

บทที่ 2

ทฤษฎี หลักกฎหมายและพัฒนาการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม

จากอดีตจนถึงปัจจุบัน เทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและรวดเร็ว ทำให้การติดต่อสื่อสารสามารถทำได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ไปจนถึงขีดจำกัดที่ไร้พรมแดน จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่า การสื่อสารเข้ามามีบทบาทในระบบเศรษฐกิจการค้าและชีวิตประจำวัน จากความสำคัญดังกล่าวทำให้เกิดมีการแข่งขันในการดำเนินกิจการโทรคมนาคมขึ้นอย่างต่อเนื่อง แต่เนื่องจากการโทรคมนาคมมีบทบาทและผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะของประเทศ ภาครัฐจึงมีการดำเนินการเพื่อให้สิทธิแก่ภาคเอกชนดำเนินกิจการโทรคมนาคมโดยการให้สัมปทานแก่ภาคเอกชนเพื่อดำเนินการจัดการ โดยกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดให้มีสัมปทานกิจการโทรคมนาคมในกรอบของกฎหมายปกครอง ซึ่งการให้สัมปทานในกิจการโทรคมนาคมของภาครัฐและภาคเอกชนจึงมีนิติสัมพันธ์ขึ้นในลักษณะของสัญญาทางปกครอง ซึ่งการทำสัญญาทางปกครองของสัมปทาน กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของสัญญาทางปกครองไว้ ตลอดจนการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาทางปกครอง โดยเมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในกิจการโทรคมนาคมขึ้น ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างรอบคอบว่าควรจะนำวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีใดมาใช้ในกรณีที่เกิดข้อพิพาท วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งซึ่งได้มีการนำมาใช้ก็คือ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้ในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวยังมีปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และขั้นตอนในบทบัญญัติของกฎหมาย ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังนั้นในการศึกษางานวิจัยเรื่อง “ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคม” ผู้วิจัยได้ศึกษาทฤษฎี หลักกฎหมายและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคม เป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองในลักษณะสัมปทานเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ

ซึ่งการศึกษาถึงเรื่องดังกล่าวนี้ มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงทฤษฎีของกฎหมายปกครองประกอบกับทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการควบคู่กัน เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ปัญหาของมาตรการทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคม โดยผู้วิจัยได้แบ่งการศึกษาถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องออก ดังนี้

2.1.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครอง

กฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน ที่ว่าด้วยการจัดระเบียบการปกครองหรือการบริหารภายในรัฐ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับจัดการบริการสาธารณะ ในด้านต่างๆ เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนซึ่งเป็นภารกิจของรัฐ หรือที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” หรือ “การบริการสาธารณะ” ในการดำเนินการดังกล่าว รัฐจะต้องจัดตั้งเจ้าหน้าที่มาปฏิบัติงานหรือปฏิบัติราชการให้บรรลุภารกิจของรัฐ ด้วยเหตุนี้กฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายวางหลักการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน การศึกษาถึงทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครองนั้น เพื่อทำให้ทราบถึงทฤษฎีที่เป็นแนวคิดพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง ที่เกี่ยวกับการกำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนภายใต้หลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครอง ตามแนวทางของเจตนารมณ์และหลักกฎหมายปกครอง

1) ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ

คำอธิบายถึงภารกิจในการบริหารจัดการสังคมของฝ่ายปกครองก็คือ การจัดทำบริการสาธารณะ ทฤษฎีบริการสาธารณะจึงเป็นหัวใจของกฎหมายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชน ไม่เฉพาะจะครอบคลุมการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (การออกกฎ คำสั่ง) เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการทำสัญญาของฝ่ายปกครองอีกหลายลักษณะด้วย

บริการสาธารณะ (Public Service) หมายความว่า กิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน

จากนิยามดังกล่าว อาจแยกลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะออกพิจารณาได้ 5 ประการ คือ¹

(1) บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง บริการสาธารณะนั้นไม่ว่าจะเป็นประเภทใด จะต้องอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในฐานะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำเอง หรือในฐานะที่เป็นผู้ควบคุมดูแลให้ผู้อื่นจัดทำเสมอ

¹คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.108-115). โดย ประยูร กาญจนกุล, 2535. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

