

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

ในบทนี้จะศึกษาถึงแนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท และรูปแบบของการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีวิธีการและความเหมาะสมในการนำมาใช้ที่แตกต่างกันไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาททางการลงทุนนั้น ซึ่งเดิมจะเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับรัฐ หรือเอกชนกับเอกชน แต่ปัจจุบันภาครัฐมีความจำเป็นต้องอาศัยการลงทุนและเทคโนโลยีต่างๆ จากภาคเอกชนมากขึ้น เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งในบางครั้งการลงทุนของภาคเอกชนกับหน่วยงานของรัฐดังกล่าวอาจเกิดการปฏิบัติผิดสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้จนเป็นข้อพิพาททางสัญญา ในลักษณะระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้น ซึ่งรูปแบบทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนนี้มีหลากหลายวิธีด้วยกัน เช่น การเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ซึ่งการระงับข้อพิพาทในแต่ละวิธีมีข้อดีและข้อเสียต่างกันไป นอกจากนี้ ได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ทั้งกรณีประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการแบ่งสัญญาออกเป็นสัญญาทางแพ่ง และสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับลักษณะของสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนต่อไป (“สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน” ตามรายงานการศึกษานี้ ให้หมายถึง “สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน” ด้วย)

2.1 แนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

การลงทุนจากภาคเอกชนเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่มีส่วนช่วยในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้มีความเจริญก้าวหน้าและยังเป็นถ่ายทอดเทคโนโลยีต่างๆ ให้แก่ภาครัฐอีกด้วย แต่ในการลงทุนดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการลงทุนจากภาคเอกชนในประเทศหรือต่างประเทศก็อาจเกิดข้อพิพาทขัดแย้งทางสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโลกปัจจุบันซึ่งการลงทุนมีการขยายตัวมากขึ้นและมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นและไม่ได้จำกัดอยู่เพียงผู้ลงทุนภายในประเทศเท่านั้น ยังรวมถึงผู้ลงทุนจากต่างประเทศที่นิยมไปลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนอื่นอีกด้วย รูปแบบของการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจึงเป็นสิ่งสำคัญในการดึงดูดผู้ลงทุนต่างๆ ให้เข้าทำสัญญากับภาครัฐ โดยวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมสำหรับ

ผู้ลงทุนนั้นควรมีลักษณะ เป็นธรรม (Fair) รวดเร็ว (Speedy) ประหยัด (Cheap) มีกลไกการบังคับ ที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism) มีการรักษาความลับหรือมาตรการป้องกัน ความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท (Measure Against Bad Publicity) และการรักษาสัมพันธภาพ ระหว่างคู่ความ (Preservation of Relationship)¹

(1) เป็นธรรม (Fair)

การสร้างความเป็นธรรม คือ ไม่ว่าจะจะเป็นความเป็นธรรมที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันเอง หรือมีคนกลางเข้ามาดำเนินการให้เกิดข้อตกลงขึ้นก็ตาม จะต้องมีความสมดุลลงตัวทุกด้านและเป็น กลางอย่างแท้จริงจนเป็นที่พอใจของทุกฝ่าย และทำให้ทุกฝ่ายเกิดความปรองดองกัน ได้และระงับ ข้อพิพาททั้งหมดไม่ว่าจะเป็นเรื่องในอดีต ปัจจุบัน หรือในอนาคตก็ตาม

(2) รวดเร็ว (Speedy)

ความรวดเร็วมีส่วนสำคัญยิ่งกับข้อพิพาท เพราะความล่าช้าอาจทำให้พยาน หลักฐาน ต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคล เอกสาร วัตถุ และข้อมูลต่างๆ สูญหายไป ได้ หรือการจดจำเหตุการณ์ ของคนต้องเลือนหายไป ด้วยระยะเวลาที่ยาวนานของการพิจารณาคดีและเป็นเหตุให้การ สืบพยานหลักฐานต้องประสบกับปัญหาของความไม่ถูกต้องแท้จริงแห่งการพิจารณาคดี อีกทั้งทำให้ค่าใช้จ่าย ค่าเสียหาย และค่าสินไหมทดแทนเพิ่มสูงขึ้น

(3) ประหยัด (Cheap)

หมายถึง ประหยัดเวลา ประหยัดค่าใช้จ่ายของคู่ความในการเข้ามาดำเนินการระงับ ข้อพิพาทเป็นการรักษาประโยชน์สูงสุดของคู่ความ ทำให้เสียหายน้อยที่สุดและต้องคุ้มค่ามากที่สุด

(4) มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ

มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism) เป็นกรณี ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการระงับข้อพิพาทเสร็จสิ้นลงแล้ว จึงมีการบังคับให้เป็น ไปตามข้อตกลง ของการระงับข้อพิพาทนั้นซึ่งหมายถึงการบังคับคดีให้คู่กรณีปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ ในการระงับข้อพิพาทจะต้องมีสภาพบังคับที่เป็น ไปได้ มีผลบังคับที่เป็นรูปธรรมและทุกฝ่ายยอมรับได้ โดยจะทำให้ส่งผลถึงความเชื่อมั่นในระบบและในการปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นด้วย

(5) มีการรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท

การรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท (Measure Against Bad Publicity) หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่ดีที่สุดควรจะรักษาความลับของคู่พิพาทไว้ได้

¹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ. (2540). การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ. รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 308.

โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงไม่ว่าจะเป็นตัวบุคคลหรือชื่อเสียงทางธุรกิจการค้า และไม่ให้เสียอำนาจต่อรองในอนาคต โดยเฉพาะความลับในทางธุรกิจการค้าแล้วบางครั้งจะมีความลับสุดยอดเสียยิ่งกว่าสิ่งใดๆ ทั้งปวง ถ้าเปิดเผยออกไปอาจนำมาซึ่งความเสียหายหรือความเสียหายเปรียบของธุรกิจการค้านั้นได้ อีกทั้งชื่อเสียง หรือ Goodwill อาจได้รับการยอมรับน้อยลง²

(6) การรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่ความ

การรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่ความ (Preservation of Relationship) หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่เป็นอุดมคติควรจะมุ่งส่งเสริมให้เกิดสัมพันธ์ภาพอันดีระหว่างคู่ความควบคู่กันไป โดยการสร้างบรรยากาศที่เป็นกันเองเรียบง่ายและเป็นมิตร ไม่สร้างความกดดัน แต่ทุกฝ่ายควรอาศัยความอะลุ่มอล่วยต่อกัน เพื่อให้คู่กรณีกลับมามีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน และสามารถดำเนินการตามสัญญาหรือค้าขายต่อกันไปได้ ดังนั้น การสร้างโอกาสให้มีการตกลงกันอย่างอิสระไม่เคร่งครัดตัวบทกฎหมายมากนักและทำให้ง่ายแก่การตัดสินใจ ในการระงับข้อพิพาทซึ่งจะเป็นการดีต่อสังคม เนื่องจากการที่ให้คนในสังคมสามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วยตนเองจะเกิดความภาคภูมิใจและความสมัครสมานสามัคคีขึ้นในสังคมเสริมสร้างความสงบสุขสร้างความแข็งแกร่งให้แก่สังคมและชุมชนได้

2.2 ลักษณะของข้อพิพาททางการลงทุน

การลงทุน (Investment) นั้นมีความหมายหลายประการด้วยกัน ขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายและขอบเขตที่เกี่ยวข้อง โดยในทางเศรษฐศาสตร์อาจอธิบายได้ว่า การลงทุนเกิดขึ้นเมื่อมีการซื้อทรัพย์สินซึ่งจะเป็นทรัพย์สินที่มีตัวตนหรือไม่ก็ตาม³ ผู้ลงทุนจะได้รับการตอบแทนในรูปของรายได้หรือกำไร หรือทั้งสองอย่างโดยการลงทุนแบ่งออกเป็น การลงทุนทางบริโภค (Consumer Investment) การลงทุนทางธุรกิจ (Business of Economic) และการลงทุนทางการเงิน (Financial or Security Investment) ในทางกฎหมาย “การลงทุน” หมายถึง การนำเอาเงินหรือทุน มาจัดการเพื่อจะให้เกิดมีรายได้หรือผลกำไรจากการจัดการนั้น นอกจากนั้นแล้วในกฎหมายการลงทุนของบางประเทศ หรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนก็มักจะให้ความหมาย

² สุรเชษฐ์ เฌรบำรุง. (2552). ปัญหาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีผู้บริโภค : ศึกษาเฉพาะกรณีการไกล่เกลี่ยในชั้นคณะกรรมการผู้บริโภค. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 11.

³ คณะทำงานโครงการรวบรวมกฎหมายด้านการส่งเสริมการลงทุน. (2549). สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. รายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการรวบรวมกฎหมายด้านการส่งเสริมการลงทุน. หน้า 2.

“การลงทุน” ที่ปรากฏในกฎหมายหรือความตกลงนั้นไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ ก็เพื่อวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายหรือความตกลงนั้นๆ⁴

สำหรับความหมายของคำว่า “ข้อพิพาททางการลงทุน” นั้น ยังไม่มีกฎหมายใดบัญญัตินิยามไว้โดยเฉพาะ แต่คณะกรรมการบริหารของธนาคารโลกได้ให้คำอธิบายไว้ในรายงานแนบท้ายอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States, 1965) สรุปได้ว่า ลักษณะของข้อพิพาทต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้น โดยตรงจากการลงทุน ส่วนคำว่า “ข้อพิพาททางกฎหมาย” หมายถึง “การขัดแย้งเกี่ยวกับสิทธิภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) ไม่เพียงแต่ขัดแย้งเกี่ยวกับผลประโยชน์เท่านั้น โดยข้อพิพาทต้องเกี่ยวกับการมีสิทธิทางกฎหมายหรือขอบเขตของสิทธิหน้าที่ทางกฎหมายหรือเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำผิดหน้าที่”⁵

เดิมข้อพิพาททางการลงทุนนั้นมักจะเกิดขึ้น 2 ลักษณะ คือ เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ และข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ต่อมาเมื่อถึงยุคเฟื่องฟูของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ จึงปรากฏมิติใหม่ของข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนขึ้น ซึ่งมีวิธีการระงับข้อพิพาทที่ซับซ้อนและยุ่งยากกว่าข้อพิพาทในลักษณะเดิม⁶ เช่น กรณีข้อพิพาทที่เกิดจากการให้สัมปทานของรัฐหรือการลงทุนจากต่างประเทศซึ่งมักมีความยุ่งยากมากขึ้นในกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเพราะอาจมีการเข้าแทรกแซงทางการเมืองของรัฐที่เกี่ยวข้องได้⁷ เมื่อพิจารณาในแง่ของความสัมพันธ์ของข้อพิพาทดังกล่าว สามารถแบ่งลักษณะของข้อพิพาทได้เป็น 3 กรณี คือ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน และข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน

⁴ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Board Of Investment: BOI). สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. หลักการส่งเสริมการลงทุน (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก: <http://www.boi.go.th/index.php?page=index&language=th>. [2555, 20 สิงหาคม].

⁵ โชติรส เพศประเสริฐ. (2545). สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย – จีน : วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 111.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 112-115.

⁷ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2554). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

2.2.1 ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ (Disputes between States)

ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความขัดแย้งระหว่างรัฐ โดยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอาจเป็นข้อพิพาททางกฎหมาย (Legal Disputes) หรือข้อพิพาททางการเมือง (Political Disputes) หรือข้อพิพาทในลักษณะอื่นๆ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น รัฐในฐานะบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศอาจใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ในลักษณะที่ไม่เป็นอันตรายแก่สันติภาพ ความมั่นคงระหว่างประเทศและความยุติธรรม⁸

2.2.2 ข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน (Disputes between Private Enterprises)

เมื่อมีข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศที่เป็นความขัดแย้งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐ กฎหมายที่ใช้ก็เป็นกฎหมายภายในของรัฐหรือเป็นไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทตกลงเลือก แต่เนื่องจากข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เพราะมีความเกาะเกี่ยวกับสัญชาติของเอกชนตั้งแต่ 2 สัญชาติขึ้นไป ดังนั้น จึงต้องนำกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายมาใช้บังคับด้วย อย่างไรก็ตาม สถานะของคู่พิพาทยังเท่าเทียมกัน ความซับซ้อนยุ่งยากในการระงับข้อพิพาทจึงยังมีไม่มากนัก⁹

2.2.3 ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Disputes between States and Nationals of other States)

เมื่อพิจารณาลักษณะข้อพิพาททั้งสองลักษณะข้างต้นแล้ว คู่พิพาทในแต่ละลักษณะจะมีสถานะที่เท่าเทียมกัน แต่ข้อพิพาทหลังยุคสงครามโลกครั้งที่สองมักเป็นข้อพิพาทที่คู่พิพาทมีสถานะไม่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เพราะฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนซึ่งกลายเป็นมิติใหม่ ของข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ยุ่งยากซับซ้อน ข้อพิพาทเหล่านี้จะเกิดจากสัญญาที่เกี่ยวกับพัฒนาการทางเศรษฐกิจ (Economic Development Agreement)¹⁰ เช่น The Tran – Consortium Agreement ที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1954 ระหว่างรัฐบาลอิหร่านและบริษัทน้ำมันอิหร่านแห่งชาติ ฝ่ายหนึ่งกับบริษัทที่อยู่ในรูปกิจการร่วมค้าระหว่างสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อสำรวจ ผลิต และกลั่นน้ำมัน, India – Vacuum Oil Company Agreement ที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1952 ระหว่างรัฐบาลของอินเดีย และ The Standard Vacuum Oil Company เพื่อสร้างโรงกลั่นน้ำมัน และ The Ghana – Valco Agreement ที่ทำขึ้นในปี ค.ศ. 1960 ระหว่างรัฐบาลของกานา และ The Volta Aluminium Company ซึ่งเป็นกิจการร่วมค้าในรูป Consortium ระหว่างบริษัทในอเมริกา และบริษัทในแคนาดาเพื่อก่อสร้างและดำเนินการเกี่ยวกับโรงงานถลุงแร่อะลูมิเนียม เป็นต้น

⁸ Article 2 (3) of Charter of the United Nations. ดูโชติรส เพศประเสริฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 112.

⁹ Article 2 (3) of Charter of the United Nations. ดูโชติรส เพศประเสริฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 114.

¹⁰ Article 2 (3) of Charter of the United Nations. ดูโชติรส เพศประเสริฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 115.

2.3 รูปแบบทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาททางการลงทุน

โดยปกติแล้วเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่พิพาทมักจะพยายามทำให้ข้อพิพาทนั้นสิ้นสุดโดยเร็ว ซึ่งอาจจะโดยการตกลงกันเองหรือโดยมีคนกลางเข้าไปช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว แต่ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้คู่กรณีก็อาจจะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล สำหรับแนวทางในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์(Commercial) หรือธุรกิจ(Business) ที่ใช้อยู่ในประเทศต่าง ๆ เป็นส่วนใหญ่รวมทั้งทางปฏิบัติที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน¹¹ มีดังนี้

2.3.1 การประนีประนอมหรือการเจรจา

การประนีประนอมหรือการเจรจา เป็นวิธีการหนึ่งในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีทางทางการทูต และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นพื้นฐานที่สุด ที่รัฐมักจะใช้เป็นวิธีการแรกในการระงับข้อพิพาท โดยที่คู่พิพาทยังคงมีอำนาจควบคุมและดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดได้ คู่พิพาทอาจจะยอมรับหรือไม่ยอมรับข้อเสนอมในการระงับข้อพิพาทก็ได้ การประนีประนอมหรือการเจรจานี้จะมีลักษณะเช่นเดียวกับวิธีการประนีประนอม (Compromise)¹² ยอมความกันระหว่างคู่พิพาท ซึ่งทั้งสองฝ่ายอาจจะตกลงกันที่จะระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งของตนที่มีอยู่หรือมีขึ้นให้เสร็จสิ้นไป โดยต่างฝ่ายต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน ซึ่งในทางระหว่างประเทศนั้นก็คือวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีโดยไม่มีฝ่ายใดฝ่ายเสีย และจะแตกต่างไปจากวิธีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ หรือศาลที่มีการชี้ขาดว่าใครถูกใครผิด โดยวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอมหรือการเจรจานี้ คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะได้ทำการประนีประนอมร่วมกันในเรื่องของผลประโยชน์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยจะไม่มีมีการชี้ขาดว่าใครผิดใครถูก และเป็นวิธีการที่ดีที่สุดสำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ เพราะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถประหยัดทั้งเงิน เวลา ค่าใช้จ่าย และการรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันต่อไปภายในข้างหน้า ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมหรือการเจรจานี้ ต้องมีข้อตกลง

¹¹ พรชัย คำนวิวัฒน์. (2550). กฎหมายการค้าและสิ่งแวดลอมระหว่างประเทศ. (ครั้งที่ 2). สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด. กรุงเทพฯ. หน้า 66.

¹² วิธีการประนีประนอม (Compromise) อาจถือเป็นวิธีการกึ่งทางการศาลก็ได้เพราะต้องมืองค์กรที่จะดำเนินการประนีประนอมศึกษาตรวจสอบเรื่องที่พิพาทและเสนอวิธีการแก้ไข แต่ข้อเสนอนั้น ไม่มีผลผูกพันรัฐที่พิพาทกัน ซึ่งจะต่างกับศาล ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1980 มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการแบ่งสรรอาณาเขตทางทะเลของ Iceland กับ Norway ในเรื่องการกำหนดไหล่ทวีปของเกาะจันมาเยที่อยู่ใกล้กับประเทศทั้งสอง ได้มีการตั้งคณะกรรมการประนีประนอม คณะกรรมการประนีประนอมได้ตั้งข้อเสนอและในที่สุดคู่พิพาทก็ตกลงกันได้. พรชัย คำนวิวัฒน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 67.

ระหว่างคู่พิพาทว่าจะระงับข้อพิพาทของตนโดยวิธีการนี้ กล่าวคือต้องมีการตกลงกันระหว่างคู่พิพาทที่จะยุติข้อพิพาทของตนโดยสมัครใจ อาจเป็นการตกลงกันในขณะที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรืออาจตกลงกันในขณะที่ข้อพิพาทยังไม่เกิดขึ้นเป็นการตกลงกันไว้ล่วงหน้าเพื่อระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดในอนาคต ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะพบในความตกลงหรือสนธิสัญญาเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยทั่วไป¹³

2.3.2 การไกล่เกลี่ย

เป็นวิธีการที่บุคคลที่สาม เข้ามาช่วยโน้มน้าวให้คู่พิพาทหันมาเจรจาหาข้อยุติระหว่างกัน ก่อนที่เหตุการณ์จะขยายตัวออกไป โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะพยายามขจัดทำที่ที่แตกต่างกันระหว่างคู่พิพาทให้มากที่สุด ซึ่งวิธีการนี้มีมานานแล้วดังจะเห็นได้จากอนุสัญญากรุงเฮก เพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ ค.ศ. 1899 และ 1907 เป็นต้น¹⁴ โดยการไกล่เกลี่ยจะต้องอาศัยทักษะของผู้ไกล่เกลี่ยในการค้นหาข้อเท็จจริง รวมทั้งอาศัยความน่าเชื่อถือของผู้ไกล่เกลี่ยด้วย (ซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลก็ได้) ประโยชน์ของการใช้วิธีไกล่เกลี่ย คือ เป็นวิธีการที่ไม่เป็นพิธีการมากนัก (informality) และรักษาความลับของคู่พิพาทได้ดี บางครั้งผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะเสนอข้อคิดเห็นของตนให้คู่พิพาทพิจารณาก็ได้ แต่ข้อคิดเห็นนั้นย่อมไม่ผูกพันคู่พิพาท¹⁵ อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ไม่มีใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทจากการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1965 หรือ ICSID Convention) เพราะข้อ 28 ถึงข้อ 35 ของ ICSID Convention ซึ่งต่อไปจะเรียกว่าอนุสัญญา ICSID ให้ใช้วิธีการประนีประนอม และข้อ 36 ถึงข้อ 55 ให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ในสหรัฐอเมริกาก็มีได้ถือว่าวิธีนี้เป็นวิธีปกติในการระงับข้อพิพาททางการค้า เพราะนักธุรกิจการค้าหลายต่อหลายคนไม่คุ้นเคย

¹³ โชติรส เพศประเสริฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 117-118.

¹⁴ กรณีที่มีการใช้การไกล่เกลี่ยที่โด่งดังมากเรื่องหนึ่งคือ การระงับข้อพิพาทกรณีพิพาทที่ซิดีซัดแยงกับอาร์เจนตินาเหนือช่องแคบบีเกิล (Beagle Channel) ซึ่งผู้ที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยในกรณีนี้คือ พระคาร์ดินัล Antonio Samore ในปี ค.ศ. 1977. ดู พรชัย คำนวิวัฒน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 68.

