

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### บทสรุป

ก่อนที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จะมีผลบังคับใช้สัญญาที่ภาครัฐได้ทำกับทางเอกชนยังมีได้มีการแบ่งแยกว่าสัญญาใดเป็นสัญญาในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือสัญญาทางปกครอง การเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาต่างมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาโดยการนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาที่มีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไป หากมีคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลเดียวที่มีอำนาจพิจารณาคดีในขณะนั้นและประกอบกับข้อกำหนดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ที่กำหนดให้สัญญาของภาครัฐใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของภาครัฐตกอยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้สัญญาภาครัฐต้องยุติข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

หลังจากที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มีผลบังคับใช้ได้มีบทบัญญัติในมาตรา 3 เป็นบทบัญญัติในการแบ่งแยกสัญญาภาครัฐออกเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองและสัญญาทางปกครอง โดยสัญญาทางปกครองนั้นประเทศไทยได้นำวิธีการคิด และทฤษฎีต่าง ๆ จากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาเป็นแม่แบบในการร่างกฎหมายดังกล่าว

จากการศึกษาผู้ศึกษาพบว่าปัญหาของบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตีความและไม่ได้บัญญัติในส่วนที่เป็นสารบัญญัติหรือวิธีบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานประกอบกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เป็นการนำหลักกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้กับหลักกฎหมายมหาชนจึงมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาดังนี้

1. ประเภทของข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่ระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ  
สัญญาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี  
ปกครอง พ.ศ.2542 ได้แบ่งเป็น 4 ประเภทดังนี้

1) สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำหรือ  
ดำเนินกิจการที่รัฐผูกขาดหรือกิจการที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการแต่เพียงผู้เดียว ภายในระยะเวลาที่  
กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงของตนเอง และให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียม  
หรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้นเป็นการตอบแทน

2) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนเข้าทำบริการ  
สาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่หรืออยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยตรง

3) สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชน  
ก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ

4) สัญญาที่แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนรายใด  
จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐ โดยเอกชนต้องจ่าย  
ค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าวเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อ  
ส่วนรวม

โดยมีบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี  
ปกครอง พ.ศ.2542 เป็นบทบัญญัติรองรับการให้อำนาจศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาคดีที่เกี่ยวกับ  
สัญญาทางปกครองศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวมีเพียงคำนิยามคดีพิพาทเกี่ยวกับ  
สัญญาทางปกครองไว้กว้าง ๆ เท่านั้นไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตีความและไม่ได้ บัญญัติ  
ในส่วนที่เป็นสาระบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาทาง  
ปกครองโดยเฉพาะดังเช่นในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน  
ซึ่งอาจถือได้ว่าสำหรับประเทศไทยยังคร่าร่างกฎหมายได้ไม่ครอบคลุมถึงวิธี แนวทางในการปฏิบัติ  
รวมทั้งยังไม่มึบรรทัดฐานเพียงพอในการกำหนดมาตรการที่จะปกป้องประโยชน์สาธารณะในการ  
แสวงหาข้อยุติข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ทำให้ในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยสูญเสียเงินเป็น  
จำนวนมหาศาลจากการที่ใช้การอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง  
สัญญาทางปกครองที่เป็นปัญหามากที่สุดในการแสวงหาวิธีการยุติข้อพิพาทก็คือ สัญญาสัมปทาน  
ซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะที่ดำเนินการโดยยึดประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก การ  
ที่ประเทศไทยยังมีได้กำหนดกฎหมายที่ชัดเจนในการปรับใช้กับสัญญาสัมปทานจึงการเกิดปัญหา

ในเรื่องหลักกฎหมายยังผลให้การปฏิบัติตามผลชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งต้องสูญเสียเงินที่มา จากภาษีของประชาชนเป็นจำนวนมาก

## 2. จำนวนของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545แล้วจะ เห็นว่าการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการต้องเป็นจำนวนเลขคี่ หากเป็นจำนวนเลขคู่หรือตกลงกัน ไม่ได้ก็ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการดังกล่าวพบว่าเป็น ประโยชน์กับสัญญาสัมปทานเท่าที่ควร เพราะไม่สมควรนำข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ต้อง รักษาประโยชน์สาธารณะให้อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว และกฎหมายมิได้กำหนดว่าบุคคลที่มา ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องมีความรู้ความสามารถด้านกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะจึงเกิดความ กังขาเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการว่าจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถเพียงพอในการ รักษาผลประโยชน์สาธารณะหรือไม่

## 3. คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการผู้ที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 19 ได้กำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ ที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการว่าต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระเท่านั้น ส่วนคุณสมบัติ อื่นให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ เนื่องจากข้อ พิพาทที่เกิดขึ้นล้วนเป็นข้อพิพาทที่เป็นประโยชน์ของคู่สัญญาด้วยกันเองและเพื่อให้เป็นไปตาม หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามกฎหมายตามหลักกฎหมายแพ่งเท่านั้น หากแต่ในสัญญา สัมปทานที่ต้องดำเนินการเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะมีความจำเป็นต้องกำหนดคุณสมบัติของ อนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ

## 4. กระบวนพิจารณาและวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญา ทางปกครอง

ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดหลักเกณฑ์ให้ กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นไปที่คู่สัญญาได้ตกลงกำหนดกันไว้ในสัญญา อนุญาโตตุลาการและการที่กฎหมายยังมิได้มีการกำหนดว่าสัญญาประเภทใดสามารถนำข้อพิพาท ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดจึงส่งผลให้ต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วย พยานหลักฐานมาใช้กับสัญญาสัมปทานโดยอนุโลมอันเป็นการขัดกับหลักการทางกฎหมายที่จะไม่ นำวิธีการทางกฎหมายเอกชนมาใช้กับกฎหมายมหาชน

## 5. หลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34 กำหนดให้คู่พิพาทมีเสรีในการเลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่จะบังคับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาได้ หากคู่พิพาทมิได้เลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาท กฎหมายกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายไทย ซึ่งการที่กฎหมายได้ให้สิทธิคู่กรณีพิพาทเป็นผู้เลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่เหมาะสมกับข้อพิพาทนั้น ๆ เป็นไปตามหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาตามสัญญาทางแพ่งซึ่งขัดกับหลักกฎหมายมหาชน

