

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ
ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติ
การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ปณิตา เป้าอันพงษ์กุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2559

**Legal Problems Relating to the Dispute Resolution by an Arbitration
under a Contract for the Private Participation in State Undertaking
Under the Private Participation in State Undertaking Act, B.E. 2556**

Panita Paoanphongkul

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2016

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556
ชื่อผู้เขียน	ปณิดา เป้าอันพงษ์กุล
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
สาขาวิชา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาแนวคิด หลักการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศและประเทศไทย อีกทั้ง วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ตลอดจนหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ และเหมาะสมถูกต้องตามหลักการทางกฎหมาย และสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างแท้จริง

จากการศึกษา พบว่า เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 สามประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่งคือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประการที่สอง คือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพ.ศ. 2556 และประการสุดท้าย คือ มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้

เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งปัญหาทั้ง 3 ประการข้างต้น ถือเป็นอุปสรรคในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นควรนำแนวคิด หรือกฎหมายต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี อังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล และสาธารณรัฐโครเอเชีย รวมถึงนำทฤษฎีทางกฎหมายมหาชน ตลอดจนนำแนวคิดและหลักการความรับผิดชอบของรัฐมาปรับใช้ อีกทั้ง ผู้เขียนเห็นควรให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และเห็นควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ที่จำกัด และห้ามใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตลอดจนให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อจะได้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างยั่งยืนสืบต่อไป

Thesis title	Legal Problems Relating to the Dispute Resolution by an Arbitration under a Contract for the Private Participation in State Undertaking Under the Private Participation in State Undertaking Act, B.E. 2556
Author	Panita Paoanphongkul
Thesis Advisor	Assistant Professor Dr. Phoom Chokemor
Department	Law
Academic year	2015

Abstract

The objectives of the thesis were: to study idea and concept regarding the dispute resolution under a contract for the private participation in the state undertaking under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556; to study the law on the dispute resolution under a contract for the private participation in the state undertaking in overseas and Thailand; to analyze legal problems relating to the dispute resolution under a contract for the private participation in the state undertaking under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556; and to find guidelines to solve the legal problems relating to the dispute resolution under a contract for the private participation in the state undertaking under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556 in Thailand proficiently and appropriately in accordance with the principles of law and to really solve the problems arising in Thailand.

On the basis of the results of this research, it can be concluded that there are 3 legal problems relating to the dispute resolution under a contract for the private participation in the state undertaking under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556: Firstly, it is a legal problem regarding the determination of measures for the arbitration proceedings in a contract under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556. Secondly, it is a legal problem regarding the enforcement of the cabinet resolution limiting the dispute resolution by the arbitration under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556. And, last but not least, it is a legal measure for determining the security by stipulating the state to use the dispute resolution by the arbitration method under a contract for the private participation in the state undertaking under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556.

The 3 problems above are impediment to the dispute resolution under a contract for the private participation in the state undertaking under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556.

Therefore the author would recommend that the concepts and foreign laws such as the United States, Republic of Korea, United Kingdom, French Republic, Federal Republic of Brazil, and Republic of Croatia as well as the theory of public law and the concept and principle of the state liability should be applied. In addition, the author further recommend that the provisions of the Private Investment in State Undertaking Act, B.E. 2556 shall be amended and the cabinet resolution, dated 17 July 2015 should be repealed as they limit and prohibit the use of the arbitration in a contract between private investment in the state undertaking as well as to determine a manual on measure of the arbitration method in order to solve the problems arising in Thailand sustainably.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ โดยได้รับความกรุณาและความอนุเคราะห์อย่างดียิ่งจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พรชัย เลื่อนฉวี ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการและที่ปรึกษาพิเศษ ซึ่งอาจารย์ได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ ข้อคิดเห็นต่าง ๆ ทางวิชาการ การศึกษาหาข้อมูลในการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนติดตามความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนมาโดยตลอด รวมทั้งตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูงที่ให้ความกรุณาและเมตตาผู้เขียนมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่ง รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ และรองศาสตราจารย์ ภาณินี กิจพอคำ ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้เสียสละเวลา และได้กรุณาให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็นต่าง ๆ ทางวิชาการในการแก้ไขวิทยานิพนธ์ ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์และมีคุณค่ามากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณอาจารย์ พศธร พันธุ์สุวรรณ ที่รับเป็นผู้ช่วยที่ปรึกษาให้คำปรึกษาและค้นคว้าข้อมูลในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงให้ความช่วยเหลือในการแก้ไขและให้คำแนะนำหลักในการเขียนวิทยานิพนธ์ ตลอดจนช่วยเหลือผู้เขียนด้วยดีมาโดยตลอด

นอกจากนั้น ผู้เขียนขอขอบพระคุณนายพงษ์ศักดิ์ แก้วกมล ผู้ตรวจการอัยการ ร.ต.อ. โชคชัย สิทธิผลกุล เลขานุการผู้ตรวจการอัยการ (นายพงษ์ศักดิ์ แก้วกมล) นายปรมี หล้าล้ำ ที่ได้ให้คำปรึกษาและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนขอขอบคุณ บิดา มารดา และครอบครัว ที่เป็นกำลังใจที่สำคัญที่สุด ทำให้ผู้เขียนมีแรงผลักดันในการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้ประสบความสำเร็จ

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถก่อให้เกิดความรู้ ข้อคิดเห็นที่มีประโยชน์อันสมควรแก่การศึกษา ตลอดจนมีคุณค่าสามารถนำความรู้จากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไปปรับปรุงและพัฒนากฎหมายเพื่อให้เกิดประโยชน์ในอนาคต ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดให้กับบุคคลผู้มีรายชื่อดังกล่าวข้างต้น และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีข้อบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขออ้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

ปณิดา เป้าอันพงษ์กุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	9
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	10
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	10
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	11
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	11
2. แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก และสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐ	12
2.1 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	12
2.2 ทฤษฎีการระงับข้อพิพาทกระแสดักและกระแสรอง	18
2.3 หลักการและรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือก	23
2.4 สัญญาและหลักการทำสัญญา	32
2.5 กฎและหลักการตรากฎ	41
2.6 สถานะของมติคณะรัฐมนตรี	49
2.7 ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ	52
3. กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ การร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของต่างประเทศ และประเทศไทย	63
3.1 กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ การร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของต่างประเทศ	63
3.2 กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ การร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของประเทศไทย	84

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการ อนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และแนวทางการแก้ไขปัญหา.....	104
4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556.....	104
4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัด ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสัญญาตามพระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556.....	110
4.3 มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับ ข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ ของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556.....	119
4.4 แนวทางการแก้ไข.....	127
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	138
5.1 บทสรุป.....	138
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	146
บรรณานุกรม.....	149
ประวัติผู้เขียน.....	154

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีต หลังยุคสงครามโลกครั้งที่สองข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนมักเป็นข้อพิพาทที่คู่พิพาทมีสถานะไม่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้เพราะฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนซึ่งกลายเป็นมิติใหม่ของข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ยุ่งยากซับซ้อน ข้อพิพาทเหล่านี้จึงเกิดขึ้นจากสัญญาเกี่ยวกับพัฒนาการทางเศรษฐกิจ เช่น The Tran–Consortium Agreement ที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1954 ระหว่างรัฐบาลอิหร่านกับบริษัทน้ำมันอิหร่านแห่งชาติฝ่ายหนึ่งกับบริษัทที่อยู่ในรูปกิจการร่วมค้าระหว่างสหรัฐอเมริกา อังกฤษ สาธารณฝรั่งเศส และประเทศเนเธอร์แลนด์อีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อสำรวจผลิตและกลั่นน้ำมันที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1952 ระหว่างรัฐบาลของอินเดีย และ The Standard Vacuum Oil Company เพื่อสร้างโรงกลั่นน้ำมัน และ The Ghana - Valco Agreement ที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1960 ระหว่างรัฐบาลกานา และ The Volta Aluminum Company ซึ่งเป็นกิจการร่วมค้าในรูป Consortium ระหว่างบริษัทในอเมริกาและบริษัทในประเทศแคนาดาเพื่อก่อสร้างและดำเนินการเกี่ยวกับโรงงานถลุงแร่อะลูมิเนียม¹ เป็นต้น

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นสัญญาในการให้บริการสาธารณะทั้งในด้านพาณิชย์ เช่น การก่อสร้างทางด่วน ท่าเรือ และในด้านสังคม เช่น การก่อสร้างโรงพยาบาล โรงเรียน เป็นต้น ซึ่งภาคเอกชนจะเป็นผู้เป็นผู้ลงทุนในการออกแบบก่อสร้าง บริหาร และการบำรุงรักษาโครงการ โดยภาครัฐจะนำทรัพย์สิน เช่น ที่ดิน เพื่อร่วมลงทุนกับภาคเอกชนหรือจ่ายค่าตอบแทนคืนให้กับเอกชนตามระยะเวลาสัญญา ซึ่งมีจุดเด่น คือ รัฐสามารถกำหนดทิศทางการพัฒนาประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยจัดให้มีแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของภาครัฐ และสามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเป็นระบบครบถ้วน ลดภาระงบประมาณจากการลงทุนซ้ำซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ลดขั้นตอนให้ความกระชับ พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนที่ชัดเจน และกำหนดกระบวนการที่โปร่งใส

¹ จาก ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต), โดย ถนัดกิจ นิเวทวงษ์, 2558, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

ตรวจสอบได้ มีข้อกำหนดสัญญาที่เป็นมาตรฐานสากล สร้างความเชื่อมั่นและเป็นที่ยอมรับของภาคเอกชน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ความจำเป็นในการจัดให้มีโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ เพื่อยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศไทยเป็นภารกิจสำคัญของภาครัฐ ซึ่งในช่วงเวลาที่ผ่านมามีการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานทางด้านการคมนาคมขนส่งในระบบรางและระบบบริหารจัดการน้ำแบบบูรณาการเป็นยุทธศาสตร์การลงทุนภาครัฐที่สำคัญในการสร้างขีดความสามารถระยะยาว สร้างความเจริญเติบโต และพัฒนาเศรษฐกิจสังคมเพื่อลดความเหลื่อมล้ำของประเทศซึ่งต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก กล่าวโดยพอสังเขปตามแผนแม่บทการคมนาคมและการขนส่ง การลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานทางด้านการคมนาคมและการขนส่งในการปฏิรูปการขนส่งจากระบบถนนสู่ระบบรางเพื่อลดต้นทุนทางด้านขนส่งของประเทศตามแผนแม่บททางด้านการคมนาคมและการขนส่งของประเทศ จำเป็นต้องใช้งบประมาณการลงทุนทั้งหมดประมาณ 4 ล้านล้านบาท และการลงทุนในการบริหารจัดการน้ำแบบบูรณาการมีความจำเป็นต้องใช้งบประมาณในการลงทุนทั้งหมด 3.5 แสนล้านบาท ซึ่งรัฐบาลมีข้อจำกัดทางด้านวินัยทางการคลังในเรื่องนี้สาธารณะ และข้อจำกัดในการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายประจำปีซึ่งมีภาระงบประมาณรายจ่ายประจำและการชำระหนี้เงินต้นและดอกเบี้ยซึ่งมีสัดส่วนมากกว่าร้อยละ 80 ทำให้เหลืองบประมาณการลงทุนในแต่ละปีประมาณร้อยละ 17 - 18 ที่ยังต้องจัดสรรให้กับการลงทุนทางด้านต่าง ๆ

จากการศึกษา พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พบว่า มีวัตถุประสงค์ในการที่จะให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการลงทุนของภาครัฐ และแก้ไขปัญหาข้อจำกัดทางด้านวินัยการคลังในเรื่องเพดานหนี้สาธารณะ และข้อจำกัดทางการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายประจำปีซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาในเรื่องของสัญญาอย่างเป็นระบบ ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

เมื่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการใดหรือเมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุนร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุนในส่วน of โครงการที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนต่อไปหน่วยงานเจ้าของโครงการอาจว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการและร่างสัญญาร่วมลงทุนได้² โดยร่าง

² พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 33

สัญญาร่วมลงทุนดังกล่าว ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด³ ดังต่อไปนี้

- (1) ระยะเวลาของโครงการ
- (2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ
- (3) อัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ
- (4) การเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง
- (5) สิทธิประโยชน์ของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าสิทธิประโยชน์ของโครงการ
- (6) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน
- (7) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา และการชำระค่าเสียหาย
- (8) การค้ำประกัน การประกันภัยและการชดเชยค่าเสียหาย
- (9) การระงับข้อพิพาท

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้⁴ และสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่น ซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว สำหรับสัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการโดยมิวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักให้ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วตลอดจนมีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการเว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาท

³ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 34

⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย และอนุญาตตุลาการผู้ใดเรียกรับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับอีกทั้งผู้ใดให้ขอให้หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาตตุลาการเพื่อจงใจให้กระทำการไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำการใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁵

อนึ่ง พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้จัดตั้งสถาบันขึ้นเรียกว่า สถาบันอนุญาตตุลาการและให้เป็นนิติบุคคล โดยมีสำนักงานใหญ่อยู่ในกรุงเทพมหานครหรือจังหวัดใกล้เคียง และให้สถาบันมีวัตถุประสงค์⁶ ดังต่อไปนี้

- (1) ส่งเสริมและพัฒนากระบวนการระดมข้อพิพาทและอนุญาตตุลาการ
- (2) ดำเนินกิจการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีระดมข้อพิพาทและอนุญาตตุลาการ
- (3) ส่งเสริมและเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการระดมข้อพิพาทและอนุญาตตุลาการรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ได้กำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่และถ้าเป็นกรณีดังต่อไปนี้

- (1) สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และ

- (2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่วางแนวทางในการพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนที่สำคัญ และเป็น การเปลี่ยนบทบาทของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้มี การดำเนินการอย่างเป็นมาตรฐาน โปร่งใส และเป็นธรรมต่อคู่สัญญา โดยสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนอย่างน้อย

⁵ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23.

⁶ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 7.

จะต้องประกอบไปด้วยข้อกำหนดที่เป็นไปตามข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาตามมาตรา 34 ซึ่งการมีข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาจะเป็นกลไกช่วยให้ภาครัฐมีแนวทางพื้นฐานที่จะจัดทำร่างสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนอย่างเป็นระบบ ประกอบกับภาคเอกชนจะได้รับทราบความชัดเจนถึงประเด็นที่จะกำหนดในสัญญา ส่งผลให้ในชั้นการเจรจากับเอกชนสามารถทำได้อย่างสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรมมากขึ้น นอกจากนี้ ในชั้นการตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนยังเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาของพนักงานอัยการในการตรวจร่างสัญญาให้เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน แต่ทั้งนี้เนื่องจากยังไม่ปรากฏว่ามีหน่วยงานเจ้าของโครงการได้เสนอโครงการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และดำเนินการจนถึงขั้นมีสัญญา ในปัจจุบันจึงยังไม่มีโครงการต้นแบบที่ได้จัดทำสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาดังกล่าว ส่งผลในทางกลับกัน คือ ยังไม่ปรากฏประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติของการบังคับใช้ให้มีข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาดังกล่าว

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงขอกำหนดถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ คือ การตกลงยุติข้อพิพาทโดยการตัดสินใจของคนคนหนึ่งหรือมากกว่า ที่ไม่ใช่การตัดสินของศาลปกติโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น โดยอนุญาโตตุลาการจะประกอบด้วยบุคคลภายนอกที่คู่กรณีเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะเลือกบุคคลที่เห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องนำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีความเที่ยงธรรมในการทำหน้าที่ และเพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปโดยรวดเร็วตรงตามเป็นจริง และถูกต้องตามหลักวิชาการ ทางปฏิบัติ และปกติประเพณีในเรื่องนั้น และเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดประการใดแล้ว ย่อมมีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที หากไม่ปฏิบัติตามคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทย มีความจำเป็นในการร่วมลงทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะให้ด้านต่าง ๆ โดยการร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าว นั้น กฎหมาย คือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดรายละเอียดของการร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน รวมถึงได้กำหนดเนื้อหาและข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนไว้ตามกฎหมาย โดยผ่านการพิจารณาตามขั้นตอนของกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติสัญญาร่วมลงทุนจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนใหญ่ เพราะวิธีการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในสากลของนานาประเทศ รวมถึงในประเทศไทยยังมีกฎหมายรองรับ แต่ในทางกลับกันสัญญาร่วมลงทุนส่วนใหญ่ ถึงแม้จะมีการกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อพิจารณาวิธีหรือหลักเกณฑ์ก่อนมีการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทตามสัญญา พบว่า ในประเทศไทยมิได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน อีกทั้งรัฐบาลไทยยังไม่ให้ความสำคัญกับวิธีอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากกลัวว่ารัฐจะเสียเปรียบเอกชนหากมีข้อพิพาทในสัญญา จากเหตุผลนี้ ทำให้การนำวิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับในสัญญา ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ จึงแทบเป็นไปไม่ได้ ส่งผลทำให้ในบางกรณีไม่สามารถนำการระงับข้อพิพาททางเลือกที่กำหนดไว้ในสัญญามาใช้บังคับกันตามที่ตกลงกันได้อย่างชัดเจน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดมาตรการเพื่อบำรุงวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ทำให้ประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือรูปแบบในการกำหนดว่าสัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้อย่างสมบูรณ์ ส่งผลทำให้เอกชนขาดความเชื่อมั่นในการเข้าร่วมลงทุนทำธุรกิจกับรัฐบาลไทย เกิดผลเสียต่อการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำสาธารณูปโภคให้กับประชาชนเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนระบบสังคม เศรษฐกิจของประเทศไทยไม่ได้รับการพัฒนา

2. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นสัญญาในการให้บริการสาธารณะทั้งในด้านพาณิชย์ เช่น การก่อสร้างทางด่วน ท่าเรือ และในด้านสังคม เช่น การก่อสร้างโรงพยาบาล โรงเรียน เป็นต้น ซึ่งภาคเอกชนจะเป็นผู้เป็นผู้ลงทุนในการออกแบบก่อสร้าง บริหาร และการ

บำรุงรักษาโครงการ โดยภาครัฐจะนำทรัพย์สิน เช่น ที่ดิน เพื่อร่วมลงทุนกับภาคเอกชน หรือจ่ายค่าตอบแทนคืนให้กับเอกชนตามระยะเวลาสัญญา ซึ่งมีจุดเด่น คือ รัฐสามารถกำหนดทิศทางการพัฒนาประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยจัดให้มีแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของภาครัฐ และสามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเป็นระบบครบถ้วน ลดภาระงบประมาณจากการลงทุนซ้ำซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ลดขั้นตอนให้ความกระจับ พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนที่ชัดเจน และกำหนดกระบวนการที่โปร่งใส ตรวจสอบได้ มีข้อกำหนดสัญญาที่เป็นมาตรฐานสากล สร้างความเชื่อมั่นและเป็นที่ยอมรับของภาคเอกชน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญา⁷ แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องใช้รูปแบบใด ซึ่งในทางปฏิบัติทั่วไปถือเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ ส่งผลให้ประเทศไทยสามารถบังคับใช้ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ในทางกลับกันมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ได้กำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และถ้าเป็นกรณีที่สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลทำให้เกิดความล่าช้าในการทำสัญญา และไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้การทำสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องมีรายละเอียดในเรื่องการกำหนดการระงับข้อพิพาทซึ่งโดยทั่วไปจะใช้การระงับข้อพิพาทรูปแบบการอนุญาโตตุลาการ แต่ในทางกลับกันเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลกระทบทำให้เกิดผลเสียต่อการที่เอกชนจะร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และกระทบถึงการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำบริการ

⁷ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 34

“ร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 33 ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(9) การระงับข้อพิพาท”

สาธารณะเพื่อให้เจริญก้าวหน้าในด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ เพื่อให้ตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนส่งผลเสียต่อการดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนภายในประเทศในการได้รับบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคจากรัฐ นั่นเอง

3. มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

การอนุญาโตตุลาการ เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่ง โดยคู่กรณีตกลงกันไว้ด้วยการทำเป็นสัญญา เรียกว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ มีใจความเป็นการเสนอข้อพิพาทของคนที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการไว้ในคราวนั้นด้วย ด้วยเหตุนี้ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเกิดขึ้นด้วยความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว ส่วนการมอบอำนาจเช่นนั้นอาจกระทำกันโดยตกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเลยหรือในสัญญาอื่น ๆ ต่างหาก เช่น สัญญาที่คู่สัญญานั้นตกลงทำขึ้นเพื่อกิจการระหว่างกันและจะถือว่าข้อสัญญาต่างหากนี้นับเข้าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเช่นกัน อีกทั้งการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการยังช่วยลดปริมาณคดีที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลที่มีอยู่เป็นจำนวนมากช่วยประหยัดเวลาและงบประมาณ โดยสามารถนำมาใช้ได้ทั้งก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาล

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งในทางปฏิบัติเอกชนจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ อีกทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก ทั้งนี้ เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาลอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ในการทำหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อบกพร่องจากการปฏิบัติหน้าที่อยู่บ้างในบางกรณี จึงส่งผลทำให้รัฐที่ถือเป็นคู่สัญญากับเอกชนอันจะเข้ามาร่วมลงทุน เห็นว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวนั้น อาจเกิดข้อบกพร่องที่ไม่อาจจะคาดเดาขึ้นได้ ดังนั้นหากรัฐไปหวังพึ่งแต่เพียงการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ อาจมีความเสี่ยงภัยที่รัฐจะต้องรับจากความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นถึงแม้

กฎหมายกำหนดเรื่องความรับผิดชอบในตัวในความรับผิดชอบทางแพ่งในการทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย อีกทั้ง ยังกำหนดโทษทางอาญาหากในกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เป็นธรรม แต่การกำหนดหลักประกันดังกล่าวตามกฎหมายในทางปฏิบัติรัฐบาลก็ยังคงมีแนวคิดว่าสัญญาที่มีวงเงินมากกว่าหนึ่งพันล้านนั้นเป็นเงินภาษีของประชาชน ถ้าเกิดความเสียหายจากการบังคับใช้สัญญาและจากบางกรณีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการแล้วนั้น คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเลือกมาทำหน้าที่ จะไม่สามารถชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การไม่กำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่งก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่งผลให้รัฐไม่มีความเชื่อมั่นในหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่ง และหลีกเลี่ยงที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญา ทำให้เกิดผลเสียต่อการที่เอกชนจะเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านสาธารณูปโภคไม่ได้รับการพัฒนา ตลอดจนความเจริญก้าวหน้าในชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในการได้รับประโยชน์จากการจัดสาธารณูปโภคต่าง ๆ นั้นเอง

ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และศึกษาแนวคิด หลักการ และทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนกฎหมายต่างประเทศ เพื่อให้สามารถที่จะแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 อีกทั้งสามารถพัฒนาระบบการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐของประเทศไทยได้อย่างยั่งยืน

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด หลักการ และทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

2. เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศและประเทศไทย

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ และเหมาะสมถูกต้องตามหลักทฤษฎีทางกฎหมาย และสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างแท้จริง

1.3 สมมติฐานในการศึกษา

นับตั้งแต่มีการพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังนั้น ผู้เขียนเห็นควรให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และเห็นควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ที่จำกัด และห้ามใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตลอดจนให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการโดยการนำแนวคิด และหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทย เพื่อให้ประเทศไทยสามารถนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ มาใช้กับประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้เกิดความเหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างแท้จริง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาหลักการ แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในกระแสหลักและกระแสรอง หลักการเกี่ยวกับกับการระงับข้อพิพาททางเลือก ตลอดจนศึกษาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งศึกษาคำวินิจฉัยและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวของศาลในประเทศไทย รวมถึงศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและประเทศไทย อีกทั้งศึกษาตัวอย่างของแนวคิด หลักเกณฑ์ วิธีการของประเทศต่าง ๆ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงบทบัญญัติทางกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษารุ่นนี้เน้นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) เป็นสำคัญ ซึ่งรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกของ ต่างประเทศและประเทศไทย เป็นต้น อีกทั้งศึกษาจากตำราทางกฎหมาย บทความทางวิชาการทาง นิติศาสตร์ เอกสารที่เป็นคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวในประเทศไทยเอกสาร หลักฐานต่าง ๆ ตลอดจนการสัมภาษณ์เชิงลึก ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ศึกษา และนำข้อมูลที่ได้มา วิเคราะห์เพื่อหาข้อสรุปและแนวทางที่จะแก้ไขปัญหาต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด หลักการ และ ทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556
2. ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญา เพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศและประเทศไทย
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดย การอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในประเทศไทย ให้มีประสิทธิภาพ และเหมาะสมถูกต้องตามหลักทฤษฎีทางกฎหมาย และสามารถแก้ไขปัญหา ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างแท้จริง

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการ ระงับข้อพิพาททางเลือกและสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐ

การอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะเกิดข้อพิพาทกันระหว่างสมาชิกของสังคม ซึ่งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอาจส่งผลทำให้สังคมขาดความสงบสุข ดังนั้น ในทุกสังคมจึงจำเป็นต้องมีกระบวนการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เพราะหากสังคมใดปราศจากกระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีแล้ว สังคมนั้นย่อมเต็มไปด้วยการใช้กำลังเพื่อเอาชนะซึ่งกันและกัน หรือเต็มไปด้วยการแก้แค้นของคนในสังคมแบบตาต่อตาฟันต่อฟัน ซึ่งในที่สุดสังคมนั้นก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยปกติสุข ทั้งนี้ กระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยสันตินี้ อาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นทางการ เช่น การใช้กระบวนการยุติธรรมทางศาล หรืออาจอยู่ในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ หรือที่เรียกว่ากระบวนการยุติธรรมทางเลือก ดังนั้น ในบทนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐ เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาตามที่กล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

2.1 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยจะศึกษาถึงความหมายของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และรูปแบบการดำเนินโครงการในการที่เอกชนร่วมลงทุนกับภาครัฐ ดังนี้

2.1.1 ความหมายของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา(Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) ได้ให้ความหมายของ “การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” หรือ Public - Private Partnerships (PPPs) ว่า คือ “ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลและเอกชนผู้ร่วมลงทุน ในการที่จะส่งมอบบริการในลักษณะต่างตอบแทนให้แก่รัฐบาล โดยเอกชนจะได้รับผลกำไรจากการให้บริการ โดยรัฐบาลจะได้บรรลุเป้าประสงค์ของการส่งมอบบริการที่ตั้งไว้”

ในขณะที่กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) ให้ความหมายไว้ว่า คือ “การตกลงให้ภาคเอกชนเป็นผู้จัดหาสินทรัพย์เงินทุน และส่งมอบบริการด้านโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งเดิมรัฐบาลเคยเป็นผู้กระทำ โดยภาครัฐจะโอนความเสี่ยงที่สำคัญไปยังภาคเอกชน”¹

จากคำนิยามข้างต้นจะสามารถสรุปความหมายของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนในหลายรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) และบริการสาธารณะประเภทต่าง ๆ โดยเป็นกรอบนโยบายที่กำหนดให้ภาครัฐดำเนินการตามหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยให้เอกชนมีส่วนเกี่ยวข้อง ซึ่งจะมีลักษณะพิเศษ คือ เป็นสัญญาที่มีระยะเวลาดำเนินการยาวนาน เพราะบริการสาธารณะมีต้นทุนสูง ผลตอบแทนต่ำ ระยะเวลาคืนทุนช้า มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้คู่สัญญาเอกชนดำเนินการออกแบบก่อสร้าง หาเงินทุน และบริหารจัดการโครงการตามสัญญา² ซึ่งเป็นการอาศัยความเชี่ยวชาญของเอกชน ภาครัฐจะชำระเงินค่าดำเนินการตามสัญญาให้กับภาคเอกชนโดยใช้งบประมาณ หรือโดยให้ประชาชนที่เป็นผู้ใช้โครงการเป็นผู้ชำระเงินค่าใช้จ่าย มีการโอนความเสี่ยงที่สำคัญไปให้ภาคเอกชน อาทิ ความเสี่ยงด้านอุปสงค์ ความเสี่ยงด้านรายได้ ความเสี่ยงด้านเทคโนโลยี เป็นต้น และกรรมสิทธิ์ในโครงการยังคงอยู่กับองค์กรภาครัฐ หรือตกเป็นของรัฐเมื่อสิ้นสุดสัญญา³

การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐมีการดำเนินการมาแต่ในอดีต ตั้งแต่สมัยที่ประเทศไทยยังมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จวบจนปัจจุบันซึ่งมีระยะเวลากว่า 100 ปี ในช่วงเวลาภายหลังจากที่มีการปฏิวัติรัฐประหารเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 ซึ่งเป็นการรัฐประหารภายใต้ข้อกล่าวอ้างที่ว่า มีการกระทำอันเป็นการทุจริตคอร์รัปชันอย่างใหญ่หลวง จนเป็นเหตุผลให้มีการรัฐประหารดังกล่าว โดยเมื่อพิจารณาย้อนกลับไปถึงมูลเหตุแห่งการกล่าวอ้างการทุจริตคอร์รัปชันนั้น ต้นตอที่เกิดขึ้นมาจากการกล่าวอ้างการอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถือได้ว่าเป็นแม่บทของกฎหมายในเรื่องของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ กล่าวคือ ในสมัยรัชกาลที่ 7 ได้มีการประกาศใช้บังคับ “พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471” ซึ่งเป็นกรอบของกฎหมายที่วางหลัก

¹ จาก เอกสารประกอบการบรรยาย “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556” ให้กับ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน), โดย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, 2557.

² จาก ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 67), โดย ญัฐวดี ไพศาลวัฒนา, 2558, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

³ แหล่งเดิม.

เกี่ยวกับอำนาจการผูกขาดของรัฐในการดำเนินกิจการใด ๆ แต่ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475⁴

กฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการแก้ไขอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2515 ได้มีการออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 (ลงวันที่ 25 มกราคม 2515) ยกเลิกพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเนื้อหาสาระของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ได้กำหนดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคที่อยู่ในความควบคุมและต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรีผู้เกี่ยวข้องก่อนจึงจะดำเนินการได้ กิจการเหล่านี้ ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การไฟฟ้า เป็นต้น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ดังกล่าวถูกนำมาใช้ในการให้บริการสาธารณะกับเอกชนในหลายกรณี และเป็นแกนหลักในการใช้อำนาจทางการเมืองให้ได้มาซึ่งประโยชน์กับตนเองโดยการอนุญาตหรือให้สัมปทาน โดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือวิธีการใด ๆ กำหนดไว้ การรัฐประหารในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 จึงถือกำเนิดขึ้นบนความผันผวนดังกล่าว คณะรัฐประหารในเวลานั้นได้แต่งตั้งนายอานันท์ ปันยารชุน ขึ้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเพื่อบริหารประเทศ และในช่วงเวลาการดำรงตำแหน่งของนายอานันท์ฯ นั้น ได้มีการตราพระราชบัญญัติขึ้นฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อควบคุมตรวจสอบการให้อนุญาตสัมปทาน หรือให้สิทธิกับเอกชนให้ต้องมีหลักเกณฑ์และกระบวนการขั้นตอนที่มากขึ้นเพื่อมิให้มีการให้อนุญาตสัมปทาน หรือให้สิทธิกับเอกชนโดยเอื้อต่อผลประโยชน์ของตนเองได้โดยง่าย โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายและแก้ไขที่ต้นเหตุของการทุจริตคอร์รัปชันด้วย⁵

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกเอกชนเข้ารับสัมปทาน หรือเข้าร่วมการงานหรือเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐให้มีความชัดเจน โปร่งใส และเป็นธรรมแก่เอกชนที่ประสงค์จะเสนอตัวเข้าร่วมงาน โดยวิธีการประมูลเป็นหลักทั่วไปในการคัดเลือก และให้มีตัวแทนจากหลายหน่วยงานเข้าร่วมรับผิดชอบในการคัดเลือกเอกชน ต่อรองผลประโยชน์ ยกร่างสัญญา เพื่อป้องกันมิให้มีการให้ประโยชน์แก่เอกชนรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะและโดยไม่

⁴ เอกสารประกอบการบรรยาย “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556” ให้กับ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน), โดย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, 2557.

⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). *การทุจริตคอร์รัปชัน*. สืบค้น 13 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1840>.

เป็นธรรม⁶ ซึ่งโครงการให้เอกชนเข้ามาลงทุนจัดทำบริการสาธารณะที่จะอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัตินี้ คือ โครงการที่มีการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งหมายถึง กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายหรือเป็นกิจการที่ต้องใช้ทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยอื่นของรัฐหรือราชการส่วนท้องถิ่น และโครงการนั้นมีวงเงินลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป การร่วมงานหรือดำเนินการนั้น ตามนิยามในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 5 ฝ่ายเอกชนจะต้องมีส่วนลงทุนในโครงการโดยอาจร่วมลงทุนกับภาครัฐ หรือลงทุนฝ่ายเดียวก็ได้ และการให้เอกชนเข้ามาลงทุนนั้น ฝ่ายรัฐกระทำโดยการให้สัมปทาน การอนุญาต หรือการให้สิทธิ ไม่ว่าลักษณะใด⁷

ต่อมา ปัจจุบันที่ได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวและได้มีการประกาศใช้กฎหมายใหม่ ที่เรียกว่า “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556” โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ ด้วยที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ประกอบกับในปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้

ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลเป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้

⁶ จาก พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 : กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย (รายงานผลการวิจัย) (น. 3), โดย ธนกฤต วรธนัชชากุล, 2556, กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ

⁷ จาก “ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ : เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐ เอกชน เล่ม 2 (น. 17 – 18), โดย เข็มชัย ชูติวงศ์, 2556, กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ.

ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพและเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมี การเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความโปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน กำกับดูแลส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศในการให้เอกชนร่วมลงทุน เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินและการคลังของประเทศในระยะยาว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้⁸ ซึ่งสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ผู้เขียนจะขออธิบายโดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

2.1.2 รูปแบบการดำเนินโครงการในการที่เอกชนร่วมลงทุนกับภาครัฐ

รูปแบบการดำเนินโครงการในการที่เอกชนร่วมลงทุนกับภาครัฐ (Public Private Partnership หรือ PPPs) โดยทั่วไปตามหลักปฏิบัติสากลประกอบไปด้วย⁹

1) Design - Build (DB) เป็นรูปแบบที่ภาครัฐจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn-Key) ให้เอกชนดำเนินการออกแบบและดำเนินการก่อสร้างโครงการ โดยภาครัฐจะเป็นเจ้าของสินทรัพย์ และเป็นผู้ดำเนินโครงการ และบำรุงรักษาภายหลังจากที่การก่อสร้างแล้วเสร็จ การดำเนินงานในรูปแบบนี้เป็นการลดระยะเวลาการก่อสร้าง และมีการจัดสรรความเสี่ยงให้กับภาคเอกชน

2) Design - Build - Maintain (DBM) เป็นรูปแบบที่ภาครัฐจ้างเอกชนในการออกแบบและก่อสร้าง ซึ่งเหมือนกับรูปแบบ DB แต่รูปแบบนี้ภาคเอกชนจะมีหน้าที่ครอบคลุมการบำรุงรักษาโครงการนั้น ๆ โดยภาครัฐเป็นผู้ดำเนินโครงการภายหลังจากที่การก่อสร้างแล้วเสร็จ การดำเนินงานในรูปแบบนี้นอกจากเป็นการช่วยลดระยะเวลาในการก่อสร้างแล้ว ยังได้มีการจัดสรรความเสี่ยงในการบำรุงรักษาให้กับภาคเอกชนด้วย¹⁰

⁸ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁹ Eu-Singapore FTA: Chapter 10 – Annex I: Public- Private Partnerships, p. 1. อ้างถึงใน กรณีศึกษา เฉพาะคำนิยามการ “ร่วมลงทุน” ตาม พ.ร.บ.การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 (รายงานผลการวิจัย) (น. 3 – 4), โดย ศดา สดลสุด, 2557, กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ.

¹⁰ แหล่งเดิม.

3) Design - Build - Operate (DBO) เป็นรูปแบบที่ภาครัฐจ้างภาคเอกชนในการออกแบบก่อสร้าง และจ้างให้เอกชนรายนั้นดำเนินการให้บริการโครงการนั้น ๆ ด้วย โดยภาครัฐยังคงความเป็นเจ้าของสินทรัพย์ โดยเอกชนผู้ดำเนินโครงการอาจได้รับเงินในรูปค่าจ้างบริหาร (Management fee) โครงการลักษณะนี้อาจเป็นโครงการที่มีขนาดใหญ่มาก และเงินทุนจากภาคเอกชนไม่พอที่จะลงทุนได้ในทั้งโครงการ

4) Design - Build - Operate - Maintain (DBOM) เป็นรูปแบบที่รวมหน้าที่ความรับผิดชอบของภาคเอกชนในการจัดซื้อจัดจ้างแบบ DB กับการดำเนินการ และการบำรุงรักษาสินทรัพย์ในโครงการในระยะเวลาที่กำหนด เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสัญญาแล้ว ภาครัฐจะเป็นผู้ดำเนินการโครงการ¹¹

5) Design - Build - Finance - Operate/Maintain (DBFO, DBFM, หรือ DBFO/M) เป็นรูปแบบที่นิยมกันแพร่หลายในการดำเนินโครงการ PPPs ซึ่งรวมหน้าที่หลักได้แก่การออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาแหล่งเงินทุน และดำเนินการให้บริการ ซึ่งอาจรวมถึงการบำรุงรักษาสินทรัพย์ที่ใช้ในการดำเนินโครงการ ภายใต้สัญญาระยะยาวด้วย ภาคเอกชนจะเป็นผู้จัดหาแหล่งเงินทุนซึ่งอาจมาในรูปแบบเงินกู้ หรือผู้ร่วมทุนเพื่อพัฒนาโครงการ โดยภาคเอกชนจะได้รับค่าจ้างตามสัญญาบริการที่ได้ตกลงไว้ รูปแบบการดำเนินโครงการแบบ DBFO นี้ ความเป็นเจ้าของสินทรัพย์แล้วแต่ตกลงกัน ซึ่งอาจเป็นของรัฐหรือเอกชน หรือภาคเอกชนโอนสินทรัพย์ให้กับภาครัฐเมื่อสิ้นสุดสัญญา

6) Build - Transfer - Operate (BTO) เป็นรูปแบบสัมปทาน ที่ความเป็นเจ้าของจะถูกโอนเป็นของรัฐเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ โดยผู้รับสัมปทานจะได้รับสิทธิในการดำเนินงานตามช่วงเวลาที่กำหนด

7) Build - Operate - Transfer (BOT) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ผู้รับสัมปทานจะถือกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ตลอดระยะเวลาที่ให้บริการ (และมีความเป็นเจ้าของสินทรัพย์นั้น) ไปจนกระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน

8) Build - Own - Operate - Transfer (BOOT) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ภาครัฐให้สิทธิภาคเอกชนในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้าง และดำเนินการให้บริการในช่วงระยะเวลาที่กำหนด โดยความเป็นเจ้าของสินทรัพย์จะโอนกลับไปสู่ภาครัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนด¹²

¹¹ แหล่งเดิม.

¹² แหล่งเดิม.

9) Build - Own - Operate (BOO) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ผู้รับสัมปทาน มีหน้าที่ในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ดำเนินการ และบำรุงรักษาสินทรัพย์ของ โครงการโดยมีความเป็นเจ้าของสินทรัพย์ และดำเนินการให้บริการภายหลังจากการก่อสร้างแล้ว เสร็จและไม่มีข้อกำหนดในการโอนย้ายสินทรัพย์กลับเป็นของภาครัฐภายหลังสิ้นสุดสัญญา”

10) Buy - Build - Operate (BBO) ภาคเอกชนซื้อสินทรัพย์จากรัฐบาลเพื่อทำการ ปรับปรุงหรือพัฒนาเพื่อดำเนินการ ซึ่งไม่มีข้อตกลงในการที่ต้องโอนการดำเนินงานให้กับรัฐบาล¹³

11) Lease - Develop - Operate (LDO) ภาคเอกชนเช่าสินทรัพย์จากรัฐบาลเพื่อทำการ ปรับปรุงหรือพัฒนาเพื่อดำเนินการ ซึ่งไม่มีข้อตกลงในการที่ต้องโอนการดำเนินงานให้กับรัฐบาล

12) Build - Lease - Operate - Transfer (BLOT) ภาคเอกชนออกแบบ หาแหล่งเงินทุน สร้างอยู่บนพื้นที่ที่เช่าภาครัฐ โดยภาคเอกชนจะดำเนินงานตามช่วงเวลาที่ได้เช่าจากภาครัฐ และท้ายที่สุดก็จะโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างให้ภาครัฐ

13) Build - Rent - Own - Transfer (BROT) ภาคเอกชนผู้ดำเนินการเช่าทรัพย์สินจาก ภาครัฐ หลังจากที่ได้โอนทรัพย์สินให้ภาครัฐแล้ว¹⁴

2.2 ทฤษฎีการระงับข้อพิพาทกระแสดักและกระแสรอง

ทฤษฎีการระงับข้อพิพาทหรือการดำเนินกระบวนการยุติธรรมนั้นสามารถแยกได้เป็น 2 แนวทาง ได้แก่ แนวทางแบบที่เป็นทางการ ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทหรือการดำเนิน กระบวนการทางยุติธรรมตามขั้นตอนของกฎหมายทุกขั้นตอนอย่างเคร่งครัด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นผู้ดำเนินการและมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการดำเนินการทุกขั้นตอนโดยที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วม ในกระบวนการแสวงหาความยุติธรรมนั้น และแนวทางแบบที่ไม่เป็นทางการ ซึ่งเป็นการระงับ ข้อพิพาทหรือการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่พยายามยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยคู่กรณี และผู้เกี่ยวข้องหลีกเลี่ยงการนำข้อพิพาทนั้นเข้าสู่กระบวนการแบบเป็นทางการ วิธีการดำเนินคดี หรือการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการถูกนำมาใช้เพื่อผ่อนคลายผลกระทบอันเกิดจากความ เกร่งครัดของการดำเนินคดีอย่างเต็มรูปแบบ และพยายามหลีกเลี่ยงผลร้ายที่เกิดจากความบกพร่อง

¹³ แหล่งเดิม.

