

บทที่ 3

การระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่ากระบวนการในการระงับข้อพิพาททางสัญญามีหลากหลายวิธีด้วยกัน เช่น การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ซึ่งแต่ละวิธีต่างมีข้อดี ข้อเสีย และความเหมาะสมในการนำมาใช้ที่แตกต่างกันไป การเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทจึงต้องขึ้นอยู่กับความจำเป็นและสถานการณ์ที่คาดคิดว่าจะเกิดขึ้นในแต่ละกรณี¹ ในทางปฏิบัติสัญญาที่มีความสลับซับซ้อนไม่มากนักและสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ววิธีการที่เหมาะสมในการระงับข้อพิพาทน่าจะเป็นการฟ้องคดีต่อศาล แต่โดยที่การพิจารณาคดีในศาลต้องใช้ระยะเวลาในกระบวนการพิจารณาค่อนข้างมากและปริมาณคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลมีจำนวนมาก ประกอบกับคดีเกี่ยวกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม มักจะมีความละเอียดซับซ้อนและมีเอกสารที่ต้องศึกษาจำนวนมาก จึงมีความพยายามที่จะนำกระบวนการอื่น ๆ มาใช้ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาดังกล่าวหลายกระบวนการด้วยกัน ได้แก่ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความ หรืออนุญาโตตุลาการ² เป็นต้น ดังนั้น ในการศึกษาวิจัยนี้ จึงได้ทำการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และมีแนวความคิดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากวิธีการทางศาล (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนหลากหลายแนวทางด้วยกัน นอกจากนี้ ได้ศึกษากฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทย และมีรูปแบบในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากศาลในหลายแนวทางเช่นกัน ทั้งนี้ คำว่า “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน” ตามรายงานการศึกษานี้ให้หมายถึง “สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน” ด้วย

¹ สรวิศ ลิ้มปริงยี. (2549). การร่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ “ฉบับ 15 ปี สถาบันอนุญาโตตุลาการ”. กรุงเทพฯ. สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร : พิธีกรรมการพิมพ์. หน้า 14-17.

² ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ให้ความเห็นไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1958 กรณี Soc. Provence-Construction ว่าคู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องการแก้ไขข้อพิพาทด้วยการยกเว้นหลักในเรื่องการฟ้องศาลได้ตามความประสงค์ของคู่สัญญา. ดู นันทวัฒน์ บรรมานันท์. (2553). สัญญาทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 473.

3.1 การระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายต่างประเทศ

ในการศึกษากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น ผู้ศึกษาได้มีการศึกษากฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

3.1.1. ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์โดยยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นกฎหมาย (Case Law) แต่ถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในปัจจุบันได้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นจำนวนมากไม่ว่าจะในระดับสหรัฐ (Federal) ระดับมลรัฐ (State) หรือระดับองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น (Local) ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหล่านี้จะมีบทบาทสำคัญยิ่งในเรื่องการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกา³ และในสหรัฐอเมริกาเองไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เด่นชัดและมีได้แยกเป็นสัญญาทางปกครองต่างหากดังเช่น Contrats Administratifs ในประเทศฝรั่งเศส แต่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครองตามแนวคิดทั่วไปแล้ว สัญญาหรือการกระทำที่ทำโดยรัฐหรือโดยผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐกับเอกชนในสหรัฐอเมริกามีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครองดังกล่าวข้างต้น อาจแยกได้เป็น 2 ประเภท⁴ ดังนี้

(1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract)

(2) การให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities)

3.1.1.1 สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

คือ สัญญาที่รัฐจัดทำกับเอกชนเพื่อประโยชน์ในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ รัฐทำสัญญาดังกล่าวนี้ขึ้นมาก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรือได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการนั้นๆ ในขณะที่เอกชนคู่สัญญาจะได้รับเงินค่าตอบแทนสำหรับสินค้าหรือบริการดังกล่าว และเนื่องจาก

³ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2547)). หน้า 1.

⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 2.

⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 3.

เงินที่รัฐต้องนำมาใช้จ่ายเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นเงินภาษีของประชาชน รัฐจึงให้ความสำคัญกับสัญญาดังกล่าวอย่างยิ่ง

การจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐนั้นอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของสหรัฐ (The Federal Acquisition Regulation หรือที่เรียกว่า “FAR”) ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวด (Chapter) 1 ลักษณะ (Title) 48 ของประมวลกฎหมายและระเบียบของสหรัฐ (Code of Federal Regulations) FAR มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1984 และใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างในระดับสหรัฐทั้งปวงที่ใช้งบประมาณแผ่นดิน ทั้งนี้ เว้นแต่ที่ได้ระบุนยกเว้นไว้อย่างแข็งขัน โดยในปี ค.ศ. 1988 ได้มีการประกาศใช้ Public Law 100-679 ซึ่งได้มีการจัดตั้ง Federal Acquisition Council อันประกอบด้วยผู้บริหาร (Administrator) ของ Office of Federal Procurement Policy (OFPP) และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบเกี่ยวกับนโยบายจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของสหรัฐ ได้แก่ General Services Administration (GSA), Department of Defense (DOD) และ National Aeronautics and Space Administration (NASA) เพื่อมาดูแลการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของตน ภายใต้ FAR⁶ ในขณะเดียวกัน บรรดาสหรัฐและองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่จะออกระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของตนโดยอาศัยกฎหมายของสหรัฐหรือ FAR เป็นต้นแบบ⁷

3.1.1.2 การให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะ

แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะของสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างไปจากแนวความคิดของประเทศไทย โดยแนวความคิดของประเทศไทยนั้นรัฐมีหน้าที่ในขั้นต้นที่จะจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน หากรัฐไม่สามารถดำเนินการได้ก็จะให้สัมปทานแก่เอกชนดำเนินการดังกล่าว ส่วนในสหรัฐอเมริกาบริการสาธารณะถือเป็นธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเอกชนมีสิทธิดำเนินการได้ภายใต้การควบคุมของรัฐ การจัดทำบริการสาธารณะในสหรัฐอเมริกาส่งผลให้ดำเนินการโดยเอกชนภายใต้การควบคุมของรัฐ⁸

⁶ W. Noel Keyes, Government Contracts 3rd ed. (United States of America : West Group, 2000), pp. 2-4.

ดู รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 3.

⁷ Charles Tiefer and William A. Shook, Government Contract Law (United States of America : Carolina Academic Press, 1999), p. 3. เรื่องเดียวกัน. หน้า 4.

⁸ Charles F. Phillips, Jr., The Regulation of Public Utilities 3rd ed. (United States of America : Public Utilities Reports, Inc., 1993), p. 5. เรื่องเดียวกัน. หน้า 4.

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (Article 1, Section 8) ได้จำแนกอำนาจทางเศรษฐกิจที่บรรดามลรัฐมอบไว้ให้เป็นอำนาจของสหรัฐในแง่ของการควบคุมกิจการของเอกชน อำนาจดังกล่าวนี้ประการหนึ่ง คือ อำนาจของสภาองเกรสที่จะออกกฎหมายควบคุมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (Interstate Commerce) ในขณะที่อำนาจใดที่รัฐธรรมนูญได้สงวนไว้ให้เป็นอำนาจของสหรัฐก็ยังคงอยู่กับมลรัฐ ดังนั้น มลรัฐจึงมีอำนาจที่จะควบคุมดูแลการพาณิชย์ภายในเขตแดนของมลรัฐนั้น (Intrastate Commerce) ไม่ว่ากิจการทางพาณิชย์นั้นจะเป็นการให้บริการสาธารณะหรือไม่ก็ตาม

3.1.1.3 ความแตกต่างระหว่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะกับสัญญาทางแพ่งของสหรัฐอเมริกา

(1) ข้อจำกัดในการทำสัญญา

ในการที่หน่วยงานของรัฐจะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นหน่วยงานของรัฐดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติเงินงบประมาณจากรัฐสภาเสียก่อน⁹ ในขณะเดียวกันหากเป็นกรณีของการให้สิทธิในการให้จัดทำ บริการสาธารณะ เอกชนผู้ที่มีความประสงค์ที่จะจัดทำบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยแสดงว่าประชาชนต้องการบริการสาธารณะดังกล่าวและตนเองสามารถจัดทำและให้บริการสาธารณะดังกล่าวนี้ให้แก่ประชาชนได้อย่างมีคุณภาพในราคาที่ยุติธรรม และเมื่อได้รับ Certificate of Public Convenience and Necessity จากเจ้าหน้าที่ควบคุมระดับมลรัฐหรือสหรัฐ แล้วแต่กรณี จึงจะจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวนี้ได้¹⁰ มิใช่ว่าจะทำสัญญาหรือให้สิทธิเมื่อใดก็ได้ดังเช่นกรณีของบริษัทเอกชนทั่วไป

(2) ผู้มีอำนาจทำสัญญา

เนื่องจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าทำสัญญาหรือให้สิทธิใดๆ กับเอกชนนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตนเองย่อมไม่สามารถกระทำได้ในทันที แต่จะต้องได้รับการมอบอำนาจมาเสียก่อน (delegation of power) ดังเช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องได้รับการแต่งตั้งตามแบบ SF 1402 หนังสือรับรองการแต่งตั้ง (Certificate of Appointment) ซึ่งจะระบุข้อจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา นอกจากข้อจำกัดอำนาจที่กฎหมายหรือ

⁹ Charles Tiefer and William A. Shook, op. cit., footnote 5, p. 38. ดู รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 6.

¹⁰ Martin T. Farris, Public Utilities : Regulation, Management, and Ownership (United States of America : Houghton Mifflin Company, 1973), p. 69. เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

กฎระเบียบได้กำหนดไว้¹¹ หากเจ้าหน้าที่รัฐผู้เข้าทำสัญญามีอำนาจเข้าทำสัญญา สัญญาดังกล่าว ย่อมไม่ผูกพันรัฐดังปรากฏใน S.E.R., Jobs for Progress, Inc. v. United States, 759 F.2d 1, 4 (Fed. Cir. 1985)¹² ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า “สัญญาซึ่งทำกับรัฐ ไม่มีผลผูกพัน เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จะแสดงได้ว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งเข้าทำสัญญาด้วยนั้นมีอำนาจกระทำการอันเป็นการผูกพันรัฐบาล” และ การเข้าทำสัญญานั้นจะต้องดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ด้วย และในคดี Federal Crop Insurance Corp. v. Merrill ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า ไม่ว่ารัฐ จะดำเนินการในรูปแบบใด บุคคลผู้ซึ่งเข้าร่วมดำเนินกิจการกับรัฐต้องรับความเสี่ยงว่าบุคคล ซึ่งกล่าวอ้างว่าตนกระทำการในนามของรัฐนั้นได้กระทำการภายในขอบเขตอำนาจที่ผูกพันรัฐ หรือไม่¹³ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการทำสัญญาในนามของหน่วยงานของรัฐ โดยปราศจากอำนาจ (Unauthorized commitments) ซึ่งโดยหลักย่อมไม่มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม หัวหน้าหน่วยงานของรัฐสามารถให้สัตยาบันต่อการทำสัญญานั้นได้ ภายใต้ เงื่อนไขและข้อจำกัดดังที่ได้ระบุไว้ใน FAR 1.602-3¹⁴

¹¹ FAR 1.603-3 Appointment. เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

(a) Contracting officers shall be appointed in writing on an SF 1402, Certificate of Appointment, which shall state any limitations on the scope of authority to be exercised, other than limitations contained in applicable law or regulation. เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

¹² Charles Tiefer and William A. Shook, op. cit., footnote 5, p. 25. เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

¹³ W. Noel Keyes, Government Contracts 3rd ed. (United States of America : West Group, 2000), p.14. ดู รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด.(เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)) หน้า 27.

¹⁴ FAR 1.602-3 Ratification of unauthorized commitments.

“(c) Limitations. The authority in subparagraph (b) (2) of this subsection may be exercised only when

(1) Supplies or services have been provided to and accepted by the Government, or the Government otherwise has obtained or will obtain a benefit resulting from performance of the unauthorized commitment;

(2) The ratifying official has the authority to enter into a contractual commitment;

(3) The resulting contract would otherwise have been proper if made by an appropriate contracting officer;

(4) The contracting officer reviewing the unauthorized commitment determines the price to be fair and reasonable;

(5) The contracting officer recommends payment and legal counsel concurs in the recommendation, unless agency procedures expressly do not require such concurrence;

สำหรับการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่ให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวจะต้องเป็นผู้มีอำนาจให้สิทธิด้วยเช่นกัน สำหรับในสหรัฐอเมริกาเมื่อกล่าวถึงผู้มีอำนาจให้สิทธิต้องพิจารณาว่าเป็นการให้สิทธิในระดับใดและเป็นการให้สิทธิในเรื่องใดด้วย เช่น การให้สิทธิในระดับสหรัฐ ผู้มีอำนาจให้สิทธิได้แก่ Federal Communications Commission (FCC) สำหรับการกิจการ โทรคมนาคม หรือ กิจการวิทยุโทรทัศน์ หรือ Federal Energy Regulatory Commission (FERC) สำหรับการส่งและการขายส่งพลังงานไฟฟ้า การส่งและการขายปลีกก๊าซธรรมชาติ หากการค้ำนี้มีลักษณะเป็นการค้าระหว่างรัฐ (Interstate Commerce) เป็นต้น สำหรับในระดับมลรัฐได้แก่ State Public Utility Commissions ของมลรัฐนั้น ๆ¹⁵

กรณีดังกล่าวย่อมแตกต่างจากสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน กล่าวคือ ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้น นอกจากกรณีของบุคคลธรรมดา ซึ่งพิจารณาจากอายุที่จะสามารถทำสัญญาได้โดยสมบูรณ์แล้ว หากเป็นนิติบุคคลโดยทั่วไปจะพิจารณาว่าเป็นผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคลนั้นหรือไม่เท่านั้น¹⁶

(3) สิทธิพิเศษของรัฐ

ถึงแม้ว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น จะเกิดจากนิติกรรมสัญญาระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชน แต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันดังเช่นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง กล่าวคือ รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน โดยรัฐยังคงดำรงไว้ซึ่งอธิปไตยเหนือเอกชนในบางประการ ดังเช่น สิทธิของรัฐในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียว¹⁷ สิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่มีการผิดสัญญา (termination for convenience)¹⁸ สิทธิในการกำหนดราคาค่าบริการในการให้บริการสาธารณะของผู้ได้รับอนุญาต การให้บริการใด ๆ ของผู้ได้รับอนุญาตยังคง

(6) Funds are available and were available at the time the unauthorized commitment was made; and

(7) The ratification is in accordance with any other limitations prescribed under agency procedures.”. เรื่องเดียวกัน. หน้า 28.

¹⁵ Charles F. Phillips, Jr., op. cit., footnote 6, pp. 142,144. เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

¹⁶ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 7.

¹⁷ FAR 43.103 (b) Unilateral. A unilateral modification is a contract modification that is signed only by the contracting officer. เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

¹⁸ FAR 49.101 (b) The contracting officer shall terminate contracts, whether for default or convenience, only when it is in the Government's interest.... เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

ถูกจำกัดควบคุมโดยรัฐทั้งนี้เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เนื่องจากกิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อและอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนอย่างมากต่อสาธารณะ (business affected with a public interest) เป็นต้น ดังนั้น รัฐจึงย่อมที่จะต้องดูแลอย่างใกล้ชิดและแทรกแซงได้โดยการใช้อำนาจรัฐ (Police Power) เช่น การกำหนดอัตราค่าบริการ เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งย่อมผูกพันตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้เท่านั้น

(4) กฎหมายที่ใช้บังคับ

เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างเป็นเรื่องของการใช้ไปซึ่งเงินที่เก็บมาจากประชาชน (Public Fund) เพื่อการดังกล่าว และการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นการให้สิทธิแก่เอกชนในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐและกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ ดังนั้น การจัดซื้อจัดจ้างหรือการให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ แล้วแต่กรณี จึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายฉบับ รวมทั้งกฎระเบียบ ซึ่งกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนต่างๆ ไว้มากมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าการทำสัญญาหรือการให้สิทธินั้น รัฐได้ใช้เงินหรือทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการดังกล่าวอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ (fair and efficient) ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน ซึ่งแตกต่างจากการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง ซึ่งส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้กฎหมาย Uniform Commercial Code เท่านั้น¹⁹

(5) ข้อกำหนดในสัญญา

ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นจะต้องมีรูปแบบและข้อกำหนดในสัญญาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย หากขาดไปจะส่งผลให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ตามหลัก Christian Doctrine ซึ่งเกิดขึ้นจากคดี G.L. Christian & Associates v. United States 160 Ct.Cl. 1, 312 F.2d 418, 424 (1963), cert.den., 375 U.S. 954 (1963) opinion on reh. 320 F.2d 345 ศาลได้วางหลักว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาขึ้นอยู่กับกรณีอยู่ซึ่งข้อกำหนดที่กฎหมายหรือกฎระเบียบในขณะทำสัญญากำหนดว่าต้องมี²⁰

¹⁹ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)) หน้า 8.

²⁰ "The case of G.L. Christian & Associates v. United States, concerned a contract which did not include a clause required by a regulation. In holding that the clause must be read into the contract, the Court of Claims ruled that the validity of the contract was dependent upon inclusion of the clause; that is, the contracting officer had no authority to contract except in accordance with the regulation which had the force and effect of law" quoted in W. Noel Keyes, op. cit., footnote 4, p. 6. เรื่องเดียวกัน. หน้า 9.

3.1.1.4 รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

ภายหลังจากที่ได้มีการอนุญาตให้ผู้รับจ้างเอกชนได้ทำสัญญากับรัฐ และระหว่าง การปฏิบัติตามสัญญา หากรัฐและผู้รับจ้างมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญา วิธีการวินิจฉัย ข้อพิพาทต่างๆ ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างโดยหลักแล้วหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการตามที่ Disputes Clause กำหนด ซึ่ง FAR ในหมวด 33.2 กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ตาม The Contract Disputes Act of 1978 (CDA) ที่บัญญัติไว้ใน 41 U.S.C.601-613²¹ มาปรับใช้สำหรับกระบวนการพิจารณาตัดสิน ข้อพิพาทของคู่สัญญา เว้นแต่ในกรณีที่เป็นสัญญาที่ทำกับรัฐบาลหรือองค์กรระหว่างประเทศ จะไม่นำกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมาใช้ โดยกระบวนการตาม CDA นี้ เป็นขั้นตอน เริ่มต้นที่คู่สัญญาใช้เพื่อการเจรจาต่อรองก่อนที่จะนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการทางศาล ดังนั้น คู่สัญญาจึงสามารถดำเนินการ ดังนี้

(1) การระงับข้อพิพาทตาม The Contract Disputes Act of 1978 (CDA)

(1.1) คู่สัญญาต้องดำเนินการยื่นข้อเรียกร้อง (Claims)²² ของตนเป็นลายลักษณ์ อักษร โดยผู้รับจ้างยื่นข้อเรียกร้องต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ทำสัญญามีคำวินิจฉัยภายในระยะเวลา 6 ปี ภายหลังจากวันที่ได้รับรู้หรือควรได้รู้ถึงเหตุการณ์ ที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้รับจ้างหรือรัฐ (Accrual of a claim)²³ สำหรับรัฐนั้น เมื่อรัฐได้มีคำ วินิจฉัยเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างถือได้ว่าเป็นข้อเรียกร้อง

²¹ FAR 33.202 and FAR 33.203. เรื่องเดียวกัน, หน้า 164.

²² "Claim" means a written demand or written assertion by one of the contracting parties seeking, as a matter of right, the payment of money in a sum certain, the adjustment or interpretation of contract terms, or other relief arising under or relating to the contract. However, a written demand or written assertion by the contractor seeking the payment of money exceeding \$100,000 is not a claim under the Contract Disputes Act of 1978 until certified as required by the Act. A voucher, invoice, or other routine request for payment that is not in dispute when submitted is not a claim. The submission may be converted to a claim, by written notice to the contracting officer as provided in 33.206(a), if it is disputed either as to liability or amount or is not acted upon in a reasonable time. ดู รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (เสนอต่อ คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 164.

