

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ(Arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่สำคัญวิธีหนึ่งที่นานาประเทศได้ให้การยอมรับและนิยมนำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างเอกชนกับเอกชน(Disputes between Private Enterprises) หรือข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ(Disputes between State) มาเป็นเวลานานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นวิธีการที่สามารถแก้ไขข้อพิพาทข้อขัดแย้งได้สะดวก รวดเร็ว ไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาในลักษณะประนีประนอมอีกด้วย ซึ่งเดิมลักษณะข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศนั้นมักจะเกิดขึ้น 2 ลักษณะ คือ เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ และข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ต่อมาเมื่อการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมีการพัฒนาขึ้นประกอบกับประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากขาดแคลนทุนทรัพย์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่จะใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนและช่วยในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ จึงทำให้รัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาดังกล่าวมีความต้องการผู้ลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งผู้ลงทุนจากต่างประเทศถือเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะนำเงินทุนและเทคโนโลยีสมัยใหม่มาสู่การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน โดยภาครัฐได้จัดให้มีสัญญาของรัฐขึ้นเป็นเครื่องมือในการชักจูงใจให้ภาคเอกชนเข้าลงทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ตามความประสงค์ของภาครัฐ ด้วยการกำหนดค่าตอบแทน สิทธิประโยชน์ และวิธีการระงับข้อพิพาท จากการเข้าลงทุนของภาคเอกชนดังกล่าว เมื่อผู้ลงทุนเอกชนได้สนใจเข้าทำสัญญาลงทุนในโครงการต่างๆ ของรัฐเพิ่มมากขึ้น ก็มีโอกาที่จะเกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาอันเนื่องมาจากความล่าช้าของโครงการที่เข้าลงทุน หรือผลประโยชน์ตอบแทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งสัญญา เป็นต้น ทำให้เกิดลักษณะของข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ (Disputes between State and Nationals of Other States) ขึ้น ซึ่งการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนนี้มีด้วยกันหลายวิธี และอาจมีความยุ่งยากและซับซ้อนกว่าข้อพิพาทในลักษณะอื่น เนื่องจากสถานะทางกฎหมายของคู่สัญญาที่ต่างกัน อย่างไรก็ตาม บทกฎหมายภายในของหลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศ

บราซิล หรือประเทศตุรกี รวมถึงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (ซึ่งห้ามการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการกับข้อพิพาทของหน่วยงานของรัฐกับเอกชน แต่ภายหลังก็ได้อนุญาตให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะได้) ต่างให้ความสำคัญในการส่งเสริมการลงทุนและสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้ลงทุนต่างประเทศในกลไกการระงับข้อพิพาทของประเทศผู้รับการลงทุน ด้วยการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนนั้นสามารถกระทำได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาในเรื่องนี้พบว่า นักธุรกิจหรือนักลงทุนระหว่างประเทศไม่นิยมที่จะนำข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศขึ้นสู่ศาลภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง เนื่องจากอาจกลัวความอคติ ลำเอียง รวมทั้งความไม่คุ้นเคยกับระบบศาลและระบบกฎหมายของประเทศนั้น จึงพยายามหาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากวิธีการทางศาล (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR) ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นนี้มีด้วยกันหลายวิธีและในแต่ละวิธีมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันไป บางวิธีเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาทเฉพาะในต่างประเทศ แต่บางวิธีก็สามารถนำมาใช้กับประเทศไทยได้ สำหรับวิธีการระงับพิพาททางเลือกที่สำคัญและแพร่หลาย ได้แก่ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นต้น ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนี้ ในหลายประเทศได้ให้การยอมรับและนิยมนำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งคู่กรณีแต่ละฝ่ายมาจากคนละประเทศกัน การขึ้นศาลภายในของประเทศคู่สัญญาอาจทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในเรื่องของกระบวนการพิจารณาของศาลได้ อนุญาโตตุลาการจึงเป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับของผู้ลงทุนต่างชาติว่าเป็นทางเลือกที่เหมาะสมที่จะป้องกันการได้เปรียบเสียเปรียบดังกล่าว และสามารถแก้ไขข้อขัดแย้งได้สะดวก รวดเร็ว ไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย และเป็นการแก้ไขปัญหาในลักษณะประนีประนอมอีกด้วย