¹⁵ "Preparation of the Draft Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States". Progress report by the Secretary-General, U.N.G.A. Doc. A/AC. 182/L. 68, 12 November 1990. พรชัย คำนวิวัฒน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 68.

กับวิธีการนี้และอาจจะยังไม่สู้ไว้วางใจต่อผู้ที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยด้วย¹⁶ ทั้งนี้วิธีนี้จะช่วยให้คู่พิพาทมีโอกาสที่จะรักษาผลประโยชน์ของตนได้อย่างมาก อันเป็นผลเนื่องมาจากเทคนิคหรือความชำนาญการไกล่เกลี่ยของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นสำคัญ¹⁷ อย่างไรก็ตาม ชาวจีนกลับนิยมใช้วิธีการไกล่เกลี่ยนี้เพราะชาวจีนมีคิดว่าควรจะรักษามิตรภาพกันไว้ และบางครั้งก็ใช้ผสมผสานกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอีกด้วย¹⁸

2.3.3 การประนีประนอม

เป็นการสอบสวนข้อเท็จจริงเพื่อความกระจ่างชัด เพราะบางครั้งคู่พิพาทเองก็เข้าใจข้อเท็จจริงผิดไป อาทิ เข้าใจว่าอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาไม่ยอมยื่นยันกำหนดเวลาที่จะต้องส่งมอบสินค้า ทั้งนี้ฝ่ายที่ถูกกล่าวหาว่าผิดสัญญาได้ส่งคำยืนยันไปแล้วแต่อีกฝ่ายยังไม่ได้รับ นอกจากนั้น การประนีประนอมจะทำให้คู่พิพาทหันหน้าเข้าหากัน เพื่อบรรลุข้อตกลงโดยการเสนอทางออกที่คู่พิพาทยอมรับได้¹⁹ ดังนั้น การประนีประนอมจึงเสมือนกับเป็นการผสมผสานระหว่างการค้นหาข้อเท็จจริง (inquiry) กับการไกล่เกลี่ยไปด้วย ส่วนใหญ่แล้ว การประนีประนอมจะดำเนินการโดยคณะบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมซึ่งกำหนดวิธีพิจารณา (rules of procedure) ของตนเองและมีกำหนดเวลาในการดำเนินการพิจารณาให้เสร็จสิ้นด้วยเพื่อเปิดโอกาสให้คู่พิพาทเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นต่อไป²⁰ โดยข้อเสนอแนะของคณะผู้ประนีประนอมนี้ไม่ผูกพันคู่พิพาท จึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทอีกประการหนึ่งที่นิยมใช้กันในบางประเทศ ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะช่วยรักษาหน้าของทั้งสองฝ่ายโดยมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรู้สึกว่าคุณแพ้หรือชนะ สำหรับประเทศไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 และมาตรา 20 ให้อำนาจศาลพยายามให้คู่ความประนีประนอมยอมความกัน รวมทั้งยังได้มีคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความ พ.ศ. 2539 ซึ่งถือได้ว่าเป็นการประนีประนอมกัน โดยให้ผู้พิพากษาเจ้าของคดีเป็นผู้ทำหน้าที่ประนีประนอม ซึ่งวิธีการประนีประนอมโดยคณะผู้ประนีประนอมที่มีใช้ศาลนั้นยังไม่แพร่หลายนักในประเทศไทย

¹⁶ Kathleen M. Kelly. "Med-Arb and Other Alternatives for Resolving International Commercial Disputes" in Peter Summerfield and Dennis Compbell, edited. "Effective Disputes Resolution for the International Commercial Lawyer" (Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989. โชติรส เพศประเสริฐ. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 5. หน้า 115.

¹⁷ โชติรส เพศประเสริฐ. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 5. หน้า 115-116.

¹⁸ พรชัย คำนววิวัฒน์. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 11. หน้า 63.

¹⁹ พรชัย คำนววิวัฒน์. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 11. หน้า 61.

²⁰ พรชัย คำนววิวัฒน์. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 11. หน้า 67.

2.3.4 อนุญาโตตุลาการ

เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามมาพิจารณาวินิจฉัยและคำวินิจฉัยนั้นผูกพันคู่พิพาทที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด²¹ บุคคลที่สามที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ การใช้ออนุญาโตตุลาการนับได้ว่าเป็นวิธีการที่รู้จักกันดีในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ทั้งนี้ โดยจะต้องคำนึงถึงข้อผูกมัด 3 ประการ คือ มีพันธกรณีที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการประการหนึ่ง อีกประการหนึ่งคือ คู่พิพาทตกลงให้เลือกใช้วิธีการนี้ก่อนที่จะระงับข้อพิพาททางศาล และประการสุดท้าย คือ คู่พิพาทยอมรับผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ²²

ส่วนสาเหตุที่อนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมแพร่หลายนั้นมีด้วยกันหลายประการ²³ คือ ประการที่หนึ่ง คู่พิพาทมีอิสระที่จะไม่ต้องไปศาลหรือใช้วิธีพิจารณาความของศาล ประการที่สองคือ สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้เฉพาะด้านหรือทางเทคนิคได้ ซึ่งทำให้เข้าใจประเด็นที่พิพาทที่เป็นปัญหาทางเทคนิคได้ดีกว่านักกฎหมาย ประการที่สามคือ รักษาความลับได้ดี เพราะการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่เปิดให้ผู้อื่นหรือสาธารณชนเข้าฟัง เว้นแต่บางประเทศอาจมีกฎหมายบังคับให้พิมพ์คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการให้ประชาชนทราบก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง และประการที่สี่ คือ การบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจะง่ายกว่าการบังคับตามคำพิพากษาของศาลในข้อพิพาทระหว่างประเทศหากประเทศที่เกี่ยวข้องต่างเป็นภาคีสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, New York, 10 June 1958) ซึ่งแตกต่างจากการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เพราะคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นจะทำได้ก็โดยอาศัยเหตุผลทางด้านอัยศาสตร์ไมตรี (Comity) เป็นสำคัญ หรือไม่ก็เพราะประเทศที่เกี่ยวข้องมีสนธิสัญญาระหว่างกันในเรื่องนี้ที่เรียกกันว่าความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางศาล

ต่อมา เมื่อแวดวงการค้าระหว่างประเทศนิยมใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการกันแพร่หลายมากขึ้น โดยเฉพาะระหว่างคู่พิพาทที่มาจากประเทศที่มีภาษา วัฒนธรรม และระบบ

²¹ Preparation of the Draft Handbook. ดู พรชัย คำานวิวัฒน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 70.

²² Jonathan Hill. "The Law Relating to International Commercial Disputes" (London : Lloyd's of London Press Ltd., 1994) . ดู พรชัย คำานวิวัฒน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 71.

²³ J. Stewart McClendon & Rosabel E. Everard Goodman, edited. "International Commercial Arbitration in New York" (New York : The World Arbitration Institute, 1986). หน้า 3-4.

กฎหมายที่แตกต่างกัน และคู่พิพาทแต่ละฝ่ายต่างไม่ต้องการระงับข้อพิพาทโดยระบบศาลยุติธรรมในประเทศของคู่พิพาทฝ่ายตรงกันข้าม เพราะเชื่อว่าตนจะเสียเปรียบจากความลำเอียงเข้าข้างคนชาติเดียวกันหรือจากความไม่คุ้นเคยในกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติของประเทศนั้น²⁴ ประกอบกับการจัดทำกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศที่ผ่านมาจะทำในรูปแบบของ “อนุสัญญา (Convention)” ซึ่งวิธีการนี้มีข้อดีในแง่ที่ว่าอนุสัญญามีสถานะในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายฉบับหนึ่ง ประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาแต่ละฉบับย่อมต้องผูกพันปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนั้น เว้นแต่ประเทศนั้นจะได้ทำข้อสงวน (Reservation) เพื่อยกเว้นการปฏิบัติตามข้อกำหนดของอนุสัญญาบางข้อ สำหรับอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่แพร่หลายมาก คือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก (Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, New York, 10 June 1958) แต่ข้อดีของการทำในรูปแบบของอนุสัญญา คือในบางครั้งเป็นการยากที่จะจูงใจให้ประเทศต่างๆ ยอมให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา เนื่องจากแต่ละประเทศต่างเกรงการผูกมัดตามเงื่อนไขของอนุสัญญาและในบางกรณีอาจจะเป็นเรื่องยากที่จะปฏิบัติตามอนุสัญญานั้น และตราบใดที่ประเทศใดยังมีไม่ได้ให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา อนุสัญญาก็จะไม่มี ความหมายใดๆ ต่อประเทศนั้น²⁵ จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นองค์การสหประชาชาติได้ประกาศกฎหมายต้นแบบอนุญาโตตุลาการ เมื่อปี ค.ศ. 1985 โดยเป็นผลงานของคณะทำงานภายใต้คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) ซึ่งใช้เวลาประชุมต่อเนื่องกันเป็นเวลาหลายปี มีผู้แทนจาก 32 ประเทศเข้าร่วมประชุม ผู้สังเกตการณ์จาก 20 ประเทศ และองค์กรระหว่างประเทศ 14 แห่ง โดยในการประชุมมีการถกเถียงกันอย่างมากระหว่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายอื่นเพื่อให้แต่ละฝ่ายคิดคำนึงถึงประเพณีหรือวัฒนธรรมทางกฎหมายของอีกระบบหนึ่งที่แตกต่างไปจากตน อาจกล่าวได้ว่า ยังไม่มีบทบัญญัติระหว่างประเทศใดที่ทำความพอใจให้แก่ทุกคน แต่กฎหมายต้นแบบอนุญาโตตุลาการนี้ถือได้ว่าเป็นผลงานที่ประสบความสำเร็จที่สุดของ UNCITRAL ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงได้เสนอรูปแบบของกฎหมายต้นแบบฯ ขึ้นมาแทนเพื่อให้ประเทศที่สนใจได้เลือกรับเอาไปเป็น

²⁴ ธารทิพย์ จงจักรพันธ์. (2539). กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ. วารสารดุลพาห. กระทรวงยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด. หน้า 33.

²⁵ สรวิศ ลิ้มปรีงยี. (2545). อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เฟิร์ส พับบลิชซิง. หน้า 37.

ตัวอย่างในการบัญญัติหรือการปรับปรุงกฎหมายภายในของตนได้โดยอิสระ²⁶ มีสาระสำคัญอยู่ที่การวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการดำเนินการพิจารณาเรื่องข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไว้เท่านั้น แม้จะมีชื่อเรียกว่าเป็นกฎหมายก็ตาม แต่ไม่มีสภาพบังคับเหมือนกฎหมายทั่วไป แต่เป็นเพียงแนวทางที่ถือปฏิบัติเป็นมาตรฐาน โดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติแนะนำให้ประเทศต่างๆ ทั่วไปประกาศใช้เป็นกฎหมายภายใน โดยไม่มีการบังคับได้ กฎหมายต้นแบบจะถูกยกร่างโดยผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้องจากประเทศต่างๆ ด้วยเหตุที่กฎหมายต้นแบบไม่มีสภาพบังคับ ทำให้การยกร่างมีความสะดวกรวดเร็วกว่าอนุสัญญาทั่วไป²⁷

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ประกอบด้วยบทบัญญัติต่างๆ ทั้งหมด 36 มาตรา แบ่งแยกเป็นหมวดหมู่ ใช้ภาษาที่ง่ายต่อความเข้าใจและได้บัญญัติให้ครอบคลุมและสามารถที่จะแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ โดยแบ่งบทบัญญัติ เป็นดังนี้²⁸

มาตรา 1 ถึงมาตรา 6 เป็นบททั่วไป (General Provisions) เป็นการกล่าวถึงขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย นิยามคำศัพท์ต่างๆ และระบุถึงการช่วยเหลือแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศาล เป็นต้น

มาตรา 7 ถึงมาตรา 9 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) กล่าวคือ รูปแบบและผลของข้อตกลงที่มีผลผูกพันบังคับระหว่างคู่พิพาท

มาตรา 10 ถึงมาตรา 15 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) โดยกล่าวถึงจำนวน วิธีการแต่งตั้ง การคัดค้านและการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 16 ถึงมาตรา 17 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจของตนเอง และการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

มาตรา 18 ถึงมาตรา 27 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (Conduct of Arbitral Proceedings) เช่น อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน การพิจารณาโดยขาดนัด การกำหนดสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการและภาษาที่ใช้ เป็นต้น

²⁶ ธารทิพย์ จงจักรพันธ์. อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 24. หน้า 34.

²⁷ พิมพ์วดี โกมลรัฐติ. (พ.ศ. 2547). การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาการรับกฎหมายต้นแบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมาใช้ในประเทศมาเลเซียและประเทศไทย. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 8.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

มาตรา 28 ถึงมาตรา 33 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำคำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา (Making of Award and Termination of Proceedings)

มาตรา 34 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาด และเหตุผลที่จะเพิกถอน รวมไปถึงการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการและเหตุที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด

มาตรา 35 ถึงมาตรา 36 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการรวมทั้งเหตุผลที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด

สำหรับปัญหาว่าข้อพิพาทประเภทใดบ้างที่คู่สัญญาสามารถกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น มีนักกฎหมายเห็นว่าข้อพิพาทที่จะนำมาให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้ให้พิจารณาตามนโยบายของแต่ละประเทศว่าเห็นสมควรให้ข้อพิพาทประเภทใดบ้างจำต้องได้รับการวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการ²⁹ ซึ่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เคยกำหนดให้ข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้นเสนอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ และหากเป็นข้อพิพาททางอาญาข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 เพราะข้อพิพาททางอาญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนคู่สัญญาจึงไม่สามารถตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกาศใช้บังคับ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 15³⁰ ได้กำหนดให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา แต่ในเรื่องดังกล่าวนี้ได้มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่ควรพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองโดยเฉพาะตามมาตรา 2 และมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งในประเด็นข้อสังเกตนี้อาจเปรียบเทียบกับวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาจ้างแรงงานที่โดยหลักกฎหมายเมื่อเกิดข้อพิพาทตามสัญญาจ้างแรงงาน ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี คือศาลแรงงาน จึงมีปัญหว่าหากคู่สัญญาจ้างแรงงานตกลงกันมอบข้อพิพาทตามสัญญาจ้างแรงงานให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยแล้วข้อสัญญาดังกล่าวจะเป็นผลให้คู่สัญญาไม่อาจนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาลแรงงาน

²⁹ ผาสุก เจริญเกียรติ. (2549) . ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาจ้างแรงงาน.วารสารดุลพินิจ. กระทรวงยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด. หน้า 3.

³⁰ มาตรา 15 ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

ใช่หรือไม่ ในเรื่องนี้มีความเห็นเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนคู่สัญญาจึงไม่อาจตกลงเปลี่ยนแปลงได้ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การตกลงกันมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด เป็นข้อตกลงระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ทำกันได้ และข้อสัญญา อนุญาตตุลาการก็ไม่ใช่ข้อตกลงที่คู่สัญญาร่วมกันยกเว้นกฎหมายคุ้มครองแรงงานอันเป็นกฎหมาย ในส่วนสารบัญญัติ แต่เป็นการตกลงมอบข้อพิพาทให้บุคคลที่มีเขตอำนาจทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท ระหว่างบุคคลตามเจตนาของคู่สัญญา จึงสามารถตกลงกันได้โดยไม่ถือว่าเป็นการตกลงเลือกศาล (Choice of forum)³¹ และได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1460/2548 และ 1958/2548 วินิจฉัยยืนยันว่า คู่สัญญาจ้างแรงงานสามารถตกลงกันให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทแรงงานได้

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการโดยสมัครใจหรือการชี้ขาดโดยสมัครใจ³² ตามมาตรา 22 วรรคสาม กำหนดให้นายจ้างและลูกจ้างอาจตกลงกันตั้งผู้ชี้ขาดข้อพิพาทแรงงานก็ได้ และมาตรา 30 ได้กำหนดให้ คำชี้ขาดโดยสมัครใจมีผลบังคับนับแต่วันที่ได้ชี้ขาดและมีผลเป็นที่สุด โดยพระราชบัญญัติดังกล่าว มิได้มีบทบัญญัติในการฟ้องเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ และมาตรา 131 ยังได้กำหนดโทษจำคุกแก่คู่พิพาท ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยสมัครใจอีกด้วย ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่กำหนดให้คู่พิพาทคัดค้านและเพิกถอนคำชี้ขาดได้ แต่ไม่มี บทกำหนดโทษกรณีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

2.3.5 ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID)

ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID) เป็นสถาบันหนึ่ง ซึ่งทำหน้าที่ดำเนินการ อนุญาตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน ICSID ได้รับการก่อตั้งโดยสมาชิก ของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อบูรณะและการพัฒนา (The International Bank for Reconstruction and Development) หรือที่เรียกกันว่าธนาคารโลก (World Bank) ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965) ซึ่งเป็นความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนแบบพหุภาคีที่ให้อำนาจแก่เอกชนสามารถเรียกร้องค่าเสียหาย กับรัฐต่อ ICSID ได้

³¹ ผาสุก เจริญเกียรติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29. หน้า 11.

³² ชนาธิป ชินะนาวิน. (พ.ศ. 2547). การระงับข้อพิพาทแรงงานโดยอนุญาตตุลาการ. วิทยานิพนธ์หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 144.

ศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID มีสำนักงานอยู่ที่เดียวกับธนาคารโลกและประกอบด้วยองค์การบริหาร คือ คณะกรรมการบริหาร (The Administrative Council) และสำนักงานเลขานุการ (The Secretariat) นอกจากนั้นแล้ว ICSID ยังคงไว้ซึ่งรายชื่อของคณะบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (List of Conciliators and Arbitrators) วัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง ICSID ก็เพื่อจะอำนวยความสะดวกและให้บริการในการระงับกรณีพิพาททางการลงทุน โดยวิธีการไกล่เกลี่ย (Conciliation) และอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)³³ อย่างไรก็ตาม ICSID จะไม่เข้าดำเนินการไกล่เกลี่ยหรือระงับกรณีพิพาททางอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง

สำหรับบรรดาข้อพิพาทที่จะนำสู่การพิจารณาของศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID นี้จะต้องเป็นกรณีข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการลงทุน (Legal dispute arising directly out of an investment)³⁴ แต่อนุสัญญาดังกล่าวมิได้กำหนดความหมายไว้โดยเฉพาะว่าอะไรคือการลงทุน (Investment) คงปล่อยให้อยู่ในดุลพินิจของคู่พิพาทว่า ข้อพิพาทใดควรจะระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทาง ICSID แต่อนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้กรณีข้อพิพาทที่จะนำเสนอต่อ ICSID ได้นั้น จะต้องเป็นกรณีพิพาทที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือองค์การของรัฐ และคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นเอกชนคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง (National of another Contracting State) การที่อนุสัญญากำหนดไว้ดังนี้ ก่อให้เกิดผลดีแก่ผู้ลงทุนต่างชาติในแง่ที่จะมีทางเยียวยาและคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติ และจะทำให้เห็นถึงความแตกต่างของผู้ลงทุนภายในของประเทศนั้น ซึ่งไม่สามารถจะใช้สิทธิและบริการทาง ICSID ได้เลย

เขตอำนาจการพิจารณาของ ICSID นี้จะขึ้นอยู่กับความยินยอม (Consent) ของคู่พิพาท³⁵ ที่จะยินยอมและเสนอข้อพิพาทไปยัง ICSID หรือไม่ความยินยอมที่เสนอข้อพิพาทและอยู่ใต้อำนาจการพิจารณาของ ICSID นี้จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ความยินยอมเมื่อให้แล้วจะเพิกถอนฝ่ายเดียวมิได้ แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดแบบหรือวิธีให้ความยินยอมไว้ ฉะนั้น ความยินยอมอาจจะกระทำได้โดยการบรรจุข้อความ (Clause) ที่จะให้มีการเสนอกรณีพิพาททางการลงทุนไปยัง ICSID ไว้ในสัญญาการลงทุน (International Investment Contract)

³³ Article 1 (2) The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965.

³⁴ Article 25 The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965

³⁵ The Preamble, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965.