#### 6. การคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่อาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาด แต่มิได้กำหนดถึงเขตอำนาจศาลที่แบ่งแยกตามลักษณะของสัญญาจึงทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของแนวทางปฏิบัติ

#### 7. การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 41 มาตรา 43 และมาตรา 44 นั้นเป็นการกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดและเหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดแต่มิได้กำหนดเขตศาลตามลักษณะของสัญญา ซึ่งหากพิจารณาในกรณีของเขตอำนาจศาลที่เกิดข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานจะเห็นว่าไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าเป็นเขตอำนาจของศาลใด

8. มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547 และมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547

เมื่อพิจารณาข้อความในมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้วสรุปได้ว่าสัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครองจึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปยังศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้นสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่อาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ในปัจจุบันมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวยังมิได้มีการกำหนดกฎหมายสาระบัญญัติไว้จึงทำให้ไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน

#### ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหากระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางกระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานดังนี้

1. ควรแบ่งประเภทของสัญญาสัมปทานตามลักษณะของสัญญาสัมปทานและบัญญัติกฎหมายในเรื่องการปฏิเสธการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน โดยคำนึงถึงลักษณะของสัญญาสัมปทานเพราะจะทำให้สามารถรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมได้

2. ในสัญญาสัมปทานควรกำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ที่มีจำนวนมากกว่า 5 คนขึ้นไปและควรกำหนดอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขากฎหมายมหาชนไว้เป็นจำนวนอนุญาโตตุลาการอย่างน้อย 2 คนด้วย เพื่อจะได้ช่วยกันนำนิติวิธีของกฎหมายมหาชนมาพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว

3. ควรกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาสัมปทานไว้เป็นการเฉพาะเนื่องจากในสัญญาสัมปทานไม่ควรให้อำนาจคู่สัญญาเลือกตัวผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการได้ตามใจชอบดังเช่นข้อพิพาทในทางแพ่ง

4. ควรกำหนดการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนต้องดำเนินตามหลักของกฎหมายมหาชนเท่านั้น

5. ในสัญญาสัมปทานกฎหมายควรบัญญัติให้คู่พิพาทเลือกกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการตามหลักของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายมหาชนที่มุ่งจะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

6. ควรที่จะบัญญัติเขตอำนาจศาลตามลักษณะของสัญญาโดยหากเป็นสัญญาทางแพ่งก็ควรกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ส่วนศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคำคัดค้านคำชี้ขาดในสัญญาสัมปทานควรกำหนดให้เป็นเขตอำนาจของศาลปกครองโดยเฉพาะตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองหรือข้อพิพาทที่เกิดสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ

7. ควรตั้งข้อยกเว้นในเรื่องของเขตอำนาจศาลในข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานโดยการแยกเขตอำนาจศาลออกตามลักษณะของสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ โดยใช้หลักทฤษฎีว่าด้วยการห้ามอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Non-Arbitrability Doctrine) โดยกำหนดเป็นกฎหมายภายในระดับประเทศ (National law)

8. ควรจัดทำกฎหมายสาระบัญญัติและวิธีสบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีลงมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547 และวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547 เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในการยุติข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทาน ซึ่งการที่ประเทศไทยจะแสวงหาวิธีการที่เหมาะสมในการยุติข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานจำต้องคำนึงถึงบรรยากาศในการลงทุนและประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าหากคำนึงถึงบรรยากาศในการลงทุนการที่จะยุติข้อพิพาทก็ต้องใช้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท และฝ่ายเอกชนผู้ลงทุนเองโดยเฉพาะนักลงทุนต่างชาติก็ย่อมมีความมั่นใจในระบบอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งมากกว่าการมอบข้อพิพาทนั้นให้แก่ศาลที่อยู่ในระบบราชการของประเทศไทยในการพิพากษาข้อพิพาทนั้น ๆ ด้วยเหตุที่นักลงทุนเองก็ไม่มี ความมั่นใจในฐานะที่ฝ่ายปกครองเองเป็นผู้มีอำนาจและใช้อำนาจในการปกครองประกอบด้วยหลักกฎหมายในแต่ละประเทศต่างก็มีความแตกต่างกันในเชิงเนื้อหาและวิธีการปฏิบัติ หากแต่การทำสัญญาสัมปทานยึดประโยชน์สาธารณะเป็นหลักก็ต้องพิจารณาว่าการที่ฝ่ายปกครองจะเข้าทำสัญญากับฝ่ายเอกชนนั้น โครงการที่ทำเป็นประโยชน์กับประชาชนมากน้อยเพียงใด หากกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นการใช้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดจะมีผลดีผลเสียต่อผลประโยชน์สาธารณะอย่างไร แต่หากนำข้อพิพาทนั้นให้ศาลพิพากษาก็ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าศาลย่อมมีแนวทางพิพากษาที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะมากที่สุด เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวคณะรัฐมนตรีจึงมีมติลงวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547 ที่กำหนดให้สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครองจึงควรรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปยังศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้นสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทย หรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป โดยการเข้าทำสัญญานี้ให้ใช้ภาษาไทยเป็นหลักในการตีความและบังคับตาม และมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547 ที่คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาเห็นชอบตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเสนอว่า มติ ครม. 27 มกราคม พ.ศ.2547 เกี่ยวกับเรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน มีเจตนาที่จะใช้บังคับกับการทำสัญญาสัมปทานเท่านั้น และให้แจ้งย้ำให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ทราบชัดเจนและสามารถปฏิบัติได้อย่างถูกต้องตรงกัน การมีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวออกมาทำให้สัญญาสัมปทานทุกสัญญาต้องนำคดีข้อพิพาทส่งไปยังศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมเท่านั้น แต่มีข้อยกเว้นว่าหากมีปัญหาหรือมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา

อนุมัติเป็นราย ๆ ไป ซ้อยกเว้นดังกล่าวเป็นปัญหาต่อการแนวทางการปฏิบัติเพราะมติคณะรัฐมนตรี ที่ให้ความเห็นชอบนั้นเป็นเพียงหลักการแต่ยังไม่มีแนวทางปฏิบัติที่แน่ชัด