²³ "Accrual of a claim" means the date when all events, that fix the alleged liability of either the Government or the contractor and permit assertion of the claim, were known or should have been known. For liability to be fixed, some injury must have occurred. However, monetary damages need not have been incurred. เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

ของรัฐที่มีต่อผู้รับจ้างที่รัฐ ต้องดำเนินการเรียกร้องภายในระยะเวลา 6 ปี เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่ข้อเรียกร้องของรัฐนั้นเป็นผลมาจากข้อเรียกร้องของผู้รับจ้างที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล

(1.2) เมื่อข้อเรียกร้องที่มีต่อทั้งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาและผู้รับจ้าง ไม่อาจทำความตกลงกันได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องตัดสินหรือยุติข้อเรียกร้องทั้งปวงที่เกิดขึ้นภายใต้หรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดยทำการตรวจสอบและพิจารณารายละเอียดของข้อเรียกร้องก่อนการทำคำวินิจฉัยสุดท้าย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐมีนโยบายที่จะดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เป็นประเด็นพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนผู้รับจ้าง โดยอาศัยความร่วมมือกันในการทำความตกลงในระดับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา ดังนั้น เมื่อรัฐและผู้รับจ้างเกิดข้อพิพาทขึ้นจึงมีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาข้อพิพาทก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการตาม CDA หรือการใช้กระบวนการทางศาล ซึ่งการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตาม CDA นั้นมักจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่สูง ความซับซ้อนของข้อเรียกร้อง และความล่าช้าในการขอรับคำตัดสินจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ที่ใช้ระยะเวลานานเช่นเดียวกับกระบวนการทางศาลใน Federal Court²⁴ เนื่องจากมีข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาการนำพยานหลักฐานมาแสดงและการโต้แย้งของคู่สัญญาอีกฝ่าย ดังนั้น รัฐจึงสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (Alternative Disputes Resolutions) (“ADR”)²⁵ ดังปรากฏใน FAR หมวด 33.210 ว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกสำหรับการพิจารณาวินิจฉัยข้อเรียกร้องได้ แต่อำนาจในการตัดสินและยุติข้อเรียกร้องของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะไม่ขยายรวมถึงข้อเรียกร้องหรือข้อพิพาทสำหรับการปรับหรือการริบทรัพย์ที่กฎหมายหรือระเบียบอื่นบัญญัติว่าให้อำนาจในการจัดการหรือการพิจารณาคัดสินเป็นของหน่วยงานอื่นของสหรัฐอเมริกา หรือ

²⁴ The ABA Section of Public Contract Law, op. cit., footnote 4, p. 354. ดู รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 165.

²⁵ FAR 33.201 Definitions

“Alternative dispute resolution (ADR)” means any type of procedure or combination of procedures voluntarily used to resolve issues in controversy. These procedures may include, but are not limited to, conciliation, facilitation, mediation, fact-finding, mini-trials, arbitration, and use of ombudsmen. เรื่องเดียวกัน, หน้า 166.

เป็นกรณีของการทำความตกลงประนีประนอม การชำระเงิน หรือการปรับเปลี่ยนข้อเรียกร้อง ที่เกี่ยวกับการฉ้อฉล²⁶

(1.3) คำวินิจฉัยในข้อเรียกร้องที่รัฐและผู้รับจ้างไม่สามารถทำความตกลงกันได้ ต้องจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรภายในกำหนดระยะเวลา 60 วัน โดยในคำวินิจฉัยนั้นต้องมี รายละเอียดของข้อเรียกร้องหรือข้อพิพาท ข้อกำหนดในสัญญาที่ใช้อ้างอิง ค่าแถลงในข้อเท็จจริง ที่คู่สัญญาเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ และค่าแถลงที่ระบุค่าตัดสินของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา พร้อมเหตุผลสนับสนุน และข้อความตามแบบที่ Disputes Clause กำหนด²⁷

(1.4) หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาไม่ทำคำวินิจฉัยสุดท้ายให้แล้วเสร็จภายใน เวลาที่กำหนด FAR ให้ถือเสมือนว่าเป็นการตัดสินว่าข้อเรียกร้องนั้นถูกปฏิเสธ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มี อำนาจทำสัญญา หากผู้รับจ้างไม่พอใจต่อคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา ผู้รับจ้าง มีทางเลือก 2 ประการ คือ

1) อุทธรณ์คำวินิจฉัยสุดท้ายของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต่อ The Board of Contract Appeals (BCA) ภายใน 90 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับคำวินิจฉัย หรือ

2) ดำเนินกระบวนการฟ้องร้องโดยตรงต่อ The United States Court of Federal Claims ภายในกำหนด 12 เดือนนับตั้งแต่วันที่ได้รับคำวินิจฉัย

²⁶ FAR 33.210.Contracting Officer's authority

"...The authority to decide or resolve claims does not extend to-

(a) A claim or dispute for penalties or forfeitures prescribed by statute or regulation that another Federal agency is specifically authorized to administer, settle, or determine; or (b) The settlement, compromise, payment, or adjustment of any claim involving fraud." เรื่องเดียวกัน, หน้า 166.

²⁷ "This is the final decision of the Contracting Officer. You may appeal this decision to the agency board of contract appeals. If you decide to appeal, you must, within 90 days from the date you receive this decision, mail or otherwise furnish written notice to the agency board of contract appeals and provide a copy to the Contracting Officer from whose decision this appeal is taken. The notice shall indicate that an appeal is intended, reference this decision, and identify the contract by number. With regard to appeals to the agency board of contract appeals, you may, solely at your election, proceed under the board's small claim procedure for claims of \$50,000 or less or its accelerated procedure for claims of \$100,000 or less. Instead of appealing to the agency board of contract appeals, you may bring an action directly in the United States Court of Federal Claims (except as provided in the Contract Disputes Act of 1978, 41 U.S.C. 603, regarding Maritime Contracts) within 12 months of the date you receive this decision".
ดูรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2547)). หน้า 167.

(2) การใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution) “ADR”

The Army Corps of Engineers เป็นหน่วยแรกที่ริเริ่มนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (Alternative Dispute Resolution หรือ “ADR”) มาใช้ ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นทางเลือกในการยุติข้อพิพาทได้โดยเร็ว และแก้ไขปัญหาในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่สูงในการดำเนินคดีตามปกติและลดปัญหาความล่าช้าในการขอรับคำตัดสินของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สัญญา (The Board of Contract Appeals)

แม้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกจะได้รับการสนับสนุนจากรัฐให้นำมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐและเอกชนผู้รับจ้าง โดยคู่กรณีสามารถนำมาปรับใช้ได้ตลอดเวลาที่มีการดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดค่าใช้จ่ายและการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล และให้ข้อพิพาทดังกล่าวสิ้นสุดลงโดยเร็วกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกจึงถูกนำมาใช้ระงับข้อพิพาท นอกเหนือจากกระบวนการฟ้องร้องคดีต่อศาลหรือการพิจารณาตัดสินของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สัญญานั้น คู่กรณีสามารถเลือกวิธีการที่เหมาะสมกับข้อพิพาทมาปรับใช้ โดยผู้ที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นกลาง²⁸ อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากการสนับสนุนให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกแล้ว รัฐและเอกชนอาจร่วมกันป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาท ทั้งนี้ โดยอาศัยความร่วมมือต่าง ๆ เช่น การร่วมเป็นหุ้นส่วน (Partnering)²⁹ เป็นต้น ซึ่งตามวิธีการนี้คู่กรณีจะจัดให้มีบุคคลากรมาทำหน้าที่ดูแล ติดต่อสื่อสาร และประสานงานร่วมกันด้วยความสุจริต ซึ่งนอกจากจะเป็นการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทแล้ว ยังทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของคู่กรณีและการฟ้องร้องคดีต่อศาลลดลงอีกด้วย

²⁸ FAR 33.214 (d) When appropriate, a neutral person may be used to facilitate resolution of the issue in controversy using the procedures chosen by the parties. เรื่องเดียวกัน, หน้า 204.

²⁹ The ABA Section of Public Contract Law, op. cit., footnote 24, p. 355. เรื่องเดียวกัน, หน้า 204.

(2.1) องค์ประกอบของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก³⁰
ประกอบด้วย

- 1) ประเด็นโต้แย้งยังคงมีอยู่ (Existence of an issue in controversy)
- 2) เป็นการเลือกโดยสมัครใจของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะเข้ากระบวนการการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (A voluntary election by both parties to participate in the ADR process)
- 3) มีการตกลงในขั้นตอนกระบวนการและข้อกำหนดที่จะนำมาใช้แทนที่กระบวนการปกติทางศาล (An agreement on alternative procedures and terms to be used in lieu of formal litigation) และ
- 4) มีการเข้าร่วมในกระบวนการโดยเจ้าหน้าที่ของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจประเด็นที่โต้แย้ง (Participation in the process by the officials of both parties who have the authority to resolve the issue in controversy)

คู่สัญญาสามารถตกลงใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกนี้ได้ตลอดเวลาที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจในการตัดสินใจในประเด็นที่พิพาท หากกระบวนการการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกได้ถูกนำมาใช้ภายหลังที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาได้มีคำวินิจฉัยสุดท้ายการใช้กระบวนการดังกล่าวไม่ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อจำกัดของเวลาหรือขั้นตอนที่กำหนดสำหรับการยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยสุดท้ายของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาแต่อย่างใด และไม่ทำให้มีการพิจารณาคำวินิจฉัยสุดท้ายขึ้นใหม่

(2.2) รูปแบบของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกที่ใช้เพื่อระงับข้อพิพาทในการจัดซื้อจัดจ้าง มีดังนี้³¹

- 1) การใช้กระบวนการไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นการอาศัยความช่วยเหลือจากบุคคลภายนอกซึ่งควรเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลาง ปราศจากอคติ ได้รับการยอมรับจากคู่กรณี และมีความเชี่ยวชาญเฉพาะเพื่อช่วยในการเจรจาแก้ไขข้อพิพาท และบุคคลดังกล่าวไม่ควรมีอำนาจในการตัดสินใจ

³⁰ FAR 33.214 Alternative Dispute Resolution (ADR). คู่มือรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศไทย โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด.(เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 171.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 204-205.

2) การดำเนินกระบวนการพิจารณาย่อย (Mini-trials) คือการที่คู่กรณีเสนอเรื่องพิพาททั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนต่อองค์คณะพิเศษ (panel) เพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบย่อ (abbreviated hearing) ซึ่งผู้ที่เข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะประกอบด้วยผู้ทำหน้าที่หลัก (principal) ทนายความของคู่กรณี และพยาน ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ทนายความจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริง และเสนอเรื่องต่อองค์คณะพิเศษที่ได้ตั้งขึ้นมาอันประกอบไปด้วยผู้ทำหน้าที่หลักของคู่กรณีและที่ปรึกษาที่มีความเป็นกลาง (neutral advisor) ซึ่งจะทำหน้าที่ที่ต่างๆ เช่น ตอบคำถามผู้ทำหน้าที่หลักหรือสอบถามพยาน ให้คำปรึกษาข้อกฎหมาย และอื่นๆ ทั้งนี้ ผู้ทำหน้าที่หลักนั้นควรมีอำนาจที่จะทำการตัดสินใจเรื่องพิพาทได้เพียงลำพังแต่ไม่ควรที่จะมีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียกับเรื่องที่พิพาท

ดังนั้น ภายหลังการรับฟังเรื่องพิพาท ผู้ทำหน้าที่หลักจะต้องพยายามดำเนินการเจรจาเพื่อที่จะยุติเรื่องพิพาท ซึ่งหากไม่สามารถทำความเข้าใจได้ ที่ปรึกษาที่มีความเป็นกลางต้องพยายามไกล่เกลี่ยหาข้อสรุปประเด็นพิพาท หากที่ปรึกษาที่มีความเป็นกลางเป็นผู้พิพากษาก็ควรอธิบายถึงผลแห่งคดีที่อาจมีขึ้นภายหน้าหากคู่กรณีประสงค์จะนำเรื่องขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลหรือกระบวนการของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สัญญาต่อไป

3) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกโดยการใช้อุญาโตตุลาการนั้นมีทั้งกรณีที่เป็นการตกลงให้คำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันหรือไม่ผูกพันคู่กรณี

กรณีอนุญาโตตุลาการที่ให้คำชี้ขาดไม่มีผลผูกพัน (Non-binding arbitration) นั้นโดยปกติทั่วไปแล้วกระบวนการดังกล่าวจะนำมาใช้สำหรับการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับงานเทคนิคขั้นสูง โดยทนายความจะทำหน้าที่เสนอพยานหลักฐานซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเอกสาร คำให้การ รวมถึงคำรับรองต่าง ๆ ต่อองค์คณะของอนุญาโตตุลาการซึ่งประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวน 1 ถึง 3 คน คำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจะนำไปสู่การเจรจาของคู่สัญญาต่อไป ทั้งนี้ ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการอาจมีส่วนร่วมในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยภายหลังจากที่ได้มีคำตัดสินชี้ขาดแล้วด้วยก็ได้

แต่ในกรณีของอนุญาโตตุลาการที่ให้คำชี้ขาดมีผลผูกพัน (Binding Arbitration) คำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถบังคับได้ในศาล โดยทั่วไปการนำเสนอเรื่องพิพาทจะคล้ายคลึงกับการพิจารณาคดีในศาล แต่การรับฟังพยานหลักฐานจะมีความเคร่งครัดน้อยกว่ามีการนำเสนอพยานหลักฐานทั้งที่เป็นพยานเอกสารและพยานบุคคล รวมทั้งสามารถมีการถามค้าน (Cross-Examination) ได้ ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้ จะมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการอำนวยความสะดวกธรรมชาติข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องคำวินิจฉัยชี้ขาดจะถือเป็นที่สุดเมื่อครบ 30 วันนับจากที่ได้ส่งให้กับคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง แต่เจ้าหน้าที่รัฐสามารถขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไป

ได้อีก 30 วัน โดยต้องแจ้งให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้าก่อนวันครบกำหนด 30 วันแรกนั้น ซึ่งคำวินิจฉัยชี้ขาดที่เป็นที่สุดนี้จะมีผลผูกพันคู่กรณี

ทั้งนี้ ใน ค.ศ.1996 The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 (ADRA) ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ตัวแทนรัฐในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ให้คำชี้ขาดมีผลผูกพันได้ โดยต้องมีการระบุข้อจำกัด (Prescribed constraints) อย่างไรก็ตาม การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นต้องได้รับความยินยอมจากคู่ สัญญาไม่ว่าจะเป็นระยะเวลา ก่อนหรือหลังจากที่เกิดข้อพิพาท และสัญญาให้ใช้อนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) จะต้องทำเป็นหนังสือและยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ โดยระบุลักษณะของคำวินิจฉัยและเงื่อนไขอื่นที่ จำกัดผลที่อาจเกิดขึ้น³² แต่หากผู้รับจ้างปฏิเสธที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็น ทางเลือก ผู้รับจ้างต้องแจ้งให้หน่วยงานรัฐทราบเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเหตุผลในการปฏิเสธ

ในขณะเดียวกัน FAR ก็ได้กำหนดไว้ในคำเชิญชวนให้เข้าทำการจัดซื้อสินค้าและบริการให้กับรัฐ (solicitation) นั้น จะต้องไม่นำการอนุญาโตตุลาการมากำหนดเป็นเงื่อนไขของการอนุญาต เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดไว้เป็นประการอื่น³³ นอกจากนี้ สัญญาที่ตกลงให้นำ กระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทจะต้องทำเป็นหนังสือและระบุถึงคำตัดสิน สูงสุดที่ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดได้เช่นเดียวกับเงื่อนไขประการอื่นที่จำกัดผลที่อาจ เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันเสมือนเป็นกระบวนการ ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกสำหรับการจัดซื้อสินค้าและบริการนั้นจะสามารถกระทำ ได้เพียงใดขึ้นอยู่กับแนวทางที่หน่วยงานจะได้อำนาจไว้เท่านั้น

³² 5 U.S.C. § 575 (c) (1) and (2). รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด.(เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา.(2547)). หน้า 171.

³³ FAR 33.214(f)

(1) A solicitation shall not require arbitration as a condition of award, unless arbitration is otherwise required by law. Contracting officers should have flexibility to select the appropriate ADR procedure to resolve the issues in controversy as they arise.

(2) An agreement to use arbitration shall be in writing and shall specify a maximum award that may be issued by the arbitrator, as well as any other conditions limiting the range of possible outcomes.

(g) Binding arbitration, as an ADR procedure, may be agreed to only as specified in agency guidelines. Such guidelines shall provide advice on the appropriate use of binding arbitration and when an agency has authority to settle an issue in controversy through binding arbitration. เรื่องเดียวกัน, หน้า 206.

ดังนั้น แม้ว่า The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 (ADRA) จะกำหนดไว้ชัดแจ้งถึงอำนาจในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเลือกใช้ กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกในวิธีที่เหมาะสมเพื่อใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ในทุกขั้นตอน แม้ขณะที่กำลังดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล³⁴ แต่ในที่สุดแล้วการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกก็ขึ้นอยู่กับความสมัครใจและความยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐ และผู้รับจ้างซึ่งหากคู่กรณีไม่บรรลุซึ่งการตกลงในการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกไม่ว่าโดยเหตุใดคู่กรณีก็สามารถที่จะอุทธรณ์ข้อพิพาทของตนต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สัญญาหรือต่อศาลได้เช่นกัน

นอกจากนี้ ในบางกรณีเจ้าหน้าที่รัฐจะไม่นำกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกมาใช้ในการระงับข้อพิพาท³⁵ เช่น กรณีประเด็นที่เป็นปัญหามีความสำคัญหรืออาจกระทบต่อบุคคลหรือองค์กรที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีในกระบวนการระงับข้อพิพาท หรือกรณีนั้นเป็นการวินิจฉัยที่ต้องการข้อสรุปอันเป็นที่สุดหรือมีลักษณะเป็นคำสั่งเพื่อใช้เป็นบรรทัดฐาน ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกอาจมีความไม่เหมาะสมและไม่สามารถก่อให้เกิดบรรทัดฐานได้ หรือกรณีที่เป็นประเด็นหรือปัญหานั้นเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาล ซึ่งมีความจำเป็นที่ต้องดำเนินการใดๆ เพิ่มเติมก่อนที่จะทำข้อสรุปซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกไม่สามารถกำหนดแนวนโยบายที่องค์กรทางปกครองสามารถยึดถือได้ หรือมีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่รัฐต้องคงไว้ซึ่งอำนาจในเรื่องดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง โดยให้มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้เสมอ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธคำขอของคู่สัญญาอีกฝ่ายสำหรับการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก คู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิเสธจะต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรถึงความไม่เหมาะสมในการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทสำหรับข้อเรียกร้องดังกล่าว และเมื่อคู่สัญญาไม่ประสบผลสำเร็จในการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาท คู่สัญญาสามารถดำเนินการอุทธรณ์ต่อไป

³⁴ ในชั้นการพิจารณาของ The United States Court of Federal Claims ยอมรับการสมัครใจนำกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกแบบที่ไม่มีผลผูกพันมาใช้ในกรณีที่เหมาะสม ซึ่งกระบวนการดังกล่าวสามารถดำเนินการได้โดยผู้พิพากษาที่ไม่ใช่ผู้พิจารณาคดี (Settlement Judge) หรือบุคคลที่เป็นกลาง (United States Code Annotated: Rules of the United States Court of Federal Claims Appendix H. Procedure for Alternative Dispute Resolution, www.westlaw.com. visited March 19, 2003). ดูรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 207.

³⁵ 5 U.S.C. § 572 (b) (1)-(6). เรื่องเดียวกัน. หน้า 207.

ยังคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สัญญา หรือ The United States Court of Federal Claims ได้เช่นเดียวกัน

3.1.1.5 รูปแบบการระงับข้อพิพาทกรณีการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะ กรณีการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นสามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยกระบวนการ ดังต่อไปนี้³⁶

(1) การวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครอง (Adjudication)

เมื่อมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้นและข้อขัดแย้งดังกล่าวนั้นกฎหมายกำหนดว่าจะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาทางปกครอง³⁷ วิธีการในการวินิจฉัยข้อเรียกร้องต่าง ๆ นั้น โดยหลักหน่วยงานทางปกครอง (administrative agencies) จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ใน Administrative Procedure Act ซึ่งกระบวนการในการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองที่ได้ดำเนินการตามที่ Administrative Procedure Act กำหนดนี้ โดยทั่วไปจะเรียกว่า “Formal Adjudications” แต่ในบางครั้งจะเรียกว่า “Evidentiary hearings” “Full hearings” “On-the-record hearings” หรือ “Trial-type hearings”³⁸ ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับการดำเนินคดีแพ่ง แต่การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองนี้เป็นกระบวนการกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial process)³⁹ และการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในบันทึก (Record) เป็นสำคัญ

³⁶ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 208.

³⁷ Administrative Procedure Act Section 554 Adjudications

(a) This Section applies, according to the provisions thereof, in every case of adjudication required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing, except to the extent that there is involved-

- (1) a matter subject to a subsequent trial of the law and the facts de novo in a court;
- (2) the selection or tenure of an employee, except an administrative law judge appointed under Section 3105 of this title;
- (3) proceedings in which decisions rest solely on inspections, tests, or elections;
- (4) the conduct of military or foreign affairs functions;
- (5) cases in which an agency is acting as an agent for a court; or
- (6) the certification of worker representatives.

เรื่องเดียวกัน, หน้า 208.

³⁸ Ernest Gellhorn and Ronald M. Levin, Administrative Law and Process in a nutshell 4th ed. (United States of America : West Group, 1997), p. 237. เรื่องเดียวกัน, หน้า 209.

³⁹ David H. Rosenbloom and Rosemary O’Leary, Public Administration and Law 2nd ed. (United States of America : Marcel Dekker, Inc., 1996), p. 71. เรื่องเดียวกัน, หน้า 209.

แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการตามที่ Administrative Procedure Act ได้กำหนดไว้นั้น เป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำของกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองเท่านั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ใน Administrative Procedure Act ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบาย กฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับ ตลอดจนสิ่งที่ศาลกำหนดให้ต้องดำเนินการ เป็นต้น การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำนอกกรอบของ Administrative Procedure Act โดยทั่วไปเรียกว่า “Informal Adjudications” ซึ่งมักอยู่ภายใต้กระบวนการหรือกฎระเบียบที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดขึ้นเป็นพิเศษ Informal Adjudications มักใช้ดุลพินิจเป็นหลักและไม่มีการพิจารณาทบทวนโดยศาลอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งแตกต่างกับ Formal Adjudications⁴⁰

(2) การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution : ADR)⁴¹

นอกจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว Administrative Procedure Act ยังเปิดโอกาสให้สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นอันเป็นทางเลือกได้อีกด้วย โดยขึ้นอยู่กับพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการที่จะเลือกใช้วิธีการใด แต่อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง⁴²

⁴⁰ Ernest Gellhorn and Ronald M. Levin, op.cit., footnote 46, pp. 239-240. ดูรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด.(เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)) หน้า 212.

⁴¹ Administrative Procedure Act Section 581 Definitions

“Alternative means of dispute resolution” means any procedure that is used, in lieu of an adjudication as defined in Section 551 (7) of this title, to resolve issues in controversy, including but not limited to, settlement negotiations, conciliation, facilitation, mediation, factfinding, minitrials, and arbitration, or any combination thereof.

เรื่องเดียวกัน, หน้า 216.

⁴² Administrative Procedure Act Section 582 (a) “An agency may use a dispute resolution proceeding for the resolution of an issue in controversy that relates to an administrative program, if the parties agree to such proceeding.” เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

การระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกนี้เกิดขึ้นเนื่องจากมีคดีขึ้นสู่ศาลมากและศาลไม่มีทรัพยากรบุคคลที่เพียงพอ จึงเป็นที่นิยมมากในสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน⁴³ โดยผู้ที่ทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นกลาง (neutral) โดยอาจเป็นเจ้าหน้าที่ประจำหรือชั่วคราวของรัฐบาลกลาง หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญาเพื่อให้ทำการระงับข้อพิพาท ซึ่งบุคคลที่เป็นกลางดังกล่าวนี้จะต้องไม่มีตำแหน่งหน้าที่ การเงิน หรือผลประโยชน์ขัดกับประเด็นข้อพิพาท เว้นแต่ได้มีการเปิดเผยผลประโยชน์ดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรให้คู่กรณีทราบก่อนแล้ว⁴⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังต่อไปนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก⁴⁵

1) กรณีที่ต้องการข้อสรุปอันเป็นที่สุดหรือมีลักษณะเป็นคำสั่ง ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นบรรทัดฐาน ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกไม่สามารถก่อให้เกิดบรรทัดฐานได้

2) กรณีที่ประเด็นที่เกี่ยวข้องหรือที่เป็นปัญหานั้นเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาล ซึ่งจำเป็นต้องดำเนินการใด ๆ เพิ่มเติมก่อนที่จะทำข้อสรุปอันเป็นที่สุด แต่กระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกไม่สามารถกำหนดแนวนโยบายที่องค์กรทางปกครองสามารถยึดถือได้

3) กรณีที่การรักษาไว้ซึ่งนโยบายที่ได้กำหนดมาแล้วนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญมากที่สุด แต่การใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกอาจก่อให้เกิดข้อขัดข้องหรือข้อวินิจฉัยที่ขัดหรือแย้งกับนโยบายดังกล่าว

4) กรณีที่ประเด็นที่เป็นปัญหานั้นกระทบต่อบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิได้เป็นคู่กรณีในกระบวนการระงับข้อพิพาท

5) กรณีที่จำเป็นจะต้องมีการบันทึกการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทเพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชนและกระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกไม่มีการจัดทำบันทึกเช่นนั้น

⁴³ David H. Rosenbloom and Rosemary O'Leary. op.cit., footnote 47, p. 77. ดูรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด. (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2547)) หน้า 217.

⁴⁴ Administrative Procedure Act Section 583 (a). เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

⁴⁵ Administrative Procedure Act Section 582 (b). เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

6) กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดำรงไว้ซึ่งอำนาจในเรื่องดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง โดยมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปได้เสมอ แต่กระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกไม่เอื้ออำนวยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการเช่นนั้นได้

(3) การระงับข้อพิพาทที่เป็นทางเลือกที่ใช้กันโดยทั่วไป ได้แก่⁴⁶

1) การไกล่เกลี่ย (Mediation)

การไกล่เกลี่ย คือ การที่บุคคลที่สามที่เป็นกลางช่วยคู่สัญญาหาข้อสรุปของปัญหานอกศาล ซึ่งบุคคลที่สามที่เป็นกลางนี้จะทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งหมด แต่ไม่ได้เป็นผู้ทำการตัดสินใจในขั้นสุดท้ายให้กับคู่กรณี (does not make the final decision for the parties) ในบางครั้งวิธีนี้อาจเรียกว่า “การช่วยเจรจา” (assisted negotiation)

2) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

อนุญาโตตุลาการอาจจะนำมาใช้เป็นการระงับข้อพิพาทได้เมื่อคู่สัญญายินยอม ซึ่งความยินยอมดังกล่าวนี้อาจยินยอมก่อนหรือหลังจากเกิดข้อพิพาทแล้วก็ได้ อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการชี้ขาดภายใน 30 วันนับแต่วันที่ปิดการพิจารณา คำชี้ขาดนั้นจะต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงที่ถกเถียงกัน โดยย่อและข้อกฎหมายที่ใช้เป็นหลักในการทำคำชี้ขาดด้วย ซึ่งคำชี้ขาดดังกล่าวจะถือว่าเป็นที่สุดเมื่อพ้นกำหนด 30 วันนับแต่วันที่ได้ส่งให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถขยายระยะเวลาที่จะมีผลให้คำชี้ขาดนั้นเป็นที่สุดออกไปได้อีก 30 วัน โดยทำการแจ้งขอขยายระยะเวลาให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบก่อนวันที่จะครบกำหนด 30 วันแรก ดังกล่าว⁴⁷ คำชี้ขาดที่เป็นที่สุดนี้จะมีผลผูกพันคู่กรณีทั้งหลายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสามารถบังคับได้

3) การเจรจา (Negotiation)

การเจรจาเพื่อกำหนดกฎตาม The Negotiated Rulemaking Act (NRMA) คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสหรัฐ (federal agencies) กำหนดกฎเกณฑ์ (rule-making) โดยใช้วิธีเจรจากับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลาย เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จะกำหนดขึ้นและมีผลบังคับใช้กับบรรดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ได้รับความยินยอมเป็นเอกฉันท์ในการจัดทำกฎระเบียบที่เสนอซึ่งจะเป็นการขจัดซึ่งปัญหาหรือข้อโต้แย้งในภายหลัง

⁴⁶ ดูรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด.(เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547)). หน้า 218.

⁴⁷ Administrative Procedure Act Section 590 (b). เรื่องเดียวกัน, หน้า 219.

4) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman)

ผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งรับคำร้องเรียนเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐจากผู้ที่มีความเดือดร้อนเสียหาย ผู้ตรวจการแผ่นดินจะทำการตรวจสอบและให้คำแนะนำเพื่อทำการเยียวยาความเสียหายตามคำร้องนั้น ดังนั้น หน้าที่ที่สำคัญของผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ การช่วยประชาชนเจรจากับส่วนราชการ

3.1.1.6 การดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสหรัฐอเมริกา

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

(1) คู่สัญญาอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการให้จำกัดเฉพาะให้เป็นไปตามกรณีที่กำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ (Sections 575 (a)(1)(A) และ (B))

(2) ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยต้องกำหนดประเด็นในสัญญาที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ไว้ และจะต้องกำหนดวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่กรณีจ่ายให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ (Maximum award หรือ cap) (Sections 575 (a)(2))

(3) การที่หน่วยงานของรัฐจะนำการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับนั้น หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำคู่มือซึ่งเป็นรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการจัดทำคู่มือดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐจะต้องปรึกษารัฐอัยการสูงสุด (Attorney General) ด้วย (Sections 575 C)

(4) ในการเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ตกลงกัน (Sections 577 (a)) โดยจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง (Sections 573) ทั้งนี้ แม้ไม่มีการกำหนดว่าบุคคลผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นนักกฎหมายหรือผู้มีประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมาย แต่โดยทั่วไปคู่สัญญามักจะเลือกนักกฎหมายขึ้นทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับข้อกฎหมายหรือการตีความข้อสัญญา

(5) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเหตุผลและหลักกฎหมายทั่วไปโดยย่อแบบไม่เป็นทางการและมีการอธิบายประกอบคำชี้ขาด (Sections 580 (a)(1))

(6) การจัดทำคู่มือรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ⁴⁸ ตาม Sections 575 C จะมีสาระสำคัญ เช่น รูปแบบของอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาใช้ เทคนิคของการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Techniques) รายการประเด็นสำคัญต่าง ๆ ที่จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

3.1.1.7 ตัวอย่างคู่มือการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของหน่วยงาน FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION

ในรายละเอียดของคู่มือการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของหน่วยงาน FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION⁴⁹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ซึ่งผู้ศึกษาได้นำมาเป็นตัวอย่างประกอบการศึกษาในครั้งนี้ โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ ดังต่อไปนี้

(1) ส่วนของคำแนะนำ (Introduction) มีสาระสำคัญเป็นการอธิบายความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของหน่วยงานของรัฐ

(2) ส่วนความเป็นมา (Background) มีสาระสำคัญเป็นการอธิบายกฎหมายซึ่งเป็นที่มาของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของหน่วยงานของรัฐ

(3) ส่วนภาพรวม (Overview) ซึ่งประกอบด้วยหัวข้อย่อย ดังต่อไปนี้

1) สิ่งที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมี (Statutory Requirements)

โดยมีสาระสำคัญเป็นการอธิบายหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมี หรือต้องดำเนินการก่อนจะนำระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ โดยกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานต้องพิจารณาก่อนว่ากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นควรนำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้หรือไม่

1.1) กรณีที่ไม่ควรนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ เช่น

- เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของรัฐบาลซึ่งจะต้องมีการดำเนินการอื่นใดเพิ่มเติมก่อนที่จะมีกระบวนการตัดสินในขั้นสุดท้าย

- ข้อพิพาทนั้นมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิได้ได้เป็นคู่กรณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

⁴⁸ DEVELOPING GUIDANCE FOR BINDING ARBITRATION. A Handbook for Federal Agencies.

(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.doi.gov/pmb/cadr/.../developingguidanceforbindingarbitration.doc>

⁴⁹ คู่มือการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของหน่วยงาน FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION.

(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.faa.gov/about/office_org/headquarters_offices/agc/pol_adjudication/agc70/odra_process/media/binding/%20Arbitration.pdf

- สิ่งสำคัญของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการคือการจัดทำบันทึกกระบวนการอย่างครบถ้วนและเปิดเผยต่อสาธารณะ ข้อพิพาทซึ่งไม่สามารถจัดทำกรบันทึกในลักษณะดังกล่าวได้จึงไม่ควรนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้

1.2) กรณีกฎหมายกำหนดให้การดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Administrative Dispute Resolution Act 1996 ยกตัวอย่าง เช่น

- การเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปโดยความสมัครใจของคู่กรณีทั้งหมด

- คู่กรณีอาจตกลงกันจำกัดประเด็นที่จะยื่นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

- คู่กรณีอาจจะตกลงกันโดยการกำหนดผลของการตัดสินที่จะเป็นไปได้จากกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการล่วงหน้าได้

- ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ และจะต้องมีการกำหนดประเด็นเพื่อยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ และจะต้องกำหนดมูลค่าสูงสุดของค่าเสียหายที่อนุญาโตตุลาการจะสามารถกำหนดให้คู่กรณีจ่ายได้เมื่อมีการตัดสินข้อพิพาท

- อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเกี่ยวกับการรับฟังการสืบพยาน

- อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการจัดให้มีการสาบานตนหรือการยืนยัน

- อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเวลาและสถานที่ในการรับฟังการสืบพยาน

- อนุญาโตตุลาการจะถูกรตรวจสอบโดยศาลซึ่งมีเขตอำนาจตามกฎหมายสำหรับหลักฐานเกี่ยวกับการวางตัวไม่เป็นกลางหรือการคอร์รัปชัน

2) คำแนะนำเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการที่จะมีผลผูกพัน (Binding Arbitration Guidance)

- การระงับข้อพิพาทตามกระบวนการของ Administrative Dispute Resolution Act 1996 ประกอบด้วยวิธีการต่าง เช่น การไกล่เกลี่ย การจัดประชุม (facilitation) การค้นหาข้อเท็จจริง การใช้เจ้าหน้าที่ ombuds การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบย่อ (mini-trials) และการอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไปแล้ววิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะถูกออกแบบมาเพื่อลดค่าใช้จ่ายเพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการทางศาลซึ่งใช้ระยะเวลาดำเนินการยาวนาน เพื่อปกป้องความเป็นส่วนตัวของคู่กรณี และทำให้คู่กรณีเข้าใจซึ่งกันและกันมากขึ้น

- ข้อกำหนดของกฎหมายที่จะมีผลให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการที่จะมีผลผูกพันคู่สัญญา

- รูปแบบขององค์คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจะเลือกใช้ (Description and Forms) ซึ่งตามปกติคู่กรณีจะตกลงร่วมกันเลือกบุคคลที่เป็นกลางทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเพื่อรับฟังข้อพิพาท และทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทหรือการกำหนดค่าเสียหาย วิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นเช่นเดียวกับการนำคดีขึ้นสู่ศาล กล่าวคือเป็นกระบวนการที่คู่กรณีแข่งขันกันนำเสนอพยานหลักฐานของคู่กรณีแต่ละฝ่ายเข้าสู่กระบวนการตัดสินข้อพิพาท แต่วิธีการอนุญาโตตุลาการจะแตกต่างจากการนำคดีขึ้นสู่ศาล เพราะวิธีการนำเสนอพยานหลักฐานเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายลักษณะพยาน กระบวนการพิจารณาด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำโดยไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ ศาลจะเป็นผู้ใช้อำนาจบังคับคดีตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการปราศจากข้อบกพร่อง และการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจะถูกจำกัดเฉพาะเหตุของการฉ้อโกงหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ นอกจากการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว การระงับข้อพิพาทอาจกระทำโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการซึ่งเชื่อมโยงกับกระบวนการไกล่เกลี่ยได้อีกด้วย เช่น ก่อนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจตกลงให้มีการไกล่เกลี่ยขึ้นก่อน เป็นต้น

- การกำหนดวงเงินที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาด (Setting the Award "Cap") ก่อนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจตกลงกันกำหนดวงเงินขั้นสูง-ต่ำของค่าเสียหายซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดไว้ได้ โดยอาจจะใช้วิธีการที่เรียกว่า "High-Low Method" ได้แก่การที่คู่กรณีจะตกลงกันกำหนดเพดานวงเงินขั้นสูง-ต่ำของค่าเสียหายไว้โดยไม่ต้องแจ้งให้อนุญาโตตุลาการทราบ เมื่อมีการชี้ขาดจำนวนค่าเสียหายโดยคณะอนุญาโตตุลาการ หากจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวอยู่ในวงเงินที่กำหนดไว้ คู่กรณีก็จะต้องผูกพันกันตามจำนวนค่าเสียหายที่มีการชี้ขาด แต่หากจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวสูงหรือต่ำกว่าวงเงินที่กำหนดไว้ คู่กรณีก็จะต้องผูกพันกันตามจำนวนค่าเสียหายขั้นต่ำหรือขั้นสูงที่กำหนดไว้ ยกตัวอย่างเช่น คู่กรณีตกลงกันกำหนดเพดานวงเงินขั้นสูง-ต่ำไว้ที่ 50,000 - 100,000 \$ หากค่าเสียหายที่มีการชี้ขาดโดยคณะอนุญาโตตุลาการคือ 25,000 \$ ค่าเสียหายที่คู่กรณีผูกพันกันจะถูกปรับเพิ่มเป็นจำนวนเงินขั้นต่ำที่ 50,000 \$ แต่หากค่าเสียหายที่มีการชี้ขาดโดยคณะอนุญาโตตุลาการคือ 250,000 \$ ค่าเสียหายที่คู่กรณีผูกพันกันจะถูกปรับลดลงเป็นจำนวนเงินขั้นสูงที่ 100,000 \$

- เช็คลิสต์ซึ่งมีลักษณะเป็นการถามและตอบประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (The Checklist of the Arbitration Issues) ซึ่งเป็นการอธิบายกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประเด็นต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น

- ใครจะเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในการส่งข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา
- บทบาทของอนุญาโตตุลาการในกระบวนการระงับข้อพิพาท
- วิธีการเลือกผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ
- ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องกำหนดไว้อย่างไร
- วิธีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับอนุญาโตตุลาการ
- สิ่งที่จะต้องกำหนดไว้ในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

๑๗๑

๑๗๑

3.1.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในอดีตเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหรือเมื่อการดำเนินการตามสัญญาเสร็จสิ้นลงแล้วก็ตาม การระงับข้อพิพาทดังกล่าวมักจะกระทำโดยการฟ้องร้องคดีต่อศาล ซึ่งที่ผ่านมามีการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองจะกระทำด้วยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นสร้างความพอใจแก่คู่สัญญา ก่อนน้อยกว่าที่ควรจะเป็น โดยมีสาเหตุจาก⁵⁰

ก. อำนาจของผู้พิพากษานั้นมีอยู่อย่างจำกัดเพราะสามารถทำได้เพียงสั่งเพิกถอน (Annulation) หรือออกคำสั่งบังคับ (Injunction) อื่น ๆ การพิจารณาคดีในศาลปกครองเป็นไปอย่างล่าช้า

ข. เนื่องจากศาลปกครองมีคดีที่ต้องพิจารณาคดีเป็นจำนวนมาก และกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็ยังเป็นกรณีที่สำคัญแล้วมีความละเอียดซับซ้อนและมีเอกสารที่ต้องศึกษามาก

จึงมีความพยายามที่จะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นมาใช้แทนการฟ้องคดีต่อศาล ได้แก่ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความและอนุญาโตตุลาการ⁵¹

⁵⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). สัญญาทางปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 473 - 482.

