

บทที่ 4

วิเคราะห์สภาพปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ทางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่สำคัญวิธีหนึ่งที่นานาประเทศได้ให้การยอมรับและนิยมนำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน เนื่องจากเป็นวิธีการที่สามารถแก้ไขข้อพิพาทข้อขัดแย้งได้สะดวก รวดเร็ว ไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาในลักษณะประนีประนอมอีกด้วย ซึ่งกฎหมายในหลายประเทศต่างยอมรับและให้ความสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้ลงทุนต่างประเทศในกลไกการระงับข้อพิพาทของประเทศผู้รับการลงทุน ด้วยการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนนั้นสามารถกระทำได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อมีข้อพิพาททางสัญญาดังกล่าว คือหน่วยงานของรัฐมักจะเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการและอาจต้องชดใช้เงินให้ฝ่ายเอกชนเป็นจำนวนเงินที่สูง ทำให้รัฐต้องพิจารณาทั้งในแง่เศรษฐกิจและการเมืองเมื่อต้องการให้มีการค้าและการลงทุนจากต่างประเทศแต่ต้องตัดสินใจว่าจะอนุญาโตให้หน่วยงานของรัฐระงับข้อพิพาทของตนกับเอกชนโดยวิธีอนุญาโตตุลาการหรือไม่¹

สำหรับการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น บทบัญญัติมาตรา 15² แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้สนับสนุนให้มีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม แต่เมื่อมีเหตุต้องดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนในกรณีต่างๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐมักจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดิน

¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2553). การอนุญาโตตุลาการกับสัญญาทางปกครอง : ความจำเป็นสำหรับประเทศไทย ? วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 39 ฉบับที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 209.

² มาตรา 15 ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

เป็นจำนวนมาก³ จึงมีการเรียกร้องจากประชาชนและสื่อมวลชนส่วนหนึ่งให้รัฐเลิกใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเนื่องจากเห็นว่ามีข้อเสียเปรียบหากมีการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ⁴ และที่ผ่านมารัฐบาลได้พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน นอกจากนี้ กระทรวงยุติธรรมก็ได้เคยพยายามแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นโดยเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เพื่อยกเลิกการใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือหาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยแนวทางอื่นที่จะไม่กระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนและเป็นวิธีการที่สากลยอมรับ⁵ แต่ฝ่ายนักธุรกิจและนักกฎหมายธุรกิจเห็นว่ายังมีความจำเป็นที่ต้องใช้การอนุญาตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาททั้งหลาย รวมทั้งข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าและการลงทุนระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนแม้จะเป็นเรื่องสัญญาทางปกครองก็ตาม⁶ จึงสมควรศึกษาความเหมาะสมและสภาพปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน รวมทั้งผลกระทบทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นจากการยกเลิกระบบอนุญาตตุลาการ ดังต่อไปนี้

4.1 ความเหมาะสมในการดำเนินวิธีอนุญาตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่าอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีหนึ่ง ที่ช่วยให้ไม่ต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องต่อศาล แต่วิธีการดังกล่าวยังมีข้อโต้แย้งว่าในต่างประเทศจะไม่อนุญาตให้นำมาใช้กับสัญญาทางปกครอง ด้วยเหตุที่ว่าสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดทำบริการสาธารณะจึงไม่สมควรให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับบริการ

³ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สุด ที่ นร 0506/ว 155 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน.

⁴ อรุณ จิรชวาลา. “อนุญาตตุลาการกับสัมปทานรัฐ”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.eng56.com/main/index.php?option=com_content&task=view&id=133&Itemid=37.

⁵ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/13550 ลงวันที่ 4 สิงหาคม 2552. เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

⁶ สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม. (2550) “สรุปประเด็นการอภิปรายและสรุปผลการสัมมนา เรื่อง ปัญหาการใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาทระหว่างภาครัฐและเอกชน”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.oja.go.th.siteresearchwww.oja.go.th/site_research/Lists/newspr/DispForm.aspx?>.

สาธารณชนถูกวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาตั้งขึ้นเอง⁷ ในการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนสำหรับประเทศไทยจำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ และความสอดคล้องกับการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงข้อดีและข้อเสียหากมีการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย ดังต่อไปนี้

4.1.1 ผลกระทบต่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ

ประเทศไทยได้เริ่มเจรจาทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1960 โดยได้ลงนามความตกลงดังกล่าวกับประเทศเยอรมนีเป็นประเทศแรกในปี ค.ศ. 1961 หลังจากนั้นประเทศไทยก็ได้เจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับหลายประเทศเรื่อยมา ปัจจุบันประเทศไทยมีความตกลงดังกล่าวที่ลงนามแล้วจำนวน 42 ฉบับ ซึ่งที่ผ่านมาประเทศไทยได้รับประโยชน์จากเงินลงทุนต่างประเทศในการสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ พัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันทางการค้า และสร้างความเข้มแข็งให้กับระบบเศรษฐกิจและภาคเอกชนไทย ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงถือเป็นกรอบความร่วมมือที่สำคัญที่จะสร้างความมั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย รวมทั้งให้กับนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศว่าการลงทุนของตนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน โดยจะได้รับความคุ้มครองจากการเวนคืน ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และชาติที่ ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง รวมทั้งได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันกับการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนอื่นๆ และสามารถทำธุรกรรมการโอนได้อย่างเสรี ทั้งนี้ หากเกิดปัญหาใดๆ ขึ้น ผู้ลงทุนสามารถฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนผ่านกลไกการอนุญาโตตุลาการได้⁸ นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention 1958)) เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2502 (ค.ศ. 1958) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2503 (ค.ศ. 1959) โดยประเทศภาคีแห่ง

⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2550). อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง : หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 36 ฉบับที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 83.

⁸ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2553). เอกสารประกอบการพิจารณา กรอบการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน. อ.พ. 7/2553 การประชุมร่วมกันของรัฐสภา สมัยสามัญนิติบัญญัติ. หน้า 1-2.

อนุสัญญาฯ แต่ละรัฐผู้ทำสัญญาจะยอมรับนับถือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าเป็นการผูกพัน และใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหลักเกณฑ์แห่งอนุสัญญานี้⁹ ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยผ่านกลไกการอนุญาโตตุลาการ และตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าวไว้

ตามที่ประเทศไทยประสบปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่างๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐซึ่งได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐบาลไทยต้องกำหนดเป็นมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน¹⁰ และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน¹¹ กำหนดว่า “สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอมติคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” นอกจากนี้ กระทรวงยุติธรรมของไทยได้เคยเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..)

⁹ Article III

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.

¹⁰ หนังสือเลขาราชการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0504/ว 108 ลงวันที่ 6 พฤษภาคม 2547 เรื่อง มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน.

¹¹ หนังสือสำนักเลขาราชการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สุด ที่ นร 0506/ว 155 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน.

พ.ศ. เพื่อยกเลิกมาตรา 15¹² แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน¹³ นั้น เห็นว่า ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน แม้ว่ามีได้ห้ามใช้วิธีอนุญาโตตุลาการโดยเด็ดขาด แต่ให้เสนอมติคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป โดยมุ่งหวังให้กระบวนการทำสัญญาของรัฐมีความรอบคอบและรัดกุมมากขึ้นนั้น อย่างไรก็ตาม การเพิ่มข้อห้ามและเงื่อนไขตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยที่สำคัญสองประการ คือ ด้านกฎหมาย และด้านการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทย ดังนี้

4.1.1.1 ด้านกฎหมาย

(1) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจขัดแย้งต่อหลักกฎหมายภายในของประเทศไทย ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องเข้าเป็นคู่สัญญาเนื่องจากได้มีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับบัญญัติให้กรณีข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งใดๆ ซึ่งเกิดจากหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาซึ่งไม่สามารถตกลงกันได้ ให้ดำเนินการระงับโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 53¹⁴ หรือพระราชบัญญัติองค์การร่วมไทย - มาเลเซีย พ.ศ. 2533 มาตรา 17(8)¹⁵ และมีกฎหมายบางฉบับได้บัญญัติว่าอาจใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนด เช่น

¹² มาตรา 15 ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

¹³ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/13550 ลงวันที่ 4 สิงหาคม 2552. เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

¹⁴ มาตรา 53 ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ผู้รับสัมปทานแก้ไข เหตุที่จะสั่งเพิกถอนสัมปทานตามมาตรา 52 และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่า ได้มีการปฏิบัติตามสัมปทานหรือไม่ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ ให้ดำเนินการระงับโดยอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนดในสัมปทาน และในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ หรือไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิหรือประโยชน์ทั้งหมดหรือบางส่วนหรือเพิกถอนสัมปทานได้

¹⁵ มาตรา 17 (8) ข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งใดๆ ซึ่งเกิดจากหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาซึ่งไม่สามารถตกลงกันได้ โดยฉันทมิตร ให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการซึ่งมีองค์คณะที่ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ 3 คน เพื่อชี้ขาดโดยคู่กรณีเป็นผู้ตั้งฝ่ายละหนึ่งคน และให้คู่กรณีร่วมกันตั้งคนที่สาม หากคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ในการเลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สามภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ให้เสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการกฎหมายการค้า

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 201 วรรคหนึ่ง¹⁶ หรือมาตรา 47¹⁷ แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546

(2) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่ไทยมีอยู่ตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ซึ่งประเทศไทยได้เจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่างๆ ปัจจุบันประเทศไทยมีความตกลงดังกล่าวที่ลงนามแล้วจำนวน 42 ฉบับ และที่ผ่านมาประเทศไทยได้รับประโยชน์จากเงินลงทุนต่างประเทศในการสร้างความเจริญเติบโต พัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขัน และสร้างความเข้มแข็งให้กับระบบเศรษฐกิจและภาคเอกชนไทย ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงถือเป็นกรอบความร่วมมือที่สำคัญที่จะสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย รวมทั้งให้กับนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศว่า การลงทุนของตนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน โดยรัฐบาลไทยได้ให้ความยินยอมล่วงหน้าให้นักลงทุนเอกชนสามารถเลือกใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเพื่อฟ้องร้องรัฐหากผิดพันธกรณีตามความตกลงดังกล่าว ในขณะที่ความตกลงฉบับอื่นถึงแม้ว่าจะไม่ได้ระบุความยินยอมล่วงหน้า แต่ก็สามารถตีความได้ว่าประเทศไทยยินยอมให้นักลงทุนเอกชนเลือกใช้วิธีอนุญาโตตุลาการได้ตามที่ประเทศไทยได้เคยมอบสัตยาบันแก่นุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 แล้ว

ระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL) เพื่อตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามกฎของคณะกรรมการดังกล่าว สถานที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้อยู่ที่กรุงเทพมหานครหรือกรุงกัวลาลัมเปอร์ หรือสถานที่อื่นใดตามแต่คู่กรณีจะตกลงกัน

¹⁶ มาตรา 201 ในกรณีที่สมาชิกของตลาดหลักทรัพย์มีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวเนื่องกับการซื้อหรือขายหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ระหว่างสมาชิกด้วยกันเอง หรือระหว่างสมาชิกกับลูกค้าของสมาชิก คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องต่อตลาดหลักทรัพย์เพื่อขอให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

¹⁷ มาตรา 47 เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองลูกค้าและเพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยรวดเร็วและเป็นธรรม ลูกค้าอาจขอให้มีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า โดยอนุญาโตตุลาการซึ่งสำนักงาน ก.ล.ต. จัดให้มีขึ้นได้โดยมีหนังสือแจ้งความประสงค์ไปยังผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และเมื่อผู้ประกอบการสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้รับหนังสือแล้ว ให้ถือว่าทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ข้อพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาตามวรรคหนึ่งนั้น ต้องมีจำนวนทุนทรัพย์ไม่เกินจำนวนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

(3) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจขัดต่อแนวทางตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในหลายฉบับที่ผ่านมา เช่น มาตรา 40 (1) ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติเป็นหลักการว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง และมาตรา 82 ซึ่งบัญญัติให้รัฐบาลจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ได้กระทำไว้กับนานาประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ รวมทั้งต้องส่งเสริมการค้าการลงทุนกับนานาประเทศ ตลอดจนต้อง ให้ความคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของคนไทยในต่างประเทศ

4.1.1.2 ด้านการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทย¹⁸

(1) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจขัดต่อแนวนโยบายในการส่งเสริมการลงทุน ในประเทศไทย เนื่องจากตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมาย หลายฉบับ เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย และให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อจูงใจให้นักลงทุน และนักกฎหมายต่างประเทศเลือกใช้ประเทศไทยเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในภูมิภาค อีกด้วย อัน ได้แก่ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุน พหุภาคี พ.ศ. 2543 พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร

¹⁸ หนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ กต 0703/1743 ลงวันที่ 30 ธันวาคม 2552 เรื่อง การระงับข้อพิพาท โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ.

¹⁹ โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึง ไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจ และสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควร ปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION) ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อ พัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาชาติและส่งเสริมให้มีการใช้ กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลอีกทางหนึ่ง

(ฉบับที่ 374) พ.ศ. 2543²⁰ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 ออกตามความในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521²¹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535²² และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2544²³ เป็นต้น

(2) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในเชิงลบต่อนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีกำหนดว่าไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป ซึ่งการขอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนเป็นรายกรณีนี้ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในนโยบายของรัฐ และเกิดความล่าช้าในการการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเพราะสัญญาที่คณะรัฐมนตรีจะพิจารณาอนุมัติการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการมีจำนวนมาก

(3) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรี เพราะอาจส่งผลให้ประเทศคู่เจรจาปฏิเสธที่จะเจรจากับไทย เนื่องจากข้อบทเรื่องวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นหัวใจสำคัญของความตกลงดังกล่าว

²⁰ กำหนดให้ยกเว้นราชการ “อนุญาโตตุลาการ เฉพาะตราสารคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” เพื่อเป็นการส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ประกอบกับเพื่อให้เป็นแนวทางเดียวกับทางปฏิบัติของนานาอารยประเทศ

²¹ เนื่องจากปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศกำลังได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย สมควรกำหนดยกเว้นให้คนต่างด้าวสามารถปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการรวมถึงว่าต่างแก้ต่างในชั้นอนุญาโตตุลาการได้

²² สำนักนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือที่ นร (กวพ) 1202/ว 116 ลงวันที่ 1 เมษายน 2535 แจ้งเวียนให้ส่วนราชการทราบ ว่า เนื่องจากได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ออกใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2535 ให้กำหนดตัวอย่างสัญญาต่างๆ ตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดขึ้น โดยมีข้อสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ในแบบสัญญาจ้างเป็นข้อ 21 กรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการ

²³ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปในแนวทางเดียวกัน และเพื่อสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการอันจะเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมสนับสนุนการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและเศรษฐกิจของประเทศ

(4) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาคีสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Investment Guarantee Agency - MIGA) ซึ่งจะส่งผลให้ลำดับความน่าเชื่อถือในการลงทุน เพราะมีความเสี่ยงสูงขึ้น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อต้นทุนการผลิตในโครงการลงทุนสูงขึ้น และจะทำให้ให้นักลงทุนต่างประเทศซึ่งเข้ามาประมูลโครงการในไทยโดยเฉพาะโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานเสนอราคาที่สูงขึ้น และในที่สุดจะผลักราคาที่สูงขึ้นให้กับผู้บริโภครวมถึงประชาชนไทย

(5) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว นอกจากจะส่งผลกระทบต่อบรรยากาศการลงทุนในประเทศไทยแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อนักลงทุนไทยในต่างประเทศในการได้รับความคุ้มครองการลงทุนโดยการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเช่นกัน เพราะความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะใช้คุ้มครองนักลงทุนไทยในต่างประเทศด้วย

(6) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจเป็นการจำกัดแหล่งเงินทุนของประเทศไทย เนื่องจากสถาบันการเงินหรือสถาบันเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศมักจะกำหนดเงื่อนไขการมีข้อบทเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาเงินกู้ต่าง ๆ รวมทั้งอาจกระทบต่อกระบวนการจัดหาวัตถุดิบ และจำกัดการเข้าถึงเทคโนโลยีด้วย นอกจากนี้ การห้ามการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ยังอาจกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันของประเทศโดยรวม เพราะการปฏิเสธกระบวนการดังกล่าวจะทำให้การเข้าถึงเทคโนโลยีมีอุปสรรคในหลายกรณี ในขณะที่เดียวกัน ในกรณีที่ผู้ประกอบการยอมรับในเงื่อนไขตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ผู้ประกอบการจะนำความเสี่ยงทางสัญญาที่เพิ่มขึ้นบวกรวมเข้ากับราคาส่งผลให้ราคาสินค้าและบริการสูงขึ้นด้วย นอกจากนี้ แนวโน้มการดำเนินการของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกต่างยอมรับและใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการกันอย่างแพร่หลายมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง การที่ประเทศไทยกำหนดข้อห้ามการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการย่อมขัดต่อกระแสพัฒนาในเวทีระหว่างประเทศในเรื่องนี้ และยังสะท้อนภาพที่ประเทศไทยในฐานะประเทศภาคีของ New York Convention และสมาชิกของ UNCITRAL ซึ่งกำลังปฏิเสธที่จะยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(7) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจทำให้การดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องอนุญาโตตุลาการของรัฐบาลไทยขัดแย้งกับแนวทางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนของนานาชาติ ก่อให้เกิดเป็นอุปสรรคต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจ กีดขวางการลงทุน โดยเฉพาะการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานทำลายความเชื่อมั่นในการลงทุน และเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับโครงการต่าง ๆ ของรัฐ เพราะหากไม่มีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือก เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นจะต้องมีการดำเนินการฟ้องร้องคดีตามกฎหมาย มักจะนำไปสู่ปัญหาการดำเนินคดีในศาล ซึ่งเป็นกระบวนการ

ที่มีค่าใช้จ่ายสูงและไม่มีประสิทธิภาพ และมักจะก่อให้เกิดความเสียหายที่คาดหมายไม่ได้อีกด้วย นอกจากนี้ยังมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศไทย ภายใต้ New York Convention ประเทศภาคีอนุสัญญาผูกพันที่จะยอมรับข้อตกลงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration clause) และต้องให้การบังคับตามคำชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ (Arbitration award)

นอกจากผลกระทบต่อประเทศไทยดังกล่าวข้างต้นแล้ว ได้มีความเห็นเพิ่มเติมของสำนักงานผู้แทนการค้าไทย และนักลงทุนต่างประเทศซึ่งได้ให้มุมมองเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวต่อการลงทุนทางตรงในประเทศไทย ดังนี้

1) สำนักงานผู้แทนการค้าไทย²⁴ เห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะจำกัดแหล่งเงินทุนเนื่องจากสถาบันการเงินหรือสถาบันเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศมักจะกำหนดเงื่อนไขการมีข้อบทเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาเงินกู้ต่าง ๆ รวมทั้งอาจกระทบต่อกระบวนการจัดหาวัตถุดิบและจำกัดการเข้าถึงเทคโนโลยีด้วย นอกจากนี้ การห้ามการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ยังอาจกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันของประเทศโดยรวม เพราะการปฏิเสธกระบวนการดังกล่าวจะทำให้การเข้าถึงเทคโนโลยีมีอุปสรรคในหลายกรณี ในขณะเดียวกัน ในกรณีที่ผู้ประกอบการยอมรับในเงื่อนไขตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ผู้ประกอบการจะนำความเสี่ยงทางสัญญาที่เพิ่มขึ้นโดยรวมเข้ากับราคา ส่งผลให้ราคาสินค้าและบริการสูงขึ้นด้วย นอกจากนี้ แนวโน้มการค้าและการลงทุนของประเทศไทยต่าง ๆ ทั่วโลกต่างยอมรับและใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการกันอย่างแพร่หลายมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง การที่ไทยกำหนดข้อห้ามการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการย่อมขัดต่อกระแสพัฒนาในเวทีระหว่างประเทศในเรื่องนี้ และยังสะท้อนภาพที่ไทยในฐานะประเทศภาคีของ New York Convention และสมาชิกของ UNCITRAL และ ICC ปฏิเสธที่จะยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นเรื่องที่ UNCITRAL และ ICC ความสำคัญเป็นอย่างมาก

2) นักลงทุนต่างประเทศ²⁵ (Mrs. Judy A. Benn, Executive Director, American Chamber of Commerce in Thailand) เห็นว่า ปัญหาในการลงทุนดำเนินธุรกิจในประเทศไทย ในภาพรวม คือ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ขาดกระบวนการที่แสดงถึงความโปร่งใส ที่ส่งผลกระทบต่อ

²⁴ บันทึกข้อความ สำนักงานผู้แทนการค้าไทย ที่ นร (สพท) 0266/2553 ลงวันที่ 10 กันยายน 2553 เรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ.

