

บทที่ 6

สรุปการวิจัย อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ

ในบทนี้เป็นการสรุปผลที่ได้จากการวิเคราะห์จากบทที่ 4 และ บทที่ 5 ในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานทั้งในประเทศและต่างประเทศ พร้อมกับการนำสิ่งที่วิเคราะห์ได้มาจัดทำเป็นข้อเสนอแนะและแนวทางในการศึกษาค้นคว้าต่อไป โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. สรุปการวิจัย

จากการวิเคราะห์ในส่วนที่ผ่านมาพบว่า โดยปกติอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักการที่กฎหมายกำหนด การเลือกกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน

กรณีแรก หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) ซึ่งคู่พิพาทต่างเป็นคนสัญชาติไทยด้วยกัน เช่น ระหว่างรัฐบาลไทย (ผู้ให้สัมปทาน) และเอกชนไทย (ผู้รับสัมปทาน) และเรื่องที่พิพาทก็เกี่ยวพันแต่เฉพาะประเทศไทย กล่าวคือ ผู้รับสัมปทานได้รับสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งในประเทศไทย ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทก็จะมีไม่มากนัก เพราะกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็จะมีเพียงกฎหมายของประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงควรต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใดนั้นเป็นอีกปัญหาหนึ่งซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยจากเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทว่าเป็นเรื่องใดแล้วจึงนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นมาใช้ตัดสิน

กรณีที่สอง หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ซึ่งคู่พิพาทอาจจะมีสัญชาติแตกต่างกัน เช่น ระหว่างรัฐบาลไทย (ผู้ให้สัมปทาน) และเอกชนต่างชาติ (ผู้รับสัมปทาน) และเรื่องพิพาทอาจจะเกี่ยวพันกันหลายประเทศ กล่าวคือ ผู้รับสัมปทานได้รับสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การก่อสร้างสะพานข้ามแม่น้ำโขงเชื่อมต่อระหว่างประเทศไทยกับประเทศลาว เป็นต้น ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้พิพาทจะมีความซับซ้อนมากขึ้น เนื่องจากประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นประเทศของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทต่างก็มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่างๆ เป็นของตนเองและบทกฎหมายเหล่านั้นอาจจะเหมือนหรือแตกต่างกันได้ ในกรณีที่กฎหมายของ

แนวทางแรก คือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เป็นที่ตั้งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการไปดำเนิน

กระบวนการพิจารณาในประเทศนั้น อนุญาโตตุลาการมีส่วนในการใช้อำนาจตุลาการของประเทศนั้นด้วย อนุญาโตตุลาการจึงอาจต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นด้วย

แนวทางที่สอง คือ หลักว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด เนื่องจากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ บ่อยครั้งที่สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงเรื่องที่คู่พิพาทพยายามจะหาสถานที่ที่เป็นกลางซึ่งอาจจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทหรือเรื่องที่พิพาทแต่อย่างใด จึงอาจจะทำให้การนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเป็นการไม่เหมาะสมและอาจก่อให้เกิดผลอันเหนือความคาดหมายของคู่พิพาทได้ จึงมีแนวคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการควรต้องใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทและปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีคู่พิพาทอาจจะไม่สามารถตกลงกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานได้ หรือจะเห็นว่าการใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะอาจจะไม่เหมาะสมกับกิจการระหว่างคู่พิพาท คู่พิพาทอาจจะตกลงกันกำหนดให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตาม “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Ex aequo et bono or As amiable compositeur)” หลักดังกล่าวให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องยึดถือบทบัญญัติกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยเฉพาะ และสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ตนเห็นว่า เป็นธรรมต่อคู่พิพาทมากที่สุดเมื่อคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่แวดล้อมข้อพิพาทนั้น แม้ว่าคู่พิพาทตกลงอย่างชัดแจ้งให้อนุญาโตตุลาการตัดสินตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม โดยไม่ต้องตัดสินตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่หากเป็นกรณีของ “กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” อนุญาโตตุลาการไม่สามารถอาศัยหลักดังกล่าวหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายได้ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวถือว่ามีความสำคัญถึงขนาดที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากนั้น การหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจเป็นผลให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอนหรือถูกศาลปฏิเสธการยอมรับและบังคับใช้ อนุญาโตตุลาการจึงต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายดังกล่าว