¹⁴ แหล่งเดิม.

ของการดำเนินคดีตามกฎหมายและระเบียบวิธีพิจารณาความที่เคร่งครัดของระบบกล่าวหา จึงมีแนวคิดที่จะสร้างทางเลือกในการระงับข้อพิพาทขึ้น¹⁵

2.2.1 การระงับข้อพิพาทกระแสหลัก

การดำเนินกระบวนการยุติธรรมหรือการระงับข้อพิพาทกระแสหลัก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กระบวนการยุติธรรมแบบฟ้องร้อง (Litigation) หมายถึง การที่เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างบุคคลหรือกลุ่มคนขึ้น คู่กรณีคนใดคนหนึ่งจะนำประเด็นปัญหาไปฟ้องร้องต่อศาล ให้ช่วยทำหน้าที่ไต่สวนชี้ขาดข้อพิพาท เพื่อชดเชยผู้ถูกระทำ หรือลงโทษผู้กระทำผิดให้สาสมกับสิ่งที่ได้ทำไป เป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมตามปกติ โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินกระบวนการตามขั้นตอนของกฎหมายทุกขั้นตอนอย่างเคร่งครัด และเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ดำเนินกระบวนการดังกล่าวจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการดำเนินการทุกขั้นตอนโดยที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการระงับข้อพิพาทหรือกระบวนการแสวงหาความยุติธรรมนั้น รูปแบบการขอให้รัฐ “ล้างแค้น (Retributive Justice)” อย่างสมศักดิ์ส่วนนี้ คือ แนวทางการอำนวยความยุติธรรมดั้งเดิมของชาติ ตามคติโบราณที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน (an eye for and eye)”¹⁶

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันด้วยข้อจำกัดในหลาย ๆ ประการ ทำให้กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักไม่สามารถที่จะตอบสนองต่อปัญหาข้อพิพาท ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นอย่างมากมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความเป็นธรรม สถานการณ์ดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะกระบวนการยุติธรรมของไทยเท่านั้น หากแต่เป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นกับประเทศต่าง ๆ มากมาย ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ต่างก็พยายามที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการต่าง ๆ ประเทศไทยเองก็ดำเนินการด้วยหลายวิธี อาทิเช่น หลังรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา รับผิดชอบความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับประชาชน มีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญ องค์การอิสระต่าง ๆ ก่อนหน้าปี พ.ศ. 2540 ในศาลยุติธรรมก็มีการจัดตั้งศาลชำนาญการเฉพาะขึ้นมามากมาย และแม้จะย้อนหลังไปในปี พ.ศ. 2554 เป็นต้นไป เราจะพบว่าในปัจจุบันศาลยุติธรรมมีการจัดตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทประจำศาลขึ้นเพื่อช่วยแบ่งเบาการพิจารณาคดีของศาลขึ้นมาอีกช่องทางหนึ่งเช่นกัน

¹⁵ จาก “กระบวนการยุติธรรมทางเลือกในคดีอาญา” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง หน่วยที่ 9 (น. 9 - 6), โดย สุทธิพล ทวีชัยการ, 2556, นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช.

¹⁶ จาก กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการระงับข้อพิพาทคดีอาญาตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ: กรณีศึกษาในชั้นศาล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 135), โดย เกียรติยศ สักดิ์แสง, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช.

2.2.2 การระงับข้อพิพาทกระแสรอง

กระบวนการยุติธรรมหรือการระงับข้อพิพาทกระแสรอง เป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือกในการดำเนินกระบวนการที่พยายามยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยคู่กรณีและผู้เกี่ยวข้องหลีกเลี่ยงการนำข้อพิพาทนั้นเข้าสู่กระบวนการแบบเป็นทางการหรือหลีกเลี่ยงเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก และวิธีดำเนินคดีอย่างไม่เป็นทางการถูกนำมาใช้เพื่อผ่อนคลายผลกระทบอันเกิดจากความเคร่งครัดของการดำเนินคดีอย่างเต็มรูปแบบและพยายามหลีกเลี่ยงผลร้ายที่เกิดจากความบกพร่องของการดำเนินคดีตามกฎหมายและระเบียบวิธีพิจารณาความที่เคร่งครัดของระบบ กล่าวหาจึงมีแนวคิดที่จะสร้างทางเลือกในการระงับข้อพิพาทขึ้น¹⁷

เนื่องด้วยข้อจำกัดของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ทำให้เกิดความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาคำพิพาทด้วยการเสนอแนวทางต่าง ๆ มากมายหลากหลายวิธี ซึ่งอาจจะสามารถเรียกรูปแบบวิธีการที่นำมาใช้ว่าเป็น “กระบวนการยุติธรรมทางเลือก” (Alternative Dispute Resolution, ADR) และภายใต้คำว่า “กระบวนการยุติธรรมทางเลือก” ก็จะมีกระบวนการยุติธรรมในรูปแบบต่าง ๆ มาใช้เป็นทางเลือกหรือทางออกของปัญหา ตามภารกิจของหน่วยงาน ทั้งนี้ เหตุผลในการนำกระบวนการยุติธรรมทางเลือกมาใช้ อาจมีอยู่หลายสาเหตุด้วยกัน เช่น เพื่อให้ประชาชนได้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ง่ายขึ้น ลดค่าใช้จ่ายหรือลดจำนวนคดีที่ขึ้นศาลอะไรต่าง ๆ แต่เหตุผลที่สำคัญที่สุดคงหนีไม่พ้นก็คือ เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์สูงสุดในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางเลือกก็มีอยู่หลายรูปแบบและหลายระดับ ทำให้เกิดความเหมาะสมกับประชาชนทุกระดับจะได้เลือกที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม รูปแบบที่เหมาะสมกับสถานภาพของตัวเอง เช่น ระดับหมู่บ้าน ระดับอำเภอ หรือสถานีตำรวจ สำนักงานอัยการ หรือศาล ซึ่งคงเป็นที่สุดท้ายเมื่อตกลงกันไม่ได้ และมีค่าใช้จ่ายสูง ทั้งค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ ค่าเดินทางในแต่ละครั้ง ซึ่งอาจทำให้คนยากคนจนที่จะต้องขึ้นโรงขึ้นศาลประสบกับปัญหาความเดือดร้อน หากไม่มีค่าใช้จ่ายดังกล่าวเช่น ค่าจ้างทนายดี ๆ ขึ้นอาจส่งผลให้ข้อพิพาทของตนจะต้องแพ้ความ แม้ยังไม่มีการพิจารณาคดีกันก็ตาม เพียงเพราะไม่มีเงิน

แนวคิดต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับยุติธรรมทางเลือก (Alternative Justice) สำหรับในกรณีประเทศไทย เริ่มมีปรากฏอย่างเป็นทางการอยู่ในแผนแม่บทวิจัยกฎหมายและระบบงานยุติธรรม ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2547-2549) ของกระทรวงยุติธรรม ซึ่งในยุทธศาสตร์ที่ 2 ของแผนเป็นการสนับสนุน การวิจัย เพื่อพัฒนาการมีส่วนร่วมและความเสมอภาคในการเข้าถึงระบบงานยุติธรรมและกระบวนการ

¹⁷ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการระงับข้อพิพาทคดีอาญาตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ: กรณีศึกษาในชั้นศาล (น. 136). เล่มเดิม.

ยุติธรรมทางเลือก ดังนั้น จึงเท่ากับว่าการเกิดขึ้นของกระบวนการยุติธรรมทางเลือกไม่ได้เกิดขึ้นจากความคิดทางวิชาการ แต่เริ่มต้นจากการมีนโยบายและการนำนโยบายไปสู่การปฏิบัติของหน่วยงานต่าง ๆ ซึ่งส่งผลให้ความคิดที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางเลือกภายใต้ชื่อเรียกต่าง ๆ (ยุติธรรมเชิงสมานฉันท์, ยุติธรรมชุมชน ฯลฯ) จึงเกิดการแพร่หลายเป็นที่รับรู้ภายใต้กิจกรรมต่าง ๆ ของหน่วยงานเป็นหลัก

จากการศึกษา พบว่า มีนักวิชาการทางกฎหมายหลายท่าน ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “การระงับข้อพิพาทกระแสรอง หรือกระบวนการยุติธรรมทางเลือก” ไว้ดังต่อไปนี้

ธวัชชัย ไทยเขียว ให้ความหมายการระงับข้อพิพาทกระแสรองหรือกระบวนการยุติธรรมทางเลือกว่า หมายถึง “กระบวนการจัดการกับปัญหาข้อพิพาทและความขัดแย้งที่อาศัยบุคคลผู้เป็นกลางมาช่วยเหลือ กำกับหรืออำนวยความสะดวกเพื่อให้คู่พิพาทได้เจรจาตกลงในปัญหาที่เกิดขึ้นร่วมกันแทนการฟ้องร้องต่อศาล”¹⁸

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย ให้ความหมายการระงับข้อพิพาทกระแสรองหรือกระบวนการยุติธรรมทางเลือกว่า หมายถึง “ทางเลือกในการยุติข้อพิพาทโดยไม่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมด้วยการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมยอมความ หรือระบบอนุญาโตตุลาการนอกศาล”¹⁹

สุทธิพล ทวีชัยการ ได้ให้แนวคิดเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternatives to Justice) ว่าหมายถึง กระบวนการหรือมาตรการใด ๆ ที่ใช้สำหรับแสวงหาความยุติธรรมที่มีรูปแบบการปฏิบัตินอกเหนือจากกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก²⁰

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ได้ให้ความหมายของกระบวนการยุติธรรมทางเลือกไว้ว่า หมายถึง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้ความเป็นธรรมในทางกฎหมายหรือแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งแก่บุคคลโดยใช้ระบบรูปแบบวิธีการที่แตกต่างจากระบบยุติธรรมกระแสหลัก มีลักษณะเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ จะเน้นการลงโทษคดีใช้หรือเน้นการสมานฉันท์ และจะเชื่อมโยงกับระบบศาลหรือ

¹⁸ จาก กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ กระบวนการยุติธรรมไทยในศตวรรษหน้า (น. 30), โดย ธวัชชัย ไทยเขียว, 2551, กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร.

¹⁹ จาก กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: การปรับกระบวนการที่ศูนย์กระบวนการยุติธรรมไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาคุฎฎบัณฑิต) (น. 58 - 59), โดย จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²⁰ จาก กระบวนการยุติธรรมทางเลือกในคดีอาญา, โดย สุทธิพล ทวีชัยการ, 2556, นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช.

หันเหออกจากระบบศาลก็ได้ เพื่อให้ประชาชนและสังคมบรรลุเป้าหมายแห่งการเข้าถึงความยุติธรรมและความสงบสุขของสังคม²¹

นอกจากนี้ แผนแม่บทการบริหารงานยุติธรรม พ.ศ. 2552 - 2555 ให้นิยาม “กระบวนการยุติธรรมทางเลือก” หมายถึง กระบวนการในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมที่มีกระบวนการและรูปแบบการปฏิบัติแตกต่างจากกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ใช้แนวคิดการหันเหออกจากศาล การใช้ชุมชนเป็นฐานและการไกล่เกลี่ย เพื่อลดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและลดการพึ่งพาท้องศาลยุติธรรมของภาครัฐ²² อันได้แก่ วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจา การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การประนีประนอม และการอนุญาโตตุลาการ

การเจรจา (Negotiation) หมายถึง การที่คู่กรณีสองฝ่ายเจรจาดำเนินการเพื่อหาข้อยุติข้อพิพาทกันเอง โดยไม่มีบุคคลที่สาม

การไกล่เกลี่ย (Conciliation) หมายถึง การเจรจาดำเนินการที่มีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นตัวกลางในการดำเนินการและให้คำแนะนำ โดยตัวกลางนี้ไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาท โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความให้จากความสมัครใจของคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ

การประนีประนอม (Mediation) หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่ผสมผสานกันระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับการค้นหาข้อเท็จจริง โดยการประนีประนอมจะมีคนกลางที่เรียกว่าผู้ประนีประนอมทำหน้าที่ในการเจรจาเพื่อยุติข้อพิพาท ซึ่งการประนีประนอมจะมีผลให้ข้อเรียกร้องเดิมระงับไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามข้อเรียกร้องใหม่ที่ตกลงกัน

อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) หมายถึง การตั้งบุคคล หรือคณะบุคคลเข้ามาทำหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ในประเด็นตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีส่วนร่วมในการกำหนดวิธีการพิจารณาคดีร่วมกัน

ทั้งนี้ รายละเอียดของการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทในแต่ละวิธีดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจะขอกล่าวในหัวข้อ 2.3 ต่อไป

²¹ จาก ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย (น. 21), โดย กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, 2554, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

²² แผนแม่บทการบริหารงานยุติธรรม พ.ศ. 2552 – 2555 ของกระทรวงยุติธรรม.

2.3 หลักการและรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือก

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงหลักการและรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือก อันได้แก่ การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท การประนีประนอม และการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งข้อดีข้อเสียของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

การเจรจาต่อรอง หมายถึง การแสวงหาข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยอาศัยกระบวนการสันติวิธี²³ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทขั้นพื้นฐาน โดยให้คู่กรณีพยายามได้พูดคุยกัน หากคู่กรณีสามารถหาจุดร่วมโดยทั้งสองฝ่ายต่างเห็นพ้องต้องกันปัญหาข้อพิพาทก็จะยุติลงซึ่งถือว่าได้มีการระงับข้อพิพาทกันแล้ว²⁴

การเจรจาต่อรอง เป็นวิธีการหนึ่งในการระงับข้อพิพาททางเลือก และเป็นวิธีการที่ถือได้ว่าเป็นวิธีการพื้นฐานที่สุด เมื่อเกิดความไม่เข้าใจหรือข้อขัดแย้งระหว่างกัน รัฐมักจะใช้เป็นวิธีการแรกในการระงับข้อพิพาท โดยที่คู่พิพาทยังคงมีอำนาจควบคุมและดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ วิธีการนี้ถือเป็นการที่สามารถทำได้โดยง่ายที่สุด ไม่ต้องมีพิธีรีตองอะไรมากมายสามารถทำได้ทันทีและเมื่อใดก็ได้ที่คู่กรณีสะดวก ผู้ที่เกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาทก็ไม่ต้องการใครเป็นพิเศษ ขอเพียงแต่มีคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมาร่วมพูดคุยกันก็เพียงพอแล้ว²⁵ การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้ ถือได้ว่าเป็นวิธีการที่มีความเป็นธรรมชาติที่สุด เนื่องจากการแก้ปัญหาโดยวิธีนี้เป็นวิธีการที่คู่กรณีเป็นผู้เจรจาตกลงกันเอง เป็นผู้เลือกผลแห่งการเจรจาเองจึงต้องถือว่าเป็นธรรมชาติ และให้ความรู้สึกแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่าตนเป็นผู้ชนะ ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ อย่างเช่น การพิจารณาพิพากษาโดยศาลหรือการพิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามสัญญาประนีประนอมก็ทำได้ง่ายเนื่องจากเกิดจากความสมัครใจของคู่ความเอง²⁶

²³ จาก “กลยุทธ์การเจรจาต่อรอง,” โดย วิกรณ์ รัชย์ปวงชน, 2547, *วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช*, 2, น. 33.

²⁴ จาก *ปัญหาการระงับข้อพิพาทคดีเลือกตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 28), โดย พงศ์บัณฑิต ปิ่นสุวรรณ, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

²⁵ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทนอกจากวิธีการทางศาล* (น. 4), โดย สรวิศ ลิ้มปรีงมี, 2545, กรุงเทพฯ: ม.ป.ป.

²⁶ “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลง ระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2* (น. 3). เล่มเดิม.

นอกจากนี้ ยังมีผู้กล่าวว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการเจรจาต่อรองเป็นวิธีที่ดีที่สุดสำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ เพราะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถประหยัดทั้งเงิน เวลา ค่าใช้จ่าย และการรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันระหว่างคู่กรณี เป็นเรื่องที่คู่กรณีต้องมีการตกลงกันที่จะยุติข้อพิพาทของตนโดยสมัครใจ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะพบในความตกลงหรือสนธิสัญญาเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยทั่วไป²⁷

ข้อดีของการเจรจาต่อรอง

1) มีความเป็นธรรม เนื่องจากการดำเนินการได้เอง โดยคู่กรณีเท่าที่เห็นสมควรและไม่ทำให้ตนเองเสียเปรียบ สามารถยุติปัญหาข้อพิพาทได้ด้วยการทำงานความเข้าใจที่มีจุดร่วมเดียวกัน อีกทั้งเป็นการเจรจาต่อรองที่มุ่งเน้นการนำข้อเท็จจริงมาพูดคุยทำความเข้าใจกัน ทำให้เกิดความพอใจในเรื่องที่เจรจาต่อรองกันและยิ่งไปกว่านั้นวิธีการนี้สามารถรักษาความสัมพันธ์ภาพที่คู่กรณีมีต่อกันให้คงอยู่เหมือนเดิมหรือเกิดรอยร้าวด้านความสัมพันธ์น้อยที่สุด²⁸

2) การเจรจาต่อรองสามารถยืดหยุ่นในส่วนของเรื่องรูปแบบวิธีการหรือขั้นตอนการเจรจาได้ตามที่คู่เจรจายอมรับเห็นสมควร ปรับเปลี่ยนรูปแบบการเจรจาได้ตามสภาพแห่งความขัดแย้งหรือข้อพิพาทนั้น ๆ

3) ใช้เวลาที่สั้นหรือกล่าวได้ว่ามีความรวดเร็วในการยุติปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เพราะสามารถดำเนินการได้เองโดยคู่พิพาทซึ่งไม่จำเป็นต้องรอวัน เวลา ที่ทำหน้าที่ผู้เป็นคนกลางตัดสินข้อพิพาทในการดำเนินการให้เหมือนดังกรณีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการ หรือศาล แต่วิธีการเจรจาต่อรองนั้นอาศัยเพียงแก่ความสะดวกของคู่พิพาทว่าประสงค์จะเจรจากันก็เพียงพอแล้วก็สามารถดำเนินการได้²⁹

4) ประหยัด กล่าวคือ การเจรจาต่อรองไม่จำเป็นต้องใช้อุปกรณ์ เครื่องมือ หรือสถานที่ที่เคร่งครัดหรือมีมูลค่าที่สูงนักเพราะเป็นการดำเนินการได้โดยการพูดคุยตกลงทำความเข้าใจของคู่พิพาทเท่านั้น ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม ค่าเสียเวลา ค่าพยานหลักฐาน ค่าใช้จ่ายแก่บุคคลภายนอก เป็นต้น อย่างเช่นกรณีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการ หรือศาล ส่วนเรื่อง

²⁷ จาก สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-จีน: วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 117 - 118), โดย โชติรส เพศประเสริฐ, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²⁸ จาก ปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ศึกษาเฉพาะกรณีกีฬาฟุตบอลอาชีพ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 28 - 30), โดย ณัฐวุฒิ จันทร์ศรีบุตร, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

²⁹ แหล่งเดิม.

สถานที่ในการเจรจาต่อรองนั้นยังเป็นเรื่องที่ประหยัดอีกทางเพราะสามารถทำการเจรจาได้ทุกสถานที่ตามแต่คู่พิพาทจะตกลงกัน บางทีอาจจะทำการเจรจากันที่สวนสาธารณะหรือบ้านของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ย่อมทำได้เช่นกัน

5) ความตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายเนื่องจากการดำเนินการระงับข้อพิพาทที่ทำขึ้น โดยคู่พิพาทด้วยกันเองมิได้มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับหรือมิได้มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือองค์กรใดทำการบีบบังคับในการทำการเจรจาต่อรอง รวมทั้งการตกลงตามการเจรจาต่อรองที่เกิดขึ้นทุกเรื่องที่เกิดขึ้นตอนของการเจรจาล้วนมีที่มาจากความสมัครใจทั้งสิ้น หากฝ่ายใดไม่พึงพอใจในขั้นตอนหรือข้อตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้เจรจาต่อรองไปแล้วก็สามารถปฏิเสธการเจรจาต่อรองครั้งนั้น ๆ ได้ หรืออาจเปลี่ยนไปใช้วิธีการอื่นในการระงับข้อพิพาทแทนได้³⁰

6) สามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้เพราะเป็นการดำเนินการระงับข้อพิพาทที่ทำโดยคู่กรณีเองโดยที่ไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องหรือรู้เห็น

ข้อเสียของการเจรจาต่อรอง

1) ผู้ที่มีอำนาจน้อยกว่าอาจเป็นฝ่ายเสียเปรียบ กล่าวคือ แม้รูปแบบการเจรจาต่อรองจะเป็นการดำเนินการได้เองโดยคู่พิพาทไม่จำเป็นต้องมีบุคคลภายนอกยื่นมือเข้ามาช่วยเหลือเป็นคนกลางในการช่วยระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแต่ก็หาใช่จะเป็นหลักประกันถึงความยุติธรรมทุกกรณีที่ทำกรเจรจาต่อรองไม่ เพราะการที่บุคคลซึ่งเป็นคู่พิพาทมิได้อยู่ในฐานะเดียวกันหรือมีคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญที่เหมือนกัน ก็อาจเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบขึ้นได้หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้ที่มีความรู้ที่สูง มีประสบการณ์สูง มีศรัทธาตำแหน่งหน้าที่การงานที่ลำดับสูงกว่า ย่อมได้เปรียบคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้³¹

2) การที่ต่างฝ่ายต่างตั้งเงื่อนไขของตนเอาไว้ก่อนที่จะเข้าเจรจาต่อรองกัน การไม่ยอมลดทิวติต่อกัน การกลัวเสียหน้า มุ่งเอาประโยชน์ส่วนตนเป็นที่ตั้งหรืออื่น ๆ เหล่านี้ ล้วนเป็นอุปสรรคในการทำให้การเจรจาต่อรองบรรลุผลไปได้

3) ปัญหาที่เกิดมาจากวัฒนธรรม ความเชื่อ หรือชาติพันธุ์ ก็เป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ทำให้การเจรจาต่อรองไม่อาจประสบความสำเร็จได้

³⁰ แหล่งเดิม.

³¹ แหล่งเดิม.

4) ผลการเจรจาต่อรองนั้นไม่ผูกพันคู่กรณีและบุคคลภายนอกบังคับได้ตามหลักเรื่องบุคคลสิทธิแต่ไม่มีผลบังคับกันได้ตามกฎหมายจนกว่าจะได้มีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ³²

2.3.2 การไกล่เกลี่ย (Conciliation)

การไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งที่บุคคลที่สาม เข้ามามีส่วนช่วยโน้มน้าวให้คู่พิพาทหันมาเจรจาท้าข้อยุติระหว่างกันก่อนที่เหตุการณ์จะขยายตัวออกไป โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะพยายามจัดท่าทีที่แตกต่างกันระหว่างคู่พิพาทให้มากที่สุด ซึ่งวิธีการนี้มีมาช้านานแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ. 1899 ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญากรุงเฮก เพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ ค.ศ. 1899 และ ค.ศ. 1907 เป็นต้น โดยการไกล่เกลี่ยจะต้องอาศัยทักษะของผู้ไกล่เกลี่ยในการค้นหาข้อเท็จจริง รวมทั้งอาศัยความน่าเชื่อถือของผู้ไกล่เกลี่ยด้วย³³

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีไกล่เกลี่ย เป็นการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งระหว่างคู่กรณี โดยที่คู่พิพาทตกลงกันให้บุคคลที่สามเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ย เพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน โดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยอมผ่อนผันข้อเรียกร้องของตนและแต่ละฝ่ายจะได้สิทธิตามที่ไกล่เกลี่ยกันนั้น ผู้ที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจบังคับให้คู่กรณีพิพาทตกลงกัน ไม่มีอำนาจให้คำตัดสินหรือกำหนดผลลัพธ์แห่งการเจรจาให้แก่คู่ความ แต่จะช่วยลดความตึงเครียด และสร้างบรรยากาศที่ดีในการเจรจา โดยในบางครั้งผู้ไกล่เกลี่ยอาจเสนอแนวทางในการตกลงให้แก่คู่กรณีได้³⁴ การไกล่เกลี่ยมีส่วนคล้ายกับการประนีประนอมยอมความ โดยที่ผู้ประนอมข้อพิพาทจะเป็นผู้ทำการเจรจาไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีทำความตกลงกันแต่จะมุ่งเน้น สำหรับการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาในทางแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเกี่ยวข้องกับธุรกิจเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศ โดยอาศัยพื้นฐานของข้อตกลงระหว่างคู่กรณีในสัญญา³⁵

³² แหล่งเดิม.

³³ จาก ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (*Problems of arbitration in the contract dispute settlement between state agencies and private investors*) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์) (น. 16), โดย ถนัดกิจ นิเวทวงศ์, 2558, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

³⁴ จาก การวิจัยเพื่อลดวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาลและความรวดเร็วในการดำเนินคดี (รายงานผลการวิจัย) (น. 140 – 141), โดย ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์ และคณะ, 2543, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.

³⁵ การวิจัยเพื่อลดวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาลและความรวดเร็วในการดำเนินคดี (รายงานผลการวิจัย) (น. 183 - 184.). แหล่งเดิม.

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่³⁶

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล หมายถึง การไกล่เกลี่ยก่อนมีการฟ้องคดี รวมถึงภายหลังการฟ้องคดีแล้ว หากคู่กรณีขอให้มีการไกล่เกลี่ยกันเองโดยมิได้ดำเนินการในศาล ถือว่าเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล และหากไกล่เกลี่ยสำเร็จ ซึ่งคู่พิพาทอาจตกลงระงับข้อพิพาทกันโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล หมายถึง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล ซึ่งศาลจะเป็นผู้ดำเนินการ หากไกล่เกลี่ยสำเร็จก็อาจถอนฟ้องหรือตกลงประนีประนอมยอมความกัน ศาลก็จะทำการพิพากษาตามยอม หรือหากตกลงกันได้เพียงแต่บางส่วนศาลก็จะทำการสืบพยานเฉพาะในส่วนที่ตกลงกันไม่ได้

ข้อดีของการไกล่เกลี่ย

1) เป็นการลดข้อขัดแย้งและสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคม เนื่องจากเมื่อเกิดข้อพิพาท หากไม่มีการระงับข้อพิพาทก็จะทำให้ขยายวงกว้างและสร้างความแตกแยกในสังคม หากมีวิธีการให้คู่พิพาทหันหน้าเข้าคุยเจรจาประนีประนอมยอมความกัน ก็จะทำให้ความบาดหมางจบลงแต่มีมิตรภาพยังคงอยู่

2) ประหยัดเวลา ประหยัดค่าใช้จ่าย ไม่ต้องเสียเวลาไปดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล หากตกลงกันได้ทั้งสองฝ่ายทำให้รู้สึกว่าได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริง และเป็นชัยชนะกันทั้งสองฝ่าย

3) ทำให้คดีเสร็จไปโดยเร็ว เป็นการลดปริมาณคดีของศาล ตลอดจนลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลสูงและงานบังคับคดี³⁷

ข้อเสียของการไกล่เกลี่ย

1) การรักษาความลับอาจไม่ดีเท่ากับการเจรจาต่อตรง เพราะการมีผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทก็เป็นการที่บุคคลภายนอกเข้ามารู้เห็นในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท จำเป็นต้องรับรู้ข้อเท็จจริงทั้งหมดเสียก่อนจึงจะสามารถเสนอความเห็นของตนเพื่อช่วยชี้แนะทางออกของปัญหาให้แก่คู่กรณีได้

2) คู่ความอาจใช้วิธีการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทนี้เพื่อเป็นการประวิงคดีได้

³⁶ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการระงับข้อพิพาทคืออาญาตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ: กรณีศึกษาในชั้นศาล (น. 138). เล่มเดิม.

³⁷ ปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการ ศึกษาเฉพาะกรณีกีฬาฟุตบอลอาชีพ (น. 34 - 35). เล่มเดิม.

3) ผลของการประนอมข้อพิพาทไม่ผูกพันคู่กรณีและบุคคลภายนอกจนกว่าจะมีคำพิพากษาตามยอม³⁸

2.3.3 การประนีประนอม (Mediation)

การประนีประนอม เป็นการสอบสวนข้อเท็จจริงเพื่อความกระจ่างชัด เพราะบางครั้งคู่พิพาทเองก็เข้าใจข้อเท็จจริงผิดไป อาทิ เข้าใจว่าอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาไม่ยอมยื่นยื่นกำหนดเวลาที่จะต้องส่งมอบสินค้า ทั้ง ๆ ที่ฝ่ายถูกกล่าวหาว่าผิดสัญญาได้ส่งคำยืนยันไปแล้ว แต่อีกฝ่ายยังไม่ได้รับ นอกจากนั้น การประนีประนอมจะทำให้คู่พิพาทหันหน้าเข้าหากัน เพื่อบรรลุข้อตกลงโดยการเสนอทางออกที่คู่พิพาทยอมรับได้ ดังนั้น การประนีประนอมจึงเสมือนกับเป็นการผสมผสานระหว่างการค้นหาข้อเท็จจริงกับการไกล่เกลี่ยไปด้วย ส่วนใหญ่แล้ว การประนีประนอมจะดำเนินการโดยคณะบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมซึ่งกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง และมีกำหนดเวลาในการดำเนินการพิจารณาให้เสร็จสิ้นด้วยเพื่อเปิดโอกาสให้คู่พิพาทเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นต่อไป³⁹ โดยข้อเสนอแนะของคณะผู้ประนีประนอมนี้ ไม่ผูกพันคู่พิพาท จึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทอีกประการหนึ่งที่นิยมใช้กันในบางประเทศ ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะช่วยรักษาหน้าของทั้งสองฝ่ายโดยมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรู้สึกว่าคุณแพ้หรือชนะ สำหรับประเทศไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 และมาตรา 20 ให้อำนาจศาลพยายามให้คู่ความประนีประนอมยอมความกัน รวมทั้งยังได้มีคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความ พ.ศ. 2539 ซึ่งถือได้ว่าเป็นการประนีประนอมกัน โดยให้ผู้พิพากษาเจ้าของคดีเป็นผู้ทำหน้าที่ประนีประนอม ซึ่งวิธีการประนีประนอมโดยคณะผู้ประนีประนอมที่มีศาลนั้นยังไม่แพร่หลายนักในประเทศไทย⁴⁰

การประนีประนอมยอมความนี้มีผลให้ข้อเรียกร้องเดิมระงับไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามข้อความในสัญญาที่ทำกันขึ้นใหม่นั้น ทั้งนี้ ประนีประนอมยอมความย่อมเกิดจากความเมตตาปราณีของกลุ่มที่เห็นอกเห็นใจกัน จึงได้ประนอมยอมชอมกันยกเลิกข้อเรียกร้องเดิมทำสัญญากันใหม่ ซึ่งกฎหมายถือว่า เป็นวิธีที่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีอย่างยิ่งยวด เพราะเกิดจากความพอใจของทั้งสองฝ่าย

³⁸ แหล่งเดิม.

³⁹ จาก *กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ* (น. 67), โดย พรชัย ดำเนินวิวัฒน์, 2550, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁴⁰ *ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (Problems of arbitration in the contract dispute settlement between state agencies and private investors)* (น. 17). เล่มเดิม.

2.3.4 อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ คือ วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกประเภทหนึ่งนอกจากทางศาล โดยคู่พิพาทเลือกคนกลางขึ้นมาเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทของตนและคำตัดสินนั้นผูกมัดคู่พิพาท เป็นการตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทโดยการตัดสินใจของคนกลาง ซึ่งจะต้องไม่ใช่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท คือ เป็นบุคคลภายนอกจะมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ โดยได้รับเลือกจากผู้เป็นคู่ความในข้อพิพาทหรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่ผู้เป็นคู่ความในข้อพิพาทได้ตกลงไว้ หรือตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใด ๆ โดยเฉพาะ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้ว จะถือว่าถึงที่สุด หมายความว่ามิใช่เป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้นเมื่อคู่กรณีเป็นผู้แพคดี ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ ศาล ให้ทำการบังคับตามที่ได้ชี้ขาดนั้นได้⁴¹

การอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยม เพราะเมื่อเทียบกับศาลแล้วเป็นวิธีการที่ประหยัดและมีประสิทธิภาพมากกว่า เนื่องจากมีหลักการที่คู่กรณีมีอำนาจปรับแต่งวิธีพิจารณาให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมของตน รวมไปถึงสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการที่เป็นกลางและเชี่ยวชาญในกรณีพิพาทมาดำเนินการพิจารณาได้⁴²

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นเริ่มต้นมีขึ้นครั้งแรกเมื่อใดไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัด แต่พบว่าในสมัยกรีกและโรมัน ก็มีการนำเอาการอนุญาโตตุลาการมาใช้แล้ว โดยอริสโตเติลก็พยายามที่จะอธิบายถึงประโยชน์ที่ได้รับการประนอม หรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน และมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการประนอมข้อพิพาทขึ้นในหมู่ชาวกรีกด้วยกัน การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่กระทำกันเป็นปกติของชาวโรมันในกฎหมายสิบสองโต๊ะก็มีบัญญัติไว้ในมาตรา 5 โต๊ะที่ 7 ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อทำการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินข้างเคียง โดยมีบุคคลที่เป็นกลางสามคนทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม หลังจากสมัยกรีกและโรมัน ประเทศต่าง ๆ รวมทั้งภาคพื้นยุโรปเกิดมีอคติต่อการอนุญาโตตุลาการอยู่ช่วงระยะหนึ่ง โดยมีความคิดว่ารัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่เนื่องจากการขยายตัวทางด้านธุรกิจการค้าเป็นไปอย่างกว้างขวางรวดเร็ว ซึ่งความนิยมของบรรดาพ่อค้ามักนิยมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมากกว่า

⁴¹ จาก การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ย (น. 117), โดย มนตรี ศิลปมหาบัณฑิต, 2550, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.

⁴² จาก “การอนุญาโตตุลาการแบบกลุ่ม,” โดย บุญเกียรติ สถาพรวัฒนกิจ, 2555, วารสารดุลพินิจ, 3(59), น. 94.

การนำคดีไปสู่ศาลโดยเฉพาะในโลกยุคปัจจุบัน ที่เศรษฐกิจขยายตัวไปอย่างมาก ทศนะเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการจึงได้รับการสนับสนุนขึ้นอีกโดยยอมรับว่ามีส่วนช่วยลดคดีความที่จะนำสู่การพิจารณาของศาลได้มาก จนในที่สุดประเทศต่าง ๆ ได้มีการพัฒนาเป็นกฎหมาย ยอมรับการมีผลใช้ได้ของข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตตุลาการเป็นแบบอย่างที่ใช้กันต่อมา⁴³

สำหรับประเทศไทย กฎหมายอนุญาตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยที่ค้นพบได้นั้นคือพระไอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068 ซึ่งอยู่ในอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายมนุธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดีย โดยกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับตลอดจนสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก จึงโปรดเกล้าให้ชำระกฎหมายและคัดลอกพระไอยการลักษณะตระลาการมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งมีเนื้อหาเป็นอย่างเดียวกัน คือ บัญญัติถึงอนุญาตตุลาการรวมอยู่กับตระลาการอื่น ๆ โดยใช้คำว่า “อนุญาตตุลาการ” และอธิบายว่าหมายถึง บุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งตนเองให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนและยินยอมปฏิบัติคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีจะบังคับให้อุญาตตุลาการรับผิดชอบต่อตนมิได้และคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการยอมถึงที่สุด คู่กรณีจะอุทธรณ์คำชี้ขาดนั้นมิได้ อันเป็นหลักการที่คล้ายคลึงกับการอนุญาตตุลาการในปัจจุบัน⁴⁴

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการ มีลักษณะสำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้

1. อนุญาตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทชนิดใดบ้างที่จะระงับได้โดยอนุญาตตุลาการยอมเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของประเทศนั้น ๆ
2. บุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรือเป็นอนุญาตตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท คือ เป็นบุคคลภายนอกซึ่งเป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งท่านหรือหลายท่านก็ได้ โดยได้รับเลือกจากผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาทหรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่ผู้เป็นฝ่ายใดข้อพิพาทได้ตกลงกันไว้หรือตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใด ๆ โดยเฉพาะ⁴⁵

⁴³ จาก “การตั้งอนุญาตตุลาการ” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 1* (น. 27), โดย อนงค์ ศรีสนิท, 2535, กรุงเทพฯ: เพอเพิลท์ กราฟฟิค กรุ๊ป.

⁴⁴ จาก *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการในสัญญาสัมปทาน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 13), โดย นवलนภา อภิบาลศรี, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

⁴⁵ *ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน* (น. 48 - 49). เล่มเดิม.

3. ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างผู้เป็นฝ่ายใดข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำเกินขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้โดยสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการตกลงกันได้มากน้อยเพียงใด เป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศ

4. อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการพิจารณาความ แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องผูกติดกับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยเคร่งครัดดังที่ศาลปฏิบัติ เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ คือ ความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของระบบศาล อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาและชี้ขาดไปตามหลักแห่งความยุติธรรม เป็นต้นว่าให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี และจะต้องชี้ขาดโดยการรับฟังจากน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่กรณีทุกฝ่าย⁴⁶

5. อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นระบบเอกชน ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนให้มากที่สุด เพื่อให้ตกลงกันในเรื่องวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการโดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะเป็นผู้คอยช่วยเหลือ ให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และพยายามหลีกเลี่ยงการเข้าแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

6. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้วจะถือว่าถึงที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และคู่พิพาทจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ ศาล ให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้⁴⁷

สัญญาการอนุญาโตตุลาการมักจะเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันด้วยความสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการให้พิจารณาชี้ขาด โดยอาจตกลงกันเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (Submission) หรือตกลงกันไว้ก่อนในสัญญาหนึ่งสัญญาใดที่มีอยู่ (ซึ่งเรียกกันว่าสัญญาหลัก เช่น สัญญาซื้อขาย) ว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกิดขึ้นจากสัญญานั้นจะให้มีการระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) โดยในการอนุญาโตตุลาการจะต้องมีบุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือหลายคนที่คู่กรณีเลือกขึ้น เพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน ซึ่งเรียกว่า

⁴⁶ แหล่งเดิม.

⁴⁷ แหล่งเดิม.

อนุญาตตุลาการและอนุญาตตุลาการต้องทำหน้าที่เป็นคนกลางที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท โดยมีใช้ตัวแทนของกลุ่มฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแม้แต่ฝ่ายที่แต่งตั้งตนให้ทำหน้าที่ดังกล่าว⁴⁸

สำหรับวิธีพิจารณาในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการนั้น อนุญาตตุลาการต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอโดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายที่ส่วนใหญ่จะให้ เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันได้ แต่ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ก็อยู่ในดุลพินิจของ อนุญาตตุลาการ แต่ต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมโดยให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียม กันในการเสนอพยานหลักฐานและข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่ายคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด เมื่ออนุญาตตุลาการทำการพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่กรณีเสนอจนครบถ้วนแล้วก็ต้อง ทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายกระทำการหรืองดเว้น กระทำการ หรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและคู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่กรณีฝ่าย ที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดคู่กรณีฝ่ายที่ชนะ ซึ่งยังต้องการบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับการบังคับตาม คำชี้ขาด เช่น ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดและศาลดังกล่าว จะเป็นองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น⁴⁹

2.4 สัญญาและหลักการทำสัญญา

สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกัน ของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มีมุ่งจะก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมาย⁵⁰

สัญญาต้องมีสาระสำคัญดังนี้

1. ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แต่ละฝ่ายอาจมีมากกว่าหนึ่งคนก็ได้ โดยคู่สัญญาอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ หากเป็นบุคคลธรรมดาทำสัญญาให้มีความ สมบูรณ์ บุคคลนั้นต้องมีความสามารถในการใช้สิทธิทำสัญญา มิใช่เป็นบุคคลถูกจำกัดสิทธิ เช่น เป็นผู้เยาว์ เป็นคนไร้ความสามารถ เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ ส่วนนิติบุคคลทำสัญญา โดยผ่านผู้แทนนิติบุคคลภายในขอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดในตราสารจัดตั้งนิติบุคคล เมื่อทราบว่า ใครเป็นคู่สัญญา ก็จะทำให้ทราบว่าใครมีสิทธิ และใครมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิและมีหนี้

⁴⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ (น. 9 - 10), โดย เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁹ แหล่งเดิม.

⁵⁰ จาก คำอธิบายนิติกรรมสัญญา (น. 210), โดย จำปี โสคติพันธุ์, 2543, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ที่ต้องปฏิบัติต่อกฎสัญญา ซึ่งคำว่า หนี้ ตามสัญญานั้น ได้แก่ การกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือการส่งมอบทรัพย์สิน ฝ่ายใดที่มีสิทธิฝ่ายนั้นก็จะเจ้าหนี้ ฝ่ายใดมีหน้าที่ฝ่ายนั้นก็จะ เป็นลูกหนี้ และเป็นผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้น⁵¹

2. ต้องมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน เนื่องจากสัญญาเป็น นิติกรรมที่เกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาที่เรียกว่า คำเสนอ และการตอบรับเป็นคำสนอง ซึ่งกล่าว โดยทั่วไปว่า “เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน จะทำให้เกิดสัญญา”⁵²

2.4.1 สัญญาทางแพ่ง

สัญญาตามกฎหมายแพ่ง หรือสัญญาทางแพ่งนั้น ถือเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ดังนั้น จึงต้องประกอบด้วยลักษณะ 5 ประการ ดังนี้⁵³

1. ต้องเป็นการกระทำของบุคคลโดยการแสดงเจตนา

สัญญาหรือนิติกรรม ต้องเป็นการกระทำของบุคคล เพราะสิทธิและหน้าที่เป็นเรื่องของ บุคคลโดยเฉพาะ สิ่งซึ่งมิใช่บุคคลอาจทำนิติกรรมเพื่อก่อสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันได้ไม่ การกระทำของบุคคลซึ่งจะเกิดเป็นนิติกรรมขึ้นได้นั้นจะต้องแสดงออกมาให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าตนมี ความประสงค์จะให้เกิดผลในทางกฎหมายอย่างไร สำหรับสัญญานั้น เป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือ หลายฝ่ายซึ่งเกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป จึงต้องมีการแสดงเจตนา ของบุคคลทุกฝ่ายเป็นคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงจะเกิด⁵⁴

2. ต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายให้อำนาจบุคคลในการทำนิติกรรมไว้อย่างกว้างขวาง โดยปกติบุคคลย่อมมี เสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมเพื่อมุ่งต่อผลในกฎหมายได้ตามความสมัครใจ กฎหมายยอม รับรองความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา เว้นแต่ การกระทำใดที่ขัดต่อประโยชน์ส่วนได้เสียของ ประเทศชาติหรือประชาชนส่วนรวม ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม กฎหมายจะขัดขวางไม่ยอมรับรอง การกระทำนั้น ดังนั้น สัญญาที่จะมีผลในทางกฎหมายจะต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย หรือมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีผล ทำให้นิติกรรมหรือสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

⁵¹ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย (น. 142). เล่มเดิม.

