

ด่วนที่สุด

ที่ นร ๑๑๐๔/๕๐๙๘



สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี
รับที่ 8349
วันที่ 4 พ.ย. 2553 14.40

เลข 4340
วันที่ 4 พ.ย. 3
เวลา 15.00 น.

สำนักงานคณะกรรมการ
พัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ
๙๖๒ ถนนกรุงเกษม กรุงเทพฯ ๑๐๑๐๐

๕ พฤศจิกายน ๒๕๕๓

เรื่อง การทบทวนมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

เรียน เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

สิ่งที่ส่งมาด้วย สรุปการประชุมหารือ การทบทวนมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

ด้วยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ขอเสนอเรื่อง การทบทวนมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน มาเพื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณา โดยเรื่องที่เสนอดังกล่าวนี้นี้เข้าข่ายที่จะต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๕๓ ที่รับทราบผลการประชุมคณะกรรมการ กรอ. ครั้งที่ ๕/๒๕๕๓ เมื่อวันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๕๓ เรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้ต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีภายใน ๑ เดือน ทั้งนี้ เรื่องดังกล่าวมีรายละเอียด ดังนี้

๑. เรื่องเดิม

๑.๑ วันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ คณะรัฐมนตรีมีมติรับทราบผลการประชุมคณะกรรมการ กรอ. ครั้งที่ ๘/๒๕๕๒ เมื่อวันที่ ๑๘ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ เรื่อง การทบทวนมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า ให้องค์กรของรัฐสามารถพิจารณาระบุในสัญญากับเอกชนให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทได้ตามความจำเป็นและสมควรต่อสถานการณ์ ตามที่คณะกรรมการร่วมภาคเอกชน ๓ สถาบัน (กกร.) เสนอ โดยมีมติรับทราบความเห็นของที่ประชุมถึงข้อจำกัดการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และเร่งรัดชี้แจงหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องให้เข้าใจถึงมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ ว่าไม่ได้เป็นข้อห้ามต่อหน่วยงานภาครัฐในการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท และมอบหมายประธานผู้แทนการค้าไทยประมวลเรื่องการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท และให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป

/๑.๒ วันที่...

๑.๒ วันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๕๓ คณะรัฐมนตรีมีมติรับทราบผลการประชุมคณะกรรมการ กรอ. ครั้งที่ ๕/๒๕๕๓ เมื่อวันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๕๓ เรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นเรื่องสืบเนื่องจากมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ที่รับทราบผลการประชุมคณะกรรมการ กรอ. ครั้งที่ ๘/๒๕๕๒ เมื่อวันที่ ๑๘ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ในเรื่องการทบทวนมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ โดยมีมติมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นเจ้าภาพจัดให้มีการหารือร่วมกันกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและภาคเอกชนเพื่อหาข้อสรุปทางนโยบาย และนำเสนอคณะรัฐมนตรีภายใน ๑ เดือน

๒. มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง

๒.๑ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ (เรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ได้มีมติเห็นชอบในประเด็นเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ดังนี้ “๑. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ๒. สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น ๓. ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา”

๒.๒ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ พฤษภาคม ๒๕๔๗ (เรื่อง มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ เรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ได้มีมติเห็นชอบว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำ “สัญญาสัมปทาน” เท่านั้น

๒.๓ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ (เรื่องการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) ให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ ๑ เป็น “๑. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหา หรือมีความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

๓. เหตุผลความจำเป็นที่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๕๓ รับทราบผลการประชุมคณะกรรมการ กรอ. ครั้งที่ ๕/๒๕๕๓ เมื่อวันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๕๓ เรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ใน

/เรื่อง...

เรื่องการทบทวนมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๕๒ ที่ได้มีมติมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นเจ้าภาพจัดให้มีการหารือร่วมกันกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและภาคเอกชนเพื่อหาข้อสรุปทางนโยบาย และนำเสนอคณะรัฐมนตรีภายใน ๑ เดือน

๔. สาระสำคัญ

เมื่อวันที่ ๑๔ ตุลาคม ๒๕๕๓ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (สศช.) ได้เป็นเจ้าภาพจัดการประชุมหารือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐ เอกชน และนักวิชาการ ได้แก่ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี สำนักงานผู้แทนการค้าไทย กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด ศาลปกครอง สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ สถาบันวิจัยรพี พัฒนศักดิ์ และสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ณ สศช. สรุปผลการหารือได้ดังนี้

๔.๑ ภายหลังจากคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๕๒ ว่าไม่ควรเขียนระบุให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการทำสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน แต่ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไปนั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้มีหน่วยงานต่าง ๆ ได้แก่กระทรวงคมนาคม กระทรวงพลังงาน กระทรวงมหาดไทย กระทรวงการคลัง นำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อขออนุมัติการใช้วิธีอนุญาตตุลาการในสัญญา และคณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติตามที่หน่วยงานเสนอ โดยโครงการส่วนหนึ่งเป็นโครงการด้านเงินกู้ทั้งที่รัฐบาลไทยเป็นผู้กู้และเป็นผู้ให้กู้ ซึ่งแหล่งเงินกู้ต่างประเทศระบุให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในสัญญา และบางโครงการมีความสำคัญหรือมีความจำเป็นต่อประเทศซึ่งคู่สัญญากำหนดให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการเท่านั้น ทำให้ฝ่ายรัฐจำเป็นต้องใช้วิธีอนุญาตตุลาการอย่างไม่มีทางเลือก

๔.๒ โครงการที่ระบุให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการส่วนใหญ่เป็นโครงการที่มีมูลค่าสูง ซึ่งคู่สัญญาต้องการที่จะปกป้องผลประโยชน์และป้องกันความเสี่ยง การที่รัฐบาลไทยไม่อนุญาตให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในโครงการที่ต้องทำสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน อาจทำให้คู่สัญญาบวกราคาใช้จ่ายแฝงด้านความเสี่ยงในโครงการซึ่งอาจทำให้ต้นทุนของโครงการสูงขึ้น และส่งผลกระทบต่อผู้ใช้บริการส่วนรวมได้

๔.๓ ข้อดีและข้อเสียของการยกเลิกระบบอนุญาตตุลาการ

๔.๓.๑ ข้อดี ได้แก่ (๑) การนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศาลโดยตรง ทำให้สามารถรักษาประโยชน์สาธารณะได้ดีกว่าการใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ ซึ่งนักวิชาการบางรายเห็นว่าอาจไม่เกิดขึ้น เนื่องจากการตัดสินใจจะต้องเกิดจากผู้รู้ แต่ปัญหาของสัญญาขนาดใหญ่ที่เกิดขึ้น ส่วนใหญ่จะขาดบุคลากรที่เข้าใจข้อเท็จจริงทำให้ไม่สามารถรักษาผลประโยชน์ของรัฐได้ (๒) ป้องกันปัญหาที่อาจเกิดการ

/ทุจริตและ

ทุจริตและการประพฤติดีมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐหรือผู้บริหารของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือบุคคลภายนอก แล้วแต่กรณี ได้เข้าไปมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับโครงการของรัฐ ในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

๔.๓.๒ ข้อเสีย ได้แก่ (๑) ทำให้ข้อพิพาททางสัญญาต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลทั้งสิ้น (๒) กระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติ (๓) กระทบต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ในการพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการในประเทศไทย (๔) อาจส่งผลกระทบต่อภาระการเจรจาตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงการค้าเสรี โดยรัฐคู่เจรจาอาจไม่ประสงค์จะเจรจากับประเทศไทยหากไม่ยอมรับกระบวนการอนุญาตตุลาการ (๕) ทำให้อำนาจในการต่อรองทางการค้าและการลงทุนระหว่างหน่วยงานของรัฐที่มีต่อนักลงทุนต่างประเทศลดน้อยลง

๔.๔ ข้อเสนอแนะทางการทบทวนมติคณะรัฐมนตรี

๔.๔.๑ จำกัดประเภทของข้อพิพาทที่ควรหรือไม่ควรใช้วิธีอนุญาตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาท เช่น ข้อพิพาททางปกครอง ขนาดของโครงการ แหล่งเงินทุนของโครงการ เป็นต้น ซึ่งอาจเกิดปัญหาในการตีความในทางปฏิบัติตามมาได้

๔.๔.๒ เปิดกว้างให้สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนสามารถใช้วิธีอนุญาตตุลาการได้ แต่หากสัญญาทางปกครองหรือสัญญาสัมปทานใดที่รัฐเห็นว่าจะกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ หรือความมั่นคงของประเทศแล้ว อาจพิจารณาสิทธิในการไม่ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในสัญญา โดยนำเสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นกรณีไป ซึ่งจะช่วยสร้างภาพลักษณ์ของประเทศและสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุน

๔.๔.๓ อย่างไรก็ดี หากมีการเปิดกว้างให้สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท อาจมีการนำวิธีอนุญาตตุลาการไปใช้ในสัญญาที่ไม่เหมาะสม เช่น สัญญาที่มีขนาดเล็กหรือมูลค่าไม่สูง หรือสัญญาของรัฐบาลในระดับท้องถิ่น ดังนั้นจึงควรมีการเตรียมการรองรับวิธีการระงับข้อพิพาทในโครงการขนาดเล็ก โดยอาจตั้งแผนกชำนาญพิเศษในศาล เช่น ศาลแผนกคดีก่อสร้าง เป็นต้น ซึ่งจะเป็นการช่วยลดจำนวนข้อพิพาทที่จะไปใช้วิธีอนุญาตตุลาการซึ่งมีค่าใช้จ่ายสูง และยังเป็นการพัฒนากระบวนการคดีพิเศษของไทยด้วย

๔.๔.๔ นอกจากนี้ ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการ ซึ่งหน่วยงานต่างๆ เห็นว่า การที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ไม่ได้เกิดจากระบบอนุญาตตุลาการ แต่เกิดจากปัญหาทางการบริหารจัดการในการจัดทำสัญญา การบริหารสัญญา และการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ จึงควรจะได้มีการเสริมสร้างขีดความสามารถของบุคลากรด้านกฎหมายของหน่วยงานต่างๆ และพัฒนาระบบการบริหารจัดการสัญญาที่มีประสิทธิภาพ โดยมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนเป็นหน่วยงานรับผิดชอบ

/๔. ข้อเสนอ...

๕. ข้อเสนอของส่วนราชการ

๕.๑ รับทราบผลการหารือตามข้อ ๔

๕.๒ เห็นควรปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ จาก "๑. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือมีความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป" เป็น "๑. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ อาจจะระบุในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดได้ แต่หากมีปัญหา หรือมีความจำเป็น ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาวิธีการระงับข้อพิพาทเป็นรายๆ ไป"

๕.๓ มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนเป็นหน่วยงานรับผิดชอบหลัก โดยร่วมกับกระทรวงยุติธรรม และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ในการเสริมสร้างขีดความสามารถของบุคลากรด้านกฎหมายของหน่วยงานต่างๆ และการพัฒนาระบบการบริหารจัดการสัญญาที่มีประสิทธิภาพ

จึงเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณานำเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป

ขอแสดงความนับถือ



(นายอาคม เติมพิทยาไพสิฐ)

เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

สำนักพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ

โทร. ๐ ๒๒๘๐ ๔๐๘๕ ต่อ ๓๓๓๓ โทรสาร ๐ ๒๒๘๑ ๑๘๒๑

E-mail chuwit@ncsdb.go.th