นอกจากนั้นแล้ว ในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานอาจจะไม่มีความชัดเจนมากนักเนื่องจากถ้อยคำที่คู่พิพาทเลือกใช้มีความเคลือบคลุมหรืออาจจะเป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกำหนดไว้โดยเฉพาะเนื่องจากเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของคู่พิพาทในขณะทำสัญญาหรือคู่พิพาทไม่สามารถหาข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวได้ อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาว่าใน

เรื่องดังกล่าวมีธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าอย่างไรบ้างและอนุญาโตตุลาการควรจะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยอิงจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าเหล่านั้น

สำหรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในต่างประเทศที่ผ่านมา อนุญาโตตุลาการได้ใช้หลักกฎหมายต่างๆ ในการอ้างอิงประกอบคำชี้ขาดแก้ข้อพิพาทในคดีต่างๆ อาทิเช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ หลักการเคารพสิทธิได้มา หลักการคุ้มครองระหว่างประเทศซึ่งสิทธิที่ได้มา หลักละเมิด หลักลาภมิควรได้ หลักสิทธิในการเวนคืน หลักการชดเชยค่าทดแทน หลักข้อตกลงชำระเงินทั้งจำนวน และหลักการชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวได้กลายเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญในการปรับใช้กฎหมายในเวลาต่อมา

ทั้งนี้การวินิจฉัยคดีพิพาทโดยอาศัยหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นก็มีได้มีลักษณะการวินิจฉัยที่แยกกันอย่างเด็ดขาด ส่วนใหญ่แล้วจะมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันอยู่ เช่น หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา(Pacta Sunt Servanda) อันถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยนานาอารยประเทศที่ไม่สามารถโต้แย้งได้ หลักนี้มักจะถูกใช้ประกอบกับหลักสุจริต (Good Faith) อยู่เสมอเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ซึ่งหลักสุจริตถือเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายทุกระบบสาระสำคัญของหลักนี้คือการที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์อันแท้จริงร่วมกันในขณะทำสัญญา และเมื่อมิได้มีการปฏิบัติตามสัญญาผลที่เกิดขึ้นตามมา มีสองประการ ประการแรกคือถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการผิดกฎหมาย และประการที่สองถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการผิดกฎหมาย (“Unlawful” Non-performance) หรือที่เรียกว่าเป็นการละเมิดที่จะต้องมีการชดเชยความเสียหายก็จะต้องนำหลักการละเมิด(Wrongful Acts) และหลักการชดเชยค่าทดแทน(Compensation) มาวินิจฉัยต่อไปว่าจะมีการชดเชยความเสียหายอย่างไร กล่าวคือ อาจกระทำในรูปของการกลับสู่สถานะเดิม หรือถ้าการกลับคืนสู่สถานะเดิมเป็นไปไม่ได้ การชดเชยความเสียหายอาจกระทำในรูปของค่าเสียหายที่เป็นเงิน เป็นต้น ส่วนการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ (“Arbitrary” Non-performance) โดยไม่ให้เหตุผลทางด้านสาธารณะประโยชน์หรือเกี่ยวแก่ความจำเป็นของรัฐในทางเศรษฐกิจ และการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติรัฐและคนชาติรัฐอื่นที่เป็นความเสียหายต่อคนชาติรัฐอื่น ก็ต้องอาศัยหลักสิทธิในการเวนคืน(The Right of Expropriation) อันเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะใช้สิทธิเหนือบุคคลทุกคนและทรัพย์สินที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐ หรือที่เรียกว่าสิทธิในการคุ้มครองตนเองของรัฐ ซึ่งยอมให้รัฐส่งเสริมสวัสดิภาพและความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของประชาชนของรัฐได้ จากนั้นจึงนำหลักการชดเชยค่าทดแทน(Compensation)มาวินิจฉัยต่อไป