⁵¹ ศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความเห็นไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1958 กรณี Soc. Provence-Construction ว่าคู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องการแก้ไขข้อพิพาทด้วยการยกเว้นหลักในเรื่องการฟ้องศาลได้ตามความประสงค์ของคู่สัญญา. เรื่องเดียวกัน, หน้า 473.

3.1.2.1 การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง

การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำต่างๆ ของตนและผู้ใต้บังคับบัญชา การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง (Recours Administratifs préalables) เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการก่อนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองมีขึ้นเพื่อโต้แย้งการออกคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ทราบข้อโต้แย้งนั้นและหาทางเยียวยาแก้ไขภายในก่อนที่จะให้ผู้โต้แย้งนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาล การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองนี้ถูกนำมาใช้ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาโยธาสาธารณะ (Marché des travaux publics) ตามมาตรา 33 และมาตรา 34 แห่งข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปแนบท้ายสัญญา⁵² ที่นำมาใช้กับสัญญาโยธาสาธารณะได้บัญญัติไว้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีจะต้องทำบันทึก (Mémoire) เสนอต่อผู้รับผิดชอบงานตามสัญญา (La personne responsable du marché) ภายในระยะเวลาที่กำหนด บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการกำหนดกระบวนการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเอาไว้ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาโยธาสาธารณะ

ข้อกำหนดทางปกครองทั่วไป⁵³ ได้บัญญัติถึงกระบวนการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองไว้ 2 กระบวนการ คือ กระบวนการทั่วไปและกระบวนการที่เกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านการชำระบัญชี

⁵² ข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปแนบท้ายสัญญา (cahier des clauses administratives générales) เป็นเอกสารที่กำหนดหลักเกณฑ์ทางปกครองต่างๆ ไปที่นำมาใช้กับสัญญาแต่ละประเภท. ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 50. หน้า 474.

⁵³ “ข้อกำหนดทางปกครองทั่วไป” (Le cahier des clauses administratives générales ; CCAG) เป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส เอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารที่กำหนดหลักเกณฑ์ทางปกครองต่างๆ ไปที่นำมาใช้กับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแต่ละประเภท ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขการดำเนินการ เงื่อนไขการตรวจสอบ เงื่อนไขการรับเหมาช่วง เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลา บทลงโทษ และเงื่อนไขต่างๆ ของสัญญา เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจทำสัญญามีสิทธิเลือกที่จะใช้หรือไม่ใช้เอกสารนี้ก็ก็ได้ (มาตรา 13 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง) โดยข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปที่ใช้กับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแต่ละประเภท ได้แก่

- (1) ข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้าง CCAG aux travaux
- (2) ข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาอุตสาหกรรม CCAG aux marchés industriels
- (3) ข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาเกี่ยวกับงานทรัพย์สินทางปัญญา CCAG aux prestations intellectuelles

(1) กระบวนการทั่วไป

กระบวนการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง เป็นกระบวนการแรกและถือเป็นกระบวนการทั่วไปที่ใช้ในการแก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง โดยข้อพิพาทดังกล่าวอาจเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้ก่อสร้าง (Entrepreneur) กับผู้ควบคุมงาน (Maître d'oeuvre)⁵⁴ ซึ่งในมาตรา 50 แห่งข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปแนบท้ายสัญญาได้บัญญัติถึงกระบวนการในการดำเนินการก่อนที่จะไปสู่การพิจารณาของศาลว่า หากมีข้อพิพาท (Une différend) เกิดขึ้นระหว่างผู้ควบคุมงาน (Maître d'oeuvre) กับผู้ก่อสร้าง (Entrepreneur)⁵⁵ ผู้ก่อสร้างจะต้องบันทึก (Mémoire) อธิบายเหตุผล (Exposant les motifs) ของข้อพิพาทพร้อมทั้งกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายที่จะเรียกร้องเอาไว้ด้วย โดยจะต้องเสนอบันทึกนั้นต่อไปยังผู้ควบคุมงาน ซึ่งผู้ควบคุมงานก็จะต้องเสนอบันทึกนั้นพร้อมความเห็น (Avis) ของตนเองยังผู้รับผิดชอบงานตามสัญญา (La personne responsable marché)⁵⁶ ในกรณีที่ผู้ก่อสร้างได้รับข้อเสนอจากผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาและไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอ หรือในกรณีที่ผู้ก่อสร้างไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณาของผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาภายในระยะเวลา 2 เดือนดังกล่าวแล้ว ผู้ก่อสร้างมีระยะเวลา 3 เดือน นับแต่วันได้รับข้อเสนอหรือนับแต่วันครบ 2 เดือนที่ผู้ควบคุมงานเสนอบันทึกของตน ไปยังผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาที่จะเสนอบันทึกความเห็นเพิ่มเติม ไปยังผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาอีกครั้งหนึ่ง ในครั้งนี้หากพ้นกำหนด 3 เดือนไปแล้วผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาไม่ตอบหรือผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาตอบแต่ผู้ก่อสร้างไม่พอใจในคำตอบนั้น ก็สามารถนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลปกครองได้

(2) กระบวนการที่เกี่ยวข้องการโต้แย้งคัดค้านการชำระบัญชี

ตามมาตรา 13 และมาตรา 15 แห่งข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปแนบท้ายสัญญาได้กำหนดถึงกระบวนการโต้แย้งคัดค้านการชำระบัญชี (La contestation du décompte) ไว้ดังนี้ คือ

(4) ข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างสำหรับวัสดุและบริการ CCAG aux fournitures courantes et prestations de services

(5) ข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร CCAG aux techniques de l'information et de la communication

⁵⁴ ได้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐแต่งตั้งขึ้นเพื่อเป็นผู้ควบคุมงาน โยธาสาธารณะให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญา. เรื่องเดียวกัน, หน้า 474.

⁵⁵ ได้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน. นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 474.

⁵⁶ ได้แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีการระบุไว้ในสัญญาทางปกครองว่า ให้เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามสัญญา. ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 475.

ผู้ก่อสร้างจะต้องส่งรายการชำระบัญชีกลับคืนไปยังผู้ควบคุมงาน โดยผู้ก่อสร้างอาจลงลายมือชื่อ โดยมีข้อสงวนบางประการก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้ก่อสร้างไม่เห็นด้วยกับบัญชีและไม่ลงลายมือชื่อ ผู้ก่อสร้างจะต้องให้เหตุผลในกรณีดังกล่าวไว้ด้วย ผู้ก่อสร้างมีระยะเวลาในการพิจารณารายการชำระบัญชีดังกล่าว 30 วัน ในกรณีที่ระยะเวลาของสัญญาต่ำกว่า 6 เดือน หรือ 45 วัน ในกรณีที่ระยะเวลาของสัญญาสูงกว่า 6 เดือน

ในกรณีที่ผู้ก่อสร้างลงลายมือชื่อเห็นชอบด้วยกับรายการชำระบัญชียุติกัน ให้ถือว่าผูกพัน คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ผู้ก่อสร้างปฏิเสธที่จะลงลายมือชื่อ โดยมีข้อสงวนบางประการ ผู้ควบคุมงานจะต้องเสนอเรื่องดังกล่าวพร้อมทั้งความเห็นของตนไปยังผู้รับผิดชอบงานตามสัญญา ผู้รับผิดชอบงานตามสัญญามีระยะเวลา 3 เดือน นับแต่วันได้รับเรื่องพร้อมความเห็นของผู้ควบคุมงานที่จะพิจารณา หากผู้รับผิดชอบงานปฏิเสธหรือไม่ตอบ ผู้ก่อสร้างสามารถนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลปกครองได้

3.1.2.2 การไกล่เกลี่ย (Mediation)

การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลกระบวนการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่มีได้เป็นคู่สัญญาเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาหาแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในระบบกฎหมายเอกชนเป็นไปตามรัฐบัญญัติที่ 96-125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ที่ไปแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code de procedure civile) โดยมาตรา 21 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่าเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณี ผู้พิพากษาสามารถแต่งตั้งบุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในระบบกฎหมายมหาชนนั้น ประมวลกฎหมายแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ซึ่งถูกแก้ไขโดยมาตรา 22 แห่งรัฐบัญญัติที่ 86-14 ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1986 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองว่า ศาลปกครองชั้นต้นทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยเช่นกัน⁵⁷

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในระบบกฎหมายมหาชนมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) หลักทั่วไป

คู่สัญญาสามารถกำหนดไว้ในสัญญาได้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างการค้าเนื่งการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสามารถนำข้อพิพาทนั้นไปให้บุคคลหรือองค์กรที่ตนเองได้แต่งตั้งขึ้นเป็นผู้ให้ความเห็น (Avis) ได้ หลักดังกล่าวมีที่มาจากคำพิพากษาศาล

⁵⁷ Christian HUGO, La médiation et le juge dans l'ordre administratif, Petites Affiches No.81, 23 avril 1999, p.4. ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 479.

ปกครอง⁵⁸ ที่ได้กล่าวไว้ว่า ไม่มีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (Réglementaire) ที่ได้เป็นอุปสรรคต่อการแทรกข้อกำหนดไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อนที่จะดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลให้ขอความเห็น (Avis) จากบุคคลหรือจากองค์กรที่คู่สัญญาได้แต่งตั้งก่อน

(2) เกณฑ์ที่นำมาใช้กับพัสดุ

ประมวลกฎหมายพัสดุ⁵⁹ (Code des marchés publics) ได้กล่าวถึงกระบวนการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาพัสดุไว้ว่าให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อการระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (Comité Consultatif de Règlement Amiable หรือ CCRA)

คณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อการระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัตินี้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1907 ในกระทรวงโยธาสาธารณะ (Ministère des Travaux Publics) และต่อมาก็ได้มีรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 1953 แต่งตั้งคณะกรรมการประเภทดังกล่าวขึ้นในทุกกระทรวง จากนั้นในปี ค.ศ. 1981 ก็ได้มีรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1981 แต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อการระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (Le Comtié Consultatif de Règlement Amiable) ขึ้นคณะหนึ่ง โดยมีลักษณะเป็นคณะกรรมการร่วมของกระทรวงต่าง ๆ (à caractère interministériel) ในระหว่างปี ค.ศ. 1981 ถึงปี ค.ศ. 1991 คณะกรรมการชุดนี้ทำหน้าที่ให้ความเห็นในข้อพิพาท 212 เรื่อง แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1991 ก็ได้มีการปรับปรุงระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคณะกรรมการใหม่ โดยรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1991 ได้จัดตั้งคณะกรรมการระดับชาติและคณะกรรมการร่วมระดับภูมิภาคขึ้น

1) คณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อการระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระดับชาติ⁶⁰ (Comtié Consultatif National) คณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อการระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ “ระดับชาติ” มีองค์ประกอบดังนี้ คือ

1.1) ประธานกรรมการ ได้แก่ ผู้ที่มาจากสมาชิกสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) หรือศาลตรวจเงินแผ่นดิน (La Cour des Comptes)

1.2) รองประธานกรรมการ ได้แก่ ผู้ที่มาจากสมาชิกสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) หรือศาลตรวจเงินแผ่นดิน (La Cour des Comptes)

1.3) กรรมการจำนวน 6 คน ประกอบด้วย

⁵⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1984 กรณี Soc. Otit. ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 479.

⁵⁹ Laurent RICHER. ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 479.

⁶⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 480.

1.3.1) ข้าราชการ 2 คน ได้แก่ ข้าราชการที่ทำงานอยู่ในกระทรวงต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.3.2) ผู้เชี่ยวชาญ 2 คน ได้แก่ ผู้เชี่ยวชาญในงานด้านนโยบายสาธารณะ และตัวแทนจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงงบประมาณ (Minister de Budget)

ประธานและรองประธานได้รับการแต่งตั้งโดยคำสั่งของนายกรัฐมนตรี (Arête du Premier Ministre) ส่วนกรรมการอื่นๆ นั้น นายกรัฐมนตรีเป็นผู้คัดเลือกจากรายชื่อที่ได้มาภายหลังการหารือกับกระทรวงที่เกี่ยวข้องและองค์กรวิชาชีพต่าง ๆ แล้ว

คณะกรรมการระดับชาติทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Différends) หรือคดี (Litiges) ที่เกี่ยวกับสัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐในส่วนกลางและขององค์การมหาชนแห่งรัฐที่มีลักษณะทางปกครอง (Etablissement public à caractère administratif)

2) คณะกรรมการร่วมระดับภูมิภาค⁶¹ (Comité Inter Régionaux) เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 ได้มีคำสั่งนายกรัฐมนตรียกตั้งคณะกรรมการร่วมระดับภูมิภาคขึ้นมา 5 ชุด ประจำอยู่ในเมือง Paris , Lyon , Nantes, Bordeaux และ Nancy คณะกรรมการร่วมระดับภูมิภาคมีองค์ประกอบดังนี้

2.1) ประธานกรรมการ ได้แก่ ผู้ที่มาจากผู้พิพากษาศาลปกครอง

2.2) รองประธานกรรมการ ได้แก่ ผู้ที่มาจากผู้พิพากษาศาลปกครอง

2.3) เจ้าหน้าที่ 2 คนที่อย่างน้อย 1 คนจะต้องมาจากกระทรวงที่เกี่ยวข้องหรืออาจเป็นตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและวิสาหกิจมหาชนแห่งท้องถิ่น (Etablissement publics locaux) ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาพัสดุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนแห่งท้องถิ่นก็ได้

2.4) ผู้เชี่ยวชาญจำนวน 2 คน จากภาคเอกชน

2.5) สมุหบัญชี 1 คน

คณะกรรมการร่วมระดับภูมิภาคทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาพัสดุของรัฐในส่วนภูมิภาค รวมทั้งสัญญาพัสดุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนแห่งท้องถิ่นด้วย

กระบวนการไกล่เกลี่ยทั้งของคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อการระงับข้อพิพาทแบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระดับชาติและระดับภูมิภาคจะมีลักษณะคล้ายคลึงกันดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุ (Code des marchés publics) มาตรา 243-245 คือ จะต้องมีการแต่งตั้งกรรมการเจ้าของสำนวน (Rapporteur) กรรมการเจ้าของสำนวนจะต้องทำสรุปข้อพิพาท และความเห็นของ

⁶¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 481.

ตนเสนอต่อคณะกรรมการ คณะกรรมการจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จพร้อมทั้งให้ความเห็นภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่มีการร้องเรียน

อนึ่ง การไกล่เกลี่ยนี้มีผลเป็นเพียงให้ข้อเสนอหรือให้คำแนะนำที่จะนำไปสู่การแก้ไขข้อพิพาทอย่างสันติวิธีนอกศาลเท่านั้น คู่สัญญาสามารถฟ้องศาลปกครองควบคู่กันไปได้กับกระบวนการไกล่เกลี่ย และศาลปกครองก็ไม่จำเป็นต้องรอความเห็นจากคณะกรรมการด้วย⁶²

3.1.2.3 การประนีประนอมยอมความ (La transaction)

ส่วนใหญ่แล้วการประนีประนอมยอมความเป็นผลที่เกิดมาจากการไกล่เกลี่ยโดยมาตรา 2044 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (code civil) ได้ให้คำจำกัดความของการประนีประนอมยอมความไว้ว่า ได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญาดกลงระงับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นหรือเพื่อป้องกันข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น การประนีประนอมยอมความนี้นำมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชนด้วยโดยหนังสือเวียน (Circulaire) ของนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ของการประนีประนอมยอมความ⁶³

(1) ความสมบูรณ์ของการประนีประนอมยอมความ ประมวลกฎหมายแพ่งยอมรับความเป็นไปได้ของกระบวนการประนีประนอมยอมความของเทศบาล (Communes) และองค์การมหาชน (Etablissements publics) และนอกจากนี้ ศาลปกครองก็ได้วางแนวทางไว้ในคำพิพากษาว่านิติบุคคลมหาชน (Personnes publiques) ทั้งหลายสามารถประนีประนอมยอมความได้⁶⁴ เดิมนั้นการประนีประนอมยอมความถือว่าเป็นสัญญาในทางกฎหมายแพ่ง การประนีประนอมยอมความถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับงานโยธาสาธารณะเท่านั้น⁶⁵

(2) ผลของการประนีประนอมยอมความ⁶⁶ การประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการนำข้อพิพาทไปสู่ศาลซึ่งใช้เวลานาน และต้องผ่านกระบวนการต่างๆ จำนวนมากที่เป็นแบบพิธีสร้างความยุ่งยากให้แก่คู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาดกลงใจที่จะใช้กระบวนการประนีประนอมยอมความก็หมายความว่า คู่สัญญาปฏิเสธที่จะนำคดีไปสู่ศาลและยอมรับ

⁶² คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Paris ลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1991 กรณี Société Kléber-Industries.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 481.

⁶³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 481.

⁶⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 1893 กรณี Compagnie du Nord. ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 481.

⁶⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1970 กรณี Clot. ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41. หน้า 482.

⁶⁶ Laurent RICHER ดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 482.

ผลที่เกิดขึ้นจากการประนีประนอมยอมความนั้น โดยผลของการประนีประนอมยอมความ อาจนำไปสู่ข้อตกลงที่มีผลเป็นการชดใช้เงินหรือค่าเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้น

การประนีประนอมยอมความนำมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันเกิดขึ้น จากสัญญาทางปกครองหลายกรณีไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการปฏิบัติตามสัญญา เช่น ความรับผิดชอบของคู่สัญญาหรือเนื้อหาของงานที่อยู่นอกเหนือหรือเพิ่มจากที่กำหนดไว้ในสัญญา เป็นต้น หรือเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการเป็นโมฆะของสัญญา

3.2 การระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายไทย

3.2.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

ในหัวข้อนี้เป็นการศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง และสัญญาดังกล่าวที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อให้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามลักษณะของสัญญาแต่ละประเภท ดังนี้

3.2.1.1 สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง

ความหมายของสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกิดโดยคำเสนอและคำสนอง ต้องตรงกัน ใช้บังคับกันได้ตามกฎหมายลักษณะของสัญญาทั่วไป ภายใต้หลัก Freedom of Contract ที่คู่สัญญามีเสรีภาพเลือกทำสัญญาแบบใดก็ได้ สัญญาทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกสัญญา โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมด้วยไม่ได้ โดยท่านอาจารย์บรรศักดิ์ อูวรรณ โฉ ได้กล่าวถึงสัญญาทางแพ่งว่าเอกชนจะก่อนิติสัมพันธ์สร้างความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชนอื่นได้ก็แต่ด้วยความยินยอมพร้อมใจของเอกชนอื่น เท่านั้น ดังนั้น สัญญาจึงเป็นวิธีการหลักที่เอกชนทุกคนเสมอภาคกัน ไม่อาจบังคับกันได้เว้นแต่จะตกลงใจเข้าทำสัญญากันโดยสุกพันและเสรี และเมื่อทำสัญญาขึ้นแล้วเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ หากผิดสัญญาก็ต้องไปสู่ศาลจะดำเนินการบังคับกันเองไม่ได้ ตัวอย่างสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างต่างๆ เป็นต้น

3.2.1.2 สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

“สัญญาทางปกครอง” เป็นคำที่กฎหมายปกครองยืมมาจากกฎหมายแพ่ง สัญญาจะต้องเป็นนิติกรรมสองฝ่ายมีคำเสนอคำสนองต้องตรงกัน สัญญาทางปกครองก็เป็นนิติกรรมสองฝ่ายเหมือนกัน แต่มีลักษณะเฉพาะตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บทนิยามได้ให้ความหมาย “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งปกติการบัญญัติ นิยามจะใช้คำว่า “หมายความว่า” แต่ “สัญญาทางปกครอง” ใช้คำว่า “หมายความว่ารวมถึง” แสดงว่า ความหมายที่เขียนอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองหรือวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง หรืออาจกล่าวได้ว่าสิ่งที่เขียนอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นตัวอย่างของสัญญาทางปกครอง คำว่าสัญญาทางปกครองจึงมีความหมายกว้างกว่าที่พระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้

ความหมายของสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สามารถแบ่งออกได้เป็นสององค์ประกอบ ดังนี้

(1) องค์ประกอบด้านคู่สัญญา หมายความว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ โดยรัฐอาจทำสัญญาได้สองลักษณะ คือ เป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่งก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของรัฐในการจัดทำสัญญาดังกล่าว เช่น กระทรวงกลาโหมดำเนินการขบไล่ผู้บุกรุกที่ดินเพื่อจัดสร้างโรงเรียนเตรียมทหาร ซึ่งกระทรวงกลาโหมใช้วิธีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเจรจาให้ค่าขนย้ายแก่ผู้บุกรุกแล้วตกลงค่าขนย้ายกัน จะเห็นได้ว่ากระทรวงกลาโหมไม่ได้เข้าทำสัญญาโดยใช้อำนาจรัฐแต่ลดฐานะลงมาเท่ากับเอกชนเจรจาค่าตอบแทนเพื่อให้เขาขนย้ายออกไปโดยจ่ายเงิน สัญญานี้ไม่ใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะรัฐลดฐานะลงมาเท่ากับเอกชน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 12/2545) แต่สัญญาที่รัฐซื้อที่ดินตามพระราชกฤษฎีกาเวนคืนเพื่อนำมาสร้างถนนหรือใช้ในกิจการอื่นของรัฐ แม้ว่าจะเป็นการซื้อขายแต่จะต้องดำเนินการกระบวนการทางปกครองมาก่อน กล่าวคือจะต้องมีพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตเวนคืน มีการสำรวจที่ดิน มีคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดราคาเสร็จแล้วแจ้งให้ผู้ถูกเวนคืนทราบว่าจะพอใจหรือไม่ ถ้าพอใจก็ทำสัญญาซื้อขายเพื่อให้กรรมสิทธิ์โอน แต่ถ้าไม่พอใจก็ทำสัญญาซื้อขายเหมือนกันเพื่อให้กรรมสิทธิ์โอนแต่สงวนสิทธิในการอุทธรณ์ค่าทดแทนเอาไว้ จะเห็นว่ารัฐใช้

อำนาจเหนือคือกำหนดราคาข้างเดียว พอใจหรือไม่พอใจก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ไม่มีการเจรจาไม่มีการต่อรอง ถ้าไม่ยอมขายที่ดินนั้นให้แก่รัฐ รัฐก็จะดำเนินการบังคับโดยตราพระราชบัญญัติเวนคืนที่ดินดังกล่าวเพื่อให้ที่ดินนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐต่อไป ดังนั้น แม้สัญญาดังกล่าวจะใช้ชื่อว่าสัญญาซื้อขายแต่ก็เป็นสัญญาทางปกครองเพราะรัฐใช้อำนาจเหนือเอกชน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 22-23/2547)

(2) องค์ประกอบด้านเนื้อหาของสัญญา การที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องมีลักษณะเป็นสัญญา ดังนี้

1) สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินการบางอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐ โดยเอกชนเก็บเงินหรือผลประโยชน์และจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ รัฐใช้อำนาจเหนือโดยรัฐกำหนดเงื่อนไขและเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขได้เอง เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.249/2549 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 40 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุโทรทัศน์นั้นเป็นทรัพยากรสื่อสารของรัฐที่รัฐจะต้องนำมาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน การจัดให้มีสถานีวิทยุโทรทัศน์และดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน์จึงเป็นบริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรัฐอาจเป็นผู้จัดทำเองหรือรัฐอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทน หรือให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะโดยวิธีการให้สัมปทานแก่เอกชน ซึ่งก็คือการอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวและได้รับอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุโทรทัศน์ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยที่เอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเอง และเอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเอง และเอกชนผู้รับสัมปทานได้รับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการได้รับสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นสัญญาที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาระหว่างรับผู้ให้สัมปทานกับเอกชนผู้รับสัมปทาน โดยมีประชาชนผู้ใช้บริการเป็นผู้ได้รับประโยชน์ หรือในทางกลับกัน หากเอกชนผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาสัมปทาน หรือขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะให้ลดน้อยลงไปกว่าเดิม ผู้ได้รับผลกระทบกระเทือนก็คือประชาชน แต่ประชาชนแต่ละคนไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ด้วยตัวเองจึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้ดำเนินการแทนประชาชน โดยมีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ที่ดูแลรับผิดชอบ

2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งปัจจุบันรัฐให้เอกชนไปทำบริการสาธารณะหลายอย่าง เช่น สัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะในการเก็บขนขยะแทนรัฐ ซึ่งการเก็บขนขยะเป็นบริการสาธารณะที่รัฐต้องจัดทำตามกฎหมาย หรือสัญญาที่รัฐให้เอกชนตั้งที่ทำการไปรษณีย์เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน

3) สัญญาที่ให้จัดมีสิ่งสาธารณูปโภค ได้แก่ บรรดาสัญญาก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคทั้งหลายล้วนเป็นสัญญาทางปกครองทั้งสิ้น เช่น สัญญาว่าจ้างเอกชนวางท่อประปาเพื่อการผลิตน้ำประปาของรัฐ สัญญาจ้างวางท่อประปาเป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2545) สัญญาก่อสร้างถนนทางด่วนบางนา-บางปะกงเป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2546)

4) สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ผู้ที่จะหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้คือรัฐ ซึ่งเป็นผู้ดูแลประโยชน์ของส่วนรวม การที่รัฐจะมอบเอกชนให้แสวงหาประโยชน์ได้โดยเอกชนให้คำตอบแทนแก่รัฐเป็นสัญญาทางปกครองความหมายที่อยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น ยังมีส่วนอื่นอีกเท่าที่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวางบรรทัดฐานไว้ ได้แก่ สัญญาที่ทำให้บริการสาธารณะบรรลุผลเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครองนั้น เป็นสัญญาทางแพ่ง แต่คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังได้วินิจฉัยเพิ่มเติมอีกด้วยว่า สัญญาใดที่มีองค์ประกอบหรือลักษณะแตกต่างไปจากองค์ประกอบทั้งสองประการที่กำหนดไว้ แต่อาจจะเข้าข่ายหรือมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้อีกด้วย เช่น

สัญญาอื่นที่ไม่ใช่สัญญาแบบตัวอย่างตามบทนิยามของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้กำหนดหรือวางบรรทัดฐานไว้คือ สัญญาที่ทำให้บริการสาธารณะบรรลุผล มีองค์ประกอบว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะต้องเป็นสาระสำคัญของบริการสาธารณะ เช่น สัญญาก่อสร้างอาคารโรงพยาบาล อาคารโรงพยาบาลเป็นสาระสำคัญที่ทำให้การบริการสาธารณสุขของรัฐบรรลุผล เพราะฉะนั้นสัญญาก่อสร้างอาคารโรงพยาบาลจึงเป็นสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ รัฐไม่ได้ให้เอกชนเข้ามาทำกิจการสาธารณสุขเพียงแต่ให้มาก่อสร้างอาคารเท่านั้น (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545) สัญญาก่อสร้างศูนย์ปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ของมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 18/2545) สัญญาจัดซื้ออะไหล่เครื่องบินของกองทัพเรือ (คำวินิจฉัย

ชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2546) สัญญาก่อสร้างหลักเทียบเรือของกองทัพเรือ เป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างที่ 21/2546) สัญญาให้ทุนการศึกษาแก่ข้าราชการหรือนักเรียนที่มีข้อตกลงว่าจะต้องกลับมาทำงานรับใช้ราชการจนกว่าจะครบเวลานั้นเวลานี้ คนที่รับทุนต้องกลับมาทำงานบริการสาธารณะกับรัฐก็เป็นสัญญาที่ทำให้บริการสาธารณะบรรลุผลเป็นสัญญาทางปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 6/2547)

แต่ในกรณีสัญญาที่ไม่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาให้เอกชนเข้ามาขายอาหารในโรงเรียน ภารกิจของโรงเรียนคือการเรียนการสอนให้ความรู้แก่นักเรียนมิใช่การขายอาหารเพราะฉะนั้นจึงไม่ใช่สาระสำคัญที่ทำให้การบริการสาธารณะบรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2546) สัญญาให้เช่าที่ส่วนหนึ่งของอาคารเปิดร้านซักผ้าในมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ทำภารกิจคือการเรียนการสอน จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 23/2546) สัญญาให้เช่าที่ราชพัสดุเพื่อตั้งแผงให้เช่าพระเครื่องของชุมชนพระเครื่องนนทบุรี ภารกิจของเทศบาลไม่ใช่การให้เช่าพระเครื่อง จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2547) หรือกรณีสัญญาการจัดซื้อวัสดุต้องพิจารณาวัสดุที่จัดซื้อเป็นวัสดุเฉพาะเจาะจงสำหรับการใช้บริการสาธารณะหรือหาซื้อได้ทั่วไป สัญญาจัดซื้อนาฬิกาปรับเวลาของการสื่อสารฯ วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นนาฬิกาที่หาซื้อได้ทั่วไปในท้องตลาด และไม่ใช่อุปกรณ์สำคัญในการบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2547)

3.2.2 ประเภทของสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

การแบ่งประเภทสัญญาของรัฐทำให้ทราบได้ว่ากฎ ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี หรือกฎหมายใดใช้บังคับแก่สัญญาของรัฐนั้น⁶⁷ เช่น สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุก็อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 สัญญาว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 อย่างไรก็ตาม กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือกฎหมายดังกล่าวนี้ต่างกับกฎหมายที่ใช้บังคับสัญญา ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับในการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาของรัฐ⁶⁸ บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการแสดงเจตนา คำเสนอ คำสนอง การเกิดสัญญา นี้ การระงับแห่งนี้ การบอกเลิกสัญญา อายุความก็ต้องนำมาใช้บังคับกับสัญญา

⁶⁷ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. (2554). สัญญาของรัฐ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด. หน้า 49.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

ของรัฐด้วยเช่นกัน ตั้งแต่ขั้นตอนการเจรจาสัญญา (Negotiations) การยกร่างสัญญา (Contract Drafting) การทำสัญญา (Entering into the Contract) การบริหารสัญญา (Contract Administration) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (Contract Amendment) เบี้ยปรับและความรับผิด (Liquidated Damages and Liability) การบอกเลิกสัญญา (Termination) ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังคงเป็นกฎหมายหลักที่ใช้บังคับแก่สัญญาของรัฐเช่นเดียวกับสัญญาระหว่างภาคเอกชน เพียงแต่การทำสัญญาของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐที่เกี่ยวกับการทำสัญญาของรัฐนั้น สำหรับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอาจแบ่งประเภทของสัญญาได้ ดังนี้

3.2.2.1 สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ (Procurement Contract)

สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ⁶⁹ หมายถึง สัญญาเกี่ยวกับการซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน แลกเปลี่ยน หรือการเช่า ซึ่งเป็นตามนิยามของคำว่า “การพัสดุ” ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยสัญญาประเภทนี้ได้แก่สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง สัญญาจะซื้อจะขายแบบราคาคงที่ไม่จำกัดปริมาณ สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ สัญญาเช่าคอมพิวเตอร์ สัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษาสัญญาจ้างที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงาน หรือสัญญาแลกเปลี่ยน เป็นต้น ซึ่งสัญญาเหล่านี้คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดแบบตัวอย่างสัญญาแนบท้ายระเบียบฯ ไว้แล้ว

3.2.2.2 สัญญาสัมปทาน (Concession Contract)

คำว่า “สัมปทาน” ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายฉบับใดให้นิยามความหมายไว้โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายว่าการอนุญาตที่รัฐให้แก่เอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด เช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง หรือสัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน เป็นต้น ซึ่งลักษณะของสัญญาสัมปทาน⁷⁰ อาจแบ่งได้ ดังนี้

(1) สัญญาสัมปทานตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เป็นกฎหมายกำหนดการผูกขาดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค กิจการเหล่านี้ได้แก่ กิจการรถไฟ รถราง ขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่าย หรือการจำหน่ายก๊าซ โดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ รวมทั้งกิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือ

⁶⁹ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 67. หน้า 50.

⁷⁰ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 67. หน้า 51.

ผลสรุปของประชาชนตามที่จะได้มีพระราชกฤษฎีกาออกมากำหนด กิจการที่ระบุไว้นี้เอกชนสามารถดำเนินการได้หากรัฐอนุญาตหรือให้สัมปทาน⁷¹ รัฐมนตรีจะเป็นผู้ให้สัมปทานกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค การให้สัมปทานตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 นี้ รัฐมนตรีจะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผลสรุปของประชาชน และนอกจากนี้รัฐมนตรีจะแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเงื่อนไขดังกล่าวก็ได้ แต่จะต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร

(2) สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ ถือเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ส่วนใหญ่จะห้ามมิให้บุคคลขุดค้นหรือทำประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐ เช่น รั้งนบก ป่าไม้ แร่ และปิโตรเลียมเป็นทรัพยากรธรรมชาติซึ่งมีกฎหมายเฉพาะควบคุมการขออนุญาตใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาตินั้นได้รับรองจากสหประชาชาติโดยมติของสมัชชาใหญ่ที่ 1803 (XVII) เมื่อ ค.ศ. 1962⁷² สัญญาสัมปทานเหล่านี้จะกำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นๆ เช่น สัญญาให้สิทธิการทำเหมืองแร่ ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 และสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 เป็นต้น

(3) สัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้แก่ สัญญาร่วมลงทุน⁷³ ตามพระราชบัญญัตินี้หมายถึงสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการ⁷⁴ ซึ่งจะให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ⁷⁵ ไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทานหรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับกับการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วย

⁷¹ ข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515.

⁷² ไชยวัฒน์ นูนนาค. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ย์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 85.

⁷³ นิยามคำว่า “ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

⁷⁴ นิยามคำว่า “หน่วยงานเจ้าของโครงการ” หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งจะให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

⁷⁵ นิยามคำว่า “กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย

(2) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

ปีโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ รวมถึงบรรดากิจการของรัฐในเรื่องใดที่มีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนและการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้ว จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้นก็ได้⁷⁶ และร่างสัญญาร่วมลงทุน⁷⁷ ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ นอกจากนี้ หากกิจการของรัฐที่เอกชนได้สิทธิตามพระราชบัญญัตินี้เป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ผู้ได้รับสิทธิก็ต้องดำเนินการตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ด้วยตั้งแต่ขั้นตอนการขออนุญาตและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดโดยรัฐมนตรี⁷⁸

3.2.2.3 สัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turnkey)

สัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จนี้ เป็นสัญญาจ้างซึ่งเนื้องานในสัญญาจ้างได้รวมการสำรวจออกแบบและก่อสร้างโดยผู้รับจ้างรายเดียวกัน ซึ่งการดำเนินการในโครงการ

⁷⁶ มาตรา 7 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่

ในกรณีที่กิจการของรัฐในเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนและการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้ว จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้นก็ได้

⁷⁷ มาตรา 34 ร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 33 ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

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

⁷⁸ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 67. หน้า 53.

ขนาดใหญ่ของรัฐที่ต้องใช้เทคโนโลยีและความชำนาญสูง ซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการขาดแคลน ผู้เชี่ยวชาญที่มีระดับความสามารถที่เหมาะสมเพียงพอ และมักมีการจัดประมูลงานแบบเหมารวม (Lump Sum Turnkey) โดยมีบริษัทที่ปรึกษาเป็นผู้ดำเนินการสำรวจออกแบบเบื้องต้น จัดทำข้อกำหนดรายการและเอกสารประกวดราคา โดยมีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2526 กำหนดให้บริษัทที่ปรึกษาที่เป็นผู้ดำเนินการสำรวจ ออกแบบเบื้องต้น จัดทำข้อกำหนดรายการและเอกสารการประมูล และบริษัทผู้รับเหมาที่เป็นผู้ดำเนินการจะต้องเป็นคนละบริษัทกัน และการจ้างเหมาประกวดราคาแบบเหมารวม (Lump Sum Turnkey) ให้เสนอขออนุมัติ คณะรัฐมนตรีเป็นกรณี ๆ ไป นอกจากนี้ ประเทศไทยได้เคยใช้ประโยชน์สัญญาลักษณะนี้ ในโครงการก่อสร้างโรงงานแยกก๊าซ NPC (National Petrochemical Corporation) และโครงการจัดการบำบัดน้ำเสียในเขตควบคุมมลพิษจังหวัดสมุทรปราการ เป็นต้น ในกรณีนี้หากโครงการใดมีลักษณะการร่วมลงทุนเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้บัญญัติไว้หน่วยงานเจ้าของโครงการก็จะต้องจัดทำร่างสัญญาร่วมลงทุนให้เป็นไปตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย

3.2.2.4 สัญญาของรัฐที่ไม่เกี่ยวกับการพัสดุ (Non Procurement)

สัญญาของรัฐที่หน่วยงานของรัฐ ได้แก่ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชน ทำกับหน่วยงานภาคเอกชนในประเทศและต่างประเทศนั้น ปัจจุบันมีสัญญาของรัฐอีกเป็นจำนวนมากซึ่งไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญาเกี่ยวกับพัสดุ สัญญาสัมปทาน หรือสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เช่น 1) สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาค้ำประกันและหนังสือให้ความยินยอมกองทุนให้กู้ยืมเพื่อการศึกษาของกองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา 2) สัญญาการรับทุน ก.พ. และร่างสัญญาค้ำประกันของสำนักงาน ก.พ. 3) สัญญาแต่งตั้งตัวแทนจำหน่ายสลากกินแบ่งของสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล หรือ 4) สัญญาให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของกรมป่าไม้เพื่อก่อสร้างและบริหารระบบกำจัดขยะ

สัญญาเหล่านี้ไม่ใช่สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และไม่มีระเบียบและหลักเกณฑ์ใดโดยเฉพาะมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว ดังนั้น การทำสัญญาในส่วนนี้จึงต้องให้สอดคล้องกับหลักการจัดทำสัญญาทั่วไปของทางราชการและจะต้องมิให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ⁷⁹

⁷⁹ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 67. หน้า 60.

3.2.3 มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

3.2.3.1 มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547

ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ได้วางหลักเกณฑ์การทำสัญญาดังกล่าวไว้ ดังนี้

“1. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

2. สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น

3. ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา”

และเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2547 คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาทบทวนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน และเห็นชอบตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเสนอว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำ “สัญญาสัมปทาน” เท่านั้น และให้แจ้งย้ำให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ทราบอย่างชัดเจน และสามารถปฏิบัติได้อย่างถูกต้องตรงกันต่อไป⁸⁰

3.2.3.2 มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552

ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ได้วางหลักเกณฑ์การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไว้ว่า ปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่างๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงเห็นควรให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ 1 จากเดิมว่า “1. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง

⁸⁰ หนังสือเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0504/ว 108 ลงวันที่ 6 พฤษภาคม 2547 เรื่อง มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน.

จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะกรรมการพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” เป็น “1. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะกรรมการพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”⁸¹

3.2.4 รูปแบบการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นนอกจากศาลในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายไทย

3.2.4.1 อนุญาโตตุลาการ

ประเทศไทยได้ปรากฏหลักฐานทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการฉบับแรกในสมัยกรุงศรีอยุธยาตามพระไอยการลักษณะตราการจุลศักราช 1068⁸² และยังปรากฏตลอดมาในกฎหมายตราสามดวง พระราชบัญญัติกระบวนการความแพ่ง ร.ศ. 115 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 เป็นลำดับ ต่อมาเมื่อประชาชนเริ่มมีความนิยมในการเลือกระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนอกศาลมากขึ้น เนื่องจากเป็นวิธีที่สามารถแก้ไขข้อขัดแย้งได้โดยสะดวก รวดเร็ว ไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาในลักษณะประนีประนอมอีกด้วย ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอยู่หลายฉบับ เช่น The Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards 1927 และ New York Convention 1958 เป็นต้น แต่ยังมีไม่มีบทบัญญัติกฎหมายภายในรองรับอย่างเป็นทางการ⁸³ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้น เมื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ประกาศบังคับใช้เป็นผลทำให้ความนิยมในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีมากขึ้น ซึ่งรวมถึงการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย ดังจะเห็นได้จากกรณีที่รัฐบาลได้มีการออกระเบียบ

⁸¹ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะกรรมการ ค่วนที่สุด ที่ นร 0506/ว 155 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน.

