

บทที่ 5

กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาที่เกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 4 ส่วน ส่วนแรกได้แก่ กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ส่วนที่สอง ได้แก่ แนวทางในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ส่วนที่สามได้แก่ กรณีศึกษาการใช้หลักกฎหมายของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่น่าสนใจ และส่วนที่สี่ ได้แก่ แนวทางในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานเพื่อแก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. กฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น โดยปกติจะเป็นกฎหมายไทย และอาจจะมีการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ตามหลักการแสดงเจตนาเลือกใช้กฎหมายของคู่สัญญา (Choice of law) ซึ่งอาจจะไม่ใช่กฎหมายไทยด้วยก็ได้ ดังนั้นในส่วนนี้ผู้เขียนจึงได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ กฎหมายไทย และ กฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1 กฎหมายไทย

หากพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น มักกำหนดให้นำกฎหมายไทยมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งน่าจะมาจากสัมปทานในประเทศไทยเป็นไปโดยกฎหมายและมาจากอำนาจในการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีอำนาจมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและส่วนใหญ่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเป็นผู้กำหนดสัญญาไว้ล่วงหน้า ก่อนทำสัญญาอยู่แล้วว่าจะใช้กฎหมายไทย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายไทยที่นำมาใช้บังคับกับสัญญา

สัมปทานนั้น จึงอาจนำมาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หรือในฐานะที่เป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาสัมปทานได้จัดทำ¹¹⁸

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานนั้น ผู้เขียนได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และ กฎหมายในระดับระเบียบรวมทั้งมติคณะรัฐมนตรี เพื่อให้ครอบคลุมถึงกฎหมาย กฎระเบียบต่างๆ ที่จะนำมาใช้กับสัมปทาน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1.1 กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานของไทยที่ผ่านมา นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีอยู่หลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติรักษาดินสักร.ศ.116 พระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461 พระราชบัญญัติจัดวางทางรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ.2550 เป็นต้น ซึ่งในการศึกษาส่วนนี้ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างของพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในประเทศไทยรวมถึงวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติต่างๆ ดังกล่าวไว้พอสังเขป ดังได้แสดงรายละเอียดในตารางที่ 5.1

ตารางที่ 5.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
1. พระราชบัญญัติรักษาดินสักร.ศ.116	- การตัดดินไม้สักต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาล
2. พระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461	- การตรวจหาแร่ ขุดแร่จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาล
3. พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464	- การวางรางรถไฟ ทำกิจการรถไฟในราชอาณาจักร ต้องได้รับพระบรมราชานุญาต
4. พระราชบัญญัติอากรรังนก พ.ศ.2467	- วางระเบียบการเก็บรังนกนางแอ่น
5. พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471	- เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชน กล่าวคือ การประกอบกิจการสาธารณูปโภคจะต้องได้รับพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทาน
6. พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473	- การสร้างและบำรุงทางหลวงเป็นกิจการที่รัฐผูกขาด ผู้ใดจะประกอบกิจการดังกล่าวต้องได้รับสัมปทาน

¹¹⁸ อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 13, น.105

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
7. พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484	- รัฐบาลมีอำนาจให้สัมปทานทำไม้หวงห้าม เก็บของป่าหวงห้าม โดยเรียกเก็บค่าภาคหลวงจากผู้ขออนุญาต
8. พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510	- การทำเหมืองแร่ต้องได้รับประทานบัตร
9. พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514	- เพื่อส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ในด้านการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเพื่อประโยชน์แก่รัฐ โดยผู้ทำการสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมต้องได้รับสัมปทาน
10. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515	- การประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ดังนี้ ต้องได้รับสัมปทาน กล่าวคือ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การชลประทาน การประปา การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อ
11. พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520	- กลุ่มครองผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เช่น การไม่โอนกิจการเป็นของรัฐ การที่รัฐไม่ประกอบกิจการแข่งขัน เป็นต้น
12. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535	- กำหนดวิธีการที่หน่วยงานรัฐจะให้สัมปทานหรือเข้าร่วมลงทุนหรือร่วมงานกับเอกชน
13. พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540	- กำหนดวิธีการเกี่ยวกับการให้สัมปทานเก็บรังนกนางแอ่น
14. พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542	- การให้สัมปทานแก่ผู้ประกอบการคลังน้ำมัน เชื้อเพลิงหรือระบบขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อ
15. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542	- วางระเบียบและแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานทางปกครอง รวมถึงมีการให้คำนิยามเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งรวมถึงสัญญาสัมปทาน
16. พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542	- เพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยทางหลวงที่ได้รับสัมปทานเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เอกชนจะเข้ามาลงทุนในกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
18. พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543	โคจะดำเนินการดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ - เพื่อการจัดทำ จัดการและการให้บริการขนส่งมวลชนด้วยระบบไฟฟ้ารวมทั้งการดูแลรักษาความปลอดภัยเพื่อการให้บริการที่มีประสิทธิภาพ
19. พระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ.2550	- เพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการทางพิเศษแห่งประเทศไทยให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบันเพื่อให้สามารถดำเนินการในอันที่จะให้บริการเพื่ออำนวยความสะดวกในการจราจรได้มากยิ่งขึ้น

หมายเหตุ : จากการรวบรวม

นอกจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้นยังมีพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่อนุญาตให้รัฐวิสาหกิจสามารถเข้าร่วมการงานกับภาคเอกชนได้ เช่น พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ.2477 พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2519 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 พระราชบัญญัติปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2521 เป็นต้น

จากการศึกษาพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่วนใหญ่จะมีเนื้อหาสาระในเรื่องการดำเนินการสัมปทานนั้นๆ โดยมีได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกรณีเกิดข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจน แต่ก็พบว่าพระราชบัญญัติบางฉบับบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้การสัมปทานไว้โดยเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กล่าวถึงการชดเชยค่าเสียหายกรณีมีค่าเสียหายเกิดขึ้นจากกรณีที่มีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่หรือผู้รับสัมปทานต้องผ่านเข้าไปในพื้นที่ของบุคคลใดเพื่อการเก็บรักษาและขนส่งปิโตรเลียม หากไม่สามารถตกลงค่าความเสียหายกันได้ให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้¹¹⁹ หรือ เมื่อมีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้

¹¹⁹ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 55

ในกิจการปิโตรเลียมให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์¹²⁰ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 กล่าวถึงการให้สิทธิแก่ผู้รับสัมปทานในกรณีที่จำเป็นต้องได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือมีความจำเป็นต้องใช้อสังหาริมทรัพย์ โดยไม่จำเป็นต้องได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นและไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดหาอสังหาริมทรัพย์เพื่อกิจการขนส่งมวลชน¹²¹ นอกจากนั้น ยังมีการนำหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน กล่าวคือ กรณีมีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไข หรือ เพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้¹²² เป็นต้น

1.1.2 กฎหมายในระดับระเบียบ รวมทั้งมติคณะรัฐมนตรี

โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาภาครัฐที่การดำเนินการต้องเป็นไปภายใต้กฎเกณฑ์ของรัฐด้วย ดังนั้น นอกจากการพิจารณากฎหมายแล้ว ยังต้องพิจารณาจากกฎระเบียบของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่า มีกฎ ระเบียบของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานดังได้แสดงรายละเอียดในตารางที่ 5.2

ตารางที่ 5.2 ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
1. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ พ.ศ.2549	- เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐาน ระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการที่สำคัญ โดยจัดให้โครงการลงทุนขนาดใหญ่เป็นโครงการพิเศษ โดยมีวิธีการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารจัดการพิเศษแตกต่างจากโครงการทั่วไป อย่างไรก็ดี มีข้อน่าสังเกตว่า ระเบียบนี้ได้มีการกำหนดไว้ด้วยว่า ข้อเสนอของผู้ยื่นเสนอโครงการต้องไม่เป็นการเข้าร่วมทุน ร่วมการงาน หรือขอรับสัมปทานตาม

¹²⁰ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 68

¹²¹ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 47

¹²² พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 53

ตารางที่ 5.2 (ต่อ)

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
	กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ (ข้อ 14)
2. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม	- ระเบียบนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ นอกจากนั้นยังกำหนดตัวอย่างเอกสารประกวดราคาและตัวอย่างสัญญาต่างๆ ด้วย
3. ระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ.2528	- ระเบียบนี้เป็นระเบียบที่กำหนดเพดานวงเงินกู้ (Debt Ceiling) แต่ละปีเพื่อป้องกันมิให้หน่วยงานของรัฐก่อหนี้สูงขึ้นเรื่อยๆ <u>ข้อสังเกต</u> ระเบียบดังกล่าวนี้เองทำให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถกู้เงินมาลงทุนเพื่อให้บริการแก่ประชาชนได้ตามความต้องการ ประกอบกับรัฐบาลมีนโยบายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในงานของรัฐมากขึ้น จึงทำให้เกิดโครงการสัญญาสัมปทานต่างๆ และโครงการให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อที่รัฐจะได้ไม่ต้องใช้เงินทุนของตนเองและไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเพดานเงินกู้
4. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535	- กำหนดให้ส่วนราชการต่างๆ และรัฐวิสาหกิจทุกประเภทส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามสัญญา ซึ่งนำไปสู่การกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ในเวลาต่อมา
5. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547	- การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น กำหนดให้นำคดีพิพาทจากสัญญาสัมปทานที่เป็นสัญญาทางปกครอง ส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม และเห็นว่าสัญญาสัมปทานที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็น

ตารางที่ 5.2 (ต่อ)

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
6. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552	ผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป
7. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2552	- กำหนดให้สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป - อนุมัติให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทไว้ในสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสัญญาที่ 1, 2 และ 3 ที่ดำเนินการประกวดราคาแล้วเสร็จ และงานโยธาสัญญาที่ 6 ที่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) จะดำเนินการประกวดราคา และสัญญาจ้างที่ปรึกษาบริหารและควบคุมโครงการ

หมายเหตุ : จากการรวบรวม

สำหรับปัญหาว่จะนำกฎหมายใดมาบังคับใช้กับสัญญานั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าสัมปทานในเรื่องนั้นมีบทบัญญัติมีบทบัญญัติของกฎหมายไทยกำหนดไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ โดยหากเป็นสัมปทานที่มีกฎหมายเป็นการเฉพาะแล้วก็จะต้องนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ เช่น กรณีของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม โดยที่กฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียมกำหนดให้นำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาปิโตรเลียม จึงเป็นการกำหนดให้นำกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาดังกล่าว ในกรณีจึงย่อมขึ้นอยู่กับศาลหรืออนุญาโตตุลาการว่าจะนำหลักกฎหมายใดจากข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายภายในจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ใน

การวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38(ค) แห่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั่นเอง ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ.2514 เป็นกฎหมายภายในที่ได้กำหนดให้ระงับข้อพิพาทในสัมปทานปิโตรเลียมโดยอนุญาโตตุลาการ และมีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายภายในอื่นๆ ที่กำหนดให้นำวิธีพิจารณาตามกฎหมายข้อบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เป็นการยอมรับวิธีพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง จึงไม่มีปัญหาในการตีความว่าวิธีพิจารณาตามกฎหมายข้อบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น ขัดกับกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยหรือไม่¹²³ หรือในกรณีของการดำเนินกิจการของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ก็มีพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 ว่าด้วยเรื่องสัมปทานบัญญัติให้นำกฎหมายเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์มาใช้เพื่อการได้มาหรือใช้อสังหาริมทรัพย์เพื่อกิจการรถไฟฟ้า และกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไข รวมถึงเพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเป็นการวางแนวทางให้นำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้ ในกรณีจึงย่อมขึ้นอยู่กับศาลหรืออนุญาโตตุลาการว่าจะนำหลักกฎหมายใดจากบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทาน เป็นต้น

กรณีสัมปทานใดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ก่อนปี พ.ศ.2542 แนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทย สัญญาสัมปทานนั้นจะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นสัญญาภายใต้ระบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลก็จะนำเอาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับคดีดังกล่าว¹²⁴

แต่ภายหลังปี พ.ศ.2542 เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาแล้ว สัญญาสัมปทานซึ่งจัดเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ก็ยังไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้ คงมีแต่แนวคำพิพากษาของศาลปกครองในบางคดีเท่านั้นที่ได้วางหลักเกี่ยวกับกฎหมายปกครองที่นำมาใช้กับสัญญาสัมปทานไว้ โดยยังไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญาสัมปทานหรือสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานจะต้องใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาต่อไปว่าควรนำหลักกฎหมายใดมาปรับแก้คดี หรือควรจะวินิจฉัยคดีดังกล่าวอย่างไร

¹²³ นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.380-381

¹²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1738/2525(เนติ) น.1362 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2384/2536

1.2 กฎหมายระหว่างประเทศ

โดยปกติสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมักจะกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยบังคับกับสัญญาอยู่แล้ว ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของรัฐจึงเป็นกฎหมายไทยตามเจตนาของคู่สัญญา แต่ก็อาจจะมีการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานด้วยก็ได้เช่นกัน หากสัญญาเหล่านั้นมีข้อบทในสัญญากำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายภายในรัฐขณะนั้นยังไม่เพียงพอที่จะนำมาบังคับใช้แก่คดีได้ ก็มีความเป็นไปได้ที่อนุญาโตตุลาการอาจจะนำหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ อย่างเช่น ในคดี Texaco Arbitration (1975) ที่อนุญาโตตุลาการเลือกหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้กับสัญญาในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายประเทศลิเบีย (กฎหมายภายในรัฐ) ที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

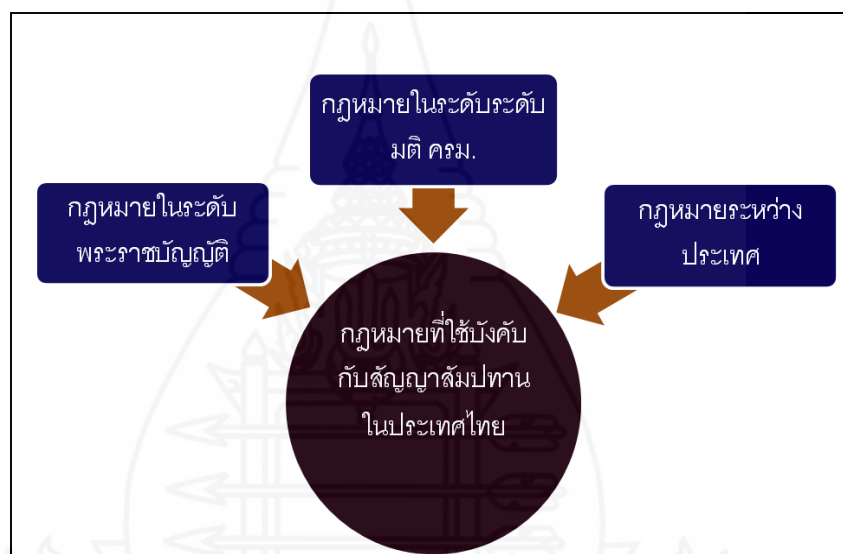
สำหรับในส่วนของประเทศไทยนั้น การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย พบว่ามีการนำกฎหมายระหว่างประเทศอันได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมาใช้ ดังปรากฏให้เห็นในคดีระหว่างรัฐบาลไทย กับ Walter Bau AG (2552) หรือ “คดีดอนเมืองโทลล์เวย์” คดีนี้รัฐบาลไทยได้ให้สัมปทานแก่ บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) (Walter Bau AG สัญชาติเยอรมัน ผู้เรียกร้องสิทธิเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นของบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์) เพื่อให้ดำเนินการออกแบบ ก่อสร้าง บริหารงาน และบำรุงรักษา เส้นทางยกระดับระหว่างสนามบินดอนเมืองถึงบริเวณสามเหลี่ยมดินแดง ระยะทางประมาณ 28 กิโลเมตร วงเงินลงทุน 12,000 ล้านบาท บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้รับสิทธิในการเก็บรายได้จากการใช้ทางดังกล่าวตลอดระยะเวลาสัมปทาน

ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อ Walter Bau AG อ้างว่าการกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการเวนคืนทางอ้อม และ เป็นการละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ ถือเป็นการละเมิดความคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน พ.ศ.2545 จึงได้นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการมีที่ตั้งอยู่ ณ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

คดีนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public international law) มาใช้ ซึ่งมีใช้กฎหมายภายในรัฐ (National law) และกฎหมายที่เหมาะสมควรจะนำมาใช้ คือ กฎหมายของประเทศไทย แม้ว่าอาจจะนำกฎหมายของประเทศเยอรมันมาใช้ได้ด้วยก็ตาม ตามข้อตกลงร่วมกันที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

ซึ่งอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดให้รัฐบาลไทยเป็นฝ่ายแพ้คดีและต้องชดเชยค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาต่อ Walter Bau AG โดยอนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายมาใช้ดังนี้ 1) หลักการเวนคืน (Expropriation) โดยวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของรัฐบาลไทยไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม เพราะยังไม่ถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจของผู้ลงทุนดำเนินต่อไปไม่ได้ 2) หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable) โดยวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการปฏิบัติที่ไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมและเท่าเทียมกันต่อผู้ลงทุนต่างชาติ

หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นได้ตามภาพที่ 5.1 ดังนี้



ภาพที่ 5.1 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

2. แนวทางในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

การศึกษาในส่วนนี้เป็นการศึกษาถึงแนวในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน เพื่อให้ทราบว่าแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้เป็นอย่างไรในประเทศไทย และผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศที่อาจมีต่อแนวทางระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยต่อไปในอนาคต โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน คือ แนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏ

อยู่ในปัจจุบัน ปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน และผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศที่อาจมีต่อแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ดังนี้

2.1 แนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานนั้น สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ หรือวิธีการทางศาลก็ได้ แล้วแต่เจตนาของคู่สัญญา สำหรับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นไปตามหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 ที่กำหนดให้หน่วยงานรัฐจะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การดำเนินการเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นการแต่งตั้งโดยความสมัครใจของคู่สัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เมื่อเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่สัญญาก็ต้องผูกพันตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ตนตั้งขึ้น และต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ เว้นแต่มีเหตุผลเฉพาะบางกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น จึงจะสามารถโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น โดยปกติแล้วเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเป็นอย่างไรแล้วย่อมถือเป็นคำชี้ขาดที่เด็ดขาด และไม่อาจโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้