ในส่วนของประเทศไทยนั้น หลักกฎหมายที่มาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานยังมีไม่มากนัก แต่ก็มีแนวทางที่เป็นหลักกฎหมายบางส่วนที่คล้ายคลึงกับในต่างประเทศ อาทิเช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา และ หลักสิทธิในการเวนคืน เป็นต้น และในกรณีที่ข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานของรัฐเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ข้อพิพาทดังกล่าวไม่ควรนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ เนื่องจากจะขัดกับหลักกฎหมายมหาชนของไทยที่ถือว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งการวินิจฉัยชี้ขาดควรต้องคำนึงถึงหลักการต่างๆ ในกฎหมายปกครองประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม การที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐจะถูกศาลเพิกถอนโดยวางหลักกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายใหม่ ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายนอกจากอาศัยแนวคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการวางไว้แล้วยังต้องอาศัยหลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือศาลปกครองมาประยุกต์และปรับใช้ รวมถึงอาศัยหลักกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายที่มาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเป็นแบบอย่าง

อย่างไรก็ตามจากการศึกษา ยังพบอีกว่า หากเป็นกรณีที่เอกชนต่างชาติเข้ามารับสัมปทานจากรัฐและได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITs) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสัมปทานการลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก ดังเช่น กรณีคดีพิพาทระหว่างรัฐบาลไทยกับ Walter Bau AG (คดีคอนกรีตเมืองโบลส์เวย์) ก็ควรจะคำนึงถึงหลักการภายใต้ความตกลงฯ ดังกล่าวด้วย โดยเฉพาะหลักการเวนคืนและหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันด้วย เนื่องจากการไม่เคารพต่อความตกลงฯ ดังกล่าวอาจส่งผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนของเอกชนต่างชาติได้

2. ข้อเสนอแนะ

1. แนวทางแก้ไขปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

จากการศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นน่าจะอยู่ที่ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และการปรับใช้กฎหมายทั้งกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือข้อพิพาทในคดี ดังนั้นแนวทางแก้ไขปัญหาคือ

ควรมีการสร้างกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) ขึ้นมาเพื่อควบคุมดูแลการให้สัมปทานของภาครัฐ โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับแนวทางการใช้กฎหมายระงับข้อพิพาทในสัญญา

สัมปทานให้ชัดเจน เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัมปทานของรัฐ โดยในกฎหมายดังกล่าวต้องมีสาระสำคัญ คือ มีหลักเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ (Applicable Law) เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในกฎหมายสัมปทาน

การค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับไม่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เข้าทำสัญญากับรัฐจะเป็นเอกชนต่างชาติหรือไม่ก็ตาม ควรอาศัยหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายข้อบังคับแห่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักซึ่งมีลักษณะเป็นสากล กล่าวคือ กรณีคู่สัญญากำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกันไว้ในสัญญาสัมปทานก็ให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ หากมิได้ตกลงกันไว้ก็ให้เลือกกฎหมายตาม “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws)” ซึ่งหากกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และคู่สัญญาที่อ้างกฎหมายต่างประเทศนั้นต้องพิสูจน์กฎหมายนั้นในฐานะข้อเท็จจริงให้เป็นที่พอใจแก่ศาล มิฉะนั้น ให้ศาลใช้กฎหมายไทยบังคับแก่กรณี ดังนั้น กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานจะต้องเป็นกฎหมายที่สัญญาสัมปทานมีความเกี่ยวพันมากที่สุด เช่น สัญชาติของคู่สัญญา สถานที่ในการจัดทำสัญญา สถานที่ในการทำสัญญา สถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น ซึ่งการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับอาจจะกำหนดเป็นหลักกว้างๆ ไว้ในกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) เพื่อเป็นกรอบใหญ่ในการพิจารณา และกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยตามกิจการสัมปทานแต่ละประเภทไว้ในกฎกระทรวงหรือสัญญาสัมปทานของแต่ละกิจการสัมปทานก็ได้ ดังเช่น กรณีของการทำกิจการปิโตรเลียม มีพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 เป็นกรอบหลักในการทำสัญญา โดยมีการออกกฎกระทรวงกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามในภายหลัง หรือ กรณีของโครงการรถไฟฟ้ามหานคร มีการให้คำนิยามของกฎหมายไว้ในสัญญาโครงการดังกล่าวด้วย เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนได้จำลองแผนผังรายละเอียดการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับไว้ดังแผนภาพที่ 1 และ 2