²⁵ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง มาตรการส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment-FDI) โดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา). หน้า 424.

ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของชาวต่างชาติในประเทศไทย (Foreign Business Act) ในปี 2007 ส่วนของสิทธิการโหวตของผู้ถือหุ้นซึ่งนักธุรกิจชาวอเมริกันจำนวนมากได้มาลงทุนประกอบธุรกิจมากกว่า 20-30 ปี ก่อนที่จะมีการเปลี่ยนกฎหมายและมีผลทำให้บริษัทดังกล่าวเข้าข่ายผิดกฎหมาย ทำให้นักธุรกิจขาดความไว้วางใจในกฎหมายของไทยที่ไม่มีความแน่นอน และเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ทำให้นักธุรกิจชาวอเมริกันไม่ตัดสินใจมาลงทุนสำหรับรายใหม่ และชะลอการลงทุนหรือยุติการลงทุนเพิ่มในประเทศไทยแล้วหันไปพิจารณาประเทศอื่นในอาเซียนแทน เช่น เวียดนาม เป็นต้น นอกจากนี้ การยกเลิกกฎหมายอนุญาตตุลาการสำหรับการลงทุนร่วมระหว่างภาครัฐและเอกชน (Public Private Participation) ซึ่งขัดต่อหลักการสากลและทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและโอกาสกับภาคเอกชนที่ไม่ต้องการขึ้นศาล เป็นต้น

4.1.2 การอนุญาตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้เป็นการวิเคราะห์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายต่างประเทศว่ายินยอมให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อประกอบการพิจารณาถึงความเหมาะสมเกี่ยวกับวิธีระงับข้อพิพาทตามกฎหมายไทย

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา มีลักษณะของสัญญาที่ใกล้เคียงกับลักษณะของสัญญาทางปกครองของไทย แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ 1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract) และ 2) การให้สิทธิในการให้จัดทำบริการสาธารณะ (Public Utilities) โดยหลักรูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการตามที่ Disputes Clause กำหนด ซึ่ง FAR ในหมวด 33.2 กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ตาม The Contract Disputes Act of 1978 (CDA) ที่บัญญัติไว้ใน 41 U.S.C.601-613²⁶ มาปรับใช้สำหรับกระบวนการการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทของคู่สัญญา โดยกระบวนการตาม CDA นี้ เป็นขั้นตอนเริ่มต้นที่คู่สัญญาใช้เพื่อการเจรจาต่อรองก่อนที่จะนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการทางศาล ซึ่งคู่สัญญาสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทได้โดยคู่สัญญาต้องดำเนินการยื่นข้อเรียกร้อง (Claims)²⁷ ของตนเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้รับจ้าง

²⁶ FAR 33.202 and FAR 33.203

²⁷ "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.

ให้ยื่นข้อเรียกร้องต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีคำวินิจฉัยภายในระยะเวลา 6 ปี ภายหลังจากวันที่ได้รับรู้หรือควรได้รู้ถึงเหตุการณ์ที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้รับจ้างหรือรัฐ (accrual of a claim)²⁸ และกระบวนการอุทธรณ์เมื่อไม่พอใจในคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ซึ่งการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตาม CDA นั้นมักจะเกิดปัญหาในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่สูง ความซับซ้อนของข้อเรียกร้อง และความล่าช้าในการขอรับคำตัดสินจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ที่ใช้เวลานานเช่นเดียวกับกระบวนการทางศาลใน Federal Court²⁹ เนื่องจากมีข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาการนำพยานหลักฐานมาแสดงและการโต้แย้งของคู่สัญญาอีกฝ่าย ดังนั้น รัฐบาลกลางจึงสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (Alternative Disputes Resolutions) (“ADR”)³⁰ มาใช้อย่างจริงจัง ดังปรากฏใน FAR หมวด 33.210 ว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีอำนาจที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกสำหรับการพิจารณาวินิจฉัยข้อเรียกร้องได้ คู่กรณีสามารถเลือกวิธีการที่เหมาะสมกับข้อพิพาทมาใช้ เช่น การไกล่เกลี่ย (Mediation) การดำเนินกระบวนการพิจารณาย่อย (Mini-trials) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) โดยผู้ที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นกลาง³¹ อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากการสนับสนุนให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกแล้ว รัฐและเอกชนอาจร่วมกันป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาท ทั้งนี้โดยอาศัยความร่วมมือต่างๆ เช่น การร่วมเป็นหุ้นส่วน (partnering)³² เป็นต้น ซึ่งตามวิธีการนี้คู่กรณีจะจัดให้มีบุคลากรมาทำหน้าที่ดูแล ติดต่อสื่อสาร และประสานงานร่วมกันด้วยความสุจริต ซึ่งนอกจากจะเป็นการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทแล้ว ยังทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของคู่กรณี

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.

²⁸ “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.

²⁹ The ABA Section of Public Contract Law, op. cit., footnote 4, p. 354.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² The ABA Section of Public Contract Law, op. cit., footnote 24, p. 355.

และการฟ้องร้องคดีต่อศาลลดลงอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่า The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 (ADRA) จะกำหนดไว้ชัดเจนถึงอำนาจในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกในวิธีที่เหมาะสมเพื่อใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ในทุกขั้นตอนแม้ขณะที่กำลังดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินในชั้นศาล³³ ก็ตามแต่ในที่สุดแล้วการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่น อันเป็นทางเลือกก็ขึ้นอยู่กับความสมัครใจและความยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐและผู้รับจ้างซึ่งหากคู่กรณีไม่บรรลุซึ่งการตกลงในการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกไม่ว่าโดยเหตุใดคู่กรณีก็สามารถที่จะอุทธรณ์ข้อพิพาทของตนต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สัญญา หรือต่อศาลได้เช่นกัน

สำหรับรูปแบบการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นสามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยกระบวนการดังนี้

1) การวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครอง (Adjudication) เมื่อมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้นและข้อขัดแย้งดังกล่าวนั้นกฎหมายกำหนดว่าจะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาทางปกครอง³⁴ วิธีการในการวินิจฉัยข้อเรียกร้องต่างๆ นั้น โดยหลักหน่วยงานทางปกครอง (administrative agencies) จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ใน Administrative Procedure Act เป็นกระบวนการกึ่งตุลาการ (quasi-judicial process)³⁵ และการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในบันทึก (record) เป็นสำคัญ ซึ่งแต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการตามที่ Administrative Procedure Act ได้กำหนดไว้นั้นเป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำของกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองเท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ใน Administrative Procedure Act ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบาย กฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับ ตลอดจนสิ่งที่ศาลกำหนดให้ต้องดำเนินการ เป็นต้น การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด

³³ ในชั้นการพิจารณาของ The United States Court of Federal Claims ยอมรับการสมัครใจนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกแบบที่ไม่มีผลผูกพันมาใช้ในกรณีที่เหมาะสม ซึ่งกระบวนการดังกล่าวสามารถดำเนินการได้โดยผู้พิพากษาที่ไม่ใช่ผู้ที่พิจารณาตัดสิน (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).

³⁴ 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-

³⁵ David H. Rosenbloom and Rosemary O'Leary, *Public Administration and Law* 2nd ed. (United States of America : Marcel Dekker, Inc., 1996), p. 71.

โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำนอกกรอบของ Administrative Procedure Act โดยทั่วไปเรียกว่า “Informal Adjudications” ซึ่งมักอยู่ภายใต้กระบวนการหรือกฎระเบียบที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดขึ้นเป็นพิเศษ Informal Adjudications มักใช้ดุลพินิจเป็นหลักและไม่มีการพิจารณาทบทวนโดยศาลอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งแตกต่างกับ Formal Adjudications³⁶

2) การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution : ADR)³⁷ นอกจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว Administrative Procedure Act ยังเปิดโอกาสให้สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นอันเป็นทางเลือกได้อีกด้วย โดยขึ้นอยู่กับพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการที่จะเลือกใช้วิธีการใด แต่อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง³⁸ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือกนี้เกิดขึ้นเนื่องจากมีคดีขึ้นสู่ศาลมากและศาลไม่มีทรัพยากรบุคคลที่เพียงพอ จึงเป็นที่นิยมมากในสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน³⁹ โดยผู้ที่ทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นกลาง (neutral) โดยอาจเป็นเจ้าหน้าที่ประจำหรือชั่วคราวของรัฐบาลกลาง หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญาเพื่อให้ทำการระงับข้อพิพาท ซึ่งบุคคลที่เป็นกลางดังกล่าวนี้จะต้องไม่มีตำแหน่งหน้าที่ การเงิน หรือผลประโยชน์ขัดกับประเด็นข้อพิพาท เว้นแต่ได้มีการเปิดเผยผลประโยชน์ดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรให้คู่กรณีทราบก่อนแล้ว⁴⁰ และการระงับข้อพิพาทที่เป็นทางเลือกที่ใช้กัน โดยทั่วไป ได้แก่ การไกล่เกลี่ย (Mediation) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) การเจรจา (Negotiation) และผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman)

³⁶ Ernest Gellhorn and Ronald M. Levin, op.cit., footnote 46, pp. 239-240.

³⁷ 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.

³⁸ 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.”

³⁹ David H. Rosenbloom and Rosemary O’Leary. op.cit., footnote 47, p. 77.

⁴⁰ Administrative Procedure Act Section 583 (a)

(2) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴¹ เดิมประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 2060 ได้บัญญัติห้ามนำบทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของฝ่ายปกครองและวิสาหกิจมหาชน (enterprises publics) รวมถึงเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย(ordre public) ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ได้มีการแก้ไขมาตราดังกล่าวโดยยกเว้นให้องค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมสามารถนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้โดยการตราเป็นรัฐกฤษฎีกา (décret) ประกอบกับ ในอดีตศาลฎีกาของฝรั่งเศส (la Cour de Cassation) ได้เคยวางแนวทางไว้ในคำพิพากษาว่าสามารถนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ (commerce international) ได้ โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาลงวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1966 กรณี Trésor public c/ Galakis ได้กล่าวถึงการห้ามนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนว่าเป็นเรื่องที่ใช่เฉพาะกรณีที่เป็นกฎหมายภายในเท่านั้น แต่จะไม่นำเอามาใช้กับสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อความต้องการและภายใต้เงื่อนไขที่เป็นไปตามความประสงค์ของการค้าขายทางทะเลอันเป็นเรื่องระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ที่ผ่านมากการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองจะกระทำด้วยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น สร้างความพอใจแก่คู่สัญญาค่อนน้อยกว่าที่ควรจะเป็น โดยมีสาเหตุจากอำนาจของผู้พิพากษานั้นมีอยู่อย่างจำกัดเพราะสามารถทำได้เพียงสั่งเพิกถอนหรือออกคำสั่งอื่น ๆ การพิจารณาคดีในศาลปกครองเป็นไปอย่างล่าช้า เนื่องจากศาลปกครองมีคดีที่ต้องพิจารณาเป็นจำนวนมาก และกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็ยังเป็นกรณีส่วนใหญ่แล้วมีความละเอียดซับซ้อนและมีเอกสารที่ต้องศึกษาจำนวนมาก จึงมีความพยายามที่จะนำการระงับข้อพิพาทแนวทางอื่นมาใช้แทนการฟ้องคดีต่อศาล ได้แก่ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความ และอนุญาโตตุลาการ⁴² โดยรัฐบาลฝรั่งเศสได้เคยมีคำสั่งอนุญาตให้คู่สัญญาระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่การดำเนิน

⁴¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). สัญญาทางปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 3). บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด กรุงเทพฯ. หน้า 473 – 482.

⁴² ศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความเห็นไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1958 กรณี Soc. Provence-Construction ว่าคู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องการแก้ไขข้อพิพาทด้วยการยกเว้นหลัก ในเรื่องการฟ้องศาลได้ตามความประสงค์ของคู่สัญญา. ดู เรื่องเดียวกัน, หน้า 473.

วิธีอนุญาโตตุลาการนั้นต้องดำเนินการในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและต้องใช้กฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴³

นอกจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีอีกหลายประเทศที่ปรับปรุงกฎหมายภายในเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ เช่น

ประเทศบราซิล⁴⁴ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2005 ได้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนที่เป็นเอกชนและมหาชน และกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้สัมปทาน โดยมีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่ารัฐหรือองค์กรของรัฐสามารถเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดได้ภายใต้เงื่อนไขสามประการ คือ จะต้องดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศบราซิล การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องใช้ภาษาโปรตุเกสซึ่งเป็นภาษาราชการของประเทศบราซิล และต้องใช้กฎหมายบราซิลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

ประเทศตุรกี ในปี ค.ศ. 1999 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตุรกี (Constitution of Turkey) ในมาตรา 125⁴⁵ โดยกำหนดให้มีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับบริการสาธารณะทั้งภายในประเทศและนักลงทุนต่างชาติ เพื่อเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

⁴³ Emmanuel Gaillard & Jenny Edelstein, Recent Developments in State Immunity from Execution in France: Creighton v. Qatar, 15 Mealey's International Arbitration Report 14 (No. 10, 2000) Dr. Ali Kholil, supra note 18. ดู เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 235.

⁴⁴ Arnaldo Wald, Jean Kalicki, "The Settlement of Disputes between the Public Administration and Private Companies by Arbitration under Brazilian Law", 29(4) Journal of International Arbitration, 573. (2009). ดู เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 233.

⁴⁵ ARTICLE 125. (As amended on August 13, 1999)

Recourse to judicial review shall be available against all actions and acts of administration. National or international arbitration may be suggested to settle the disputes which arise from conditions and contracts under which concessions are granted concerning public services. Only those disputes involving foreign elements can be solved by international arbitration.

ประเทศเลบานอน ในปี ค.ศ. 2002 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในมาตรา 762⁴⁶ โดยกำหนดรับรองให้ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง มีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุมัติตามรัฐบัญญัติ (Decree) ซึ่งออกโดยคณะรัฐมนตรี แต่กรณีนี้ ใช้เฉพาะกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศเท่านั้น รวมถึงสัญญาสัมปทานที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับ เอกชนด้วย สำหรับสัญญาสัมปทานที่มีข้อตกลงเรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับทันทีโดยไม่ต้องได้รับอนุมัติเช่นกรณีอนุญาโตตุลาการ ภายในประเทศ เนื่องจากเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

เมื่อได้พิจารณาเรื่องความเหมาะสมของการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงาน ของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามหลักกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ปัจจุบัน ในหลายประเทศต่างให้การยอมรับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่าง หน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ซึ่งบรรดาประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบ กฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่นเดียวกับประเทศไทย ได้แก่ ประเทศบราซิล ประเทศตุรกี ประเทศเลบานอน หรือประเทศ สาธารณรัฐฝรั่งเศส (ที่ห้ามนำบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวข้อง กับหน่วยงานของฝ่ายปกครองและวิสาหกิจมหาชน (Enterprises publics)) ก็ตาม ซึ่งในภายหลัง ประเทศเหล่านั้นก็ได้มีการกำหนดนโยบาย ดำเนินการตรากฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องเพื่อนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสนับสนุนและส่งเสริม การลงทุนจากต่างประเทศอีกแนวทางหนึ่ง

4.1.3 ข้อดีและข้อเสียของการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับผู้ลงทุนเอกชน

เมื่อได้พิจารณาถึงผลกระทบของการห้ามใช้วิธีอนุญาโตตุลาการที่มีต่อการส่งเสริมและ ค้ำครองการลงทุนกับต่างประเทศตาม 4.1.1 และการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงาน ของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายต่างประเทศตาม 4.1.2 แล้ว เพื่อให้ได้ข้อยุติเกี่ยวกับ

⁴⁶ Article 762 § 3 NCCP

“As of the entry into force of this amending law, the arbitration clause or submission in administrative contracts shall not be effective until approved by virtue of a Decree of the Council of Ministers issued upon the proposal of the competent Minister (with respect to the State) or the supervising authority (with respect to public legal entities).”

ความเหมาะสมการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย จึงจำเป็นต้องพิจารณาข้อดี และข้อเสียของการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ดังต่อไปนี้

4.1.3.1 ข้อดีของการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

(1) ป้องกันปัญหาเรื่องการเลือกฟ้องศาลตามอำเภอใจของคู่กรณี เนื่องจากรัฐบาลไทย มีทรัพย์สินและมีสำนักงานตัวแทนอยู่ทั่วโลก เมื่อเกิดข้อพิพาทตามสัญญาขึ้น หากไม่มีข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ มีความเป็นไปได้ที่คู่กรณี (ซึ่งเป็นต่างชาติ) ตามสัญญาจะเลือกฟ้องร้องดำเนินคดี รัฐบาลไทยต่อศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศซึ่งไม่สะดวกต่อรัฐบาลไทยในการเข้าต่อสู้คดี การมีข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการจะช่วยให้คู่กรณี (ซึ่งเป็นต่างชาติ) ไม่สามารถฟ้องคดีในศาลต่างประเทศได้ และช่วยให้เกิดความแน่นอนว่าการระงับข้อพิพาทจะเกิดขึ้น ณ ที่ใด

(2) ป้องกันปัญหาการดำเนินคดีซ้ำซ้อนกัน หากไม่มีข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีแต่ละฝ่ายอาจฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลคนละเขตอำนาจกัน ด้วยเหตุดังกล่าว จะทำให้เกิดปัญหาค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดี นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยห้ามการอนุญาโตตุลาการ อาจเป็นการส่งสัญญาณที่ผิดไปยังต่างชาติ โดยเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของต่างชาติต่อความเป็นกลางของศาลไทย

(3) การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถทำในลักษณะเดียวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล รัฐบาลไทยในฐานะคู่สัญญาอาจเลือกให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทำในลักษณะเดียวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความยุติธรรมได้ เนื่องจากคู่สัญญามีเสรีภาพในการปรับเปลี่ยนกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามแต่สถานการณ์เฉพาะของแต่ละข้อพิพาท คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่ต้องการมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ โดยอาจเป็นผู้พิพากษาหรือเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย คู่สัญญายังมีสิทธิกำหนดข้อบังคับในกระบวนการพิจารณาซึ่งอาจจะเลือกใช้ข้อบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้

(4) เป็นกลาง การยอมรับผลการตัดสินข้อพิพาทโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสิ่งสำคัญ การอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นกลาง และเป็นสิ่งที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้กำหนดและได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้า ขณะที่การตัดสินโดยศาลอาจให้ผลการตัดสินเหมือนกัน แต่จะถูกมองว่าศาลได้ตัดสินเข้าข้างรัฐบาลของประเทศนั้นได้

(5) มีประสิทธิภาพ คู่สัญญาอาจกำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องเข้าเป็นองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งต่างจากการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล การมีผู้เชี่ยวชาญจะช่วยให้การตัดสินมีประสิทธิภาพเพราะไม่ต้องมีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญต่อผู้มีอำนาจตัดสิน โดยเฉพาะในกรณีที่ข้อพิพาทเป็นเรื่องทางเทคนิคซับซ้อนซึ่งการนำสืบจะกระทำทำได้ยาก

(6) เป็นที่ยุติ เนื่องจากข้อบังคับในการดำเนินกระบวนการและองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้มาจากความเห็นชอบของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จึงไม่มีความจำเป็นต้องมีการทบทวนคำตัดสินอีก การจะฟ้องร้องเกี่ยวกับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการจึงกระทำได้จำกัด ยกตัวอย่างเช่น การดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ชอบ เป็นต้น การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจึงมีความรวดเร็วไม่ทำให้เกิดการดำเนินคดีซ้ำซ้อน จึงเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพและประหยัดค่าใช้จ่าย

(7) เป็นการแก้ไขข้อจำกัดบางประการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยถูกออกแบบมาให้ใช้ในการระงับข้อพิพาทในประเทศเป็นหลัก แต่ไม่มีความยืดหยุ่นเพียงพอสำหรับนำมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้ศาลดำเนินวิธีพิจารณาเป็นภาษาไทย กฎหมายลักษณะพยานกำหนดให้พยานหลักฐานที่เป็นเอกสารต้องแปลเป็นภาษาไทย เป็นต้น ข้อจำกัดเหล่านี้เป็นภาระและอาจนำมาซึ่งผลการตัดสินที่ไม่ถูกต้อง ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายสูง ซึ่งเป็นผลต่อเนื่องให้ต้องเข้าประมูลงานจากรัฐด้วยราคาสูงขึ้น ขณะที่วิธีอนุญาโตตุลาการจะทำให้คู่กรณีสามารถตกลงกันเรื่องภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้

(8) รักษาความลับของคู่กรณี การอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นการระงับข้อพิพาทมีความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทของนานาชาติ ขณะเดียวกันวิธีการอนุญาโตตุลาการยังช่วยรักษาความลับของข้อพิพาทและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอีกด้วย ซึ่งจะตรงข้ามกับการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาล

(9) ช่วยลดจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาล การอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเหมาะกับการแก้ไขข้อพิพาททางพาณิชย์ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการจัดส่งหรือการประกันภัยสามารถทำโดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นการช่วยลดจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาล

(10) ข้อจำกัดในการบังคับคดี คำพิพากษาของศาลจะใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพเฉพาะในราชอาณาจักร การบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลไทยในต่างประเทศเป็นสิ่งที่ซับซ้อนศาลในต่างประเทศมักไม่รับบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลอีกประเทศหนึ่ง หรือในบางกรณีจะรับบังคับคดีให้เฉพาะประเทศที่มีการบังคับคดีแบบปฏิบัติต่างตอบแทนกันเท่านั้น คำพิพากษาของศาลไทยจึงอาจมีข้อจำกัดเมื่อต้องมีการบังคับคดีนอกราชอาณาจักรได้ แต่สำหรับกรณี

การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รัฐบาลสามารถบังคับคดีได้ด้วยการยึดทรัพย์สินหรือ การขอรับการเยียวยาอื่นในประเทศของคู่กรณี หากประเทศนั้นเป็นภาคีของ New York Convention

(11) ข้อจำกัดเกี่ยวกับแหล่งเงินกู้ เนื่องจากผู้ให้กู้รายใหญ่ เช่น World Bank OECD และ ADB กำหนดเงื่อนไขในสัญญากู้ยืมว่า ในสัญญาโครงการจะต้องมีข้อตกลงการระงับข้อพิพาท ด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ หากสัญญาโครงการไม่มีข้อตกลงการระงับข้อพิพาทด้วยวิธี อนุญาโตตุลาการย่อมเป็นข้อจำกัดในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนและทำให้เกิดผลลบต่อบรรยากาศ การลงทุน

(12) ความเสี่ยงเกี่ยวกับราคา ภาคธุรกิจต้องการประเมินมูลค่าความเสี่ยงที่อาจเกิดจาก ข้อพิพาทต่าง ๆ ตามสัญญาเป็นการล่วงหน้า หากไม่มีข้อตกลงการระงับข้อพิพาทด้วยวิธี อนุญาโตตุลาการในสัญญา การประเมินมูลค่าความเสี่ยงดังกล่าวจะตั้งอยู่บนการฟ้องร้องดำเนินคดี ทางศาลซึ่งจะเป็นต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้น หรือภาคธุรกิจอาจจะตัดสินใจไม่เข้าร่วมประมูลโครงการนั้น

4.1.3.2 ข้อเสียของการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับ ผู้ลงทุนเอกชน

(1) การนำข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเข้าสู่การพิจารณา ของอนุญาโตตุลาการนั้น อาจทำให้สามารถการรักษาประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะ ได้ไม่ดีเท่ากับการใช้กระบวนการยุติธรรมทางศาล เนื่องจากคู่สัญญาสามารถตกลงกันกำหนด กระบวนการพิจารณาได้เอง และไม่เคร่งครัดเท่ากับกระบวนการยุติธรรมทางศาล

(2) วิธีอนุญาโตตุลาการไม่สามารถป้องกันปัญหาที่อาจเกิดการทุจริตและประพฤติ มิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือความขัดแย้งของผลประโยชน์ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้บริหาร ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือนุคคลภายนอก แล้วแต่กรณีได้เข้าไปมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับ โครงการของรัฐ เช่น เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้รับสัมปทาน หรือเคยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน จากบริษัทผู้รับสัมปทาน หรือมีความใกล้ชิดกับบริษัทผู้รับสัมปทาน เป็นต้น และบุคคลเหล่านั้น อาจเป็นผู้มีอำนาจในการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือได้รับการตั้งให้เข้าปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับพิพาทในโครงการดังกล่าว โดยมีการปกปิดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นกลางในการ ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในคดีนั้นไว้ ทั้งนี้ เพราะอนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด ตามประเด็นข้อพิพาทแห่งสัญญาที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

กล่าวโดยสรุป เมื่อได้พิจารณากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงความ ตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน(Bilateral Investment Treaty-BIT) ที่ประเทศไทย ทำกับประเทศต่างๆ และข้อดีและข้อเสียของระบบอนุญาโตตุลาการดังกล่าวแล้ว เห็นว่า การที่บทบัญญัติมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้สัญญา

ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงกันให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้นั้น จึงเป็นบทบัญญัติที่มีความเหมาะสมสำหรับประเทศไทยที่ต้องการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย และยังคงคล้องกับแนวทางตามกฎหมายต่างประเทศและความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศอีกด้วย

ส่วนการที่รัฐบาลไทยได้มีมติคณะรัฐมนตรีหรือดำเนินการตรากฎหมายเพื่อห้ามการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เห็นว่า ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาประเทศไทยได้ให้การยอมรับและให้ความสำคัญเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนด้วยการตรากฎหมายต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ซึ่งการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอาจจะส่งผลกระทบต่อการค้าการลงทุนอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย และอาจทำให้นักลงทุนต่างชาติตัดสินใจไปเลือกใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศซึ่งจัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น(Convention on the settlement of investment disputes between States and Nationals of other State ,Washington, 18 March 1965) ตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน(Bilateral Investment Treaty-BIT) ที่ประเทศไทยได้จัดทำความตกลงไว้กับประเทศของนักลงทุนเหล่านั้น ซึ่งทำให้หน่วยงานของรัฐไทยอาจต้องเสียเปรียบในการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศและอาจแพ้คดีดังกล่าวได้ นอกจากนี้การห้ามมิให้นำวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาหน่วยงานของรัฐกับเอกชนจะเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย รวมถึงจะส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงของประเทศไทยที่การห้ามการนำอนุญาโตตุลาการมาใช้เพราะผลการชี้ขาดข้อพิพาทมักจะทำให้หน่วยงานของรัฐแพ้ จะทำให้เกิดการเข้าใจผิดว่าผลการชี้ขาดข้อพิพาทในโครงการ โครงสร้างพื้นฐานของไทยที่เป็นธรรมและโปร่งใสมีความสำคัญเป็นรองจากการที่หน่วยงานของรัฐจะต้องชนะในการชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นอาจกระทำได้ด้วยการบริหารจัดการสัญญาให้ดีขึ้นและเพิ่มความระมัดระวังให้มากขึ้นจะมีส่วนสำคัญในการเพิ่มความเข้มแข็งให้กับหน่วยงานของรัฐเมื่อมีข้อพิพาทตามสัญญาเกิดขึ้นในโครงการขนาดใหญ่ การมีที่ปรึกษาที่มีประสบการณ์จากภาคเอกชนน่าจะเป็นสิ่งที่รัฐบาลควรดำเนินการเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาแม้การดำเนินการดังกล่าวจะทำให้เกิดค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นในเบื้องต้น แต่ในระยะยาวจะเกิดประโยชน์แก่ประเทศไทยมากกว่าการกำหนดมาตรการ โดยอาศัยมติคณะรัฐมนตรีหรือตรากฎหมายที่มี

ทิศทางตรงกันข้ามกับแนวโน้มของนานาชาติในการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาตตุลาการ และไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยมีตามอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ

4.2 สภาพปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

เนื่องจากข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ได้มีมาตั้งแต่ก่อนปี พ.ศ. 2520 ซึ่งความคิดริเริ่มในเรื่องนี้ไม่ได้เกิดจากภาครัฐแต่เกิดจากภาคเอกชน โดยเฉพาะผู้ลงทุนจากต่างประเทศได้เสนอข้อเรียกร้องให้กำหนดวิธีระงับข้อพิพาทดังกล่าวไว้ในสัญญา⁴⁷ และฝ่ายรัฐก็ได้ยอมรับว่าระบบอนุญาโตตุลาการเป็นระบบสากล และจำเป็นอย่างยิ่งในทางการค้าระหว่างประเทศ ทำให้การอนุญาโตตุลาการเริ่มเข้ามาและมีการกำหนดในสัญญาของรัฐมากขึ้น แต่ปรากฏว่าในหลายโครงการของรัฐจะเกิดปัญหาข้อพิพาททางสัญญาและหน่วยงานของรัฐหลายแห่งต้องตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น⁴⁸ จึงจำเป็นต้องศึกษาสภาพปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ในกรณีดังต่อไปนี้

4.2.1 กรณีโครงการจัดการบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ⁴⁹

หน่วยงานของรัฐ(คู่กรณี) ได้ออกหนังสือเชิญชวนผู้สนใจเสนอคุณสมบัติเบื้องต้น เพื่อคัดเลือกให้ดำเนินการออกแบบ ก่อสร้าง โครงการจัดการบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ โดยกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นว่าผู้เสนอจะต้องมีผู้เชี่ยวชาญในการจัดการระบบบำบัดน้ำเสียเป็นผู้ร่วมดำเนินงานด้วย ผู้เสนอข้อพิพาทในคดีนี้ประสงค์จะเสนอคุณสมบัติต่อคู่กรณีเพื่อดำเนินงานโครงการบำบัดน้ำเสียดังกล่าว จึงได้ชักชวนบริษัท A ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญในการจัดการระบบบำบัดน้ำเสีย ให้เข้าร่วมในการดำเนินงานดังกล่าว และบริษัท A ตกลงเข้าทำ

⁴⁷ เรือเอก อานนท์ ไทยจันทน์. (พ.ศ. 2548). ปัญหาและแนวทางการใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับ/ยุติข้อพิพาทในงานก่อสร้าง กรณีสัญญาก่อสร้างงานราชการ. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรวิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาวิศวกรรมโยธา ภาควิชาวิศวกรรมโยธา บัณฑิตวิทยาลัย สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ. หน้า 15.

⁴⁸ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สุด ที่ นร 0506/ว 155 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน.

⁴⁹ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขคำที่ 50/2546 ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 2/2554 ระหว่าง กิจการร่วมค้าฯ (ผู้เสนอข้อพิพาท) กับหน่วยงานของรัฐ (คู่กรณี) (กรณีโครงการจัดการบำบัดน้ำเสีย ในเขตควบคุมน้ำมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ).

สัญญาาร่วมเป็นกิจการร่วมค้าต่อกัน ต่อมา ผู้เสนอข้อพิพาทและบริษัท A จึงได้เข้าทำสัญญาโครงการบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษ จังหวัดสมุทรปราการ กับคู่กรณี โดยสัญญาดังกล่าว กำหนดเงื่อนไขของสัญญาว่า คู่กรณีจะต้องจัดให้มีวิศวกรที่ปรึกษาของคู่กรณีเพื่อทำหน้าที่ควบคุมงานก่อสร้าง ตรวจสอบผลงานและคำนวณเงินค่าจ้างสำหรับผลงานที่ผู้เสนอข้อพิพาทได้ดำเนินการตามสัญญาไปแล้ว เมื่อวิศวกรที่ปรึกษาของคู่กรณีให้การรับรองผลงานของผู้เสนอข้อพิพาททั้งหมดแล้วคู่กรณีจะต้องชำระเงินค่าจ้างให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาททั้งหมดตามที่วิศวกรที่ปรึกษาของคู่กรณีรับรองนั้น

ในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี (หน่วยงานของรัฐ ผู้ว่าจ้าง) และผู้เสนอข้อพิพาท (ผู้รับเหมา) ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานตามสัญญาข้อพิพาทนั้นซึ่งข้อสัญญานี้กำหนดว่า จะต้องเสนอไปยังวิศวกรที่ปรึกษาก่อนในเบื้องต้น เมื่อทำคำตัดสินแล้วจะส่งไปยังผู้ว่าจ้างและผู้รับเหมาตามข้อสัญญานี้ โดยผู้รับเหมาและผู้ว่าจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของวิศวกรที่ปรึกษา หากผู้ว่าจ้างหรือผู้รับเหมาไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของวิศวกรที่ปรึกษาดังกล่าว ในกรณีนี้ผู้ว่าจ้างหรือผู้รับเหมาอาจทำหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยสำเนาหนังสือดังกล่าวให้วิศวกรที่ปรึกษาทราบว่าตนมีความประสงค์ที่จะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท เมื่อมีการส่งหนังสือบอกกล่าวเพื่อแสดงเจตจำนงในการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อยุติข้อพิพาทนั้น การอนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว จะเริ่มขึ้นไม่ได้เว้นแต่คู่กรณีได้มีความพยายามที่จะยุติข้อพิพาทด้วยความประนีประนอมก่อน เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ซึ่งการจะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อยุติข้อพิพาทดังกล่าว ต้องคำนึงว่าได้มีความพยายามที่จะยุติข้อพิพาทด้วยความประนีประนอมหรือไม่