⁵² แหล่งเดิม.

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149

⁵⁴ จาก คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา (น. 7 - 17), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ.

3. ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

นิติกรรมหรือสัญญาที่บุคคลได้กระทำขึ้นนั้น ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งประสงค์จะให้เกิดผลในกฎหมายผูกพันกัน หรือเป็นการกระทำโดยมุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล อันเป็นความผูกพันในทางกฎหมาย ถ้าบุคคลกระทำการใดโดยไม่ประสงค์ที่จะผูกนิติสัมพันธ์ มิได้มุ่งจะให้เกิดผลในกฎหมาย ย่อมไม่เกิดนิติสัมพันธ์เป็นนิติกรรมหรือสัญญาที่จะฟ้องร้องต่อศาลขอให้บังคับหรือเรียกเรื่องค่าเสียหายกันได้⁵⁵

4. ต้องเป็นการกระทำโดยสมัครใจ

การกระทำโดยสมัครใจ คือ การแสดงเจตนาออกมาโดยอิสระและตรงกับความรู้สึกนึกคิด ปราศจากความสำนึกผิดหรือถูกทำกลฉ้อฉลหลอกลวงหรือขู่เข็ญบังคับ เมื่อบุคคลประสงค์จะทำนิติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดก็ย่อมจะเกิดความรู้สึกนึกคิดขึ้นในใจก่อนหรือที่เรียกว่าเจตนาขึ้นในใจ เมื่อเกิดเจตนาในใจแน่นอนแล้ว จึงแสดงเจตนาออกด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากเจตนาที่แสดงออกมามีตรงกับเจตนาในใจก็ย่อมเป็นเจตนาอันแท้จริง และก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย

5. ต้องเป็นการกระทำเพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ

บุคคลแสดงเจตนาทำนิติกรรมก็เพื่อมุ่งประสงค์จะให้เกิดผลในกฎหมาย อันได้แก่การก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ ซึ่งรวมเรียกว่า การเคลื่อนไหวในสิทธิหรือการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ⁵⁶

จากการศึกษา พบว่า สัญญาทางแพ่งสามารถแบ่งประเภทตามลักษณะและความมุ่งหมายของสัญญาได้ ดังนี้⁵⁷

1. สัญญาซึ่งก่อผลผูกพันคู่สัญญากับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก โดยปกติสัญญาจะก่อสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาอันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาโดยเฉพาะ เช่น สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาซื้อขายทรัพย์สิน สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจ้าง สัญญาให้โดยเสน่หา เป็นต้น แต่ก็มีสัญญาบางประเภทที่กฎหมายยอมให้คู่สัญญาทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้ เช่น สัญญาจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก⁵⁸ สัญญาประกันชีวิต⁵⁹

⁵⁵ แหล่งเดิม.

⁵⁶ แหล่งเดิม.

⁵⁷ คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา (น. 314). เล่มเดิม.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 - 376

⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 889

2. สัญญาต่างตอบแทนกับสัญญาไม่ต่างตอบแทน สัญญาต่างตอบแทน ได้แก่ สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาต่างเป็นเจ้าของ และลูกหนี้ซึ่งกันและกันหรือมีหนี้ที่จะต้องชำระตอบแทนกัน⁶⁰ เช่น สัญญาซื้อขายทรัพย์สิน ผู้ซื้อหนี้ต้องชำระราคา ผู้ขายหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สิน ส่วนสัญญาไม่ต่างตอบแทน ได้แก่ สัญญาที่ก่อหนี้ฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้ เช่น สัญญาเช่า⁶¹ สัญญาฝากทรัพย์สินโดยไม่มีบำเหน็จ⁶² ผู้ยืมและผู้รับฝากทรัพย์สินต่างมีหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน โดยผู้ให้ยืมและผู้ฝากทรัพย์สินไม่มีหนี้ที่จะต้องชำระตอบแทนแต่อย่างใด

3. สัญญามีค่าตอบแทนกับสัญญาไม่มีค่าตอบแทน สัญญามีค่าตอบแทนนั้น หมายความว่าคู่สัญญาที่มีสิทธิได้ค่าตอบแทน ค่าตอบแทนนั้นอาจเป็นประโยชน์หรือทรัพย์สิน หรือเป็นการชำระหนี้ตอบแทนก็ได้ เช่น สัญญาจ้างแรงงาน⁶³ สัญญาจ้างทำของ⁶⁴ สัญญาซื้อขาย⁶⁵ สัญญาเช่าทรัพย์สิน⁶⁶ สัญญากู้ยืมเงินโดยมีดอกเบี้ย⁶⁷ เป็นต้น สัญญาต่างตอบแทนย่อมเป็นสัญญามีค่าตอบแทนเพราะมีการชำระหนี้ตอบแทนกัน แต่สัญญามีค่าตอบแทนอาจไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทนเสมอไป เช่น สัญญากู้ยืมเงินโดยมีดอกเบี้ย เป็นสัญญามีค่าตอบแทน แต่ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทน เพราะผู้กู้มีหนี้แต่ฝ่ายเดียว โดยจะต้องชำระดอกเบี้ยและต้นเงินกู้คืน ส่วนผู้ให้กู้ไม่มีหนี้แต่อย่างใดที่จะต้องชำระแก่ผู้กู้⁶⁸

2.4.2 สัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น ต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁶⁹

⁶⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369

⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 640 และมาตรา 650

⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 657 และมาตรา 659

⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575

⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453

⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653

⁶⁸ คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา (น. 315). เล่มเดิม.

⁶⁹ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ฉบับเตรียมสอบเข้านิติศาสตร์ (น. 239 - 240), โดย พรชัยวัฒน์ พูนทองพันธ์ และคณะ, 2552, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ก. สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานเกิดขึ้นในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่ในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งการให้สัมปทานจะอยู่ในรูปแบบของพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการตั้งสาธารณูปโภค โดยรัฐให้ผลตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคที่จัดทำขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งค่อนข้างยาวนาน ซึ่งรูปแบบของพระบรมราชานุญาตดังกล่าวได้พัฒนาต่อมาเป็นระบบการให้สัมปทานในภายหลัง⁷⁰ จนกระทั่งในปัจจุบันก็ยังคงมีการให้สัมปทานอยู่จึงนับได้ว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองที่เก่าที่สุดรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น สัญญาสัมปทานจึงเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิเข้ามาจัดทำหรือดำเนินการที่รัฐผูกขาดหรือกิจการที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการแต่เพียงผู้เดียว ภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง และให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้นเป็นการตอบแทน

ข. สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาประเภทนี้ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนเข้าทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่หรืออยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยตรง ดังนั้น ในกรณีที่การดำเนินการของเอกชนนั้นเพียงเข้ามาในฐานะผู้รับจ้างเพื่อการจัดหาหรือจัดทำโดยได้รับค่าตอบแทนจากรัฐเพียงอย่างเดียวโดยมิได้เข้ามาบริหารบริการสาธารณะด้วยแล้ว สัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น สัญญาให้เอกชนเดินรถรับส่งผู้โดยสาร สัญญาให้เอกชนเก็บและกำจัดขยะ เป็นต้น

ทั้งนี้ โดยส่วนใหญ่แล้ว สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะมักจะเป็นสัญญาสัมปทานไปในตัว เรียกว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เนื่องจากบริการสาธารณะบางประเภทไม่สามารถให้เอกชนหลายรายจัดทำแข่งได้ เช่น สัมปทานทางหลวงหรือสัมปทานทางยกระดับ เพราะโดยสภาพไม่อาจให้เอกชนทำทางหลวงหรือทางยกระดับในเส้นทางเดียวกันได้ การทำสัญญาให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวจึงเป็นการให้สิทธิผูกขาดกับเอกชนคู่สัญญาไปพร้อมกัน⁷¹

⁷⁰ จาก สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 108 - 109), โดย สุรพงศ์ กลั่นประชา, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷¹ จาก ข้อกำหนดด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 30), โดย พรพิมล บุญทวีเวช, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ค. สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

คำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ตามความหมายทั่วไปนั้น มีความหมายว่า “บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ เป็นต้น”⁷²

นอกจากนี้ ยังมีความหมายจากประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า⁷³

“กิจการดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

- (1) การรถไฟ
- (2) การรถราง
- (3) การขุดคลอง
- (4) การเดินอากาศ
- (5) การประปา
- (6) การชลประทาน
- (7) การไฟฟ้า
- (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ
- (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน

ตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

ง. สัญญาที่แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาประเภทนี้มาจากแนวความคิดพื้นฐานที่ว่าทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งมีอยู่จำกัด ถือเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติเป็นประโยชน์ของรัฐโดยรวม โดยมีฝ่ายปกครองเป็นผู้ดูแลรักษา ดังนั้น การที่เอกชนรายใดจะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ และจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าวด้วย เพื่อให้รัฐเข้าควบคุมดูแลการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมอย่างแท้จริง

สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ มิใช่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะดังสัญญาทั้ง 3 ประเภทข้างต้น สัญญาประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ในการที่จะสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์

⁷² พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556).

⁷³ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ข้อ 3 บรรดาหนึ่ง.

เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน ดังเช่นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อย่างไรก็ตาม สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็เป็นผลที่มาจากส่วนหนึ่งของการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ⁷⁴

เดิมประเทศไทยมิได้มีการแบ่งแยกสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง จนกระทั่งได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงปรากฏนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” โดยพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ว่าหมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁷⁵

จากนิยามดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายต้องเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนฝ่ายปกครอง ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง และต่อมาก็ได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองหลายคดีที่เดินตามหลักดังกล่าวนี้⁷⁶

⁷⁴ จาก *สัญญาทางปกครอง* (น. 154), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2546, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁷⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

⁷⁶ จาก *เอกสารประกอบคำบรรยาย หน่วยที่ 13 สัญญาทางปกครอง* (น. 13-18 – 13-19), โดย สุนทร มณีสวัสดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

หลักการทำสัญญาทางปกครอง

ตามระบบกฎหมายของไทย การทำสัญญาทางปกครองตั้งอยู่บนแนวคิดพื้นฐานที่ว่า การทำสัญญาทางปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของส่วนร่วม ดังนั้น กระบวนการทำสัญญาทางปกครองจึงแตกต่างจากกระบวนการทำสัญญาทางแพ่งตามกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพของคู่สัญญาในการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจพิจารณาได้ใน 2 ลักษณะ ดังนี้

ก. ข้อจำกัดหลักเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

หลักในการเลือกคู่สัญญาต้องอยู่บนแนวความคิดพื้นฐานเรื่องความเสมอภาค กล่าวคือ การให้โอกาสเอกชนทุกคนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนด เข้ามายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับรัฐได้โดยเท่าเทียมกัน และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม หน่วยงานของรัฐจึงไม่มีสิทธิหรือเสรีภาพเต็มที่ที่จะใช้ดุลพินิจเลือกทำสัญญากับบุคคลใดตามใจชอบดังเช่น การเข้าทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิหรือการกำหนดคุณสมบัติของเอกชน ผู้มีสิทธิจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐได้จะต้องเป็นไปโดยสุจริตและเพื่อประโยชน์ในการจัดให้บริการสาธารณะให้บรรลุผลเท่านั้น และจะต้องมีกฎหมายออกมาเพื่อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเท่านั้น ดังนั้น ในการทำสัญญาทางปกครองจึงใช้วิธีการประกวดราคาเป็นหลักในการเลือกคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นกลาง และเป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้ผู้ที่มีความเหมาะสมได้เข้ามาเสนอตัวเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง ซึ่งทำให้ฝ่ายปกครองเสียค่าใช้จ่ายที่น้อยที่สุดหรือได้รายได้มากที่สุดเป็นเกณฑ์ ส่วนวิธีการอื่น ๆ เช่น วิธีการสืบราคา วิธีการสอบราคา วิธีพิเศษ วิธีการฉีกพิเศษ ฝ่ายปกครองจะใช้ได้ ก็ตามที่กฎหมายอนุญาตเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกคู่สัญญาตามใจชอบไม่ได้⁷⁷

ข. ข้อจำกัดหลักเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

การทำสัญญาตามกฎหมายเอกชน คู่สัญญามีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญาเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมายในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในส่วนการทำสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพดังกล่าว เนื่องจากการทำสัญญาทางปกครองมักจะถูกกำหนดให้ทำสัญญาตามแบบหรือสัญญาสำเร็จรูป ดังเช่น การให้สัมปทานสำรวจแร่หรือทำเหมืองแร่จะต้องเป็นไปตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง⁷⁸

⁷⁷ ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาทางปกครอง (น. 36). เล่มเดิม.

⁷⁸ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 17

หรือการให้สัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียม จะต้องทำตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวง⁷⁹ หรือแบบสัญญาซื้อขายและแบบสัญญาจ้างของหน่วยงานราชการ ทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่สำนักนายกรัฐมนตรีประกาศเวียนให้หน่วยงานของราชการที่จะทำสัญญากับเอกชนถือเป็นแนวทางในการดำเนินการ ซึ่งในทางปฏิบัติหน่วยงานราชการก็จะทำสัญญาตามแบบดังกล่าว⁸⁰

2.4.3 หลักเกณฑ์การแบ่งสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง มีลักษณะที่แตกต่างกันโดยประการสำคัญ ดังนี้

1. สัญญาตามกฎหมายแพ่ง เป็นนิติสัมพันธ์ที่ตั้งบนพื้นฐานของเสรีภาพ ความเสมอภาค และความสมัครใจในการทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาก็เพื่อสนองความต้องการของคู่สัญญามีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ไม่เสมอภาคในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญาการปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขและการเลิกสัญญา สัญญาทางปกครองจึงเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ที่สะท้อนถึงอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

2. แม้ฝ่ายปกครองจะเลือกรูปแบบสัญญาเป็นวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่สัญญาทางปกครองก็มีระบบของสัญญาหลายประการที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ มักเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดรูปแบบของสัญญาไว้ การได้มาซึ่งคู่สัญญาโดยปกติฝ่ายปกครองจะต้องทำตามระเบียบในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้าง ฯลฯ สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนที่จะถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพได้นั้นจึงน่าจะพิจารณาแนวทางจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมา และศาลปกครองไทยก็อาจสร้างและพัฒนาหลักเกณฑ์ของตนขึ้น โดยเฉพาะเพื่อให้เหมาะสมกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศ

3. สิทธิหน้าที่ของฝ่ายปกครองและเอกชนที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะโดยกฎหมายกำหนดหรือโดยสภาพนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักเฉพาะขึ้นมาหลายประการที่แตกต่างจากสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในกฎหมายแพ่ง เช่น สิทธิที่จะแก้ไขสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องจ่ายค่าทดแทนที่เหมาะสมซึ่งหมายถึงความเสียหายที่มีอยู่จริง มิใช่การขาดทุนกำไรและต้องไม่เป็นการแก้ไขที่เกินสมควรหรือแก้ไขเพื่อลดค่าตอบแทนเป็นตัวเงิน หรือเพิ่มหนี้ที่ไม่ได้กำหนดไว้หรือเกี่ยวข้องกับสัญญาสิทธิของเอกชนที่จะได้รับค่าทดแทนหากต้องประสบกับปัญหาอุปสรรคจนทำให้ต้องขาดทุนหรือมีค่าใช้จ่ายสูงขึ้น หากปัญหาอุปสรรคนั้นเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ เป็นต้น

⁷⁹ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 23

⁸⁰ ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาทางปกครอง (น. 36 - 37). เล่มเดิม.

4. สัญญาที่ทำขึ้นกับฝ่ายปกครองที่มีได้จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้ (การรักษาความสงบเรียบร้อย การศึกษา การต่างประเทศ ฯลฯ) แต่เป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้ำนั้น (ในระบบกฎหมายไทยจะได้แก่รัฐวิสาหกิจ) ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่า ถ้าเป็นสัญญาจ้างแรงงานก็ดี สัญญาที่ทำกับผู้ใช้บริการก็ดี เป็นสัญญาทางแพ่ง ยกเว้นสัญญาจ้างพนักงานระดับสูง เช่น ผู้อำนวยการ สมุหบัญชี เพราะเป็นตำแหน่งสำคัญที่รับผิดชอบการดำเนินการขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวโดยตรง นอกจากนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสยังถือว่า สัญญาให้เช่าหรือหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินธรรมดาของแผ่นดิน เป็นสัญญาทางแพ่งเว้นแต่จะมีข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

2.5 กฎและหลักการตรากฎ

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนได้ศึกษาความหมายของกฎ ลักษณะของกฎ ประเภทของกฎ และหลักเกณฑ์ในการตรากฎ ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.5.1 ความหมายของกฎ

กฎ หมายถึง บรรทัดฐานต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นในลักษณะที่เป็นนามธรรมและใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นอำนาจบริหาร หรือโดยนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนที่มีอำนาจปกครองตนเอง เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการปกครองของรัฐ แต่ไม่หมายความรวมถึงการตราพระราชกำหนด อาจกล่าวได้ว่า กฎเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้บัญญัติ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบอธิบดี หรืออาจเรียกว่าเป็น กฎหมายลำดับรองและกฎหมายองค์การบัญญัติ เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบังคับสภาพนายกความ เป็นต้น ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้น โดยอาศัยอำนาจทางบริหารประเภทที่เป็นอำนาจปกครองโดยบรรดาองค์กรฝ่ายปกครอง⁸¹ ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติกับกฎ จึงอยู่ที่องค์กรที่ตรากฎหมายหรือที่บัญญัติกฎนั้นขึ้น

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามคำว่า “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ

⁸¹ จาก *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น. 269), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554, กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.

ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ⁸²

2.5.2 ลักษณะของกฎ

จากความหมายของ “กฎ” ตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 จะเห็นได้ว่า กฎหมายทั้งสองฉบับให้นิยามความหมายของกฎ โดยยกตัวอย่างชนิดของกฎขึ้นกล่าวกันว่า “...พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น...” นั้น แสดงให้เห็นลักษณะของ กฎ ว่าเป็นกฎหมาย หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชนฝ่ายเดียว กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้อยู่ได้บังคับของกฎ และในส่วนท้ายที่กล่าวว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการใช้บังคับทั่วไปของกฎ ฉะนั้น กฎ จึงมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะเป็นนามธรรม เพื่อให้ใช้บังคับครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก⁸³

ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้อธิบายลักษณะของกฎไว้ว่ามีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ⁸⁴

1. บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ เป็นต้น ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการหรืออนุญาตให้กระทำการได้

2. กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการ เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการทุกวันสิ้นเดือน เช่น ห้ามสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย เป็นต้น⁸⁵

⁸² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3

⁸³ *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการระงับข้อพิพาทคดีอาญาตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ: กรณีศึกษาในชั้นศาล* (น. 128). เล่มเดิม.

⁸⁴ จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (น. 287), โดย ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2555, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁸⁵ แหล่งเดิม.

2.5.3 ประเภทของกฎ

ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้อธิบายแบ่งแยกประเภทของกฎไว้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1. กฎโดยสภาพ

กฎโดยสภาพ เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า ถ้าข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นตรงตามที่กำหนดแล้ว ก็จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นตามที่กฎได้กำหนดไว้ เช่น กฎหมายกำหนดว่าอาคารใดมีสภาพชำรุดทรุดโทรมจนอาจเป็นอันตรายแก่บุคคลแล้วอาจถูกสั่งให้รื้อถอน จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้ระบุว่า เป็นอาคารหลังใด แต่ถ้าอาคารหลังใดกลายเป็นสภาพมาตรงกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็จะถูกอยู่ในบังคับทางกฎหมายทำให้อาจถูกสั่งรื้อถอนได้ ดังนั้น ลักษณะของกฎโดยสภาพนี้ จึงเป็นการวางหลักทั่วไป และใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคตถ้าจะเกิดขึ้น แต่หากไม่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นกฎนั้นก็ไม่มีผลสร้างผลให้เกิดขึ้นได้เลย กล่าวคือ หากมีที่ใช้ก็จะเกิดผลแต่หากไม่ใช้ก็ไม่มีอะไรเลย ในขณะที่มีกฎจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใด ๆ ก่อนที่เหตุการณ์จะสมบูรณ์ตามกฎ⁸⁶

2. กฎโดยสมมติ

กฎโดยสมมติ โดยสภาพจะไม่เป็นกฎตามทฤษฎี แต่ถือกันว่าเป็นกฎเพื่อให้เกิดผลในกฎหมายที่ให้องค์กรทางปกครองสามารถออกกฎได้ ซึ่งกฎประเภทนี้จะมีผลใช้บังคับในทันทีที่กฎออก โดยอาจใช้กับข้อเท็จจริงในปัจจุบันหรือย้อนหลังลงไปก็ได้ กรณีนี้เป็นผลทางกฎหมายที่มีสภาพแน่นอนแล้ว เช่น ออกกฎกระทรวง โดยกำหนดคบทเฉพาะกาลให้ผู้ได้รับอนุญาตอยู่แล้ว โดยใบอนุญาตแบบเก่ามีสิทธิได้ใบอนุญาตแบบใหม่ ซึ่งย่อมมีผลทันทีที่กฎกระทรวงมีผลอันเป็นเรื่องแน่นอนเฉพาะกรณี หรือการออกพระราชกฤษฎีกายกเว้นภาษีเงินได้แก่การบริจาคแก่สถาบันการกุศลบางแห่ง ซึ่งถ้าโดยข้อเท็จจริงมีการชักชวนให้ร่วมบริจาคกันไปแล้ว การออกกฎหมายให้ประโยชน์โดยยกเว้นไม่เก็บภาษีย้อนหลังไปถึงวันบริจาคทำให้ไม่ต้องนำมาคำนวณเป็นภาษีเงินได้ตอนสิ้นปีก็เป็นกฎอย่างหนึ่งแต่มีผลเฉพาะทางกฎหมายเป็นที่แน่นอนแล้ว⁸⁷

นอกจากนี้ กฎจะต้องมีการประกาศเสมอ เพราะกฎจะใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งข้อเท็จจริงจะเกิดแก่ผู้ใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักความเป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า บุคคลจะได้เตรียมตัวที่จะปฏิบัติตามกฎหรือไม่ฝ่าฝืนกฎ เมื่อกฎโดยสภาพต้องประกาศ แต่โดยที่การใช้

⁸⁶ จาก กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 120), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

⁸⁷ แหล่งเดิม.

ต้องสัมพันธ์กัน กฎโดยสมมติจึงต้องประกาศด้วย เพราะต้องใช้คู่กัน จะได้ทราบว่าบทบัญญัติใดเป็นหลักเกณฑ์และบทบัญญัติโดยยกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติใด

ทั้งนี้ เป็นที่เข้าใจตรงกันว่า การบัญญัติกฎหมายเป็นเรื่องของรัฐสภา แต่ในทางความเป็นจริงนอกจากการออกกฎหมายของรัฐสภาแล้ว ยังมีกฎหมายลำดับรองจำนวนมากที่ออกโดยองค์กรทางปกครอง ซึ่งมีเนื้อหาสาระในการบังคับใช้กฎหมายมากกว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภานอกจากนี้ ยังมีการมอบอำนาจให้องค์กรอื่นออกกฎหมายลำดับรองได้ด้วย เช่น การให้อำนาจประธานศาลฎีกาออกข้อกำหนดโดยความเห็นชอบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไต่ถามคดีของศาล การแต่งตั้งผู้ประνομ รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม ฯลฯ

1. พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกา เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยพระมหากษัตริย์ โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้เป็นการทั่วไปแต่มีฐานะต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด จึงจะมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งหรือล่วงล้ำอำนาจนิติบัญญัติไม่ได้ เช่น จะมีบทกำหนดโทษไม่ได้ เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายชั้นรองจากพระราชบัญญัติ ซึ่งฝ่ายบริหารออกได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติในภายหลัง และมีผลบังคับเป็นกฎหมายเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว⁸⁸

พระราชกฤษฎีกา แบ่งได้เป็น 2 ชนิด ได้แก่⁸⁹

ก. พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพื่อกำหนดกิจการที่ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ เช่น ในกรณีอายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงพระมหากษัตริย์ จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปขึ้นใหม่ตามมาตรา 107 หรือทรงตราพระราชกฤษฎีกาในกรณีที่มีการยุบสภาเพื่อให้มีการเลือกตั้งขึ้นใหม่ตามมาตรา 108 หรือการตราพระราชกฤษฎีกา เพื่อเรียกประชุม ขยายเวลาประชุม และปิดประชุมรัฐสภาตามมาตรา 128 เป็นต้น

ข. พระราชกฤษฎีกาซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งที่เป็นแม่บท เพื่อก่อตั้งวางระเบียบหน่วยงานของฝ่ายปกครอง หรือดำเนินการตามหลักการที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ในชั้นปฏิบัติการ เช่น พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเทศบาล

⁸⁸ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ฉบับเตรียมสอบเข้านิติศาสตร์ (น. 23). เล่มเดิม.

⁸⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น. 338), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 พระราชกฤษฎีกาเบี่ยงประชุมกรรมการ พ.ศ. 2519 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภท ตามงบประมาณรายจ่าย พ.ศ. 2518 เป็นต้น

2. ประกาศพระบรมราชโองการ

แต่เดิมในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของประเทศไทย การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ยังมิได้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงออกกฎหมาย กฎหมายที่บังคับใช้จึงมีฐานะเป็นพระราชบัญญัติโดยไม่ต้องคำนึงว่าพระราชอำนาจที่ใช้ในฐานะฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ประกาศพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์จึงมีผลเป็นกฎหมาย แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย ประกาศพระบรมราชโองการจึงแบ่งได้เป็น 2 กรณี⁹⁰

กรณีที่ 1 ประกาศพระบรมราชโองการเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายลำดับรองขององค์กรบริหารที่มีรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

กรณีที่ 2 ประกาศพระบรมราชโองการที่พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารทรงตราขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

นอกจากนี้ ประกาศพระบรมราชโองการ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. ประกาศพระบรมราชโองการเพื่อกำหนดฐานะของบุคคลตามกฎหมาย เป็นประกาศแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในทางบริหาร เช่น ประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งและถอดถอนข้าราชการดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า ประกาศพระบรมราชโองการชนิดนี้ แม้ไม่ใช่กฎหมายที่เป็นการวางระเบียบข้อบังคับเป็นการทั่วไป แต่ก็เป็นคำสั่งของฝ่ายบริหารที่ทำให้ผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการ มีอำนาจหน้าที่ที่จะใช้อำนาจได้ตามกฎหมายสำหรับตำแหน่งหน้าที่นั้น ๆ

ข. ประกาศพระบรมราชโองการที่เป็นการวางระเบียบข้อบังคับกับประชาชนทั่วไป ตามที่พระราชบัญญัติหรือรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 ได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะออกประกาศพระบรมราชโองการโดยให้มีค่าบังคับเป็นกฎหมายได้ ซึ่งมาตรา 176 บัญญัติว่า “ในยามที่มีสถานะสงครามหรือในสภาวะคับขันถึงขนาดอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และการใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภาตามปกติ

⁹⁰ จาก *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (น. 274 – 276), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

อาจขัดข้องหรือไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ เมื่อคณะรัฐมนตรีเสนอ รัฐสภาจะมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรี โดยออกประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติได้”

3. กฎกระทรวง

กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) เป็นบทบัญญัติที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติ เป็นต้นว่า ประมวลกฎหมาย พระราชกำหนด เดิมเรียกว่า กฎเสนาบดี⁹¹

การออกกฎกระทรวง จะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายใด ๆ โดยศาลมีอำนาจในการพิจารณาว่ากฎกระทรวงว่าขัดต่อกฎหมายหรือไม่ หากขัดต่อกฎหมาย ก็ไม่สามารถใช้บังคับได้ ในการตรากฎกระทรวง รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ผู้รักษอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีกระทรวงนั้น ๆ ออกกฎกระทรวงจะเป็นผู้เสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรี และต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี⁹² ทั้งนี้ กฎกระทรวงจะกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของกฎหมายแม่บทในส่วนที่ไม่สำคัญมากนักและมีผลบังคับเป็นกฎหมายเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว⁹³

4. ประกาศกระทรวง

ประกาศกระทรวง เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายแม่บทเช่นเดียวกับกฎกระทรวง แต่มีความแตกต่างกันที่ประกาศกระทรวงไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเหมือนกับกฎกระทรวง แต่ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้⁹⁴

5. ข้อบังคับและข้อบัญญัติต่าง ๆ

ข้อบังคับต่าง ๆ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอธิบดีกรม ผู้อำนวยการสำนักงานระดับกรม เจ้าพนักงานตามกฎหมาย หรือคณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมาย เพื่อกำหนดรายละเอียดที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปสำหรับใช้บังคับแก่ประชาชน⁹⁵

⁹¹ เดอะไทยลอร์ (The Thai Law). (2558). *กฎกระทรวง*. สืบค้น 10 เมษายน 2559, จาก <http://www.The-thai-law.com/law2/law2.html>

⁹² *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ฉบับเตรียมสอบเข้านิติศาสตร์* (น. 23). เล่มเดิม.

⁹³ แหล่งเดิม.

⁹⁴ *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย* (น. 82). เล่มเดิม.

⁹⁵ *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ฉบับเตรียมสอบเข้านิติศาสตร์* (น. 23). เล่มเดิม.

ข้อบังคับต่าง ๆ นี้ ได้แก่ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ประกาศ ขององค์กร หรือหน่วยงานหรือเจ้าพนักงานหรือคณะกรรมการ ซึ่งถือเป็นฝ่ายปกครอง ออกตามความ ในพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่ให้อำนาจเพื่อวางข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไข เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายแม่บท⁹⁶ ตัวอย่างเช่น ประกาศคณะกรรมการส่งเสริม การลงทุน กฎ ก.พ. กฎมหาเถรสมาคม ระเบียบกรมป่าไม้ที่ออกตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ ข้อบังคับ ระเบียบหรือประกาศ ที่ออกโดยสภามหาวิทยาลัยตามกฎหมายจัดตั้งมหาวิทยาลัย ข้อกำหนดของ เจ้าพนักงานจรรยาบรรณตามกฎหมายจรรยาบรรณทางบก เป็นต้น⁹⁷

2.5.4 หลักเกณฑ์การตรากฎ

การตรากฎอันเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารผู้ใช้อำนาจบริหารในฐานะ ฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นที่มาของกฎหมายปกครองและมีผลใช้บังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไป แต่กฎหมายที่ออกจะต้องมีฐานะต่ำกว่าบทกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล⁹⁸ ทั้งนี้ ในการจำกัดขอบเขตของฝ่ายบริหารในการออกบทบัญญัติวางระเบียบบังคับประชาชนนั้น ไม่มี บทกฎหมายใดกำหนดไว้อย่างแน่ชัด กล่าวคือ ไม่มีการกำหนดไว้ว่าในกรณีใดบ้างที่เป็นอำนาจ ฝ่ายบริหาร ทั้งยังไม่มีหลักทั่วไปบัญญัติไว้ในกฎหมายใด ๆ เพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจของ ฝ่ายบริหารในเรื่องนี้โดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีบทกฎหมายกำหนดขอบเขตของ ฝ่ายบริหารในการตราบทบัญญัติวางระเบียบบังคับประชาชนอย่างแน่ชัด ก็ไม่ได้หมายความว่า ฝ่ายบริหารจะออกบทกฎหมายได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด ขอบเขตแห่งอำนาจของฝ่ายบริหาร ในเรื่องนี้อยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไปเนื่องจากสภาพของอำนาจบริหารนั่นเอง ซึ่งการตรากฎ นั้นโดยทั่วไปแล้วมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1. ข้อจำกัดในการออกกฎ

กฎที่เป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้น ตามหลักทั่วไปกฎจะมีบทกำหนดโทษ หรือเรียกเก็บภาษีอากรไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลย่อมต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบของสภานิติบัญญัติก่อน กรณีบทบัญญัติที่ออกมา เพื่อกำหนดรายละเอียดตามพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บทที่ย่อมจะถูกจำกัดขอบเขตอำนาจ

⁹⁶ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย (น. 82). เล่มเดิม.

⁹⁷ แหล่งเดิม.

⁹⁸ จาก ปัญหาการออกกฎของกระทรวงมหาดไทยเพื่อควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษากรณีเทศบาล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 173), โดย พสธร พันธุ์สุวรรณ, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

โดยพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทนั้น⁹⁹ กล่าวคือ จะมีข้อความขัดแย้งหรือมีเนื้อหาเกินกว่าอำนาจที่พระราชบัญญัตินั้นกำหนดไว้ไม่ได้ เพราะบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารเป็นบทบัญญัติที่ออกมาเพื่อความสะดวกในการใช้พระราชบัญญัติเท่านั้น และถือว่าเป็นบทบัญญัติอุปกรณ์ของบทบัญญัติที่เป็นพระราชบัญญัติ¹⁰⁰ ส่วนกฎที่ออกมาเพื่อวางระเบียบโดยไม่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทใดก็จะวางระเบียบในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ ฉะนั้น การออกกฎจะต้องอ้างอิงกฎหมายแม่บทเสมอทุกกรณีหรืออาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทในการตราเสมอ¹⁰¹

แต่อย่างไรก็ตาม การออกกฎที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรับรองไว้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดบังคับให้อำนาจที่ตรากฎจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎนั้นด้วย¹⁰² การระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎดังกล่าวนี้ ถือเป็นแบบของการออกกฎ ดังนั้น การตรากฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยฝ่าฝืนกฎหมาย¹⁰³ ไม่อ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจย่อมทำให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰³

2. ฐานแห่งอำนาจในการออกกฎ

แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับฐานอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไว้ แต่โดยหลักทั่วไปแล้ว ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะมีอำนาจในการออกกฎขึ้นใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ กล่าวคือ ในการออกกฎทุกชนิดจะต้องมีกฎหมายแม่บทระดับพระราชบัญญัติเป็นฐานแห่งอำนาจ โดยกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎนั้นจะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ ตลอดจนขอบเขตแห่งอำนาจในการออกกฎไว้ด้วย เว้นแต่ พระราชกำหนดซึ่งก็เป็นฐานอำนาจของฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น การตรากฎหมายแม่บทมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ โดยเสรีนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดต่อหลักนิติรัฐ (หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความชอบด้วยกฎหมาย

⁹⁹ จาก *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น. 97 – 98), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2538, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁰⁰ *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น. 99), เล่มเดิม.

¹⁰¹ แหล่งเดิม.

¹⁰² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคสาม

¹⁰³ *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น. 275 – 276), เล่มเดิม.

ของการกระทำทางปกครอง) และขัดต่อหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา (ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎหมายขึ้นใช้บังคับเอง)¹⁰⁴

2.6 สถานะของมติคณะรัฐมนตรี

มติคณะรัฐมนตรี หมายถึง ผลการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรีในการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายของคณะรัฐมนตรี เช่น มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการอนุมัติร่างกฎหมาย การอนุมัติงบประมาณ การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ การกำหนดระเบียบและแบบแผนในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไป มติคณะรัฐมนตรีมีผลใช้บังคับกับส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานต่าง ๆ ดังกล่าว เว้นแต่เป็นเรื่องที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁰⁵

ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์ ได้กล่าวไว้ว่า นักกฎหมายจำนวนมากที่มีได้ศึกษาลักษณะของมติคณะรัฐมนตรีให้ถี่ถ้วนจะกล่าวตามกันเพียงว่า “มติคณะรัฐมนตรีมิใช่กฎหมาย” แต่คำกล่าวเช่นนั้นจะถูกต้องเมื่อใช้ในบางสถานการณ์ และจะไม่ถูกต้องในอีกหลายสถานการณ์ที่มติคณะรัฐมนตรีจะมีผลเป็น “กฎ” ของฝ่ายปกครองหรือเป็นกฎหมายในความหมายอย่างกว้างได้¹⁰⁶

มติคณะรัฐมนตรีมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่คณะรัฐมนตรีมีมติเป็นต้นไป เว้นแต่ในมติคณะรัฐมนตรีนั้นจะระบุไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ให้มีผลย้อนหลัง ให้มีผลในอนาคต ให้มีผลเมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติเป็นประการใดแล้วหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีได้โดยไม่ต้องรอหนังสือแจ้งมติคณะรัฐมนตรีจากสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีก่อน¹⁰⁷

¹⁰⁴ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น. 271 - 273). เล่มเดิม.

¹⁰⁵ จาก “ความรู้เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี,” ใน เอกสารวิชาการ ฉบับที่ 5 (น. 1), โดย กองกฤษฎีกาทหารและการต่างประเทศ กรุงเทพฯ: กรมพระธรรมมูญ.

¹⁰⁶ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 133). เล่มเดิม.

¹⁰⁷ ความรู้เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี (น. 1 - 2). เล่มเดิม.

มติคณะรัฐมนตรีจะสิ้นผลการใช้บังคับเมื่อ¹⁰⁸

- 1) เมื่อสิ้นสุดตามเวลาหรือเหตุการณ์ที่กำหนดไว้ในมติคณะรัฐมนตรี
- 2) เมื่อการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีเสร็จสิ้นแล้ว
- 3) เมื่อมีมติคณะรัฐมนตรีในภายหลังให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีเดิม
- 4) เมื่อมีมติคณะรัฐมนตรีในภายหลังขัดหรือแย้งกับมติคณะรัฐมนตรีเดิม

(มติคณะรัฐมนตรีเดิมก็ถูกยกเลิกโดยปริยาย)

- 5) เมื่อมติคณะรัฐมนตรีนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย
- 6) เมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีนั้น

มติคณะรัฐมนตรี อาจจำแนกออกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1) เป็นนโยบาย โดยแสดงทิศทางของการบริหารอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ในความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม หรือการกำหนดแนวปฏิบัติทางสังคมและวัฒนธรรม เช่น การใช้ศัพท์ภาษาต่าง ๆ เป็นต้น แต่ในหลายกรณีจะแบ่งแยกเป็น “นโยบาย” ต่างหากจาก “กฎ” ที่จะกล่าวในประเภทที่ 3 ไม่ได้ เพราะนโยบายก็คือการกำหนดเป้าหมายที่ต้องการจะดำเนินงานไปสู่สิ่งนั้น กรณีจึงมีผลโน้มน้าวให้กระทำตามเช่นกัน นอกจากนี้จะเขียนไว้กว้างขวางมากจนนำมาปรับในการทำคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องไม่ได้โดยตรง¹⁰⁹

2) เป็นคำสั่ง โดยจะมีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการที่สำคัญในราชการ เช่น กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ¹¹⁰ กรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม¹¹¹ หรือคณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ เช่น กรรมการธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร¹¹² นอกจากนั้น อาจมีลักษณะเป็นคำสั่งในทางสาระของเรื่องเฉพาะเรื่อง เช่น ในกรณีมีปัญหาว่ากระทรวง ทบวง กรมใด ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน ถ้า ก.พ. เสนอแล้วนายกรัฐมนตรีไม่เห็นชอบด้วย หาก ก.พ. ยืนยันก็ต้องส่งเรื่องให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัย และต้องมีการปฏิบัติไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว¹¹³

¹⁰⁸ แหล่งเดิม.

¹⁰⁹ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 134). เล่มเดิม.

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 14

¹¹¹ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 13

¹¹² พระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร พ.ศ. 2509 มาตรา 14

¹¹³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 9

3) เป็นกฎ โดยจะมีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม มิใช่มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็น “กฎ” นั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้¹¹⁴

(1) กฎที่เป็นลูกบท กล่าวคือ มีกฎหมายบางฉบับกำหนดไว้โดยตรงให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ ในกรณีนี้มีลักษณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นกฎที่เป็นลูกบทอย่างหนึ่ง

(2) กฎที่เป็นอิสระ กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญ ประเทศไทยปกครองโดยระบบรัฐสภา ผู้ทำหน้าที่บริหารประเทศที่เข้าใจกันในการปกครองระบบนี้ คือ คณะรัฐมนตรี แม้จะไม่มีบทบัญญัติใดโดยตรงในรัฐธรรมนูญเช่นนั้นก็ตาม แต่อำนาจองค์กรบริหารโดยปกติ คือ การจัดการโดยทั่วไปและการออกกฎเท่าที่จำเป็นโดยไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น ซึ่งอำนาจในการออกกฎของรัฐบาล อาจจำแนกออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

ก. ออกกฎอันเป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรบริหาร ซึ่งอาจใช้บังคับได้กับบุคคลภายในองค์กรทางปกครองและบุคคลภายนอกด้วย

ข. ออกกฎในฐานะเป็นลูกบท โดยมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ เช่น พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

ค. ออกกฎโดยหลักการทั่วไปที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรบริหารประเทศตามรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องมีอำนาจดูแลการใช้บังคับกฎหมายและการจัดการองค์กรให้เป็นไปโดยเรียบร้อย¹¹⁵

การไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีจะมีผล ดังนี้¹¹⁶

1) เป็นความผิดทางวินัย เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดว่าให้ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามมติของคณะรัฐมนตรี¹¹⁷ และบัญญัติว่าข้าราชการพลเรือนสามัญที่ไม่ปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรีผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดวินัย¹¹⁸ นอกจากนี้ ยังกำหนดว่าให้การไม่ปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรีอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรงเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง¹¹⁹

¹¹⁴ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 135 - 136). เล่มเดิม.