นอกจากนั้นแล้วในกฎหมายดังกล่าวควรกำหนดประเภทกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้ผู้ที่เข้ามารับสัมปทานกับภาครัฐเกิดความเข้าใจที่ชัดเจนว่ากิจการประเภทใดที่อยู่ในข่ายที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ควรต้องมีลักษณะ 2 ประการที่สำคัญ คือ เป็นกิจการบริการและสาธารณูปโภคพื้นฐาน และเป็นกิจการที่โครงสร้างอุตสาหกรรมปัจจุบันหรือในอนาคตมีแนวโน้มที่จะให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการดำเนินกิจการดังกล่าวในรูปแบบสัมปทาน ซึ่งกิจการที่มีลักษณะ 2 ประการดังกล่าว ประกอบด้วยกิจการสาธารณูปโภค 4 สาขาหลักๆ ดังนี้

2) สาขาประปา

- 3) สาขาขนส่ง ได้แก่

- 4) สาขาพลังงาน ได้แก่

- กิจกรรมไฟฟ้า
- กิจกรรมน้ำมัน
- กิจกรรมก๊าซธรรมชาติ

นอกจากนั้นแล้ว กฎหมายดังกล่าวควรจะต้องมีการให้คำนิยามของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ให้ชัดเจน เช่น ประโยชน์สาธารณะ หมายถึง ประโยชน์สำหรับประชาชนส่วนรวม หรือเป็นผลดีแก่คนทั่วไป และ การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หมายถึง การดำเนินการของ ผู้รับสัมปทานเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมมิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้รับสัมปทานเอง เป็นต้น

2. แนวทางสร้างกฎหมายให้อนุญาตตุลาการใช้เป็นแนวทางประกอบการพิจารณาคดี
เมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานของรัฐ

ควรมีการนำแนวทางหลักกฎหมายที่สำคัญที่ได้จากการระงับข้อพิพาทโดย
อนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต่างประเทศที่ผ่านมาที่มีการพัฒนาอย่างยาวนาน รวมถึงที่
ได้จากการระงับข้อพิพาทในประเทศมาใช้ประกอบกัน โดยหลักกฎหมายที่สำคัญควรมีการนำมา
บัญญัติ ได้แก่ หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักสัญญาที่ทำนอกเหนือ
ขอบเขตอำนาจ หลักการเคารพสิทธิได้มา หลักการคุ้มครองระหว่างประเทศซึ่งสิทธิที่ได้มา หลัก
ละเมิด หลักลบล้มคว่ำได้ หลักสิทธิในการเวนคืน หลักการชดเชยค่าทดแทน หลักการชดเชย
ค่าเสียหาย เป็นต้น มาบัญญัติไว้ในกฎหมายสัมปทาน(Concession Law) ดังกล่าวในข้อ 1

อนึ่ง สำหรับหลักกฎหมายบางประการ อาทิเช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักสัญญาที่ทำนอกเหนือขอบเขตอำนาจ เหล่านี้ อาจจะไม่จำเป็นต้องนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายสัมปทาน(Concession Law) แต่สามารถนำมากำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน

(Concession Contract) ของกิจการแต่ละประเภทแทนก็ได้ เพื่อความเหมาะสมและสะดวกต่อการนำไปปฏิบัติ

และเนื่องจากสัญญาสัมปทานจะมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ การสร้างกฎหมายควรนำหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติไว้ด้วยเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ได้แก่ การบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น เรื่องการสิ้นสุดสัญญาเมื่อการดำเนินธุรกิจตามสัญญาสัมปทานมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน หรือเมื่อผู้รับสัมปทานไม่ใส่ใจดูแลธุรกิจของตนเป็นเหตุให้ธุรกิจล้มเหลวส่งผลกระทบต่อประชาชนรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ เป็นต้น หรือในบางกรณีการดำเนินงานของผู้รับสัมปทานมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศและความสงบเรียบร้อยของประชาชนรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้เช่นเดียวกัน การบัญญัติหลักกฎหมายเหล่านี้ไว้มีลักษณะคล้ายกับกลุ่มประเทศยุโรปตะวันออกทั้งหลายซึ่งได้ศึกษามาแล้ว

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้ร่างกฎหมายสัมปทาน(Concession Law) เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามขอบเขตที่ทำการศึกษาในครั้งนี้ไว้เพื่อเป็นแนวความคิดเบื้องต้น (first idea) ไว้ในภาคผนวกที่ 1

3. แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐ

ควรมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ให้มีความชัดเจนในเรื่องการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1) ประเภทข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้