ข้อเท็จจริงในระหว่างดำเนินการตามสัญญาแล้วเสร็จไปแล้วประมาณร้อยละ 98 ของงานตามสัญญาฯ ปรากฏว่าคู่กรณีได้มีหนังสือแจ้งผู้เสนอข้อพิพาทว่า การที่บริษัท A ได้ถอนตัวจากการเป็นหนึ่งในกิจการร่วมค้ากับผู้เสนอข้อพิพาทไปก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาโครงการจัดการบำบัดน้ำเสียดังกล่าว การเข้าทำสัญญาดังกล่าวของคู่กรณีจึงเป็นการเข้าทำสัญญาโดยสำคัญผิดในตัวบุคคล สัญญาจึงตกเป็นโมฆะ และขอให้ผู้เสนอข้อพิพาทยุติการดำเนินการก่อสร้างตามสัญญา นอกจากนี้ยังได้เกิดข้อพิพาทอื่นๆ อีกหลายประการ เช่น คู่กรณีก้าวท่ายปฏิบัติงานของวิศวกรที่ปรึกษาทำให้การอนุมัติขยายระยะเวลาการทำงานให้กับผู้เสนอข้อพิพาท กรณีมีกลุ่มผู้ประท้วงคัดค้านโครงการฯ นั้นต้องล่าช้าออกไป และการที่คู่กรณีปฏิเสธไม่อนุมัติการจ่ายเงินตามหนังสือรับรองผลงานของวิศวกรที่ปรึกษาของคู่กรณีเอง เป็นต้น จากสาเหตุดังกล่าวจึงได้มีการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาคำชี้ขาด โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทดังนี้

(1) สัญญาพิพาทเป็น โฆษะหรือไม่

(2) สัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการเป็น โฆษะ และข้อเรียกร้องอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่

(3) บันทึกข้อตกลง MOA มีผลใช้บังคับได้หรือไม่

(4) ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดสัญญา

(5) ผู้คัดค้านจะต้องชำระค่าจ้างและค่าเสียหายตามข้อเรียกร้อง และผู้เรียกร้องจะต้องคืนเงินหรือใช้ค่าเสียหายตามข้อเรียกร้องให้ผู้คัดค้านหรือไม่ และกำหนดว่า “ประเด็นข้อ 1 และ 2 ผู้คัดค้านมีภาระการนำสืบ ประเด็นนอกนั้นผู้เรียกร้องมีภาระการนำสืบ”

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ สรุปได้ว่า

(1) ประเด็นที่ผู้คู่กรณีอ้างว่าสัญญาที่พิพาทฉบับนี้เป็น โฆษะ จึงทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงเป็น โฆษะด้วย นั้น คณะอนุญาโตตุลาการ เห็นว่า ข้อพิพาทแห่งคดีไม่กระทบถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกรณีไม่อาจนำมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับแก่คดีนี้ได้ นอกจากนั้น...กิจการร่วมค้าไม่ได้มีการจดทะเบียนต่อกระทรวงพาณิชย์ จึงมีผลเท่ากับตกลงทำกิจการร่วมค้าในลักษณะห้างหุ้นส่วนสามัญที่มีได้จดทะเบียน ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5633-5638/2548 การที่ผู้คัดค้านเข้าทำสัญญาเกิดจากความสำคัญผิดว่ามีบริษัท นอร์ธเวสต์วอเตอร์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด เป็นผู้ร่วมในกิจการร่วมค้า และการที่บริษัทฯ ถอนตัวไป จึงทำให้ฝ่ายผู้คัดค้านได้เข้าทำสัญญาโดยสำคัญผิดในตัวบุคคลจึงไม่เกิดขึ้น

(2) ประเด็นว่า บันทึกข้อตกลง MOA มีผลบังคับได้หรือไม่ ได้ความจากนายวรวิทย์ ชวณะนันท์ กรรมการผู้จัดการ บริษัท วิจิตรภรณ์ก่อสร้าง จำกัด พยานผู้เรียกร้อง ว่า การทำข้อตกลง MOA จะต้องไปทำความตกลงตามวิธีการอีกชั้นหนึ่ง หากตกลงกันไม่ได้ เรื่องนี้จะต้องดำเนินไปอย่างมีข้อพิพาทคดีนี้หลังจากมีการทำข้อตกลง MOA แล้ว ไม่ปรากฏว่ามีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ดำเนินการทำความตกลงกันต่อไปเป็นดังนี้ MOA จึงไม่เกิดผลแก่ฝ่ายใด

(3) ประเด็นฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดสัญญา ได้ความจาก พยานผู้เรียกร้องว่า งานที่ 1 ได้มีการส่งมอบงานแล้วและวิศวกรที่ปรึกษาตรวจรับแล้ว แต่ผู้คัดค้านสั่งไม่ให้ออกใบรับรองงานในจ้างที่ 3 ส่งมอบแล้ว แต่วิศวกรที่ปรึกษาไม่ได้ตรวจรับเพราะผู้คัดค้านสั่งไม่ให้ตรวจรับ ที่สุดผู้คัดค้านได้ยกเลิกสัญญาว่าจ้างวิศวกรที่ปรึกษา แต่เนื่องจากผู้คัดค้านไม่ได้สืบหักล้างหรือสืบปฏิเสธเป็นประการอื่น ข้อเท็จจริงจึงต้องรับฟังว่า ฝ่ายผู้เรียกร้องได้ส่งมอบงานแก่ผู้คัดค้านแล้ว ผู้คัดค้านไม่จ่ายค่าจ้างงานให้ ผู้คัดค้านจึงตกเป็นเป็นฝ่ายผิดสัญญา ต้องรับผิดชอบ ใช้ค่าจ้างงานตามสัญญา

ส่วนที่ผู้คัดค้านอ้างว่าสัญญาเป็นโมฆะโดยไม่ได้อ้างมีเหตุแห่งโมฆะกรรม หรือนำสืบให้เห็นตามที่กล่าวอ้าง รับฟังไม่ได้ว่า สัญญาตามและผู้คัดค้านกล่าวอ้างเป็นโมฆะกรรม

ที่ผู้คัดค้านเรียกร้องให้ผู้เรียกร้องจัดการ โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้น ไม่อาจเรียกในคดีชั้นอนุญาโตตุลาการนี้ รวมทั้งค่าเสียหายอนาคต และค่าเสียหายที่เป็นการลงทุนหรือค่าขาดประโยชน์ที่ไม่อาจเรียกได้ เช่นกัน เป็นต้น จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาคำคัดค้านในส่วนข้อเรียกร้องแย้ง

ส่วนที่ผู้เรียกร้องอ้างว่าผู้คัดค้านผิดสัญญาอีกหลายประการ ก็ไม่ปรากฏว่าผู้เรียกร้องได้กล่าวอ้างว่าผิดสัญญาในเรื่องใดบ้าง คงรับไว้ได้ว่าผู้คัดค้านผิดสัญญาไม่จ่ายค่างวดที่ 56-58 เท่านั้น เป็นต้น ผู้คัดค้านจึงต้องแพคดีแก่ผู้เรียกร้อง โดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยคำคัดค้านในส่วนข้อเรียกร้องแย้งของผู้คัดค้าน

คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้ผู้กู้กรณีชำระเงินค่าจ้าง ค่าเสียหาย รวมดอกเบี้ยตามข้อเรียกร้องให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี จนกว่าจะชำระเสร็จ และคืนหนังสือค้ำประกัน พร้อมค่าธรรมเนียมและค่าธรรมเนียมแทนเรียกร้อง

เมื่อได้ศึกษาและพิจารณากรณีข้อพิพาทข้างต้นแล้ว เห็นว่า ตามข้อสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนฉบับนี้ ได้กำหนดให้การจะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อยุติข้อพิพาทดังกล่าวต้องค้ำประกันว่ามีความพยายามที่จะยุติข้อพิพาทด้วยความประนีประนอมหรือไม่ ซึ่งตามกฎหมายไทยปัจจุบันมีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850⁵⁰ มาตรา 851⁵¹ และมาตรา 852⁵² ที่บัญญัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความ และตามหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0406.2/ว.64 ลงวันที่ 1 เมษายน 2548 เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความในคดีแพ่ง ซึ่งกระทรวงการคลังได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความในคดีแพ่งในชั้นศาล และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 20 ทวิ ที่บัญญัติให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความตกลงกันได้หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาท เท่านั้น โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวเป็นกฎหมายทั่วไปซึ่งมิได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการเจรจาตกลงกัน การไกล่เกลี่ย หรือ

⁵⁰ มาตรา 850 อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือสัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน

⁵¹ มาตรา 851 อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ หรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

⁵² มาตรา 852 ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ย่อมทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้นระงับสิ้นไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงในสัญญานั้นว่าเป็นของตน

การประนีประนอมในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้กรณีตามสัญญาดังกล่าวไม่อาจนำวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากประเทศไทยมีข้อจำกัดด้านกฎหมายโดยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการระงับข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวไว้ ประกอบกับหน่วยงานของรัฐยังเกรงกลัวที่จะต้องถูกตรวจสอบและมีความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 หากการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการดังกล่าวทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ จึงทำให้การประนีประนอมหรือการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรไม่สัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควร และส่งผลให้ข้อพิพาทนั้นมีได้รับการแก้ไขอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมจนทำให้เกิดการสั่งสมของประเด็นปัญหาจนไปสู่การพิจารณาชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากภายหลังคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐต้องตกเป็นฝ่ายแพ้คดี ในประเด็นที่หน่วยงานของรัฐเองเป็นฝ่ายบกพร่องผิดสัญญา โดยที่หน่วยงานของรัฐมิได้รับดำเนินการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทนั้น โดยการประนีประนอมหรือการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรให้ยุติในชั้นต้นเสียก่อนแล้ว ก็อาจทำให้หน่วยงานของรัฐต้องเสียเงินงบประมาณจำนวนมากเพื่อชำระค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามคำชี้ขาดดังกล่าว

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution : ADR)⁵³ นี้ โดยนำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เนื่องจากมีคดีขึ้นสู่ศาลมากและศาลไม่มีทรัพยากรบุคคลที่เพียงพอ จึงเป็นที่นิยมมากในสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน⁵⁴ โดยผู้ที่จะทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นกลาง (Neutral) โดยอาจเป็นเจ้าหน้าที่ประจำหรือชั่วคราวของรัฐบาลกลาง หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นที่ยอมรับของกลุ่มสัญญาเพื่อให้ทำการระงับข้อพิพาท ซึ่งบุคคลที่เป็นกลางดังกล่าวนี้จะต้องมีตำแหน่งหน้าที่ การเงิน หรือผลประโยชน์ขัดกับประเด็นข้อพิพาทเว้นแต่ได้มีการเปิดเผยผลประโยชน์ดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรให้ผู้กรณีทราบก่อนแล้ว⁵⁵ โดยการระงับข้อพิพาทที่เป็นทางเลือกที่ใช้กัน โดยทั่วไป ได้แก่ (1) การไกล่เกลี่ย (Mediation)

⁵³ 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.

⁵⁴ David H. Rosenbloom and Rosemary O’Leary. op.cit., footnote 47, p. 77.

⁵⁵ Administrative Procedure Act Section 583 (a)

(2) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) (3) การเจรจา (Negotiation) และ (4) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) สำหรับประเทศไทยมีเพียงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้นที่บัญญัติให้นำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งในเรื่องนี้เห็นว่าประเทศไทยควรตรากฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นทางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution : ADR) เพื่อให้เกิดแนวทางในการระงับข้อพิพาทในรูปแบบต่างๆ โดยอาจออกเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรอง เพื่อให้เกิดเป็นรูปธรรมในการนำมาใช้บังคับ

สำหรับประเด็นสำคัญในคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีนี้ ซึ่งเป็นสาเหตุทำให้หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้คดีนั้น คือ ประเด็นที่ว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งได้ความจากพยานผู้เรียกร้องว่า งานที่ 1 ได้มีการส่งมอบงานแล้วและวิศวกรที่ปรึกษาตรวจรับแล้ว แต่ผู้คัดค้านส่งไม่ให้ออกใบรับรองงานใ้งานที่ 3 ส่งมอบแล้ว แต่วิศวกรที่ปรึกษาไม่ได้ตรวจรับ เพราะผู้คัดค้านส่งไม่ให้ตรวจรับ ที่สุดผู้คัดค้าน ได้ยกเลิกสัญญาว่าจ้างวิศวกรที่ปรึกษา แต่เนื่องจากผู้คัดค้านไม่ได้สืบหักล้างหรือสืบปฏิเสธเป็นประการอื่น ข้อเท็จจริงจึงต้องรับฟังว่าฝ่ายผู้เรียกร้องได้ส่งมอบงานแก่ผู้คัดค้านแล้ว ผู้คัดค้านไม่จ่ายค่างวดงานให้ ผู้คัดค้านจึงตกเป็นฝ่ายผิดสัญญา ต้องรับผิดชอบใช้ค่างวดงานตามสัญญา เมื่อ ได้พิจารณาคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นนี้แล้ว เห็นว่า ปัญหาที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในกรณีนี้เกิดจากการที่หน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้ และหน่วยงานของรัฐไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาแสดงได้ว่าเหตุใดจึงไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น นอกจากนี้ การที่หน่วยงานของรัฐอ้างว่าสัญญาที่พิพาทเป็นโมฆะ โดยไม่ได้อ้างมีเหตุแห่งโมฆะกรรม หรือนำสืบให้เห็นตามที่กล่าวอ้าง คณะอนุญาโตตุลาการจึงรับฟังไม่ได้ว่าสัญญาพิพาทตามที่กล่าวอ้างเป็น โมฆะกรรมนั้น เห็นว่า ในประเด็นนี้สาเหตุเกิดจากการที่คู่กรณี (หน่วยงานของรัฐ) ทราบข้อเท็จจริงเป็นหนังสือมาก่อนแล้วว่าบริษัท A ได้ถอนตัวจากการเป็นหนึ่งในกิจการร่วมค้ากับผู้เสนอข้อพิพาทก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาโครงการจัดการบำบัดน้ำเสียดังกล่าว แต่ฝ่ายคู่กรณีกลับยินยอมให้บริษัทอื่นเข้ามากระทำการเป็นคู่สัญญาแทนบริษัท A ได้ คู่กรณีจึงไม่อาจอ้างว่าเป็นการเข้าทำสัญญาโดยสำคัญผิดในตัวบุคคล เมื่อคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นเองจึงต้องตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐแพ้คดี ในกรณีนี้จึงมิได้เกิดจากการดำเนินอนุญาโตตุลาการในสัญญาดังกล่าว แต่เกิดจากการบริหารสัญญาของภาครัฐเอง

4.2.2 กรณีสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล กับบริษัท จาโก จำกัด⁵⁶

มูลกรณีคดีนี้เกิดจากการที่สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลได้ออกสลากบำรุงการกุศลตามนโยบายรัฐบาลเพื่อหารายได้ให้หน่วยงานต่างๆ นำไปใช้จ่ายในการกุศล โดยแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายเช่นเดียวกับการจำหน่ายสลากกินแบ่งรัฐบาล แต่การออกสลากจำหน่ายแต่ละครั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการพิมพ์สลากสูง และไม่สามารถแก้ไขปัญหาเรื่องการขายสลากเกินราคาได้ จึงได้มีความคิดที่จะนำเครื่องจำหน่ายสลากและจ่ายรางวัลแบบอัตโนมัติ (ON LINE) เข้ามาใช้ในการออกและจำหน่ายสลากบำรุงการกุศล โดยสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลออกประกาศเพื่อคัดเลือกผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลกับกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกและข้อตกลงในการเป็นผู้แทนจำหน่ายสลากบำรุงการกุศล และบริษัท จาโก จำกัด ผู้เสนอข้อพิพาทได้เข้าเป็นผู้สัญญา กับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล คู่กรณี ผู้เสนอข้อพิพาทและคู่กรณีได้ตกลงทำสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติโดยส่งร่างสัญญาให้อัยการสูงสุดตรวจและคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ลงนามในสัญญาเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2539 ซึ่งตามสัญญาดังกล่าวในข้อ 26 กำหนดว่าในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นตามสัญญานี้ คู่สัญญาจะต้องพยายามเจรจาตกลงกันในทันทีเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญานี้ให้เสร็จสิ้นภายใน 30 วัน หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญานี้ไม่สามารถตกลงระงับได้ คู่สัญญาดอกกลางระงับข้อพิพาทโดยเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาด

ภายหลังจากที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ลงนามในสัญญาแล้ว สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลได้มีหนังสือลงวันที่ 24 มกราคม 2540 ให้บริษัท จาโก จำกัด ชะลอการจัดหาและติดตั้งเครื่องจำหน่ายสลากแบบอัตโนมัติตามสัญญาไว้ก่อน เพื่อศึกษาผลกระทบตามที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลังมอบหมาย และเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2541 บริษัท จาโก จำกัด ได้มีหนังสือแจ้งให้สำนักงานสลากฯ ปฏิบัติตามสัญญา แต่สำนักงานสลากฯ กลับมีหนังสือแจ้งให้บริษัท จาโก จำกัด ชะลอการดำเนินการตามสัญญาอีกครั้งหนึ่ง และเมื่อวันที่ 23 กันยายน 2542 สำนักงานสลากฯ ได้แจ้งบริษัท จาโก จำกัด ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า การแต่งตั้งบริษัท จาโก จำกัด เป็นผู้แทนจำหน่ายสลากบำรุงการกุศลด้วยเครื่องอัตโนมัติถือเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งต้องปฏิบัติตามขั้นตอนตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแต่การแต่งตั้งที่กระทำไปมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงไม่มีผลผูกพันในแง่ของสัญญากับหน่วยงานของรัฐ และ

⁵⁶ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขคำที่ 1/2543 ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 63/2543 ระหว่างบริษัท จาโก จำกัด ผู้เสนอข้อพิพาท กับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล คู่กรณี (กรณีผิดสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลแบบอัตโนมัติ).

ในวันที่ 3 ธันวาคม 2542 สำนักงานสลากฯ ได้แจ้งบริษัท จาโก จำกัด ว่าไม่สามารถจัดให้บริษัท จาโกฯ เข้าปฏิบัติตามสัญญาได้

บริษัท จาโก จำกัด จึงได้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเสนอสู่การพิจารณาชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท สรุปได้ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง สัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบ อัด โนมตี เลขที่ 49/2540 ลงวันที่ 3 ธันวาคม 2539 ขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่ นั้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ในรายละเอียดของสัญญาไม่ได้ระบุถึงวงเงินลงทุน หรือมูลค่าของทรัพย์สินไว้ในสัญญา เนื่องจาก คู่กรณีมิได้สนใจว่าจะลงทุนในวงเงินเท่าใด เพียงแต่ในการปฏิบัติตามสัญญา ผู้เสนอข้อพิพาทต้องมีเครื่องมือและเครื่องใช้สำหรับออกสลากการกุศลอัด โนมตีตามที่ได้ยื่นข้อเสนอต่อคู่กรณีไว้เท่านั้น และตามสัญญาไม่ได้กำหนดวิธีการของการลงทุนของผู้เสนอข้อพิพาทไว้ ทำให้ไม่สามารถทราบ แน่ชัดว่าวงเงินลงทุนของผู้เสนอข้อพิพาทมีจำนวนเท่าใด เนื่องจากผู้เสนอข้อพิพาทสามารถ ปรับเปลี่ยนวิธีการลงทุนได้หลายประการก็จะทำให้วงเงินการลงทุนไม่เกินหนึ่งพันล้านบาท นอกจากนี้คู่กรณีเป็นฝ่ายร่างสัญญาฉบับนี้เองและสำนักงานอัยการสูงสุดผู้ตรวจร่างสัญญามีได้ ทักท้วงว่าสัญญานี้เข้าข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐฯ และการที่คู่กรณีส่งข้อหาหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อวินิจฉัยนั้นเป็นการที่คู่กรณีประสงค์จะหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามสัญญา

อนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรกล่าวไว้ด้วยว่า การบังคับใช้กฎหมายต้องเป็นไป ในลักษณะที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ในกรณีที่ประชาชนเป็นคู่สัญญากับรัฐ โดยชอบ และถูกต้องตามกฎหมาย จะต้องไม่ให้ประชาชนได้รับความเสียหาย หรือเสียเปรียบจากการกระทำ ของส่วนราชการนั้น ๆ ในอันที่จะใช้สิทธิพิเศษ ไม่กระทำตามสัญญา โดยเอกชนไม่มีส่วนรู้เห็น กับการปฏิบัติการของส่วนราชการนั้นๆ คณะอนุญาโตตุลาการจึงชี้ขาดว่าสัญญาแต่งตั้งผู้แทน จำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัด โนมตีเลขที่ 49/2540 ลงวันที่ 3 ธันวาคม 2539 ที่คู่กรณีแต่งตั้งบริษัท จาโก จำกัด ผู้เสนอข้อพิพาทเป็นผู้แทนจำหน่ายสลากบำรุงการกุศลไม่อยู่ ในบังคับและไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ ของรัฐ พ.ศ. 2535 สัญญามีผลผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้ และผู้เสนอ ข้อพิพาทคงอยู่ในฐานะเป็นผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัด โนมตี ตามสัญญาเลขที่ 49/2540 ลงวันที่ 3 ธันวาคม 2539

ประเด็นที่สอง คู่กรณีเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการ เห็นว่า สัญญาดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสลากกินแบ่งรัฐบาลและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังแล้ว คู่กรณีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้รับอนุมัติ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลังหาอาจมีคำสั่งให้ผิดแผกแตกต่างไปจากข้อสัญญาไม่ได้ และการที่คู่กรณีและผู้เสนอข้อพิพาทได้ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันเพื่อให้เริ่มปฏิบัติตามสัญญานั้น เมื่อฝ่ายคู่กรณีไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาได้ก็ต้องเป็นฝ่ายผิดสัญญา

เมื่อได้พิจารณาประเด็นทั้งสองดังกล่าวแล้ว เห็นว่า การที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้กติในเรื่องนี้มีสาเหตุมาจากกระบวนการในการจัดทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐ และการบริหารสัญญาของฝ่ายรัฐ แม้ว่าในเรื่องนี้ภายหลังศาลฎีกา⁵⁷ จะมีคำพิพากษาว่าข้อตกลงระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้านในสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องกระทำภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 การที่ผู้ร้องและผู้คัดค้านทำสัญญาฉบับนี้มิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงเป็นสัญญาที่ไม่มีผลผูกพันผู้ร้องและผู้คัดค้านซึ่งเป็นคู่สัญญาและยอมส่งผลพลอยทำให้สัญญาในข้อ 26 ซึ่งเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งในสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายดังกล่าว อันเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดไม่มีผลบังคับใช้ไปด้วย ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ฉบับลงวันที่ 4 ธันวาคม 2543 ที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ศาลพิพากษาดำเนินการตามคำชี้ขาด จึงเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น และศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ก็ตาม แต่คำพิพากษาดังกล่าวยอมส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนในกลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุนของประเทศไทย และอาจถูกมองว่าศาลภายในประเทศต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งคอยให้การช่วยเหลือหน่วยงานของรัฐ นอกจากนี้ การที่หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้น ก็เป็นความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐเอง อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้แม้ต่อมาจะมีคำพิพากษาศาลฎีกามีให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ฝ่ายเอกชนก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงผลเสียที่ภาครัฐจะได้รับซึ่งอาจกระทบต่อภาพพจน์ของรัฐบาลไทย และการลงทุนจากต่างประเทศไทยได้

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552 (ระหว่างบริษัท จาโก จำกัด ผู้ร้อง กับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลผู้คัดค้าน)

4.2.3 กรณีการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ บิลฟิงเกอร์ พลาสติกเบอร์เกอร์ บาวอ็คเตียนเกเซลชาฟท์ (ในนามของกิจการร่วมค้า บีบีซีดี)⁵⁸

การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ได้ทำสัญญากับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี เมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2538 จ้างเหมาออกแบบก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นเงิน 25,192,950,000 บาท (ค่าคงที่) สัญญาผ่านการตรวจร่างจากสำนักงานอัยการสูงสุด ต่อมาได้เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าคงที่เพิ่มขึ้น สรุปข้อเท็จจริงได้ดังนี้

(1) กทพ. ได้แต่งตั้ง “วิศวกรที่ปรึกษาของ กทพ.” เป็นตัวแทนของ กทพ. ในการตรวจสอบและออกหนังสือรับรองการแล้วเสร็จของงาน และรับรองการปรับราคาคงที่และปรับวันกำหนดแล้วเสร็จของงาน

(2) ตามสัญญากำหนดให้กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ดำเนินการก่อสร้างงานทั้งหมดให้แล้วเสร็จใน 42 เดือน

(3) ตามสัญญากำหนดให้ กทพ. มีหน้าที่ประสานงานกับกรมทางหลวงเพื่อขอใช้สิทธิในเขตทางสำหรับก่อสร้างด่วนฯ หาก กทพ. ไม่สามารถดำเนินการได้ทันภายในกำหนดเวลาและก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ถือว่าเป็น “ความเสี่ยงภัยพิเศษ” ตามข้อ 1.7.14 ของภาคผนวก 1 แนบท้ายสัญญา นอกจากนี้ กทพ. จะต้องดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบโดย “วิศวกรที่ปรึกษา” ภายใน 28 วัน นับแต่วันที่กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ยื่นแบบดังกล่าวแก่ กทพ.

(4) ตามสัญญาข้อ 1.9.2 ของผนวก 1 ได้กำหนดให้มีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ได้หากเกิดเหตุการณ์ใดๆ ตามที่ระบุไว้ ที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคาหรือระยะเวลาแล้วเสร็จ โดยได้รับความเห็นชอบจากวิศวกรที่ปรึกษา

หากที่เหตุการณ์ใด ๆ ตามที่ระบุไว้ในสัญญาอันจะทำให้การทำงานต้องล่าช้าออกไปหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้เดิมโดยมิได้เป็นความผิดของผู้รับจ้างแล้ว ผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ กทพ. หรือรัฐจะเป็นผู้รับภาระนั่นเองโดยการขยายเวลาการก่อสร้าง คือปรับวันกำหนดแล้วเสร็จ และชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น โดยปรับราคาคงที่ให้ โดยให้วิศวกรที่ปรึกษาทำหน้าที่เป็นคนกลางพิจารณาและกำหนดปรับวันแล้วเสร็จและราคาคงที่ให้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะเนื่องมาจาก กทพ. หรือนอกเหนืออำนาจของ กทพ. หรือจากเหตุสุดวิสัย

⁵⁸ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขคำที่ 30/2543 หมายเลขแดงที่ 36/2544 ระหว่างบิลฟิงเกอร์ พลาสติกเบอร์เกอร์ บาวอ็คเตียนเกเซลชาฟท์(ในนามของกิจการร่วมค้า บีบีซีดี) ผู้เสนอข้อพิพาท กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย คู่กรณี.

สัญญาข้อ 1.7.14 “กทพ. จะอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการประสานงานกับกรมทางหลวง เพื่อขอใช้สิทธิในเขตทางของทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 34 (บางนา-ตราด) สำหรับก่อสร้างตามแบบรายละเอียดที่จะจัดทำในภายหลัง

ทั้งสองกรณีข้างต้น กทพ. จะใช้ความพยายามอย่างดีที่สุด เพื่อจะช่วยเหลือ ผู้รับจ้างให้ได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าว กทพ. จะให้การสนับสนุนช่วยเหลือผู้รับจ้างในการเช่าหรือซื้อที่ดินนอกบริเวณในเขตทางสำหรับทางชั่วคราวด้วยค่าใช้จ่ายของผู้รับจ้าง

หากจำเป็นต้องมีการเวนคืนที่ดินเพิ่มซึ่งอยู่นอกบริเวณสิทธิในเขตทางกรมทางหลวงสำหรับทางถาวร กทพ. จะดำเนินมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับการเวนคืนดังกล่าว

การที่ไม่สามารถได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางของกรมทางหลวง ฯลฯ ได้ทันกำหนดเวลา และก่อให้เกิดความเสียหายหรือสูญเสียแก่ผู้รับจ้างถือว่าเป็นความเสี่ยงภัยพิเศษ”

สำหรับเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคาคงที่และ/หรือระยะเวลาแล้วเสร็จกำหนดไว้ในสัญญาข้อ 1.9.2 (ก) “ตราบไคที่สัญญายังไม่สิ้นสุดลง วันกำหนดแล้วเสร็จและราคาคงที่ที่จะมีการปรับปรุงได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากวิศวกรที่ปรึกษาของ กทพ. และตามวิธีการในข้อ (ข) ข้างล่าง (แต่ไม่กระทบถึงสิทธิหรือทางแก้ไขอื่นของ ผู้รับจ้างในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุการณ์นั้นๆ) ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ใดๆ ที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของราคาและ/หรือระยะเวลาแล้วเสร็จดังต่อไปนี้

(i) คำสั่งเปลี่ยนแปลงงานที่ออกโดย กทพ.

(ii) การระงับชั่วคราวหรือการเลื่อนงานทั้งหมดหรือบางส่วน ยกเว้นกรณีที่การระงับหรือการเลื่อนงานนั้นเกิดจากการผิดสัญญาในส่วนของผู้รับจ้างแต่เพียงฝ่ายเดียว หรือพฤติกรรมที่ กทพ. ไม่ต้องรับผิดชอบ

(iii) เหตุสุดวิสัยซึ่งกระทบกระเทือนการดำเนินงานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเวลาและ/หรือค่าใช้จ่ายอย่างร้ายแรงหรือในสาระสำคัญ

(iv) ความเสี่ยงภัยพิเศษตามข้อ 1.7.19

(vi) เหตุการณ์อื่นใด ซึ่งเป็นผลให้มีการปรับปรุงเวลา และ/หรือราคาตามข้อกำหนดของสัญญา”

(5) วันที่ 8 พฤศจิกายน 2538 หลังจากที่ กทพ. ได้ทำสัญญากับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี แล้ว กทพ. ได้ไปทำข้อตกลงกับกรมทางหลวงเจ้าของพื้นที่ ข้อ 1.10 กำหนดว่า “กทพ. จะต้องส่งแบบก่อสร้างให้กรมทางหลวงเห็นชอบตามลำดับตั้งแต่แบบเบื้องต้นจนถึงแบบสุดท้ายเพื่อใช้ในการก่อสร้างเป็นตอน ๆ และกรมทางหลวงจะส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้เป็นตอนๆ ภายหลังจากที่กรมทางหลวงได้เห็นชอบและอนุมัติแล้ว”

(6) กทพ. ไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งสิทธิในเขตทางเพื่อให้กิจการร่วมค้า บีบีซีดี เข้าดำเนินงานได้ตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญา และ กทพ. ไม่สามารถดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบก่อสร้างได้ภายในกำหนดระยะเวลาตามสัญญา จนเป็นเหตุให้กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ต้องร้องขอให้มีการปรับวันกำหนดแล้วเสร็จออกไปอีก 11 เดือน

(7) ก่อนเสนอคณะรัฐมนตรี พิจารณาอนุมัติให้ขยายวันกำหนดแล้วเสร็จตามสัญญาออกไปอีก 11 เดือน กทพ. และกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ได้มีการเจรจาและตกลงกันว่า กทพ. จะขยายกำหนดเวลาแล้วเสร็จให้ 11 เดือน โดยกิจการร่วมค้า บีบีซีดี จะไม่ปรับค่าคงที่

(8) วันที่ 18 มิถุนายน 2541 ได้มีการทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ 1) ข้อ 2 ความว่า “ให้ขยายกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของงานก่อสร้างแต่ละส่วนย่อยสำหรับทั้งโครงการออกไป 11 เดือน” และข้อ 4 ความว่า “ข้อความใดในสัญญาเดิมที่มีได้แก้ไขเพิ่มเติมและระบุไว้ในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ให้มีผลบังคับแลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเดิมทุกประการ”

(9) วันที่ 2, 15 และ 22 กรกฎาคม 2542 กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ได้มีหนังสือแจ้งวิศวกรที่ปรึกษาฯ ความว่า การที่ กทพ. ส่งมอบสิทธิในเขตทางล่าช้า รวมทั้งการไม่สามารถจัดให้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองพื้นที่ว่างเปล่าของสถานที่ก่อสร้างในเวลาต่อมา และเหตุการณ์ที่ กทพ. ไม่สามารถดำเนินการให้มีการอนุมัติแบบได้ทันภายในกำหนดเวลาในสัญญา และผู้อนุมัติแบบได้มีคำสั่งให้แก้ไขแบบเป็นจำนวนมากได้ส่งผลกระทบต่อถึงการปฏิบัติงานของกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ทำให้ราคาคงที่ตามสัญญาเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งเมื่อวิศวกรที่ปรึกษาฯ ตรวจสอบแล้วเห็นว่าราคาคงที่จะต้องปรับเพิ่มขึ้นอย่างน้อย 6,039,893,254 บาท จึงได้แจ้งให้ กทพ. และกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ทราบ

(10) กิจการร่วมค้า บีบีซีดี เสนอข้อพิพาทเรื่องค่าคงที่ที่เพิ่มขึ้นให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้ กทพ. ชำระเงินค่าคงที่ที่เพิ่มขึ้นให้แก่กิจการร่วมค้า บีบีซีดี เป็นเงินจำนวน 6,039,893,254 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันผิดนัดไปจนกว่าจะชำระเงินเสร็จ

เมื่อได้ศึกษาและพิจารณาประเด็นดังกล่าวแล้ว เห็นว่า การที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในเรื่องนี้มีสาเหตุมาจากการบริหารสัญญาของฝ่ายรัฐทำให้การส่งมอบพื้นที่เพื่อดำเนินการก่อสร้างทางด่วนตามสัญญาเกิดความล่าช้า แม้ว่าในเรื่องนี้ภายหลังศาลฎีกา⁵⁹ จะมีคำพิพากษาโดยสรุปว่า ในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 (ระหว่างบิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจึกับพวก ผู้ร้อง กับทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้คัดค้าน)

มีการทุจริตและประพฤติมิชอบ โดยเฉพาะ ศ. ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการของผู้คัดค้านในขณะนั้น และเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างดังกล่าวในนามผู้คัดค้านกระทำโดยมิชอบหลายประการ ทั้งผู้ร้องได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อจูงใจให้ ศ. และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาฯ โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง จึงต้องถือว่าในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้อง ผู้ร้องใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ผู้ร้องตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ตาม แต่ปัญหาความบกพร่องในการบริหารสัญญาของหน่วยงานของรัฐก็เป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ กทพ. ตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 (ADRA) ได้กำหนดให้การที่หน่วยงานของรัฐจะนำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ ให้หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำคู่มือซึ่งเป็นรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยในการจัดทำคู่มือดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐจะต้องหารือกับอัยการสูงสุด (Attorney General) ด้วย (Sections 575 C) โดยในการจัดทำคู่มือรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ⁶⁰ ตาม Sections 575 C จะมีสาระสำคัญ เช่น รูปแบบของอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาใช้ เทคนิคของการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Techniques) รายการประเด็นสำคัญต่าง ๆ ที่จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ในประเด็นเรื่องนี้เห็นว่าปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสัญญา บริหารสัญญา และการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนขึ้น โดยเฉพาะ จึงทำให้เกิดปัญหาการเอื้อประโยชน์ในการจัดทำสัญญาและขาดแนวทางการบริหารจัดการสัญญาที่ชัดเจน อันเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้หน่วยงานของรัฐแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ

⁶⁰ DEVELOPING GUIDANCE FOR BINDING ARBITRATION A Handbook for Federal Agencies
www.doi.gov/pmb/cadr/.../developingguidanceforbindingarbitration.doc

อย่างไรก็ตาม ในกรณี 4.2.3 นี้เคยมีนักวิชาการ⁶¹ เห็นว่า สาเหตุประการหนึ่งที่หน่วยงานของรัฐในคดีโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น เนื่องจากอนุญาโตตุลาการมิได้นำหลักกฎหมายมหาชนเรื่องสัญญาทางปกครองมาปรับใช้ แก่คดีแต่กลับใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Freedom of contract) ในทางแพ่งมาใช้บังคับ ซึ่งเรื่องนี้หากนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองนำหน้าการพิจารณาอาจเปลี่ยนไปในทางที่เป็นคุณแก่สาธารณะมากกว่าก็ได้ นั่น เมื่อได้พิจารณาประเด็นนี้แล้ว เห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายมหาชนเรื่องสัญญาทางปกครองมาปรับใช้แก่คดี รวมถึงการกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ในคดีสัญญาทางปกครองนั้น ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34⁶² กำหนดให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันกำหนดกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้ และในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย รวมทั้งมาตรา 25⁶³

⁶¹ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. (พ.ศ. 2547). เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง การตรวจร่างสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีการตรวจร่างสัญญาตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง มิให้กำหนดเงื่อนไขสัญญาให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทาน. สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 33.