¹¹⁵ แหล่งเดิม.

¹¹⁶ ความรู้เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี (น. 3). เล่มเดิม.

¹¹⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 82 (2)

¹¹⁸ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 84

¹¹⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 85 (7)

2) เป็นความผิดทางแพ่ง (ละเมิด) หากผลของการไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทางราชการหรือบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

3) เป็นความผิดทางอาญา หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบเป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตต้องรับโทษ ...”

4) เป็นความผิดทางคดีปกครองโดยอาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีนั้น

2.7 ความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้น อาจมีผลกระทบต่อคู่กรณี แม้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องและสุจริตแต่อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ เช่น ปรับกฎหมายผิดเพราะอนุญาโตตุลาการอาจไม่ใช่เนกกฎหมายหรือไม่เชี่ยวชาญในปัญหาที่พิพาท จึงมีปัญหว่าอนุญาโตตุลาการจะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิด คือ ไม่ต้องรับผิดสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่

2.7.1 ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

สำหรับแนวคิดในเรื่องความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น ในสมัยเดิมของไทยแม้จะมีการใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกันบ้างแต่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติในเรื่องการอนุญาโตตุลาการและความคุ้มครอง ตลอดจนความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ เพิ่งจะมีกฎหมายในช่วงกรุงศรีอยุธยา คือ พระไอยการลักษณะตระลาการในกฎหมายตราสามดวง เมื่อจุลศักราช 1068 ซึ่งใช้กันตลอดมาจนถึงรัตนโกสินทร์ และถูกยกเลิกไปในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อ ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) เนื่องจากพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 ออกมาใช้บังคับและได้ยกเลิกกฎหมายเดิม แต่พระไอยการลักษณะตระลาการก็ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้มากนัก เพียงแต่ระบุว่าอนุญาโตตุลาการคือใคร โดยบัญญัติถึงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่กับตระลาการอื่น ๆ เริ่มต้นจากการให้คำยามว่าอนุญาโตตุลาการ หมายถึง บุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งกันเองให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

และตนยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งคู่กรณีจะบังคับให้อนุญาตตุลาการรับผิดชอบต่อตนมิได้ ดังนี้¹²⁰

“อันว่าลักษณะกระลาการทงจำพวกโดยพระธรรมศาสตร์อ้างหลักอินททาส...อนุญาตประการหนึ่ง กระลาการอันคู่ความยอมให้บังคับเอง”¹²¹

“อันว่ากระลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบัญชาผิดใช้ทำโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับเอง”

หลักการที่ไม่ให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบตามกฎหมายนี้ ไม่มีลักษณะชัดเจนว่าต้องการคุ้มกันอนุญาตตุลาการจากการปฏิบัติหน้าที่แต่ประการใด แต่เป็นเรื่องสัญญาระหว่างคู่กรณีและเป็นเรื่องการตัดสินใจของคู่กรณีในการเลือกอนุญาตตุลาการว่าคู่กรณีต้องระมัดระวังในการเลือกบุคคลที่ดีมาทำหน้าที่ดังกล่าว หากเลือกไม่ดีคู่กรณีก็จะเรียกให้บุคคลดังกล่าวรับผิดชอบไม่ได้ อาจถือได้ว่าเป็นเคราะห์กรรมของคู่กรณีนั่นเอง

อย่างไรก็ตามผลของบทบัญญัตินี้ก็ทำให้อนุญาตตุลาการได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องคดีหรือเรียกให้รับผิดชอบได้ เพราะคู่กรณีไม่สามารถดำเนินคดี ใดๆ ต่ออนุญาตตุลาการได้

หลังจากพระไอยการลักษณะตระลาการ แนวความคิดในเรื่องนี้ก็ไม่ชัดเจนเนื่องจากพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 ซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการอนุญาตตุลาการรวมอยู่ด้วย แต่เป็นการอนุญาตตุลาการในศาลไม่ได้บัญญัติเรื่องความคุ้มกันจากความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ และกฎหมายต่อ ๆ มา คือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 คือไม่ได้กล่าวถึงความคุ้มกันและความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการแต่ประการใด และเมื่อมีการใช้บังคับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ซึ่งมีบทบัญญัติส่วนใหญ่เป็นการอนุญาตตุลาการในศาลและมีส่วนเป็นการอนุญาตตุลาการนอกศาลก็ไม่ได้บัญญัติถึงความคุ้มกันจากความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ และแม้กระทั่งเมื่อมีกฎหมายอนุญาตตุลาการนอกศาลขึ้น โดยเฉพาะซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความทันสมัยมากขึ้น คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องความคุ้มกันจากความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการเช่นกัน เพิ่งจะมีการกำหนดความคุ้มกันจากความรับผิดชอบในทางแพ่งของอนุญาตตุลาการเป็นครั้งแรกในกฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

¹²⁰ จาก “ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาตตุลาการไทย,” โดย เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2545, *วารสารนิติศาสตร์*, 32(2), น. 210.

¹²¹ จาก *กฎหมายตราสามดวง* (น. 240 - 241), โดย กรมศิลปากร, 2521, กรุงเทพฯ: กรมศิลปากร.

“อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย”¹²²

เมื่อความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะจึงไม่นำบทบัญญัติ มาตรา 420 มาใช้ ดังนั้น จะให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบก็ได้แต่เฉพาะเมื่ออนุญาโตตุลาการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น สำหรับกรณีที่มีความประมาทเลินเล่อที่ไม่ร้ายแรงก็จะเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบไม่ได้ เพราะตามกฎหมายปัจจุบันอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองว่าไม่ต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีในการกระทำตามหน้าที่ เว้นแต่จงใจกระทำผิดต่อคู่กรณีและทำให้คู่กรณีต้องเสียหาย ซึ่งอาจถือได้ว่ากระทำโดยทุจริต หรือเมื่อมีการกระทำที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่ถ้าประมาทเลินเล่อธรรมดาและเล็กน้อยก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะมีหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดให้ต้องมีการประกันความอิสระของอนุญาโตตุลาการจากการที่จะไม่ถูกฟ้องคดีให้รับผิดชอบในทางแพ่ง

อย่างไรก็ตาม ไม่มีความชัดเจนว่าเพราะเหตุใดอนุญาโตตุลาการจึงได้รับความคุ้มครองจากความรับผิด แต่ก็น่าจะเป็นเพราะกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองอนุญาโตตุลาการผู้กระทำการโดยสุจริตและไม่ได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าเมื่ออนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องก็ไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะถูกฟ้องคดีหรือเรียกให้รับผิดชอบจากคู่กรณีที่ไม่พอใจในการกระทำหน้าที่หรือผลของคำชี้ขาด หรือแม้จะมีข้อผิดพลาดเล็กน้อย แม้จะเกิดจากความประมาทเลินเล่อแต่หากไม่ร้ายแรงก็ยังไม่ต้องรับผิดชอบ หากมีความสุจริต ซึ่งจะทำให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระจากคู่กรณีในการปฏิบัติหน้าที่แม้จะทำไม่ถูกต้องคู่กรณีก็ตาม เพราะหากอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับความคุ้มครอง ก็อาจปฏิบัติตามความประสงค์ของคู่กรณีเพราะถูกข่มขู่หรือเกรงกลัวว่าจะถูกฟ้องคดีในภายหลังหากคู่กรณีไม่พอใจ¹²³

นอกจากนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะใกล้เคียงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเพราะมีลักษณะถึงตุลาการ คือ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันเสนอต่อตนจึงควรมีความรับผิดชอบและมีความรับผิดชอบในลักษณะเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

¹²² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอนที่ 39 ก ลงวันที่ 29 เมษายน 2545 หน้า 6.

¹²³ ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย (น. 211).
เล่มเดิม.

พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในทางแพ่งต่อรัฐเมื่อกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและทำให้รัฐเสียหาย

2.7.2 ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

ในต่างประเทศนั้นมีความเห็นที่แตกต่างกัน โดยแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่เห็นว่าอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากการปฏิบัติหน้าที่อย่างกว้างขวาง แต่อีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่าได้รับความคุ้มครองอย่างจำกัด ดังนี้¹²⁴

ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

ประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ส่วนใหญ่เห็นว่าตามปกติอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่เนื่องจากได้รับความคุ้มครองเพราะปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับศาล คือ พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจึงได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบใด ๆ อันเกิดจากการกระทำตามหน้าที่ ซึ่งหลักนี้มาจากแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันมีความมุ่งหมายเพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระทางความคิดที่จำเป็นต้องมีในบุคคลที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเป็นหน้าที่หลักของผู้พิพากษาและขยายไปยังอนุญาโตตุลาการด้วย เนื่องจากอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ที่ถึงตุลาการจึงต้องใช้หลักการอันเดียวกัน กล่าวคือ ต้องทำหน้าที่โดยอิสระโดยไม่ต้องเกรงกลัวว่าเมื่อตนตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแล้วจะได้รับผลร้ายจากการทำหน้าที่ที่อาจถูกฟ้องคดีหรือเรียกให้รับผิดชอบทั้งที่ทำหน้าที่อย่างเป็นธรรมแต่คู่กรณีไม่พอใจผลของการตัดสินข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการต้องได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องคดีสำหรับการกระทำต่าง ๆ ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เพื่อให้ได้คำชี้ขาดที่เป็นอิสระ เพราะมิฉะนั้นคู่กรณีอาจทำการข่มขู่หรือชักจูงให้อนุญาโตตุลาการตัดสินตามที่ตนต้องการโดยอ้างว่าจะฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการในภายหลังหากไม่ตัดสินข้อพิพาทตามความต้องการของตน ดังนั้น หากจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบก็ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนให้รับผิดชอบในกรณีใดบ้าง

ในประเทศอังกฤษ มีความเห็นในบรรดานักกฎหมายว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ทั้งผู้พิพากษา และได้รับความคุ้มครองอย่างกว้างขวาง หากมีการทำหน้าที่โดยถูกต้องไม่ต้องรับผิดชอบ และคำชี้ขาดจะถูกยกเลิหรือคัดค้านไม่ได้ และในสหรัฐอเมริกา ก็ให้ความคุ้มครองอย่างเด็ดขาดกับอนุญาโตตุลาการ เช่นกัน ซึ่งจะเห็นจากคำพิพากษาของศาลหลายคดีในสหรัฐอเมริกา ซึ่งสะท้อนนโยบายความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวาง กล่าวคือ วางหลักเกณฑ์ว่าอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องคดีสำหรับความเสียหาย แม้กระทำโดยจงใจรับสินบน นี้ออจ หรือโดยทุจริต และแม้ว่าระดับของการประพฤตินั้นพอที่จะนำไปสู่การ

¹²⁴ แหล่งเดิม.

ยกเลิกคำชี้ขาดก็ตาม เช่น ในคดี Hoosac Tunnel Dock and Elevator Company v. O'Brien ศาลพิพากษาว่าอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งสำหรับการกระทำที่มีการร่วมมือกับ ทนายความของคู่กรณี¹²⁵

แต่ก็เริ่มมีแนวความคิดที่จะ ไม่ให้ความคุ้มกันจากความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของ อนุญาโตตุลาการหากอนุญาโตตุลาการกระทำผิดหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่สำหรับการกระทำที่สุจริตแล้วอนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มกัน เพราะว่าการบวน พิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีการคุ้มครองทางวิธีพิจารณาที่มีอยู่ในกระบวนการพิจารณาของ ศาล และในที่สุดรัฐสภาบางรัฐของสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้บัญญัติเรื่องความสุจริตสำหรับความคุ้มกัน ของอนุญาโตตุลาการในกฎหมาย เช่น ประมวลว่าด้วยข้อเรียกร้องการประพาศมิชอบของการรักษา สุขภาพของรัฐแมริแลนด์ วางหลักความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการจากการถูกฟ้องคดีในกรณีไม่มี ข้อเท็จจริงว่ามีการประพาศมิชอบหรือทุจริต

ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

ประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เห็นว่า อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มกันอย่างจำกัด คือ ไม่ต้องรับผิดชอบหากทำหน้าที่โดยถูกต้องแต่จะต้อง รับผิดชอบหากปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องและก่อความเสียหาย เช่น รับสินบน ลำเอียงเข้าข้างคู่กรณี ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโดยที่ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพราะความสัมพันธ์ระหว่าง อนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีเป็นเรื่องของสัญญา กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ เกิดจากสัญญาที่ในฝ่ายอนุญาโตตุลาการสัญญาว่าจะปฏิบัติหน้าที่อย่างซื่อสัตย์และยุติธรรม ต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องสุจริตก็ได้รับความคุ้มกัน คือ ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้อง เช่น หนี้และสัญญา เนื่องจากบทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้และสัญญานั้น สามารถนำมาใช้กับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการได้ เช่น เยอรมัน ญี่ปุ่น¹²⁶

ศาลของเยอรมันในอาณาจักรไรช์ (Reichsgericht) ในปี ค.ศ. 1897 ซึ่งมีการฟ้องคดี อนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกค่าเสียหายในการทำคำชี้ขาดโดยประมาทเลินเล่อเห็นว่าอนุญาโตตุลาการ ได้รับความคุ้มกันเช่นเดียวกับผู้พิพากษาตาม มาตรา 839(2) และดังนั้นจึงไม่ต้องรับผิดชอบในฐาน

¹²⁵ ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย (น. 212 - 213). เล่มเดิม.

¹²⁶ แหล่งเดิม.

ประมาทเลินเล่อในการทำคำชี้ขาด เพราะมิฉะนั้นอนุญาโตตุลาการก็จะไม่มีอิสระในการทำคำชี้ขาดที่เป็นกลาง¹²⁷

2.7.3 การกระทำที่อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบ

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีโดยสัญญา คือ การที่อนุญาโตตุลาการเข้าทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้นก็เพราะมีข้อตกลงระหว่างคู่กรณีกับอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเรื่องของสัญญา แต่อีกส่วนหนึ่งก็เป็นเรื่องที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นลักษณะของหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นถ้าจะให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนก็ต้องมีลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาหรือผิดหน้าที่ มีการกระทำที่เป็นการประพฤตินิชอบหรือซึ่งมีลักษณะเดียวกันไม่ว่าจะในประเทศใด ๆ หรือระบบใด ๆ ดังนี้¹²⁸

1. การไม่ยอมกระทำหน้าที่

เมื่ออนุญาโตตุลาการยอมรับการแต่งตั้งแล้วก็ต้องทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท หากไม่ยอมทำหน้าที่ของตนก็ถือว่าผิดหน้าที่อันเกิดจากสัญญาระหว่างตนกับคู่กรณี ดังต่อไปนี้

1) การถอนตัวของอนุญาโตตุลาการจากการปฏิบัติหน้าที่

เมื่ออนุญาโตตุลาการรับหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วมีหน้าที่ต้องดำเนินการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในทางที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมและทำคำชี้ขาด แต่ถ้าไม่ยอมทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการหรือถอนตัวจากการทำหน้าที่ก่อนสิ้นสุดการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ไม่เพียงทำผิดแต่ยังทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ วุ่นวายยุ่งยาก ทำให้เสียเวลาที่ต้องมีการแก้ปัญหาโดยเฉพาะในกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่ทำหน้าที่แต่ก็ไม่ถอนตัว หรือแม้จะยอมถอนตัวแต่ก็ต้องเสียเวลาดั่งอนุญาโตตุลาการกันใหม่ และอาจทำให้กระบวนการพิจารณาที่ดำเนินไปแล้วซึ่งต้องเสียเงินและเสียเวลาต้องเสียไปและต้องเริ่มต้นกันใหม่

ถ้าอนุญาโตตุลาการถอนตัวหรือไม่ทำหน้าที่โดยไม่มีเหตุผลหรือมีเหตุผลอันไม่สมควร ก็ควรรับผิดชอบในเรื่องค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการกระทำของตน มิฉะนั้นก็จะเป็นการง่ายที่อนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีซึ่งรู้สึกว่าการพิจารณาอาจออกมาไม่เป็นผลดีต่อคู่กรณีฝ่ายที่ตั้งตนอาจถอนตัวเพื่อเป็นอุปสรรคหรือทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า

¹²⁷ Judgment of 21 March, 1898, 41 RGZ 251 (1898).

¹²⁸ ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย (น. 219 - 223). เล่มเดิม.

แต่ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้จำกัดอยู่เฉพาะผู้ที่ไม่เต็มใจทำหน้าที่หรือทำการถอนตัวเท่านั้น

2) อนุญาโตตุลาการละเลยไม่ทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด

อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งอาจเป็นการกำหนดโดยสัญญา หรือโดยกฎหมาย หรือโดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้บริการ

การกระทำดังกล่าวอาจเป็นเหตุให้ศาลยกเลิกคำชี้ขาดหรือไม่บังคับคำชี้ขาดได้ นอกจากนี้ ศาลบางประเทศ เช่น ในสหรัฐอเมริกาก็มีบางคดีที่ศาลตัดสินให้ตุลาการต้องรับผิดชอบ คือ Baar v. Tigerman ซึ่งพิพากษาว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบทางแพ่งซึ่งเกิดจากการที่อนุญาโตตุลาการไม่ทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด และในคดี E.C.Ernst, Inc. v. Manhattan Construction C. of Texas ศาลพิพากษาว่า อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดจากความผิดพลาดในการทำคำชี้ขาดในทั้งสองคดีศาลยอมรับหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาที่ต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนดและพิพากษาว่าเมื่ออนุญาโตตุลาการไม่กระทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการย่อมสูญเสียความคุ้มกัน เพราะสูญเสียความคล้ายคลึงกับศาลไปเนื่องจากไม่ยอมทำหน้าที่ที่จะอ้างว่ามีความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับศาลไม่ได้¹²⁹

2. การกระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง

แม้อนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่แต่ทำโดยไม่ถูกต้อง เช่น ทุจริต รับสินบน ไม่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี พิจารณายานหลักฐานลับหลังคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยไม่ใช้ความผิดของคู่กรณีฝ่ายนั้น หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น ไม่ยอมใช้หลักกฎหมายปรับกับข้อพิพาททั้งที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันยกเว้นไว้ หรือไม่เอาใจใส่ในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบ

อย่างไรก็ตามอาจมีปัญหาในบางเรื่องที่ไม่ชัดเจนมากนักแต่ก็เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการกระทำผิดหน้าที่ซึ่งมีปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบหรือไม่ เช่น การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนขาดคุณสมบัติในการเป็นอนุญาโตตุลาการ¹³⁰

กฎหมายของหลายประเทศและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่สำคัญมีกระบวนหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจทำให้ไม่เหมาะสมที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เช่น มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะในทางความเป็นญาติ ทางสังคม เช่น

¹²⁹ แหล่งเดิม.

¹³⁰ แหล่งเดิม.

เป็นเพื่อนสนิทของกลุ่มฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทางการเงิน เช่น เป็นลูกจ้างของกลุ่มฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

การขาดคุณสมบัติดังกล่าวเป็นเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ และอาจเป็นเหตุให้คัดค้านคำชี้ขาดหรือยกเลิกคำชี้ขาดได้ และถ้าศาลไม่บังคับตามคำชี้ขาดหรือยกเลิกคำชี้ขาดก็จะทำให้การอนุญาโตตุลาการที่ทำไปแล้วไม่เกิดผลอันทำให้คู่กรณีต้องประสบปัญหาและความยุ่งยากที่อาจต้องมีการอนุญาโตตุลาการกันใหม่ เสียเงิน และเสียเวลามากมาย ซึ่งก็มีปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีดังกล่าวนี้หรือไม่

ในสหรัฐอเมริกา เคยมีคดี คือ L. and H. Airco, Inc. v. Rapinstan Corp., ที่ศาลชั้นต้นตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการทำผิดหน้าที่ที่ไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งและศาลให้ยกเลิกคำชี้ขาด แต่ศาลสหรัฐไม่เห็นด้วย และเสียงส่วนใหญ่ของศาลสูงมินเนโซตาปฏิเสธคำร้องต่อมาที่เรียกค่าเสียหายจากอนุญาโตตุลาการ โดยใช้หลักความคุ้มกันจากความรับผิดชอบของศาลกับอนุญาโตตุลาการ คือ อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนในการเป็นอนุญาโตตุลาการ¹³¹

3. จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

นอกจากอนุญาโตตุลาการต้องไม่กระทำหน้าที่หรือกระทำผิดหน้าที่แล้วต้องได้กระทำการหรือไม่กระทำการดังกล่าวนั้น โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

การกระทำโดยจงใจ คือ การกระทำหรือไม่กระทำที่ประสงค์ต่อผลหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น¹³²

ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำหรือไม่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นแต่ไม่ได้ใช้อย่างเพียงพอ¹³³ และถ้ากิจการใดต้องใช้ฝีมือหรือความเชี่ยวชาญก็ต้องใช้ความระมัดระวังดังที่บุคคลในลักษณะเช่นนั้นต้องใช้ด้วย¹³⁴

¹³¹ แหล่งเดิม.

¹³² จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (น. 124), โดย พจน์ นุษย์ปาคม, 2525, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

¹³³ จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง (น. 34 - 35), โดย ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, 2538, กรุงเทพฯ: บริษัท ศรีสมบัติการพิมพ์.

¹³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (น. 125), เล่มเดิม.

แต่สำหรับการกระทำประมาทเลินเล่อที่อนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบนั้นในกฎหมายไทยและกฎหมายของนานาประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดว่าต้องเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ใช่ประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา เพราะในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการนั้นอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ เช่น การปรับกฎหมายผิดพลาด เนื่องจากอนุญาตตุลาการอาจไม่ใช่ นักกฎหมาย แต่ไม่ใช่กรณีที่อนุญาตตุลาการไม่สนใจที่จะใช้กฎหมายปรับกับข้อพิพาทหากคู่กรณีมิได้ระบุนข้อยกเว้นไว้

ในประเทศไทยยังไม่เคยมีคดีในเรื่องดังกล่าวนี้ และประเทศส่วนใหญ่ก็ไม่มียกคดีดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นเพราะอนุญาตตุลาการระมัดระวังหรืออาจไม่ค่อยมีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการก็ได้ จึงมีตัวอย่างเฉพาะคดีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ประชาชนนิยมใช้การอนุญาตตุลาการมากกว่าประชาชนในประเทศอื่น ๆ ซึ่งมีตัวอย่าง ดังนี้

ในคดี *Beaver v. Brown* ศาลพิพากษาว่าคู่กรณีสามารถปฏิเสธที่จะจ่ายค่าป่วยการอนุญาตตุลาการได้หากอนุญาตตุลาการกระทำการซึ่งไม่มีประโยชน์ซึ่งเป็นผลจากการประพฤติมิชอบ ในคดี *Lundgren v. Freeman* ศาลพิพากษาว่าอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ทุจริต และด้วยเจตนาทำความเสียหายให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และในคดี *City of Durham v. Reidsville Engineering Co.* ศาลระบุว่าอนุญาตตุลาการรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยทุจริต

4. มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของอนุญาตตุลาการ

เมื่ออนุญาตตุลาการจะกระทำหรือละเว้นกระทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว แต่หากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น อนุญาตตุลาการก็ไม่ต้องรับผิดชอบ อนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีก็ต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับคู่กรณีฝ่ายนั้น ซึ่งเป็นผลจากการกระทำของอนุญาตตุลาการ และความรับผิดชอบนั้นอาจรับผิดชอบต่อคู่กรณีฝ่ายใดก็ได้ไม่ใช่เฉพาะคู่กรณีฝ่ายที่ตั้งตนให้เป็นอนุญาตตุลาการเท่านั้น หากคู่กรณีฝ่ายที่มีได้ตั้งอนุญาตตุลาการเป็นผู้เสียหายคู่กรณีฝ่ายนั้นก็เรียกให้อนุญาตตุลาการผู้กระทำผิดให้รับผิดชอบในทางแพ่งได้¹³⁵

2.7.4 ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ

ในกรณีที่อนุญาตตุลาการหรือสถาบันอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบเพราะจงใจกระทำผิดหน้าที่ หรือกระทำหน้าที่โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอันก่อความเสียหายแก่คู่กรณี ซึ่งต้องรับผิดชอบในทางแพ่งสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีปัญหาว่าจะมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบ คือ บุคคลดังกล่าวจะไม่ต้องรับผิดชอบจะได้หรือไม่ เช่น มีการตกลงกันกำหนดว่าบุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบ

¹³⁵ ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาตตุลาการไทย (น. 222). เล่มเดิม.

ในการกระทำหน้าที่ ซึ่งในปัจจุบันมีสถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่งระบุไว้ในข้อบังคับของสถาบันหรือในคำขอใช้บริการของสถาบันที่เป็นแบบฟอร์มมาตรฐานว่าคู่กรณีที่ใช้บริการของสถาบันจะไม่เรียกร้องหรือดำเนินการฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันให้รับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว¹³⁶ เช่น ข้อ 38 ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยระบุว่า

“เมื่อคู่กรณีได้มอบเรื่องพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดตามข้อบังคับนี้แล้ว คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะไม่ดำเนินคดีใด ๆ กับคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการการค้าไทย หรืออนุญาโตตุลาการ หรือนายทะเบียน เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันสืบเนื่องจากการปฏิบัติงานหรือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้มอบหมาย”¹³⁷

นอกจากนั้นในสถาบันอนุญาโตตุลาการระดับระหว่างประเทศก็มีข้อบังคับในลักษณะเดียวกัน เช่น Article 34 ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติระบุว่า

“อนุญาโตตุลาการหรือศาลอนุญาโตตุลาการและสมาชิกหรือหอการค้านานาชาติ และลูกจ้างหรือคณะกรรมการของหอการค้านานาชาติประจำประเทศต่าง ๆ ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลใด ๆ สำหรับการกระทำหรือละเว้นกระทำที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ”

การระบุข้อตกลงเช่นนั้นมิมีปัญหาว่าจะทำได้หรือไม่ ข้อตกลงดังกล่าวนี้จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

การที่อนุญาโตตุลาการไม่ยอมกระทำหน้าที่หรือกระทำหน้าที่บกพร่องโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงย่อมมีลักษณะเป็นการกระทำละเมิดต่อคู่กรณีแล้วตามบทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วแต่ก็มีหลักในกฎหมายลักษณะละเมิดที่หากมีความยินยอมของผู้เสียหายย่อมไม่เป็นการกระทำละเมิด ซึ่งน่าจะนำมาใช้กับปัญหานี้ได้ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังนี้¹³⁸

1) เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ กล่าวคือ ผู้เสียหายต้องยินยอมด้วยความสมัครใจ และรู้ถึงผลของการกระทำที่อาจทำให้เกิดความเสียหายจึงจะไม่เป็นการกระทำละเมิด¹³⁹

¹³⁶ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย; ICC Arbitration Rules.

¹³⁷ จาก พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 พร้อมข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (น. 58), โดย ชีระพล อรุณะภักดิ์และคณะ, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

¹³⁸ ความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย (น. 223). เล่มเดิม.

¹³⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยละเมิด (น. 469), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2503, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

2) ความยินยอมนั้นต้องมีใช้ความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁴⁰ เช่น ไม่ใช้ความยินยอมที่ให้ไว้ล่วงหน้าให้กระทำละเมิดเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของคณัน ท่านว่าเป็นโมฆะ การตกลงยินยอมในลักษณะดังกล่าวจึงไม่เกิดผล ใช้บังคับไม่ได้ เว้นแต่ในเวลาที่มีการกระทำที่เกิดความเสียหายผู้ที่เสียหายยังคงแสดงออกโดยตรงหรือโดยปริยายว่ายังคงให้ความยินยอมอยู่

ถ้าห้รับในต่างประเทศก็มีหลักการเช่นเดียวกันแต่ต้องมีการกระทำที่ก่อความเสียหายขึ้นแต่ต้องมีข้อเท็จจริง 3 ประการ ดังนี้

- 1) ผู้กระทำต้องมีหน้าที่ต้องกระทำการโดยใช้ความระมัดระวัง
- 2) มีการกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง
- 3) ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง

เมื่อมีการกระทำที่ก่อความเสียหายเกิดขึ้นผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบได้ คือ จะเรียกหรือค่าเสียหายกันไม่ได้ หากผู้เสียหายยินยอมให้มีการกระทำละเมิดเพราะไม่มีความรับผิดชอบ แต่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริง 2 ประการ ดังนี้¹⁴¹

- 1) ผู้เสียหายรู้ว่าจะมีความเสี่ยงภัยจากการกระทำของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้ที่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง
- 2) ผู้เสียหายตกลงที่จะเสี่ยงภัยด้วยความสมัครใจ

ดังนั้น หากทำความยินยอมกันไว้ล่วงหน้าว่าอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบ อนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะไม่ต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อในขณะที่อนุญาโตตุลาการกระทำผิดหน้าที่นั้น คู่กรณียังคงยินยอมยกเว้นให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ความยินยอมดังกล่าวจึงจะมีผลทำให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบ¹⁴²

¹⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (น. 61). เล่มเดิม.

¹⁴¹ ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย (น. 224). เล่มเดิม.

¹⁴² แหล่งเดิม.

บทที่ 3

กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐ ของต่างประเทศและประเทศไทย

ในบทนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของต่างประเทศและประเทศไทยเพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาตามที่กล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

3.1 กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษากระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของประเทศต่าง ๆ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐโครเอเชีย และสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล โดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.1.1 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาคือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) โดยยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นกฎหมาย แต่ถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ในปัจจุบันได้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นในระดับสหรัฐ ระดับมลรัฐ หรือระดับองค์กรบริหารท้องถิ่น ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหล่านี้จะมีบทบาทสำคัญยิ่งในเรื่องการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกา¹

¹ จาก สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา (รายงานผลการวิจัย) (น. 1 - 3), โดย บริษัทที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

1. สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกาไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เด่นชัด และมีได้แยกเป็นสัญญาทางปกครองต่างหากดังเช่นในสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครองตามแนวคิดทั่วไปแล้ว สัญญาหรือการกระทำที่ทำโดยรัฐหรือโดยผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครอง อาจแยกได้เป็น 2 ประเภท² ได้แก่ สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) และการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หมายถึง สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนเพื่อประโยชน์ในการได้มาซึ่งสินค้าและบริการ รัฐทำสัญญาดังกล่าวนี้ขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรือได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ในขณะที่เอกชนคู่สัญญาจะได้รับเงินค่าตอบแทนสำหรับสินค้าหรือบริการดังกล่าว ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ (The Federal Acquisition Regulation : FAR) ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวด 1 ลักษณะ 48 ของประมวลกฎหมายและระเบียบของสหรัฐ (Code of Federal Regulations) มีผลใช้บังคับ เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1984 และใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐทั้งปวงที่ใช้งบประมาณแผ่นดิน³

ส่วนการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะ ในสหรัฐอเมริกาบริการสาธารณะ ถือเป็นธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเอกชนมีสิทธิดำเนินการได้ภายใต้การควบคุมของรัฐ การจัดทำบริการสาธารณะในสหรัฐอเมริกาส່วนใหญ่จึงดำเนินการโดยเอกชนภายใต้การควบคุมของรัฐ⁴

ทั้งนี้ ในการที่หน่วยงานของรัฐจะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น หน่วยงานของรัฐดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติเงินงบประมาณจากรัฐสภาเสียก่อน ในขณะที่เดียวกันหากเป็นกรณีของการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ เอกชนผู้ที่มีความประสงค์ที่จะจัดทำบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยแสดงว่าประชาชนต้องการบริการสาธารณะดังกล่าวและตนเองสามารถจัดทำและให้บริการสาธารณะดังกล่าวนี้ให้แก่ประชาชนได้อย่างมีคุณภาพในราคาที่ยุติธรรม และเมื่อได้รับ Certificate of Public Convenience and Necessity จากเจ้าหน้าที่ควบคุมระดับมลรัฐหรือสหรัฐ แล้วแต่กรณี จึงจะจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวนี้ได้⁵

² แหล่งเดิม.

³ ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (น. 71 - 73). เล่มเดิม.

⁴ แหล่งเดิม.

⁵ สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา (น. 6). เล่มเดิม.

2. ผู้ที่มีอำนาจทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าทำสัญญาหรือให้สิทธิใด ๆ กับเอกชนนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตนเองย่อมไม่สามารถกระทำได้ในทันที แต่จะต้องได้รับการมอบอำนาจมาเสียก่อน ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามแบบ SF 1402 หนังสือรับรองการแต่งตั้ง (Certificate of Appointment) ซึ่งจะระบุข้อจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา นอกจากนี้ข้อจำกัดอำนาจที่กฎหมายหรือกฎหมายระเบียบได้กำหนดไว้ หากเจ้าหน้าที่รัฐผู้เข้าทำสัญญามีได้มีอำนาจเข้าทำสัญญา สัญญาดังกล่าวย่อมไม่ผูกพันรัฐ⁶ และการเข้าทำสัญญานั้นจะต้องดำเนินการ โดยถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ด้วย⁷

สำหรับการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่ให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวได้จะต้องเป็นผู้มีอำนาจให้สิทธิด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งในสหรัฐอเมริกานั้น การที่จะพิจารณาผู้ว่าผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจให้สิทธิ ต้องพิจารณาว่าเป็นการให้สิทธิในระดับใดและเป็นการให้สิทธิในเรื่องใดด้วย เช่น การให้สิทธิในระดับสหรัฐ ผู้มีอำนาจให้สิทธิสำหรับกิจการ โทรคมนาคม หรือกิจการวิทยุโทรทัศน์ ได้แก่ Federal Communications Commission (FCC) ส่วนกรณีการส่งและการขายส่งพลังงานไฟฟ้า การส่งและการขายปลีกก๊าซธรรมชาติ หากการค้ำนี้มีลักษณะเป็นการค้าระหว่างรัฐ ได้แก่ Federal Energy Regulatory Commission (FERC) สำหรับในระดับมลรัฐ ได้แก่ State Public Utility Commissions ของมลรัฐนั้น ๆ⁸

3. รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

1) การระงับข้อพิพาทตามกฎหมาย

กรณีการระงับข้อพิพาทตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กำหนดให้คู่กรณีต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน The Contract Disputes Act of 1978 (CDA) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1.1) คู่สัญญาต้องดำเนินการยื่นข้อเรียกร้องของตนเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้รับจ้างยื่นข้อเรียกร้องต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีคำวินิจฉัย

⁶ แต่อย่างไรก็ตาม หัวหน้าหน่วยงานของรัฐสามารถให้สัตยาบันต่อการทำสัญญานั้นได้ ภายใต้เงื่อนไข และข้อจำกัดที่ระบุไว้ใน FAR 1.602-3

⁷ ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (น. 74 - 75). เล่มเดิม.

⁸ แหล่งเดิม.

ภายในระยะเวลา 6 ปี ภายหลังจากวันที่ได้รับรู้หรือควรได้รับรู้ถึงเหตุการณ์ที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้รับจ้างหรือรัฐ สำหรับรัฐนั้น เมื่อรัฐได้มีคำวินิจฉัยเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างถือว่าเกิดเป็นข้อเรียกร้องของรัฐที่มีต่อผู้รับจ้างที่รัฐต้องดำเนินการเรียกร้องภายในระยะเวลา 6 ปี เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีข้อเรียกร้องของรัฐนั้นเป็นผลมาจากข้อเรียกร้องของผู้รับจ้างที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล

1.2) เมื่อข้อเรียกร้องที่มีต่อทั้งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาและรับจ้างไม่อาจทำได้ ความตกลงกันได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องตัดสินใจหรือยุติข้อเรียกร้องทั้งปวงที่เกิดขึ้นภายใต้หรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดยทำการตรวจสอบและพิจารณารายละเอียดของข้อเรียกร้องก่อนการทำคำวินิจฉัยสุดท้าย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐมีนโยบายที่จะดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เป็นประเด็นพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนผู้รับจ้างโดยอาศัยความร่วมมือกันในการทำความเข้าใจในระดับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา ดังนั้น เมื่อรัฐและผู้รับจ้างเกิดข้อพิพาทขึ้นจึงมีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาข้อพิพาทก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการตาม CDA หรือการใช้กระบวนการทางศาล ซึ่งการดำเนินการกระบวนการระงับข้อพิพาทตาม CDA นั้น มักจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่สูง ความซับซ้อนของข้อเรียกร้อง และความล่าช้าในการขอรับคำตัดสินจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ที่ใช้ระยะเวลานานเช่นเดียวกับกระบวนการทางศาลในศาลสหพันธรัฐหรือศาลรัฐบาลกลาง (Federal Court)⁹

ส่วนการระงับข้อพิพาทกรณีการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นสามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครอง (Adjudication) ซึ่งมีกระบวนการดังนี้ คือ เมื่อมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นและข้อขัดแย้งดังกล่าวนั้นกฎหมายกำหนดว่า จะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาทางปกครอง วิธีการในการวินิจฉัยข้อเรียกร้องต่าง ๆ นั้น โดยหลักหน่วยงานทางปกครอง จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ใน Administration Procedure Act ซึ่งกระบวนการในการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองที่ได้ดำเนินการตามที่ Administration Procedure Act กำหนดนี้ โดยทั่วไปจะเรียกว่า “Formal Adjudications” แต่ในบางครั้งจะเรียกว่า “Evidentiary hearings” “Full hearings” “On-the-record hearings” หรือ “Trial-type hearings” ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับการดำเนินคดีแพ่ง แต่การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองนี้เป็นกระบวนการกึ่งตุลาการ และการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในบันทึกเป็นสำคัญ¹⁰

⁹ สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา (น. 165). เล่มเดิม.

¹⁰ ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (น. 85). เล่มเดิม.

2) การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution: ADR)

การระงับข้อพิพาทในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการระงับข้อพิพาทกรณีการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นั้น คู่กรณีอาจใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution: ADR) ก็ได้ ซึ่งมีวิธีการดังต่อไปนี้¹¹

1) การไกล่เกลี่ย (Conciliation) คือ การที่บุคคลที่สามที่เป็นคนกลางช่วยคู่สัญญาหาข้อสรุปของปัญหานอกศาล ซึ่งบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางนี้จะทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งหมด แต่มิได้เป็นผู้ทำการตัดสินใจในขั้นสุดท้ายให้กับคู่กรณี ซึ่งในบางครั้งวิธีนี้อาจเรียกว่า “การช่วยเจรจา” (assisted negotiation) ก็ได้

2) การเจรจา (Negotiation) การเจรจาเพื่อกำหนดกฎตาม The Negotiated Rulemaking Act (NRMA) คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสหรัฐ กำหนดกฎเกณฑ์โดยใช้วิธีเจรจากับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จะกำหนดขึ้นและมีผลบังคับใช้กับบรรดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ได้รับความยินยอมเป็นเอกฉันท์ในการจัดทำกฎระเบียบที่เสนอ ซึ่งจะเป็นการจัดซึ่งปัญหาหรือข้อโต้แย้งในภายหลัง

3) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งรับคำร้องเรียนเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐจากผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ผู้ตรวจการแผ่นดินจะทำการตรวจสอบและให้คำแนะนำเพื่อทำการเยียวยาความเสียหายตามคำร้องนั้น ดังนั้น หน้าที่ที่สำคัญของผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ การช่วยประชาชนเจรจากับส่วนราชการ

4) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการที่อาจจะนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ เมื่อคู่สัญญายินยอม ซึ่งความยินยอมดังกล่าวนี้อาจยินยอมก่อนหรือหลังจากเกิดข้อพิพาทแล้วก็ได้ อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการชี้ขาดภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ปิดการพิจารณา คำชี้ขาดนั้นจะต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงที่ถกเถียงกัน โดยย่อ และข้อกฎหมายที่ใช้เป็นหลักในการทำคำชี้ขาดด้วย ซึ่งคำชี้ขาดดังกล่าวจะถือเป็นที่สุดเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ได้ส่งให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถขยายระยะเวลาที่จะมีผลให้คำชี้ขาดนั้นเป็นที่สุดออกไปได้อีก 30 วัน โดยทำการแจ้งขอขยายระยะเวลาให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบก่อนวันที่จะครบกำหนด 30 วันแรกดังกล่าว คำชี้ขาดที่เป็นที่สุดนี้จะมีผลผูกพันคู่กรณีทั้งหลายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสามารถบังคับได้¹²

¹¹ สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา (น. 218). เล่มเดิม.

¹² แหล่งเดิม.

3) การดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกานั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาเป็นเอกชนนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย 5 U.S.C. Sections 571 - 583 ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังต่อไปนี้¹³

(1) คู่สัญญาอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการให้จำกัดเฉพาะให้เป็นไปตามกรณีที่กำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้¹⁴

(2) ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยต้องกำหนดประเด็นในสัญญาที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ไว้ และจะต้องกำหนดวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่กรณีจ่ายให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้¹⁵

(3) การที่หน่วยงานของรัฐจะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับนั้น หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำคู่มือซึ่งเป็นรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการจัดทำคู่มือดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐจะต้องปรึกษาหารือกับอัยการสูงสุด¹⁶

(4) ในการเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ตกลงกัน¹⁷ โดยจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง¹⁸ ทั้งนี้ แม้ไม่มีการกำหนดว่าบุคคลผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นนักกฎหมายหรือผู้มีประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมาย แต่โดยทั่วไปคู่สัญญามักจะเลือกนักกฎหมายขึ้นทำหน้าที่

¹³ ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (น. 89 - 90). เล่มเดิม.

¹⁴ 5 U.S.C. Sections 575 (a)(1)(A) และ (B).

¹⁵ 5 U.S.C. Sections 575 (a)(2).

¹⁶ 5 U.S.C. Sections 575 (c).

¹⁷ 5 U.S.C. Sections 577 (a).

¹⁸ 5 U.S.C. Sections 573.

อนุญาโตตุลาการเนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับข้อกฎหมาย หรือการตีความข้อสัญญา¹⁹

(5) การกำหนดให้มีการประกันภัยให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐก่อนคณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่

(6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเหตุผลและหลักกฎหมายทั่วไปโดยย่อแบบ ไม่เป็นทางการและมีการอธิบายประกอบคำชี้ขาด²⁰

(7) การจัดทำคู่มือรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ตาม Sections 575 c จะมีสาระสำคัญ เช่น รูปแบบของอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาใช้ เทคนิคของการ อนุญาโตตุลาการ รายการประเด็นสำคัญต่าง ๆ ที่จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับ ข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น²¹

3.1.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเลือกใช้วิธีการจูงใจให้คนใช้ช่องทางการระงับข้อพิพาท ด้วยการคิด ค่าปรับกับฝ่ายที่ไม่แสดงท่าทีหรือความพยายามที่จะเข้าร่วมกระบวนการดังกล่าว กล่าวคือ หากฝ่าย นั้น ๆ ชะงักงัน ก็จะได้รับเงินค่าเสียหายน้อยลง เพราะศาลถือว่าฝ่ายผู้แพ้คดีได้เสียต้นทุนต่าง ๆ ในกระบวนการทางศาลปกติไปโดยไม่จำเป็นแล้ว ในกรณีที่ฝ่ายนั้น ๆ แพ้คดี ศาลก็จะคิดค่าเสียหาย โดยรวบรวมต้นทุนค่าใช้จ่ายในกระบวนการทางศาลของฝ่ายผู้ชนะคดีเข้าไปด้วยนอกจากนี้ยังมีการ กำหนดให้คู่ความจ่ายเงินเป็นสัดส่วนของมูลค่าสินทรัพย์ฟ้องร้อง โดยคิดเป็นอัตราก้าวหน้า รวมถึง กำหนดระยะเวลาในการดำเนินการให้กระชับ (สองถึงสี่ชั่วโมงตามแต่มูลค่าสินทรัพย์) เพื่อให้เกิด แรงจูงใจให้เอกชนเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย โดยองค์กรรัฐจะทำหน้าที่เป็นเพียงตัวกลาง ในการประสานงานให้ผู้ไกล่เกลี่ยและคู่ความมาพบกัน รวมถึงทำหน้าที่ตรวจสอบ ประเมินผลงาน ผู้ไกล่เกลี่ยอย่างเข้มข้น²²

¹⁹ ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับผู้ลงทุนเอกชน (น. 89). เล่มเดิม.

²⁰ 5 U.S.C. Sections 580 (a)(1).

²¹ Phyllis Hanfling, Department of Energy. (2555). Developing Guidance For Binding Arbitration สืบค้น 10 เมษายน 2559, จาก https://www.doi.gov/pmb/cadr/upload/DEVELOPING_GUIDANCE_FOR_BINDING_ARBITRATION.doc

²² รายงานกระบวนการยุติธรรมทางเลือก ทางเลือกของความยุติธรรม ตอน 2 การระงับข้อพิพาทในชั้น ศาลไทย และบทเรียนเบื้องต้นจากต่างประเทศ โครงการเครือข่ายวิชาการเพื่อการปฏิรูป ลงวันที่ 19 กันยายน 2555.

นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษใช้วิธีเพิ่มต้นทุนในกระบวนการทางปกติ เพื่อผลักดันออกจากกระบวนการทางศาล และเพิ่มแรงจูงใจให้เอกชนเข้ามาทำหน้าที่เจรจาไกล่เกลี่ย หัวใจสำคัญของกลไกนี้ คือ การออกแบบระบบให้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกลงมีต้นทุนอยู่จำนวนหนึ่ง แต่ต้นทุนดังกล่าวนี้ก็ยิ่งต่ำกว่ากระบวนการทางปกติ ทั้งนี้ เพราะหากไม่มีต้นทุนเลยจะทำให้คู่ความขาดความกระตือรือร้นที่จะใช้กระบวนการดังกล่าวอย่างคุ้มค่า อย่างไรก็ตามแนวทางดังกล่าวนี้ถูกวิจารณ์ว่าเป็นการ ‘แปรรูป’ กระบวนการทางศาลให้แก่เอกชน²³

ประเทศอังกฤษได้มีแนวคิดในเรื่องการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดมาตั้งแต่ในช่วงศตวรรษที่ 11 และในปัจจุบันประเทศอังกฤษจะได้ตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังให้อำนาจศาลที่จะเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ ส่วนในเรื่องสัญญาทางปกครองนั้น ประเทศอังกฤษไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่ก็จะใช้วิธีการเจรจายุติข้อพิพาทหรือไม่ก็จะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยการที่จะนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นต้องพิจารณาจากการเข้าร่วมเป็นสมาชิก โดยภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามที่ได้เข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญาต่าง ๆ เหล่านั้นด้วย นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังยอมรับข้อสัญญาที่ให้พิจารณาตามความยุติธรรม ซึ่งหลักความยุติธรรมก็คือ ระบบของกฎเกณฑ์และการเยียวยา หลักเกณฑ์นี้ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและไม่ว่าทางใดก็ไม่อาจที่จะลบล้างหลักความยุติธรรมนั้นออกไปจากการที่จะเข้ามาเกี่ยวพันกับการอนุญาโตตุลาการได้

3.1.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีบทบาทอย่างมากต่อระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย โดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แบ่งสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศ ออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง เมื่อสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญานั้นก็จะเป็นที่ของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัยคดี เนื่องจากมีประโยชน์สาธารณะเข้าไปเกี่ยว แต่หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง ก็เป็นที่ของศาลยุติธรรมในการพิจารณาตัดสินคดี²⁴

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (น. 55 - 56). เล่มเดิม.

รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส นั้น จะกระทำโดยการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้ไม่ได้สร้างความพอใจแก่คู่สัญญาเท่าที่ควร อันมีสาเหตุมาจากอำนาจของผู้พิพากษานั้นมีอยู่อย่างจำกัดเพราะสามารถทำได้เพียงสั่งเพิกถอนหรือออกคำสั่งบังคับอื่น ๆ การพิจารณาคดีในศาลปกครองเป็นไปอย่างล่าช้า นอกจากนี้ ศาลปกครองมีคดีที่ต้องพิจารณาเป็นจำนวนมาก และกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็ยังคงเป็นกรณีส่วนใหญ่แล้วมีความละเอียดซับซ้อนรวมทั้งมีเอกสารที่ต้องพิจารณาจำนวนมาก²⁵ จึงมีความพยายามที่จะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นมาใช้แทนการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น มีดังต่อไปนี้

1) การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง

การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำต่าง ๆ ของตนและผู้ใต้บังคับบัญชา การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการก่อนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองมีขึ้นเพื่อโต้แย้งการออกคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ทราบข้อโต้แย้งนั้นและหาทางเยียวยาแก้ไขภายในก่อนที่จะให้ผู้โต้แย้งนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาล การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองนี้ถูกนำมาใช้ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาโยธาสาธารณะ ตามมาตรา 33 และมาตรา 34 แห่งข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปแนบท้ายสัญญา (cahier des clauses administratives générales) ซึ่งเป็นเอกสารที่กำหนดหลักเกณฑ์ทางปกครองทั่ว ๆ ไปที่นำมาใช้กับสัญญาโยธาสาธารณะ ได้บัญญัติไว้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีจะต้องทำบันทึกเสนอต่อผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนด บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการกำหนดกระบวนการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเอาไว้ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาโยธาสาธารณะ²⁶

²⁵ จาก *สัญญาทางปกครอง* (น. 473 - 482), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2553, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

²⁶ *ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน* (น. 94). เล่มเดิม.

2) การไต่ถามคดี เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลที่เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่มีได้เป็นคู่สัญญาเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาหาแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ซึ่งการไต่ถามคดีข้อพิพาทในระบบกฎหมายเอกชนเป็นไปตามรัฐบัญญัติที่ 96-125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ที่ไปแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code de procédure civile) โดยมาตรา 21 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่าเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณี ผู้พิพากษาสามารถแต่งตั้งบุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้ไต่ถามคดีข้อพิพาทได้ ส่วนในระบบกฎหมายมหาชนนั้น ประมวลกฎหมายแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ซึ่งถูกแก้ไขโดยมาตรา 22 แห่งรัฐบัญญัติที่ 86-14 ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1986 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองว่า ศาลปกครองชั้นต้นทำหน้าที่ในการไต่ถามคดีข้อพิพาทด้วยเช่นกัน²⁷

3) การประนีประนอมยอมความ

ประมวลกฎหมายแพ่ง (Code Civil) ได้ให้คำจำกัดความของการประนีประนอมยอมความไว้ว่า เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงระงับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นหรือเพื่อป้องกันข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น การประนีประนอมยอมความนี้นำมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชนด้วย โดยหนังสือเวียนของนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ของการประนีประนอมยอมความ²⁸ การประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการนำข้อพิพาทไปสู่ศาลซึ่งใช้เวลานาน และต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ จำนวนมากที่เป็นแบบพิธีสร้างความยุ่งยากให้แก่คู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาตกลงใจที่จะใช้กระบวนการประนีประนอมก็หมายความว่าคู่สัญญาปฏิเสธที่จะนำคดีไปสู่ศาลและยอมรับผลที่เกิดขึ้นจากการประนีประนอมยอมความนั้น โดยผลของการประนีประนอมยอมความอาจนำไปสู่ข้อตกลงที่มีผลเป็นการชดใช้เงินหรือค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ การประนีประนอมยอมความยังนำมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองด้วยในหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการปฏิบัติตามสัญญาหรือเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากความไม่เหมาะสมของสัญญา เป็นต้น²⁹

²⁷ สัญญาทางปกครอง (น. 479). เล่มเดิม.

²⁸ สัญญาทางปกครอง (น. 481). เล่มเดิม.

²⁹ ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (น. 99 - 100). เล่มเดิม.

4) การอนุญาโตตุลาการ

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1006 ซึ่งใช้บังคับเรื่อยมาจนถึง ค.ศ. 1925 กฎหมายฉบับนี้ยอมรับแต่เฉพาะสัญญาอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในอนาคตนั้น กำหนดว่าต้องเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างพ่อค้า และเป็นเรื่องทางพาณิชย์เท่านั้น โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1925 ต่อมาในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1980 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ทำการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่โดย Décret No.80354 ยกเลิกมาตรา 1005-1028 เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับจากนักกฎหมายมากขึ้น ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งวิธีการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ 3 องค์ประกอบ คือ³⁰

องค์ประกอบที่หนึ่ง คือ องค์ประกอบด้านรูปแบบ กล่าวคือ คำชี้ขาดนั้นต้องมีประสิทธิภาพคู่ความต้องยอมรับปฏิบัติตามผลแห่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

องค์ประกอบที่สอง คือ องค์ประกอบด้านเนื้อหา กล่าวคือ วิธีการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการได้เพราะมีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งข้อพิพาทนั้นอาจเป็นข้อพิพาททางด้านข้อเท็จจริงหรือข้อพิพาททางด้านกฎหมายหรือเป็นทั้งข้อพิพาททางด้านข้อเท็จจริงและข้อพิพาททางด้านกฎหมายก็ได้

องค์ประกอบที่สาม คือ วิธีการระงับข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามที่คู่กรณีแต่งตั้งเองเรียกว่าอนุญาโตตุลาการหรืออาจเป็นคณะอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทก็ได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ตั้งแต่มาตรา 1033 เป็นต้นไป โดยระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำวินิจฉัยของศาลปกครองและศาลยุติธรรม วางหลักไว้ว่าห้ามมิให้หน่วยงานทางปกครองใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท ต่อมาหลักดังกล่าวก็ได้มีรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 5 กรกฎาคม 1972 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อวางหลักว่าห้ามมิให้มีการประนีประนอมยอมความในข้อพิพาทที่มีส่วนราชการหรือองค์การมหาชนเป็นคู่พิพาทหรือในคดีพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวกับกฎระเบียบเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม จนกระทั่งต่อมาได้มีรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975

³⁰ จาก ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 61), โดย นวลนภา อภิบาลศรี, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

บัญญัติว่า “องค์การมหาชนที่ทำกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความได้แต่ต้องออกเป็นรัฐกฤษฎีกา”³¹

หลังจากนั้นได้มีการยกเว้นให้มือนุญาโตตุลาการในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างองค์การมหาชนที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาวิชัยที่กระทำกับองค์กรต่างประเทศ และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 ที่บัญญัติขึ้นเพื่อตอบสนองข้อเรียกร้องของบริษัท Walt Disney ของต่างประเทศที่เข้าไปลงทุนจัดตั้งสวนสนุก Euro Disneyland อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า “ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เว้นแต่จะมีบทกฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นโดยชัดเจน”³²

3.1.4 สาธารณรัฐโครเอเชีย

จากการศึกษา พบว่า สาธารณรัฐโครเอเชีย ได้มีการตรากฎหมายออกมาบังคับใช้เพื่อควบคุมสัญญาเกี่ยวกับการเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาครัฐและเอกชน อันได้แก่ รัฐบัญญัติการเป็นหุ้นส่วนภาครัฐและเอกชน (The Act on public private partnerships) รัฐบัญญัตินี้ใช้บังคับกับกระบวนการสำหรับการเตรียมการ การนำเสนอ และการรับรองข้อเสนอสำหรับหุ้นส่วนรัฐกับเอกชน (PPP) โครงการ และสิทธิ ความรับผิดชอบของหุ้นส่วนรัฐและเอกชน รวมทั้งการก่อตั้งและอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานตัวแทนสำหรับการเป็นหุ้นส่วนรัฐและเอกชน³³

สำหรับจุดมุ่งหมายของรัฐบัญญัตินี้ PPP หมายถึง รูปแบบของหุ้นส่วนระยะยาวระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งมีลักษณะพื้นฐานดังต่อไปนี้³⁴

1. หุ้นส่วนเอกชนจะเข้าควบคุมกิจการจากหุ้นส่วนรัฐ

ความรับผิดชอบต่อการออกแบบ ก่อสร้าง และหรือก่อสร้างใหม่ในโครงการพื้นฐานสาธารณะ รวมทั้งการก่อสร้างและหรือการก่อสร้างใหม่ของระบบสารสนเทศ การติดต่อสื่อสาร และหรือสิ่งที่เป็นความสนใจของสาธารณะด้วยเหตุผลดังกล่าว รวมทั้ง การเข้าปฏิบัติงานในภาระหน้าที่หนึ่งหรือมากกว่า เช่น ด้านการเงิน การจัดการ และการบำรุงรักษา สำหรับจุดมุ่งหมายของการให้บริการสาธารณะต่อผู้ได้รับประโยชน์สุดท้าย ภายในขอบเขตความสามารถของหุ้นส่วนรัฐ หรือสำหรับจุดประสงค์ของการสร้างหลักประกันหุ้นส่วนรัฐ ในการกำหนดเงื่อนไขก่อนสำหรับการให้บริการสาธารณะภายในขอบเขตความสามารถของเขาหรือการ

³¹ จาก “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” โดย ชาลซุซย์ แสงศักดิ์, 2533, *วารสารกฎหมายทางปกครอง*, เล่ม 9, น. 182 - 183.

³² แหล่งเดิม.

³³ The Act on public private partnerships Article 1

³⁴ The Act on public private partnerships Article 2

ให้บริการสาธารณะต่อผู้ได้รับประโยชน์สุดท้ายภายในขอบเขตความสามารถของหุ้นส่วนรัฐ รวมทั้งการให้บริการเกี่ยวกับการจัดการระบบสารสนเทศ การติดต่อสื่อสาร ผลประโยชน์สาธารณะ อาทิเช่น การให้บริการสาธารณะต่อผู้ได้รับประโยชน์สุดท้ายในการก่อสร้างระบบสารสนเทศการติดต่อสื่อสาร

ในการแลกเปลี่ยนสำหรับเข้ารับภาระหน้าที่หุ้นส่วนรัฐ อาจโอนไปเป็นหุ้นส่วนเอกชนที่แน่นอนด้วยสิทธิจริง และหรืออาจอนุมัติให้หุ้นส่วนเอกชนถือสัมปทานและหรืออาจจ่ายเป็นค่าทดแทนให้กับหุ้นส่วนเอกชน หุ้นส่วนแต่ละส่วนเข้ามารับผิดชอบสำหรับเหตุการณ์ที่มีความเสี่ยงที่อยู่ภายใต้ขอบเขตความรับผิดชอบของเขา หรือที่ความรับผิดชอบได้มีการแบ่งปันกันแล้ว สำหรับจุดประสงค์ของการได้รับการจัดการความเสี่ยงที่เหมาะสมที่สุดในช่วงเวลาการดำเนินโครงการ PPP ท่ามกลางสิ่งอื่น ๆ ด้วยการใช้เกี่ยวกับการจัดการ เทคนิค การเงินและสมรรถนะทางนวัตกรรมของหุ้นส่วนเอกชนและด้วยการส่งเสริมให้มีการแลกเปลี่ยนทักษะ และความชำนาญระหว่างภาครัฐและหุ้นส่วนเอกชน

2. หุ้นส่วนเอกชนพร้อมกับผลการดำเนินงานในความรับผิดชอบอาจได้รับการอนุมัติให้ดำเนินงานกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างการดำเนินงาน โครงการ PPP แต่ต้องเป็นแต่เฉพาะกรณีที่ไม่มีหนทางเป็นไปได้อื่นใดต่อความจำเป็นที่แน่นอนในระดับเงินทุนของการเตรียมการ โครงการ PPP และการกลับคืนของเงินลงทุน

3. วัตถุประสงค์ของ PPP ไม่อาจใช้ในการนำส่งสินค้าโดยลำพังหรือสัมปทานสำหรับใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสาธารณะหรือใช้เพื่อสินค้าอื่นใด

การบังคับใช้รัฐบัญญัตินี้ หุ้นส่วนรัฐจะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ คือ หลักการคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะ หลักการการแข่งขัน หลักการประสิทธิภาพ หลักการรักษาความเท่าเทียม หลักการของการรับรู้ร่วมกัน หลักการของความเป็นสัดส่วนพอเหมาะ หลักการของความโปร่งใส หลักการของเสรีภาพการทำสัญญา และหลักการของการปกป้องสิ่งแวดล้อม³⁵

ตามรัฐบัญญัติดังกล่าว กำหนดไว้ว่า สัญญาหุ้นส่วนรัฐและเอกชน (Contractual Public Private Partnership) เป็นแบบแผนอันหนึ่งของ PPP ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ร่วมกันระหว่างหุ้นส่วนรัฐฝ่ายหนึ่งและเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ถูกกำหนดโดยข้อสัญญาผูกมัดของ PPP³⁶ ส่วนสัญญา PPP (A PPP Contract) เป็นสัญญาพื้นฐานอันหนึ่งที่ตกลงกันแล้วระหว่างรัฐฝ่ายหนึ่งกับหุ้นส่วนเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง หรือหุ้นส่วนรัฐฝ่ายหนึ่งและองค์กรขับเคลื่อนจุดมุ่งหมายพิเศษอีกฝ่ายหนึ่ง (SPU)

³⁵ The Act on public private partnerships Article 2

³⁶ The Act on public private partnerships Article 4 c)

ซึ่งเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ในการทำให้โครงการ PPP ประสบผลสำเร็จ ออกข้อกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของภาคีสัญญาข้อผูกมัด³⁷

นอกจากนี้ ยังให้คำนิยามว่า “หุ้นส่วนภาครัฐ” คือ ตัวภาครัฐคนหนึ่งหรือมากกว่าซึ่งตัดสินใจทำสัญญากับ SPU หรือกับหุ้นส่วนเอกชน หรือตัวภาครัฐ ซึ่งเชื่อมโยงกับหุ้นส่วนเอกชนผ่านสมาชิกภาพในบริษัทเดียวกัน³⁸ ส่วนหุ้นส่วนเอกชน คือ ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจบนพื้นฐานของกระบวนการจัดหาภาครัฐที่เสร็จสิ้นแล้วหรือกระบวนการสำหรับส่งมอบสัมปทานและได้ทำสัญญา PPP กับหุ้นส่วนภาครัฐ หรือได้ก่อตั้งองค์กร SPU สำหรับจุดประสงค์ดังกล่าว หรือได้ก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสมาชิกภาพในความรับผิดชอบร่วมกันกับหุ้นส่วนภาครัฐ³⁹

การทำสัญญาการเป็นหุ้นส่วนภาครัฐและเอกชน

การทำสัญญา PPP คู่สัญญาจะกำหนดสิทธิร่วมกันและความรับผิดชอบในการดำเนินโครงการ PPP ให้ประสบผลสำเร็จเป็นไปตามสัญญา PPP และรัฐบาลสาธารณรัฐ โครเอเชีย จะยอมรับระเบียบข้อบังคับตามเนื้อหาของสัญญา PPP ตามข้อเสนอของตัวแทน⁴⁰

การทำสัญญา PPP จะทำเป็นลายลักษณ์อักษรและสำหรับช่วงเวลาเฉพาะเจาะจง จัดให้มีช่วงเวลาใหม่ต่ำกว่า 5 ปี และไม่เกิน 40 ปี และยินยอมให้สำหรับความเป็นไปได้หลังจากสัญญาสิ้นสุดแล้วทำสัญญาใหม่จะเป็นการสรุปกับหุ้นส่วนเอกชน เป็นทางเลือกอีกทางหนึ่ง เป็นไปตามข้อกำหนดของมาตรา 15 ของรัฐบัญญัตินี้ และสภาก่อสร้างการบริหารของตัวแทนจะวางข้อกำหนดกฎเกณฑ์ ระเบียบข้อบังคับ กระบวนการที่จะนำมาสู่ข้อสรุปการทำสัญญา PPP ในการลงทะเลเบียนสัญญา PPP รวมทั้งเนื้อหาและขอบเขตปัจจัยสำคัญสำหรับข้อสรุปสัญญา PPP ซึ่งสามารถเข้าถึงสาธารณะได้ง่าย เป็นไปตามระเบียบข้อบังคับของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลลับ และความลับทางธุรกิจ⁴¹

การนำเสนอและการอนุมัติโครงการของ PPP

ภาครัฐที่กำหนดในรัฐบัญญัตินี้ จะเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการนำเสนอการดำเนินงานโครงการ PPP ให้เป็นผลสำเร็จตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัตินี้ และอยู่ภายใต้ระเบียบข้อบังคับของรัฐบัญญัตินี้ ซึ่งรัฐบาลจะยอมรับระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของการประเมินราคา

³⁷ The Act on public private partnerships Article 4 c)

³⁸ The Act on public private partnerships Article 4 h)

³⁹ The Act on public private partnerships Article 4 i)

⁴⁰ The Act on public private partnerships Article 5

⁴¹ The Act on public private partnerships Article 6

และการอนุมัติโครงการ PPP ในการก่อตั้งมาตรฐานวิชาชีพสำหรับการประเมินราคาและการอนุมัติโครงการ PPP และรายการเอกสารที่ต้องยื่นด้วยข้อเสนอโครงการ⁴² และภาครัฐจะยื่นข้อเสนอโครงการต่อตัวแทน พร้อมกับเอกสารระบุในระเบียบข้อบังคับตามมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ ถ้าหากข้อเสนอโครงการบรรจุปัจจัยพื้นฐาน PPP ได้กำหนดในมาตรา 2 วรรคหนึ่งแห่งรัฐบัญญัตินี้ ตัวแทนจะประเมินเนื้อหาของข้อเสนอโครงการตามกฎเกณฑ์ที่ระบุในระเบียบข้อบังคับตามมาตรา 10 วรรคสองแห่งรัฐบัญญัตินี้ และตัวแทนจะขอความยินยอมจากกระทรวงผู้รับผิดชอบด้านการเงิน คำนึงถึงการปฏิบัติตามข้อเสนอโครงการด้วยการคาดการณ์งบประมาณและแผนการ ความเสี่ยงด้านการเงิน และข้อจำกัดกำหนดอยู่ในระเบียบข้อบังคับ เป็นการเฉพาะเจาะจง และด้วยการคำนึงถึงด้านการเงินและการผันแปรเกี่ยวกับงบประมาณของข้อเสนอโครงการ นอกจากนี้ ตัวแทนจะต้องขอความคิดเห็นจากผู้ชำนาญการในสายงานกระทรวง เป็นไปตามข้อเสนอโครงการพร้อมด้วยแผนการพัฒนากลุ่มและยุทธศาสตร์ อาทิ ระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับลักษณะความชำนาญการที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ผู้ชำนาญการระดับท้องถิ่นและหน่วยย่อยรัฐบาลระดับภูมิภาคจะยื่นความเห็นตามการร้องขอของตัวแทนเป็นไปตามข้อเสนอโครงการ พร้อมด้วยการพัฒนาแผนนโยบายของท้องถิ่นเหล่านี้ อาทิ หน่วยย่อยเฉพาะของหน่วยงานรัฐบาลระดับภูมิภาค ซึ่งผู้ชำนาญการดังกล่าวจะต้องยื่นความเห็นต่อตัวแทนภายใน 30 วัน นับจากวันที่ข้อเสนอโครงการและเอกสารเกี่ยวข้องที่ส่งมาด้วยทั้งหมดถูกยื่นต่อพวกเขาทั้งหลาย⁴³

ภายในช่วงเวลาไม่เกิน 90 วัน นับจากวันที่ข้อเสนอโครงการและเอกสารประกอบทั้งหมดที่ได้ยื่นแล้วบนพื้นฐานของการยินยอมตามการร้องขอ นั่นคือ ความเห็นของผู้ชำนาญการรวมทั้ง ส่วนสำคัญของการประเมินของตัวแทนในการปฏิบัติตามหน้าที่ของกฎเกณฑ์ทั้งหมด เป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 11 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัตินี้ ตัวแทนจะยอมรับการตัดสินใจเกี่ยวกับการอนุมัติในการดำเนินการของข้อเสนอโครงการภายใต้แบบแผนของ PPP ข้อเสนอจะได้นำซึ่งสถานะภาพของโครงการ PPP แต่ผู้เดียว บนพื้นฐานของการตัดสินใจโดยตัวแทน ภาครัฐจะยอมรับการตัดสินใจในการดำเนินงานโครงการภายใต้แบบแผน PPP แต่เพียงผู้เดียวบนพื้นฐานของการตัดสินใจที่ได้มาก่อนหน้านี้ของตัวแทน และในกรณีที่การริเริ่มกระบวนการสำหรับการคัดเลือกหุ้นส่วนเอกชนล้มเหลว ภายใน 2 ปี จากการรับการตัดสินใจ จะถือว่าการตัดสินใจของตัวแทนยุติลง และกระบวนการจะมีการริเริ่มใหม่สำหรับข้อเสนอของโครงการ โดยต้องดำเนินการเหมือนเดิมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 และมาตรา 12 แห่งรัฐบัญญัตินี้⁴⁴

⁴² The Act on public private partnerships Article 10

⁴³ The Act on public private partnerships Article 11

⁴⁴ The Act on public private partnerships Article 12

ก่อนที่จะมีการริเริ่มกระบวนการคัดเลือกหุ้นส่วนเอกชน ภาครัฐซึ่งได้เข้าถึงการตัดสินใจตามมาตรา 12 วรรคสามแห่งรัฐบัญญัตินี้ จะยื่นต่อตัวแทนสำหรับการประเมินราคาและสำเนาเอกสารการประมูลที่ได้รับการอนุมัติแล้ว และเอกสารประกอบเพิ่มเติมที่แนบมาด้วย โดยตัวแทนจะออกมติการตัดสินใจยินยอมเป็นเอกสารตามวรรคหนึ่งของมาตรา 13 ด้วยการอนุมัติข้อเสนอโครงการภายในช่วงเวลาไม่เกิน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับเอกสารครบสมบูรณ์ตามวรรคหนึ่งของมาตรา 13 ทั้งนี้ ในเอกสารการประเมินราคา ตัวแทนอาจร้องขอความยินยอมจากกระทรวงผู้รับผิดชอบด้านการเงิน และความเห็นของสายงานผู้ชำนาญการของกระทรวงเป็นไปตามเอกสารการยินยอมพร้อมด้วยข้อเสนอโครงการที่ได้รับการอนุมัติแล้ว ผู้ชำนาญการจะยื่นความยินยอมตามการร้องขอ ภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับเอกสารทั้งหมด และภาครัฐอาจริเริ่มกระบวนการสำหรับการคัดเลือกหุ้นส่วนเอกชนเฉพาะพื้นฐานการตัดสินใจที่แน่นอนของตัวแทน⁴⁵

กระบวนการคัดเลือกหุ้นส่วนเอกชนจะดำเนินการเป็นไปตามระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ตามมาตรา 5, 6, 8, 9, 13, 14 และ 17 แห่งรัฐบัญญัตินี้ ถ้าหากการดำเนินงานให้เป็ผลสำเร็จของโครงการ PPP สันนิษฐานก่อนว่าจะได้รับสัมปทาน และกระบวนการคัดเลือกหุ้นส่วนเอกชนจะดำเนินการให้เป็ไปตามระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการส่งมอบสัมปทาน จะต้องจัดให้เป็ไปตามบทบัญญัติมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งรัฐบัญญัตินี้ด้วย⁴⁶ นอกจากนี้ ภาครัฐจะต้องดำเนินการในกระบวนการคัดเลือกที่ปรึกษาโครงการให้เป็ไปตามระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วย⁴⁷

การคุ้มครองตามกฎหมาย

การคุ้มครองตามกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกหุ้นส่วนเอกชนจะดำเนินการตามขั้นตอนระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ⁴⁸ และกระบวนการที่ดำเนินโดยตัวแทนจะคุ้มครองโดยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติกระบวนการปกครองทั่วไป เว้นแต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁴⁹

⁴⁵ The Act on public private partnerships Article 12

⁴⁶ The Act on public private partnerships Article 15

⁴⁷ The Act on public private partnerships Article 16

⁴⁸ The Act on public private partnerships Article 33

⁴⁹ The Act on public private partnerships Article 34

ศาลการค้า ซึ่งมีอำนาจตุลาการเกี่ยวกับตำแหน่งของส่วนภาครัฐจะมีเขตอำนาจศาล สำหรับการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญา PPP แต่จะไม่ใช่ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญา PPP โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ⁵⁰

3.1.5 สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล

สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล มีการบังคับใช้กฎหมายควบคุมเกี่ยวกับสัญญาการเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาครัฐและเอกชน ได้แก่ กฎหมายการเป็นหุ้นส่วนภาครัฐ-เอกชนของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล (Brazil's Public-Private Partnership Law)

กฎหมายนี้กำหนดกฎทั่วไปและระเบียบสำหรับการร่วมเป็นหุ้นส่วนภาครัฐ-เอกชน ในการร่วมการประมูลและสัญญาต่าง ๆ ภายใต้ขอบเขตอำนาจของรัฐบาลกลางรัฐต่าง ๆ และรัฐบาลท้องถิ่น ใช้บังคับกับหน่วยงานรัฐบาลต่าง ๆ กองทุนพิเศษ หน่วยงานอิสระ มูลนิธิมหาชน บริษัทที่ควบคุมดูแลโดยรัฐบาล องค์กรที่มีการผสมระหว่างรัฐและเอกชน และนิติบุคคล ซึ่งถูกควบคุมโดยทางตรงและทางอ้อมโดยรัฐบาลกลาง รัฐต่าง ๆ และรัฐบาลท้องถิ่น⁵¹

สัญญาการร่วมเป็นหุ้นส่วนภาครัฐและเอกชน ถือเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลหรือหน่วยงานภาครัฐต่าง ๆ กับองค์กรเอกชนซึ่งมีข้อผูกพันตามกฎหมาย ในการจัดการหรือบริหารทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน การให้บริการ งานหรือกิจกรรมที่เป็นผลประโยชน์ของภาครัฐ ซึ่งหุ้นส่วนที่เป็นเอกชนรับผิดชอบในการสนับสนุนเงินทุน การลงทุน และบริหารงานตามข้อแนะนำ ดังต่อไปนี้⁵²

⁵⁰ The Act on public private partnerships Article 35

(1) The Commercial Court, which has a jurisdiction concerning the area of the seat of the public body, shall have an exclusive jurisdiction for settling disputes arising from the PPP contract.

(2) The provisions of paragraph 1 of this Article shall not apply if parties agree upon arbitration to settle the disputes arising from the PPP contract.

⁵¹ Brazil's Public-Private Partnership Law Article 1

This law establishes general rules and requirements for public-private partnership bidding processes and contracts within the scope of the powers of the federal government, the states, the Federal District of Brasília and municipalities

This law applies to federal government entities, special funds, semiautonomous agencies, public foundations, government-controlled companies, mixed public-private corporations and all other entities that are directly or indirectly controlled by the federal government, the states, the Federal District of Brasília, or municipalities.

⁵² Brazil's Public-Private Partnership Law Article 2

1. การสำเร็จในการบรรลุเป้าหมายของรัฐ และการใช้ทรัพยากรของสังคม
2. ให้ความเคารพต่อสิทธิและผลประโยชน์ของบุคคลซึ่งควรได้รับบริการ รวมทั้งความรับผิดชอบของหุ้นส่วนเอกชนในการให้บริการเหล่านั้น
3. ไม่ควรมีการมอบหมายหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมาย ระเบียบ หรือเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย
4. ความรับผิดชอบทางการเงินในการเข้าเป็นหุ้นส่วนและในการปฏิบัติตามสัญญา
5. ความโปร่งใสในการตัดสินใจและขั้นตอนอื่น ๆ
6. การจำแนกความเสี่ยงต่าง ๆ ตามความสามารถในการจัดการความเสี่ยงของฝ่ายที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ
7. ความต่อเนื่องของการสนับสนุนการเงิน และผลประโยชน์ทางด้านสังคมและด้านเศรษฐกิจของโครงการที่เป็นหุ้นส่วน

การร่วมเป็นหุ้นส่วนของภาครัฐและเอกชน อาจรวมถึง การให้บริการทั้งหมดหรือบางส่วนของการบริหารงานซึ่งอาจจะมีหรือไม่มีโครงการมาก่อนหน้านี้ ผลงานของธุรกรรมภายใต้อำนาจการดูแลของรัฐบาลหรือหน่วยงานรัฐบาล ซึ่งอาจจะมีหรือไม่มีโครงการมาก่อนหน้านี้ การดำเนินการ โครงการสาธารณะสำหรับรัฐบาลหรือหน่วยงานภาครัฐและการดำเนินการ โครงการสาธารณะเพื่อขาย ให้เช่า หรือเช่าช่วงต่อรัฐบาล หรือต่อหน่วยงานรัฐบาลหรือสาธารณะ⁵³

For the purposes of this law, public-private partnership contracts are deemed to be agreements entered into between government or public sector entities and private sector entities that establish a legally binding obligation to establish or manage, in whole or in part, services, undertakings and activities in the public interest, in which the private sector partner is responsible for the financing, investment and management, pursuant to the following guidelines:

- I – Effectiveness in fulfilling the missions of the State and in using society’s resources;
- II – Respect for the rights and interests of those who should receive services, as well as the private entities responsible for providing those services;
- III – There shall be no delegation of functions that are regulatory, jurisdictional or involve exercising police powers;
- IV – Fiscal responsibility in entering into and executing partnerships;
- V – Transparency in decision-making and other procedures;
- VI – Distribution of risks in accordance with the contracting parties’ risk management capabilities; and
- VII – Financial sustainability and social and economic advantages of the partnership project.

⁵³ Brazil’s Public-Private Partnership Law Article 3

A public-private partnership may include the following:

สัญญาร่วมหุ้นส่วนภาครัฐและเอกชน ต้องมีข้อความดังต่อไปนี้⁵⁴

1. ระยะเวลาสัญญาซึ่งสอดคล้องกับระยะเวลาของการตัดต่อการลงทุน โดยมีระยะเวลาไม่เกิน 30 ปี
2. บทลงโทษซึ่งบังคับใช้กับรัฐบาลหน่วยงานภาครัฐ และรวมถึงหุ้นส่วนเอกชนในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้
3. กรณีต่าง ๆ สำหรับการยกเลิกสัญญาก่อนหมดระยะเวลา รวมทั้ง กฎเกณฑ์ในการคำนวณค่าปรับหรือผลตอบแทนที่ค้างอยู่ และ
4. การแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนซึ่งเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขทางการเงินตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญา

การทำสัญญาร่วมหุ้นส่วนของภาครัฐและเอกชนในสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล จะต้องเริ่มจากกระบวนการทางประมูล ตามขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้⁵⁵

I – The total or partial assigned provision or management of a public service, which may or may not be preceded by a public works project;

II – The performance of an activity within the jurisdiction of the government or a public sector entity, which may or may not be preceded by a public works project;

III – Carrying out a public works project for the government or a public sector entity; and

IV – Carrying out a public works project for sale, rental or lease to the government or to a public sector entity.

⁵⁴ Brazil's Public-Private Partnership Law Article 4

Public-private partnership contracts must contain the following clauses:

I – A period of validity compatible with the amortization of the investments made, with a limit of thirty years;

II – Penalties to be applied to government and public sector entities, and also to the private sector partner, in the event of failure to fulfill the contractual obligations;

III – Possible circumstances for contract termination prior to the end of the term of the contract, as well as criteria for calculating the required compensation payments owed; and

IV – Sharing with the government or public sector entity the economic gains arising from a change in financing conditions, pursuant to the terms stipulated in the contract.

⁵⁵ Brazil's Public-Private Partnership Law Article 10

The contracting of public-private partnerships shall be preceded by a bidding process, pursuant to the following:

1. การตีประกาศต่อสาธารณะเพื่อเรียกการประมูลต่าง ๆ ต้องระบุอย่างชัดเจนว่าการประมูลสัญญาต่าง ๆ ต้องเป็นไปตามที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้
2. การแข่งประมูลจะเริ่มจากระบบ PQ และ
3. ในการประกาศเรียกประมูลงานต่าง ๆ รัฐบาลและหน่วยงานรัฐบาล อาจจะ
 - (ก) เรียกให้มีการค้ำประกันการประมูลงานและการบริหารตามสัญญามากกว่าที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ ตราบเท่าที่เป็นไปตามความรับผิดชอบทางการเงิน และอื่น ๆ อันเป็นผลจากการที่ไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญา
 - (ข) เรียกให้ผู้ประมูลนำเสนอการรับรองทางการเงินโดยบริษัทหรือสถาบันการเงิน ซึ่งเป็นไปตามความต้องการทางด้านความแข็งแกร่งและปลอดภัยตามที่แจ้งไว้ในประกาศ
 - (ค) เรียกตามเงื่อนไขการเข้าทำสัญญาให้ผู้ชนะการประมูลต้องจัดตั้งบริษัทโดยมีจุดมุ่งหมายในการบริหารจัดการกิจการร่วมหุ้นส่วน และบริษัทดังกล่าวต้องมีระบบบัญชีตามมาตรฐานและมิงบการเงินต่าง ๆ ด้วย
 - (ง) ระบุให้ผู้ชนะการประมูลรับผิดชอบในการนำเสนอแผนงาน เพื่อบรรลุมิติวัตถุประสงค์ธุรกรรมต่าง ๆ ซึ่งเป็นเรื่องกระบวนการประมูล หรืออนุญาตให้มีการเสนอแผนทางเลือก

-
- I – the public notice of the request for bid proposals shall expressly indicate that the bidding process and contract shall abide by the requirements of this Law;
 - II – competition shall be carried out under a pre-qualification system; and
 - III – in the public notice of the request for bid proposals, the government and public sector entities may:
 - a) require guaranties of bid proposals and of execution of the contract that are greater than those established in the legislation in force, provided that they are consistent with the financial or other burden(s) resulting from failure to comply with the terms of contract;
 - b) require that the bidder present a financing pledge made by companies or financial institutions that meet the requirements of strength and safety established in the public notice;
 - c) require, as a condition for entering into the contract, that the winning bidder must create a company for the specific purpose of setting up and managing the partnership activities, and also that it must adopt standardized accounting practices and financial statements;
 - d) provide that the winning bidder shall be put in charge of preparing the project plan for achieving the purpose of the partnership activity that was the subject of the bidding process, or allow an alternative project plan to be presented in the bidding process;
 - e) allow the possibility of adopting arbitration for the resolution of disputes arising from the execution of the contract;

(จ) อนุญาตความเป็นไปได้ในการใกล้เคียงสำหรับการขัดแย้งกัน ซึ่งเกิดจากการบริหารสัญญา และ

หลังผ่านขั้นตอนของ PQ (การคัดเลือกคุณสมบัติของผู้เข้าประมูลเบื้องต้น) การประมูลต้องเป็นไปตามวิธีการดังต่อไปนี้⁵⁶

1. รัฐบาลหรือหน่วยงานต้องได้รับข้อเสนอทางด้านเทคนิคจากผู้เข้าประมูล และอาจขอให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขจนกว่าจะเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับว่าเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ
2. มีระยะเวลาที่เหมาะสมและพอเพียงในการปฏิบัติตามข้อเรียกร้องจากทางรัฐบาลหรือหน่วยงานรัฐบาล
3. เมื่อผ่านขั้นตอนในการปรับปรุงข้อเสนอทางด้านเทคนิคเสร็จสมบูรณ์ รัฐบาลหรือหน่วยงานภาครัฐจะได้รับข้อเสนอทางด้านราคาจากผู้เข้าประมูลต่าง ๆ
4. ผู้เข้าประมูลอาจนำเสนอราคาใหม่อย่างต่อเนื่องจนกว่าจะมีการประกาศผู้ชนะตามเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ในประกาศการประมูล
5. ในประกาศการประมูล อาจมีการจำกัดสิทธิของผู้เข้าประมูลในการเสนอราคาใหม่รวมถึง การกำหนดระยะเวลาตามที่ระบุไว้ในประกาศและข้อเสนอของผู้ชนะการประมูลเป็นลำดับ 1
6. กรณีที่ไม่มีการนำเสนอขั้นต่ำ 3 ราย ตามที่ระบุไว้ในกำหนดระยะเวลา ผู้ประมูลที่นำเสนอราคาดีที่สุดในสามรายอาจนำเสนอราคาใหม่ได้

⁵⁶ Brazil's Public-Private Partnership Law Article 11

After the pre-qualification stage and provided that it was stipulated in the public notice, the bidding process shall comply with the following procedures:

I – the government or public sector entity shall receive technical bid proposals from the bidders and may request that changes be made that it decides are suitable to serve the public interest, until the bid proposals are deemed to be satisfactory;

II – a reasonable and sufficient period of time shall be established for satisfying the requests made by the government or public sector entity;

III – once the stage for improving the technical bid proposals is completed, the government or public sector entity shall receive the price proposals from the bidders;

IV – the bidders may present new and successive price proposals until one is declared to be the winner, under the terms and conditions stipulated in the public notice;

V – the public notice may limit the right to present new and successive price proposals to bidders that are included in a specific range established in the public notice, relative to the proposal that initially places first;

VI – if there are not at least three proposals included in the range established in the public notice, those who present the three best proposals may present new and successive price proposals.

