

ด่วนที่สุด

ที่ นร ๐๕๐๓/ว ๑๖๒

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี
ทำเนียบรัฐบาล กทม. ๑๐๓๐๐

๙ กันยายน ๒๕๕๓

เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

เรียน กระทรวง กรม

สิ่งที่ส่งมาด้วย สำเนาหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๕๐๑/๐๖๒๒
ลงวันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๕๓ และเอกสารประกอบในเรื่องนี้

ด้วยกระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาเพื่อดำเนินการ ซึ่งต่อมากลุ่มมนตรีได้มีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รับร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ไปพิจารณาร่วมกับกระทรวง ยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย เพื่อให้ได้ข้อยุติในการแก้ไขปัญหา แล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบคำชี้แจงของผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการ กำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย มีความเห็นว่า สาเหตุที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้ในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เกิดจากปัญหา การจัดทำสัญญา ปัญหาการบริหารสัญญา และปัญหาการตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ได้เกิดจาก ตัวระบบของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้โดยทางการบริหารงานของ หน่วยงานต่างๆ นั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ตามร่างกฎหมายที่กระทรวงยุติธรรมเสนอแก้ไข ความละเอียด ปรากฏตามสิ่งที่ส่งมาด้วย

คณะรัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษาเมื่อวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๕๓ ลงมติเห็นชอบ ตามความเห็นและข้อเสนอแนะเรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ และให้แจ้งเวียนความเห็นและข้อเสนอแนะ ให้หน่วยงานของรัฐต่างๆ ทราบและถือปฏิบัติตามข้อเสนอแนะดังกล่าวต่อไป

จึงเรียนยืนยันมา/จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ และถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีต่อไป

ขอแสดงความนับถือ

๙๔

(นายสุรชัย ภูประเสริฐ)

เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

๙ ก. ย. ๒๕๕๓

สำนักนิติธรรม

โทร. ๐ ๒๒๔๐ ๙๐๐๐ ต่อ ๓๐๕ (นางอัญญา) (๐๐๕๔/๐/๐๕๕)

ผอ. ๘/๐๖/๕๓
ผอ.กลุ่ม ๕/๐๖/๕๓
จนท. ๙/๐๖/๕๓

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี
รับที่..... 4910
วันที่ 8 ก.ค. 2553 10.00

ที่ นร ๐๙๐๑/ ๐๒๒๒

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร
กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

๗) กรกฎาคม ๒๕๕๓

เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

เรียน เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

อ้างถึง หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๕๐๓/๑๓๕๕๐ ลงวันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๕๒

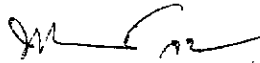
สิ่งที่ส่งมาด้วย บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

ตามหนังสือที่อ้างถึงความว่า ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๕๒ คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า การที่กระทรวงยุติธรรมได้เสนอขอแก้ไขร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. โดยกำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้น อาจส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และบรรยากาศการลงทุนของประเทศ ตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุน รวมถึงพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ ซึ่งกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จึงมีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการับร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ไปพิจารณาร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้ข้อยุติในการแก้ไขปัญหาว่าสมควรจะแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอหรือไม่เพียงใด หรือสมควรหาวิธีการเพื่อระงับข้อพิพาทในแนวทางอื่น เช่น ระบบไกล่เกลี่ย หรือวิธีการอื่นใดที่จะไม่กระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุน และเป็นวิธีการสากลในการระงับข้อพิพาทที่นานาประเทศยอมรับแล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป ความละเอียดทราบแล้ว นั้น

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ประกอบกับคำชี้แจงของผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยแล้ว มีความเห็นว่า สาเหตุที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้ในชั้นการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ เกิดจากปัญหาการจัดทำสัญญา ปัญหาการบริหารสัญญา และปัญหาการตั้งอนุญาตตุลาการ โดยไม่ได้เกิดจากตัวระบบของอนุญาตตุลาการ ซึ่งปัญหาดังกล่าว

สามารถแก้ไขได้โดยทางการบริหารงานของหน่วยงานต่าง ๆ นั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ตามร่างกฎหมายที่กระทรวงยุติธรรมเสนอแก้ไขมาแต่อย่างใด รายละเอียดปรากฏตามสิ่งที่ส่งมาด้วย
จึงเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณา

ขอแสดงความนับถือ



(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานอำนวยการ

โทร. ๐ ๒๒๒๒ ๐๒๐๖-๙

ฝ่ายกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง

โทร. ๐ ๒๒๔๐ ๗๙๐๐-๑๓ ต่อ ๒๒๐๖ (นางสาวอัญชลีฯ)

โทรสาร ๐ ๒๒๔๑ ๐๒๔๗

www.krisdika.go.th

www.lawreform.go.th

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..)
พ.ศ.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือ ที่ นร ๐๕๐๓/๑๓๕๕๐ ลงวันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๕๒ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า กระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาเพื่อดำเนินการ ซึ่งส่วนราชการที่เกี่ยวข้องได้เสนอความเห็นมาเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีด้วยแล้ว

ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ประชุมร่วมกับผู้แทนกระทรวงยุติธรรม ผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรม ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นสมควรจัดทำบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้

๑. หลักการของร่างพระราชบัญญัติที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ

๑.๑ กำหนดข้อห้ามในการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทจากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕)

๑.๒ กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการ (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๙)

๒. ความเป็นมาของปัญหา

ตามมาตรฐานสากล การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นกลไกหนึ่งที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ลงทุนกับหน่วยงานของรัฐผู้รับการลงทุน เพราะเป็นกลไกที่ได้รับการยอมรับว่าจะสามารถให้ความเป็นธรรมมากที่สุดหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐผู้รับการลงทุนกับเอกชนผู้ลงทุน ซึ่งประเทศไทยก็ได้มีการยอมรับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนผู้ลงทุน โดยข้อบท ISDS (Investor State Dispute Settlement) ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty - BIT) ระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ที่ผ่านมากกว่า ๔๐ ฉบับ ได้มีข้อบทเรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน โดยกำหนดให้การอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งของผู้ลงทุนในการระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้น และตามมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้บัญญัติรองรับให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้

ต่อมาภายหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐบาลจ่ายค่าชดเชยการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง (ในคดีระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบิลฟิงเกอร์ พลัสเบอร์เกอร์ บาวอ็คเตียนเกเซลชาฟท์ (ในนามของกิจการร่วมค้า บีบีซีดี))

เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๔ แล้ว คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ กำหนดว่า “๑. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป ๒. ...”

โดยเมื่อวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๔๗ คณะรัฐมนตรีได้เคยลงมติเห็นชอบในหลักการเรื่อง กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ตามที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอ ซึ่งมีหลักการให้ผู้ลงทุนเอกชนมีทางเลือกที่จะนำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในลักษณะเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) หรือที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกได้ นอกเหนือจากที่ให้เลือกใช้ศาลหรือองค์กรฝ่ายบริหารที่มีอำนาจของภาคีสัญญา ด้วยเหตุผลว่าการอนุญาตให้ผู้ลงทุนสามารถเลือกที่จะใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะสร้างความเชื่อมั่นและช่วยดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ ทั้งนี้ การระบุเรื่องดังกล่าวในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนยังจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนไทยที่จะไปลงทุนในต่างประเทศด้วย เพราะเป็นการให้โอกาสแก่ผู้ลงทุนไทยมีทางเลือกที่จะไม่ใช้ระบบศาลของประเทศที่ไปลงทุน นอกจากนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการเจรจาเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ไทยจะเจรจากับต่างประเทศต่อไป รวมทั้งในการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement - TAFTA) ซึ่งมีขอบทเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนรวมอยู่ด้วยนั้น ฝ่ายออสเตรเลียเสนอร่างข้อบทเรื่องการลงทุน ข้อ ๙๑๗ (๒) ของความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย ที่กำหนดให้ผู้ลงทุนของประเทศคู่ภาคีมีทางเลือกที่จะเสนอข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนไปยังศาลหรือองค์กรฝ่ายบริหารที่มีอำนาจ หรือไปยังอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจตามกฎหมายเกณฑ์อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) ได้^{*} และในปัจจุบันภายใต้ความตกลงการค้าเสรีทุกฉบับที่ไทยเป็นภาคีในเรื่องลงทุนได้กำหนดให้การอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ลงทุนของรัฐภาคีหนึ่งกับอีกรัฐภาคีหนึ่ง แต่ทั้งนี้ ในการเจรจาประเทศไทยก็พยายามจะสงวนสิทธิ

^{*}ARTICLE 917 Settlement of Disputes between a Party And an Investor of the other Party

2. If the dispute in question cannot be resolved through consultations and negotiations, the dispute may, at the discretion of the investor, be:

(a) initiated before the Party's competent judicial or administrative bodies, in accordance with the law and regulations of the Party; or

(b) resolved by an international ad hoc tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade law (UNCITRAL).

ที่จะไม่ให้ความยินยอมล่วงหน้า (prior consent) ให้ผู้ลงทุนสามารถยื่นข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ทันที แต่จะต้องขอความยินยอมจากรัฐบาลก่อน

นอกจากนี้ ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า ในปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดเชยค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงเห็นควรให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ ๑ เป็น “๑.สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางการปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” ประกอบกับในคราวประชุมเดียวกันคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า การตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลอีกทางหนึ่งที่ได้ปฏิบัติกันอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างแพร่หลาย

ต่อมากระทรวงยุติธรรมได้เสนอขอแก้ไขร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. โดยกำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า การตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลอีกทางหนึ่งที่ได้ปฏิบัติกันอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างแพร่หลาย แต่การเสนอขอแก้ไขร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. โดยกำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้น อาจส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และบรรยากาศการลงทุนของประเทศ ตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุน รวมถึงพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ ซึ่งกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จึงมีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ไปพิจารณาร่วมกับกระทรวงยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย เพื่อให้ได้ข้อยุติในการแก้ไขปัญหว่าสมควรจะแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอหรือไม่เพียงใด หรือสมควรหาวิธีการเพื่อระงับข้อพิพาทในแนวทางอื่น เช่น ระบบไกล่เกลี่ย หรือวิธีการอื่นใดที่จะไม่กระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุน และเป็นวิธีการสากลในการระงับข้อพิพาทที่นานาประเทศยอมรับแล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

ในการประชุมเอเปคที่ประเทศสิงคโปร์ เมื่อวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ นายกรัฐมนตรีของไทยได้พบปะกับผู้แทนนักธุรกิจสหรัฐฯ ที่เป็นสมาชิก US-APEC Business Coalition ที่ได้ให้ความเห็นต่อการยกเลิกการใช้อินญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทว่า อาจเป็นอุปสรรคและไม่ดึงดูดให้ภาคเอกชนเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ทั้งนี้ นายกรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่ได้เป็นการห้ามในทุกกรณี และรัฐบาลยินดีรับฟังและหารือกับภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง

จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ภาคเอกชนเห็นว่า อาจส่งผลกระทบต่อการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือความตกลงการค้าเสรีอย่างมาก เพราะเป็นการส่งสัญญาณด้านลบแก่นักลงทุนว่า รัฐบาลไทยจะไม่ยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน อันจะทำให้ให้นักลงทุนขาดความเชื่อมั่นต่อระบบการคุ้มครองการลงทุนของไทย และเป็นการ back track จากพันธกรณีที่เคยรับไว้ในความตกลงฉบับก่อนๆ แล้ว ดังนั้น ในการประชุมคณะกรรมการร่วมภาครัฐและเอกชนเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ (กรอ.) ครั้งที่ ๘/๒๕๕๒ เมื่อวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ที่ประชุมได้มีมติให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องช่วยอธิบายเบื้องต้นแก่นักลงทุนว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๕๒ มิใช่ข้อห้ามเด็ดขาดเนื่องจากสามารถขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีให้ใช้อินญาโตตุลาการได้เป็นรายกรณีไป

๓. มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ได้มีมติเห็นชอบในประเด็นเกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ดังนี้

๑. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป

๒. สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น

๓. ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา

๓.๒ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ พฤษภาคม ๒๕๔๗ (เรื่อง มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ได้มีมติเห็นชอบว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำ “สัญญาสัมปทาน” เท่านั้น

๓.๓ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ (เรื่อง การทำสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) เห็นว่า ในปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับ เอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการ อนุญาโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ ค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงมีมติให้ปรับปรุงมติ คณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ ๑ จากเดิมว่า “๑. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควร นำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็น ผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจ หลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” เป็น “๑. สัญญาทุกประเภท ที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางการปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมี ปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายให้เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา อนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

๔. กฎหมายระหว่างประเทศและความตกลงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

๔.๑ พิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ. ๑๙๒๓ (The Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923) ประเทศไทย ได้มอบสัตยาบันโปรโตคอลระหว่างประเทศดังกล่าว เมื่อวันที่ ๓ กันยายน พ.ศ. ๒๔๗๓ (ค.ศ. ๑๙๓๐) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๒๓ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๓ โดยคู่สัญญาซึ่งแต่ละฝ่าย ของประเทศที่เป็นภาคีพิธีสารว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ได้ตกลงกัน ยอมรับและปฏิบัติตามข้อตกลงเกี่ยวกับการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดที่ได้ให้กัน^๒

๔.๒ อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ต่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๒๗ (The Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards 1927) ประเทศไทยได้มอบสัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ ๗ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๔๗๔ (ค.ศ. ๑๙๓๑) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๗ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๔

^๒(1) Each of the Contracting States recognizes the validity of an agreement whether relating to existing or future differences between parties, subject respectively to the jurisdiction of different Contracting States by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such contract relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration, whether or not the arbitration is to take place in a country to whose jurisdiction none of the parties is subject.

Each Contracting State reserves the right to limit the obligation mentioned above to contracts which are considered as commercial under its national law. Any Contracting State which avails itself of this right will notify the Secretary-General of the League of Nations, in order that the other Contracting States may be so informed.

โดยประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาฯ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเมื่อคู่กรณีที่ยื่นข้อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในอนุสัญญานี้^๓

๔.๓ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. ๑๙๕๘ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention 1958)) ประเทศไทยได้มอบสัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ ๒๑ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๐๒ (ค.ศ. ๑๙๕๘) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๒๐ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๐๓ (ค.ศ. ๑๙๕๙) โดยประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาฯ แต่ละรัฐผู้ทำสัญญาจะยอมรับนับถือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าเป็นการผูกพันและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหลักเกณฑ์แห่งอนุสัญญานี้^๔

^๓ARTICLE 1

In the territories of any High Contracting Party to which the present Convention applies, an arbitral award made in pursuance of an agreement, whether relating to existing or future differences (hereinafter called "a submission to arbitration") covered by the Protocol on Arbitration Clauses, opened at Geneva on September 24, 1923, shall be recognised as binding and shall be enforced in accordance with the rules of the procedure of the territory where the award is relied upon, provided that the said award has been made in a territory of one of the High Contracting Parties to which the present Convention applies and between persons who are subject to the jurisdiction of one of the High Contracting Parties.

To obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary:—

(a) That the award has been made in pursuance of a submission to arbitration which is valid under the law applicable thereto;

(b) That the subject-matter of the award is capable of settlement by arbitration under the law of the country in which the award is sought to be relied upon;

(c) That the award has been made by the Arbitral Tribunal provided for in the submission to arbitration or constituted in the manner agreed upon by the parties and in conformity with the law governing the arbitration procedure;

(d) That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is open to *opposition*, *appel* or *pourvoi en cassation* (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending;

(e) That the recognition or enforcement of the award is not contrary to the public policy or to the principles of the law of the country in which it is sought to be relied upon.

ARTICLE 2

Even if the conditions laid down in Article 1 hereof are fulfilled, recognition and enforcement of the award shall be refused if the Court is satisfied:—

(a) That the award has been annulled in the country in which it was made;

(b) That the party against whom it is sought to use the award was not given notice of the arbitration proceedings in sufficient time to enable him to present his case; or that, being under a legal incapacity, he was not properly represented;

(c) That the award does not deal with the differences contemplated by or falling within the terms of the submission to arbitration or that it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration.

If the award has not covered all the questions submitted to the arbitral tribunal, the competent authority of the country where recognition or enforcement of the award is sought can, if it think fit, postpone such recognition or enforcement or grant it subject to such guarantee as that authority may decide.

^๔Article III

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous (มีต่อหน้าถัดไป)

ในการนี้พิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด ค.ศ. ๑๙๒๓ และอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ณ ต่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๒๗ จะยุติการมีผลใช้บังคับระหว่างรัฐผู้ทำสัญญาที่เข้าผูกพันและในขอบเขตที่รัฐผู้ทำสัญญาได้เข้าผูกพันตามอนุสัญญานี้^๔

๔.๔ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. ๑๙๖๕ (Convention on the settlement of investment disputes between States and Nationals of other State , Washington, 18 March 1965) อนุสัญญานี้ได้จัดตั้งศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน^๕ (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นของภาคีอนุสัญญานี้ โดยวิธีการประนีประนอม (conciliation) และอนุญาตตุลาการ (arbitration) และแต่ละรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวทำให้ต้องยอมผูกพันและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ อันเกี่ยวกับหนี้เงินในอาณาเขตของตนโดยเสมือนเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด^๖ ในรัฐนั้น^๗ แต่ในปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว

๔.๕ สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) เป็นความตกลงที่สำคัญอันเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ ประกอบด้วยข้อบทต่างๆ ว่าด้วยการคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุน การเวนคืน ยึดทรัพย์สิน การอนุญาตให้มีการโอนเงินทุนและผลกำไรจากการลงทุนออกนอกประเทศ และเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง สำหรับรัฐผู้ลงทุน (home countries) ซึ่งมักจะเป็นประเทศพัฒนาแล้วจึงได้ใช้ BIT เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนของตนเนื่องจากเกรงว่ารัฐผู้รับการลงทุน (host countries) อาจใช้อำนาจบริหารหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในซึ่งมีผลกระทบต่อการลงทุน และบางกรณี

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๔)

conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.

^๔Article VII

(2) The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 shall cease to have effect between Contracting States on their becoming bound and to the extent that they become bound, by this Convention.

^๖Article 1

(1) There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre).

(2) The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention

^๗Article 54

(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgement of the courts of a constituent state.

อาจไม่บังคับใช้กฎหมายหากมีผลประโยชน์ขัดกันกับรัฐผู้รับการลงทุน ส่วนรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งมักจะเป็นประเทศกำลังพัฒนาจึงใช้ BIT เป็นการดึงดูดการลงทุนทางตรง (Foreign direct investment-FDI) ให้เข้ามาในประเทศโดยเสนอมาตรการส่งเสริมการลงทุนต่างๆ และมีข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement) โดยส่วนใหญ่จะระบุให้ใช้อินญาโตตุลาการภายใต้ The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) หากรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ลงทุนเป็นรัฐภาคีของ ICSID อีกกลุ่มมีการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายของ UNCITRAL บางกลุ่มก็ให้ระงับข้อพิพาทโดยอินญาโตตุลาการภายใต้ ICC เป็นต้น สำหรับประเทศไทยได้เคยเจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) กับประเทศต่างๆ และมีผลบังคับใช้ไปแล้ว รวมกว่า ๔๐ ฉบับ ซึ่งในความตกลงดังกล่าวได้มีข้อบทให้ใช้วิธีการอินญาโตตุลาการเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนด้วย

๕. กฎหมายประเทศต่างๆ

๕.๑ อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(๑) กลุ่มประเทศที่ระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนโดยวิธีการอินญาโตตุลาการ ได้แก่ สาธารณรัฐอาร์เจนตินา (มีข้อจำกัดไม่ใช้วิธีการอินญาโตตุลาการกับทรัพย์สินของรัฐบางประเภท) สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล แคนาดา สาธารณรัฐฝรั่งเศส (มีข้อจำกัดไม่ใช้วิธีการอินญาโตตุลาการกับเรื่องภายในประเทศซึ่งคู่กรณีเป็นหน่วยงานของรัฐและเอกชนฝรั่งเศส) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐตุรกี สหราชอาณาจักรและสหภาพยุโรป สหรัฐเม็กซิโก สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เครือรัฐออสเตรเลีย ญี่ปุ่น สาธารณรัฐอินเดีย สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (มีข้อจำกัดที่กำหนดให้คำตัดสินของอินญาโตตุลาการนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลท้องถิ่นก่อนจึงจะบังคับได้) ราชอาณาจักรซาอุดีอาระเบีย (มีข้อจำกัดมิให้ใช้วิธีการอินญาโตตุลาการกับหน่วยงานของรัฐเว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากประธานคณะรัฐมนตรีหรือมีมติคณะรัฐมนตรีเป็นอย่างอื่น) สาธารณรัฐเกาหลี บรูไนดารุสซาลาม สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มาเลเซีย สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐสิงคโปร์ และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

(๒) กลุ่มประเทศที่ห้ามใช้วิธีการอินญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐ ได้แก่ สาธารณรัฐประชาชนจีนและสาธารณรัฐเวเนซุเอลา

กฎหมายของสาธารณรัฐตุรกี ในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตุรกี (Constitution of Turkey) ในมาตรา ๑๒๕^๔ โดยกำหนดให้มีการนำวิธีการอินญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับบริการสาธารณะทั้งภายในประเทศและนักลงทุนต่างชาติ เพื่อเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

^๔Article 125. (As amended on August 13, 1999)

Recourse to judicial review shall be available against all actions and acts of administration. National or international arbitration may be suggested to settle the disputes which arise from conditions and contracts under which concessions are granted concerning public services. Only those disputes involving foreign elements can be solved by international arbitration.

กฎหมายของสาธารณรัฐเลบานอน ในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในมาตรา ๗๖๒^๙ โดยกำหนดรับรองให้ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุมัติตามรัฐบัญญัติ (Decree) ซึ่งออกโดยคณะรัฐมนตรี แต่กรณีนี้ใช้เฉพาะกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศเท่านั้น รวมถึงสัญญาสัมปทานที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนด้วย สำหรับสัญญาสัมปทานที่มีข้อตกลงเรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับทันทีโดยไม่ต้องได้รับอนุมัติเช่นกรณีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เนื่องจากการสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี^{๑๐} ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีบทบัญญัติห้ามเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองไว้โดยชัดแจ้ง และตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมนี มาตรา ๑๖๘ อนุมาตรา ๑ เลขที่ ๕^{๑๑} VwGO ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในกฎหมายมหาชนว่า การบังคับคดีให้กระทำได้ เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ครอบคลุมทั้งคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีนั้นมีผลบังคับได้ตามกฎหมายหรือมีผลบังคับได้ก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด และมาตรา ๑๗๓^{๑๒} VwGO ได้บัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองได้

กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส^{๑๓} ตามประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา ๒๐๖๐ ได้บัญญัติห้ามนำบทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของฝ่ายปกครองและวิสาหกิจมหาชน (enterprises publics) รวมถึงเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย (ordre public) ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๗๕ ได้มีการแก้ไขมาตราดังกล่าวโดยยกเว้นให้องค์การมหาชนที่มีลักษณะ

^๙Article 762 § 3 NCCP

^{๑๐}“As of the entry into force of this amending law, the arbitration clause or submission in administrative contracts shall not be effective until approved by virtue of a Decree of the Council of Ministers issued upon the proposal of the competent Minister (with respect to the State) or the supervising authority (with respect to public legal entities).”

^{๑๑}มานิตย์ วงศ์เสรี, “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, บทความในวารสารวิชาการศาลปกครอง เล่ม ๔ (มกราคม-เมษายน ๒๕๕๕)

^{๑๒}§ ๑๖๘ Abs. ๑ Nr. ๕ VwGO : Vollstreckt wird...aus den für vollstreckbar erklärten Schiedssprüchen öffentlich-rechtlicher Schiedsgerichte, sofern die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist.

^{๑๓}§ ๑๘๗ (๑) Die Länder können den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit Aufgaben der Disziplinargerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit bei Vermögensauseinandersetzungen öffentlichrechtlicher Verbände übertragen, diesen Gerichten Berufungsgerichte angliedern sowie dabei die Besetzung und das Verfahren regeln.

^{๑๔}ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๐), หน้า ๔๒๑-๔๒๙.

ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม สามารถนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้โดยการตราเป็นรัฐกฤษฎีกา (décret) ซึ่งในทางทฤษฎีกฎหมายของฝรั่งเศสมีการปฏิเสธการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับคดีปกครองด้วยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ หน่วยงานของฝ่ายปกครองอาจไม่ยอมรับกระบวนการยุติธรรมของรัฐหากให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาท รวมทั้งเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองละเลยต่อหลักการที่จะปกป้องประโยชน์สาธารณะอันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งผู้ทำหน้าที่เป็นหลักประกันดังกล่าวควรเป็นศาลเท่านั้น การกำหนดข้อตกลงให้มีการใช้ออนุญาโตตุลาการนั้นถือว่ากระทบต่ออำนาจศาลเพราะอนุญาโตตุลาการเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเช่นกัน และการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองอาจมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายปกครองได้หากแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปคนละแนวทางกับแนวคำพิพากษาศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักทั่วไปของกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสจะกำหนดห้ามนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นได้แก่ กรณีที่มีบทกฎหมายเฉพาะ (législatives spécifiques) กำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ เช่น ประมวลกฎหมายพัสดุของฝรั่งเศสได้กำหนดว่า รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนระดับท้องถิ่นสามารถนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการชำระบัญชีรายจ่ายอันเกิดจากงานโยธาสาธารณะ และการจัดหาพัสดุ หรือกรณีของสัญญาระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (contrats internationaux pour la résiliation d'opérations d'intérêt national) เช่น ในสัญญา Eurodisneyland นั้นมีนิติบุคคลมหาชนของฝรั่งเศสจำนวนหนึ่งร่วมกับบริษัท Walt Disney ต้องการที่จะสร้าง Eurodisneyland ขึ้นในประเทศฝรั่งเศส โดยบริษัท Walt Disney ได้ทำสัญญากับรัฐและจังหวัด Seine-et-Marne และ l'Epamarne โดยไม่ต้องการให้ข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นได้รับการพิจารณาโดยศาลปกครองซึ่งมีกระบวนการพิจารณาล่าช้าและเปิดเผย (publique) ด้วยเหตุนี้เอง มาตรา ๙ แห่งรัฐบัญญัติที่ ๘๖-๙๗๒ ลงวันที่ ๑๙ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๘๖ จึงได้บัญญัติถึงความเป็นไปได้ที่จะกำหนดให้ข้อตกลงให้ใช้ออนุญาโตตุลาการ (des clauses compromissoires) ไว้ในสัญญาได้โดยมาตรา ๒๐๐๖ แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า “เพื่อเป็นการยกเว้นบทบัญญัติแห่งมาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนแห่งรัฐได้รับอนุญาตให้กำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้ออนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาที่ทำกับบริษัทต่างชาติไว้เพื่อดำเนินการให้เป็นการรักษาผลประโยชน์ของชาติในกรณีที่เกี่ยวกับการบังคับใช้และการตีความสัญญา” จะเห็นได้ว่าขอบเขตของกฎหมายนี้มีอยู่จำกัดเพราะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขสองประการ คือ จะต้องเป็น “หน่วยงาน” ที่กฎหมายกำหนดคือรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนแห่งรัฐ กับจะต้องเป็นสัญญาที่มีผลเป็นการดำเนินการให้เป็นการรักษาผลประโยชน์ของชาติเท่านั้น จึงจะสามารถกำหนดไว้ในสัญญาให้มีการนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทได้ หรือในกรณีของข้อตกลงระหว่างประเทศ (les conventions internationales) เช่น ในข้อตกลงแห่งยุโรปเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (la convention européenne sur l'arbitrage international) ลงวันที่ ๒๑ เมษายน

ค.ศ. ๑๙๖๑ หรือที่เรียกกันว่าข้อตกลงแห่งเมืองเจนีวา (Convention de Genève) ซึ่งได้รับการประกาศใช้ในฝรั่งเศสโดยรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ ๒๖ มกราคม ค.ศ. ๑๙๖๔ ได้กำหนดไว้ในมาตรา ๒ ยอมรับถึงการที่นิติบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนสามารถนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ ซึ่งต่อมาก็มีการนำเอาเรื่องอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสนธิสัญญา Canterbury ที่ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษทำขึ้นสำหรับร่วมมือและก่อสร้างอุโมงค์ลอดช่องแคบอังกฤษ (le tunnel sous la Manche) โดยกำหนดให้มีการนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่สัญญากับผู้ก่อสร้างและกับผู้รับสัมปทาน นอกจากนี้ ศาลฎีกาของฝรั่งเศส (la Cour de Cassation) ได้เคยวางแนวทางไว้ในคำพิพากษาว่าสามารถนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศได้ โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาลงวันที่ ๒ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๖๖ กรณี Trésor public c/ Galakis ได้กล่าวถึงการห้ามนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนว่าเป็นเรื่องที่ใช้เฉพาะกรณีที่เป็นกฎหมายภายในเท่านั้น แต่จะไม่นำเอามาใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อความต้องการและภายใต้เงื่อนไขที่เป็นไปตามความประสงค์ของการค้าขายทางทะเลอันเป็นเรื่องระหว่างประเทศ