⁸² เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2554). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21-22.

⁸³ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้.

สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการไว้ในแบบสัญญาจ้างทำยาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ใน ข้อ 21 ว่า

“ข้อ 21 กรณีพิพาทและอนุญาตตุลาการ

21.1 ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญานี้ หรือเกี่ยวกับการปฏิบัติสัญญานี้ และคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด

21.2 เว้นแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเห็นพ้องกันให้อนุญาตตุลาการคนเดียวเป็นผู้ชี้ขาด การระงับข้อพิพาทให้กระทำโดยอนุญาตตุลาการ 2 คน โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะทำหนังสือแสดงเจตนาจะให้มีอนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทและระบุชื่ออนุญาตตุลาการคนที่ตนแต่งตั้งส่งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จากนั้นภายในระยะเวลา 30 วัน นับถัดจากวันที่ได้รับแจ้งดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับแจ้งจะต้องแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนที่สอง ถ้าอนุญาตตุลาการทั้งสองคนดังกล่าวไม่สามารถประนีประนอมระงับข้อพิพาทนั้นได้ให้อนุญาตตุลาการทั้งสองคนร่วมกันแต่งตั้งอนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับจากวันที่ไม่สามารถตกลงกัน ผู้ชี้ขาดดังกล่าวจะพิจารณาระงับข้อพิพาทต่อไป กระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการให้ถือตามข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมโดยอนุโลม หรือตามข้อบังคับอื่นที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นชอบ และให้กระทำในกรุงเทพมหานคร โดยใช้ภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษเป็นภาษาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

21.3 ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายตนหรือในกรณีที่อนุญาตตุลาการทั้งสองคนไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งอนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดได้ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิร้องขอต่อศาลแพ่งเพื่อแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหรืออนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดได้แล้วแต่กรณี

21.4 คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการหรือของอนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณีให้ถือเป็นเด็ดขาดและถึงที่สุดผูกพันคู่สัญญา

21.5 คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นผู้รับภาระค่าธรรมเนียมอนุญาตตุลาการฝ่ายตนและออกค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายละครั้ง ในกรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียวหรือมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดให้อนุญาตตุลาการหรืออนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดเป็นผู้กำหนดภาระค่าธรรมเนียมอนุญาตตุลาการคนเดียวหรือภาระค่าธรรมเนียมอนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดคนเดียว แล้วแต่กรณี”

ต่อมา หลังจากที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาระยะหนึ่งแล้วพบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวในบางมาตรายังมีปัญหาความไม่ชัดเจนหรือไม่มีความละเอียดเพียงพอ อีกทั้งบทบัญญัติบางส่วนก็ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากนัก โดยเฉพาะในส่วนที่ศาลยังคงมีบทบาทค่อนข้างสูงในการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงแนวโน้มของนานาประเทศในโลกที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการกันทั้งสิ้น ซึ่งมีลักษณะส่วนใหญ่คล้ายคลึงกับกฎหมายแม่บทว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on international Trade Law – UNCITRAL) องค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1985 (กฎหมายแม่บทซึ่งมีขึ้นเพื่อเป็นกฎหมายตัวอย่างสำหรับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ) เนื่องจากได้รับแบบอย่างในการร่างจากกฎหมายดังกล่าว และพยายามให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สอดคล้องหรือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แม้กระทั่งประเทศที่มีความเจริญทางการค้าและกฎหมายก็ยังมีมีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการเช่นกัน เช่น อังกฤษ เยอรมนี และนิวซีแลนด์ และประเทศต่าง ๆ ในทวีปเอเชียก็มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการเช่นกัน เช่น สิงคโปร์ และอินเดีย โดยใช้แนวทางของกฎหมายแม่แบบฯ ทั้งนี้ ก็เพื่อดึงดูดให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากขึ้นในประเทศของตน⁸⁴ ประกอบกับแนวคิดเกี่ยวกับการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเริ่มมีปัญหาคើขึ้น เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อกฎหมายดังกล่าวได้มีการแยกสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง ซึ่งปัญหาคือกรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองคู่สัญญาจะสามารถนำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาบังคับใช้ได้หรือไม่ ดังนั้น กระทรวงยุติธรรมจึงได้ดำเนินการให้มีการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่ โดยได้รับแบบอย่างส่วนใหญ่จากกฎหมายแม่แบบฯ ดังกล่าว และมีบางส่วนได้รับแบบอย่างจากกฎหมายของบางประเทศ แต่ในบางส่วนก็เป็นบทบัญญัติที่มีอยู่ในกฎหมายเดิม จึงได้ตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

⁸⁴ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2545). พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ทางแก้ไขใหม่ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย?. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 32. ฉบับที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 2-3.

พ.ศ. 2545⁸⁵ ขึ้นใช้บังคับ และเป็นที่ยุติแล้วว่าในเรื่องของการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ ดังปรากฏตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งบัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

โดยที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับอนุญาโตตุลาการนอกศาล⁸⁶ ทั้งกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในต่างประเทศ⁸⁷ อันเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น คู่กรณี อนุญาโตตุลาการ และศาล โดยไม่ต้องแบ่งแยกระหว่างการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และระหว่างประเทศ เพราะในทุกกรณีจะใช้บทบัญญัติเดียวกัน และยังให้ความสำคัญกับสัญญาของคู่กรณีมากขึ้น เป็นการแสดงถึงสภาพของอนุญาโตตุลาการที่เป็นไปตามหลักของสัญญามากกว่าด้านอื่น เช่น วิธีพิจารณา หรืออำนาจของรัฐ กล่าวคือ ให้โอกาสคู่กรณีที่จะตกลงกันกำหนดรายละเอียดต่างๆ ในอนุญาโตตุลาการได้อย่างชัดเจนมากขึ้นกว่ากฎหมายฉบับเดิม เช่น การตกลงกันกำหนดสถานที่ที่ใช้ในอนุญาโตตุลาการ⁸⁸ ภาษาที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่ใช้บังคับกับอนุญาโตตุลาการ⁸⁹ ซึ่งเป็นประโยชน์ถ้าคู่กรณีมีสัญชาติที่แตกต่างกัน และใช้ภาษาต่างกันและสามารถตกลงกันกำหนดรายละเอียดของการพิจารณาได้ โดยมักใช้ถ้อยคำว่า “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจ” ดำเนินการ

⁸⁵ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมน้อยอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาชาติ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นศาลอีกทางหนึ่ง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้.

⁸⁶ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 4.

⁸⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 41.

⁸⁸ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 26.

⁸⁹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 34.

บางอย่าง เช่น การกำหนดว่าจะสืบพยานด้วยวาจา หรือเป็นหนังสือ⁹⁰ การยุติกระบวนการพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามกฎหมายและอื่นๆ⁹¹ การตั้งผู้เชี่ยวชาญ⁹² นอกจากนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังมีลักษณะความเป็นสากลมากขึ้น⁹³ กล่าวคือ บทบาทของศาลต่อการอนุญาโตตุลาการนั้นลดลงจากกฎหมายเดิม เช่น ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลเข้าไปช่วยเหลือในการขยายระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือให้ศาลบังคับพยานให้สาบานตน แต่ศาลยังคงมีบทบาทต่อการอนุญาโตตุลาการ เฉพาะในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น เช่น การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีปัญหาการให้ความคุ้มครองคู่กรณีก่อน และระหว่างการพิจารณาขออนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหลักการเหล่านี้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบฯ และกฎหมายของอารยประเทศ เพราะนักธุรกิจและนักกฎหมายของประเทศตะวันตกมักไม่ประสงค์จะไปทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศที่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ศาลสามารถเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการมากจนเกินไปและอาจเป็นการแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในอดีตกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษเคยกำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการอย่างมาก อันเป็นสาเหตุหนึ่งที่นักธุรกิจและนักกฎหมายในซีกโลกตะวันตกไม่นิยมไปทำการอนุญาโตตุลาการที่อังกฤษแต่ไปที่ประเทศอื่นๆ เช่น ฝรั่งเศส จึงทำให้อังกฤษต้องแก้กฎหมายอนุญาโตตุลาการใหม่ซึ่งลดบทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการลงให้น้อยกว่าเดิม⁹⁴ และกฎหมายนี้ยังเป็นการแก้ไขปัญหาที่เคยมีมาในอดีต เช่น การให้อำนาจอนุญาโตตุลาการตัดสินใจเรื่องเขตอำนาจของตนในกรณีที่มีการโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทไม่ว่าด้วยเหตุผลประการใด การแยกข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักการให้ความคุ้มครองคู่กรณีก่อนการพิจารณา และการกำหนดความคุ้มครองและความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันมีสาระสำคัญแบ่งออกได้ ดังนี้

⁹⁰ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 30.

⁹¹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 31.

⁹² พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 32.

⁹³ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2554). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 27.

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

(1) บททั่วไป

เป็นบทบัญญัติเริ่มต้นของพระราชบัญญัตินี้มีจำนวน 10 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 10 โดยเริ่มจากชื่อของกฎหมาย วันใช้บังคับ คำนิยาม วิธีการส่งเอกสาร และการสูญเสียสิทธิในการคัดค้านของคู่กรณี (ซึ่งทั้งการส่งเอกสาร และการสูญเสียสิทธินี้เป็นบทบัญญัติใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อนในกฎหมายเดิม) ศาลที่มีเขตอำนาจ และมาตรการรักษาการซึ่งแสดงถึงผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม โดยกฎหมายในส่วนที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากหลักของกฎหมายเดิม คือศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งนอกจากที่ในกฎหมายเดิมอยู่ในหมวดคำชี้ขาด และการบังคับตามคำชี้ขาดโดยเปลี่ยนศาลที่มีเขตอำนาจ กล่าวคือ ตามกฎหมายเดิม คือ ศาลที่คู่กรณีตกลงกันให้มีเขตอำนาจศาลที่มีเขตอำนาจ กล่าวคือ ตามกฎหมายเดิม คือ ศาลที่คู่กรณีตกลงกันให้มีเขตอำนาจศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขต ศาลที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งเสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁹⁵ แต่ในกฎหมายใหม่นี้ได้ตัดศาลที่คู่กรณีตกลงกันออกไป โดยเปลี่ยนเป็นศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศภาค แต่ศาลที่เขตอำนาจในกรณีอื่นๆ ยังคงเหมือนเดิม⁹⁶ นอกจากนั้นมีบทบัญญัติเพิ่มขึ้นในบางเรื่องซึ่งไม่เคยมีมาก่อน คือ การส่งเอกสาร และการสูญเสียสิทธิในการคัดค้านของคู่กรณี

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการ

เป็นบทบัญญัติในหมวด 1 มีจำนวน 6 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 11 ถึงมาตรา 16 โดยมาตรา 11 ได้กำหนดนิยามคำว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาทซึ่งยังคงมีหลักการเช่นเดิม คือ การอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นโดยสัญญา กล่าวคือ มีการตกลงกันด้วยใจสมัครที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีโดยการอนุญาโตตุลาการมิใช่เกิดจากความประสงค์ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวที่จะสามารถบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามได้ และเมื่อมีการตกลงกันแล้วก็ต้องผูกพันที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่ในบทบัญญัติของกฎหมายใหม่นี้บางส่วนของที่เพิ่มมากขึ้นกว่ากฎหมายเดิม โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยามและหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทที่อาจทำสัญญาอนุญาโตตุลาการและการให้ความคุ้มครองคู่กรณีซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในเรื่องข้อพิพาทและการให้ความคุ้มครองนี้เป็นส่วนที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากไม่มีในกฎหมายเดิม

⁹⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530. มาตรา 25.

⁹⁶ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 9.

ในส่วนแรกของหมวดนี้นั้นเป็นเรื่องคำนิยาม และหลักฐานของสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งในส่วนนี้มีหลักการใหม่อันแตกต่างจากเดิมที่ต้องการเพียงหลักฐานเป็นหนังสือโดยไม่จำเป็นต้องมีลายชื่อของคู่สัญญาแต่อย่างใด แต่กฎหมายใหม่นี้วางหลักเกณฑ์ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคู่สัญญา เว้นแต่มีหลักฐานบางอย่างที่ไม่จำเป็นต้องมีลายมือชื่อตามปกติ หรืออาจมีลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์⁹⁷ ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับทางปฏิบัติของการทำธุรกรรมทางพาณิชย์สมัยใหม่ที่อาจทำสัญญาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ หรือมีการกล่าวอ้างถึงสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาอื่นที่มีหลักฐานแล้วก็ใช้ได้

สำหรับการบังคับตามสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นส่วนใหญ่ยังมีหลักการเหมือนเดิม คือ หากมีการฟ้องคดีโดยฝ่าฝืนสัญญาอนุญาตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อคัดค้านอำนาจศาล และให้ศาลสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการก่อน แต่มีความเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายเดิม คือ เรื่องกำหนดเวลาที่ฝ่ายที่คัดค้านต้องร้องขอต่อศาล คือ เดิมให้คู่กรณีฝ่ายนั้นมีระยะเวลาที่คัดค้านได้นานกว่าเพราะสามารถต้องขอต่อศาลได้ก่อนวันสืบพยาน หรือก่อนมีคำพิพากษาในกรณีที่ไม่มี การสืบพยาน⁹⁸ ซึ่งให้เวลาก่อนข้างมากแต่ในกฎหมายใหม่กำหนดให้คู่กรณีต้องยื่นคำร้องตั้งแต่ช่วงแรกที่เข้าไปสู่กระบวนการฟ้องคดีต่อศาล คือ ให้ยื่นไม่ช้ากว่าวันยื่นคำร้องตั้งแต่ช่วงแรกที่เข้าไปสู่กระบวนการฟ้องคดีต่อศาล คือ ให้ยื่นไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การ หรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย⁹⁹ ซึ่งเป็นการเร่งรัดให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการบังคับตามสัญญาอนุญาตตุลาการต้องใช้สิทธิตามสัญญาโดยการแสดงความสนใจ และรักษาสิทธิของตนตั้งแต่โอกาสแรกที่สามารถต่อสู้คดีได้นอกจากนั้นยังมีการเพิ่มเติมว่าในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลคู่สัญญาอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาตตุลาการไปได้ หรือคณะอนุญาตุลาการอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดได้¹⁰⁰ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของประเทศไทยที่หากมีการฟ้องคดีต่อศาลแม้จะมีการคัดค้านการฟ้องคดี แต่ในบางครั้งคู่กรณี หรืออนุญาตุลาการจะไม่สามารถดำเนินกระบวนการทางอนุญาตตุลาการต่อไปได้

นอกจากหลักการต่าง ๆ ดังกล่าวแล้ว ก็มีการเพิ่มหลักการใหม่ในเรื่องของสัญญาอนุญาตตุลาการ คือ ข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถเสนอต่ออนุญาตุลาการได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่เคยมีปัญหา โดยบัญญัติเพิ่มเติมว่าข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาระหว่างปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจ

⁹⁷ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 11 วรรค 2.

⁹⁸ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530. มาตรา 10.

⁹⁹ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 14 .

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 14 วรรค 2

ตกลงให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาตตุลาการมีผลผูกพันคู่สัญญา¹⁰¹ ซึ่งเป็นการขจัดข้อสงสัยในอดีตว่า ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองนั้นสามารถให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดได้หรือไม่ แม้ว่าในทางปฏิบัติจะมีอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทดังกล่าวที่สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมอยู่เสมอก็ตาม

อย่างไรก็ตามอาจมีปัญหาในการตีความว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งจะมีความสัมพันธ์กับศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามสัญญา หรือให้ความช่วยเหลือในการอนุญาตตุลาการ เช่น ในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ การบังคับตามสัญญาอนุญาตตุลาการ การให้ความคุ้มครองคุ้มครองกรณีในช่วงก่อน หรือระหว่างการพิจารณา และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากเป็นคดีที่ศาลปกครองมีเขตอำนาจ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (4) แต่ถ้าไม่ใช่คดีในทางปกครองก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

กรณีที่มีปัญหาการตีความว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ก็เพราะยังมีความไม่ชัดเจนว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นอย่างไร ถึงแม้จะมีความพยายามของนักกฎหมายมหาชนที่จะอธิบายว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองก็ตาม เช่น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญานั้นต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ เป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งคือการบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวนี้ส่วนใหญ่ก็เป็นสิ่งที่เข้าใจได้สำหรับนักกฎหมายทั่วไป หรือบุคคลทั่วไปแต่ก็ยังมีบางส่วนที่เข้าใจได้ยาก ปกครองซึ่งคือการบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวนี้ส่วนใหญ่ก็เป็นสิ่งที่เข้าใจได้สำหรับนักกฎหมายทั่วไป หรือบุคคลทั่วไปแต่ก็ยังมีบางส่วนที่เข้าใจได้ยากสำหรับบุคคลที่ไม่ใช่ นักกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินการทางปกครอง

¹⁰¹ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 15.

ประการสุดท้ายในเรื่องของสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นมีบทบัญญัติว่าคู่สัญญาอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ช่วยเหลือโดยให้มีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือในขณะดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้¹⁰²

(3) คณะอนุญาตตุลาการ

เป็นบทบัญญัติในหมวด 2 มีจำนวน 7 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 17 ถึงมาตรา 23 โดยกำหนดให้องค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่ ถ้าจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ให้อนุญาตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาตตุลาการ ถ้าคู่พิพาทไม่สามารถกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการได้ให้มีอนุญาตตุลาการเพียงคนเดียว¹⁰³ วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นเป็นเรื่องที่คู่กรณีหรือคู่พิพาทจะตกลงกันตามสัญญาอนุญาตตุลาการ โดยคู่กรณีหรือคู่พิพาทอาจดำเนินการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้หลายวิธีเช่น การตกลงกันให้สถาบันอนุญาตตุลาการเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ให้คู่กรณีหรือคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ให้ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการ หรือให้บุคคลภายนอกเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการก็ได้ ซึ่งคู่กรณีหรือคู่พิพาทอาจตกลงกันให้ใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งข้างต้นหรือหลายวิธีผสมผสานกันก็ได้¹⁰⁴ อนึ่ง ไม่ว่าจะอนุญาตตุลาการจะถูกแต่งตั้งขึ้นโดยวิธีการใดก็ตาม หากภายหลังการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นตายหรือถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ คู่กรณีหรือคู่พิพาทจะต้องดำเนินการเพื่อให้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นใหม่แทนที่อนุญาตตุลาการผู้นั้น โดยใช้วิธีการแต่งตั้งเช่นเดียวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการผู้นั้น และหากปรากฏว่าอนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งขึ้นนั้นไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือไม่เต็มใจปฏิบัติหน้าที่ หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาอันสมควรคู่กรณีหรือคู่พิพาทก็อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นใหม่แทนอนุญาตตุลาการผู้นั้นได้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการนั้น คุณสมบัติของอนุญาตตุลาการนับว่ามีความสำคัญมาก อนุญาตตุลาการจึงต้องเป็นบุคคลที่มีความอิสระและเป็นกลางเพราะอนุญาตตุลาการมิใช่ตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แม้แต่ฝ่ายที่แต่งตั้งตนให้ทำหน้าที่ดังกล่าว¹⁰⁵ แต่ในทางปฏิบัติแล้วคู่กรณีหรืออนุญาตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งขึ้นอาจเข้าใจบทบาทของอนุญาตตุลาการคลาดเคลื่อนไปโดยคิดว่าเมื่อคู่กรณีแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาแล้ว อนุญาตตุลาการก็ควรทำหน้าที่

¹⁰² พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 16.

¹⁰³ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 17.

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 18.

¹⁰⁵ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 84. หน้า 79.