นอกจากนั้นแล้ว การให้ความยินยอมและเสนอข้อพิพาทนี้ยังอาจจะกระทำโดยการกำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนก็ได้ซึ่งเป็นความยินยอมของรัฐเพียงฝ่ายเดียว

รายชื่อคณะลูกขุน (Panels) ที่ ICSID จะคงไว้ในกรณีที่จะให้มีการแต่งตั้งเป็นคณะผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการนี้ ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจะเป็นผู้เสนอชื่อเข้ามาประเทศละสี่คนในแต่ละคณะ และประธานกรรมการบริหารของ ICSID (The Chairman of the Administrative Council) จะแต่งตั้งอีกสิบคนในแต่ละคณะ³⁶ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะลูกขุนนี้จะต้องเป็นผู้มีอิสระและมีความรู้ความสามารถทางกฎหมาย การพาณิชย์ การอุตสาหกรรม หรือการคลัง³⁷

กระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะโดยวิธีการไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการอาจจะเริ่มต้นโดยเอกชนผู้ลงทุนหรือรัฐก็ได้ โดยที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสนอเรื่องไปยังเลขาธิการ ICSID เรื่องที่เสนอต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับเขตอำนาจของ ICSID (Jurisdiction of the Centre) และลักษณะของข้อพิพาท (Nature of Dispute) เมื่อเลขาธิการ ICSID รับเรื่องแล้วก็จะได้ดำเนินการให้ต่อไปตามกระบวนการพิจารณาที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา เว้นแต่ในกรณีที่เลขาธิการ ICSID เห็นโดยชัดแจ้งว่ากรณีพิพาทนั้นอยู่นอกเขตอำนาจของ ICSID³⁸

ในการแต่งตั้งคณะผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการนี้ ปกติคู่พิพาทมีอิสระในการที่จะตกลงกันในเรื่องแบบ (Form) หรือวิธีการ (Method) ในการแต่งตั้ง และคู่พิพาทอาจแต่งตั้งคณะผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการจากบุคคลภายนอก โดยไม่แต่งตั้งจากคณะลูกขุนที่ขึ้นบัญชีไว้ก็ได้ แต่บุคคลภายนอกนั้นจะต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกันกับคณะลูกขุนที่ขึ้นบัญชีไว้ อย่างไรก็ตาม หากคู่พิพาทไม่อาจจะตกลงกันได้ในเรื่องแบบและวิธีการ ก็ให้นำแบบและวิธีการการแต่งตั้งคณะผู้ไกล่เกลี่ยและคณะอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญามาใช้บังคับ³⁹ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้ คณะผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการนี้ต้องประกอบด้วยสามคน โดยคู่พิพาทแต่ละฝ่ายแต่งตั้งมาฝ่ายละหนึ่งคนและผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการสองคนนี้จะมาตกลงกัน

³⁶Article 13 The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965.

³⁷Article 14 (1) the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965.

³⁸Article 28 (1) (2) (3) และ Article 36 (1) (2) (3) The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965.

³⁹Article 29-31 และ Article 37-40. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals ;of other States, 1965.

แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการบุคคลที่สามซึ่งจะเป็นประธานของคณะผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ถือว่าเป็นที่สุดและไม่สามารถอุทธรณ์ได้⁴⁰ ยกเว้นในกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา เช่น กรณีเกินอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการได้กระทำการโดยไม่สุจริต⁴¹ เป็นต้น อนุสัญญากำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องผูกพัน และบังคับตามคำวินิจฉัยนี้เสมือนหนึ่งว่าเป็นคำตัดสินของศาลยุติธรรมภายในของประเทศนั้น⁴² ในด้านคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ หากรัฐปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ (The award of the Tribunal) จะมีผลเท่ากับรัฐภาคีสัญญาละเมิดต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International Treaty) อันมีผลทำให้รัฐของเอกชนผู้ลงทุนนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้

เมื่อพิจารณาจากกลไกการระงับข้อพิพาทของศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID ย่อมเป็นที่พอใจของผู้ลงทุนต่างประเทศในแง่ที่จะสร้างความมั่นใจในความปลอดภัยของกิจการลงทุน และทรัพย์สิน แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการสละอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะยินยอมไปเป็นคู่พิพาทกับเอกชนผู้ลงทุนต่างประเทศและอยู่ใต้อำนาจการพิจารณาของ ICSID จริงอยู่แม้ในบทนำของอนุสัญญาจะกล่าวว่า การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาไม่เป็นการผูกมัดที่จะทำให้รัฐสมาชิกต้องเสนอข้อพิพาทไปยังศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID เพราะเขตอำนาจของ ICSID ขึ้นอยู่กับความยินยอมดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น ในทางปฏิบัติแล้วเป็นการยากที่ประเทศภาคีสมาชิกจะหลีกเลี่ยงการยอมรับภาระที่จะต้องเสนอกรณีพิพาทไปยังศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID เพราะผู้ลงทุนต่างประเทศย่อมจะเรียกร้องให้รัฐบรรจุข้อความที่จะให้มีการเสนอกรณีพิพาทไปยัง ICSID ไว้ในสัญญาการลงทุนหรือกฎหมายลงทุน ซึ่งรัฐอาจจำเป็นที่จะต้องทำ เพราะถ้ารัฐไม่ทำก็ย่อมแสดงให้เห็นถึงความไม่สุจริตใจของรัฐอันจะทำให้เกิดผลเสียหายมากกว่าผลดี

⁴⁰ Article 53 (1) The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965.

⁴¹ Article 52 The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965.

⁴² Article 54 The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965.

สำหรับประเทศไทยในความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในระดับทวิภาคีก็มักจะระบุให้ใช้อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนด้วย คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม พ.ศ. 2528 เพื่อลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 และประเทศไทยได้ลงนามอนุสัญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2528 แต่ปัจจุบันยังไม่มีทำให้สัตยาบัน⁴³ ดังนั้น ข้อบทในความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ จึงยังไม่ยอมรับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่ได้ใช้ถ้อยคำในลักษณะที่เปิดช่องไว้ในอนาคตว่าเมื่อใดที่ภาคีสัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นภาคีสัญญาฯ ดังกล่าวแล้ว ก็จะยอมรับวิธีอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID

ส่วนสาเหตุที่ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นสมาชิกอนุสัญญา ICSID เนื่องจากการเข้าเป็นสมาชิกดังกล่าวมีทั้งข้อดีและข้อเสีย และพันธกรณีหลายประการที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม ดังนี้⁴⁴

(1) ด้านสถานะ ความคุ้มกัน และเอกสิทธิ์

ตามข้อ 18 ถึงข้อ 24 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้รัฐภาคียอมรับสถานะทางกฎหมายของ ICSID และให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันแก่ทรัพย์สินและเจ้าหน้าที่ของ ICSID ดังนั้น หากไทยจะเข้าเป็นสมาชิกจำเป็นต้องออกพระราชกฤษฎีกา เพื่อระบุให้ ICSID เป็นทบวงการชำนัญพิเศษตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติ และทบวงการชำนัญพิเศษไปประเทศไทย พ.ศ. 2504

(2) ผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยในทางศาล

ตามข้อ 26 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้รัฐภาคีอาจกำหนดให้มีการดำเนินการเยียวยาในทางปกครองหรือในทางศาลของท้องถิ่นจนหมดสิ้นก่อนที่จะให้ความยินยอมให้ข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของ ICSID ซึ่งหมายความว่า ICSID สามารถทบทวนคำวินิจฉัยของศาลภายในได้

⁴³ ชูศักดิ์ กุลวัฒนาพร. การเจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน. กองส่งเสริมเศรษฐกิจสัมพันธ์และความร่วมมือ กรมเศรษฐกิจ กระทรวงการต่างประเทศ. หน้า 11.

⁴⁴ หนังสือสำนักนโยบายการออมและการลงทุน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ที่ กค 1012/สนอล./000311 ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2549 เรื่อง การพิจารณาข้อคิดเห็น พร้อมทั้งข้อดีและข้อเสียของการให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิกศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น.

ตามข้อ 54 (1) แห่งอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้คำชี้ขาดของ ICSID มีสถานะเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดของรัฐนั้น ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นสมาชิกอนุสัญญา ICSID อาจมีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายเพื่อระบุสถานะคำชี้ขาดของ ICSID ให้มีความชัดเจน และแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยยอมรับสถานะความเป็นพิเศษแห่งคำชี้ขาดนั้น

ดังนั้น การดำเนินการตามอนุสัญญาดังกล่าวทั้ง 2 ข้อ ที่กล่าวมาข้างต้น อาจก่อให้เกิดประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจอธิปไตยในการศาลของประเทศไทยได้

(3) การให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาท

เนื่องจากตามข้อ 25 (1) แห่งอนุสัญญาฯ ที่กำหนดให้เขตอำนาจของ ICSID ครอบคลุมข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่คู่พิพาทได้ให้ความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของ ICSID นั้น จะมีผลกระทำต่อประเทศไทยเมื่อเข้าเป็นสมาชิกของ ICSID โดยจะทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลไทยกับนักลงทุนที่เป็นคนชาติอื่นสามารถเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของ ICSID ได้ทันทีเนื่องจากประเทศไทยได้จัดทำความตกลงต่าง ๆ เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งได้ระบุถึงการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีกับนักลงทุนของคู่ภาคีไว้ว่าให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของ ICSID ได้เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญา ICSID แล้ว ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะขัดกับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 และวันที่ 4 พฤษภาคม 2547 ที่ได้กำหนดไว้ว่า การทำสัญญาสัมปทานที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศซึ่งถือเป็นการลงทุนในรูปแบบหนึ่ง ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป

(4) ความเพียงพอของกลไกการระงับข้อพิพาทของประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยมีกลไกการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นเพียงพออยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทของศาล การระงับข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 รวมถึงระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ประเทศไทยร่วมเป็นสมาชิกอยู่แล้ว เช่น ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce Arbitration – ICC) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (United Nations Commission of International Trade Law) ดังนั้น ICSID น่าจะเป็นเพียงทางเลือกเพิ่มเติมนอกจากกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่

(5) ข้อดีและข้อเสียของการให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิกอนุสัญญา ICSID

(5.1) ข้อดี

(5.1.1) เพิ่มความมั่นใจให้แก่นักลงทุนอันเป็นแนวทางหนึ่งในการสนับสนุนให้มีการลงทุนจากต่างประเทศ ในขณะที่เดียวกันยังเป็นการเพิ่มความมั่นใจแก่นักลงทุนไทยที่ไปลงทุนยังต่างประเทศด้วย

(5.1.2) เป็นกลไกในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง และหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งอาจจะทำให้เสียภาพพจน์และบรรยากาศการลงทุนของไทย

(5.1.3) การใช้กลไกของ ICSID แก้ไขปัญหาความขัดแย้งทำให้สามารถหลีกเลี่ยงการกล่าวอ้างหลักการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ

(5.2) ข้อเสีย

(5.2.1) เป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยในทางศาลของประเทศไทย เนื่องจากอนุสัญญาฯ กำหนดให้คำชี้ขาดของ ICSID มีสถานะเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลภายใน ทำให้ศาลภายในไม่มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ได้

(5.2.2) ICSID สามารถทบทวนคำวินิจฉัยของศาลภายใน ตามอนุสัญญาฯ ที่ระบุให้รัฐภาคีอาจกำหนดให้มีการดำเนินการเยียวยาในทางปกครองหรือทางศาลของท้องถิ่น จนหมดสิ้นก่อน จึงเป็นเสมือนการให้คำวินิจฉัยของศาลมีฐานะที่ต่ำกว่าคำวินิจฉัยของ ICSID

(5.2.3) การที่ประเทศไทยได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ไว้ล่วงหน้าแล้วในความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับ อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศไทยได้ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นกับคนชาติของรัฐภาคีคู่สัญญา

(5.2.4) ข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของ ICSID ส่วนใหญ่จะมีการประนีประนอมยอมความกันได้ อย่างไรก็ดี ในขณะที่ประเทศสมาชิกได้เสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของ ICSID ไม่มากนักแต่ก็ยังมีข้อพิพาทที่ยังอยู่ระหว่างกระบวนการพิจารณาจำนวนมาก นับตั้งแต่ปี 2541 เป็นต้นมา ซึ่งแสดงถึงความล่าช้าและไม่ทันต่อเหตุการณ์ของกระบวนการพิจารณาของ ICSID

2.3.6 สถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (MIGA)

นอกจากศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID) ดังกล่าวแล้วได้มีสถาบันอีกแห่งหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ได้แก่ สถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)) ตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency) ซึ่งเกิดขึ้นจากความต้องการของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาในการส่งเสริมการเข้ามาลงทุนของต่างชาติ แต่การเคลื่อนย้ายทุนของการลงทุนระหว่างประเทศนั้นก็ยังประสบกับอุปสรรคในหลายด้าน อุปสรรคหนึ่งที่สำคัญคือเรื่องความเสี่ยงที่นักลงทุนต้องแบกรับ ธนาคารโลก (World Bank) จึงได้พิจารณาจัดตั้งหน่วยงานระหว่างประเทศเพื่อรับประกันภัยให้กับนักลงทุนในความเสี่ยงที่ไม่ใช่ความเสี่ยงเชิงพาณิชย์ขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ธนาคารโลกได้ร่างเป็นอนุสัญญาจัดตั้งสถาบันซึ่งทำหน้าที่รับประกันความเสี่ยง และร่างดังกล่าวได้มีการให้สัตยาบันจากหลายประเทศทำให้มีผลบังคับ โดย MIGA เป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับประกันการลงทุนในระดับพหุภาคีที่ได้รับการจัดตั้งอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 12 เมษายน 2531 (ค.ศ. 1988) โดยมีประเทศต่าง ๆ เข้าร่วมเป็นสมาชิกของอนุสัญญา MIGA แล้ว จำนวน 173 ประเทศ แบ่งเป็น ประเทศพัฒนาแล้ว จำนวน 25 ประเทศ และประเทศกำลังพัฒนา จำนวน 148 ประเทศ สำหรับประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในอนุสัญญา MIGA ภายหลังจากที่อนุสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว 12 ปี โดยประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2543 นับว่าประเทศไทยใช้เวลาในการศึกษาอนุสัญญาดังกล่าวมากเป็นพิเศษ จนพ้นเวลาที่เปิดให้ลงนามและให้สัตยาบันเป็นภาคี⁴⁵ นอกจากนี้ ประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี พ.ศ. 2543 เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้แล้ว สำหรับสาระสำคัญของการดำเนินการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญา MIGA มีดังนี้

1. การรับประกันของ MIGA

เป็นการรับประกันความเสี่ยงที่ไม่ใช่ทางพาณิชย์ (ความเสี่ยงทางการเมือง) ให้แก่ผู้ลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาและเป็นภาคีของ MIGA ซึ่งมีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ของ MIGA โดยจำแนกการรับประกันความเสี่ยงไว้ 4 ประเภทด้วยกันคือ

⁴⁵ จักรพันธ์ สังข์ศิละ. การคุ้มครองการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี: ศึกษาเฉพาะกรณีการคุ้มครองกิจการจากการเวนคืน (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.l3nr.org/posts/472414>.

(1) ความเสี่ยงในการเคลื่อนย้ายเงินทุน (currency transfer) เพื่อป้องกันความเสียหายอันเนื่องมาจากความล้มเหลวของกฎระเบียบเกี่ยวกับกับการปริวรรตเงินตราอันเป็นอุปสรรคในการแลกเปลี่ยนเงินสกุลท้องถิ่นเป็นสกุลเงินที่ยอมรับทั่วไป (freely usable currency) รวมทั้งการเคลื่อนย้ายเงินออกจากประเทศที่เข้าไปลงทุน

(2) ความเสี่ยงในการถูกเวนคืน (expropriation) เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนกิจการหรืออสังหาริมทรัพย์ต่างๆ โดยรัฐบาลของประเทศที่เงินทุนไหลเข้า ทั้งที่ถูกกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อม

(3) ความเสี่ยงเกี่ยวกับสงคราม การปฏิวัติ และการก่อความไม่สงบ (war, revolution and civil disturbance) เป็นการป้องกันความเสียหายจากการทำลายทรัพย์สิน และการขัดขวางการทำธุรกิจ อันเนื่องมาจากการกระทำของทหารหรือการก่อความไม่สงบในประเทศ

(4) ความเสี่ยงเกี่ยวกับการไม่ทำตามสัญญา (breach of contract) เพื่อป้องกันความเสียหายของผู้ลงทุนอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำไว้

ทั้งนี้ ผู้ลงทุนสามารถเลือกที่จะให้ MIGA ประกันความเสี่ยงอย่างใดอย่างหนึ่งหรือประกันทั้งหมดก็ได้แล้วแต่ความต้องการ ซึ่ง MIGA สามารถรับประกันได้สูงสุดถึง 90% ของเงินลงทุนของแต่ละโครงการหรือไม่เกิน 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และไม่ได้กำหนดวงเงินประกันขั้นต่ำสุดไว้

2. ผู้ลงทุนที่มีสิทธิขอให้ MIGA รับประกัน

(1) เป็นผู้ลงทุนที่ถือสัญชาติของประเทศที่เป็นสมาชิก MIGA แต่ไม่ใช่สัญชาติของประเทศที่ได้รับการลงทุน

(2) เป็นบริษัทหรือกิจการที่จดทะเบียนและมีสถานประกอบการในประเทศสมาชิก MIGA หรือเป็นบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นผู้ที่ถือสัญชาติของประเทศสมาชิก ทั้งนี้ รัฐวิสาหกิจที่สามารถขอความคุ้มครองได้ต้องเป็นรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการในเชิงพาณิชย์

3. กลไกการระงับข้อพิพาทของ MIGA

ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานกับประเทศภาคีอนุสัญญาฯ หรือกับประเทศที่ถอนตัวจากอนุสัญญาฯ จะดำเนินการโดย

(1) ใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของ MIGA ตามภาคผนวกที่สอง (Annex II) ของอนุสัญญาฯ หรือ

(2) เป็นไปตามข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทอื่นที่ได้ตกลงร่วมกันไว้ระหว่างหน่วยงานกับประเทศภาคีอนุสัญญาฯ

โดยเฉพาะกลไกในการระงับข้อพิพาทของ MIGA ตามภาคผนวกที่สอง (Annex II) ของอนุสัญญา MIGA มีวิธีการระงับข้อพิพาทที่สำคัญ ดังนี้

1) การเจรจา (Negotiation)

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ก่อนจะมีการดำเนินการในขั้นตอนการไกล่เกลี่ย (Conciliation) หรือการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คู่พิพาทจะต้องมีการเจรจาเพื่อหาข้อยุติกันก่อน หากคู่พิพาทไม่สามารถหาข้อยุติได้ภายในระยะเวลา 120 วัน นับแต่วันที่มีการเรียกร้องให้มีการเจรจาจะถือว่าการเจรจานั้นไม่ประสบผลสำเร็จ

2) การไกล่เกลี่ย (Conciliation)

หากคู่พิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยการเจรจา คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจจะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะมีการกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยก่อนก็ให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยตามกระบวนการดังนี้

2.1) ข้อตกลงในการร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ยจะต้องระบุข้อพิพาท ข้อเรียกร้อง (ถ้ามี) และชื่อของผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย (Conciliator) ที่คู่พิพาทได้ตกลงกันเลือก หากคู่พิพาทมิได้มีข้อตกลงเกี่ยวกับตัวผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย คู่พิพาทอาจร่วมกันร้องขอให้ เลขาธิการ ICSID (Secretary-General of ICSID) หรือประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นผู้แต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย หากไม่สามารถแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยได้ภายใน 90 วัน นับแต่มีข้อตกลงในการร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ย ให้ถือว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง

2.2) หากไม่มีการกำหนดไว้ในภาคผนวกที่สอง (Annex II) ของอนุสัญญาฯ หรือคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับกระบวนการในการไกล่เกลี่ย ซึ่งจะเป็นไปตามกฎของการไกล่เกลี่ยตามอนุสัญญา ICSID

2.3) คู่พิพาทจะต้องให้ความร่วมมือกับผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยด้วยความสุจริต โดยเฉพาะการจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่ต้องใช้ในการดำเนินการ และต้องรับฟังคำแนะนำจากผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยด้วย

2.4) เว้นแต่จะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น ภายในระยะเวลาไม่เกิน 180 วัน นับแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้ง ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะต้องจัดทำรายงานที่รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับข้อขัดแย้งของคู่พิพาทและข้อเสนอของผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยในการจะยุติข้อพิพาทนั้น และส่งรายงานดังกล่าวไปยังคู่พิพาท

2.5) เมื่อได้รับรายงานจากผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องแสดงความเห็นเกี่ยวกับรายงานนั้นเป็นลายลักษณ์อักษรส่งไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ได้รับรายงาน

