

บทที่ 2

วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

1. ทบทวนวรรณกรรม

การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องผู้เขียนได้ทำการทบทวนจากวิทยานิพนธ์ ดุษฎีนิพนธ์ และสารนิพนธ์ ที่ได้มีผู้ศึกษาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในแง่มุมต่างๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับงานที่ผู้เขียนศึกษา และสามารถนำองค์ความรู้ที่ได้มีผู้ศึกษาไว้บ้างแล้วมาใช้ประโยชน์ในการศึกษาของผู้เขียนครั้งนี้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

วรวิทย์ กังสศิเทียม (2544) ศึกษา “ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง” เพื่อศึกษาวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง เขตอำนาจของศาลปกครองกับอำนาจอนุญาโตตุลาการ รวมถึงกรณีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองหรือไม่ และมีขอบเขตเพียงใด อนุญาโตตุลาการควรนำหลักกฎหมายใดมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รวมตลอดถึงปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาดของศาลปกครอง

ผลการศึกษาพบว่า สัญญาภาครัฐกับเอกชนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนใหญ่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเกือบทั้งหมด แม้การอนุญาโตตุลาการจะมีข้อดีหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสะดวกและรวดเร็วกว่าการพิจารณาของศาล แต่ก็ยังมีข้อเสียก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ อนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยนำกฎหมายเอกชน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) มาชี้ขาดว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดสัญญาและกำหนดค่าเสียหาย โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา มิได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ และความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักกฎหมายปกครอง เป็นเหตุให้คู่สัญญาภาครัฐต้องชดเชยค่าเสียหายแก่เอกชนเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เพราะประเทศไทยยังไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้น เพื่อใช้บังคับแก่สัญญาทางกฎหมายปกครอง

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องดังกล่าวข้างต้น ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้มีความชัดเจน รวมถึงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้วย ควรบัญญัติให้สัญญาทางปกครองโดยทั่วไป ห้ามมิให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เว้นแต่ให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองบางประเภท รวมทั้ง

กำหนดขอบเขตในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคุณสมบัติและจำนวนอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ 1. สัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนนักลงทุนต่างชาติ และมีมูลค่าสัญญาเกินกว่า 1,000 ล้านบาท คู่สัญญาอาจตกลงให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้ 2. ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทได้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเท่านั้น 3. อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นองค์คณะ 4. การยกเว้นให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองโดยไม่มีขอบเขตจำกัด จะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายยกเว้นเฉพาะราย อย่างไรก็ตามสถาบันอนุญาโตตุลาการ ควรจัดเตรียมผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนขึ้นทะเบียนอนุญาโตตุลาการไว้

กิตติชัย พิชัยเดชพงศ์ (2546) ศึกษา “อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นเอกชนต่างชาติ” เพื่อศึกษาวิธีระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการควรนำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ

ผลการศึกษาพบว่า การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองในประเทศไทยสามารถทำอนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการเคยใช้หลักกฎหมายเอกชนในการวินิจฉัยชี้ขาด แต่ประเทศไทยยังขาดกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความสำหรับสัญญาทางปกครองและวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองซึ่งประเทศไทยควรรีบออกกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสม อีกทั้งปัจจุบันเอกชนภายในสามารถจดทะเบียนแก้ไขเป็นเอกชนต่างชาติได้ และในทางตรงกันข้ามเอกชนต่างชาติก็สามารถจดทะเบียนเป็นเอกชนภายในประเทศได้เช่นกัน กฎหมายที่ใช้สัญญาทางปกครองและวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน และระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจึงต้องใช้กฎหมายเดียวกัน มิฉะนั้นจะเกิดความแตกต่างและไม่เป็นธรรม

วรนนท์ ชมบุญ (2546) ศึกษาเรื่อง “การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน” เพื่อศึกษาสัญญาของภาครัฐทั้งที่เป็นสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์และสัญญาทางปกครอง ภายหลังพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บังคับใช้ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วน การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการ

อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศไทย คือ ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศเยอรมัน

ผลการศึกษาพบว่า การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ยังไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในส่วนที่เป็นสารบัญญัติแต่อย่างใด ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วนซึ่งถือเป็นสัญญาที่มีความสำคัญต่อประเทศ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตและอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการและจำนวนอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาด ปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาท บทบาทของศาลปกครองในการช่วยเหลือกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลในการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้สอดคล้องกับอำนาจการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เช่น ในเรื่องความหมาย ลักษณะ และขอบเขตของสัญญาทางปกครอง หลักของสัญญาทางปกครอง การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง การใช้อำนาจรัฐให้มีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองหรือป้องกันผลประโยชน์สาธารณะ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ในส่วนของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการควรมีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจงว่าสัญญาทางปกครองลักษณะใดจะยอมให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ โดยมีบทบัญญัติเพิ่มเติมบัญญัติว่าในส่วนหลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทของสัญญาแต่ละประเภทให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา นอกจากนั้นแล้วเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในเรื่องคุณสมบัติและจำนวนอนุญาโตตุลาการในคณะอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะต้องประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวนทั้งสิ้น 5 คน ซึ่งอย่างน้อยต้องเป็นนักกฎหมายมหาชน 1 คน และอนุญาโตตุลาการที่เชี่ยวชาญและทำงานเกี่ยวข้องกับลักษณะของข้อพิพาท กำหนดหลักกฎหมายที่นำมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กำหนดให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

พรพิมล บุญทวีเวช (2547) ศึกษา “ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง” เพื่อศึกษาการทำสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชน รวมถึงแนวคิดของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันที่มีการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนมาเป็นเวลานาน ศึกษาวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ศึกษาแนวคิดของการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายแบบ Civil Law รวมถึงการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง และปัญหาข้อกฎหมายที่จะเกิดขึ้น

ผลการศึกษาพบว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองยังมิได้มีการกำหนดรายละเอียดไว้อย่างชัดเจน จึงก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในหลายประการ ทั้งในเรื่องของประเภทของข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริง หลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ตลอดจนขอบเขตของศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว จึงเสนอแนะการแก้ปัญหาออกเป็น 2 ระยะ ระยะแรกเป็นการแก้ปัญหาโดยการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเพื่อกำหนดรายละเอียดของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองว่ามีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด สำหรับระยะที่สองเป็นการแก้ไขปัญหาย่างถาวรโดยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองขึ้นเป็นหมวดหนึ่งต่างหาก โดยกำหนดประเภทของข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่สามารถให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง กำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้วิธีพิจารณาในระบบไต่สวน ในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง และกำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง

ชวลิต เสวตสุต (2547) ศึกษา “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ : ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย” เพื่อศึกษาสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในทางแพ่งและสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีพื้นฐานทางปกครอง ตลอดจนแนวทางในการนำเสนอหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนมาใช้แก้กรณีสัญญาของฝ่ายปกครองในเรื่องของ ความมีอยู่ การก่อให้เกิดสัญญา การปฏิบัติตาม

สัญญา ตลอดจนหลักกฎหมาย หรือแนวคิดที่จะนำมาปรับใช้แก่กรณี และแนวทางในการระงับข้อพิพาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ผลการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองได้แก่หลักว่าด้วยสัญญาในทางแพ่งโดยทั่วไป ศาลที่มีอำนาจพิพากษาได้แก่ศาลยุติธรรมธรรมดาโดยทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีประโยชน์ส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองแล้ว ก็จะนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองที่ปรากฏจากแนวบรรทัดฐานหรือคำวินิจฉัยของศาลที่ผ่านๆ มา เพื่อเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อให้เกิดความชัดเจน โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ และเป็นแนวทางปฏิบัติ(หรือ “คู่มือการปฏิบัติงาน”) สำหรับเจ้าหน้าที่สัญญาของฝ่ายปกครองรวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้เอกชนคู่สัญญาใช้เป็นแนวทางในการศึกษาและทำความเข้าใจ และยอมรับในการที่จะตกลงยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษในการเข้าทำสัญญา และยังเป็นแนวทางแก่ผู้วินิจฉัยข้อพิพาทในการนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาปรับใช้แก่กรณีเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาที่เป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติประเทศ ซึ่งหลักการดังกล่าวแตกต่างจากระบบกฎหมายไทยที่ใช้ระบบชีวิตลอร์หรือประมวลกฎหมาย แม้ว่าจะมีการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาทางปกครองก็ยังคงขาดความชัดเจน ไม่มีกฎหมายกลางเพื่อใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครอง จึงมักจะเกิดปัญหาอยู่เสมอเมื่อมีการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท

พิเชษฐ คงศิลา (2548) ศึกษา “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15 การระงับข้อพิพาท” เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการไปใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ วิเคราะห์ผลการบังคับใช้มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในทางปฏิบัติมีปัญหาและอุปสรรคหรือไม่ เพียงใด

ผลการศึกษาพบว่า จากการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 กำหนดให้สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ทำให้การใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยเฉพาะสัญญาปกครองอย่างไม่มีขอบเขตหรือข้อจำกัด

อาจจะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้ เพราะลักษณะของสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างมาก สำหรับประเทศไทยปัจจุบันมีศาลปกครอง และกฎหมายก็กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งเป็นไปตามแนวคิด และปรัชญาทางกฎหมายมหาชน แต่ขณะเดียวกันก็กำหนดให้สามารถทำการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งมีแนวคิด และปรัชญาทางกฎหมายเอกชน ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ก็อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบ ต่อคดีที่จะพิจารณาชี้ขาด แต่อย่างไรก็ตาม ระบบอนุญาโตตุลาการยังมีความจำเป็นในด้านการ ส่งเสริมการค้าการลงทุนอย่างมาก ฉะนั้นหากต้องทำการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ก็ต้องมีกฎหมายหรือมาตรการในการควบคุมขอบเขต หรือข้อจำกัดในการเลือกระบบดังกล่าว เพื่อมิ ให้เกิดผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ

เอกชัย อัครธีรานุภาพ (2548) ศึกษา “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน” เพื่อศึกษาแนวคิด ความหมาย ลักษณะ และหลักเกณฑ์พิเศษของ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาท และข้อ พิพาททางปกครองที่ให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงศึกษาบทบาทของหน่วยงานรัฐ ศาล และเอกชนในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ผลการศึกษาพบว่า ปัจจุบันประเทศไทยได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 วางหลักเกณฑ์ให้หน่วยงานรัฐที่เป็นฝ่ายแพ้ตาม คำชี้ขาดต้องปฏิบัติ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเพียงระเบียบของฝ่ายปกครองเท่านั้น มิได้มีคำบังคับ เทียบเท่ากฎหมาย และหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาบางประการได้ เช่น ความไม่ สอดคล้องกันของเหตุแห่งการปฏิเสธในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดระหว่างระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 กับ พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 หรือ งบประมาณของราชการที่จะนำมาจ่ายเป็นค่าเสียหายหากไม่มีการ ตั้งงบประมาณดังกล่าวไว้ในปีงบประมาณนั้น เป็นต้น ทั้งนี้ยังรวมถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของเขต อำนาจศาลที่จะเป็นผู้ช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เนื่องจากสัญญาระหว่างรัฐกับ เอกชนนั้นเกี่ยวเนื่องกับเขตอำนาจศาลถึงสามศาล คือ ศาลแพ่ง ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศ ศาลปกครอง ซึ่งปัญหาที่สำคัญที่สุด คือ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น ศาลใดจะเป็นผู้มีเขตอำนาจในอันที่จะช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว ควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่าสัญญาระหว่างรัฐ กับเอกชนในประเทศไทยสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ ควรมีการตราพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้น เพื่อสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนว่าหากตนเป็นผู้

ขณะตามคำชี้ขาดแล้ว คนสามารถใช้อำนาจของกฎหมายบังคับแก่นักงานภาครัฐปฏิบัติตามกฎหมายได้ ควรจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเพื่อช่วยเหลือการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะโดยผู้พิพากษาในศาลดังกล่าวควรจะมีความรู้หลากหลาย โดยเฉพาะความรู้ทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