สำหรับประเทศไทยได้มีข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนตั้งแต่ก่อนปี พ.ศ. 2520 ซึ่งความคิดริเริ่มในเรื่องนี้ไม่ได้เกิดจากภาครัฐแต่เกิดจากภาคเอกชน โดยเฉพาะผู้ลงทุนจากต่างประเทศตั้งข้อเรียกร้องให้กำหนดวิธีระงับข้อพิพาทดังกล่าวไว้ในสัญญา และฝ่ายรัฐก็ได้ยอมรับว่าระบบอนุญาโตตุลาการเป็นระบบสากล และจำเป็นอย่างยิ่งในทางการค้าระหว่างประเทศ ทำให้การอนุญาโตตุลาการเริ่มเข้ามาและมีการกำหนดในสัญญาของรัฐมากขึ้น โดยในช่วงแรกนั้นการกำหนดกระบวนการของอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปตามข้อบังคับขององค์กรที่เป็นกลาง เช่น สภาหอการค้าไทย แต่ถ้าเป็นการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการในต่างประเทศแล้วทางภาครัฐเคยยอมให้ใช้กฎเกณฑ์ข้อบังคับขององค์กรกลางต่างประเทศ เช่น สภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ ICC)

ต่อมาภายหลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงได้มีการก่อตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการในสังกัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งภายหลังได้มาสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม ทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการเป็นที่รู้จักและเข้าใจกันมากขึ้น และภาครัฐยอมรับให้มีการระงับข้อพิพาทและเขียนข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการในสัญญาโครงการขนาดใหญ่ ซึ่งเอกชนต่างประเทศที่มาลงทุนในประเทศไทยก็ได้ยอมรับให้มีการระงับข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมเป็นแนวทางในการที่จะระงับข้อพิพาท ต่อมาได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่โดยยกเลิกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และนำกฎหมายแม่แบบ (Model Law) ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) ค.ศ. 1985 มาเป็นหลักในการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ แต่กฎหมายแม่แบบ (Model Law) มิได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาดังกล่าวแล้ว ในหลายกรณีโดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐ ปรากฏว่าในหลายโครงการของรัฐมักจะมีปัญหาข้อพิพาททางสัญญาและหน่วยงานของรัฐหลายแห่งต้องตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ จึงมีคำถามว่าประเทศไทยมีความเหมาะสมที่จะใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองหรือไม่ และที่ผ่านมารัฐบาลได้พยายามแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น โดยมีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน กำหนดว่า “สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” นอกจากนี้ กระทรวงยุติธรรมได้เคยเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เพื่อแก้ไขมาตรา 15 โดยกำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ประกอบกับจากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศก็มีทั้งประเทศที่ใช้และไม่ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนแล้ว เห็นว่า ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่สำคัญซึ่ง

นานาประเทศให้การยอมรับ และตลอดเวลาที่ผ่านมามีประเทศไทยได้มีการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายหลายฉบับเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย และสอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ รวมถึงกรณีที่ประเทศไทยได้เจรจาและจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) กับประเทศต่างๆ ซึ่งมีผลบังคับใช้ไปแล้ว รวมกว่า 42 ฉบับ โดยความตกลงดังกล่าวได้มีข้อบทให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนด้วย ทั้งนี้ เพื่อจูงใจให้นักลงทุนและนักกฎหมายต่างประเทศเลือกใช้ประเทศไทยเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในภูมิภาคอีกด้วย ดังนั้น การใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนจึงยังมีความจำเป็นและเหมาะสมกับการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทย สำหรับปัญหาข้อพิพาททางสัญญาที่หน่วยงานของรัฐหลายแห่งต้องตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น จากการศึกษาพบว่ามิได้มีสาเหตุมาจากบทบัญญัติมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติให้ผู้สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้แต่อย่างใด แต่ปัญหาการแพ้คดีดังกล่าวมีสาเหตุมาจากขั้นตอนการจัดทำร่างสัญญา การบริหารสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน และการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับการจำกัดหรือห้ามใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

ตามที่รัฐบาลไทยได้เคยมีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน กำหนดว่า “สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป” นั้น จากการศึกษาพบว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายไทยหลายฉบับกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการและมีการส่งเสริมให้มีการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ประกอบกับที่ผ่านมามีประเทศไทย

ได้เจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่างๆ (BIT) ซึ่งมีการลงนามแล้วจำนวน 42 ฉบับ โดยรัฐบาลไทยยินยอมให้ผู้ลงทุนสามารถเลือกใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเพื่อฟ้องร้องรัฐหากผิดพันกรณีตามความตกลงดังกล่าว นอกจากนี้ การมีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศ และขัดต่อท่าทีของประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 หรือ New York Convention) รวมทั้งการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนจะเกิดข้อดีต่อประเทศไทยมากกว่าข้อเสีย ดังนั้น จึงควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ดังกล่าว

5.2.2 ควรกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอมในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนไว้โดยเฉพาะ