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิในการนำข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ เมื่อเกิดกรณีหนึ่งกรณีใด ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยมิได้จัดส่งรายงานให้กับคู่พิพาทภายในระยะเวลา 180 วัน
- (2) คู่พิพาทไม่ยอมรับข้อเสนอตามรายงานของผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย ภายใน 60 วันนับจากวันที่ได้รับรายงาน
- (3) เมื่อคู่พิพาทได้แลกเปลี่ยนความเห็นเกี่ยวกับรายงานนั้น ไม่สามารถตกลงกันให้ได้ข้อยุติเกี่ยวกับข้อพิพาท ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ได้รับรายงานจากผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย
- (4) เมื่อคู่พิพาทมิได้จัดทำความเห็นเกี่ยวกับรายงานนั้นเป็นลายลักษณ์อักษรส่งไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ภายใน 60 วัน นับจากวันที่ได้รับรายงาน

2.6) หากมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อัตราค่าธรรมเนียมสำหรับผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะเป็นไปตามอัตราที่กำหนดไว้ใน ICSID Conciliation โดยให้คู่พิพาทออกค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายอื่นจากการไกล่เกลี่ยฝ่ายละครั้ง

3) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

สาระสำคัญของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ สรุปได้ดังนี้

- กระบวนการอนุญาโตตุลาการเริ่มขึ้นโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ผู้เรียกร้อง” (Claimant) แจ้งข้อเรียกร้องไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า “ผู้ถูกเรียกร้อง” (Respondent) โดยข้อเรียกร้องจะต้องแสดงถึงสภาพของข้อพิพาท การเยียวยาที่ต้องการ และต้องแจ้งข้ออนุญาโตตุลาการที่ฝ่ายผู้เรียกร้องแต่งตั้งด้วย และผู้ถูกเรียกร้องจะต้องแจ้งข้ออนุญาโตตุลาการที่ฝ่ายผู้ถูกเรียกร้องแต่งตั้งภายใน 30 วัน นับจากได้รับข้อเรียกร้อง จากนั้นภายใน 30 วันนับจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สอง ให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามทำหน้าที่เป็นประธานของคณะอนุญาโตตุลาการ

- หากไม่สามารถดำเนินการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 60 วันนับจากมีการแจ้งข้อเรียกร้อง คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจร่วมกันร้องขอให้เลขาธิการ ICSID เป็นผู้แต่งตั้ง หากเลขาธิการ ICSID ไม่อาจแต่งตั้งให้ได้ภายใน 30 วัน คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นผู้แต่งตั้ง

- เมื่อกระบวนการรับฟังพยานหลักฐานเริ่มขึ้น ห้ามคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเปลี่ยนตัวอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการคนใดลาออก ตาย หรือตกเป็นคนที่ไร้ความสามารถ ให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่ขึ้นแทนด้วยวิธีการเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการคนที่ออกจากหน้าที่ไป โดยให้มีอำนาจและหน้าที่เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการคนที่ออกจากหน้าที่ไป

- เวลาและสถานที่ของการประชุมครั้งแรกของคณะอนุญาโตตุลาการให้ประธานเป็นผู้กำหนด เวลาและสถานที่ของการประชุมครั้งต่อไป ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนด

- เว้นแต่ได้กำหนดไว้ในภาคผนวกที่สอง (Annex II) หรือเว้นแต่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น กระบวนพิจารณาให้เป็นไปตามกฎของการอนุญาโตตุลาการในอนุสัญญา ICSID

- คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดรับฟังพยานหลักฐานจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเป็นธรรม การตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปตามเสียงข้างมาก และจะต้องระบุเหตุผลซึ่งใช้เป็นฐานแห่งการตัดสินไว้ด้วย คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและมีอนุญาโตตุลาการอย่างน้อยสองคนลงลายมือชื่อ และต้องทำเป็นสำเนาส่งให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้ถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ การอุทธรณ์ การเพิกถอน และการแก้ไขคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจกระทำได้

- หากเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีจากการแปลความหมายและขอบเขตของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยื่นคำร้องให้มีการตีความคำชี้ขาดต่อประธานคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 60 วัน นับแต่ได้รับคำชี้ขาดได้

- ประเทศสมาชิกอนุสัญญาฯ จะต้องยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการว่าผูกพันและสามารถบังคับคดีได้ในอาณาเขตของประเทศตนเช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลภายในประเทศนั้น และการบังคับตามคำชี้ขาดให้เป็นไปตามกฎหมายบังคับคดีของประเทศนั้นด้วย

- หากมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อัตราค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามอัตราที่กำหนดไว้ใน ICSID Arbitration โดยให้คู่กรณีออกค่าใช้จ่ายส่วนที่เกี่ยวกับอัตราค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการฝ่ายละครั้ง เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินให้เป็นอย่างอื่น

2.3.7 ศาลภายในประเทศ

โดยทั่วไปแล้วศาล คือ องค์กรหลักในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในรัฐ ซึ่งในการดำเนินคดีของศาลภายในประเทศนั้น จะต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีด้วยว่าศาลมีอำนาจในการรับฟ้องและดำเนินคดีประเภทใดบ้าง เมื่อมีข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างเอกชนกับเอกชน ผู้ลงทุนต่างชาตินั้นสามารถดำเนินคดีในศาลภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม อำนาจของศาลภายในประเทศจะได้อำนาจโดยผลบังคับของกฎหมายจึงทำให้คู่พิพาทจะมีข้อจำกัดในการเลือกกฎหมายมาปรับแก้คดี และในทางการลงทุนระหว่างประเทศนั้นตามหลักสากลแล้ว คู่พิพาทมักไม่นิยมนำข้อพิพาทไป

ฟ้องคดีต่อศาล เนื่องจากศาลยุติธรรมมีความไม่เหมาะสมหลายประการที่จะระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยมีเหตุผลที่สรุปได้ดังนี้⁴⁶

(1) การที่ศาลมีกระบวนการพิจารณาคดีที่ซับซ้อนและมีขั้นตอนมาก ทำให้การระงับข้อพิพาททางศาลเสียเวลามาก ซึ่งขัดต่อสภาพของธุรกิจที่ต้องการให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยความสะดวกและรวดเร็ว

(2) ศาลส่วนมากไม่มีประสบการณ์ในทางธุรกิจ ซึ่งมีลักษณะซับซ้อน ศาลจะต้องอาศัยพยาน ผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งทำให้การพิจารณากินเวลามากขึ้นและอาจมีข้อผิดพลาดได้เนื่องจากความไม่เชี่ยวชาญของศาล

(3) การฟ้องคดีต่อศาลทำให้คู่พิพาทต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก เนื่องจากกระบวนการพิจารณาของศาลจะใช้เวลานานและคู่พิพาทไม่สามารถดำเนินคดีในศาลได้เอง เพราะกระบวนการพิจารณายุ่งยากซับซ้อน จึงต้องจ้างทนายความซึ่งทำให้มีค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้นกว่าที่ควร

(4) การที่ศาลมีวิธีพิจารณาอันเปิดเผย ซึ่งประชาชนทั่วไปเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ทำให้นักกลางภายนอกสามารถรู้ข้อเท็จจริงที่พิพาทกันได้ซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อคู่พิพาท เพราะทำให้คู่พิพาทเสียชื่อเสียงและความลับทางธุรกิจต้องเสียไป

(5) วิธีพิจารณาของศาลไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์ของคู่พิพาทไว้ได้ เนื่องจากศาลมีวิธีพิจารณาที่เป็นทางการและเคร่งเครียด เช่น มีการซักถาม ทรมาน และถามถึง ซึ่งก่อให้เกิดความตึงเครียดตลอดระยะเวลาที่มีการพิจารณาคดีจึงไม่เป็นผลดีสำหรับคู่พิพาทที่อยู่ในวงการธุรกิจเดียวกันหรือต้องติดต่อทำธุรกิจกันอีกต่อไปในอนาคต นอกจากนี้ คู่ความยังมีสิทธิอุทธรณ์และฎีกาคำพิพากษาได้อย่างกว้างขวางจึงทำให้ความรู้สึกแตกแยกของคู่พิพาทนั้นขยายมากขึ้น จนเกินกว่าที่จะเยียวยาแก้ไขได้เมื่อคดีสิ้นสุดลง

(6) ศาลโดยทั่วไปในหลายๆ ประเทศมักจะตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายภายในซึ่งศาลคุ้นเคย โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของคู่พิพาทที่ระบุไว้ในสัญญาที่ให้ใช้กฎหมายต่างประเทศหรืออื่นๆ ที่มีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจ

(7) คู่พิพาทแต่ละฝ่ายซึ่งมีสัญชาติแตกต่างกันมักจะมีความรู้สึกกระแวงว่าศาลในอีกประเทศหนึ่งอาจลำเอียงเข้าข้างคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นคนท้องถิ่น

⁴⁶Martin Domke, "The Settlement of Disputes in International Trade", Legal Problems of International Trade, Edited by Paul O. Prochl (Urbana : University of Illinois Press, 1959), pp 402-403. โชติรส เพศประเสริฐ. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 5. หน้า 120.

(8) การพิจารณาคดีในศาลก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องภาษาและวิธีการ ตลอดจนระบบกฎหมาย เนื่องจากภาษาที่ใช้ในการพิจารณาคดีนั้น คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ใช่คนของประเทศที่มีการพิจารณาคดี จะมีปัญหาเรื่องความไม่คุ้นเคยกับภาษา ระบบการพิจารณาและระบบกฎหมาย ถึงแม้ว่าจะมีทนายความซึ่งเป็นคนท้องถิ่นก็ยังสามารถเกิดความไม่สะดวกได้

เนื่องจากการฟ้องคดีต่อศาลภายในประเทศในคดีธุรกิจระหว่างประเทศนั้น มีความไม่เหมาะสมหลายประการดังที่กล่าวมา จึงมีผู้หันมาสนใจและใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจมากขึ้น⁴⁷

2.3.8 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) หรือที่เรียกทั่วไปว่าศาลโลก ตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1946 มีฐานะเป็นองค์กรหนึ่งขององค์การสหประชาชาติ มีสำนักงานตั้งอยู่ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถือเป็นองค์กรสำหรับประชาคมระหว่างประเทศทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถูกจัดตั้งขึ้นโดยข้อมติ XIV แห่งองค์การสหประชาชาติ ประกอบด้วยผู้พิพากษา 15 นาย ซึ่งมีสัญชาติที่ต่างกัน โดยได้รับการเลือกตั้งโดยวิธีการลงคะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาดจากสมัชชาใหญ่และคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ⁴⁸ โดยมีวาระดำรงตำแหน่งคราวละ 9 ปี แต่ทุกๆ 3 ปี จะต้องเปลี่ยนแปลงครั้งละ 5 คน โดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติจะทำหน้าที่พิจารณบุคคลที่ประกอบด้วยคุณธรรม ความเชี่ยวชาญ มีความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ทางด้านศาล มีความรู้ในด้านกฎหมายระหว่างประเทศ และการคัดเลือกต้องเป็นการกระจายทางภูมิศาสตร์ โดยต้องมีตัวแทนของรัฐจากทวีปต่างๆ และพยายามให้การกระจายเป็นไปในลักษณะที่หลากหลายสำหรับระบบกฎหมาย การเลือกผู้พิพากษาต้องผ่านการเลือกตั้งของคณะมนตรีความมั่นคง ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่โดยอิสระเนื่องจากเป็นตัวแทนขององค์การสหประชาชาติไม่ใช่ตัวแทนของรัฐบาลของประเทศที่ตนมีสัญชาติอยู่ จึงเป็นการทำงานเพื่อส่วนรวมไม่ใช่เพื่อประเทศของตน

⁴⁷ โชติรส เพศประเสริฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 121 .

⁴⁸ J.G. Stark, Q.C., An Introduction to International Law, (London : Butterworths, 1967), p 389. ดู โชติรส เพศประเสริฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 121.

ศาลโลกมีหน้าที่หลัก 2 ประการ คือ ประการแรก ศาลโลกมีหน้าที่ตัดสินคดีพิพาทระหว่างรัฐบาลของรัฐภาคีที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ และประเทศที่ได้ยอมรับอำนาจการตัดสินของศาลโลก ปัจจุบันมีอยู่ 69 ประเทศ⁴⁹ จากสมาชิกขององค์การสหประชาชาติทั้งหมด 197 ประเทศ⁵⁰ นอกจากนี้ ยังรวมถึงสวิตเซอร์แลนด์ที่ไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ แต่ได้ให้การยอมรับอำนาจการตัดสินของศาลโลกเช่นกัน และประการที่สองนั้นศาลโลกมีหน้าที่วินิจฉัย ตีความ และให้คำปรึกษาประเด็นปัญหาข้อกฎหมายแก่องค์กรระหว่างประเทศที่ยอมรับอำนาจการตัดสินของศาลโลก

สำหรับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ หากเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ ผู้ส่งออกการลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนก็จะสามารถนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลโลกได้ ถ้าหากข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นนั้นเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนจะไม่สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เลย อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศระหว่างรัฐและเอกชนนั้นโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หากเอกชนได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการกระทำของรัฐ เอกชนจะต้องมีการดำเนินการเยียวยาความเสียหายตามกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐผู้รับการลงทุนเสียก่อน แต่หากยังไม่ได้ได้รับความยุติธรรมจากการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมดังกล่าว เอกชนผู้ลงทุนก็อาจร้องขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มกันทางการทูต⁵¹ ซึ่งจะทำให้ข้อพิพาทนั้นกลายมาเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ และรัฐเจ้าของสัญชาติได้กลายสถานะมาเป็นคู่พิพาทในข้อพิพาทนั้นๆ ซึ่งสามารถจะเสนอข้อพิพาทนี้ไปสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ ดังเช่น คดี *Bacelona traction* และ คดี *Nottebohm Case* เป็นต้น และถึงแม้การระงับข้อพิพาทในทางศาลซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี จะหมายรวมถึงศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วยก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศคือ รัฐเท่านั้น⁵²

⁴⁹ จำนวนประเทศที่ได้ยอมรับอำนาจการตัดสินของศาลโลก (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=52p2=182p3=3>.

⁵⁰ จำนวนสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.un.org/en/members/growth.shtml>.

⁵¹ Hans Kelsen, *Principles of international Law*. (United States of America : Kolt, Rinehart and Winston, Inc., 1966). p. 396.

⁵² โชติรส เพศประเสริฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 121.

2.4 การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นนอกจากศาล (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR)

เมื่อเกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาขึ้น วิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวมักจะกระทำโดยการฟ้องคดีต่อศาล แต่เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีของศาลนั้นมีขั้นตอนที่ซับซ้อนและใช้ระยะเวลายาวนานทำให้เสียค่าใช้จ่ายมาก ประกอบกับตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาปริมาณคดีที่นำขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลได้มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับจนเป็นเหตุให้มีคดีที่ค้างพิจารณาในศาลต่างๆ เป็นจำนวนมากและก่อให้เกิดความล่าช้าในการอำนวยความสะดวกและอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างคู่สัญญาในการทำกิจการค้าและการลงทุนร่วมกันต่อไป ในปัจจุบันประเทศต่างๆ ได้พยายามศึกษาหาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นนอกจากวิธีการทางศาล (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR) โดยประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นถือได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบแนวความคิดในเรื่องดังกล่าว⁵³ เนื่องจากเป็นประเทศเสรีประชาธิปไตยและประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ และไม่ต้องการเสียเวลาในการดำเนินคดีในศาลหรือเสียโอกาสในการประกอบธุรกิจที่มีเคลื่อนไหวและเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ทำให้ในอีกหลายประเทศมีการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่สำคัญและแพร่หลายทั่วไปมาใช้ ซึ่งอาจแบ่งรูปแบบของ ADR ออกเป็น 3 รูปแบบ⁵⁴ ได้แก่ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) และวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

(1) การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทขั้นพื้นฐาน ที่ทำได้ง่ายและเสียค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทน้อยที่สุด และรักษาความลับได้เป็นอย่างดี โดยคู่พิพาททุกฝ่ายต่างสมัครใจที่จะเข้ามาเจรจาพูดคุยและปรับความเข้าใจกันซึ่งและกัน และพยายามหาข้อยุติที่คู่พิพาททุกฝ่ายต่างเห็นพ้องต้องกัน ทั้งนี้ ในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวจะไม่มีบุคคลอื่นนอกจากคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองด้วย

(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)

เป็นวิธีการระงับข้อพิพาท โดยให้บุคคลฝ่ายที่สามทำหน้าที่เป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยมีได้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดอย่างผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความยุ่งยากน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับการฟ้องร้องคดีต่อศาล บรรยากาศของ

⁵³ วรรณชัย บุญบำรุง. (2548). หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 11.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

การไกล่เกลี่ยมีความเป็นกันเองมากกว่าทำให้รักษาความสัมพันธ์อันดีของคู่พิพาทไว้ได้มากและมีความรวดเร็วกว่าการดำเนินคดีในศาล

(3) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทตั้งแต่สองฝ่ายตกลงกันระงับข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องประกอบด้วยบุคคลภายนอกหนึ่งคนหรือหลายคนที่คุณครุณีเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยปกติคุณครุณีจะเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทและมีความเที่ยงธรรมมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปโดยรวดเร็ว ตรงตามความเป็นจริงและถูกต้องตามหลักวิชาการทางปฏิบัติ และปกติประเพณีในเรื่องนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (Arbitral award) ประการใดแล้วย่อมมีผลผูกพันเป็นยุติให้คุณครุณีต้องปฏิบัติตามทันที หากไม่ปฏิบัติตาม คุณครุณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็ต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป ซึ่งการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกรวดเร็วมากกว่าการฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาทั่วไป เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตัดสินว่าจะบังคับหรือปฏิเสธไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่ามีกรณีใดบ้าง ซึ่งกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธการบังคับก่อนข้างมืออยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี⁵⁵

2.4.1 ประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นนอกจากศาล⁵⁶

(1) ประหยัดค่าใช้จ่ายด้านกฎหมาย (Savings in Legal Costs) เนื่องจากคู่พิพาทไม่ต้องยื่นคำคู่ความหรือข้อเรียกร้องหรือจัดเตรียมพยานหลักฐานมากมายเหมือนการดำเนินคดีในศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ

(2) ดำเนินการได้รวดเร็วตามความประสงค์ของคู่พิพาท (Expedition) เนื่องจากไม่ต้องมีพิธีการหรือกฎหมายมากมาย ซึ่งจะกล่าวต่อไป

(3) ถ้าสามารถระงับข้อพิพาทกันได้ ก็เป็นการช่วยสงวนสายสัมพันธ์ทางธุรกิจของคู่พิพาทไว้ได้ (Preservation of business relationships) เนื่องจากการระงับข้อพิพาทเป็นผลมาจาก

⁵⁵ สรวิต ลิ้มปรีงยี. (2545). อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร : นิติรัฐ. หน้า 7-8.

⁵⁶ สม อินทร์พุง. (2549). ทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางการค้านอกศาล. หนังสือรวมบทความ ข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี สถาบันอนุญาโตตุลาการ. สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร : พิษณุการพิมพ์. หน้า 111-112.