๖. ข้อสังเกตและความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

หน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ให้ความเห็นในการประชุมที่กระทรวงยุติธรรมเมื่อวันอังคาร ที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๕๒ เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ก่อนที่จะได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี ความเห็นที่เสนอประกอบการพิจารณาในชั้นที่กระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี และในการเสวนา เรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่กระทรวงการต่างประเทศ เมื่อวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๕๒ รวมทั้งการประชุมที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๕๒ สรุปความได้ดังนี้

๖.๑ สำนักงานอัยการสูงสุด เห็นว่า หากบังคับให้คู่สัญญาต้องเข้าสู่ระบบศาล โดยเฉพาะศาลปกครอง อาจจะต้องใช้ระยะเวลาและคดีจะไปสู่การพิจารณาและเป็นภาระของศาลปกครองมากขึ้น ถ้าดีระบบอนุญาโตตุลาการออกไปจะมีผลกระทบต่อการค้าและการลงทุนในประเทศไทย เพราะสัญญาภาครัฐในทุกวันนี้ได้กำหนดให้ใช้ระบบอนุญาโตตุลาการแทบทั้งสิ้น และผู้ที่มาทำการค้าการลงทุนกับประเทศไทยจะพิจารณาถึงผลเสีย ซึ่งจะทำให้การค้าการลงทุนของประเทศไทยชะงักงันอย่างมาก และนอกจากจะเป็นอุปสรรคต่อการค้าการลงทุนแล้วยังจะส่งผลให้ประเทศไทยเข้าสู่กลุ่มของ Political Risk

การจำกัดสิทธิในการที่บุคคลจะเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการหรือระบบศาล ก็ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันเป็นการขัดต่อ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๙^{๙๔} นอกจากนี้ อาจขัดต่อมาตรา ๔๐ (๑)^{๙๕} ที่กำหนดให้บุคคลย่อมมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

การแก้ไขกฎหมายในลักษณะนี้เป็นการแก้ไขปัญหาที่ไม่ตรงจุด ควรจะใช้ระบบเดิมตามมาตรา ๑๕^{๙๖} แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ที่มีอยู่แล้วหรืออาจให้คณะรัฐมนตรีมีมติเฉพาะรายไปจะดีกว่าว่าสัญญาใดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ สัญญาใดไม่ให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ

ประเทศไทยมีพันธกรณีตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. ๑๙๕๘ ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น รวมทั้งประเทศไทยได้ทำความตกลงในเรื่องเขตการค้าเสรีและสนธิสัญญาทวิภาคีกับประเทศคู่ค้าของไทย โดยมีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

การที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มีสาเหตุเนื่องมาจากการที่เมื่อเปรียบเทียบกับภาคเอกชน หน่วยงานของรัฐยังมีข้อเสียเปรียบในกระบวนการจัดทำและตรวจสอบการทำสัญญา หน่วยงานของรัฐขาดแคลนบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ จึงทำสัญญาที่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ ส่วนกระบวนการตรวจสอบสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดนั้นมีปัญหาการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการสูงสุดสามารถตรวจสอบส่วนใหญ่เพียงในประเด็นว่าข้อสัญญาขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ใช้บังคับได้หรือไม่ ส่วนข้อเท็จจริงว่าหน่วยงานของรัฐเสียเปรียบหรือไม่ เป็นเรื่องของคู่สัญญา สำนักงานอัยการสูงสุดไม่สามารถลงไปดูในรายละเอียดในส่วนนี้ได้ สำหรับในขั้นตอนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีปัญหาเรื่องจริยธรรมของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลาง

^{๙๔}มาตรา ๒๙ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

^{๙๕}มาตรา ๔๐ บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(๑) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๙๖}มาตรา ๑๕ ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

๖.๒ สำนักงานศาลยุติธรรม มีความเห็นเช่นเดียวกับสำนักงานอัยการสูงสุดว่า การแก้ไขกฎหมายในลักษณะนี้เป็นการแก้ไขปัญหาที่ไม่ตรงจุด โดยเห็นว่า กฎบัตรอาเซียน (Asian Charter) ระบุอย่างชัดเจนให้ระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือกประเภทหนึ่ง นอกจากนี้ หากตัดเรื่องอนุญาโตตุลาการออกจะทำให้ขัดต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ซึ่งในอนุสัญญา หรือสนธิสัญญาทุก ๆ ฉบับ จะกำหนดให้มีการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ และหากจะพิจารณาจากสัญญาสัมปทานขนาดใหญ่ของประเทศไทยที่มีการทำและมีการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีของโทลเวย์ (Tollway) การใช้อนุญาโตตุลาการมาชี้ขาดคดีไม่ได้เกิดจากสัญญา แต่เกิดจาก BIS (Bank for International Settlement) ดังนั้น ถ้าออกกฎหมายไม่ให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการแล้วจะทำอย่างไรกับสัญญาที่มีการลงนามไปแล้ว และจะทําอย่างไรกับสนธิสัญญาที่กำลังอยู่ระหว่างการลงนาม และที่จะมีการลงนามต่อไป

ตามข้อเท็จจริงจะเห็นว่า ภาคเอกชนทำสัญญามากกว่าภาครัฐ แต่กลับไม่มีปัญหาจนต้องมีการนำไปสู่การชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ภาครัฐกลับมีปัญหาเช่นนี้ ดังนั้น ปัญหามิได้เกิดจากระบบอนุญาโตตุลาการ แต่เกิดจากการจัดทำสัญญาและการบริหารสัญญามากกว่า และตามข้อเท็จจริง ในสถิติรอบสามปีที่ผ่านมา หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายชนะมากกว่าแพ้ แต่เนื่องจากในเรื่องที่แพ้มักจะมีทุนทรัพย์เป็นจำนวนมากและอยู่ในความสนใจของประชาชน จึงควรมีการศึกษาวิเคราะห์สาเหตุที่หน่วยงานของรัฐต้องแพ้ เพื่อนำมากำหนดแนวทางในการจัดทำสัญญาและบริหารสัญญาต่อไป

สำนักงานศาลยุติธรรมพิจารณาหลักการของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว แล้วมีข้อสังเกต กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๕ กำหนดให้สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้เท่านั้น มิใช่บทบัญญัติบังคับให้ต้องใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เพียงแต่วิธีการนี้เป็นยุติธรรมทางเลือกหนึ่งซึ่งสิทธิในการเลือกใช้อนุญาโตตุลาการเป็นของหน่วยงาน และสิ่งที่เป็นต้นเหตุของปัญหา คือ ตัวอย่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างทำเย็บสบ้านกนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ระบุให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ โดยในตัวอย่างสัญญากำหนดให้สามารถตัดข้อกำหนดออกได้แล้วแต่ความเหมาะสม หากเห็นว่าวิธีการดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนก็กระทำได้โดยการไม่ระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาที่ทำขึ้น แต่ปรากฏว่าเมื่อส่วนราชการนำมาใช้กลับมิได้มีการตัดข้อความที่กำหนดถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการออก นอกจากนี้ ตามมติของคณะรัฐมนตรี กรณีสัญญาโครงการขนาดใหญ่ ย่อมจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนการระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญา ดังนั้น คณะรัฐมนตรีย่อมมีโอกาสดูตรวจสอบความเหมาะสมของข้อสัญญาที่ทำขึ้นได้ การไม่กำหนดวิธีการอนุญาโตตุลาการไว้ในข้อสัญญายังเป็นวิธีการที่ไม่กระทบกระเทือนต่อสภาพลักษณะและบรรยากาศในการลงทุนของประเทศไทยซึ่งจะแตกต่างจากการแก้ไขกฎหมายในลักษณะการห้ามโดยตรงตามร่างมาตรา ๓ (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕) ในกรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนภายในประเทศนั้น รัฐมีอำนาจในการต่อรองทางสัญญาสูงกว่าเอกชน

การกำหนดข้อห้ามการใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในสัญญาภายในประเทศจึงทำได้ ส่วนในสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับนักลงทุนต่างประเทศ รัฐมีอำนาจในการต่อรองทางสัญญาไม่มากนัก จึงต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ

สำนักงานศาลยุติธรรมเสนอความเห็นเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น จากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

(๑) การเสนอแก้ไขมาตรา ๑๕ อาจกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุน ที่มีต่อระบบกฎหมายและระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ตลอดจนบรรยากาศในการลงทุน และทำให้เสียเปรียบประเทศเพื่อนบ้านที่อาจให้หลักประกันหรือวิธีการระงับข้อพิพาทในการลงทุนที่ดีกว่า

(๒) ตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทย ทำไว้กับประเทศต่าง ๆ มากกว่า ๔๐ ประเทศ ตลอดจนความตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทย เป็นคู่สัญญาแล้วและที่จะเป็นคู่สัญญาต่อไปในอนาคต ล้วนกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยกับนักลงทุนจากประเทศคู่สัญญา ทำให้นักลงทุน ชาวต่างชาติยังอาจอาศัยสิทธิตามความตกลงดังกล่าวหรือความตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทย เป็นคู่สัญญาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ การห้ามการดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการภายในประเทศสำหรับกรณีของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นคู่พิพาทที่มีอยู่ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ จะทำให้นักลงทุนชาวต่างชาติเลือกใช้ ช่องทางการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี เนื่องจากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่กำหนด ในความตกลงทั้งหมด ล้วนเป็นข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ภาษาที่ใช้ใน การดำเนินกระบวนการพิจารณาล้วนแต่เป็นภาษาต่างประเทศ สถานที่ดำเนินการกระบวนการพิจารณา ต้องทำในต่างประเทศ และอนุญาโตตุลาการที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดย่อมจะเป็นชาวต่างชาติเป็น ส่วนใหญ่

(๓) ในบางกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายที่มีสิทธิเรียกร้องจากคู่สัญญา จากต่างประเทศ การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะสามารถทำให้หน่วยงานของรัฐ นำค่าชี้ขาดไปบังคับได้ในประเทศที่คู่สัญญานั้นมีทรัพย์สินอยู่ตามอนุสัญญาเพื่อการยอมรับ และบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๕๘ การห้ามมิให้ หน่วยงานของรัฐทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงจะทำให้หน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องไปฟ้องร้องต่อ ศาลในประเทศต่าง ๆ ที่คู่สัญญานั้นมีทรัพย์สินอยู่เองซึ่งจะใช้เวลาและค่าใช้จ่ายอีกจำนวนมาก

(๔) กระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ สามารถตรวจสอบกลับกรองคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการได้เป็นอย่างดี และรักษาสถิติของประโยชน์สาธารณะได้ เห็นได้จากบางกรณี ที่หากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลอาจ เพิกถอนหรือไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดได้อยู่แล้ว

๖.๓ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (กลต.)

มีความเห็นว่า โดยที่สำนักงาน กลต. ได้จัดให้มีกระบวนการอนุญาตตุลาการขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าระหว่างลูกค้าและผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามมาตรา ๔๗^{๑๗} และมาตรา ๔๘^{๑๘} แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ และได้จัดให้มีกระบวนการอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ หรือกฎเกณฑ์ที่ออกภายใต้กฎหมายดังกล่าว การแก้ไขมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ อาจมีผลดังต่อไปนี้

(๑) หากมีการตีความว่า “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ครอบคลุมถึงรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ ด้วย อาจส่งผลให้บริษัทหลักทรัพย์หรือผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าบางรายที่เป็นหน่วยงานของรัฐไม่สามารถระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยอนุญาตตุลาการที่สำนักงาน กลต. จัดให้มีขึ้น

(๒) เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าถูกกำหนดให้ต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการเมื่อลูกค้าแจ้งความประสงค์ไปยังผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งกฎหมายให้ถือว่าสัญญาอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นในทันทีที่ผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้รับหนังสือของลูกค้า โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการมาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๗ และมาตรา ๔๘ แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ ดังนั้น การแก้ไขมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ อาจทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องต้องกันระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายสองฉบับ ซึ่งจะก่อให้เกิดอุปสรรคในการบังคับใช้และการตีความกฎหมาย ตลอดจนการดำเนินการของบุคคลที่เกี่ยวข้องได้

(๓) ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้บริการธุรกิจหลักทรัพย์หรือธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เช่น มีการซื้อหน่วยลงทุนของกองทุนรวม เป็นต้น การแก้ไขมาตรา ๑๕ จะมีผลทำให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวไม่สามารถใช้วิธีการอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งระหว่างตนกับบริษัทหลักทรัพย์หรือผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวอาจส่งผลให้การชดเชยความเสียหายของหน่วยงานของรัฐนั้นมีภาระค่าใช้จ่ายที่ไม่คุ้มกับ

^{๑๗} มาตรา ๔๗ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองลูกค้าและเพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยรวดเร็วและเป็นธรรม ลูกค้าอาจขอให้มีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าโดยอนุญาตตุลาการซึ่งสำนักงาน ก.ล.ต. จัดให้มีขึ้นได้ โดยมีหนังสือแจ้งความประสงค์ไปยังผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และเมื่อผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้รับหนังสือแล้ว ให้ถือว่าทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ข้อพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาตตุลาการพิจารณาตามวรรคหนึ่งนั้น ต้องมีจำนวนทุนทรัพย์ไม่เกินจำนวนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

^{๑๘} มาตรา ๔๘ ให้นำกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการมาใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทตามมาตรา ๔๗ โดยอนุโลม

ความเสียหายที่ได้รับ หรืออาจต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทั่วไป

๖.๔ สภาพการค้ำแห่งประเทศไทย มีความเห็นดังต่อไปนี้

(๑) ประเทศไทยได้พัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการอย่างต่อเนื่องตั้งแต่มีการออกพระราชบัญญัติฉบับแรกเมื่อ พ.ศ. ๒๕๓๐ จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ในปัจจุบัน ซึ่งเป็นที่ทราบกันว่าบทบัญญัติทั้งหลายภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ได้ปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ซึ่งนานาประเทศก็ยอมรับหลักการของกฎหมายต้นแบบฉบับเดียวกัน ดังนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยฉบับนี้จึงมีความเป็นสากลและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป การใช้ระบบการระงับข้อพิพาทโดยเกี่ยวกับการค้าการลงทุนในประเทศไทย จึงมีความสำคัญในทัศนะของเอกชนหรือผู้ประกอบการการค้าและการลงทุนในประเทศไทย และโดยเฉพาะโครงการภาครัฐหรือที่รัฐเป็นคู่สัญญากับเอกชนต่างประเทศ