เนื่องจากมาตรา 11 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้กำหนดว่าข้อพิพาทใดบ้างสามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อพิพาททุกเรื่องสามารถใช้การอนุญาโตตุลาการชี้ขาดตัดสินได้ แต่สัญญาสัมปทานเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อควบคุมเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะตามนโยบายของรัฐบาล อันถือว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายบริหาร ไม่สามารถสละอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบโดยข้อตกลงในสัญญาได้

ในสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่ก็มีข้อตกลงที่กระทบต่อประโยชน์มหาชนโดยอยู่เสมออย่างน้อยที่สุดการกำหนดข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ จึงไม่ควรกระทบอำนาจรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง

ดังนั้น ควรมีการแยกข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะและข้อสัญญาทั่วไปออกจากกัน และควรกำหนดให้รัฐสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะข้อสัญญา

ในทางแพ่งทั่วไป แต่หากเป็นข้อสัญญาอันเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ รัฐย่อมมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามสัญญา เพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ โดยในส่วนของสัญญาในทางแพ่งทั่วไป ได้แก่ สัญญาที่กระทำโดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่กำหนดให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดังกล่าวเป็นผู้เข้ารับเอาประโยชน์ที่มีได้มุ่งประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจัดซื้ออุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินงานของหน่วยงานดังกล่าว เป็นต้น

สำหรับข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้น สมควรแยกออกเป็น 2 ส่วน ระหว่างข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางตรง และข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางอ้อม และกำหนดให้รัฐสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางอ้อม แต่หากเป็นข้อสัญญาอันเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางตรง รัฐย่อมมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามสัญญา เพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ เท่านั้น โดยในส่วนของสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางอ้อม ได้แก่ ข้อพิพาทซึ่งเมื่อผู้รับสัมปทานกระทำหรือไม่กระทำการในการจัดทำกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้นๆ แล้ว ไม่ไปกระทบสิทธิของประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคนั้นโดยตรง เช่น ข้อพิพาทเรื่องค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา อันเป็นเงื่อนไขในการกำหนดค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา และค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น

การแยกข้อสัญญาที่รัฐสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้และไม่ได้นอกจากเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนเลือกช่องทางในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเหมาะสมแล้ว ยังเป็นการรักษาไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐไว้ด้วย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับการทำความเข้าใจความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) ของประเทศไทยในอนาคตว่าควรจะต้องมีความระมัดระวังเป็นพิเศษ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งอาจจะต้องมีการทำความเข้าใจระหว่างรัฐที่เข้าร่วมทำข้อตกลงดังกล่าวให้ชัดเจนก่อน เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต

2) ข้อพิพาทที่เป็นข้อห้ามใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ

ได้แก่ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ รวมถึงข้อพิพาทที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การตัดสินข้อพิพาทลักษณะนี้ควรเป็นหน้าที่ของศาลปกครองเท่านั้น

ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะข้างต้น เป็นข้อพิพาทที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง กล่าวคือ ข้อพิพาทที่เมื่อผู้รับสัมปทานกระทำหรือไม่กระทำการในการจัดทำ

กิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้นๆ แล้วไปกระทบสิทธิของประชาชนซึ่งเป็นผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นๆ โดยตรง เช่น กรณีการปรับผังรายการของไอทีวีโดยลดสัดส่วนการออกอากาศรายการประเภทข่าว สารคดี และสารประโยชน์ส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้ชมได้รับชมรายการประเภทนี้น้อยลง ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของบริการสาธารณะโดยปราศจากการตรวจสอบจากรัฐอย่างสิ้นเชิง อันมีวัตถุประสงค์ขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น กรณีนี้ไม่สามารถดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการได้ แต่ควรเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง

3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

การที่กฎหมายเพียงแต่กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างกว้างๆ เท่านั้นว่า อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและอิสระ หากเป็นการให้บริการสำนักงาน อนุญาโตตุลาการ ก็ต้องมีคุณสมบัติตามที่สำนักงานนั้นกำหนด คู่สัญญาจึงมีอิสระในการคัดเลือกอนุญาโตตุลาการ จึงอาจไม่เพียงพอที่จะพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะได้