ความสมัครใจทำการประนีประนอมกัน คู่พิพาทไม่ได้รับผลกระทบจากการแพ้หรือชนะกันเหมือน การเป็นความในศาลหรือการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ

(4) มีส่วนช่วยแก้ปัญหาให้ธุรกิจดำเนินต่อไปได้โดยไม่หยุดยั้ง (Business Solutions) เนื่องจากการตกลงหรือประนีประนอมกันสามารถกระทำได้อย่างกว้างขวางคู่พิพาทอาจตกลง กำหนดโครงสร้างการบริหารหรือการดำเนินธุรกิจกันใหม่ หรือถ้าฝ่ายใดยอมชำระเงินหรือ ค่าใช้จ่ายใดแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ก็สามารถกำหนดเวลาหรือเงื่อนไขที่ยืดหยุ่นเพื่อการชำระในภายหน้าได้ ตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน

(5) ใช้ได้ดีกับการระงับข้อพิพาททางเทคนิค (Suitability for Technical Disputes) เนื่องจากคู่พิพาทมีสิทธิที่จะร่วมกันสรรหาผู้ชำนาญพิเศษที่เป็นกลาง ให้ช่วยแก้ไขหรือระงับ ข้อพิพาททางเทคนิคต่าง ๆ

(6) คู่พิพาทเป็นผู้มีส่วนร่วมหรือควบคุมการระงับข้อพิพาท (โดยวิธี ADR) ด้วยตนเอง (Control by the Parties) กล่าวคือการดำเนินคดีในศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทส่วนใหญ่ไม่ใช่หนักกฎหมาย จึงดำเนินการเองไม่ได้ ต้องพึ่งทนายความหรือผู้แทน แต่ตาม วิธีการของ ADR (เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท) คู่พิพาทเป็นผู้มีส่วนดำเนินการและตัดสินใจเอง แม้ในบางกรณีจะมอบให้ทนายความหรือผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้เจรจาต่อรอง แต่คู่พิพาทก็มีส่วนร่วม ตัดสินใจด้วยเสมอ

(7) เป็นวิธีการที่ยืดหยุ่นได้ (Flexibility) คืออาจจะใช้วิธี ADR อย่างเดียวหรือหลายอย่าง ผสมกันตามความเหมาะสมแก่ข้อพิพาทแต่ละเรื่อง เช่น เริ่มการไกล่เกลี่ยก่อน ถ้ามีเรื่องใดที่ตกลง กันไม่ได้ คู่พิพาทก็อาจมอบเรื่องที่ตกลงกันไม่ได้นั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด

(8) ช่วยรักษาหน้าตา (Face Saving) ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย คือ ตามหลักการของ ADR ถ้าคู่พิพาทตกลงกันได้ ก็ได้ชื่อว่า “เป็นผู้ชนะทั้งสองฝ่าย” (Win-Win Solution) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะ และอีกฝ่ายหนึ่งแพ้ (Win-Lose Resolution) เหมือนกับการตัดสินของศาลหรือการชี้ขาด ของคณะอนุญาโตตุลาการ

(9) การดำเนินการตาม ADR แบบใดแบบหนึ่ง เป็นการดำเนินการอย่างไม่มี “พิธีรีตอง” เครื่องครัด (Informality) และไม่ใช่วิธีที่มีฝ่ายปฏิบัติ (Non-adversarial Approach) แต่มีการสร้าง บรรยากาศของความร่วมมือ เพื่อน้อมนำไปสู่การตกลงกัน

(10) วิธีการ ADR เป็นประโยชน์ในการใช้ระงับข้อพิพาทที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย (Suitability for Multi-party Disputes) เช่น ในคดีละเมิดหรือคดีผิดสัญญา ซึ่งมีผู้ได้รับความเสียหาย มากมายและเรียกร้องค่าเสียหายต่างๆ กัน ถ้าได้มีการไกล่เกลี่ยไปในคราวเดียวกัน ข้อเรียกร้อง ต่าง ๆ ก็อาจยุติไปได้ทั้งหมดหรือยุติได้เป็นส่วนใหญ่

2.4.2 การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับลักษณะของสัญญา⁵⁷

กระบวนการระงับข้อพิพาทมีหลากหลายวิธีด้วยกัน ซึ่งแต่ละวิธีมีข้อดีและข้อด้อยที่แตกต่างกันไป จึงมิใช่่วาวิธีระงับข้อพิพาทวิธีใดวิธีหนึ่งจะเหมาะสมหรือใช้ได้กับทุกสัญญา การเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาจึงต้องขึ้นอยู่กับความจำเป็นและสถานการณ์ที่คาดคิดว่าจะเกิดขึ้นในแต่ละกรณี และอาจแบ่งลักษณะของสัญญา ได้ดังนี้

(1) สัญญาที่ไม่มีความสลับซับซ้อนและสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ว เช่น สัญญากู้ยืมเงิน เนื่องจากเมื่อส่งมอบเงินกู้แก่กันแล้ว การปฏิบัติตามสัญญาที่สำคัญที่เหลืออยู่ก็มีเพียงการที่ผู้กู้ต้องชำระดอกเบี้ยและเงินต้นคืนตามสัญญา ประเด็นพิพาทที่อาจเกิดขึ้นแทบจะไม่มีนอกเหนือจากปัญหาที่ผู้กู้ไม่ชำระหนี้ให้ผู้ต้องครบถ้วนตามกำหนด หากใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการอาจจะไม่เหมาะสม เนื่องจากจะเป็นการสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็นเพราะในที่สุดก็ต้องไปดำเนินการทางศาลขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์สินของผู้กู้ออกขายทอดตลาดนำเงินไปชำระหนี้ให้แก่ผู้ให้กู้ ดังนั้น วิธีการที่เหมาะสมจึงน่าจะเป็นการฟ้องร้องคดีต่อศาล

(2) สัญญาที่มีความสลับซับซ้อนในทางปฏิบัติและเกี่ยวข้องกับเรื่องทางเทคนิค เช่น สัญญาก่อสร้าง โดยเฉพาะสัญญาก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่เนื่องจากในสัญญาประเภทนี้มีการดำเนินการในรายละเอียดจำนวนมาก ซึ่งบางครั้งอาจจะไม่สามารถกำหนดรายละเอียดทุกอย่างไว้ในสัญญาได้ หรืออาจจะมีปัญหาเฉพาะหน้าที่ต้องแก้ไขระหว่างการดำเนินการจำนวนมาก และปัญหาส่วนใหญ่ที่จะเกิดขึ้นจะเป็นปัญหาเฉพาะหน้าที่ต้องแก้ไขระหว่างการดำเนินการจำนวนมาก และปัญหาส่วนใหญ่ที่จะเกิดขึ้นจะเป็นปัญหาทางเทคนิคการก่อสร้างซึ่งต้องใช้ความรู้ความชำนาญเฉพาะด้านในการวินิจฉัย นอกจากนี้อาจจะมีสัญญาซื้อขายและติดตั้งเครื่องจักร ซึ่งมักจะมีปัญหาเทคนิคในทางปฏิบัติได้ในการติดตั้งและทดสอบเครื่องจักรว่าสามารถทำงานได้ตามที่คู่สัญญาต้องการและตกลงไว้หรือไม่ สำหรับข้อพิพาทประเภทนี้การใช้กระบวนการทางศาลอาจมีความยุ่งยากพอสมควรเนื่องจากอาจจะต้องใช้เวลานานในการอธิบายปัญหาทางเทคนิคที่เกิดขึ้นให้ศาลซึ่งเป็นนักกฎหมายเข้าใจและอาจจำเป็นต้องมีการตรวจสอบสถานที่ก่อสร้างโดยละเอียดเพื่อใช้ในการวินิจฉัยปัญหาด้วย วิธีการที่เหมาะสมกว่าน่าจะเป็นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีสามารถแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการก่อสร้าง โครงการที่มีปัญหาเป็นผู้ชี้ขาด ซึ่งหากให้ผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้ไปตรวจสอบสถานที่ก่อสร้างก็น่าจะเข้าใจปัญหาได้ดีกว่านักกฎหมาย

⁵⁷ สรวิต ลิ้มปริงยี. (มีนาคม 2549). การร่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ. หนังสือรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี สถาบันอนุญาโตตุลาการ. สถาบันอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร : พิเศษจุฬารพิมพ์. หน้า 101-102.

นอกจากนั้น ในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นเล็กน้อยและเป็นประจำในระหว่างการก่อสร้างก็อาจจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทเช่นการเจรจาต่อรองหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยเพื่อให้สามารถระงับข้อพิพาทไปอย่างรวดเร็วโดยไม่ทำให้การก่อสร้างหยุดชะงัก

(3) สัญญาที่มีระยะเวลาดำเนินการนาน เช่น สัญญาร่วมทุน (Joint Venture) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี ข้อตกลงสภาพการจ้าง เป็นต้น การที่สัญญาที่มีระยะเวลาการปฏิบัติตามสัญญานานทำให้มีโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาทระหว่างสัญญาได้เสมอ เนื่องจากแม้ในสัญญาจะมีการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ไว้มากมาย แต่เมื่อเวลาล่วงเลยไป สิ่งที่เกิดการโต้แย้งในขณะทำสัญญาอาจจะไม่ตรงกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรืออาจจะมีปัญหาเฉพาะหน้าที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นอย่างเช่นการเปลี่ยนแปลงระบบอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศทำให้คู่กรณีไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาที่มีอยู่เดิมได้ จึงควรต้องมีกระบวนการระงับข้อพิพาทรองรับไว้ การฟ้องร้องคดีในสัญญาประเภทนี้อาจจะไม่เหมาะสม เนื่องจากแม้คดีจะสิ้นสุด แต่คู่กรณีอาจจะต้องปฏิบัติงานร่วมกันตามสัญญาต่อไป การฟ้องร้องคดีอาจจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีย่ำแย่ลงจนยากจะปฏิบัติงานร่วมกันต่อไปก็ได้ วิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมน่าจะเป็นการเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะสามารถระงับข้อพิพาทได้รวดเร็วโดยก่อให้เกิดบรรยากาศของการเป็นปฏิปักษ์ต่อกันน้อย

(4) สัญญาที่อาจมีปัญหาซึ่งต้องใช้ความรู้เฉพาะด้านเป็นพิเศษ เช่น สัญญาประกันภัยและรับขนของทางทะเล สัญญาเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ เป็นต้น ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าวปกติมักจะมีลักษณะพิเศษ โดยเฉพาะประกันภัยและรับขนของทางทะเลการตีความและวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวข้องจึงต้องอาศัยความรู้เฉพาะด้านเกี่ยวกับประเพณีปฏิบัติเหล่านี้มาประกอบด้วย ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมน่าจะเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีสามารถเลือกผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ด้านเหล่านี้โดยเฉพาะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

โดยสรุปแล้ว ในทางปฏิบัติมีการทำธุรกรรมและสัญญาต่างๆ อีกมากมาย ซึ่งคงไม่สามารถกล่าวถึงไว้ในที่นี้ได้ครบถ้วน สัญญาที่ยกตัวอย่างไว้ข้างต้นมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อแสดงให้เห็นว่าลักษณะเฉพาะของสัญญาแต่ละประเภทก่อให้เกิดข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกกระบวนการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกัน ซึ่งข้อพิจารณาที่กล่าวถึงข้างต้นอาจจะนำไปประยุกต์ใช้กับสัญญาประเภทอื่นได้ ดังนั้น เมื่อตกลงใจเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทประเภทใดแล้ว สิ่งที่ต้องปฏิบัติต่อไป คือการกำหนดขั้นตอนการดำเนินการระงับข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจนในสัญญา เพื่อให้คู่กรณีทราบว่าคุณควรต้องปฏิบัติอย่างไรต่อไปเพื่อให้ถูกต้องตามข้อสัญญา⁵⁸

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

2.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยเหลือให้คู่กรณีสามารถเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ โดยวิธีการดังกล่าวมักถูกนำมาใช้ภายหลังจากเกิดความล้มเหลวในการเจรจาต่อรอง แต่มีใช้สิ่งที่เข้ามาแทนที่การเจรจาต่อรอง และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังเป็นวิธีการที่มีความยุ่งยากน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับ การฟ้องร้องคดีต่อศาล และบรรยากาศของการไกล่เกลี่ยมีความเป็นกันเองมากกว่าทำให้รักษาความสัมพันธ์อันดีของคู่กรณีได้ และมีความรวดเร็วกว่าการดำเนินคดีในศาล โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นมีรายละเอียดที่สำคัญ ดังนี้

2.5.1 วัฒนาการเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

วัฒนาการเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นมีรากฐานความเป็นมายาวนานย้อนหลังไปนับพันปี ซึ่งเป็นการหาทางออกในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเพื่อรักษาความสัมพันธ์ของคนในสังคม แต่การไกล่เกลี่ยที่ปฏิบัติกันมานั้นไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ และจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย การดำเนินการที่ผ่านมาในอดีตจึงมีลักษณะไม่เป็นทางการและไม่มีโครงสร้างที่แน่นอนชัดเจนเหมือนในปัจจุบัน ต่อมาในยุคอุตสาหกรรมประชาชนประกอบธุรกิจ การพาณิชย์เพิ่มมากขึ้น ข้อพิพาทเริ่มมีความซับซ้อน และสภาพสังคมเริ่มเปลี่ยนแปลงไปสู่ความเป็นปัจเจกชนนิยม มุ่งเน้นในเรื่องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ส่งผลต่อพัฒนาการของวัฒนธรรมการระงับข้อพิพาทที่มุ่งค้นหาฝ่ายที่ผิด (Fault-base Culture) การฟ้องคดีต่อศาลถือเป็นการระงับข้อพิพาทที่ใช้เป็นปกติในยุคนั้น⁵⁹

การไกล่เกลี่ยสมัยใหม่นั้นเริ่มที่สหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1913 โดยมีการนำการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีมโนสาร (Small Claims) ในศาลแขวง (Municipal Court) ที่เมืองคลีฟแลนด์ มลรัฐโอไฮโอ และมีพัฒนาการมาเป็นลำดับจนถึงปัจจุบัน ส่วนในสหราชอาณาจักรนั้น ได้มีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยสมัยใหม่มาใช้ในการระงับข้อพิพาทในยุคต้นทศวรรษ 1970 โดยมีการเสนอให้ใช้การไกล่เกลี่ยสำหรับข้อพิพาทในครอบครัว และมีการเปิดศูนย์ไกล่เกลี่ยอิสระสำหรับข้อพิพาทในครอบครัว (Independent Family Mediation Services) ที่เมืองบริสตอล ในปี ค.ศ. 1978 การจัดตั้งสำนักงานไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในครอบครัวแห่งลอนดอนตะวันออกเฉียงใต้ (South East London Family Mediation Bureau) ที่บรอมลีย์ ในปี ค.ศ. 1978 และการจัดตั้งสภาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในครอบครัวแห่งชาติ (National Family Conciliation Council) ในปี ค.ศ. 1981 ซึ่งเป็นการ

⁵⁹ คมวัชร เอียงอ่อง. (2551). การไกล่เกลี่ยในสหราชอาณาจักร. กฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท. สำนัก
 ระเบียบข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธนาเพรส จำกัด. หน้า 51.

พัฒนาควบคู่ไปกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีครอบครัวในศาลที่ทำโดยผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก (Welfare officer)⁶⁰ โดยเริ่มต้นที่ศาลในภาคตะวันตก (Western Circuit) เมื่อปี 1977 และค่อยๆ เพิ่มจำนวนกระจายออกไปโดยในปี 1993 มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในครอบครัวโดยศูนย์ไกล่เกลี่ยอิสระ จำนวนประมาณ 6,500 เรื่อง และมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทครอบครัวในศาล จำนวนประมาณ 19,000 เรื่อง

นอกจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในครอบครัวแล้ว การไกล่เกลี่ยชุมชนก็เริ่มมีการพัฒนาตั้งแต่กลางทศวรรษ 1980 และเพิ่มจำนวนการให้บริการอย่างรวดเร็วในช่วงเวลาเพียงหนึ่งทศวรรษ โดยเมื่อปี ค.ศ. 1985 มีศูนย์ไกล่เกลี่ยชุมชนในอังกฤษและเวลส์เพียง 6 แห่ง ต่อมาในปี ค.ศ. 1995 เพิ่มขึ้นเป็น 36 แห่ง และในปี ค.ศ. 1996 เพิ่มจำนวนเป็น 65 แห่ง ศูนย์แรกๆ ที่มีการจัดตั้ง ได้แก่ ศูนย์ระงับข้อพิพาทเพื่อนบ้านที่โบลตัน (Bolton Neighbour Dispute Service) ซึ่งเป็นแม่แบบแก่ศูนย์ที่จัดตั้งในลักษณะเดียวกันในอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1991 มีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่และจัดการอบรมอาสาสมัคร 25 คน และไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปได้ถึง 50 เรื่อง ในช่วงเวลา 6 เดือนแรกของการเปิดบริการ การไกล่เกลี่ยในเรื่องอื่นๆ เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ก็เริ่มต้นในยุคทศวรรษ 1990 เช่นกัน แต่ในบางด้าน อาทิ ข้อพิพาทเกี่ยวกับความเสียหายส่วนบุคคล (Personal Injury) และความเสียหายจากความประมาทในการรักษาพยาบาล (Clinical negligence) เริ่มมีเมื่อไม่นานเท่าใดนัก⁶¹

สำหรับการไกล่เกลี่ยในศาล ในอังกฤษและเวลส์นั้นเดิมจำกัดเฉพาะข้อพิพาทในศาลครอบครัว (Family Court) แต่ปัจจุบันได้แพร่หลายออกไปยังข้อพิพาทเรื่องอื่นๆ แต่ในส่วนของไอร์แลนด์เหนือและสกอตแลนด์นั้น ยังคงจำกัดอยู่เฉพาะในคดีครอบครัวเท่านั้น

การไกล่เกลี่ยในสหราชอาณาจักรนั้น ได้รับอิทธิพลจากการระงับข้อพิพาททางเลือกสมัยใหม่จากต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย แคนาดา ฮองกง แอฟริกาใต้ และนิวซีแลนด์ โดยพยายามนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ตลอดจนพัฒนาการทางกฎหมาย

การไกล่เกลี่ยมีพัฒนาการและนำมาใช้มากขึ้นเรื่อยๆ ประกอบกับมีความพยายามในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง ก็ยิ่งทำให้การไกล่เกลี่ยเข้ามามีบทบาทสำคัญมากยิ่งขึ้น ในขณะเดียวกันก็มีการวิพากษ์วิจารณ์ในหลายประเด็น อาทิ ความเชื่อมั่นของสังคมในระบบการ

⁶⁰ เป็นเจ้าหน้าที่ที่ตั้งโดยศาล มีหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับสวัสดิภาพของเด็ก โดยจะสอบถามเด็กถึงสภาพความเป็นอยู่กับบิดามารดา, คมวัชร เอียงอ่อง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 59, หน้า 52.

⁶¹ Boule'L and Nesic, M, Mediation: Principle Process Practice, Butterworths, 2001 at p 223-228. คมวัชร เอียงอ่อง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 59, หน้า 52.

ไกล่เกลี่ย ปัญหาว่าการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยของกลุ่มความนั้น สามารถบังคับได้หรือไม่หรือ จะต้องเป็นไปโดยความสมัครใจเท่านั้น ชนิดหรือประเภทของคดีที่จะทำการไกล่เกลี่ยในศาล การฝึกอบรมและมาตรฐานของผู้ไกล่เกลี่ย เป็นต้น และหลายประเด็นยังไม่เป็นที่ยุติ โดยองค์กรที่เข้ามาดำเนินการด้านการไกล่เกลี่ยนั้นมีหลากหลาย หน่วยงานและองค์กรวิชาชีพหลายแห่งก็ได้ฝึกอบรมด้านการไกล่เกลี่ยเช่นกัน และยังมีการส่งเสริมทั้งในภาครัฐและเอกชน ในส่วนของ ประชานศาลฎีกานั้น ถือว่าเป็นบทบาทอันหนึ่งของประชานศาลฎีกาในการพัฒนาระบบ การไกล่เกลี่ยเพื่อให้แนวนโยบายของรัฐบาลด้านนี้ประสบผลสำเร็จ⁶²

2.5.2 ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามมาช่วยเหลือให้คู่พิพาทเจรจาต่อรองกัน ได้สำเร็จ โดยเป็นผลผลิตประการหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นจากความล้มเหลวของการเจรจาต่อรอง แต่ไม่ใช่ เป็นสิ่งที่เข้ามาแทนที่การเจรจาต่อรอง กระบวนการดังกล่าวมีประโยชน์ในการช่วยให้คู่พิพาท ทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันจากกรณีที่มีข้อพิพาทกันนั้นได้ ผู้ไกล่เกลี่ย จะเป็นคนกระตุ้นให้คู่พิพาทตกลงกันได้ง่ายขึ้น แต่ไม่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลง ให้แก่คู่พิพาท กล่าวคือไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทเหมือนดังอนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษา โดยเพียงสามารถแปลข้อความ แนะนำ เสนอแนะ ล่อใจ เกลี้ยกล่อม หรือชี้แนะหนทางที่เป็นไปได้ ในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทให้แก่คู่พิพาทเท่านั้น เป้าหมายของการไกล่เกลี่ยโดยทั่วไปไม่ใช่ เพื่อที่จะชี้แนะข้อตกลงให้คู่พิพาท แต่ก่อนไปในทางที่จะช่วยทำให้การเจรจาต่อรองง่ายและ อำนวยความสะดวกให้แก่การติดต่อเจรจาระหว่างคู่พิพาท จนกระทั่งได้รับข้อตกลงร่วมกันหรือ มองเห็นทางออกของปัญหาที่แต่เดิมเป็นทางตัน ผู้ไกล่เกลี่ยคือผู้ที่พยายามนำทางให้คู่พิพาท เพื่อที่พวกเขาจะได้พบกับทางออกของปัญหาที่เป็นที่พอใจของทุกฝ่าย⁶³

2.5.3 รูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.5.3.1 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือคดีที่อยู่ในระหว่าง การพิจารณาของศาลชั้นต้นหรือศาลที่สูงกว่าก็ได้ โดยศาลเป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งคู่ความอาจเข้าสู่ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ตั้งแต่เริ่มต้นฟ้องคดี หรือในเวลาใดๆ ระหว่างการพิจารณาคดี ของศาลเมื่อคู่ความตกลงกันให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

⁶² Lord Chancellor' Department, ADR Discussion Paper, November 1999. คมวัชร เอียงอ่อง. อ่างแล้ว เจริญรอด ที่ 59. หน้า 53.