ทั้งนี้คู่สัญญาอาจจะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ คือ 1) การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (ad hoc arbitration) โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่างๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน หรือ 2) การระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institution arbitrations) คู่กรณีพิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทของตนโดยการอนุญาโตตุลาการ อาจตกลงกันใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการดังกล่าวได้ สถาบันดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบของสถาบันที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการแห่งกระทรวงยุติธรรม หรืออาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานต่างๆ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์ หรือเป็นหน่วยงานในหอการค้าที่ให้บริการกับสมาชิกของหอการค้าและนักธุรกิจทั่วไป เช่น สภาอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย เป็นต้น

หากพิจารณากฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว พบว่าสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กำหนดให้

การระงับข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม กระทำโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (ad hoc arbitration) เพราะเป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทจากสัญญาเป็นกรณีๆ ไป และหากพิจารณาจากสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานรัฐในประเทศไทยจัดทำขึ้นก็มักมีข้อสัญญากำหนดให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แต่โดยส่วนใหญ่มักเป็นการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ¹²⁵

2.2 ปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน

ก่อนปี พ.ศ.2542 ประเทศไทยใช้ระบบศาลเดี่ยว ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทุกประเภทเข้าสู่กระบวนการศาลยุติธรรม การวินิจฉัยและพิพากษาศาลก็จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานศาลก็จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เช่นเดียวกัน แม้ว่าในช่วงเวลาก่อนหน้านี้จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 อยู่แล้วก็ตาม การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานก็ยังคงมีการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เช่นเดียวกัน และก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสัมปทานหลายประการ

หลังปี พ.ศ.2542 เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครอง ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้สัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง สัญญาสัมปทานซึ่งจัดเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นคดีจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ทำให้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ไม่อาจจะนำมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานได้

แต่ในเวลาต่อมาก็ได้มีการแก้ไขให้วิธีการอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานได้อีกครั้ง เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ขึ้นมา โดยกำหนดให้นำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดรายละเอียดของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ เช่น ขอบอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ประเภทของข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน กระบวนการในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งขอบเขตของศาลในการเข้ามามีบทบาทต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

¹²⁵ อารยา กิตติเวช, เพิ่งอ้าง, น.121

เมื่อมีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะสัญญาสัมปทาน ที่ผ่านมามีปัญหาเกิดขึ้นหลายประการ อาทิเช่น กรณีปัญหาข้อพิพาทคดีไอทีวี ที่ศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุผลว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดในประเด็นแห่งคดี เนื่องจากการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดในประเด็นแห่งคดีเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกรณีปัญหาข้อพิพาทตามโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่ศาลฎีกาได้พิพากษาของศาลชั้นต้นที่ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายเงินชดเชยค่าเสียหายความล่าช้าในการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างเป็นจำนวนหลายพันล้านบาท ด้วยเหตุผลสัญญาเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงไม่มีผลผูกพันการทางพิเศษแห่งประเทศไทย และทำให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่ต้องชำระค่าชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ซึ่งกรณีตัวอย่างเหล่านี้ล้วนแล้วแต่สะท้อนให้เห็นปัญหาการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานทั้งสิ้น ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอโดยละเอียดในส่วนต่อไป

นอกจากปัญหาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในอีกด้านหนึ่ง กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นมีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาว่า แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานควรเป็นเช่นไร การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการควรมีหรือไม่ในสัญญาสัมปทาน ส่งผลให้รัฐบาลในขณะนั้นพยายามหาทางป้องกันปัญหาเมื่อมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานเกิดขึ้นแล้วเข้าสู่วิธีการอนุญาโตตุลาการและมีคำชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดียังผลให้ต้องขอใช้เงินจำนวนมาก จึงได้มีมติคณะรัฐมนตรีออกมา เพื่อป้องกันปัญหาการระงับข้อพิพาทดังกล่าว คือ เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 วันที่ 4 พฤษภาคม 2547 และ วันที่ 7 สิงหาคม 2552 ตามลำดับ สาระสำคัญในมติคณะรัฐมนตรีที่กล่าวมา คือ สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนไทยหรือต่างประเทศไม่ควรมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด ยกเว้นแต่มีกรณีจำเป็นให้เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเป็นกรณีไป ซึ่งเท่ากับมีผลให้การดำเนินแนวทางในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานของประเทศไทยนั้น ถูกห้ามมิให้ใช้อนุญาโตตุลาการ โดยนัยของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน

เป็นที่น่าสังเกตว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวดูเหมือนว่าจะมีความขัดแย้งกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการสามารถมีในสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเป็นการสร้างปัญหาในทางปฏิบัติให้ผู้ปฏิบัติงานได้

แต่การที่ประเทศไทยใช้วิธีการแก้ปัญหาเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามา

ลงทุนในประเทศไทยได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นระบบที่ยอมรับกันในระดับสากลและใช้กันอย่างแพร่หลายในธุรกิจและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐบาลเองต้องการให้ประเทศไทยมีการพัฒนาทางด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแต่กลับมีนโยบายมิให้มีข้อสัญญาการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน

2.3 ผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศที่อาจมีต่อแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศว่าจะมีผลต่อการกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในอนาคตหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าพันธกรณีระหว่างประเทศที่น่าสนใจอยู่ 2 เรื่อง คือ 1) อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 เนื่องจากปัจจุบันนี้รัฐเข้ามามีบทบาททางด้านการค้าการลงทุนระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการลงทุน รัฐได้เปิดโอกาสให้นักลงทุนจากต่างประเทศเข้ามาลงทุนในกิจการที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะและสาธารณูปโภคที่รัฐแต่ผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิทำได้ โดยการอนุญาตหรือให้สัมปทานแก่เอกชนต่างประเทศที่เข้ามาลงทุนอันเป็นการช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน และ 2) ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) เนื่องจากปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายว่าเป็นกลไกสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศดังมีการจัดทำความตกลงแบบทวิภาคีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศต่างตอบแทนในหลายประเทศทั่วโลก ซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่อาจจะมีต่อแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในอนาคตได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.3.1 อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965¹²⁶

อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 หรือ ICSID เป็นอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States) ทำ ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 โดย ICSID เป็นองค์กรหนึ่งของธนาคารโลก (World Bank) มีวัตถุประสงค์

¹²⁶ เนติมา คงแคล้ว “การระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนผ่านกระบวนการของ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States: ICSID” ค้นคืนวันที่ 15 พฤษภาคม 2555 จาก <http://www.learners.in.th/blogs/posts/475822>

เพื่อเป็นองค์กรในการจัดการข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ โดยวิธีการประนีประนอมข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความร่วมมือในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ICSID จึงมีกระบวนการดำเนินงานที่เป็นปัจเจกแยกจากกระบวนการตามกฎหมายภายใน ศาลภายในมีหน้าที่เพียงเป็นเสมือนผู้ช่วยในการบังคับการตามคำตัดสินของ ICSID เท่านั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิยื่นอุทธรณ์กรณีพิพาทเดียวกันนี้ต่อศาลภายในอีกได้ และรัฐภาคีของ ICSID จะต้องผูกพันตามคำตัดสิน โดยถือว่าคำตัดสินดังกล่าวเป็นที่สุดท้าย ซึ่งนับว่าเป็นเอกลักษณ์ขององค์การระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริง แรกเริ่มก่อตั้งมีสมาชิกทั้งสิ้นเพียง 20 ประเทศ และเพิ่มจำนวนเป็น 157 ประเทศจนถึงปัจจุบัน

ICSID มีบทบาทมากขึ้นอย่างรวดเร็วอันเป็นผลมาจากการเข้าทำ

สนธิสัญญาทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties : BITs) ด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้นจาก 385 ฉบับในปี 1989 เป็นกว่า 3,000 ฉบับในปัจจุบัน สนธิสัญญาดังกล่าวให้สิทธิแก่นักลงทุนในการเรียกค่าเสียหาย หากรัฐผู้รับการลงทุนได้เวนคืนกิจการ ก่อความเสียหาย อันกระทบต่อกิจการหรือกรณีอื่นๆ อันเป็นการละเมิดสัญญา และยังได้กำหนดวิธีแก้ปัญหาคือข้อพิพาทไว้อีกด้วย ซึ่งวิธีการหนึ่งที่มีการระบุไว้ในสนธิสัญญาก็คือการนำข้อพิพาทมาสู่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตามกระบวนการของ ICSID โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการพิจารณาของศาลภายในแต่อย่างใด

ICSID จะดำเนินการในลักษณะ “อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง” (ad hoc arbitration) อันเป็นลักษณะเฉพาะที่ต่างจากองค์กรศาลที่มีผู้พิพากษาประจำการ และคู่กรณีไม่อาจอุทธรณ์คำตัดสินของ ICSID ได้ ทั้งนี้ ICSID มีเขตอำนาจจัดการเฉพาะข้อพิพาทที่คู่กรณีได้ตกลงยินยอมเป็นหนังสือทั้งสองฝ่าย ตกลงให้ ICSID จัดการข้อพิพาทนั้น โดยคู่กรณีจะเพิกถอนความยินยอมแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ และข้อพิพาทที่จะนำเข้าสู่กระบวนการของ ICSID ได้นั้น ต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการลงทุนและต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้เงื่อนไขของข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID จะต้องเป็นข้อพิพาทที่คู่กรณีเป็นรัฐผู้รับการลงทุนฝ่ายหนึ่งและเป็นนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนภายในรัฐนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

รัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติที่มีกรณีพิพาทเกิดขึ้น มีสิทธิในการเลือกใช้องค์คณะของอนุญาโตตุลาการได้ โดยอาจเลือกใช้องค์คณะเพียงท่านเดียว หรือจำนวนเท่าใดก็ได้ อย่างไรก็ตามโดยปกติแล้วคู่พิพาทมักเลือกใช้องค์คณะอนุญาโตตุลาการจำนวน 1 ท่าน หรือ 3 ท่าน ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของคู่พิพาทเองตามข้อตกลงในสัญญา แต่หากไม่มีข้อตกลง

ดังกล่าว ให้ใช้อนุญาโตตุลาการจำนวน 3 ท่าน เป็นองค์คณะในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วอนุญาโตตุลาการที่ได้รับเลือกเข้ามาสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทนี้มักไม่มีสัญชาติเดียวกันกับคู่กรณีพิพาท เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย เว้นแต่มีข้อตกลงในสัญญาให้สามารถใช้อนุญาโตตุลาการสัญชาติเดียวกันกับคู่กรณีได้

อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งข้างต้นจะต้องพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยใช้กฎหมายของรัฐใดก็ได้ที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ตามสัญญา (Applicable Law) ทำให้คู่กรณีเกิดความยืดหยุ่นอย่างมากในการเลือกกฎหมายใดก็ได้มาบังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งหลักการดังกล่าวได้นำมาสู่การจัดตั้งอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ในเวลาต่อมา อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายดังกล่าวว่าเหมาะสมต่อการนำมาใช้บังคับแก่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ และขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ หากกฎหมายดังกล่าวมีความเหมาะสมและไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศก็สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทได้

โดยทั่วไปคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ตามกระบวนการของ ICSID ถือเป็นที่สุดไม่สามารถอุทธรณ์ได้และผู้ผลผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินนั้นโดยไม่ชักช้า ศาลภายในของรัฐที่เป็นภาคีใน ICSID มีหน้าที่รับรองคำตัดสินและบังคับคดีตามคำตัดสินเท่านั้น เว้นแต่มีเหตุบางประการที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกขึ้นมาเพื่อให้ศาลทบทวนคำตัดสินของ ICSID หรือไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของ ICSID ได้ ซึ่งมี 5 กรณี คือ 1) อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท จัดตั้งขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2) อนุญาโตตุลาการตัดสินเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมาย 3) อนุญาโตตุลาการมีการทุจริต 4) การตัดสินคดีไม่เป็นไปตามหลักวิธีพิจารณาคดี และ 5) อนุญาโตตุลาการไม่ได้ชี้แจงเหตุผลของคำตัดสิน

ประเทศไทยเองก็ได้ลงนามใน ICSID แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ดังนั้น ICSID จึงยังไม่ผูกพันต่อประเทศไทยในขณะนี้ อย่างไรก็ตามแม้ประเทศไทยจะยังไม่ได้ให้สัตยาบันใน ICSID แต่ประเทศไทยสามารถที่จะขอให้ ICSID จัดการข้อพิพาทนอกอนุสัญญาได้ตามนโยบายการให้บริการของ ICSID ตาม Additional Facilities Rules ให้ดำเนินกระบวนการจัดการข้อพิพาทที่อยู่นอกเหนือจากอนุสัญญาได้ รวมถึงกรณีที่รัฐใดรัฐหนึ่งไม่ได้เป็นภาคีด้วย นอกจากนี้ ICSID ยังให้บริการจัดการข้อพิพาทที่ไม่ใช่หลักการใน ICSID ที่เรียกว่า fact-finding proceedings สำหรับรัฐที่ต้องการให้ ICSID ดำเนินการค้นหาและรายงานข้อเท็จจริง (to examine and report on facts)

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันประเทศไทยอยู่ในระหว่างการเตรียมการร่างกฎหมายเพื่ออนุวัติการอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 อันเป็นส่วนหนึ่งของการเตรียมการเพื่อให้สัตยาบันแก่การลงนามเพื่อเข้าภาคยานุวัติ ซึ่งหากพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อใดก็ย่อมมีผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดว่าหากมีคำชี้ขาดของ ICSID แล้ว รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องยอมรับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นว่ามีผลผูกพันและต้องบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้ว โดยไม่มีสิทธิทบทวนความถูกต้อง ความชอบด้วยกฎหมาย หรือผลต่อความสงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นจากคำชี้ขาด ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลภายในมีอิทธิพลในทางทำลายคำชี้ขาดโดยไม่บังคับใช้

นอกจากนั้นแล้ว กรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ คู่สัญญาที่เป็นผู้ลงทุนต่างชาติสามารถนำข้อพิพาททางด้านการลงทุนเสนอต่อ ICSID ได้ และคำชี้ขาดที่ ICSID ทำขึ้นก็สามารถที่จะไปใช้บังคับในประเทศของกลุ่มกรณีได้เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลในประเทศนั้นๆ และไม่ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะกำหนดให้ผู้ลงทุนต่างชาติไปจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายภายในของประเทศตนเช่นนี้ อนุสัญญานี้ก็ยังคงให้ความคุ้มครองหากรัฐที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทและนิติบุคคลนั้นได้ตกลงกันว่าให้ถือว่านิติบุคคลดังกล่าวมีสัญชาติของรัฐภาคีหนึ่งเพื่อประโยชน์แห่งอนุสัญญานี้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติสำหรับการเข้าทำหน่วยงานของรัฐกับเอกชนต่างชาติก็ยังคงมีความสับสนอยู่ จากการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้การทำสัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผู้มัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อการออกกฎหมายรองรับอนุสัญญา ICSID อีกทั้งยังอาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติด้วย

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การให้สัตยาบันต่อ ICSID จะทำให้ประเทศไทยมีอนุสัญญาที่เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นประโยชน์ในแง่ของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย และเป็นการจูงใจนักลงทุนต่างชาติเกิดความเชื่อมั่นที่จะลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลควรมีนโยบายในเรื่องนี้ให้

ชัดเจน โดยหากเห็นว่าประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมทั้งหมดยกเว้นที่จะจัดทำข้อสงวนกำหนดประเภทของสัญญาที่จะผูกพันหรือไม่ผูกพันตามพันธกรณีให้ชัดเจน

สำหรับการใช้ Applicable Law ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ปกติกฎหมายที่ใช้ตัดสินจะอยู่กับการตกลงระหว่างรัฐกับผู้ลงทุน แต่ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ก็ต้องใช้กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนควบคู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อว่าถ้ากฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นภายหลังจากการลงทุน โดยผลของการแก้ไขกฎหมายที่ทำได้โดยรัฐ อนุญาโตตุลาการสามารถอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อตัดสินคดี ทั้งนี้ เพื่อให้ชาวต่างชาติที่มาจากประเทศสมาชิกอื่น ไม่ถูกรัฐผู้รับการลงทุนเอาเปรียบโดยใช้วิธีการแก้ไขกฎหมายภายในหลังจากที่มีการลงทุนแล้ว

แม้ในหลักการจะเป็นสิ่งที่ดี แต่หลักกฎหมายระหว่างประเทศในทางเศรษฐกิจนั้น แต่เดิมมีไม่มากและมีรายละเอียดไม่เพียงพอ ทำให้การใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่เป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปแทน ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้มักจะได้แก่หลักกฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้ว ทั้งนี้ เป็นเพราะผลของอิทธิพลทางภาษา ปริมาณของวรรณกรรมที่มีซึ่งเขียนขึ้นโดยคนจากประเทศที่มีความเจริญทางเศรษฐกิจมากกว่า ตลอดจนระดับของการศึกษากฎหมายในประเทศที่เจริญกว่ามักจะสูงกว่า ซึ่งทางประเทศตะวันตกใช้กรอบทางเศรษฐกิจและทางกฎหมาย¹²⁷ ดังนั้น ประเทศไทยควรมีการจัดทำหลักกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในเชิงเศรษฐกิจเพื่อการรองรับต่อการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันต่อ ICSID ในอนาคตด้วย

2.3.2 ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศต่างตอบแทน (Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investments) ซึ่งจัดเป็นความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) ได้รับความนิยมอย่างแพร่ เนื่องจาก BITs มีขั้นตอนการจัดทำที่น้อยกว่าและมี

¹²⁷ พิชัยศักดิ์ หวังนุกุล “การตั้งข้อสงวนที่ควรทำในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965” ค้นคืนวันที่ 4 เมษายน 2555 จาก