มณฑิธร กุลธำรง (2549) ศึกษา “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณี : ความเหมาะสมในการกำหนดให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง” ผลการศึกษาพบว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหนึ่งที่น่ามาใช้เมื่อมีกรณีพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง แต่เมื่อเกิดกรณีพิพาทระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระเงินเป็นจำนวนมากแก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี ที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระเงินจำนวนมากให้แก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี จึงเกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง ประกอบกับตามหลักกฎหมายมหาชนในกรณีที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ในหลักการถือว่าไม่อาจประนีประนอมได้ นอกจากนั้นคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเรื่องเดียวแต่อาจมีผลกระทบหลากหลาย อีกทั้งการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งและมีการพัฒนาการควบคู่กับการพาณิชย์มาตลอด นอกจากนั้นในทางปฏิบัติเมื่อฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ก็ต้องมีการนำเสนอให้ศาลพิจารณายกคำชี้ขาดตามคำชี้ขาด ฝ่ายปกครองและนักวิชาการตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องจึงมีการวิเคราะห์และทบทวนความเหมาะสมในการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง และในที่สุดคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ยกเว้นว่าสัญญาสัมปทานไม่ต้องนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญา

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับประเทศไทยได้มีการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว การนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง จึงไม่มีความเหมาะสม มิใช่แต่เฉพาะสัญญาสัมปทานเท่านั้น แต่ไม่เหมาะสมกับสัญญาทางปกครองทุกประเภทที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และเห็นว่าศาลปกครองเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

อารยา กิตติเวช (2550) ศึกษา “สัญญาสัมปทาน : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย” เพื่อศึกษาแนวคิด สถานะ ขอบเขต และเนื้อหา รวมถึงกฎหมายที่ใช้กับสัญญาสัมปทานทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ การระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานโดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางในต่างประเทศ ศึกษาแนวทางปฏิบัติในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ศึกษาปัญหาอุปสรรคในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานใน

ประเทศไทย ปัจจุบันที่มีผลกระทบต่อการลงทุนในประเทศไทยเกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน จำเป็นในการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย รวมถึงให้ข้อเสนอแนะ ประเด็นสำคัญที่ควรคำนึงถึงในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

ผลการศึกษาพบว่า การขาดความเข้าใจที่ชัดเจนในสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะความ เข้าใจในสถานะของความเป็นสัญญาทางปกครอง ประกอบกับลักษณะของสัญญาสัมปทานที่มี วงเงินลงทุนค่อนข้างสูง มีระยะเวลาที่ยาวนานและมีผลกระทบต่อประชาชน ทำให้มีปัญหา อุปสรรคเกิดขึ้นมาก โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทาน จะมีผลกระทบต่อ การลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานผู้ ลงทุนต่างชาติ และประชาชนรวมทั้งความมั่นคงของประเทศ ปัจจุบันมาตรการในการคุ้มครอง ความเสี่ยงต่างๆ ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความเชื่อมั่นที่จะเข้ามาลงทุนในประเทส ไทย ในขณะที่ประเทศไทยยังมีความต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพื่อ ดำเนินโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่เพื่อการพัฒนาประเทศ

ดังนั้น ควรมีการกำหนดรูปแบบสัญญาสัมปทานมาตรฐานในประเทศไทยโดยเฉพาะ สัญญาสัมปทานกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการ ดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ และให้เป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ โดยการจัดทำรูปแบบสัญญา ดังกล่าว ได้นำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการ สาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ อันเป็นของเสนอแนะของ คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) มาเป็นแนวทาง ในการกำหนดโครงสร้างของเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมกับประเทศไทย สำหรับข้อบ่งชี้ ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการแม้ว่าจะมีข้อดีและได้รับการยอมรับจากสากล แต่ก็ยังไม่ควรจะถูกกำหนดให้ มีในสัญญาสัมปทานขณะนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีความพร้อม

2. ข้อเสนอการทบทวนวรรณกรรม

จากงานวิทยานิพนธ์ของ วรวิทย์ กังคศิเทียม(2544) วรนนท์ ชมบุญ(2546) และพรพิมล บุญทวีเวช(2547) ศึกษาเกี่ยวกับวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง มีข้อสรุปที่ตรงกัน ว่า ในการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองมาใช้ จำเป็นที่ จะต้องคำนึงถึงประเภทของสัญญาทางปกครองที่จะสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ด้วย นั่น คือ จะต้องมีการแบ่งแยกว่าสัญญาทางปกครองใดสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ ด้วย มิเช่นนั้นจะเกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีหลัก

กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในส่วนที่เป็นสารบัญญัติ โดย วรวิทย์ กังคศิเทียม ให้ความเห็นว่า สัญญาทางปกครองโดยทั่วไปไม่ควรมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ ยกเว้นสัญญาทางปกครองบางประเภท ที่มีคู่สัญญาเป็นเอกชนต่างชาติ และเป็นสัญญาที่มีมูลค่างานเกินกว่า 1,000 ล้านบาท ส่วน วรนนท์ ชมบุญ เห็นว่าสัญญาที่มีข้อยกเว้นเรื่องอนุญาตตุลาการควรเป็นสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะที่มีผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม เช่น สัญญาสัมปทานก่อสร้างทางด่วน เป็นต้น โดยมีงานวิจัยของ อารยา กิตติเวช (2550) และ มณเฑียร กุลดำรง(2549) สนับสนุนหลักการดังกล่าว แต่ มณเฑียร กุลดำรง ก็ยังเห็นว่าไม่เพียงแต่ยกเว้นการมีอนุญาตตุลาการเฉพาะแค่สัญญาสัมปทานเท่านั้น ควรรวมถึงสัญญาอื่นๆ ที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย

ทั้งนี้ วรวิทย์ กังคศิเทียม และ วรนนท์ ชมบุญ เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้มีความชัดเจนในเรื่องสัญญาทางปกครอง และ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 เกี่ยวกับเขตอำนาจ หลักกฎหมายที่นำมาใช้ คุณสมบัติ และจำนวนองค์คณะอนุญาตตุลาการ ศาลที่มีอำนาจช่วยเหลือกระบวนการอนุญาตตุลาการ โดย วรนนท์ ชมบุญ เห็นว่าหากจะมีการยกเว้นวิธีการอนุญาตตุลาการต้องมีการตราพระราชกฤษฎีกามาโดยเฉพาะสำหรับสัญญาทางปกครองนั้นๆ สำหรับ พรพิมล บุญทวีเวช เห็นว่าควรจะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการโดยให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองขึ้นเป็นหมวดหนึ่งโดยเฉพาะต่างหาก

สำหรับกรณีการเข้ามาลงทุนของเอกชนต่างชาติในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐมีงานวิจัยของเอกชัย อัครธีรานุภาพ (2548) ได้เสนอแนะให้ควรมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้น รวมถึงการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเพื่อช่วยเหลือการดำเนินงานของอนุญาตตุลาการโดยเฉพาะ โดยงานวิจัยของ กิตติชัย พิชัยเดชพงศ์ (2546) และ พิเชษฐ์ คงศิลา (2548) เห็นว่า การมีข้อบ่อนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ควรมีกฎหมายหรือมาตรการในการควบคุมขอบเขต หรือข้อจำกัดในการเลือกกระบวนดังกล่าว โดยงานวิจัยของ นิรันดร์ บุญจิต (2526) แสดงให้เห็นถึงกรณีขั้นตอนการอนุญาตตุลาการและหลักกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมที่มีความเป็นรูปธรรมและมีลักษณะเป็นกลางที่จะประกันความยุติธรรม ตามที่ยอมรับนับถือกันโดยทั่วไปที่มีมาตั้งแต่ในอดีตระหว่างรัฐและเอกชนผู้ลงทุนต่างชาติ

อย่างไรก็ดีงานวิจัยของ ชวลิต เสวตสุต (2547) เห็นว่าการนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองของประเทศในระบบคอมมอนลอว์มาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะเกิดความชัดเจน โปร่งใส สามารถ

ตรวจสอบได้ และเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้เอกชนคู่สัญญายอมรับและยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษในการเข้าทำสัญญา และยังเป็นแนวทางแก่ผู้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการในการนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาปรับใช้แก่กรณีเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้อง

จากการทบทวนวรรณกรรมดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยได้เห็นประเด็นปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาเหล่านั้นบางส่วน ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ข้อบทอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐประกอบการศึกษาครั้งนี้ของผู้วิจัยได้ ทั้งในแนวทางการสร้างหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ และการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ เพื่อให้การพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานมีความยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับของผู้เข้าทำสัมปทานกับรัฐ