⁶³ สุรเชษฐ์ เณรบำรุง. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 2. หน้า 22.

2.5.3.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล หรืออาจเป็นกรณีที่มีการฟ้องร้องคดีต่อศาลแล้ว แต่คู่ความดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเอง โดยศาลมิได้เป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งคู่กรณีพิพาทจะตกลงให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลางช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาท โดยอาจดำเนินการเจรจาตกลงกันเองหรือมอบข้อพิพาทให้สำนักงานหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ก็ได้

2.5.4 แนวความคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นวิธีการจัดการความขัดแย้งหรือข้อพิพาท ในอดีตมักถือความต้องการและความคิดของตนเป็นเป้าหมายในการจัดการกับความขัดแย้งนั้น โดยจัดการกับความขัดแย้งด้วยวิธีการมุ่งเอาชนะกันเพื่อให้ได้มาซึ่งชัยชนะ ต่อมาวิธีการจัดการกับความขัดแย้งได้ถูกพัฒนารูปแบบเรื่อยมาจากการให้ผู้นำในสังคมเป็นผู้จัดการและพัฒนาไปสู่ในรูปแบบของศาล โดยมีผู้พิพากษาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท จนกระทั่งพัฒนาไปสู่รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเต็มรูปแบบอันประกอบด้วย การสืบพยาน สอบสวน กระบวนการฟ้องคดี กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงในศาล กระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดี กระทั่งกระบวนการลงโทษผู้กระทำผิด แม้การจัดการกับความขัดแย้งโดยกระบวนการทางศาลจะสามารถจัดการกับปัญหาข้อพิพาทได้ แต่การนำความขัดแย้งหรือข้อพิพาทไปสู่ศาลมิใช่วิธีการจัดการกับปัญหาความขัดแย้งที่ดีที่สุด และยิ่งไปกว่านั้นกระบวนการทางศาล ไม่อาจแก้ไขปัญหาความขัดแย้งของผู้คนในสังคมให้หมดไปได้ เพราะคำตัดสินของศาลต้องมีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชนะและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ คำตัดสินของศาลจึงมิใช่ทางออกที่ดีที่สุดของการจัดการความขัดแย้งเสมอไป ด้วยเหตุนี้แนวความคิดในการหาทางออกร่วมกันเพื่อระงับข้อขัดแย้งหรือจัดการกับปัญหาข้อพิพาทจึงเกิดขึ้น โดยมีเป้าหมายให้คู่พิพาทสามารถทำความเข้าใจในปัญหาที่เกิดขึ้นและสามารถดำเนินชีวิตร่วมกันได้ อันส่งผลต่อความสงบสุขของสังคมโดยรวม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามเข้ามาทำหน้าที่เป็นคนกลางในการช่วยเหลือชักจูงให้คู่พิพาทยอมเจรจาผ่อนผันเข้าหากันอันจะนำไปสู่การทำความตกลงกันได้ด้วยความพอใจทั้งสองฝ่าย ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นทางเลือกอีกทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทแทนการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีแต่ชนะ ไม่มีแพ้ (win-win)⁶⁴

⁶⁴ สุรเชษฐ์ เณรบำรุง. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 17.

2.5.5 ทฤษฎีเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาท

ในทางนิติศาสตร์ นายสราวุธ เบญจกุล ได้กล่าวถึงทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาใกล้เคียงว่า มีทฤษฎีสำคัญที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ทฤษฎี⁶⁵ คือ

2.5.5.1 ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive Theory)

ทฤษฎีนี้มองว่าผู้เจรจาที่มีประสิทธิภาพ ได้แก่ ผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายและสามารถรักษาผลประโยชน์ของลูกความ โดยได้รับผลออกมาเป็นรูปธรรม ซึ่งอาจเป็นในด้านเงินตราหรือวัตถุ และเข้าใจถึงอำนาจที่ตนมีอยู่และใช้โดยไม่ชักช้าเพื่อประโยชน์ของลูกความ ทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนทสมมติฐานเบื้องต้นว่า “สังคมอยู่ภายใต้ปกครองหรือครอบงำโดยผู้ที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัว ในสถานการณ์ของการเจรจาแต่ละฝ่ายทั้งนักกฎหมายและลูกความต่างมีความประสงค์ให้บรรลุความต้องการของตนมากที่สุด” ทฤษฎีการแข่งขันมองโลกในแง่ที่ว่าทรัพยากรมีอยู่จำกัดต้องแบ่งปันโดยการแข่งขันเพื่อให้ประสบความสำเร็จในแต่ละเรื่อง ตามทฤษฎีนี้รูปแบบการเจรจากำหนดขึ้นโดยถือผลประโยชน์ของตนเป็นสำคัญเพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์มากที่สุด ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายสูญเสีย

2.5.5.2 ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา (Problem Solving Theory)

ทฤษฎีนี้ถือหลักว่าผู้เข้าร่วมเจรจาทุกคนมีผลประโยชน์ร่วมกัน ถ้าไม่มีสิ่งอื่นทุกคนอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมของสังคมเดียวกัน จึงมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาพร้อมกันเพื่อให้สามารถทำข้อตกลงด้วยความสมัครใจ ข้อขัดแย้งเป็นปัญหาที่ต้องศึกษาและแก้ไขร่วมกัน โดยคู่ความทั้งสองฝ่ายเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน หลักการของทฤษฎีการแก้ไขปัญหาที่สำคัญมี 5 ประการ คือ

(1) แยกปัญหาความสัมพันธ์ส่วนตัวออกจากข้อขัดแย้งและแก้ไขในแต่ละปัญหาแยกต่างหากจากกัน

(2) เน้นความสำคัญของประโยชน์ได้เสียและความต้องการของคู่ความซึ่งไม่ใช่ฐานะของคู่ความ

(3) คิดหาทางเลือกหลายวิธีเพื่อให้คู่ความได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน

(4) ยืนยันการใช้องค์ประกอบต่างๆ ที่ต้องนำมาใช้ในการตัดสินใจเพื่อประเมินทางเลือก

(5) เข้าใจและแสวงหาทางเลือกที่ดีที่สุดในการเจรจาดกลงทำสัญญา

จากทฤษฎีการแข่งขันและทฤษฎีการแก้ปัญหาดังได้กล่าวไว้ข้างต้นจะเห็นได้ว่าทฤษฎีการแข่งขันมีข้อดีคือ สามารถกำหนดรูปแบบและขั้นตอนการเจรจา การต่อรองที่แข็งแกร่งว่า

⁶⁵ สุรเชษฐ์ เฌรบำรุง. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 19.

จะเหนือกว่าฝ่ายที่ด้อยกว่า ทำให้ข้อพิพาทสามารถยุติลงได้ แต่จะมีข้อเสียที่คู่ความต้องเผชิญหน้ากันแต่ละฝ่ายต่อสู้เพื่อชัยชนะทำให้เป็นศัตรูกันเมื่อฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์อีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสีย ส่วนทฤษฎีการแก้ไขปัญหามีข้อดีที่ว่าเป็นการแก้ไขปัญหาร่วมกัน โดยคำนึงถึงความชอบธรรมของฐานะ ผลประโยชน์ และความประสงค์ของอีกฝ่ายหนึ่ง มิได้มุ่งเพื่อชัยชนะแต่เพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตาม มีข้อเสียที่ว่าไม่อาจใช้ร่วมกับทฤษฎีการแข่งขันในแง่ที่ว่าแม้ทรัพยากรจะมีอยู่อย่างจำกัดในการแบ่งปัน ฝ่ายหนึ่งอาจจะได้ประโยชน์โดยไม่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสีย ดังนั้นเมื่อทฤษฎีทั้งสองต่างมีข้อดีและข้อเสีย จึงสมควรที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเลือกนำเฉพาะข้อดีของแต่ละทฤษฎีมาใช้ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดบนพื้นฐานของแต่ละสภาพปัญหาและสภาพแวดล้อมของคดีหรือข้อพิพาทนั้นๆ ด้วย

2.6 การอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหนึ่งที่ได้นำมาใช้ระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนมาเป็นเวลานานแล้ว เนื่องจากมีความรวดเร็วและลดขั้นตอนความยุ่งยากในกระบวนการพิจารณาได้มากกว่าการพิจารณาชี้ขาดโดยศาล โดยคู่พิพาทอาจตกลงร่วมกันมอบหมายให้บุคคลภายนอกซึ่งเป็นกลางทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทนั้นตามขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้แทนการฟ้องคดีต่อศาล และคู่พิพาทยอมผูกพันและบังคับตามคำชี้ขาดนั้นภายใต้การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจโดยรัฐ ซึ่งหากการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ดำเนินไปโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมาย หรือข้อกำหนดที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน คู่พิพาทนั้นย่อมสามารถนำข้อพิพาทมาสู่การพิจารณาของศาลได้

2.6.1 วิวัฒนาการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยอนุญาโตตุลาการนั้นเริ่มต้นมีขึ้นครั้งแรกเมื่อใดไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัด แต่พบว่าในสมัยกรีกและโรมัน ก็มีการนำเอาการอนุญาโตตุลาการมาใช้แล้ว โดยอริสโตเติลก็พยายามที่จะอธิบายถึงประโยชน์ที่ได้รับจากการประนีประนอม หรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน และมีการจัดตั้งองค์กร เพื่อทำหน้าที่ในการประนีประนอมข้อพิพาทขึ้นในหมู่ชาวกรีกด้วยกัน การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่กระทำกันเป็นปกติของชาวโรมัน ในกฎหมายสิบสองโต๊ะก็มีบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ใต้ที่ 7 ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อทำการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินข้างเคียง โดยมีบุคคลที่เป็นกลางสามคนทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามหลังจากสมัยกรีกและโรมัน ประเทศต่างๆ รวมทั้งภาคพื้นยุโรปเกิดมีอคติต่อการอนุญาโตตุลาการอยู่ช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยมีความคิดว่ารัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด

ข้อพิพาท แต่เนื่องจากการขยายตัวทางด้านธุรกิจการค้าเป็นไปอย่างกว้างขวางรวดเร็ว ซึ่งความนิยมของบรรดาพ่อค้ามักนิยมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมากกว่าการนำคดีไปสู่ศาล โดยเฉพาะในโลกยุคปัจจุบัน ที่เศรษฐกิจขยายตัวไปอย่างมาก ทักษะเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ จึงได้รับการสนับสนุนขึ้นอีก โดยยอมรับว่ามีส่วนช่วยลดคดีความที่จะนำสู่การพิจารณาของศาล ได้มาก จนในที่สุดประเทศต่าง ๆ ได้มีการพัฒนาเป็นกฎหมาย ยอมรับการมีผลใช้ได้ (validity) ของข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นแบบอย่างที่ใช้กันต่อมา⁶⁶

2.6.2 ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ความหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมายไว้มากมาย แต่ตามพจนานุกรมกฎหมายของอังกฤษ (Encyclopedia of laws of England) ได้ให้ความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” ไว้ว่า “การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทโดยการตัดสินใจของคนคนหนึ่งหรือมากกว่า เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” (Arbitration) ที่ไม่ใช่การตัดสินใจของศาลโดยปกติ” คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ในความหมายของกฎหมายไทยเรา อาจจะหมายความรวมๆ กันไป ทั้งตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัดสินใจ เราก็เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” และวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าเป็นอนุญาโตตุลาการ⁶⁷

อย่างไรก็ดี การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้คือ

(1) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทชนิดใดบ้างที่จะระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของประเทศนั้นๆ

(2) บุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรือเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท คือเป็นบุคคลภายนอกซึ่งเป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งท่านหรือหลายท่านก็ได้ โดยได้รับเลือกจากผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาทหรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่ผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดๆ โดยเฉพาะ

(3) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำเกินขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้โดยสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการตกลงกันได้มากน้อยเพียงใด เป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศ

⁶⁶ อเนก ศรีสนิท. (2535). การตั้งอนุญาโตตุลาการ. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : เพอเฟคท์ กราฟฟิค กรุ๊ป. หน้า 27.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31

(4) อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการพิจารณาความ (Judicial way) แต่ไม่ได้ความหมายว่าจะต้องผูกติดกับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดดังที่ศาลปฏิบัติ เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ คือ ความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของระบบศาล อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาและชี้ขาดไปตามหลักแห่งความยุติธรรมเป็นต้นว่าให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี และจะต้องชี้ขาดโดยการรับฟังจากน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่กรณีทุกฝ่าย

(5) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นระบบเอกชน ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่างๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนให้มากที่สุด เพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะเป็นผู้คอยช่วยเหลือ ให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และพยายามหลีกเลี่ยงการเข้าแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

(6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้วจะถือว่าถึงที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และคู่พิพาทจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือศาล ให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

(7) การพิจารณาคดีและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงกรณีที่จำเป็น เพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาเพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีและเพื่อจะบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ และเมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยในทางปฏิบัติแล้ว การนำคำชี้ขาดไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับหรือบังคับจึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลไปให้ศาลต่างประเทศบังคับ

2.6.3 รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการนั้นอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่กรณียังมีได้ฟ้องคดีต่อศาล และอีกกรณีหนึ่งอาจกระทำได้เมื่อข้อพิพาทนั้นเป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ดังนั้น จึงอาจแบ่งรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการได้ ดังนี้

2.6.3.1 การอนุญาโตตุลาการในศาล

การอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นกรณีที่ได้มีการนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลชั้นต้นและคดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลแล้ว แต่คู่กรณีต่างเห็นพ้องและตกลงกันเสนอข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือทั้งหมดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยยื่นคำร้อง

ต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายก็จะอนุญาตให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น ซึ่งในการตั้งอนุญาโตตุลาการก็ดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ดี ให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกัน ภายใต้การกำกับควบคุมและช่วยเหลือของศาล

2.6.3.2 การอนุญาโตตุลาการนอกศาล

การอนุญาโตตุลาการนอกศาลเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีประสงค์จะเสนอข้อพิพาทให้ออนุญาโตตุลาการชี้ขาด โดยไม่ประสงค์จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันได้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทจะเกิดขึ้นหรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้

2.6.4 แนวความคิดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ⁶⁸

ในสังคมของคนที่อยู่ร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป มักจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นได้เสมอ การระงับข้อพิพาทได้แย่งที่ที่เกิดขึ้น เป็นเรื่องสำคัญที่จะนำความสงบสุขสันติมาสู่สังคมหรือชุมชน กระบวนการระงับข้อพิพาทดั้งเดิมตัดสินกันด้วยกำลัง ฝ่ายที่มีกำลังมากย่อมชนะไป เมื่อสังคมเจริญขึ้น กระบวนการในการระงับข้อพิพาทก็ได้รับการพัฒนาขึ้นมาตามลำดับ ในระยะแรกๆ อาจอยู่ในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ เช่นเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ต่างก็พากันไปหาผู้ที่ทั้งสองฝ่ายเชื่อถือเป็นผู้ไกล่เกลี่ย เช่น ผู้เฒ่า ผู้ใหญ่ ตลอดจนผู้ที่เป็นที่นับถือของคนทั่วไป เช่น ผู้นำหมู่บ้าน พระ นักบวช ต่างๆ โดยเฉพาะสังคมไทยนิยมการระงับข้อพิพาทในรูปแบบนี้มาก เพราะมีความเชื่อมั่นค่านิยมกันว่า การเป็นความกัน ซึ่งหมายถึงการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นทางการสู่การพิจารณาในศาล เป็นเรื่องที่ต้องสูญเสียทั้งเวลาและเงินของทั้งสองฝ่ายเป็นอย่างมาก จึงได้ใช้วิธีการนี้กันมาตั้งแต่ดั้งเดิมของสังคมไทย และส่วนใหญ่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมักจะได้ผลทำให้ข้อพิพาทต่าง ๆ ระงับได้มาก กระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการนี้เองเป็นพื้นฐานของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่พัฒนามาจนปัจจุบัน

2.6.5 ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ⁶⁹

ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ ความผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไปแล้วทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการแบ่งได้เป็น 4 ทฤษฎี คือ

- (1) ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory)
- (2) ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

⁶⁸ อเนก ศรีสนธิ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 66. หน้า 27.

⁶⁹ อนันต์ จันทร์โอภากร. (2535). ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1. หน้า 21. กรุงเทพมหานคร : เพอเฟคท์ กราฟฟิค กรุ๊ป.

(3) ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)

(4) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

2.6.5.1 ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่ารัฐมีอำนาจเต็มที่จะควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าจะยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการเป็นการริเริ่มด้วยความสมัครใจของคู่กรณี โดยการตกลงกันแต่ทฤษฎีนี้ถือว่า การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาด ล้วนขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดทั้งสิ้น ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายของรัฐใดที่จะนำมาใช้บังคับได้ในฐานะที่เป็น “Applicable law” เพื่อยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการหรือให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการเพื่อจะพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท หรือยอมรับที่จะให้คำชี้ขาดนั้นมีผลบังคับได้แล้ว อนุญาโตตุลาการก็ไม่มี ความหมายและไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด อนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่ เป็นสิทธิของคู่กรณีหากแต่เป็นสิ่งที่รัฐจะอนุญาตหรือไม่ขึ้นอยู่กับรัฐเท่านั้น

การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยปกติแล้วเป็นหน้าที่ของศาลซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยรัฐคู่กรณีสามารถที่จะนำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและชี้ขาดได้เพียงเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการจะไปทำการพิจารณาคือยอมรับเท่านั้น

ศาสตราจารย์ แมนน์ (Mann) ได้เขียนบทความเรื่อง “Lex Facit Arbitrum” และในบทความนั้นเขากล่าวไว้ว่า :

“..... รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้น หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (public function) ซึ่งหมายความว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ”

ตามความเห็นของท่านผู้นี้ อนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐ “มอบอำนาจ” (delegate authority) ให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐ ในการชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนดเท่านั้น หากรัฐไม่มอบอำนาจดังกล่าว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลที่จะบังคับได้

ทฤษฎีนี้จึงถือว่า อนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษาในศาลมีอำนาจและหน้าที่ก็โดยอาศัยกฎหมายของรัฐ บทบาทและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงคล้ายคลึงกับศาล กล่าวคือจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามตัวบทกฎหมายและโดยจิตสำนึกในการประศาสน์ความยุติธรรม สิ่งที่แตกต่างระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ว่าศาลและผู้พิพากษานั้นมาจากการจัดตั้งและแต่งตั้งของรัฐ โดยตรง ส่วนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องของคู่กรณีที่จะตกลงกัน

เมื่ออำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกับศาล โดยปกติแล้ว จึงควรถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสถานะและผลอย่างเดียวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งผลของคำชี้ขาดนี้ก็จะเป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่จะทำการบังคับตามคำชี้ขาด (Enforcing forum)

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็เหมือนคำพิพากษา เมื่อคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามก็ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการบังคับ ดังนั้น คำชี้ขาดแต่โดยลำพังแล้วเป็นสิ่งที่ไม่มีค่า เว้นแต่จะสามารถบังคับตามนั้นได้ ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดฝ่ายที่ชนะ จะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดเสมือนหนึ่งบังคับตามคำพิพากษาของศาล

ผลของทฤษฎีนี้ก็คือ อนุญาโตตุลาการนั้นมีหน้าที่ต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยการนำกฎหมายสารบัญญัติมาปรับใช้ในการทำงานเดียวกับศาล ทฤษฎีนี้จึงเน้นที่ความแน่ชัดของผลในทางกฎหมายของคดีข้อพิพาท และบังคับว่าคำชี้ขาดจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดี ดังนั้น ในคดีที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติและมีปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of law rules) ของประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปทำการพิจารณาคดี

ประเทศที่ถือทฤษฎีนี้โดยเคร่งครัดได้แก่บรรดาประเทศสังคมนิยม สถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้นผูกติดอยู่กับหอการค้าของรัฐ (National chamber of commerce) และมีลักษณะเป็นสถาบันของรัฐมิใช่สถาบันเอกชน