ในการศึกษาพบว่า ในกรณีโครงการจัดการบำบัดน้ำเสียเขตควบคุมมลพิษจังหวัดสมุทรปราการ เมื่อเกิดข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนขึ้นตามข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ลงนามผูกพันกันไว้กำหนดให้การจะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อยุติข้อพิพาทดังกล่าวต้องค้ำประกันว่ามีความพยายามที่จะยุติข้อพิพาทด้วยความประนีประนอมหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ยังไม่มีความหมายกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทก่อนที่จะเริ่มเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เป็นรูปธรรม ซึ่งตามกฎหมายไทยปัจจุบันมีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 มาตรา 851 และมาตรา 852 ที่บัญญัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความ และตามหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.2/ว.64 ลงวันที่ 1 เมษายน 2548 เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความในคดีแพ่ง ซึ่งกระทรวงการคลังได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความในคดีแพ่งในชั้นศาลและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 20 ทวิ ที่บัญญัติให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความตกลงกันได้หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทเท่านั้น โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวมุ่งใช้กับคดีแพ่งทั่วไป จึงทำให้หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีตามสัญญาดังกล่าวไม่อาจนำวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากประเทศไทยมีข้อจำกัดด้านกฎหมายโดยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการระงับข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวไว้ ประกอบกับหน่วยงานของรัฐยังเกรงกลัวที่จะต้องถูกตรวจสอบและมีความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและ

ปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 หากการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการดังกล่าวทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ จึงทำให้การประนีประนอมหรือการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรไม่สัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควร และส่งผลให้ข้อพิพาทนั้นมิได้รับการแก้ไขอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมจนทำให้เกิดการสั่งสมของประเด็นปัญหาจนนำไปสู่การพิจารณาชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากภายหลังคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐต้องตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในประเด็นที่หน่วยงานของรัฐเองเป็นฝ่ายบกพร่องผิดสัญญา โดยที่หน่วยงานของรัฐมิได้รับดำเนินการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทนั้นโดยการประนีประนอมหรือการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรให้ยุติในชั้นต้นเสียก่อนแล้ว ก็อาจทำให้หน่วยงานของรัฐต้องเสียเงินงบประมาณจำนวนมากเพื่อชำระค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามคำชี้ขาดดังกล่าว ดังนั้น จึงสมควรกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอมในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนให้มีความชัดเจนทั้งกระบวนการ ขั้นตอน ระยะเวลาในการดำเนินการองค์การที่เกี่ยวข้องและผลของการระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยตราเป็นกฎหมายเฉพาะ

5.2.3 ควรกำหนดมาตรการในการยกเว้นสัญญา การบริหารสัญญา และการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน

จากการศึกษาพบว่า กรณีข้อพิพาทระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล กับบริษัท จาโก จำกัด ซึ่งหน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น สาเหตุเกิดจากหน่วยงานของรัฐหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ โดยอ้างว่าขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐเองและอัยการสูงสุดซึ่งเป็นผู้ตรวจร่างสัญญามิได้ทักท้วงในประเด็นนี้ และอีกประเด็นหนึ่งเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นหน่วยงานของรัฐและผู้เสนอข้อพิพาทได้ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันเพื่อให้เริ่มปฏิบัติตามสัญญานั้น แต่ฝ่ายหน่วยงานของรัฐเองไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาได้จึงตกเป็นฝ่ายผิดสัญญา

นอกจากนี้ ในการศึกษากรณีข้อพิพาทระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) กับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี ในสัญญาจ้างเหมาออกแบบก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง พบว่าการที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการมีสาเหตุมาจากการบริหารสัญญาของฝ่ายรัฐทำให้การส่งมอบพื้นที่เพื่อดำเนินการก่อสร้างทางด่วนตามสัญญาเกิดความล่าช้า และมีนักวิชาการเห็นว่าสาเหตุที่แพ้คดีเนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการมิได้นำหลักกฎหมายมหาชนเรื่องสัญญาทางปกครองมาปรับใช้แก่คดี แต่กลับใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Freedom of contract) ในทางแพ่งมาใช้บังคับ ซึ่งเรื่องนี้หากนำคดี

ไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองนำนักการพิจารณาอาจเปลี่ยนไปในทางที่เป็นคุณแก่สาธารณะมากกว่าก็ได้ นั้น เห็นว่า แนวทางในการแก้ไขปัญหาค่าใช้จ่ายดังกล่าวข้างต้นควรดำเนินการ ดังนี้