ดังนั้นผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะแนวทางในการไขปัญหาในการแสวงหาวิธีการยุติข้อพิพาท ที่เกิดจากสัญญาสัมปทานเพื่อให้สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547 และ คณะรัฐมนตรีลงวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ดังต่อไปนี้

#### 8.1 ควรกำหนดประเภทของสัญญาสัมปทาน

การกำหนดประเภทของสัญญาสัมปทานว่าสัญญาสัมปทานประเภทใดควรนำข้อ พิพาทให้อนุญาโตตุลาการหรือควรนำข้อพิพาทนั้นส่งไปให้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมพิพากษา ควรกำหนดตามลักษณะของสัมปทานที่ควรยึดตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เนื่องจาก ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวได้ กำหนดกิจการที่มีลักษณะของกิจการที่กระทบต่อความ ปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน โดยได้กำหนดกิจการที่เป็นสาธารณูปโภคไว้ ได้แก่ การ รถไฟ การรกร้าง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อ จำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ และบรรดากิจการอื่นอัน กระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

การที่มีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ทำให้สามารถกำหนดแนวทางว่าสัญญา สัมปทานดังกล่าวเป็นสัญญาสัมปทานที่เกี่ยวข้องด้วยบริการสาธารณะหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นต้องนำข้อ พิพาทดังกล่าวไปให้ศาลปกครองเป็นผู้พิพากษาเท่านั้น ส่วนสัญญาสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์ ในทรัพยากรธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกับการที่เอกชนผู้ได้รับสัมปทานให้ผลประโยชน์ต่อรัฐในรูปแบบ ของค่าสัมปทาน เช่น สัมปทานรังนก สัมปทานการเดินเรือ เป็นต้น สัญญาสัมปทานในลักษณะนี้ ควรให้อำนาจแก่คู่สัญญาในการกำหนดวิธีการยุติข้อพิพาทด้วยตนเอง

ส่วนสัญญาสัมปทานที่จำเป็นต้องจัดทำขึ้นเพราะเป็นการบริการสาธารณะที่มี จุดประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ขั้นตอนการดำเนินการของฝ่ายปกครองเองไม่สามารถที่จะ ดำเนินการเองได้ด้วยข้อจำกัดของเทคโนโลยีหรือความรู้ ความชำนาญในการดำเนินการ เช่น โครงการรถไฟฟ้าใต้ดิน โครงการรถไฟฟ้า บีทีเอส (BTS) เป็นต้น ควรให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ ขาดข้อพิพาทเพราะจะทำให้มีนักลงทุนชาวต่างชาติที่มีความสนใจในโครงการดังกล่าวมาร่วมทุน และดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง แต่ขั้นตอนในการร่างสัญญาฝ่ายปกครองเองก็ควรที่จะมีการ ตรวจสอบโดยผู้ที่มีความรู้ความสามารถในโครงการต่าง ๆ เป็นการเฉพาะ ควรที่จะมีผู้ที่มีความรู้ ทางด้านกฎหมายมหาชนเป็นทีมงานในการร่างสัญญาสัมปทาน หรือส่งร่างสัญญาสัมปทานนั้นให้

สำนักอัยการเป็นผู้ตรวจสอบทั้งเนื้อหาของสัญญาและแนวทางปฏิบัติตามสัญญา การกำหนดราคาค่าบริการของประชาชนควรมีการกำหนดตั้งแต่ตอนร่างสัญญา โดยต้องยึดหลักการให้บริการสาธารณะที่ไม่ผลักภาระค่าใช้จ่ายให้แก่ประชาชนมากเกินไป โดยการจูงใจคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มาร่วมลงทุน โดยให้เอกชนได้รับผลประโยชน์ในรูปแบบของการลดหย่อนการจัดเก็บภาษีหรือการรับรองว่ารัฐจะไม่ยึดกิจการดังกล่าวมาดำเนินการเองหากยังไม่ครบสัญญา

## 8.2 ควรให้มีพระราชบัญญัติสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะ

ด้วยเหตุที่ปัจจุบันรูปแบบของสัญญาสัมปทานของประเทศไทยยังไม่มีรูปแบบที่ชัดเจน ประกอบกับหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาทางสัมปทานก็ยังมีได้บัญญัติจัดทำเป็นกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่แน่ชัด การจัดทำสัญญาสัมปทานจึงเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับรัฐ พ.ศ.2535 เป็นหลัก รูปแบบของสัญญาสัมปทานที่เป็นบริการสาธารณะจัดทำนั้นก็ในรูปแบบของสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนเข้ามาบังคับ ส่วนรูปแบบสัญญาของสัญญาสัมปทานเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ทำไปตามแบบที่ทางราชการกำหนดขึ้น ไม่มีการกำหนดถึงรูปแบบของสัญญาสัมปทานไว้เป็นการเฉพาะ

เพื่อเป็นการแก้ไขข้อปัญหาดังกล่าวผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาวว่าควรจะมีบัญญัติกฎหมายที่กำหนดถึงประเภทของสัญญาสัมปทานที่แบ่งประเภทตามลักษณะสัญญาสัมปทานเพื่อการบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 กับสัญญาสัมปทานเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และกำหนดถึงเขตอำนาจศาลตามลักษณะสัญญา กล่าวคือ หากเป็นสัญญาสัมปทานเพื่อการบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคที่มีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะก็ควรนำข้อพิพาทให้ศาลปกครองเป็นผู้พิพากษาข้อพิพาทนั้นแต่ในกรณีที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่ได้รับอนุญาตจากคณะรัฐมนตรีให้สามารถใช้อนุญาตใตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทได้ก็ให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ หากไม่สามารถบังคับได้ตามคำชี้ขาดของอนุญาตใตตุลาการหรือไม่มีความพึงพอใจกับคำชี้ขาดนั้นก็ให้ศาลปกครองเป็นผู้พิพากษาชี้ขาด และ หากเป็นสัญญาสัมปทานเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็ให้นำข้อพิพาทนั้นให้แก่ศาลปกครองหรืออนุญาตใตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทตามแต่ที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน

รูปแบบของพระราชบัญญัติสัญญาสัมปทานนั้นควรกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาสัมปทานดังนี้