⁶² มาตรา 34 ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้ โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการจัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้า ให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย

⁶³ มาตรา 25 ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพหุติการแห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม

และมาตรา 30⁶⁴ ก็ได้กำหนดให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ (Party Autonomy) ซึ่งแนวทางในการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองหรือสัญญาโครงการที่มีมูลค่าสูงมากนัก เห็นว่า คู่พิพาทอาจตกลงกันกำหนดเงื่อนไขในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทและเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้ใช้ระบบไต่สวนในการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดี และนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับแก่คดี เป็นต้น เนื่องจากการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการถือความประสงค์ของคู่พิพาทเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุดที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ องค์คณะอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่พิพาท ซึ่งมาตรา 17 มาตรา 18 และมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดเป็นหลักว่า จำนวนอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดีจะต้องมีจำนวนเป็นเลขคี่ ส่วนจำนวนอนุญาโตตุลาการจะมีเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับคู่กรณีที่จะตกลงกัน และคู่กรณีอาจตกลงกันกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งอาจตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการก็ได้ ซึ่งในกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาโครงการที่มีมูลค่าสูงมากนัก เห็นว่า ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาเป็นเอกชน The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 (ADRA) ได้กำหนดให้การเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ตกลงกัน (Sections 577 (a)) โดยจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง (Sections 573) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่มีการกำหนดว่าบุคคลผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นนักกฎหมายหรือผู้มีประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมาย แต่โดยทั่วไปคู่สัญญามักจะเลือกนักกฎหมายขึ้นทำหน้าที่

⁶⁴ มาตรา 30 ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดว่าจะสืบพยานหรือฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ หรือจะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยรับฟังเพียงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นใดก็ได้

คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการสืบพยานตามวรรคหนึ่ง ในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาในช่วงใด ๆ ตามที่เห็นสมควรถ้าได้รับคำร้องขอจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ในกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงไม่ให้มีการสืบพยานด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ

ให้คณะอนุญาโตตุลาการแจ้งกำหนดนัดสืบพยานและนัดพิจารณาเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่ หรือเอกสารอย่างอื่นให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าเป็นเวลาพอสมควร

ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง เอกสาร หรือข้อมูลทั้งหมดที่คู่พิพาทฝ่ายใดเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องส่งให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้ ให้รวมถึงรายงานของผู้เชี่ยวชาญหรือเอกสารหลักฐานใดๆ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ประกอบการชี้ขาดด้วย

อนุญาโตตุลาการเนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับข้อกฎหมายหรือ การตีความข้อสัญญา สำหรับกรณีปัญหาของประเทศไทยเพื่อให้ได้อนุญาโตตุลาการที่มีความ เชื่อวชาญหลายด้านที่มีความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง คู่กรณีอาจตกลงกันกำหนด จำนวนอนุญาโตตุลาการเพิ่มมากขึ้นเป็นห้าคนหรือเจ็ดคนเพื่อให้ได้อนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาร่วมพิจารณาชี้ขาด แต่อาจมีปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในเรื่องค่าป่วยการ อนุญาโตตุลาการที่สูงขึ้น ซึ่งอาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้โดยรัฐต้องออกมาตรการทางภาษีเพื่อ ช่วยเหลือคู่พิพาทเกี่ยวกับการตั้งอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

4.2.4 กรณีกรรมทางหลวง กับบริษัท Walter Bau Aktiengesellschaft (in liquidation) หรือ Walter Bau AG⁶⁵

ในข้อพิพาทนี้มีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่า กรรมทางหลวงโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ได้ทำสัญญาสัมปทาน กับบริษัท คอนเมือง โทล์ลเวย์ จำกัด (ต่อมา ได้เปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน)) เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2532 โดยตกลงให้สัมปทานในการ ใช้พื้นที่สัมปทานลงทุนก่อสร้าง และประกอบกรรมทางหลวงสัมปทานรวมทั้งเก็บค่าผ่านทาง ในพื้นที่สัมปทานบนทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง อายุสัญญาสัมปทาน 25 ปี นับจากวันลงนามในสัญญา มูลค่าของโครงการประมาณ 10,000 ล้านบาท

ต่อมา เมื่อวันที่ 21 กันยายน 2548 บริษัท Walter Bau AG (ผู้ลงทุนจากสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งได้ลงทุน โดยการเข้าซื้อหุ้นของบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับสัมปทานฯ และได้ควบรวมกับบริษัท ดิคเกอร์ฮอฟ แอนด์วีดแมน (ซึ่งเป็นผู้ลงทุนเดิมในบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง ฯ) มีผลทำให้บริษัท Walter Bau AG เป็น ผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ได้รับสัมปทานดังกล่าวเป็นจำนวน 9.87%) ได้ส่งคำเสนอข้อพิพาทมายัง รัฐบาลไทย เพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่า รัฐบาลไทย มีการกระทำอันไม่เป็นธรรมและไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานฯ และให้รัฐบาลไทยชดใช้ ค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนประมาณ 3,000 ล้านบาท และได้แจ้งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน พร้อมทั้งขอให้ฝ่ายไทยตั้งอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ โดยอาศัยสิทธิในฐานะผู้ลงทุนตามสนธิสัญญา

⁶⁵ หนังสือกระทรวงคมนาคม ค่วนที่สุด ที่ คค (ปคร) 0206/111 ลงวันที่ 19 มิถุนายน 2551 เรื่อง รายงาน ผลดำเนินการข้อพิพาทระหว่างบริษัท Walter Bau Aktiengesellschaft (in liquidation) กับราชอาณาจักรไทย และขอความเห็นชอบร่างข้อตกลงเพื่อการอนุญาโตตุลาการฯ ฉบับแก้ไข.

ว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พ.ศ. 2545 ในข้อ 10 ที่กำหนดว่า หากข้อพิพาทไม่สามารถระงับได้ภายในหกเดือน นับตั้งแต่วันที่คู่กรณีในข้อพิพาทฝ่ายใดได้ยกข้อพิพาทขึ้น ให้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการตามคำร้องขอของคู่กรณีในข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่คู่กรณีในข้อพิพาทได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น และให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวนสามคน โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและอนุญาโตตุลาการสองคนนี้ร่วมกันตั้งประธานอนุญาโตตุลาการซึ่งมีสัญชาติของประเทศที่สาม แต่ถ้าไม่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการตามที่ระบุไว้ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดขอให้ประธานของศาลอนุญาโตตุลาการที่หอการค้านานาชาติ ณ กรุงปารีส เป็นผู้แต่งตั้งให้ สำหรับในกรณีประเทศคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้กลายเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 ข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นให้เสนอต่อการอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนตามอนุสัญญาฯ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น⁶⁶

ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมาโดยสรุป เมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2549 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างข้อตกลงเพื่อการอนุญาโตตุลาการ และเรื่องการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (บริษัท Walter Bau AG และราชอาณาจักรไทย) และกฎเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีนี้ เช่น เขตอำนาจพิจารณาชี้ขาดคดีของคณะอนุญาโตตุลาการ สถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา กฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ ข้อกำหนดเกี่ยวกับพยาน กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ต่อมาได้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจเพื่อทำการอนุญาโตตุลาการที่เจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และสถานที่สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นกรุงกัวลาลัมเปอร์ ประเทศมาเลเซีย หรือสถานที่อื่นซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะได้กำหนดโดยการหารือกับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นชอบตามที่ฝ่ายไทยเสนอให้แยกการพิจารณาคดีออกเป็นสองขั้นตอน คือ ขั้นตอนการพิจารณาเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) และขั้นตอนการพิจารณาเนื้อหาสาระ (Merit) ซึ่งมีการดำเนินการไปแล้ว ดังนี้

⁶⁶ <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>> 20 April 2011.

(1) ขั้นตอนการพิจารณาเขตอำนาจศาล (Jurisdiction)

(1.1) มีการนั่งพิจารณาและสืบพยานในขั้นตอนการพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ที่สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เขตปกครองพิเศษฮ่องกง ระหว่างวันที่ 31 กรกฎาคม 2550 ถึงวันที่ 1 สิงหาคม 2550 ประเด็นสำคัญที่พิจารณาการลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลก่อนหรือไม่ รูปแบบและวัตถุประสงค์ของความเห็นชอบเป็นอย่างไร ในสนธิสัญญากำหนดให้มีการอนุมัติอื่นอีกหรือไม่ โดยบริษัท Walter Bau AG ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาแล้วหรือไม่ และบริษัท Walter Bau AG มีอำนาจฟ้องเพราะเหตุการณ์ควบรวมกับบริษัท ดิคเกอร์ฮอฟ แอนด์วิดแมน (ซึ่งเป็นผู้ลงทุนเดิมในบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน)) ซึ่งมีผลเมื่อ 16 สิงหาคม 2544 หรือไม่

(1.2) เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2550 คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ สรุปว่า การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาฉบับปี พ.ศ. 2504 ต้องเป็นการลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมาย และแนวทางปฏิบัติทางปกครองของฝ่ายไทยการอนุมัติการลงทุน มีความหมายรวมถึง ความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) การให้สัมปทานหรือโครงการของรัฐอื่นใด ใ้รับรองให้ความเห็นชอบการลงทุนตามประกาศกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (Certificate of Admission : CA) คณะอนุญาโตตุลาการ จึงถือว่าการลงทุนของบริษัท Walter Bau AG ได้รับความเห็นชอบตามสนธิสัญญาฯ เนื่องจากเป็นโครงการสัมปทานของรัฐบาลได้รับการส่งเสริมการลงทุน ฯลฯ และตามสนธิสัญญาฉบับปี พ.ศ. 2545 คุ้มครองการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบก่อนสนธิสัญญาฉบับปี พ.ศ. 2545 ด้วย สำหรับการควบรวมระหว่างบริษัท Walter Bau AG กับบริษัท ดิคเกอร์ฮอฟ แอนด์วิดแมน ซึ่งมีผลเมื่อ 16 สิงหาคม 2544 ถือว่าเป็นการลงทุน จึงมีอำนาจฟ้องคดีต่ออนุญาโตตุลาการ สรุปว่าบริษัท Walter Bau AG มีสิทธิ์ยื่นข้อพิพาทต่อรัฐบาลไทยตามสนธิสัญญาฯ ดังกล่าว และคณะอนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจพิจารณาในส่วนเนื้อหาของคดีต่อไป

(2) ขั้นตอนการพิจารณาเนื้อหาสาระ (Merit) มีข้อเท็จจริงโดยสรุป ดังนี้

(2.1) ข้อกล่าวหาว่าการที่รัฐบาลอนุมัติแบบล่าช้าทำให้เกิดความล่าช้า ในการก่อสร้างทางยกระดับ

ฝ่ายไทยต่อสู้ว่าไม่เป็นความจริงกรมทางหลวงไม่ได้อนุมัติแบบล่าช้า แต่บริษัททางยกระดับฯ เป็นฝ่ายที่ส่งแบบล่าช้า และแบบที่ส่งนั้นบางครั้งก็มีการออกแบบเพื่อให้อำนาจ

ทางยกระดับฯ ได้รับผลประโยชน์มากที่สุด ทำให้กรมทางหลวงไม่อาจยอมรับได้ อีกทั้งไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา

(2.2) ข้อกล่าวหาว่าความล่าช้าในการก่อสร้างสะพานกลับทิศมีสาเหตุจากรัฐบาลและความล่าช้าดังกล่าวส่งผลต่อปริมาณการจราจรบนทางยกระดับอย่างมีนัยสำคัญ หากไม่มีความล่าช้าดังกล่าวก็จะทำให้มียานพาหนะขึ้นไปใช้ทางยกระดับมากขึ้น และเร็วขึ้นกว่าเดิม ซึ่งจะทำให้บริษัท ทางยกระดับฯ มีรายได้มากขึ้นกว่าที่ได้รับ

ฝ่ายไทยต่อสู้ว่าสาเหตุความล่าช้าในการก่อสร้างสะพานกลับทิศดังกล่าวเกิดจากเหตุหลายประการประกอบกัน แม้จะมีเหตุบางประการเกิดจากฝ่ายรัฐบาล แต่เป็นเรื่องที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เนื่องจากรัฐบาลไม่อาจละเลยการรับฟังความเห็นของประชาชนได้ และการที่ประชาชนประท้วงต่อต้านการก่อสร้างสะพานกลับทิศนั้นเป็นผลมาจากการที่บริษัท ทางยกระดับฯ ไม่พยายามทำความเข้าใจกับประชาชนให้ดีเกี่ยวกับประโยชน์ในการก่อสร้างสะพานกลับทิศดังกล่าว อีกทั้งการก่อสร้างสะพานกลับทิศจะต้องทำการเวนคืนที่ดินหลายแห่ง ซึ่งการเวนคืนที่ดินตามกฎหมายนั้นบริษัท ทางยกระดับฯ ทราบว่าต้องใช้เวลาาน การที่บริษัท ทางยกระดับฯ ส่งมอบแบบให้กรมทางหลวงล่าช้าเป็นหนึ่งในเหตุผลที่ทำให้การเวนคืนที่ดินทำได้ล่าช้าตามไปด้วย ทั้งนี้ การก่อสร้างสะพานกลับทิศล่าช้าก็ไม่ได้มีผลกระทบต่อปริมาณการจราจรบนทางยกระดับแต่อย่างใด

(2.3) ข้อกล่าวหาว่ารัฐบาลไม่ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ในการจัดหาเงินกู้ผ่อนปรนจำนวน 8,500 ล้านบาทให้กับบริษัท ทางยกระดับฯ และบริษัท ทางยกระดับฯ ถูกรัฐบาลบีบบังคับให้ต้องลงนาม

ฝ่ายไทยต่อสู้ว่าบันทึกข้อตกลงแก้ไขดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการพยายามอย่างหนักของทางบริษัท ทางยกระดับฯ ที่ต้องการให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ และไม่ได้เกิดขึ้นจากการบีบบังคับจากฝ่ายรัฐบาลแต่อย่างใด ทั้งนี้ ดอกเบี้ยของเงินกู้ผ่อนปรนที่รัฐบาลจัดหาให้กับบริษัท ทางยกระดับฯ ก็เป็นดอกเบี้ยในอัตราที่ต่ำกว่าอัตราที่ธนาคารออมสินให้กับลูกค้าชั้นดีในช่วงเวลาเดียวกันถึงร้อยละ 3.5 ซึ่งถือเป็นอัตราที่ต่ำมาก และบริษัท ทางยกระดับฯ เองก็ได้มีมติเห็นชอบกับการที่รัฐบาลจะจัดหาเงินกู้ผ่อนปรนให้เป็นเงินบาทและดอลลาร์สหรัฐ

(2.4) ข้อกล่าวหาว่ารัฐบาลไม่ยอมให้มีการปรับขึ้นค่าผ่านทางตามสัญญาสัมปทานฯ และบังคับให้มีการปรับลดค่าผ่านทาง

ฝ่ายไทยต่อสู้ว่าความล่าช้าในการปรับขึ้นค่าผ่านทางมีสาเหตุมาจากข้อกำหนดในสัญญาสัมปทาน การปรับขึ้นค่าผ่านทางต้องทำการก่อสร้างส่วนต่อขยายด้านทิศเหนือแล้วเสร็จ

ก่อน ซึ่งปรากฏว่าส่วนเชื่อมต่อระหว่างสนามบินกับทางยกระดับยังไม่แล้วเสร็จ บริษัททางยกระดับฯ ได้ขอให้มีการยกเลิกข้อกำหนดดังกล่าว ต่อมาได้มีการยกเลิกตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 3/2550 ส่วนการปรับลดค่าผ่านทางในปี 2547 นั้นก็เกิดจากการตกลงกันระหว่างรัฐบาลกับบริษัท ทางยกระดับฯ

(2.5) ข้อกล่าวหาว่ารัฐบาลทำการก่อสร้างถนนที่เป็นการก่อสร้างแข่งกับทางยกระดับ

ฝ่ายไทยต่อสู้ว่ารัฐบาลได้เยียวยาปัญหาดังกล่าวแล้ว ตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 3/2550 ซึ่งบริษัท Walter Bau AG ก็ทราบดีถึงข้อกำหนดในบันทึกข้อตกลงแก้ไขดังกล่าวว่า เกิดขึ้นจากความพยายามเจรจากับรัฐบาลของฝ่ายบริหารของบริษัท ทางยกระดับฯ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัท และมีได้มีการแทรกแซงจากทางฝ่ายรัฐบาลแต่อย่างใด บริษัท Walter BAU AG ในฐานะผู้ถือหุ้นรายย่อยจึงต้องผูกพันตามข้อกำหนดในบันทึกข้อตกลงแก้ไขดังกล่าว

เมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวข้างต้นแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการ เห็นว่าไม่มีการกระทำของฝ่ายทางการไทยที่เป็นการริบทรัพย์สิน เพราะการกระทำที่มีลักษณะเป็นการริบทรัพย์สินนั้นต้องมีการเอาไปซึ่งสิทธิในการควบคุมการลงทุนของฝ่ายผู้ลงทุน การบริหารงานประจำวันของบริษัท การแทรกแซงการบริหารงาน การแทรกแซงการแจกจ่ายเงินปันผลการแต่งตั้งผู้จัดการและเจ้าหน้าที่บริหาร การเอาไปซึ่งทรัพย์สินหรือการควบคุมทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของบริษัท อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการ เห็นว่า ประเทศไทยผิดสัญญาในส่วนที่เป็นบทสัญญาเรื่องการที่ต้องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตามสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีฯ โดยการทำลายความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เรียกร้อง โดยเหตุผลต่าง ๆ ดังนี้

1. ผู้เรียกร้องมีความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะได้รับผลตอบแทนที่สมเหตุผลในการลงทุนของตน สัญญาสัมปทานเป็นเรื่องกึ่งมหาชนจึงมีการวางกฎเกณฑ์ที่เข้มงวด ที่ทำให้ผู้ลงทุนจะไม่ประสงค์ที่จะลงทุนระยะยาวโดยไม่มีความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะได้รับผลตอบแทนการลงทุนที่สมควร และค่าผ่านทางที่ได้รับเป็นหนทางเดียวที่จะได้รับผลตอบแทนเช่นนั้น การที่ทางการไทยปฏิเสธการขึ้นราคาค่าผ่านทางเป็นการทำลายความคาดหวังดังกล่าว