<http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q3/article2005sep16p2.htm>

ขอบเขตที่แคบกว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements: IIAs) ชนิดอื่น¹²⁸

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาได้มีการจัดทำความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกันทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศที่กำลังพัฒนา¹²⁹ สำหรับประเทศไทยมีการจัดทำและลงนาม BITs เป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.1961 กับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ.1966) หลังจากนั้นประเทศไทยได้เจรจาจัดทำ BITs กับหลายๆ ประเทศเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยได้เจรจาแล้วเสร็จรวม 42 ฉบับ โดยลงนามและมีผลใช้บังคับไปแล้ว 35 ฉบับ และที่ลงนามแล้วแต่ยังไม่มีผลใช้บังคับอีก 7 ฉบับ¹³⁰

เมื่อ BITs มีผลใช้บังคับถือว่าประเทศภาคีสัญญายินยอมเข้าผูกพันที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีใน BITs เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาที่มาลงทุนในประเทศตน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับ มาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุน (Standard of Treatment) โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบที่อาจจะมีต่อแนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานของประเทศไทย

กล่าวคือ พันธกรณีใน BITs นั้น มีมาตรฐานการปฏิบัติแบบเปรียบเทียบ (Relative Standard of Treatment) เพื่อคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญา โดยเปรียบเทียบมาตรฐานการคุ้มครองที่ประเทศเจ้าบ้านมีให้กับการลงทุนและนักลงทุนของตนหรือของประเทศอื่น ซึ่งมีหลักการว่าในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันประเทศเจ้าบ้านต้องปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนของประเทศเจ้าบ้านเอง หรือต่อนักลงทุนชาติอื่น¹³¹ มาตรฐานการดังกล่าว ประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน คือ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment: NT) เป็นมาตรการปฏิบัติแบบเปรียบเทียบรูปแบบ

¹²⁸ มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, “ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITs): พันธะและนโยบาย, น.5 (มีนาคม 2553)

¹²⁹ จากข้อมูล ณ ปี ค.ศ.2007 มีการจัดทำ BITs ใหม่จำนวน 59 ฉบับ แบ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาแล้วร่วมจัดทำ BITs จำนวน 38 ฉบับ ดูรายละเอียดใน Bilateral Investment Treaties (BITs), Recent Development in International Investment Agreement (2008-June 2009), IIA Monitor No.3 (2009), United Nation, New York and Geneva, 2009, น.2

¹³⁰ มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 46, น.7

¹³¹ มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เพิ่งอ้าง, น.18

หนึ่ง ซึ่งกำหนดให้ประเทศเจ้าบ้านต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนประเทศภาคีสัญญาไม่ด้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตน¹³² และ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment: MFN) ที่กำหนดว่าในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันประเทศเจ้าบ้านต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศภาคีสัญญาไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศที่สาม¹³³

สำหรับมาตรฐานการปฏิบัติแบบเบ็ดเสร็จ (Absolute Standard of Treatment) เป็นมาตรการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาในรูปแบบหนึ่งซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับมาตรฐานการปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนอื่นๆ หรืออีกนัยหนึ่ง แม้ว่าจะบังคับใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานการปฏิบัติแบบเบ็ดเสร็จกับนักลงทุนประเทศของตนเอง แต่ก็ไม่มีสิทธิที่จะดำเนินมาตรการนั้นกับนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญา ตัวอย่างของมาตรฐานการนี้ได้แก่ การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม(Fair and Equitable) การเวนคืน(Expropriation) การโอน(Transfer of Funds) และการระงับข้อพิพาท(Dispute Settlement) เป็นต้น¹³⁴

โดยประเด็นที่น่าสนใจและเป็นปัญหาในทางปฏิบัติกันมาก ก็คือ อะไรที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม(Fair and Equitable) ของนักลงทุนต่างชาติและการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศเจ้าบ้านนั้น เนื่องจากยังมีข้อถกเถียงกันอยู่มากกว่าควรตีความตามตัวอักษรซึ่งจะต่างกันไปในแต่ละกรณีได้ หรืออิงตามหลักเกณฑ์การปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีความเป็นสากลกว่ากฎหมายท้องถิ่นของประเทศภาคีสัญญา¹³⁵

สำหรับการระงับข้อพิพาท(Dispute Settlement) ในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) นั้น ส่วนใหญ่ประเทศภาคีสัญญามักตกลงใช้การระงับข้อพิพาทแบบในศาลและนอกศาลได้แก่ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) การประนีประนอม (Conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ผสมกัน¹³⁶ ซึ่งหากเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีสัญญา (State-State Dispute Settlement: SSDS) จะมีประเด็นเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้ BITs แต่หากเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับประเทศภาคีสัญญา (Investor- State Dispute Settlement: ISDS) ก็จะเป็นกรณีพิพาทที่เกิดจากการที่นักลงทุนของ

¹³² มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟื่องอ้าง, น.18

¹³³ มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟื่องอ้าง, น.21

¹³⁴ มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟื่องอ้าง, น.24

¹³⁵ มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟื่องอ้าง, น.25

¹³⁶ มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟื่องอ้าง, น.37

ประเทศภาคีกล่าวหาประเทศเจ้าบ้านว่าได้ดำเนินมาตรการที่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตาม BITs ที่ได้ทำไว้กับประเทศของตน¹³⁷

ประเด็นเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน BITs นั้นมีความแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการวิธีอื่น ซึ่งคู่พิพาทที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จะต้องมิใช่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือระหว่างกันเสียก่อน สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าว อาจอยู่ในรูปสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ หรืออาจเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่ง (Arbitration Clause) ในสัญญาทางพาณิชย์ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาก่อสร้าง หรือแม้แต่ในสัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ หากคู่พิพาทไม่มีการตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือกันเอาไว้ก่อน คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยอีกฝ่ายไม่ยินยอมไม่ได้ แต่หลักดังกล่าวไม่นำมาใช้บังคับกับการทำอนุญาโตตุลาการภายใต้ BITs ทั้งนี้เพราะแม้เอกชนผู้ลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจะไม่ได้เป็นคู่สัญญากับรัฐบาลทั้งสองรัฐบาล และไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันไว้กับทางรัฐมาก่อนเลยก็ตาม แต่เอกชนผู้ลงทุนก็สามารถอ้างสิทธิในการนำคดีพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการต่อรัฐผู้รับการลงทุน โดยอาศัยข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนดังกล่าวได้ นอกจากนั้นแล้ว การใช้สิทธิภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน BITs อาจจะมีการตกลงทำข้อยกเว้นของหลัก Privacy of Contract ที่จะให้สิทธิแก่เอกชนผู้ลงทุนที่เป็นคนในสัญชาติของทั้งสองรัฐ มีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเข้าไปลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน ไปเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ โดยที่เอกชนดังกล่าวไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม หรือต้องทำข้อตกลงใดๆ กับรัฐบาลที่รับการลงทุนทั้งสิ้นก็ได้ หากจะเปรียบเทียบกับหลักการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาในทางแพ่ง สามารถเปรียบเทียบได้กับหลักสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ที่บุคคลสองคนอาจตกลงกันเพื่อให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาให้สามารถเข้ามามีสิทธิเรียกร้องต่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้นั่นเอง¹³⁸ ซึ่งก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาดังเช่นกรณีคดีดอนเมืองโทลล์เวย์ ที่ผู้ถือหุ้นในบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด ยื่นฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจนกระทั่งมีคำชี้ขาดให้ประเทศไทยเป็นฝ่ายแพ้คดีซึ่งต้องชำระค่าเสียหายเป็นจำนวนหลายพันล้านบาท อันอาจจะส่งผลกระทบต่อ

¹³⁷ มูลินท์ นวลนัม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟื่องอ้าง, น.37

¹³⁸ พิสุทธิ อรรถกมล “บทเรียนจากคดี Walter Bau ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทของนักลงทุน” คืบค้นวันที่ 6 เมษายน 2555 จาก <http://www.suthichaiyoon.com/detail/12676>

การทำสัญญาสัมปทานของประเทศไทยในอนาคตได้ (ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในส่วนถัดไป)

ดังนั้น รัฐบาลควรมีแนวนโยบายในเรื่องการระงับข้อพิพาทตามข้อบทใน BITs ให้ชัดเจน เพื่อสร้างความกระจ่างให้แก่ผู้ลงทุนที่สนใจจะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย โดยเฉพาะการให้คำนิยามแก่วิธีปฏิบัติที่ถือว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable) ให้ชัดเจน รวมถึงการให้องค์ความรู้แก่หน่วยงานภาครัฐเองที่จะต้องมีการทำสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ ที่มีสัญญาเกี่ยวข้องกับประเทศที่ทำความตกลง BITs กับประเทศไทย เพื่อให้มีความระมัดระวังเป็นพิเศษ เนื่องจากตาม BITs เปิดโอกาสให้ผู้สัญญาสามารถทำอนุญาโตตุลาการได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือระหว่างกัน หรือมี Arbitration clause นอกจากนั้นการที่ BITs มุ่งคุ้มครองคนในชาติของตนเป็นหลัก ทำให้คนสัญชาติของรัฐนั้นแม้มิได้เป็นผู้สัญญาโดยตรงก็สามารถยกข้อพิพาทที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เช่นเดียวกับผู้สัญญาโดยตรง ซึ่งทำให้รัฐที่รับการลงทุนมีความเสี่ยงในการให้สัมปทานเพิ่มขึ้น ซึ่งต้องมีการประเมินผลได้และผลเสียจากโครงการสัมปทานที่เกิดขึ้นให้ดี

3. กรณีศึกษา : การใช้หลักกฎหมายของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่น่าสนใจ

ที่ผ่านมานี้มีคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นหลายคดี แต่ที่น่าสนใจและผู้วิจัยนำมาใช้เป็นกรณีศึกษามี 3 คดี คือ 1) คดีระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี หรือ “คดีไอทีวี” 2) คดีระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี หรือ “คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง” และ 3) คดีระหว่างรัฐบาลไทย กับ Walter Bau AG หรือ “คดีคอนเมืองโทลล์เวย์” โดยคดีไอทีวี และ คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นคดีที่มีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย แต่ก็ถูกเพิกถอนโดยกระบวนการทางศาล ในขณะที่คดีคอนเมืองโทลล์เวย์ เป็นคดีที่มี คำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และปัจจุบันอยู่ในระหว่างการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแม้ว่าจะมิได้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการของไทย แต่การวางหลักกฎหมายและการปรับใช้หลักกฎหมายในคดีนี้มีความน่าสนใจ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหลักกฎหมายดังกล่าวอาจจะถือเป็นบรรทัดฐานให้แก่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 คดีระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (คดีไอทีวี)

คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) และ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี หรือ สปน. ในสัญญาเข้าร่วมและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ซึ่ง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) หรือ ไอทีวี ได้เรียกร้องให้ สปน.จ่ายค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาฯ ในการที่กองทัพบกได้ต่อสัญญากับบริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด (สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง 7) การอนุญาตให้ดำเนินการโทรทัศน์บอกรับสมาชิก (TTV) การละเลยให้บริษัท ยูไนเต็ด บรอดคาสติ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (สถานีโทรทัศน์ UBC) มีโฆษณาแฝง และกรณีสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 มีโฆษณาตั้งแต่ช่วงการแข่งขันซีเกมส์และโอลิมปิก เป็นต้นมา ซึ่งในกรณีเหล่านี้คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า เป็นกรณีที่เป็นการทำผิดของ สปน.คู่สัญญา และเห็นว่า ไอทีวี ได้รับความเสียหายและสมควรได้รับการชดเชยค่าเสียหายและการชดเชยความเสียหาย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ ไอทีวี ได้รับการชดเชยความเสียหายรวม 4 ประการด้วยกัน คือ

1. ชดเชยความเสียหายจากการที่มีการโฆษณาของช่อง 11 ระหว่างปี 2542 –2544 เป็นจำนวน 20 ล้านบาท

2. ลดประโยชน์ตอบแทนของ ไอทีวี ที่ต้องจ่ายให้รัฐปีละ 1,000 ล้านบาท (เฉพาะปีที่ 9 ของสัญญาปีละ 900 ล้านบาท) ลงเหลือปีละ 230 ล้านบาท ซึ่งเท่ากับอัตราสูงสุดรายปีที่ช่อง 7 จะต้องจ่ายให้แก่กองทัพบก (คิดเป็นเงินที่ได้ลดไปเป็นเงิน 17,410 ล้านบาท) หรือจ่ายประโยชน์ตอบแทนให้รัฐเท่ากับอัตราสูงสุดรายปีที่สถานีโทรทัศน์ UBC ต้องจ่ายให้แก่ สทท. ในอัตรา ร้อยละ 6.5 ของรายได้ก่อนหักค่าใช้จ่าย แล้วแต่อัตราใดจะสูงกว่า

3. ให้ สปน.คืนเงินประโยชน์ตอบแทนสำหรับปีที่ 8 ที่ชำระไปแล้ว (เมื่อ 3 กรกฎาคม 2546) จำนวน 800 ล้านบาท คืนให้แก่ ไอทีวี จำนวน 570 ล้านบาท

4. ให้ลดสัดส่วนการออกอากาศรายการข่าว สารคดี และสาระประโยชน์ของ ไอทีวี ที่กำหนดไว้ในสัญญาว่าต้องมีไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 ของเวลาการออกอากาศทั้งหมดให้เหลือเพียงร้อยละ 50 และยกเลิกข้อจำกัดที่ต้องออกอากาศเฉพาะรายการประเภทนี้เท่านั้นในช่วง 19.00 - 21.30 น. ด้วยเพื่อให้ ไอทีวี “สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการสถานีโทรทัศน์รายการอื่น ๆ ได้อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน”

สำหรับคดีนี้ สปน. ได้มีการฟ้องร้องต่อไปยังศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในท้ายที่สุดศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้น ด้วยเหตุผลว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดใน

ประเด็นแห่งคดี เนื่องจากการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดในประเด็นแห่งคดี เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากคดีดังกล่าว มีนักวิชาการหลายท่านแสดงความเห็นไว้ในมุมมองต่างๆ ซึ่งผู้วิจัยขอนำทัศนะในประเด็นเรื่องหลักกฎหมายและการปรับใช้กฎหมาย ของนักวิชาการบางท่านที่น่าสนใจ มานำเสนอ ดังนี้

3.1.1 ทัศนะบางประการของ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย¹³⁹

ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับเหตุที่ไอทีวี ไม่มีสิทธิร้องขอค่า "ชดเชย" เนื่องจากการปฏิบัติผิดสัญญาโดยชี้ให้เห็นว่าประเด็นข้อพิพาทระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) เป็นประเด็นสาธารณะและรัฐเสียหายจากคำชี้ขาดนี้เป็นอย่างมาก และมีประเด็นสืบเนื่องบางประเด็นที่ควรได้รับการพิจารณา โดยมีข้อสังเกตที่สำคัญ 2 ประการ ข้อสังเกตเกี่ยวกับสัญญาร่วมงานฯ ที่เกิดประเด็นพิพาท และ ข้อสังเกตเกี่ยวกับการปฏิบัติผิดสัญญา ดังนี้

1) ข้อสังเกตประการแรกเกี่ยวกับสัญญาร่วมงานฯ ที่เกิดประเด็นพิพาท

ประเด็นข้อพิพาทระหว่าง ไอทีวี กับ สปน.อยู่ที่ข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ซึ่งในสัญญาได้กำหนดไว้ดังนี้

"หลังจากวันทำสัญญานี้ หากสำนักงานหรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์ โดยมีการโฆษณา หรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ผู้เข้าร่วมงานได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงิน ของผู้เข้าร่วมงานอย่างรุนแรง เมื่อผู้เข้าร่วมงานร้องขอสำนักงานจะพิจารณา และเจรจากับผู้เข้าร่วมงานโดยเร็ว เพื่อบรรเทาผลกระทบความเสียหายที่ผู้เข้าร่วมงานได้รับจากผลกระทบดังกล่าว"

จากข้อสัญญาดังกล่าว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในรายละเอียดอยู่ 3 ประเด็นดังต่อไปนี้

1. ในเบื้องต้น เมื่อคู่สัญญาทำสัญญากันแล้ว คู่สัญญาย่อมต้องผูกพันปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญานั้นอย่างเคร่งครัด การเบี่ยงเบนไปจากสัญญา หรือการแก้ไขสัญญา จะกระทำมิได้หากมิได้รับความยินยอมทั้งสองฝ่าย หรือเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา เช่น

¹³⁹ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย “เหตุที่ไอทีวี ไม่มีสิทธิร้องขอค่าชดเชย” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 8 มิถุนายน 2554 จาก <http://www.nidambel1.net/ekonomiz/2004q1/article2004march03p4.htm>

ข้อกำหนดการยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยแล้วทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ เป็นต้น หลักการเบื้องต้นนี้เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งเป็นหลักการที่นักกฎหมาย เรียกตามสุภาษิตกฎหมายภาษาละตินว่า Pacta Sunt Servanda สำหรับข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ถือเป็นข้อยกเว้นจากหลักการพื้นฐานที่กล่าวข้างต้นอีกข้อหนึ่ง โดยสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ เป็นข้อสัญญาที่ให้โอกาสคู่สัญญาเจรจาข้อสัญญาใหม่ (Renegotiation Clause) ได้ หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนต้นของข้อ 5 วรรคสี่ ข้อสัญญาเพื่อให้เจรจาใหม่นี้เป็นข้อตกลงที่จะทำให้หนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเปลี่ยนแปลงไปจากที่เคยตกลงไว้แต่เดิม ดังนั้น การตีความเพื่อการใช้สิทธิในข้อสัญญานี้จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัดและจำกัด มิฉะนั้น สิ่งที่เคยตกลงกันไว้ในขณะทำสัญญาจะสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดเวลา ซึ่งจะทำให้หลัก Pacta Sunt Servanda ไม่อาจใช้บังคับได้