2.6.5.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้ถือว่า อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา เกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยสัญญาที่คู่กรณีทำขึ้นและสิ้นสุดลงถ้าคู่กรณีตกลงยกเลิก คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะใช้อนุญาโตตุลาการในรูปแบบใด เป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการที่จะมาทำการชี้ขาด เป็นผู้กำหนด วัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณา และยังเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ คู่กรณียังตกลงที่จะยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันในทางสัญญา (Binding contractual force) และสมัครใจที่จะปฏิบัติตาม ขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี

ทฤษฎีสัญญาปฏิเสธอำนาจของรัฐที่จะแทรกแซงอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่า อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาและความสมัครใจ (Will and consent) ของคู่กรณีซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่องของ “pacta sunt servanda” ไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับในศาลได้ในสถานะเดียวกับสัญญา อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คำชี้ขาดจึงเป็นเสมือนหนึ่งข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ซึ่งทำขึ้นโดยอาศัยอนุญาโตตุลาการในสถานะที่เป็นตัวแทนของตน

เมื่อถือว่าทั้งการตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญา คู่กรณีก็มีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะตกลงกันกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดต่างๆ ได้ตามใจสมัคร ซึ่งกฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญาของประเทศต่างๆ ก็ยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอยู่แล้ว

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐ โดยสิ้นเชิง และยอมรับข้อเท็จจริงว่าศาลอาจบังคับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาตให้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการและศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือเมื่อปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะทบทวนทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัย ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นความแตกต่างไปจากทฤษฎีที่ถือว่าคำชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ

2.6.5.3 ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)

จะเห็นได้ว่าทั้งทฤษฎีที่ถือว่าคำชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐและทฤษฎีสัญญาต่างก็ไม่สามารถอธิบายลักษณะของอนุญาโตตุลาการได้ครบถ้วน อนุญาโตตุลาการมีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการในการระงับข้อพิพาทและทั้งที่เป็นสัญญาข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ รูปแบบของอนุญาโตตุลาการ และวิธีพิจารณาความเป็นเรื่องที่คู่กรณีจะตกลงกัน ส่วนผลของข้อตกลงและลักษณะการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการขอให้บังคับ

ผู้ที่พัฒนาทฤษฎีผสมนี้คือ ศาสตราจารย์ซอเซอร์ ฮอลล์ (Sauser Hall) โดยปรากฏอยู่ในรายงานที่ท่านเสนอต่อสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute de Droit International) เมื่อ ค.ศ. 1952 ท่านอธิบายว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะตัดขาดออกจากกฎหมายได้ โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะต้องอิงกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่เพียงใด ในขณะเดียวกันท่านก็ยอมรับความจริงว่าอนุญาโตตุลาการมีขึ้นได้ก็โดยข้อตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี ท่านจึงให้นิยามอนุญาโตตุลาการว่าเป็น : “... a Mixed juridical institution sui generis which has its origin in the [parties] agreement and draws its jurisdictional effects from the civil law”

ความจริงแล้วทั้งสองทฤษฎีที่กล่าวมาไม่ได้ขัดแย้งกันเลย อนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน มีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณาความ

และเป็นสัญญา (procedural and contractual features) ข้อตกลงให้ใช้อุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นเป็นสัญญา และก็ไม่มีความเสี่ยงที่จะถือว่าไม่ใช่สัญญา ดังนั้น ความสมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ควบคุมการทำสัญญา ในขณะที่วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ

ในกรณีที่เป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือ non domestic arbitration ผลของทฤษฎีผสมนี้ก็คือ อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กับสถานที่ที่จะทำการพิจารณาคืออย่างยิ่ง วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงของกลุ่มภายใต้ขอบเขตของกฎหมายของประเทศที่จะนั่งทำการพิจารณาคดี (siege d' arbitrage) สำหรับกฎหมายสารบัญญัติที่จะใช้ชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายที่ผู้กรณีกำหนดหรือตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งผู้กรณีจะตกลงกันได้มากน้อยเพียงใดในเรื่องของกฎหมายที่จะใช้บังคับ (Choice of law) เป็นไปตามหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปทำการพิจารณาคดี ถ้าไม่มีข้อตกลงโดยแจ้งชัดระหว่างผู้กรณีอนุญาโตตุลาการก็จะใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศนั้น

2.6.5.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้เสนอโดย Madame Rubelin Devichi ท่านเห็นว่าลักษณะของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องดูจากวัตถุประสงค์ของการใช้ จะเห็นได้ว่าทั้งสามทฤษฎีที่ได้กล่าวมาแล้วพยายามที่จะจัดว่าอนุญาโตตุลาการอยู่ในส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายนั้นๆ ได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดหรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรหรือไม่ แต่ทฤษฎีความเป็นเอกเทศของอนุญาโตตุลาการนี้มองอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวของมันเองว่า อนุญาโตตุลาการนั้น ทำอะไรบ้าง มีเป้าหมายอย่างไร หน้าที่ของมันคืออะไร และทำไมถึงต้องเป็นเช่นนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเป็นแต่เพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้

อนุญาโตตุลาการนั้นพัฒนาขึ้นมาเพราะบรรดานักธุรกิจต่างก็เห็นว่าเป็นวิธีการที่สะดวกและเหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาท ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีกฎหมายในเรื่องนี้นักธุรกิจก็ใช้วิธีการนี้อยู่แล้ว กฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่ตามมาทีหลังเพื่อรองรับแนวปฏิบัติที่มีอยู่แล้วเท่านั้น เป็นต้นว่าเสรีภาพของผู้กรณีที่จะตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับปัญหาข้อพิพาทและวิธีพิจารณาความไม่ได้เนื่องมาจากทฤษฎีสัญญาหรือทฤษฎีที่ถืออำนาจของรัฐ แต่เป็นผลที่มาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้มีผลบังคับได้ก็ไม่ใช่เพราะสถานะทางสัญญาหรือการมอบ

อำนาจจากรัฐ หากแต่เพราะเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้การอนุญาโตตุลาการทางการค้าเป็นไปได้
อย่างมีประสิทธิภาพ

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้เกิดการยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ
ไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกกันว่า “denationalized
arbitration” หรือ “non-national arbitration” และยอมรับเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด
ที่จะตกลงกันในเรื่องต่างๆ ของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้นว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับ วิธีพิจารณา
ตลอดจนรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องผูกมัดอยู่กับหลักว่าด้วย
การขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดีแต่สามารถใช้หลักที่ตนเห็นว่า
เหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดีได้ หรืออาจใช้กฎหมายหรือมาตรฐาน ขนบธรรมเนียม
ประเพณี และแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องก็ได้

2.7 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ส่วนมากจะแบ่งลักษณะสัญญาระหว่างรัฐ
กับเอกชนไว้เป็นสองลักษณะ⁷⁰ คือ “สัญญาทางแพ่ง” และ “สัญญาทางปกครอง” โดยสัญญา
ทางแพ่งเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนคู่สัญญาในสถานะของคู่สัญญา
ที่มีฐานะเท่าเทียมกัน หน่วยงานของรัฐปราศจากอำนาจหน้าที่ที่จะบังคับการใดๆ หรือมีอำนาจ
เหนือกว่าเอกชนคู่สัญญา และไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญา
ทางปกครอง ส่วนสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน
โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้เอกชนที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยจะมีวัตถุประสงค์
เพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจโดยคาดหวังกำไร แต่ในเมื่อหน่วยงานของรัฐมีวัตถุประสงค์ในการทำ
กิจการสาธารณะ การที่เอกชนยินยอมเข้าทำสัญญาผูกพัน ย่อมถือได้ว่าสัญญาที่เกิดขึ้น
มีวัตถุประสงค์เพื่อการปกครอง⁷¹

2.7.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีบทบาทอย่างมากต่อระบบกฎหมายแบบประมวล
กฎหมาย โดยฝรั่งเศสได้แบ่งสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศ ออกเป็นสองประเภท คือ
สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง เมื่อสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว

⁷⁰ เอกชัย อัครธีรานุภาพ. (2548). การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน.
สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 11.

⁷¹ คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2533). สัญญาสัมปทาน. วารสารอัยการ ปีที่ 13. กรุงเทพมหานคร : กรมอัยการ. หน้า 190.

ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญานั้นก็จะเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัยคดี เนื่องจากมีประโยชน์สาธารณะเข้าไปเกี่ยว หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง ก็เป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมในการพิจารณาคัดสินคดี

2.7.1.1 ลักษณะสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสหน่วยงานของรัฐมีภารกิจที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การจัดทำบริการสาธารณะ โดยการที่จะทำให้เกิดประโยชน์สาธารณะได้นั้น หน่วยงานของรัฐต้องมีเครื่องมือที่สำคัญในการทำให้ประโยชน์สาธารณะบรรลุผล คือ อำนาจมหาชน โดยอำนาจมหาชนนี้ หน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการได้สองประการ คือ การออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวตามกฎหมายมหาชน และการเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งในรูปของสัญญาทางปกครอง⁷²

สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนั้น ก่อนปี ค.ศ. 1873 ประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดว่า นิติกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครองนั้นเป็นนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อบริหารกิจการเช่นเดียวกับเอกชน ดังนั้น สัญญาของฝ่ายปกครองในขณะนี้จึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน เว้นแต่สัญญาบางประเภทที่กฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะว่าให้อยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง ในปี ค.ศ. 1873 ศาลฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยในคดี “Blanco”⁷³ ว่าจะต้องใช้แนวความคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ” (le service public) เป็นเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาว่ากิจกรรมหรือนิติกรรมใดของฝ่ายปกครองจะอยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลปกครอง และอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองหรือไม่ จากแนวคำวินิจฉัยในคดีนี้เองทำให้แบ่ง “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน” ออกเป็นสองประเภทโดยถือหลักว่าสัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของการบริการสาธารณะ สัญญานั้นเป็น “สัญญาทางปกครอง” ส่วนสัญญาอื่นใดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือ “สัญญาทางแพ่ง” นั่นเอง⁷⁴

ต่อมา ภายหลังจากที่ศาลฝรั่งเศสได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวมาระยะหนึ่งก็พบว่าหลักเกณฑ์นั้นยังมีข้อบกพร่องอยู่ จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่เพื่อเป็นการแบ่งสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งออกจากกัน ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญสองประการ ดังนี้

⁷² วรวิทย์ กังศศิเทียม. (2544). ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 80.

⁷³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2529). สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เอ. ลีฟวิ่ง จำกัด. หน้า 91.

⁷⁴ สุรพงศ์ กลั่นประชา. (2539). สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 38-39.

(1) กรณีสัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด

กฎหมายที่ระบุประเภทสัญญาของฝ่ายปกครองอย่างชัดเจนว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งนั้นมิใช่น้อย ส่วนใหญ่กฎหมายจะระบุโดยอ้อม แต่เพียงว่า สัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจพิจารณาตัดสินของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งถือโดยปริยายว่าให้นาระบบกฎหมายปกครองหรือระบบกฎหมายเอกชนแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับกับสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม สัญญาที่กฎหมายกำหนดว่าให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองอาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งตามเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณา แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเป็นพิเศษ สัญญาดังกล่าวก็จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย⁷⁵

ตัวอย่างสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองที่สำคัญ เช่น สัญญาว่าด้วยการโยธาสาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองว่าจ้างให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสัญญาที่เอกชนให้ความช่วยเหลือฝ่ายปกครองในการก่อสร้างสาธารณสมบัติด้วยการให้เงินหรือวัสดุ ซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviöse an VII สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐให้เอกชนก็เป็นสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฉบับนี้⁷⁶

(2) กรณีสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

ในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ได้ตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือมิได้บัญญัติว่าให้สัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลใด ภาระในการพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็จะตกเป็นของศาล ซึ่งเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณามีหลายเกณฑ์ด้วยกัน ได้แก่ เกณฑ์ด้านองค์กรหรือคู่สัญญา และเกณฑ์ด้านเนื้อหาของสัญญา

(2.1) เกณฑ์ด้านคู่สัญญา

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคู่สัญญานี้พิจารณาว่าสัญญาทางปกครองจะต้องมีฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่สัญญา ดังนั้น สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองจึงเป็นสัญญาทางแพ่งมิได้เป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งศาลถือหลักเกณฑ์นี้อย่างเคร่งครัด จนกระทั่งประมาณ ค.ศ. 1950 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและศาลระงับความขัดแย้งในเรื่องเขตอำนาจศาลได้เริ่มวางข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยวางหลักไว้ว่าสัญญาที่ทำระหว่างเอกชนต่อเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าคู่สัญญา

⁷⁵ บุญผา อัครพิมาน. สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 23.

⁷⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2527). สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เอ. ลีฟวิ่ง จำกัด. หน้า 78.

เอกชนฝ่ายหนึ่งกระทำการแทนนิติบุคคลมหาชน กรณีดังกล่าวเป็นไปตามหลักการมอบอำนาจ กล่าวคือ หากเอกชนซึ่งได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชน โดยผลของกฎหมายไปทำสัญญากับเอกชนอื่น “ในนามและเพื่อ” นิติบุคคลมหาชนที่มอบอำนาจ สัญญานั้นก็จะป็นสัญญาทางปกครอง ดังเช่นในมาตรา R 321-20 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง ได้บัญญัติว่า รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจอาจมอบให้องค์กรผังเมืองเอกชนดำเนินการในนามและเพื่อหน่วยงานของตนได้ หรือในกรณีรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 12 กรกฎาคม 1985 อนุญาตให้ผู้ควบคุมงานของรัฐสามารถมอบอำนาจให้ผู้ควบคุมงานเอกชนสามารถไปทำสัญญากับเอกชนอื่นในนามและเพื่อควบคุมงานของรัฐได้ เป็นต้น⁷⁷

นอกจากนี้ ศาลยอมรับให้มีการมอบอำนาจจากรัฐให้เอกชนทำสัญญาในนามของตน โดยปริยายอีกด้วย กล่าวคือ เอกชนได้ทำสัญญาไปโดยมิได้รับมอบอำนาจจากนิติบุคคลมหาชนแต่ได้ทำสัญญา “เพื่อประโยชน์” ของนิติบุคคลมหาชน ซึ่ง “ชักใยอยู่หลังฉาก” แต่ถ้าเอกชนนั้นทำไปเองโดยอิสระ โดยคำริชของตนเอง การทำสัญญานั้นย่อมมิใช่เป็นการทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน⁷⁸

(2.2) เกณฑ์ด้านเนื้อหาของสัญญา

เป็นเกณฑ์ที่ศาลปกครองของฝรั่งเศสได้พิจารณาพิพากษาว่าสัญญาที่หน่วยงานของรัฐได้ทำกับเอกชนนี้ มีสถานะของเนื้อหาของสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่ง โดยเกณฑ์ที่ศาลปกครองได้วางเป็นบรรทัดฐานว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง คือ พิจารณาได้จากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือสัญญานั้นมีข้อความที่มีลักษณะพิเศษไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งโดยมีการพิจารณาดังนี้

ก. สัญญานั้นมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

คำว่า “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” (objet du contrat) ในที่นี้คือหน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเหมือนกับในสัญญาทางแพ่งนั่นเอง สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตามที่จะถือว่าเป็นการบริการสาธารณะก็พิจารณาได้จากประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการหมู่มาของคนในสังคม ซึ่งศาลฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดเป็นการเคร่งครัดว่าประโยชน์สาธารณะนี้จะอยู่ในกรอบเพียงใด เป็นเรื่องที่ศาลจะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ดังเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี Epoux Bertin⁷⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้อำนวยการทหาร

⁷⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2546). สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 335.

⁷⁸ บุญผา อัครพิมาน. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 75. หน้า 29.

⁷⁹ C.E. 20 avil 1959, epoux Bertin, Gr. Ar., p. 442. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 73. หน้า 84.

ผ่านศึกได้สัญญาว่าจ้างให้คู่สมรส Bertin ทำอาหารเลี้ยงชาวโซเวียตที่กำลังรอการส่งกลับประเทศ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “สัญญานี้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาในการให้คู่สมรส Bertin ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง โดยบริการสาธารณะที่ว่าก็คือการเลี้ยงดูคนต่างชาติที่อยู่ในดินแดนฝรั่งเศสเพื่อส่งกลับประเทศ” ดังนั้น สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง แต่คำพิพากษาในคดีบริษัท Granits Porphyroides des Vosges⁸⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่เทศบาลเมือง Lille ซื้อหินแกรนิตแผ่นจากบริษัทเอกชนเพื่อมาปูพื้นทำถนนเมือง Lille ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การสร้างและซ่อมบำรุงถนนเป็นการบริการสาธารณะโดยตรง ในคดีนี้แม้การที่บริษัทเอกชนขายหินแกรนิตแผ่นเพื่อเทศบาลนำมาปูพื้นถนนจะเป็นการช่วยให้เทศบาลทำบริการสาธารณะได้ก็จริง แต่การขายหินให้ไม่ใช่การดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงในตัวเอง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขายทางแพ่ง

ข. สัญญานั้นมีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง

ความหมายของคำว่า “ข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง” คือ ข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อความที่มีลักษณะให้สิทธิแก่คู่สัญญา(ที่เป็นฝ่ายปกครอง) หรือก่อนนี้แก่คู่สัญญา(ที่เป็นเอกชน) ซึ่งมีสภาพที่แตกต่างกับสิทธิและหน้าที่ที่อาจยินยอมก่อนขึ้นโดยใครๆ ในสัญญาทางแพ่งหรือพาณิชย์ ข้อความดังกล่าวจะต้องมีลักษณะดังนี้⁸¹

(1) ข้อความที่อาจขัดต่อกฎหมาย (illicit) และทำให้สัญญาเป็นโมฆะหากไปใส่ไว้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเลยหรือสัญญาที่มีข้อความให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง(ฝ่ายปกครอง)บังคับคดีได้เองโดยไม่ต้องผ่านศาล เช่น เมื่อผิดสัญญาให้ฝ่ายปกครองริบทรัพย์คู่สัญญาเอกชนขายทอดตลาดได้ทันที ข้อสัญญาเหล่านี้หากนำไปใส่ในสัญญาทางแพ่งจะเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทันที

(2) ข้อสัญญาที่ไม่ถึงกับไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชน แต่ไม่ค่อยพบบ่อยนักในกฎหมายเอกชน เพราะโดยปกติคู่สัญญามักไม่ยินยอมให้ใส่ไว้ เช่น ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญามากเป็นพิเศษทุกชั้นตอน หรือฝ่ายปกครองอาจให้สิทธิพิเศษ

⁸⁰ C.E. 31 jul 1912, Societe des granits porphyroidesdes Vosges, Gr. Ar., p. 11. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 73. หน้า 85.

⁸¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 73. หน้า 88-90.

ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม เช่น ฝ่ายปกครองให้เอกชนทำทางด่วนและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ หรือฝ่ายปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิผูกขาด (monopoly) ในกิจการนั้นแต่ผู้เดียว หรือฝ่ายปกครองอาจให้เอกชนมีสิทธิใช้ที่ดินของเอกชนอื่นแทนฝ่ายปกครอง เหล่านี้จะเห็นได้ว่าในสัญญาที่เอกชนทำกันเองไม่มีทางทำเช่นนี้ได้

(3) กรณีที่ศาลใช้ตัวบทกฎหมายทั้งปวงอันเป็นที่มาของสัญญานั้นมาประกอบการวินิจฉัยด้วยว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ด้วยเหตุนี้ แม้สัญญาจะไม่มีข้อความใดโดยเฉพาะที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง แต่ถ้าพิเคราะห์ทั้งกฎหมายอันเป็นที่มาของสัญญานั้นๆ ทั้งกฎหมายแม่บท และกฎหมายลำดับรองประกอบแล้ว ทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายประสงค์ให้สัญญานี้มีลักษณะและผลต่างจากสัญญาทางแพ่งแล้ว สัญญานั้นก็คือสัญญาทางปกครอง

2.7.1.2 หลักเกณฑ์การแบ่งสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

การใช้กฎหมายมหาชนบังคับแก่สัญญาทางปกครองจะทำให้สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่ต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยประการหลัก ๆ 2 ประการ⁸² คือ

ประการที่หนึ่ง สัญญาทางแพ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาสองฝ่ายที่เท่าเทียมกันในกฎหมาย ความเท่าเทียมกันนั้นจะปรากฏทั้งในตอนก่อให้เกิดสัญญา (มีการเจรจาต่อรองกัน) ตอนปฏิบัติตามสัญญา (คู่กรณีชำระหนี้ต่างตอบแทนกัน ถ้าฝ่ายหนึ่งไม่ชำระอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ของตนก็ได้) ตอนแก้สัญญา (คู่สัญญาต้องยินยอมทั้ง 2 ฝ่าย จึงจะเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้) และตอนเลิกสัญญา

สัญญาทางปกครองนั้นคู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมกัน เพราะฝ่ายปกครองทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงย่อมมีเอกสิทธิพิเศษเหนือเอกชน หลักการนี้แสดงออกทั้งในเวลาก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมักเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาตามลำพังแต่ผู้เดียว โดยคู่สัญญาที่เป็นเอกชน ไม่มีสิทธิต่อรองข้อสัญญา มีแต่เพียงสิทธิที่จะรับหรือไม่รับสัญญาที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเท่านั้น ในเวลาปฏิบัติตามสัญญาฝ่ายปกครองก็อาจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ฝ่ายเดียว ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตอนเลิกสัญญาก็มีสัญญาทางปกครองไม่น้อยที่ให้สิทธิฝ่ายปกครองเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ

ประการที่สอง สัญญาทางแพ่งเป็นการแสดงเจตนาที่มีเสรีภาพกว้างขวาง เสรีภาพในการเจรจาต่อรอง ในการเลือกคู่สัญญา ข้อกำหนดของสัญญา ตลอดจนรูปแบบต่าง ๆ จะมีข้อจำกัดก็เพียงเรื่องแบบและวัตถุที่ประสงค์

⁸² เอกชัย อัครธีรานุภาพ. (2548). การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 18

สัญญาทางปกครองนั้นกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพเต็มที่เหมือนเอกชนในการทำสัญญา การเลือกคู่สัญญาก็ต้องใช้วิธีการที่เป็นกลางและให้ผลประโยชน์แก่ประโยชน์สาธารณะให้มากที่สุด โดยเหตุนี้หลักกฎหมายปกครองที่ใช้กับสัญญาทางปกครองจึงให้เอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างแก่ฝ่ายปกครอง (ซึ่งเท่ากับจำกัดเสรีภาพของเอกชน) และก่อนหน้าที่พิเศษบางประการแก่ฝ่ายปกครอง (ซึ่งเท่ากับจำกัดเสรีภาพฝ่ายปกครอง และก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายเอกชน) เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีในสัญญาทางปกครอง เช่น สิทธิแก้สัญญาฝ่ายเดียว ในขณะที่เอกชนไม่มีสิทธิดังกล่าวในสัญญาทางแพ่งก็ดี หน้าที่ที่ฝ่ายปกครองมีมากขึ้นกว่าที่เอกชนมีตามสัญญาทางแพ่ง เช่น หน้าที่ต้องชดใช้ค่าทดแทนให้เอกชนที่กำลังจะล้มละลาย เพราะมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดฝันเกิดขึ้นทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนตามสัญญาเป็นไปได้ยากมาก และใช้จ่ายสูงเกินคาดหมาย) ทั้งสองประการนี้เป็นคุณลักษณะที่มีเอกลักษณ์พิเศษของกฎหมายมหาชนต่างมีที่มาจากประโยชน์สาธารณะ

เอกสิทธิ์บางอย่างที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ จะสูญเสียไม่ได้ถ้าฝ่ายปกครองสูญเสียศาลก็จะถือว่าศาลเสียสิทธินั้น ๆ ไม่เป็นผล เช่น ถ้าเป็นสัญญาทางปกครอง คดีต้องขึ้นศาลปกครอง ฝ่ายปกครองจะยอมให้นำไปขึ้นศาลยุติธรรมไม่ได้ เอกสิทธิ์ที่ฝ่ายปกครองจะแก้สัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะก็จะทำข้อสัญญาจำกัดไม่ได้ เอกสิทธิ์ที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยว่าเอกชนคู่สัญญาผิดสัญญาโดยฝ่ายปกครองไม่ยอมวินิจฉัยเอง แต่มาขอให้ศาลปกครองตัดสินให้ก็จะสูญเสียไม่ได้เช่นกัน

ผลของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา จุดเด่นของผลแห่งสัญญาทางปกครองคือ กฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าไม่ว่าข้อสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชน โดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจแก้ข้อสัญญาฝ่ายเดียว ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งไม่มีเป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง

2.7.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.7.2.1 ลักษณะสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

แนวความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมนีถือกำเนิดขึ้นในราวทศวรรษที่ 1970 บนพื้นฐานของความขัดแย้งกันทางความคิดระหว่างนักวิชาการฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองไม่อาจมีได้ในระบบกฎหมายกับนักวิชาการฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาทางปกครองอาจมีได้ในระบบกฎหมายและเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม

ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองกลับมีการยอมรับในเรื่องสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเหตุผลของความจำเป็นต้องใช้รูปแบบการกระทำทางปกครองในลักษณะนี้ โดยศาลยอมรับว่ามีความจำเป็นในการมีสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการยอมรับว่าสัญญาทางปกครองมีฐานะเท่าเทียมกับคำสั่งทางปกครองอย่างชัดเจนในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ซึ่งในมาตรา 54 ได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครอง ดังนี้⁸³

“สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับ ไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ซึ่งสามารถกระทำได้ในรูปแบบสัญญาตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถจะทำสัญญาทางปกครองกับบุคคลใด ๆ ซึ่งเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้”

นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทางปกครองได้ ดังนี้

(1) สัญญา

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา และหลักเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญาเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอและคำสนอง เป็นต้น

(2) เนื้อหาสาระของสัญญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน

สัญญาทางปกครองจะมีความแตกต่างไปจากสัญญาประเภทอื่นก็ตรงที่เนื้อหาสาระของตัวสัญญานั้นเอง ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว ในกฎหมายดังกล่าวได้ใช้คำว่า “offentlich-rechtlicher vertrag” ซึ่งแปลตรงตามถ้อยคำแล้ว ในกฎหมายดังกล่าวได้ใช้คำว่า “สัญญาตามกฎหมายมหาชน” และในบทนิยามที่กำหนดถ้อยคำดังกล่าวก็ใช้คำว่า “นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน” (rechtsverhältnis auf dem gebiet des öffentlichen rechts) ฉะนั้น หากตีความโดยยึดถือตามถ้อยคำดังกล่าวแล้ว สัญญาทางปกครองจะมีความหมายกว้างและครอบคลุมไปถึงสัญญาทุกประเภทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน กล่าวคือ จะหมายรวมถึงสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศได้ด้วยซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากถ้าพิจารณาจากขอบเขตการใช้บังคับโดยทั่วไป

⁸³ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 113.

ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในมาตรา 1 (1) ซึ่งกล่าวถึงการปฏิบัติหน้าที่ ตามกฎหมายมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ประกอบกับมาตรา 9 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งกล่าวถึงความหมายของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้วจะเห็นได้ว่า คำว่า “สัญญา ตามกฎหมายมหาชน (offentlichrechtlicher vertrag)” นั้น มีเจตนารมณ์ให้หมายความรวมถึงสัญญา ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้น คำว่า “offentlicher verträge” ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงหมายถึง “สัญญา ตามกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtlicher vertrag)” หรือ “สัญญาทางปกครอง” นั่นเอง

2.7.2.2 หลักเกณฑ์การแบ่งสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง⁸⁴

ระบบกฎหมายเยอรมันได้แยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกัน การที่ฝ่ายปกครองใช้ “สัญญา” เป็นเครื่องมือของรัฐในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะ ให้บรรลุผลนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้ออกว่า สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นกับเอกชน นั้นเป็นสัญญาในกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) หรือเป็นสัญญาในกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่ง) เพราะในการใช้กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติในการทำสัญญา จะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ

ในด้านกฎหมายสารบัญญัติ การที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครอง กับเอกชนจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักในกฎหมายปกครอง เช่น “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบ ด้วยกฎหมาย” นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองมีความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจกรรม ในทางปกครองบรรลุผลโดยไม่ต้องใช้คำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจึงอาจได้รับสิทธิพิเศษ บางประการที่ไม่มีในกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีจำเป็น เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น ส่วนการที่ฝ่ายปกครองตกลงเข้าทำสัญญาทางแพ่งกับเอกชน จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักในทางกฎหมายเอกชน เช่น หลักเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งคู่สัญญา มีสิทธิเท่าเทียมกัน ฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิพิเศษในสัญญาทางแพ่ง

ในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติ กรณีที่ฝ่ายปกครองมีข้อพิพาทเกิดขึ้นกับเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตีความสัญญา การแก้ไขปรับปรุงสัญญา การเลิกสัญญา การฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญานั้น หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางแพ่ง จะต้องฟ้องร้องไปยังศาลยุติธรรม หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครอง จะต้องฟ้องร้องไปยังศาลปกครอง

⁸⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542). ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. วารสาร นิติศาสตร์ (ปีที่ 29). กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 266-268.

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นไม่สามารถพิจารณาจากการใช้ฐานะของ “คู่สัญญา” เป็นเกณฑ์ในการแบ่งสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ในการทำสัญญาทางปกครองจึงไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจทำสัญญาทางแพ่งระหว่างกันก็ได้ ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งนั้น มีข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัย ซึ่งหมายความว่าความเข้าใจของคู่สัญญาว่าตนตกลงทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งไม่ใช่เป็นเครื่องชี้ธรรมชาติทางกฎหมาย (rechtsnatur) ของสัญญานั้น แม้ว่าเกณฑ์แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งในทางคำราของเยอรมนีเองยังไม่เป็นที่ยุติก็ตาม แต่ความเห็นข้างมากเห็นว่าควรใช้เกณฑ์ “วัตถุแห่งสัญญา (vertragsgegenstand) เป็นเครื่องชี้ว่าสัญญานั้น เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาแท้ที่จริงแล้วก็คือ การพิจารณาเนื้อหาของเนื้อหาอันเองว่าเนื้อหาของวัตถุแห่งสัญญาเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับบทบาทบัญญัติในทางกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพึงพิจารณาว่าเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดหน้าที่ในทางกฎหมายปกครองหรือไม่

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้ คือ

ก. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบาทบัญญัติกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย

ข. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

ค. เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้วัตถุแห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกก็คือ บางครั้งเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การจ่ายเงินนั้นมีลักษณะหรือสภาพเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่ใช่เนื้อหาที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้นักกฎหมายบางส่วนเสนอให้ดูที่ “วัตถุประสงค์” ของการปฏิบัติการชำระหนี้และดูที่ลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครอง ย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

2.7.3 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในประเทศไทย

2.7.3.1 ความเป็นมาของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทย⁸⁵

เดิมประเทศไทยมิได้มีการแบ่งแยกสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง จนกระทั่งได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น จึงปรากฏนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” อยู่ในพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยความเป็นมาของ คำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรนั้น ได้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ต่อมา สภาผู้แทนราษฎรได้มีการแก้ไขบทนิยามดังกล่าว เป็นดังนี้

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภคหรือให้จัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล หรือสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในชั้นการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในวาระที่ 2 ครั้งที่ 23 วันพุธที่ 17 กุมภาพันธ์ 2542 นายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ กรรมการวิสามัญฯ ได้ชี้แจงต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรกรณีนายสุวโรช พะลัง ส.ส.จังหวัดชุมพร ขอแปรญัตติ นิยามคำว่า สัญญาทางปกครอง มีสาระสำคัญ สรุปได้ ดังนี้

“สัญญาทางปกครองที่ขอแปรญัตติไว้ ให้ความหมายรวมถึงสัญญาอื่นที่เกิดขึ้น โดยการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ข้อความดังกล่าวแคบไป คือต้องเกิดจากอำนาจหน้าที่ที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่ขณะเดียวกันงานในทางปกครองหลายงานพูดไม่ชัดว่ามีกฎหมายโดยตรงให้อำนาจไว้ แต่ทางปกครองก็ต้องทำอยู่ เช่น ให้ทุนนักศึกษา เขาได้รับทุนไปก็ต้องทำสัญญาว่าต้องกลับมาชดใช้ทุนอย่างไร เป็นต้น ก็ไม่ได้มีกฎหมายที่ไหนสนับสนุนบอกว่าให้ไปทำสัญญานั้นโดยตรง แต่ว่าสัญญาเหล่านั้นก็เป็นเรื่องในทางปกครอง

⁸⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2551). คำราฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เอ. ลีฟวิ่ง จำกัด. หน้า 207 – 211.

ที่เกี่ยวข้องอยู่ ฉะนั้นข้อความที่กรรมการเขียนไว้จะกว้างกว่า จะทำให้สัญญาทางปกครอง กว้างขวางขึ้นตามลักษณะที่ควรจะเป็น”

ต่อมา วุฒิสภาได้แก้ไขบทนิยามที่ผ่านสภาผู้แทนราษฎรแล้วเป็น ดังนี้

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญา สัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติ

ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญฯ ของวุฒิสภา ในการประชุม ครั้งที่ 2 วันพุธที่ 27 มีนาคม 2542 และครั้งที่ 16 วันพุธที่ 19 พฤษภาคม 2542 มีประเด็นหนึ่งที่ได้ อภิปรายกันคือ

“ตัวอย่างของสัญญาที่ให้จัดหาประโยชน์ที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ การทำเหมืองแร่หรือป่าไม้ หรือจัดหาประโยชน์จากก๊าซธรรมชาติ ส่วนสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อ วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผลอาจได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการให้ทุนนักศึกษาโดยมีข้อสัญญา ให้ต้องกลับมาทำงานให้แก่หน่วยงานตามระยะเวลาที่กำหนด แต่สัญญาอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการ ปกครอง เช่น ซื้อกระดาษ ซื้อดินสอ วัสดุสำนักงาน ปกติไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เพราะไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองหรือเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะ หากมีข้อพิพาท เกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ก็จะต้องฟ้องยังศาลยุติธรรม จุดแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครอง กับสัญญาทางแพ่งคงต้องพัฒนาขึ้นในอนาคตด้วยส่วนหนึ่ง โดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งก็จะเกิด ความชัดเจนขึ้นมาตามลำดับ หรือหากศาลทั้ง 2 ระบบเกิดขัดแย้งกัน ก็เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการ วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่จะเป็นผู้พิจารณา”

2.7.3.2 ความหมายของสัญญาทางปกครองภายหลังการจัดตั้งศาลปกครอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้มีศาลปกครองขึ้น

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และได้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ เป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย ในมาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญา ที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

จากนิยามดังกล่าว จะเป็นได้ว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายต้องเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนฝ่ายปกครอง ประการที่สอง ต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนสัญญาอื่นๆ นอกเหนือจากที่กล่าวมาจะได้แก่สัญญาในลักษณะใดบ้างนั้น กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นผู้วางแนวทางและวางหลักต่อไป

หลักที่เกิดจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรกคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

การกำหนดนิยามของสัญญาทางปกครอง โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตอนท้ายที่ว่า “...หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล...” เป็นการกำหนดความหมายอันมีลักษณะทั่วไปของสัญญาทางปกครองหรือลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ด้วยการนำแนวคิดมาจากความหมายของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนั่นเอง และคำวินิจฉัยของศาลปกครองได้มีการนำหลักซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดวางไว้มาปรับใช้แก่คดีในหลายกรณี เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544 สัญญาลาไปศึกษาในต่างประเทศที่ผู้ฟ้องคดีทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือ ผู้ถูกฟ้องคดีต้องกลับมารับราชการในกระทรวงกลาโหม

ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น ผู้ฟ้องคดีจะถูกจำกัดสิทธิไม่ว่าจะเป็นกรณีลาออกจากราชการ หรือ โอนสังกัด หรือการบอกเลิกสัญญานั้น ไม่อาจกระทำได้ทั้งสิ้น แต่ใน ส่วนของผู้ถูกฟ้องคดีกลับกำหนดให้สิทธิและอำนาจเด็ดขาดแก่ผู้ถูกฟ้องคดีให้บอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับมาจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใดๆ ได้ เป็นต้น ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ

ต่อมา คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคำวินิจฉัยที่ 25/2525 ได้วางหลักในเวลาต่อมาเกี่ยวกับเรื่องสัญญาการศึกษาต่อว่า เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา คือ การให้ผู้ลาศึกษากลับมาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นเรื่องของการจัดการศึกษา สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง จะเป็นได้ว่า เหตุผลในการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดฯ นั้น มิได้ถือหลักเอกลักษณ์ของรัฐซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่งทั่วไปตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกมาวินิจฉัย แต่ถือว่าการกลับมาปฏิบัติราชการเมื่อครบกำหนดเวลาการศึกษาตามสัญญาเป็นวัตถุประสงค์ที่มุ่งให้ผู้ลาศึกษากลับมาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะ ดังนั้น ต่อไปนี้สัญญาการศึกษาในลักษณะที่กล่าวมาแม้จะไม่มีข้อกำหนดใดในสัญญาที่ให้เอกลักษณ์แก่ฝ่ายปกครอง ก็ต้องถือเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 ได้เดินตามแนวการนิยามสัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ฯ โดยวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกลักษณ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ หรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้จะมีได้ระบุไว้ในสัญญา โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน เป็นต้น แม้กระทั่งเรื่องเวลาการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้นไม่ได้พิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ว่า เป็นสัญญาที่ทำขึ้นตามแบบตัวอย่างสัญญาท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือ ไม่ แต่ต้องพิจารณาจากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับคำอธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ขยายความเพิ่มเติมไว้ ดังนั้น สัญญาทางปกครองในความหมายข้างต้นจึงไม่รวมถึงสัญญาระหว่างผู้ใช้บริการ

สาธารณูปโภคกับฝ่ายปกครองผู้จัดทำบริการสาธารณูปโภค เช่น สัญญาซื้อขายไฟฟ้า ระหว่างผู้ใช้บริการไฟฟ้ากับการไฟฟ้านครหลวงย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 174/2545) สัญญาเช่าโทรศัพท์ คู่สาย หรือวงจรเช่า ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2545) นอกจากนั้น สัญญาซื้อขาย เช่น วัสดุอุปกรณ์สำนักงานของฝ่ายปกครอง หากไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษเพื่อให้การดำเนินการบริการสาธารณะบรรลุแล้วไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจเพื่อใช้ในศูนย์หัวใจสิริกิติ์ของมหาวิทยาลัยมหิดล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 82/2545) หรือสัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้าขนาด 100 กิโลวัตต์ แม้จะนำไปใช้ในกิจการของโรงพยาบาลก็ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 94/2545 และที่ 101/2545)

สำหรับสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองผู้ให้บริการสาธารณูปโภคกับเอกชนผู้ให้บริการนั้น ลักษณะของสัญญาเองไม่ใช่การที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนจัดทำหรือดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวข้องกับโดยตรงหรือเป็นสาระสำคัญของการจัดทำหรือการดำเนินการบริการสาธารณะ แต่เป็นเรื่องที่เอกชนขอรับบริการสาธารณะเกี่ยวกับสาธารณูปโภค เช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ จากฝ่ายปกครองในรูปแบบของสัญญาซื้อหรือเช่า สัญญาในลักษณะนี้จึงไม่น่าจะเป็นสัญญาทางปกครองได้โดยสภาพและหากฝ่ายปกครองกำหนดเงื่อนไขบางประการไว้ในสัญญา เช่น อาจเปลี่ยนแปลงอัตราค่าบริการได้โดยเอกชนคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องยินยอมก่อน การกำหนดเช่นนี้ก็ไม่น่าจะเป็นเรื่องของ “เอกสิทธิ์” ในความหมายที่กล่าวมา เพราะไม่ได้เป็นไปเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับสาธารณูปโภคบรรลุผลโดยตรง หากจะเกี่ยวข้องก็คงเป็นในลักษณะที่ทำให้ฝ่ายปกครองผู้ให้บริการสาธารณูปโภคสามารถดำเนินการไปได้โดยไม่ขาดทุน อันจะทำให้ตกเป็นภาระของรัฐต่อไปเท่านั้น และแม้จะขาดทุน ฝ่ายปกครองก็ต้องจัดทำต่อไปเพราะเป็นบริการสาธารณะ มีข้อสังเกตว่าบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมหรือที่เป็นกิจการสาธารณูปโภคนั้น ฝ่ายปกครองจะไม่ได้ให้บริการฟรีเหมือนเช่นบริการสาธารณะทางปกครอง เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย การศึกษาภาคบังคับ แต่จะขายให้แก่เอกชนผู้ใช้บริการ