3.2 กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของประเทศไทย

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะขอก้าวถึงกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของประเทศไทย อันได้แก่ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 และมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 27 มกราคม 2557 ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 และลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 เกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ดังนี้

3.2.1 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2556 ให้มีผลเป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับต่อไป โดยมีหลักการในการยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐ ดังนี้

1. คำนิยาม⁵⁷

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย

(2) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

“ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ

“หน่วยงานเจ้าของโครงการ” หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งจะให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

⁵⁷ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 4.

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวงการคลังหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือหน่วยงานอื่นของรัฐมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

“หน่วยงานอื่นของรัฐ” หมายความว่า หน่วยงานในกำกับของรัฐ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ หรือหน่วยงานอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจซึ่งอยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร

2. การบังคับใช้

พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่) ในกรณีที่เกิดกิจการของรัฐในเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุน และการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้ว จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้นก็ได้⁵⁸ ทั้งนี้ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องคำนึงถึงหลักการ ดังต่อไปนี้ คือ ประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ การยึดถือวินัยการเงินการคลัง ประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจจากการดำเนินโครงการ ความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง การจัดสรรความเชื่อมโยงที่เหมาะสมของโครงการระหว่างรัฐกับเอกชน สิทธิและประโยชน์ของผู้รับบริการและผู้ให้บริการ และการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน⁵⁹

3. คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง เลขานุการคณะกรรมการ กฤษฎีกา เลขานุการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกินเจ็ดคน เป็นกรรมการ ให้ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เป็นกรรมการและเลขานุการและข้าราชการ

⁵⁸ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 7.

⁵⁹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 6.

ในสำนักงานที่ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจแต่งตั้งอีกไม่เกินสองคน เป็นผู้ช่วยเลขานุการ⁶⁰

คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้⁶¹

- (1) จัดทำแผนยุทธศาสตร์เพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี
- (2) ให้ความเห็นชอบหลักการ โครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนและการดำเนินโครงการตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้
- (3) พิจารณาเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางด้านการเงินหรือการคลังในการสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต่อคณะรัฐมนตรี
- (4) พิจารณาอนุมัติหรือตัดสินชี้ขาดการไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลตามมาตรา 38
- (5) ให้คำแนะนำหรือความเห็นต่อรัฐมนตรีก่อนมีการตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 7
- (6) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติตามมาตรา 58
- (7) ออกประกาศตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (8) จัดทำรายงานตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (9) วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้
- (10) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ หรือตามที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ กำหนดให้มีสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ รับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการ และให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ คือ จัดทำร่างแผนยุทธศาสตร์เสนอต่อคณะกรรมการ ศึกษาและวิเคราะห์โครงการและเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ จัดทำร่างมาตรการหรือแนวทางด้านการเงินหรือการคลังในการสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเสนอต่อคณะกรรมการ เสนอความเห็นต่อคณะกรรมการในกรณีไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลตามมาตรา 38 จัดทำร่างประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงการที่มีมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 เสนอต่อคณะกรรมการตามมาตรา 58 ร่วมมือทางด้านวิชาการ การวิจัยและพัฒนา กับหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานวิจัยและพัฒนาและองค์กรเอกชน

⁶⁰ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 8.

⁶¹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 16.

ทั้งในและต่างประเทศที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และดำเนินการให้มีการพัฒนาศักยภาพบุคลากรในหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้มีความรู้ และความเชี่ยวชาญในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการศึกษา วิจัย พัฒนาและจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อเผยแพร่ ให้ความรู้ และคำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐ และบุคคลทั่วไปเพื่อส่งเสริมและสร้างความเข้าใจในการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เป็นต้น⁶²

4. การเสนอโครงการ

โครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือมูลค่าที่กำหนดเพิ่มขึ้น โดยกฎกระทรวงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด⁶³ ทั้งนี้ ในการเสนอโครงการ หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอผลการศึกษา และวิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ซึ่งประกาศดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- (1) เหตุผล ความจำเป็น และประโยชน์ของโครงการ รวมทั้งความสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์
- (2) ต้นทุนการดำเนินการ โดยในกรณีที่เป็นโครงการที่จะใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินร่วมด้วยให้แสดงงบประมาณแผ่นดินที่จำเป็นตลอดระยะเวลาของโครงการด้วย
- (3) การเปรียบเทียบต้นทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินการระหว่างการใช้งบประมาณแผ่นดินหรืองบประมาณของหน่วยงานของรัฐกับการให้เอกชนร่วมลงทุน
- (4) ทางเลือกในการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งความสนใจและความพร้อมของเอกชนในแต่ละรูปแบบ
- (5) ผลกระทบของโครงการ
- (6) ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องและแนวทางการบริหารความเสี่ยงของโครงการ
- (7) กรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะใช้งบประมาณของหน่วยงานในการดำเนินการ ให้แสดงสถานะทางการเงินของหน่วยงาน แหล่งที่มาของงบประมาณ ภาระงบประมาณโดยรวมที่ต้องใช้ในโครงการอื่น ๆ และความสามารถในการหางบประมาณเพื่อการดำเนินโครงการ โดยไม่กระทบต่อสถานะทางการเงินโดยรวมของหน่วยงาน⁶⁴

⁶² พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 18.

⁶³ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 23.

⁶⁴ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 24.

5. การดำเนินโครงการ

เมื่อคณะกรรมการให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการใดหรือเมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติกรณีตามมาตรา 28 ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุนร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุนในส่วนของโครงการที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนต่อไป หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการและร่างสัญญาร่วมลงทุนได้⁶⁵

ร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าว ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้⁶⁶

- (1) ระยะเวลาของโครงการ
- (2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ
- (3) อัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ
- (4) การเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง
- (5) สิทธิของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการ
- (6) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน
- (7) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา และการชำระค่าเสียหาย
- (8) การค้ำประกัน การประกันภัยและการชดเชยค่าเสียหาย
- (9) การระงับข้อพิพาท

ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสี่คน เป็นกรรมการและให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์

⁶⁵ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 33.

⁶⁶ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 34.

ซึ่งจะเป็นประโยชน์โดยตรงในการพิจารณาโครงการ และต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 10⁶⁷ ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการคัดเลือกมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้⁶⁸ คือ พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการและร่างสัญญาร่วมลงทุน กำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา เสร็จและพิจารณาคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน เรียกให้หน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมีอำนาจในการพิจารณาดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับโครงการตาม ที่เห็นสมควร

ในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการคัดเลือกนั้น กฎหมายกำหนดว่าภายในสิบห้าวัน นับแต่เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชน และผลการเจรจา และได้จัดทำร่างสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนแล้วเสร็จ ให้คณะกรรมการคัดเลือกดำเนินการ ดังต่อไปนี้ คือ นำผลการคัดเลือกเอกชน ประเด็นที่เจรจาท่องเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้องเสนอสำนักงาน โดยให้สำนักงานเสนอความเห็นเกี่ยวกับผลการคัดเลือกเอกชนและภาวะการเงินการคลังภาครัฐ และส่งความเห็นและเอกสารที่เกี่ยวข้องต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดภายในสี่สิบห้าวันนับแต่ วันที่ได้รับผลการคัดเลือกเอกชนจากคณะกรรมการคัดเลือก และส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุน ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา โดยให้สำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการให้แล้วเสร็จและเสนอร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ตรวจพิจารณาแล้ว ต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน⁶⁹

เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดได้รับความเห็นและเอกสาร พร้อมกับร่างสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้พิจารณาเสนอความเห็นประกอบเรื่องทั้งหมดแล้วนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาภายในสามสิบวัน⁷⁰ และเมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชน ภาวะการเงินการคลังของภาครัฐร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด ตลอดจนความเห็นของรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแล้ว หากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยให้ส่งเรื่องคืน รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อแจ้งคณะกรรมการคัดเลือกพิจารณาทบทวน แล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจขาด ทั้งนี้ เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบผลการ

⁶⁷ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 35.

⁶⁸ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 36.

⁶⁹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 40.

⁷⁰ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 41.

คัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุนต่อไป⁷¹

3.2.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นศาลอีกทางหนึ่ง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้⁷² โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. คำนิยาม⁷³

“คณะอนุญาโตตุลาการ” หมายความว่า อนุญาโตตุลาการคนเดียว หรืออนุญาโตตุลาการหลายคน

“ศาล” หมายความว่า องค์กรหรือสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่มีอำนาจตุลาการตาม กฎหมายของประเทศซึ่งเป็นที่ตั้งของศาลนั้น

2. สัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับ ข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่ง ในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อ

⁷¹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 42.

⁷² หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.

⁷³ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 5.

เรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ ปฏิเสธให้ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว⁷⁴

ความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการและการตั้งอนุญาโตตุลาการย่อมไม่เสียไปแม้ในภายหลังคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือสิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคล ถูกพิทักษ์ทรัพย์ เต็ดขาดหรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ⁷⁵ เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้นย่อมผูกพันผู้รับโอนด้วย⁷⁶

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญาคู่สัญญา ฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการ นั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย และในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจเริ่มดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนการ พิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้⁷⁷

3. ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทาง ปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา⁷⁸

4. คณะอนุญาโตตุลาการ

ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่ ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ และในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว⁷⁹

⁷⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11.

⁷⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 12.

⁷⁶ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 13.

⁷⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14.

⁷⁸ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15.

⁷⁹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 17.

อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่า นั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้าวันแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น⁸⁰

การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงเมื่อตาย ในกรณีที่บุคคลซึ่งจะได้รับหรือได้รับการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่ว่าโดยไม่ยินยอมรับการตั้ง ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น ให้การเป็นอนุญาโตตุลาการของผู้นั้นสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาโตตุลาการผู้นั้นขอถอนตัว หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการได้⁸¹

5. ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

อนุญาโตตุลาการผู้ใด เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด สำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยมีขอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁸⁰ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19.

⁸¹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21.

ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่นุญาโตตุลาการ เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำการใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁸²

6. อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็น โฆษะหรือไม่ สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ⁸³

7. วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย และเพื่อประโยชน์ในการนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม⁸⁴

คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่ โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่พิพาท และในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดสถานที่อื่นใดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้เพื่อดำเนินการปรึกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคลผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใด ๆ ก็ได้⁸⁵

⁸² พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23.

⁸³ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 24.

⁸⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 25.

⁸⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 26.

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดว่าจะสืบพยานหรือฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ หรือจะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยรับฟังเพียงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นใดก็ได้ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการสืบพยานในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาในช่วงใด ๆ ตามที่เห็นสมควร ถ้าได้รับคำร้องขอจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ในกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงไม่ให้มีการสืบพยานด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ และให้คณะอนุญาโตตุลาการแจ้งกำหนดนัดสืบพยานและนัดพิจารณาเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่ หรือเอกสารอย่างอื่นให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าเป็นเวลาพอสมควร⁸⁶

8. คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร นำมาปรับใช้ การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหาก เป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย⁸⁷

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาด คำสั่ง และคำวินิจฉัยในเรื่องใด ๆ ของคณะอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้าไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ ให้ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำคำชี้ขาด มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเพียงผู้เดียว และให้ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในกระบวนการพิจารณา ถ้าคู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการทุกคนได้ให้อำนาจไว้เช่นนั้น⁸⁸

ในระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่พิพาท ประนีประนอมยอมความกัน ให้คณะอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา หากคู่พิพาทร้องขอ และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลงหรือการ ประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้น ทั้งนี้ คำชี้ขาด

⁸⁶ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 30.

⁸⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34.

⁸⁸ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 35.

ตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความให้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 37 และให้มีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท⁸⁹

คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการ ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากถือว่าเพียงพอแล้ว แต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ ด้วย

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความตามมาตรา 36 หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 46 ทั้งนี้ คำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการและให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นว่านั้น เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว ให้คณะอนุญาโตตุลาการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย⁹⁰

การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดหรือโดยคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาได้ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง ได้คัดค้านการถอนข้อเรียกร้องดังกล่าว และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในการที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น หรือในกรณีที่คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา หรือคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้⁹¹

9. การคัดค้านคำชี้ขาด

การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาดหรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม

⁸⁹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 36.

⁹⁰ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 37.

⁹¹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 38.

นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการ ได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว ทั้งนี้ ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้⁹²

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบ ถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ เพราะเหตุประการอื่น หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้ หรือองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้ เป็นอย่างอื่นองค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

10. การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

ภายใต้บังคับมาตรา 41 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้ เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น⁹³

⁹² พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40.

⁹³ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41.

ทั้งนี้ ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่⁹⁴

- (1) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
 - (2) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน
 - (3) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ
 - (4) ผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งพิจารณาคดีนั้นได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา
 - (5) เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท
- การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี

3.2.3 พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ฉบับนี้ ถูกตราขึ้นมาและประกาศใช้ เพื่อส่งเสริมให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาล อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล สมควรให้มีองค์กรที่มีความอิสระคล่องตัวสูงในการบริหารจัดการ มีบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ในการดำเนินการส่งเสริมและพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งดำเนินกิจการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1. การจัดตั้ง วัตถุประสงค์ และอำนาจหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้มีการจัดตั้งสถาบันขึ้น เรียกว่า “สถาบันอนุญาโตตุลาการ” โดยให้มีสถานะเป็นนิติบุคคล⁹⁵ มีสำนักงานใหญ่อยู่ในกรุงเทพมหานครหรือจังหวัดใกล้เคียง⁹⁶ และกำหนดให้สถาบันดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ ดำเนินกิจการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ และส่งเสริมและเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง⁹⁷

⁹⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 45.

⁹⁵ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 5.

⁹⁶ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 6.

⁹⁷ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 7.

นอกจากนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว พระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดให้สถาบัน อนุญาติตตูลการมีอำนาจกระทำการ ดังต่อไปนี้ คือ ถือกรรมสิทธิ์ มีสิทธิครอบครอง และมี ทรัพย์สินต่าง ๆ ก่อตั้งสิทธิ หรือทำนิติกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งในและนอกราชอาณาจักร ว่าจ้างหรือมอบให้บุคคลทำกิจการที่อยู่ภายในอำนาจหน้าที่ของสถาบัน กู้ยืมเงินเพื่อประโยชน์ ในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์เรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าตอบแทน หรือค่าบริการ ในการดำเนินการของสถาบัน และปฏิบัติการอื่นตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เป็นอำนาจ หน้าที่ของสถาบันหรือตามที่คณะกรรมการมอบหมาย⁹⁸

2. การบริหารและการดำเนินกิจการ

ในการบริหารและการดำเนินกิจการของสถาบัน ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการสถาบันอนุญาติตตูลการ” ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงยุติธรรมเป็นประธาน กรรมการ อัยการสูงสุด เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ประธานสมาคมธนาคารไทย นายกสภาทนายความ นายกสภาวิศวกร และนายกสภาสถาปนิกเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวน 5 คน เป็นกรรมการ ให้ผู้อำนวยการเป็นกรรมการและเลขานุการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง ให้แต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความรู้ความสามารถหรือ ประสบการณ์ด้านเศรษฐกิจ พาณิชย อุตสาหกรรม กฎหมาย หรืออนุญาติตตูลการ ทั้งนี้ จะต้องเป็น ผู้แทนจากภาคเอกชนไม่น้อยกว่า 3 คน⁹⁹

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ คือ มีสัญชาติไทย มีอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปีบริบูรณ์ และต้องไม่เกิน 70 ปีบริบูรณ์ ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด ให้จำคุก เว้นแต่โทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ และไม่เป็น ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น กรรมการหรือผู้ดำรง ตำแหน่งซึ่งรับผิดชอบการบริหารพรรคการเมือง ที่ปรึกษาพรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่พรรค การเมือง¹⁰⁰ ทั้งนี้ ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี กรรมการซึ่งพ้นจาก ตำแหน่งตามวาระอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้ และหากครบกำหนดตามวาระแล้วยังมิได้มีการแต่งตั้ง กรรมการขึ้นใหม่ ให้กรรมการซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระนั้นปฏิบัติหน้าที่ไปพลางก่อนจนกว่า

⁹⁸ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาติตตูลการ พ.ศ. 2550 มาตรา 8.

⁹⁹ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาติตตูลการ พ.ศ. 2550 มาตรา 12.

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาติตตูลการ พ.ศ. 2550 มาตรา 13.

จะมีการแต่งตั้งกรรมการขึ้นใหม่¹⁰¹ ซึ่งนอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระแล้ว กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอาจพ้นจากตำแหน่งเมื่อ ตาย ลาออก คณะรัฐมนตรีให้ออกเพราะบกพร่องต่อหน้าที่ มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือหย่อนความสามารถ หรือขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนด¹⁰²

ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ คณะรัฐมนตรีอาจแต่งตั้งผู้อื่นเป็นกรรมการแทนได้ และให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทนอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการซึ่งตนแทน¹⁰³

การประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม ในการประชุมคณะกรรมการ ถ้าประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ให้กรรมการที่มาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุมการวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด¹⁰⁴

คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินงานของสถาบันและโดยเฉพาะให้มีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้ คือ กำหนดนโยบายการบริหารงานของสถาบัน กำหนดมาตรการหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับรายได้และรายจ่าย อนุมัติแผนการเงินและงบประมาณประจำปีของสถาบัน กำหนดกรอบอัตรากำลัง ระยะเวลาจ้าง อัตรารายเดือน ค่าจ้างและเงินเดือนพนักงานและลูกจ้าง ออกข้อบังคับว่าด้วยการระดมซื้อพิพาทและอนุญาตตุลาการออกข้อบังคับว่าด้วยคุณธรรม จริยธรรม และมรรยาทของอนุญาตตุลาการเพื่อส่งเสริมความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ ออกข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการควบคุมดูแลการดำเนินงานและการบริหารทั่วไปของสถาบันในเรื่องต่อไปนี้¹⁰⁵

(ก) การบริหารงานทั่วไปของสถาบัน การจัดแบ่งส่วนงานของสถาบัน และขอบเขตหน้าที่ของส่วนงานดังกล่าว

(ข) การจ้างและการบริหารงานบุคคลของสถาบัน

¹⁰¹ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 14.

¹⁰² พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 15.

¹⁰³ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 16.

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 17.

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 18.

(ค) การสรรหา คัดเลือก แต่งตั้งและถอดถอนผู้อำนวยการ การปฏิบัติงานของผู้อำนวยการและการมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติงานแทน

(ง) การจัดสวัสดิการหรือสิทธิประโยชน์อื่นแก่พนักงานและลูกจ้างของสถาบัน

(จ) การกำหนดค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าตอบแทน ค่าบริการและรายได้ที่สถาบันได้รับตามมาตรา 9 (4) และ (5)

(ฉ) การบริหารและจัดการการเงิน การพัสดุและทรัพย์สินของสถาบัน รวมทั้งการบัญชีและการจำหน่ายทรัพย์สินจากบัญชีเป็นสูญ ทั้งนี้ ระเบียบเกี่ยวกับการจำหน่ายทรัพย์สินจากบัญชีเป็นสูญต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด

นอกจากนี้ในการบริหารสถาบันอนุญาโตตุลาการ ให้สถาบันมีผู้อำนวยการคนหนึ่งเป็นผู้บริหารกิจการของสถาบันภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งบุคคลที่เหมาะสม สามารถทำงานให้แก่สถาบันได้เต็มเวลา และมีความรู้ความเชี่ยวชาญอันจะยังประโยชน์ให้เกิดแก่สถาบัน เป็นผู้อำนวยการ¹⁰⁶ โดยผู้อำนวยการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ คือ มีสัญชาติไทย มีอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปีบริบูรณ์ และต้องไม่เกิน 65 ปีบริบูรณ์ มีความรู้ความสามารถ และประสบการณ์เหมาะสมกับกิจการของสถาบัน และไม่มีลักษณะต้องห้ามอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 13 (3) (4) หรือ (5)¹⁰⁷ ให้ผู้อำนวยการมีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี และอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้ แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกิน 2 วาระไม่ได้¹⁰⁸ ซึ่งนอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระแล้ว ผู้อำนวยการอาจพ้นจากตำแหน่งเมื่อ ตาย ลาออก คณะกรรมการให้ออกเพราะบกพร่องต่อหน้าที่ มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือหย่อนความสามารถ หรือขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 22 อีกด้วย

ผู้อำนวยการ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ คือ บริหารงานของสถาบันตามกฎหมาย ข้อบังคับ ระเบียบ และมติของคณะกรรมการ บังคับบัญชาพนักงานและลูกจ้างของสถาบัน บรรจุ แต่งตั้ง เลื่อน ลด ตัดเงินเดือนหรือค่าจ้าง ลงโทษทางวินัยพนักงานและลูกจ้างตลอดจนให้พนักงานหรือลูกจ้างออกจากตำแหน่ง ทั้งนี้ ตามข้อบังคับที่คณะกรรมการกำหนด และมีอำนาจวางระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของสถาบัน โดยไม่ขัดหรือแย้งกับข้อบังคับ ระเบียบ หรือมติของคณะกรรมการ¹⁰⁹

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 21.

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 22.

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 23.

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 25.

3. การกำกับดูแลสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ในการกำกับดูแลสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น ให้ผู้อำนวยการเสนอร่างข้อบังคับหรือระเบียบตามมาตรา 18 (5) (6) และ (7) ต่อรัฐมนตรีโดยไม่ชักช้า รัฐมนตรีอาจยับยั้งร่างข้อบังคับหรือระเบียบนั้นได้พร้อมทั้งแสดงเหตุผลโดยชัดแจ้ง ในกรณีที่มิได้มีการยับยั้งภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างข้อบังคับหรือระเบียบที่ผู้อำนวยการเสนอ ให้ดำเนินการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาต่อไปได้¹¹⁰

ถ้ารัฐมนตรียับยั้งร่างข้อบังคับหรือระเบียบใด ให้คณะกรรมการประชุมพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง โดยพิจารณาเหตุผลของรัฐมนตรีประกอบด้วย ในการประชุมนั้น ถ้ามีเสียงยืนยันไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการที่มีอยู่ ให้ดำเนินการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาต่อไปได้¹¹¹

3.2.4 มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

1. มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน¹¹²

จากการศึกษามติคณะรัฐมนตรีฉบับดังกล่าว พบว่า ได้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนไว้ ดังนี้

1) สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

2) สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น

3) ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา

¹¹⁰ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 30.

¹¹¹ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 มาตรา 31.

¹¹² หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0504/ว 108 ลงวันที่ 6 พฤษภาคม 2547.

2. มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน¹¹³

ตามมติคณะรัฐมนตรีฉบับนี้ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนไว้ว่า ปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะ โครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตโดยตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการอนุญาตโดยตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดเชยค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงเห็นควรให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 ในส่วนของข้อ 1 จากเดิมว่า “สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” เป็น “1. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

3. มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน¹¹⁴

ตามมติคณะรัฐมนตรีฉบับนี้ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนไว้ว่า เห็นควรให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ในส่วนของข้อ 1 จากเดิมว่า “1. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” เป็น “สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีดังต่อไปนี้

¹¹³ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สุด ที่ นร 0506/ว 155 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2552.

¹¹⁴ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว 228 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558.

(1) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

(2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

สำหรับสัญญาใดที่ส่วนราชการต้องเสนอคณะรัฐมนตรีตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2558 และสัญญามีข้อระบุให้ให้อนุญาตตุลาการโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ สัญญานั้นยังคงต้องเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วย

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และแนวทางการแก้ไขปัญหา

ในบทนี้ เป็นการวิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 โดยมีประเด็นปัญหาทางกฎหมาย 3 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง คือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประการที่สอง คือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาททางเลือกของสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และ ประการสุดท้าย คือ มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ คือ การตกลงยุติข้อพิพาทโดยการตัดสินใจของคนคนหนึ่งหรือมากกว่า ที่ไม่ใช่การตัดสินของศาลปกติโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น โดยอนุญาโตตุลาการจะประกอบด้วยบุคคลภายนอกที่คู่กรณีเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะเลือกบุคคลที่เห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องนำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีความ

เที่ยงธรรมในการทำหน้าที่ และเพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปโดยรวดเร็วตรงตามเป็นจริง และถูกต้องตามหลักวิชาการ ทางปฏิบัติ และปกติประเพณีในเรื่องนั้น และเมื่ออนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดประการใดแล้ว ย่อมมีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที หากไม่ปฏิบัติตามคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป

สำหรับเหตุที่การอนุญาตตุลาการได้รับความนิยมนำใช้ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ เพราะมีข้อดีหรือประโยชน์ คือ รวดเร็วและมีประสิทธิภาพเนื่องจากคู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาตตุลาการจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ตนพิพาทได้จึงทำให้การรับฟังพยานหลักฐานและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทสามารถทำได้รวดเร็วและเนื่องจากการอนุญาตตุลาการมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัด ไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากและเมื่ออนุญาตตุลาการตัดสินไปแล้วข้อพิพาทยุติ ไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ จึงทำให้การระงับข้อพิพาทรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ และเป็นการรักษาชื่อเสียง ความลับของคู่กรณีเนื่องจากกระบวนการอนุญาตตุลาการกระทำการลับไม่ให้นักภายนอกเข้ารับฟังการพิจารณา จึงทำให้สามารถรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับต่าง ๆ เช่น ความลับทางธุรกิจของคู่กรณีพิพาทได้ รวมถึงรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีพิพาทได้ การที่กระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไม่เคร่งครัดและไม่เคร่งเครียด ไม่มีลักษณะการต่อสู้แบบในศาลจึงทำให้คู่กรณีซึ่งจำต้องติดต่อหรือมีความสัมพันธ์ เช่น ต้องค้าขายกันต่อไปหลังการพิพาทกันยังคงรักษาความสัมพันธ์ต่อกันได้ดีกว่า การฟ้องคดีต่อศาล ตลอดจนเหมาะสมสำหรับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อนการที่คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่เป็นอนุญาตตุลาการได้ และถ้าคู่กรณีเลือกอนุญาตตุลาการจากบุคคลที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทกัน โดยเฉพาะในกรณีข้อพิพาทยุ่งยากและสลับซับซ้อนก็จะทำให้การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทน่าจะทำได้ดี รวดเร็ว และเหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

จากการศึกษา พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พบว่า ร่างสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด¹ ดังต่อไปนี้

- (1) ระยะเวลาของโครงการ
- (2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ
- (3) อัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ

¹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 34.

(4) การเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง

(5) สินทรัพย์ของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการ

(6) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน

(7) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา และการชำระค่าเสียหาย

(8) การค้ำประกัน การประกันภัยและการชดใช้ค่าเสียหาย

(9) การระงับข้อพิพาท

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการ² หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ และสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาไว้แต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมายโทรสาร โทรเลขโทรพิมพ์การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามิใช่สัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว สำหรับสัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการโดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักให้ถือว่ามิใช่สัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

นอกจากนี้ จากการศึกษาทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ทฤษฎีการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็น การอนุญาโตตุลาการในศาล และการอนุญาโตตุลาการนอกศาล การอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นกรณีที่ได้มีการนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลชั้นต้นและคดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลแล้ว แต่คู่กรณีต่างเห็นพ้องและตกลงกันเสนอข้อพิพาทเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือทั้งหมดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด โดยการยื่นคำร้องขอต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายจะอนุญาตให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น ซึ่งในการตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกัน ภายใต้การควบคุมและช่วยเหลือของศาล ส่วนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีประสงค์จะเสนอข้อพิพาท

² พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11.

ให้อนุญาตตุลาการ ซึ่งขาดโดยไม่ประสงค์จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันได้ไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดหรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วโดยแยกออกเป็น

(1) การอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือการอนุญาตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration) เป็นคู่กรณีตกลงจะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการกันเอง ตั้งแต่การตั้งอนุญาตตุลาการ การกำหนดกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้เหมาะสมกับข้อพิพาท แต่หากคู่กรณีมิได้ตกลงกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไว้หรือกำหนดวิธีพิจารณาไว้แต่บางเรื่องไม่อยู่ในความตกลงเป็นดุลพินิจของอนุญาตตุลาการที่จะดำเนินการ แต่ต้องให้ความยุติธรรมและโอกาสแก่คู่กรณีในการเข้าร่วมพิจารณา

(2) การอนุญาตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาตตุลาการ (Institutional Arbitration) เป็นกรณีที่คู่กรณีประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยใช้บริการสถาบันอนุญาตตุลาการ ซึ่งสถาบันอนุญาตตุลาการแต่ละแห่งจะมีรายชื่อบุคคลที่มีความรู้ความสามารถทางด้านต่าง ๆ และยินดีทำหน้าที่อนุญาตตุลาการไว้ให้คู่กรณีเลือก รวมทั้งมีข้อบังคับให้คู่กรณีเลือกใช้กับการอนุญาตตุลาการของตน นอกจากนี้ ยังมีเจ้าหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีที่ใช้บริการ เพื่อให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดี

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทย มีความจำเป็นในการร่วมลงทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะให้ด้านต่าง ๆ เช่น โครงสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ เป็นต้น เนื่องจากรัฐอาจไม่มีแหล่งเงินทุน หรือเทคโนโลยีเพียงพอต่อการสร้างระบบสาธารณูปโภคดังกล่าว โดยโครงการต่าง ๆ ในลักษณะนี้มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดทำไว้แก่ประชาชนเพื่อสนองความต้องการของประชาชน โดยการร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าวนี้ กฎหมาย คือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดรายละเอียดของการร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน รวมถึงได้กำหนดเนื้อหาและข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนไว้ตามกฎหมาย โดยผ่านการพิจารณาตามขั้นตอนของกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติสัญญาร่วมลงทุนจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการเป็นส่วนใหญ่ เพราะวิธีการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในสากลของนานาชาติประเทศ รวมถึงในประเทศไทยยังมีกฎหมายรองรับ ตลอดจนยังสะดวกต่อการระงับข้อพิพาทในขณะดำเนินงานตามสัญญาก่อนมีการฟ้องร้องคดีในชั้นศาลแต่ในทางกลับกันสัญญาร่วมลงทุนส่วนใหญ่ถึงแม้จะมีการกำหนดการระงับข้อพิพาททางเลือกตามที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อพิจารณาวิธีหรือหลักเกณฑ์ก่อนมีการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทตามสัญญา พบว่า ในประเทศไทยมิได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน อีกทั้ง รัฐบาลไทยยังไม่ให้ความสำคัญกับวิธีอนุญาตตุลาการ

เนื่องจากกลัวว่ารัฐจะเสียเปรียบเอกชนหากมีข้อพิพาทในสัญญา จากเหตุผลนี้ทำให้การนำวิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับในสัญญา ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจึงแทบเป็นไปได้ ส่งผลทำให้ในบางกรณีไม่สามารถนำการระงับข้อพิพาททางเลือกที่กำหนดไว้ในสัญญามาใช้บังคับกันตามที่ตกลงกันได้อย่างชัดเจน

นอกจากนี้ หากมีการจะทำร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในประเทศไทย แต่กลับไม่มีการกำหนดมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน จะส่งผลทำให้การร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 รัฐจะต้องรอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเป็นครั้ง ๆ ไป ซึ่งส่งผลเสียต่อการจัดทำโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ที่ต้องการอาศัยเวลาและจำนวนเงินที่มหาศาลในการก่อสร้าง อีกทั้งยังส่งผลต่อความน่าเชื่อถือในการร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน เพราะผู้ร่วมลงทุนเอกชนส่วนใหญ่ที่มาจากต่างประเทศจะหมดความเชื่อมั่นในการเข้ามาทำธุรกิจกับรัฐบาลไทยอย่างชัดเจน อีกทั้งจากการที่ในประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน ทำให้รัฐบาลไทยเองก็ไม่มี หลักเกณฑ์ หรือแนวทางในการกำหนดให้สัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีความสำคัญต่อประชาชนและประเทศ มาเป็นมาตรฐานกลางในการกำหนดแนวทางว่า สัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้อย่างสมบูรณ์

อนึ่งในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในอดีต ทำให้รัฐบาลไทยไม่มีแนวทางในการกำหนด แนวทางหรือหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่าสัญญาใดที่ควรให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้เกิดปัญหาต่าง ๆ เกิดขึ้นตามมามากมาย เพราะการไม่มีแนวทางทำให้บริบทของการกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ไม่สอดคล้องกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาในข้อสัญญาร่วมลงทุนในอดีต ทำให้หน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชนไม่สามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันในการระงับข้อพิพาทได้อย่างแท้จริง มีผลทำให้ข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องส่งต่อให้กระบวนการยุติธรรมในกระแสดังกล่าว คือ ศาล เป็นผู้พิจารณาตัดสินข้อพิพาทในสัญญาร่วมทุน ซึ่งทำให้ในบางกรณีรัฐเป็นผู้เสียเปรียบ หรือในบางกรณีผู้ร่วมลงทุนเอกชนเป็นผู้เสียเปรียบ โดยเหตุการณ์ดังกล่าวจึงเป็น

ผลต่อการพัฒนาการระงับข้อพิพาททางเลือก เพราะทั้งรัฐและผู้ร่วมลงทุนเอกชนต่างก็ไม่ต้องการให้ตนเองเสียเปรียบในการทำสัญญา ซึ่งเหตุปัจจัยทั้งหมดที่เกิดขึ้นเพราะประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุนนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาที่ประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาเอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อให้เป็นแนวปฏิบัติที่เป็นสากลเหมือนกับนานาประเทศนั้น เป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการใช้วิธีระงับข้อพิพาททางเลือก เพื่อเป็นการระงับข้อพิพาทก่อนการฟ้องร้องคดีที่เน้นการบังคับสัญญาให้เกิดความเป็นธรรมในขั้นต้น ดังนั้นการกระทำความผิดจึงไม่สอดคล้องกับหลักการและทฤษฎีทางกฎหมาย ได้แก่ หลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาข้อเท็จจริง โดยการสัมภาษณ์เชิงลึกปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 โดยนิติกรชำนาญการพิเศษสำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง ซึ่งได้ให้ความเห็น ดังต่อไปนี้

ข้อเท็จจริงที่ 1 จากการสัมภาษณ์เชิงลึก นายณัฐวุฒ ไพศาลวัฒนา³ นิติกรชำนาญการพิเศษสำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง ซึ่งได้ให้ความเห็น ดังต่อไปนี้

สำหรับในตอนร่างกฎหมายคณะผู้ร่างกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ หรือวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการ รวมถึงไม่ได้คำนึงถึงประเภทของโครงการที่จะร่างสัญญา และกำหนดวิธีการมากนัก ซึ่งตอนร่างนั้นมุ่งเน้นไปที่ให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนมากขึ้น ตลอดจนในประเทศไทยมีหลักของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับอยู่แล้ว ณ ตอนร่างกฎหมายจะไม่เน้นกระบวนการมากเท่าที่ควร เมื่อบังคับใช้แล้วประกอบกับคณะรัฐมนตรีทำให้ความเป็นจริงไม่ว่าหน่วยงานใดที่อาศัยพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ต้องขอความเห็นชอบ หลักเกณฑ์ กับคณะรัฐมนตรีว่าจะดำเนินการอย่างไร โดยเสนอเป็นโครงการ ๆ ไป เพราะไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ผลของการที่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ นั้น ทำให้ต้องรอ

³ สัมภาษณ์เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2559 เวลา 16.00 น. ที่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง.

คณะรัฐมนตรีพิจารณาอย่างเดียว อีกทั้งกระทรวง หรือกรมต่าง ๆ ก็ต้องรอคณะรัฐมนตรีพิจารณา เพราะเป็นผู้บังคับบัญชา

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า จากการที่ประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาเอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น จึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าสัญญาใดที่ควรให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทำให้การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมาย ได้แก่ หลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ทำให้ประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือรูปแบบในการกำหนดว่าสัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้อย่างสมบูรณ์ ส่งผลทำให้เอกชนขาดความเชื่อมั่นในการเข้ามาร่วมลงทุนทำธุรกิจกับรัฐบาลไทย เกิดผลเสียต่อการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำสาธารณูปโภคให้กับประชาชนเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนระบบสังคม เศรษฐกิจของประเทศไทยไม่ได้รับการพัฒนา

4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นสัญญาในการให้บริการสาธารณะทั้งในด้านพาณิชย์ เช่น การก่อสร้างทางด่วน ท่าเรือ และในด้านสังคม เช่น การก่อสร้างโรงพยาบาล โรงเรียน เป็นต้น ซึ่งภาคเอกชนจะเป็นผู้เป็นผู้ลงทุนในการออกแบบก่อสร้าง บริหาร และการบำรุงรักษาโครงการ โดยภาครัฐจะนำทรัพย์สิน เช่น ที่ดิน เพื่อร่วมลงทุนกับภาคเอกชน หรือจ่ายค่าตอบแทนคืนให้กับเอกชนตามระยะเวลาสัญญา ซึ่งมีจุดเด่น คือ รัฐสามารถกำหนดทิศทางการพัฒนาประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยจัดให้มีแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของภาครัฐ และสามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเป็นระบบครบถ้วน ลดภาระงบประมาณจากการลงทุนซ้ำซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ลดขั้นตอนให้ความกระชับ พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลา

การดำเนินการในแต่ละขั้นตอนที่ชัดเจน และกำหนดกระบวนการที่โปร่งใส ตรวจสอบได้ มีข้อกำหนดสัญญาที่เป็นมาตรฐานสากล สร้างความเชื่อมั่นและเป็นที่ยอมรับของภาคเอกชน

อย่างไรก็ตาม สัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนในกิจการภาครัฐ เป็นการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนด้วยการให้บริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพครอบคลุมทั้งด้าน เศรษฐกิจ การศึกษาและสังคม เกิดประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งการลงทุนของภาครัฐจะดำเนินไปด้วยความโปร่งใส รวดเร็ว และตรงต่อความต้องการของประชาชน รักษาสมดุลของเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่สร้างภาระต่อระบบงบประมาณ โดยภาคเอกชน มีความเชื่อมั่นในการลงทุนภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและเป็นธรรม โดยสัญญาร่วมลงทุนระหว่าง ภาครัฐและภาคเอกชน สร้างสรรค์โอกาสในการลงทุนเพื่อพัฒนาประเทศให้กับทุกภาคส่วน โดยบูรณาการภารกิจสำคัญของประเทศและทิศทางอนาคตที่จะนำพาประเทศก้าวหน้าไปสู่ความ เจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจ และสังคมอย่างยั่งยืน

จากการศึกษา พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พบว่า เมื่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการรัฐ เห็นชอบหลักการ ของโครงการใดหรือเมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำร่างประกาศ เชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการและร่างสัญญาร่วมลงทุนในส่วน ของโครงการที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนต่อไปหน่วยงานเจ้าของโครงการอาจอ้างที่ปรึกษา ซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อจัดทำร่างประกาศ เชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุนร่างขอบเขตของโครงการและร่างสัญญาร่วมลงทุนได้⁴ ร่างสัญญาร่วม ลงทุนดังกล่าวต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศ กำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดของการระงับข้อพิพาท ด้วย⁵

อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ได้กำหนดให้สัญญา ที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และถ้าเป็นกรณีดังต่อไปนี้

- (1) สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ ของรัฐ พ.ศ. 2556 และ
- (2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน

⁴ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 33.

⁵ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 34 (9).