2. รัฐบาลไทยได้ขอให้บริษัททางยกระดับคอนเมืองจำกัคฯ ลดค่าผ่านทางและนายกรัฐมนตรีไทยในขณะนั้น ได้ประกาศเรื่องดังกล่าวอย่างเป็นทางการ นอกจากนั้นรัฐบาลไทยได้ปรับปรุงถนนรอบๆ ทางยกระดับซึ่งเกินขอบเขตของการจัดการจราจรที่สามารถทำได้ตามสัญญาสัมปทาน และการปิดท่าอากาศยานคอนเมืองซึ่งกระทบต่อการจราจรบนทางยกระดับอันเป็นการทำลายความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ลงทุน

3. ฝ่ายไทยปฏิเสธที่ให้ขึ้นค่าผ่านทางตามสัญญา การลดค่าผ่านทางในเดือนธันวาคม 2004 เหลือ 20 บาทตลอดสาย และมีการพัฒนาถนนรอบๆ ทางยกระดับ (โครงการ โฮปเวลล์) ซึ่งเกิดขอบเขตของการจัดการจราจรที่ระบุในสัญญา และการปิดสนามบินดอนเมืองระหว่างเดือนกันยายน ค.ศ. 2006 จนถึงเดือนมีนาคม 2007 เป็นการกระทำที่มีขอบของฝ่ายไทย

ด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าการกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนที่กำหนดว่าต้องปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม เนื่องจากในสัญญาโพลล์เวย์ระบุชัดเจนว่าห้ามสร้างโครงการที่มีลักษณะแข่งขัน แต่มีการสร้างโครงการ โฮปเวลล์ รัฐบาลไทยไม่ยอมขึ้นค่าผ่านทาง แต่มีการลดค่าผ่านทาง มีการปิดสนามบินดอนเมืองทำให้ขาดรายได้จากค่าผ่านทาง โดยในคำชี้ขาดกำหนดให้รัฐบาลไทยต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นมูลค่า 29,000,000 ยูโร และค่าใช้จ่ายบางส่วน เป็นเงิน 1,980,000 ยูโร รวมทั้งดอกเบี้ย

เมื่อได้ศึกษาและพิจารณาประเด็นดังกล่าวแล้ว เห็นว่า มีประเด็นสำคัญที่จะต้องการศึกษาตามข้อ 4.2.4 เกี่ยวกับการพิจารณาเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) เนื่องจากตามข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาชี้ขาดว่าการลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พ.ศ. 2504 ต้องเป็นการลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมาย และแนวทางปฏิบัติทางปกครองของฝ่ายไทยการอนุมัติการลงทุน มีความหมายรวมถึงความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) การให้สัมปทานหรือโครงการของรัฐอื่นใด ใบรับรองให้ความเห็นชอบการลงทุนตามประกาศกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (Certificate of Admission : CA) คณะอนุญาโตตุลาการ จึงถือว่าการลงทุนของบริษัท Walter Bau AG ได้รับความเห็นชอบตามสนธิสัญญาฯ เนื่องจากเป็นโครงการสัมปทานของรัฐบาลได้รับการส่งเสริมการลงทุน ฯลฯ และตามสนธิสัญญาฉบับปี พ.ศ. 2545 คุ้มครองการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบก่อนสนธิสัญญาฉบับปี พ.ศ. 2545 ด้วย สำหรับการควมรวมระหว่างบริษัท Walter Bau AG กับบริษัท ดิคเกอร์ฮอฟ แอนด์วิดแมน ซึ่งมีผลเมื่อ 16 สิงหาคม 2544 ถือว่าเป็นการลงทุน จึงมีอำนาจยื่นเสนอข้อพิพาทดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทได้

เมื่อพิจารณาคำชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวแล้ว เห็นว่าประเทศไทยอาจต้องกลับมาพิจารณาทบทวนถึงการกำหนดหลักเกณฑ์ตามประกาศคณะกรรมการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ ที่ กต 0704/1/2546 เรื่อง การให้ความคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศภายใต้ความตกลงเพื่อการ

ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลต่างประเทศ ณ วันที่ 22 ตุลาคม 2546 ในข้อ 4 ที่กำหนดให้ถือว่าการลงทุนทางตรงต่อไปนี้ ได้รับการคุ้มครองตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐบาลไทยมีอยู่กับรัฐบาลของประเทศผู้ลงทุน 1) การลงทุนที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี หรืออธิบดี ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 2) การลงทุนที่ได้รับบัตรส่งเสริมจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติการลงทุน พ.ศ. 2520 และ 3) การลงทุนภายใต้สัญญาสัมปทานจากหน่วยงานรัฐ ทั้งนี้ โดยให้ถือว่าใบอนุญาตจากระทรวงพาณิชย์ หรือบัตรส่งเสริมจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หรือสัญญาสัมปทานจากหน่วยงานรัฐดังกล่าวข้างต้นเป็นใบรับรอง C.A.P. ของการลงทุน และมีผลให้การลงทุนเหล่านี้ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐบาลไทยมีอยู่กับรัฐบาลของประเทศผู้ลงทุนด้วย

โดยที่ประกาศหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้เกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญ กล่าวคือ ทำให้ผู้ลงทุนเอกชนของประเทศผู้ลงทุนตามข้อ 4 ของประกาศคณะกรรมการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ที่ กต 0704/1/2546 เรื่อง การให้ความคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลต่างประเทศ นั้น เป็นผู้ได้รับการคุ้มครองตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่รัฐบาลไทยมีอยู่กับรัฐบาลของประเทศผู้ลงทุนทันที โดยที่ยังมิได้มีการกั้นการลงทุนซึ่งต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในเรื่องผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ การถ่ายทอดเทคโนโลยี และการวิจัยเพื่อการพัฒนาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรม และจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสสิ่งแวดล้อม และการคุ้มครองผู้บริโภค ตามหลักเกณฑ์ในข้อ 5 ของประกาศดังกล่าวที่กำหนดไว้ ประกอบกับตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 2002 ในข้อ 2 (2) ได้กำหนดไว้ว่า “สนธิสัญญานี้จะใช้บังคับเฉพาะกับการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบเป็นการเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หากกำหนดไว้เช่นนั้น โดยกฎหมายและข้อบังคับของภาคีสัญญานั้น” (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) ในกรณีเช่นนี้ เมื่อผู้ลงทุน มีข้อพิพาททางการลงทุนกับหน่วยงาน ของรัฐเกิดขึ้นจะทำให้ผู้ลงทุนเอกชนดังกล่าวสามารถ ยื่นเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อทำคำชี้ขาดตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนที่ได้จัดทำไว้กับประเทศผู้ลงทุนได้โดยง่าย แม้ผู้ลงทุนเอกชนของประเทศผู้ลงทุนรายนั้น จะเป็นเพียงผู้ถือหุ้นรายย่อยของบริษัทผู้ลงทุน ก็อาจยื่นเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งย่อมเกิดผลเสียหายต่อภาพลักษณ์ของประเทศไทยหากภายหลังต้องตกเป็นฝ่ายแพ้กคดี ดังนั้น จึงควรพิจารณาปรับปรุงหลักเกณฑ์ประกาศคณะกรรมการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครอง การลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ เรื่อง การให้ความคุ้มครองการลงทุนจาก ต่างประเทศภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาล ต่างประเทศ ดังกล่าวให้ชัดเจนและเหมาะสมยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดปัญหาข้อกฎหมายในทาง อรรถคดีต่อไป

กล่าวโดยสรุป จากกรณีศึกษาตามข้อ 4.2.1 ข้อ 4.2.2 ข้อ 4.2.3 และข้อ 4.2.4 ข้างต้น เห็นว่า การที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้กคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น มิได้เกิดจากระบบ อนุญาโตตุลาการ โดยตรงในหลายกรณีเกิดจากระบวนการในการจัดทำสัญญา การบริหารสัญญา ของรัฐ และบางกรณีอาจเกิดจากการที่คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีคุณสมบัติไม่เหมาะสมกับเรื่อง ที่พิพาทกัน ซึ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนอาจเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐหรือเป็นการ กระทำเกี่ยวกับสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศจึงทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำความ ดังกล่าว อาจมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางปกครองด้วย⁶⁷ หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดจากการกระทำ ของหน่วยงานของรัฐ ก็เป็นคดีปกครองประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่เนื่องจาก พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็มีได้มีบทบัญญัติที่เป็นสารบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของฝ่ายรัฐและ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ และนักกฎหมายมหาชนเห็นว่า สัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดทำบริการสาธารณะจึงไม่ควรให้

⁶⁷ เอกสิทธิ์ จันตะมา. (2556). การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน : ผลกระทบต่อการโต้แย้ง ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของรัฐตามกฎหมายไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย นครสวรรค์. ปีที่ 6 ฉบับที่ 1. พิษณุโลก : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์. หน้า 36.

ข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะถูกวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาตั้งขึ้นเอง ซึ่งในเรื่องนี้เห็นว่าในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการยกร่างสัญญา การบริหารสัญญาของรัฐ และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไว้โดยเฉพาะ รวมถึงการกำหนดสิทธิหน้าที่ของฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะด้วย ทำให้ขาดกระบวนการตรวจสอบร่างสัญญาก่อนลงนามและองค์การที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการบริหารสัญญา และไม่มีบทกฎหมายสารบัญญัติใดบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชนในสัญญาทางปกครองที่จะนำมาใช้ประกอบพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ จึงทำให้ในหลายกรณีอนุญาโตตุลาการต้องใช้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน นอกจากนี้ ในหลายคดีเมื่อหน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่หน่วยงานของรัฐจะไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นและเสนอคดีต่อศาลภายในประเทศเพื่อให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว และทำให้นักลงทุนชาติมองว่าศาลภายในประเทศต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งคอยให้การช่วยเหลือให้หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายชนะคดีในที่สุด

4.3 การให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID)

ในอดีตจนถึงปัจจุบันประเทศไทยได้เคยให้สัตยาบันต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมาแล้วจำนวนสามฉบับด้วยกัน ได้แก่

1) โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ค.ศ. 1923 (The Protocol on Arbitration Clauses, 1923)⁶⁸ ซึ่งกำหนดหลักการให้ประเทศภาคียอมรับบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาททางแพ่ง แม้คู่กรณีอาจมีสัญชาติของประเทศภาคีที่แตกต่างกัน และเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ต้องกระทำในต่างประเทศก็ตาม

⁶⁸ J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process : Public and Private Volume V* (Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc., 1979), p. 301.

2) อนุสัญญาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1927 (The Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards, 1927) ซึ่งจัดทำขึ้น รับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกประเทศภาคีที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดแต่ทำขึ้นในดินแดนของประเทศภาคีอื่น หากคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ไม่บกพร่อง โดยการบังคับคำชี้ขาดต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

3) อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958) หรือเรียกว่า “อนุสัญญาฉบับนิวยอร์ก” ซึ่งถือเป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนิวยอร์กนี้มีขอบเขตการใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาททุกประเภทซึ่งสามารถระงับได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ทางสัญญา และไม่ว่าข้อพิพาททางสัญญานั้นจะเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนก็ตาม นอกจากนี้ ยังเป็นการปรับปรุงข้อบกพร่องของอนุสัญญาฉบับก่อนนี้เกี่ยวกับปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาด โดยให้คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเพียงแต่เสนอคำชี้ขาดต่อศาลหรือองค์กรที่จะบังคับตามคำชี้ขาดพร้อมทั้งพยานหลักฐานที่อนุสัญญากำหนดไว้ ส่วนภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น กล่าวคือ จะต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้และถ้าพิสูจน์ได้ตามที่กล่าวอ้าง ศาลหรือองค์กรดังกล่าวก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าไม่มีการพิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์หรือบกพร่องด้วยประการใดๆ ศาลหรือองค์กรดังกล่าวนั้นก็ควรบังคับตามคำชี้ขาดให้⁶⁹ และตามมาตรา 7 ของอนุสัญญาฉบับนิวยอร์ก ยังได้กำหนดว่าหากประเทศที่เป็นภาคีของเจนีวาโปรโตคอล 1923 และอนุสัญญานครเจนีวา 1927 ได้เข้าเป็นประเทศภาคีของอนุสัญญานครนิวยอร์ก 1958 แล้วให้คู่สัญญาผูกพันเฉพาะตามเงื่อนไขของอนุสัญญานครนิวยอร์ก 1958 เท่านั้น และให้ถือว่าเจนีวาโปรโตคอลและอนุสัญญานครเจนีวาเป็นอันสิ้นผลผูกพันในส่วนของประเทศเหล่านั้น ซึ่งปัจจุบันประเทศภาคีของเจนีวาโปรโตคอลและอนุสัญญานครเจนีวาได้กลายเป็นประเทศภาคีของอนุสัญญานครนิวยอร์กจนครบถ้วนแล้ว จึงมีผลให้เจนีวาโปรโตคอลและอนุสัญญานครเจนีวาสิ้นผลไปโดยปริยาย

⁶⁹ Article 5 of The New York Convention.

นอกจากอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ประเทศไทยยังได้เคยให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency) โดยประเทศไทยมีพันธกรณีผูกพันตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคีดังกล่าว ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้สถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)) มีฐานะเป็นนิติบุคคล และให้มีสำนักงานตั้งอยู่ในประเทศไทยได้ โดยสถาบันและพนักงานของสถาบันจะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในการดำเนินงานและการปฏิบัติงานของสถาบันในประเทศไทย จึงได้มีการออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าว โดยตราเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี พ.ศ. 2543 สำหรับกลไกการระงับข้อพิพาทของ MIGA มีข้อกำหนดที่สำคัญและผูกพันประเทศไทยให้ต้องปฏิบัติตาม คือ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเทศสมาชิกอนุสัญญาฯ จะต้องยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการว่าผูกพันและสามารถบังคับคดีได้ในอาณาเขตของประเทศตนเช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลภายในประเทศนั้น และการบังคับตามคำชี้ขาดให้เป็นไปตามกฎหมายบังคับคดีของประเทศนั้นด้วย

ในส่วนอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งประเทศไทยยังมีได้ให้สัตยาบัน ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและชนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1965 (ICSID))⁷⁰ ซึ่งจัดทำขึ้นเพื่อให้บริการอนุญาโตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวกับเอกชนผู้ลงทุนซึ่งเป็นคนชาติของอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญานี้อยู่ด้วย เมื่อพิจารณาจากกลไกการระงับข้อพิพาทของศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID ย่อมเป็นที่พอใจของผู้ลงทุนต่างประเทศในแง่ที่จะสร้างความมั่นใจในความปลอดภัยของกิจการลงทุนและทรัพย์สิน แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการสละอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะยินยอมไปเป็นคู่พิพาทกับเอกชนผู้ลงทุนต่างประเทศและอยู่ใต้อำนาจการพิจารณาของศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID แม้การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาไม่เป็นการผูกมัดที่จะทำให้รัฐสมาชิกต้องเสนอข้อพิพาทไปยังศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID เพราะเขตอำนาจของศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID ขึ้นอยู่กับความยินยอมดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น ในทางปฏิบัติแล้วเป็นการยากที่ประเทศภาคีสมาชิกจะหลีกเลี่ยงการยอมรับภาระที่จะต้องเสนอกรณีพิพาทไปยังศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID เพราะผู้ลงทุนต่างประเทศ

⁷⁰ J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process Volume IV* (Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc., 1977), p.432.

ยอมจะเรียกร้องให้รัฐบรรจุข้อความที่จะให้มีการเสนอกรณีพิพาทไปยังศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID ไว้ในสัญญาการลงทุนหรือกฎหมายลงทุนซึ่งรัฐอาจจำเป็นต้องทำเพราะถ้ารัฐไม่ทำก็ย่อมแสดงให้เห็นถึงความไม่สุจริตใจของรัฐอันจะทำให้เกิดผลเสียหายมากกว่าผลดี โดยประเทศไทยได้ลงนามอนุสัญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2528 แต่ปัจจุบันยังไม่มีกรให้สัตยาบันส่วนสาเหตุที่ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิก ICSID เนื่องจากการเข้าเป็นสมาชิกดังกล่าวมีพันธกรณีหลายประการที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม⁷¹ ซึ่งเมื่อได้ศึกษาและพิจารณาสาเหตุในประเด็นดังกล่าวแล้ว มีความเห็นว่าในแต่ละประเด็น ดังนี้

(1) ด้านสถานะ ความคุ้มกัน และเอกสิทธิ์

ตามข้อ 18 ถึงข้อ 24 แห่งอนุสัญญา ICSID ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคียอมรับสถานะทางกฎหมายของ ICSID และให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันแก่ทรัพย์สินและเจ้าหน้าที่ของ ICSID หากประเทศไทยไทยจะเข้าเป็นสมาชิกจำเป็นต้องออกพระราชกฤษฎีกา เพื่อระบุให้ ICSID เป็นทบวงการชำนัญพิเศษตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษไปประเทศไทย พ.ศ. 2504 นั้น เห็นว่า หลักการเกี่ยวกับการให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันแก่ทรัพย์สินและเจ้าหน้าที่ของ ICSID ดังกล่าว ที่ผ่านมประเทศไทยได้เคยยอมรับพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้สถาบันประกันการลงทุนพหุภาคีเป็นนิติบุคคลและให้มีสำนักงานตั้งอยู่ในประเทศไทยได้ โดยที่สถาบันและพนักงานของสถาบันจะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในการดำเนินงานและการปฏิบัติงานของสถาบันในประเทศไทย และประเทศไทยอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีที่อนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดไว้ โดยการตราเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี พ.ศ. 2543 ดังนั้น การที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิกโดยต้องออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อระบุให้ ICSID เป็นทบวงการชำนัญพิเศษตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติ และทบวงการชำนัญพิเศษไปประเทศไทย พ.ศ. 2504 จึงสามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าประเทศไทยเสียอำนาจอธิปไตยแต่อย่างใด

⁷¹ หนังสือสำนักนโยบายการออมและการลงทุน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ที่ กค 1012/สนอล./000311 ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2549 เรื่อง การพิจารณาข้อคิดเห็น พร้อมทั้งข้อดีและข้อเสียของการให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิกศูนย์ระหว่งประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น.