(1) กำหนดมาตรการในการยกร่างสัญญา ได้แก่ การจัดทำคู่มือตรวจสอบการยกร่างสัญญาเพื่อตรวจสอบความครบถ้วนของร่างสัญญาและความชอบด้วยกฎหมาย เช่น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญา เงื่อนไขแห่งสัญญาที่อาจทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบการรับฟังความเห็นจากหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับร่างสัญญาดังกล่าว เพื่อรับทราบอุปสรรคต่างๆ ในพื้นที่ที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างดำเนินการตามสัญญาและความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตามข้อสัญญาดังกล่าว พร้อมหาแนวทางแก้ไขปัญหาค่าใช้จ่ายที่อาจจะเกิดขึ้นร่วมกับคู่สัญญา เช่น ปัญหาการส่งมอบพื้นที่เพื่อดำเนินการตามสัญญาล่าช้าจากสาเหตุต่างๆ การยื่นแบบและอนุมัติแบบล่าช้า หรือการประท้วงต่อต้านของประชาชนในพื้นที่ เป็นต้น รวมถึงการกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นที่เป็นรูปธรรมซึ่งเป็นวิธีการที่สากลยอมรับนอกจากวิธีอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

(2) กำหนดมาตรการในการบริหารสัญญา ได้แก่ การออกกฎหมายว่าด้วยการบริหารสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เพื่อกำหนดแนวทางการบริหารสัญญา และจัดให้มีองค์กรกลางตามกฎหมายดังกล่าวซึ่งจะทำหน้าที่ตรวจสอบการบริหารสัญญาภาครัฐดังกล่าวให้เป็นไปตามข้อสัญญาที่ทำไว้กับเอกชนอย่างต่อเนื่อง และในกรณีพบการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือมีความล่าช้าในการดำเนินงานในช่วงเวลาใดของสัญญา ให้รีบแจ้งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทราบเพื่อดำเนินการแก้ไขปัญหาและระงับข้อพิพาทเบื้องต้นต่อไป ทั้งนี้ เพื่อป้องกันข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้รับการแก้ไขโดยเร็วโดยอาจใช้วิธีการเจรจาหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยให้รัฐมนตรีผู้กำกับดูแลหน่วยงานของรัฐนั้นหรือคณะกรรมการที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งขึ้นตามกฎหมายเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาททางสัญญาหน่วยงานของรัฐและเอกชนอาจดำเนินการตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น การร่วมเป็นหุ้นส่วน (partnering) เป็นต้น ซึ่งตามวิธีการนี้คู่สัญญาอาจจัดให้มีบุคลากรมาทำหน้าที่ดูแลติดต่อสื่อสาร และประสานงานร่วมกันด้วยความสุจริต ซึ่งนอกจากจะเป็นการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทแล้ว ยังทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของคู่สัญญาและการฟ้องร้องคดีต่อศาลลดลงอีกด้วย

(3) กำหนดมาตรการในการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน ได้แก่ การออกกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน โดยเปรียบเทียบกับคู่มือการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของหน่วยงาน Federal Aviation Administration ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ซึ่งจะกำหนดสิ่งที่กฎหมายบังคับให้ต้องมี หรือต้องดำเนินการก่อนจะนำข้อพิพาทนั้นไปการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมา (Statutory Requirements) โดยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น

ก. กรณีที่ไม่ควรนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้

- เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของรัฐบาลซึ่งจะต้องมีการดำเนินการกระบวนการอื่นใดเพิ่มเติมก่อนที่จะมีกระบวนการตัดสินในขั้นสุดท้าย

- ข้อพิพาทนั้นมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิได้ได้เป็นคู่กรณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

- สิ่งสำคัญของการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการคือการจัดทำบันทึกกระบวนการอย่างครบถ้วนและเปิดเผยต่อสาธารณะ ข้อพิพาทซึ่งไม่สามารถจัดทำกรบันทึกในลักษณะดังกล่าวได้จึงไม่ควรนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้

ข. กฎหมายกำหนดให้การดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Administrative Dispute Resolution Act 1996 ยกตัวอย่าง เช่น

- การเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปโดยความสมัครใจของคู่กรณีทั้งหมด

- คู่กรณีอาจตกลงกันจำกัดประเด็นที่จะยื่นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

- คู่กรณีอาจจะตกลงกันโดยการกำหนดผลของของการตัดสินที่จะเป็นไปได้จากกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการล่วงหน้าได้

- ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ และจะต้องมีการกำหนดประเด็นเพื่อยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ และจะต้องกำหนดมูลค่าสูงสุดของค่าเสียหายที่อนุญาโตตุลาการจะสามารถกำหนดให้คู่กรณีจ่ายได้เมื่อมีการตัดสินข้อพิพาท

- อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเกี่ยวกับการรับฟังการสืบพยาน

- อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการจัดให้มีการสาบานตนหรือการยืนยัน

- อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเวลาและสถานที่ในการรับฟังการสืบพยาน

- อนุญาโตตุลาการจะถูกตรวจสอบโดยศาลซึ่งมีเขตอำนาจตามกฎหมาย สำหรับหลักฐานเกี่ยวกับการวางตัวไม่เป็นกลางหรือการคอร์รัปชัน

นอกจากนี้ อาจกำหนดรูปแบบขององค์คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจะเลือกใช้ (Description and Forms) การกำหนดวงเงินที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทได้ (Setting the Award “Cap”) รวมถึง Check list ประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับกาอนุญาโตตุลาการ

(The Checklist of the Arbitration Issues) ตัวอย่างเช่น ผู้มีอำนาจตัดสินใจในการส่งข้อพิพาทให้ออนญาโตตุลาการพิจารณา ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีออนญาโตตุลาการจะต้องกำหนดไว้อย่างไร วิธีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับออนญาโตตุลาการ เป็นต้น

5.2.4 การให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID)

ปัจจุบันประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญา ICSID แล้วแต่ยังมีไม่ได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฉบับนี้ จึงทำให้ประเทศไทยยังมีไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวด้วยสาเหตุประการสำคัญเนื่องจากบทบัญญัติในอนุสัญญาฯ กำหนดให้คำชี้ขาดของ ICSID มีสถานะเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลภายใน ทำให้ศาลภายในไม่มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะออนญาโตตุลาการ ICSID ได้นั้น อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมามีประเทศไทยได้เคยให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency) โดยประเทศไทยได้มีการอนุมัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญาดังกล่าวโดยตราเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี พ.ศ. 2543 ในส่วนของกลไกการระงับข้อพิพาทของ MIGA ก็ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกอนุสัญญาฯ จะต้องยอมรับคำชี้ขาดของคณะออนญาโตตุลาการว่าผูกพันและสามารถบังคับคดีได้ในอาณาเขตของประเทศตนเช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลภายในประเทศ ซึ่งกลไกในการระงับข้อพิพาทของ MIGA นี้ได้บัญญัติไว้ทำนองเดียวกับอนุสัญญา ICSID ประกอบกับปัจจุบันได้มีประเทศที่ร่วมลงนามในอนุสัญญา ICSID ไปแล้วจำนวน 158 ประเทศ และมีประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวไปแล้วจำนวนมากถึง 147 ประเทศ โดยมีประเทศที่ลงนามในอนุสัญญา ICSID แต่ไม่ได้ให้สัตยาบันมีเพียง 11 ประเทศ เท่านั้น ได้แก่ Belize, Canada, Dominican Republic, Ethiopia, Guinea-Bissau, Kyrgyz Republic, Montenegro, Namibia, Russian Federation, Sao Tome and Principe และประเทศไทย ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าประเทศในกลุ่มอาเซียนจำนวน 10 ประเทศได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาดังกล่าวไปแล้วจำนวน 6 ประเทศ ได้แก่ Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Philippines และ Singapore ส่วนประเทศ Laos, Myanmar และ Vietnam มิได้ร่วมลงนามในอนุสัญญา ICSID ด้วย ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะประเทศในกลุ่มอาเซียน จึงสมควรให้สัตยาบันเพื่อเข้าเป็นสมาชิก ICSID ซึ่งจะเพิ่มความมั่นใจให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติอันเป็นแนวทางหนึ่งในการสนับสนุนให้มีการลงทุนจากต่างประเทศอีกด้วย

5.2.5 ปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

เนื่องจากมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายภายใน (Domestication) ในส่วนที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนี้ ยังมีเนื้อหาขัดแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 ในมาตรา VI ที่กำหนดว่า ศาลที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้นั้นต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศที่ได้มีการทำคำชี้ขาดหรือศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศที่เป็นเจ้าของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคำชี้ขาดนั้น ซึ่งอาจทำให้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในประเทศไทยบังคับใช้หรือตีความกฎหมายคลาดเคลื่อนไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาดังกล่าวที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันผูกพันไว้และยังจะส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนที่มีต่อประเทศไทยได้ ดังนั้นประเทศไทยในฐานะประเทศภาคีและมีได้ตั้งข้อสงวนในเรื่องใดๆไว้จึงมีพันธกรณีที่ต้องผูกพันและปฏิบัติตามเนื้อหาของอนุสัญญาดังกล่าวทั้งหมด โดยสมควรดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 ต่อไป