### 1) คำนิยามของสัญญาสัมปทาน โดยแยกเป็น



- 1.1) คำนิยามของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
  - 1.2) คำนิยามของสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
  - 2) นิติวิธีในการทำสัญญาสัมปทานต้องเป็นนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนเท่านั้น
  - 3) การก่อให้เกิดสัญญาสัมปทาน โดยแยกเป็น
    - 3.1) การก่อให้เกิดสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
    - 3.2) การก่อให้เกิดสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
  - 4) สัญญาสัมปทานต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้รับพิศชอบหรือผู้มีอำนาจในการเข้าทำสัญญาเป็นสำคัญ
  - 5) ทุกขั้นตอนทั้งก่อนและหลังการเข้าทำสัญญาให้ทำโดยเปิดเผยสามารถตรวจสอบได้
  - 6) กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรือคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจในการตรวจสอบและแก้ไขร่างสัญญาสัมปทานทุกประเภท
  - 7) ในการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานควรกำหนดตามลักษณะของสัญญาสัมปทานว่า หากเป็นสัญญาสัมปทานเพื่อกรบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคที่มีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะก็ควรนำข้อพิพาทให้ศาลปกครองเป็นผู้พิพากษาข้อพิพาทนั้น และหากสัญญาสัมปทานเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็ให้นำข้อพิพาทนั้นให้แก่ศาลยุติธรรมหรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท
  - 8) กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานไว้เป็นการเฉพาะ โดยต้องกำหนดให้มีคุณวุฒิ ความรู้ ความสามารถ และต้องเป็นผู้มีความชำนาญทางด้านกฎหมายมหาชนเท่านั้น
- แนวความคิดเรื่องการตรากฎหมายสัญญาสัมปทานนั้นได้ให้ความสำคัญกับรูปแบบของพระราชบัญญัติสัญญาสัมปทานในส่วนที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของสัญญาสัมปทานโดยมีคำอธิบายดังนี้

#### 1. กำหนดคำนิยามของสัญญาสัมปทาน

โดยแยกเป็นคำนิยามของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและคำนิยามของสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งนี้การกำหนดคำนิยามของสัญญาสัมปทานได้กำหนดตามลักษณะการแบ่งประเภทของสัญญาสัมปทานที่สอดคล้องตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เนื่องจากประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดกิจการที่มีลักษณะของกิจการที่กระทบต่อความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชนและเป็นกฎหมายที่

คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก การกำหนดประเภทของสัญญาสัมปทานดังกล่าวยังส่งผลให้เกิดการแบ่งเขตอำนาจศาลได้อย่างชัดเจน และการกำหนดคำนิยามของสัญญาสัมปทานทำให้สามารถแยกลักษณะของสัญญาสัมปทานออกจากสัญญาทางแพ่งได้อย่างชัดเจน

2. การกำหนดให้ใช้นิติวิธีในการทำสัญญาสัมปทานต้องเป็นนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนเท่านั้น

นิติวิธี (Methode Juridique) หมายถึง แบบแผนของการคิดวิเคราะห์ห้อย่างเป็นระบบในแนวทางของกฎหมาย ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติวิธีของกฎหมายมหาชนและนิติวิธีของกฎหมายเอกชนซึ่งมีความแตกต่างกันตามหลักของกฎหมายและไม่สามารถนำนิติวิธีของกฎหมายมาใช้ร่วมกันได้

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้ศึกษาขอศึกษาในเรื่องของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนเท่านั้น เนื่องจากเป็นนิติวิธีที่จะนำมาใช้กับสัญญาสัมปทาน นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน หมายถึง แบบแผนการคิดวิเคราะห์ หรือการพิจารณาปัญหาอย่างเป็นระบบในเรื่องกฎหมายมหาชนตามหลักกฎหมายมหาชน แยกได้ 2 ประเภท คือ

### 3. นิติวิธีเชิงปฏิเสธ

นิติวิธีเชิงปฏิเสธ คือ การห้ามนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงกับปัญหาในเรื่องของกฎหมายมหาชนหากนำหลักกฎหมายเอกชนมาบังคับใช้กับปัญหาของกฎหมายมหาชนจะเป็นการขัดกันของกฎหมายเพราะแนวความคิดในเรื่องของหลักกฎหมายมหาชนที่ยึดหลักประโยชน์สาธารณะเป็นหลักย่อมแตกต่างกับหลักกฎหมายเอกชนซึ่งยึดผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนเป็นอย่างชัดเจน หากแต่การนำนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนของประเทศไทยมาใช้บังคับกับข้อปัญหาที่เกิดจากกฎหมายมหาชนนั้นต้องใช้ “นิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ” มาเป็นหลักในการสร้าง “นิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร” ก่อนจึงก่อให้เกิดการขัดแย้งเพราะความไม่ชัดเจนในแนวทางปฏิบัติในช่วงเริ่มแรกของการสร้างหลักนิติวิธีดังกล่าวด้วยเหตุที่นิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพนั้นยึดหลักประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนบุคคลไม่คำนึงถึงความเท่าเทียมกันในของคู่กรณี แต่นิติวิธีในระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นยึดหลักความเท่าเทียมกันของคู่กรณีที่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันแต่ได้แยกให้ฝ่ายปกครองมีฐานะเหนือกว่าเอกชนในฐานะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ปกครองส่วนฝ่ายเอกชนนั้นเป็นผู้อยู่ภายใต้การปกครองของฝ่ายปกครอง ดังนั้นการที่ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าฝ่ายเอกชนจึงนำมาซึ่งการมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าเอกชนในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจกับฝ่ายปกครองและฝ่ายปกครองเองก็ยอมใช้อำนาจนั้นเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อ

สาธารณะมากที่สุดด้วยเช่นกัน แต่สุดท้ายแล้วนิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพและนิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ต่างก็ยอมรับว่าประโยชน์สาธารณะนั้นอยู่เหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชนการใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนกับข้อปัญหาที่เกิดจากกฎหมายมหาชนเป็นวิธีที่ประชาชนได้รับประโยชน์สูงสุด ส่วนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนต่อการดำเนินการอันมิชอบจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองกฎหมายก็มีกำหนดในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะด้วยเช่นกัน

#### 4. นิติเชิงสร้างสรรค์

นิติเชิงสร้างสรรค์ คือ การสร้างหลักกฎหมายมหาชนจากการประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล การประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นนิติวิธีอันสำคัญยิ่งของกฎหมายมหาชนเพราะการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือเอกชนเป็นเรื่องละเอียดอ่อนต่อการแบ่งแยกความแนวความคิดอันจะนำมาซึ่งการล้มเหลวในแนวทางปฏิบัติ และที่สำคัญกฎหมายมหาชนที่ดีหรือที่ประสบผลสำเร็จก็คือ กฎหมายมหาชนที่มีการประสานทั้งการประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้ดำเนินไปด้วยกันได้โดยไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความสำคัญหรือมีสิทธิเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไป ไม่เช่นนั้นแล้วก็จะเกิดความเสียหายตามมา กล่าวคือ ถ้าให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะมากเกินไป กฎหมายมหาชนก็จะกลายเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพิ่มมากขึ้นและสภาพของ “นิติรัฐ” ก็จะลดลง สิทธิเสรีภาพของเอกชนก็จะถูกควบคุมจนหมดไปได้ในที่สุด แต่ถ้าให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนมากเกินไป การบริหารงานของรัฐหรือการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะก็จะเกิดการติดขัด หรือดำเนินไปได้อย่างยากลำบาก และเป็นการยกฐานะของเอกชนให้เท่ากันกับรัฐหรือฝ่ายปกครอง

เหตุผลที่สำคัญของการกำหนดนิติวิธีในการทำสัญญาสัมปทานดังกล่าวว่าจะต้องใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนเท่านั้น สืบเนื่องจากการในอดีตที่ผ่านมาการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานมักใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานอยู่ภายใต้การบังคับของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งบัญญัติขึ้นมาเพื่อการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางแพ่งเป็นหลักยังมีได้แบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานไว้เป็นการเฉพาะจึงทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องใช้นิติวิธีทางกฎหมายแพ่งอันเป็นการขัดกับหลักกฎหมายมหาชน ดังนั้น เมื่อมีการแบ่งประเภทของสัญญาสัมปทานที่ยึดตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 แล้วก็ย่อมต้องกำหนดการ

ใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนที่บัญญัติแบ่งแยกการใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนออกจากนิติวิธีทางกฎหมายแพ่งทั้งนี้ก็เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายมหาชนและเป็นที่ยอมรับในการเข้าทำสัญญากับนักลงทุนชาวต่างประเทศอีกด้วย

#### 5. การก่อให้เกิดสัญญาสัมปทาน

โดยแยกเป็นการก่อให้เกิดสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและการก่อให้เกิดสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การกำหนดรายละเอียดถึงการก่อให้เกิดสัญญาสัมปทานดังกล่าวทำให้ทราบถึงลักษณะและจุดประสงค์ รวมทั้งประโยชน์ของสัญญาสัมปทานที่จัดทำขึ้น ซึ่งการกำหนดรายละเอียดของการก่อให้เกิดสัญญาสัมปทานนี้จะประโยชน์ในแง่ของการตรวจสอบความโปร่งใสในการก่อให้เกิดสัญญาว่าโครงการสัมปทานที่เกิดขึ้นโครงการใดเป็นโครงการที่เกิดขึ้นตามความต้องการของสาธารณชนที่แท้จริงหรือโครงการใดเกิดขึ้นตามเชิงนโยบายของฝ่ายปกครองเท่านั้น

6. สัญญาสัมปทานต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบหรือผู้มีอำนาจในการเข้าทำสัญญาเป็นสำคัญ

การกำหนดในเรื่องของการทำสัญญาสัมปทานให้ต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้นมีจุดประสงค์เพื่อให้สัญญาสัมปทานมีรูปแบบในการทำสัญญาที่เป็นสากล เป็นหลักฐานที่คู่สัญญาไม่อาจเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญา แต่ยังคงไว้ซึ่งเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยอมรับและสามารถนำสัญญาสัมปทานที่เป็นหนังสือนั้นยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับบุคคลภายนอกที่มีได้เป็นคู่สัญญาอีกด้วย

ส่วนการที่กำหนดให้หนังสือสัญญาของสัญญาสัมปทานต้องมีการลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบหรือผู้มีอำนาจในการเข้าทำสัญญานั้นก็เพื่อให้หนังสือสัญญาสัมปทานนั้นสมบูรณ์หากผู้ที่ลงลายมือชื่อมิใช่ผู้รับผิดชอบหรือผู้มีอำนาจในการเข้าทำสัญญาตามที่กฎหมายให้อำนาจสัญญาสัมปทานนั้นย่อมเป็นสัญญาสัมปทานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะนำมาสู่แนวทางในการตรวจสอบความถูกต้องของสัญญาสัมปทานนั้น

7. ทุกขั้นตอนทั้งก่อนและหลังการเข้าทำสัญญาให้ทำโดยเปิดเผยสามารถตรวจสอบได้

การกำหนดให้เปิดเผยขั้นตอนในการเข้าทำสัญญาสัมปทานเป็นแนวทางในการตรวจสอบในเรื่องของขั้นตอนการดำเนินการของโครงการสัมปทานนั้น ๆ ว่าเป็นไปในแนวทางที่มีการระบุไว้ในจุดประสงค์ของการก่อให้เกิดสัญญาสัมปทานหรือไม่ เพียงใด หากขั้นตอนกระบวนการใดในสัญญาสัมปทานมิได้เป็นไปตามที่กำหนดไว้แต่แรกก็ให้มีข้อกำหนดโทษในการ

แก้ไขในขั้นตอนนั้น ๆ การตรวจสอบนี้ไม่จำกัดเฉพาะหน่วยงานหรือองค์กรใด องค์กรหนึ่ง แต่ต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของเงินภาษีสามารถตรวจสอบได้เช่นเดียวกัน โดยในแต่ละขั้นตอนของการดำเนินการตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวจะต้องมีการเผยแพร่ให้ประชาชนได้รับรู้ และต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนรวมทั้งสำรวจพึงพอใจในการดำเนินโครงการตามสัญญาสัมปทานนั้นเป็นระยะเพื่อนำผลสำรวจเหล่านั้นมาปรับปรุงการดำเนินโครงการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

8. กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรือคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจในการตรวจสอบและแก้ไขร่างสัญญาสัมปทานทุกประเภท

การกำหนดกำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรือคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจในการตรวจสอบและแก้ไขร่างสัญญาสัมปทานได้นั้นมีจุดประสงค์เพื่อให้หน่วยงานหรือผู้ที่มีความรู้ความสามารถในเรื่องข้อกฎหมายที่แท้จริงเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบและแก้ไขร่างของสัญญาสัมปทาน ผู้ที่มีความรู้ความสามารถเหล่านั้นจะเป็นตัวแทนของประชาชนที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของสัญญาสัมปทานที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เป็นการป้องปรามผู้ที่คิดทุจริตเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากโครงการสัมปทานทั้งนี้ก็เพื่อความคงไว้ซึ่งการรักษาประโยชน์สาธารณะ

9. ในการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานควรกำหนดตามลักษณะของสัญญาสัมปทาน

ซึ่งกำหนดว่าหากเป็นสัญญาสัมปทานเพื่อการบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคที่มีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะก็ควรนำข้อพิพาทให้ศาลปกครองเป็นผู้พิพากษาข้อพิพาทนั้น และ หากสัญญาสัมปทานเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติก็ให้นำข้อพิพาทนั้นให้แก่ศาลยุติธรรมหรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท การกำหนดถึงวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามลักษณะของสัญญาสัมปทานนั้นเป็นการกำหนดที่ทำให้มีการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลและการกำหนดสัญญาสัมปทานเพื่อการบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคที่มีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะให้นำข้อพิพาทให้ศาลปกครองเป็นผู้พิพากษาเท่านั้นเป็นผู้ระงับข้อพิพาทและปฏิเสธอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายภายในที่ทำให้ประเทศไทยไม่ต้องผิดข้อบังคับจากการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Geneva Convention, New York Convention ) เนื่องจากในอนุสัญญา New York Convention ที่เป็น “แม่บท” ของการอนุญาโตตุลาการกำหนด “ข้อยกเว้น” การห้าม

อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของรัฐไว้เป็นการเฉพาะหากปรากฏว่ามีกฎหมายภายในของประเทศภาคีอนุสัญญาฉบับนั้นห้ามมิให้ระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน โดยอนุญาโตตุลาการก็ให้ยึดตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ซึ่งข้อความดังกล่าวได้กำหนดไว้ใน Article II(1) ซึ่งกำหนดว่ารัฐคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติให้มีการใช้อนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นจากเจตจำนงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ

10. กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานไว้เป็นการเฉพาะ

การกำหนดเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานนั้นต้องกำหนดให้มีคุณวุฒิ ความรู้ ความสามารถ และต้องเป็นผู้มีความชำนาญทางด้านกฎหมายมหาชนเท่านั้น ทั้งนี้เรื่องการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 หมวดสัญญาสัมปทานซึ่งผู้ศึกษาได้ร่างข้อกำหนดในเรื่องของคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้โดยละเอียดไว้ในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 หมวดสัญญาสัมปทานในภาคผนวกไว้แล้ว

จากแนวทางการแก้ไขดังกล่าวผู้ศึกษามีความคิดเห็นว่าเป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยแท้จริง การเข้าทำสัญญาสัมปทานต้องมีความรัดกุมและคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก รวมทั้งการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาสัมปทานก็เป็นการตรวจสอบความโปร่งใสของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อำนาจในการเข้าทำสัญญาเป็นป้องกันการทุจริตต่อหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้อีกทางหนึ่งด้วย ในการนี้ผู้ศึกษาขอเสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานไว้เป็นสังเขป เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการก่อให้เกิดสัญญา และในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานไว้ในภาคผนวก

### 8.3 ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ทั้งการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางแพ่งและข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทาน โดยการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ยังมีได้แบ่งแยกสัญญาสัมปทานออกจากสัญญาทางแพ่งซึ่งมีความแตกต่างกันในเรื่องของหลักกฎหมาย จึงทำให้มีปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาแนวทางการปฏิบัติ ซึ่งในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้มีการบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 ความว่า “ในสัญญา

ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา” จากการทำบัญชีมาตราดังกล่าวเป็นการบัญญัติที่เป็นกฎหมายทั่ว ๆ ไปไม่ได้แบ่งแยกสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองออกจากกัน ดังนั้นการที่จะนำอนุญาโตตุลาการมาชี้ขาดข้อพิพาทสัญญาทางปกครองนั้นก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการด้วยกัน ดังนั้นเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ให้มีความสอดคล้องกับการที่ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องใช้อนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทาน และเพื่อให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2547 และคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ.2547 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนวทางแก้ไขดังนี้

1. จำนวนอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองควรเป็นเลขคู่และมีจำนวนมากกว่า 5 คนขึ้นไปและในจำนวนนั้นต้องมีผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในขอบเขตของกฎหมายมหาชนด้วยอย่างน้อย 2 คน ทั้งนี้ก็เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปตามวิธีทางหลักกฎหมายมหาชนซึ่งการกำหนดในเรื่องของจำนวนอนุญาโตตุลาการที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในขอบเขตของกฎหมายมหาชนดังกล่าวเป็นการกำหนดเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญเหล่านั้นช่วยกันนำความรู้ความสามารถที่มีอยู่มาใช้เป็นหลักในการวิเคราะห์เพื่อชี้ขาดข้อพิพาททั้งนี้เพื่อคงไว้ซึ่งประโยชน์แห่งสาธารณะ

2. การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะจึงทำให้การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจของคู่สัญญาซึ่งอาจจะกำหนดผู้ที่มาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการตามแต่ความพึงพอใจของตน ทั้งนี้การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ให้อำนาจคู่สัญญาเป็นผู้กำหนดผู้ที่มาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเป็นการให้อิสระแก่คู่สัญญาซึ่งในสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญาเป็นเอกชนที่มีฐานะเท่าเทียมกันในด้านกฎหมายย่อมกระทำได้เป็นการปกติเพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทั้งสองฝ่ายย่อมต้องเลือกบุคคลที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการตามแต่ที่เห็นว่าบุคคลดังกล่าวย่อมรักษาซึ่งผลประโยชน์แห่งฝ่ายคู่สัญญาโดยอนุญาโตตุลาการเหล่านั้นสามารถที่จะใช้อำนาจชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดและคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ตกลงที่จะผูกพันข้อชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการที่การชี้ขาดนั้นด้วย หากแต่ในสัญญาสัมปทาน คู่สัญญาในสัญญาสัมปทานมิได้มีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกันเหมือนดังเช่นคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่ง โดยที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีฐานะทางกฎหมายที่

เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในฐานะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ปกครองและฝ่ายเอกชนเป็นผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ดังนั้นการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานจึงควรที่จะมีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ก็เพื่อให้ผู้ที่มาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเป็นที่เชื่อถือและได้รับความยอมรับในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานทำให้เกิดความกังขาในเรื่องของความเป็นกลางและการนำหลักกฎหมายมหาชนมาปรับใช้กับข้อพิพาททางสัญญาสัมปทานได้ คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองควรมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ต้องไม่เป็นผู้ถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดให้ระวางโทษติดคุกในคดีเกี่ยวกับชกยอกทรัพย์ ฟอกเงิน หรือคดีอื่นใดที่มีโทษทางอาญาที่เกี่ยวกับทรัพย์

(2) ต้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในขณะนั้น

(3) ต้องไม่เป็นผู้ไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมหรือเป็นบุคคลล้มละลาย

(4) เป็นผู้มีอายุตั้งแต่ 35 ปีขึ้นไป

(5) รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครองไม่น้อยกว่าสามปีหรือ

(6) รับราชการหรือเคยรับราชการเป็นพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนหรือเลขานุการกรรมการร่างกฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่น้อยกว่าสามปีหรือ

(7) เป็นหรือเคยเป็นอาจารย์ผู้สอนประจำคณะนิติศาสตร์ในสาขาวิชากฎหมายมหาชน ในสถาบันอุดมศึกษาไม่น้อยกว่าสามปีหรือ

(8) สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทสาขากฎหมายมหาชน และเป็นข้าราชการหรือพนักงานในหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับงานด้านกฎหมายนับตั้งแต่สำเร็จการศึกษาระดับดังกล่าวไม่น้อยกว่าสามปี หรือสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกสาขากฎหมายมหาชน และเป็นข้าราชการ หรือพนักงานในหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับงานด้านกฎหมายนับตั้งแต่สำเร็จการศึกษาระดับดังกล่าวไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานดังกล่าวมีนัยสำคัญดังต่อไปนี้

1) การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องของการที่ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องไม่เป็นผู้ถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดให้ระวางโทษติดคุกในคดีเกี่ยวกับชกยอกทรัพย์ ฟอกเงิน หรือคดีอื่นใดที่มีโทษทางอาญาที่เกี่ยวกับทรัพย์นั้น เป็นการป้องกันบุคคลที่มีเจตนาที่สื่อถึงความทุจริตในด้านการเงินถึงขนาดที่ถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดให้ระวางโทษติดคุกในคดีที่เกี่ยวกับทรัพย์ดังกล่าว ซึ่งหากนำบุคคลเหล่านี้มาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญา



สัมปทานก็จะเกิดความกังขาในเรื่องของการทำคำชี้ขาดว่าจะเป็กลางและตั้งต้นอยู่ในหลักแห่งความยุติธรรมและหลักสุจริตหรือไม่ เพียงใด ด้วยเหตุที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะดังนั้นบุคคลที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานจำเป็นต้องเป็นบุคคลที่ไม่มีประวัติอันน่าจะนำมาซึ่งเหตุแห่งความกังขาในเรื่องที่กล่าวมาข้างต้น

2) การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องของการที่ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในขณะนั้น เนื่องจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานเป็นบุคคลที่จะมาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่มีผลประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องปราศจากการแทรกแซงทางด้านการเมืองและการเอื้ออำนาจทางด้านต่าง ๆ เพื่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานเรื่องของการที่ผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในขณะนั้นเป็นการตัดสิทธิผู้ที่มีตำแหน่งทางการเมืองในขณะนั้นมิให้มาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานเพื่อเป็นการตัดวงจรการคอร์รัปชันในการใช้อำนาจหน้าที่มาเอื้อประโยชน์ให้แก่ตัวเองและพวกพ้อง

3) การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องของการที่ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องไม่เป็นผู้ไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมหรือเป็นบุคคลล้มละลาย ด้วยเหตุที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์แห่งสาธารณะและบางครั้งสัญญาสัมปทานก็เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นกับฝ่ายเอกชนที่เป็นนักลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้นการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานเรื่องที่ต้องไม่เป็นผู้ไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อบุคคลผู้ที่มาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการมีสิทธิตามกฎหมายที่จะทำคำชี้ขาดข้อพิพาทโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนในการที่กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในเรื่องที่ห้ามบุคคลล้มละลายเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นก็เพื่อให้เกิดความมั่นใจต่อการใช้แนวความคิดที่จะพิจารณาถึงหลักแห่งประโยชน์สาธารณะอันจะไม่นำการเป็นอนุญาโตตุลาการมาใช้ชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อเอื้อให้ตนเองได้รับผลประโยชน์ต่างตอบแทนในการชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานดังกล่าวด้วย

4) การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องของการที่ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องเป็นผู้ที่มีอายุตั้งแต่ 35 ปีขึ้นไป การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในเรื่องของอายุก็เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าบุคคลผู้ที่จะมาทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นผู้ที่มีวุฒิภาวะ คือมีวุฒิที่เหมาะสมในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาททางสัญญาทางปกครองเพราะผู้ที่มีอายุตั้งแต่ 35 ปีขึ้นไป ย่อมเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในหน้าที่การงานที่เพียงพอแก่

การใช้ดุลพินิจพิจารณาในการแก้ไขปัญหาและสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาในการชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างเหมาะสม

5) การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องของการที่ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องรับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งพนักงานคดียุติธรรม พนักงานศาลปกครองไม่น้อยกว่าสามปีหรือรับราชการหรือเคยรับราชการเป็นพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนหรือเลขานุการกรมการร่างกฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่น้อยกว่าสามปี การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานดังกล่าวเป็นการกำหนดเพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะด้านกฎหมายและเป็นผู้ที่ได้รับประสบการณ์ทางด้านหน้าที่การงานทางด้านกฎหมายโดยตรงได้ใช้ความรู้ความสามารถดังกล่าวเป็นส่วนช่วยในการใช้ดุลพินิจพิจารณาในการชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานได้ถูกต้องตามหลักแห่งกฎหมายมหาชน

6) การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องของการที่ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องเป็นหรือเคยเป็นอาจารย์ผู้สอนประจำคณะนิติศาสตร์ในสาขาวิชากฎหมายมหาชน ในสถาบันอุดมศึกษาไม่น้อยกว่าสามปี ด้วยเหตุที่ผู้ที่เป็นอาจารย์สอนหรือเคยเป็นอาจารย์สอนประจำคณะนิติศาสตร์ในสาขาวิชากฎหมายมหาชนเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับในเรื่องของความรู้ความสามารถในการเผยแพร่ข้อกฎหมายและเป็นผู้ที่ทราบเจตนารมณ์ของข้อกฎหมายในกฎหมายมหาชนได้เป็นอย่างดี เนื่องด้วยบุคคลที่เคยเป็นหรือเป็นอาจารย์สอนในวิชากฎหมายมหาชนย่อมต้องศึกษาค้นคว้ากฎหมายมหาชนเพื่อนำมาเผยแพร่แก่นักศึกษาจึงจำเป็นต้องศึกษาค้นคว้ากฎหมายมหาชนในเชิงลึกอีกด้วย

7) การกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องของการที่ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต้องเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทสาขากฎหมายมหาชน และเป็นข้าราชการ หรือพนักงานในหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับงานด้านกฎหมายนับตั้งแต่สำเร็จการศึกษาระดับดังกล่าวไม่น้อยกว่าสามปี หรือสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกสาขากฎหมายมหาชน และเป็นข้าราชการ หรือพนักงานในหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับงานด้านกฎหมายนับตั้งแต่สำเร็จการศึกษาระดับดังกล่าวไม่น้อยกว่าหนึ่งปี เป็นการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานที่ใช้หลักการพิจารณาจากเรื่องของคุณวุฒิทางการศึกษาและประสบการณ์การทำงานทางด้านกฎหมาย ทั้งนี้ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่มิใช่คุณวุฒิทางการศึกษาและประสบการณ์การทำงานทางด้านกฎหมายได้นำความรู้ที่ได้ร่ำเรียนมาเพื่อใช้เป็นหลักในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานและที่สำคัญผู้ที่มีคุณวุฒิทาง

การศึกษาและประสบการณ์การทำงานทางด้านกฎหมายเป็นผู้ที่คู่สัญญาที่เป็นนักลงทุนต่างชาติ มั่นใจในเรื่องของความรู้ความสามารถที่เพียงพอในเรื่องของข้อกฎหมายทั้งในและต่างประเทศที่ เกี่ยวข้องกับการนำมาปรับใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

3. กระบวนพิจารณาและวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่เกิดขึ้นในสัญญาสัมปทานต้องนำหลักกฎหมาย มหาชนมาปรับใช้และต้องดำเนินตามนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนเนื่องจากในปัจจุบันนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 บัญญัติในเรื่องของกระบวนพิจารณาและวินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเป็นตามหลักกฎหมายแพ่ง ดังนั้นหากได้มีการเพิ่มเติมการ อนุญาโตตุลาการในหมวดสัญญาสัมปทานก็ต้องบัญญัติเรื่องกระบวนพิจารณาและวินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทสัญญาสัมปทานตามหลักกฎหมายมหาชนไว้เป็นการเฉพาะ

ดังนั้นจากที่ได้ศึกษาวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของไทยตามที่ ปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยเปรียบเทียบกับ หลักการที่ปรากฏในต่างประเทศ ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยร่าง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในหมวดสัญญาสัมปทานไว้โดยสังเขปในภาคผนวก เพื่อให้เป็น แนวทางในการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในหมวดสัญญาสัมปทานและเพื่อให้เกิดการ ปรับใช้กฎหมายให้ถูกต้องกับปัญหาข้อกฎหมายอันจะนำมาซึ่งความชัดเจนในแนวทางปฏิบัติ ต่อไป

ข้อเสนอแนะที่กล่าวมาทั้งหมดมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตของการ อนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน โดยผู้ศึกษาต้องการแสวงหาวิธีการระงับข้อพิพาทที่ทำให้ ประเทศไทยยังคงไว้ซึ่งการรักษาผลประโยชน์สาธารณะควบคู่ไปกับการบริการสาธารณะ ดังนั้น การร่วมทุนระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองในสัญญาสัมปทานควรซึ่งต้องคำนึงถึงบรรยากาศการ ลงทุนจึงควรเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถเลือกวิธีระงับข้อพิพาทด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นต้อง ปฏิเสธการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานทั้งหมดดังเช่นประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส หากแต่ ต้องมีการจำกัดประเภทของสัญญาสัมปทานว่าสัญญาใดควรให้เป็นอำนาจของศาลเป็นผู้พิพากษา ข้อพิพาทนั้นหรือควรนำข้อพิพาทนั้นให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด และถึงแม้ว่าประเทศไทยได้ เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Geneva Convention, New York Convention ) ยังให้เกิดความ กังขาในเรื่องของการนำข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานให้ศาลเป็นผู้พิพากษาข้อพิพาทดังกล่าวได้ อย่างไร ก็มีแนวทางแก้ไขโดยต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานปฏิเสธการ

อนุญาโตตุลาการไว้เป็นกฎหมายภายในและในการร่างสัญญาสัมปทานก็ต้องทำเป็นข้อยกเว้นว่าจะไม่ใช่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทด้วย แนวความคิดในการแก้ไขปัญหอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานที่ผู้ศึกษาได้นำเสนอในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นแนวความคิดที่ผู้ศึกษาใช้วิธีการคิดในแบบนักกฎหมายมหาชนที่เล็งเห็นถึงความสำคัญของบรรยากาศการลงทุนเพื่อให้ประเทศไทยมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและเพื่อให้ตอบสนองต่อความต้องการบริการสาธารณะที่มีจุดประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะและประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

SPU CHONBURI