จากข้อเท็จจริงที่ว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ภาครัฐมักจะต้องเป็นผู้แพ้คดีและต้องจ่ายค่าชดเชยเป็นจำนวนเงินมากนั้น สะท้อนให้เห็นถึงการดำเนินงานที่ผิดพลาดหรือเกิดจากความบกพร่องในส่วนของภาครัฐเองซึ่งน่าจะมีการศึกษาถึงสาเหตุที่แท้จริงของการแพ้คดี แทนที่จะเห็นว่าเป็นเพราะกฎหมายและจะต้องแก้กฎหมาย ซึ่งเหมือนกับเป็นการทำลายระบบหรือกลไกการระงับข้อพิพาทที่รัฐได้สร้างขึ้นมาเอง

(๒) โดยที่สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีหลายประเภท เช่น เรื่องการซื้อขาย การจ้างทำของ สัญญาร่วมทุนรัฐกับเอกชน รวมถึงสัญญาให้สัมปทาน เป็นต้น สัญญาที่เป็นปัญหาที่กล่าวถึงว่าทำให้รัฐเสียหายส่วนใหญ่มาจากสัญญาสัมปทานซึ่งมีความซับซ้อนและมีขั้นตอนปฏิบัติมาก จะต่างจากสัญญาประมูลซื้อ (ซื้อขาย) หรือการจ้างทำของ ดังนั้น แทนที่จะห้ามสัญญาทุกประเภท จึงควรพิจารณาเฉพาะสัญญาที่เกิดปัญหาจริง ๆ มากกว่า อย่างไรก็ตาม เห็นว่าการห้ามใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะเกิดความไม่เชื่อมั่นแก่ภาคเอกชนแล้ว ก็จะทำให้อำนาจการต่อรองในการทำสัญญาภาครัฐกับเอกชนต่างประเทศด้อยลงด้วย

๖.๕ กระทรวงการต่างประเทศ^{๑๑} มีความเห็นว่าการหลีกเลี่ยงการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทอาจส่งผลกระทบ ดังนี้

(๑) ผลกระทบต่อความคืบหน้าในการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงการค้าเสรีซึ่งมีข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน ขณะนี้ประเทศไทยยังเจรจาค้างกับ ๕๒ ประเทศ โดยรัฐคู่เจรจาอาจไม่ประสงค์จะเจรจาต่อหาก

^{๑๑} หนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ กต ๐๗๐๓/ว.๑๕๔๘ ลงวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเสวนาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ประเทศไทยไม่ยอมรับกระบวนการอนุญาตตุลาการ เพราะเป็นการขัดกับหลักที่เป็นมาตรฐานสากลและเป็นหัวใจสำคัญของความตกลงที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน

(๒) ผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติต่อการลงทุนในประเทศไทย เพราะอาจเกิดความไม่มั่นใจว่าหากเกิดข้อพิพาทกับรัฐบาลไทยแล้วจะได้รับความเป็นธรรม นอกจากนี้ ยังเป็นเสมือนการผัดพันกรณีที่ไทยเคยรับไว้กับประเทศอื่นๆ (backtrack) เพราะความตกลงที่ประเทศไทยยอมรับหลักการดังกล่าว และยังกระทบต่อนักลงทุนในอนาคต เพราะต่อไปจะใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการตามความตกลงฯ เนื่องจากจะไม่ได้รับการบรรจุไว้ในความตกลงเช่นกัน

(๓) ผลกระทบต่อกิจกรรมและการพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

สรุป ความเห็นและข้อเสนอแนะของหน่วยงานเกี่ยวกับการยกเลิกระบบอนุญาตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน มีข้อดีและข้อเสีย ดังนี้

ก. ข้อดี

การนำข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเข้าสู่การพิจารณาของศาลโดยตรง จะทำให้สามารถรักษาประโยชน์ของรัฐและสาธารณะได้ดีกว่าการใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทซึ่งเหมาะสำหรับการระงับข้อพิพาทในทางธุรกิจของเอกชน

ข. ข้อเสีย

(๑) เป็นอุปสรรคต่อการค้าและการลงทุนในประเทศไทยเพราะนักลงทุนขาดความเชื่อมั่นในวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน และอาจเลือกไปลงทุนในประเทศอื่นที่มีการระงับข้อพิพาททางสัญญาที่เหมาะสมกว่า

(๒) ทำให้นักลงทุนต่างชาติเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบในการต่อสู้คดีมากขึ้น

(๓) เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการเลือกใช้ระบบอนุญาตตุลาการหรือระบบศาล อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๙ และมาตรา ๔๐ ที่กำหนดให้บุคคลย่อมมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

(๔) อาจส่งผลกระทบต่อสนธิสัญญาที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามไปแล้วและสนธิสัญญาที่ประเทศไทยกำลังจะลงนามต่อไป ซึ่งกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ

(๕) ทำให้อำนาจในการต่อรองทางการค้าและการทุนระหว่างหน่วยงานของรัฐที่มีต่อนักลงทุนต่างประเทศลดน้อยลง

(๖) ผลกระทบต่อการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงการค้าเสรี โดยรัฐคู่เจรจาอาจไม่ประสงค์จะเจรจากับประเทศไทย

หากไม่ยอมรับกระบวนการอนุญาตตุลาการ เพราะเป็นการขัดกับหลักที่เป็นมาตรฐานสากลและเป็นหัวใจสำคัญของความตกลงที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน

(๗) ผลกระทบการพัฒนากระบวนอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

ค. ข้อเสนอแนะของหน่วยงาน

(๑) บทบัญญัติมาตรา ๑๕ มิได้บังคับให้ต้องใช้วิธีการอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด หากเห็นว่าวิธีการดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ก็กระทำได้โดยการไม่ระบุข้อสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญาที่ทำขึ้น ส่วนกรณีสัญญาโครงการขนาดใหญ่ย่อมจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน คณะรัฐมนตรีจึงย่อมมีโอกาสตรวจสอบความเหมาะสมของข้อสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นได้

(๒) สิ่งที่เป็นต้นเหตุของปัญหาประการหนึ่งคือ แบบตัวอย่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ระบุให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ โดยในตัวอย่างสัญญากำหนดให้สามารถตัดข้อกำหนดออกได้แล้วแต่ความเหมาะสม แต่ปรากฏว่าเมื่อส่วนราชการนำมาใช้กลับมิได้มีการตัดข้อความที่กำหนดถึงวิธีการอนุญาตตุลาการออก ควรแก้ไขตัวอย่างสัญญาดังกล่าว

(๓) สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนประเภทใด ที่มักจะเกิดปัญหาหน่วยงานของรัฐแพคตีในชั้นอนุญาตตุลาการ ก็ควรห้ามมิให้ระบุข้อสัญญาอนุญาตตุลาการเฉพาะในสัญญาประเภทนั้น

๗. ความเห็นของนักวิชาการและเอกสารทางวิชาการ

๗.๑ ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์^{๒๐} เห็นว่า หากประเทศไทยกำหนดห้ามใช้วิธีการอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจนก็จะเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของนักลงทุนในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ สำหรับปัญหาที่หน่วยงานของรัฐแพคตีในชั้นอนุญาตตุลาการนั้นอาจเกิดจากการร่างสัญญาไม่ดีหรือการตั้งอนุญาตตุลาการที่มิได้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท

๗.๒ นายพิชัยศักดิ์ หารยางกูร^{๒๑} เห็นว่า การใช้อนุญาตตุลาการเป็นกลไกระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจและเป็นมาตรฐานสากล การยกเลิกการใช้อนุญาตตุลาการจึงสวนทางกับหลักปฏิบัติสากล สาเหตุหนึ่งของปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องการได้บุคคลที่ขาดคุณสมบัติที่เหมาะสมเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทหรือขาดความเป็นกลางเนื่องจากสนับสนุนเฉพาะฝ่ายที่ตั้งตนเข้าเป็นอนุญาตตุลาการเท่านั้น ซึ่งทำให้ผลของคดีไม่ถูกต้อง และเกิดจากการตรวจร่างสัญญาและการบริหารสัญญา กล่าวคือในการตรวจร่างสัญญามักจะไม่มีผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นเข้าร่วมตรวจร่างสัญญาด้วย หรือเมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้วหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา เพราะขาดหน่วยงานกลางที่จะควบคุมตรวจสอบการบริหารสัญญาดังกล่าว จึงควรจัดตั้ง

^{๒๐} สรุปรจากการสัมภาษณ์ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ ๒๑ ธันวาคม ๒๕๕๒

^{๒๑} สรุปรจากการสัมภาษณ์ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๕๒

หน่วยงานที่รับผิดชอบทำสัญญาของรัฐอย่างเป็นทางการ รวมถึงการพัฒนาบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ และปรับปรุงการจัดทำสัญญา การบริหารสัญญา และการระงับข้อพิพาท

๗.๓ นายปรัชญา อยู่ประเสริฐ^{๒๒} เห็นว่า การทำสัญญาและการพิจารณาสัญญาควรทำด้วยความเชี่ยวชาญรอบคอบ ถ้าประเด็นใดไม่มีความเชี่ยวชาญก็ควรจ้างทนายความหรือผู้เชี่ยวชาญในสาขานั้น ๆ ได้ โดยต้องประสานทั้งสำนักงานอัยการสูงสุดและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง มิใช่ให้เป็นหน้าที่ของอัยการเพียงฝ่ายเดียว และที่ผ่านมาในหลายคดีหน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีนั้นอาจมีสาเหตุมาจากการบริหารสัญญาไม่ตรงกับข้อกำหนดในสัญญา แต่การจะจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาทำหน้าที่บริหารสัญญาโดยเฉพาะนั้นจะต้องพิจารณาว่าประเทศไทยมีปริมาณของสัญญาดังกล่าวมากเพียงใด สำหรับในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการพบว่าเอกสารและพยานหลักฐานต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐยังมีจำนวนน้อยกว่ามากเมื่อเทียบกับฝ่ายเอกชนซึ่งอาจส่งผลต่อโอกาสในการต่อสู้คดีได้ นอกจากนี้ ต้องคำนึงด้วยว่ามีนักลงทุนไทยไปลงทุนในต่างประเทศจำนวนมาก การจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการจะส่งผลกระทบต่อให้นักลงทุนได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศด้วย

๗.๔ การแสวงหาการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน^{๒๓} ซึ่งที่ประชุมการเสวนาฯ เห็นว่า

(๑) ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) ระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ หลายฉบับได้ให้สิทธิและทางเลือกแก่นักลงทุนในการเลือกใช้อนุญาโตตุลาการ การจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการอาจนำไปสู่การผิดพันธกรณีตามความตกลงรวมทั้งความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนลดความน่าเชื่อถือในการลงทุนในประเทศไทย และทำให้ต้นทุนของโครงการลงทุนสูงขึ้นเนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA) ซึ่งกำหนดว่า การไม่ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทถือเป็นความเสี่ยงทางการเมือง (political risk) ทำให้นักลงทุนที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยต้องเสียค่าเบี้ยประกัน (insurance premium) สูงขึ้น ทำให้โครงการลงทุนมีต้นทุนแพงขึ้นสุดท้ายการดังกล่าวก็จะถูกผลักไปให้กับผู้บริโภค โดยเฉพาะผู้ใช้บริการโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่าง ๆ

(๒) การยกเลิกอนุญาโตตุลาการในสัญญาไม่ใช่ทางออกที่ยั่งยืนในเรื่องนี้และเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุเนื่องจากควรมีการศึกษาอย่างละเอียดถึงสาเหตุการแพ้คดีของหน่วยงานของรัฐ

(๓) ควรมีการปรับปรุงพัฒนาระบบโครงสร้างของการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งจะช่วยให้แก้ปัญหาในเรื่องความเข้าใจในระบบอนุญาโตตุลาการ เช่น

^{๒๒} สรุปลจากการสัมภาษณ์ทางโทรศัพท์ วันที่ ๒๔ ธันวาคม ๒๕๕๒

^{๒๓} บันทึกสรุปสาระสำคัญผลการเสวนา เรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เมื่อวันศุกร์ ที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๕๒ ณ ห้องประชุม ๓ กระทรวงการต่างประเทศ

การจัดตั้งหน่วยงานที่รับผิดชอบเรื่องนี้ การสร้างบุคลากรผู้เชี่ยวชาญ การปรับปรุงการจัดทำ สัญญาการลงทุน การบริหารสัญญา และการระงับข้อพิพาท

(๔) รัฐบาลควรพิจารณาเข้าเป็นภาคีในความตกลงการจัดซื้อจัดจ้างของ องค์การการค้าโลก (government procurement) รวมทั้งยอมรับ anti-corruption practices ขององค์การระหว่างประเทศ เช่น OECD ซึ่งจะช่วยส่งเสริมเรื่องความโปร่งใสในการทำสัญญา ลดการฉ้อโกงในระบบการสัญญา และจะเป็นการแก้ไขปัญหาเรื่องความเสียเปรียบในเนื้อหาของ สัญญาอันเป็นสาเหตุที่ทำให้หน่วยงานของรัฐแพ้คดี

(๕) มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เป็นการส่ง สัญญาในทางลบต่อการลงทุน ซึ่งอาจจะขัดแย้งต่อพันธกรณีทวิภาคี รวมทั้งกฎหมายภายในและ รัฐธรรมนูญ

(๖) การที่หน่วยงานของรัฐแพ้คดีไม่ได้เกิดจากระบบอนุญาโตตุลาการ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องของไทยควรศึกษารายละเอียดจากคำชี้แจงของอนุญาโตตุลาการ เพื่อศึกษา ถึงเหตุผลที่หน่วยงานของรัฐแพ้คดี ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากความเชี่ยวชาญของบุคลากรใน การตรวจร่างสัญญา ทำให้มีการทำสัญญาที่ไม่รอบคอบ ความไม่พร้อมในการดำเนินการต่อสู้คดี หรือปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันในระบบราชการซึ่งนำไปสู่การยกร่างสัญญาที่ไม่รอบคอบรัดกุม

๗.๕ วิทยานิพนธ์ เรื่อง ปัญหาและแนวทางการใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับ/ยุติข้อพิพาทในงานก่อสร้าง กรณีสัญญาก่อสร้างงานราชการ^{๒๔} ได้กล่าวถึงปัญหา การใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างของรัฐ ดังนี้