อย่างเคียวกับการเป็นที่ปรึกษาหรือทนายความของคู่กรณีเพื่อคอยปกป้องประโยชน์ให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตนเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการ¹⁰⁶ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็จะทำให้การชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการเสียความยุติธรรม

นอกจากคุณสมบัติในเรื่องความเป็นอิสระเป็นกลางดังที่กล่าวข้างต้นแล้ว คู่กรณียังอาจร่วมกันกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ด้วย เช่น คู่กรณีอาจตกลงกันว่าผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาจ้างก่อสร้างทำถนนของทางราชการจะต้องเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญด้านวิศวกรรมโยธา เป็นต้น

(4) อำนาจของอนุญาโตตุลาการ

เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 มีเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 24 ซึ่งเป็นหลักการใหม่ โดยกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเองได้ และข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้ และแม้อนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ยังสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่เขตอำนาจให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวได้ แต่อนุญาโตตุลาการก็อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาของตนต่อไป และทำคำชี้ขาดได้โดยบัญญัติว่า “คณะอนุญาโตตุลาการอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ”

การคัดค้านอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทใดจะต้องถูกยกขึ้นว่ากล่าวไม่ช้ากว่าวันยื่นคำคัดค้านต่อผู้ในประเด็นข้อพิพาท และคู่พิพาทจะไม่ถูกตัดสิทธิที่จะคัดค้านเพราะเหตุที่คู่พิพาทนั้นได้ตั้งหรือมีส่วนร่วมในการตั้งอนุญาโตตุลาการ และในการคัดค้านว่าคณะอนุญาโตตุลาการกระทำการเกินขอบเขตอำนาจ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องยกขึ้นว่ากล่าวในทันทีที่เรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเว้นแต่ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่ากรณีที่ล่าช้านั้นมีเหตุสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจอนุญาตให้คู่พิพาทยกขึ้นว่ากล่าวภายหลังระยะเวลาที่กำหนดไว้ก็ได้

คณะอนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนโดยการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาเรื่องใด คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีขอบเขตให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำชี้ขาดเบื้องต้นนั้น

¹⁰⁶ อนันต์ จันทร์ โอภากร. (2536). กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 89.

และในขณะที่คำต้องยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และทำคำชี้ขาดต่อไปได้

บทบัญญัตินี้เป็นการวางหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจของตนอันเป็นการตัดปัญหาข้อถกเถียงซึ่งมีในอดีตว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินเรื่องเขตอำนาจของตนหรือไม่ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจตัดสินชี้ขาดพิพาทไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ เช่น ไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคู่กรณีไม่ได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง และข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในสมัยเดิมนั้นมีความเห็นแบ่งได้เป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจตัดสินชี้ขาดปัญหาดังกล่าวเพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในปัญหาดังกล่าว แต่ต้องให้ศาลเป็นผู้ตัดสิน ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หากเป็นเรื่องที่ถกเถียงกัน ในชั้นพิจารณาของตัดสินชี้ขาดปัญหาดังกล่าว เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในปัญหาดังกล่าว แต่ต้องให้ศาลเป็นผู้ตัดสิน ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หากเป็นเรื่องที่ถกเถียงกัน ในชั้นพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการควรเป็นผู้ตัดสินปัญหาดังกล่าว เพราะมิฉะนั้นจะเป็นช่องทางให้คู่กรณีประวิงคดีหรือถ่วงเวลาของอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจจึงควรให้อนุญาโตตุลาการตัดสินปัญหาดังกล่าวได้เองและไม่จำเป็นที่อนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินว่าตนมีอำนาจเสมอไป

นอกจากนั้นยังวางหลักว่าสามารถแยกข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักได้ ซึ่งเป็นการขจัดปัญหาในอดีตอีกเช่นกัน ซึ่งแต่เดิมเคยมีปัญหาว่าหากมีการอ้างว่าหากสัญญาหลัก เช่น สัญญาซื้อขายซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วยนั้นเป็น โฆษะ หรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุผลใดๆ จะทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาหลักเป็น โฆษะ หรือใช้บังคับไม่ได้ไปด้วยหรือไม่ และมีความเห็นสองฝ่ายเช่นกัน โดยความเห็นหนึ่งว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้หากสัญญาหลักเป็น โฆษะ หรือใช้บังคับไม่ได้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการก็จะ โฆษะ หรือใช้บังคับไม่ได้ไปด้วย และจะทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทส่วนอีกความเห็นหนึ่งว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้หากสัญญาหลักเป็น โฆษะ หรือใช้บังคับไม่ได้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการก็จะ เป็น โฆษะ หรือใช้บังคับไม่ได้ไปด้วย และจึงทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทส่วนอีกความเห็นหนึ่งว่า สามารถแยกข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักได้ แม้สัญญาหลักจะเป็น โฆษะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หากไม่มีเหตุอันทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็น โฆษะ หรือใช้บังคับไม่ได้หากไม่มีเหตุอันทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการการย่อมมีอำนาจพิจารณาชี้ขาด

ข้อพิพาทได้แม้มีข้ออ้างว่าไม่มีสัญญาหลักก็ตาม ซึ่งก็จะทำให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาว่าสัญญาหลักใช้บังคับได้ หรือไม่ได้

อย่างไรก็ตาม แม้คณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ในการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ยังสามารถโต้แย้งการตัดสินใจดังกล่าวได้โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่เขตอำนาจใช้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวนั้นได้ แต่ออนุญาโตตุลาการก็อาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาของตนต่อไป และทำคำชี้ขาดได้ในขณะที่มีการโต้แย้งคำตัดสินของตนในศาลก็ตาม การบัญญัติเช่นนี้เป็นหลักการที่ถูกต้องที่อนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจของตนหากคู่กรณีคัดค้านในขณะที่ตนกำลังดำเนินการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอยู่ เพราะมิฉะนั้นถ้าตนไม่มีอำนาจชี้ขาดแต่ต้องให้ศาลเป็นผู้ตัดสินก็จะเป็นเหตุให้คู่กรณีอ้างเหตุผลดังกล่าวเพื่อประวิงคดี และใช้เวลามากขึ้นหากต้องให้ศาลตัดสินปัญหาดังกล่าว และเคยมีปัญหาในทางปฏิบัติ และบางครั้งก็เป็นเหตุให้ไม่สามารถดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปได้

(5) วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

เป็นบทบัญญัติในหมวด 4 มีจำนวน 9 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 25 ถึงมาตรา 33 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น มักมีลักษณะค่อนข้างยืดหยุ่น ไม่เป็นทางการนักเมื่อเทียบกับการพิจารณาคดีของศาล¹⁰⁷ แต่จะตัดสินตามอำเภอใจไม่ได้เพียงแต่ออนุญาโตตุลาการไม่ต้องผูกติดอยู่กับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดเหมือนศาล เพราะเจตนารมณ์ของการมีอนุญาโตตุลาการคือความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการคดีในศาล¹⁰⁸ และคู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้¹⁰⁹ ซึ่งในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยหลักแล้วอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญ โดยจะต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีหรือคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน รวมทั้งให้โอกาสคู่พิพาทนำสืบพยานหลักฐาน ข้อเสนอ ข้ออ้าง และข้อต่อสู้ของตนได้อย่างเหมาะสมและเพียงพอแก่พฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น¹¹⁰ การทำคำชี้ขาดโดยไม่ฟังคู่กรณีหรือไม่สืบพยานก่อนเท่ากับเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม อย่างไรก็ตาม บางครั้งคู่กรณีอาจตกลงกันว่าไม่จำเป็นต้องมีการสืบพยานบุคคล แต่ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามพยานเอกสารที่ปรากฏในสำนวนก็ได้¹¹¹ โดยอนุญาโตตุลาการย่อมมีดุลพินิจที่จะยอมรับหรือรับฟัง

¹⁰⁷ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 84. หน้า 6.

¹⁰⁸ อนันต์ จันทร์โอภากร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 106. หน้า 11.

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 26.

¹¹⁰ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 25

¹¹¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 93. หน้า 106-107.

พยานหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่พิพาทนำเสนอและการใช้ดุลพินิจในเรื่องนี้ก็ไม่ควรที่จะถูกรื้อฟื้นทบทวนโดยศาล¹¹² การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการได้ทั้งวิธีกล่าวหาและวิธีไต่สวน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงร่วมกันของคู่พิพาทว่าจะให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทโดยวิธีใด หากคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการกระบวนการพิจารณาได้ตามที่เห็นสมควร¹¹³ แต่ก็มีไว้ว่าอนุญาโตตุลาการจะสามารถดำเนินการกระบวนการพิจารณาอย่างไรก็ได้ การดำเนินการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่กรณีหรือคู่พิพาทมิได้ตกลงกันเช่นนี้ ยังคงต้องอยู่ในกรอบของหลักความยุติธรรมในเรื่องการปฏิบัติต่อกันหรือคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน รวมทั้งการรับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายอย่างเหมาะสมและเพียงพอ อันเป็นหลักทั่วไปของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอยู่นั่นเอง ในกรณีที่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามหลักความยุติธรรมหรือมิได้เป็นไปตามข้อตกลงร่วมกันของคู่กรณีหรือคู่พิพาท คู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายที่เสียเปรียบหรือต้องเสียหายเพราะการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่มีขอบของอนุญาโตตุลาการ อาจยื่นคำร้องคัดค้านการปฏิบัติไม่ถูกต้องดังกล่าวได้ แต่หากคู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายที่เสียเปรียบหรือต้องเสียหายเพราะการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบของอนุญาโตตุลาการยังปล่อยให้มีการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่มีขอบนั้นต่อไป โดยไม่ได้คัดค้านการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่มีขอบเช่นนั้นภายในเวลาอันสมควร คู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายนั้นย่อมเสียสิทธิในการคัดค้าน¹¹⁴

(6) คำชี้ขาดและการสิ้นสุดของกระบวนการพิจารณา

เป็นบทบัญญัติในในหมวด 5 มีจำนวน 6 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 34 ถึงมาตรา 39 ซึ่งเป็นการกำหนดรายละเอียดตั้งแต่กฎหมายที่ใช้บังคับข้อพิพาทซึ่งเรื่องนี้เป็นไปตามกฎหมายแม่แบบมาตรา 34 ซึ่งเป็นการขจัดปัญหาในอดีตที่ว่าคู่กรณีจะสามารถตกลงกันกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทได้หรือไม่ โดยให้อนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันกำหนดและถ้ามีการระบุให้ใช้ระบบกฎหมายใดหรือกฎหมายของประเทศใดบังคับหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของระบบกฎหมายหรือของประเทศนั้น ไม่ใช่หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้เป็นการสอดคล้องกับความต้องการของนักกฎหมายและนักธุรกิจในนานาอารยประเทศ เพราะบุคคลเหล่านี้ไม่ประสงค์ที่จะให้ใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งมีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนมากกว่ากฎหมายสารบัญญัติ นอกจากนั้นคู่กรณียังอาจตกลงกันว่าให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่ต้องใช้หลักกฎหมายแต่ให้ใช้หลักสุจริต และความเป็นธรรมในการ

¹¹² เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้ว เชนอร์รถที่ 93. หน้า 108.

¹¹³ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 30.

¹¹⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 31.

พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้ แต่ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับข้อพิพาทให้ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดตามกฎหมายไทยซึ่งก็เหมาะสมแล้วเพราะทำการพิจารณาชี้ขาดพิพาท ในประเทศไทยก็ควรใช้กฎหมายไทยเว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายจึงให้พิจารณา ตามหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะป็นกรณีใด คือ มีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการชี้ขาดหรือไม่กำหนดให้ใช้ หลักสุจริต หรือความเป็นธรรมให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยคำนึงถึงสัญญา และถ้าเป็นเรื่องการค้าก็ต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าในเรื่องที่พิพาทกันนั้นด้วย ในการ ทำคำชี้ขาดคำสั่ง และคำวินิจฉัยในเรื่องใดคณะอนุญาโตตุลาการต้องการตัดสินใจโดยใช้เสียงข้างมาก หากมีอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน แต่ถ้าหากเสียงข้างมากไม่ได้ให้ประธาน คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินแล้วแต่กรณี ซึ่งทำให้ประธานคณะอนุญาโตตุลาการมีเสียง ทั้งหมด 2 เสียงในกรณีที่มีปัญหาต้องชี้ขาดเพราะคะแนนเสียงเท่ากัน คือ ลงคะแนนเสียงครั้งแรก และครั้งต่อมาเมื่อคะแนนเสียงเท่ากัน คือ ลงคะแนนเสียงครั้งแรก และครั้งต่อมาเมื่อคะแนนเสียง เท่ากันก็ต้องลงคะแนนเสียงครั้งที่สองเพื่อตัดสินชี้ขาดในปัญหานั้น ถ้าในระหว่างการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาทตกลงกันเองในข้อพิพาทนั้นที่เรียกว่า ประนีประนอมยอมความ กันเองได้ ก็ให้คณะอนุญาโตตุลาการหยุดพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการหากคู่กรณีร้องขอ และ ให้คำชี้ขาดให้เป็นไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณี ถ้าข้อตกลงนั้นไม่ฝ่าฝืน กฎหมาย และคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้นมีสถานะ และผลเช่นเดียวกับ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกรณีปกติ¹⁵ ซึ่งเป็นหลักการใหม่ และเป็นไปตามมาตรา 30 ของ กฎหมายแม่แบบ และเป็นการสอดคล้องกับทางปฏิบัติของนานาประเทศ

(7) การคัดค้านคำชี้ขาด

เป็นบทบัญญัติในหมวด 6 มีเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 40 กำหนดให้คู่พิพาท ซึ่งไม่พอใจคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ เพิกถอนคำชี้ขาดได้ซึ่งไม่เคยมีมาก่อนในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย โดยแต่เดิมนั้นคู่กรณี ฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทำได้เพียงประการเดียว คือ ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด และขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดนั้น โดยการเพิกถอน คำชี้ขาดนี้เป็นการบัญญัติตามมาตรา 34 แห่งกฎหมายแม่แบบ และมีการใช้กันในกฎหมายของ นานาประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์สำหรับคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้ตามคำชี้ขาดจะได้ทำให้คำชี้ขาดนั้นใช้ บังคับมิได้ หากมีเหตุบกพร่องตามกฎหมาย เพราะมิฉะนั้นคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งอาจนำคำชี้ขาดนั้น ไปบังคับในประเทศใดก็ได้ที่เป็นภาคีสัญญานิวยอร์คไมใช่เฉพาะแต่ในประเทศไทย หากไม่มี

¹⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 36.

การเพิกถอนคำชี้ขาดแล้วอาจจะทำความยุ่งยากให้แก่คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้อย่างมาก แต่ถ้าสามารถดำเนินการเพิกถอนได้เพราะมีความผิดปกติ และศาลสั่งเพิกถอนให้ ก็จะไม่มีความยุ่งยากที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะนำไปบังคับในประเทศใด ๆ เพราะตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (ทำขึ้น ณ กรุงนิวยอร์ก) มาตรา VI(e) ศาลของประเทศภาคีสามารถปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ ถ้าคำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอนแล้วในประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น

ตามบทบัญญัติมาตรา 40 นี้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่เขตอำนาจภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีที่ได้มีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือชี้ขาดเพิ่มเติมก็ให้นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือชี้ขาดเพิ่มเติมแล้วนั้น เพื่อให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้โดยอ้างเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ และหากคู่พิพาทนั้นสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ตามที่กล่าวอ้างศาลก็จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้ เมื่อมีกรณีที่มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลนั้นไม่สามารถเข้าต่อสู่อีกฝ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ หรือเพราะเหตุคำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณามีได้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหากไม่มีการตกลงกัน¹¹⁶ นอกจากนั้น ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้เองโดยคู่พิพาทมิได้ยื่นคำร้องต่อศาลเมื่อศาลเห็นเองว่าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹¹⁷

เหตุที่ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดนี้เป็นเหตุเดียวกับเหตุส่วนใหญ่ที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งก็มีเหตุผลสมควร เพราะเป็นเหตุที่ทำให้คำชี้ขาดบังคับไม่ได้ ถ้าจะให้คู่กรณีให้สิทธิเพิกถอนคำชี้ขาดได้ก็ต้องเป็นเหตุในลักษณะเดียวกัน คือ ถ้าคู่กรณีไม่พอใจ เนื่องจากคำชี้ขาดบกพร่องก็สามารถเลือกดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบตามคำชี้ขาด โดยดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในสองประการ คือ เป็นฝ่ายเริ่มต้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด หรือคัดค้านคำร้องขอของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลที่มีอำนาจเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นแต่ต่างกันตรงที่ต้องรับผิดชอบดำเนินการภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด ในขณะที่การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นสามารถดำเนินการได้ภายใน 3 ปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้

¹¹⁶ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 40 วรรคสาม (1).

¹¹⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 40 วรรคสาม (2).

(8) การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

เป็นบทบัญญัติในหมวด 7 จำนวน 5 มาตรา คือ มาตรา 41 ถึงมาตรา 45 เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเสร็จแล้วคำชี้ขาดย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็ต้องมีการดำเนินการ บังคับตามคำชี้ขาดนั้นต่อองค์กรของรัฐ คือ ศาล บทบัญญัติในหมวดนี้เริ่มตั้งแต่ผลของคำชี้ขาดย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศไทย หรือในต่างประเทศ ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายเดิมที่แบ่งแยกการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศออกจากการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยอยู่กันคนละหมวด และในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาเจนีวา อนุสัญญานิวยอร์ค และอนุสัญญาที่ประเทศไทยจะเป็นภาคีในอนาคตแต่ในปัจจุบันใช้บทบัญญัติเดียวกัน คือ มาตรฐานเดียวกันซึ่งใช้กับคำชี้ขาดทั้งภายในประเทศ และต่างประเทศ และหากเป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศก็ใช้คำชี้ขาดทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นตามสนธิสัญญาฉบับใด ซึ่งก็เหมือนกับทางปฏิบัติของหลายประเทศที่ใช้หลักการการนี้ แต่ก็ยังมีลักษณะเช่นเดียวกันกฎหมายเดิมที่วางหลักว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้นศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น ในกรณีที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นคู่กรณีฝ่ายที่ต้องการให้บังคับตามคำชี้ขาดต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนด 3 ปี¹¹⁸ นับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเดิมที่ให้ดำเนินการภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณี ซึ่งเป็นการให้เวลามากขึ้นกับคู่กรณีที่ประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

อนึ่ง ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น มิใช่แต่เพียงคู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายซึ่งได้ประโยชน์ตามคำชี้ขาดเท่านั้นที่ยื่นคำร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาด คู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายที่จะต้องถูกบังคับตามคำชี้ขาดก็อาจโต้แย้งการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ด้วย โดยจะต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดนั้นไม่สามารถบังคับให้ตนปฏิบัติตามได้เนื่องจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้า โดยขอขบถถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ องค์กรประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเกินขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้การโต้แย้งของคู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายที่จะต้องถูกบังคับ

¹¹⁸ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 41.

ตามคำชี้ขาดจะไม่อาจโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เลย หากคู่กรณีหรือคู่พิพาทฝ่ายซึ่งได้ประโยชน์ตามคำชี้ขาดมิได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ได้กล่าวข้างต้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งวิธีการเช่นนี้เป็นวิธีการที่ค่อนข้างรวดเร็วและได้ประสิทธิผล¹¹⁹ เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัดและไม่มีชั้นตอนที่ยุ่งยาก แต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเสนอหลักฐานของตนต่ออนุญาโตตุลาการได้อย่างเท่าเทียม ซึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทสิ้นสุดลงทันทีโดยคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น หากไม่มีการปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายอาจร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดได้ ซึ่งแม้จะทำให้การระงับข้อพิพาทต้องใช้เวลามากขึ้นก็ตามแต่ก็มักจะใช้เวลาน้อยกว่าการฟ้องคดีต่อศาล อีกทั้งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนี้ยังเหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน¹²⁰ เพราะคู่กรณีหรือคู่พิพาทสามารถเลือกที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ตนมีปัญหาพิพาทอยู่ได้¹²¹ เช่น ตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิศวกรโยธา หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการเหมืองแร่เป็นอนุญาโตตุลาการ

3.2.4.2 คณะกรรมการเจรจาข้อพิพาทตามมติคณะรัฐมนตรี

นอกจากการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนแล้ว ในอดีตประเทศไทยเองก็เคยมีการใช้วิธีการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนด้วยเช่นกัน ดังปรากฏในเรื่อง สารบรรดิษฐ์ จอยเวนเจอร์ ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมในกรณีก่อสร้างสะพานสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในขณะนั้น ได้มีข้อสังเกตในเรื่องดังกล่าวเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของ ฯพณฯ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลด้วยว่า “การพิจารณาโดยระบบอนุญาโตตุลาการนั้น หากได้บุคคลที่ไม่เหมาะสมแล้วอาจเสี่ยงต่อความเสียหายโดยไม่ควรก็ได้ ประกอบกับการจัดให้มีการเจรจาที่กระทรวงมหาดไทยดำเนินการมานั้นยังมิได้มีการเจรจาในรายละเอียดกันแต่อย่างใด ดังนั้น หากจะได้มีการเจรจากันโดยจริงจังอีกครั้งหนึ่งก็เป็นการสมควรอยู่ และอาจรวดเร็วและประหยัดเงินของรัฐมากกว่าการให้ดำเนินการโดยระบบอนุญาโตตุลาการก็ได้ และจะเป็นการสอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีที่มีในเรื่องนี้มาแต่เดิมที่ต้องการให้ยุติเรื่องด้วยการเจรจา โดยเหตุนี้ หาก ฯพณฯ นายกรัฐมนตรีได้พิจารณาเห็นสมควรให้มีการดำเนินการตามข้อเสนอของผู้ร้องทุกข์ (สารบรรดิษฐ์ จอยเวนเจอร์) ครั้งหลังนี้แล้ว ก็อาจรอการสั่งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

¹¹⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 84. หน้า 5.

¹²⁰ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 84. หน้า 10.

¹²¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 84. หน้า 11.

ฝ่ายกรมโยธาธิการนั้นไว้ก่อนและสั่งการให้มีการเจรจาระหว่างกรมโยธาธิการกับผู้ร้องทุกข์
 อย่างเป็นทางการต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การเจรจาในครั้งนี้ได้ผลอย่างจริงจัง สมควรที่
 ๗๗ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลจะได้แต่งตั้งคณะทำงานฝ่ายรัฐบาลขึ้นจากบุคคล
 ในระดับสูงของรัฐบาล และมีความเป็นกลาง โดยให้ประกอบด้วยบุคคลผู้มีความรู้ในด้านการคลัง
 และงบประมาณของรัฐ วิศวกรรม สถาปัตยกรรม และกฎหมาย และสมควรกำหนดขั้นตอน วิธีการ
 และระยะเวลาดำเนินการของคณะทำงานนี้ไว้ให้ชัดเจน โดยให้คณะทำงานดังกล่าวมีโอกาสอยู่ร่วม
 ในการเจรจาระหว่างกรมโยธาธิการกับผู้ร้องทุกข์กับได้รับข้อเท็จจริงต่างๆ ตามแต่จะประสงค์
 ในการนี้ คณะทำงานดังกล่าวสมควรมีโอกาสให้ข้อสังเกตต่างๆ ประกอบการเจรจาได้ด้วย และเมื่อ
 กรมโยธาธิการและผู้ร้องทุกข์ได้เจรจาลงไปในแต่ละรายการแล้วว่า กรณีใดฝ่ายใดจะยินยอม
 ผ่อนปรนให้แก่กันได้เพียงใด ในชั้นรายงานผลเจรจาของกรมโยธาธิการสมควรให้คณะทำงานชุดนี้
 ทำความเห็นเสนอต่อนายกรัฐมนตรีโดยตรงอีกทางหนึ่ง เพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยของ
 นายกรัฐมนตรีในความเห็นที่กรมโยธาธิการเสนอต่อนายกรัฐมนตรีนั้นด้วย”¹²² และตามหนังสือ
 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0501/ร.1244 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 2528 เรื่อง ขอเสนอ
 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (กรณีสาทรบริดจ์ จอยเวนเจอร์ ขอให้กรมโยธาธิการ
 ตั้งอนุญาโตตุลาการ) เลขธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวว่า
 “หากท่านนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรที่จะให้มีการเจรจาต่อไป ใครเสนอว่า สมควรที่ท่าน
 นายกรัฐมนตรีจะนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบและมีมติในเรื่องนี้ และหากคณะรัฐมนตรี
 เห็นสมควรจะให้มีการเจรจา ก็ควรมีมติจัดตั้ง “คณะกรรมการเจรจา” (มิใช่คณะทำงาน)
 ซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของกระทรวงการคลัง สำนักงานงบประมาณ กระทรวงมหาดไทย
 (กรมอัยการและกรมโยธาธิการ) เพื่อที่จะได้รวบรวมข้อตกลงที่อาจตกลงกันได้พร้อมประเมิน
 ข้อดีข้อเสียของวิถีทางแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้และนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาและลงมติ
 ได้โดยตรง สำหรับการที่จะแต่งตั้งคณะทำงานหรือไม่นั้นเป็นเพียง “วิธีทำงาน” ของคณะกรรมการ
 เสร็จจากคณะนี้เท่านั้น” ต่อมาคณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการระดับสูงเพื่อให้
 มีการเจรจาปัญหาในเรื่องนี้กับผู้ร้องทุกข์ ทั้งนี้ โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นประธาน
 กรรมการ¹²³

¹²² อัคร จารุจินดา. ความรับผิดชอบของรัฐตามสัญญากับเอกชน. วารสารกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการ
 กฤษฎีกา. เล่ม 6 ตอน 1. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เอ. ลีฟวิ่ง จำกัด. หน้า 218 – 270.

¹²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 218 – 270.

3.2.4.3 การประนีประนอมยอมความ

ตามหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.2/ว.64 ลงวันที่ 1 เมษายน 2548 เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความในคดีแพ่ง ซึ่งกระทรวงการคลังได้กำหนดหลักเกณฑ์และให้เหตุผลในการวางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความในคดีแพ่งไว้ว่า “แม้กระทรวงการคลังจะมีหน้าที่เกี่ยวกับการเงินการคลังและกิจการเกี่ยวกับทรัพย์สินของแผ่นดิน ซึ่งการตกลงประนีประนอมยอมความและการถอนฟ้องคดีในชั้นศาล ส่วนราชการผู้เป็นเจ้าของคดีจะต้องหารือกระทรวงการคลังก่อนก็ตาม แต่เนื่องจากในทางปฏิบัติ กระทรวงการคลังจะมีได้เข้าร่วมเป็นคู่ความในคดีด้วยและจะไม่ทราบกระบวนการพิจารณาและฐานะคดีมาตั้งแต่แรก ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินคดีและสอดคล้องกับพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 มาตรา 42 ที่ให้ส่วนราชการที่มีอำนาจออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือประกาศ เพื่อใช้บังคับกับส่วนราชการอื่นปรับปรุงแก้ไข กฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือประกาศ ที่เป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความยุ่งยาก ซ้ำซ้อน หรือความล่าช้า ต่อการปฏิบัติหน้าที่ให้เหมาะสม เพื่อให้การปฏิบัติราชการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความสะดวกรวดเร็ว ตลอดจนนโยบายของรัฐบาลที่ต้องการลดกระบวนการหรือขั้นตอนในการปฏิบัติงานที่ล่าช้าหรือไม่จำเป็น และการกระจายอำนาจให้ผู้ปฏิบัติงาน จึงควรกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความในคดีแพ่งขึ้น โดยให้ส่วนราชการเจ้าของคดีสามารถใช้ดุลพินิจร่วมกับพนักงานอัยการในการพิจารณาเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความสำหรับคดีแพ่งบางประเภทได้ ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. คดีแพ่งที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 2,000,000 บาท ไม่ว่าจะส่วนราชการจะเป็นโจทก์หรือจำเลย หากส่วนราชการเจ้าของคดีและพนักงานอัยการผู้ดำเนินคดีมีความเห็นสอดคล้องเป็นประการใด ให้พิจารณาดำเนินการตามความเห็นดังกล่าวได้ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ และไม่ต้องส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังพิจารณา

2. คดีตามข้อ 1. หากส่วนราชการเจ้าของคดีและพนักงานอัยการผู้ดำเนินคดีมีความเห็นไม่ตรงกัน ให้ส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังเพื่อพิจารณา

3. คดีแพ่งที่มีทุนทรัพย์เกิน 2,000,000 บาท ให้ส่วนราชการเจ้าของคดีส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังเพื่อพิจารณา”

ดังนั้น ปัจจุบันส่วนราชการต่างๆ ในทุกกระทรวง ทบวง กรม จึงสามารถประนีประนอมยอมความในคดีแพ่งในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลได้ตามจำนวนทุนทรัพย์ที่กำหนดไว้ตามหนังสือเวียนกระทรวงการคลัง เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความในคดีแพ่ง ดังกล่าวมาข้างต้น

3.3 การระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties)

การลงทุนระหว่างประเทศถือเป็นแหล่งเงินทุนที่สำคัญและช่วยทำให้เกิดการถ่ายโอนทางเทคโนโลยีสมัยใหม่จากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งและช่วยเสริมสร้างการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุนได้เป็นอย่างดี แต่การลงทุนระหว่างประเทศเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงสูงและจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครอง โดยสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองและปฏิบัติต่อผู้ลงทุนระหว่างประเทศโดยผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับผู้ลงทุนระหว่างประเทศ อันเป็นกระบวนการที่ให้ผู้ลงทุนสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศกรณีและผู้ลงทุนนั้นได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน¹²⁴ ซึ่งในช่วงหลายปีที่ผ่านมาสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนมากจะกำหนดให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ และส่วนใหญ่มีแนวโน้มที่จะใช้การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการลงทุนโดยการอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (ICSID) หรือการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL)¹²⁵ สำหรับประเทศไทยได้เริ่มมีการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1960 และได้ลงนามความตกลงดังกล่าวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศแรกในปี ค.ศ. 1961 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1966 หลังจากนั้นประเทศไทยได้มีการทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ หรือที่เรียกว่าสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties) กับประเทศต่างๆ ซึ่งในปัจจุบันมีจำนวน 42 ฉบับ¹²⁶

¹²⁴ เอกสิทธิ์ จันตะมา. (2556). การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน : ผลกระทบต่อการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของรัฐตามกฎหมายไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. ปีที่ 6 ฉบับที่ 1. พิษณุโลก : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. หน้า 7.

¹²⁵ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (มิถุนายน 2554). หลักความได้สัดส่วนกับการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 40 ฉบับที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 225.

¹²⁶ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยทำกับต่างประเทศ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>.

3.3.1 การคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ (Bilateral Investment Treaty : BIT)

นับตั้งแต่ช่วงปลายทศวรรษ 1980 เป็นต้นมา ปริมาณการลงทุนระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง และเนื่องจากยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองการลงทุนในระดับพหุภาคี ทำให้ประเทศต่างๆ เริ่มมาจัดทำความตกลงทวิภาคีหรือที่เรียกว่าสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty หรือ BIT) เพื่อให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติและดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ¹²⁷ ในปัจจุบันมีความตกลง BIT ระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกมากกว่า 2,000 ฉบับ โดยในการจัดทำความตกลง BIT ที่ผ่านมานั้นมีการจัดทำความตกลงด้วยกัน 2 แนวทาง คือ แนวทางยุโรป (European model) และแนวทางอเมริกาเหนือ (North American model) ซึ่งทั้งสองแนวทางให้การคุ้มครองการลงทุนในลักษณะที่คล้ายกัน ส่วนที่แตกต่างกันก็คือ แนวทางยุโรปจะให้ความคุ้มครองการลงทุนหลังตั้งกิจการเท่านั้น (Post-establishment) ในขณะที่แนวทางอเมริกาเหนือจะรวมถึงการเปิดเสรีเพื่อเข้าสู่ตลาด (Market access) ในช่วงก่อนตั้งกิจการ (Pre-establishment) ด้วย¹²⁸ โดยความตกลง BIT ส่วนใหญ่จะให้ความคุ้มครองการลงทุน จากผู้ลงทุนของประเทศภาคีโดยอัตโนมัติหลังความตกลงนั้นมีผลบังคับใช้แล้ว อย่างไรก็ตาม ในความตกลง BIT บางฉบับ ซึ่งรวมถึงความตกลง BIT ระหว่างไทยกับประเทศต่างๆ จะมีการพิจารณาก่อนการลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจก่อน โดยที่ผ่านมามีประเทศไทยได้ทำความตกลง BIT กับประเทศต่างๆ โดยใช้แนวทางของยุโรปเป็นต้นแบบในการจัดทำความตกลง¹²⁹

โดยทั่วไป ความตกลง BIT จะกำหนดนิยามของการลงทุน (Investment) ที่ให้ความคุ้มครองไว้อย่างกว้างขวาง โดยครอบคลุมถึงการลงทุนเกือบทุกประเภท เช่น ความตกลง BIT ตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 2002 ได้กำหนดนิยามของการลงทุน ไว้ในข้อ 1 ว่า

“(1) คำว่า “การลงทุน” ให้ประกอบด้วยสินทรัพย์ทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งให้รวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะ

¹²⁷ รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการลงทุนและการเปิดเสรีภาคบริการในการเจรจา JTEPA โดย มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) เสนอต่อสำนักงานเจรจาเขตการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น พ.ศ. 2548. หน้า 148.

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 149.

¹²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 149-150.

ก. สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนทรัพย์สินอื่นใด เช่น จำนอง สิทธิ ยึดหน้าวง และจำนำ

ข. หุ่นของบริษัทและผลประโยชน์ชนิดอื่นในบริษัท

ค. สิทธิเรียกร้องให้ชดใช้เงินที่ใช้สำหรับการสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจ หรือสิทธิเรียกร้อง ให้ปฏิบัติตามซึ่งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ

ง. สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร สิทธิบัตรแบบผลิตภัณฑ์ แบบอุตสาหกรรม เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า และความลับทางการค้าและธุรกิจ กระบวนการ ทางเทคนิค ความรู้ความชำนาญ และค่าความนิยม

จ. สัมปทานทางธุรกิจภายใต้กฎหมายมหาชน รวมทั้ง สัมปทานในการค้นหา สกัด และ แสวงประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติ

การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของทรัพย์สินที่นำมาลงทุน จะไม่มีผลกระทบต่อการจัดประเภท ของทรัพย์สินนั้นให้เป็นการลงทุน โดยมีเงื่อนไขว่าการลงทุนที่มีการเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้น ได้รับความเห็นชอบโดยภาคีสัญญาที่เกี่ยวข้อง หากกำหนดไว้เช่นนั้น โดยกฎหมายและข้อบังคับของ ภาคี”

ซึ่งที่ผ่านมาในความตกลง BIT จะให้การคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนของประเทศภาคี โดยอัตโนมัติ และในความตกลง BIT บางฉบับ การลงทุนจะยังไม่ได้รับการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ แต่จะต้องผ่านกระบวนการกลั่นกรองจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายก่อน¹³⁰ เช่น ในความตกลง BIT ของประเทศต่างๆ ในกลุ่มประเทศอาเซียนซึ่งรวมถึงไทย สิงคโปร์ มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ และอินโดนีเซีย สำหรับความตกลง BIT ตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและ คุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 2002 ในข้อ 2 (2) ได้กำหนดไว้ว่า

“สนธิสัญญานี้จะใช้บังคับเฉพาะกับการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบเป็นการเฉพาะเป็น ลายลักษณ์อักษรโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หากกำหนดไว้เช่นนั้น โดยกฎหมายและข้อบังคับของภาคี คู่สัญญานั้น”¹³¹ (*Article 2 Admission, Protection and Treatment of Investment ; (2) The Treaty shall apply only to investments that have been specifically approved in writing by the competent authority, if so required by the laws and regulations of that Contracting Party*)

¹³⁰ รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการลงทุนและการเปิดเสรีภาคบริการในการเจรจา JTEPA . อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127. หน้า 150.

¹³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150 - 151.

3.3.2 การกั้นการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ ตามที่คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2544 เห็นชอบในการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นชอบการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ โดยมีกระทรวงการต่างประเทศเป็นเลขานุการคณะกรรมการฯ และทำหน้าที่ออกใบรับรองให้ความเห็นชอบการลงทุน (Certificate of Admission – C.A.) ซึ่งในการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ผ่านมาจะมีข้อบทระบุนุหลักการไว้ว่า การลงทุนจากประเทศภาคีจะได้รับประโยชน์ตามความตกลงฯ จะต้องเป็นการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบเป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือได้รับใบรับรอง C.A. ก่อนกล่าวคือ ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการออกใบรับรอง C.A. แต่อย่างไรก็ตาม ในการเจรจาความตกลงฯ กับประเทศต่างๆ ประเทศคู่เจรจาทุกประเทศได้แสดงความห่วงกังวลในเรื่องกระบวนการดังกล่าว โดยเห็นว่าเป็นกระบวนการที่เพิ่มขึ้นตอน สร้างความยุ่งยากแก่ ผู้ลงทุนและอาจมองได้ว่าเป็นการจำกัดขอบเขตสิทธิประโยชน์ที่ผู้ลงทุนของประเทศคู่ภาคีจะได้รับจากความตกลงดังกล่าว¹³²

ต่อมา คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2546 และวันที่ 19 สิงหาคม 2546 ให้ความเห็นชอบกับหลักการและการเปลี่ยนชื่อของ “คณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นชอบการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ (Certificate of Admission – C.A.)” เป็น “คณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ (Certificate of Approval for Protection – C.A.P.)” ทั้งนี้ เพื่อมิให้เข้าใจว่าเป็นการพิจารณาควบคุมการอนุญาตการลงทุน นอกจากนี้ ได้เปลี่ยนชื่อ “ใบรับรองการให้ความเห็นชอบการลงทุน” (Certificate of Admission - C.A.) เป็น “ใบรับรองการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุน” (Certificate of Approval for Protection - C.A.P) เพื่อให้สอดคล้องกับภารกิจในการกั้นการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครอง

สำหรับคณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ นั้น มีอำนาจหน้าที่โดยสรุปดังนี้

¹³² หนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ กต 0704/1514 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2546 เรื่อง การพิจารณาให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุน ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ

- กำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่จะได้รับการรับรองให้อยู่ภายใต้ความตกลงเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนกับประเทศต่างๆ

- พิจารณาให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนซึ่งนักลงทุนของประเทศต่าง ๆ ที่ประเทศไทยมีความตกลงเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ยื่นคำขอให้พิจารณาออกใบรับรอง C.A.P

- พิจารณายกเลิกใบรับรอง C.A.P เมื่อความตกลงฯ หมดอายุหรือถูกยกเลิก หรือเมื่อปรากฏว่าการลงทุนดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการออกใบรับรอง หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศ

ในปัจจุบันคณะกรรมการฯ ยังไม่ได้มีการประกาศกำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่จะได้รับการรับรอง¹³³ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติคณะกรรมการฯ ได้ใช้แนวทางในการออกใบรับรองตามข้อ 5 ของประกาศคณะกรรมการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ ที่ กต 0704/1/2546 เรื่อง การให้ความคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลต่างประเทศ ณ วันที่ 22 ตุลาคม 2546 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการฯ พิจารณาออกใบรับรองโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในเรื่องผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ การถ่ายทอดเทคโนโลยีและการวิจัยเพื่อการพัฒนา ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม และการคุ้มครองผู้บริโภค

สำหรับขอบเขตของการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองตามข้อ 4 ของประกาศดังกล่าวนี้ ได้กำหนดให้ถือว่าการลงทุนทางตรงต่อไปนี้ ได้รับการคุ้มครองตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐบาลไทยมีอยู่กับรัฐบาลของประเทศผู้ลงทุน

1) การลงทุนที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี หรืออธิบดี ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

2) การลงทุนที่ได้รับบัตรส่งเสริมจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ตามพระราชบัญญัติการลงทุน พ.ศ. 2520

3) การลงทุนภายใต้สัญญาสัมปทานจากหน่วยงานรัฐ

¹³³ รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการลงทุนและการเปิดเสรีภาคบริการในการเจรจา JTEPA. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 127. หน้า 152.

ทั้งนี้ โดยให้ถือว่าใบอนุญาตจากระทรวงพาณิชย์ หรือบัตรส่งเสริมจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หรือสัญญาสัมปทานจากหน่วยงานรัฐดังกล่าวข้างต้นเป็นใบรับรอง C.A.P. ของการลงทุน และมีผลให้การลงทุนเหล่านี้ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐบาลไทยมีอยู่กับรัฐบาลของประเทศผู้ลงทุนนั้น