(2) ผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยในทางศาล

ตามข้อ 26 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้รัฐภาคีอาจกำหนดให้มีการดำเนินการเยียวยาในทางปกครองหรือในทางศาลของท้องถิ่นจนหมดสิ้นก่อนที่จะให้ความยินยอมให้ข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของ ICSID ซึ่งหมายความว่า ICSID สามารถทบทวนคำวินิจฉัยของศาลภายในได้ และตามข้อ 54 (1) แห่งอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้คำชี้ขาดของ ICSID มีสถานะเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดของรัฐนั้น เห็นว่า เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency) ซึ่งเป็นความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนแบบพหุภาคีที่ประเทศไทยได้เคยให้สัตยาบันไว้เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2543 โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดกลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงาน (Multilateral Investment Guarantee Agency : MIGA) กับประเทศภาคีอนุสัญญาฯ หรือกับประเทศที่ถอนตัวจากอนุสัญญา จะดำเนินการโดยใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของ MIGA ตามส่วนผนวกที่สอง (Annex II) ของอนุสัญญาฯ หรือเป็นไปตามข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทอื่นที่ได้ตกลงร่วมกันไว้ระหว่างหน่วยงานกับประเทศภาคีอนุสัญญาฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการระงับพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกอนุสัญญาฯ จะต้องยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการว่าผูกพันและสามารถบังคับคดีได้ในอาณาเขตของประเทศตนเช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลภายในประเทศ และการบังคับตามคำชี้ขาดให้เป็นไปตามกฎหมายบังคับคดีของประเทศดังกล่าวอีกด้วย ซึ่งกลไกในการระงับข้อพิพาทของ MIGA ได้บัญญัติทำนองเดียวกับอนุสัญญา ICSID อันเป็นความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนแบบพหุภาคีที่ให้อำนาจแก่เอกชนสามารถเรียกร้องค่าเสียหายกับรัฐผู้รับการลงทุนต่อศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยเพียงลงนามในอนุสัญญา ICSID เท่านั้นแต่ยังมีได้ให้สัตยาบันอนุสัญญา ICSID ดังกล่าว ดังนั้น จึงเห็นว่าประเทศไทยควรให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1965 (ICSID)) เนื่องจากเป็นกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกที่สำคัญสำหรับนักลงทุนต่างชาติ ประกอบกับปัจจุบันมีประเทศที่ร่วมลงนามในอนุสัญญา ICSID ไปแล้วจำนวน 158 ประเทศ และมีประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวไปแล้วจำนวนมากถึง 147 ประเทศ โดยมีประเทศที่ลงนามในอนุสัญญา ICSID แต่มิได้ให้สัตยาบันมีเพียง 11 ประเทศเท่านั้น ได้แก่ Belize, Canada, Dominican Republic, Ethiopia, Guinea-Bissau, Kyrgyz Republic, Montenegro, Namibia, Russian Federation, Sao Tome and Principe และ Thailand ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าประเทศในกลุ่มอาเซียนจำนวน 10 ประเทศได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาดังกล่าวไปแล้ว

จำนวน 6 ประเทศ ได้แก่ Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Philippines และ Singapore ส่วนประเทศ Laos, Myanmar และ Vietnam มิได้ร่วมลงนามในอนุสัญญา ICSID ด้วย

(3) การให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาท

ตามข้อ 25 (1) แห่งอนุสัญญาฯ ที่กำหนดให้เขตอำนาจของ ICSID ครอบคลุมข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่คู่พิพาทได้ให้ความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของ ICSID นั้น จะมีผลกระทบท่อประเทศไทยเมื่อเข้าเป็นสมาชิกของ ICSID โดยจะทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลไทยกับนักลงทุนที่เป็นคนชาติอื่นสามารถเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของ ICSID ได้ทันทีเนื่องจากประเทศไทยได้จัดทำความตกลงต่างๆ เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งได้ระบุถึงการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีกับนักลงทุนของคู่ภาคีไว้ว่าให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของ ICSID ได้เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกของ ICSID แล้ว ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะขัดกับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 วันที่ 4 พฤษภาคม 2547 และวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ที่ได้กำหนดไว้ว่า “สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางการปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายให้เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป...” นั้น เห็นว่า แนวทางตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนอกจากจะเป็นอุปสรรคต่อประเทศไทยในการจัดทำความตกลงต่างๆ เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งได้ระบุถึงการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีกับนักลงทุนของคู่ภาคีโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ หรือการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของ ICSID ต่อเมื่อประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกของ ICSID แล้ว ยังทำให้ข้อพิพาททางการลงทุนบางประเภทซึ่งคณะรัฐมนตรีมิได้พิจารณาอนุมัติให้เขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดนั้นต้องตกสู่การพิจารณาชี้ขาดของศาลภายในประเทศ ซึ่งจะทำให้นักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยขาดความเชื่อมั่นต่อกลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่สะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรมของไทย ดังนั้น จึงเห็นควรปรับปรุงหรือยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเพื่อมิให้เป็นอุปสรรคต่อการจัดทำสัญญาทางการค้าและการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนอีกต่อไป

(4) ความเพียงพอของกลไกการระงับข้อพิพาทของประเทศไทย

สำหรับประเด็นที่ว่าประเทศไทยมีกลไกการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นเพียงพออยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทของศาล การระงับข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 รวมถึงระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ประเทศไทยร่วมเป็นสมาชิกอยู่แล้ว เช่น ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce Arbitration – ICC) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (United Nations Commission of International Trade Law) จึงทำให้ ICSID น่าจะเป็นเพียงทางเลือกเพิ่มเติมนอกจากกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่แล้วเท่านั้น ซึ่งในประเด็นนี้เห็นว่าปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายบังคับให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติอื่นไว้โดยเฉพาะ ส่วนการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้นก็ยังมีเพียงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกลไกหลักในการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ส่วนสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกนั้น จะเป็นเรื่องของกรยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนในเรื่องที่เกี่ยวกับทางพาณิชย์ เช่น อนุสัญญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1985 (New York Convention 1985) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce Arbitration – ICC) หรือข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องการประชุมกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ : UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) จะมีเพียง ICSID เท่านั้นที่เป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ดำเนินการในเรื่องการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น และเป็นองค์กรที่เป็นที่ยอมรับนับถือโดยทั่วไป ซึ่งประเทศไทยมักจะได้รับการขอให้ระงับข้อพิพาทใช้ ICSID ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ลงทุน ประเทศไทยจึงควรพิจารณาให้สัตยาบันอนุสัญญา ICSID นี้ เพราะประเทศไทยยังคงต้องการการลงทุนจากต่างประเทศ และอนุสัญญาดังกล่าวว่ามีกลไกการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นที่ยอมรับของนักลงทุนจากต่างประเทศว่าตนจะได้รับความเป็นธรรมหากมีข้อพิพาทกับประเทศผู้รับการลงทุน และประเทศไทยเองก็ได้มีฐานะเป็นเพียงประเทศผู้รับการลงทุนเท่านั้น แต่นักลงทุนของประเทศไทยก็ได้ทำการลงทุนในต่างประเทศด้วยเช่นกัน การให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิก ICSID ก็จะเป็นหลักประกันว่านักลงทุนฝ่ายไทยจะได้รับความคุ้มครองและได้รับความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนเช่นกัน ซึ่งปัจจุบันมีประเทศต่าง ๆ ที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวไปแล้วจำนวนมากถึง 147 ประเทศ

กล่าวโดยสรุป ผลดีในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิก ICSID จะเพิ่มความมั่นใจให้แก่นักลงทุนอันเป็นแนวทางหนึ่งในการสนับสนุนให้มีการลงทุนจากต่างประเทศในขณะเดียวกัน ยังเป็นการเพิ่มความมั่นใจแก่นักลงทุนไทยที่ไปลงทุนยังต่างประเทศด้วยเป็นกลไกในการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง และหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งอาจจะทำให้เสียภาพพจน์และบรรยากาศการลงทุนของไทย สำหรับผลเสียต่อประเทศไทยซึ่งอาจเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยในการศาลของประเทศไทย เนื่องจากอนุสัญญาฯ กำหนดให้คำชี้ขาดของ ICSID มีสถานะเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลภายใน ทำให้ศาลภายในไม่มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ได้นั้น แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผลเสียจะมีอยู่บางประการแต่ที่ผ่านมามีประเทศไทยได้เคยให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency) โดยที่ประเทศไทยได้อนุมัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีที่อนุสัญญาดังกล่าวโดยตราเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี พ.ศ. 2543 และกลไกการระงับข้อพิพาทของ MIGA ก็กำหนดให้ประเทศสมาชิกอนุสัญญาฯ จะต้องยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการว่าผูกพันและสามารถบังคับคดีได้ในอาณาเขตของประเทศตนเช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลภายในประเทศ ซึ่งกลไกในการระงับข้อพิพาทของ MIGA นี้ ได้บัญญัติทำนองเดียวกับอนุสัญญา ICSID ดังนั้น ประเทศไทยจึงสมควรให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิก ICSID ซึ่งจะเพิ่มความมั่นใจให้แก่ นักลงทุนอันเป็นแนวทางหนึ่งในการสนับสนุนให้มีการลงทุนจากต่างประเทศอีกด้วย

4.4 ผลกระทบทางกฎหมายกรณีไม่กำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

ตามที่รัฐบาลไทยได้มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดเป็นหลักการห้ามมอบข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด ซึ่งมีผลทำให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว โดยไม่สามารถกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ไว้ในสัญญาดังกล่าวได้ และอาจส่งผลกระทบทางกฎหมายต่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย กล่าวคือ เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยได้จัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือที่เรียกว่าสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) กับประเทศต่างๆ รวม 42 ฉบับ และ

สนธิสัญญาดังกล่าวโดยส่วนใหญ่⁷² จะกำหนดให้อนุญาตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID) ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่ให้อำนาจแก่เอกชนสามารถเรียกร้องค่าเสียหายกับรัฐต่อศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID หรือการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL) เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด⁷³ เป็นต้น การที่ประเทศไทยได้มีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน กำหนดว่า “สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนใน ไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัด ในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป” นั้นย่อมส่งผลกระทบต่อการจัดทำสัญญาของรัฐ⁷⁴ และการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากแม้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนจะไม่ได้กำหนดว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมอ้างสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) ที่ประเทศไทยได้จัดทำความตกลงไว้กับประเทศสัญชาติของคู่สัญญานั้น เพื่อเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการลงทุนให้อนุญาตตุลาการของ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้⁷⁵ แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่มีประสิทธิภาพ

⁷² เอกสิทธิ์ จันตะมา. (2552). การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ Dispute Settlement by International Arbitration on the basis of Bilateral Investment Treaties. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. ปีที่ 2 ฉบับที่ 1. พิษณุโลก : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. หน้า 51.

⁷³ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2554). หลักความได้สัดส่วนกับการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 40 ฉบับที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 255.

⁷⁴ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 61. หน้า 47.

⁷⁵ เอกสิทธิ์ จันตะมา. (2556). การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน : ผลกระทบต่อการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของรัฐตามกฎหมายไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. ปีที่ 6 ฉบับที่ 1. พิษณุโลก : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. หน้า 45.

ที่จะมอบสัตยาบันต่ออนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 1965) ในช่วงเวลานี้ก็ตาม

เมื่อได้พิจารณาศึกษาผลกระทบดังกล่าวแล้ว เห็นว่า การที่รัฐบาลไทยได้มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดข้อห้ามเป็นหลักการว่ามีให้เขียนผูกมัดในสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดนั้น ทำให้ในการจัดทำร่างสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนไม่สามารถกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทในสัญญาโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ มีผลทำให้คู่สัญญาซึ่งเป็นนักลงทุนต่างประเทศและอาจไม่เชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของศาลไทยเนื่องจากศาลเป็นหน่วยงานของฝ่ายรัฐเอง ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวก็มิได้มีส่วนช่วยให้รัฐบาลหลุดพ้นจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการไปได้ เนื่องจากรัฐบาลไทยได้จัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) กับประเทศต่างๆ โดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes ICSID) หรือการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL) ซึ่งล้วนแต่เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศและจะส่งผลให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบในการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการมากยิ่งขึ้น ทั้งในเรื่องการกำหนดกฎหมายที่จะมาบังคับใช้แก่คดี ภาษาที่ใช้ในการดำเนินคดี และมีใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยอีกทั้งไม่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐที่ได้มีการตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อส่งเสริมการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย นอกจากนี้ ยังทำให้หน่วยงานของรัฐไม่อาจปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อีกด้วย

4.5 ปัญหาการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดแล้วย่อมมีผลเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม แต่เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีจะดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวด้วยตนเองหรือจะให้อนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีฐานะเป็นเอกชนทำหน้าที่บังคับตามคำชี้ขาดของตนนั้น ไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดตามกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้ ดังนี้

(1) เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้อำนาจขึ้นในประเทศใด ให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น กรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น (มาตรา 41)

(2) การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวให้รับทำการได้ส่วน และมีคำพิพากษาโดยพลัน (มาตรา 42) โดยศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งคู่พิพาทอาจจะร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดได้แก่ศาลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งประกอบด้วย ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล ศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าวก็จะได้แก่ศาลปกครอง

(3) แม้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะมีผลเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้อำนาจขึ้นในประเทศใดก็ตามดังบัญญัติไว้ในมาตรา 41 แต่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวอาจถูกคู่กรณียื่นคำร้องคัดค้านคำชี้ขาดได้ เมื่อปรากฏว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นมีเหตุบกพร่องตามที่มาตรา 40 บัญญัติไว้ โดยการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจตาม (2) ข้างต้นเพื่อขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว

ปัญหาในหัวข้อนี้มีประเด็นต้องพิจารณาว่า คำชี้ขาดที่สร้างขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศคู่กรณีจะยื่นคำร้องขอให้ศาลไทยเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ มิได้แบ่งแยกระหว่างคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นภายในประเทศและต่างประเทศไว้ โดยมาตรา 40 ดังกล่าวเป็นการบัญญัติขึ้นตามมาตรา 34 แห่งกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) แต่ตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 หรือเรียกว่าอนุสัญญานิวยอร์ก ซึ่งประเทศไทยได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวในมาตรา VI⁷⁶ ได้กำหนดว่า

⁷⁶ Article VI

If an application for the setting aside or suspension of the award has been made to a competent authority referred to in article V(1)(e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it

ศาลที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้นั้นต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศที่ได้มีการทำคำชี้ขาดหรือศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศที่เป็นเจ้าของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคำชี้ขาดนั้น

ในเรื่องนี้มีกรณีศึกษาที่จะต้องพิจารณาตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5511-5512/2552 กรณีอนุญาโตตุลาการสมาคมการค้าเมล็ดพันธุ์และอาหาร (GAFTA) กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ได้มีคำชี้ขาดตามกฎหมายของประเทศอังกฤษตามกฎหมายของกาฟต้า ฉบับที่ 100 และฉบับที่ 125 โดยให้ผู้ร้องชำระค่าเสียหายตามสัญญาซื้อขายเมล็ดพันธุ์ให้แก่ผู้คัดค้าน ต่อมาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางของไทยได้พิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ GAFTA ตามที่ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว ศาลฎีกาเห็นว่า ปัญหาต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของผู้คัดค้านมีว่า ผู้ร้องมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหรือไม่ โดยผู้คัดค้านอุทธรณ์ว่า ข้อพิพาทระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านกรณีนี้ได้มีการพิจารณาตัดสินชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ หากผู้ร้องจะยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวจะต้องไปยื่นคำร้องต่อศาลในประเทศที่ทำคำชี้ขาดตามมาตรา 43 (6) ประกอบมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งกำหนดไว้ชัดเจนว่าคำชี้ขาดจะถูกเพิกถอนต้องกระทำโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ศาลในประเทศไทยจะมีอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดจะต้องเป็นอนุญาโตตุลาการที่มีการพิจารณาและทำคำชี้ขาดในประเทศไทยเท่านั้น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ไม่มีอำนาจรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศคดีนี้ไว้พิจารณาและไม่มีอำนาจสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวนั้น ศาลฎีกาได้พิจารณาแล้ว เห็นว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 บัญญัติไว้ว่า “การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้...” และมาตรา 43 บัญญัติว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้อำนาจขึ้นในประเทศใด...” ดังนั้น แม้คำชี้ขาดกรณีนี้จะได้อำนาจขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ศาลในประเทศไทยที่มีเขตอำนาจก็มีอำนาจพิจารณาปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ คดีนี้เป็นคดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ศาลดังกล่าวจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีดังกล่าวตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ พ.ศ. 2539 มาตรา 7 (5)(11) ผู้ร้องจึงมี

considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award and may also, on the application of the party claiming enforcement of the award, order the other party to give suitable security.

อำนาจยื่นคำร้องต่อศาลศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้นั้น

เมื่อได้พิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ตามมาตรา 40⁷⁷ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่าให้ศาลไทยมีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไปถึงกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในต่างประเทศ หรือเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีด้วย เหมือนดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41⁷⁸ ที่บัญญัติให้กรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งศาลไทยจะมีเขตอำนาจพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น ประกอบกับเมื่อได้พิจารณาตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (อนุสัญญาฉบับนิวยอร์ก) ซึ่งประเทศไทยได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ในมาตรา V 1 (e) ได้กำหนดว่าศาลของประเทศภาคีสามารถปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ ถ้าคำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอนแล้วในประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น นอกจากนี้ ตามมาตรา VI ยังได้กำหนดอีกว่า ศาลที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้นั้นต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศที่ได้มีการทำคำชี้ขาดหรือศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศที่เป็นเจ้าของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคำชี้ขาดนั้น

⁷⁷ มาตรา 40 การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

๑๑๑

๑๑๑

⁷⁸ มาตรา 41 ภายใต้บังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจยอมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายภายใน (Domestication) ในส่วนที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนี้ยังมีเนื้อหาขัดแย้งกับอนุสัญญานิวยอร์ก ซึ่งอาจทำให้การใช้บังคับและการตีความกฎหมายไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาดังกล่าวที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันผูกพันไว้และยังจะส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนที่มีต่อประเทศไทยได้ ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะประเทศภาคีและมิได้ตั้งข้อสงวนในเรื่องใดๆ ไว้จึงมีพันธกรณีที่ต้องผูกพันและปฏิบัติตามเนื้อหาของอนุสัญญาดังกล่าวทั้งหมด โดยสมควรดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 ต่อไป