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

นอกจากนี้ จากการศึกษาทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หลักการตรากฎหมายซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

กฎหมายถึง บรรทัดฐานต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นในลักษณะที่เป็นนามธรรมและใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นอำนาจบริหารหรือโดยนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนที่มีอำนาจปกครองตนเอง เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการปกครองของรัฐ แต่ไม่หมายความรวมถึงการตราพระราชกำหนด อาจกล่าวได้ว่า กฎ เป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้บัญญัติ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบอธิบดี หรืออาจเรียกว่าเป็น กฎหมายลำดับรองและกฎหมายขององค์กรบัญญัติ เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบังคับสภานายกความเป็นต้น ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจทางบริหารประเภทที่เป็นอำนาจปกครองโดยบรรดาองค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติกับกฎ จึงอยู่ที่องค์กรที่ตรากฎหมายหรือที่บัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยาม คำว่า “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

จากความหมายของ “กฎ” ตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 จะเห็นได้ว่า กฎหมายทั้งสองฉบับให้นิยามความหมายของกฎโดยยกตัวอย่างชนิดของกฎขึ้นกล่าวกันว่า “...พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น...” นั้น แสดงให้เห็นลักษณะของ กฎ ว่าเป็นกฎหมาย หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชนฝ่ายเดียว กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับของกฎ และในส่วนท้ายที่กล่าวว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการใช้บังคับทั่วไปของกฎ ฉะนั้น กฎ จึงมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะเป็นนามธรรม เพื่อให้ใช้บังคับครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก

ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้อธิบายลักษณะของกฎไว้ว่ามีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

1. บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ เป็นต้น ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการหรืออนุญาตให้กระทำการได้

2. กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการทุกวัน สิ้นเดือน เช่น ห้ามสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์ ได้อธิบายแบ่งแยกประเภทของกฎไว้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1. กฎโดยสภาพ

กฎโดยสภาพ เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า ถ้าข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นตรงตามที่กำหนดแล้ว ก็จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นตามที่กฎได้กำหนดไว้ เช่น กฎหมายกำหนดว่าอาคารใดมีสภาพชำรุดทรุดโทรมจนอาจเป็นอันตรายแก่บุคคลแล้วอาจถูกสั่งให้รื้อถอน จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้ระบุว่า เป็นอาคารหลังใด แต่ถ้าอาคารหลังใดกลายเป็นสภาพมาตรงกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็จะถูกอยู่ในบังคับทางกฎหมายทำให้อาจถูกสั่งรื้อถอนได้ ดังนั้น ลักษณะของกฎโดยสภาพนี้ จึงเป็นการวางหลักทั่วไป และใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคตถ้าจะเกิดขึ้น แต่หากไม่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นกฎนั้นก็ไม้อาจสร้างผลให้เกิดขึ้นได้เลย กล่าวคือ หากมีที่ใช้ก็จะเกิดผลแต่หากไม่ใช้ก็ไม่มีอะไรเลย ในขณะที่มีกฎจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใด ๆ ก่อนที่เหตุการณ์จะสมบูรณ์ตามกฎ

2. กฎโดยสมมติ

กฎโดยสมมติ โดยสภาพจะไม่เป็นกฎตามทฤษฎี แต่ถือกันว่าเป็นกฎเพื่อให้เกิดผลในกฎหมายที่ให้องค์กรทางปกครองสามารถออกกฎได้ ซึ่งกฎประเภทนี้จะมีผลใช้บังคับในทันทีที่กฎออก โดยอาจใช้กับข้อเท็จจริงในปัจจุบันหรือย้อนหลังลงไปก็ได้ กรณีนี้เป็นผลทางกฎหมายที่มีสภาพแน่นอนแล้ว เช่น ออกกฎกระทรวงโดยกำหนดบทบาทเฉพาะกาลให้ผู้ได้รับอนุญาตอยู่แล้ว โดยใบอนุญาตแบบเก่ามีสิทธิได้ใบอนุญาตแบบใหม่ ซึ่งย่อมมีผลทันทีที่กฎกระทรวงมีผลอันเป็นเรื่องแน่นอนเฉพาะกรณี หรือการออกพระราชกฤษฎีกายกเว้นภาษีเงินได้แก่การบริจาคแก่สถาบันการกุศลบางแห่ง ซึ่งถ้าโดยข้อเท็จจริงมีการชักชวนให้ร่วมบริจาคกันไปแล้ว การออกกฎหมายให้ประโยชน์โดยยกเว้นไม่เก็บภาษีย้อนหลังไปถึงวันบริจาคทำให้ไม่ต้องนำมาคำนวณเป็นภาษีเงินได้ตอนสิ้นปีก็เป็นกฎอย่างหนึ่งแต่มีผลเฉพาะทางกฎหมายเป็นที่แน่นอนแล้ว

นอกจากนี้ กฎจะต้องมีการประกาศเสมอ เพราะกฎจะใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งข้อเท็จจริงจะเกิดแก่ผู้ใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักความเป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า บุคคลจะได้เตรียมตัวที่จะปฏิบัติตามกฎหรือไม่ฝ่าฝืนกฎ เมื่อกฎโดยสภาพต้องประกาศ แต่โดยที่การใช้ต้องสัมพันธ์กัน กฎโดยสมมติจึงต้องประกาศด้วย เพราะต้องใช้คู่กัน จะได้ทราบว่าเป็นบทบัญญัติใดเป็นหลักเกณฑ์และบทบัญญัติโดยยกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติใด

ทั้งนี้ เป็นที่เข้าใจตรงกันว่า การบัญญัติกฎหมายเป็นเรื่องของรัฐสภา แต่ในทางความเป็นจริงนอกจากการออกกฎหมายของรัฐสภาแล้ว ยังมีกฎหมายลำดับรองจำนวนมากที่ออกโดยองค์กรทางปกครอง ซึ่งมีเนื้อหาสาระในการบังคับใช้กฎหมายมากกว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา นอกจากนี้ ยังมีการมอบอำนาจให้องค์กรอื่นออกกฎหมายลำดับรองได้ด้วย เช่น การให้อำนาจประธานศาลฎีกาออกข้อกำหนดโดยความเห็นชอบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไต่ถามข้อเท็จจริงของศาล การแต่งตั้งผู้ประνομ รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม ฯลฯ

หลักเกณฑ์ในการตรากฎ

การตรากฎอันเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารผู้ใช้อำนาจบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นที่มาของกฎหมายปกครองและมีผลใช้บังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไป แต่กฎหมายที่ออกจะต้องมีฐานะต่ำกว่าบทกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล ทั้งนี้ ในการจำกัดขอบเขตของฝ่ายบริหารในการออกบทบัญญัติวางระเบียบบังคับประชาชนนั้น ไม่มีบทกฎหมายใดกำหนดไว้อย่างแน่ชัด กล่าวคือ ไม่มีการกำหนดไว้ว่าในกรณีใดบ้างที่เป็นอำนาจฝ่ายบริหาร ทั้งยังไม่มีหลักทั่วไปบัญญัติไว้ในกฎหมายใด ๆ เพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องนี้โดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีบทกฎหมายกำหนดขอบเขตของฝ่ายบริหารในการตราบทบัญญัติวางระเบียบบังคับประชาชนอย่างแน่ชัด ก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายบริหารจะออกบทกฎหมายได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด ขอบเขตแห่งอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องนี้ย่อมมีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไปเนื่องจากสภาพของอำนาจบริหารนั่นเอง ซึ่งการตรากฎนั้นโดยทั่วไปแล้วมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1. ข้อจำกัดในการออกกฎ

กฎที่เป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้น ตามหลักทั่วไปกฎจะมีบทกำหนดโทษหรือเรียกเก็บภาษีอากรไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบของสภานิติบัญญัติก่อน กรณีบทบัญญัติที่ออกมาเพื่อกำหนดรายละเอียดตามพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บทก็ย่อมจะถูกจำกัดขอบเขตอำนาจโดยพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทนั้น กล่าวคือ จะมีข้อความขัดแย้งหรือมีเนื้อหาเกินกว่าอำนาจที่พระราชบัญญัตินั้นกำหนดไว้ไม่ได้ เพราะบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารเป็นบทบัญญัติ

ที่ออกมาเพื่อความสะดวกในการใช้พระราชบัญญัติเท่านั้น และถือว่าเป็นบทบัญญัติอุปกรณ์ของบทบัญญัติที่เป็นพระราชบัญญัติ ส่วนกฎที่ออกมาเพื่อวางระเบียบโดยไม่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทใดก็จะวางระเบียบในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ ฉะนั้น การออกกฎจะต้องอ้างอิงกฎหมายแม่บทเสมอทุกกรณีหรืออาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทในการตราเสมอ

แต่อย่างไรก็ตาม การออกกฎที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรับรองไว้ระบบกฎหมายไทยกำหนดบังคับให้องค์กรที่ตรากฎจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎนั้นด้วย การระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎดังกล่าวนี้ ถือเป็นแบบของการออกกฎ ดังนั้น การตรากฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ไม่อ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจย่อมทำให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2. ฐานแห่งอำนาจในการออกกฎ

แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับฐานอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไว้ แต่โดยหลักทั่วไปแล้ว ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะมีอำนาจในการออกกฎขึ้นใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ กล่าวคือ ในการออกกฎทุกชนิดจะต้องมีกฎหมายแม่บทระดับพระราชบัญญัติเป็นฐานแห่งอำนาจ โดยกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎนั้นจะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ ตลอดจนขอบเขตแห่งอำนาจในการออกกฎไว้ด้วย เว้นแต่ พระราชกำหนดซึ่งก็เป็นฐานอำนาจของฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น การตรากฎหมายแม่บทมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ โดยเสรีนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดต่อหลักนิติรัฐ (หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง) และขัดต่อหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา (ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับเอง)

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญา แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องใช้รูปแบบใด ซึ่งในทางปฏิบัติทั่วไปถือเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ ส่งผลให้ประเทศไทยสามารถบังคับใช้ได้เต็มที่ประสิทธิภาพ ในทางกลับกันมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ได้กำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และถ้าเป็นกรณีที่สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชน

ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหา หรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลทำให้เกิด ความล่าช้าในการทำสัญญา และไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้ เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐด้วย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหา ที่ไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชน เข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แต่เนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีเป็นการสร้างขั้นตอนและรูปแบบ ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะไม่ให้รัฐเสียเปรียบ โดยกำหนดว่าหากมีความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ในการกำหนดการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอนุญาตตุลาการได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณา อนุมัติเป็นราย ๆ ไป ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างขั้นตอน วิธีการ และรูปแบบที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะในทางปฏิบัติจะใช้การระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาตตุลาการเท่านั้น เพราะมี พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2550 รับรองและคุ้มครอง และยังมีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น ๆ

อนึ่ง เมื่อพิจารณาสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว จะเห็นได้ว่าไม่มี สถานะเป็นกฎหมาย เพราะเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่มีการกล่าวอ้างถึงกฎหมาย แม่บทหรือพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง อีกทั้งกฎหมายลำดับรอง จึงไม่อาจกำหนดสิทธิหน้าที่ความผิดและโทษขึ้นใหม่ได้เอง รวมไปถึงกระบวนการที่ไม่มี อำนาจเนื่องจากไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ ทำให้ขัดหรือแย้งกับกระบวนการตราฎ และยังมี ผลกระทบถึงการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในเรื่องของการกำหนดรูปแบบของการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของ รัฐ ทำให้ขัดต่อวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ ของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่งผลให้มติคณะรัฐมนตรีฉบับดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย และไม่สามารถ นำมาใช้บังคับได้

อย่างไรก็ตาม การที่มติคณะรัฐมนตรีไปกำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับ เอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และถ้าเป็นกรณีที่สัญญา ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และสัญญา สัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาท

ให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดนั้น ส่งผลต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ทำให้การที่เอกชนที่จะทำสัญญาเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเกิดความล่าช้าในการทำสัญญา เพราะต้องรอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเป็นราย ๆ ไป และยังกระทบต่อประชาชนที่จะได้รับการบริการสาธารณะที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐในการสร้างสาธารณูปโภคด้านต่าง ๆ ตลอดจนส่งผลทำให้การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการตรากฎ

จากการศึกษาข้อเท็จจริงพบว่า เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาททางเลือกของสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังต่อไปนี้

ข้อเท็จจริงที่ 1 ภาคเอกชนขยายคำสั่งศาลปกครอง 76 คดีมาบตาพุด ขอบทงเลือกผู้ในระบบอนุญาตตุลาการ มาร์ค ยืนยันไม่จำเป็นต้องทำทุกคู่สัญญา ยกตัวอย่างคำร้อง มวยล้มในเวทีอนุญาตตุลาการซ้ำซาก⁶

นายพุทธิพงษ์ ปุณณกันต์ ผู้ช่วยรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี แถลงผลการประชุมคณะกรรมการร่วมภาครัฐและเอกชนเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ (กรอ.) เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552 ว่า ที่ประชุมมีการพิจารณาข้อเสนอภาคเอกชน ที่ขอทบทวนมติคณะรัฐมนตรี (ครม.) เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่องการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่กำหนดว่าหน่วยงานรัฐไม่ควรผูกมัดกับการแก้ไขปัญหาด้วยการใช้วิธีการอนุญาตตุลาการชี้ขาดกับเอกชน ทั้งที่วิธีการอนุญาตตุลาการ เป็นวิธีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในระดับสากล ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความมั่นใจของนักลงทุน เนื่องจากมองว่า มติครม. ที่ออกมา ส่งผลให้การพิจารณาคดีระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชน จะต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเพียงอย่างเดียว

นายพุทธิพงษ์ กล่าวว่า ข้อเสนอของเอกชนที่ยื่นมาให้พิจารณาคั้งนี้ คือ การขอให้รัฐบาลทบทวนมติ ครม. ให้ออกมาในลักษณะที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐ-รัฐวิสาหกิจ สามารถพิจารณาระงับในสัญญากับเอกชนให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทได้ตามความจำเป็นและสมควรต่อสถานการณ์

ข้อเท็จจริงที่ 2 ทบทวนมติ ครม. เดิม เปิดทางเลือกการทำสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนให้เลือกใช้กระบวนการทางศาล หรืออนุญาตตุลาการในการไต่ถามคดี⁷

พล.ต.สรรเสริญ แก้วกำเนิด รองโฆษกประจำสำนักนายกรัฐมนตรี เปิดเผยว่า ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเห็นชอบแก้ไขมติ ครม. เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทาน

⁶ ประชาชาติธุรกิจออนไลน์ เข้าถึงได้จาก <http://www.prachachat.net/>

⁷ ครม. เปิดทางเลือกเอกชนร่วมทำสัญญา เข้าถึงได้จาก <http://www.dailynews.co.th/economic>.

กับรัฐ ได้ตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการแล้ว เพราะมติเดิมยังทำให้เกิดการตีความว่ารัฐบาลไม่สนับสนุนการใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท และส่งผลให้เกิดทัศนคติเชิงลบต่อการใช้อุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาททั้งในและต่างประเทศ รวมถึงผลการกระทบเชิงลบต่อบรรยากาศการลงทุน ตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุน

ทั้งนี้ สารสำคัญของการแก้ไขเรื่องดังกล่าว จะแก้ไขให้สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน โดยหน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายไปเพื่อให้ลดขั้นตอนการดำเนินการในการตัดสินข้อพิพาท กรณีที่เป็นสัญญาบางประเภท

ขณะเดียวกัน ยังให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นนอกจากศาลหรืออนุญาตตุลาการ เพื่อเป็นทางเลือกให้แก่คู่พิพาท เช่น การไกล่เกลี่ย พร้อมกันนี้ให้รับข้อสังเกตของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่ว่าปัจจุบันยังมีสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชนบางประเภทที่คู่สัญญากำหนดเงื่อนไขให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท สัญญา เนื่องจากเป็นไปตามหลักสากล

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นการสร้างหลักเกณฑ์วิธีการ และขั้นตอนที่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ให้รัฐเสียเปรียบ และทำให้บริษัทเอกชนที่จะร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเกิดความล่าช้าในการทำสัญญาและไม่มีความเชื่อมั่นในการกำหนดรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาที่เป็นสากล เพราะมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวกำหนดว่าสัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป การกระทำดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับหลักการตรากฎ ส่งผลทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาททางเลือกของสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้การทำสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องมีรายละเอียดในเรื่องการกำหนดการระงับข้อพิพาทซึ่งโดยทั่วไปจะใช้การระงับข้อพิพาทรูปแบบการอนุญาตตุลาการ แต่ในทางกลับกันเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้

ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลกระทบทำให้เกิดผลเสียต่อการที่เอกชนจะร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และกระทบถึงการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้เจริญก้าวหน้าในด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ เพื่อให้ตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนส่งผลเสียต่อการดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนภายในประเทศในการได้รับบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคจากรัฐ นั้นเอง

4.3 มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

การอนุญาโตตุลาการ เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่ง โดยคู่กรณีตกลงกันไว้ด้วยการทำเป็นสัญญาเรียกว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ มีใจความเป็นการเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการไว้ในคราวนั้นด้วย ด้วยเหตุนี้ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเกิดขึ้นด้วยความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว ส่วนการมอบอำนาจเช่นว่าอาจกระทำกันโดยตกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเลยหรือในสัญญาอื่น ๆ ต่างหาก เช่น สัญญาที่คู่สัญญานั้นตกลงทำขึ้นเพื่อกิจการระหว่างกันและจะถือว่าข้อสัญญาต่างหากนี้นับเข้าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเช่นกัน อีกทั้งการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการยังช่วยลดปริมาณคดีที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลที่มีอยู่เป็นจำนวนมากช่วยประหยัดเวลาและงบประมาณ โดยสามารถนำมาใช้ได้ทั้งก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาล

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการนั้น หากอนุญาโตตุลาการไม่กระทำหน้าที่หรือกระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง ทุจริตหรือไม่เอาใจใส่และทำให้คู่กรณีต้องเสียหาย อนุญาโตตุลาการก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีผู้ต้องเสียหายเพราะการกระทำของอนุญาโตตุลาการนั้นด้วย ซึ่งหลักประกันในรูปแบบของการประกันภัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการก่อนมีการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น โดยหลักประกันดังกล่าวจะเป็นหลักประกันในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่กระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง ทุจริตหรือไม่เอาใจใส่และกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย ดังนั้น การกำหนดหลักประกันในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้คู่กรณีผู้เสียหายได้รับการเยียวยา ตลอดจนเพื่อให้อนุญาโตตุลาการจะไม่กระทำผิด แต่จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่นั้น และหลักประกันดังกล่าวทั้ง

การกำหนดหลักประกันเรื่องความรับผิดชอบแพ่งและทางอาญา ยังเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะสร้างความมั่นใจให้กับคู่สัญญาว่าตามกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการคณะนั้น ๆ จะสามารถสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นกับคู่พิพาทจากสัญญาได้ตามเจตนารมณ์ของสัญญาและตามหลักการของกระบวนการยุติธรรมที่กฎหมายกำหนดได้อย่างแท้จริง

จากการศึกษา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 พบว่า มีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการเว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหายและอนุญาโตตุลาการผู้ใดเรียกรับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ อีกทั้งผู้ใดให้ขอให้หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาโตตุลาการเพื่อจูงใจให้กระทำการไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำการใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁸

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้จัดตั้งสถาบันขึ้นเรียกว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการและให้เป็นนิติบุคคล โดยมีสำนักงานใหญ่อยู่ในกรุงเทพมหานครหรือจังหวัดใกล้เคียง และให้สถาบันมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

- (1) ส่งเสริมและพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ
- (2) ดำเนินกิจการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ
- (3) ส่งเสริมและเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ จากการศึกษาทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ทฤษฎีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และหลักความรับผิดชอบแพ่งของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

การอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนกว่าการเจรจาต่อรองและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่มีลักษณะหลายประการที่ใกล้เคียงกับการดำเนินคดีในศาล อีกทั้งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น โดยอนุญาโตตุลาการจะประกอบด้วยบุคคลภายนอก

⁸ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23.

ที่คู่กรณีเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะเลือกบุคคลที่เห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องนำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีความเที่ยงธรรมในการทำหน้าที่ และเพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปโดยรวดเร็วตรงตามเป็นจริง และถูกต้องตามหลักวิชาการ ทางปฏิบัติ และปกติประเพณีในเรื่องนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (Arbitral award) ประการใดแล้ว ย่อมมีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที หากไม่ปฏิบัติตามคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป ซึ่งการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกรวดเร็วกว่าการฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาทั่วไป เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตัดสินว่าจะบังคับหรือปฏิเสธ ไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่ามีกรณีใดบ้าง ซึ่งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธการบังคับค่อนข้างมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี

ความรับผิดชอบในทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ มีการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย”

เมื่อความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะจึงไม่นำบทบัญญัติ มาตรา 420 มาใช้ ดังนั้น จะให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบก็ได้แต่เฉพาะเมื่ออนุญาโตตุลาการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น สำหรับกรณีที่มีความประมาทเลินเล่อที่ไม่ร้ายแรงก็จะเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบไม่ได้ เพราะตามกฎหมายปัจจุบันอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบต่คู่กรณีในการกระทำตามหน้าที่ เว้นแต่จงใจกระทำผิดต่คู่กรณีและทำให้คู่กรณีต้องเสียหาย ซึ่งอาจถือได้ว่ากระทำโดยทุจริต หรือเมื่อมีการกระทำที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่ถ้าประมาทเลินเล่อธรรมดาและเล็กน้อยก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะมีหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดให้ต้องมีการประกันความอิสระของอนุญาโตตุลาการจากการที่จะไม่ถูกฟ้องคดีให้รับผิดชอบในทางแพ่ง

การกระทำที่อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบ

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีโดยสัญญา คือ การที่อนุญาโตตุลาการเข้าทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้นก็เพราะมีข้อตกลงระหว่างคู่กรณีกับ

อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเรื่องของสัญญา แต่อีกส่วนหนึ่งก็เป็นเรื่องที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นลักษณะของหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นถ้าจะให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนก็ต้องมีลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาหรือผิดหน้าที่ มีการกระทำที่เป็นการประพฤตินิยมหรือซึ่งมีลักษณะเดียวกันไม่ว่าจะในประเทศใด ๆ หรือระบบใด ๆ ดังนี้

1. การไม่ยอมกระทำหน้าที่

เมื่ออนุญาโตตุลาการยอมรับการแต่งตั้งแล้วก็ต้องทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท หากไม่ยอมทำหน้าที่ของตนก็ถือว่าผิดหน้าที่อันเกิดจากสัญญาระหว่างตนกับคู่กรณี เช่น กรณีดังต่อไปนี้

1) การถอนตัวของอนุญาโตตุลาการจากการปฏิบัติหน้าที่

เมื่ออนุญาโตตุลาการรับหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วมีหน้าที่ต้องดำเนินการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในทางที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมและทำคำชี้ขาด แต่ถ้าไม่ยอมทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการหรือถอนตัวจากการทำหน้าที่ก่อนสิ้นสุดการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ไม่เพียงทำผิดแต่ยังทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการล่าช้าและยุ่งยาก ทำให้เสียเวลาที่ต้องมีการแก้ปัญหาโดยเฉพาะในกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่ทำหน้าที่แต่ก็ไม่ถอนตัว หรือแม้จะยอมถอนตัวแต่ก็ต้องเสียเวลาดั่งอนุญาโตตุลาการกันใหม่ และอาจทำให้กระบวนการที่ดำเนินไปแล้วซึ่งต้องเสียเงินและเสียเวลาดั่งเสียไปและต้องเริ่มต้นกันใหม่ ถ้าอนุญาโตตุลาการถอนตัวหรือไม่ทำหน้าที่โดยไม่มีเหตุผลหรือมีเหตุผลอันไม่สมควรก็ควรรับผิดชอบในเรื่องค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการกระทำของตน มิฉะนั้นก็จะเป็นการง่ายที่อนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีซึ่งรู้สึกว่าการพิจารณาอาจออกมาไม่เป็นผลดีต่อคู่กรณีฝ่ายที่ตนอาจถอนตัวเพื่อเป็นอุปสรรคหรือทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าแต่ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้จำกัดอยู่เฉพาะผู้ที่ไม่เต็มใจทำหน้าที่หรือทำการถอนตัวเท่านั้น

2) อนุญาโตตุลาการละเลยไม่ทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งอาจเป็นการกำหนดโดยสัญญา หรือโดยกฎหมาย หรือโดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้บริการ

การกระทำดังกล่าวอาจเป็นเหตุให้ศาลยกเลิกคำชี้ขาดหรือไม่บังคับคำชี้ขาดได้นอกจากนั้น ศาลบางประเทศ เช่น ในสหรัฐอเมริกาก็มีบางคดีที่ศาลตัดสินให้ตุลาการต้องรับผิดชอบ คือ Baar v. Tigerman ซึ่งพิพากษาว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบทางแพ่งซึ่งเกิดจากการที่อนุญาโตตุลาการไม่ทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด และในคดี E.C.Ernst, Inc. v. Manhattan Construction C. of Texas ศาลพิพากษาว่า อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิด

จากความผิดพลาดในการทำคำชี้ขาดในทั้งสองคดีศาลยอมรับหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาที่ต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนดและพิพากษาว่าเมื่ออนุญาโตตุลาการไม่กระทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการย่อมสูญเสียความคุ้มกัน เพราะสูญเสียความคล้ายคลึงกับศาลไปเนื่องจากไม่ยอมทำหน้าที่ที่จะอ้างว่ามีความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับศาลไม่ได้

2. การกระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง

เมื่ออนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่แต่ทำโดยไม่ถูกต้อง เช่น ทูจิด รับสินบน ไม่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี พิจารณาพยานหลักฐานลับหลังคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยไม่ใช้ความผิดของคู่กรณีฝ่ายนั้น หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น ไม่ยอมใช้หลักกฎหมายปรับกับข้อพิพาททั้งที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันยกเว้นไว้ หรือไม่เอาใจใส่ในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบ

3. จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

นอกจากอนุญาโตตุลาการต้องไม่กระทำหน้าที่หรือกระทำผิดหน้าที่แล้วต้องได้กระทำการหรือไม่กระทำการดังกล่าวนั้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การกระทำโดยจงใจคือ การกระทำหรือไม่กระทำที่ประสงค์ต่อผลหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำหรือไม่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นแต่ไม่ได้ใช้เพียงพอ และถ้ากิจการใดต้องใช้ฝีมือหรือความเชี่ยวชาญก็ต้องใช้ความระมัดระวังดังที่บุคคลในลักษณะเช่นนั้นต้องใช้ด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งในทางปฏิบัติคู่สัญญาจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ อีกทั้ง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาลอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ในการทำหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อบกพร่องจากการปฏิบัติหน้าที่อยู่บ้างในบางกรณี จึงส่งผลทำให้รัฐที่ถือเป็นคู่สัญญากับเอกชนอันจะเข้ามาร่วมกันลงทุน เห็นว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวนั้น อาจเกิดข้อบกพร่องที่ไม่อาจจะคาดเดาขึ้นได้ ดังนั้น หากรัฐไปหวังพึ่งแต่เพียงการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ อาจมีความเสี่ยงภัยที่รัฐจะต้องรับจากความ

ผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นถึงแม้กฎหมายกำหนดเรื่อง ความรับผิดชอบในตัวในความสัมพันธ์ทางแพ่งในการทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย อีกทั้งยังกำหนดโทษทางอาญาหากในกรณีที่อนุญาโตตุลาการ ปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เป็นธรรม แต่การกำหนดหลักประกันดังกล่าวตามกฎหมายในทางปฏิบัติ รัฐบาลก็ยังคงมีแนวคิดว่าสัญญาที่มีวงเงินมากกว่าหนึ่งพันล้านนั้นเป็นเงินภาษีของประชาชน ถ้าเกิดความเสียหายจากการบังคับใช้สัญญาและจากบางกรณีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ อนุญาโตตุลาการแล้วนั้น คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเลือกมาทำหน้าที่จะไม่สามารถชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

อนึ่ง สำหรับกรณีที่รัฐไม่มีความเชื่อมั่นตามที่กล่าวมาข้างต้น บางส่วนอาจเกิดจากเนื้อหาของ บทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดก็ไม่ได้กำหนดหลักประกันในรูปแบบอื่น ๆ ที่จะทำให้รัฐเกิดความมั่นใจในการเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ เช่น การกำหนด หลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ ของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นต้น ส่งผลทำให้ รัฐไม่มีความเชื่อมั่นเพียงพอว่าในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจะทำให้รัฐไม่เสียเปรียบ เอกชน ตลอดจนการไม่มีแนวทางของกฎหมายจึงทำให้รัฐหลีกเลี่ยงที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท ในรูปแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตาม พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะหากใช้อาจทำให้รัฐ เสียเปรียบคู่สัญญา ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบส่วนตัวและโทษทางอาญาดังกล่าว ไม่เพียงพอที่รัฐจะนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ตามสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ถึงแม้มีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทเอาไว้ แต่ส่วนมากเอกชนจะเลือกวิธีอนุญาโตตุลาการ จากปัญหาดังกล่าวจึงไม่เอื้อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการต่าง ๆ ทำให้ขาดเทคโนโลยีที่ทันสมัย ในการสร้างสาธารณูปโภค และไม่สามารถพัฒนาระบบการบริการสาธารณะได้ นอกจากนี้ การไม่ กำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบแพ่ง ส่งผลทำให้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 ที่จะใช้บังคับคู่กับพระราชบัญญัติการให้ เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่สอดคล้องกันในการกำหนดการระงับข้อพิพาท ทางเลือกในสัญญา และการพัฒนาระบบของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ นั้นเอง

อย่างไรก็ตาม การที่ประเทศไทยไม่มีการกำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของ อนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบก่อนมีการตั้งอนุญาโตตุลาการในสัญญา เพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของ

รัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งทำให้ขาดความเชื่อมั่นในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ และหลักความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการนั้น ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ตนได้กระทำลงไป ดังนั้น การไม่กำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่งก่อนที่คู่สัญญาจะตั้งอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐส่งผลให้คู่สัญญาดังกล่าวไม่มีความเชื่อมั่นในคณะอนุญาโตตุลาการ ทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมาย คือ หลักความรับผิดชอบทางแพ่ง และหลักการระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาข้อเท็จจริงโดยการสัมภาษณ์เชิงลึกปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 โดย นิตกรชำนาญการพิเศษสำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง ซึ่งได้ให้ความเห็น ดังต่อไปนี้

ข้อเท็จจริงที่ 1 จากการสัมภาษณ์เชิงลึก นายฉัฐวุฒ ไพศาลวัฒนา⁹ นิตกรชำนาญการพิเศษสำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง ซึ่งได้ให้ความเห็น ดังต่อไปนี้

สำหรับในเรื่องการกำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่งก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการ ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่ได้กำหนดไว้ มีแต่การกำหนดไว้ว่าให้มีการระงับข้อพิพาท ซึ่งโดยส่วนมากในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แต่ภาคเอกชนส่วนใหญ่เอกชนจะเลือกการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดไว้เฉพาะความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาไว้สำหรับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้กำหนดถึงหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่งก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยในทางปฏิบัติแล้ว ในการทำหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อบกพร่องจากการปฏิบัติหน้าที่ที่อยู่ข้างในบางกรณี จึงส่งผลทำให้รัฐที่ถือเป็นคู่สัญญากับเอกชนอันจะเข้ามา ร่วมกันลงทุน เห็นว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวนั้น อาจเกิด

⁹ สัมภาษณ์เมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2559 เวลา 16.30 น. ที่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง.

ข้อบกพร่องที่ไม่อาจจะคาดเดาขึ้นได้ ดังนั้น หากรัฐไปหวังพึ่งแต่เพียงการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ อาจมีความเสี่ยงภัยที่รัฐจะต้องรับจากความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น และเสี่ยงที่จะใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ และส่งผลกระทบต่ออย่างใหญ่หลวงทำให้เอกชนไม่เข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะภาคเอกชนก็เกรงว่าตนเองจะไม่ได้ได้รับความยุติธรรมหรือเสียเปรียบหากไม่มีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างตนกับรัฐ ดังนั้น หากมีการกำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดทางแพ่งก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการ จะทำให้รัฐและเอกชนมีความเชื่อมั่นในหลักการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ และจะทำให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐมากยิ่งขึ้นส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การที่ไม่มีการกำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดทางแพ่งก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่งผลทำให้รัฐขาดความเชื่อมั่นในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดทางแพ่ง และหลักการระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการไม่กำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดทางแพ่งก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่งผลให้รัฐไม่มีความเชื่อมั่นในหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดทางแพ่งและหลักเสี่ยงที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญา ทำให้เกิดผลเสียต่อการที่เอกชนจะเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านสาธารณูปโภคไม่ได้รับการพัฒนา ตลอดจนความเจริญก้าวหน้าในชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในการได้รับประโยชน์จากการจัดสาธารณูปโภคต่าง ๆ นั้นเอง

4.4 แนวทางการแก้ไข

ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และเห็นควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ตลอดจนให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการเนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้มีข้อกำหนดที่เป็นมาตรฐานที่คู่สัญญาจะเลือกใช้การระงับข้อพิพาทในรูปแบบหนึ่งรูปแบบใด ตามที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ รวมไปถึงการให้มีกฎหมายเฉพาะในการส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนหากมีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ จะช่วยให้ประเทศไทยสามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้อย่างยั่งยืน

จากการศึกษา พบว่า ในต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐโครเอเชีย และสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล ได้มีการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน ให้สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกได้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

1) การระงับข้อพิพาทตามกฎหมาย

กรณีการระงับข้อพิพาทตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กำหนดให้คู่กรณีต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน The Contract Disputes Act of 1978 (CDA) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1.1) คู่สัญญาต้องดำเนินการยื่นข้อเรียกร้องของตนเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้รับจ้างยื่นข้อเรียกร้องต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีคำวินิจฉัยภายในระยะเวลา 6 ปี หลังจากวันที่ได้รับรู้หรือควรได้รู้ถึงเหตุการณ์ที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้รับจ้างหรือรัฐ สำหรับรัฐนั้น เมื่อรัฐได้มีคำวินิจฉัยเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างถือว่าเกิดเป็นข้อเรียกร้องของรัฐที่มีต่อผู้รับจ้างที่รัฐต้องดำเนินการเรียกร้องภายในระยะเวลา 6 ปี เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีข้อเรียกร้องของรัฐนั้นเป็นผลมาจากข้อเรียกร้องของผู้รับจ้างที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล

1.2) เมื่อข้อเรียกร้องที่มีต่อทั้งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาและรับจ้างไม่อาจทำได้ ความตกลงกันได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องตัดสินหรือยุติข้อเรียกร้องทั้งปวงที่เกิดขึ้นภายใต้หรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดยทำการตรวจสอบและพิจารณารายละเอียดของข้อเรียกร้องก่อนการทำคำวินิจฉัยสุดท้าย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐมีนโยบายที่จะดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เป็นประเด็นพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนผู้รับจ้างโดยอาศัยความร่วมมือกันในการทำความตกลงในระดับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา ดังนั้น เมื่อรัฐและผู้รับจ้างเกิดข้อพิพาทขึ้นจึงมีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาข้อพิพาทก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการตาม CDA หรือการใช้กระบวนการทางศาล ซึ่งการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตาม CDA นั้น มักจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่สูง ความซับซ้อนของข้อเรียกร้อง และความล่าช้าในการขอรับคำตัดสินจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ที่ใช้ระยะเวลานานเช่นเดียวกับกระบวนการทางศาลใน Federal Court

ส่วนการระงับข้อพิพาทกรณีการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นสามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครอง (Adjudication) ซึ่งมีกระบวนการดังนี้ คือ เมื่อมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นและข้อขัดแย้งดังกล่าวนั้นกฎหมายกำหนดว่า จะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาทางปกครอง วิธีการในการวินิจฉัยข้อเรียกร้องต่าง ๆ นั้น โดยหลักหน่วยงานทางปกครอง จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ใน Administration Procedure Act ซึ่งกระบวนการในการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองที่ได้ดำเนินการตาม Administration Procedure Act กำหนดนี้ โดยทั่วไปจะเรียกว่า “Formal Adjudications” แต่ในบางครั้งจะเรียกว่า “Evidentiary hearings” “Full hearings” “On-the-record hearings” หรือ “Trial-type hearings” ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับการดำเนินคดีแพ่ง แต่การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองนี้เป็นกระบวนการกึ่งตุลาการ และการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในบันทึกเป็นสำคัญ

2) การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution: ADR)

การระงับข้อพิพาทในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการระงับข้อพิพาทกรณีการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นั้น คู่กรณีอาจใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution: ADR) ก็ได้ ซึ่งมีวิธีการดังต่อไปนี้

1) การไกล่เกลี่ย (Mediation) คือ การที่บุคคลที่สามที่เป็นคนกลางช่วยคู่สัญญาหาข้อสรุปของปัญหานอกศาล ซึ่งบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางนี้จะทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งหมด แต่ไม่ได้เป็นผู้ทำการตัดสินใจในขั้นสุดท้ายให้กับคู่กรณี ซึ่งในบางครั้งวิธีนี้อาจเรียกว่า “การช่วยเจรจา” (assisted negotiation) ก็ได้

2) การเจรจา (Negotiation) การเจรจาเพื่อกำหนดกฎตาม The Negotiated Rulemaking Act (NRMA) คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสหรัฐ กำหนดกฎเกณฑ์โดยใช้วิธีเจรจากับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จะกำหนดขึ้นและมีผลบังคับใช้กับบรรดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ได้รับความยินยอมเป็นเอกฉันท์ในการจัดทำกฎระเบียบที่เสนอซึ่งจะเป็นการขจัดซึ่งปัญหาหรือข้อโต้แย้งในภายหลัง

3) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งรับคำร้องเรียนเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐจากผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ผู้ตรวจการแผ่นดินจะทำการตรวจสอบและให้คำแนะนำเพื่อทำการเยียวยาความเสียหายตามคำร้องนั้น ดังนั้น หน้าที่ที่สำคัญของผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ การช่วยประชาชนเจรจากับส่วนราชการ

4) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการที่อาจจะนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้เมื่อคู่สัญญายินยอม ซึ่งความยินยอมดังกล่าวนี้อาจยินยอมก่อนหรือหลังจากเกิดข้อพิพาทแล้วก็ได้ อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการชี้ขาดภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ปิดการพิจารณา คำชี้ขาดนั้นจะต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงที่ถกเถียงกัน โดยย่อ และข้อกฎหมายที่ใช้เป็นหลักในการทำคำชี้ขาดด้วย ซึ่งคำชี้ขาดดังกล่าวจะถือว่าเป็นที่สุดเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ได้ส่งให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถขยายระยะเวลาที่จะมีผลให้คำชี้ขาดนั้นเป็นที่สุดออกไปได้อีก 30 วัน โดยทำการแจ้งขอขยายระยะเวลาให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบก่อนวันที่จะครบกำหนด 30 วันแรกดังกล่าว คำชี้ขาดที่เป็นที่สุดนี้จะมีผลผูกพันคู่กรณีทั้งหลายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสามารถบังคับได้

การดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกานั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาเป็นเอกชนนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย 5 U.S.C. Sections 571 - 583 ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

(1) คู่สัญญาอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการให้จำกัดเฉพาะให้เป็นไปตามกรณีที่กำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

(2) ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยต้องกำหนดประเด็นในสัญญาที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ไว้ และจะต้องกำหนดวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่กรณีจ่ายให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้

(3) การที่หน่วยงานของรัฐจะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับนั้น หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำคู่มือซึ่งเป็นรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการจัดทำคู่มือดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐจะต้องปรึกษารื้อกับอัยการสูงสุด

(4) ในการเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ตกลงกัน โดยจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง ทั้งนี้ แม้ไม่มีการกำหนดว่าบุคคลผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นนักกฎหมายหรือผู้มีประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมาย แต่โดยทั่วไปคู่สัญญามักจะเลือกนักกฎหมายขึ้นทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับข้อกฎหมายหรือการตีความข้อสัญญา

(5) การกำหนดให้มีการประกันภัยให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

(6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเหตุผลและหลักกฎหมายทั่วไปโดยย่อแบบไม่เป็นทางการและมีการอธิบายประกอบคำชี้ขาด

(7) การจัดทำคู่มือรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตาม Sections 575 c จะมีสาระสำคัญ เช่น รูปแบบของอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาใช้ เทคนิคของการอนุญาโตตุลาการ รายการประเด็นสำคัญต่าง ๆ ที่จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้มีแนวคิดในเรื่องการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดมาตั้งแต่ในช่วงศตวรรษที่ 11 และในปัจจุบันประเทศอังกฤษจะได้ตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังให้อำนาจศาลที่จะเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ ส่วนในเรื่องสัญญาทางปกครองนั้น ประเทศอังกฤษไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่ก็จะใช้วิธีการเจรจายุติข้อพิพาทหรือไม่ก็จะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยการที่จะนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นต้องพิจารณาจากการเข้าร่วมเป็นสมาชิก โดยภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามที่ได้เข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญาต่าง ๆ เหล่านั้นด้วย นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังยอมรับข้อสัญญาที่ให้พิจารณาตามความยุติธรรม ซึ่งหลักความยุติธรรมก็คือ ระบบของกฎเกณฑ์และการเยียวยา หลักเกณฑ์นี้ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและไม่ว่าทางใดก็ไม่อาจที่จะลบล้างหลักความยุติธรรมนั้นออกไปจากการที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการได้

รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น จะกระทำโดยการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ไม่ได้สร้างความพอใจแก่คู่สัญญาเท่าที่ควรอันมีสาเหตุมาจากอำนาจของผู้พิพากษานั้นมีอยู่อย่างจำกัดเพราะสามารถทำได้เพียงสั่งเพิกถอนหรือออกคำสั่งบังคับอื่น ๆ การพิจารณาคดีในศาลปกครองเป็นไปอย่างล่าช้า นอกจากนี้ ศาลปกครองมีคดีที่ต้องพิจารณาเป็นจำนวนมาก และกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็ยังคงเป็นกรณีส่วนใหญ่แล้วมีความละเอียดซับซ้อนรวมทั้งมีเอกสารที่ต้องพิจารณาจำนวนมาก จึงมีความพยายามที่จะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นมาใช้แทนการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น มีดังต่อไปนี้

1) การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง

การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำต่าง ๆ ของตนและผู้ใต้บังคับบัญชา การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการก่อนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองมีขึ้นเพื่อโต้แย้งการออกคำสั่ง

หรือการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ทราบข้อโต้แย้งนั้นและหาทางเยียวยาแก้ไขภายในก่อนที่จะให้ผู้โต้แย้งนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาล การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองนี้ถูกนำมาใช้ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาโยธาสาธารณะ ตามมาตรา 33 และมาตรา 34 แห่งข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปแนบท้ายสัญญา (cahier des clauses administratives generals) ซึ่งเป็นเอกสารที่กำหนดหลักเกณฑ์ทางปกครองทั่วไปที่นำมาใช้กับสัญญาโยธาสาธารณะ ได้บัญญัติไว้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีจะต้องทำบันทึกเสนอต่อผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนด บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการกำหนดกระบวนการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเอาไว้ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาโยธาสาธารณะ

2) การไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลที่เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่มีได้เป็นคู่สัญญาเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาหาแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในระบบกฎหมายเอกชนเป็นไปตามรัฐบัญญัติที่ 96-125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ที่ไปแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code de procedure civil) โดยมาตรา 21 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่าเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณี ผู้พิพาทสามารถแต่งตั้งบุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ส่วนในระบบกฎหมายมหาชนนั้น ประมวลกฎหมายแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ซึ่งถูกแก้ไขโดยมาตรา 22 แห่งรัฐบัญญัติที่ 86-14 ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1986 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองว่า ศาลปกครองชั้นต้นทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยเช่นกัน