ดังนั้น ควรกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานดังนี้ คือ ควรเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ จำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวต้องประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการหนึ่งคนที่มีความรู้หรือประสบการณ์เกี่ยวกับกิจการบริการและสาธารณูปโภคพื้นฐานขนาดใหญ่ในสาขาที่ตนเองจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดนั้น และอนุญาโตตุลาการอีกหนึ่งคนควรเป็นผู้ที่มีความเข้าใจในกฎหมายมหาชนเป็นอย่างดี มีประสบการณ์ในการทำงานสายกฎหมายมหาชนนานพอสมควร(เนื่องจากอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองที่ผ่านมา เป็นนักกฎหมายเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งอาจไม่เข้าใจหลักกฎหมายมหาชนไม่เท่ากับผู้ที่เป็นักกฎหมายมหาชนโดยตรง) ส่วนอีกคนหนึ่งมีคุณสมบัติตามที่คู่สัญญาเห็นควร และอนุญาโตตุลาการทั้งหมดต้องไม่ปรากฏว่ามีผลประโยชน์ทับซ้อนในคดี (คู่สัญญาอาจจะมีการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมโดยละเอียดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการอีกก็ได้ เช่น ในสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการก่อสร้างทางด่วน คู่สัญญาอาจกำหนดให้อนุญาโตตุลาการคนที่สาม (ประธาน) เป็นวิศวกรก็ได้ เป็นต้น)

อนึ่ง อนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทแทนการไปศาล เหตุผลหนึ่งที่ทำให้อนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมก็คือ คู่พิพาทอาจเลือกผู้ตัดสินข้อพิพาทที่มีความชำนาญเฉพาะด้านซึ่งไม่สามารถจะทำได้ในกรณีของการไปฟ้องร้องในศาล ดังนั้น ผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรจำกัดอยู่เพียงนักกฎหมายเท่านั้นแต่อาจเป็น วิศวกร สถาปนิก นักธุรกิจ หรือบุคคลในสาขาอาชีพอื่นๆ ที่มีความชำนาญมีประสบการณ์เกี่ยวกับปัญหาข้อพิพาทก็ได้

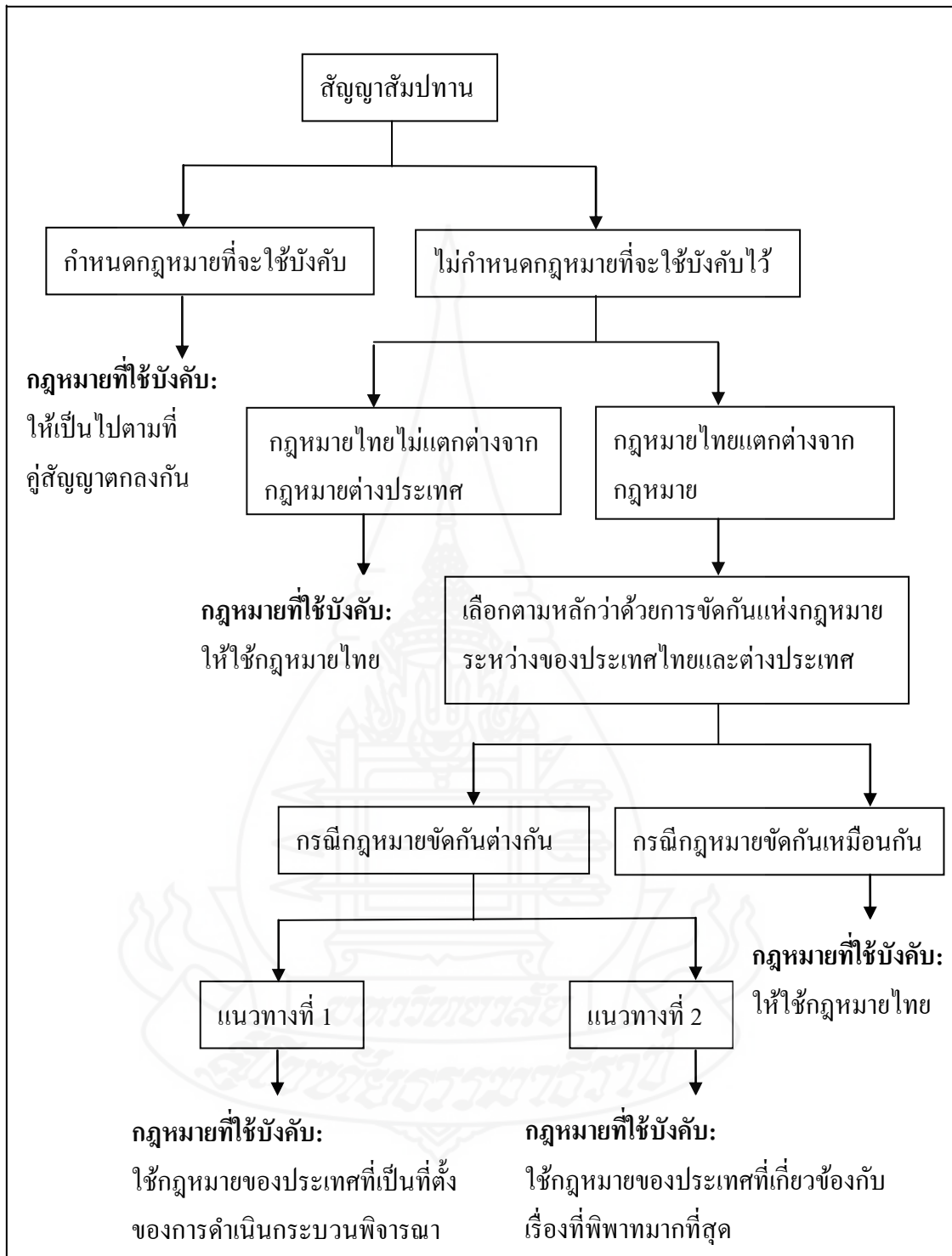
4) วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน

การพิจารณาโดยลับและห้ามเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นการขัดลักษณะทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ซึ่งต้องมีความโปร่งใส สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ทุกกระบวนการเมื่อสัญญาสัมปทานดังกล่าวกระทบประโยชน์สาธารณะ ประชาชนควรมีสิทธิตรวจสอบการพิจารณาคดีได้

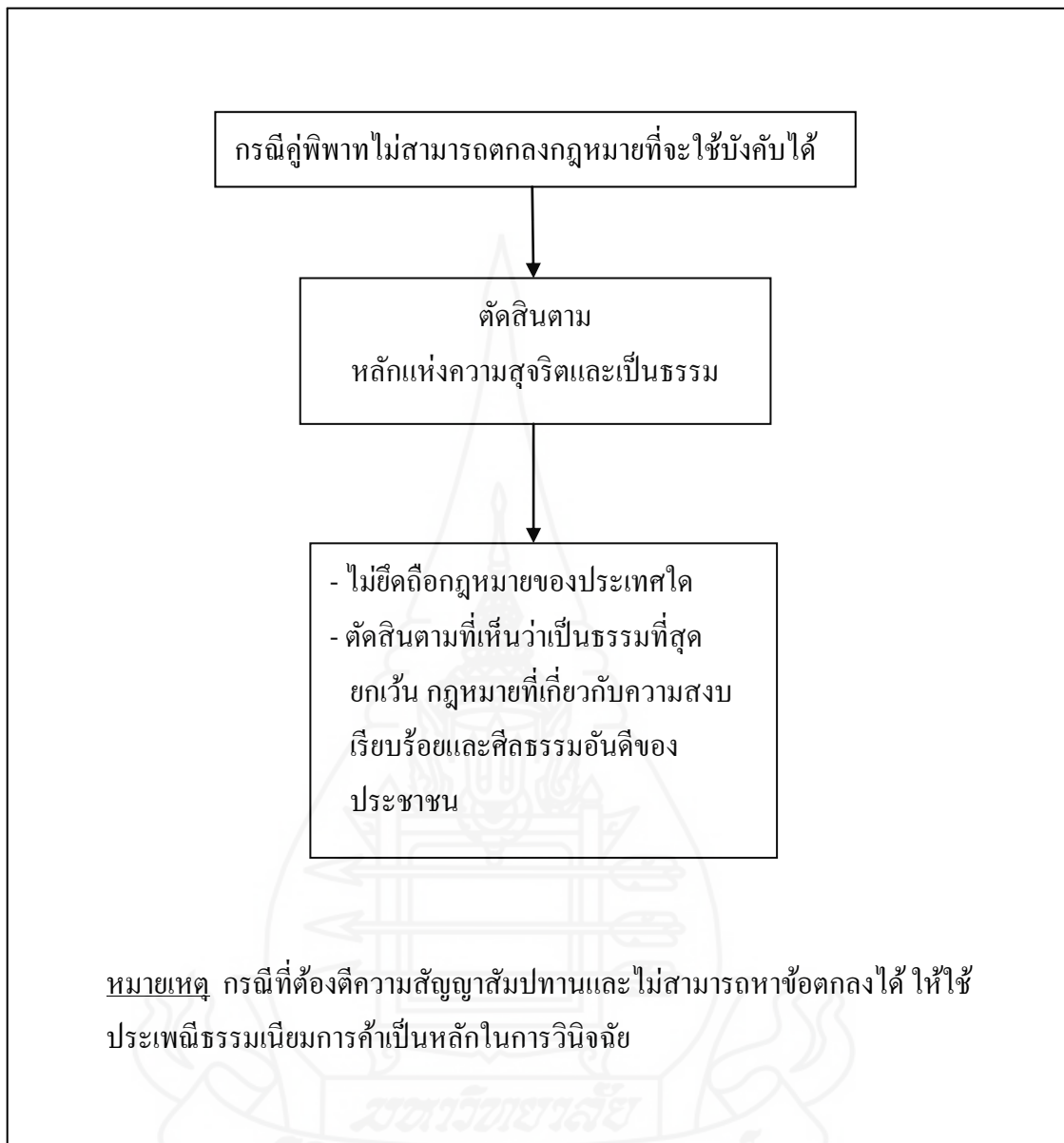
ในเรื่องกระบวนการนำเสนอพยานหลักฐานที่ให้ผู้กล่าวอ้างนำสืบประกอบการกล่าวอ้างของตนนั้น เอกชนซึ่งมีฐานะด้อยกว่าฝ่ายปกครองอยู่ในภาวะเสียเปรียบในการแสวงหาพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองควบคุมของฝ่ายปกครองมายืนยันข้อกล่าวอ้างของตน ดังนั้น ควรมีการเปิดโอกาสให้อนุญาโตตุลาการแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นระบบไต่สวนที่ศาลปกครองยึดถือในการพิจารณาคดี

5) การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

หากพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมา จะเห็นว่า กฎหมายเปิดช่องให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถถูกเพิกถอน โดยองค์กรตุลาการได้ แต่ศาลที่จะมาทำหน้าที่ตรวจสอบหรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น กฎหมายกำหนดให้อำนาจศาลในแต่ละระบบเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการในเรื่องนี้เห็นว่าไม่น่าจะถูกต้องเท่าไรนัก เนื่องจากการเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมิได้อาศัยความเชี่ยวชาญในเนื้อหาสาระแห่งคดีที่พิพาท ศาลเพียงแต่เข้ามากำกับดูแลว่า การบังคับคดีต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาอย่างถูกต้องและครบองค์คณะ ดังนั้น เงื่อนไขในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ จึงอาศัยแต่เพียงความรู้ความเข้าใจถึงปรัชญาของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ องค์กรตุลาการจะต้องไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมีอยู่ค่อนข้างจำกัด ซึ่งกฎหมายก็บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อการกระจายอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไปให้ศาลในแต่ละระบบเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณา โดยมีได้กำหนดวิธีพิจารณาในการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ ทำให้ศาลในแต่ละระบบนำวิธีพิจารณาในระบบศาลของตนมาใช้ ซึ่งเห็นว่าไม่น่าจะสอดคล้องกับปรัชญาของการตรวจสอบในการเพิกถอนคำชี้ขาดเท่าไรนัก ดังนั้น สมควรที่จะกำหนดวิธีพิจารณาตรวจสอบในการเพิกถอนคำชี้ขาดอย่างเป็นเอกภาพ รวมทั้งควรมีศาลเฉพาะที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ เพิกถอน หรือบังคับตามคำชี้ขาด หรือให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการกระบวนการขึ้นอนุญาโตตุลาการ การยึดหลักระบบศาลแบบคู่ขนาน เป็นผลทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการปั่นป่วน นอกจากนั้น ยังก่อให้เกิดปัญหาพิพาทอีกว่าคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ดังนั้น ระบบการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการสมควรที่จะได้รับการเสริมสร้างและพัฒนาให้เกิดความเป็นเอกภาพมากขึ้น



ภาพที่ 6.1 การบังคับใช้กฎหมายแก่สัญญาสัมปทาน



ภาพที่ 6.2 กฎหมายที่บังคับใช้กรณีไม่สามารถตกลงกฎหมายที่จะใช้บังคับได้

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา