดำรงค์ เป็นประธานคณะอนุกรรมการ
- ๑.๒.๒ พลเอก พิสิทธิ์ สิทธิสาร เป็นรองประธานคณะอนุกรรมการคนที่หนึ่ง
- ๑.๒.๓ พลตำรวจโท สมบัติ मिलินจินดา เป็นรองประธานคณะอนุกรรมการคนที่สอง
- ๑.๒.๔ นายธานี อ่อนละเอียด เป็นที่ปรึกษาคณะอนุกรรมการ
- ๑.๒.๕ พลตำรวจโท ตรีนทศ รณฤทธิวิชัย เป็นที่ปรึกษาคณะอนุกรรมการ
- ๑.๒.๖ นายอนันต์ ทองแดง เป็นที่ปรึกษาคณะอนุกรรมการ
- ๑.๒.๗ นางสาวฐิติพร กมลสุข เป็นอนุกรรมการและเลขานุการ
- ๑.๒.๘ พลตำรวจตรี ชาติชาย เอี่ยมแสง เป็นอนุกรรมการ
- ๑.๒.๙ พลตำรวจตรี บุญส่ง จีระเรืองรัตน เป็นอนุกรรมการ
- ๑.๒.๑๐ พันตำรวจเอก พงษ์เดช แพทย์เจริญ เป็นอนุกรรมการ
- ๑.๒.๑๑ พลตำรวจตรี สกล ภัยลี เป็นอนุกรรมการ
- ๑.๒.๑๒ นายบุญสนอง บุญมี เป็นอนุกรรมการ
- ๑.๒.๑๓ นายพีระศักดิ์ ศรีรุ่งสุขจินดา เป็นอนุกรรมการ
- ๑.๒.๑๔ นางอินทรานี สุมาวงศ์ เป็นอนุกรรมการ

๑.๓ ในคราวประชุมคณะกรรมการมาธิการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบ และเสริมสร้างธรรมาภิบาล วุฒิสภา ครั้งที่ ๓๓/๒๕๖๓ วันพฤหัสบดีที่ ๕ พฤศจิกายน ๒๕๖๓ ที่ประชุมได้พิจารณากรณีความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ และได้มีมติมอบหมายให้คณะอนุกรรมการมาธิการศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบ ในคณะกรรมการมาธิการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล วุฒิสภา พิจารณาศึกษา เรื่อง ความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ

๑.๔ คณะอนุกรรมการมาธิการศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบ ได้นำเสนอรายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง ความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ ต่อคณะกรรมการมาธิการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล เมื่อวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๖๕ ซึ่งที่ประชุมได้ให้ความเห็นชอบกับรายงานดังกล่าวและมีมติอนุมัติให้นำเสนอต่อที่ประชุมวุฒิสภาในลำดับต่อไป

๒. วิธีการพิจารณาศึกษา

๒.๑ คณะอนุกรรมการได้จัดให้มีการประชุม จำนวน ๑๖ ครั้ง

๒.๒ คณะอนุกรรมการได้ดำเนินการโดยการเชิญหน่วยงานมาให้ข้อมูลข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณา ดังนี้

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (ป.ป.ท.)

- | | |
|----------------------------------|--|
| ๑. นางสาวอาภรณ์ีย์ เสมรสุต | ผู้อำนวยการกองกฎหมาย |
| ๒. นางสาวอรณิช สุขบาล | ผู้อำนวยการกองป้องกันการทุจริตในภาครัฐ |
| ๓. นางสาวอรรวรรณ ทูลมณี | นิติกรชำนาญการพิเศษ |
| ๔. นายอานนท์ ชนประชา | นิติกรชำนาญการ |
| ๕. นายสวัสดิ์ดี ปัญญาจิรภาส | นิติกรชำนาญการ |
| ๖. นายสาริศ บรรเท็ง | นักสืบสวนสอบสวนชำนาญการ |
| ๗. นายอนาวิล เกตพันธ์ | นักสืบสวนสอบสวนชำนาญการ |
| ๘. นายวศิน บุญยรัตพันธุ์ | นักสืบสวนสอบสวนชำนาญการ |
| ๙. นายสิงหา พรหมเพ็ง | นักวิชาการยุติธรรมชำนาญการ |
| ๑๐. นางสาวศิรินทร์ทิพย์ โพธิมาศ | นักวิชาการยุติธรรมชำนาญการ |
| ๑๑. นางสาวฐิติภา กุลนิวัฒน์เจริญ | นิติกรปฏิบัติการ |

ผู้ทรงคุณวุฒิ

- | | |
|------------------------------|-----------------------|
| - นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค | ที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี |
|------------------------------|-----------------------|

ณ

๓. ผลการพิจารณาศึกษา

คณะกรรมการธิการขอรายงานผลการพิจารณาศึกษา เรื่อง ความเสียหายจากข้อผูกพัน สัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ โดยคณะกรรมการได้พิจารณารายงานด้วยความละเอียด รอบคอบแล้ว และได้มีมติให้ความเห็นชอบกับรายงานดังกล่าว

จากการพิจารณาศึกษาเรื่องดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการจึงขอเสนอรายงาน การพิจารณาศึกษาของคณะกรรมการ โดยมิมีรายละเอียดตามรายงานท้ายนี้ เพื่อให้วุฒิสภาได้พิจารณา หากวุฒิสภาให้ความเห็นชอบด้วยกับผลการพิจารณาศึกษาของคณะกรรมการขอให้โปรดแจ้งไปยัง คณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาและดำเนินการตามแต่จะเห็นสมควรต่อไป ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ และประชาชนสืบไป

(นายวิวรรณ แสงสุริยะฉัตร)

เลขานุการคณะกรรมการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต
ประพฤตินิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล
วุฒิสภา

ญ

บทสรุปผู้บริหาร

ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมารัฐได้มีการดำเนินการจัดทำโครงการใหญ่ที่ต้องใช้งบประมาณจำนวนมากไม่ว่าจะเป็นการลงทุนด้วยงบประมาณของรัฐบาลเอง หรือแม้แต่การใช้งบประมาณของเอกชน ทั้งหมดแต่ใช้ระบบการแบ่งส่วนรายได้ให้กับเอกชน ซึ่งมีหลายโครงการประสบปัญหาไม่สำเร็จตามวัตถุประสงค์หรือเกิดความล้มเหลวไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างแท้จริง อีกทั้งยังก่อให้เกิดความเสียหาย นำมาซึ่งการฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยความเสียหายจากเอกชนคู่สัญญา และหลายโครงการเกิดความเสียหายที่รัฐต้องชดเชยให้กับเอกชนคู่สัญญามูลค่ามหาศาล ทั้งนี้ จากข้อมูลสถิติความเสียหายที่ศาลมีคำพิพากษายืนตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการให้รัฐจ่ายค่าเสียหายแก่เอกชนคู่กรณี โดยรวมแล้วนับแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๙ จนถึงปัจจุบัน มีคดีที่พิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ จำนวน ๕๒๘ คดี และมีการวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐแพ้คดี จำนวน ๒๗๒ คดี โดยวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐชำระเงินให้แก่ฝ่ายเอกชนกว่า ๒.๔ หมื่นล้านบาท ทั้งนี้ยังมีได้รวมดอกเบี้ยที่ต้องชำระ และยังมีอีกหลายคดีที่ยังอยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งมีจำนวนทุนทรัพย์ที่สูง

เนื่องจากความเสียหายดังกล่าวมีมูลค่าจำนวนมากเมื่อเทียบกับงบประมาณรายจ่ายของรัฐในแต่ละปี จึงถือได้ว่าเป็นการสร้างความเสี่ยงด้านการเงินและงบประมาณภาครัฐ นอกจากนี้ยังพบว่าการดำเนินโครงการบางโครงการมีการตรวจพบเรื่องของการทุจริตของภาครัฐรวมอยู่ด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนและการพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ และยังทำให้นักลงทุนทั้งในและต่างประเทศขาดความเชื่อมั่นในการร่วมลงทุนหรือเป็นคู่สัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ และยังส่งผลกระทบต่อดัชนีสวัสดิภาพหรือดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชัน หรือ (Corruption Perceptions Index : CPI) ซึ่งจัดทำโดยองค์กรเพื่อความโปร่งใสนานาชาติ (Transparency International : TI)

คณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล วุฒิสภา ได้ทราบถึงปัญหาความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงมอบหมายให้คณะอนุกรรมการศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบ ดำเนินการพิจารณาศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป จึงได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบ ดำเนินการพิจารณาศึกษา เรื่อง ความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐในเชิงลึก เพื่อให้ทราบถึงสาเหตุและปัจจัยที่ทำให้เกิดปัญหาข้อพิพาท พร้อมทั้งจัดทำข้อเสนอแนะ มาตรการ แนวทางในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริตในลักษณะเดียวกันนี้ไม่ให้เกิดความเสียหายเช่นนี้ขึ้นอีกในอนาคต

จากการศึกษารวบรวมข้อมูลเบื้องต้นได้มีการกำหนดขอบเขตโดยนำกรณีศึกษาโครงการของรัฐที่มีขนาดใหญ่ จำนวน ๕ โครงการ มาศึกษา ประกอบด้วย โครงการโฮปเวลล์ หรือ โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (Bangkok Elevated Road and Train System – BERTS) โครงการทางด่วนบางปะอิน-ปากเกร็ด และทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ส่วนต่อขยายอนุสรณ์สถานแห่งชาติ – รังสิต โครงการสัญญาส่วนแบ่งรายได้จากการก่อสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ โครงการไฟฟ้าชีวมวลและโครงการพลังงานไฟฟ้าแสงอาทิตย์ และโครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน ซึ่งทั้ง ๕ โครงการ เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างฝ่ายรัฐกับฝ่ายเอกชนในรูปแบบที่แตกต่างกัน ในห้วงเวลาที่แตกต่างกัน แต่เกิดความเสียหายในลักษณะที่อนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้ฝ่ายรัฐต้องชดเชยค่าเสียหายทั้งสิ้น ทั้งนี้บางคดียังอยู่ในการพิจารณาในชั้นศาล ดังนั้น การพิจารณาศึกษาในรายละเอียดข้อเท็จจริงจึงต้องพิจารณาด้วยความละเอียด รอบคอบ โดยจะหลีกเลี่ยงมิให้เกิดความเสียหายต่อฝ่ายใด จึงเน้นข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏจากคำพิพากษาในชั้นศาลเป็นหลัก และการพิจารณาศึกษาในครั้งนี้มีได้มุ่งเน้นถึงการแก้ไขปัญหาของกรณีศึกษา แต่จะเป็นการศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไขมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวอีกในอนาคต โดยสรุปข้อเท็จจริงกรณีศึกษาได้ดังนี้

- กรณีศึกษา โครงการโฮปเวลล์ หรือ โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (Bangkok Elevated Road and Train System – BERTS) ประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่สำคัญสำหรับโครงการนี้คือเรื่องของการบอกเลิกสัญญา กล่าวโดยสรุปได้ว่า การบอกเลิกสัญญาตามข้อสัญญากำหนดไว้แล้วทั้งกรณีเหตุที่ฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ และกรณีที่ฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้ และได้กำหนดวิธีการและการชดเชยค่าเสียหายไว้แล้ว แต่ตามข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาโดยอาศัยตามข้อกำหนดประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๘๘ โดยฝ่ายรัฐเห็นว่าฝ่ายเอกชนเป็นผู้ผิดสัญญาเป็นเหตุให้ฝ่ายรัฐได้รับความเสียหาย จนนำมาสู่ข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาดังกล่าวส่งผลต่อการเรียกร้องค่าเสียหายและค่าชดเชย ต่าง ๆ ทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชน เป็นจำนวนมาก ซึ่งเรื่องดังกล่าวยังต้องติดตามในชั้นการพิจารณาของศาลตามลำดับต่อไป

- กรณีศึกษา โครงการทางด่วนบางปะอิน-ปากเกร็ด และทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ส่วนต่อขยายอนุสรณ์สถานแห่งชาติ – รังสิต ประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่สำคัญสำหรับโครงการนี้คือเนื่องจากโครงการดังกล่าวเกิดขึ้นจากหน่วยงานของรัฐดำเนินการก่อสร้างในระยะเวลาใกล้เคียงกันโดยมิได้ศึกษาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้น โดยโครงการต่อขยายทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ช่วงอนุสรณ์สถานแห่งชาติถึงรังสิต มีข้อพิพาทในประเด็นว่ามีลักษณะที่เป็นการแข่งขันหรือไม่ ซึ่งจะเป็นการขัดต่อข้อสัญญาโครงการทางด่วนบางปะอิน-ปากเกร็ด ซึ่งกำหนดห้ามไว้ จนนำมาสู่ประเด็นข้อพิพาทและข้อเรียกร้องค่าชดเชยเป็นจำนวนมาก ซึ่งอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นลักษณะที่เป็นการแข่งขันมีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐต้องชดเชยค่าเสียหาย โดยปัจจุบันศาลปกครองก็เห็นพ้องกัน

- **กรณีศึกษา สัญญาส่วนแบ่งรายได้จากการก่อสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ** ประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่สำคัญสำหรับโครงการนี้คือสูตรการคำนวณส่วนแบ่งรายได้และประเด็น เรื่องวิธีการคำนวณดังกล่าว ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดให้ฝ่ายรัฐต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้ในจำนวนที่มาก ประกอบกับโครงการดังกล่าวพบปัญหาเรื่องของความก้าวหน้าของวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีที่รวดเร็วทำให้การลงทุนในจำนวนมากไม่คุ้มและไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของโลก

- **กรณีศึกษา โครงการไฟฟ้าชีวมวลและโครงการพลังงานไฟฟ้าแสงอาทิตย์** ประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่สำคัญสำหรับโครงการนี้คือการบอกเลิกสัญญาของฝ่ายรัฐที่ฝ่ายเอกชนเห็นว่าไม่ชอบ เนื่องจากการก่อสร้างโครงการดังกล่าวของฝ่ายเอกชนพบปัญหาเรื่องการคัดค้านของประชาชนในพื้นที่ ปัญหาเรื่องการให้ใบอนุญาตที่ล่าช้าของฝ่ายรัฐ ซึ่งฝ่ายเอกชนเห็นว่าเป็นเหตุสุดวิสัย แต่ฝ่ายรัฐเห็นแย้งและเห็นว่าการที่ฝ่ายเอกชนไม่ส่งไฟฟ้าให้ตามสัญญาเป็นการผิดสัญญาและใช้สิทธิบอกเลิก โดยข้อพิพาทดังกล่าวได้มีการเสนอต่ออนุญาโตตุลาการและเห็นว่าฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบ จึงวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐชดใช้ค่าเสียหาย

- **กรณีศึกษา โครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน** ประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่สำคัญสำหรับโครงการนี้คือในเบื้องต้นปรากฏถึงพฤติกรรมการทุจริตของเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐซึ่งอาจเป็นการช่วยเหลือเอกชนบางกลุ่มในการเลือกพื้นที่ในการจัดทำโครงการทำให้ต้องใช้งบประมาณเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากและถึงแม้ว่าโครงการดังกล่าวจะสร้างแล้วเสร็จไปกว่าร้อยละ ๙๕ แล้วก็ตามก็ไม่สามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้ซึ่งถือว่าการก่อให้เกิดความเสียหายทั้งด้านงบประมาณและสร้างความเสียหายต่อประชาชนในพื้นที่เป็นอย่างมาก สำหรับกรณีดังกล่าวได้มีการฟ้องร้องไปยังศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และศาลต่าง ๆ จำนวนมาก โดยประเด็นหลักของปัญหาในโครงการนี้เป็นกรณีที่รัฐไม่สามารถจ่ายเงินให้กับฝ่ายเอกชนได้จึงเกิดข้อพิพาทสู่ออนุญาโตตุลาการและวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายจำนวนมาก โดยฝ่ายรัฐได้มีการต่อสู้ในชั้นศาลต่าง ๆ จนมีคำพิพากษาเป็นที่สุดให้ฝ่ายรัฐชำระค่าเสียหายตามที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด

ทั้งนี้ จากการศึกษาและนำมาสู่การวิเคราะห์จะพบปัญหาและช่องว่างที่จะส่งผลและเปิดโอกาสให้เกิดปัญหาและเกิดการทุจริตได้ โดยเริ่มตั้งแต่ต้นนโยบายของภาครัฐที่เน้นการจูงใจนักลงทุน โดยลดเงื่อนไข และมาตรการทางกฎหมายจนอาจเป็นการเอื้อประโยชน์ให้นักลงทุนหรือกลุ่มผลประโยชน์ หรือกระบวนการขั้นตอนที่เร่งด่วนจนอาจขาดความโปร่งใส จนเป็นการเอื้อต่อการทุจริต หรือแม้แต่การทำสัญญาที่เอื้อประโยชน์ต่อเอกชนและทำให้รัฐเสียเปรียบ และปัญหาที่พบสำหรับโครงการของรัฐเป็นจำนวน

มากคือปัญหาการบริหารสัญญาที่ต้องดำเนินการตามลำดับขั้นทำให้เกิดความล่าช้า หรือแม้แต่ปัญหาการส่งมอบพื้นที่ การบอกเลิกสัญญาที่ผิดเงื่อนไขไม่เป็นไปตามสัญญาโดยเฉพาะสัญญาอนุญาตตุลาการ นอกจากนี้ยังพบว่าโครงการของรัฐที่มีขนาดใหญ่ที่เกิดข้อพิพาทมักกำหนดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ รวมทั้งยังพบปัญหาเรื่องการแทรกแซงจากฝ่ายนโยบาย ฝ่ายการเมืองที่มักจะก่อให้เกิดปัญหาการทุจริต

จากสภาพปัญหา สาเหตุ และข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น จึงทำให้สามารถสรุปข้อเสนอแนะได้ดังนี้

๑) โครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นโครงการที่มีระยะเวลายาวนานทำให้ภาครัฐต้องผูกพันเป็นเวลานานซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อภาคส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องและจะทำให้ภาครัฐได้รับความเสียหาย จึงถือเป็นข้อจำกัดที่ทำให้รัฐไม่มีความยืดหยุ่นตามสัญญา ดังนั้น ภาครัฐอาจกำหนดหลักการเพิ่มเติมสำหรับกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดเดาได้สำหรับการกำหนดถึงหลักการแบ่งรายได้สำหรับสัญญาสัมปทานนั้น

๒) การดำเนินกิจการของรัฐในการให้เอกชนร่วมลงทุนมักมีลักษณะโครงการที่ต้องอาศัยความรู้และเทคโนโลยีจากต่างประเทศ จึงเปิดโอกาสให้บริษัทข้ามชาติเข้ามาลงทุนซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนหรือการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานที่อาจเป็นการกีดกันและเกิดข้อจำกัดในการพัฒนาบริษัทเอกชนภายในประเทศ ดังนั้น รัฐบาลอาจส่งเสริมและพัฒนาขีดความสามารถของบุคลากรภายในประเทศด้วย

๓) เนื่องจากโครงการร่วมลงทุนส่วนใหญ่จะมีระยะเวลายาวนานดังนั้นภาครัฐควรให้คุณค่ากับความเสียหายทางด้านการเมืองหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อ การดำเนินโครงการและจะส่งผลเสียหากต้องเกิดข้อพิพาทและนำไปสู่ความเสียหายในภายหลัง

๔) ภาครัฐควรกำหนดหน่วยงานเฉพาะในการกำกับและติดตามผลการดำเนินโครงการที่มีขนาดใหญ่หรือโครงการที่ดำเนินการตามหลักการร่วมลงทุน โดยพัฒนาศักยภาพของหน่วยงานดังกล่าวให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านสัญญาสัมปทาน

๕) รัฐบาลจะต้องกำหนดหรือสั่งการให้หน่วยงานภาครัฐที่มีโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือจ้างเอกชนดำเนินการ หรือให้สัมปทานแก่เอกชน และได้ทำสัญญาในลักษณะสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือกำหนดเงื่อนไขไว้ในสัญญาว่าให้ระงับข้อพิพาทหรือบอกเลิกสัญญา โดยต้องผ่านการชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยมีแนวทางปฏิบัติที่สำคัญ คือ

๕.๑) ในการบริหารโครงการ จะต้องยึดถือปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาโดยเคร่งครัด

๕.๒) กรณีเกิดข้อพิพาท หรือข้อขัดแย้ง ให้ดำเนินการตามเงื่อนไข หรือที่กำหนดในสัญญา โดยเคร่งครัด

๕.๓) หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยการไกล่เกลี่ย และจำเป็นต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ให้หน่วยงานภาครัฐหรือกับสำนักงานอัยการสูงสุด ในกระบวนการต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ และให้ตั้งพนักงานอัยการเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายรัฐ

๕.๔) ในการต่อสู้คดีในชั้นศาลปกครอง ให้ปรึกษาสำนักงานอัยการสูงสุด และตั้งพนักงานอัยการเป็นผู้ดำเนินคดีในศาลปกครอง

๕.๕) หากจะต้องมีการยกเลิกสัญญาอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ให้หาหรือสำนักงานอัยการสูงสุด และดำเนินการตามคำแนะนำของสำนักงานอัยการสูงสุดโดยเคร่งครัด และให้หลีกเลี่ยงการยกเลิกสัญญา โดยใช้กฎหมายอื่น

๖) กรณีที่หน่วยงานภาครัฐอยู่ระหว่างการพิจารณาข่าวดำเนินการ หรือลงนามในสัญญา ให้ดำเนินการดังนี้

๖.๑) ห้ามมิให้ระบุเงื่อนไขในสัญญาเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือเงื่อนไขการระงับข้อพิพาท ข้อขัดแย้งโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

๖.๒) ในกรณีที่เอกชนเรียกร้อง หรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขในสัญญา ให้หาหรือสำนักงานอัยการสูงสุด และเสนอคณะรัฐมนตรีเห็นชอบ โดยเสนอความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

๗) ข้อเสนอเพื่อป้องกันการทุจริตจากการแทรกแซงของฝ่ายการเมือง จากผลการศึกษา มีข้อเท็จจริงและหลักฐานน่าเชื่อว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น มีสาเหตุที่สำคัญ คือ การแทรกแซง การสั่งการ การเอื้อประโยชน์ และการทุจริตจากฝ่ายการเมือง ที่กระทำทั้งทางตรง ทางอ้อม โดยผ่านองค์กรบุคคลที่ตนเองแต่งตั้งเข้ามารับผิดชอบในแต่ละโครงการในแต่ละขั้นตอน ตั้งแต่ในชั้นการเสนอโครงการ การอนุมัติโครงการ การจัดซื้อจัดจ้างหรือการสรรหา คัดเลือกบุคคล องค์กร ที่จะมาร่วมลงทุน การยกย่องสัญญาและลงนามในสัญญา การบริหารโครงการ สุดท้ายคือการบอกเลิกสัญญา จนนำไปสู่ข้อพิพาท การต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ ในชั้นศาลปกครอง และรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีและต้องชดใช้ความเสียหาย แม้ว่าในปัจจุบัน สาเหตุสำคัญหลายประการได้มีการแก้ไขเพื่อป้องกันปัญหาไปแล้ว แต่ในส่วนการป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองนั้น เห็นว่ากฎหมายและระเบียบที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอ ควรที่รัฐจะได้มีมาตรการพิเศษขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โดยจัดทำเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีหรือระเบียบกระทรวงการคลัง มุ่งเน้นการลงทุนขนาดใหญ่ มูลค่าตั้งแต่ ๑ พันล้านบาทขึ้นไป ภายใต้หลักการสำคัญ คือ

“ต้องบริหารโครงการด้วยความโปร่งใส ภายใต้หลักธรรมาภิบาลโดยเคร่งครัด” และต้องเน้นเรื่องการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียของทุกภาคส่วน มีการประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนได้รับทราบและตรวจสอบได้

๘) ปัญหาความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐส่วนหนึ่งเกิดจากปัญหาทางกฎหมายของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประเทศไทยยอมรับหลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิดผลกระทบต่อการระงับข้อพิพาททางปกครอง โดยที่ระบบการไกล่เกลี่ยโดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการเองนั้น ยังมีปัญหาเรื่องความชัดเจน ความโปร่งใส อีกทั้ง หน่วยงานภาครัฐยังขาดผู้เชี่ยวชาญด้านการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทในขั้นตอนการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงการต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ยังมีปัจจัยด้านระยะเวลาในการพิจารณาการคัดค้าน ระยะเวลาในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาการคัดเลือกหรือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประเด็นปัญหาด้านกฎหมายอนุญาโตตุลาการต้องมีการศึกษาอย่างละเอียด เพื่อให้ทราบถึงประเด็นปัญหาการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยรัฐบาลต้องพิจารณาให้หน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายดำเนินการศึกษาถึงปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ เพื่อนำมาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพ ลดเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่พิพาท จึงเห็นควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ต่อไป

สารบัญ

	หน้า
รายนามคณะกรรมการ	ก
รายนามคณะอนุกรรมการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริตและประพฤติมิชอบ	ง
รายงานการพิจารณา	ฉ
บทสรุปผู้บริหาร	ญ
บทที่ ๑ บทนำ	๑
๑.๑ ความเป็นมาของการพิจารณาศึกษา	๑
๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา	๓
๑.๓ ขอบเขตการศึกษา	๓
๑.๔ วิธีการดำเนินการศึกษา	๓
๑.๕ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	๔
บทที่ ๒ แนวคิดทฤษฎี กฎหมาย และงานวิชาการที่เกี่ยวข้อง	๕
๒.๑ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง	๕
๒.๑.๑ นโยบายสาธารณะ	๕
๒.๑.๒ การบริการสาธารณะ	๗
๒.๑.๓ หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ	๘
๒.๑.๔ หน้าที่ของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ	๙
๒.๑.๕ ค่านิยมของการให้บริการสาธารณะ	๑๐
๒.๑.๖ แนวคิดการป้องกันการทุจริต	๑๑
๒.๑.๗ หลักการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ	๑๔
๒.๑.๘ การทุจริตเชิงนโยบาย	๑๖
๒.๒ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง	๒๐
๒.๒.๑ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕	๒๐
๒.๒.๒ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖	๒๐

สารบัญ

	หน้า
บทที่ ๔ สภาพปัญหา สาเหตุ ปัจจัย และข้อเท็จจริง	๗๙
๔.๑ กรณีศึกษา	๗๙
๑) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีก่อสร้างถนน ทางรถไฟ รถไฟฟ้ายกระดับ และการใช้ประโยชน์บนพื้นที่ของรัฐ	๗๙
๒) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการก่อสร้างทางในลักษณะทางแข่งขัน กับเอกชนคู่สัญญา	๘๑
๓) ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานในกำกับของรัฐกับเอกชน กรณีสัญญาส่วนแบ่ง รายได้จากการก่อสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ	๘๒
๔) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการซื้อ-ขายไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน (ไฟฟ้าชีวมวล/ไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์)	๘๓
๕) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการก่อสร้างบ่อน้ำบาดน้ำเสีย	๘๓
๔.๒ แนวคิด ทฤษฎี ประยุกต์	๘๔
๔.๒.๑ นโยบายของภาครัฐที่เน้นการจูงใจนักลงทุน โดยลดเงื่อนไขและมาตรการทาง กฎหมาย จนอาจเป็นการเอื้อประโยชน์ให้นักลงทุนหรือกลุ่มผลประโยชน์	๘๔
๔.๒.๒ กระบวนการขั้นตอนที่เร่งด่วนจนอาจขาดความโปร่งใส จนเป็นการเอื้อต่อการทุจริต	๘๕
๔.๒.๓ สัญญาเอื้อประโยชน์ต่อเอกชน และทำให้รัฐเสียเปรียบ	๘๖
๔.๒.๔ การบริหารสัญญาที่ขาดประสิทธิภาพ	๘๗
๔.๒.๕ การบอกเลิกสัญญาที่ผิดเงื่อนไขโดยเฉพาะสัญญาอนุญาตตุลาการ	๘๗
๔.๒.๖ กระบวนการระงับข้อพิพาทสัญญาอนุญาตตุลาการ	๘๘
๔.๒.๗ ปัญหาการแทรกแซงจากฝ่ายนโยบาย ฝ่ายการเมืองที่มักจะทำให้เกิดปัญหา การทุจริต	๙๑

สารบัญ

	หน้า
บทที่ ๕ บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๙๗
๕.๑ บทสรุป	๙๗
๕.๒ ข้อเสนอแนะ	๑๐๐
๕.๓ ข้อเสนอแนะ	๑๑๒
บรรณานุกรม	
ภาคผนวก	

บทที่ ๑ บทนำ

ปัจจุบันโลกมีความเจริญก้าวหน้าด้านต่าง ๆ อย่างรวดเร็ว รัฐจึงจำเป็นต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ หรือการบริหารทรัพยากรของรัฐ เพื่อให้เกิดการพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ และสามารถรองรับการแข่งขันทางเศรษฐกิจและพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลง แต่เนื่องจากรัฐมีทรัพยากรด้านการบริหารที่จำกัด เช่น งบประมาณ บุคลากรภาครัฐที่ขาดความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เทคโนโลยีการก่อสร้าง/การผลิตที่ทันสมัย เป็นต้น โดยการบริหารจัดการบริการสาธารณะหรือการบริหารทรัพยากรของรัฐ รัฐอาจดำเนินการด้วยตนเอง หรือมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการ หรือให้สิทธิแก่เอกชนในการดำเนินการแลกกับการให้เอกชนลงทุนก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐาน หรือดำเนินการบริหารทรัพยากรในรูปแบบของการประมูลสัมปทาน การเข้ามาเป็นหุ้นส่วนดำเนินการกับภาครัฐ หรือการรับจ้างดำเนินโครงการซึ่งมีผลตอบแทนเป็นการจัดเก็บรายได้หรือส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาหรือที่ทำข้อตกลงกับภาครัฐไว้

การดำเนินการจัดทำโครงการของรัฐที่มีการร่วมดำเนินการกับเอกชนหรือการมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐในรูปแบบต่าง ๆ โดยส่วนมากจะเป็นการผูกสัญญาในรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการ โดยการพิจารณาข้อพิพาทในระบบอนุญาตตุลาการจะเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนจะนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาล อันเป็นหลักการสากลตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, ๑๙๕๘)) หรือเรียกกันทั่วไปว่า “อนุสัญญานิววยอร์ก” เป็นอนุสัญญาซึ่งที่ประชุมทูตสหประชาชาติลงมติรับเมื่อวันที่ ๑๐ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๕๘ และมีผลใช้บังคับในวันที่ ๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๕๙ กำหนดให้รัฐที่ทำสัญญาเปิดให้ความตกลงของเอกชนสามารถใช้การอนุญาตตุลาการ ตลอดจนยอมรับและบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาตตุลาการที่กระทำในรัฐที่ทำสัญญาอื่น สำหรับประเทศไทยนั้นได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญานิววยอร์ก ๑๙๕๘ (New York Convention ๑๙๕๘) เมื่อวันที่ ๑๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๕๙ ผลของการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้ ทำให้คำชี้ขาดอนุญาตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศ สามารถนำมาขอบังคับตามคำชี้ขาดภายในประเทศไทยได้

๑.๑ ความเป็นมาของการพิจารณาศึกษา

ในระหว่างที่ผ่านมากการดำเนินการจัดทำโครงการของรัฐที่ร่วมดำเนินการกับเอกชนหลายโครงการประสบปัญหาไม่สำเร็จตามวัตถุประสงค์หรือเกิดความล้มเหลวไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างแท้จริง อีกทั้งยังก่อให้เกิดความเสียหาย นำมาซึ่งการฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยความเสียหายจากเอกชนคู่สัญญา และหลายโครงการมีค่าเสียหายที่รัฐต้องชดใช้ให้กับเอกชนคู่สัญญามูลค่ามหาศาล ทั้งนี้ จากข้อมูลสถิติความเสียหายที่ศาลมีคำพิพากษาขึ้นตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการให้รัฐจ่ายค่าเสียหายแก่เอกชนคู่กรณี โดยรวมแล้วนับแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๙ จนถึงปัจจุบัน มีคดีที่พิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ จำนวน ๕๒๘ คดี และมีการวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐแพ้คดีจำนวน ๒๗๒ คดี โดยวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐชำระเงินให้แก่ฝ่ายเอกชนกว่า ๒.๔ หมื่นล้านบาท ทั้งนี้ยังมีได้รวมดอกเบี้ยที่ต้องชำระ และยังมีอีกหลายคดีที่ยังอยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งมีจำนวนทุนทรัพย์ที่สูง

ความเสียหายดังกล่าวมีมูลค่าความเสียหายจำนวนมากเมื่อเทียบกับงบประมาณรายจ่ายของรัฐในแต่ละปี สร้างความเสียหายด้านการเงินและงบประมาณภาครัฐ ส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนและการพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ และยังทำให้นักลงทุนทั้งในและต่างประเทศขาดความเชื่อมั่นในการร่วมลงทุนหรือเป็นคู่สัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ

คณะกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการทุจริต ประพฤติมิชอบและเสริมสร้างธรรมาภิบาล วุฒิสภา ได้ทราบถึงปัญหาความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงมอบหมายให้คณะอนุกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบ ดำเนินการพิจารณาศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

คณะอนุกรรมการการศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบ จึงดำเนินการพิจารณาศึกษา เรื่อง ความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐในเชิงลึก เพื่อให้ทราบถึงสาเหตุและปัจจัยที่ทำให้เกิดปัญหาข้อพิพาท พร้อมทั้งจัดทำข้อเสนอแนะมาตรการ แนวทางในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริตในลักษณะเดียวกันนี้ไม่ให้เกิดความเสียหายเช่นนี้ขึ้นอีกในอนาคต

๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา

๑. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และแนวทางการปฏิบัติในการดำเนินโครงการร่วมทุน หรือการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับภาคเอกชน
๒. เพื่อศึกษาสภาพปัญหากรณีความเสียหายในการดำเนินโครงการของรัฐ
๓. เพื่อวิเคราะห์ข้อผูกพันสัญญาที่เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายในการดำเนินโครงการของรัฐ
๔. เพื่อเสนอแนวทางและมาตรการที่เกี่ยวข้องในการป้องกันความเสียหายในการดำเนินโครงการของรัฐ

๑.๓ ขอบเขตของการศึกษา

๑. ขอบเขตด้านเนื้อหา

เป็นการศึกษากรณีความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐที่มีการฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยจากเอกชนคู่กรณี/คู่สัญญา ที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนและก่อให้เกิดความเสียหายด้านงบประมาณและการบริหารภาครัฐ โดยดำเนินการศึกษาเนื้อหาที่เกี่ยวกับนโยบายรัฐบาลและความเป็นมาของโครงการ ขั้นตอนและกระบวนการในการดำเนินโครงการ การกำหนดคุณสมบัติ TOR การประมูลและสัมปทาน ข้อสัญญา การบริหารสัญญา ปัญหา อุปสรรคระหว่างการดำเนินโครงการ และกระบวนการบอกเลิกสัญญา

๒. ขอบเขตด้านเวลา

ดำเนินการศึกษากรณีความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ ในช่วงระยะเวลา ๑ ปี ของปี พ.ศ. ๒๕๖๓

๑.๔ วิธีการดำเนินการศึกษา

รายงานการศึกษานี้ ใช้วิธีการศึกษาและค้นคว้าจากแนวคิดทฤษฎี งานวิจัย/บทความเชิงวิชาการ ข้อมูลจากเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนสื่อสารสนเทศ รวมถึงสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีการดำเนินโครงการของรัฐ ศึกษาข้อสัญญาระหว่างรัฐกับคู่สัญญา ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการ เอกสารแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คำพิพากษาของศาลปกครอง

รวบรวมตลอดจนประสานขอข้อมูลและข้อเท็จจริงจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยมีประเด็นการศึกษา ดังนี้

- ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักปฏิบัติของการดำเนินงานเกี่ยวกับโครงการหรือบริการสาธารณะของรัฐที่เอกชนคู่สัญญาร่วมดำเนินการ หรือที่รัฐมอบหมายให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการแทนรัฐในกรณีต่าง ๆ เช่น การสัมปทาน การรับช่วงงานของรัฐ เป็นต้น เพื่อให้ทราบถึงหลักการ/แนวทางการปฏิบัติที่ดี

- ศึกษาเอกสารสัญญาโครงการ/สัมปทาน การดำเนินโครงการของรัฐที่ร่วมดำเนินการกับเอกชน เพื่อให้ทราบถึงข้อตกลงและแนวทางการปฏิบัติที่ต้องดำเนินการของคู่สัญญาและทราบปัญหา/ข้อจำกัดในการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

- ศึกษาแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ทราบถึงประเด็นข้อพิพาททางสัญญา และกระบวนการไกล่เกลี่ยระดับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง

- ศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครอง เพื่อให้ทราบถึงประเด็นการการพิจารณาและกระบวนการต่อสู้ในชั้นการพิจารณาของศาลปกครอง

๑.๕ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

๑. ทราบถึงความเป็นมาและสภาพปัญหาในการดำเนินโครงการของรัฐที่ทำให้เกิดความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐที่ดำเนินการร่วมกับเอกชนคู่สัญญา

๒. ได้ข้อมูลเชิงวิเคราะห์เกี่ยวกับข้อผูกพันสัญญาที่เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายในการดำเนินโครงการของรัฐ

๓. มีแนวทางและมาตรการที่เกี่ยวข้องในการป้องกันความเสียหายในการดำเนินโครงการของรัฐ และป้องกันการทุจริตในการดำเนินโครงการ

บทที่ ๒

แนวคิด ทฤษฎี กฎหมาย และงานวิชาการที่เกี่ยวข้อง

การดำเนินการศึกษาค้นคว้าความเสียหายของข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ เป็นการศึกษเชิงวิเคราะห์จากข้อมูล/ข้อเท็จจริงที่ปรากฏ โดยนำมาเปรียบเทียบกับแนวคิด ทฤษฎี กฎหมาย และงานวิชาการที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด แนวปฏิบัติในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ และการตกลงผูกพันสัมพันธให้เอกชนดำเนินการให้บริการสาธารณะหรือดำเนินกิจการแทนรัฐ เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และกฎหมายที่ใช้เป็นแนวปฏิบัติตั้งแต่จุดเริ่มต้นจนถึงปัจจุบัน และสามารถนำมาวิเคราะห์สภาพปัญหา สาเหตุ และปัจจัยต่าง ๆ ที่นำมาซึ่งความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญา ในการดำเนินโครงการของรัฐดังกล่าว

๒.๑ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

๒.๑.๑ นโยบายสาธารณะ

ความหมายของนโยบายสาธารณะตามทัศนะของนักวิชาการ มีดังนี้

เรื่องวิทย์ เกษสุวรรณ (๒๕๕๐)^๑ กล่าวถึงความหมายของนโยบายสาธารณะว่า “นโยบายสาธารณะเป็นการนำความรู้ความคิดที่มีเหตุผลและตั้งใจเพื่อนำไปแก้ไขปัญหาเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อการปฏิบัติของรัฐบาลเป็นการกำหนดแนวทางในอนาคตเน้นเป้าหมายวัตถุประสงค์เงื่อนไขผลลัพธ์และเป็นความพยายามที่จะกระทำเพื่อให้บรรลุผลประโยชน์สาธารณะ”

สุรสิทธิ์ วชิรขจร (๒๕๔๙)^๒ (อ้างถึงใน นโยบายสาธารณะไทย : กำเนิด พัฒนาการ และสถานภาพของศาสตร์, ๒๕๕๕) สรุปกรอบแนวคิดจากการศึกษาความหมายของนักวิชาการต่างประเทศ และชาวไทย คือ นโยบายสาธารณะประกอบด้วย การตัดสินใจโดยรัฐในการเลือกแนวทางที่พึงประสงค์ที่เกิดจากการตัดสินใจจะต้องถูกนำมาเป็นกรอบแนวทางและการดำเนินกิจกรรมของรัฐบาล ประกอบด้วย กิจกรรมต่าง ๆ ที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงและมีเป้าหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นในสังคม

^๑ เรื่องวิทย์ เกษสุวรรณ, (๒๕๕๐), นโยบายสาธารณะ กรุงเทพฯ : บพิธการพิมพ์, ๒๕๕๐.

^๒ ศุภชัย ยาวะประภาส, ปิยกร หวังมหาพร, นโยบายสาธารณะไทย : กำเนิด พัฒนาการและสถานภาพของศาสตร์, กรุงเทพฯ : จุดทอง, ๒๕๕๕, น. ๕๒.

สมบัติ ชำรงธัญวงศ์ (๒๕๔๐)^๓ (อ้างถึงในนโยบายสาธารณะไทย : กำเนิด พัฒนาการ และสถานภาพของศาสตร์, ๒๕๕๕) นโยบายสาธารณะเป็นกิจกรรมที่รัฐบาลเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำเป็นการใช้อำนาจของรัฐในการจัดสรรกิจกรรมเพื่อตอบสนองค่านิยมของสังคม ผู้มีอำนาจในการกำหนดนโยบาย ได้แก่ ผู้นำทางการเมือง ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ พรรคการเมือง สถาบันราชการ ข้าราชการและประมุขของประเทศ กิจกรรมที่รัฐบาลเลือกจะกระทำต้องเป็นชุดของการกระทำที่มีแบบแผน เป้าหมาย เป็นกิจกรรมที่ต้องกระทำให้ปรากฏเป็นจริง กิจกรรมที่เลือกกระทำต้องมีผลลัพธ์ในการแก้ปัญหาที่สำคัญของสังคม เป็นการตัดสินใจกระทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนจำนวนมาก เป็นการเลือกทางเลือกที่จะกระทำโดยพิจารณาทางเลือกที่เหมาะสมที่สุด เป็นกิจกรรมที่เกิดจากการต่อรองหรือประนีประนอมระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ เป็นกิจกรรมที่ครอบคลุมทั้งกิจกรรมภายในประเทศ และระหว่างประเทศ เป็นกิจกรรมที่รัฐบาลเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำซึ่งอาจก่อให้เกิดผลทางบวก และลบต่อสังคม และเป็นกิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย

อิงฟ้า สิงห์น้อย และรัฐชาติ ทศนัย (๒๕๖๑)^๔ นโยบายสาธารณะ คือ นโยบายที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนช่วยแก้ไขปัญหาชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนให้ดีขึ้น เป็นสิ่งที่เอื้ออำนวยผลประโยชน์และแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ต่อทั้งประชาชนและรัฐบาล โดยนโยบายสาธารณะแบ่งออกเป็นหลายประเภทด้วยกัน ซึ่งแต่ละประเภทยุ่ก็จะแตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสม ส่วนการนำไปใช้บริหารประเทศนั้นก็ขึ้นอยู่กับรัฐบาลแต่ละชุดว่าจะกำหนดและปฏิบัติตามนโยบายสาธารณะแบบไหน เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนมากที่สุด ดังนั้นนโยบายสาธารณะจึงเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐบาลที่มุ่งเน้นสร้างผลประโยชน์ให้กับประชาชนเป็นหลัก เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน และพัฒนาชีวิตประชาชนให้ดียิ่งขึ้นที่สำคัญต้องให้ความสำคัญในหลาย ๆ ด้านไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนโยบายรวมไปถึงการนำนโยบายไปปฏิบัติถ้าหากสามารถนำไปปฏิบัติได้จริงและตรงกับความต้องการของประชาชนก็จะสามารถช่วยให้ประชาชนมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นได้อย่างแท้จริง

^๓ ศุภชัย ยาวะประภาส, ปิยกร หวังมหาพร, เรื่องเดิม, น. ๕๓.

^๔ อิงฟ้า สิงห์น้อย, รัฐชาติ ทศนัย, วารสารสันติศึกษาปริทรรศน์มจร ปีที่ ๖ ฉบับพิเศษ ๒๕๖๑, (นโยบายสาธารณะ : การบริหารและการจัดการภาครัฐ), น. ๖๒๒.

Dye, Thomas R. (2002 : Understanding Public Policy)^๔ กล่าวว่า นโยบายสาธารณะ คือ กิจกรรมที่รัฐบาลเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำ

Hogwood, Brian W. & Gunn, Lewis A. (1984)^๖ กล่าวว่า นโยบายสาธารณะคือการแสดงจุดประสงค์หรือจุดหมายปลายทางของกิจกรรมของรัฐบาลในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและเป็นการอธิบายถึงการดำเนินการเพื่อบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้

Anderson, James E. (1975 : Public Policy Making)^๗ กล่าวว่า นโยบายสาธารณะเป็นแนวทางปฏิบัติที่กำหนดขึ้นเพื่อตอบสนองต่อปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น หรืออีกนัยหนึ่ง นโยบายสาธารณะ คือ แนวทางที่รัฐบาลหรือองค์กรของรัฐบาลกำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหา

ศุภชัย ยาวะประภาส, ปียกร หวังมหาพร, (๒๕๕๕)^๘ สรุปความหมายของนโยบายสาธารณะตามความหมายของนักวิชาการทั้งของไทยและของต่างประเทศ ว่ามีแนวคิดที่ไม่แตกต่างกัน เมื่อพิจารณาจากความหมายของนโยบายสาธารณะสามารถสรุป ได้ดังนี้

- ๑) เป็นแนวทางในการดำเนินการหรือโครงการที่รัฐกำหนด
- ๒) เป็นเรื่องการตัดสินใจ
- ๓) เป็นการกระทำของรัฐบาล
- ๔) เป็นกิจกรรมที่รัฐจัดขึ้นทั้งปัจจุบันและอนาคต
- ๕) เป็นวิธีการบรรลุเป้าหมาย
- ๖) เป็นทางเลือกที่จะไม่ดำเนินการ

จากความเห็นของนักวิชาการดังกล่าวมาแล้วข้างต้นสรุปได้ว่า “นโยบายสาธารณะ” คือแนวทางหรือกิจกรรมที่รัฐกำหนดและตัดสินใจที่จะทำหรือไม่ทำ เพื่อแก้ไขปัญหาหรือเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ ภายใต้ผลประโยชน์ของรัฐหรือประชาชนส่วนรวม โดยมีกลไกการหรือกำหนดแนวทางอย่างมีแบบแผนและการขับเคลื่อนดำเนินกิจกรรมภายใต้กลไกและกฎหมายของรัฐ และมีผลผูกพันทั้งในปัจจุบันและอนาคต ดังนั้น การกำหนดนโยบายสาธารณะของรัฐบาล จึงมีความสำคัญต่อการกำหนด

^๔ ศุภชัย ยาวะประภาส, ปียกร หวังมหาพร, นโยบายสาธารณะไทย : กำเนิด พัฒนาการและสถานภาพของศาสตร์, กรุงเทพฯ : จุดทอง, ๒๕๕๕, น. ๔๙.

^๖ ศุภชัย ยาวะประภาส, ปียกร หวังมหาพร, เรื่องเดิม, น. ๕๐.

^๗ ศุภชัย ยาวะประภาส, ปียกร หวังมหาพร, เรื่องเดิม, น. ๔๙.

^๘ ศุภชัย ยาวะประภาส, ปียกร หวังมหาพร, นโยบายสาธารณะไทย : กำเนิด พัฒนาการและสถานภาพของศาสตร์, กรุงเทพฯ : จุดทอง, ๒๕๕๕, น. ๖๑.

ทิศทางการบริหารประเทศ และทิศทางการดำเนินงานของหน่วยงานภาครัฐในการนำนโยบายไปสู่การปฏิบัติภายใต้ผลประโยชน์สาธารณะของประชาชนและประเทศชาติ

๒.๑.๒ การบริการสาธารณะ

ปฐม มณีโรจน์, (๒๕๓๘)^๙ (อ้างถึงใน อำนวย บุญรัตน์เมตรี) ให้ความหมายของการให้บริการสาธารณะว่าเป็นการบริการในฐานะเป็นหน้าที่ของหน่วยงานที่มีอำนาจกระทำเพื่อตอบสนองต่อความต้องการให้เกิดความพอใจจากความหมายนี้พิจารณาได้ว่าการบริการสาธารณะประกอบด้วยผู้ให้บริการและผู้รับบริการ โดยฝ่ายผู้ให้บริการต้องถือปฏิบัติเป็นหน้าที่ที่ต้องให้บริการเพื่อให้ฝ่ายผู้รับบริการเกิดความพอใจ

เทพศักดิ์ บุญรัตน์, (๒๕๓๖)^{๑๐} ให้ความหมายของการให้บริการสาธารณะว่าการที่บุคคล กลุ่มบุคคล หรือหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะซึ่งอาจเป็นของรัฐ หรือเอกชนมีหน้าที่ในการสานต่อการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อการสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม มีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ สถานที่ และบุคคลที่ให้บริการ ปัจจัยนำเข้าหรือทรัพยากร กระบวนการและกิจกรรม ผลผลิตหรือตัวบริการ ช่องทางการให้บริการ ผลกระทบที่มีต่อผู้รับบริการ

จากความหมายข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า บริการสาธารณะ คือ บริการที่จัดขึ้นโดยภาครัฐ หรือโดยเอกชนที่อยู่ในการควบคุม ดูแลของรัฐ ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงที่ทำกันไว้เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน และเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ

๒.๑.๓ หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

เมื่อพิจารณาในแง่ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว กฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงคือ กฎหมายปกครองซึ่งเกิดขึ้นมาก็โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการ

^๙ ปฐม มณีโรจน์, (๒๕๓๘), ความพึงพอใจของประชาชนต่อระบบและกระบวนการให้บริการของ กรุงเทพมหานคร : ศึกษากรณีสำนักงานเขต, กรุงเทพฯ : สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

^{๑๐} เทพศักดิ์ บุญรัตน์พันธ์, (๒๕๓๖), ปัจจัยที่ส่งผลต่อการสร้างประสิทธิผลของการนำนโยบายไปปฏิบัติ : กรณีศึกษาสำนักงานเขต กรุงเทพมหานคร, วิทยานิพนธ์พัฒนบริหารศาสตร์ ดุษฎีบัณฑิต, สาขาการบริหารการพัฒนา, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

บริการสาธารณะ โดยนันทวัฒน์ บรมานันท์, (๒๕๕๓)^{๑๑} ได้อธิบายหลักการพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะ ประกอบด้วย

๑. หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ หมายความว่า การบริการสาธารณะต้องไม่หยุดนิ่ง เพราะจะทำให้ประชาชนเดือดร้อน ประเทศชาติเสียหาย หลักการนี้สะท้อนให้เห็นในหลักการที่กำหนดในกฎหมายปกครองในด้านต่าง ๆ ทั้งนี้ หลักการที่สำคัญของหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ คือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ จะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่มีเกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ และในกรณีที่เกิดการหยุดชะงัก องค์การที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันการต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ

๒. หลักความเปลี่ยนแปลงได้ของการจัดทำบริการสาธารณะ หลักการนี้มีวัตถุประสงค์สำคัญคือ เพื่อให้ทันต่อความต้องการของประชาชน เพราะความต้องการของประชาชนสามารถเปลี่ยนแปลงได้อยู่เสมอตามสภาพความผันแปรของเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองซึ่งได้อธิบายว่าการบริการสาธารณะที่ดีนั้น จะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ เพราะโดยสภาพของการจัดทำบริการสาธารณะทั่ว ๆ ไปที่มีวัตถุประสงค์ในการตอบสนองความต้องการของประชาชนเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็อาจจะได้รับการเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย

๓. หลักความเสมอภาค ได้แก่ ความเสมอภาคของประชาชนที่จะได้รับการบริการสาธารณะโดยเท่าเทียม ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะนั้น เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน รัฐมิได้จัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใด โดยเฉพาะ ประชาชนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน หลักการนี้ นอกจากความเสมอภาคที่จะได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกันแล้ว ยังหมายความรวมถึงความเสมอภาคที่จะได้รับอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นราคาค่าบริการ ความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐ รวมทั้งความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับรัฐอย่างเท่าเทียม

^{๑๑} นันทวัฒน์ บรมานันท์, (๒๕๕๓), กฎหมายปกครอง, (พิมพ์ครั้งที่ ๒), กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

กันโดยการสอบแข่งขันกับบุคคลอื่น ๆ ภายใต้เงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านความรู้ความสามารถพื้นฐาน

๒.๑.๔ หน้าที่ของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ

หน้าที่ของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๖๐^{๑๒} เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งเป็นหลักการหรือกติกาแห่งการปกครองประเทศ ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐเอาไว้ใน หมวด ๕ ว่าด้วยหน้าที่ของรัฐ ที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน ดังนี้

มาตรา ๕๒ “รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราชอธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย...”

มาตรา ๕๔ “รัฐต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาเป็นเวลาสิบสองปี ตั้งแต่วันเรียนจนจบการศึกษาภาคบังคับอย่างมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย”

มาตรา ๕๕ “รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง...”

มาตรา ๕๖ “รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน...”

มาตรา ๕๙ “รัฐต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐ ที่มีใช้ข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หรือเป็นความลับของทางราชการตามที่กฎหมายบัญญัติ และต้องจัดให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารดังกล่าวได้โดยสะดวก”

มาตรา ๖๑ “รัฐต้องจัดให้มีมาตรการหรือกลไกที่มีประสิทธิภาพ ในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคด้านต่าง ๆ...”

มาตรา ๖๓ “รัฐต้องส่งเสริม สนับสนุน และให้ความรู้แก่ประชาชนถึงอันตรายที่เกิดจากการทุจริตและประพฤติมิชอบทั้งภาครัฐและภาคเอกชน และจัดให้มีมาตรการและกลไกที่มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันและขจัดการทุจริตและประพฤติมิชอบดังกล่าวอย่างเข้มงวด...”

^{๑๒} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๖๐.

นอกจากนี้ หน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะ ยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถาบันสำคัญของรัฐ การจัดทำบริการสาธารณะขึ้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับคุณภาพชีวิตของประชาชนในด้านต่าง ๆ รวมถึงการมีมาตรการที่จะทำให้ระบบการบริหารทั้งภาครัฐและเอกชนมีความโปร่งใสลดการทุจริตและประพฤติมิชอบในองค์การ และนอกจากหน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชนที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแล้ว หน้าที่ของรัฐยังปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ คำสั่ง นโยบายของรัฐบาล ตลอดจนแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นต้น

๒.๑.๕ ค่านิยมของการให้บริการสาธารณะ

ค่านิยมเป็นเรื่องที่มีการยึดถือปฏิบัติเป็นหลักในการดำรงชีวิตในการทำงานค่านิยมซึ่งนอกจากจะเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคลแล้ว เช่น ค่านิยมความซื่อสัตย์ ค่านิยมที่ยึดถือประโยชน์ส่วนรวม ค่านิยมที่ยึดหลักความถูกต้อง ค่านิยมความตรงต่อเวลา เป็นต้น ในการให้บริการสาธารณะก็มีลักษณะเช่นเดียวกันก็จำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์รองรับเพื่อใช้เป็นหลักยึดถือในการให้บริการแก่ประชาชนซึ่งจอห์น ดี มิลเลท (John D. Millet, 1954 : ๓๙๗ อ้างถึงใน ชนะดา วีระพันธ์, (๒๕๕๕), หน้า ๗-๙)^{๑๓} ได้อธิบายเกี่ยวกับค่านิยมในการให้บริการสาธารณะว่าการให้บริการสาธารณะนั้นมีเป้าหมายที่สำคัญอยู่ที่การสร้าง ความพึงพอใจให้แก่ประชาชนโดยเป้าหมายนี้เป็นค่านิยมแรกของผู้ปฏิบัติงานจะต้องยึดถือไว้เสมอซึ่งค่านิยมหรือหลักการของการให้บริการสาธารณะมี ๕ ประการ ได้แก่ ความเสมอภาค ความตรงต่อเวลา ความพอเพียง ความต่อเนื่อง และความก้าวหน้า โดยมีรายละเอียดของหลักการให้บริการ ดังนี้

๑. การให้บริการอย่างเสมอภาค (Equitable Service) หมายถึง ความยุติธรรมในการบริหารงานภาครัฐที่มีฐานคิดว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น ประชาชนทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีการแบ่งแยกหรือกีดกันด้วยเหตุผลทางเพศ อาชีพ ระดับการศึกษาหรือสถานะทางสังคมที่เป็นข้ออ้างในการให้บริการ ประชาชนจะต้องได้รับการปฏิบัติในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลที่ต้องได้รับมาตรฐานในการให้บริการเดียวกัน

^{๑๓} ชนะดา วีระพันธ์, (๒๕๕๕), ความพึงพอใจของประชาชนต่อการให้บริการขององค์การบริหารส่วนตำบลบ้านเก่า อำเภอพานทอง จังหวัดชลบุรี, มหาวิทยาลัยบูรพา, น. ๗.

๒. การให้บริการที่ตรงต่อเวลา (Timely Service) หมายถึง การให้บริการสาธารณะที่จะต้องมีความตรงต่อเวลา โดยที่ผลการปฏิบัติงานของหน่วยงานภาครัฐจะถือว่าไม่มีประสิทธิผลเลยถ้าไม่มีการตรงต่อเวลาซึ่งจะสร้างความไม่พึงพอใจให้แก่ประชาชน

๓. การให้บริการอย่างเพียงพอ (Ample Service) หมายถึง การให้บริการสาธารณะจะต้องมีจำนวนการให้บริการและสถานที่ให้บริการที่เหมาะสมเพียงพอซึ่งความเสมอภาคและความตรงเวลาจะไม่มี ความหมายเลยถ้ามีจำนวนการให้บริการที่ไม่เพียงพอและสถานที่ตั้งที่ให้บริการสร้างความไม่ยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่ผู้รับบริการ

๔. การให้บริการอย่างต่อเนื่อง (Continues Service) หมายถึง การให้บริการสาธารณะที่เป็นไปอย่างสม่ำเสมอโดยยึดประโยชน์ของสาธารณะเป็นหลักไม่ใช่ยึดความพอใจของหน่วยงานที่ให้บริการว่าจะให้หรือหยุดบริการเมื่อไหร่ก็ได้

๕. การให้บริการอย่างก้าวหน้า (Progressive Service) หมายถึง การให้บริการสาธารณะที่มีการปรับปรุงคุณภาพของการให้บริการหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการเพิ่มประสิทธิภาพหรือความสามารถที่จะทำหน้าที่ได้มากขึ้นโดยใช้ทรัพยากรเท่าเดิม

ดังนั้น การบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมหรือผลประโยชน์ที่ตอบสนองต่อความต้องการหรือแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนให้เกิดความพึงพอใจแก่ประชาชนหรือผู้รับบริการ การบริการสาธารณะโดยองค์การภาครัฐ จึงมีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ การให้บริการสาธารณะจึงต้องพิจารณาอย่างเป็นระบบ คำนึงถึงค่านิยมสำคัญของการบริการสาธารณะ และเพื่อให้การบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องมีองค์ประกอบด้านต่าง ๆ เช่น งบประมาณ ระบบการบริหารงาน ทรัพยากรด้านคน เทคโนโลยีที่ถูกนำมาบริหารจัดการบริการสาธารณะ เพื่อให้การบริการสาธารณะตรงต่อความต้องการและสามารถแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนได้อย่างแท้จริง

๒.๑.๖ แนวคิดการป้องกันการทุจริต

๑) การทุจริต

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔^{๑๔} ให้ความหมาย “ทุจริต” ว่า (๑) (น.) ความประพฤติชั่ว, ถ้าเป็นความประพฤติชั่วทางกาย เรียกว่า กายทุจริต, ถ้าเป็นความประพฤติชั่วทางวาจา เรียกว่า วาจาทุจริต, ถ้าเป็นความประพฤติชั่วทางใจ เรียกว่า มโนทุจริต. (๒) (ก.) โกง เช่น ทุจริตในการสอบ, คดโกง, ฉ้อโกง, เช่น ทุจริตต่อหน้าที่. (๓) (ว.) ไม่ซื่อตรง เช่น คนทุจริต.

กมล เกาพิจิตร (๒๕๓๔)^{๑๕} กล่าวว่า Fraud หมายถึง ความเท็จ การฉ้อฉล กลฉ้อฉล คนโกง

เกียรติศักดิ์ จีรเธียรนาถ (๒๕๓๙)^{๑๖} กล่าวว่า การทุจริต หมายถึง การกระทำ โดยตนเองหรือร่วมมือกับบุคคลอื่นเพื่อให้ได้รับทรัพย์สิน ผลประโยชน์ หรือบริการอื่นใด โดยวิธีการฉ้อโกง ปิดบังข้อเท็จจริงหรือวิธีการอันไม่ชอบด้วยกฎ ระเบียบ ข้อบังคับขององค์กร

๒) ทุจริตต่อหน้าที่

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔^{๑๗} ให้ความหมาย “ทุจริตต่อหน้าที่” ว่า (ก.) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ซึ่งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๔ และพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๑ และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา ๓ ได้ให้ความหมาย “ทุจริตต่อหน้าที่” เหมือนกันว่า “ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ซึ่งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับ

^{๑๔} พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔, <https://dictionary.orst.go.th/>, สืบค้น ๓๐ พ.ย. ๖๕.

^{๑๕} กมล เกาพิจิตร, (๒๕๓๔), Modern English-Thai Thai-English Dictionary, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

^{๑๖} เกียรติศักดิ์ จีรเธียรนาถ, (๒๕๓๙), การทุจริตในองค์กรและอาชญากรรมธุรกิจ (พิมพ์ครั้งที่ ๕), กรุงเทพฯ : คู่แข่ง.

^{๑๗} พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔, <https://dictionary.orst.go.th/>, สืบค้น ๓๐ พ.ย. ๖๕.

ตนเองหรือผู้อื่น หรือกระทำการอันเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาหรือตามกฎหมายอื่น”

๓) แนวคิดการป้องกันการทุจริต

เจริญ เจษฎาวัลย์ (๒๕๕๐)^{๑๘} กล่าวว่า การป้องกันการทุจริต หมายถึง การดูแลรักษาทรัพย์สินเงินทองให้มีความปลอดภัยจากการถูกทุจริตฉ้อโกงทางการเงินจากุรชนคนชั่ว โดยกลวิธีต่าง ๆ นั้น ผู้รับผิดชอบควรสร้างแนวป้องกันตัวทรัพย์สินไว้ ในการป้องกันการทุจริตนั้น ย่อมมีต้นทุนค่าใช้จ่าย หลักการป้องกันที่ดี จึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างต้นทุนที่จ่ายในเรื่องนั้น ๆ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑^{๑๙} ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ในการป้องกันการทุจริตของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในด้านการป้องกันการทุจริต ดังนี้

มาตรา ๓๒ คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่และอำนาจเสนอมาตรการความเห็น และข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรี รัฐสภา ศาล องค์กรอิสระ หรือองค์กรอัยการในเรื่องดังต่อไปนี้ (๑) ปรับปรุงการปฏิบัติราชการ หรือวางแผนงานโครงการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อป้องกันหรือปราบปรามการทุจริต การกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม (๒) จัดให้มีมาตรการและกลไกที่มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันและขจัดการทุจริตและประพฤติมิชอบทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนอย่างเข้มงวด (๓) เสนอแนะให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมาตรการใดที่เป็นช่องทางให้มีการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ หรือเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ให้เกิดผลดีต่อราชการได้ ในการจัดทำมาตรการ ความเห็น และข้อเสนอแนะตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการ ป.ป.ช. อาจจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะในเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด

มาตรา ๓๓ เพื่อให้ประชาชนและหน่วยงานของรัฐมีส่วนร่วมและให้ความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนดมาตรการและกลไกที่จำเป็นต่อการดำเนินการในเรื่องดังต่อไปนี้ (๑) การส่งเสริมให้ประชาชนรวมตัวกันเพื่อมีส่วนร่วมใน

^{๑๘} เจริญ เจษฎาวัลย์, (๒๕๕๐), เทคนิคการตรวจสอบทุจริต (พิมพ์ครั้งที่ ๓), นนทบุรี : พอดี้

^{๑๙} พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑.

การรณรงค์ให้ความรู้ต่อต้าน หรือชี้เบาะแส โดยได้รับความคุ้มครอง รวมทั้งจัดให้มีช่องทางการแจ้งข้อมูลเบาะแส หรือพยานหลักฐานสำหรับการกระทำความผิดที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยช่องทางดังกล่าวต้องมีวิธีการที่ง่าย สะดวก ไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก และไม่ก่อผลร้ายกับผู้แจ้งดังกล่าว รวมทั้งดำเนินการเพื่อป้องกันการทุจริต ตลอดจนเสริมสร้างทัศนคติและค่านิยมเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต (๒) ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนหน่วยงานของรัฐในการจัดให้มีกลไกการแจ้งเตือนกรณีพบว่ามีพฤติการณ์ที่สื่อว่าอาจมีการทุจริตในหน่วยงานของตน (๓) ส่งเสริมให้ประชาชนและชุมชนมีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับอันตรายของการทุจริต รวมถึงค่านิยมที่เน้นการพึ่งพาระบบอุปถัมภ์ในสังคม เพื่อให้เกิดการต่อต้านการทุจริตและประพฤติมิชอบอย่างกว้างขวาง (๔) รับฟังข้อเสนอแนะจากประชาชนหรือหน่วยงานของรัฐเพื่อนำไปปรับปรุงการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และสำนักงานให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ในการดำเนินการตาม (๑) (๒) และ (๓) ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อให้คำเสนอแนะ ช่วยเหลือ และร่วมมือกันดำเนินการ

กล่าวคือ กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ด้านการป้องกัน ๒ ด้าน คือ ๑) ด้านตัวระบบ ในการเสนอมาตรการ ความเห็นและข้อเสนอแนะ ต่อคณะรัฐมนตรี รัฐสภา ศาล หรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อปรับปรุงการปฏิบัติราชการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐในการป้องกันการทุจริต ๒) ด้านตัวบุคคล ในการดำเนินการเสริมสร้างทัศนคติและค่านิยมเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการป้องกันปราบปรามการทุจริต

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๑ และที่แก้ไขเพิ่มเติม^{๒๐} ได้กำหนดบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (คณะกรรมการ ป.ป.ท.) ในด้านการป้องกันการทุจริต ดังนี้

มาตรา ๑๗ ให้คณะกรรมการ ป.ป.ท. มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (๑) เสนอ นโยบาย มาตรการ และแผนพัฒนาการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี (๑/๑) กำกับดูแลสำนักงานในการส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนรวมตัวกันเพื่อมีส่วนร่วม ในการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต (๒) เสนอแนะและให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ

^{๒๐} พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๑ และที่แก้ไขเพิ่มเติม, (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๙, (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๑.

มาตรา ๕๘/๑ ในกรณีดังต่อไปนี้ให้คณะกรรมการ ป.ป.ท. พิจารณา ดำเนินการตามมาตรา ๑๗ (๒) โดยเร็ว (๑) เมื่อปรากฏว่ากฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือมาตรการใดล้ำสมัย ขาดประสิทธิภาพหรือขาดการบังคับใช้อย่างทั่วถึงเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการทุจริต ในภาครัฐ หรือเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ให้เกิดผลดีต่อราชการได้ (๒) เมื่อปรากฏว่า การดำเนินการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐไม่บรรลุผล เพราะไม่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับวินัย หรือมาตรการที่จำเป็น

มาตรา ๕๘/๒ เมื่อปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐใดมีวิธีปฏิบัติหรือ การดำเนินการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ให้สำนักงานแจ้งให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐทราบ เพื่อดำเนินการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

๒.๑.๗ หลักการระดับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นหลักการระดับข้อพิพาทที่สำคัญที่ถูกนำมาใช้ในการ ระดับข้อพิพาทซึ่งมีความสำคัญที่เกี่ยวกับการค้าและการลงทุน ในปัจจุบันระบบการระดับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการจะพบได้ในระบบกฎหมายของหลายประเทศ โดยหลักการระดับข้อพิพาทของ อนุญาโตตุลาการมีขั้นตอนที่มีความแตกต่างจากการระดับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาทางปกครองโดย ศาลปกครอง เนื่องจากการระดับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นขั้นตอนที่เกิดขึ้นก่อนมีการนำ ข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล เมื่อมีการพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีประเด็นที่เกิดความไม่ชัดเจน ของข้อกฎหมายหรือขั้นตอนของการดำเนินการตามสัญญาระหว่างกัน ซึ่งเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา

ความหมายและลักษณะของอนุญาโตตุลาการ

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้ให้คำนิยามความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” ว่า (น.) บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระตัดสินในข้อพิพาท^{๒๐} นอกจากนี้ มีนักวิชาการได้ให้คำนิยาม “อนุญาโตตุลาการ” ดังนี้

^{๒๐} พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔, <https://dictionary.orst.go.th>, สืบค้น ๑๑ ต.ค. ๒๕๖๔.

ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์ ให้ความหมายไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการ” หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คู่กรณีพิพาท หรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมาย ตั้งขึ้นให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี^{๒๒}

รองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร ให้ความหมาย “อนุญาโตตุลาการ” การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าจะคนเดียวหรือหลายคน บุคคลที่สามดังกล่าวนี้ได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนี้จะต้องพิจารณาคดีและทำคำวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทว่าคู่พิพาทฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก^{๒๓}

รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ให้คำนิยาม “อนุญาโตตุลาการ” หมายถึง บุคคลที่ได้รับอนุญาตจากคู่ความให้มาพิจารณาและตัดสินข้อพิพาทแก่คู่ความ^{๒๔}

“อนุญาโตตุลาการ” หมายถึง บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายในการที่ตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทอาจกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ได้รับการชี้ขาดอันมีผลผูกพัน โดยบุคคลที่ตนเป็นผู้เลือก ซึ่งผลจากการตกลงดังกล่าวทำให้ข้อพิพาทไม่อยู่ในอำนาจของศาล ดังนั้น คู่พิพาทจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในการที่จะให้มีอนุญาโตตุลาการกระบวนการจะจบลงด้วยการมีคำชี้ขาด ซึ่งมีสภาพบังคับทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลและในที่สุดคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถที่จะถูกโต้แย้งโดยคู่พิพาทที่ไม่พอใจได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด^{๒๕}

“อนุญาโตตุลาการ” หมายถึง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบุคคลที่สาม โดยคู่กรณี (๑) อาจเลือกบุคคลที่สามเป็นอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งคน (Sole Arbitrator) หรือหลายคนเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) ก็ได้ (แต่ต้องเป็นจำนวนเลขคี่) หรือ (๒) อาจเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Institution) ทั้งนี้ คู่กรณีอาจกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ในสัญญาเรียกว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” หรืออาจจะระบุเป็นข้อสัญญา (Arbitration

^{๒๒} เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔), น. ๑๑๘.

^{๒๓} อนันต์ จันทโรภากร, (๒๕๕๘). ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท : การเจรจาไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. ๗๕.

^{๒๔} พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๙), น. ๘.

^{๒๕} วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, สิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, ๒๕๕๘), น. ๒๘-๒๙.

Clause) ก็ได้ โดยอนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่วินิจฉัยการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) ซึ่งคู่กรณีต้องผูกพันตามคำชี้ขาดดังกล่าว ทั้งนี้ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้บังคับตามคำชี้ขาดได้^{๒๖}

กล่าวโดยสรุป “กระบวนการอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยความตกลงของคู่สัญญา โดยบุคคลที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดต้องเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่พิพาท อาจเป็นบุคคลเดียวหรือหลายคนก็ได้ (แต่ต้องเป็นจำนวนเลขคี่) ตามข้อตกลงของคู่สัญญา เมื่อมีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้วย่อมมีผลผูกพันกับคู่สัญญา

๒.๑.๘ การทุจริตเชิงนโยบาย

ปัจจุบันปัญหาการทุจริตเป็นปัญหาที่ทวีความรุนแรงและเกิดขึ้นในหน่วยงานต่าง ๆ อย่างกว้างขวางสำหรับประเทศไทยปัญหาด้านการทุจริตเป็นปัญหาที่สั่งสมมานาน จนหยั่งรากลึกลงในทุกภาคส่วนของสังคมการแก้ปัญหาไม่สามารถกระทำได้อย่างรวดเร็ว เนื่องจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทุจริตส่วนใหญ่จะมีความสัมพันธ์กับกลุ่มผู้มีอิทธิพลทางการเมือง และยังพบว่า กลุ่มผู้มีอิทธิพลทางการเมืองต่างมีผลประโยชน์ทับซ้อนจากการดำเนินงานตามโครงการหรือนโยบายของรัฐบาล ทั้งนี้สภาพปัญหาความเป็นจริงด้านการทุจริตดังกล่าว สะท้อนให้เห็นถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการดำเนินงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่ผ่านมาของประเทศไทย ซึ่งถึงแม้ว่าจะมีความพยายามป้องกันและแก้ไขอย่างเป็นรูปธรรม แต่ปัญหาการทุจริตมิได้ถูกแก้ไขได้อย่างแท้จริงแม้มีการกำหนดและใช้มาตรการป้องกันปราบปรามอย่างต่อเนื่องก็ตาม ซึ่งปัญหาการทุจริตที่พบจะเป็นการทุจริตภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยการสร้างอำนาจหรือบทบาทหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อการทุจริต โดยการสร้างนโยบายหรือกฎหมายต่าง ๆ โดยอ้างถึงผลประโยชน์ของสาธารณะขึ้นมาผ่านการใช้กระบวนการสร้างความชอบธรรมและใช้นโยบายหรือกฎหมายนั้นกำหนดบทบาทหน้าที่และแนวทางการปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้นมาเพื่อให้กลุ่มบุคคลสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินการทุจริตหรือแสวงหา

^{๒๖} สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน), <https://www.etda.or.th>, อนุญาโตตุลาการ, ๑๗ มิ.ย. ๒๕๖๓, สืบค้น ๑๑ ต.ค. ๒๕๖๔.

ผลประโยชน์ของตนจากการดำเนินงานตามนโยบายหรือกฎหมายนั้น ๆ การทุจริตนี้เรียกว่า “การทุจริตเชิงนโยบาย”^{๒๗}

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ และคณะ (๒๕๕๕) ให้ความหมายของการทุจริตเชิงนโยบายว่า “การแสวงหาประโยชน์ หรือการเอื้อประโยชน์ หรือการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัว กับผลประโยชน์ส่วนรวม อันเกิดจากการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐบาลหรือรัฐมนตรี ในการเสนอโครงการหรือการดำเนินโครงการหรือกิจการใด ๆ อันเป็นผลให้ ตนเองหรือบุคคลอื่นได้ประโยชน์จากการดำเนินการตามโครงการหรือกิจการนั้น ๆ หรือทำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ”^{๒๘}

ประจักษ์ ก้องกีรติ เรื่อง ประชาธิปไตย คอร์รัปชัน และการปฏิรูปประเทศไทย : จะใช้ประชาธิปไตยแก้ปัญหาคอร์รัปชันได้อย่างไร^{๒๙} จากการศึกษาวิจัยพบว่า ปัจจัยที่เอื้ออำนวยให้เกิดการทุจริตเชิงนโยบายคือ ปัจจัยด้านการขาดความโปร่งใสและขาดการตรวจสอบ และปัจจัยด้านช่องว่างหรือข้อบกพร่องของกฎหมาย โดยสามารถอธิบายได้ ดังนี้

๑. ปัจจัยด้านการขาดความโปร่งใสและขาดการตรวจสอบ พบว่า ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ทำให้ไม่ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดและไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจตามตำแหน่งหน้าที่อย่างมากโดยขาดมาตรการตรวจสอบที่เพียงพอและขาดการถ่วงดุลอำนาจที่เหมาะสม

๒. ปัจจัยด้านช่องว่างหรือข้อบกพร่องของกฎหมายพบว่า ปัจจัยที่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีช่องทางในการทุจริตเกิดจากความล้าสมัยของกฎหมายที่ขาดความรัดกุมและชัดเจน ซึ่งส่งผลให้เกิดการทุจริตที่มีความผิดใน ๒ ลักษณะคือ ๑) ความผิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือผู้หนึ่งผู้ใด ๒) เป็นความผิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ไปในการแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือพวกพ้อง

นอกจากนั้น จากผลการวิจัยดังกล่าวได้นำเสนอมาตรการที่ใช้ในการป้องกันการทุจริต คือ ๑) มาตรการทางด้านวัตถุวิสัย ได้แก่ การควบคุมทางการเมือง เช่น การควบคุมผ่าน

^{๒๗} อัญชลี จวงจันทร์, การทุจริตเชิงนโยบาย, หอสมุดรัฐสภา, <https://www.parliament.go.th>, สืบค้น ๑๔ ต.ค. ๖๔.

^{๒๘} นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ และคณะ, (๒๕๕๕), การวิจัยเพื่อศึกษารูปแบบการทุจริตเชิงนโยบาย, สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ.

^{๒๙} ประจักษ์ ก้องกีรติ, (๒๕๕๗), ประชาธิปไตย คอร์รัปชัน และการปฏิรูปประเทศไทย : จะใช้ประชาธิปไตยแก้ปัญหาคอร์รัปชันได้อย่างไร, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI).

กระบวนการตรวจสอบโดยรัฐสภา และการใช้องค์กร หรือหน่วยงานภายใต้การกำกับของรัฐสภา เป็นเครื่องมือในการดำเนินงานการบริหาร เช่น การปรับปรุงกฎหมายต่าง ๆ หรือบัญญัติกฎหมายใหม่ ๆ ขึ้นมาบังคับใช้เพื่อป้องกันมิให้กฎหมายเหล่านั้นถูกนำไปใช้เป็นช่องทางในการทุจริตได้ ๒) มาตรการทางด้านอัติวิสัย ได้แก่ การใช้กระบวนการเรียนรู้ ถ่ายทอด และปลูกฝังค่านิยม คุณธรรม จริยธรรม และแนวคิดในการเข้ามีส่วนร่วมในการต่อต้านการทุจริตให้กับกลุ่มบุคคลต่าง ๆ ทั้งในส่วนของนักการเมือง ข้าราชการ, นักธุรกิจ และในส่วนของประชาชน และเพื่อเป็นการเพิ่มมาตรการในการป้องกันการทุจริตเชิงนโยบาย ประจักษ์ ก้องกีรติ ได้เสนอแนวทางในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเชิงนโยบายที่มีประสิทธิภาพ ดังนี้

๑. กำหนดกลไกการกลั่นกรองเลือกสรรคนดีเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อกลั่นกรองและสกัดกั้นนักการเมืองที่ทุจริต หรือใช้เงินเลือกตั้งโดยมิชอบ หรือมีความเกี่ยวข้องกับกลุ่มอิทธิพลต่าง ๆ ซึ่งจะนำมาสู่การทุจริต และการแสวงหาผลประโยชน์ทางการเมืองในอนาคต โดยมีวิธีการดำเนินงานที่สำคัญ ๒ วิธีการด้วยกันคือ การกำหนดคุณสมบัติของข้าราชการการเมืองและนักการเมือง และการสกัดกั้นโดยกระบวนการเลือกตั้ง

๒. กำหนดการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีวัตถุประสงค์สำคัญคือ เพื่อตรวจสอบการดำเนินงานและการใช้อำนาจรัฐเป็นระยะ โดยมีวิธีการดำเนินงานที่สำคัญ ๓ วิธีการ คือ ๑) การตรวจสอบบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน โดยสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ๒) การตรวจสอบการใช้เงินแผ่นดินของผู้มีอำนาจรัฐ และ ๓) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

๓. กำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิด มีวัตถุประสงค์สำคัญคือ เพื่อเสริมสร้างประสิทธิภาพของกระบวนการและกลไกการป้องกันและปราบปรามการคอร์รัปชันให้เพิ่มมากขึ้น โดยมีวิธีการดำเนินงานที่สำคัญ ๓ วิธีการ คือ ๑) การป้องกันและปราบปรามการทุจริตโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ๒) การสร้างบทลงโทษ การทุจริตการเสนอราคา และ ๓) การเสนอราคาที่ไม่เป็นธรรม และการปราบปรามการฟอกเงิน

๔. กำหนดกลไกและกระบวนการร้องเรียน ที่มีวัตถุประสงค์ คือ สร้างกระบวนการตรวจสอบอำนาจรัฐโดยประชาชน โดยมีวิธีการดำเนินงานที่สำคัญ ๓ วิธี คือ ๑) ผู้เสียหายฟ้องศาลปกครอง ๒) การร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา และ ๓) สิทธิของประชาชนในการเข้าชื่อ

ร้องเรียน ซึ่งกลไกต่าง ๆ เหล่านี้จะถูกนำไปปฏิบัติโดยการใช้กฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญ จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า การทุจริตเชิงนโยบาย เป็นการแสวงหาประโยชน์หรือการเอื้อประโยชน์ให้กับตัวเองและพวกพ้อง โดยอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายหรือการตีความโดยใช้กฎระเบียบต่าง ๆ จากผิดเป็นถูก ซึ่งการดำเนินการต่าง ๆ จะเกิดขึ้นภายใต้ช่องโหว่ของกฎหมาย และส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ส่วนรวมและขัดต่อหลักธรรมาภิบาลที่ดี

นอกจากนั้น การทุจริตเชิงนโยบายยังมีลักษณะซับซ้อนและแยบยล โดยผู้กระทำการทุจริตจะเป็นผู้ที่ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กลุ่มทุนธุรกิจซึ่งเป็นเครือญาติ และพวกพ้องของนักการเมืองและกลุ่มข้าราชการ โดยมีนักการเมืองซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองทั้งในระดับประเทศและระดับท้องถิ่นเป็นตัวการสำคัญในการกำหนดนโยบายที่ให้ความเห็นชอบอนุมัติหรืออนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินโครงการลงทุนของรัฐขนาดใหญ่ (Mega Project) และโครงการของรัฐบาลที่ใช้จ่ายเงินจากงบประมาณแผ่นดินจำนวนมาก ทั้งนี้ โดยมีเจตนาเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้อง

นอกจากนั้น เมื่อวิเคราะห์รูปแบบการทุจริตเชิงนโยบายจะพบว่า การทุจริตเชิงนโยบายมีลักษณะเฉพาะซึ่งแตกต่างจากการทุจริตในกรณีทั่วไป ๓ ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เป็นการกระทำทางนโยบายหรือการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลหรือของรัฐมนตรี

ประการที่สอง การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเพื่อดำเนินการตามนโยบายที่มีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์หรือเอื้อประโยชน์ต่อบุคคล หรือมีลักษณะของการขัดกันของผลประโยชน์

ประการที่สาม ฝ่ายบริหารหรือญาติพี่น้องหรือพรรคพวกของฝ่ายบริหารได้รับประโยชน์จากการดำเนินการทุจริต แต่ผลของการกระทำจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การทุจริตเชิงนโยบายเป็นการทุจริตที่ถูกสร้างขึ้นมาให้เสมือนว่ามีความชอบธรรม ผ่านกระบวนการกำหนดนโยบายที่มีความสมเหตุสมผล โดยการนำเอาข้อมูลหลักฐานหรือเหตุผลทางวิชาการต่าง ๆ มาใช้ในการสร้างความน่าเชื่อถือ หรือความชอบธรรมของนโยบาย โดยการสร้างกฎหมายขึ้นมารองรับเพื่อให้นโยบายนั้น ๆ มีความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมาย

ข้อเสนอแนะในเรื่องการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเชิงนโยบาย มีดังนี้

๑. การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการปราบปรามการทุจริตเชิงนโยบาย เพื่อให้การปราบปรามการทุจริตเชิงนโยบายได้ผลและมีประสิทธิภาพ ต้องอาศัยความร่วมมือจากบุคคลหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง จึงควรกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ให้ข้อมูลหรือเปิดเผยข้อมูลการทุจริตหรือการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ

๒. ควรกำหนดหลักเกณฑ์การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารในกระบวนการพิจารณา ร่างกฎหมายแต่ละฉบับในเว็บไซต์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา เพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารการพิจารณาร่างกฎหมายของสมาชิกรัฐสภาในแต่ละขั้นตอนได้อย่างรวดเร็วและทั่วถึง

๓. ควรเพิ่มบทลงโทษกรณีการสมคบคิดกันทุจริต โดยกำหนดให้เป็นความผิดตามแนวทางของกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เพื่อให้สามารถใช้กฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่มีการสมคบคิดกันทุจริตได้

๔. ความผิดทางจริยธรรมของนักการเมือง ควรกำหนดให้มืองค์กรและหน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน ทั้งนี้ หากอาศัยเกณฑ์เฉพาะความผิดในทางกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียวมาใช้จะทำให้กระบวนการในการพิจารณา และการรวบรวมพยานหลักฐานมีข้อจำกัดในการเอาผิดต่อฝ่ายการเมืองและผู้ที่เกี่ยวข้อง

๕. ส่งเสริมให้ภาคประชาชนและภาคส่วนต่าง ๆ เข้ามามีส่วนร่วมในการติดตามตรวจสอบ เฝ้าระวังรายงานผลสู่สาธารณะ รวมทั้งการร่วมสร้างค่านิยมและทัศนคติที่ดีในการต่อต้านการทุจริต

๒.๒ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๒.๒.๑ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พ.ศ. ๒๕๓๕

เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ เพื่อแก้ไขปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันในการดำเนินโครงการของรัฐ ด้วยการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีความประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการใน

กิจการของรัฐในโครงการที่มีการลงทุนตั้งแต่ ๑,๐๐๐ ล้านบาทขึ้นไป ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเริ่มตั้งแต่การเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ ตลอดจนการกำกับดูแล และติดตามผล และได้กำหนดให้หน่วยงานกลางหลายหน่วยงาน เช่น คณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กระทรวงการคลัง รวมถึงผู้เชี่ยวชาญเฉพาะ เข้ามาช่วยวิเคราะห์พิจารณาคัดเลือกเอกชน ซึ่งจะเข้ามาร่วมดำเนินงานตามโครงการ และยังกำหนดให้อำนาจในการอนุมัติโครงการเป็นอำนาจของ คณะรัฐมนตรีแทนที่จะเป็นอำนาจของบุคคลคนเดียวคือรัฐมนตรีเจ้าสังกัด^{๓๐} มีขอบเขตการบังคับใช้แก่ การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เว้นแต่เป็นการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วย ปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่

ผลจากการที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้วางหลักเกณฑ์ ตลอดจนขั้นตอนต่าง ๆ ในการพิจารณาให้เอกชนรายใดเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐไว้อย่างเข้มงวดนั้น กลับกลายเป็นปัญหาและอุปสรรคสำคัญในการดำเนินโครงการต่าง ๆ ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ที่มีความจำเป็น เร่งด่วน และเมื่อภาครัฐประสบปัญหาทางเศรษฐกิจหรือฐานะการเงินการคลัง ก็มีความจำเป็นที่จะต้อง อาศัยเอกชนเข้ามาร่วมลงทุน แต่ด้วยขั้นตอนที่มีความยุ่งยากดังกล่าว ทำให้บางโครงการต้องประสบปัญหา จนกระทั่งไม่สามารถปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ได้ หรือกว่าจะปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ให้ครบถ้วน สมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดได้ก็จะต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการที่ยาวนานพอสมควร^{๓๑}

๒.๒.๒ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒

กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ หรือ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีความเป็นมาเริ่มตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๓๕ มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ ชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมิได้มีการ กำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติม สัญญา ประกอบกับประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้าน

^{๓๐} <https://www.senate.go.th>, สืบค้น ๑๑ ต.ค. ๒๕๖๔

^{๓๑} วารสารจตุรนิติ, วุฒิสภา, (พ.ศ. - มิ.ย. ๒๕๕๔), <https://dl.parliament.go.th>, สืบค้น ๑๒ ต.ค. ๒๕๖๔.

ต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้ ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลเป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพและเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมีการเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนกับต่างประเทศ ทำให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความโปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน กำกับดูแล ส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศ ในการให้เอกชนร่วมลงทุน^{๓๒}

ต่อมาจึงมีการแก้ไขเป็น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ โดยมีบทบัญญัติในเรื่องของขอบเขตของโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ อย่างกว้างขวางอันส่งผลให้มีโครงการร่วมลงทุนที่ไม่ได้อยู่ในกิจการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนที่รัฐประสงค์จะสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนต้องเข้ามาสู่กระบวนการตามกฎหมายดังกล่าวนอกจากนี้ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ยังไม่มีการสะท้อนถึงความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชนที่ร่วมลงทุนในโครงการของรัฐที่ชัดเจน ประกอบกับยังขาดมาตรการในการแก้ไขปัญหาระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องและมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน อันส่งผลให้การดำเนินโครงการมีความล่าช้าและเอกชนยังไม่ให้ความสนใจที่จะเข้าร่วมลงทุนในโครงการของรัฐเท่าที่ควร จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ

^{๓๒} พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖

ความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน กำหนดกลไกในการแก้ไขปัญหา อุปสรรค หรือความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการร่วมลงทุน และมีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง โดยมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมของเอกชน รวมทั้งให้มีการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ในขณะเดียวกัน หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนที่ยังคงกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ กำหนดให้เฉพาะโครงการที่เป็นโครงการลงทุนของรัฐในกิจการที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงานรวมกันมีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามกฎหมายหรือกฎ หรือที่มีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งซึ่งเป็นกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐาน และบริการสาธารณะและประสงค์ที่จะร่วมลงทุนกับเอกชนในกิจการดังกล่าวจึงจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ อันมีผลทำให้กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันที่ไม่ใช่เพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะไม่อยู่ภายใต้ร่างพระราชบัญญัตินี้ เช่น กรณีการนำที่ดินหรือทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐไปให้เอกชนเช่าหรือใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ดังนั้น การจัดทำและการดำเนินโครงการดังกล่าว จึงต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่ง ซึ่งหน่วยงานของรัฐบางแห่งอาจยังไม่มีข้อกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่เหมาะสมหรือยังไม่ได้มาตรฐานเพื่อรองรับการดำเนินการดังกล่าว อันอาจทำให้รัฐเสียประโยชน์^{๓๓}

แต่อย่างไรก็ตามก็ยังพบปัญหาในทางปฏิบัติตามมา ในปี พ.ศ. ๒๕๖๒ จึงได้มีการแก้ไขโดยยกเลิกพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ และบัญญัติใหม่เป็นพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นเพื่อเป็นการวางแนวทางการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนในโครงการของรัฐให้มีความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และปราศจากการมีส่วนได้เสียในการดำเนินการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนอันจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะในการได้รับการบริการของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ

^{๓๓} รายงานของคณะกรรมการวิชาการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ., สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

๒.๒.๓ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ตราขึ้นเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมีกรอบการปฏิบัติงานที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานกลางเพื่อให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งนำไปใช้เป็นหลักปฏิบัติ โดยมุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนให้มากที่สุด เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่คำนึงถึง วัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญซึ่งจะก่อให้เกิดความคุ้มค่าในการใช้จ่ายเงิน มีการวางแผนการดำเนินงานและมีการประเมินผลการปฏิบัติงานซึ่งจะทำให้การจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล มีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ประกอบกับมาตรการอื่น ๆ เช่น การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะทำให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ อันจะเป็นการสร้างเชื่อมั่นให้กับสาธารณชนและก่อให้เกิดผลดีกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐให้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป

๒.๒.๔ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมนอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้บัญญัติขึ้นตามหลักแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น และมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาล อีกทั้งยังเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลและเป็นการสะดวกรวดเร็วแก่คู่สัญญาอีกด้วย

กล่าวได้ว่าโดยหลักการแล้วการอนุญาโตตุลาการเป็นหลักการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางแพ่งและพาณิชย์ภายใต้หลักกฎหมายเอกชนแต่ทั้งนี้ก็ได้มีการนำหลักการอนุญาโตตุลาการ

มาใช้ในสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชนซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๕ บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแม้สัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน แต่ก็มีกรนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ แม้ว่ากรอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาโดยมีเจตนารมณ์เพื่อลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล แต่ในส่วนของกฎหมายกรอนั้นเป็นกฎหมายมหาชนที่มีความแตกต่างกับกฎหมายเอกชน กล่าวคือกฎหมายเอกชนมีเจตนารมณ์เพื่อผลประโยชน์ของเอกชนเอง ซึ่งในส่วนของกฎหมายมหาชนนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม

๒.๒.๕ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีการวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ให้นิยามความหมายและหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองในมาตรา ๓ ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่ให้บริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

จากคำนิยามดังกล่าวกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ ๒ ประการ คือ

๑. หลักเกณฑ์ของตัวคู่สัญญา กล่าวคือคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้บัญญัติคำนิยามไว้ว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และ

ให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

๒. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

๒.๓ งานวิชาการที่เกี่ยวข้อง

๒.๓.๑ รายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง “การปฏิบัติตามกฎหมายของโครงการก่อสร้างทางรถไฟยกระดับและถนนยกระดับในเขตกรุงเทพมหานคร และการใช้ประโยชน์ที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (โฮปเวลล์)^{๓๔}

คณะกรรมการการกฏหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร ได้ดำเนินการศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายกรณีข้อพิพาทในโครงการให้เอกชนลงทุนก่อสร้างทางรถไฟยกระดับในเขตกรุงเทพมหานคร โดยได้รับสิทธิสัมปทานเดินรถระบบรถไฟชุมชน (Community Train) และทางด่วนยกระดับสำหรับรถยนต์ หรือที่เรียกว่า “โครงการโฮปเวลล์” ที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ชำระเงินให้กับบริษัท โฮปเวลล์(ประเทศไทย) จำกัด เป็นเงินกว่า ๒๔,๐๐๐ ล้านบาท ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการว่ามีข้อเท็จจริงและความเป็นมาเป็นประการใด รวมทั้งการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ประกอบกับข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และปัญหาข้อพิพาทในกรณีนี้ไม่ค่อยปรากฏต่อสาธารณชน จึงทำให้ประชาชนขาดความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้อง จึงศึกษาความเป็นมา ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และปัญหาข้อพิพาทต่าง ๆ เพื่อให้สาธารณชนได้รับทราบ

^{๓๔} สภาผู้แทนราษฎร, <https://web.parliament.go.th>, สืบค้น ๑๘ ต.ค. ๖๔.

ข้อเท็จจริง และเพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาให้รัฐบาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่อไป คณะกรรมการการกฤษฎาหมาย การยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน จึงพิจารณาศึกษาการปฏิบัติตามกฎหมาย กรณีโครงการโฮปเวลล์ เพื่อศึกษาข้อเท็จจริงในประเด็นต่าง ๆ ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเพื่อให้ได้ ข้อมูลที่ถูกต้องและเป็นกลาง คณะกรรมการการกฤษฎาหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร ได้มีข้อสรุปและข้อสังเกต ดังนี้

๑. รัฐบาลควรพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ ให้มีความละเอียดชัดเจน โดยเฉพาะขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติงานของสำนักอนุญาโตตุลาการ ผู้ทำหน้าที่ อนุญาโตตุลาการ และอายุความการรับพิจารณาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นระหว่าง สัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง รวมทั้งการพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ในการกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารศาลปกครองและที่ประชุม ใหญ่ของตุลาการศาลปกครองสูงสุดในการออกทะเบียนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ ศาลปกครองต้องไม่เป็นการขัดแย้งหรือมีลักษณะเป็นการแก้ไขหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒. ควรปรับปรุงการปฏิบัติงานของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีในส่วนที่ เกี่ยวกับการติดตามการปฏิบัติงานตามมติคณะรัฐมนตรีของกระทรวงและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และออก ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติของกระทรวง ทบวง กรม และหน่วยงานราชการ ต่าง ๆ กรณีข้อสงสัยเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีให้สอบถามสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เพื่อความถูกต้อง ชัดเจน และการปฏิบัติของส่วนราชการเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

๓. ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเบื้องต้น บ่งชี้ให้น่าเชื่อถือว่ามีภาระทำอันมี ลักษณะเป็นการทุจริตประทุมิชอบของผู้เกี่ยวข้อง ทั้งภาคการเมือง ภาครัฐ และเอกชน ซึ่งอาจจะมีผล ต่อความผูกพันตามสัญญา และการปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด โดยเฉพาะการควร ตรวจสอบและทบทวนจำนวนเงินค่าใช้จ่ายในการดำเนินโครงการของเอกชนคู่สัญญา ตามหลักฐาน ใบเสร็จรับเงินที่เอกชนคู่สัญญาอ้างอิงและนำมาประกอบคำเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการให้มีความ ถูกต้อง เนื่องจากตรวจสอบพบว่า มีจำนวนเงินตามใบเสร็จรับเงินที่ต้องจำนวน ๑,๗๓๒ ล้านบาท เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของแผ่นดินควรให้รัฐบาลพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายกับเอกชน คู่สัญญา และบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยให้หน่วยงานภาครัฐที่มีอำนาจหน้าที่ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และ

พยานหลักฐานต่าง ๆ และดำเนินการตามกฎหมายกับผู้กระทำความผิด และให้กระทรวง ทบวง กรม และหน่วยงานราชการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการดังกล่าว ตรวจสอบและทบทวนการดำเนินงานของหน่วยงาน หากพบข้อบกพร่องให้ดำเนินการแก้ไขโดยด่วนที่สุด

๒.๓.๒ การวิจัยเพื่อศึกษารูปแบบการทุจริตเชิงนโยบาย Research for Studying Forms of Policy Corruption^{๓๕}

การศึกษาวิจัยเรื่อง “การวิจัยเพื่อศึกษารูปแบบการทุจริตเชิงนโยบาย” เป็นการศึกษาค้นคว้าการทุจริตรูปแบบใหม่ที่มีความซับซ้อนมากขึ้น โดยการทุจริตรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นนี้มีลักษณะของความร่วมมือจากหลายฝ่ายระหว่างข้าราชการ นักธุรกิจและนักการเมือง และเป็นการทุจริตที่ได้ดำเนินการอย่างเป็นระบบ โดยมีการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีเพื่อกำหนดนโยบายอันมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดโดยเฉพาะ หรือมีการใช้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือเพื่อให้มีนโยบายที่เอื้อประโยชน์ให้กับกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด ด้วยเหตุที่การทุจริตดังกล่าวได้เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการกำหนดนโยบายเพื่อเอื้อประโยชน์ เนื่องจากได้ใช้นโยบายเป็นเครื่องเริ่มต้นของการทุจริตนั่นเอง วิเคราะห์แยกแยะรูปแบบและวิธีการที่เกิดขึ้นจากกรณีศึกษาในแต่ละกรณีตลอดจนได้สังเคราะห์การทุจริตจากกรณีศึกษาที่เกิดขึ้น เพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณากำหนดความหมายของการทุจริตเชิงนโยบาย ให้มีความชัดเจน และได้เปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างระหว่างการทุจริตเชิงนโยบายและการทุจริตใน กรณีทั่วไปว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร

นอกจากการศึกษาเพื่อกำหนดความหมายของ ลักษณะ รูปแบบ และวิธีการของการทุจริตเชิงนโยบายแล้ว คณะผู้วิจัยยังได้ดำเนินการศึกษาเกี่ยวกับปัญหา อุปสรรค และข้อจำกัดของกลไกทางกฎหมายและกลไกที่ใช้ในการตรวจสอบการทุจริตเชิงนโยบายของประเทศไทยว่ามีอยู่อย่างไร ตลอดจนการศึกษาประสบการณ์และมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเชิงนโยบายในต่างประเทศซึ่งประกอบด้วยประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศเกาหลีใต้เพื่อให้ได้ข้อมูลที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาเสนอเป็นแนวทางในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริตเชิงนโยบายในประเทศไทย ดังนี้

^{๓๕} นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์ และคณะ, ๒๕๕๕, การวิจัยเพื่อศึกษารูปแบบการทุจริตเชิงนโยบาย (Research for Studying Forms of Policy Corruption), สำนักงาน ป.ป.ช., <https://www.nacc.go.th>, สืบค้น ๑๕ ต.ค. ๖๔.

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีประสบการณ์ที่น่าสนใจเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อการป้องกันและต่อต้านการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญรวมถึงการให้ความคุ้มครองผู้เปิดเผยข้อมูลการทุจริตในองค์กร ซึ่งสะท้อนผ่านกฎหมายสำคัญหลายฉบับ เช่น Freedom of Information Act of ๑๙๖๖ Ethics in Government Act of ๑๙๗๘ Whistleblower Act of ๑๙๘๙ และ Sunshine Act of ๑๙๗๖ นอกจากนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่สอบสวนและดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้มีองค์กรที่รับผิดชอบการปฏิบัติงานดังกล่าวไว้เป็นพิเศษ แยกเป็นองค์กรต่างหากจากอัยการที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาทั่วไป กล่าวคือ “อัยการพิเศษ” (Special State Prosecutor) ทั้งนี้ เพื่อความเป็นอิสระอย่างเต็มที่ของอัยการในการดำเนินการสอบสวนและฟ้องคดีเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือนักการเมืองทั้งหลายที่มีพฤติกรรมหรือกระทำความผิดหรือกระทำทุจริต หรือกรณีประธานาธิบดีรองประธานาธิบดีที่สามารถถูกถอดถอนจากตำแหน่งได้โดยสภาองเกรส ซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐหรือนักการเมืองกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด

ประเทศอังกฤษ มีประสบการณ์ที่น่าสนใจเกี่ยวกับการแยกคดีริบทรัพย์สินในคดีทุจริตคอร์รัปชันออกจากคดีอาญาทั่วไป เพราะ การทุจริตและการคอร์รัปชันเป็นเรื่องเกี่ยวกับเงินหรือทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่น ๆ แตกต่างจากคดีอาญาที่มุ่งคุ้มครองชีวิตและร่างกายเป็นหลัก เพื่อเยียวยาผู้เสียหาย ดังนั้น การริบทรัพย์หรือการเรียกคืนทรัพย์ที่ได้มาโดยปราศจากเหตุอันควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเป็นมาตรการที่ควรนำมาปรับใช้ในสังคมไทย รวมไปถึงการยึดทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด วิธีการสอบสวนหาทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ล้วนแต่เป็นมาตรการที่นำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นรูปธรรมและยุติธรรม โดยบุคคลที่มีบทบาทในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมได้แก่ ศาลและอัยการ กฎหมายอังกฤษให้อำนาจอัยการในการฟ้องคดีหรือต้องร้องขอต่อศาล โดยเป็นอำนาจดุลพินิจ อย่างไรก็ตามประเทศอังกฤษไม่มีอัยการพิเศษดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา อัยการอังกฤษจึงมีบทบาทหน้าที่คล้ายกับอัยการไทยนอกจากหลักกฎหมายอังกฤษที่มีประสิทธิภาพแล้ว สิ่งที่น่าสนใจซึ่งควรปลูกฝังในสังคมไทย คือ หลักจริยธรรม ซึ่งเป็นนโยบายของรัฐบาลอังกฤษที่มุ่งปลูกฝังหลักจริยธรรมให้แก่ประชาชนทุกคน โดยหลักจริยธรรมที่นำมาใช้ได้แก่ หลักการตรวจสอบตนเอง (Self-regulation) และหลักโนแลน (Nolan Principles) ๗ ประการ ที่เน้นการปลูกฝังค่านิยมให้ประชาชนมีความซื่อสัตย์การเคารพในตนเองการเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ต่อผู้อื่น การเห็นแก่ประโยชน์

ส่วนรวมเป็นหลัก นอกจากนี้ในส่วนของนักการเมืองยังมีประมวลจรรยาบรรณ (Code of Conduct) มากำกับดูแลการประพฤติปฏิบัติของนักการเมืองอีกด้วย

ประเทศเกาหลีใต้ มีประสบการณ์ที่น่าสนใจเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาการคอร์รัปชันที่ประสบผลสำเร็จโดยมีปัจจัยต่าง ๆ ประกอบด้วย ๑. การได้รับการสนับสนุนการต่อต้านการทุจริตอย่างจริงจังจากรัฐบาลและภาคประชาชน มีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เช่น การปรับปรุงระบบควบคุมการคอร์รัปชันให้ดีขึ้น ปฏิรูปทัศนคติและจรรยาบรรณของข้าราชการและปรับปรุงเงินเดือน สวัสดิการให้กับข้าราชการ บังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังและลงโทษผู้ทุจริตคอร์รัปชันอย่างรุนแรง รวมทั้ง การให้งบประมาณที่จำเป็นและเพียงพอในการดำเนินการต่อต้านการทุจริต ๒. มีการบังคับใช้กฎหมายเพื่อต่อต้านการทุจริตในทุกระดับชั้นอย่างจริงจัง เห็นได้จากการดำเนินคดีเกี่ยวกับการทุจริตกับอดีตประธานาธิบดีรัฐมนตรีข้าราชการระดับสูง นักธุรกิจต่าง ๆ ๓. ประชาชนส่วนใหญ่มีการศึกษาและได้รับการอบรมคุณธรรมและจรรยาบรรณเป็นอย่างดีมีการส่งเสริมจิตสาธารณะของข้าราชการ และสร้างสภาพแวดล้อมทางสังคมและวัฒนธรรมที่ต่อต้านคอร์รัปชัน มีมาตรการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส (Whistleblowers) เพื่อคุ้มครองการให้ข้อมูลและการให้เงินรางวัล และ ๔. ประเทศเกาหลีใต้ให้ความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศกับหน่วยงานของประเทศต่าง ๆ อย่างต่อเนื่อง ทำให้มีการพัฒนาระบบป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้เป็นสากลและเกิดความร่วมมือระหว่างประเทศ

ปัญหาอุปสรรคและข้อจำกัดของกลไกทางกฎหมายและกลไกการตรวจสอบการทุจริตเชิงนโยบายของประเทศไทย คือ ปัญหาการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีที่ขาดความโปร่งใส ไม่มีกระบวนการตรวจสอบเรื่องที่เสนอต่อคณะรัฐมนตรีว่าหน่วยงานที่เสนอเรื่องมีเนื้อหาถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และการเสนอวาระเพิ่มเติมหรือเรื่องลับทำให้ถูกจำกัดเรื่องการตรวจสอบ และการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีอาจเกี่ยวข้องกับการทุจริตเชิงนโยบาย จึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. ๒๕๔๘ ได้แก่ ๑) ให้หน่วยงานของรัฐที่เสนอโครงการพัฒนาขนาดใหญ่จัดส่งรายละเอียดโครงการที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีไปยังสำนักงาน ป.ป.ช. และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินทำความเข้าใจประกอบพิจารณา กรณีเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาเป็นวาระจร ให้สำนักงาน ป.ป.ช. และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินให้ความเห็นโครงการภายหลังได้หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต จะต้องมีการทบทวนโครงการตามความเห็นของสำนักงาน ป.ป.ช. และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินทันที ๒) ให้หน่วยงานที่เสนอออกกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายจัดส่งคำชี้แจงประกอบการเสนอร่างกฎหมาย พร้อมบทวิเคราะห์ผู้รับประโยชน์จากกฎหมายนั้น ไปยังสำนักงาน

ป.ป.ช. และคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายทำความเข้าใจประกอบ หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต จะต้องมีการทบทวนการออกกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายดังกล่าวทันที

และเสนอการปราบปรามการทุจริตเชิงนโยบาย โดย ๑) เพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ดังนี้ “รัฐมนตรีผู้ใดกระทำการอันเป็นแสวงหาประโยชน์ เอื้อประโยชน์หรือมีลักษณะเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัว กับผลประโยชน์ส่วนรวม อันเกิดจากการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐบาลหรือรัฐมนตรีในการเสนอโครงการหรือกิจการใด ๆ อันเป็นผลให้ตนเองหรือบุคคลอื่นได้ประโยชน์จากการดำเนินตามโครงการหรือกิจการนั้น ๆ หรือทำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐถือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ต้องระวางโทษ...” เพื่อแยกการกระทำทางอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจากมาตรา ๑๕๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ๒) กำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการปราบปรามการทุจริตเชิงนโยบาย ให้มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ให้หรือเปิดเผยข้อมูลการทุจริตหรือการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐเป็นการเฉพาะ โดยยกร่างกฎหมายเป็นกฎหมายกลางในระดับพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำทุจริตหรือการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายแก่ภาครัฐ ๓) การกำหนดความรับผิดชอบทางการเมืองเกี่ยวกับการทุจริตเชิงนโยบายโดยการกำหนดความรับผิดชอบด้วยกันทางการเมือง และกำหนดบทลงโทษกรณีการฝ่าฝืนจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยเพิ่มเติมความในรัฐธรรมนูญ ฯ ความว่า “ในการบริหารราชการแผ่นดิน หากคณะรัฐมนตรีดำเนินการขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือออกกฎหมาย รัฐมนตรีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว ให้ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง และเป็นเหตุของการถอดถอนออกจากตำแหน่ง” ในส่วนของการฝ่าฝืนจริยธรรมควรกำหนดบทลงโทษ เพื่อให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ตระหนักในเรื่องจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยให้ถือว่าการชี้มูลว่าเป็นการทุจริตให้ถือเป็นการกระทำผิดจริยธรรมอย่างร้ายแรง และในการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้ดำเนินการไต่สวนความผิดอาญาและจริยธรรมด้วย กรณีคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลในคดีอาญามีมูลกล่าวหาว่าเป็นการทุจริต ให้ชี้มูลว่าเป็นการกระทำผิดจริยธรรมร้ายแรงด้วย และกรณีที่ไม่เข้าข่ายความผิดอาญาให้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาการกระทำผิดจริยธรรมร้ายแรงด้วยหรือไม่ และส่งสำนวนไปยังอัยการสูงสุดเพื่อเสนอฟ้องไปยังศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจในเรื่องดังกล่าว

บทที่ ๓

การพิจารณาศึกษาความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ

คณะอนุกรรมการศึกษาตรวจสอบเรื่องการกระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบ ได้พิจารณาศึกษาเรื่องความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ ในเชิงลึก เพื่อให้ทราบถึงสาเหตุและปัจจัยที่ทำให้เกิดปัญหาข้อพิพาท พร้อมทั้งจัดทำข้อเสนอแนะ มาตรการ แนวทางในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริตในลักษณะเดียวกันนี้ไม่ให้เกิดความเสียหายเช่นนี้ขึ้นอีกในอนาคต ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินงานของคณะอนุกรรมการมีประสิทธิภาพ เป็นไปตามกรอบอำนาจหน้าที่และระยะเวลาที่กำหนด คณะอนุกรรมการ ได้เชิญผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (ป.ป.ท.) มาให้ข้อมูลเกี่ยวกับโครงการกรณีตัวอย่างที่เกิดความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลา ๑ ปี ในปี พ.ศ. ๒๕๖๓ เป็นหลัก

๓.๑ การเก็บรวบรวมข้อมูล

คณะอนุกรรมการได้กำหนดวิธีเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อใช้ประกอบการพิจารณา ศึกษา ดังนี้

๓.๑.๑ การเก็บรวบรวมข้อมูลทุติยภูมิ โดยการศึกษานวนคิด ทฤษฎี กฎหมาย ผลงานวิชาการที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องที่ทำการศึกษานโยบายภาครัฐที่เกี่ยวข้อง โดยการรวบรวมข้อมูลเอกสารจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และการสืบค้นจากระบบอิเล็กทรอนิกส์ สื่อออนไลน์ รวมถึงสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ

๓.๑.๒ การเก็บข้อมูลปฐมภูมิ โดยการจัดประชุมหารือกับหน่วยงาน/บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายและกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หรือการจัดทำโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน และขอข้อมูลจากสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (ป.ป.ท.) ที่ได้จัดการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่อง “การศึกษากรณีความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ” เพื่อระดมความคิดเห็นในการจัดทำข้อเสนอแนะ มาตรการ และแนวทางในการป้องกันและแก้ไขปัญหากรณีความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ และกำหนดเป็นมาตรการในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่หรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน โดยมีผู้เชี่ยวชาญจากสำนักงานอัยการสูงสุด นักวิชาการด้านกฎหมายทั้งภาครัฐและเอกชน ผู้แทนสำนักงาน

คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้บริหารและเจ้าหน้าที่สำนักงาน ป.ป.ท. เข้าร่วมการประชุม และได้นำความคิดเห็นข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมฯ มาวิเคราะห์ และสรุปเป็น มาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาความเสียหายที่เกิดขึ้น

๓.๒ ขั้นตอนการดำเนินการศึกษา

คณะอนุกรรมการได้พิจารณากำหนดขั้นตอนการศึกษา ดังนี้

๓.๒.๑ กำหนดแนวทาง รูปแบบ และวิธีการในการศึกษาระเบียบ และข้อกฎหมาย รวมทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ โดยมีแนวทาง รูปแบบ คือ

๑) กำหนดวัตถุประสงค์ของการศึกษา

- เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และแนวทางการปฏิบัติในการดำเนินโครงการร่วมทุน หรือการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับภาคเอกชน
- เพื่อศึกษาสภาพปัญหากรณีความเสียหายในการดำเนินโครงการของรัฐ
- เพื่อวิเคราะห์ข้อผูกพันสัญญาที่เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายในการดำเนินโครงการของรัฐ
- เพื่อเสนอแนวทางและมาตรการที่เกี่ยวข้องในการป้องกันความเสียหายในการดำเนินโครงการของรัฐ

๒) กำหนดแนวทางการศึกษา

- ศึกษา/วิเคราะห์ร่างสัญญาที่เป็นตัวกำหนดเงื่อนไขในสัญญา
- ศึกษา/วิเคราะห์กระบวนการบริหารสัญญา การละเมิดสัญญา และกระบวนการบอกเลิกสัญญา
- ศึกษา/วิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้อง และมาตรฐานหลักเกณฑ์การพิจารณาวินิจฉัยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
- ศึกษา/วิเคราะห์คำวินิจฉัยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
- ศึกษา/วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครอง

๓.๒.๒ กำหนดเรื่องที่ทำการศึกษา โดยพิจารณาจากเรื่องที่มีมูลค่าความเสียหายสูงส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนในวงกว้าง และรวบรวมข้อมูลเอกสารกฎหมาย กฎ ระเบียบ สาเหตุ/ปัจจัยที่นำไปสู่ความเสียหาย และส่งผลกระทบต่อประชาชนและมีมูลค่าความเสียหายต้องบประมาณภาครัฐ

๓.๒.๓ ประชุมเชิงปฏิบัติการเพื่อระดมความคิดเห็นในการจัดทำข้อเสนอแนะ มาตรการ และแนวทางในการป้องกันและแก้ไขปัญหากรณีความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาใน การดำเนินโครงการของรัฐ และกำหนดเป็นมาตรการในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่หรือการ ร่วมทุนระหว่างรัฐ

๓.๒.๔ ประชุมคณะอนุกรรมการเพื่อศึกษากรณีความเสียหายจากข้อผูกพัน สัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ เพื่อหาหรือประเด็นแนวทาง มาตรการ และข้อเสนอแนะใน การแก้ไขและป้องกันความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ

๓.๓ ข้อมูลที่ใช้ในการพิจารณาศึกษา

ข้อมูลที่ใช้ในการพิจารณาศึกษาเป็นข้อมูลที่สืบค้นในช่วงระยะเวลา ๑ ปี ในปี พ.ศ. ๒๕๖๓ โดยมีเอกสารเอกสารคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครอง แนวคำวินิจฉัยชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการ เอกสารสัญญาและเอกสารที่เกี่ยวข้องที่ได้รับการสนับสนุนจากหน่วยงาน ที่เกี่ยวข้อง โดยมีประเภทของเรื่อง ดังนี้

๓.๓.๑ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีก่อสร้างถนน ทางรถไฟ รถไฟฟ้ายกระดับ และการใช้ประโยชน์บนพื้นที่ของรัฐ

- กรณีศึกษา โครงการโฮปเวลล์ หรือ โครงการระบบการขนส่งทาง รถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (Bangkok Elevated Road and Train System – BERTS)

โครงการโฮปเวลล์ หรือ โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับ ในกรุงเทพมหานคร (Bangkok Elevated Road and Train System – BERTS) เป็นโครงการ ระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานครเพื่อให้มีการก่อสร้างถนน ทางรถไฟ และ รถไฟฟ้ายกระดับบนพื้นที่ของการรถไฟแห่งประเทศไทย เป็นการลดจุดติดขัดกับทางรถยนต์ และ ลดปัญหาการให้รถยนต์ต้องหยุดรอรถไฟ

ความเป็นมา

แนวคิดในการจัดทำโครงการยกระดับทางรถไฟริเริ่มมาตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๐๗ โดยการรถไฟแห่งประเทศไทยเสนอโครงการก่อสร้างทางรถไฟยกระดับเส้นทาง จากหัวลำโพง-บางซื่อ ยมราช-มักกะสัน และมักกะสัน-แม่น้ำ เป็นระยะทาง ๑๓ กิโลเมตร ใช้งบประมาณ ๓๕๓ ล้านบาท แต่รัฐบาลในสมัยนั้นเห็นว่าควรให้สร้างสะพานลอยข้ามทางรถไฟแทน จึงต้องยกเลิกโครงการก่อสร้างทางรถไฟยกระดับ

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๒๖

ปัญหาการจราจรติดขัดอันเนื่องมาจากรถไฟได้ทวีความรุนแรงขึ้น จึงได้มีการรื้อฟื้นโครงการทางรถไฟยกระดับขึ้นมาพิจารณาใหม่โดยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐบาลประเทศญี่ปุ่นซึ่งผู้เชี่ยวชาญมาศึกษาความเหมาะสมทางเศรษฐกิจและวิศวกรรมของการสร้างทางรถไฟยกระดับ ซึ่งผลการศึกษาปรากฏว่า โครงการนี้มีผลตอบแทนคุ้มค่ากับการลงทุน แต่เนื่องจากงบประมาณของรัฐบาลมีจำกัด และการรถไฟแห่งประเทศไทยก็ประสบปัญหาขาดทุนจึงไม่สามารถลงทุนในโครงการนี้ได้

ในปี พ.ศ. ๒๕๓๒

กระทรวงคมนาคมจึงเสนอคณะรัฐมนตรีขอให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างโดยให้ผลประโยชน์ตอบแทนในรูปการใช้พื้นที่ใต้ทางรถไฟยกระดับเป็นระยะเวลา ๓๐ ปี ซึ่งจากการประกาศเชิญชวนให้เอกชนผู้สนใจมาลงทุน ครั้งที่ ๑ ครอบคลุมที่ดินของข้อเสนอในวันที่ ๑๘ เมษายน ๒๕๓๒ ปรากฏว่าไม่มีเอกชนรายใดสนใจยื่นข้อเสนอเพราะผลประโยชน์จากพื้นที่ใต้ทางรถไฟยกระดับไม่เพียงพอที่จะชดเชยการลงทุน

การประกาศเชิญชวนผู้สนใจมาลงทุน ครั้งที่ ๒ จึงเกิดขึ้นโดยกำหนดให้เอกชนใช้ประโยชน์จากพื้นที่ใต้ทางรถไฟและให้เอกชนสามารถเรียกเงินลงทุนสมทบจากรัฐบาลได้ แต่เมื่อครบกำหนดยื่นข้อเสนอในวันที่ ๒๐ กันยายน ๒๕๓๒ ก็ยังไม่มีเอกชนรายใดสนใจยื่นข้อเสนอโครงการยกระดับทางรถไฟ

ในระหว่างนั้น รัฐบาลได้มีนโยบายในการพัฒนาเศรษฐกิจในภูมิภาคภาคกลาง ๒๔ จังหวัด กระทรวงคมนาคมจึงได้เสนอแผนงานโครงการก่อสร้างทางรถไฟยกระดับในเขตกรุงเทพมหานคร รวม ๓ ตอน คือ กรุงเทพฯ - บางซื่อ ยมราช - มักกะสัน และมักกะสัน - แม่น้ำ รวมระยะทางทั้งสิ้น ๑๓ กิโลเมตร ใช้เงินลงทุนประมาณ ๒ พันล้านบาท รัฐบาลได้พิจารณาและมีความเห็นว่า จากสถานะทางการเงินของการรถไฟแห่งประเทศไทยในปัจจุบัน เห็นว่าขาดทุนจากการดำเนินการถึงปีละ ๕๔๖ ล้านบาท และถ้าลงทุนก่อสร้างทั้งหมด

ยอมไม่อยู่ในฐานะที่จะลงทุนได้ จึงได้ขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศในการศึกษาการใช้ประโยชน์พื้นที่เขตทางรถไฟในกรุงเทพมหานคร เพื่อแก้ไขปัญหาจราจร ซึ่งคาดว่าจะการศึกษาจะแล้วเสร็จภายในกลางปี พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งการวิเคราะห์ในครั้งนี้จะเป็นการวิเคราะห์ถึงการใช้ประโยชน์ด้านต่าง ๆ จากที่ดินของการรถไฟ ข้อขัดข้องทางกฎหมายและแนวทางให้เอกชนเข้าร่วมในการลงทุนการจัดบริการต่าง ๆ

ในปี พ.ศ. ๒๕๓๓

โครงการโฮปเวลล์ หรือ โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (Bangkok Elevated Road and Train System – BERTS) ได้มีการลงนามในสัญญา เมื่อวันที่ ๙ พฤศจิกายน ๒๕๓๓

ในปี พ.ศ. ๒๕๓๙

กระทรวงคมนาคม และการรถไฟแห่งประเทศไทยได้รายงานความคืบหน้าของโครงการให้คณะรัฐมนตรีทราบ ว่า งานมีความล่าช้ามาก มีผลการดำเนินงานประมาณร้อยละ ๕.๐๓ ของการก่อสร้างระบบทั้งหมด ซึ่งตามสัญญาควรมีผลความคืบหน้าประมาณร้อยละ ๖๗.๖๗ ของการก่อสร้างระบบทั้งหมด และยังปรากฏว่าฝ่ายเอกชนไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามที่สัญญากำหนดในแต่ละช่วงงาน

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๐

คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๒๓ ธันวาคม ๒๕๔๐ เห็นชอบการบอกเลิกสัญญากับผู้คัดค้าน

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๑

วันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๑ กระทรวงคมนาคมได้มีหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญาและห้ามฝ่ายเอกชนเข้าดำเนินการใด ๆ ในพื้นที่ก่อสร้าง

วันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๔๑ ฝ่ายเอกชนโต้แย้งการบอกเลิกสัญญา

วันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๑ ฝ่ายเอกชนโต้แย้งการบอกเลิกสัญญา เป็นครั้งที่สอง

สภาพปัญหา

การบอกเลิกสัญญาโครงการโฮปเวลล์ นำมาซึ่งความเสียหายอย่างมหาศาลแก่ประเทศไทย เนื่องจากได้มีการนำข้อพิพาทเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาขึ้นสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญตามลำดับ ดังนี้

๑) ชั้นอนุญาโตตุลาการ

วันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ฝ่ายเอกชนเสนอข้อพิพาท

(๑) ฝ่ายเอกชนโต้แย้งประเด็นการบอกเลิกสัญญาที่ไม่เป็นไปตามสัญญาตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ซึ่งต้องระงับข้อพิพาทโดยเจรจาประนีประนอมยอมความให้แล้วเสร็จภายใน ๖๐ วัน แต่ภาครัฐเพิกเฉย และขอให้ต่างฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยภาครัฐต้องชำระเงินค่าตอบแทนและส่งมอบเงินค้ำประกันและชดใช้เงินลงทุนและค่าการงานรวมทั้งสิ้น ๒.๘ หมื่นล้านบาทเศษ พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ ๗.๕ ต่อปี นับถัดจากวันเสนอข้อพิพาทจนกว่าจะชำระเสร็จ

(๒) ฝ่ายรัฐโต้แย้งประเด็นขาดอายุความของข้อเรียกร้องของฝ่ายเอกชนเนื่องจากพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ อีกทั้งเห็นว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนี้เนื่องจากสัญญาได้เลิกกันแล้ว ประกอบกับฝ่ายเอกชนไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดตามสัญญา จึงมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาแต่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกระบวนการของกฎหมาย

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๐ ฝ่ายรัฐเสนอข้อพิพาท

(๑) การบอกเลิกสัญญาเกิดขึ้นจากการปฏิบัติผิดสัญญาของฝ่ายเอกชนที่ดำเนินการล่าช้าไม่เป็นไปตามกำหนดการตามสัญญา เป็นเหตุให้ฝ่ายรัฐได้รับความเสียหายอันเกิดจากพฤติกรรมพิเศษที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็น พฤติกรรมเช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว จึงเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายดังกล่าวจากฝ่ายเอกชนเป็นจำนวน ๕.๙ หมื่นล้านบาทเศษ พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ ๗.๕ ต่อปี นับแต่วันเสนอข้อพิพาทจนกว่าจะชำระเสร็จ

(๒) ฝ่ายเอกชนโต้แย้งเรื่องปัญหาการส่งมอบพื้นที่ที่ยังมีภาระผูกพันซึ่งฝ่ายเอกชนได้เรียกร้องแล้วแต่ฝ่ายรัฐกลับนิ่งเฉยไม่ดำเนินการใด ๆ จึงเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการก่อสร้างและการดำเนินงานระบบตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ในส่วนของการออกแบบเนื่องจากโครงการดังกล่าวไม่มีแบบก่อสร้างมาแต่แรก แต่เป็นโครงการที่ฝ่ายเอกชนเป็นผู้ออกแบบและให้ฝ่ายรัฐเป็นผู้พิจารณาอนุมัติ แล้วจึงดำเนินการก่อสร้างตามที่ได้รับอนุมัติ

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

- ในปี พ.ศ. ๒๕๕๐

(๑) ความล่าช้าในการก่อสร้างเกิดจากความผิดของฝ่ายรัฐทำให้ฝ่ายเอกชนไม่สามารถเข้าครอบครองพื้นที่สัมปทานได้ตามสัญญา ส่งผลให้ระยะเวลาการก่อสร้างแต่ละระยะต้องขยายออกไปเท่ากับระยะเวลาที่ล่าช้า พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นมิใช่ความผิดของฝ่ายเอกชนจึงมิใช่ฝ่ายผิดสัญญา

(๒) การบอกเลิกสัญญาของฝ่ายรัฐที่มีหนังสือโดยมติคณะรัฐมนตรีถึงฝ่ายเอกชนทันทีโดยไม่มีการดำเนินการตามขั้นตอนตามสัญญาย่อมเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบ

(๓) ฝ่ายรัฐไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยค่าเสียหายแต่อย่างใด

- ในปี พ.ศ. ๒๕๕๑

(๑) จากพฤติการณ์ การบอกเลิกสัญญาของฝ่ายรัฐเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบ และการที่ฝ่ายเอกชนปฏิบัติตาม ย่อมแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาสนองรับคำเสนอของฝ่ายรัฐ ทำให้สัญญาสัมปทานดังกล่าวย่อมเลิกกันโดยปริยาย การกล่าวอ้างถึงการบอกเลิกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๘๘ ย่อมไม่อาจบอกเลิกได้เนื่องจากสัญญากำหนดวิธีการปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

- ข้อตกลงตามสัญญาเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๑ และมีผลบังคับผูกพันคู่สัญญาตามมาตรา ๑๕ ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่งชนิดหนึ่งที่มีผลบังคับกันได้

- สัญญาดังกล่าวไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น สิทธิเรียกร้องตามสัญญาสัมปทานจึงมีอายุความ ๑๐ ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๙๓/๓๐

- ข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานเกิดขึ้นนับแต่วันที่ฝ่ายรัฐมีหนังสือลงวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๑ บอกเลิกสัญญากับฝ่ายเอกชน

- เมื่อฝ่ายเอกชนเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๔๗ จึงยังไม่ครบ ๑๐ ปี ดังนั้น จึงยังคงใช้สิทธิเรียกร้องต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการได้

(๒) การเลิกสัญญาสัมปทานย่อมส่งผลให้ทั้งสองฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๙๑ ฝ่ายรัฐจึงต้องชำระค่าตอบแทนคืนเงินหนังสือค้ำประกัน และค่าก่อสร้างที่ดำเนินการไปแล้ว รวมจำนวน ๑.๒ หมื่นล้านบาทเศษ

๒) ชั้นศาลปกครอง ครั้งที่ ๑

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๑ - พ.ศ. ๒๕๕๒

(๑) ศาลปกครองชั้นต้น

คำร้อง

(๑.๑) ฝ่ายรัฐไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขคำที่ ๑๑๙/๒๕๔๗ (หมายเลขแดงที่ ๖๔/๒๕๕๑) และหมายเลขคำที่ ๔๔/๒๕๕๐ (หมายเลขแดงที่ ๗๐/๒๕๕๐) โดยกล่าวอ้างถึงระยะเวลาการส่งเรื่องให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาของฝ่ายเอกชนเป็นการร้องเรียนที่เกินกำหนดระยะเวลาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑

(๑.๒) ฝ่ายเอกชนร้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ฝ่ายรัฐปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ความเห็น

ประเด็นที่หนึ่ง ศาลต้องเพิกถอนหรือปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามคำขอของคู่กรณีหรือไม่ โดยมีประเด็นต้องพิจารณาตามข้อโต้แย้งว่า ฝ่ายเอกชนยื่นข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขคำที่ ๑๑๙/๒๕๔๗ (หมายเลขแดงที่ ๖๔/๒๕๕๑) เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลายื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการหรือไม่

ซึ่งศาลได้พิจารณาข้อกำหนดในสัญญาพิพาทและบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ ประกอบมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และมาตรา ๑๙๓/๓๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วเห็นว่า

- ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่เป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ฝ่ายเอกชนได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญา ในวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๔๑

- เมื่อคำนวณระยะเวลาตั้งแต่วันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๔๑ ซึ่งเป็นวันที่ฝ่ายเอกชนได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาพิพาท และยื่นเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการ เมื่อวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๔๗ จึงพ้นกำหนดระยะเวลาตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๑ จะต้องเริ่มนับ

ระยะเวลาที่ฝ่ายรัฐหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการเสนอข้อพิพาท ในวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๑ ซึ่งจะครบกำหนด ๕ ปี ในวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๖ จึงเกินกำหนดระยะเวลา

- การที่อนุญาโตตุลาการรับข้อพิพาทจึงไม่ชอบตามข้อ ๔๐ วรรคสาม (๒) (ข) และมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

- ศาลจึงมีอำนาจเพิกถอนและปฏิเสธการบังคับตาม คำวินิจฉัยดังกล่าว

ประเด็นที่สอง ศาลต้องเพิกถอนคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขคำที่ ๔๔/๒๕๕๐ (หมายเลขแดงที่ ๗๐/๒๕๕๐) หรือไม่ เห็นว่า เป็นข้อพิพาทที่มีมูลจากสัญญาสัมปทาน และมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เกิดขึ้นในวันที่ ฝ่ายเอกชนได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาเมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๔๑ ซึ่งเป็นวันที่ฝ่ายรัฐได้รู้ถึง เหตุแห่งการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ คือ การส่งหนังสือลงวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๑ บอกเลิกสัญญา และครบกำหนดระยะเวลายื่นข้อเรียกร้องตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๑ ในวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๖ ดังนั้น เมื่อปรากฏว่า ฝ่ายรัฐยื่นข้อเรียกร้องแย้งเมื่อวันที่ ๒๐ กันยายน ๒๕๔๘ จึงเกิน กำหนดระยะเวลาตามบทบัญญัติดังกล่าว ศาลจึงมีอำนาจเพิกถอนคำวินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้

ศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการทั้งสองข้อ และมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะ อนุญาโตตุลาการ และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมด

(๒) ศาลปกครองสูงสุด

คำร้อง

- ฝ่ายเอกชนยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาของศาล ปกครองชั้นต้น เพียงประเด็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขคำที่ ๑๑๘/๒๕๔๗ (หมายเลขแดง ๖๔/๒๕๕๑)

ความเห็น

ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยคือมีเหตุที่ศาลจะเพิกถอนหรือปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขคำที่ ๑๑๙/๒๕๔๗ (หมายเลขแดง ๖๔/๒๕๕๑) ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๑ หรือไม่ โดยเมื่อพิจารณาประเด็นเรื่องระยะเวลาการยื่นข้อเรียกร้อง เห็นว่า ฝ่ายรัฐมีหนังสือบอกเลิกสัญญาลงวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๑ บอกเลิกถึงฝ่ายเอกชนเมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๑ จึงถือว่าวันดังกล่าวเป็นวันที่ฝ่ายเอกชนรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีประกอบกับไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อกำหนดในสัญญาพิพาทกำหนดเรื่องระยะเวลาการยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการไว้เฉพาะ และเป็นการฟ้องคดีที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลปกครองเปิดทำการในวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๔ การนับอายุความจึงต้องนับตั้งแต่วันที่ศาลปกครองเปิดทำการ ดังนั้น การยื่นข้อเรียกร้องเมื่อวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๔๗ จึงเป็นการยื่นภายในระยะเวลาการฟ้องคดี ตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กล่าวคือ ภายใน ๕ ปี นับแต่วันรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ต้องไม่เกิน ๑๐ ปี นับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรพิจารณาคดีในเนื้อหาแห่งคดีต่อไป โดยในประเด็นเนื้อหาแห่งคดีนั้นศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การที่ฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญา ห้ามฝ่ายเอกชนเข้าดำเนินการก่อสร้าง ระบายเงินค่าตอบแทนสัญญาและริบหลักประกันสัญญาประกัน แสดงว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นและก่อนเสนอข้อพิพาท ฝ่ายเอกชนได้ขอให้ฝ่ายรัฐระงับข้อพิพาทโดยเจรจาประนีประนอมยอมความแต่ฝ่ายรัฐเพิกเฉย ฝ่ายเอกชนจึงมีสิทธินำข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานเสนอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ คำชี้ขาดไม่ปรากฏเหตุที่จะทำให้เป็นคำชี้ขาดที่ฝ่าฝืนบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้ยกคำร้องของฝ่ายรัฐ และให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขคำที่ ๑๑๙/๒๕๔๗ (ข้อพิพาทแดงหมายเลขที่ ๖๔/๒๕๕๑) และให้ฝ่ายรัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในกำหนด ๑๘๐ วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ทั้งหมดให้ฝ่ายเอกชน

๓) ชั้นศาลปกครอง ครั้งที่ ๒ (ขอให้พิจารณาคดีใหม่)

ในปี พ.ศ. ๒๕๖๒

(๑) ศาลปกครองชั้นต้น

คำร้อง

วันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๖๒ ฝ่ายรัฐขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่ โดยให้ความเห็นว่าศาลปกครองสูงสุดรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดในประเด็นว่าข้อพิพาทที่ ฝ่ายเอกชนเสนอต่ออนุญาโตตุลาการอยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่อนุญาโตตุลาการหรือไม่ การเสนอข้อพิพาทของฝ่ายเอกชนเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ อีกทั้ง ยังโต้แย้งเรื่องการวินิจฉัยเหตุของการเลิกกันของสัญญาและการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชน ตามมาตรา ๓๙๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และได้มีการกล่าวอ้างถึงคำสั่งสำนัก นายกรัฐมนตรี ที่ ๑๔๓/๒๕๖๒ เรื่อง แต่งตั้งคณะทำงานตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐาน “กรณีโฮปเวลล์” ลงวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๖๒ ซึ่งหากได้พยานหลักฐานใหม่จะนำเสนอศาล ปกครองสูงสุดต่อไป และโต้แย้งเรื่องความสามารถในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวใน ประเทศของฝ่ายเอกชนในขณะที่เข้าทำสัญญาพิพาทตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๑๕ รวมทั้ง โต้แย้งว่า ศาลปกครองสูงสุดมิได้ย่อนสำนวนให้ศาล ปกครองชั้นต้นวินิจฉัยในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี กลับวินิจฉัยเสียเอง ถือว่าเป็นข้อบกพร่องใน กระบวนการยุติธรรม

ความเห็น

กรณีคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ข้างต้นไม่เข้าหลักเกณฑ์ตาม มาตรา ๗๕ วรรคหนึ่ง (๑) และ (๓) ประกอบวรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงมีคำสั่งไม่รับคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ไว้พิจารณา

ศาลชั้นต้นยกคำร้องไม่รับไว้พิจารณา

(๒) ศาลปกครองชั้นสูงสุด

คำร้อง

อุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำขอให้ พิจารณาคดีใหม่ไว้พิจารณา

ความเห็น

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วยืนตามคำสั่งของศาล ปกครองชั้นต้น

๔) ศาลรัฐธรรมนูญ

ในปี พ.ศ. ๒๕๖๓ - พ.ศ. ๒๕๖๔

คำร้อง

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๑๘/๒๕๔๕ วันพุธที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๕ ขัดต่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๕ วรรคสาม มาตรา ๑๘๘ และมาตรา ๑๘๗ ขอให้สั่งเพิกถอนมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองหรือการกระทำดังกล่าว

เนื่องจาก มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด กำหนดให้เริ่มนับอายุความตั้งแต่วันที่ “ศาลปกครองเปิดทำการ” ส่งผลให้การเริ่มนับระยะเวลาอายุความแตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑ (รัฐหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี)

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจึงเป็นระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา ๔๔ ที่บัญญัติให้การดำเนินการ ทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้อง การดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐาน และการพิพากษาคดีปกครอง นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนด โดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งต้องดำเนินการตามมาตรา ๕ และมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง แต่ปรากฏว่าไม่มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตามมาตรา ๕ และมีได้ส่งให้สภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบตามมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีผลบังคับใช้ในสถานะของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ความเห็น

(๑) ประเด็นแรกที่พิจารณาคือศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ หรือไม่ โดยศาลเห็นว่า มติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการฟ้อง ซึ่งเข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ จึงมีคำสั่งรับไว้พิจารณาวินิจฉัยตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๒๗ วรรคสาม

(๒) ประเด็นเนื้อหาแห่งคดีที่ต้องพิจารณาคือ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๑๘/๒๕๔๕ วันพุธที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๕ เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง เป็นการออกระเบียบตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๔ หรือไม่ ซึ่งศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด นั้น ได้มีการพิจารณาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองในกรณีที่เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นก่อนศาลปกครองเปิดทำการ จำนวน ๓ คำร้อง ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางการวินิจฉัยปัญหา จึงมิใช่เป็นเพียงการพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดี ประกอบกับเมื่อพิจารณาการอธิบายของผู้เข้าร่วมประชุมในรายงานการประชุมใหญ่ครั้งดังกล่าวมิได้มีการกล่าวถึงข้อเท็จจริงในคดีใดคดีหนึ่งของทั้งสามคดีเป็นการเฉพาะ จึงเป็นเสมือนการบัญญัติพิเศษเฉพาะการกำหนดหลักเกณฑ์การนับระยะเวลาฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้เป็นการทั่วไปในทุกคดีที่ฟ้องต่อศาลปกครองรวมทุกประเภทคดีตามมาตรา ๔๙ มาตรา ๕๐ มาตรา ๕๑ และมาตรา ๕๒ ดังนั้น จึงเป็นการออกระเบียบตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๓) ประเด็นเนื้อหาแห่งคดีต่อมาคือ เมื่อมติดังกล่าวเป็นการออกระเบียบแล้วแต่ไม่ได้ดำเนินการตามมาตรา ๕ และมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง จึงต้องเป็นกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง และมาตรา ๑๙๗ วรรคสี่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๑๘/๒๕๔๕ วันพุธที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๕ เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง เป็นการออกระเบียบตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๔ แต่มิได้ดำเนินการตามมาตรา ๕ และมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง และมาตรา ๑๙๗ วรรคสี่

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๑๘/๒๕๔๕ วันพุธที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายรัฐจึงได้ยื่นเรื่องขอให้ศาลปกครองได้พิจารณาใหม่อีกครั้ง

๓) ชั้นศาลปกครอง ครั้งที่ ๓ (ขอให้พิจารณาคดีใหม่)

ในปี พ.ศ. ๒๕๖๔

(๑) ศาลปกครองชั้นต้น

คำร้อง

วันที่ ๑๔ มิถุนายน ๒๕๖๔ และวันที่ ๑๖ มิถุนายน ๒๕๖๔ ฝ่ายรัฐได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาคดีใหม่และของดการบังคับคดี โดยระบுவามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ใช้ในการพิจารณาคดีนี้ เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดี ไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย และไม่มีกฎหมายบัญญัติให้นำมาหักล้างหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ประกอบกับเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๕/๒๕๖๔ ลงวันที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๖๔ (เรื่องพิจารณา ที่ ต. ๕๙/๒๕๖๓)

จึงทำให้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้วินิจฉัยไปแล้วนั้น เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ และถือว่าเป็นกรณีมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรมอันเป็นเหตุที่ศาลปกครองจึงต้องพิจารณาคดีนี้ใหม่ ตามมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

ความเห็น

๑) ประเด็นที่หนึ่งเรื่องระยะเวลาการยื่นคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ อยู่ภายในกำหนดเวลาหรือไม่ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามมาตรา ๖๙ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ การที่ฝ่ายรัฐยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ โดยอ้างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๖๔ จึงถือว่าวันดังกล่าวเป็นวันที่ฝ่ายรัฐได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ และเมื่อฝ่ายรัฐยื่นคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ในวันที่ ๑๔ มิถุนายน ๒๕๖๔ และวันที่ ๑๖ มิถุนายน ๒๕๖๔ จึงเป็นการยื่นคำขอภายในระยะเวลาตามมาตรา ๗๕ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒) ประเด็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันคดีของฝ่ายรัฐที่ยื่นขอให้พิจารณาคดีใหม่หรือไม่ ศาลเห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงการชี้ขาดสถานะทางกฎหมายของมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง เท่านั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้มีผลเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา ๒๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว...” อันเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนของคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดที่มีเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยที่ขอด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น

และมีวัตถุประสงค์ที่จะรักษาหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีคำพิพากษานั้น ๆ แต่มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ไม่มีนิติฐานะเป็นกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับโดยชอบในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาพิพากษาคดีนี้ ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา ๒๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงไม่อาจนำมาใช้บังคับกับคดีนี้ได้

๓) ประเด็นที่สาม คำขอให้พิจารณาคดีใหม่ของฝ่ายรัฐอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ศาลจะรับไว้พิจารณาใหม่หรือไม่ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้เหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำมาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวจะแตกต่างจากคณะอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ผลก็เป็นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ฝ่ายเอกชนเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาอันแสดงให้เห็นอีกประการหนึ่งว่าเรื่องระยะเวลาการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ เป็นเรื่องดุลพินิจในการตีความซึ่งศาลอาจวินิจฉัยไปในแนวทางที่แตกต่างกันหรือแนวทางอื่นเนื่องจากเห็นว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จะใช้บังคับในวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๒ และเมื่อไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้นำกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับในกรณีดังกล่าวก่อนการบังคับใช้กฎหมายได้แล้ว กรณีจึงต้องนำอายุความ ๑๐ ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่เกิดข้อพิพาทมาใช้ สอดคล้องกับที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไว้ซึ่งก็อาจเป็นอีกแนวทางหนึ่งในการใช้ดุลพินิจของศาลได้เช่นกัน โดยหลักการเรื่องดุลพินิจอิสระของตุลาการ (Judicial Independence) ดังกล่าว

ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ไว้

พิจารณา

(๒) ศาลปกครองสูงสุด

คำร้อง

ฝ่ายรัฐยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ไว้พิจารณา โดยระบุว่า การใช้อำนาจพิจารณาพิพากษารรคคดีของตุลาการจะมีความเป็นอิสระ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมต้องชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งการันระยะเวลาการฟ้องคดีศาลปกครองเป็นหลักประกันความยุติธรรมตามหลักนิติธรรม และเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความเห็น

- ศาลปกครองสูงสุดจะรับคำขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่ลงวันที่ ๑๔ มิถุนายน ๒๕๖๔ ของฝ่ายรัฐไว้พิจารณาได้หรือไม่

- คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพัน
รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย
ว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดี
ปกครองขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผลทำให้คำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วซึ่งทำขึ้น
โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นคำพิพากษาที่ใช้บังคับมิได้หรือต้องสิ้นผลบังคับผูกพัน
ลงเท่านั้น

- ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี
ปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๗๕ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ในกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษา
หรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองเสร็จเด็ดขาดแล้ว คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสีย หรืออาจ
ถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น อาจมีคำขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือ มีคำสั่งชี้ขาด
คดีปกครองนั้นใหม่ได้ในกรณีดังต่อไปนี้ (๑) ... (๔) คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้น โดยอาศัย
ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใด และต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปใน
สาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปใน
สาระสำคัญ

- ฝ่ายรัฐจึงขอที่จะขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาหรือ
มีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองได้ใหม่ ตามมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล
ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

ศาลปกครองสูงสุดกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเป็น
ให้รับคำขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีใหม่ของฝ่ายรัฐไว้พิจารณา และให้ศาลปกครอง
ชั้นต้นพิจารณาคำขอให้ศาลมีคำสั่งงดการบังคับคดีของฝ่ายรัฐ

๓.๓.๒ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการก่อสร้างทางในลักษณะ
ทางแข่งขันกับเอกชนคู่สัญญา

- กรณีศึกษา โครงการทางด่วนบางปะอิน-ปากเกร็ด และ
ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ส่วนต่อขยายอนุสรณ์สถานแห่งชาติ - รังสิต

โครงการทางด่วนบางปะอิน-ปากเกร็ด และทางยกระดับดอนเมือง
โทลล์เวย์ ส่วนต่อขยายอนุสรณ์สถานแห่งชาติ - รังสิต เป็นโครงการที่เกิดขึ้นเนื่องจากในเขต
กรุงเทพมหานครและเขตจังหวัดที่อยู่ใประิมณฑลมีปัญหาเรื่องการจราจรที่ติดขัด

ความเป็นมา

ในปี พ.ศ. ๒๕๓๘ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย หรือ กทพ. ได้เสนอโครงการก่อสร้างทางพิเศษให้ครอบคลุมพื้นที่ทั่วกรุงเทพมหานครและปริมณฑล ประกอบด้วย ทางพิเศษเฉลิมมหานคร เชื่อมต่อกับทางพิเศษศรีรัช และเชื่อมต่อกับทางพิเศษเฉลิมมหานคร ทำให้เกิดโครงข่ายทางพิเศษวงแหวนและรัศมี

ต่อมาได้เสนอโครงการทางพิเศษอุดรรัถยา (ทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด) ระยะทาง ๓๔ กิโลเมตร มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในการเดินทางสู่ภาคเหนือ และรองรับปริมาณจราจรที่มีขึ้นระหว่างการแข่งขันกีฬาเอเชียนเกมส์ ครั้งที่ ๑๓ ณ ศูนย์กีฬามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (รังสิต)

วันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๓๘ คณะรัฐมนตรีมีมติให้ดำเนินโครงการทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด (แจ้งวัฒนะ-บางพูน-บางไทร) โดยให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินโครงการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

วันที่ ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๓๘ ฝ่ายรัฐได้ออกประกาศเชิญชวนเอกชนลงทุนในโครงการก่อสร้างทางด่วนดังกล่าว โดยเริ่มต้นจากปลายทางด่วนชั้นที่ ๒ บริเวณถนนแจ้งวัฒนะ ขึ้นไปทางทิศเหนือ ผ่านอำเภopakเกร็ด จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี สิ้นสุดที่ถนนวงแหวนรอบนอกบริเวณอำเภอบางไทร จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ระยะทางประมาณ ๓๐ กิโลเมตร และรวมกับทางเชื่อมต่อไปยังมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต อีก ๔ กิโลเมตร รวมเป็นระยะ ๓๔ กิโลเมตร

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๓๙

- วันที่ ๑๑ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๓๙ คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาปัญหาการขอให้รัฐชดเชยรายได้ในกรณีผลตอบแทนการลงทุนไม่ถึงร้อยละ ๑๔ โดยฝ่ายรัฐรับไปเจรจากับฝ่ายเอกชนบนหลักการว่ารัฐจะไม่ชดเชยรายได้ส่วนที่ขาดโดยรัฐจะพิจารณาก่อสร้างโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ในขั้นต้นให้สิ้นสุดเพียงอนุสรณ์สถานแห่งชาติ หากตกลงได้ก็ให้คณะกรรมการคัดเลือกเอกชนร่วมงานหรือดำเนินโครงการทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด (แจ้งวัฒนะ-บางพูน-บางไทร) ดำเนินการเจรจายกร่างสัญญาและส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามตามขั้นตอนตามกฎหมายต่อไป หากเจรจาไม่สำเร็จให้ผู้ร้องดำเนินงานโครงการดังกล่าวเอง

- วันที่ ๒๗ กันยายน พ.ศ. ๒๕๓๙ ฝ่ายรัฐได้ทำสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด กับฝ่ายเอกชน โดยเอกชนมีหน้าที่ในการออกแบบ การจัดหาเงินทุน การก่อสร้าง การดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จ การบำรุงรักษาและการดำเนินการทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด การรับค่าผ่านทาง มีกำหนดระยะเวลาของสัญญา ๓๐ ปี นับจากวันที่ลงนามในสัญญา หรือระยะเวลาอื่นใดซึ่งอาจขยายออกไปตามเงื่อนไขของสัญญา

- สัญญากำหนดว่าฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับเงินค่าผ่านทางและรายได้อื่นเพื่อใช้คืนเงินลงทุนตลอดระยะเวลาของสัญญา

- สัญญาได้กำหนดคำจำกัดความของทางที่มีลักษณะแข่งขัน คือ ในระหว่างระยะเวลาของสัญญา ฝ่ายรัฐหรือรัฐบาลได้ดำเนินการก่อสร้างหรือปรับปรุงถนนหรือทางหลวงจนได้มาตรฐานเช่นเดียวกับทางพิเศษ ภายในขอบเขตพื้นที่ที่ใกล้เคียงกับทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด แต่ไม่รวมงานก่อสร้างหรืองานปรับปรุงทางหรือถนนอื่นที่กำหนดไว้ในภาคผนวกท้ายสัญญา และการก่อสร้างหรือปรับปรุงถนนดังกล่าวมีผลกระทบอย่างแรงที่ทำให้ปริมาณการจราจรที่ใช้ทางด่วนหรือรายได้ที่จะได้รับจากการใช้ดังกล่าวลดลงจากประมาณการในผนวกท้ายสัญญา ฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยรายได้ค่าผ่านทางส่วนที่ลดลงหรือชดเชยด้วยวิธีการที่คู่สัญญาเห็นว่าเหมาะสมให้แก่ฝ่ายเอกชนตลอดระยะเวลาที่เหลือของระยะเวลาของสัญญาตามที่ระบุ

- ภาคผนวกท้ายสัญญาได้กำหนดให้การก่อสร้างหรือปรับปรุงทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์โดยมีส่วนต่อขยายไม่เกินกว่าอนุสรณ์สถานแห่งชาติ ให้ถือว่าเป็นทางที่มีลักษณะแข่งขัน

- ในกรณีที่มีข้อพิพาทใด ๆ อันเนื่องมาจากหรือเกี่ยวข้องกับผลกระทบจากการลดลงของปริมาณการจราจร ฝ่ายรัฐหรือฝ่ายเอกชนจะต้องส่งเรื่องให้วิศวกรอิสระพิจารณาคำตัดสินของวิศวกรอิสระให้ถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

- ประมาณการรายได้จากปริมาณการจราจรและค่าใช้จ่ายผนวกท้ายสัญญา กำหนดว่า ในปี พ.ศ. ๒๕๔๒ มีประมาณการรายได้ค่าผ่านทางทั้งหมด ๙๐๒ ล้านบาท และปี พ.ศ. ๒๕๔๓ มีประมาณการรายได้ค่าผ่านทางทั้งหมด ๑,๒๘๗ ล้านบาท

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๔๐

- วันที่ ๑๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๐ คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติให้มีการต่อขยายทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ จากอนุสรณ์สถานแห่งชาติ-รังสิต โดยให้ก่อสร้างให้แล้วเสร็จก่อนการแข่งขันกีฬาเอเชียนเกมส์ ครั้งที่ ๑๓ ในปี พ.ศ. ๒๕๔๑ ระยะทาง ๗.๓ กิโลเมตร

โดยถือเป็นการแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเดิมที่พิจารณาก่อสร้างโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์สิ้นสุดเพียงอนุสรณ์สถานแห่งชาติ

- วันที่ ๑๑ มีนาคม ๒๕๔๐ ฝ่ายเอกชนได้มีหนังสือถึงฝ่ายรัฐว่า การที่ฝ่ายเอกชนได้เข้าทำสัญญากับฝ่ายรัฐเพื่อทำการก่อสร้างทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด เนื่องจากได้รับการยืนยันจากฝ่ายรัฐและหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องตลอดจนที่ได้มีมติคณะรัฐมนตรีว่าทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์จะมีการต่อเติมไปถึงเพียงบริเวณอนุสรณ์สถานแห่งชาติเท่านั้น ซึ่งการที่คณะรัฐมนตรีมีมติแก้ไขมติเดิมให้ต่อขยายไปถึงบริเวณรังสิต มีผลทำให้ฝ่ายเอกชนได้รับผลกระทบทางการเงินอย่างแรง ขอให้ฝ่ายรัฐรายงานให้หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องทราบและตระหนักในภาระผูกพันของฝ่ายรัฐตามสัญญาซึ่งกำหนดให้ฝ่ายรัฐต้องรับภาระค่าชดเชยแก่ฝ่ายเอกชน

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๔๑

- ฝ่ายเอกชนก่อสร้างทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด ระยะที่ ๑ ช่วงแจ้งวัฒนะ-เชียงราก แล้วเสร็จ และเปิดใช้เมื่อวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๔๑

- และก่อสร้างทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด ระยะที่ ๒ ช่วงเชียงราก-บางไทร แล้วเสร็จ และเปิดใช้เมื่อวันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๔๑

- ในขณะที่รัฐบาลได้ก่อสร้างทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ช่วงอนุสรณ์สถานแห่งชาติ-รังสิต แล้วเสร็จ และเปิดใช้เมื่อวันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๔๑

- ฝ่ายเอกชนมีหนังสือลงวันที่ ๑๖ ธันวาคม ๒๕๔๑ แจ้งฝ่ายรัฐว่าทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ส่วนต่อขยายเป็นการแข่งขันตามสัญญา ขอให้ชดเชย

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๔๒

- วันที่ ๘ มกราคม ๒๕๔๒ ฝ่ายรัฐมีหนังสือแจ้งฝ่ายเอกชนว่ายังไม่อาจถือได้ว่าทางดังกล่าวเป็นทางที่มีลักษณะแข่งขันตามสัญญา

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๔๓

- วันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๓ ฝ่ายเอกชนได้มีหนังสือแจ้งกรณีดังกล่าวต่อวิศวกรรมอิสระ

- วันที่ ๓๑ มกราคม ๒๕๔๓ วิศวกรรมอิสระมีหนังสือถึงฝ่ายเอกชนว่ากรณีดังกล่าวเป็นทางที่มีลักษณะแข่งขันตามสัญญา เนื่องจากไม่ได้ระบุไว้ในผนวกท้ายสัญญา และขอให้ฝ่ายเอกชนส่งข้อมูลตัวเลขปริมาณการจราจรและรายได้

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๔๔

- วันที่ ๒๒ มีนาคม ๒๕๔๔ วิศวกรอิสระได้มีหนังสือไปยังฝ่ายเอกชน
แจ้งว่ารายได้ที่เกิดขึ้นจริงน้อยกว่าที่ประมาณการไว้

- วันที่ ๘ ตุลาคม ๒๕๔๔ ฝ่ายเอกชนได้มีหนังสือแจ้งให้ฝ่ายรัฐชดเชย
เงินจำนวน ๑,๗๙๐ ล้านบาทพร้อมดอกเบี้ย

- วันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ ฝ่ายรัฐมีหนังสือปฏิเสธการจ่ายดังกล่าว

- วันที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ ฝ่ายเอกชนมีหนังสือขอให้
คณะผู้พิจารณาได้พิจารณาวินิจฉัย ซึ่งเป็นไปตามลำดับตามสัญญา

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๔๕

- วันที่ ๘ พฤษภาคม ๒๕๔๕ ฝ่ายรัฐได้มีหนังสือเสนอคำคัดค้าน

- วันที่ ๒ กรกฎาคม ๒๕๔๕ คณะผู้พิจารณาเห็นว่าคู่พิพาททั้งสองไม่
สามารถตกลงกันได้อย่างฉันทมิตรตามสัญญา จึงให้ยุติการพิจารณาและให้คู่พิพาทไปดำเนินการ
ในชั้นอนุญาโตตุลาการต่อไป

สภาพปัญหา

- การอนุมัติส่วนต่อขยายดังกล่าวมีผลกระทบทำให้ปริมาณการจราจร
และรายได้ค่าใช้จ่ายทางของทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด ลดลง ซึ่งไม่เป็นไปตามสัญญา

- ได้มีการเสนอปัญหาข้อพิพาทพิจารณาในชั้นคณะผู้พิจารณา
แต่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ คณะผู้พิจารณาจึงเห็นควรให้ยุติการพิจารณาและให้คู่พิพาท
ทั้งสองฝ่ายนำข้อพิพาทดังกล่าวไปดำเนินการตามสัญญาในชั้นอนุญาโตตุลาการ และศาล
ปกครอง ตามลำดับ ดังนี้

๑) ชั้นอนุญาโตตุลาการ

วันที่ ๒๐ ธันวาคม ๒๕๔๗ - วันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๕๑

ประเด็นข้อพิพาทมีจำนวน ๔ ประเด็น ดังนี้

(๑) ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ช่วงอนุสรณ์สถานแห่งชาติ-
รังสิต เป็นการแข่งขันตามข้อ ๑๖ ของสัญญาหรือไม่

(๒) การขยายทางดังกล่าวเป็นเหตุให้โครงการทางด่วนสาย
บางปะอิน-ปากเกร็ด มีการจราจรลดลงหรือรายได้ลดลงหรือไม่

(๓) วิศวกรอิสระมีอำนาจตามสัญญาในการรับรองค่าชดเชยทางแข่งขันตามคำเสนอข้อพิพาทหรือไม่ และการรับรองค่าชดเชยดังกล่าวของวิศวกรอิสระถึงที่สุดและมีผลผูกพันในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือไม่

(๔) ฝ่ายรัฐต้องรับผิดชอบเงินค่าชดเชยพร้อมดอกเบี้ยตามคำเสนอข้อพิพาทแก่ฝ่ายเอกชนหรือไม่ เพียงใด

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

- วันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๕๑

(๑) ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ช่วงอนุสรณ์สถานแห่งชาติ - รังสิต เป็นทางแข่งขันตามข้อ ๑๖ ของสัญญา

* เนื่องจากผนวกท้ายสัญญาได้ระบุรายชื่อถนนที่ไม่รวมอยู่ในข้อกำหนดของสัญญาไว้ชัดเจน

* โดยเฉพาะระบุถึงทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์อยู่ด้วย โดยมีเงื่อนไขว่าส่วนต่อขยายทางยกระดับสายนี้จะไม่เกินกว่าอนุสรณ์สถานแห่งชาติ

* ทางดังกล่าวเป็นการก่อสร้างที่ได้มาตรฐานเช่นเดียวกับทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด

* ทางยกระดับส่วนต่อขยายอยู่ภายในขอบเขตใกล้เคียงกับทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด ตามที่กำหนดตามสัญญา

* ผลกระทบรุนแรงต่อปริมาณการจราจรและรายได้ค่าผ่านทางของทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด จากประมาณการผนวกท้ายสัญญา

จึงเห็นว่าเป็นการก่อสร้างเป็นทางที่มีลักษณะเป็นทางแข่งขัน ไม่ได้รับยกเว้นและมีผลกระทบทำให้ปริมาณการจราจรและรายได้ของทางด่วนสายที่เอกชนได้รับสัมปทานลดลง

(๒) เมื่อมีข้อพิพาท ฝ่ายรัฐหรือฝ่ายเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเสนอข้อพิพาทต่อวิศวกรอิสระได้ วิศวกรอิสระมีอำนาจหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยค่าชดเชยตามสัญญาว่าจ้างวิศวกรอิสระจนถึงวันออกหนังสือรับรองฉบับสุดท้าย

(๓) คำวินิจฉัยของวิศวกรอิสระได้ปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างและเงื่อนไขที่กำหนดในผนวกท้ายสัญญา ในขณะที่สัญญาว่าจ้างวิศวกรอิสระมีผลบังคับอยู่ ถือว่ามีผลถึงที่สุดและผูกพันฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชน

(๔) ฝ่ายรัฐต้องจ่ายเงินชดเชยรายได้ที่ลดลงจากประมาณการให้กับฝ่ายเอกชน สำหรับปี พ.ศ. ๒๕๔๒ - ๒๕๔๓ รวมเป็นเงินจำนวนทั้งสิ้น ๑.๗ พันล้านบาทเศษ พร้อมดอกเบี้ย นับตั้งแต่วันที่ ๒๒ มีนาคม ๒๕๔๔ เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น

๒) ชั้นศาลปกครอง

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๑

(๑) ศาลปกครองชั้นต้น

คำร้อง

วันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ๒๕๕๑ ฝ่ายรัฐได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองโดยระบุความเห็น ดังนี้

- ในวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๕๑ ฝ่ายรัฐได้รับสำเนาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และได้มีหนังสือแจ้งปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดให้ฝ่ายเอกชนทราบ

- ฝ่ายรัฐเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ

- ข้อพิพาทนี้ไม่สามารถระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย มาตรา ๔๐ (๑) (ง) และ (๒) (ก) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕

- การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อสัญญาตามมาตรา ๓๔ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๙๗

- กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามข้อบังคับและประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ดำเนินกระบวนการอย่างเสมอภาคและยุติธรรม เนื่องจากไม่ได้พิจารณาถึงข้อโต้แย้งคัดค้านของฝ่ายรัฐในลักษณะอย่างเท่าเทียมกันและให้มีโอกาสนำเสนอหลักฐานและเสนอข้อต่อสู้ของฝ่ายรัฐได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

- ฝ่ายรัฐโต้แย้งว่าโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ช่วงอนุสรณ์สถานแห่งชาติ-รังสิต ไม่เป็นทางแข่งขัน

- ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ความเห็น

(๑) ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยได้ให้ฝ่ายเอกชนและฝ่ายรัฐซึ่งเป็นผู้พิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทแล้ว และไม่ปรากฏเหตุอื่นอันไม่ชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่ คณะอนุญาโตตุลาการรับฟังพยานหลักฐานที่คู่พิพาทนำเสนอแล้ววินิจฉัยไปทางหนึ่งทางใดหาได้เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบ แต่เป็นการพิจารณาพยานหลักฐานอันเป็นดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่คู่พิพาทนำเสนอ

(๒) ประเด็นที่สอง คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ศาลเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยข้อพิพาทตามประเด็นข้อพิพาทโดยความเห็นชอบของคู่พิพาทซึ่งล้วนแต่เป็นประเด็นพิพาทตามข้อกำหนดของสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด ทั้งสิ้น จึงเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามข้อ ๒๗ การระงับข้อพิพาท ๒๗.๑ การเสนอเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการ และข้อ ๑๖ ของสัญญา ประกอบ ผนวกท้ายสัญญาหมายเลข ๘ และหมายเลข ๑๕ และเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว

(๓) การยอมรับหรือการบังคับตาม คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ศาลเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นการชี้ขาดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญาชดใช้เงินค่าเสียหายตามที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาพิพาทแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระเงินตามข้อกำหนดในสัญญา ดังนั้น การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีแต่อย่างใด

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกคำร้อง

(๒) ศาลปกครองสูงสุด

ฝ่ายรัฐได้ยื่นคำร้องอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๕๖

คำร้อง

ขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

ความเห็น

ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวโดยกำหนดประเด็นที่จะต้องพิจารณารวม ๓ ประเด็น ดังนี้

(๑) ประเด็นที่หนึ่ง ศาลปกครองสูงสุดอาจรับอุทธรณ์ของฝ่ายรัฐไว้พิจารณาได้หรือไม่ ศาลเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๔๕ วรรคหนึ่ง บัญญัติห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ (๑) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (๒) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อพิจารณาจากคำอุทธรณ์ของฝ่ายรัฐที่อ้างว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งอาจเป็นความจริงดังที่อ้างที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดโดยเสียงข้างมากเห็นว่า กรณียอมถือได้ว่ากรณีดังกล่าวต้องด้วยมาตรา ๔๕ วรรคหนึ่ง (๑) และ (๒) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ศาลปกครองสูงสุดจึงอาจรับอุทธรณ์ของผู้ร้องไว้พิจารณาได้

(๒) ประเด็นที่สอง ขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เพียงใด ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยเสียงข้างมากพิเคราะห์แล้วเห็นว่า อำนาจศาลปกครองไม่ได้จำกัดเพียงแต่การตรวจสอบว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยสภาพแล้วขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เท่านั้น หากแต่ยังมีอำนาจที่จะตรวจสอบเหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ประกอบการจัดทำคำชี้ขาด ทั้งในปัญหาการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือข้อสัญญาว่าเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือความประสงค์ในทาง

สุจริตของคู่สัญญาหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยว่าการยอมรับและการบังคับตาม คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนหรือไม่เพียงใดจึงต้องพิจารณาในรายละเอียดต่อไป

(๓) การยอมรับหรือการบังคับตาม คำชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ฝ่ายรัฐชำระเงินค่าชดเชยรายได้ดังกล่าวเป็นการขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุดโดยเสียงข้างมากเห็นว่า การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีจึงไม่มีเหตุที่ศาลต้องเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของ ศาลปกครองชั้นต้นที่ให้ยกคำร้อง

๓.๓.๓ ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานในกำกับของรัฐกับเอกชน

- กรณีศึกษา สัญญาส่วนแบ่งรายได้จากการก่อสร้างโครงข่ายเคเบิล ใต้น้ำ

สัญญาร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ (Submarine Optical Fibre Cable Project) เป็นสัญญาร่วมลงทุนก่อสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งตะวันออก โดยใช้ใยแก้วนำแสงเชื่อมต่อจากกรุงเทพมหานครไปยังพื้นที่จังหวัดภาคใต้ของประเทศ รองรับ การขยายโทรศัพท์ ๓ ล้านเลขหมาย

ความเป็นมา

รัฐบาลมีนโยบายในการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนให้มีส่วนร่วมลงทุน ขยายบริการพื้นฐานด้านบริการโทรคมนาคม ขนส่ง กิจการพลังงาน การพัฒนากำลังคน และ เพิ่มการใช้เทคโนโลยีเพื่อการผลิตให้มากขึ้น รัฐบาลได้ให้ความสำคัญกับการพัฒนาโครงสร้าง พื้นฐานเพื่อรองรับและสนับสนุนให้ระบบเศรษฐกิจและสังคมสามารถดำเนินต่อไปได้

ฝ่ายรัฐจึงได้มีนโยบายให้ภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนขยายเลขหมาย โทรศัพท์ทั่วประเทศ จำนวน ๓ ล้านเลขหมาย ขณะนั้นภาคใต้มีความจำเป็นจะต้องใช้วงจร รองรับเพิ่มเติมอีก ๑๒,๐๐๐ วงจร โดยต้องเป็นโครงข่ายที่มีเสถียรภาพสูง สามารถที่จะใช้เป็น โครงข่ายสำรองกรณีเกิดภัยพิบัติร้ายแรงได้ในกรณีภาคพื้นดินมีปัญหา

วันที่ ๒๕ มกราคม ๒๕๓๔ ฝ่ายเอกชนส่งร่างสัญญาให้ฝ่ายรัฐได้
พิจารณา

วันที่ ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๔ ได้นำส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการ
สูงสุดเพื่อพิจารณา

ต่อมาเดือนกรกฎาคม ๒๕๓๔ สำนักงานอัยการสูงสุดได้ขอให้ปรับปรุง
ร่างสัญญา โดยฝ่ายรัฐได้ตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างสัญญาดังกล่าว

วันที่ ๒๙ สิงหาคม ๒๕๓๔ ส่งร่างสัญญาฉบับใหม่ให้สำนักงานอัยการ
สูงสุดพิจารณาอีกครั้ง

วันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๓๔ สำนักงานอัยการสูงสุดได้ส่งร่างสัญญา
ฉบับแก้ไขไปยังฝ่ายรัฐ

วันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๓๔ ฝ่ายรัฐได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในสัญญาอีกครั้ง

วันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๓๔ ลงนามในสัญญา ภายใต้เงื่อนไขในสัญญานี้ว่า
โดยฝ่ายเอกชนจะลงทุนจัดหา ติดตั้ง ควบคุม ตลอดจนบำรุงรักษาโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ เพื่อให้
ฝ่ายรัฐดำเนินการให้บริการตามกำหนดเวลาภายใต้สัญญาและเพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุน
ดังกล่าว ฝ่ายรัฐตกลงให้ฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งรายได้ตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไข
ภายใต้สัญญานี้ โดยมีกำหนดเวลา ๒๐ ปี นับแต่วันลงนามในสัญญาเป็นต้นไป

สภาพปัญหา

ในระหว่างดำเนินการโครงการตามสัญญาก็พบปัญหาและอุปสรรค ดังนี้

๑) ในช่วงเริ่มต้นฝ่ายรัฐเปิดให้บริการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำแต่ใน
ขณะนั้นยังไม่สามารถจำหน่ายรายได้ว่ามาจากการบริการส่วนใด ระหว่าง เคเบิลภาคพื้นดิน
เคเบิลตามเส้นทางรถไฟ หรือเคเบิลใต้น้ำ จึงใช้สูตรการคำนวณที่กำหนดในสัญญาไปพลางก่อน

๒) การจ่ายส่วนแบ่งรายได้และการคำนวณส่วนแบ่งรายได้ ที่พบ
ปัญหาเกี่ยวกับการตีความจำนวนวงจรที่ต้องนำมาใช้ในการคำนวณ

๓) การกำหนดสัญญาให้ใช้วิธีการคำนวณรายได้ที่เกิดขึ้นจาก
การเปิดบริการโดยที่ยังไม่มีเครื่องมือตรวจวัดการเปิดให้บริการ ส่งผลกระทบต่อการคำนวณรายได้

๔) การตีความสัญญา ในการแบ่งรายได้ให้แก่ฝ่ายเอกชน

๕) คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาในการบำรุงรักษาและจัดฝึกอบรม
ทำให้ฝ่ายรัฐเสียโอกาสทางธุรกิจ

๖) การเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจโทรคมนาคมที่นำโทรศัพท์เคลื่อนที่มาใช้งานมากขึ้น

จากปัญหาและอุปสรรคที่พบระหว่างการดำเนินการตามสัญญานำไปสู่ประเด็นข้อพิพาท ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยื่นข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการให้ชี้ขาดจำนวน ๓ คดี และต่อมาได้มีการยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง สรุปได้ดังนี้

๑. ชั้นอนุญาโตตุลาการ

ข้อพิพาทที่ ๑

ปี พ.ศ. ๒๕๕๗ - ๒๕๖๒

ประเด็นข้อพิพาทมีจำนวน ๓ ประเด็น ดังนี้

(๑) ฝ่ายเอกชนมีสิทธิเสนอคำเสนอข้อพิพาทนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

(๒) วิธีการคำนวณส่วนแบ่งรายได้ของฝ่ายรัฐให้แก่ฝ่ายเอกชนตามข้อพิพาทนี้จะใช้วิธีการคำนวณส่วนแบ่งรายได้ของฝ่ายรัฐ หรือคำนวณตามรายได้ที่เกิดจากการเปิดบริการของฝ่ายรัฐและฝ่ายรัฐจะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้ใด เพียงใด

(๓) สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ตามข้อพิพาทขาดอายุความหรือไม่

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

(๑) ฝ่ายเอกชนมีสิทธิเสนอคำเสนอข้อพิพาทนี้ต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกร้องให้ฝ่ายรัฐชำระเงินส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำได้

(๒) วิธีการคำนวณส่วนแบ่งรายได้ต้องคิดคำนวณอัตราส่วนแบ่งรายได้ด้วยวิธีการใช้สูตรในการคำนวณรายได้ตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำดังที่ปฏิบัติกันมาตั้งแต่ต้น และเห็นว่าฝ่ายรัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้ตั้งแต่เดือนกันยายน ๒๕๕๑ ถึงตุลาคม ๒๕๕๔ พร้อมดอกเบี้ยเป็นเงิน ๓,๔๒๐ พันล้านบาทเศษ และไม่มีสิทธิเรียกคืนส่วนแบ่งรายได้อีก ๖,๕๐๐ ล้านบาทเศษ

(๓) สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ตามข้อพิพาทยังไม่ขาดอายุความ

ข้อพิพาทที่ ๒

ปี พ.ศ. ๒๕๕๙ - ๒๕๖๒

ประเด็นข้อพิพาทมีจำนวน ๔ ประเด็น ดังนี้

(๑) ฝ่ายรัฐมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายเอกชนชำระหนี้ส่วนแบ่งรายได้ที่ได้รับเกินไปคืนแก่ฝ่ายรัฐตามสัญญาพร้อมดอกเบี้ยหรือไม่ เพียงใด

(๒) ฝ่ายรัฐมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายเอกชนชำระค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่แก้ไขปรับปรุงเครื่องมือ อุปกรณ์ และทรัพย์สินตามสัญญา พร้อมดอกเบี้ยให้แก่ฝ่ายรัฐได้หรือไม่ เพียงใด

(๓) ฝ่ายรัฐมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายเอกชนชำระค่าเสียหายโอกาสในการประกอบธุรกิจพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ฝ่ายรัฐได้หรือไม่ เพียงใด

(๔) สิทธิเรียกร้องในประเด็นเรียกร้องให้คืนส่วนแบ่งรายได้ที่ได้รับเกินไปขาดอายุความหรือไม่

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

(๑) การคำนวณอัตราส่วนแบ่งรายได้จากสูตรการคำนวณชอบด้วยสัญญาแล้ว ข้อเรียกร้องจึงไม่อาจรับฟังได้ประกอบกับเมื่ออาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๖๗๒ ฝ่ายรัฐจึงไม่มีสิทธิติดตามเอาเงินดังกล่าวคืนตามบทกฎหมายที่กล่าวอ้าง ถ้าจะใช้สิทธิเรียกร้องเงินดังกล่าวคืนต้องอยู่ในบังคับอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๙๓/๙ ดังนั้น ฝ่ายรัฐไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้คัดค้านชำระเงินในส่วนนี้พร้อมดอกเบี้ยเพราะขาดอายุความ

(๒) ฝ่ายเอกชนไม่ต้องรับผิดชอบชำระค่าใช้จ่ายในส่วนของอุปกรณ์ Spare Cable กับดอกเบี้ยให้แก่ผู้เรียกร้อง

(๓) ฝ่ายเอกชนต้องรับผิดชอบชำระค่าใช้จ่ายในส่วนอุปกรณ์และค่าใช้จ่ายในการดำเนินการปรับปรุงซ่อม รวมเป็นเงิน ๑๕ ล้านบาทเศษ โดยค่าดอกเบี้ยนับถึงวันยื่นคำเสนอข้อพิพาท ต้องเป็นเงินไม่เกินจำนวน ๑๑ ล้านบาทเศษ

ข้อพิพาทที่ ๓

ปี พ.ศ. ๒๕๕๙ - ๒๕๖๒

ประเด็นข้อพิพาทฝ่ายรัฐขอให้ฝ่ายเอกชนชำระค่าใช้จ่ายในการปรับปรุงหรือจัดหาอุปกรณ์คำนวณ/ประเมินราคาโดยส่วนปฏิบัติการเคเบิลใยแก้วนำแสง ภูมิภาคและค่าใช้จ่ายในการจัดการฝึกอบรม พร้อมดอกเบี้ย และชำระค่าเสียหายโอกาสในการประกอบธุรกิจ

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

๑) ให้ฝ่ายรัฐชำระค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ยให้ฝ่ายเอกชนจำนวนเงิน ๒๔ ล้านบาทเศษ

๒) ฝ่ายเอกชนไม่ต้องร่วมรับผิดชอบชำระค่าเสียหายพร้อม ดอกเบี้ยที่ฝ่ายเอกชนอ้างว่าเกิดจากการเสียโอกาสในการหาประโยชน์จากการประกอบธุรกิจ

๓) ฝ่ายรัฐต้องชำระส่วนแบ่งรายได้สำหรับเดือนกรกฎาคม ๒๕๕๔ ถึงเดือนตุลาคม ๒๕๕๕ พร้อมดอกเบี้ย เป็นเงิน ๒๕ ล้านบาทเศษ

๒. ชั้นศาลปกครอง

- ศาลปกครองชั้นต้น

ปี พ.ศ. ๒๕๖๒

คำร้อง

ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

๑) ข้อพิพาทคดีหมายเลขดำ ที่ ๑๐๘/๒๕๕๗ หมายเลขแดงที่ ๔๒/๒๕๖๒ เห็นว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อสัญญาและ ข้อกำหนด มีความคลาดเคลื่อนไม่เป็นไปตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่น่าสืบและเป็นธรรม ต่อฝ่ายรัฐ (ศาลปกครองรับคำร้องเป็นคดีหมายเลขดำที่ ๑๗๓๒/๒๕๖๒ เมื่อวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๖๒)

๒) ข้อพิพาทคดีหมายเลขดำ ที่ ๘๑/๒๕๕๙ หมายเลขแดงที่ ๔๓/๒๕๖๒ เห็นว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อสัญญาและ ข้อกำหนด มีความคลาดเคลื่อนไม่เป็นไปตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่น่าสืบและเป็นธรรม ต่อฝ่ายรัฐ (ศาลปกครองรับคำร้องเป็นคดีหมายเลขดำที่ ๑๗๓๐/๒๕๖๒ เมื่อวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๖๒)

๓) ข้อพิพาทคดีหมายเลขดำ ที่ ๘๗/๒๕๕๙ หมายเลขแดงที่ ๑๖๖/๒๕๖๒ เห็นว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อสัญญาและ ข้อกำหนด มีความคลาดเคลื่อนไม่เป็นไปตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่น่าสืบและเป็นธรรมต่อฝ่ายรัฐ (ศาลปกครองรับคำร้องเป็นคดีหมายเลขดำที่ ๑๓๔/๒๕๖๓ เมื่อวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๖๓)

๓.๓.๔ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการซื้อขายไฟฟ้าจากพลังงาน หมุนเวียน (ไฟฟ้าชีวมวล/ไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์)

- กรณีศึกษา โครงการไฟฟ้าชีวมวลและโครงการพลังงานไฟฟ้า แสงอาทิตย์

โครงการไฟฟ้าชีวมวลและโครงการพลังงานไฟฟ้าแสงอาทิตย์ เป็นโครงการซื้อขายไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนตามนโยบายและสอดคล้องกับแผนพัฒนาพลังงานของรัฐบาล

ความเป็นมา

ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่กำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ (กพช.) ต่อมาคณะกรรมการได้แต่งตั้งคณะกรรมการบริหารมาตรการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๒

วันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๕๒ ฝ่ายรัฐได้ลงนามในสัญญาซื้อขายไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าขนาดเล็ก (สำหรับการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน) สัญญามีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญา โดยมีระยะเวลา ๕ ปี และต่อเนื่งครั้งละ ๕ ปี โดยอัตโนมัติ และให้มีผลจนกว่าจะมีการยุติสัญญา ในกรณีมีข้อโต้แย้งให้นำเสนอสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๔

เดือนตุลาคม ๒๕๕๔ ครบกำหนดวันเริ่มต้นซื้อขายไฟฟ้า

ฝ่ายเอกชนขอแก้ไขเลื่อนวันเริ่มต้นซื้อขายไฟฟ้า ออกไปอีก ๑๒ เดือน เป็นภายในเดือนธันวาคม ๒๕๕๔

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๕

วันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๕ ฝ่ายรัฐได้มีหนังสือแจ้งมติให้ยกเลิกสัญญาซื้อขายไปยังฝ่ายเอกชน เนื่องจากครบกำหนดวันเริ่มต้นซื้อขายไฟฟ้าแล้วแต่ฝ่ายเอกชนไม่สามารถจ่ายไฟฟ้าเข้าระบบไฟฟ้าของฝ่ายรัฐได้

สภาพปัญหา

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๔

ฝ่ายรัฐมีหนังสือแจ้งให้ฝ่ายเอกชนเลื่อนวันเริ่มต้นซื้อขายไฟฟ้า ออกไปอีก ๖ เดือน กำหนดใหม่จึงเป็นภายในเดือนมิถุนายน ๒๕๕๕

เมื่อครบกำหนดฝ่ายเอกชนก่อสร้างโครงการไม่แล้วเสร็จ โดยอ้างเหตุว่าเกิดจากเหตุสุทธวิสัย ดังนี้

(๑) ชาวบ้านในพื้นที่บริเวณที่ตั้งโครงการประท้วงต่อต้านให้ระงับการก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์

(๒) บริษัทผู้ผลิตโครงสร้างเหล็กที่สร้างให้แก่ฝ่ายเอกชนประสบอุทกภัยใหญ่ ปี ๒๕๕๔

(๓) เกิดความล่าช้าในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของ
หน่วยงานของรัฐ

ฝ่ายรัฐจึงได้มีหนังสือแจ้งขอยุติสัญญาพิพาทโดยส่งไปยังตัวบุคคลของ
ฝ่ายเอกชน มิได้ส่งไปยังภูมิลำเนาของบริษัทของฝ่ายเอกชน

จากปัญหาและอุปสรรคที่พบระหว่างการดำเนินการตามสัญญานำไปสู่
ประเด็นข้อพิพาท ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยื่นข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการให้ชี้ขาด
จำนวน ๗ คดี เป็นกรณีฝ่ายรัฐชนะคดี จำนวน ๑ คดี และเป็นกรณีฝ่ายรัฐแพ้คดี จำนวน ๖ คดี
โดยลักษณะการแพ้คดีจะมีลักษณะในทำนองเดียวกัน สรุปได้ดังนี้

๑. ชั้นอนุญาโตตุลาการ

ข้อพิพาทกับฝ่ายเอกชนที่ ๑ (ฝ่ายรัฐชนะคดี)

ปี พ.ศ. ๒๕๖๐ - ๒๕๖๒

ฝ่ายเอกชนเห็นว่า การแจ้งยุติสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาพิพาท
ของฝ่ายรัฐ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๑) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท
หรือไม่

(๒) ฝ่ายเอกชนมิได้ปฏิบัติผิดสัญญาพิพาท ฝ่ายรัฐจึงไม่มีสิทธิ
บอกเลิกสัญญา

(๓) ฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาโดยชอบหรือไม่

(๔) คำเสนอข้อพิพาทขาดอายุความหรือยัง

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

(๑) ตามคำเสนอข้อพิพาท ฝ่ายเอกชนกล่าวอ้างถึงเหตุสุดวิสัย
ฝ่ายรัฐจึงไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา ประเด็นโต้แย้งดังกล่าว เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตาม
สัญญาพิพาทว่าฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา การบอกเลิกสัญญาโดยฝ่ายรัฐจึงไม่ชอบ ฝ่ายเอกชน
จึงมีสิทธิยกขึ้นมาเสนอต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงอยู่
ในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

(๒) ฝ่ายเอกชนค้านถึงประเด็นเรื่องระยะเวลาที่กำหนดไว้ใน
สัญญาว่าฝ่ายรัฐมิได้ถือเป็นสาระสำคัญ ประเด็นนี้เมื่อพิจารณาแล้วทราบว่าฝ่ายรัฐได้มีหนังสือ
แจ้งฝ่ายเอกชนให้ส่งไฟฟ้าภายในระยะเวลาแล้ว และได้มีการตรวจสอบพบว่าฝ่ายเอกชนยังมิได้
เริ่มก่อสร้างโรงไฟฟ้า ซึ่งทำให้ฝ่ายเอกชนไม่สามารถส่งไฟฟ้าให้ฝ่ายรัฐได้ตามกำหนด ทั้งนี้ แม้ว่า

ฝ่ายเอกชนจะได้กล่าวอ้างถึงเหตุสุดวิสัย จากกรณีมีการต่อต้านการก่อสร้างของชาวบ้าน และกรณีกล่าวอ้างถึงโรงงานผลิตโครงเหล็กประสบอุทกภัย ประกอบกับความล่าช้าในการออกใบอนุญาต ซึ่งเมื่อพิจารณาพยานหลักฐานข้ออ้างของฝ่ายเอกชนซึ่งเห็นว่ามีน้ำหนักน่าเชื่อถือน้อยเกินไป มีการกล่าวอ้างถึงเอกสารราชการที่ไม่มีในระบบระบบราชการ ประกอบกับเมื่อตรวจสอบพบว่าโครงการแล้วเสร็จเพียงร้อยละ ๒๐ และจะแล้วเสร็จภายใน ๗๕ วัน ก็ตาม แต่การแจ้งถึงอุปสรรคต่าง ๆ ก็ได้แจ้งให้ฝ่ายรัฐทราบถึงเหตุสุดวิสัยดังกล่าวในทันทีที่สามารถดำเนินการได้ ความล่าช้าของฝ่ายเอกชนจึงเป็นพฤติการณ์ที่ฝ่ายเอกชนต้องรับผิดชอบ

(๓) การบอกเลิกสัญญาพิพาทของฝ่ายรัฐจึงชอบแล้ว

ข้อพิพาทกับฝ่ายเอกชนที่ ๒ - ๗ (ฝ่ายรัฐแพ้คดี)

ปี พ.ศ. ๒๕๖๐ - ๒๕๖๒

ฝ่ายเอกชนเห็นว่าการแจ้งยุติสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาพิพาทของฝ่ายรัฐ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๑) ฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(๒) ฝ่ายรัฐไม่ดำเนินการเปลี่ยนสัญญาพิพาทให้แก่ฝ่ายเอกชนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(๓) หากฝ่ายรัฐปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประเด็นข้อพิพาทจะบังคับตามคำเสนอข้อพิพาทได้หรือไม่ เพียงใด

(๔) ถ้าบังคับไม่ได้ หรือได้ไม่ครบตามประเด็น จะต้องชดเชยค่าเสียหายหรือดอกเบี้ยให้แก่ฝ่ายเอกชนหรือไม่ เพียงใด

(๕) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามคำเสนอข้อพิพาทนี้หรือไม่

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

(๑) ฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยข้อสัญญาและข้อกำหนด เนื่องจากเห็นว่า ฝ่ายรัฐต้องพิจารณาข้อกล่าวอ้างของฝ่ายเอกชนว่าเป็นเหตุสุดวิสัยหรือไม่ ก่อนดำเนินการบอกเลิกสัญญาโดยไม่พิจารณาย่อมไม่ชอบด้วยสัญญาพิพาท ทั้งนี้ยังปรากฏหลักฐานชัดเจนเกี่ยวกับเหตุการณ์ประทุรังของชาวบ้าน เหตุดังกล่าวมิใช่ความผิดของฝ่ายเอกชน และฝ่ายเอกชนไม่สามารถป้องกันได้แม้จะระมัดระวังตามสมควรแล้ว จึงเห็นว่าเหตุดังกล่าวเป็นเหตุสุดวิสัยตามสัญญา

(๒) การบอกเลิกสัญญาของฝ่ายรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๓) คำขอท้ายคำเสนอข้อพิพาท หากฝ่ายรัฐไม่ดำเนินการตามคำขอท้ายคำเสนอข้อพิพาทอันเป็นการไม่ชำระหนี้ตามที่ฝ่ายรัฐมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นประเด็นข้อพิพาทตามสัญญาที่อยู่ในอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาวินิจฉัยต่อไป

(๔) ฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้ฝ่ายรัฐชดใช้ค่าเสียหายจากการลงทุนจัดซื้อที่ดิน และค่าใช้จ่ายในการจัดหาและติดตั้งเครื่องจักรอุปกรณ์เพื่อจัดทำโครงการตามสัญญา แต่ให้ชดใช้ค่าเสียหายจากค่าขาดประโยชน์จากการขาดรายได้ตามสัญญา เป็นเงิน ๙ ร้อยล้านบาท

(๕) คำเสนอข้อพิพาทได้กล่าวอ้างข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาพิพาทอันเป็นข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญาพิพาทหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาพิพาทและคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

๓.๓.๕ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสีย

- กรณีศึกษา โครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน

โครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน เป็นโครงการสร้างระบบกำจัดน้ำเสียเพื่อแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดสมุทรปราการ

ความเป็นมา

ในปี พ.ศ. ๒๕๓๔

จังหวัดสมุทรปราการเกิดปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก เนื่องจากการขยายตัวของชุมชนและอุตสาหกรรมในพื้นที่ที่เติบโตอย่างรวดเร็วและยังไม่มีการจัดการอย่างเป็นระบบ

ในปี พ.ศ. ๒๕๓๘

- วันที่ ๑๗ ตุลาคม ๒๕๓๘ คณะรัฐมนตรีเห็นชอบกับโครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสีย โดยมีนโยบายที่จะก่อสร้างขึ้นในเขต ๒ ผัง แม่น้ำเจ้าพระยา ประกอบด้วย ตำบลบางปูใหม่ และตำบลในคลองบางปลากด ภายใต้วงเงิน ๑.๓ หมื่นล้านบาท โดยใช้ลักษณะการว่าจ้างเอกชนแบบเหมารวม ทั้งเป็นผู้จัดหาที่ดิน ออกแบบ และก่อสร้าง

- ต่อมากลับมีการรวบโครงการไว้ที่ตำบลคลองด่านเพียงแห่งเดียว

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๐

- คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบกับผลการประกวดราคาของกรมควบคุมมลพิษ ในวงเงิน ๒.๒ หมื่นล้านบาทเศษ

- ฝ่ายรัฐได้มีการประกาศหาผู้รับจ้าง มีผู้ยื่นความจำนง จำนวน ๑๓ ราย

- วันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๔๐ ฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนได้ทำสัญญาโครงการจัดการน้ำเสียในเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ ฝั่งตะวันออกและฝั่งตะวันตก

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๖

- ฝ่ายเอกชนได้ทำงานตามสัญญาโครงการจัดการน้ำเสียเสร็จไปประมาณร้อยละ ๙๕ ของงานทั้งหมด แต่ฝ่ายรัฐไม่ชำระค่างานงวดที่ ๕๕ ถึงงวดที่ ๕๘ ฝ่ายเอกชนจึงบอกเลิกสัญญาและขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย

- ฝ่ายรัฐแจ้งว่าสัญญาโครงการจัดการน้ำเสียตกเป็นโมฆะเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนระบุว่ามิได้มีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านด้วยแต่ความจริงไม่มีเพราะถอนตัวไปก่อนแล้วให้ยุติการดำเนินโครงการ ระงับการจ่ายเงิน และยกเลิกสัญญา ขณะนั้นดำเนินการก่อสร้างไปแล้วกว่าร้อยละ ๙๕

- ฝ่ายเอกชนได้มีหนังสือถึงวิศวกรที่ปรึกษาของฝ่ายรัฐเพื่อให้ชี้ขาดว่าสัญญาโครงการเป็นโมฆะหรือไม่ แต่ปรากฏว่าวิศวกรที่ปรึกษาแจ้งว่า ฝ่ายรัฐได้มีคำสั่งให้วิศวกรที่ปรึกษายุติการทำหน้าที่ในฐานะวิศวกรที่ปรึกษาโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ ๑๐ มีนาคม ๒๕๔๖

สภาพปัญหา

ในระหว่างดำเนินการโครงการตามสัญญาก็พบปัญหาเรื่องการค้างชำระค่างานของฝ่ายรัฐ และพบปัญหาการทุจริตในการดำเนินงาน

จากปัญหาและอุปสรรคที่พบระหว่างการดำเนินตามสัญญานำไปสู่ประเด็นข้อพิพาท ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยื่นข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการให้ชี้ขาด และต่อมาได้มีการยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง ศาลแพ่ง ศาลแขวงดุสิต และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง สรุปได้ดังนี้

๑. ชั้นอนุญาโตตุลาการ

ปี พ.ศ. ๒๕๔๖ - ๒๕๕๔

ประเด็นข้อพิพาทมีจำนวน ๕ ประเด็น ดังนี้

(๑) สัญญาพิพาทเป็นโมฆะหรือไม่

(๒) สัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะและข้อเรียกร้องอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่

(๓) บันทึกข้อตกลง MOA มีผลใช้บังคับได้หรือไม่

(๔) ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดสัญญา

(๕) ฝ่ายรัฐจะต้องชำระค่าจ้างและค่าเสียหายตามข้อเรียกร้องจะต้องคืนเงินหรือใช้ค่าเสียหายตามข้อเรียกร้องหรือไม่

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

(๑) ประเด็นสำคัญผิดตามที่อ้างไม่อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากการทำสัญญากับฝ่ายเอกชนที่มีลักษณะการทำกิจการร่วมค้าในลักษณะห้างหุ้นส่วนไม่ได้จดทะเบียนสัญญาพิพาทจึงไม่ตกเป็นโมฆะ

(๒) ข้อพิพาทแห่งคดีไม่กระทบถึงข้อสัญญา สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงไม่ตกเป็นโมฆะ

(๓) ข้อตกลง MOA เป็นข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาททางเทคนิคระหว่างคู่สัญญาในระหว่างการดำเนินการก่อสร้าง แต่ภายหลังจากมีการทำข้อตกลงแล้วไม่ปรากฏว่ามีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ดำเนินการทำความตกลงกันต่อไป MOA จึงไม่เกิดผลแก่ฝ่ายใด

(๔) เมื่อฝ่ายเอกชนส่งมอบงาน งวดที่ ๕๕ - ๕๘ แก่ฝ่ายรัฐแล้วเมื่อฝ่ายรัฐไม่จ่ายค่างวดงาน ดังนั้น ฝ่ายรัฐจึงตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องรับผิดชอบใช้ค่างวดตามสัญญา

(๕) เมื่อสัญญาไม่ได้ตกเป็นโมฆะกรรมและการที่ฝ่ายรัฐเรียกให้ฝ่ายเอกชนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินที่จะก่อสร้างให้ทั้งหมด ๑๗ แปลง และเรียกค่าเสียหายทั้งหมดจึงไม่อาจเรียกได้

(๖) วินิจฉัยชี้ขาดให้ฝ่ายรัฐชำระเงินค่าจ้าง ค่าเสียหายรวมดอกเบี้ย ตามข้อเรียกร้องเป็นเงินจำนวน ๔.๙ พันล้านบาทเศษ และจำนวน ๓๑ ล้านบาทเศษ สหรัฐเศษ พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ ๗.๕ ต่อปี นับแต่วันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖ เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จ และให้คืนหนังสือค้ำประกันพร้อมค่าธรรมเนียม เป็นเงิน ๖ ล้านบาทต่อปี จนกว่าจะคืนหนังสือค้ำประกันให้แก่ฝ่ายเอกชน

วันที่ ๑๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๔ ฝ่ายรัฐได้มีหนังสือแจ้งปฏิเสธการปฏิบัติตามคำชี้ขาด

วันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๕๔ ฝ่ายเอกชนได้มีหนังสือแจ้งฝ่ายรัฐให้ปฏิบัติ
ตามคำชี้ขาด

๒. ชั้นศาลปกครอง

- ศาลปกครองชั้นต้น

ปี พ.ศ. ๒๕๕๔ - พ.ศ. ๒๕๕๕

คำร้อง

(๑) ฝ่ายเอกชนยื่นฟ้องฝ่ายรัฐให้ชำระเงินตามคำวินิจฉัยชี้ขาด
ของอนุญาโตตุลาการ รวมเป็นเงินทั้งสิ้นจำนวน ๙ พันล้านบาทเศษ

(๒) ฝ่ายรัฐยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง
เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ความเห็น

วันที่ ๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๕ ศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณา
ปัญหาดังกล่าวแล้วเห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวสมบูรณ์และเป็นที่สุดแล้ว
ประกอบกับเห็นว่าการกำหนดประเด็นข้อพิพาทในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นการ
กำหนดประเด็นข้อพิพาทตามที่คู่กรณีได้โต้แย้งกันและอยู่ภายใต้ขอบเขตของสัญญาโครงการ
จัดการน้ำเสียที่พิพาท คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ศาลจะมี
คำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้

ศาลพิพากษาให้ฝ่ายรัฐดำเนินการตามคำชี้ขาดของ
คณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้ชำระเงินให้แล้วเสร็จภายใน ๙๐ วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด

- ศาลปกครองสูงสุด

ปี พ.ศ. ๒๕๕๖ - พ.ศ. ๒๕๕๗

คำร้อง

ฝ่ายรัฐยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

ความเห็น

วันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๗ ศาลเห็นว่าตามมาตรา ๒๔
แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้บัญญัติให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ
เป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นกรณีที่
คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวตามบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว
จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

กรณีการสำคัญผิดในตัวบุคคลของฝ่ายรัฐในการทำสัญญา ศาลเห็นว่า จากหนังสือของฝ่ายเอกชนที่มีข้อความตอนหนึ่งระบุว่า บริษัทยังคงต้องการที่จะเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในโครงการดังกล่าวต่อไปโดยต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการของสัญญา และหากสัญญาได้รับการแก้ไขด้วยความเห็นพ้องต้องกันแล้ว บริษัทมีความยินดีที่จะดำเนินการให้หนังสือมอบอำนาจดังกล่าวมีผลใช้บังคับหรือจัดให้มีหนังสือมอบอำนาจใหม่ กรณีจึงรับฟังได้ว่า ณ วันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๔๐ ยังไม่มีการเพิกถอนหนังสือมอบอำนาจของตัวแทนบริษัท แต่สิ้นสุดจริงในวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๐ ดังนั้น ระหว่างการทำสัญญาบริษัทดังกล่าวยังคงเป็นคู่สัญญากับฝ่ายรัฐโดยชอบแล้ว

ประเด็นสำคัญผิดในทรัพย์สิน อันได้แก่ที่ดินสำหรับใช้ในโครงการ สืบเนื่องจาก การที่ฝ่ายรัฐได้มีประกาศวันที่ ๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๙ เชิญชวนผู้สนใจยื่นเอกสารแสดงคุณสมบัติเบื้องต้นเพื่อขายที่ดินให้แก่ฝ่ายรัฐ สำหรับใช้ในโครงการออกแบบรวมก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสีย เมื่อดินที่พิพาทเป็นที่ดินที่ฝ่ายรัฐได้พิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นตามที่ได้ประกาศเชิญชวนไว้ ซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่ฝ่ายเอกชนจะเข้าทำสัญญา เมื่อมีความผิดพลาดที่เกิดแก่เอกสารสิทธิในที่ดินที่พิพาทจึงไม่ใช่ความผิดของฝ่ายเอกชน กรณีจึงไม่ใช่การสำคัญผิดในทรัพย์สินที่จะมีผลให้สัญญาเป็นโมฆะได้

ประเด็นการทำสัญญาพิพาทขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดให้ต้องทำสัญญาก่อสร้างเป็น ๒ สัญญา แต่ปรากฏว่ามีการทำสัญญาโครงการบำบัดน้ำเสียฝั่งตะวันออกและฝั่งตะวันตกเพียงสัญญาเดียว ศาลเห็นว่าเนื่องจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติตั้งแต่ก่อนการประกวดราคา การดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายรัฐที่จะต้องถือปฏิบัติ แต่มิได้มีผลผูกพันฝ่ายเอกชน ประกอบกับในขั้นตอนการประกวดราคาได้มีข้อกำหนดในเอกสารประกวดราคาให้ยื่นข้อเสนอสำหรับฝั่งตะวันออกเพียงฝั่งเดียวหรือข้อเสนอที่เป็นระบบรวมฝั่งตะวันออกและฝั่งตะวันตก เมื่อสัญญาพิพาทเป็นสัญญาที่ครอบคลุมถึงการทำโครงการทั้งฝั่งตะวันออกและฝั่งตะวันตกตามที่เอกสารประกวดราคากำหนดไว้แล้ว การจัดทำสัญญาดังกล่าวจึงชอบแล้ว

ประเด็นข้อเรียกร้องอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ศาลเห็นว่า ก่อนการนำข้อเรียกร้องเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายเอกชนได้มีหนังสือถึงวิศวกรที่ปรึกษาเพื่อให้ชี้ขาดว่าสัญญาเป็นโมฆะหรือไม่ แต่วิศวกรที่ปรึกษาได้มีหนังสือแจ้งว่าฝ่ายรัฐได้มีคำสั่งให้วิศวกรที่ปรึกษายุติการทำหน้าที่ โดยมีผลตั้งแต่วันที่ ๑๐ มีนาคม ๒๕๔๖

ฉะนั้น ข้อพิพาทจึงไม่อาจยุติได้โดยการให้วิศวกรที่ปรึกษาชี้ขาด จึงต้องเสนอไปยังอนุญาโตตุลาการ เพื่อยุติข้อพิพาท จึงเป็นข้อเรียกร้องที่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

ศาลเห็นว่า การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอยู่ในขอบเขตของ สัญญาอนุญาโตตุลาการและไม่เกินคำขอของคู่พิพาทตามมาตรา ๓๗ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ จึงพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

๓. ชั้นศาลยุติธรรม

- ศาลชั้นต้น

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๗ – พ.ศ. ๒๕๕๒

คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับทราบรายงานผลการดำเนินการต่อ กรณีการออกเอกสารสิทธิที่ดิน จังหวัดสมุทรปราการ ในโครงการบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน เนื่องจากการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบและสอบสวนกรณีการทุจริต พบว่าการออกโฉนด ที่ดิน จำนวน ๔ แปลงจาก ๕ แปลง เป็นโฉนดที่ดินที่ออกทับซ้อนคลองสาธารณะประโยชน์เป็น บางส่วน กรมที่ดินและจังหวัดจึงได้มีคำสั่งเพิกถอนโฉนดที่ดินดังกล่าว

- ฝ่ายรัฐดำเนินคดีอาญากับฝ่ายเอกชนที่เกี่ยวข้องกับ การฉ้อโกงที่ดินดังกล่าว ทั้งนี้ มีการดำเนินคดีกับข้าราชการประจำหรืออดีตข้าราชการประจำ

คำร้อง

ฝ่ายรัฐฟ้องให้ดำเนินคดีกับฝ่ายเอกชนกรณีเกี่ยวกับการออก โฉนดที่ดินที่ใช้ในการก่อสร้างโครงการออกโดยมิชอบ

ความเห็น

ศาลเห็นว่ามีการออกโฉนดโดยมิชอบ และฝ่ายเอกชนได้ร่วม บิดเบือนและปกปิดข้อเท็จจริง ดำเนินการเสนอเข้าประกวดราคาในแต่ละขั้นตอนโดยทุจริต และเจ้าหน้าที่ของรัฐมีการปฏิบัติหน้าที่โดยเลือกดำเนินการแต่ละขั้นตอนไปในทางที่ขัดต่อ ระเบียบราชการ มติคณะรัฐมนตรี และไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้สัญญาโครงการออกแบบ รวมก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ ฝั่งตะวันออกและฝั่งตะวันตก ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแต่ต้นอีกด้วย ศาลพิพากษาให้จำเลย มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๑ และมาตรา ๑๕๗ ประกอบมาตรา ๘๓

- ศาลอุทธรณ์

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๓ - พ.ศ. ๒๕๕๖

คำร้อง

ฝ่ายเอกชนยื่นอุทธรณ์

ความเห็น

ศาลพิพากษากลับให้ยกฟ้อง

- ศาลฎีกา

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๖ - พ.ศ. ๒๕๖๑

คำร้อง

ฝ่ายรัฐยื่นฎีกา

ความเห็น

ศาลพิพากษากลับคำพิพากษาอุทธรณ์

๔. ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

พ.ศ. ๒๕๕๐ - พ.ศ. ๒๕๕๓

คำร้อง

- ฝ่ายรัฐยื่นฟ้องผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองประเด็นการทุจริต

ในโครงการบ่อบำบัดน้ำเสีย จังหวัดสมุทรปราการ

ความเห็น

- ศาลพิพากษาว่ามีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๔๘ โดยฝ่ายเอกชนมีความสัมพันธ์โยงใยกับบุคคลผู้กระทำความผิด แสดงให้เห็นว่า ฝ่ายเอกชนที่ดำเนินการจัดหาที่ดินกับฝ่ายเอกชนที่ดำเนินการก่อสร้างโครงการดำเนินการ เป็นการหากำไรร่วมกัน

๕. ชั้นศาลปกครอง (ขอให้พิจารณาคดีใหม่)

- ศาลปกครองชั้นต้น

ปี พ.ศ. ๒๕๕๔ - พ.ศ. ๒๕๕๕

คำร้อง

ฝ่ายรัฐยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ ตามมาตรา ๗๕ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยกล่าวอ้าง คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และศาลคำพิพากษาศาลแขวงคูสิต โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้

(๑) ขอให้พิจารณาคดีใหม่ และให้เพิกถอนคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการหรือมีคำพิพากษาหรือคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ

(๒) ขอให้งดการบังคับคดี และขอให้คุ้มครองประโยชน์ ระหว่างการพิจารณาคดี

ความเห็น

(๑) ศาลมีอำนาจรับคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ไว้พิจารณา หรือไม่ ศาลเห็นว่ากรณีที่ศาลอาญาพิพากษาลงโทษจำคุกเจ้าหน้าที่รัฐ ถึงแม้ว่าคดีจะอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับคดีที่ปรากฏในการพิจารณาคดีอาญาก่อนนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ โดยมีการกล่าวอ้างว่าสัญญาจ้างโครงการ ออกแบบดังกล่าวเกิดจากการทุจริต เอื้อประโยชน์ให้แก่ฝ่ายเอกชนได้เข้ามาเป็นคู่สัญญา ทำให้ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ปรากฏว่า มีการยกขึ้นพิจารณาในชั้นการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองชั้นต้นและ ศาลปกครองสูงสุด จึงถือได้ว่าเป็นกรณีตามมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๒) คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ เป็นคำชี้ขาด ที่ศาลพิพากษาเพิกถอนได้หรือไม่ เพียงใด ศาลเห็นว่าต้องพิจารณาก่อนว่าการดำเนินการจัดทำ สัญญาโครงการจัดการน้ำเสียในเขตควบคุมมลพิษจังหวัดสมุทรปราการ เกิดขึ้นจากการกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏจากพยานหลักฐานใหม่หลายรายการ อันเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีที่ยังไม่ถูกเสนอเข้ามาในสำนวนคดีในการพิจารณาคดีของ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด ประกอบกับเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาโครงการ ออกแบบรวมก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันฝ่ายรัฐ ดังนั้น คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงมีเหตุให้เพิกถอนได้

ตามมาตรา ๔๐ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยข้อพิพาทในประเด็นอื่นอีกเพราะไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด

**ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของ
คณะอนุญาโตตุลาการ**

- ศาลปกครองสูงสุด

ปี พ.ศ. ๒๕๖๑ - พ.ศ. ๒๕๖๕

คำร้อง

ฝ่ายเอกชนร้องอุทธรณ์ ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่ศาลพิพากษาเพิกถอนได้หรือไม่

ความเห็น

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า การใช้สิทธิในฐานะคู่กรณีที่จะขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีที่ได้พิพากษาคดีเสร็จเด็ดขาดแล้วจะต้องเข้าเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งตามมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยกรณีที่ศาลปกครองฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดหรือมีพยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ

- การนำคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเกี่ยวกับการร่วมกันกระทำความผิดฐานฉ้อโกงในการทำสัญญาโครงการฯ ย่อมแสดงว่าฝ่ายรัฐมีพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างอยู่แล้วแต่ฝ่ายรัฐไม่นำมาเสนอเข้ามาในชั้นอนุญาโตตุลาการ กรณีจึงมีใช้พยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไป

- ส่วนคำพิพากษาของศาลอาญาที่พิพากษาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐกระทำโดยทุจริตและเอื้อประโยชน์ให้แก่กลุ่มเอกชนคู่สัญญา เห็นว่า พยานหลักฐานเกี่ยวกับการทุจริตมีอยู่ตั้งแต่อันฟ้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น พยานหลักฐานดังกล่าวจึงมีใช้พยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นที่ยุติแล้วเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ

**ศาลปกครองสูงสุดกลับคำสั่งและคำพิพากษาของศาล
ปกครองชั้นต้น เป็นให้ยกคำขอให้พิจารณาคดีใหม่และให้บังคับตามคำชี้ขาดของ
คณะอนุญาโตตุลาการ**

วันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๖๕ ฝ่ายรัฐได้ยื่นคำร้องขอเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบ ตามข้อ ๗ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดมิได้หยิบยกเนื้อหาข้อเท็จจริงในคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ ๘๐๖๔/๒๕๖๐ (คดีฉ้อโกง) ว่า จำเลยที่ ๒ - ๑๙ มีความผิดฐานร่วมกันฉ้อโกงด้วยการหลอกลวงให้ฝ่ายรัฐเข้าทำสัญญาโครงการตามประมวลกฎหมายอาญา

วันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๖๕ ฝ่ายรัฐได้ยื่นคำร้องขอการบังคับคดีไว้ก่อนเพื่อรอฟังผลการพิจารณาคำร้องขอเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบของศาลปกครอง และผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ตามข้อ ๑๓๑ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

วันที่ ๕ พฤษภาคม ๒๕๖๕ สำนักงานศาลปกครองกลาง ได้มีหนังสือแจ้งคำสั่งศาล แจ้งว่าศาลมีคำสั่งให้งดการบังคับคดี ไปจนกว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจระหว่างศาล และศาลปกครองสูงสุด จะมีคำสั่งหรือความเห็น

วันที่ ๒ มิถุนายน ๒๕๖๕ ฝ่ายรัฐได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิจารณาคดีใหม่อีกครั้ง

๓.๔ ข้อมูลสถิติความเสียหายที่รัฐต้องชดใช้ให้เอกชนตามคำวินิจฉัยชี้ขาดในชั้นอนุญาโตตุลาการ

ข้อมูลสถิติคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๙ - ปัจจุบัน

ปี พ.ศ.	รัฐชนะคดี	รัฐแพ้คดี	
	จำนวนคดี	จำนวนคดี	ค่าชี้ขาดให้ชำระเงินจำนวน
พ.ศ. ๒๕๔๙	๓	๔	๗๔.๙ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๐	๓๕	๓๐	๘๒.๘ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๑	๒๘	๒๓	๑,๐๙๑ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๒	๑๖	๒๔	๓๒๗ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๓	๑๔	๒๔	๒,๐๔๓ ล้านบาท

ปี พ.ศ.	รัฐชนะคดี	รัฐแพ้คดี	
	จำนวนคดี	จำนวนคดี	ค่าชี้ขาดให้ชำระเงินจำนวน
พ.ศ. ๒๕๕๔	๖	๑๖	๑๒๓ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๕	๑๗	๒๓	๔๔๗ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๖	๑๕	๙	๙,๑๓๐ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๗	๒๒	๓๑	๓,๗๕๘ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๘	๑๘	๑๖	๘๖๕ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๕๙	๑๙	๑๗	๘๓ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๖๐	๑๔	๒๒	๖,๗๔๖ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๖๑	๑๘	๑๑	๓๓ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๖๒	๑๐	๙	๖๖ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๖๓	๑๒	๙	๘๒ ล้านบาท
พ.ศ. ๒๕๖๔	๘	๒	๔ แสนบาท
พ.ศ. ๒๕๖๕	๑	๒	๓.๖ ล้านบาท
รวม	๒๕๖	๒๗๒	๒๔,๖๕๕ ล้านบาท

- ค่าชี้ขาดให้ชำระเงินตามตารางข้างต้นไม่รวมถึงดอกเบี้ยและค่าปรับที่รัฐต้องชำระให้แก่ฝ่ายเอกชน

บทที่ ๔

สภาพปัญหา สาเหตุ ปัจจัย และข้อเท็จจริง

สำหรับบทที่ ๔ ได้มีการแบ่งการศึกษาสภาพปัญหา สาเหตุ ปัจจัยและข้อเท็จจริง เป็น ๒ ส่วน คือ ส่วนของวิเคราะห์กรณีศึกษา และส่วนของการวิเคราะห์ตามแนวคิดทฤษฎี ประยุกต์ ดังนี้

๔.๑ กรณีศึกษา

จากการดำเนินการศึกษาข้อเท็จจริงของกรณีศึกษาทั้ง ๕ กรณี สามารถสรุปข้อเท็จจริงได้ ดังนี้

๑) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีก่อสร้างถนน ทางรถไฟ รถไฟฟ้ายกระดับ และการใช้ประโยชน์บนพื้นที่ของรัฐ

- กรณีศึกษา โครงการโฮปเวลล์ หรือ โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (Bangkok Elevated Road and Train System – BERTS)

(๑) โครงการโฮปเวลล์ หรือ โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร เป็นโครงการที่มีวัตถุประสงค์ก่อสร้างทางรถไฟและทางรถยนต์ยกระดับ ในเส้นทางกรุงเทพ-บางซื่อ ยมราช-มักกะสัน มักกะสัน-แม่น้ำ/ท่าเรือ มักกะสัน-หัวหมาก รวมระยะทาง ๒๐ กิโลเมตรเศษ จึงทำให้ต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก โครงการนี้มีมูลค่าที่เกี่ยวข้องถึง ๘๐,๐๐๐ ล้านบาท รัฐบาลจึงเสนอให้ใช้ระบบสัมปทาน ระยะเวลา ๓๐ ปี ไม่นับระยะเวลาก่อสร้าง

(๒) ประกาศเชิญชวนมีลักษณะเปิดกว้างไม่กำหนดเงื่อนไขรายละเอียดและรูปแบบที่ชัดเจน แต่กำหนดให้ฝ่ายเอกชนเป็นผู้เสนอรายละเอียดโครงการพร้อมแผนงาน และผลประโยชน์ตอบแทนที่เหมาะสมให้ฝ่ายรัฐพิจารณา จึงทำให้ภายหลังลงนามในสัญญาฝ่ายเอกชนจึงต้องออกแบบและส่งให้ฝ่ายรัฐบาลพิจารณาให้ความเห็นชอบซึ่งประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาในทางปฏิบัติเนื่องจากในระหว่างการออกแบบพบปัญหาเรื่องของการส่งมอบพื้นที่และปัญหาเรื่องภาระที่ดินในพื้นที่ ปัญหาเรื่องการบุกรุกพื้นที่ รวมตลอดจนปัญหาเรื่องโครงการของรัฐโครงการอื่นที่มีพื้นที่คาบเกี่ยวกับโครงการโฮปเวลล์ จนทำให้ส่งผลกระทบต่อการทำงานก่อสร้าง

(๓) ร่างสัญญาได้มีการเจรจาข้อตกลงระหว่างฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนโดยมีการตั้งคณะทำงานดำเนินการ อีกทั้งยังมีการส่งให้กรมอัยการทำการตรวจสอบ โดยกรมอัยการได้ตั้งข้อสังเกตที่สำคัญ เช่น เรื่องคู่สัญญา เรื่องข้อผูกพันในอนาคตที่ฝ่ายเอกชนเสนอขอปรับค่าผ่านทางหรือค่าโดยสาร เรื่องการกำหนดตัวแทนในการตรวจสอบการดำเนินโครงการ และปัญหาเรื่องฐานการขอปรับอัตราค่าผ่านทางและค่าโดยสารในส่วนของภาคผนวก ซึ่งฝ่ายรัฐได้พิจารณาข้อสังเกตของกรมอัยการแล้วแต่ก็มิได้แก้ไขตามข้อเสนอของกรมอัยการ

(๔) ก่อนการทำสัญญากล่าวคือในช่วงการประมูลและสัมปทานประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้เพียง ๒ ฉบับ คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๑๕ และประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม ๒๕๑๖ ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการประกอบกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน และกฎหมายว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เกิดขึ้น ในปี พ.ศ. ๒๕๓๔ และมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ตามลำดับ จึงเห็นได้ว่าในช่วงการทำสัญญามีได้มีกฎหมายกำหนดมาตรการและแนวทางปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ

(๕) เรื่องการบริหารสัญญาในระหว่างดำเนินการตามสัญญาพบว่า ฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนจะมีประเด็นปัญหาที่ต้องเสนอให้ฝ่ายรัฐพิจารณาให้ความเห็นชอบจำนวนมากซึ่งในระยะแรกเมื่อฝ่ายเอกชนพบปัญหาที่ต้องทำหนังสือแจ้งฝ่ายรัฐ ต้องใช้เวลาในการเสนอความเห็นในการตอบกลับเป็นเวลานาน จนในปี พ.ศ. ๒๕๓๖ ได้มีตั้งคณะกรรมการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินงานแบบ Fast Track สำหรับโครงการสัมปทานขึ้น ซึ่งในขณะนั้นพบปัญหาเรื่องการพิจารณาขนาดความกว้างช่องทางจราจร และไหล่ทางถนนยกระดับ ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาานานกว่าจะได้ข้อยุติ ใช้เวลาโดยประมาณ ๙ เดือน จึงทำให้ฝ่ายเอกชนเสนอขอขยายเวลาสัญญาสัมปทาน

(๖) ปัญหาอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นคือในระหว่างดำเนินการตามสัญญาโครงการโฮปเวลล์ ฝ่ายรัฐได้ดำเนินการโครงการก่อสร้างทางลงทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ ซึ่งเป็นพื้นที่คาบเกี่ยวกับโครงการโฮปเวลล์ และส่งผลกระทบต่อการออกแบบและการก่อสร้างอีกด้วย

(๗) สำหรับประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่สำคัญสำหรับโครงการนี้คือ เรื่องของการบอกเลิกสัญญา กล่าวโดยสรุปได้ว่า การบอกเลิกสัญญาตามข้อสัญญากำหนดไว้ แล้วทั้งกรณีเหตุที่ฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ และกรณีที่ฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้ และได้กำหนดวิธีการและการชดใช้ค่าเสียหายไว้แล้ว แต่ตามข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาโดยอาศัยตามข้อกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๘๘ โดยฝ่ายรัฐเห็นว่าฝ่ายเอกชนเป็นผู้ผิดสัญญาเป็นเหตุให้ฝ่ายรัฐได้รับความเสียหาย จนนำมาสู่ข้อพิพาทสู่ออนุญาโตตุลาการ ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้ทราบมาแล้วตามสภาพปัญหาข้างต้น

(๘) ปัญหาดังกล่าวส่งผลต่อการเรียกร้องค่าเสียหายและค่าชดเชยต่าง ๆ ทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชน เป็นจำนวนมาก ซึ่งเรื่องดังกล่าวยังต้องติดตามในชั้นการพิจารณาของศาลตามลำดับต่อไป

๒) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการก่อสร้างทางในลักษณะทางแข่งขันกับเอกชนคู่สัญญา

- กรณีศึกษา โครงการทางด่วนบางปะอิน-ปากเกร็ด และทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ส่วนต่อขยายอนุสรณ์สถานแห่งชาติ - รังสิต

(๑) โครงการก่อสร้างทางด่วนสายบางปะอิน-ปากเกร็ด ระยะทางรวมประมาณ ๓๐ กิโลเมตร เป็นโครงการที่มีวัตถุประสงค์แก้ไขปัญหาการจราจรที่ติดขัดหนาแน่นบนถนนวิภาวดีรังสิต และแก้ไขปัญหาการจราจรสายรองที่เชื่อมต่อกับถนนวิภาวดี

(๒) โครงการต่อขยายทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ช่วงอนุสรณ์สถานแห่งชาติถึงรังสิต ระยะทาง ๗.๓ กิโลเมตร เป็นหนึ่งในโครงการถนนจตุรทิศด้านเหนือ แก้ไขปัญหาการจราจรที่ติดขัดบริเวณหน้าการทำอากาศยานสากลกรุงเทพถึงแยกรังสิต

(๓) ทั้งสองโครงการเกิดขึ้นในระยะเวลาใกล้เคียงกัน โดยโครงการตามข้อ (๑) เกิดขึ้นก่อน และมีข้อผูกพันสัญญาเรื่องการห้ามสร้างทางในลักษณะที่เป็นการแข่งขัน และจะก่อให้เกิดผลกระทบทางการเงินอย่างร้ายแรงในช่วงเวลาตามสัญญา

(๔) ในช่วงเวลาของการดำเนินการโครงการทั้งสองโครงการจะต้องดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ แต่ในที่สุดก็พบปัญหาเรื่องข้อผูกพันสัญญาในส่วนผลกระทบในเรื่องการจัดเก็บเงินในกรณีที่ฝ่ายรัฐดำเนินการก่อสร้างที่มีลักษณะเป็นการแข่งขัน

(๕) ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจากหน่วยงานของรัฐดำเนินการก่อสร้าง ในระยะเวลาใกล้เคียงกันโดยมิได้ศึกษาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้น ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าจะผ่านมติ คณะรัฐมนตรีแต่ก็มิได้ปรากฏถึงการกล่าวถึงผลกระทบในการให้ความเห็นชอบในการก่อสร้าง โครงการต่อขยายทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ช่วงอนุสรณ์สถานแห่งชาติถึงรังสิต ซึ่งนำมาสู่ ประเด็นข้อพิพาทและนำมาสู่ข้อเรียกร้องค่าชดเชยเป็นจำนวนมาก

(๖) ประเด็นข้อพิพาทหลักยังคงเป็นเรื่องของการก่อสร้างโครงการ ต่อขยายดังกล่าวเป็นลักษณะที่เป็นการแข่งขันหรือไม่ โดยวิศวะกรอิสระตามข้อกำหนดของ สัญญาเห็นว่าเป็นลักษณะที่เป็นการแข่งขัน และพิจารณากำหนดค่าชดเชยซึ่งฝ่ายรัฐเห็นคัดค้าน ทุกประเด็นและเกิดเป็นข้อพิพาทนำไปสู่คณะผู้พิจารณาตามข้อสัญญาแต่ก็ไม่สามารถหาข้อยุติ ได้จึงนำมาสู่การพิจารณาในชั้นคณะอนุญาโตตุลาการและชั้นศาลปกครองชั้นต้นและ ศาลปกครองสูงสุด โดยเห็นพ้องกันว่าลักษณะทางดังกล่าวเป็นลักษณะที่เป็นการแข่งขันและให้ ชดเชยค่าเสียหายในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๒ - พ.ศ. ๒๕๔๓

(๗) ในส่วนความเสียหายในช่วงปี ๒๕๔๔ - ๒๕๖๑ ยังมีข้อพิพาท กันและยังไม่เข้าสู่กระบวนการของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่อยู่ระหว่างการเจรจาหาข้อยุติ โดยในเบื้องต้น เมื่อวันที่ ๑๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบให้แก่ไขสัญญา โครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๒ (ทางพิเศษศรีรัช รวมถึงส่วนดี) และสัญญาโครงการทางด่วนสาย บางปะอิน-ปากเกร็ด (ทางพิเศษอุดรรัถยา) รวม ๒ ฉบับ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชน ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ มาตรา ๔๗ ประกอบพระราชบัญญัติการร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ และได้มีการขยายสัญญาสัมปทานทุกสัญญาให้สิ้นสุดลงใน วันที่ ๓๑ ตุลาคม ๒๕๗๘

๓) ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานในกำกับของรัฐกับเอกชน

- กรณีศึกษา สัญญาส่วนแบ่งรายได้จากการก่อสร้างโครงข่ายเคเบิล ใต้น้ำ

(๑) สัญญาร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำเป็นโครงการที่ให้ เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อแบ่งเบาภาระค่าใช้จ่ายของภาครัฐจาก การลงทุน

(๒) ในสัญญามีการทำข้อตกลงเรื่องการแบ่งรายได้ แต่เนื่องจากใน ช่วงแรกไม่สามารถแยกการใช้บริการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำจากประเภทอื่น ๆ ได้ จึงมีการ คำนวณตามสัญญาโดยคำนวณจากช่องสัญญาณทั้งหมดและให้ใช้วิธีที่ฝ่ายรัฐได้ประโยชน์ดีกว่า

(๓) แต่ภายหลังจากที่ฝ่ายรัฐสามารถคำนวณแยกได้แล้วพบว่า การจ่าย ส่วนแบ่งรายได้ในครั้งก่อนเกินกว่าความจริงจึงได้ร้องขอให้ฝ่ายเอกชนคืนเงินจำนวนดังกล่าว

(๔) ฝ่ายเอกชนจึงได้ยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อขอให้ วินิจฉัยประเด็นข้อพิพาท และขอให้ฝ่ายรัฐจ่ายตามสูตรการคำนวณตามสัญญา ในข้อ ๗.๑ ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้ฝ่ายรัฐต้องคำนวณตามสูตรเดิม

(๕) ฝ่ายเอกชนต่อสู้ในเรื่องสูตรการคำนวณ นอกจากนี้ ฝ่ายรัฐยัง ประสบปัญหาเรื่องของเทคโนโลยีการสื่อสารโดยโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เข้ามาแทนอย่างรวดเร็ว จึงทำให้การคาดการณ์ในส่วนของรายได้ไม่เป็นไปตามที่คาดการณ์ไว้

๔) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการซื้อ-ขายไฟฟ้าจากพลังงาน หมุนเวียน (ไฟฟ้าชีวมวล/ไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์)

- กรณีศึกษา โครงการไฟฟ้าชีวมวลและโครงการพลังงานไฟฟ้า แสงอาทิตย์

(๑) ฝ่ายรัฐมีนโยบายส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน จึงประกาศรับซื้อไฟฟ้าจากฝ่ายเอกชนที่เสนอขาย โดยทำสัญญากำหนดไว้ ๕ ปี

(๒) โดยในกรณีนี้ฝ่ายรัฐได้ทำสัญญากับฝ่ายเอกชน จำนวนหนึ่ง แต่พบปัญหา จำนวน ๗ โครงการ อันสืบเนื่องจากฝ่ายเอกชนไม่สามารถส่งไฟฟ้าได้ตามสัญญา โดยกล่าวอ้างประเด็นหลักคือ ปัญหาเรื่องพื้นที่ก่อสร้างมีการคัดค้านของประชาชนในพื้นที่ ปัญหาเรื่องการรับใบอนุญาตสร้างโรงงานจากหน่วยงานของรัฐซึ่งมีความล่าช้า ปัญหาเรื่อง บริษัทที่ผลิตโครงเหล็กส่งให้ฝ่ายเอกชนประสบปัญหาน้ำท่วม

(๓) ฝ่ายรัฐจึงดำเนินการบอกเลิกสัญญา และนำมาสู่ประเด็นพิพาท ในชั้นอนุญาโตตุลาการตามสัญญา

(๔) อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดให้ฝ่ายรัฐชนะคดี จำนวน ๑ คดี และให้ฝ่ายรัฐแพ้คดี จำนวน ๖ คดี

๕) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสีย

- กรณีศึกษา โครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน

(๑) โครงการก่อสร้างระบบบำบัดน้ำเสียในพื้นที่จังหวัด สมุทรปราการปรากฏข้อมูลการศึกษาในช่วงแรกระบุว่า การก่อสร้างระบบบำบัดน้ำเสียในฝั่ง ตะวันออกโดยระบายน้ำเสียลงทะเล และในฝั่งตะวันตกระบายน้ำเสียลงคลองเป็นวิธีที่ดีที่สุด ใน ระยะยาวมีค่าใช้จ่ายต่ำและเสี่ยงต่อความผิดพลาดน้อยที่สุด จึงให้เลือกระบบน้ำเสีรรวม ๒ แห่ง คือบริเวณตำบลบางปูใหม่ ขนาดที่ดิน ๑,๕๕๐ ไร่ และตำบลคลองบางปลากด ขนาดที่ดิน ๓๕๐ ไร่

โดยมีการออกแบบเบื้องต้นไว้แล้วและได้มีการแนะนำให้ฝ่ายรัฐจัดซื้อที่ดินก่อนเริ่มต้นประกวดราคา แต่ระหว่างดำเนินการมีการเปลี่ยนแปลงสถานที่ซึ่งขัดกับผลการศึกษาในครั้งแรก

(๒) ฝ่ายรัฐเลือกที่จะประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจยื่นข้อเสนอและเอกสารแสดงคุณสมบัติเบื้องต้นเพื่อขายที่ดินสำหรับใช้ในโครงการ โดยประกาศให้ท้องที่คลองด่านเป็นพื้นที่ที่สามารถยื่นเอกสารแสดงคุณสมบัติเบื้องต้นได้ ซึ่งห่างจากพื้นที่ที่ได้รับการศึกษาในเบื้องต้นถึง ๒๐ กิโลเมตร

(๓) โครงการดังกล่าวมีพฤติการณ์ที่สื่อไปว่ามีเจตนาเพื่อเอื้อประโยชน์ให้ที่ดินของฝ่ายเอกชนบางกลุ่มเพื่อให้มีคุณสมบัติยื่นข้อเสนอเพื่อใช้ในโครงการ โดยจะเห็นได้จากการดำเนินคดีในชั้นศาลไม่ว่าจะเป็นศาลแพ่ง ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือแม้แต่ศาลแขวงดุสิต

(๔) การดำเนินโครงการแสดงให้เห็นถึงปัญหาทางการเงินที่ต้องใช้งบประมาณของรัฐจำนวนมาก จนนำไปสู่ปัญหาทางการเงินหลายครั้ง และส่งผลกระทบต่อจรรยาบรรณการบอกเลิกสัญญาซึ่งนำมาสู่ประเด็นพิพาทและเห็นถึงพฤติกรรมการทุจริตจำนวนมาก

(๕) โครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่านได้ดำเนินการมาแล้วกว่าร้อยละ ๙๕ แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้งานได้จริงซึ่งถือว่าเป็นผลเสียต่องบประมาณของรัฐเป็นอย่างมาก

๔.๒ แนวคิด ทฤษฎี ประยุกต์

จากการศึกษาโดยรวมเมื่อนำมาวิเคราะห์จะเห็นปัญหาและช่องว่างที่สามารถทำให้เกิดปัญหาสำหรับโครงการอื่น ๆ ในอนาคตได้ดังนี้

๔.๒.๑ นโยบายของภาครัฐที่เน้นการจูงใจนักลงทุน โดยลดเงื่อนไข และมาตรการทางกฎหมาย จนอาจเป็นการเอื้อประโยชน์ให้นักลงทุนหรือกลุ่มผลประโยชน์

แนวนโยบายของภาครัฐที่มุ่งเน้นการจูงใจให้นักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนของภาครัฐ เพื่อแก้ไขปัญหาเร่งด่วนและสำคัญที่มีผลกระทบต่อประชาชนหรือการขยายโครงสร้างพื้นฐานเพื่อรองรับการลงทุน โดยใช้วิธีการประมูลสัมปทานให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของรัฐ เนื่องจากรัฐขาดแคลนงบประมาณ บุคลากรผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เทคโนโลยีและเครื่องมือที่ทันสมัยในการก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ที่ใช้เงินงบประมาณในการลงทุนสูง โดยให้เอกชนเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงของการดำเนินโครงการที่จะเกิดขึ้น แลกกับการที่เอกชนได้รับค่าตอบแทนในการเก็บผลประโยชน์รายได้จากการให้บริการตามระยะเวลาสัมปทานที่กำหนดในสัญญา

ประเด็นสำคัญที่ทำให้รัฐตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบเอกชนคู่สัญญา เนื่องจากข้อสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ชัดเจน สัญญาไม่รัดกุม หรือสัญญาเอื้อประโยชน์ให้เอกชนอย่างเห็นได้ชัด เพราะรัฐขาดอำนาจการต่อรองกับเอกชนผู้ลงทุน และเอกชนผู้ลงทุนต้องแบกรับความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นในอนาคต สัญญาสัมปทานจึงกำหนดอย่างกว้าง ๆ เพื่อให้เอกชนผู้ลงทุนสามารถปรับเปลี่ยนแก้ไขตามความเสี่ยงที่เกิดขึ้นในอนาคต กลายเป็นข้อเสียเปรียบของรัฐในการทำสัญญา

ข้อเสียเปรียบในการทำสัญญาของภาครัฐที่ค้นพบจากการศึกษา

๑) การลดเงื่อนไขมาตรการการควบคุม กำกับ ดูแลการบริหารโครงการ โดยกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในข้อสัญญา เพื่อให้คู่สัญญาของรัฐมีความคล่องตัวในการบริหารงาน จนเกิดเป็นข้อพิพาทในที่สุด

๒) การลดมาตรการที่ก่อให้เกิดปัญหา อุปสรรคและความล่าช้าในการดำเนินการในเรื่องการอนุมัติอนุญาต

๓) ลดเงื่อนไขในเรื่องหลักประกัน เงินประกัน หลักทรัพย์ การประกันสัญญา

๔) ลดเงื่อนไขที่จะต้องดำเนินการตามกฎหมาย หรือระเบียบต่าง ๆ ที่จะก่อให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินโครงการ

๕) การกำหนดเงื่อนไขบางประการ เพื่อเป็นการประกันรายได้ของเอกชนคู่สัญญา เช่น รัฐจะไม่ดำเนินนโยบายหรือโครงการในลักษณะเดียวกันกับที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาดำเนินการ อันจะเป็นการแข่งขันหรือทำให้คู่สัญญาเสียหายหรือสูญเสียรายได้จากการดำเนินการของรัฐ ยอมให้มีการปรับขึ้นค่าบริการ ยอมชดเชยรายได้กรณีที่ผลประกอบการไม่เป็นไปตามประมาณการ

๔.๒.๒ กระบวนการขั้นตอนที่เร่งด่วนจนอาจขาดความโปร่งใส จนเป็นการเอื้อต่อการทุจริต

กระบวนการ ขั้นตอนการเสนอโครงการ การอนุมัติโครงการที่ขาดมาตรฐาน ขาดความโปร่งใส และเอื้อต่อการทุจริต คือ

๑) การจัดทำโครงการโดยปราศจากผลการศึกษา ความเหมาะสม แนวทาง มาตรการ รูปแบบ วิธีการในการแก้ไขปัญหาที่สอดคล้องกับปัญหาที่แท้จริง ขาดการศึกษาผลกระทบในด้านต่าง ๆ และแนวทางในการแก้ไข

๒) การดำเนินโครงการไม่โปร่งใส ขาดการรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสีย ประชาคม และองค์กร สถาบันในด้านนั้น ๆ ที่จะเข้ามาร่วมให้ความคิดเห็น ร่วมตรวจสอบและ คัดค้านโครงการ

๓) ขาดการดำเนินการให้ถูกต้องตามมาตรการทางกฎหมาย

๔) มีการอนุมัติให้เปลี่ยนแปลง แก้ไข ปรับเปลี่ยนวิธีดำเนินโครงการ สถานที่ดำเนินโครงการ โดยปราศจากผลการศึกษาวินิจฉัยถึงความจำเป็นและความเหมาะสม พบว่ามีหลายโครงการที่มีการเสนอโครงการ อนุมัติโครงการ แก้ไขโครงการ ปรับเปลี่ยนสถานที่โครงการที่น่าเชื่อถือ เอื้อต่อการแทรกแซงของฝ่ายบริหารนำไปสู่การช่องทางการทุจริต

๕) ผลักดันให้มีการอนุมัติหรืออนุญาต และทำสัญญาในขณะที่ตนมีอำนาจโดยใช้เงื่อนไขที่เอื้อประโยชน์ให้แก่เอกชน เงื่อนไขที่อาจเป็นปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนที่รัฐจำเป็นต้องดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาจนกลายเป็นสาเหตุสำคัญที่ภาครัฐต้องเป็นผู้ผิดสัญญาในเวลาต่อมา

๔.๒.๓ สัญญาเอื้อประโยชน์ต่อเอกชน และทำให้รัฐเสียเปรียบ

การจัดทำสัญญาโดยมีเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ไม่ชัดเจน เอื้อประโยชน์ต่อเอกชน กลุ่มการเมือง เงื่อนไขที่รัฐเสียเปรียบ ต้องรับผิดชอบในความเปลี่ยนแปลง ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต จากการศึกษา พบว่า มีการทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวคือ

๑) จัดทำสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขไว้กว้างเกินไป ยกแก่การควบคุม เร่งรัดให้ดำเนินการให้ถูกต้องแล้วเสร็จ

๒) ขาดรายละเอียดหรือรายละเอียดในการจัดทำแบบ แบบแผน เทคนิควิธีการดำเนินการ จนนำไปสู่ความขัดแย้งในกรณีเรื่อง

- การอนุมัติแบบและวิธีดำเนินงาน
- การกำกับควบคุมงานให้เป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญา
- การตรวจรับงาน

๓) ฝ่ายรัฐไม่กำหนดเงื่อนไขเรื่องการคิดค่าปรับ/ชดเชยความเสียหายกรณีดำเนินการไม่ถูกต้องตามแบบ/ไม่เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด

๔) การกำหนดให้หลักประกันสัญญาที่รัฐเสียประโยชน์

- ไม่กำหนดหลักประกัน
- กำหนดหลักประกันไว้ต่ำเกินไป เอื้อประโยชน์ต่อเอกชนในการทำงาน

๕) ไม่มีการเสนอแผนการเงิน การลงทุนในโครงการลงทุนขนาดใหญ่

๖) การกำหนดเบี้ยสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งจะต้องเป็นภาระแก่รัฐที่จะต้องดำเนินการเป็นกรณีพิเศษในการแก้ปัญหาความขัดแย้ง/การระงับข้อพิพาท และการบอกเลิกสัญญาโดยใช้ระบบอนุญาตตุลาการ

๔.๒.๔ การบริหารสัญญาที่ขาดประสิทธิภาพ

สาเหตุการบริหารสัญญา/โครงการที่ขาดประสิทธิภาพ/ล่าช้า/ผิดเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา จากการศึกษ พบว่า

๑) การออกแบบ อนุมัติแบบ เทคนิควิธีการดำเนินงานที่ล่าช้า อันเนื่องมาจากวิธีการปฏิบัติงานภายในของหน่วยงาน จนนำไปสู่ความล่าช้าในการดำเนินงาน อนุญาติตตุลาการ ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นความผิดของหน่วยงานเจ้าของโครงการ

๒) การปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาล่าช้า/ไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขที่กำหนด เช่น

- การส่งมอบพื้นหรือทรัพย์สินที่อยู่ในความรับผิดชอบที่ตามเงื่อนไขสัญญาล่าช้าและผิดเงื่อนไขในสัญญา

- การประสานงานกับหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการตามเงื่อนไขสัญญาล่าช้า

- การแก้ไขปัญหา/ความขัดแย้งระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องล่าช้า เช่น การแก้ปัญหาจราจรติดขัดระหว่างก่อสร้าง การแก้ปัญหาในเรื่องวิธีการก่อสร้างในเส้นทางที่เกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงาน ได้แก่ ทางผ่าน ทางแยก ทางทับซ้อน

- ไม่สามารถเร่งรัด/กำกับ/ควบคุม/ติดตามการดำเนินงานให้เป็นไปตามแบบ เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา

- ไม่ดำเนินการตรวจรับงานและจ่ายเงินค่างวดงานให้ถูกต้องตามระเบียบ

๓) ไม่ดำเนินการแก้ไขปัญหา/ความขัดแย้ง/ระงับข้อพิพาทให้เป็นไปตามสัญญาอนุญาติตตุลาการ

๔.๒.๕ การบอกเลิกสัญญาที่ผิดเงื่อนไขโดยเฉพาะสัญญาอนุญาติตตุลาการ

การบอกเลิกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเงื่อนไขของสัญญาอนุญาติตตุลาการ จากการศึกษ พบว่า สาเหตุการบอกเลิกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และข้อกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอนุญาติตตุลาการเป็นสาเหตุสำคัญที่สุดที่นำไปสู่ความเสียหายที่รัฐจะต้องชดใช้

๑) การบอกเลิกสัญญาที่ผิดเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาที่เป็นสัญญาอนุญาติตตุลาการ โดย

- เป็นการบอกเลิกสัญญาโดยใช้กฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

- ไม่นำความขัดแย้งและเหตุแห่งการบอกเลิกสัญญา เข้าสู่การแก้ไข ปัญหาข้อพิพาท และการระงับข้อพิพาทตามเงื่อนไขสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่กลับฟ้องร้อง เรียกค่าเสียหายทางแพ่งในศาลแพ่ง เป็นกรณีการผิดเงื่อนไขสัญญา อ้างว่าสัญญาเป็นโมฆะ.

- ดำเนินการในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการที่ขาดประสิทธิภาพ เช่น ไม่ดำเนินการบอกเลิกสัญญาให้ถูกต้องตามเงื่อนไข ขั้นตอนตามสัญญา ไม่เสนอแต่งตั้ง บุคคลเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายรัฐ การโต้แย้งข้อพิพาท และการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ เพื่อโต้แย้งไม่ชัดเจน ไม่สมบูรณ์ หรือพยานฝ่ายรัฐขัดแย้งกันเอง จนทำให้ขาดความน่าเชื่อถือ จนไม่สามารถนำมาโต้แย้งในชั้นการพิจารณาได้

๒) เป็นการบอกเลิกสัญญาที่เอื้อประโยชน์แก่เอกชน กลุ่มการเมืองให้ไม่ต้อง รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการผิดเงื่อนไขในสัญญา การบอกเลิก สัญญาที่ฝ่ายรัฐไม่มีเหตุที่จะต้องบอกเลิก และน่าเชื่อว่าเป็นบอกเลิกที่เอื้อประโยชน์แก่เอกชนที่ จะไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นหลังจากการเสร็จสิ้นโครงการ เนื่องจากเป็น การก่อสร้างที่ผิดเงื่อนไขในสัญญาและน่าเชื่อว่าจะไม่อาจดำเนินการได้ตามเงื่อนไขในสัญญา

๔.๒.๖ กระบวนการระงับข้อพิพาทสัญญาอนุญาโตตุลาการ

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๕๘ - อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. ๑๙๕๘ (Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of ๑๙๕๘ - the New York Convention ๑๙๕๘) เป็นอนุสัญญาที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ซึ่งประเทศไทย ได้เข้าภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว และนโยบายของภาครัฐที่ส่งเสริมการแก้ปัญหาความขัดแย้ง การระงับข้อพิพาทในการดำเนินการตามสัญญาสัมปทาน สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและ เอกชน ในการระงับข้อพิพาททางแพ่ง โดยทางอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นวิธีที่สามารถแก้ไข ปัญหาข้อขัดแย้งได้โดยสะดวกรวดเร็วไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาใน ลักษณะประนีประนอม อันจะช่วยลดจำนวนคดีความที่จะขึ้นสู่ศาล แต่จากการศึกษา พบว่า การนำหลักการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาทางปกครอง เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ดังนี้

๑) ความไม่เหมาะสมเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีและกฎหมายที่ใช้บังคับ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ไม่ได้บัญญัติรายละเอียด ของวิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไว้เป็นพิเศษแตกต่างจาก สัญญาทางแพ่ง การระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองจึงใช้หลักเกณฑ์เดียวกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งไม่เหมาะสมหรือสอดคล้องกับลักษณะสัญญาทางปกครอง กฎหมายดังกล่าวยังขาด

รายละเอียดเกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการกำหนดให้สัญญาทางปกครองใดที่จะสามารถตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ จึงได้มีการออกมติคณะรัฐมนตรีเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ประกอบด้วย

- มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ มีมติห้ามมิให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานรัฐเป็นคู่สัญญา และหากมีข้อพิพาทจากสัญญาดังกล่าว ให้นำคดีพิพาทส่งให้ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองพิจารณา หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือข้อเรียกร้องของคู่สัญญาที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

- มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ พฤษภาคม ๒๕๔๗ มีมติเห็นชอบมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ มีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำ “สัญญาสัมปทาน” เท่านั้น

- มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ มีมติให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ ข้อที่ ๑ ให้สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานรัฐทำกับเอกชนในไทย อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

- มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๘ มีมติแก้ไขมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชน ที่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติวิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นราย ๆ ไป ทำให้การทำสัญญาภาครัฐทุกชนิดเกิดความล่าช้าและเสียโอกาสทางธุรกิจ จึงมีมติให้แก้ไข ๒ ส่วน คือ ๑) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ และ ๒) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือเป็นความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นราย ๆ ไป เพื่อลดขั้นตอนการดำเนินการในการตัดสินข้อพิพาทในกรณีสัญญาบางประเภทและให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นนอกจากศาลหรืออนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นทางเลือกให้กับคู่พิพาท

ถึงแม้ว่าจะมีมติคณะรัฐมนตรี เพื่อจะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่ตามระบบกฎหมายไทยที่มีสัญญาสัมปทาน ๒ ประเภท คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่มีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง และสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งมีผลกระทบทางตรงต่อประชาชนน้อยกว่า สัญญาสัมปทาน

ทรัพยากรธรรมชาติส่วนใหญ่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ และกฎหมายประเภทนี้กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการตามที่คู่พิพาทตกลงกัน ตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ตกลงไว้ หากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้กำหนดแนวทางในการพิจารณาเอง ในการรับฟังพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการ อาจเป็นไปตามระบบกล่าวหา (Accusatorial System) คือระบบที่ให้คู่พิพาทต่อสู้กันเองโดยอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงคนกลางในการควบคุมการพิจารณา และไม่เป็นผู้แสวงหาพยานหลักฐานเอง หรืออาจใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ก็ได้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้แสวงหาพยานหลักฐานในคดีรวมทั้งการซักถามพยานเอง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๑๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ก่อนการทำคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการฟังคู่กรณีและมีอำนาจทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรในข้อพิพาทที่เสนอมานั้น” แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๒๕ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการไม่ได้บัญญัติข้อความนี้ไว้ แต่จะถือความตกลงของคู่พิพาทว่าจะให้อนุญาโตตุลาการดำเนินวิธีพิจารณาแบบใด หากไม่มีข้อตกลงดังกล่าว อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเต็มที่จะดำเนินวิธีพิจารณาได้ตามที่เห็นสมควร ไม่ว่าจะเป็นระบบกล่าวหาหรือระบบไต่สวนก็ได้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยหลักแล้วเป็นการพิจารณาลับ รวมทั้งคำชี้ขาดก็เป็นความลับ ซึ่งอาจมีปัญหาเรื่องความโปร่งใสของกระบวนการพิจารณาอีกด้วย

๒) หน่วยงานของรัฐยังขาดความรู้ ประสบการณ์และวิธีการแก้ปัญหาการระงับความขัดแย้งและการบอกเลิกสัญญา ตลอดจนวิธีการต่อสู้ในระบบอนุญาโตตุลาการ หน่วยงานหรือผู้แทนฝ่ายรัฐจึงไม่นำปัญหาความขัดแย้ง การระงับข้อพิพาทเข้าสู่ระบบอนุญาโตตุลาการ แต่กลับบอกเลิกสัญญาโดยผิดเงื่อนไขที่ระบุในระบบสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นเหตุให้คู่สัญญาฟ้องร้องกรณีรัฐเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบ ซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ฝ่ายรัฐแพ้คดีและต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญา

๓) ความไม่เหมาะสมของตัวบุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

บุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ มีปัญหาความไม่เหมาะสมบางประการเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ ดังนั้น ผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะเป็นบุคคลที่คู่พิพาทพิจารณาเห็นว่ามีคุณสมบัติเหมาะสมในการวินิจฉัยข้อพิพาท

คู่กรณีอาจตกลงกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นพิเศษก็ได้ กรณีที่คู่พิพาทตกลงกันให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใด และกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นพิเศษ ให้ถือว่าคุณสมบัติตามข้อบังคับเป็นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงไว้ประการหนึ่งด้วย ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองซึ่งมีประโยชน์สาธารณะอยู่ในข้อพิพาทด้วยนั้น มีผลกระทบทางตรงต่อประชาชน สังคม หรือผลประโยชน์สาธารณะโดยรวม อีกทั้ง สัญญาทางปกครองนั้นมีแนวคิด หลักกฎหมายที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการตัดสินคดีข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหลักกฎหมายมหาชน จึงจะสามารถวินิจฉัยข้อพิพาทได้อย่างถูกต้องเหมาะสม เกิดความเป็นธรรม สามารถปกป้องประโยชน์สาธารณะได้

อนุญาโตตุลาการที่มาจากทางเลือกของคู่กรณีอาจมีปัญหาเรื่องจริยธรรม ความเป็นกลาง และความเป็นอิสระ โดยคู่กรณีย่อมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ตนคิดว่าเข้าใจหรือเอนเอียงเข้าข้างตน ผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการก็มักเอนเอียงเข้าข้างฝ่ายที่เลือกตนเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ โดยที่ผ่านมามีการตั้งบุคคลให้เป็นอนุญาโตตุลาการส่วนมากมักแต่งตั้งจากผู้พิพากษา หรืออดีตผู้พิพากษา อัยการหรืออดีตอัยการ ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา แต่อาจขาดความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชน ทำให้ไม่สามารถชี้ขาดได้ถูกต้องตามหลักกฎหมายมหาชน

๔.๒.๗ ปัญหาการแทรกแซงจากฝ่ายนโยบาย ฝ่ายการเมืองที่มักจะก่อให้เกิดปัญหาการทุจริต

ระบบการเมืองที่เปิดโอกาสให้กลุ่มธุรกิจเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมือง การสนับสนุนทางการเงินให้กับพรรคการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญทางการเมืองกลายเป็นระบบอุปถัมภ์ ทำให้นักการเมืองใช้อิทธิพลครอบงำ หรือใช้ตำแหน่งและอำนาจหน้าที่แทรกแซงระบบบริหารของราชการ เนื่องจากเป้าหมายและนโยบายการบริหารส่วนใหญ่แล้ว ฝ่ายนโยบายหรือฝ่ายการเมืองเป็นผู้กำหนดขึ้น โดยที่คนส่วนใหญ่ไม่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ซึ่งการกำหนดเป้าหมายหรือนโยบายในบางครั้งก็ไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาและความเป็นจริง หรือไม่คำนึงถึงบริบทของสังคมหรือวิถีชีวิตของคนในชุมชน การแทรกแซงจากฝ่ายนโยบาย ฝ่ายการเมือง ยังส่งผลต่อการบริหารจัดการแก้ปัญหาในระดับผู้ปฏิบัติที่ไม่ทันเหตุการณ์ นำไปสู่การสะสมปัญหา รวมถึงการแสวงหาผลประโยชน์จากเป้าหมายหรือนโยบายที่กำหนด

จากการศึกษา สาเหตุที่นำมาซึ่งความเสียหายแก่ภาครัฐ พบว่า มีหลายโครงการ ที่มีข้อมูล/ข้อเท็จจริงที่เชื่อได้ว่า มีการแทรกแซง สั่งการของฝ่ายการเมืองที่มีอำนาจ ในการ ตัดสินใจอนุมัติ/อนุญาต หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบ วิธีการดำเนินการเพื่อเอื้อประโยชน์แก่พวกพ้อง หรือการทุจริต หรือกีดกันคู่แข่งทางธุรกิจโดยเข้าแทรกแซง สั่งการในขั้นตอนต่าง ๆ ได้แก่

๑) ในขั้นตอนการจัดทำและเสนอโครงการ พบว่า มีการผลักดันให้มีการจัดทำ โครงการ และเสนออนุมัติ อนุญาตโดยไม่มีรายละเอียด ผลการศึกษา วิจัยถึงเหตุผลความจำเป็น รูปแบบของโครงการที่เหมาะสมกับการแก้ปัญหา หรือความต้องการของประชาชน งบประมาณ ที่ต้องใช้ผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับ และผลกระทบ หรือความเสียหายที่อาจเกิดต่อชุมชน สภาพแวดล้อม และแนวทางในการแก้ไขปัญหา

๒) มีการอนุมัติให้เปลี่ยนแปลง แก้ไขรูปแบบ รายละเอียด วิธีดำเนินการ หรือ ข้อกำหนด หรือเงื่อนไขในสัญญา โดย

- ไม่มีรายงานผลการศึกษา ถึงเหตุผลความจำเป็นที่ต้องเปลี่ยนแปลง
- ไม่นำเอาความเห็นหรือคำคัดค้าน หรือข้อเสนอแนะของหน่วยงาน

ที่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณา

- เอื้อประโยชน์แก่พวกพ้อง เช่น พื้นที่ดำเนินการที่มีการจัดหาไว้แล้ว หรือเลือกรูปแบบ วิธีดำเนินการสอดคล้องกับธุรกิจที่พวกตนมีอยู่ และการกีดกัน/สกัดกั้นคู่แข่ง ทางธุรกิจจนทำให้บริษัทคู่แข่งต้องถอนตัวเพราะขาดความพร้อมหรือขาดคุณสมบัติ/ ความเหมาะสมตามเงื่อนไขใหม่ หรือมีความเสี่ยงที่จะตกเป็นผู้ผิดสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายรัฐใน อนาคต

๓) ยกร่างสัญญาที่มีเงื่อนไขที่รัฐเสียประโยชน์ หรือมีความเสี่ยงที่รัฐจะตกเป็น ผู้ผิดสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในอนาคต แต่กลับเอื้อประโยชน์แก่กลุ่มทุน ธุรกิจของตนเอง พวกพ้องที่จะเข้าร่วมลงทุน หรือธุรกิจที่สนับสนุนกลุ่มการเมืองนั้น

๔) เร่งรัดที่จะให้มีการอนุมัติ อนุญาตในสมัยที่ตนเองมีอำนาจเพื่อแสวง ประโยชน์ในการเรียกรับผลประโยชน์ หรือเอื้อประโยชน์แก่ธุรกิจของตนหรือพวกพ้อง โดยการ เสนอเงื่อนไข หรือข้อกำหนดในสัญญาที่รัฐเป็นฝ่ายเสียเปรียบ และเป็นภาระแก่รัฐบาลต่อไป หรือประชาชนผู้ใช้บริการในอนาคต

๕) กำหนดเงื่อนไขในการออกแบบก่อสร้าง การปรับเปลี่ยนแบบก่อสร้าง การอนุมัติให้ปรับเปลี่ยนแบบ การตรวจรับงาน การคิดค่าปรับเมื่องานล่าช้ากรณีที่ไม่สามารถ ดำเนินการให้แล้วเสร็จตามงวดงาน โดยเอื้อประโยชน์ให้เอกชนไม่ต้องชดใช้เมื่อผิดเงื่อนไข หรือ ทำงานล่าช้า ไม่เสร็จตามงวดงาน

๖) การแทรกแซง สั่งการให้มีการตรวจรับงานที่ผิดแบบหรือผิดเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา หรือให้มีการยกเว้นค่าปรับ หรือชำระค่าปรับให้น้อยลง หรือให้มีการขยายเวลาแล้วเสร็จให้นานขึ้น

๗) การแทรกแซงในชั้นการบอกเลิกสัญญา จากการศึกษา พบว่า

- มีการบอกเลิกสัญญาด้วยวิธีการที่เอื้อประโยชน์แก่กลุ่มทุน ทำให้เอกชนไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่รัฐ กรณีที่เป็นผู้ผิดสัญญา หรือสามารถนำเอาเหตุแห่งการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวมาเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐ

- เอื้อประโยชน์แก่กลุ่มการเมืองชุดใหม่ที่จะเสนอโครงการใหม่เข้ามาทดแทนโครงการเก่าที่อนุมัติไว้เดิม

๔.๓ บทวิเคราะห์

จากการศึกษาความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ พบว่าปัญหาที่เกิดขึ้นเกิดจากสัญญาร่วมลงทุนในอดีตนั้น ส่วนใหญ่เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นตอนการเสนอโครงการที่ไม่มีความชัดเจน ข้อกำหนดในสัญญาที่เสียเปรียบเอกชน ไม่มีหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน การจัดทำและการเปิดเผยข้อมูลของโครงการร่วมลงทุน เป็นต้น แม้ต่อมาจะมีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังไม่มีการกำหนดกระบวนการในการกำกับดูแลสัญญาและการแก้ไขสัญญาที่ชัดเจน ทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการได้ รวมถึงไม่มีข้อกำหนดที่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญา ซึ่งอาจจะไม่เหมาะสมในการนำมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง โดยปัญหาต่าง ๆ ในอดีตที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐเป็นจำนวนมาก

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้กำหนดขอบเขตของกฎหมายเพื่อให้หน่วยงานดำเนินการที่เกี่ยวข้องอย่างเคร่งครัด โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดขอบเขตของโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจกรรมหรือโครงการของรัฐที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนที่ภาครัฐประสงค์ให้เอกชนร่วมลงทุน

ต้องปฏิบัติตาม พร้อมทั้ง กำหนดนโยบายของภาครัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำ โครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่ บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน กำหนดกลไกในการแก้ไขปัญหา อุปสรรค หรือความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการมีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุน อย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังโดยมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรม ของเอกชนรวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ และการกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนให้มีความกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้ เพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการร่วมลงทุนระหว่างรัฐ และเอกชนในอดีต

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนิน โครงการที่มีการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในอดีต ได้รับการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ในหลายประเด็นแล้ว โดยในปัจจุบันการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและ เอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และ ขั้นตอนในการเสนอโครงการ การคัดเลือกเอกชน การกำกับดูแลโครงการร่วมลงทุน การแก้ไข สัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ การจัดทำและการเปิดเผยข้อมูลของโครงการร่วมลงทุน ที่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนของการจัดทำสัญญาร่วมลงทุนซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของ โครงการร่วมลงทุนที่ภาครัฐและเอกชนจะต้องผูกพันตามข้อสัญญาดังกล่าวไปตลอดระยะเวลา ของสัญญา ได้มีการกำหนดกระบวนการที่ชัดเจนในการพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนโดยต้อง ผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด และคณะรัฐมนตรีจะต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบ ก่อนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือก ทำให้เกิดความละเอียดรอบคอบในการดำเนินการดังกล่าว อีกทั้งในการจัดทำร่างสัญญา ร่วมลงทุนจะต้องดำเนินการตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและ เอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และ สารสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๓ ที่กำหนดสาระสำคัญของร่างสัญญา ร่วมลงทุนให้ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดที่สำคัญต่าง ๆ เพื่อให้ภาครัฐไม่เสียเปรียบเอกชน รวมถึงเรื่องของการระงับข้อพิพาท ซึ่งต้องไม่เป็นการผูกพันให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะได้ แสดงถึงเหตุผลและความจำเป็นเนื่องจากทางปฏิบัติโดยปกติทั่วไปของสัญญาร่วมลงทุนประเภท นั้น ๆ หรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อนึ่ง ตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐ

และเอกชนได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายดังกล่าว รวมทั้งกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) กระทรวงการคลัง เป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าวด้วย ดังนั้น สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเป็นหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบภารกิจเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

กำหนดมาตรการในการจัดทำร่างสัญญาไว้อย่างชัดเจนในกรณี การจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา ๙๓ หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการ นโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของ สำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย การทำสัญญา รายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง โดยมี สาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ ก็ให้กระทำ ได้เว้นแต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

ในกรณีที่ไม้อาจทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งได้ และจำเป็นต้องร่าง สัญญาขึ้นใหม่ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว ก็ให้กระทำได้

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งหรือ ไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามวรรคสองหรือ วรรคสาม หรือตามมาตรา ๙๗ วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้ สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุด พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือคู่สัญญาไม่ตกลง หรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่าง จากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็น สาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา ๑๐๔ ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ

ทั้งนี้ ปัจจุบันหน่วยงานภาครัฐต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๘ เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งได้กำหนดให้ สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะป็นสัญญาทางปกครอง หรือไม่ ถ้าเป็นกรณีสัญญาที่ต้องดำเนินการตาม พระราชบัญญัติร่วมลงทุนระหว่างรัฐ และเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ และสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาห้ามอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมี ปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสัญญาในการ ดำเนินโครงการของรัฐในอดีต ที่ส่วนใหญ่เป็นปัญหาที่เกิดจากการใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดย อนุญาตตุลาการในสัญญาซึ่งเป็นปัญหาสำคัญ จึงได้รับการแก้ไขให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นแล้ว ในปัจจุบัน

บทที่ ๕ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๕.๑ บทสรุป

จากการศึกษาความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ จากกรณีศึกษา จำนวน ๕ โครงการ ได้แก่ โครงการโฮปเวลล์ โครงการทางด่วนบางปะอิน-ปากเกร็ด และทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ส่วนต่อขยายอนุสรณ์สถานแห่งชาติ - รังสิต สัญญาส่วนแบ่งรายได้จากการก่อสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ โครงการไฟฟ้าชีวมวลและโครงการพลังงานไฟฟ้าแสงอาทิตย์ และโครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน พบว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นประกอบด้วยปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายซึ่งหากเรียงตามลำดับความเป็นมาแล้วจะเห็นว่าในส่วนของข้อกฎหมายได้มีการแก้ไขไปในหลายส่วนแล้วโดยเฉพาะในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างที่อาจเกี่ยวข้องกับซึ่งในปัจจุบันก็คือ พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ อาจกล่าวโดยสรุปตามลำดับได้ดังนี้

ปี พ.ศ. ๒๔๗๑

- พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบต่อความผาสุกของสาธารณชน พ.ศ. ๒๔๗๑ เป็นกฎหมายที่กำหนดให้การประกอบกิจการค้าขายที่เป็นสาธารณูปโภคในประเทศจะทำได้ถ้าไม่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากพระมหากษัตริย์

ปี พ.ศ. ๒๕๑๕

- ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๕๘ พ.ศ. ๒๕๑๕ เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในสมัยจอมพลถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติซึ่งประกาศยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบต่อความผาสุกของสาธารณชน พ.ศ. ๒๔๗๑ เนื่องจากมีผู้ประกอบกิจการค้าเป็นจำนวนมากและไม่มีกฎหมายควบคุมการประกอบกิจการค้าดังกล่าว จึงเป็นเหตุในการปรับปรุงกฎหมายและบังคับใช้ประกาศฯ โดยสาธารณูปโภคจะกระทำได้เมื่อได้รับอนุญาตหรือรับสัมปทานจากรัฐมนตรีเท่านั้น ซึ่งกิจการที่ถือเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่ออย่างอาคารต่าง ๆ และบรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

ปี พ.ศ. ๒๕๔๙

- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

พ.ศ. ๒๕๔๙

เนื่องด้วยบทบาทของภาครัฐที่ต้องดูแลโครงสร้างพื้นฐาน สาธารณูปโภค และบริการสาธารณะของประเทศ จึงทำให้ภาครัฐต้องพัฒนาประเทศให้อุดมสมบูรณ์และเพียบพร้อมด้วยระบบบริการต่าง ๆ แต่เนื่องจากภาครัฐมีข้อจำกัดในการดำเนินการไม่ว่าจะเป็นด้านบุคลากร ด้านงบประมาณ หรือแม้แต่ด้านความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการก่อสร้าง จึงทำให้รัฐต้องแสวงหาช่องทางในการบรรเทาภาระการดำเนินงานโดยเฉพาะด้านผลิตผลการจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชน จึงเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนให้เข้ามาร่วมจัดทำบริการดังกล่าว โดยสรุปแล้วจะพบว่าลักษณะกิจกรรมที่รัฐกำหนดให้เอกชนมีส่วนร่วมในกิจการของรัฐประกอบด้วย การทำสัญญาจ้างเอกชนให้บริหารงาน ได้แก่ การจัดระบบการเดินรถรับจ้างโดยให้เอกชนดำเนินการ เป็นต้น การทำสัญญาให้เอกชนเช่าดำเนินการ ได้แก่ การให้เอกชนเช่าโรงงานผลิตสินค้าบางประเภท เป็นต้น การให้สัมปทานภาคเอกชน ซึ่งมีทั้งในรูปแบบที่เอกชนเป็นผู้ลงทุน ออกแบบดำเนินการก่อสร้างและบริหารจัดการ ภายในระยะเวลาที่ตกลง เมื่อสิ้นสุดสัญญาเอกชนจะโอนกิจการทั้งหมดให้แก่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบ หรือกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ลงทุนออกแบบดำเนินการก่อสร้างและเมื่อแล้วเสร็จผู้รับสิทธิจะต้องโอนทรัพย์สินต่าง ๆ ภายในข้อตกลงภายในสัญญาแก่รัฐแต่เอกชนก็ยังคงเป็นผู้บริหารกิจการตลอดอายุสัมปทาน ได้แก่ โครงการโฮปเวลล์ หรือโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (Bangkok Elevated Road and Train System – BERTS) ซึ่งได้มีการลงนามในสัญญา เมื่อวันที่ ๙ พฤศจิกายน ๒๕๓๓ โครงการโฮปเวลล์ถือเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่ขณะนั้นไม่มีกฎหมายที่ควบคุมดูแลที่ครอบคลุมถึงประกอบกับปัญหาเรื่องการบริหารสัญญา ที่ส่งผลกระทบต่อการทำงานของภาคเอกชน และนำมาสู่ปัญหาความล่าช้าของการก่อสร้าง ในปี พ.ศ. ๒๕๓๙ และนำมาสู่การบอกเลิกสัญญาและเป็นปัญหาข้อพิพาทในปัจจุบัน นอกจากนี้ ยังพบปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการตามสัญญาในสัญญาแบ่งรายได้จากการก่อสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ ที่ได้มีการลงนามในสัญญาเมื่อวันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๓๔ แต่ก็พบปัญหาเกี่ยวกับการบริหารจัดการรายได้และนำไปสู่ข้อพิพาทในปี พ.ศ. ๒๕๕๓

ต่อมาภาครัฐได้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้การดำเนินกิจการของรัฐสำหรับการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐมีขอบเขตและชัดเจนมากขึ้นจึงได้บัญญัติกฎหมายเพิ่มเติม ดังนี้

ปี พ.ศ. ๒๕๓๕

- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

- พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ กฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นเนื่องจากเดิมที่ใช้ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ พ.ศ. ๒๕๑๕ ซึ่งกำหนดให้รัฐมนตรีของกิจการสาธารณูปโภคมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการอนุมัติการให้สัมปทานเอกชนและไม่มีขั้นตอนที่ชัดเจนและเป็นธรรมแก่เอกชน เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติให้เอกชนดำเนินการไปในทิศทางเดียวกันจึงเกิดกฎหมายนี้โดยกำหนดสาระสำคัญเพื่อให้มีแนวทางปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐโดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่ ๑ พันล้านบาทขึ้นไป ดังนั้น เนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นเพียงกฎหมายที่สร้างกลไกรองรับระบบการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเท่านั้น ในทางปฏิบัติจึงสร้างปัญหาในหลายด้านรวมถึงโครงการทางด่วนบางปะอิน - ปากเกร็ด และทางยกระดับตอนเมืองโพลีเวย์ ส่วนต่อขยายอนุสรณ์สถานแห่งชาติ - รังสิต ซึ่งปัญหาที่พบที่สำคัญคือการที่ภาครัฐดำเนินการก่อสร้างโครงการที่อาจมีลักษณะที่เป็นการแข่งขันที่ขัดต่อสัญญาที่ตกลงกันไว้ จนนำมาสู่ข้อพิพาท ในปี พ.ศ. ๒๕๔๗ และโครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน ที่พบปัญหาจำนวนมากไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ การเพิ่มงบประมาณ รวมตลอดจนปัญหาเรื่องของการทุจริต ซึ่งนำมาสู่ข้อพิพาท ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๖ จนถึงปัจจุบัน และนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังต่อไปนี้

ปี พ.ศ. ๒๕๕๖

- พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ประเทศไทยได้พบปัญหาเรื่องความโปร่งใสในระบบการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ จึงได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ เนื่องจากบทบัญญัติไม่มีความชัดเจน ขาดทิศทางและความเป็นเอกภาพ ขาดหน่วยงานกลางที่กำกับดูแลโครงการ ไม่มีกำหนดเวลาในการพิจารณาที่ชัดเจน ไม่มีกระบวนการแก้ไขสัญญาและการต่ออายุสัญญา พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีสาระสำคัญเพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอน ในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน

นอกจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ในเวลาต่อมายังมีประกาศของสำนักคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมทุน พ.ศ. ๒๕๕๘ และยังพบปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดผลประโยชน์ตอบแทนในกิจการร่วมทุน ปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้อง ปัญหาการต่ออายุสัญญา และปัญหาการนำโครงการไปเป็นหลักประกันหนี้ เป็นต้น จนนำมาสู่การแก้ไขกฎหมายในเวลาต่อมา

ปี พ.ศ. ๒๕๖๐

- พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

ปี พ.ศ. ๒๕๖๒

- พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ เป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ เนื่องจากบทบัญญัติมีขอบเขตของโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนอย่างกว้างขวางไม่มีการสะท้อนถึงความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการของรัฐที่ชัดเจน ขาดมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พระราชบัญญัติฉบับแก้ไขนี้จะมีสาระสำคัญเพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน มีการกำหนดกลไกการแก้ปัญหา อุปสรรค หรือความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการร่วมลงทุน และมีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังโดยหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้

๕.๒ ข้อสังเกต

๑) รัฐบาลควรกำหนดนโยบายให้หน่วยงานภาครัฐถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดในการทำสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน ดังนี้

๑.๑) กรณีรัฐบาลจะมีมติใดที่มีผลผูกพันต่อโครงการใหม่ ต้องคำนึงถึงมติเดิมของรัฐบาลที่ได้มีมติไว้ในอดีต และต้องมีความรับผิดชอบต่อการอนุมัติครั้งใหม่ที่ทำให้เกิดความเสียหาย โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมก่อน

๑.๒) พิจารณาทบทวน ตรวจสอบ ศึกษา และวิเคราะห์เนื้อหาสัญญาของโครงการขนาดใหญ่หรือโครงการที่มีการร่วมทุนกับเอกชน ว่ามีผลกระทบต่อสัญญาหรือ

ข้อตกลงใด ๆ ที่รัฐได้ทำสัญญาไว้กับภาคเอกชนรายอื่นหรือไม่ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งหรือความเสียหายจากข้อผูกพันของสัญญา รวมทั้งผลกระทบกับโครงการอื่น ๆ ของรัฐที่คาดการณ์ว่าจะดำเนินการในอนาคต

๑.๓) จัดให้มีระบบการติดตามการทำงานงานก่อสร้างผ่านระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ด้วยอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ความถึงความคืบหน้าของโครงการงานก่อสร้างเป็นไปตามแผนงานหรือล่าช้ากว่าแผนงานหรือไม่

๑.๔) การพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาสัมปทานของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ควรดำเนินการตามขั้นตอนตามลำดับ ดังต่อไปนี้

(๑) ควรเสนอให้มีการเจรจาไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทเบื้องต้นที่เกิดขึ้นร่วมกันระหว่างคู่สัญญา ก่อนจะมีการบอกเลิกสัญญา เพื่อให้นโยบายและการจัดทำบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง และป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลัง

(๒) กรณีที่ต้องดำเนินการบอกเลิกสัญญา ควรมีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือในขณะที่อยู่ในกระบวนการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ โดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้กระบวนการไกล่เกลี่ยมีความรวดเร็วมากยิ่งขึ้น และยังสามารถลดค่าใช้จ่ายค่าธรรมเนียมที่ต้องใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการได้อีกด้วย

(๓) ในกรณีไม่สามารถไกล่เกลี่ยตกลงยุติข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาได้ และคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องบอกเลิกสัญญาดังกล่าวอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ก็ควรพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาโดยปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างเคร่งครัด และในกรณีที่หน่วยงานใดฝ่าฝืนดำเนินการบอกเลิกสัญญาโดยไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นในภายหลังเป็นการส่วนตัว แต่อย่างไรก็ดีหากมีความจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อันเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ที่แทรกแซงเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และทำให้สัญญากลายเป็นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะหรือไม่สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่จะชดใช้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นสำคัญ ทั้งนี้เพื่อรองรับอำนาจในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าว และเพื่อให้ผู้บริหารสัญญาหรือผู้มีอำนาจในการพิจารณามีแนวทางพิจารณาดำเนินการที่ชัดเจนและตระหนักถึงผลเสียหายที่จะมีภายหลัง และควรกำหนดหลักการในร่างสัญญาสัมปทานที่จะมีต่อไป ดังนี้ “เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

หรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแก่ประโยชน์สาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวได้”

(๔) การบอกเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการ สัญญาสัมปทาน สัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีมูลค่าสูง ก่อนบอกเลิกควรจะต้องขอความเห็นชอบจากสำนักงาน อัยการสูงสุด ทำการตรวจสอบการบอกเลิกสัญญา เพื่อป้องกันการบอกเลิกสัญญาที่ เอื้อประโยชน์กับเอกชนคู่สัญญา และการบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๕) กรณีที่อนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองมีคำวินิจฉัยชี้ขาดว่า ภาครัฐ บอกเลิกสัญญาโดยมิชอบ บุคคล หรือหน่วยงานที่ดำเนินการบอกเลิกสัญญา โดยไม่ดำเนินการ หรือดำเนินการโดยผิดเงื่อนไขที่ระบุในสัญญา จะต้องรับผิดชอบทางวินัย อาญา และความรับผิด ทางละเมิด และให้หน่วยงานดำเนินการทั้งทางวินัย อาญา และความรับผิดทางละเมิด โดยเคร่งครัดและรวดเร็ว รวมทั้งให้รายงานต่อสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ตรวจสอบ ทันทันที่ที่พบความผิด

๒) การเพิ่มประสิทธิภาพการระงับข้อพิพาทสัญญาอนุญาโตตุลาการ

๒.๑) รัฐควรมีการตั้งคณะกรรมการหรือคณะทำงาน ศึกษาและทบทวน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และนโยบายการส่งเสริมให้นำระบบ การแก้ปัญหาความขัดแย้ง และข้อพิพาทจากการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดย ระบบอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาข้อดี ข้อเสีย ปัญหาและผลกระทบต่อภาครัฐที่จะต้อง ดำเนินการตามนโยบายดังกล่าว พร้อมทั้งเสนอแนะ แนวทาง และมาตรการในการแก้ไขปัญหา ดังกล่าว

๒.๒) รัฐต้องส่งเสริมการพัฒนาบุคลากรให้มีความรู้ความสามารถเพียงพอ ที่จะดำเนินการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ และควรมีการสร้างเสริมความรู้ความเข้าใจแก่ เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานที่มีภารกิจในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนอันอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้อง ดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ อย่างเคร่งครัด นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเจ้าของโครงการที่มีหน้าที่ในการจัดทำและ บริหารโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนควรเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีคุณสมบัติ องค์กรความรู้ และ ความเชี่ยวชาญชำนาญเฉพาะเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิด ความเสียหายในการดำเนินโครงการอันจะส่งผลกระทบต่อที่รุนแรงยืดเยื้อและยาวนานต่อประเทศ

๓) การตรวจสอบโดยหน่วยงานตรวจสอบ รัฐต้องกำหนดหรือพัฒนาระบบกำกับติดตามการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของหน่วยงานภาครัฐ ตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเริ่มดำเนินการ เริ่มดำเนินการ ระหว่างดำเนินการ จนถึงสิ้นสุดการดำเนินโครงการที่มีประสิทธิภาพ เพื่อให้การดำเนินโครงการมีความโปร่งใสและตรวจสอบได้ โดยมีข้อเสนอ ดังนี้

๓.๑) หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร ขั้นตอนกระบวนการการดำเนินโครงการร่วมทุนตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ อย่างเคร่งครัด เพื่อให้ประชาชน ภาคประชาสังคม ผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการดำเนินโครงการ และสามารถแสดงความคิดเห็น หรือยื่นคัดค้านต่อการดำเนินโครงการ

๓.๒) ดำเนินการตามข้อตกลงคุณธรรม (Integrity Pact Guideline) ที่ใช้ในการป้องกันการทุจริตคอร์รัปชันในโครงการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งเป็นข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรร่วมกัน ๓ ฝ่าย ระหว่างหน่วยงานภาครัฐ ภาคเอกชนที่สนใจเข้ามาเป็นผู้เสนอราคาหรือเสนองานกับภาครัฐ และผู้สังเกตการณ์ (Observer)ว่าจะไม่กระทำการใด ๆ ที่สื่อไปในทางทุจริต เช่น ไม่เรียกรับเงินสินบนหรือผลประโยชน์อื่นใด และจะปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต โปร่งใสและเป็นธรรม โดยยอมรับให้มีบุคคลที่สามที่มาจากภาคประชาสังคมเข้ามามีส่วนร่วมเป็นผู้สังเกตการณ์ (Observer) ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ๆ ตั้งแต่การจัดทำร่างขอบเขตของงาน (Terms of Reference : TOR) จนถึงสิ้นสุดสัญญา ซึ่งผู้สังเกตการณ์จะต้องกำกับดูแลความเสี่ยงในการทุจริตคอร์รัปชันในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการดำเนินงานตามสัญญาให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการป้องกัน ตอบข้อกังวล และข้อร้องเรียนของผู้เสนอราคาหรือผู้ที่เกี่ยวข้องอื่นๆ แจ้งให้สาธารณชนทราบเกี่ยวกับความโปร่งใสและความเป็นธรรมของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

๓.๓) ให้ผู้ตรวจกระทรวง ผู้ตรวจสอบภายในของหน่วยงานเจ้าของโครงการทำหน้าที่ตรวจกำกับติดตามการดำเนินการตามสัญญาเพิ่มเติมจากคณะกรรมการตรวจสอบที่แต่งตั้งตามกฎหมาย เพื่อกำกับติดตามให้การบริหารสัญญาให้เป็นไปอย่างรวดเร็ว ถูกต้องตามเงื่อนไข เร่งรัดการแก้ไขปัญหาที่ขัดข้องและความล่าช้า และหากจำเป็นให้เสนอผู้บริหารแต่ละระดับที่รับผิดชอบให้เข้าแก้ปัญหาโดยเร่งด่วน ทันที และเมื่อตรวจพบว่ามีกรกระทำผิดเงื่อนไขสัญญาต้องดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริง และรายงานไปยังหน่วยงานตรวจสอบ เช่น สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ เป็นต้น

๔) การเสนอโครงการและการกำหนด TOR ปัจจุบันพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์ก่อนเสนอโครงการสัมปทานของรัฐไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

๔.๑) พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๒๒ การเสนอโครงการที่จะให้มีการร่วมลงทุน หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ตามรายละเอียดที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

- ความเป็นมาของโครงการ หลักการและเหตุผลในการจัดทำโครงการ รวมถึงความสอดคล้องกับแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน

- สำคัญของโครงการ ซึ่งรวมถึงวัตถุประสงค์ เป้าหมาย ขอบเขต และระยะเวลาของโครงการ และประมาณการต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินโครงการ

- ความพร้อมในการจัดทำและดำเนินโครงการที่แสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการ รวมถึงความพร้อมในด้านการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน ผลกระทบต่อประชาชนจากการดำเนินโครงการ และกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่ง ที่ส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการ

- ความเป็นไปได้ของโครงการในด้านเทคนิค ด้านเทคโนโลยี ด้านสิ่งแวดล้อม ด้านกฎหมาย ด้านการเงิน หรือด้านเศรษฐศาสตร์ โดยต้องระบุสมมติฐานที่ใช้ในการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการด้วย

- ความเสี่ยงของโครงการ รวมถึงการระบุความเสี่ยง การพิจารณาถึงโอกาสที่จะเกิดความเสี่ยง ผลกระทบในกรณีที่เกิดความเสี่ยงขึ้น และวิธีบริหารจัดการความเสี่ยงในด้านต่าง ๆ

- ทางเลือกและรูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน การจัดสรรหน้าที่และความรับผิดชอบ การจัดสรรความเสี่ยง และการแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างรัฐและเอกชนโดยคำนึงถึงการให้เอกชนใช้ความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และนวัตกรรมในโครงการร่วมลงทุน

- ความพร้อมของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำและดำเนินโครงการ รวมถึงความเห็นของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ปัญหาหรืออุปสรรคที่อาจกระทบต่อความสำเร็จของโครงการพร้อมทั้งแนวทางในการแก้ไขปัญหาหรืออุปสรรคดังกล่าว

- ผลการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง

ในการจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ให้หน่วยงาน
เจ้าของโครงการนำความเห็นของหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชน มาประกอบการพิจารณา
จัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการด้วย รวมทั้งยังได้กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของ
โครงการจะต้องว่าจ้างที่ปรึกษาจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการร่วมลงทุน

๔.๒) พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒
มาตรา ๒๘ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำหลักการของโครงการร่วมลงทุนเสนอต่อ
รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ พร้อมกับรายงานการศึกษาและ
วิเคราะห์โครงการ โดยให้มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- วัตถุประสงค์ของโครงการ
- ขอบเขตของโครงการ
- รูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วย หน้าที่และความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐและเอกชนในการดำเนินโครงการ
ระยะเวลาของโครงการ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการ และการแบ่งผลประโยชน์ตอบแทน
ระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชน

- มาตรการสนับสนุนโครงการร่วมลงทุนตามมาตรา ๒๓
- เหตุผลและความจำเป็นของการคัดเลือกเอกชนโดยไม่ใช้วิธีประมูล
ตามมาตรา ๒๕

- แนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรค ในกรณีที่มีปัญหาและอุปสรรค
ที่เกิดจากความพร้อมของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง หรือปัญหาอุปสรรคที่อาจกระทบต่อ
ความสำเร็จของโครงการ

- เรื่องอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

๔.๓) ขั้นตอนในการพิจารณาหลักการของโครงการร่วมลงทุนและรายงาน
การศึกษาและวิเคราะห์โครงการ มีดังนี้

- กรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบหลักการของ
โครงการร่วมลงทุนและรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ
จัดส่งหลักการของโครงการร่วมลงทุนและรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการที่ได้รับ
ความเห็นชอบให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจนำเสนอต่อคณะกรรมการนโยบาย
การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเพื่อพิจารณาต่อไป

- กรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่เห็นชอบตามที่หน่วยงานเจ้าของ
โครงการเสนอ ให้แจ้งเหตุผลที่ไม่เห็นชอบแก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ พร้อมกำหนดเวลาใน

การปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหลักการของโครงการร่วมลงทุนหรือรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการร่วมลงทุนเพื่อนำเสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดอีกครั้ง

- เมื่อสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเห็นว่าหลักการของโครงการร่วมลงทุนและรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการมีความครบถ้วน ให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเสนอคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการร่วมลงทุน โดยให้ความเห็นของสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเสนอประกอบการพิจารณาไปพร้อมกัน และในกรณีที่โครงการนั้นจะต้องมีการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน ให้มีความเห็นของสำนักงบประมาณ หรือในกรณีที่ต้องมีการใช้จ่ายเงินจากเงินกู้ที่เป็นหนี้สาธารณะให้มีความเห็นของสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะประกอบการพิจารณาด้วย

- เมื่อคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการร่วมลงทุน ให้คณะกรรมการฯ แจ้งผลการพิจารณาให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดนำเสนอหลักการของโครงการร่วมลงทุนดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติให้ดำเนินโครงการร่วมลงทุนตามหลักกรณินั้นต่อไป

- ในกรณีที่คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนไม่เห็นชอบกับหลักการของโครงการร่วมลงทุน ให้แจ้งเหตุผลที่ไม่เห็นชอบแก่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด พร้อมกำหนดเวลาในการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหลักการของโครงการร่วมลงทุนเพื่อให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการและนำเสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดอีกครั้ง

- เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติหลักการของโครงการร่วมลงทุนแล้ว และได้มีการอนุมัติวงเงินงบประมาณรายจ่ายหรือวงเงินที่จะใช้ในการก่อหนี้ของโครงการ ให้ถือว่าการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีเป็นการอนุมัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ หรือกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะในส่วนที่เกี่ยวข้องแล้วแต่กรณี

๕) การคัดเลือกเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดเลือกเอกชน โดยการคัดเลือกเอกชนจะต้องใช้วิธีประมูล หรือกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการและกรรมการคัดเลือกมีความเห็นตรงกันว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกวิธีประมูล ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัด ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงาน และผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับโครงการร่วมลงทุนจำนวนสองคน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทน

หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ โดยในขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนได้กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุน เสนอต่อคณะกรรมการคัดเลือกเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบซึ่งในการจัดทำเอกสารดังกล่าวหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องและนำความคิดเห็นดังกล่าวมาพิจารณาประกอบการจัดทำด้วย นอกจากนี้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนฯ ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการออกประกาศกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนการคัดเลือกเอกชน ซึ่งคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ได้ออกประกาศคณะกรรมการฯ เรื่องรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๓ และประกาศคณะกรรมการฯ เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓

อย่างไรก็ดี ในขั้นตอนการเจรจายละเอียดโครงการระหว่างหน่วยงานเจ้าของโครงการกับเอกชนผู้ได้รับสัมปทาน ควรมีการจัดทำแนวทางการเจรจาโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติอันเป็นการทั่วไปให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกยึดถือให้การดำเนินการ

๖) การยกร่าง แก้ไข และการทำสัญญาใหม่ ต้องมีการจัดตั้งคณะทำงานยกร่างสัญญาร่วมลงทุน โดยคณะทำงานต้องประกอบด้วย ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเนื้อหาโครงการนั้น ๆ ผู้เชี่ยวชาญการวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของโครงการ วิเคราะห์รายได้ วิเคราะห์ส่วนแบ่งรายได้ ผู้เชี่ยวชาญข้อกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายระหว่างประเทศ และต้องเสนอร่างสัญญาให้อัยการตรวจสอบให้ความเห็นและต้องปรับแก้ตามความเห็นอัยการ และกรณีที่หน่วยงานที่เป็นเจ้าของโครงการไม่ปรับแก้ตามความเห็นอัยการ ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้บริหารหน่วยงาน รัฐมนตรีเจ้ากระทรวง และหากเกิดความเสียหาย ผู้อนุมัติต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น และสำนักงานอัยการสูงสุดในฐานะผู้ตรวจร่างสัญญา ต้องนำข้อมูลการศึกษาวิเคราะห์ข้อเท็จจริง ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องประกอบการตรวจร่างสัญญา โดยภาครัฐต้องพิจารณาและกำหนดรายละเอียดในสัญญา ให้มีความรัดกุมครอบคลุมในสิ่งที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนราชการมากที่สุด ขณะที่ทำสัญญานั้น ๆ ข้อสัญญาไม่ควรกำหนดวิธีปฏิบัติที่ยังไม่สามารถดำเนินการได้หรือทำให้รัฐเสียประโยชน์ และต้องกำหนดเป็นแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนว่าในสัญญาสัมปทานสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐกับเอกชนใด ๆ ที่กำหนดข้อตกลงว่าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ การแก้ปัญหาที่ขัดแย้ง การระงับข้อพิพาท การบอกเลิกสัญญา หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยที่เป็น

คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามข้อกำหนด เงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาโดยเคร่งครัด และก่อนการลงนามในสัญญา รัฐต้องเผยแพร่ข้อตกลง เงื่อนไขข้อกำหนดในสัญญาให้สาธารณชน ได้รับทราบและคัดค้าน หากมีการคัดค้าน รัฐต้องตั้งคณะกรรมการที่มีผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ จากหลายฝ่ายพิจารณาให้ความเห็นประกอบ การอนุมัติลงนามของผู้มีอำนาจอนุมัติ

กรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่เห็นด้วยหรือไม่ดำเนินการแก้ไขร่างสัญญา ตามที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตรวจพิจารณา ควรกำหนดให้เสนอต่อคณะกรรมการนโยบาย การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เพื่อพิจารณาวินิจฉัยก่อนที่จะดำเนินการในขั้นตอนต่อไป และควรแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓ ในกรณีการรับฟัง ความคิดเห็นจากภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง โดยกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้อง เผยแพร่รายงานสรุปผลการรับความคิดเห็น คำชี้แจงของหน่วยงานเจ้าของโครงการต่อ ข้อคิดเห็นรายประเด็น และผลการนำความคิดเห็นมาปรับปรุงร่างสัญญาของหน่วยงานเจ้าของ โครงการ ลงในระบบสารสนเทศ ให้ประชาชนสามารถตรวจสอบและโต้แย้งได้

ทั้งนี้ ควรส่งร่างสัญญาให้ผู้เชี่ยวชาญด้านการเงินการคลังภาครัฐตรวจสอบ ข้อสัญญากรณีที่เกี่ยวข้องกับส่วนแบ่งรายได้ ค่าใช้จ่ายที่กำหนดไว้ในร่างสัญญา และตรวจสอบ ความคุ้มค่า ผลประโยชน์หรือค่าตอบแทนของภาครัฐ และให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเปิดเผย ร่างสัญญา และเอกสารท้ายสัญญาทั้งหมดต่อสาธารณะ ทาง Internet หรือทางเว็บไซต์ของ หน่วยงาน หรือเว็บไซต์กลางและทางสื่อมวลชนก่อนที่จะส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความมั่นคงของชาติ

๗) การบริหารสัญญาและการดำเนินโครงการ

๗.๑) ในการจัดทำสัญญาสัมปทานควรกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ให้ชัดเจน เพื่อป้องกันไม่เกิดการโต้แย้งหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา

๗.๒) ในการบริหารสัญญาสัมปทานที่ระยะเวลายาวนาน ควรกำหนด หลักเกณฑ์การปรับปรุงแก้ไขข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาไว้ด้วย โดยอาจให้สิทธิแก่คู่สัญญา ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้มีการปรับปรุงข้อตกลงได้ในกรณีที่ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ หรือบทกฎหมายซึ่งเป็นสาระสำคัญในการกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงได้เปลี่ยนแปลงไป ภายหลังจากมีการทำสัญญาแล้ว โดยเป็นกรณีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้า อันทำให้ไม่อาจยึดถือข้อตกลงเดิมนั้นได้ เพื่อให้การจัดทำสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐเป็นไป อย่างต่อเนื่อง มีคุณภาพและประสิทธิภาพสอดคล้องกับยุคสมัย

๗.๓) การบริหารสัญญาสัมปทานที่เป็นโครงการก่อสร้างก่อสร้าง ควรพิจารณานำมาตรฐานสัญญาของสหพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ ที่กำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันแต่งตั้งกรรมการหรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีความเข้าใจลักษณะงานก่อสร้างไว้ตั้งแต่ต้นโครงการโดยมีที่มาจากการเสนอของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพื่อให้เป็นคนกลางในการให้คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และองค์ประกอบของคณะกรรมการขึ้นอยู่กับขนาดโครงการ โดยให้ถือว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะถือเป็นสิ้นสุดและมีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เมื่อครบกำหนด ๒๘ วัน แต่คู่สัญญาสามารถคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวได้โดยการทำหนังสือคัดค้านส่งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย เป็นการแสดงความประสงค์ที่จะยกระดับการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือขึ้นสู่ศาล

๗.๔) ควรมีการพัฒนากระบวนการบริหารจัดการสัญญาของหน่วยงานภาครัฐแบบบูรณาการ โดยกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐทุกหน่วยงานที่มีการทำโครงการหรือสัญญากับภาคเอกชนมีการเผยแพร่เนื้อหาการทำสัญญาโครงการต่าง ๆ ระหว่างภาครัฐกับเอกชน และให้หน่วยงานกลางรวบรวมและจัดทำฐานข้อมูลกลางของหน่วยงานภาครัฐทั่วประเทศ โดยใช้เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence : AI) เข้ามาช่วยวิเคราะห์และจัดการข้อมูล และต้องกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทเบื้องต้นขึ้นในหน่วยงานเจ้าของโครงการเสียก่อนที่จะเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการ โดยรัฐต้องกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐ รัฐวิสาหกิจที่ทำสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชน จัดให้มีองค์กร บุคลากรที่มีความรู้ ความสามารถเข้าบริหารสัญญาให้เป็นไปตามที่ตกลงโดยเคร่งครัด และผู้บริหารสัญญา บุคลากรผู้รับผิดชอบจะต้องรับผิดชอบในการบริหารสัญญาที่ผิดพลาด หรือขาดประสิทธิภาพจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือองค์กรให้องค์กร

๘) รัฐบาลควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการทำโครงการหรือสัญญากับภาคเอกชน โดยกำหนดให้ใช้กระบวนการทางศาลในกรณีที่เกิดข้อพิพาทในสัญญาระหว่างภาครัฐและเอกชนหรือสัญญาสัมปทาน หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

๘.๑) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ดังนี้

๑) กรณีการอุทธรณ์ที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมบัญชีกลาง กำหนดให้ระเบียบในการจัดเก็บค่าธรรมเนียมในการอุทธรณ์ผลการพิจารณาผู้ชนะการเสนอราคา เพื่อลดงานอุทธรณ์ที่มีใช้สาระสำคัญ และไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้าง หรืออุทธรณ์ที่มีใช้การโต้แย้งในประเด็นตามที่หน่วยงานผู้จัดหาแจ้ง หรือขอให้ตรวจสอบคุณสมบัติผู้ชนะการเสนอราคา เพื่อให้การการจัดซื้อจัดจ้างล่าช้าออกไป

๒) แก้ไขบทเกี่ยวกับการอุทธรณ์ผลการพิจารณาผู้ชนะ มาตรา ๑๑๖ - ๑๑๙ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยให้การอุทธรณ์อยู่ในอำนาจของหน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของโครงการเป็นผู้พิจารณา โดยถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

๓) แก้ไขบทกำหนดโทษมาตรา ๑๒๐ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือตามกฎหมายเฉพาะของหน่วยงานของรัฐ

๘.๒) แก้ไขเพิ่มระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ในประเด็นดังต่อไปนี้

๑) แก้ไขระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ข้อ ๒๒๐ การร้องเรียน โดยกำหนดให้ ผู้ยื่นข้อเสนอราคา หรือผู้ประสงค์ที่จะยื่นข้อเสนอราคา หรือผู้ประสงค์ที่จะยื่นข้อเสนอ หรือผู้มีส่วนได้เสีย มีสิทธิร้องเรียนไปยังหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการ เป็นผู้พิจารณาข้อร้องเรียน

๒) กรณีมีการซื้อการจ้างที่มีวงเงินเกินหนึ่งพันล้านบาทให้หน่วยงานของรัฐ นำร่างประกาศและร่างเอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์เผยแพร่เพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบการ โดยให้นำร่างเอกสารดังกล่าวเผยแพร่ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบโครงการ เป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า ๕ วันทำการ

๓) ควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดให้อำนาจในการพิจารณากรณีมีการคัดค้านหรือแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับรายละเอียดของโครงการ (TOR) ซึ่งมีวงเงินจ้างเกินหนึ่งพันล้านบาทเป็นของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ไม่ให้เป็นอำนาจของเจ้าของงบประมาณ ทั้งนี้ เพื่อความโปร่งใส

๔) กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่อยู่ในเงื่อนไขต้องกำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอจะต้องมีนโยบาย และแนวทางการป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือกรณีการจัดทำข้อตกลงคุณธรรมไว้ ต้องเผยแพร่ในเอกสารแบบประกาศและเอกสารเชิญชวนด้วย

๕) เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยกำหนดให้โครงการจ้าง ซึ่งมีวงเงินเกินหนึ่งพันล้านบาท กำหนดให้การบริหารสัญญาจะต้องมีการรายงานให้หน่วยงานตรวจสอบเข้าร่วมตรวจสอบและสังเกตการณ์เพื่อความรอบคอบและรัดกุม

๘.๓) ควรออกกฎกระทรวงเป็นการเฉพาะในการบริหารสัญญาที่มีวงเงินเกินหนึ่งพันล้านบาท โดยมีสาระสำคัญ เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจรับพัสดุ จะต้องบังคับให้มีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการตรวจรับพัสดุในจำนวนตามความเหมาะสม

๙) นำข้อตกลงคุณธรรม (Integrity Pact) มาใช้กับโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนทุกโครงการ (Public-Private Partnership : PPP) ตามแนวทางพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ หมวด ๒ การมีส่วนร่วมของภาคประชาชนและผู้ประกอบการในการป้องกันการทุจริต มาตรา ๑๖ กำหนดให้หน่วยงานรัฐจัดให้มีภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการสังเกตการณ์

๑๐) ทบทวนการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะสัญญาที่เกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นโครงการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ โดยเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๕๕ ดังนี้

๑) แก้ไขเรื่อง “ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามมาตรา ๙ โดยตัดทอนศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น

๒) แก้ไขเรื่อง “คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว” ตามมาตรา ๑๖ โดยเพิ่มอำนาจให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการกำหนดคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับ UNCITRAL Model Law นอกจากนี้ สมควรกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนว่า อำนาจของศาลควรมีขึ้นเฉพาะกรณีที่ยังมิได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและภายหลังจากมีคำชี้ขาดแล้วแต่ยังไม่ได้บังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น (นำต้นแบบมาจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศสและประเทศอินเดียตามลำดับ) นอกจากนี้ สมควรเพิ่มขอบเขตในการทำคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลและคณะอนุญาโตตุลาการให้รวมไปถึงเรื่องของการเดินเผชิญสืบ การเข้าไปเก็บพยานหลักฐานในพื้นที่ที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

๓) แก้ไขเรื่อง “หน่วยงานที่มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ” หรือ Appointing Authority ตามมาตรา ๑๘ ซึ่งปัจจุบันกำหนดให้ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้ (กรณีคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น) โดยเพิ่มเติมให้หน่วยงานหรือองค์กรที่ให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการที่ขึ้นบัญชีไว้กับกระทรวงยุติธรรม มีอำนาจเช่นว่านั้นได้ (ปรับปรุงโดยนำต้นแบบมาจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของเขตบริหารพิเศษฮ่องกง, ประเทศสิงคโปร์, และประเทศอินเดีย ตามลำดับ)

๔) ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๔๐ และ ๔๓ ในประเด็นเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาด โดยการเพิ่มข้อความ “นโยบายสาธารณะ (Public policy)” และ “ประโยชน์สาธารณะ (Public Interests)” ซึ่งสามารถใช้นิยามความหมายที่เกี่ยวข้องกับโครงการที่เป็นสัญญาทางปกครองได้กว้างกว่าคำว่า “ขัดต่อความเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” ซึ่งมีความหมายที่จำกัด ทำให้สามารถนำมาคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทบต่อนโยบายสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะได้

๕) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ให้มีการเผยแพร่คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีข้อพิพาทสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะ

๕.๓ ข้อเสนอแนะ

๑) โครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นโครงการที่มีระยะเวลายาวนานทำให้ภาครัฐต้องผูกพันเป็นเวลานานซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสที่ไม่ถึงและจะทำให้ภาครัฐได้รับความเสียหาย จึงถือเป็นข้อจำกัดที่ทำให้รัฐไม่มีความยืดหยุ่นตามสัญญา ดังนั้น ภาครัฐอาจกำหนดหลักการเพิ่มเติมสำหรับกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดเดาได้สำหรับการกำหนดถึงหลักการแบ่งรายได้สำหรับสัญญาสัมปทานนั้น

๒) การดำเนินกิจการของรัฐในการให้เอกชนร่วมลงทุนมักมีลักษณะโครงการที่ต้องอาศัยความรู้และเทคโนโลยีจากต่างประเทศ จึงเปิดโอกาสให้บริษัทข้ามชาติเข้ามาลงทุนซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนหรือการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานที่อาจเป็นการกีดกันและเกิดข้อจำกัดในการพัฒนาบริษัทเอกชนภายในประเทศ ดังนั้น รัฐบาลอาจส่งเสริมและพัฒนาขีดความสามารถของบุคลากรภายในประเทศด้วย

๓) เนื่องจากโครงการร่วมลงทุนส่วนใหญ่จะมีระยะเวลายาวนานดังนั้นภาครัฐควรให้ความสำคัญกับความเสี่ยงทางด้านการเมืองหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อ การดำเนินโครงการและจะส่งผลเสียหากต้องเกิดข้อพิพาทและนำไปสู่ความเสียหายในภายหลัง

๔) ภาครัฐควรกำหนดหน่วยงานเฉพาะในการกำกับและติดตามผลการดำเนินโครงการที่มีขนาดใหญ่หรือโครงการที่ดำเนินการตามหลักการร่วมลงทุน โดยพัฒนาศักยภาพของหน่วยงานดังกล่าวให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านสัญญาสัมปทาน

๕) รัฐบาลจะต้องกำหนดหรือสั่งการให้หน่วยงานภาครัฐที่มีโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือจ้างเอกชนดำเนินการ หรือให้สัมปทานแก่เอกชน และได้ทำสัญญาในลักษณะสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือกำหนดเงื่อนไขไว้ในสัญญาว่าให้ระงับข้อพิพาทหรือบอกเลิกสัญญา โดยต้องผ่านการชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยมีแนวทางปฏิบัติที่สำคัญ คือ

๕.๑) ในการบริหารโครงการ จะต้องยึดถือปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาโดยเคร่งครัด

๕.๒) กรณีเกิดข้อพิพาท หรือข้อขัดแย้ง ให้ดำเนินการตามเงื่อนไข หรือที่กำหนดในสัญญาโดยเคร่งครัด

๕.๓) หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยการไกล่เกลี่ย และจำเป็นต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่การวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ ให้หน่วยงานภาครัฐหรือกับสำนักงานอัยการสูงสุด ในกระบวนการต่อสู้ในชั้นอนุญาตตุลาการ และให้ตั้งพนักงานอัยการเป็นอนุญาตตุลาการฝ่ายรัฐ

๕.๔) ในการต่อสู้คดีในชั้นศาลปกครอง ให้ปรึกษาสำนักงานอัยการสูงสุด และตั้งพนักงานอัยการเป็นผู้ดำเนินคดีในศาลปกครอง

๕.๕) หากจะต้องมีการยกเลิกสัญญาอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ให้หารือสำนักงานอัยการสูงสุด และดำเนินการตามคำแนะนำของสำนักงานอัยการสูงสุดโดยเคร่งครัด และให้หลีกเลี่ยงการยกเลิกสัญญาโดยใช้กฎหมายอื่น

๖) กรณีที่หน่วยงานภาครัฐอยู่ระหว่างการพิจารณาขั้วสัญญา หรือลงนามในสัญญา ให้ดำเนินการดังนี้

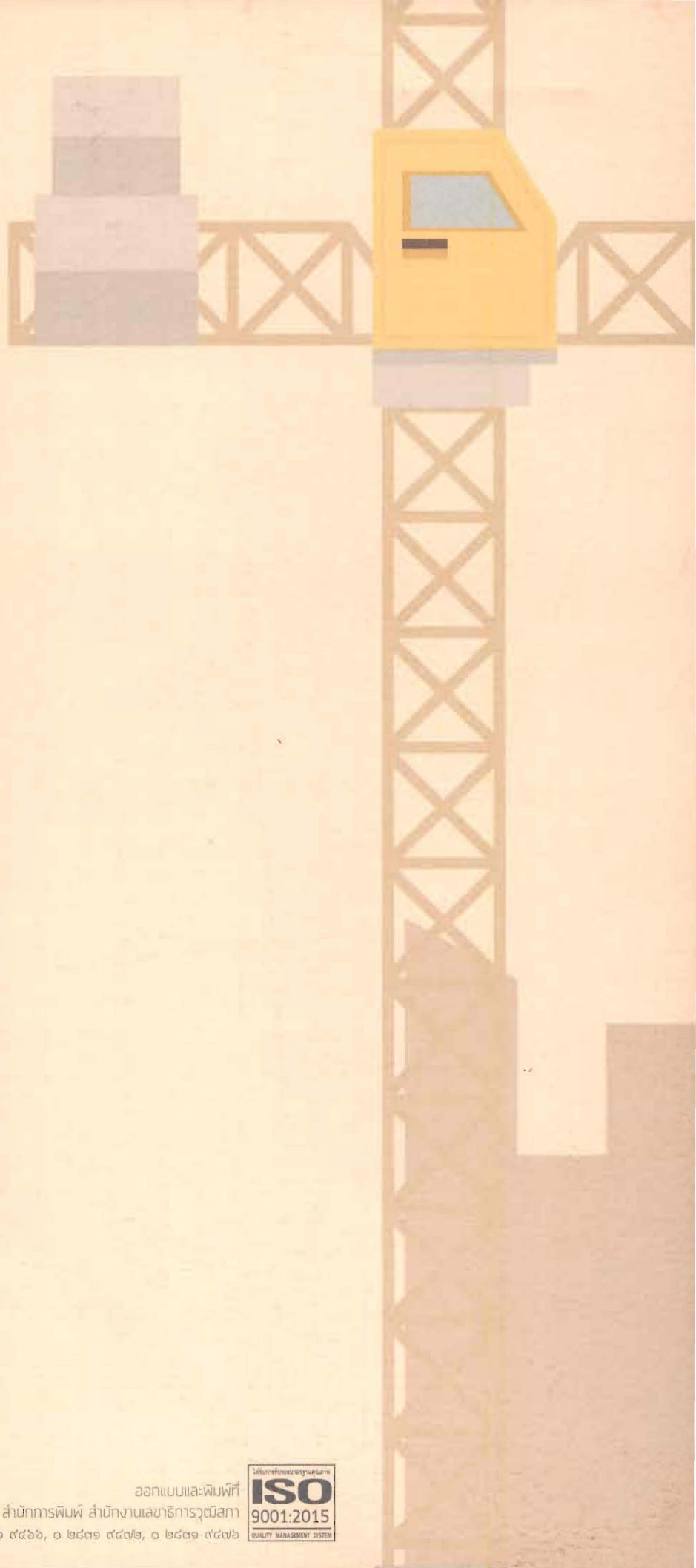
๖.๑) ห้ามมิให้ระบุเงื่อนไขในสัญญาเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือเงื่อนไขการระงับข้อพิพาท ข้อขัดแย้งโดยวิธีอนุญาตตุลาการ

๖.๒) ในกรณีที่เอกชนเรียกร้อง หรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขในสัญญา ให้หารือสำนักงานอัยการสูงสุด และเสนอคณะรัฐมนตรีเห็นชอบ โดยเสนอความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

๗) ข้อเสนอเพื่อป้องกันการทุจริตจากการแทรกแซงของฝ่ายการเมือง จากผลการศึกษา มีข้อเท็จจริงและหลักฐานน่าเชื่อว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น มีสาเหตุที่สำคัญ คือ การแทรกแซง การสั่งการ การเอื้อประโยชน์ และการทุจริตจากฝ่ายการเมือง ที่กระทำทั้งทางตรง ทางอ้อม โดยผ่านองค์กร บุคคลที่ตนเองแต่งตั้งเข้ามารับผิดชอบในแต่ละโครงการ ในแต่ละขั้นตอน ตั้งแต่ในชั้นการเสนอโครงการ การอนุมัติโครงการ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการสรรหา คัดเลือกบุคคล องค์กร ที่จะมาร่วมลงทุน การขั้วสัญญาและลงนามใน

สัญญา การบริหารโครงการ สุดท้ายคือการบอกเลิกสัญญา จนนำไปสู่ข้อพิพาท การต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ ในชั้นศาลปกครอง และรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีและต้องชดใช้ความเสียหาย แม้ว่าในปัจจุบัน สาเหตุสำคัญหลายประการได้มีการแก้ไขเพื่อป้องกันปัญหาไปแล้ว แต่ในส่วนการป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองนั้น เห็นว่ากฎหมายและระเบียบที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอควรที่รัฐจะได้มีมาตรการพิเศษขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โดยจัดทำเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีหรือระเบียบกระทรวงการคลัง มุ่งเน้นการลงทุนขนาดใหญ่ มูลค่าตั้งแต่ ๑ พันล้านบาทขึ้นไป ภายใต้หลักการสำคัญ คือ “ต้องบริหารโครงการด้วยความโปร่งใส ภายใต้หลักธรรมาภิบาล โดยเคร่งครัด” และต้องเน้นเรื่องการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียของทุกภาคส่วน มีการประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนได้รับทราบและตรวจสอบได้

๘) ปัญหาความเสียหายจากข้อผูกพันสัญญาในการดำเนินโครงการของรัฐ ส่วนหนึ่งเกิดจากปัญหาทางกฎหมายของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประเทศไทยยอมรับหลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิดผลกระทบต่อการระงับข้อพิพาททางปกครอง โดยที่ระบบการไกล่เกลี่ยโดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการเองนั้น ยังมีปัญหาเรื่องความชัดเจน ความโปร่งใส อีกทั้ง หน่วยงานภาครัฐยังขาดผู้เชี่ยวชาญด้านการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทในขั้นตอนการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงการต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ยังมีปัจจัยด้านระยะเวลาในการพิจารณาการคัดค้าน ระยะเวลาในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาการคัดเลือกหรือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมถึงลดจนปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประเด็นปัญหาด้านกฎหมายอนุญาโตตุลาการต้องมีการศึกษาอย่างละเอียด เพื่อให้ทราบถึงประเด็นปัญหาการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยรัฐบาลต้องพิจารณาให้หน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ดำเนินการศึกษาถึงปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ เพื่อนำมาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพ ลดเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่พิพาท จึงเห็นควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ต่อไป



ออกแบบและพิมพ์ที่
สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา
โทร. ๐ ๒๘๓๑ ๙๔๑๕, ๐ ๒๘๓๑ ๙๔๖๖, ๐ ๒๘๓๑ ๙๔๗๒, ๐ ๒๘๓๑ ๙๔๗๖