ข้อที่พึงทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ คือ ถือเป็นเรื่องปกติของการทำสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ที่จะมีข้อสัญญาทำนองเดียวกันกับข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสัญญาดังกล่าวมีกำหนดระยะเวลาผูกพันระหว่างกันเป็นระยะยาว

เหตุผลสำคัญที่มีการกำหนดข้อสัญญาทำนองเดียวกันกับข้อ 5 วรรคสี่ ก็เพราะในขณะทำสัญญา คู่สัญญาได้ตกลงกันภายใต้สถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง และในขณะที่ปฏิบัติตามสัญญาระหว่างกัน สถานการณ์ได้เปลี่ยนไปจากเดิมโดยมิใช่ความผิดหรืออยู่ในความควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และได้เปลี่ยนไปในลักษณะที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องเสียหายอย่างมีนัยสำคัญหรือเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้นหากต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาเดิม ในกรณีดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอาจร้องขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายพิจารณา และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือจะเกิดขึ้นกับตนได้

อย่างไรก็ตาม ข้อสำคัญคือ ต้องมีการตกลงไว้ล่วงหน้าในสัญญา เพื่อให้มีการเจรจาใหม่ในกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนไปดังกล่าว

นอกจากนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นกับตนต้องมีสาเหตุมาจากสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปดังกล่าวด้วย หากคู่สัญญามีความเสียหายอยู่แต่เดิมและไม่ได้รับความเสียหายเพิ่มขึ้นจากสถานการณ์ที่เปลี่ยนไป คู่สัญญาฝ่ายนั้นย่อมไม่มีสิทธิขอให้พิจารณาใหม่ได้

2. เงื่อนไขที่โอทีวีจะใช้สิทธิร้องขอตามข้อ 5 วรรคสี่ ประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วนด้วยกันคือ ส่วนแรก หลังจากวันทำสัญญาเข้าร่วมงาน สปน.หรือหน่วยงานของรัฐ (1) ให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีการโฆษณา หรือ (2) อนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิก

ทำการโฆษณาได้ และ ส่วนที่สอง การดำเนินการตามข้อ (1) หรือ (2) เป็นเหตุให้อิทีวีได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของผู้เข้าร่วมงานอย่างรุนแรง

3. จากข้อสังเกตในสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ที่กล่าวมาข้างต้น ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย เห็นว่าข้อพิจารณา เกี่ยวกับสิทธิการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการของไอทีวี ในกรณีของสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 ว่ากรณีนี้ไม่เข้าเงื่อนไขตามข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ตอนต้น เนื่องจากกรมประชาสัมพันธ์ เป็นผู้ดำเนินการสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 ด้วยตนเอง มิได้ให้สัมปทาน อนุญาต หรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเพื่อให้ดำเนินการสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 ดังนั้น ไอทีวีจึง ไม่มีสิทธิร้องขอให้ สปน.พิจารณาและเจรจาหามาตรการชดเชยความเสียหายให้ได้

2) ข้อสังเกตประการที่สองเกี่ยวกับเรื่องการปฏิบัติผิดสัญญา

ไอทีวีได้เสนอประเด็นว่า สปน.ปฏิบัติผิดสัญญากรณีที่ไอทีวี ใช้สิทธิ ร้องขอเจรจาเพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหาย โดยได้อ้างข้อเท็จจริงที่ทำให้ตนมีสิทธิร้องขอ เสนอข้อสัญญาใหม่ตามข้อ 5 วรรคสี่ ได้รวม 4 กรณี คือ (1) กรณีการทำสัญญาใหม่ของ สถานีโทรทัศน์ช่อง 7 (2) กรณีสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 มีโฆษณา (3) กรณีให้สัมปทานบริษัท เวิลด์ สตาร์ ทีวี (ไทยแลนด์) จำกัด ประกอบกิจการโทรทัศน์บอกรับสมาชิกโดยไม่มีข้อห้ามดำเนินการ โฆษณา และ (4) กรณียูบิซซึ่งเป็นระบบโทรทัศน์บอกรับสมาชิกมีโฆษณา

ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย ได้ให้ข้อสังเกตเฉพาะกรณีสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ว่า แม้การทำสัญญาของสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 จะเป็นการทำสัญญาใหม่ก็ตาม แต่ไอทีวีก็ยังไม่ มีสิทธิร้องขอให้ สปน.พิจารณาและเจรจาใหม่ได้ เพราะกรณีดังกล่าวยังไม่เป็นเหตุให้เกิดผลกระทบ ต่อฐานะทางการเงินของไอทีวีอย่างรุนแรง เหตุที่เห็นเช่นนั้นมาจากข้อเท็จจริงที่ว่าเงื่อนไขที่ กองทัพบกทำกับบริษัทกรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด ตามสัญญาใหม่ไม่แตกต่างกันใน สาระสำคัญกับสัญญาเดิมที่ยกเลิก เว้นแต่ในเรื่องของระยะเวลาสัมปทาน ซึ่งไอทีวีได้รับทราบและ ได้นำมาเป็นข้อพิจารณาทางการเงินในขณะที่เสนอโครงการต่อ สปน.แต่ต้น ดังนั้น หากมีผลขาดทุน ใดๆ เกิดขึ้นย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นผลขาดทุนจากการทำสัญญาใหม่ของกองทัพบก

นอกจากนี้ หากพิจารณาตัวเลขที่ไอทีวีเสนอต่อประชาชนและต่อ อนุญาโตตุลาการ จะเห็นว่าไอทีวีไม่ได้รับผลกระทบจากกรณีทำสัญญาใหม่ของกองทัพบกแต่อย่าง ใด โดยพิจารณาจากตารางที่ 5.3

ตารางที่ 5.3 แสดงผลประกอบการที่ขาดทุนและค่าสัมปทานของ ไอทีวี ปี 2539-2545

ปี	ผลประกอบการที่ขาดทุน (ล้านบาท)	ค่าสัมปทาน (ล้านบาท)	ผลขาดทุนจากการประกอบการ หลังหักค่าสัมปทาน (ล้านบาท)
2539-2541	1,614	300	1,314 ล้านบาท หรือ ปีละ 440 ล้านบาท (ซึ่งเป็นกรณีที่คิดปี 2539 เต็มปี)
2542	768	400	368
2543	775	500	275
2544	979	600	379
2545	770	700	70

ที่มา: ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย (2547: 12-13)

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากรณีการต่อสัญญาใหม่ของกองทัพบกไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้มีผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของไอทีวีอย่างรุนแรง เพราะแม้ในขณะที่ยังไม่มีการทำสัญญาใหม่ของกองทัพบก ไอทีวีก็มีผลประกอบการขาดทุนอยู่แต่เดิมแล้วและยังเป็นจำนวนที่มากกว่าเมื่อมีการทำสัญญาใหม่ของกองทัพบกอีก

3.1.2 ทศนะบางประการของ สุรพล นิติไกรพจน์¹⁴⁰

สุรพล นิติไกรพจน์ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีไอทีวี ดังนี้

1) ในส่วนของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีใช้ค่าเสียหายระหว่างปี 2542 - 2544 จำนวน 20 ล้านบาท ซึ่งเป็นผลมาจากการมีโฆษณาของสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 นับได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยในส่วนที่มีความสมบูรณ์ที่สุด (หากเห็นด้วยกับคณะอนุญาโตตุลาการว่าการโฆษณาดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดสัญญา) เพราะเป็นการชี้ขาดการกระทำผิดตามสัญญาและกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวโดยตรง โดยมีพิกัดกล่าวถึงการชดเชยความเสียหาย เพราะเมื่อมีการกระทำที่ผิดต่อสัญญาแล้ว

¹⁴⁰ สุรพล นิติไกรพจน์ “ทศนะต่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกรณีสัญญาสัมปทาน ITV” ค้นคืนวันที่ 8 มกราคม 2548 จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=696>

ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็ชอบที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามจำนวนความเสียหายที่มาจากการกระทำเท่านั้น

สุรพล นิติไกรพจน์ มีความเห็นต่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการถือตัวเลขอัตราค่าโฆษณา สัดส่วนการหาโฆษณาได้ ตลอดจนมูลค่าการโฆษณา ฯลฯ ตามที่ไอทีวีเสนอมา เพื่อใช้เป็นฐานในการชี้ขาดทั้งสิ้น ทั้งที่ไอทีวีผู้เรียกร้องเองก็ให้ข้อมูลตัวเลขโดยใช้ถ้อยคำในลักษณะประมาณการ การคาดการณ์ในอนาคต หรืออ้างตัวเลขที่ระบุว่าไอทีวีผู้เรียกร้องได้คำนวณมูลค่าการโฆษณาของสถานีโทรทัศน์ช่องอื่นขึ้นเอง หรือการอ้างอิงตัวเลขที่มาจากการแถลงข่าวเกี่ยวกับเป้าหมายการหาโฆษณาของสถานีโทรทัศน์ช่องอื่น ฯลฯ เป็นต้น ทั้งที่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีผู้คัดค้านเองได้โต้แย้งในเรื่องมูลค่าและสัดส่วนของการโฆษณาทางโทรทัศน์ที่เป็นฐานในการเรียกค่าเสียหายไว้ และได้แย้งไว้ด้วยว่าการขายโฆษณาที่ไม่ได้ตามเป้าหมายของไอทีวีผู้เรียกร้องมาจากการมีสถานีเครือข่ายไม่ครอบคลุมประชากรทั้งประเทศเองต่างหาก และมีได้มาจากความผิดของ สปน.แต่อย่างใด

2) ต่อกรณีการต่ออายุสัญญาของสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ที่ทำกับ กองทัพบก ในปี พ.ศ. 2541 โดยยกเลิกสัญญาเดิมที่จะหมดอายุในปี 2549 แล้วใช้สัญญานับใหม่ที่มีอายุสัญญาอีก 25 ปีนั้นคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เป็นการปฏิบัติฝ่าฝืนเงื่อนไขของสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ ข้อ 5 วรรคสี่ โดยอธิบายเหตุผลการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ไว้ว่า “ไม่มีข้อความใดในสัญญาเข้าร่วมงานระบุเป็นข้อยกเว้นให้สถานีโทรทัศน์ช่องที่เคยมีการโฆษณาได้อยู่แล้ว ไม่อยู่ในเงื่อนไขของสัญญาร่วมงานข้อ 5 วรรคสี่ ซึ่งหากคู่สัญญามีเจตนารมณ์ที่จะให้ข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ในสัญญาร่วมงาน ฯ ข้อ 5 วรรคสี่ ก็ต้องระบุข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ให้ชัดเจน” นั้น

สุรพล นิติไกรพจน์ เห็นว่า การให้เหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าการนี้ไม่ได้ระบุเป็นข้อยกเว้นของสัญญาไว้โดยชัดเจน จึงต้องถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ผิดสัญญานั้น น่าจะขัดกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการเอง ที่ปรากฏว่าเมื่อมีการเจรจาทำความตกลงเกี่ยวกับข้อสัญญาก่อนการลงนาม ฝ่ายผู้เรียกร้องก็ได้ขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาข้อนี้ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยให้ครอบคลุมถึงเหตุผลเฉพาะเพียงสองประการที่ผู้เรียกร้องประสงค์จะได้รับความคุ้มครองเท่านั้น คือ การที่ สปน. หรือหน่วยงานอื่นของรัฐให้สัมปทานหรือทำสัญญาให้บุคคลอื่นเข้าร่วมดำเนินการสถานีโทรทัศน์ระบบเดียวกันกับที่ผู้เรียกร้องดำเนินการตามสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ หรือ รัฐได้แก้ไขหลักการสำคัญเกี่ยวกับระบบสถานีโทรทัศน์ที่เคยให้บุคคลอื่นดำเนินการไว้แล้ว เช่น อนุญาตให้ระบบเคเบิลทีวีทำการโฆษณา

ได้ ซึ่งต่อมาก็ได้ปรากฏว่าคณะทำงานพิจารณาสัญญาได้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อความในสัญญาให้เป็นไปตามความในข้อ 5 บรรทัด ของสัญญาในปัจจุบันตามความต้องการของไอทีวีแล้ว

ดังนั้น การที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เมื่อไม่มีข้อยกเว้นระบุไว้สำหรับการต่ออายุสัญญาของสถานีโทรทัศน์ที่มีอยู่เดิม กรณีจึงต้องถือว่า การต่ออายุสัญญาเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาเข้าร่วมงาน ๑ นั้น จึงน่าจะไม่นับด้วยเหตุผลที่มีการแสดงเจตนาที่แท้จริงของไอทีวีผู้เรียกร้องในส่วนของมาตรานี้ไว้แต่แรกว่าต้องการให้เขียนคุ้มครองไว้เพียงเฉพาะการกระทำสองลักษณะข้างต้นเท่านั้น ที่จะต้องนำไปสู่การชดเชยความเสียหาย การที่กองทัพบกต่ออายุสัญญากับสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ตามหลักการของสัญญาเดิมที่มีอยู่แล้ว จึงมิใช่การกระทำที่ผิดข้อสัญญาเข้าร่วมงาน ๑ ข้อ 5 แต่อย่างใด

นอกจากนั้น เหตุผลที่ผู้เรียกร้องอ้างว่า การต่ออายุสัญญาของสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ในปี 2541 เป็นเรื่องที่กระทบต่อการโฆษณาของผู้เรียกร้อง เพราะหากไม่มีสถานีโทรทัศน์ดังกล่าว (ไม่มีการต่อสัญญา) ผู้เรียกร้องจะสามารถหารายได้จากการโฆษณาได้เพิ่มขึ้นอีกไม่ต่ำกว่าปีละ 276 ล้านบาท ซึ่ง ผู้เรียกร้องขอเรียกร้องเป็นความเสียหายจากการต่ออายุสัญญารั้งนี้ นั้น ก็น่าจะขัดแย้งกับหลักของตรรกะที่ผู้เรียกร้องได้ทราบมาก่อนแล้วว่า มีการอนุญาตให้สถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ดำเนินการอยู่ในประเด็นที่ผู้เรียกร้องเข้าทำสัญญา และสถานีดังกล่าวเคยได้รับการต่ออายุสัญญาตามเงื่อนไขและข้อกำหนดเดิมมาโดยตลอดแล้วหลายครั้งก่อนหน้านี้ การที่ผู้เรียกร้องได้เรียกร้องโดยใช้เหตุผลว่าเมื่อมีการเซ็นสัญญากับผู้เรียกร้องแล้ว มิใช่แต่เพียงห้ามหน่วยงานของรัฐมิให้อนุญาตให้มีผู้ประกอบการรายใหม่เท่านั้น หากแต่หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยจะต้องยกเลิกไม่ดำเนินกิจการสถานีโทรทัศน์ที่มีอยู่แล้วเสียทั้งสิ้นเมื่อครบอายุสัญญา(มิฉะนั้นก็จะเป็นการกระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายและต้องชดเชยให้แก่ผู้เรียกร้อง) นั้น จึงน่าจะเป็นการกล่าวอ้างที่ขัดกับหลักของเหตุและผล และไม่น่าจะทำให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยสอดคล้องไปด้วยได้

3.1.3 ทักษะบางประการของ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์¹⁴¹

วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีไอทีวี ดังนี้

ข้อสังเกตเรื่อง ไอทีวี มีสิทธิในการปรับผังรายการตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เพียงใดโดยที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดให้ไอทีวีสามารถออกอากาศในช่วงเวลา 19.00 น. ถึง 21.30 น. ได้โดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และ

¹⁴¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกรณีไอทีวีกับผลผูกพันที่มีต่อคู่สัญญา” ค้นคืนวันที่ 9 มกราคม 2548 จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=706>

สารประโยชน์เท่านั้นและให้ไอทีวีสามารถปรับสัดส่วนการเสนอข่าว สารคดี และสารประโยชน์ จากเดิมไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ของเวลาออกอากาศทั้งหมดเป็นไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของเวลา ออกอากาศทั้งหมด ซึ่งเท่ากับให้ไอทีวีมีโอกาสปรับผังรายการได้ กรณีมีปัญหาถกเถียงกันว่าไอทีวี จะสามารถปรับผังรายการได้ในทันทีที่ค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลหรือไม่

มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าการปรับผังรายการเป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจของไอทีวี ที่จะกระทำได้ทันทีหรือไม่ และค่าชี้ขาดในประเด็นนี้สามารถเป็นฐานให้ไอทีวีกล่าวอ้างในการ ปรับผังรายการได้หรือไม่ หากพิจารณาจากสัญญาเข้าร่วมการงานฯ แล้วจะเห็นได้ว่าผังรายการ เป็นไปตามเอกสารแนบในสัญญา ทั้งนี้อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากสปน. โดยที่ สัญญาเข้าร่วมงานฉบับนี้เป็นสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ จัดทำบริการสาธารณะตามวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนด แม้อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดให้ไอทีวีสามารถ ปรับสัดส่วนการออกอากาศได้ก็ตาม แต่การปรับสัดส่วนการออกอากาศหรือปรับผังรายการในทาง เนื้อหาจะทำได้แค่ไหน เพียงใดและอย่างไรนั้น ไอทีวีไม่สามารถกระทำไปได้เองโดยปราศจาก ความเห็นชอบจาก สปน. ได้ เพราะถ้าไอทีวีปรับผังรายการได้ทันทีโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจาก สปน. โดยถือว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ทำเช่นนั้นได้ ก็เท่ากับอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจ ควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะเอง วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เห็นว่าการวินิจฉัยผลผูกพันของ ค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นนี้ จะวินิจฉัยโดยพิเคราะห์จากหลักทั่วไปของการระงับข้อ พิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เพราะจะทำให้ระบบการจัดทำบริการสาธารณะและการ ควบคุมการดำเนินการบริการสาธารณะเสียหายทั้งระบบ และในที่สุดแล้ว แนวคิดเช่นนี้จะย้อนกลับ มาทำลายวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองลงด้วย อนึ่งการดำเนินการควบคุมการ จัดทำบริการสาธารณะให้เหมาะสมเป็นการกระทำที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบต่อองค์กร ทางการเมือง (ฝ่ายบริหาร) ซึ่งเป็นองค์กรบังคับบัญชาหรือกำกับดูแล และองค์กรทางการเมืองเองก็ ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ประเด็นเรื่องความเหมาะสมในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือการ ควบคุมการจัดทำบริการสาธารณะให้เหมาะสมเป็นประเด็นที่สามารถอภิปรายและตรวจสอบได้ ในทางการเมือง ถ้าถือว่าเรื่องดังกล่าวนี้เป็นไปตามที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดและไอทีวีสามารถปรับ ผังรายการได้ทันที คำถามก็คือ อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบในประเด็นดังกล่าวนี้กับบุคคลใด วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เชื่อว่าในการชี้ขาดข้อพิพาทในคดีนี้นั้น อนุญาโตตุลาการคงมุ่งหมายให้เกิดความ เป็นธรรมกับคู่พิพาทเป็นสำคัญ อย่างน้อยที่สุดในมุมมองของอนุญาโตตุลาการ แต่ค่าชี้ขาด (ที่ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เห็นว่าเกินอำนาจ) กรณีนี้มีผลเป็นเพียงการตั้งฐานสิทธิของไอทีวีเท่านั้น กล่าวอีก นัยหนึ่งโดยเหตุที่การดำเนินการตามผังรายการของไอทีวี เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ การ ควบคุมการดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นอำนาจที่หน่วยงานของรัฐมีอยู่ และไม่อาจสละได้ แม้จะมี

ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการก็ตาม โดยสรุป วรเจตน์ ภาศิริตันเห็นว่าไอทีวีไม่สามารถปรับผังรายการโดยปราศจากความเห็นชอบของสปน.ได้

ข้อสังเกต เรื่องอำนาจชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกรณีไอทีวี และความเหมาะสมของข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

ประเด็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกรณีไอทีวี อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นหัวใจของเรื่องนี้ก็คือ ประเด็นปัญหาที่ว่า การที่อนุญาโตตุลาการกำหนดค่าชดเชยความเสียหายให้แก่ไอทีวีโดยวิธีลดประโยชน์ตอบแทนและโดยการให้สิทธิปรับสัดส่วนการออกอากาศนั้น เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดเกินอำนาจหรือไม่ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าการกำหนด “มาตรการชดเชยความเสียหาย” อนุญาโตตุลาการจะกำหนดอย่างไรก็ได้ใช่หรือไม่ ตามข้อสัญญาข้อ 5 วรรค 4 ที่ได้อ้างถึงดังกล่าวข้างต้นแล้ว นั้น ในการกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายตามข้อสัญญาข้อนี้ สปน.จะต้องดำเนินการโดยผูกพันอยู่กับกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหลายประการ สปน.ไม่อาจกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายให้ขัดกับกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายได้ เมื่อข้อพิพาทดังกล่าวไปสู่การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ในการกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายนั้น อนุญาโตตุลาการก็ยังไม่อาจกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายอย่างใดก็ได้ ดังที่อนุญาโตตุลาการต้องการหรือเห็นสมควร แต่อนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงลักษณะของสัญญาตลอดจนผลประโยชน์สาธารณะ และการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วย จะอ้างแต่เพียงว่ามาตรการชดเชยความเสียหายดังกล่าวเป็นมาตรการที่คู่พิพาทร้องขอ เมื่อคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่คัดค้าน อนุญาโตตุลาการก็ต้องวินิจฉัยไปตามนั้นไม่ได้ เพราะสัญญาที่อยู่เบื้องหน้าอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ไม่ใช่สัญญาทางแพ่งทั่วไป แต่เป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ มาตรการชดเชยความเสียหายที่กำหนดไว้คำชี้ขาดกรณีไอทีวีนี้เป็นมาตรการที่ วรเจตน์ ภาศิริตัน เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจกำหนดได้ ทั้งนี้เพราะมาตรการดังกล่าวโดยเฉพาะการให้สิทธิไอทีวีปรับสัดส่วนการออกอากาศได้นั้นเป็นมาตรการชดเชยความเสียหายที่ทำลายสาระสำคัญของสัญญาเข้าร่วมงานฯลง เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเข้าร่วมงานฯ ซึ่งแม้หาก สปน. ที่เป็นคู่สัญญาจะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอง ก็ยังมีปัญหาให้ต้องคิดกันต่อไปว่าจะทำได้มากน้อยแค่ไหน เพียงใด

จากข้อสังเกตของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี(สปน.) และ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า สปน. ทำผิดสัญญาเข้าร่วมงานฯ และชี้ขาดในประเด็นสำคัญให้ไอทีวีปรับลดผลประโยชน์ตอบแทนที่ต้องจ่ายให้แก่ สปน. กับทั้งให้ไอทีวีสามารถปรับสัดส่วนการเสนอรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์จากที่กำหนดไว้ในสัญญาไม่

น้อยกว่าร้อยละ 70 เป็นไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 นั้น เป็นคำชี้ขาดที่ยังไม่อาจยึดหลักกฎหมายเป็นบรรทัดฐานได้ จำเป็นต้องอาศัยหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลปกครองที่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นแนวบรรทัดฐาน ซึ่งได้วางหลักในคดีว่าสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้นต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะสัญญาเป็นสำคัญ อันได้แก่ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (Pacta Sunt Servanda) โดยเมื่อเกิดปัญหาขึ้นและต้องตีความตามสัญญานั้น ก็จะต้องมีการตีความตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญา ซึ่งการตีความจะต้องเป็นไปตามหลักสุจริต (Good Faith) ตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา โดยเฉพาะหากสัญญาระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานซึ่งระบบกฎหมายไทยถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการต่างในกฎหมายปกครองประกอบด้วย เช่น ลักษณะของสัญญาตลอดจนผลประโยชน์สาธารณะ และการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นต้น

3.2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี

(คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง)

คดีนี้เป็นกรณีพิพาทตามสัญญาโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) กับกลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี กรณีพิพาทนี้เกิดขึ้นจากการที่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี ประกอบด้วย บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี, บริษัท ช.การช่าง จำกัด (มหาชน) และ วัลเทอร์ เบา เอจี ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จากปัญหาการส่งมอบพื้นที่ที่ใช้ในการก่อสร้างทางสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่ล่าช้าให้แก่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี คิดเป็นมูลค่าความเสียหายจำนวน 6,254,979,470.84 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี แต่โดยที่ กทพ. ไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและเห็นว่าคำชี้ขาดดังกล่าวอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทำให้กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดียื่นคำร้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2546 เห็นว่าการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำโดยชอบและถูกต้องแล้ว และคำพิพากษาให้ กทพ. ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 36/2544 ลงวันที่ 20 กันยายน 2544 โดยให้ กทพ. ชำระเงินแก่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี แต่ กทพ. ก็ยังคงอุทธรณ์ต่อไปจนกระทั่งถึงศาลฎีกา ว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย สัญญาดังกล่าวทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาโดยมีพฤติการณ์ฉ้อฉลหลายประการ ท้ายที่สุดศาลฎีกาพิพากษาให้ยกคำร้องของ กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ผู้ร้องที่ได้ยื่นฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับคดี กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ปฏิบัติตามคำชี้ขาด

ของคณะอนุญาโตตุลาการ ที่ให้ กทพ. ต้องชำระเงินแก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีดังกล่าวข้างต้น จากกรณีที่เกิดการร่วมค้าบีบีซีดีดังกล่าวว่า กทพ. ผิดสัญญาก่อสร้างทางด่วนยกระดับ บางนา-บางพลี-บางปะกง เนื่องจากผู้ว่าฯ กทพ. ในขณะนั้นได้ลงนามในสัญญาสัมปทานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการก่อความเสียหายให้แก่รัฐ ดังนั้น จึงไม่มีเหตุที่ กทพ. จะต้องชำระค่าเสียหายจากการผิดสัญญาสัมปทานในการส่งพื้นที่ก่อสร้างล่าช้า จึงมีคำพิพากษาให้ยกคำร้องที่เกิดการร่วมค้าบีบีซีดี ขอให้มีการบังคับคดีดังกล่าว เป็นการพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ที่ได้มีการพิพากษาคดีนี้ให้ กทพ. ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้ กทพ. ชำระเงินดังกล่าวข้างต้นให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดี เนื่องจากเห็นว่าการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำโดยชอบและถูกต้องแล้ว

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของขั้นตอนก่อนการลงนามสัญญา และขั้นตอนการลงนามสัญญา โดยคดีนี้ศาลได้หยิบยกประเด็นในเรื่องของสัญญาว่าเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพัน กทพ. และทำให้ กทพ. ไม่ต้องชำระค่าชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวเมื่ออาจดูเหมือนจะส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนของเอกชนต่างชาติเพื่อเข้าทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยและความเชื่อมั่นในระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย แต่หากพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นว่าความจริงแล้วศาลไม่ได้ยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และไม่ได้หมายความว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยไม่มีผลใช้บังคับ เพียงแต่ศาลได้มีการสร้างบรรทัดฐานให้กับหน่วยงานของรัฐว่า ในการทำสัญญาโดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทางกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองนั้น จะผูกพันต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและต้องเป็นการใช้อำนาจโดยชอบ ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะช่วยให้ลดปัญหาการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาการให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เอกชนสามารถเข้าจัดทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐลดลงได้ นอกจากนั้น ยังอาจถือได้ว่าศาลได้มีการสร้างบรรทัดฐานในการชี้ขาดให้กับอนุญาโตตุลาการด้วยว่า ในการชี้ขาดตัดสินคดีจะต้องพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักของ The Rule of Law ด้วยเหตุนี้หากประเทศไทยได้มีการประชาสัมพันธ์ให้เอกชนต่างชาติเข้าใจถึงปรัชญาที่แฝงอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้ว ก็น่าจะทำให้เอกชนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานรัฐได้มากขึ้นว่านับจากนี้ไปการเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐน่าจะมีแนวโน้มที่จะเป็นไปอย่างโปร่งใสมากขึ้น โดยเอกชนเองก็สามารถช่วยตรวจสอบได้ด้วยหากพบว่ามีกรกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหากเอกชนให้ความร่วมมือด้วยการไม่

เสนอผลประโยชน์ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ก็ไม่สามารถมีการทุจริตเกิดขึ้นได้ นอกจากนั้น คำพิพากษานี้ยังน่าจะเป็นการกระตุ้นให้การดำเนินการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมีการพัฒนาไปอีกขั้นหนึ่งด้วยการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ไม่ใช่พิจารณาแต่เพียงปัญหาข้อพิพาทเท่านั้น คดีนี้จึงนับเป็นตัวอย่างหนึ่งของปัญหาสัมปทานในประเทศไทยในขั้นตอนของการจัดทำสัญญาว่าหากสัญญาได้จัดทำขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็จะส่งผลกระทบให้สัญญาไม่มีผลผูกพันได้ กรณีดังกล่าวหน่วยงานของรัฐและเอกชนที่เข้าทำสัญญาจึงต้องมีความระมัดระวังในการเข้าทำสัญญาให้อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเสมอ

จากการศึกษาทั้งสองคดีดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งคดีไอทีวี และคดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกงนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นน่าจะอยู่ที่ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และการปรับใช้กฎหมายทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือข้อพิพาทในคดี

3.3 คดีระหว่างรัฐบาลไทย กับ Walter Bau AG (คดีดอนเมืองโทลล์เวย์)¹⁴²

คดีนี้เป็นคดีพิพาทชั้นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลเยอรมัน เพราะคู่พิพาทในคดีนี้ได้แก่ Walter Bau AG ผู้ร้องซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมัน กับรัฐบาลไทย (The Kingdom of Thailand) เป็นฝ่ายผู้คัดค้าน คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการชาวไทย (แต่งตั้งโดยรัฐบาลไทย) อนุญาโตตุลาการชาวแคนาดา (แต่งตั้งโดย Walter Bau AG) และประธานคณะอนุญาโตตุลาการชาวนิวซีแลนด์ คู่พิพาทตกลงกันให้ประเทศสวิตเซอร์แลนด์เป็นสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ (Place of Arbitration) และคำชี้ขาดคดีนี้ ก็ทำขึ้นที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งคดีนี้มีข้อสังเกตที่น่าสนใจหลายประการ แต่ผู้วิจัยขอจำกัดเฉพาะที่เป็นประเด็นด้านหลักกฎหมายเท่านั้น เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการวิจัยครั้งนี้ กล่าวคือ

คดีนี้ Walter Bau AG อ้างสิทธิความเป็น “ผู้ลงทุน” ภายใต้ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศระหว่างประเทศไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bilateral Investment Treaties: BITs) โดยเป็นการลงทุนในหุ้น (เป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย) ของบริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์ ที่เป็นผู้รับสัมปทานในโครงการทางด่วนโทลล์เวย์ Walter Bau AG กล่าวอ้างว่าการกระทำของรัฐบาลไทย (ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป) เข้าข่ายเป็นการละเมิดความคุ้มครองการลงทุนภายใต้

¹⁴² ดู Walter Bau AG (in liquidation) v. The Kingdom of Thailand Award (2009)

ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนฯ สองประการ ประการแรกคืออ้างว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม¹⁴³ (Creeping Expropriation) ประการที่สอง อ้างว่าเป็นการละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ¹⁴⁴ (Fair and Equitable Treatment Standard “FET”)¹⁴⁵

ในส่วนของความคุ้มครองการลงทุนจากการถูกเวนคืนนั้น ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนฯ ให้หลักประกันว่าผู้ลงทุนจะไม่ถูกเวนคืนการลงทุนหรือกิจการที่เข้ามาลงทุนโดยรัฐผู้รับการลงทุน เว้นแต่จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และจะต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสมด้วย ซึ่งคำว่าเวนคืนนั้น นอกจากหมายถึงการเอากิจการหรือทรัพย์สินของเอกชนไปเป็นของรัฐ (การเวนคืนโดยตรง) แล้ว ยังหมายถึงพฤติการณ์หรือมาตรการทางอ้อมอย่างอื่น ที่จะส่งผลเสมือนเป็นการที่กิจการหรือทรัพย์สินของเอกชนนั้นถูกเวนคืนไปเป็นของรัฐในทางอ้อมอีกด้วย เช่น การออกมาตรการที่ส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้หรือการได้รับประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในทรัพย์สินของเอกชนอย่างมีนัยสำคัญ เป็นต้น อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ วินิจฉัยว่ามาตรการหรือการกระทำของรัฐบาลไทยตามที่ Walter Bau AG กล่าวอ้างนั้น ยังไม่ถึงขนาดที่จะเป็นการเวนคืนทางอ้อมแต่อย่างใด โดยอ้างอิงถึงคำวินิจฉัยในคดี LG & E Energy

¹⁴³ หลักการเวนคืน (Expropriation) ตามความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) หมายถึงการกระทำใดๆของประเทศเจ้าบ้านที่มีลักษณะเป็นการทำให้ทรัพย์สินของนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศภาคีซึ่งเข้ามาลงทุนในประเทศเจ้าบ้านตกเป็นของรัฐประเทศเจ้าบ้านซึ่งมีลักษณะเป็นการเวนคืนหรือการทำให้เป็นของรัฐไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อม หรือมาตรการอื่นๆ ที่ทำให้มีผลแบบเดียวกันซึ่งเป็นผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกเป็นของประเทศเจ้าบ้าน นักลงทุนสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินหรือมูลค่าทรัพย์สินลดลง เป็นต้น ข้อบทการเวนคืนได้รับความนิยมน้อยอย่างแพร่หลาย และได้ถูกระบุไว้ใน (BITs) ทั่วโลก เพื่อป้องกันและเป็นข้อห้ามไม่ให้ประเทศเจ้าบ้านใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมอันอาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนและนักลงทุนของประเทศภาคี

¹⁴⁴ การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม(Fair and Equitable) เป็นมาตรฐานการปฏิบัติของประเทศเจ้าบ้านที่ได้รับการยอมรับอย่างสากลในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนและความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) ว่านักลงทุนต่างชาติและการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศเจ้าบ้านนั้น ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

¹⁴⁵ พิศุทธิ์ อรรถกมล “บทเรียนจากคดี Walter Bau AG ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทของนักลงทุน” คืบค้นวันที่ 8 มีนาคม 2555 จาก <http://www.oknation.net/blog/attawut08/2011/08/02/entry-1>

Corp. V Argentina Republic ซึ่งวางหลักว่าการเข้าแทรกแซงการประกอบกิจการของผู้ลงทุนนั้น จะยังไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม หากการแทรกแซงดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจของผู้ลงทุนดำเนินต่อไปไม่ได้ แม้ว่าผลของการแทรกแซงดังกล่าวจะถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจนั้นไม่ได้กำไรเลยก็ตาม ดังนั้น เมื่อกิจการ โครงการคอนเมืองโพลล์เวย์ยังสามารถดำเนินต่อไปได้ (จนกระทั่งปัจจุบัน) คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นพ้องกันว่ามาตรการแทรกแซงต่าง ๆ ของรัฐบาลตามข้อกล่าวอ้างของ Walter Bau AG ที่ส่งผลกระทบต่อโครงการคอนเมืองโพลล์เวย์ ยังไม่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม

สำหรับความคุ้มครองการลงทุนอีกประการหนึ่ง คือ มาตรฐาน FET นั้น ซึ่งหลักเรื่องมาตรฐาน FET ตามที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้อยู่เป็นหลักในการพิจารณาตัดสิน อ้างอิงมาจากคดี Biwater Gauff v Tanzania ซึ่งพอสรุปได้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติด้วยความโปร่งใส (Transparency) และไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) และต้องกระทำการใดๆ ด้วยความสุจริต (Good faith) อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงความคาดหวังโดยชอบธรรม (Legitimate expectations) ของผู้ลงทุนที่ทำให้ผู้ลงทุนตัดสินใจเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนด้วย

คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Walter Bau AG วินิจฉัยว่าโครงการคอนเมืองโพลล์เวย์ เกิดจากการที่รัฐบาลไทยต้องการลงทุนสร้างทางพิเศษขึ้นเพื่อกระจายการจราจรที่แออัดบนถนนวิภาวดีรังสิต แต่ไม่มีเงินลงทุนเพียงพอ จึงต้องเชิญชวนภาคเอกชนให้เข้ามาลงทุนก่อสร้างและบริหารทางพิเศษดังกล่าว ดังนั้น เอกชนผู้ลงทุนจึงย่อมต้องมีความคาดหวังโดยชอบธรรมที่จะได้รับอัตราค่าตอบแทนจากการลงทุนที่เหมาะสม (reasonable rate of return on investment) ซึ่งการที่จะได้มาซึ่งอัตราค่าตอบแทนจากการลงทุนที่เหมาะสม ย่อมขึ้นอยู่กับความสามารถในการเก็บค่าผ่านทางเป็นสำคัญ และความคาดหวังโดยชอบธรรมของนักลงทุนเกี่ยวกับความสามารถในการเก็บค่าผ่านทาง รวมถึงการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทาง ย่อมตั้งอยู่ในกรอบของข้อตกลงตามสัญญาสัมปทาน

ดังนั้น จึงเห็นว่าการที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของสัมปทานไม่ยอมอนุมัติให้ปรับขึ้นค่าผ่านทางตลอดระยะเวลาสิบปีทั้งๆ ที่มีการร้องขอปรับค่าผ่านทางหลายครั้ง แถมยังมีการปรับลดค่าผ่านทางเสียอีก จึงส่งผลทำให้รายได้จากค่าผ่านทางในโครงการคอนเมืองโพลล์เวย์ไม่เป็นไปตามกรอบข้อตกลงในสัญญาสัมปทาน และทำให้ Walter Bau AG ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้รับสัมปทาน ไม่ได้รับเงินปันผล การเพิกเฉยไม่ยอมอนุมัติปรับขึ้นค่าผ่านทางตามสัญญาสัมปทาน จึงเป็นการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนที่ปราศจากเหตุผลสมควร (unjustifiable) และเป็น การละเมิดมาตรฐาน FET ประการหนึ่ง

นอกจากนี้ เนื่องจากโครงการ โทลล์เวย์ เป็นการสร้างทางพิเศษคร่อมอยู่บนทางหลวงสายวิภาวดี-รังสิต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระจายความแออัดของการจราจรบนถนนวิภาวดีฯ เป็นการเพิ่มทางเลือกให้ผู้ใช้งานหันมาใช้ทางด่วน โทลล์เวย์ที่จะให้ความรวดเร็วและสะดวกในการสัญจรมากกว่าการใช้ถนนวิภาวดีฯ ผู้ลงทุนสร้างทางด่วน โทลล์เวย์ขึ้น จึงย่อมมีความคาดหวังโดยชอบธรรมว่า ภายหลังจากที่เข้ามาลงทุนสร้างทางพิเศษ โทลล์เวย์นี้แล้ว รัฐบาลจะไม่ออกมาตราการหรือดำเนินการใดๆ ที่จะส่งผลทำให้การสัญจรบนถนนวิภาวดีฯ น่าดึงดูดใจมากกว่าการใช้ทางด่วน โทลล์เวย์ แต่ปรากฏว่าภายหลังจากที่ให้สัมปทานสร้างทางด่วน โทลล์เวย์ไปแล้ว รัฐบาลได้ปรับปรุงการจราจรทั้งบนถนนวิภาวดีและบริเวณรอบๆ ให้ดีขึ้น มีการตัดถนนคู่ขนาน (Local road) ตามแนวต่อม่อของอดีตโครงการโฮปเวล ทำให้การจราจรด้านล่างไม่ติดขัดเหมือนสมัยก่อน จึงดึงดูดให้ผู้ใช้งานกลับมาสัญจรบนถนนด้านล่างที่ไม่เสียเงิน มากกว่าที่จะเลือกใช้ทางด่วน โทลล์เวย์ เอกชนผู้ลงทุนสร้างทางด่วนให้แก่อรัฐด้วยเงินลงทุนมหาศาล คงจะไม่คาดหวังว่าภายหลังจากที่ต้องนำเงินมาลงทุนสร้างทางด่วนไปแล้ว รัฐบาลผู้รับการลงทุนจะมาสร้างทางธรรมดาเพื่อแข่งขันกับทางด่วนที่เอกชนลงทุนสร้างขึ้นเป็นแน่ เพราะจะเป็นการลดโอกาสที่เอกชนผู้ลงทุนจะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนตามที่ได้คาดหวังโดยชอบธรรมไว้แต่เดิม การปิดสนามบินดอนเมืองเพื่อย้ายไปใช้สนามบินสุวรรณภูมิก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการละเมิด FET เนื่องจากนักลงทุนย่อมคาดหวังโดยชอบธรรมว่าการสร้างทางด่วน โทลล์เวย์จะก่อให้เกิดความสะดวกในการสัญจรเข้าออกสนามบินดอนเมือง ดังนั้น เมื่อรัฐบาลมีนโยบายปิดสนามบินดอนเมือง จึงเป็นการละเมิดต่อความคาดหวังโดยชอบธรรมของนักลงทุนอีกประการหนึ่ง

ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2552 ให้รัฐบาลไทยชำระค่าเสียหายให้แก่บริษัท Walter Bau AG เป็นเงิน 29.21 ล้านยูโร พร้อมดอกเบี้ย คำนวณตามอัตราดอกเบี้ยระหว่างธนาคารในกลุ่มยูโร 2% ต่อปี โดยเริ่มคิดดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่ 3 ธันวาคม 2549 จนถึงวันที่ชำระเงินครบ และให้รัฐบาลไทยชำระเงินให้แก่บริษัท Walter Bau AG เป็นเงิน 1.81 ล้านยูโร เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการพิจารณาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ

ข้อสรุป

จากการศึกษาส่วนนี้โดยเฉพาะจากคดีที่น่าสนใจที่ได้มีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาโดยศาลยุติธรรมและศาลปกครอง(ภายหลังเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ) แล้วพบว่า หลักกฎหมายภายในรัฐและระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานของประเทศไทยนั้น น่าจะประกอบด้วยหลักกฎหมายสำคัญๆ ต่างๆ ดังนี้

1. หลักกฎหมายมหาชน กล่าวคือกรณีที่สัญญาระหว่างคู่สัญญามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานซึ่งระบบกฎหมายไทยถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการต่างในกฎหมายปกครองประกอบด้วย เช่น ลักษณะของสัญญาตลอดจนผลประโยชน์สาธารณะ และการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นต้น ดังเช่นคดีพิพาทระหว่าง บมจ.ไอทีวี กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ศาลปกครองเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยวินิจฉัยว่าการปรับผังรายการออกอากาศของอนุญาโตตุลาการเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจ

2. หลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งได้แก่ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) และ หลักสุจริต (Good Faith) ดังเช่น คดีพิพาทระหว่าง บมจ.ไอทีวี กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งศาลได้วางหลักว่าสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้นต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะสัญญาเป็นสำคัญโดยเมื่อเกิดปัญหาขึ้นและต้องตีความตามสัญญานั้น ก็จะต้องมีการตีความตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญา ซึ่งการตีความจะต้องเป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา

3. หลักความชอบด้วยกฎหมาย (The Rule of Law) ดังเช่น คดีพิพาทระหว่าง การทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี ซึ่งศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานให้กับหน่วยงานของรัฐว่า ในการทำสัญญาโดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทางกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองนั้น จะผูกพันต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและต้องเป็นการใช้อำนาจโดยชอบ

4. หลักการเวนคืน (Expropriation) ดังเช่น คดีพิพาทระหว่าง Walter Bau AG กับ รัฐบาลไทย (The Kingdom of Thailand) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวางหลักว่าหากการแทรกแซงการประกอบกิจการของผู้ลงทุนนั้น ยังไม่ถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจของผู้ลงทุนดำเนินต่อไปไม่ได้ แม้ว่าผลของการแทรกแซงดังกล่าวจะถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจนั้นไม่ได้กำไรเลยก็ตาม จะยังไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม

5. การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable) ดังเช่น คดีพิพาทระหว่าง Walter Bau AG กับ รัฐบาลไทย (The Kingdom of Thailand) คณะอนุญาโตตุลาการได้วางหลักว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติด้วยความโปร่งใส (Transparency) ไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) และต้องกระทำการใดๆ ด้วยความสุจริต (Good faith) อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงความคาดหวังโดยชอบธรรม (Legitimate expectations) ของผู้ลงทุนที่ทำให้ผู้ลงทุนตัดสินใจเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน

อนึ่ง แม้หลักกฎหมายที่ได้ตามข้อ 4 และ 5 จะเป็นมาจากคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ตาม แต่โดยสาระสำคัญแล้วสามารถใช้เป็นหลักกฎหมายอ้างอิงประกอบกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยได้ เนื่องจากสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่เป็นการลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากที่ต้องอาศัยแหล่งเงินทุนจากนักลงทุนต่างชาติ ทำให้สัญญาสัมปทานจะต้องเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของโครงการที่อาจจะต้องมีการเวนคืน รวมถึงข้อพิพาทที่อาจจะต้องนำหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาท ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักกฎหมายตามข้อ 4 และ 5 น่าจะถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่นำมาเป็นแนวบรรทัดฐานได้

ทั้งนี้เมื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาในต่างประเทศในบทที่ 4 กับหลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาในบทที่ 5 แล้ว จะพบว่าในกรณีของประเทศไทยนั้น มีหลักกฎหมายที่มาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานน้อยกว่ามาก เนื่องจากแนวคิดและการใช้ออนุญาโตตุลาการ ในประเทศไทยในสัญญาสัมปทานเพิ่งมีการพัฒนามาไม่นาน และคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานก็ยังมีไม่มาก หลักกฎหมายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือวินิจัยโดยศาลจึงยังมีไม่มาก การปรับใช้ปรับใช้กฎหมายจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายที่ได้จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเป็นแบบอย่าง

4. แนวทางในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานเพื่อแก้ปัญหาการระงับ

ข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในการกำหนดแนวทางการออกกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานเพื่อแก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานดังกล่าวเป็นอันดับแรก ก่อนที่จะมีการพิจารณาถึงรูปแบบของการสร้างกฎหมายเพื่อนำมาใช้แก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐในประเทศไทย รวมถึงสาระสำคัญเกี่ยวกับกิจการสาธารณะประโยชน์ในกฎหมายสัมปทานเป็นลำดับต่อไป โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 เหตุผลและความจำเป็น

สืบเนื่องจากเหตุผลหลัก 3 ประการ คือ

ประการแรก ปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาประการหนึ่ง และความต้องการเงินลงทุน ความรู้ เทคโนโลยี และวัสดุอุปกรณ์จากต่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาประเทศ กล่าวคือ ปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมา นั้น ประเทศไทยยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในหลายคดี เช่น คดีไอทีวี คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นต้น จากการศึกษาพบว่า สาเหตุที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกศาลเพิกถอน นั้น มาจากการที่อนุญาโตตุลาการไม่เข้าใจหน้าที่อันแท้จริง นอกจากนั้น ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยยังมีปัญหาในทางปฏิบัติอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานรัฐไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยยื่นคำคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลตามช่องทางที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เปิดช่องเอาไว้ให้ ทำให้เอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐขาดความมั่นใจเนื่องจากหน่วยงานรัฐไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีที่หน่วยงานของรัฐแพ้คดี

ประการที่สอง สำหรับความต้องการเงินลงทุน ความรู้ เทคโนโลยี และวัสดุอุปกรณ์จากต่างประเทศของประเทศไทย เพื่อนำมาพัฒนาและขยายระบบสาธารณูปโภคพื้นฐานที่สำคัญในด้านต่างๆ ของประเทศ เพื่อให้มีความเจริญทัดเทียมนานาชาติอารยประเทศ โครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานขนาดใหญ่ นับเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะผลักดันประเทศไทยบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ แต่โครงการเหล่านี้ส่วนใหญ่ก็มีมูลค่าการลงทุนสูงและต้องพึ่งพาเทคโนโลยีจากต่างประเทศ แม้ว่าประเทศไทยจะมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศก็ตาม แต่หากยังมีอุปสรรคในเรื่องของกฎหมายที่จะสนับสนุนนโยบายดังกล่าว การสนับสนุนนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยก็อาจจะไม่ประสบผลสำเร็จ ดังที่ตั้งใจไว้ ดังนั้น ประเทศไทยควรจะต้องมีความชัดเจนในเรื่องสัมปทาน ทั้งวิธีการให้สัมปทาน การเข้าทำสัมปทาน การดำเนินการตามสัมปทาน รวมถึงการระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากสัมปทานดังกล่าว เพื่อให้เกิดความชัดเจนและแก้ปัญหาการพิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการไทยให้เป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือ ซึ่งการที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับสัมปทาน (Concession Law) ก็จะมีส่วนช่วยส่งเสริมและสนับสนุนการเข้ามาลงทุนดำเนินกิจการสัมปทานในโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นให้เป็นไปอย่างราบรื่น

ประการที่สาม แนวโน้มการดำเนินการกิจการสัมปทานที่จะมีบทบาทมากขึ้นในอนาคต ที่ผ่านมามีประเทศไทยเน้นการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจด้วยการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานมาโดยตลอด นับตั้งแต่แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 1 (พ.ศ.2504 -2509) เป็นต้นมา

ซึ่งแผนพัฒนาฯ ดังกล่าวใช้หลักแนวคิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ (Development with growth) โดยเน้นการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน (คมนาคมขนส่ง โทรคมนาคม เชื้อเพลิงชลประทาน และไฟฟ้า รวมทั้งสาธารณูปการต่างๆ) เป็นตัวขับเคลื่อนเศรษฐกิจ และจากการสัมมนาวิชาการ ประจำปี 2551 เรื่อง “ระบบการกำกับดูแลกิจการสาธาณูปโภคไทยมีอะไรน่าเป็นห่วง” ซึ่งจัดโดย สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทยร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ก็ได้รายงานว่าผลการศึกษาว่านับตั้งแต่ปี พ.ศ.2534 รัฐบาลไทยมีแนวนโยบายที่ชัดเจนในการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีบทบาทในการให้บริการสาธาณูปโภคพื้นฐานมากขึ้นภายใต้ระบบสัมปทานหรือการร่วมทุนกับรัฐวิสาหกิจ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าตลาดที่เศรษฐกิจไทยยังคงต้องพึ่งพาเศรษฐกิจภายนอกประเทศ ทั้งการส่งออกสินค้า การลงทุน และการนำเข้าพลังงานจากต่างประเทศ อย่างมากเหมือนอย่างในปัจจุบัน โดยเฉพาะความต้องการด้านการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น คาดว่าแนวโน้มการให้สัมปทานในอนาคตก็อาจจะยังมีบทบาทที่สำคัญต่อไป

4.2 การสร้างกฎหมายเพื่อนำมาใช้แก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาสัมปทานของรัฐในประเทศไทย

ในการสร้างกฎหมายเพื่อนำมาใช้แก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐในประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยได้อาศัยการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับรูปแบบการระงับข้อพิพาทในต่างประเทศเป็นแบบอย่างแล้วพิจารณาเลือกรูปแบบที่คาดว่าจะมีความเหมาะสมกับประเทศไทยมาใช้ ซึ่งจากการศึกษารูปแบบการใช้กฎหมายในต่างประเทศ สามารถจำแนกรูปแบบการใช้กฎหมายดังกล่าวออกได้เป็น 3 รูปแบบ หลักๆ ดังนี้

4.2.1 รูปแบบของประเทศที่มีการนำกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้

ตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งโดยปกตินั้นห้ามใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองซึ่งก็รวมทั้งสัญญาสัมปทานด้วย การระงับข้อพิพาทอาศัยระบบศาลเป็นหลัก ระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกประเภทคดีโดยอาศัยทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน และทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ คดีใดมีลักษณะเป็นคดีปกครองก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้ หรือคดีใดเป็นคดีแพ่งก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ ประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าสัญญาประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเกิดจากการพัฒนากฎหมายมหาชนมาเรื่อยๆ ปี แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นผลมาจาก คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ในฐานะศาลปกครองสูงสุด) ที่วางหลักไว้ ทำให้การพิจารณาคดีมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน

แต่สำหรับประเทศไทยนั้น ยังมีได้มีกฎหมายใดบัญญัติไว้ว่า ให้ใช้หลักกฎหมายใดเป็นการเฉพาะกับสัญญาสัมปทาน เหมือนดังเช่นที่มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องเอกเทศสัญญา

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการนำรูปแบบของประเทศที่มีการนำกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้ ประเทศไทยนั้น อาจจะมีแนวคิดที่ขัดแย้งกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยในปัจจุบัน เนื่องจากรูปแบบดังกล่าวไม่ยอมรับการตัดสินชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการแต่ให้เป็นอำนาจเฉพาะของศาลปกครองเท่านั้น เนื่องจากสัมปทานมาจากการที่รัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะแทนรัฐ จึงทำให้หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นควรคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ ดังนั้นแนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานจึงควรอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จากเหตุผลดังกล่าวจะเห็นว่ามีแนวทางที่แตกต่างจากประเทศไทยที่ยอมให้มีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้ ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นอกจากนั้นแล้ว หากจะนำรูปแบบของประเทศที่มีการนำกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้ ประเทศไทยควรจะต้องมีการจัดทำกฎหมายเพื่อแบ่งแยกประเภทสัญญาทางปกครองให้ชัดเจนและเป็นที่เรียบร้อยแล้วเสียก่อน ซึ่งก็คงเป็นเรื่องที่ลำบากและมีอาจกระทำไม่ได้โดยรวดเร็ว ทั้งนี้เนื่องจากปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยส่วนหนึ่งมาจากการขาดความเข้าใจที่ชัดเจนในแนวคิดพื้นฐานของสัญญาสัมปทานทำให้ไม่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาในทางแพ่งกับสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นสัญญาในทางปกครองได้ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการนำรูปแบบนี้ไม่น่าจะเหมาะสมกับประเทศไทย

4.2.2 รูปแบบของประเทศที่มีการนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาแทรกในสัญญาสัมปทาน

ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ หรือ ประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองซึ่งรวมทั้งสัญญาสัมปทานด้วย จะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งแต่ก็มีการนำหลักเกณฑ์พิเศษบางประการมาระบุไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครองและระเบียบว่าด้วยการจัดจ้างของรัฐบาลกลางตลอดจนข้อตกลงมาตรฐานซึ่งเหมือนกับสัญญาสำเร็จรูปที่ทำกับเอกชน หลักเกณฑ์พิเศษต่างๆ ได้แก่ หลักการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียว หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หลักการได้รับการเยียวยาแก้ไขอย่างเป็นธรรม หลักการเพื่อสังคม หลักความต่อเนื่องในการปฏิบัติตามสัญญา ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง เป็นต้น

โดยในประเทศอังกฤษนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็ต้องถูกฟ้องในศาลธรรมดา คำพิพากษาของศาลคือกฎหมาย (Case Law) ซึ่งมีความยืดหยุ่นที่จะสร้างระบบกฎหมาย

จีนมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน และการที่รัฐจะอ้างความจำเป็นของรัฐจีนมาเพื่อแก้ไขสัญญาหรือว่าจะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา การใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องใช้อย่างระมัดระวังและสามารถเปลี่ยนได้ตามสภาวะการณ์เพราะคำพิพากษานั้นสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่าการแก้กฎหมายโดยทั่วไป

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกา สัญญาสัมปทานมีหลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองปรากฏอยู่ ซึ่งเป็นรูปแบบมาตรฐานที่ผ่านการตรวจร่างมานานับร้อยปีซึ่งเป็นไปโดยผลของทฤษฎีกฎหมายจารีตประเพณีในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะนำหลักกฎหมายแพ่งของเอกชนมาใช้ เนื่องจาก ตามสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่ค่อยที่จะมีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่งของเอกชนเท่าใดนัก โดยมีการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชน

แต่สำหรับประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ายังขาดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งการสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและมีอรรถประโยชน์ได้โดยเร็ว ทั้งนี้ เพราะหลักกฎหมายปกครองของประเทศใดเหมาะสมที่จะแก้ปัญหาในทางปกครองของประเทศนั้น เนื่องจากหลักกฎหมายปกครองของแต่ละประเทศจะได้รับการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงโดยการใช้ดุลพินิจในทางปกครองควบคู่ไปกับสภาพการณ์การบริหารประเทศ การนำหลักกฎหมายปกครองของประเทศอื่นมาใช้ในประเทศหนึ่งโดยปราศจากการปรับปรุงให้สอดคล้องกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น การศึกษาปัญหาของประเทศและการสร้างหลักกฎหมายปกครองเพื่อแก้ไขปัญหามิทางปกครอง จึงเป็นเรื่องสำคัญ

ผู้วิจัยเห็นว่าการนำรูปแบบที่มีการนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาแทรกในสัญญาสัมปทานมาใช้ ประเทศไทยจำเป็นต้องมีสร้างกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้เป็นที่เรียบร้อยเสียก่อน ซึ่งศาลปกครองจำเป็นที่จะต้องพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาจนเป็นที่ยอมรับ แต่ปัจจุบันประเทศไทยยังขาดหลักกฎหมายดังกล่าวอยู่ ดังนั้น รูปแบบนี้จึงไม่น่าจะเหมาะสมกับประเทศไทยเช่นเดียวกัน

4.2.3 รูปแบบของประเทศที่มีกฎหมายสัมปทาน (Concession Law)

ตัวอย่างเช่น กลุ่มประเทศในยุโรปตะวันออก อาทิเช่น ประเทศบัลแกเรีย ประเทศโรมาเนีย ประเทศโครเอเชีย เป็นต้น ซึ่งจัดเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (Developing Country) กลุ่มประเทศเหล่านี้ต้องดำเนินนโยบายปฏิรูปประเทศในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป หรือ EU จึงจำเป็นต้องเร่งพัฒนาประเทศในด้านต่างๆ ตามกรอบที่ EU กำหนดไว้ เช่น ประเทศบัลแกเรียมีการดำเนินนโยบายด้านต่างประเทศที่มุ่งเน้นการลงทุนจากต่างประเทศให้เข้ามาลงทุน

ในประเทศของตนให้มากขึ้น โดยเฉพาะในด้านสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ เพื่อให้เกิดการพัฒนาประเทศที่รวดเร็ว ส่วนประเทศโรมาเนียก็มีการปฏิรูประบบเศรษฐกิจเพื่อให้พร้อมในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปเช่นเดียวกัน ซึ่งจะทำให้โรมาเนียได้รับเงินช่วยเหลือทางการเงินหลายร้อยล้านยูโร ความช่วยเหลือในการพัฒนาระบบขนส่งและสาธารณูปโภค รวมทั้ง เงินลงทุนจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งโรมาเนียต้องแก้ปัญหาการขาดความชัดเจนด้านกฎหมาย ปัญหาด้านศุลกากร และปัญหาคอร์รัปชัน ซึ่งเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการระดมทุนจากต่างประเทศ สำหรับประเทศโครเอเชีย ก็ได้มีการปฏิรูปเศรษฐกิจโดยส่งเสริมให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจมากขึ้น ออกกฎหมายเพื่อส่งเสริมการค้าการลงทุนจากต่างประเทศ รวมถึงการเร่งแปรรูปรัฐวิสาหกิจ สิ่งที่กำลังกล่าวมาเหล่านี้ก็นำมาซึ่งการออกกฎหมายด้านต่างๆ โดยเฉพาะการออกกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) เพื่อควบคุมการทำธุรกิจสัมปทานของประเทศเหล่านี้

ผู้วิจัยเห็นว่า ในอนาคตแนวโน้มการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจจะยังมีความสำคัญมากขึ้น เพื่อผลประโยชน์ในด้านการค้า การลงทุน และด้านอื่นๆ ในการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจซึ่งประเทศสมาชิกมีพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจำเป็นต้องปรับตัวเข้าหากฎเกณฑ์ของกลุ่มฯ ทำให้ต้องปรับเปลี่ยนกฎระเบียบในการบริหารจัดการเศรษฐกิจภายในประเทศของตน ทั้งด้านการค้า การลงทุน การเงิน สิ่งแวดล้อม และสังคมเพื่อการจัดระเบียบใหม่ของกลุ่มฯ ซึ่งครอบคลุมถึงการออกกฎ ระเบียบด้านการค้า การลงทุน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ความร่วมมือระหว่างประเทศ และการกำกับดูแลด้านการเงินที่เข้มงวดมากขึ้น โดยเฉพาะการลงทุนพัฒนาสาธารณูปโภคพื้นฐานด้านต่างๆ ที่เน้นสร้างความโปร่งใส สำหรับในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนามักจะมีการออกกฎหมายสัมปทานขึ้นมาเพื่อรองรับการพัฒนาสาธารณูปโภคพื้นฐานเหล่านั้น เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนต่างประเทศ

ดังนั้น ในส่วนของประเทศไทยซึ่งในอนาคตจะมีการรวมกลุ่มในภูมิภาคเอเชีย ภายใต้กรอบการค้าเสรีของอาเซียนกับจีน ญี่ปุ่น และอินเดีย และการเป็นประชาคมอาเซียนในปี 2558 รวมทั้งกรอบความร่วมมืออื่นๆ อาทิ กรอบความร่วมมือเอเชีย-แปซิฟิก จะมีผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของไทยซึ่งต้องมีความพร้อมในหลายด้าน โดยเฉพาะการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและกฎ ระเบียบในการบริหารจัดการต่างๆ ประกอบกับประเทศไทย ซึ่งจัดเป็นกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนาและมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศเหมือนดังเช่นกลุ่มประเทศยุโรปตะวันออก ก็ควรจะนำแบบอย่างการออกกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) มาใช้เช่นเดียวกัน เนื่องจากการใช้กฎหมายสัมปทาน (Concession Law) เป็นศูนย์กลางในเรื่องสัมปทานทั้งหมดจะเป็นการง่ายต่อการทำความเข้าใจของคนทั่วไป โดยเฉพาะนักลงทุนที่ต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ทำให้สามารถคาดหมาย และตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ง่ายขึ้น

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีข้อคิดเห็นเพิ่มเติมว่าในมุมมองของนักลงทุนต่างชาติแล้ว ย่อมต้องการความชัดเจนของกฎหมาย ทั้งในเรื่องของอำนาจของผู้ให้สัมปทาน รวมทั้งการกำหนดชนิดของกิจการสาธารณูปโภคที่ให้สัมปทานอย่างชัดเจน และการได้รับความเป็นธรรมในการเข้ารับสัมปทาน ซึ่งสอดคล้องกับ Recommendation 1-5 และ Model provision 3 ของ UNCITRAL ที่เห็นว่ารัฐผู้ให้สัมปทานควรมีกฎหมายที่กำหนดอย่างชัดเจนว่าหน่วยงานของรัฐใดบ้างที่มีอำนาจในการให้สัมปทานและเข้าทำสัญญาสัมปทาน โดยรัฐอาจกำหนดรายชื่อหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจให้สัมปทานหรือมีอำนาจในการเข้าทำสัมปทาน รวมทั้งการกำหนดชนิดของกิจการสาธารณูปโภคที่ให้สัมปทานอย่างชัดเจน ดังนั้น การมีกฎหมายสัมปทาน หรือกฎหมายใดๆ ที่บัญญัติถึงอำนาจที่ชัดเจนของหน่วยงานรัฐในการเข้าทำสัญญาสัมปทานก็ย่อมเป็นสิ่งที่สร้างความมั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ และเนื่องจากการดำเนินกิจการ โครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานในโครงการขนาดใหญ่เป็นสิ่งที่ต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง ผู้ลงทุนต่างชาติจึงต้องการความมั่นใจว่าจะได้รับความเป็นธรรมในการเข้ารับสัมปทาน ซึ่งสิ่งที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความเป็นธรรมในการเข้ารับสัมปทาน คือ การมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการให้สัมปทานและวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทานมีความโปร่งใสตลอดจนการมีมาตรการในการให้ความคุ้มครองจากการแทรกแซงของรัฐบาลหรือการทุจริตคอร์รัปชันซึ่งสอดคล้องกับ Model provision 5 ของ UNCITRAL ที่เห็นว่ารัฐควรมีกฎหมายที่ชัดเจนที่กำหนดวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทานว่าจะมีการดำเนินการอย่างไร ซึ่งควรแสดงให้เห็นถึงกระบวนการที่โปร่งใสและมีประสิทธิภาพในการแข่งขัน

จากเหตุผลดังกล่าว ผู้วิจัยจึงเห็นว่ารูปแบบของการมีกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) โดยเฉพาะ น่าจะเหมาะสมกับประเทศไทยมากกว่ารูปแบบอื่น และสอดคล้องกับ Model Law ของ UNCITRAL

อนึ่ง การสร้างกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานของผู้วิจัย แม้ว่าจะมีรูปแบบเป็นกฎหมายสัมปทาน(Concession Law) ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบของงานวิจัยอื่นที่ได้จากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 เช่น การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือ การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือการสร้างกฎหมายรูปแบบอื่นใดก็ตาม แต่โดยสาระสำคัญหากมิได้คำนึงถึงรูปแบบแล้ว การสร้างกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานของผู้วิจัยสอดคล้องกับงานวิจัยของ กิตติชัย พิชัยเดชพงศ์¹⁴⁶ ที่

¹⁴⁶ กิตติชัย พิชัยเดชพงศ์ อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นเอกชนต่างชาติ วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546 หน้า ๙

เห็นว่า ประเทศไทยยังขาดกฎหมายสารบัญญัติสำหรับสัญญาทางปกครองซึ่งประเทศไทยควรริบออกกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสม นอกจากนั้นยังสอดคล้องกับงานวิจัยของ พิเชษฐ์ คงศิลา¹⁴⁷ ที่เห็นว่าระบบอนุญาโตตุลาการยังมีความจำเป็นในด้านการส่งเสริมการค้าการลงทุนอย่างมาก ฉะนั้นหากต้องทำการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ก็ต้องมีกฎหมายหรือมาตรการในการควบคุมขอบเขต หรือข้อจำกัดในการเลือกระบบดังกล่าว เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ และในการสร้างกฎหมายดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าควรนำหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติไว้ด้วยเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนซึ่งสอดคล้องกับงานวิจัยของ ชวลิต เสวตสุต¹⁴⁸ ที่เห็นว่าการนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองของประเทศในระบบคอมมอนลอว์มาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะเกิดความชัดเจน โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ และเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้เอกชนคู่สัญญายอมรับและยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษในการเข้าทำสัญญา และยังเป็นแนวทางแก่ผู้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการในการนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาปรับใช้แก่กรณีเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้อง

ในขณะเดียวกัน เมื่อมีการดำเนินการจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานแล้ว เพื่อให้การแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการแก่สัญญาสัมปทานของรัฐเป็นไปอย่างราบรื่น จำเป็นที่จะต้องมีการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องการอนุญาโตตุลาการไปพร้อมๆ กันด้วย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ควรต้องมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ใน 5 ประเด็นได้แก่ 1) ประเภทข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ 2) ข้อพิพาทที่เป็นข้อห้ามใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ 3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ 4) วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน และ 5) การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ดังกล่าวของผู้วิจัยนั้น สอดคล้องกับงานวิจัยของผู้วิจัยท่านอื่นๆ ท่านที่ได้จากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 ที่ผ่านมา เช่น

¹⁴⁷ พิเชษฐ์ คงศิลา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15 การระงับข้อพิพาท วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2548 หน้า 6

¹⁴⁸ ชวลิต เสวตสุต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น.(1)-(2)

วรวิทย์ กังศศิเทียม¹⁴⁹ ; วรรณัทธ์ ชมบุญ¹⁵⁰ ; พรพิมล บุญทวีเวช¹⁵¹ ที่เสนอแก้ไข พรบ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกี่ยวกับขอบเขตในการวินิจฉัยข้อพิพาท หลักกฎหมายที่นำมาใช้ คุณสมบัติ และจำนวนองค์คณะอนุญาตตุลาการ ศาลที่มีอำนาจช่วยเหลือกระบวนการอนุญาตตุลาการ และสอดคล้องกับงานวิจัยของ เอกชัย อัครธีรานุภาพ¹⁵² ที่เสนอให้มีการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเพื่อช่วยเหลือการดำเนินงานของอนุญาตตุลาการโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม งานวิจัยของ มณเฑียร กุลธำรง¹⁵³ ไม่เห็นด้วยกับการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง เหตุผลสำคัญก็คือวิธีการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และเห็นว่าศาลปกครองเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่สุดให้พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมถึงงานวิจัยของ อารยา กิตติเวช¹⁵⁴ ที่เห็นว่าวิธีการอนุญาตตุลาการยังไม่ควรจะถูกกำหนดให้มีในสัญญาสัมปทานขณะนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีความพร้อม โดยควรกำหนดให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยศาลปกครองไปก่อนจนกว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในประเทศไทยจะมีการพัฒนาจนเป็นที่น่าเชื่อถือมากกว่านี้

¹⁴⁹ วรวิทย์ กังศศิเทียม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น. 219

¹⁵⁰ วรรณัทธ์ ชมบุญ การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546 หน้า 167-168

¹⁵¹ พรพิมล บุญทวีเวช ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547 หน้า 109

¹⁵² เอกชัย อัครธีรานุภาพ การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในกรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 177

¹⁵³ มณเฑียร กุลธำรง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณี : ความเหมาะสมในการกำหนดให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง เอกสารวิชาการ วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม 2549 หน้า ก-ข

¹⁵⁴ อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, น. 466

4.3 สารสำคัญกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะในกฎหมายสัมปทาน

กิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ควรต้องมีลักษณะ 2 ประการที่สำคัญ คือ เป็นกิจการบริการและสาธารณูปโภคพื้นฐาน และเป็นกิจการที่โครงสร้างอุตสาหกรรมปัจจุบันหรือในอนาคตมีแนวโน้มที่จะให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการดำเนินกิจการดังกล่าวในรูปสัมปทาน โดยในตอนนี้ผู้วิจัย ได้แบ่งหัวข้อการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรก การจัดแบ่งประเภทกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะในสัญญาสัมปทาน และส่วนที่สอง แนวโน้มการให้สัมปทานในอนาคต โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.3.1 การจัดแบ่งประเภทกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะในสัญญาสัมปทาน

ในการจัดแบ่งประเภทกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะในสัมปทานตามกฎหมายที่เสนอนี้ ผู้วิจัยอาศัยทฤษฎีการด้านเศรษฐศาสตร์ในการแบ่งประเภทของกิจการสัมปทาน คือ ทฤษฎีสินค้าและบริการสาธารณะ (Theory of Public Goods) สารสำคัญของทฤษฎีนี้ได้กล่าวถึง สินค้าและบริการสาธารณะ (Public Goods) ว่าหมายถึง สินค้าและบริการที่ผลิตขึ้นมาแล้วทั้งในระดับท้องถิ่นหรือระดับประเทศ ทุกคนจะได้รับหรือมีสิทธิ์ที่จะได้รับการบริโภคที่เท่ากันหรือบริโภคที่ร่วมกัน (Joint Consumption) ซึ่งมี 2 ลักษณะที่สำคัญ¹⁵⁵ คือ

1. ลักษณะไม่สามารถกีดกันการบริโภคได้ (Non-rival in Consumption)

กล่าวคือ สินค้าหรือบริการนั้นเมื่อถูกบริโภคหรือใช้โดยคนใดคนหนึ่งแล้ว จะไม่เป็นเหตุทำให้ผู้อื่นไม่ได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้น เช่น บริการป้องกันประเทศ หรือไม่ทำให้ผู้ร่วมใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้รับความพึงพอใจลดลง หรือไม่ได้รับความสะดวกสบายในการใช้ เช่น การเปิดเครื่องรับวิทยุและโทรทัศน์ สินค้าหรือบริการประเภทนี้ เมื่อมีผู้ใช้บริการเพิ่มขึ้นจะไม่ทำให้ต้นทุนในการผลิตสินค้าหรือบริการนั้นเพิ่มขึ้น หรือต้นทุนการให้บริการที่เพิ่มขึ้นเท่ากับศูนย์ (Zero Marginal Cost) สินค้าหรือบริการประเภทนี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของสวัสดิการสังคมที่ไม่ควรกีดกันการใช้บริการ

2. ลักษณะไม่สามารถแบ่งแยกการบริโภคออกจากกันได้ (Non-excludable)

กล่าวคือ ไม่สามารถใช้กลไกราคาหรือมาตรการอย่างอื่นมาเป็นเครื่องมือเพื่อกีดกันไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้ ไม่ว่าผู้หนึ่งจะได้จ่ายค่าตอบแทนในการใช้สินค้าและบริการนั้นหรือไม่ก็ตาม สินค้าหรือบริการที่แยกการบริโภคออกจากกันไม่ได้จะมีลักษณะเมื่อผลิต

¹⁵⁵ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง “การกำหนดราคาและปริมาณผลิตของสินค้าเอกชนและสินค้าสาธารณะ” ค้นคืนวันที่ 18 มีนาคม 2555 จาก <http://e-book-ram.edu/e-book/e/EC211/chapter13.pdf>

ขึ้นมาแล้วทุกคนสามารถใช้ร่วมกัน (Joint consumption) แม้ว่าในบางครั้งบางคนจะไม่ต้องการใช้สินค้าหรือบริการนั้นก็ตาม แต่เขาก็จะปฏิเสธการใช้สินค้านั้นหรือบริการนั้นไม่ได้ ดังนั้น รัฐบาลจึงต้องมีหน้าที่ในการเป็นผู้จัดการผลิตสินค้าหรือบริการนั้น โดยรัฐจะเรียกเก็บค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการทางอ้อมในรูปของการจัดเก็บภาษีอากร เช่น บริการป้องกันประเทศ บริการรักษาความสงบภายในประเทศ เป็นต้น

การแบ่งลักษณะของสินค้าและบริการตามทฤษฎีดังกล่าว ได้แบ่งสินค้าและบริการออกเป็น 4 ลักษณะ ดังแสดงให้เห็นตามตารางที่ 5.4 ดังนี้

ตารางที่ 5.4 ลักษณะของสินค้าและบริการ

		Exclusive	
		Yes	No
Rival	Yes	Private Goods สินค้าและบริการเอกชน	Impure Public Goods สินค้าสาธารณะแบบไม่แท้
	No	Impure Private Goods สินค้าและบริการกึ่งสาธารณะ	Pure Public Goods สินค้าและบริการสาธารณะที่แท้จริง

ที่มา: ดัดแปลงจาก Nicholson, Walter. *Microeconomic Theory Basic Principles and Extension*. 1998.