3) การประนีประนอมยอมความ

ประมวลกฎหมายแพ่ง (Code Civil) ได้ให้คำจำกัดความของประนีประนอมยอมความไว้ว่า เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงระงับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นหรือเพื่อป้องกันข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น การประนีประนอมยอมความนี้นำมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชนด้วย โดยหนังสือเวียนของนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ของการประนีประนอมยอมความ การประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการนำข้อพิพาทไปสู่ศาลซึ่งใช้เวลานาน และต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ จำนวนมากที่เป็นแบบพิธีสร้างความยุ่งยากให้แก่คู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาตกลงใจที่จะใช้กระบวนการประนีประนอมก็หมายความว่าคู่สัญญาปฏิเสธที่จะนำคดีไปสู่ศาลและยอมรับผลที่เกิดขึ้นจากการประนีประนอมยอมความนั้น โดยผลของการประนีประนอมยอมความอาจนำไปสู่ข้อตกลงที่มีผลเป็นการชดใช้เงินหรือค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ การประนีประนอมยอมความยังนำมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันเกิด

จากสัญญาทางปกครองด้วยในหลายกรณี ไม่ว่าจะ เป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการปฏิบัติตามสัญญา หรือเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากความเป็นโมฆะของสัญญา เป็นต้น

4) การอนุญาโตตุลาการ

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1006 ซึ่งใช้บังคับเรื่อยมาจนถึง ค.ศ. 1925 กฎหมายฉบับนี้ยอมรับแต่เฉพาะสัญญาอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในอนาคตนั้น กำหนดว่าต้องเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างพ่อค้า และเป็นเรื่องทางพาณิชย์เท่านั้น โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1925 ต่อมาในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1980 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ทำการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่โดย Décret No.80354 ยกเลิกมาตรา 1005-1028 เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับจากนักกฎหมายมากขึ้น ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งวิธีการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ 3 องค์ประกอบ คือ

องค์ประกอบที่หนึ่ง คือ องค์ประกอบด้านรูปแบบ กล่าวคือ คำชี้ขาดนั้นต้องมีประสิทธิภาพคู่ความต้องยอมรับปฏิบัติตามผลแห่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

องค์ประกอบที่สอง คือ องค์ประกอบด้านเนื้อหา กล่าวคือ วิธีการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการได้เพราะมีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งข้อพิพาทนั้นอาจเป็นข้อพิพาททางด้านข้อเท็จจริงหรือข้อพิพาททางด้านกฎหมายหรือเป็นทั้งข้อพิพาททางด้านข้อเท็จจริงและข้อพิพาททางด้านกฎหมายก็ได้

องค์ประกอบที่สาม คือ วิธีการระงับข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สาม ที่คู่กรณีแต่งตั้งเองเรียกว่าอนุญาโตตุลาการหรืออาจเป็นคณะอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทก็ได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ตั้งแต่มาตรา 1033 เป็นต้นไป โดยระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำวินิจฉัยของศาลปกครองและศาลยุติธรรม วางหลักไว้ว่าห้ามมิให้หน่วยงานทางปกครองใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท ต่อมาหลักดังกล่าวก็ได้มีรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 5 กรกฎาคม 1972 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อวางหลักว่าห้ามไม่ให้มีการประนีประนอมยอมความในข้อพิพาทที่มีส่วนราชการหรือองค์การมหาชนเป็นคู่พิพาทหรือในคดีพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวกับกฎระเบียบเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม จนกระทั่งต่อมาได้มีรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 บัญญัติว่า องค์การมหาชนที่ทำกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความได้แต่ต้องออกเป็นรัฐกฤษฎีกา

หลังจากนั้นได้มีการยกเว้นให้มิอนุญาโตตุลาการในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างองค์การมหาชนที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาวิชัยที่กระทำกับองค์กรต่างประเทศ และรัฐบัญญัติลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 ที่บัญญัติขึ้นเพื่อตอบสนองข้อเรียกร้องของบริษัท Walt Disney ของต่างประเทศที่เข้าไปลงทุนจัดตั้งสวนสนุก Euro Disneyland อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า “ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เว้นแต่จะมีบทกฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นโดยชัดเจน”

รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ตามกฎหมายของสาธารณรัฐโครเอเชีย

จากการศึกษา พบว่า สาธารณรัฐโครเอเชีย ได้มีการตรากฎหมายออกมาบังคับใช้เพื่อควบคุมสัญญาเกี่ยวกับการเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาครัฐและเอกชน อันได้แก่ พระราชบัญญัติการเป็นหุ้นส่วนภาครัฐและเอกชน (The Act on public private partnerships) พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับกับกระบวนการสำหรับการเตรียมการ การนำเสนอ และการรับรองข้อเสนอสำหรับหุ้นส่วนรัฐกับเอกชน (PPP) โครงการ และสิทธิ ความรับผิดชอบของหุ้นส่วนรัฐและเอกชน รวมทั้งการก่อตั้งและอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานตัวแทนสำหรับการเป็นหุ้นส่วนรัฐและเอกชน โดยมีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองตามกฎหมายในสัญญาเกี่ยวกับการเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาครัฐและเอกชน ซึ่งกำหนดว่า การคุ้มครองตามกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกหุ้นส่วนเอกชน จะดำเนินการตามขั้นตอนระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และกระบวนการที่ดำเนิน โดยตัวแทนจะคุ้มครองโดยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติกระบวนการปกครองทั่วไป เว้นแต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

นอกจากนี้ ในกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาการเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาครัฐและเอกชน กฎหมายกำหนดไว้ว่า ศาลการค้า ซึ่งมีอำนาจตุลาการเกี่ยวกับตำแหน่งของส่วนภาครัฐจะมีเขตอำนาจศาลสำหรับการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาการเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาครัฐและเอกชนแต่จะไม่ใช้ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล

สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล มีการบังคับใช้กฎหมายควบคุมเกี่ยวกับสัญญาการเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาครัฐและเอกชน ได้แก่ กฎหมายการเป็นหุ้นส่วนภาครัฐกับเอกชนของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล (Brazil's Public - Private Partnership Law) โดยกฎหมายนี้กำหนดกฎทั่วไปและระเบียบสำหรับการร่วมเป็นหุ้นส่วนภาครัฐกับเอกชนในการร่วมการประมูลและสัญญาต่าง ๆ

ภายใต้ขอบเขตอำนาจของรัฐบาลกลางรัฐต่าง ๆ และรัฐบาลท้องถิ่น ใช้บังคับกับหน่วยงานรัฐบาลต่าง ๆ กองทุนพิเศษ หน่วยงานอิสระ มูลนิธิมหาชน บริษัทที่ควบคุมดูแลโดยรัฐบาล องค์กรที่มีการผสมระหว่างรัฐและเอกชน และนิติบุคคลซึ่งถูกควบคุมโดยทางตรงและทางอ้อมโดยรัฐบาลกลางรัฐต่าง ๆ และรัฐบาลท้องถิ่น โดยกฎหมายฉบับดังกล่าว อนุญาตให้สามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวิธีการไกล่เกลี่ย อันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบ โครงสร้างการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในประเทศไทย และ โครงสร้างการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของต่างประเทศ พบว่า ประเทศไทยต้องนำแนวคิดและหลักการในการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของต่างประเทศมาปรับใช้ในประเทศไทย เพราะต่างประเทศมีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการและหลักเกณฑ์เพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ ว่ากรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ และกรณีที่ไม่ควรนำอนุญาโตตุลาการมาใช้ เพื่อเป็นการกำหนดลักษณะของสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐว่าสัญญารูปแบบใดควรใช้รูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือก แบบเจรจา ไกล่เกลี่ย ประนีประนอมยอมความ รวมถึงการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หากประเทศไทยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอนุญาโตตุลาการ และยกเลิกมติดังกล่าวที่เป็นการจำกัดในการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนมีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในหลายเรื่อง เช่น การกำหนดหลักประกันความเสี่ยงภัยในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยรูปแบบการประกันภัย เป็นต้น จะช่วยให้ประเทศไทยสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดจากกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้ และทำให้เกิดความเชื่อมั่นกับรัฐในการที่จะนำการระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ส่งผลให้เอกชนที่จะเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเชื่อมั่นในการระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนทำให้สามารถพัฒนาการจัดทำสาธารณูปโภคที่สำคัญให้กับประชาชน ตลอดจนระบบสังคม เศรษฐกิจของประเทศไทย ได้อย่างยั่งยืน สืบต่อไปในอนาคต

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และเห็นควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ตลอดจนให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

ข้อ 1. ให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังนี้

มาตรา 34/1 หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขเพื่อส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกในร่างสัญญาให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐกำหนด

ข้อ 2. ให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 เกี่ยวกับการจำกัด และห้ามใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ข้อ 3. ผู้เขียนเห็นควรให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีสาระสำคัญ คือ ให้คำแนะนำ และมีสาระสำคัญเป็นการอธิบายความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งให้มีสาระเป็นการอธิบายกฎหมายซึ่งเป็นที่มาของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการซึ่งเนื้อหาของคู่มือจะประกอบด้วย

1. สิ่งที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องมี โดยกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานต้องพิจารณาก่อนว่ากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นควรนำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้หรือไม่

1) กรณีที่ไม่ควรนำอนุญาโตตุลาการมาใช้

(1) เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของรัฐบาล ซึ่งจะต้องมีการดำเนินกระบวนการอื่นใดเพิ่มเติมก่อนจะมีกระบวนการตัดสินในขั้นสุดท้าย

(2) ข้อพิพาทนั้นมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิได้เป็นคู่กรณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(3) สิ่งสำคัญของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คือ การจัดทำบันทึกกระบวนการอย่างครบถ้วนและเปิดเผยต่อสาธารณะ ข้อพิพาทซึ่งไม่สามารถจัดทำกรบันทึกในลักษณะดังกล่าวได้ จึงไม่ควรนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้

2) กรณีกฎหมายกำหนดให้ดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ต้องมีลักษณะดังนี้

(1) การเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามความสมัครใจของคู่กรณี

(2) คู่กรณีอาจตกลงกันจำกัดประเด็นที่จะยื่นสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

(3) คู่กรณีอาจตกลงกันโดยกำหนดผลของการตัดสินที่จะเป็นไปได้จากกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการล่วงหน้าได้

(4) ข้อตกลงในการกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ และต้องมีการกำหนดประเด็นเพื่อยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ และจะต้องกำหนดมูลค่าสูงสุดของค่าเสียหายที่อนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดให้คู่กรณีจ่ายได้เมื่อการตัดสินข้อพิพาท

(5) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเกี่ยวกับการรับฟังการสืบพยาน

(6) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการจัดให้มีการสาบานตนเพื่อการยืนยัน

(7) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเวลาและสถานที่ในการรับฟังการสืบพยาน

(8) อนุญาโตตุลาการจะถูกรตรวจสอบโดยศาล ซึ่งมีเขตอำนาจตามกฎหมายสำหรับหลักฐานเกี่ยวกับการวางตัวไม่เป็นกลางหรือการคอร์รัปชัน

2. คำแนะนำเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการที่จะมีผลผูกพัน

1) ให้มีคำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการต่าง ๆ เช่น การค้นหาข้อเท็จจริง การใช้เจ้าหน้าที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบย่อ เป็นต้น

2) กำหนดของกฎหมายที่จะมีผลให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการที่จะมีผลผูกพันคู่สัญญา

3) รูปแบบขององค์คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจะเลือกใช้

4) การกำหนดวงเงินที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาด

5) การกำหนดให้มีการประกันภัยให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐก่อนคณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในปัจจุบัน ประเทศไทยมีความจำเป็นในการจัดให้มีโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะเพื่อยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศเป็นภารกิจสำคัญของภาครัฐ ซึ่งในช่วงเวลาที่ผ่านมามีการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานทางด้านการคมนาคมขนส่งในระบบราง และระบบบริหารจัดการน้ำแบบบูรณาการเป็นยุทธศาสตร์การลงทุนภาครัฐที่สำคัญในการสร้างขีดความสามารถระยะยาว สร้างความเจริญเติบโต และพัฒนาเศรษฐกิจสังคมเพื่อลดความเหลื่อมล้ำของประเทศซึ่งต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก ซึ่งการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้น เพื่อเป็นการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำสาธารณูปโภคให้กับประชาชน โดยตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนระบบสังคม เศรษฐกิจของประเทศไทยไม่ได้รับการพัฒนา ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เรื่องของการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้นเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐจะต้องมีการกำหนดมาตรฐาน หลักเกณฑ์ และวิธีการในการที่คู่กรณีจะตกลงกันนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบใดมาใช้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐด้วย นั่นเอง

จากการศึกษา พบว่า ประเทศไทยเกิดปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งผู้เขียนจะขอสรุป และเสนอแนวทางแก้ไข ปัญหาที่เกิดขึ้น ดังต่อไปนี้

1) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สำหรับเหตุที่การอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมนำใช้ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ เพราะมีข้อดีหรือประโยชน์ คือ รวดเร็วและมีประสิทธิภาพเนื่องจากคู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ตนพิพาทได้จึงทำให้การรับฟังพยานหลักฐานและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทสามารถทำได้รวดเร็วและเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัด ไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากและเมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสิน

ไปแล้วข้อพิพาทยุติ ไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ จึงทำให้การระงับข้อพิพาทรวดเร็ว และมีประสิทธิผล และเป็นการรักษาชื่อเสียง ความลับของกลุ่มเนื่องมาจากกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการกระทำเป็นการลับไม่ให้นักภายนอกเข้ารับฟังการพิจารณา จึงทำให้สามารถรักษาชื่อเสียงของกลุ่มพิพาทและความลับต่าง ๆ เช่น ความลับทางธุรกิจของกลุ่มพิพาทได้ รวมถึงรักษาความสัมพันธ์ของกลุ่มพิพาทได้ การที่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่เคร่งครัดและไม่เคร่งเครียด ไม่มีลักษณะการต่อสู้แบบในศาลจึงทำให้กลุ่มซึ่งจำต้องติดต่อหรือมีความสัมพันธ์ เช่น ต้องค้าขายกันต่อไปหลังการพิพาทกันยังคงรักษาความสัมพันธ์ต่อกันได้ดีกว่าการฟ้องคดีต่อศาล ตลอดจนเหมาะสมสำหรับข้อพิพาทที่ยุ่ยากและสลับซับซ้อนการที่กลุ่มพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ และถ้ากลุ่มเลือกอนุญาโตตุลาการจากบุคคลที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทกัน โดยเฉพาะในกรณีข้อพิพาทที่ยุ่ยากและสลับซับซ้อนก็จะทำให้การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทน่าจะทำได้ดี รวดเร็ว และเหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทย มีความจำเป็นในการร่วมลงทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะให้ด้านต่าง ๆ เช่น โครงสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ เป็นต้น เนื่องจากรัฐอาจไม่มีแหล่งเงินทุน หรือเทคโนโลยีเพียงพอต่อการสร้างระบบสาธารณูปโภคดังกล่าว โดยโครงการต่าง ๆ ในลักษณะนี้มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดทำให้แก่ประชาชนเพื่อสนองความต้องการของประชาชน โดยการร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าวนี้ตามกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดรายละเอียดของการร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน รวมถึงได้กำหนดเนื้อหาและข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนไว้ตามกฎหมาย โดยผ่านการพิจารณาตามขั้นตอนของกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติสัญญาร่วมลงทุนจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนใหญ่ เพราะวิธีการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในสากลของนานาประเทศ รวมถึงในประเทศไทยยังมีกฎหมายรองรับ ตลอดจนยังสะดวกต่อการระงับข้อพิพาทในขณะดำเนินงานตามสัญญาก่อนมีการฟ้องร้องคดีในชั้นศาลแต่ในทางกลับกันสัญญาร่วมลงทุนส่วนใหญ่ถึงแม้จะมีการกำหนดการระงับข้อพิพาททางเลือกตามที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อพิจารณาวิธีหรือหลักเกณฑ์ก่อนมีการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทตามสัญญา พบว่า ในประเทศไทยมิได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน อีกทั้งรัฐบาลไทยยังไม่ให้ความสำคัญกับวิธีอนุญาโตตุลาการเนื่องจากกลัวว่ารัฐจะเสียเปรียบเอกชนหากมีข้อพิพาทในสัญญา จากเหตุผลนี้ทำให้การนำวิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับในสัญญา ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน

ในกิจการของรัฐจึงแทบเป็นไปได้ ส่งผลทำให้ในบางกรณีไม่สามารถนำการระงับข้อพิพาททางเลือกที่กำหนดไว้ในสัญญามาใช้บังคับกันตามที่ตกลงกันได้อย่างชัดเจน

นอกจากนี้ หากมีการจะทำร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในประเทศไทย แต่กลับไม่มีการกำหนดมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน จะส่งผลทำให้การร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 รัฐจะต้องรอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเป็นครั้ง ๆ ไป ซึ่งส่งผลเสียต่อการจัดทำโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ที่ต้องการอาศัยเวลาและจำนวนเงินที่มหาศาลในการก่อสร้าง อีกทั้งยังส่งผลต่อความน่าเชื่อถือในการร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน เพราะผู้ร่วมลงทุนเอกชนส่วนใหญ่ที่มาจากต่างประเทศจะหมดความเชื่อมั่นในการเข้ามาทำธุรกิจกับรัฐบาลไทยอย่างชัดเจน อีกทั้งจากการที่ในประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน ทำให้รัฐบาลไทยเองก็ไม่มี หลักเกณฑ์ หรือแนวทางในการกำหนดให้สัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีความสำคัญต่อประชาชนและประเทศ มาเป็นมาตรฐานกลางในการกำหนดแนวทางว่า สัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้อย่างสมบูรณ์

อนึ่ง ในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในอดีต ทำให้รัฐบาลไทยไม่มีแนวทางในการกำหนด แนวทางหรือหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่าสัญญาใดที่ควรให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้เกิดปัญหาต่าง ๆ เกิดขึ้นตามมามากมาย เพราะการไม่มีแนวทางทำให้บริบทของการกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ไม่สอดคล้องกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาในข้อสัญญาร่วมลงทุนในอดีต ทำให้หน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชนไม่สามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันในการระงับข้อพิพาทได้อย่างแท้จริง มีผลทำให้ข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องส่งต่อให้กระบวนการยุติธรรมในกระแสดังกล่าว คือ ศาล เป็นผู้พิจารณาตัดสินข้อพิพาทในสัญญาร่วมทุน ซึ่งทำให้ในบางกรณีรัฐเป็นผู้เสียเปรียบ หรือในบางกรณีผู้ร่วมลงทุนเอกชนเป็นผู้เสียเปรียบ โดยเหตุการณ์ดังกล่าวจึงเป็นผลต่อการพัฒนาการระงับข้อพิพาททางเลือก เพราะทั้งรัฐและผู้ร่วมลงทุนเอกชนต่างก็ไม่ต้องการให้ตนเองเสียเปรียบในการทำสัญญา ซึ่งเหตุปัจจัยทั้งหมดที่เกิดขึ้นเพราะประเทศไทยไม่มีการ

กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวีธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุนนั่นเอง

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า จากการศึกษาที่ประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวีธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาเอกชนร่วมทุนในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น จึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าสัญญาใดที่ควรให้การระงับข้อพิพาทโดยวีธีอนุญาโตตุลาการ ทำให้การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการ ทฤษฎีทางกฎหมาย ได้แก่ หลักการระงับข้อพิพาททางเลือก หลักคู่สัญญา ส่งผลให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวีธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวีธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ทำให้ประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือรูปแบบในการกำหนดว่าสัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวีธีอนุญาโตตุลาการได้อย่างสมบูรณ์ ส่งผลทำให้เอกชนขาดความเชื่อมั่นในการเข้ามาร่วมลงทุนทำธุรกิจกับรัฐบาลไทย เกิดผลเสียต่อการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำสาธารณูปโภคให้กับประชาชนเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนระบบสังคม เศรษฐกิจของประเทศไทยไม่ได้รับการพัฒนา

2) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สำหรับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนในกิจการภาครัฐ เป็นการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนด้วยการให้บริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพครอบคลุมทั้งด้านเศรษฐกิจ การศึกษาและสังคม เกิดประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งการลงทุนของภาครัฐจะดำเนินไปด้วยความโปร่งใส รวดเร็ว และตรงต่อความต้องการของประชาชน รักษาสมดุลของเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่สร้างภาระต่อระบบงบประมาณ โดยภาคเอกชนมีความเชื่อมั่นในการลงทุนภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและเป็นธรรม โดยสัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนสร้างสรรค์โอกาสในการลงทุนเพื่อพัฒนาประเทศให้กับทุกภาคส่วน โดยบูรณาการภารกิจสำคัญของประเทศและทิศทางอนาคตที่จะนำพาประเทศก้าวหน้าไปสู่ความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจ และสังคมอย่างยั่งยืน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญา แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องใช้รูปแบบใด ซึ่งในทางปฏิบัติทั่วไปถือเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ ส่งผลให้ประเทศไทยสามารถบังคับใช้ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ในทางกลับกันมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ได้กำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ และถ้าเป็นกรณีที่สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทานไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลทำให้เกิดความล่าช้าในการทำสัญญา และไม่เป็นที่ไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐด้วย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แต่เนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีเป็นการสร้างขั้นตอนและรูปแบบที่มีวัตถุประสงค์ที่จะไม่ให้รัฐเสียเปรียบ โดยกำหนดว่าหากมีความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ในการกำหนดการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบอนุญาโตตุลาการได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างขั้นตอน วิธีการ และรูปแบบที่ขัดต่อวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะในทางปฏิบัติจะใช้การระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาโตตุลาการเท่านั้น เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รับรองและคุ้มครอง และยังมีกรระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น ๆ

อนึ่ง เมื่อพิจารณาสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว จะเห็นได้ว่าไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย เพราะเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่มีการกล่าวอ้างถึงกฎหมายแม่บทหรือพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง อีกทั้งกฎหมายลำดับรองจึงไม่อาจกำหนดสิทธิหน้าที่ความผิดและโทษขึ้นใหม่ได้เอง รวมไปถึงกระบวนการตราฯ ยังไม่มีอำนาจเนื่องจากไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ ทำให้ขัดหรือแย้งกับกระบวนการตราฯ และยังมีผลกระทบต่อกรบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในเรื่องของการกำหนดรูปแบบของการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ

ของรัฐ ทำให้ขัดต่อวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่งผลให้มติคณะรัฐมนตรีฉบับดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย และไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนที่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ให้รัฐเสียเปรียบ และทำให้บริษัทเอกชนที่จะร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐเกิดความล่าช้าในการทำสัญญาและไม่มีความเชื่อมั่นในการกำหนดรูปแบบ ของการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาที่เป็นสากล เพราะมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวกำหนด ว่าสัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือ ความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป การกระทำดังกล่าว จึงไม่สอดคล้องกับหลักการตรากฎ ส่งผลทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรี ที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาททางเลือกของสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชน ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้การทำสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องมีรายละเอียดในเรื่อง การกำหนดการระงับข้อพิพาทซึ่งโดยทั่วไปจะใช้การระงับข้อพิพาทรูปแบบการอนุญาโตตุลาการ แต่ในทางกลับกันเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบ ข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลกระทบทำให้เกิดผลเสียต่อการที่เอกชนจะร่วม ลงทุนในกิจการของรัฐ และกระทบถึงการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำบริการ สาธารณะเพื่อให้เจริญก้าวหน้าในด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ เพื่อให้ตอบสนองความต้องการของ ประชาชน ตลอดจนส่งผลเสียต่อการดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนภายในประเทศในการ ได้รับบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคจากรัฐ นั่นเอง

3) มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สำหรับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการนั้น หากอนุญาโตตุลาการไม่กระทำหน้าที่หรือ กระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง ทุจริตหรือไม่เอาใจใส่และทำให้คู่กรณีต้องเสียหาย อนุญาโตตุลาการ ก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีผู้ต้องเสียหายเพราะการกระทำของอนุญาโตตุลาการนั้นด้วย ซึ่งหลักประกันในรูปแบบของการประกันภัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการก่อนมีการ

ตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น โดยหลักประกันดังกล่าวจะเป็นหลักประกันในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่กระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง ทุจริตหรือไม่เอาใจใส่และกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย ดังนั้นการกำหนดหลักประกันในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้คู่กรณีผู้เสียหายได้รับการเยียวยา ตลอดจนเพื่อให้อนุญาโตตุลาการจะไม่กระทำผิด แต่จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่นั้น และหลักประกันดังกล่าวทั้งการกำหนดหลักประกันเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา ยังเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะสร้างความมั่นใจให้กับคู่สัญญาว่าตามกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการขณะนั้น ๆ จะสามารถสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นกับคู่พิพาทจากสัญญาที่ได้ตามเจตนารมณ์ของสัญญาและตามหลักของกระบวนการยุติธรรมที่กฎหมายกำหนดได้อย่างแท้จริง

จากการศึกษา จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งในทางปฏิบัติเอกชนจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้อีกทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาล อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล จึงทำให้เห็นได้ว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวนั้นเกิดความไม่เป็นกลางและขาดความเชื่อมั่น เพราะการที่ให้คู่สัญญาใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น ก็ไม่เปิดให้คู่พิพาทตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่สามารถที่จะเลือกเอาการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่นมาใช้ได้เลย ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายกำหนดเรื่องความรับผิดชอบตัวในความรับผิดชอบทางแพ่งในการ โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย และโทษทางอาญานั้น ส่งผลให้รัฐคิดว่าสัญญาที่มีวงเงินมากกว่าหนึ่งพันล้านบาท ถ้าเกิดความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งในทางปฏิบัติเอกชนจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบัน

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ อีกทั้ง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาลอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ในการทำหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อบกพร่องจากการปฏิบัติหน้าที่อยู่บ้างในบางกรณี จึงส่งผลทำให้รัฐที่ถือเป็นคู่สัญญากับเอกชน อันจะเข้ามาร่วมกันลงทุน เห็นว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวอาจเกิดข้อบกพร่องที่ไม่อาจจะคาดเดาขึ้นได้ ดังนั้นภาครัฐไปหวังพึ่งแต่เพียงการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ อาจมีความเสี่ยงภัยที่รัฐจะต้องรับจากความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นถึงแม้กฎหมายกำหนดเรื่องความรับผิดชอบในตัวในผิดทางแพ่งในการทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย อีกทั้งยังกำหนดโทษทางอาญาหากในกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เป็นธรรม แต่การกำหนดหลักประกันดังกล่าวตามกฎหมายในทางปฏิบัติรัฐบาลก็ยังคงมีแนวคิดว่าสัญญาที่มีวงเงินมากกว่าหนึ่งพันล้านนั้นเป็นเงินภาษีของประชาชน ถ้าเกิดความเสียหายจากการบังคับใช้สัญญาและจากบางกรณีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการแล้วนั้น คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเลือกมาทำหน้าที่จะไม่สามารถชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

อนึ่ง สำหรับการที่รัฐไม่มีความเชื่อมั่นตามที่กล่าวมาข้างต้น บางส่วนอาจเกิดจากเนื้อหาของบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดก็ไม่ได้กำหนดหลักประกันในรูปแบบอื่น ๆ ที่จะทำให้รัฐเกิดความมั่นใจในการเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ เช่น การกำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นต้น ส่งผลทำให้รัฐไม่มีความเชื่อมั่นเพียงพอว่าในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจะทำให้รัฐไม่เสียเปรียบเอกชน ตลอดจนการไม่มีแนวทางของกฎหมายจึงทำให้รัฐหลีกเลี่ยงที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะหากใ้ช้อาจทำให้รัฐเสียเปรียบคู่สัญญา ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบส่วนตัวและโทษทางอาญาดังกล่าวไม่เพียงพอที่รัฐจะนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ตามสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ถึงแม้มีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทเอาไว้ แต่ส่วนมากเอกชนจะเลือกวิธีอนุญาโตตุลาการจากปัญหาดังกล่าวจึงไม่เอื้อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการต่าง ๆ ทำให้ขาดเทคโนโลยีที่ทันสมัย

ในการสร้างสาธารณูปโภค และไม่สามารถพัฒนาระบบการบริการสาธารณะได้ นอกจากนี้ การไม่กำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่ง ส่งผลทำให้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่จะใช้บังคับคู่กับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่สอดคล้องกันในการกำหนดการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญา และการพัฒนาระบบของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ นั้นเอง

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การที่ไม่มีการกำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่งผลทำให้รัฐบาลความเชื่อมั่นในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางแพ่ง และหลักการระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การไม่กำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่งผลให้รัฐไม่มีความเชื่อมั่นในหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่ง และหลีกเลี่ยงที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญา ทำให้เกิดผลเสียต่อการที่เอกชนจะเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านสาธารณูปโภคไม่ได้รับการพัฒนา ตลอดจนความเจริญก้าวหน้าในชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในการได้รับประโยชน์จากการจัดสาธารณูปโภคต่าง ๆ นั้นเอง

5.2 ข้อเสนอแนะ

สำหรับแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ผู้เขียนขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนี้

ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และเห็นควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ตลอดจนให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

ข้อ 1. ให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังนี้

มาตรา 34/1 หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขเพื่อส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกในร่างสัญญาให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐกำหนด

ข้อ 2. ให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 เกี่ยวกับการจำกัด และห้ามใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ข้อ 3. ผู้เขียนเห็นควรให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีสาระสำคัญ คือ ให้คำแนะนำ และมีสาระสำคัญเป็นการอธิบายความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งให้มีสาระเป็นการอธิบายกฎหมายซึ่งเป็นที่มาของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการซึ่งเนื้อหาของคู่มือจะประกอบด้วย

1. สิ่งที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องมี โดยกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานต้องพิจารณาก่อนว่ากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นควรนำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้หรือไม่

1) กรณีที่ไม่ควรนำอนุญาโตตุลาการมาใช้

(1) เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของรัฐบาล ซึ่งจะต้องมีการดำเนินกระบวนการอื่นใดเพิ่มเติมก่อนจะมีกระบวนการตัดสินในขั้นสุดท้าย

(2) ข้อพิพาทนั้นมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิได้เป็นคู่กรณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(3) สิ่งสำคัญของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คือ การจัดทำบันทึกกระบวนการอย่างครบถ้วนและเปิดเผยต่อสาธารณะ ข้อพิพาทซึ่งไม่สามารถจัดทำกรบันทึกในลักษณะดังกล่าวได้ จึงไม่ควรนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้

2) กรณีกฎหมายกำหนดให้ดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ต้องมีลักษณะดังนี้

(1) การเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามความสมัครใจของคู่กรณี

(2) คู่กรณีอาจตกลงกันจำกัดประเด็นที่จะยื่นสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

(3) คู่กรณีอาจตกลงกันโดยกำหนดผลของการตัดสินที่จะเป็นไปได้จากกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการล่วงหน้าได้

(4) ข้อตกลงในการกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ และต้องมีการกำหนดประเด็นเพื่อยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ และจะต้องกำหนดมูลค่าสูงสุดของค่าเสียหายที่อนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดให้คู่กรณีจ่ายได้เมื่อการตัดสินข้อพิพาท

(5) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเกี่ยวกับการรับฟังการสืบพยาน

(6) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการจัดให้มีการสาบานตนเพื่อการยืนยัน

(7) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเวลาและสถานที่ในการรับฟังการสืบพยาน

(8) อนุญาโตตุลาการจะถูกรตรวจสอบโดยศาล ซึ่งมีเขตอำนาจตามกฎหมายสำหรับหลักฐานเกี่ยวกับการวางตัวไม่เป็นกลางหรือการคอร์รัปชัน

2. คำแนะนำเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการที่จะมีผลผูกพัน

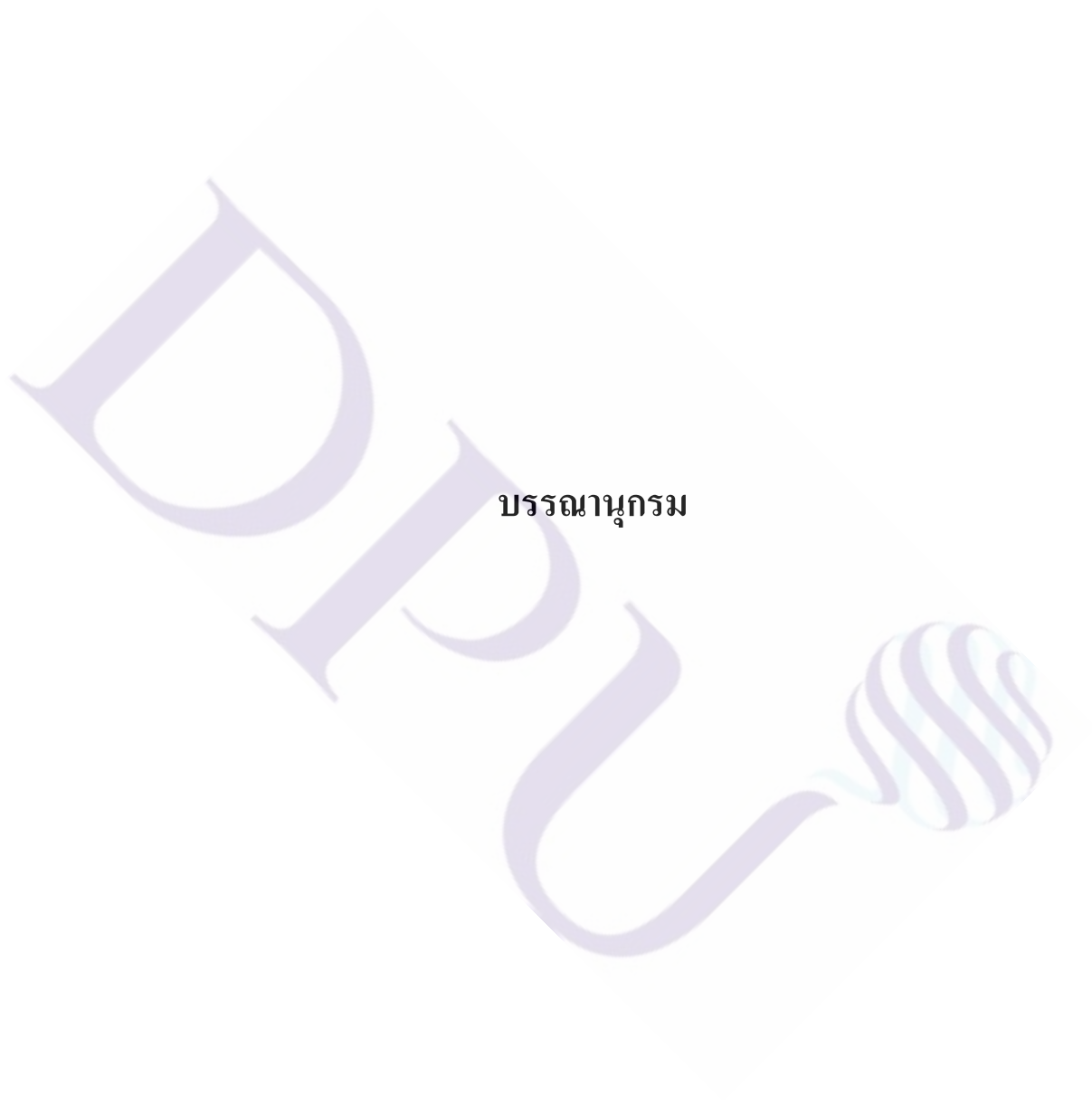
1) ให้มีคำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการต่าง ๆ เช่น การค้นหาข้อเท็จจริง การใช้เจ้าหน้าที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบย่อ เป็นต้น

2) กำหนดของกฎหมายที่จะมีผลให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการที่จะมีผลผูกพันคู่สัญญา

3) รูปแบบขององค์คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจะเลือกใช้

4) การกำหนดวงเงินที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาด

5) การกำหนดให้มีการประกันภัยให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐก่อนคณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2554). *ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- เกรียง ไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- เกียรติยศ ศักดิ์แสง. (2557). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการระงับข้อพิพาทคดีอาญาตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ: กรณีศึกษาในชั้นศาล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- เข็มชัย ชูติวงศ์. (2556). “ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ,” ใน *เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ : เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐ เอกชน เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ.
- คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มนยงค์. (2557). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- คณา สถลสุด. (2557). *กรณีศึกษาเฉพาะคำนิยามการ “ร่วมลงทุน” ตาม พ.ร.บ.การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 (รายงานผลการวิจัย)*. กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ.
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 174/2545
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2545
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 82/2545
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 94/2545
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2545
- จำปี โสทธิพันธุ์. (2543). *คำอธิบายนิติกรรมสัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (2548). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: การปรับกระบวนการที่สนับกระบวนการยุติธรรมไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2533). “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” *วารสารกฎหมายทางปกครอง*, เล่ม 9, น. 182 - 183.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ชาญณรงค์ ปราณจิตต์ และคณะ. (2543). *การวิจัยเพื่อลดวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาลและความรวดเร็วในการดำเนินคดี* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์.
- โชติรส เพศประเสริฐ. (2545). *สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-จีน: วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ณัฐวุฒิ จันทร์ศรีบุตร. (2556). *ปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ศึกษาเฉพาะกรณีกีฬาฟุตบอลอาชีพ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ณัฐวุฒิ ไพศาลวัฒนา. (2558). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ดิเรก ควรสมาคม. (2556). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- เดอะไทยลอว์ (The Thai Law). (2558). *กฎหมายกระทรวง*. สืบค้น จาก <http://www.The thai law.com/law2/law2.html>
- ถนัดกิจ นีวาทวงษ์. (2558). *ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (Problems of arbitration in the contract dispute settlement between state agencies and private investors)* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.
- ชนกฤต วรรณชชากุล. (2556). *พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 : กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ
- ธวัชชัย ไทยเขียว. (2551). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ กระบวนการยุติธรรมไทยในศตวรรษหน้า*. กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร.
- นवलนภา อภิบาลศรี. (2556). *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2546). *สัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). *สัญญาทางปกครอง* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). *การทุจริตคอร์รัปชัน*. สืบค้น จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1840>.
- บริษัท ที่ปรึกษาากฎหมายสากล จำกัด. (2547). *สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- บุญเกียรติ สถาพรวัฒนกิจ. (2555). การอนุญาโตตุลาการแบบกลุ่ม. *วารสารศาลพาหน*, 3(59), 94.
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515
- ประยูร กาญจนกุล. (2538). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- แผนแม่บทการบริหารงานยุติธรรม พ.ศ. 2552 – 2555 ของกระทรวงยุติธรรม.
- พงศ์บัณฑิต ปิ่นสุวรรณ. (2556). *ปัญหาการระงับข้อพิพาทคดีเลือกตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556)
- พรชัยวัฒน์ พูนทองพันธ์ และคณะ. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ฉบับเตรียมสอบเข้านิติศาสตร์*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- พรพิมล บุญทวีเวช. (2547). *ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พรชัย ดำเนวิวัฒน์. (2550). *กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510
- พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2539
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
- พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556
- พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550
- พสธร พันธุ์สุวรรณ. (2556). *ปัญหาการออกกฎหมายของกระทรวงมหาดไทยเพื่อควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษากรณีเทศบาล* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

- มานิตย์ จุมปา. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต. (2550). *การจัดการความขัดแย้งกับการไต่เถียง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.
- รายงานกระบวนการยุติธรรมทางเลือก ทางเลือกของความยุติธรรม ตอน 2 การระงับข้อพิพาทในชั้นศาลไทย และบทเรียนเบื้องต้นจากต่างประเทศ โครงการเครือข่ายวิชาการเพื่อการปฏิรูป ลงวันที่ 19 กันยายน 2555.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.
- วรรณชัย บุญบำรุง. (2548). *หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- วิกรม รักษ์ปวงชน. (2547). กลยุทธ์การเจรจาต่อรอง. *วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช*, 2, 33.
- วิชัย อริยะนันท์ทกะ. (2540). “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- สรวิศ ลิ้มปรีงมี. (2545). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทนอกจากวิธีการทางศาล*. กรุงเทพฯ: ม.ป.ป.
- สรวิศ ลิ้มปรีงมี. (2545). *อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่และการระงับข้อพิพาท*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เฟิร์ส พับลิชชิง.
- สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ. (2557). *เอกสารประกอบการบรรยาย “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556”*. กรุงเทพฯ: บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน)
- สุนทร มณีสวัสดิ์. (2556). *เอกสารประกอบคำบรรยาย หน่วยที่ 13 สัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- สุรพงศ์ กลั่นประชา. (2539). *สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุทธิพล ทวีชัยการ. (2556). “กระบวนการยุติธรรมทางเลือกในคดีอาญา” ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง หน่วยที่ 9*. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2548). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตโตตุลาการ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2550). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ใน *หนังสืออาจารย์มนุษยศาสตร์จารย์ ดร. อรุณ ภาณุพงศ์*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2554). “หลักความได้สัดส่วนกับการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน,” *วารสารนิติศาสตร์*, 40(2).

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0504/ว 108 ลงวันที่ 6 พฤษภาคม 2547.

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สุด ที่ นร 0506/ว 155 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2552.

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว 228 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558.

อเนก ศรีสนิท. (2535). “การตั้งอนุญาโตตุลาการ” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: เพอเพิลท์ กราฟฟิค กรุ๊ป.

Phyllis Hanfling, Department of Energy. (2555). *Developing Guidance For Binding Arbitration* สืบค้น จาก https://www.doi.gov/pmb/cadr/upload/DEVELOPING_GUIDANCE_FOR_BINDING_ARBITRATION.doc

ภาษาต่างประเทศ

Brazil's Public-Private Partnership Law

Eu-Singapore FTA: Chapter 10 – Annex I: Public- Private Partnerships

The Act on public private partnerships

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล	นางสาวปณิตา เป้าอันพงษ์กุล
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2540 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2541 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 51 พ.ศ. 2542 ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ รุ่น 1 แห่งเนติบัณฑิตไทย พ.ศ. 2542
ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน	อัยการจังหวัดประจำสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้ช่วยเลขานุการผู้ตรวจการอัยการ (นายพงษ์ศักดิ์ แก้วกมล) สำนักงานอัยการสูงสุด ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา ถนนแจ้งวัฒนะ เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210