(๑) การเขียนและกำหนดข้อความสำคัญในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในงานก่อสร้างของรัฐควรมีการลงรายละเอียดและข้อปฏิบัติที่ชัดเจน ประเด็นที่สำคัญขั้นแรกคือ เมื่อเกิดกรณีพิพาทคู่กรณีไม่เข้าใจหลักเกณฑ์ในการใช้สัญญาการอนุญาโตตุลาการ เพราะอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยเบื้องต้นคือเป็นกรณีพิพาทอะไร มีข้อจำกัดในการใช้ เพียงใดและอยู่ในกรอบของสัญญาหรือไม่ ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยในกระบวนการพิจารณา อาจไม่จำเป็นในการลงรายละเอียดเพื่อให้การพิจารณามีความยืดหยุ่นได้ตามแต่กรณีพิพาทนั้น

(๒) ผู้ควบคุมงานก่อสร้างและกรรมการตรวจการจ้างควรจะเป็น อนุญาโตตุลาการเพราะเป็นผู้ที่รู้เรื่องราวในรายละเอียดและข้อเท็จจริงในกรณีข้อพิพาท เป็นอย่างดี และเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏได้ชัดเจน ความยุติธรรมย่อมเกิดมากที่สุดตามสมมติฐาน ในทางกฎหมาย แต่ต้องมีระเบียบทางราชการรองรับในการให้อิสระในการใช้ดุลพินิจ เพราะ จะต้องเป็นผู้ที่มีสองบทบาทคือเป็นทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการเป็น อนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงระเบียบทางการค้าและความเป็นธรรมในข้อเท็จจริง ไม่ใช่คำนึง แต่ระเบียบของทางราชการ

(๓) ในขณะอนุญาโตตุลาการ สำหรับกรณีข้อพิพาทในงานก่อสร้างของรัฐ ควรจะมีสัดส่วนผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายและผู้เกี่ยวข้องในด้านวิชาชีพการก่อสร้างเท่าใดนั้น

^{๒๔}เรือเอก อานนท์ ไทยจำนง หลักสูตรวิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิศวกรรมโยธา ภาควิชาวิศวกรรมโยธา บัณฑิตวิทยาลัย สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ พ.ศ. ๒๕๕๘

ไม่จำเป็น ขึ้นอยู่กับคู่กรณีแต่ควรมีทั้งสองส่วนและควรคำนึงถึงฝ่ายธุรกิจ เช่น สถาบันการเงิน ซึ่งตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องยึดตัวระเบียบข้อกฎหมายเป็นหลักให้คำนึงถึง ประเพณีทางการค้าด้วย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับนัยข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในการกำหนดตัวบุคคล และจำนวนอนุญาโตตุลาการ

(๔) จากประสบการณ์ในการยุติกรณีพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ หากมองทั้งในด้านระยะเวลาและค่าใช้จ่ายจะกระชับ และจะมีเป็นความถูกต้องสูงกว่า ในกระบวนการทางศาลเนื่องจากการพิจารณาข้อเท็จจริงชัดเจนและยืดหยุ่นในการเปิดโอกาส ในการนำเสนอพยานหลักฐาน

๗.๖ วิทยานิพนธ์ เรื่อง สัญญาสัมปทาน : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติ เป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย^{๒๔} ได้กล่าวถึงปัญหาและแนวทางการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม กับสัญญาสัมปทาน ว่า กรณีของประเทศไทยนั้นยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในหลายคดี เช่น คดีค่าโง่ทางด่วน คดีไอทีวี เป็นต้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่า สาเหตุที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกศาลเพิกถอนนั้น มาจากการที่อนุญาโตตุลาการไม่เข้าใจในหน้าที่อันแท้จริง นอกจากนี้ ปัญหาการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยยังมีปัญหาในทางปฏิบัติอันเนื่องมาจากพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ อีกด้วย กล่าวคือ การที่พระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติช่องทางให้ คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีสามารถดำเนินการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้หากเป็นไปตาม เหตุที่กำหนดไว้ กรณีดังกล่าวจึงทำให้หน่วยงานของรัฐยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เฉพาะคดีที่รัฐชนะคดีเท่านั้น แต่หากเป็นคดีที่รัฐแพ้คดีแล้ว หน่วยงานของรัฐก็จะใช้ช่องทางตาม บทบัญญัตินี้ในการยื่นคำคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาล เพราะในทางปฏิบัติแล้วคง เป็นไปได้ยากที่หน่วยงานของรัฐจะยอมรับว่าตนเองเป็นผู้แพ้คดี เนื่องจากหากหน่วยงานของรัฐ มีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชน ก็จะต้องมีการสอบสวนว่าใครที่เป็นสาเหตุที่ทำให้หน่วยงาน ของรัฐต้องชดใช้ค่าเสียหาย ทำให้ต้องมีการไล่เบี้ยความรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐ กรณีดังกล่าว จึงทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ได้ผลจริง และยังทำให้เอกชนที่เข้ามาเป็น คู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐขาดความมั่นใจเนื่องจากหน่วยงานของรัฐไม่ยอมรับคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการในคดีที่หน่วยงานของรัฐแพ้คดีเท่านั้น ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐไม่สามารถ เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมที่ไม่สามารถยอมรับในกรณีเป็นผู้แพ้คดีและจะต้องมีการต่อสู้คดีจนกว่า คดีจะถึงที่สุดเช่นนี้แล้ว แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมกับประเทศไทย ก็ควรที่จะเป็นการระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครอง เพราะแสดงว่าในเวลาประเทศไทยยัง ไม่มีความพร้อมในแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง โดยแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเรื่องนี้จึงควรที่จะมีหลักเกณฑ์หรือระเบียบของทางราชการที่ ชัดเจนในเรื่องของการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติรับทราบก่อน ที่จะเข้ารับสัมปทานในประเทศไทย และแสดงให้ผู้ลงทุนต่างชาติเห็นถึงความน่าเชื่อถือของ

^{๒๔}นางสาวอารยา กิตติเวช หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๕๐

การระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองไทยว่าจะเป็นไปตามหลักกฎหมายและหลักความยุติธรรม โดยฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลไม่สามารถใช้อำนาจครอบงำการพิจารณาตัดสินของศาลได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวจะทำให้นักลงทุนต่างชาติสามารถยอมรับสำหรับการระงับข้อพิพาทโดยศาลได้มากขึ้น

๘. สาเหตุแห่งข้อพิพาทและการที่หน่วยงานของรัฐแพคตีในชั้นอนุญาโตตุลาการ สรุปได้ดังนี้

๘.๑ กรณีสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล กับบริษัท จาโก จำกัด (เรื่อง ผิดสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลแบบอัตโนมัติ)^{๒๖}

(๑) สาเหตุแห่งข้อพิพาท เกิดจากการทำสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลด้วยเครื่องอัตโนมัติ เป็นความริเริ่มและนโยบายของคู่กรณี โดยได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการสลากกินแบ่งรัฐบาล และคู่กรณีก็เป็นผู้ร่างสัญญาเองโดยผ่านการพิจารณาได้รับความเห็นชอบจากอัยการสูงสุด และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ลงนามในสัญญาดังกล่าวแล้ว แต่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญาและให้ชะลอการดำเนินการโครงการไว้ก่อน ต่อมาผู้เสนอข้อพิพาทกับคู่กรณีได้ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันโดยมีข้อสาระสำคัญว่า คู่กรณีตกลงยกเลิกคำสั่งที่ให้ผู้เสนอข้อพิพาทชะลอหรือระงับการปฏิบัติตามสัญญาโดยกำหนดให้ผู้เสนอข้อพิพาทและคู่กรณีเริ่มปฏิบัติตามสัญญานับแต่วันที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าว แต่คู่กรณีได้ระงับการดำเนินการเรื่องนี้และส่งเรื่องหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับขั้นตอนการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า การแต่งตั้งบริษัท จาโก จำกัด เป็นผู้แทนจำหน่ายสลากบำรุงการกุศลเป็นสัญญาที่มีมูลค่าโครงการตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปซึ่งต้องอยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ฯ จึงต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ และต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในขั้นตอนต่าง ๆ ด้วย ดังนั้น การที่ได้กระทำไปโดยมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ฯ จึงไม่มีผลผูกพันในแง่ของสัญญากับหน่วยงานของรัฐ^{๒๗} ต่อมาบริษัท จาโก จำกัด จึงบอกเลิกสัญญากับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล และยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสำนักงานอนุญาโตตุลาการให้คู่กรณีชดเชยค่าเสียหาย

(๒) การที่หน่วยงานของรัฐแพคตีดังกล่าวในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท สรุปได้ดังนี้

^{๒๖} คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขดำที่ ๑/๒๕๔๓ ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ ๖๓/๒๕๔๓ ระหว่างบริษัท จาโก จำกัด ผู้เสนอข้อพิพาท กับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล คู่กรณี

^{๒๗} บันทึก เรื่อง สัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติของสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๖๐๑/๘๓๓ ลงวันที่ ๒๒ กันยายน ๒๕๔๒ ถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสร็จที่ ๕๗๐/๒๕๔๒)

ประเด็นที่หนึ่ง สัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ เลขที่ ๔๙/๒๕๔๐ ลงวันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๓๙ ขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่ นั้น เห็นว่า ในรายละเอียดของสัญญาไม่ได้ระบุถึงวงเงินลงทุน หรือมูลค่าของทรัพย์สินไว้ในสัญญาเนื่องจาก คู่กรณีมิได้สนใจว่าจะลงทุนในวงเงินเท่าใด เพียงแต่ในการปฏิบัติตามสัญญา ผู้เสนอข้อพิพาทต้องมีเครื่องมือและเครื่องใช้สำหรับออกสลากการกุศลอัตโนมัติตามที่ไต่ถามข้อเสนอต่อคู่กรณีไว้เท่านั้น และตามสัญญา也未ได้กำหนดวิธีการของการลงทุนของผู้เสนอข้อพิพาทไว้ ทำให้ไม่สามารถทราบแน่ชัดว่าวงเงินลงทุนของผู้เสนอข้อพิพาทมีจำนวนเท่าใด เนื่องจากผู้เสนอข้อพิพาทสามารถปรับเปลี่ยนวิธีการลงทุนได้หลายประการก็จะทำให้วงเงินการลงทุนไม่เกินหนึ่งพันล้านบาท นอกจากนี้คู่กรณีเป็นฝ่ายร่างสัญญานับนี้เองและสำนักงานอัยการสูงสุดผู้ตรวจร่างสัญญา มิได้ทักท้วงว่าสัญญานี้เข้าข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ และการที่คู่กรณีส่งข้อหาหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อวินิจฉัยนั้นเป็นการที่คู่กรณีประสงค์จะหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามสัญญา

อนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรกล่าวไว้ด้วยว่า การบังคับใช้กฎหมายต้องเป็นไปในลักษณะที่ไม่ให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ในกรณีที่ประชาชนเป็นคู่สัญญากับรัฐโดยชอบและถูกต้องตามกฎหมาย จะต้องไม่ให้ประชาชนได้รับความเสียหายหรือเสียเปรียบจากการกระทำของส่วนราชการนั้น ๆ ในอันที่จะใช้สิทธิปฏิเสธไม่กระทำตามสัญญา โดยเอกชนไม่มีส่วนรู้เห็นกับการปฏิบัติการของส่วนราชการนั้น ๆ คณะอนุญาโตตุลาการจึงชี้ขาดว่า สัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติเลขที่ ๔๙/๒๕๔๐ ลงวันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๓๙ ที่คู่กรณีแต่งตั้งบริษัท จาโก จำกัด ผู้เสนอข้อพิพาทเป็นผู้แทนจำหน่ายสลากบำรุงการกุศลไม่อยู่ในบังคับและไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ สัญญามีผลผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้ และผู้เสนอข้อพิพาทคงอยู่ในฐานะเป็นผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติตามสัญญาเลขที่ ๔๙/๒๕๔๐ ลงวันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๓๙

ประเด็นที่สอง คู่กรณีเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ เห็นว่า สัญญาดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสลากกินแบ่งรัฐบาลและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังแล้ว คู่กรณีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้รับอนุมัติ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลังหาอาจมีคำสั่งให้ผิดแผกแตกต่างไปจากข้อสัญญาไม่ได้ และการที่คู่กรณีและผู้เสนอข้อพิพาทได้ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันเพื่อให้เริ่มปฏิบัติการตามสัญญานั้น เมื่อฝ่ายคู่กรณีไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาได้ก็ต้องเป็นฝ่ายผิดสัญญา

(๓) ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๐๓/๒๕๕๒ (ระหว่าง บริษัท จาโก จำกัด ผู้ร้อง กับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล ผู้คัดค้าน) โดยสรุปว่า ข้อตกลงระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้านในสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องกระทำภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ การที่ผู้ร้องและผู้คัดค้านทำ

สัญญาฉบับนี้มีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงเป็นสัญญาที่ไม่มีผลผูกพันผู้ร้องและผู้คัดค้านซึ่งเป็นคู่สัญญาและย่อมส่งผลพลอยทำให้สัญญาในข้อ ๒๖ ซึ่งเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งในสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายดังกล่าว อันเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเพื่อชี้ขาดไม่มีผลบังคับใช้ไปด้วย ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ฉบับลงวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๔๓ ที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาด จึงเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทนั้น และศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

๘.๒ กรณีการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบิลฟิงเกอร์ พลัสเบอร์เกอร์ บาวอัคเคียนเกเซลชาฟท์ (ในนามของกิจการร่วมค้า บีบีซีดี) (โครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ ๓๐/๒๕๔๓ หมายเลขแดงที่ ๓๖/๒๕๔๔)

(๑) สาเหตุแห่งข้อพิพาท เกิดจากผู้เสนอข้อพิพาทและคู่กรณี (การทางพิเศษแห่งประเทศไทย) ได้ตกลงทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง มีกำหนดอายุสัญญา ๔๒ เดือนนับแต่วันที่คู่กรณีได้มีหนังสือบอกกล่าวให้มีการเริ่มงาน ปรากฏว่าการทางพิเศษฯ ไม่สามารถดำเนินการขอใช้สิทธิในเขตทางเพื่อให้ผู้เสนอข้อพิพาทเข้าดำเนินการได้และไม่สามารถดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบก่อสร้างภายในกำหนดเวลา และได้ตกลงกันให้ขยายวันกำหนดแล้วเสร็จออกไป ๑๑ เดือน โดยได้ทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งผู้เสนอข้อพิพาทได้สงวนสิทธิในการปรับราคาคงที่ตามสัญญานั้น ต่อมาก่อนโครงการแล้วเสร็จผู้เสนอข้อพิพาทมีหนังสือแจ้งว่า การที่คู่กรณีส่งมอบสิทธิในเขตทางล่าช้า รวมทั้งการไม่สามารถจัดให้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองพื้นที่ว่างเปล่าของสถานที่ก่อสร้าง และเหตุการณ์ที่คู่กรณีไม่สามารถดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบได้ทันภายในกำหนดเวลาในสัญญา และผู้อนุมัติแบบได้มีคำสั่งให้แก้ไขแบบไปจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญาเป็นจำนวนมากได้ส่งผลกระทบต่อถึงการปฏิบัติงานของผู้เสนอข้อพิพาททำให้ราคาคงที่ตามสัญญาเพิ่มสูงขึ้นเป็นจำนวนมาก และคู่กรณีได้มีหนังสือแจ้งว่าผู้เสนอข้อพิพาทไม่มีสิทธิได้รับการปรับราคาคงที่และการชดเชยค่าใช้จ่ายดังกล่าว และทั้งสองฝ่ายไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ผู้เสนอข้อพิพาทจึงเสนอข้อขัดแย้งต่อคณะอนุญาตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด

(๒) การที่หน่วยงานของรัฐแพ็คดีดังกล่าวในชั้นอนุญาตตุลาการนั้น คณะอนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท สรุปได้ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เหตุการณ์ต่างๆ ซึ่งเป็นเหตุให้มีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จออกไป ๑๑ เดือน ดังที่ผู้เสนอข้อพิพาทกล่าวอ้างจะทำให้ผู้เสนอข้อพิพาทมีสิทธิปรับราคาคงที่หรือไม่ เห็นว่า ตามสัญญากำหนดว่า หากมีเหตุการณ์ใดๆ ตามที่ระบุไว้ในสัญญา อันจะทำให้การทำงานต้องล่าช้าออกไปหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้เดิมโดยมิได้เป็นความผิดของผู้เสนอข้อพิพาทแล้ว ผู้เสนอข้อพิพาทไม่ต้องรับผิดชอบ แต่คู่กรณีหรือรัฐจะเป็นผู้รับภาระนั้นเองโดยการขยายเวลาการก่อสร้างคือปรับวันกำหนดแล้วเสร็จ และชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นโดยปรับราคาคงที่ให้อยู่ในวิสัยที่ปรึกษาฯ ทำหน้าที่เป็นคนกลางพิจารณาและกำหนดปรับวันแล้วเสร็จและราคาคงที่ให้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ดังนั้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ต่างๆ ที่ระบุไว้

ในสัญญาเป็นเงื่อนไขสำหรับการปรับทั้งวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ เมื่อฟังว่าเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้มีสิทธิขอปรับวันกำหนดแล้วเสร็จได้ ก็ทำให้มีสิทธิขอปรับราคาคงที่ได้

ประเด็นที่สอง ผู้เสนอข้อพิพาทได้ดำเนินการขอปรับราคาคงที่โดยชอบด้วยสัญญาและกฎหมายแล้วหรือไม่ เห็นว่า เมื่อผู้เสนอข้อพิพาทมีหนังสือบอกกล่าวถึงวิศวกรที่ปรึกษา เรื่องการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ รวม ๓๐ ฉบับแล้ว โดยระบุรายละเอียดที่กำหนดไว้ครบถ้วน และแจ้งภายใน ๓๐ วัน ตามที่กำหนดในสัญญา เหตุการณ์อันทำให้เกิดความล่าช้าอันเนื่องจากการมอบสิทธิในเขตทางหรือการยื่นแบบและอนุมัติแบบล่าช้าเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง การพิจารณาปรับวันกำหนดแล้วเสร็จหรือราคาคงที่จึงต้องรอเพื่อให้ได้ข้อมูลที่เพียงพอเสียก่อน ซึ่งวิศวกรที่ปรึกษา อาจยกขึ้นพิจารณาเองหรือผู้เสนอข้อพิพาทจะเป็นผู้ร้องขอก็ได้ ข้อคัดค้านของคู่กรณีจึงฟังไม่ขึ้น

ประเด็นที่สาม วิศวกรที่ปรึกษา ได้ให้ความเห็นชอบในการปรับราคาคงที่ที่ชอบตามสัญญาและกฎหมายหรือไม่ เห็นว่า ตามสัญญามีได้กำหนดว่าการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ของวิศวกรที่ปรึกษา จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีก่อน และตามสัญญาก็เห็นได้ว่า ผู้เสนอข้อพิพาทและคู่กรณีได้ยินยอมให้วิศวกรที่ปรึกษา มีอำนาจพิจารณาปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและ/หรือราคาคงที่ตามที่เห็นสมควรได้โดยอิสระในฐานะเป็นคนกลาง มิใช่เป็นตัวแทนของคู่กรณี การที่ในเวลาต่อมาคู่กรณีได้ทำสัญญาว่าจ้างวิศวกรที่ปรึกษา โดยมีเงื่อนไขว่าการอนุมัติดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีก่อนจึงไม่ผูกพันผู้เสนอข้อพิพาท ทั้งยังเป็นการผิดข้อตกลงที่คู่กรณีทำไว้กับผู้เสนอข้อพิพาทด้วย เงื่อนไขดังกล่าวจึงไม่อาจที่จะนำมาใช้แก่กรณีนี้ซึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้เสนอข้อพิพาทที่มีอยู่ตามสัญญาได้ การที่วิศวกรที่ปรึกษา กำหนดปรับราคาคงที่และให้การรับรองจำนวนเงินค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีจึงเป็นการชอบด้วยสัญญาระหว่างผู้เสนอข้อพิพาทและคู่กรณีแล้ว จึงเห็นว่าการให้การรับรองการปรับราคาคงที่ที่เพิ่มขึ้นของวิศวกรที่ปรึกษา เป็นการชอบด้วยสัญญาและกฎหมาย และมีผลผูกพันคู่กรณีตามที่กำหนดในสัญญา

อนึ่ง คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ได้เคยให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า ในการดำเนินงานจัดทำโครงการของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ควรมีการวางแผนการดำเนินงานเป็นภาพรวมให้รัดกุม และให้มีการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ให้เกิดความล่าช้า และความซ้ำซ้อนในการดำเนินงาน เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อรัฐในอนาคต^{๒๔}

ต่อมากระทรวงการคลังได้มีคำสั่งที่ ๑๕๔/๒๕๔๕ ลงวันที่ ๒๔ มิถุนายน ๒๕๔๕ แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่อีกชุดหนึ่ง และคณะกรรมการดังกล่าวได้พิจารณาแล้วได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๕๑๘.๑/ล ๓๙๑ ลงวันที่ ๒๑ สิงหาคม ๒๕๔๕ ถึงผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย สรุปได้ว่า ปรากฏข้อเท็จจริงอัน

^{๒๔} หนังสือคณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กรมบัญชีกลาง ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๕๓๐.๘/๒๕๔๘๘ ลงวันที่ ๒๒ ตุลาคม ๒๕๔๘ ถึงผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย เรื่อง แจ้งผลการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

สำคัญขึ้นใหม่ว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้ร้องทุกข้อต่อพนักงานสอบสวน กองปราบปราม กล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้เกี่ยวข้องร่วมกันกระทำความผิดอันเกี่ยวข้องกับโครงการ ทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง รวมถึงดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐจำนวนหนึ่ง ที่เกี่ยวข้องกับโครงการดังกล่าว โดยเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในเรื่องข้อพิพาท ดังกล่าวด้วย จึงเป็นข้อเท็จจริงสำคัญต้องด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ โดยคณะกรรมการดังกล่าว เห็นว่า คำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบตามข้อ ๕^{๒๕} แห่งระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ ดังนั้น การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด^{๒๖}

(๓) ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๗๗/๒๕๔๙ (ระหว่างบิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจึกับพวก ผู้ร้อง กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้คัดค้าน) โดยสรุปว่า ในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน มีการทุจริตและ ประพฤติมิชอบ โดยเฉพาะ ศ. ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการของผู้คัดค้านในขณะนั้นและเป็นผู้ลงนาม ในสัญญาจ้างดังกล่าวในนามผู้คัดค้านกระทำโดยมิชอบหลายประการ ทั้งผู้ร้องได้ให้ผลประโยชน์ แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อจูงใจให้ ศ. และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการทำ สัญญาโดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง จึงต้องถือว่าในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้อง ผู้ร้องใช้สิทธิ โดยไม่สุจริตและเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงิน ให้แก่ผู้ร้องตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นการขัดต่อความ สงบเรียบร้อยของประชาชน

๘.๓ กรณีสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) (คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาล ยุติธรรม ข้อพิพาทหมายเลขดำที่ ๒๙/๒๕๔๕ หมายเลขแดงที่ ๔/๒๕๔๗)

(๑) สาเหตุแห่งข้อพิพาท เกิดจากการที่บริษัท ไอทีวี จำกัด (ผู้เสนอข้อพิพาท) และสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (คู่กรณี) ได้ลงนามในสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการ สถานีวิทยุโทรทัศนระบบ ยู เอช เอฟ ลงวันที่ ๓ กรกฎาคม ๒๕๓๘ มีสาระสำคัญเป็นการให้

^{๒๕} ข้อ ๕ ถ้าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการ อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นและหน่วยงานของรัฐได้ยินยอมให้ใช้ อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เว้นแต่คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการ อันมิชอบอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ

^{๒๖} หนังสือกระทรวงคมนาคม ด่วนที่สุด ที่ คค ๐๒๐๖/๓๐๒๙ ลงวันที่ ๙ พฤษภาคม ๒๕๔๖ เรื่อง รายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความคืบหน้าในการดำเนินการตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามสัญญา จ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ตามข้อพิพาทหมายเลขดำ ที่ ๓๐/๒๕๔๓ หมายเลขแดงที่ ๓๖/๒๕๔๔

ผู้เสนอข้อพิพาทเป็นผู้เข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ จำนวน ๑ เครื่องข่าย มีกำหนดอายุสัญญา ๓๐ ปี นับแต่วันลงนามในสัญญาเป็นต้นไป จนถึงวันที่ ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๘ โดยข้อ ๑๑ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ กำหนดว่า ผู้เสนอข้อพิพาทต้องนำเสนอรายการประเภทรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์ร่วมกันไม่ต่ำกว่าร้อยละ ๗๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมด และช่วงเวลาระหว่าง ๑๙.๐๐ นาฬิกา ถึง ๒๑.๓๐ นาฬิกา (prime time) จะต้องใช้สำหรับรายการประเภทดังกล่าวเท่านั้น ทั้งนี้ ผู้เสนอข้อพิพาทกับคู่กรณีได้กำหนดไว้ในข้อ ๕ วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ว่า หลังจากวันทำสัญญานี้ หากคู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์ โดยมีการโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ผู้เสนอข้อพิพาทได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงินอย่างรุนแรง เมื่อผู้เสนอข้อพิพาทร้องขอ คู่กรณีจะพิจารณาและเจรจากับผู้เสนอข้อพิพาทโดยเร็วเพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหายที่ผู้เสนอข้อพิพาทได้รับจากผลกระทบดังกล่าว โดยข้อ ๑๕ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ กำหนดว่า ในกรณีมีข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งใดๆ อันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาระหว่างผู้เสนอข้อพิพาทกับคู่กรณี คู่สัญญาตกลงที่จะระงับข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งนั้นด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ต่อมา ผู้เสนอข้อพิพาทได้มีหนังสือขอให้คู่กรณีพิจารณาหามาตรการเพื่อชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสนอข้อพิพาทตามข้อ ๕ วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ โดยอ้างว่าได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงินอย่างรุนแรงจาก ๓ กรณี คือ กรณีที่หนึ่ง กองทัพบกได้ทำสัญญาต่างตอบแทน (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ ๕ พ.ศ. ๒๕๔๑) ลงวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๔๑ ให้บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด เข้าและใช้เวลาออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง ๗ มีกำหนดระยะเวลา ๒๕ ปี นับตั้งแต่วันทำสัญญา และกำหนดค่าเช่าเวลาตลอดอายุสัญญาเป็นเงิน ๔,๖๗๐ ล้านบาท กรณีที่สอง บริษัท ยูไนเต็ด บรอดคาสติ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) หรือ ยูบีซี ซึ่งเป็นผู้ได้รับสัมปทานจากองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย (อ.ส.ม.ท.) ให้บริการโทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิกโดยห้ามมีการโฆษณาทางโทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิกลงกล่าวและกรณีที่สาม สถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งประเทศไทย ช่อง ๑๑ กรมประชาสัมพันธ์ ซึ่งห้ามมิให้มีการโฆษณานั้น ปัจจุบันได้มีการให้บริการโฆษณา และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถเจรจากันได้ ผู้เสนอข้อพิพาทจึงเสนอข้อขัดแย้งต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด

(๒) การที่หน่วยงานของรัฐแพ็คดีดังกล่าวในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท สรุปได้ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ผู้เรียกร้องมีสิทธิเสนอข้อพิพาทในประเด็นค่าเสียหายต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ วินิจฉัยว่า เมื่อผู้เรียกร้องได้ขอให้ผู้คัดค้านดำเนินการกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เรียกร้องแล้ว แต่ผู้คัดค้านเพิกเฉยทำให้ผู้เรียกร้องได้รับความเสียหาย ถือได้ว่ามีข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งอันเกี่ยวกับสัญญาเข้าร่วมงานฯ เกิดขึ้นแล้ว ผู้เรียกร้องจึงมีสิทธิยื่นคำเสนอข้อพิพาทได้ทุกประเด็น รวมทั้งประเด็นค่าเสียหาย ตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาเข้าร่วมงานฯ ข้อ ๑๕

ประเด็นที่สอง ผู้คัดค้านปฏิบัติผิดสัญญาที่ทำไว้กับผู้เรียกร้องหรือไม่ วินิจฉัยว่า กรณีกองทัพบกทำสัญญาต่างตอบแทนกับบริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด นั้น เมื่อข้อ ๕ วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ไม่มีข้อความยกเว้นเรื่องการทำสัญญาใหม่ หรือการต่อสัญญาเดิมระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ประกอบการรายเดิม แสดงว่าคู่สัญญา มีเจตนาให้คุ้มครองทั้งกรณีที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการรายใหม่ และหน่วยงานของรัฐทำสัญญาใหม่หรือต่ออายุสัญญาเดิมกับผู้ประกอบการรายเดิมด้วย ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญากับบุคคลอื่นให้เข้าดำเนินการให้บริการสถานีวิทยุ โทรทัศน์โดยมีการโฆษณา

กรณีสถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งประเทศไทย ช่อง ๑๑ ทำการโฆษณา ในช่วงการถ่ายทอดสดกีฬาซีเกมส์ ครั้งที่ ๒๐ และการแข่งขันกีฬาโอลิมปิกฤดูร้อนปี ๒๐๐๐ และมีการโฆษณาอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐอนุญาตให้บุคคล เข้าดำเนินการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีการโฆษณา

กรณีกรมประชาสัมพันธ์ทำสัญญาเข้าร่วมดำเนินการให้บริการส่ง วิทยุโทรทัศน์ประเภทบอกรับเป็นสมาชิกกับ บริษัท เวลด์สตาร์ ทีวี (ไทยแลนด์) จำกัด เป็นกรณีที่ หน่วยงานของรัฐอนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้

กรณี อ.ส.ม.ท. กับ ยูบีซี แม้ว่า อ.ส.ม.ท. ยังมีได้อนุญาตให้ ยูบีซี โฆษณาได้โดยตรง แต่ตามพฤติการณ์ที่ ยูบีซี ได้ทำการโฆษณาโดยที่ อ.ส.ม.ท. ไม่อาจควบคุมให้ ยูบีซี ระวังการโฆษณาได้โดยเด็ดขาด ถือได้ว่าหน่วยงานของรัฐอนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับ เป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้โดยปริยาย

เป็นเหตุให้ผู้เรียกร้องขายโฆษณาได้น้อยลงเพราะถูกผู้ประกอบการ รายอื่นแย่งส่วนแบ่งค่าขายโฆษณาไปเป็นจำนวนมาก เป็นเหตุให้ผู้เรียกร้องต้องขาดทุน ถือได้ว่า ผู้เรียกร้องได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงินอย่างรุนแรงเข้าเงื่อนไขตามข้อ ๕ วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ เมื่อผู้เรียกร้องได้ร้องขอให้ผู้คัดค้านพิจารณาชดเชยความเสียหาย แต่ผู้คัดค้านไม่รับพิจารณา ผู้คัดค้านจึงปฏิบัติผิดสัญญา

ประเด็นที่สาม เมื่อผู้เรียกร้องได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงิน อย่างรุนแรง ผู้เรียกร้องย่อมได้รับความเสียหาย

ประเด็นที่สี่ คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ผู้คัดค้านชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เรียกร้องตามคำขอ ๓ ประการ ประการที่หนึ่ง คำขอที่ให้ผู้คัดค้านชดเชย ความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๔๑ ถึงปี พ.ศ. ๒๕๔๔ จำนวน ๑,๗๓๐ ล้านบาท วินิจฉัยว่า ให้ผู้คัดค้านชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เรียกร้องเป็นเงินจำนวน ๒๐ ล้านบาท เฉพาะ กรณีกรมประชาสัมพันธ์ยอมให้สถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งประเทศไทย ช่อง ๑๑ มีการโฆษณาได้ เท่านั้น ส่วนคำขอประการที่สอง และคำขอประการที่สาม วินิจฉัยให้ปรับลดผลประโยชน์ตอบแทน ตามข้อ ๕ วรรคหนึ่ง ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ในส่วนจำนวนเงินรับประกันผลประโยชน์ขั้นต่ำให้ ลดลงจากเดิม เหลือเท่ากับจำนวนค่าเช่าอัตราสูงสุดที่บริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด ชำระให้แก่กองทัพบกตามสัญญาต่างตอบแทน ลงวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๔๑

ส่วนการกำหนดเงื่อนไขตามข้อ ๑๑ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ นั้น ให้ชดเชยความเสียหายโดยให้ผู้เรียกร้องสามารถออกอากาศในช่วงเวลา prime time คือ ช่วงเวลาระหว่าง ๑๙.๐๐ นาฬิกา ถึง ๒๑.๓๐ นาฬิกา ได้โดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์เท่านั้น และให้ปรับสัดส่วนการเสนอรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์จากเดิมไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมดเป็นไม่น้อยกว่า ร้อยละ ๕๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมด ทั้งนี้ ภายใต้ข้อบังคับของกฎระเบียบที่ทางราชการออก ใช้บังคับแก่สถานีวิทยุโทรทัศน์โดยทั่วไป

(๓) ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษา ที่ อ. ๓๔๙/๒๕๕๙ (ระหว่าง สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ร้อง(ผู้ฟ้องคดี) กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้าน (ผู้ถูกฟ้องคดี)) โดยสรุปว่า ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเมื่อผู้คัดค้านได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้เข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ แล้ว ก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา ผู้คัดค้านได้ร้องขอให้เพิ่มเติมข้อสัญญา จนกระทั่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้เพิ่มเติมเป็นข้อ ๕ วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ซึ่งระบุว่า “หลังจากวันทำสัญญานี้ หากสำนักงาน(ผู้ร้อง) หรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการกิจการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์ โดยมีการโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ผู้เข้าร่วมงาน(ผู้คัดค้าน)ได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของผู้เข้าร่วมงานอย่างรุนแรง เมื่อผู้เข้าร่วมงานร้องขอ สำนักงานจะพิจารณาและเจรจากับผู้เข้าร่วมงานโดยเร็ว เพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหายที่ผู้เข้าร่วมงานได้รับจากผลกระทบดังกล่าว” ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า การเพิ่มเติมข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นไว้แล้วในสาระสำคัญ และเป็นการเพิ่มเติมข้อสัญญาภายหลังจากที่ได้รับคัดเลือก อันไม่เป็นธรรมเนียมแก่เอกชนรายอื่นที่เสนอตัวเข้าร่วมงานหรือดำเนินการดังกล่าวแล้ว ยังเป็นการเกินอำนาจของผู้ร้องซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ไม่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐ ซึ่งหากจะให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย ก็จะต้องให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อน ดังนั้น การเพิ่มเติมข้อ ๕ วรรคสี่ เข้าไว้ในสัญญาเข้าร่วมงานฯ โดยมิได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี จึงขัดต่อมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ สัญญาเข้าร่วมงานฯ ข้อ ๕ วรรคสี่ จึงไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยว่าผู้ร้องปฏิบัติผิดสัญญาเข้าร่วมงานฯ ข้อ ๕ วรรคสี่ จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา ๔๐ วรรคสาม (๒) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ส่วนสัญญาเข้าร่วมงานฯ ในข้ออื่น ๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ความเห็นชอบไว้แล้วย่อมมีผลผูกพันรัฐได้ตามกฎหมาย

สำหรับกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยให้ผู้ร้องชดเชยความเสียหายโดยให้ผู้คัดค้านสามารถออกอากาศในช่วงเวลา prime time คือ ช่วงเวลาระหว่าง

๑๙.๐๐ นาฬิกา ถึง ๒๑.๓๐ นาฬิกา ได้โดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์เท่านั้น และให้ปรับสัดส่วนการเสนอรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์จากเดิมไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมด เป็นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมดนั้น เห็นว่า สัญญาเข้าร่วมงานฯ นี้เป็นสัญญาที่รัฐให้สัมปทานแก่ผู้คัดค้านในการจัดให้มีสถานีวิทยุโทรทัศน์และดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน์อันเป็นบริการสาธารณะ โดยมีการกำหนดไว้ในข้อ ๑๑ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ ว่า ผู้คัดค้านต้องนำเสนอรายการประเภทข่าว สารคดี และสารประโยชน์ รวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมด และระยะเวลาระหว่าง ๑๙.๐๐ นาฬิกา ถึง ๒๑.๓๐ นาฬิกา นั้น จะต้องใช้สำหรับรายการประเภทนี้เท่านั้น ซึ่งสัญญาข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะและเป็นวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์นี้ขึ้นมา คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้จึงมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐ มิใช่อยู่ในอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเพียงเอกชนที่ได้รับแต่งตั้งจากคู่สัญญาให้มาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาเข้าร่วมงานฯ ซึ่งข้อพิพาทตามสัญญาเข้าร่วมงานฯ ระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความเสียหายของผู้คัดค้านและการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้คัดค้าน มิใช่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อ ๑๑ ของสัญญาเข้าร่วมงานฯ อันเป็นสาระสำคัญของการให้สัมปทานการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องนี้แก่ผู้คัดค้าน คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้จึงเป็นกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา ๕๐ วรรคสาม (๒) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕

๙. ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ ประกอบกับคำชี้แจงของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและข้อมูลต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว มีความเห็นดังนี้

๙.๑ ข้อดีและข้อเสียของการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

ข้อดีของการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการ

(๑) การนำข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเข้าสู่การพิจารณาของศาลโดยตรง ทำให้สามารถรักษาประโยชน์ของรัฐและสาธารณะได้ดีกว่าการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองเป็นผู้เชี่ยวชาญหลักกฎหมายปกครอง ต่างจากอนุญาโตตุลาการซึ่งมักจะแต่งตั้งจากผู้มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายเอกชน ซึ่งเหมาะสำหรับการระงับข้อพิพาทในทางธุรกิจของเอกชน

(๒) เป็นการป้องกันปัญหาที่อาจเกิดการทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือความขัดแย้งของผลประโยชน์ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้บริหารของ

หน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือบุคคลภายนอก แล้วแต่กรณี ได้เข้าไปมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับโครงการของรัฐ เช่น เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้รับสัมปทาน หรือเคยได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากบริษัทผู้รับสัมปทาน หรือมีความใกล้ชิดกับบริษัทผู้รับสัมปทาน เป็นต้น และบุคคลเหล่านั้นอาจเป็นผู้มีอำนาจในการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือได้รับการตั้งให้เข้าปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับพิพาทในโครงการดังกล่าว โดยมีการปกปิดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นกลางในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในคดีนั้นไว้ ส่วนการพิจารณาในศาลโดยเฉพาะศาลปกครองซึ่งใช้ระบบไต่สวน ศาลอาจตรวจพบข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ดีกว่า

ข้อเสียของการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการ

(๑) การยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน จะทำให้ข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในสัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง หรือข้อพิพาททางสัญญานั้นจะมีจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทเพียงเล็กน้อยก็ตาม ก็ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลทั้งสิ้น ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางศาลที่ยาวนานกว่าการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีวิธีพิจารณาที่ยืดหยุ่นและรวดเร็วกว่า

(๒) การยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน จะทำให้ผู้ลงทุนจากต่างประเทศขาดความเชื่อมั่นในระบบกฎหมายภายใน วิธีการระงับข้อพิพาท และกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทย ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศใช้เป็นข้อมูลในการตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศต่างๆ และอาจทำให้ผู้ลงทุนจากต่างประเทศที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบในการต่อสู้คดีมากขึ้น

(๓) เป็นการกระทบต่อเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ซึ่งมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ เพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาชาติ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นเข้าสู่ศาลอีกทางหนึ่ง

(๔) อาจส่งผลกระทบต่อความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงการค้าเสรี โดยรัฐคู่เจรจาอาจไม่ประสงค์จะเจรจากับประเทศไทยหากไม่ยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นการขัดกับหลักที่เป็นมาตรฐานสากลและเป็นหัวใจสำคัญของความตกลงที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน

๔.๒ ผลกระทบต่อการส่งเสริมให้มีการยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยและไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม โดยที่ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในนานาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งตลอดเวลาที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายหลายฉบับ เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย และให้สอดคล้องกับหลักกฎหมาย

อนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อจูงใจให้นักธุรกิจและนักกฎหมายต่างประเทศเลือกใช้ประเทศไทยเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในภูมิภาคอีกด้วย อันได้แก่ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕^{๓๐} พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี พ.ศ. ๒๕๔๓ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ ๓๗๔) พ.ศ. ๒๕๔๓^{๓๑} พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีวะและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ ออกตามความในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑^{๓๒} ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕^{๓๓} และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕^{๓๔}

นอกจากนี้ ประเทศไทยมีนโยบายส่งเสริมการค้าและการลงทุนจากต่างประเทศ โดยได้จัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral

^{๓๐} โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาชาติและส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลอีกทางหนึ่ง

^{๓๑} ยกเว้นอากรแสตมป์ให้แก่ “อนุญาโตตุลาการ เฉพาะตราสารคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” เพื่อเป็นการส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ประกอบกับเพื่อให้เป็นแนวทางเดียวกับทางปฏิบัติของนานาชาติ

^{๓๒} เนื่องจากปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย สมควรกำหนดยกเว้นให้คนต่างด้าวสามารถปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการรวมถึงว่าต่างแตกต่างในชั้นอนุญาโตตุลาการได้

^{๓๓} สำนักนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือที่ นร (กพ) ๑๒๐๒/ว ๑๑๖ ลงวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๓๕ แจ้งเวียนให้ส่วนราชการทราบว่า เนื่องจากได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ออกใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน ๒๕๓๕ ให้กำหนดตัวอย่างสัญญาต่าง ๆ ตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดขึ้น โดยมีข้อสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ในแบบสัญญาจ้างเป็นข้อ ๒๑ กรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการ

^{๓๔} เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปในแนวทางเดียวกัน และเพื่อสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมสนับสนุนการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและเศรษฐกิจของประเทศ

Investment Treaty-BIT) ที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ จนถึงปัจจุบันรวม ๔๒ ฉบับ โดยแบ่งเป็นประเทศในสหภาพยุโรป เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ราชอาณาจักรสวีเดน สาธารณรัฐโปแลนด์ สาธารณรัฐฟินแลนด์ หรือสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ หรือประเทศในภูมิภาค ได้แก่ ราชอาณาจักรกัมพูชา สาธารณรัฐประชาชนจีน สาธารณรัฐอินโดนีเซีย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนเกาหลี หรือสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นต้น ในการจัดทำความตกลงดังกล่าวภาคีสัญญาจะกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement) ไว้ในความตกลงนั้นด้วย โดยทั่วไปจะมีข้อกำหนดให้ใช้ศูนย์การระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (The International Centre for the Settlement of Investment Disputes-ICSID) ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Washington, 18 March 1965) ทั้งนี้ ประเทศไทยได้ลงนามอนุสัญญาดังกล่าวแล้วเมื่อวันที่ ๖ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๖๕ แต่ปัจจุบันยังมิได้ให้สัตยาบัน ดังนั้น ในการจัดทำสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ประเทศไทยจึงกำหนดเงื่อนไขว่าจะใช้ ICSID ต่อเมื่อประเทศไทยและคู่ภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว หรือกำหนดให้ผู้ลงทุนอาจเลือกเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) เป็นกระบวนการที่คู่พิพาทจะต้องดำเนินการต่าง ๆ เอง หรือโดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจระหว่างประเทศซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) เป็นต้น

การยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการอาจเป็นการไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ กับนานาประเทศ อาทิเช่น สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน (BIT) หรือข้อตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA) หรือกรณีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเงื่อนไขสำคัญในการกู้ยืมเงินของสถาบันการเงินต่าง ๆ รวมตลอดถึงแหล่งเงินทุนจากองค์กรช่วยเหลือรายใหญ่

๔.๓ แนวทางปฏิบัติของต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

(๑) ประเทศที่ให้มีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐอาร์เจนตินา เครือรัฐออสเตรเลีย สาธารณรัฐอินเดีย สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี สาธารณรัฐตุรกี สหรัฐเม็กซิโก บรูไนดารุสซาลาม มาเลเซีย สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม และสาธารณรัฐสิงคโปร์ เป็นต้น

(๒) ประเทศที่ยังมีข้อจำกัดการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส (มีข้อจำกัดห้ามหน่วยงานของรัฐใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เว้นแต่มีบทกฎหมายเฉพาะให้อำนาจไว้) สหพันธ์รัฐรัสเซีย ยูเครน ราชอาณาจักรซาอุดีอาระเบีย (มีข้อจำกัดห้ามมิให้มีการใช้

วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทกับหน่วยงานของรัฐ เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีหรือตามที่คณะรัฐมนตรีมีมติ) และประเทศเวเนซุเอลา (ที่ยอมรับให้มีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเชิงพาณิชย์เท่านั้น)

๙.๔ ผลการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการที่มีต่อกฎหมายเฉพาะ

โดยหลักการของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ในมาตรา ๑๕^{๖๖} ได้บัญญัติเป็นหลักการทั่วไปว่าคู่สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอาจตกลงใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บังคับให้การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนต้องมีข้อผูกมัดให้ใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทุกฉบับแต่อย่างใด สำหรับการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการตามร่างกฎหมายของกระทรวงยุติธรรมนั้น ไม่มีผลกระทบต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ กล่าวคือ

(๑) กรณีที่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้ต้องมีการระงับข้อพิพาทต้องกระทำโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น

มาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ บัญญัติว่า

“มาตรา ๕๓ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ผู้รับสัมปทานแก้ไขเหตุที่จะสั่งเพิกถอนสัมปทานตามมาตรา ๕๒ และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามสัมปทานหรือไม่ ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ ให้ดำเนินการระงับโดยอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนดในสัมปทาน และในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ หรือไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิหรือประโยชน์ทั้งหมดหรือบางส่วนหรือเพิกถอนสัมปทานได้”

มาตรา ๑๗ (๘) แห่งพระราชบัญญัติองค์การร่วมไทย-มาเลเซีย พ.ศ. ๒๕๓๓ บัญญัติว่า “ข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งใด ๆ ซึ่งเกิดจากหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาซึ่งไม่สามารถตกลงกันได้โดยฉันทามติ ให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีองค์คณะที่ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ ๓ คน เพื่อชี้ขาด โดยคู่กรณีเป็นผู้ตั้งฝ่ายละหนึ่งคน และให้คู่กรณีร่วมกันตั้งคนที่สาม หากคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ในการเลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สามภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ให้เสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL) เพื่อตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามกฎของคณะกรรมการดังกล่าว สถานที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้อยู่ที่กรุงเทพมหานครหรือกรุงกัวลาลัมเปอร์ หรือสถานที่อื่นใดตามแต่คู่กรณีจะตกลงกัน”

กรณีดังกล่าวข้างต้น การยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการตามร่างกฎหมายของกระทรวงยุติธรรม จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ และหน่วยงานของรัฐยังคงต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะนั้น

^{๖๖}มาตรา ๑๕ ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

(๒) กรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าอาจใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนด เช่น มาตรา ๒๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ บัญญัติว่า “ในกรณีที่สมาชิกของตลาดหลักทรัพย์มีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวเนื่องกับการซื้อหรือขายหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ระหว่างสมาชิกด้วยกันเอง หรือระหว่างสมาชิกกับลูกค้าของสมาชิก คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องต่อตลาดหลักทรัพย์เพื่อขอให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ”

มาตรา ๔๗ แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ บัญญัติว่า

“มาตรา ๔๗ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองลูกค้าและเพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยรวดเร็วและเป็นธรรม ลูกค้าอาจขอให้มีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งสำนักงาน ก.ล.ต. จัดให้มีขึ้นได้โดยมีหนังสือแจ้งความประสงค์ไปยังผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้รับหนังสือแล้ว ให้ถือว่าทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ข้อพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาตามวรรคหนึ่งนั้น ต้องมีจำนวนทุนทรัพย์ไม่เกินจำนวนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”

กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ไม่ใช่กรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้เมื่อเข้าเงื่อนไขของกฎหมาย ดังนั้น การยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้

๔.๕ ความจำเป็นในการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ เห็นว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน มีหลักการที่เป็นไปตามกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) และสอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศที่กำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน และเป็นที่ยอมรับของผู้ลงทุนทั่วไปจากต่างประเทศ นอกจากนี้ แนวทางในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนและบทกฎหมายภายในของประเทศไทย ถือเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่สร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศที่จะเข้ามาลงทุนร่วมกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยว่า ในการระงับข้อพิพาททางสัญญากับหน่วยงานของรัฐที่เกิดขึ้นนั้นคู่สัญญาจะได้รับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีที่รวดเร็วและเป็นธรรมตามหลักมาตรฐานสากล ซึ่งการเสนอแก้ไขกฎหมายเพื่อห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนดังกล่าว ทำให้บทกฎหมายภายในและแนวทางการระงับข้อพิพาททางสัญญาดังกล่าวจะต้องเข้าสู่การพิจารณาและวินิจฉัยคดีโดยศาลเท่านั้น ย่อมมีผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของผู้ลงทุน การเจรจาทางการค้า การจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ และการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

๔.๖ ปัญหาเกี่ยวกับการใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ

เนื่องจากในปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ในหลายกรณีโดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐ ได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญา และปรากฏว่าในหลายโครงการของรัฐ จะเกิดปัญหาข้อพิพาททางสัญญาและหน่วยงานของรัฐหลายแห่งต้องตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาตตุลาการนั้น เห็นว่า ปัญหาการที่หน่วยงานของรัฐหลายแห่งต้องตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาตตุลาการ มิได้มีสาเหตุมาจากบทบัญญัติมาตรา ๑๕^{๓๓} แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ที่บัญญัติให้คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ แต่ปัญหาดังกล่าวน่าจะมีสาเหตุมาจากขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้

ก. ปัญหาการจัดทำสัญญา

(๑) หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้จัดทำสัญญาไม่มีเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญทั้งในด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของสัญญา ด้านเทคนิคการเขียนสัญญา และในด้านเนื้อหาสาระของสัญญา จึงร่างสัญญาที่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ ทั้ง ๆ ที่ในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น ตามหลักของสัญญาทางปกครอง หน่วยงานของรัฐสามารถกำหนดรายละเอียดของสัญญาที่ทำให้หน่วยงานของรัฐได้เปรียบเอกชนได้ เมื่อส่งร่างสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา พนักงานอัยการที่ตรวจสัญญาจะมีความรู้ ความเชี่ยวชาญในรายละเอียดของสัญญาที่เป็นเรื่องทางเทคนิค จึงตรวจสัญญาเฉพาะในกรอบว่า ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ไม่สามารถตรวจสัญญาว่าหน่วยงานของรัฐเสียเปรียบหรือไม่

(๒) ข้อพิพาทอาจเกิดจากการมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยพบว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนมีพฤติการณ์ฉ้อฉล เอื้อประโยชน์แก่เอกชน เช่น กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๗๗/๒๕๔๙ (ระหว่างบิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจึกับพวก ผู้ร้อง กับทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้คัดค้าน) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ลงนามในสัญญาดังกล่าวโดยปิดบังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการส่งมอบพื้นที่ และในขณะที่ลงนามไม่มีการว่าจ้างวิศวกรที่ปรึกษาเพื่อให้คำแนะนำเกี่ยวกับการปฏิบัติด้านวิศวกรรม ในการก่อสร้าง จนเป็นเหตุให้ถูกผู้ร้องนำไปใช้เป็นข้ออ้างในการขยายระยะเวลาและเรียกเร่งค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมในเวลาต่อมา เป็นต้น

ข. ปัญหาการบริหารสัญญา

ข้อพิพาทอาจเกิดจากความล่าช้าของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติตามสัญญาหรือการที่หน่วยงานของรัฐปฏิบัติผิดเงื่อนไขในสัญญา โดยพบว่ามีสาเหตุจากหลายประการ เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงงาน การส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างล่าช้า การออกแบบผิด การอนุมัติล่าช้า ขาดการประสานงานที่ดีของฝ่ายต่าง ๆ เหตุสุดวิสัย สภาพอากาศไม่เอื้ออำนวย การหยุดงาน และการขาดแคลนแรงงานหรือวัสดุ เป็นต้น

^{๓๓}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓๖, ข้างต้น

ค. ปัญหาการตั้งอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาททางสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน นอกจากต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาวิชาที่กำลังมีข้อพิพาทนั้นแล้ว จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่ปรากฏว่าในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทที่ผ่านมานั้น ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งมักจะมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเอกชน ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชน จึงไม่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ถูกต้องตามหลักกฎหมายปกครอง เหมือนกับการวินิจฉัยโดยศาลปกครอง

ดังนั้น อาจสรุปสาเหตุที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้น การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ว่า เกิดจากปัญหาการจัดทำสัญญา ปัญหาการบริหาร สัญญา และปัญหาการตั้งอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้เกิดปัญหาจากระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งมี ประสิทธิภาพและเหมาะสมกว่าการดำเนินคดีในศาล ซึ่งปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขปัญหา ได้โดยทางการบริหารงานของหน่วยงานต่าง ๆ นั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุโตตุลาการฯ ตามร่างกฎหมายที่กระทรวง ยุติธรรมเสนอแก้ไขมา

ข้อเสนอแนะ

ก. ในชั้นการตรวจพิจารณาร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับ เอกชนนั้น หน่วยงานของรัฐควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ ดังนี้

(๑) ในกรณีร่างสัญญาสัมปทานหรือร่างสัญญาที่หน่วยงานของรัฐ พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องจำเป็นและให้เกิดความรอบคอบในการจัดทำร่างสัญญา ก็ควรจัดให้ มีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะสาขาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในพื้นที่ปฏิบัติการตามร่างสัญญานั้น เข้าร่วมกัน เป็นคณะกรรมการตรวจพิจารณาร่างสัญญา เพื่อให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับอุปสรรคต่าง ๆ ในพื้นที่ ที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างดำเนินการตามสัญญาและความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตามข้อสัญญา พร้อมทั้งหาแนวทางแก้ไขปัญหที่อาจจะเกิดขึ้นร่วมกันกับคู่สัญญา เช่น ปัญหาการส่งมอบพื้นที่ เพื่อดำเนินการตามสัญญาล่าช้าจากสาเหตุต่าง ๆ การยื่นแบบและอนุมัติแบบล่าช้า หรือการ ประท้วงต่อต้านของประชาชนในพื้นที่ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหที่อาจจะเกิดขึ้น ในการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวมิให้เกิดเป็นข้อพิพาทต่อไป

(๒) ในข้อสัญญาควรกำหนดให้มีวิธีการระงับข้อพิพาทเบื้องต้นขึ้นใน หน่วยงานเจ้าของโครงการเสียก่อนที่จะเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด อันได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) โดยมีบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางให้ การช่วยเหลือคู่สัญญาในการหาทางออกของปัญหาความขัดแย้ง โดยคู่สัญญาจะเป็นผู้พิจารณา ตัดสินใจในการบรรลุข้อตกลงร่วมกันเพื่อระงับข้อพิพาทนั่นเอง ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยการ ไกล่เกลี่ยนี้ จะทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสรับทราบถึงข้อโต้แย้ง ปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในปฏิบัติตามสัญญา เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบก่อสร้าง การตีความใน ข้อสัญญา หรือเหตุสุดวิสัย เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวได้รับการแก้ไขและ หาทางออกร่วมกันโดยเร็ว

ข. การบริหารสัญญา

(๑) ควรจัดให้มีหน่วยงานของรัฐ หรือระบบการตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อสัญญา เพื่อให้การปฏิบัติตามข้อสัญญามีความต่อเนื่องและถูกต้องตามสัญญา

(๒) เมื่อพบการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือมีความล่าช้าในการดำเนินงาน ให้รีบแจ้งคู่สัญญาทราบ เพื่อเป็นการดำเนินการแก้ไขปัญหาล่วงหน้าและระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นต่อไป

ค. การพิจารณาคัดเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ นอกจากต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระตามมาตรา ๑๙ แล้ว ความรอบรู้และเชี่ยวชาญในสัญญาภาครัฐของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการถือเป็นสิ่งสำคัญในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือทำการแต่งตั้งบุคคลที่มีประสบการณ์การในการพิจารณาคดีปกครอง หรือพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือทำการสอนวิชากฎหมายมหาชนในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐเป็นอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ง. การแก้ไขปัญหการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน อาจกระทำโดยอาศัยมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งวิธีการนี้ก็มีการใช้กัน ในบางประเทศ เช่น ราชอาณาจักรซาอุดีอาระเบีย สหพันธรัฐรัสเซีย และยูเครน การที่มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน กำหนดว่า “๑. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางการปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” ทั้งนี้ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ กับนานาประเทศ อาทิเช่น สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน (BIT) หรือข้อตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA) หรือกรณีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเงื่อนไขสำคัญในการกู้ยืมเงินของสถาบันการเงินต่าง ๆ รวมตลอดถึงแหล่งเงินทุนจากองค์กรช่วยเหลือรายใหญ่ รวมถึงปัญหาอื่นใดที่จะมีตามมาในภายหลังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงอาจนำประเด็นปัญหาหรือความจำเป็นหรือข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้นั้น เสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ได้ ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะได้ตรวจสอบถึงความเหมาะสมของสัญญาได้ด้วย

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กรกฎาคม ๒๕๕๓