จากตารางที่ 5.4 ข้างต้น มีการแบ่งประเภทสินค้าและบริการออกเป็น 4 ลักษณะ คือ สินค้าและบริการเอกชน สินค้าและบริการสาธารณะแบบไม่แท้ สินค้าและบริการกึ่งสาธารณะ และ สินค้าและบริการสาธารณะที่แท้จริง¹⁵⁶ โดยมีรายละเอียดดังนี้

¹⁵⁶ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ “ทฤษฎีสินค้าและบริการสาธารณะ”
ค้นคืนวันที่ 9 เมษายน 2555 จาก <http://www.econ.cmu.ac.th/fil+es/4publicgoods.doc>

1. สินค้าและบริการเอกชน (Private Goods) หมายถึง สินค้าและบริการที่อยู่ในตลาดที่กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น สินค้าและบริการเอกชนทั่วๆ ไปที่ซื้อขายในตลาด เช่น อาหาร เครื่องดื่ม เสื้อผ้า เป็นต้น

2. สินค้าและบริการสาธารณะแบบไม่แท้ (Impure Public Goods) หมายถึง สินค้าและบริการที่อยู่ในตลาดที่กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้บ้าง แต่ไม่สมบูรณ์เหมือนกรณีของ Private goods สินค้าและบริการประเภทนี้ไม่สามารถแบ่งปันการบริโภคได้ คือ ผู้บริโภคมีสิทธิจะใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าสินค้าหรือบริการนั้น ในขณะเดียวกัน ก็มีลักษณะที่ผู้บริโภคอาจถูกกีดกันการใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้ เช่น ถนนทางหลวงแผ่นดินที่มีปริมาณการจราจรมาก สวนสาธารณะ (วัด) ในเมืองที่มีประชากรมาก (สวนจัดจักร) ปลาที่กรมประมงปล่อยในแม่น้ำลำคลอง เป็นต้น

3. สินค้าและบริการกึ่งสาธารณะ (Impure Private Goods) หมายถึง สินค้าและบริการที่อยู่ในตลาดที่กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้บ้าง แต่ไม่สมบูรณ์เหมือนกรณีของ Private goods สินค้าและบริการประเภทนี้มีการแบ่งปันการบริโภค คือ ผู้บริโภคมีสิทธิจะใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้ เมื่อจ่ายค่าสินค้าหรือบริการนั้น และขณะเดียวกันก็ไม่สามารถกีดกันการบริโภคสินค้าหรือบริการนั้นได้ คือ เมื่อสินค้าหรือบริการนั้น ถูกบริโภคหรือใช้โดยคนใดคนหนึ่งแล้ว จะไม่เป็นเหตุทำให้ผู้อื่นไม่ได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้น เช่น เคเบิลทีวี ประปา ไฟฟ้า เป็นต้น

4. สินค้าและบริการสาธารณะที่แท้จริง (Pure Public Goods) หมายถึง สินค้าและบริการที่อยู่ในตลาดที่กลไกตลาดไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลาดมีลักษณะผูกขาด รัฐต้องเข้ามาดำเนินการเพื่อให้กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้ดีขึ้น เช่น การบริการป้องกันประเทศ การดำเนินนโยบายต่างประเทศของรัฐบาล คลื่นวิทยุ คลื่นวิทยุโทรทัศน์ ดาวเทียม ฝนหลวง ประภาคาร (Lighthouse) ไฟที่ให้แสงสว่างตามท้องถนน ทางหลวงแผ่นดินที่มีปริมาณรถน้อย การลดมลภาวะทางอากาศ การรักษาความสงบภายในประเทศ การดำเนินนโยบายต่างประเทศ สวนสาธารณะ (วัด) ขนาดใหญ่ ในเมืองที่มีประชากรน้อย เป็นต้น

ดังนั้น หากนำทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น มาจำแนกสินค้าหรือบริการสาธารณะเพื่อจัดประเภทสินค้าหรือบริการอันเป็นกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานในกฎหมายสัมปทานตามที่ผู้วิจัยเสนอแล้ว พบว่า สาขาที่ถูกกำหนดให้เป็นกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐาน คือ สาขาโทรคมนาคมและสื่อสาร สาขาประปา สาขานขนส่ง สาขาลังงาน มีลักษณะสินค้าและบริการสาธารณะแบบไม่แท้ (Impure Private Goods) เป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาด หรือกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้เต็มที่ เช่น กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ กิจการการสื่อสารผ่านดาวเทียม(ประเภทคิดค่าบริการ) กิจการเคเบิลทีวี กิจการ

โทรศัพท์พื้นฐาน กิจกรรมไฟฟ้าขนส่งมวลชน กิจกรรมทางด่วน เป็นต้น ซึ่งแม้จะเป็นกิจกรรมสาธารณูปโภคพื้นฐานแต่ประชาชนผู้ให้บริการก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อให้บริการเหล่านั้น นอกจากนั้นแล้วยังมีบางกิจการซึ่งมีลักษณะเป็นสินค้าและบริการสาธารณะที่แท้จริง (Pure Public Goods) เช่น กิจกรรมวิทยุโทรทัศน์ ที่ประชาชนทุกคนสามารถที่จะดูโทรทัศน์ได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ทั้งสิ้น ทั้งนี้สามารถแสดงให้เห็นการจัดประเภทของสินค้าและบริการอันเป็นกิจกรรมสาธารณะประโยชน์ได้ดังตารางที่ 5.5 ดังนี้

ตารางที่ 5.5 ประเภทกิจการสาธารณะประโยชน์

		Exclusive	
		Yes	No
	Yes	- ไม่มี -	กิจการขนส่ง (ทางหลวงแผ่นดิน)
Rival		กิจการโทรคมนาคม ดาวเทียม	
		กิจการไปรษณีย์	
		กิจการประปา	
	No	กิจการไฟฟ้า	กิจการวิทยุโทรทัศน์
		กิจการน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ	กิจการวิทยุ
		กิจการขนส่งทางบก (ทางด่วน)	
		กิจการขนส่งทางน้ำ ทางอากาศ	

หมายเหตุ : จากผลการศึกษา

การจัดประเภทของสินค้าและบริการอันเป็นกิจกรรมสาธารณะประโยชน์ดังกล่าวข้างต้นนั้น มีเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ

1. เป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาด กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้เต็มที่ และเนื่องจากในอนาคตกิจการเหล่านี้รัฐมีแนวโน้มขยายเพิ่มบทบาทให้เอกชนเข้ามาดำเนินงานแทน เพื่อเป็นการลดภาระค่าใช้จ่ายงบประมาณของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของการให้สัมปทาน หรือการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐ ก็ตาม

2. เป็นกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานโดยผลของกฎหมาย เช่น ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 กำหนดให้กิจการต่างๆ เหล่านี้เป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ 1) การรถไฟ 2) การรถราง 3) การขุดคลอง 4) การเดินอากาศ 5) การประปา 6) การชลประทาน 7) การไฟฟ้า 8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซ โดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และ 9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือสุขภาพของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา นอกจากนั้นยังมีประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ที่ 2/2543 ที่ได้กำหนดประเภทกิจการสาธารณูปโภค สาธารณูปการ และบริการพื้นฐานไว้เหมือนกัน ได้แก่ 1) กิจการผลิตพลังงานไฟฟ้าหรือไอน้ำ 2) กิจการผลิตน้ำประปาหรือน้ำเพื่ออุตสาหกรรม 3) กิจการสัมปทาน 4) กิจการขนถ่ายสินค้าสำหรับเรือเดินทะเล 5) กิจการสถานที่ตรวจปล่อยและบรรจุสินค้าเข้าสู่คอนเทนเนอร์ เพื่อการส่งออก หรือโรงพักสินค้า เพื่อตรวจปล่อยของขาเข้าและบรรจุของขาออกที่ขนส่งโดยระบบคอนเทนเนอร์นอกเขตท่าเทียบเรือ 6) กิจการสนามบินพาณิชย์ 7) กิจการโทรคมนาคมดาวเทียม 8) กิจการโทรศัพท์ และ 9) กิจการโรงแยกก๊าซ

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะนำกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานใน 4 สาขา คือ สาขาโทรคมนาคมและสื่อสาร สาขาประปา สาขาขนส่ง สาขาพลังงาน มากำหนดเป็นหมวดหมู่หลักๆ ในกฎหมายสัมปทานครั้งนี้

4.3.2 แนวโน้มการให้สัมปทานในอนาคต

ในอดีตกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐาน เช่น ไฟฟ้า ประปา ขนส่ง และสื่อสารเป็น กิจการที่รัฐผูกขาด เนื่องจากเป็นบริการที่มีมิติในเชิงสังคมมากกว่าเชิงพาณิชย์ เนื่องจากบริการเหล่านี้เป็นบริการที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีพของประชาชน การมีบริการที่ทั่วถึงและประชาชนสามารถเข้าถึงบริการได้โดยมีอัตราค่าบริการไม่สูงเกินไปนักจึงเป็นเป้าหมายที่สำคัญมากกว่าการกำไร นอกจากนั้นแล้ว บริการเหล่านี้ยังเป็นบริการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูงในการวางโครงข่ายจึงเป็นธุรกิจที่มีความเสี่ยงเชิงพาณิชย์สูงโดยเฉพาะสำหรับผู้ประกอบการในประเทศกำลังพัฒนาที่มีศักยภาพในเชิงธุรกิจและแหล่งเงินทุนที่จำกัด¹⁵⁷

¹⁵⁷ เดือนเด่น นิคม และ เสาวลักษณ์ ชิวสิทธิยานนท์ “ระบบกำกับดูแลกิจการสาธารณูปโภคไทยมีอะไรน่าเป็นห่วง” ใน *การประชุมสัมมนาประจำปี 2551 เรื่อง ผู้การเจริญเติบโตอย่างมีคุณภาพและยั่งยืน* วันที่ 29-30 พฤศจิกายน 2551 ณ โรงแรมแอมบาสเดอร์ ซิตี้ จอมเทียน ชลบุรี สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ร่วมจัดโดย มูลนิธิชัยพัฒนา สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย หน้า 1

ต่อมาเมื่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศไปถึงระดับหนึ่งที่ประชาชนส่วนมากสามารถเข้าถึงบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานได้แล้ว การผูกขาดกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานโดยภาครัฐเริ่มกลายเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาธุรกิจเหล่านั้นด้วยเหตุผลหลักสองประการ ประการแรก ในตลาดที่ไม่มีการแข่งขัน ผู้ให้บริการย่อมขาดแรงกระตุ้นในการที่จะปรับปรุงประสิทธิภาพเพื่อลดต้นทุน ทำให้ต้นทุนในการให้บริการสูงเกินควร ส่งผลให้อัตราค่าบริการที่ประชาชนต้องแบกรับสูงขึ้นด้วยยกเว้นในกรณีที่รัฐให้การอุดหนุน ประการที่สอง ภาวะที่ไร้คู่แข่งทำให้รัฐวิสาหกิจไม่มีความจำเป็นที่ต้องพัฒนาคุณภาพหรือรูปแบบของบริการ เพื่อตอบสนองความต้องการของลูกค้าเพื่อรักษาสวนแบ่งตลาดหรือแย่งชิงลูกค้าจากคู่แข่ง โดยเฉพาะสำหรับรัฐวิสาหกิจที่ไม่จำเป็นต้องกังวลเรื่องการสร้างรายได้และการทำกำไรเท่าใดนักโครงสร้างตลาดแบบเดิมที่เน้นการผูกขาดของภาครัฐจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของตลาดบริการสาธารณูปโภคที่ไม่ใช่เป็นบริการที่มีลักษณะ “พื้นฐาน” อีกต่อไป¹⁵⁸

ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงเกิดแนวโน้มนโยบายที่จะลดบทบาทของภาครัฐในกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานโดยการแปรรูปรัฐวิสาหกิจและการเปิดให้เอกชนเข้ามาประกอบกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานในประเทศที่พัฒนาแล้วหลายประเทศ

ภายใต้กระบวนการทัศน์ใหม่ในการบริหารจัดการบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานนั้น บทบาทของภาครัฐได้เปลี่ยนไปจากการเป็นผู้ให้บริการเป็นผู้กำกับดูแลแนวโน้มนโยบายในการให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการให้บริการสาธารณูปโภคพื้นฐานมากขึ้น เกิดขึ้นในสมัยที่นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี ในปี พ.ศ. 2534 แต่การเปิดให้เอกชนเข้ามาดำเนินการยังคงอยู่ภายใต้กรอบการผูกขาดของรัฐวิสาหกิจ ตัวอย่างเช่น

ในสาขาการสื่อสาร รัฐบาลมีนโยบายให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการลงทุนเพื่อขายและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการสื่อสาร โดยให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย ซึ่งในขณะนั้นผูกขาดกิจการโทรคมนาคม ตามกฎหมายให้สัมปทานแก่เอกชนหลายราย รวมถึงสัมปทานการสื่อสารผ่านดาวเทียม สัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ สัมปทานโทรศัพท์พื้นฐาน สัมปทานผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISPs) ฯลฯ ซึ่งมีผลทำให้กิจการโทรคมนาคมไทยมีการพัฒนาก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ในสาขาพลังงาน รัฐบาลมีนโยบายให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระรายใหญ่และรายย่อยที่เรียกว่า IPP และ SPP เพื่อที่จะลดการผูกขาดของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ ในธุรกิจการผลิตไฟฟ้า แม้ กฟผ.ยังคงอำนาจผูกขาดในการซื้อและขายไฟฟ้าแต่ผู้เดียว ในสาขาการประปา

¹⁵⁸ เดือนเด่น นิคม และ เสาวลักษณ์ ชิวลิตธิยานนท์, เพิ่งอ้าง, น.1

คณะรัฐมนตรีมีมติให้การประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) จัดตั้งบริษัทลูกที่เป็นบริษัทร่วมทุนกับเอกชน คือ "บริษัทจัดการและพัฒนาทรัพยากรน้ำภาคตะวันออกจำกัด" เพื่อดำเนินโครงการบริหารและดำเนินกิจการระบบท่อส่งน้ำดิบสายหลักในภาคตะวันออก และในสาขาการขนส่ง มีการขายหุ้นการบินไทยเพื่อระดมทุนในตลาดหลักทรัพย์ ฯลฯ¹⁵⁹

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าในอนาคตแนวโน้มในการให้สัมปทานหรือร่วมทุนแก่ภาคเอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ น่าจะมีเพิ่มมากขึ้น สังเกตจากช่วงเวลาที่ผ่านมา โดยเฉพาะหลังจากปี พ.ศ.2534 เป็นต้นมา รัฐบาลไทยมีแนวนโยบายที่ชัดเจนในการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีบทบาทในการให้บริการสาธารณูปโภคพื้นฐานมากขึ้นภายใต้ระบบสัญญาสัมปทานหรือการร่วมทุนกับรัฐวิสาหกิจ นโยบายดังกล่าวทำให้มีการขยายตัวของบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ มากขึ้น ในขณะเดียวกันรัฐวิสาหกิจก็มีแนวทางการดำเนินการในเชิงพาณิชย์มากขึ้น สังเกตจากมีการปรับแก้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกแห่งเพื่อเพิ่มข้อกำหนดให้การลงทุน การกู้ยืมเงิน การออกพันธบัตร ตลอดจนการร่วมทุนกับเอกชนของรัฐวิสาหกิจจะต้องได้รับการอนุมัติจาก คณะรัฐมนตรีทั้งสิ้นเพื่อที่จะให้การดำเนินการของรัฐวิสาหกิจอยู่ภายใต้กรอบนโยบายของภาครัฐ เป็นต้น

¹⁵⁹ เดือนเด่น นิคม และ เสาวลักษณ์ ชีวสิทธิยานนท์, เพิ่งอ้าง, น.3