บริการสาธารณะส่วนใหญ่ฝ่ายปกครองเข้าอำนาจการจัดทำเอง เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การคลัง เป็นต้น แต่มีกิจการบางอย่างที่ฝ่ายปกครองอาจมอบหมายให้องค์การของรัฐบาล หรือมอบหมายให้เอกชนรับไปดำเนินการแทนได้ เช่น การให้สัมปทานสาธารณูปโภคให้เอกชนรับไปจัดทำ ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองเป็นเพียงผู้ควบคุมดูแล มิได้เข้าอำนาจการจัดทำเอง แต่อย่างไรก็ดีกิจการที่จะถือว่าเป็นบริการสาธารณะได้นั้น จะต้องอยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งเสมอ ถ้าไม่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองเลยก็ถือว่าไม่เป็นบริการสาธารณะ เพราะเป็นกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครอง

(2) บริการสาธารณะต้องมีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ความต้องการส่วนรวมของประชาชนนั้น อาจแบ่งได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือความต้องการได้รับความปลอดภัยอย่างหนึ่ง และความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตอีกอย่างหนึ่ง ฉะนั้น บริการสาธารณะจึงต้องจัดให้มีขึ้นเพื่อสนองความต้องการดังกล่าว เพราะเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องประโยชน์สาธารณะโดยตรง กิจการใดที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าจำเป็นต่อประชาชนก็ต้องเข้าจัดทำเป็นบริการสาธารณะ เพราะหากปล่อยให้เอกชนทำตามลำพังแล้ว ความต้องการของประชาชนจะไม่มีทางได้รับสนองอย่างเต็มที่ เนื่องจากการสนองความต้องการส่วนรวมบางอย่างของประชาชนนั้นเอกชนมิได้จัดทำหรือบางทีก็จัดทำอย่างไม่เพียงพอ ฝ่ายปกครองจึงต้องเข้าแทรกแซงจัดทำกิจการนั้นๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ในทุกวันนี้การแทรกแซงของฝ่ายปกครองได้ขยายตัวออกไปเป็นอันมากทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม ฝ่ายปกครองเข้าจัดทำกิจการหลายอย่างซึ่งเคยเป็นกิจการที่เอกชนทำ แต่อย่างไรก็ดีกิจการที่เอกชนจัดทำและกิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำเป็นบริการสาธารณะนั้น ถึงแม้จะมีลักษณะคล้ายคลึงกันเพียงใดก็ตาม แต่ก็มีข้อแตกต่างในสาระสำคัญ ดังนี้

1. กิจการของเอกชนนั้นเอกชนเป็นผู้ก่อตั้งและเป็นผู้ดำเนินการ ส่วนบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้นรัฐเป็นผู้ก่อตั้งขึ้นและฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ
2. หลักกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บริการสาธารณะบางอย่างย่อมไม่ใช่บังคับแก่กิจการของเอกชนตามปกติ

ตามปกติบริการสาธารณะประเภทที่ทำเป็นราชการย่อมอยู่ภายใต้ระบบพิเศษของกฎหมาย กล่าวคือหลักกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นหลักกฎหมายปกครองอันเป็นกฎหมายมหาชน ไม่ถือตามหลักกฎหมายเอกชนเหมือนกับกิจการของเอกชน ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

- (3) การจัดระเบียบและวิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยบทกฎหมาย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเช่นว่านี้ ผู้ใดจะถือว่าทำให้เสียหาย

หรือเสียสิทธิอย่างใดไม่ได้ ทั้งนี้เพราะการจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นจะต้องปรับปรุงแก้ไขอยู่เสมอ เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้ในปีหนึ่งๆ จึงมีกฎหมายเป็นจำนวนมากที่ได้ตราขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงการจัดระเบียบในทางปกครอง

การดำเนินบริการสาธารณะนั้นจะต้องคำนึงถึงเปลี่ยนแปลงเนื่องจากความจำเป็นในการรักษาประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชน สิทธิและประโยชน์ที่บุคคลได้รับจากบริการสาธารณะไม่เป็นที่ขัดขวางไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เมื่อมีความจำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักการนี้ย่อมมีผลบังคับแก่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นข้าราชการหรือบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาด้วยฝ่ายปกครอง หรือเอกชนผู้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ

(4) บริการสาธารณะจะต้องจัดดำเนินการอยู่เป็นนิจและโดยสม่ำเสมอ เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้ บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ²

สำหรับบุคคลที่เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง หลักที่ว่าบริการสาธารณะจะต้องจัดดำเนินการอยู่เป็นนิจโดยสม่ำเสมอ ย่อมมีผลบังคับอย่างเคร่งครัดในกรณีเกี่ยวกับผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ ถ้ากิจการที่ให้สัมปทานต้องหยุดชะงักลงเพราะการกระทำผิดของผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัมปทานต้องถูกลงโทษตามที่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในสัมปทาน

(5) เอกชนย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน การจัดทำบริการสาธารณะนั้นมิได้มุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน³

ส่วนบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองนั้น ความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะก็ย่อมมีอยู่เช่นเดียวกัน เช่น ความเสมอภาคในการที่จะมีโอกาสเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองเท่าเทียมกับบุคคลอื่น ด้วยเหตุนี้จึงได้มีระบบของทางราชการวางไว้ให้มีการเรียกประกวดราคาในการจัดหาพัสดุหรือในการก่อสร้างอาคารต่างๆ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคล

²เอกสารอรรถาธิบายประกอบประมวลกฎหมายปกครองชั้นสูง 2, โดย โกสิน พลกุล, 2544, เอกสารอรรถาธิบายประกอบประมวลกฎหมายปกครองชั้นสูง 2 หลักศุตรนิติศาสตร์มหบัณฑิต ภาคการศึกษาที่ 1/44 (1 ก.ย.44).

³แหล่งเดิม.

ทั่วไปที่มีความสนใจได้เข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อทำสัญญากับฝ่ายปกครอง และในการวินิจฉัยชี้ขาดให้ผู้ใดเป็นผู้รับสัญญาฝ่ายปกครองต้องกระทำด้วยความเที่ยงธรรมโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นข้อสำคัญ

ดังนั้น กิจการใดเป็นบริการสาธารณะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ กิจการนั้นเป็นกิจการที่จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน และเป็นกิจการที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการนั้นเอง หรือรัฐมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการภายใต้การควบคุมดูแลของฝ่ายปกครอง⁴ นอกจากนี้ บริการสาธารณะดังกล่าวต้องมีความต่อเนื่องและปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมต่อความต้องการของประชาชนอย่างทันทั่วทั้งที่กับสถานการณ์ที่แปรเปลี่ยนไป

จากกรณีดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการ ซึ่งฝ่ายปกครองอาจจะดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการภายใต้การควบคุมดูแลของฝ่ายปกครองในรูปแบบของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับสัมปทานก็ได้ โดยเมื่อมีการมอบหมายแล้ว เอกชนต้องดำเนินการบริการสาธารณะนั้นภายใต้เงื่อนไขของการให้บริการสาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่การให้สัมปทานบริการสาธารณะนั้นอาจมีการสิ้นสุดลงได้ในกรณีดังต่อไปนี้⁵

(1) เมื่อสิ้นอายุสัมปทาน สัมปทานบริการสาธารณะนั้นย่อมต้องมีกำหนดเวลาหรืออายุเสมอ จะให้สัมปทานโดยไม่กำหนดเวลาไม่ได้ เมื่อสิ้นอายุแล้วสัมปทานย่อมเป็นอันระงับไปแต่อาจจะมีการต่ออายุสัมปทานอีกก็ได้ เมื่อฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานเห็นว่าสมควร อายุของสัมปทานนั้นจะยาวหรือสั้นย่อมกำหนดโดยพิจารณาถึงขนาดของกิจการที่ให้สัมปทานและจำนวนเงินผู้รับสัมปทานนำมาลงทุน ตามหลักการปฏิบัติในประเทศไทยกำหนดอายุสัมปทานบริการสาธารณะไว้ไม่เกิน 30 ปี แต่ถ้าเป็นกิจการขนาดเล็กจะกำหนดอายุน้อยกว่านั้นก็ได้

(2) ผู้รับสัมปทานขอเลิกสัมปทาน ถ้าผู้รับสัมปทานประสงค์จะขอเลิกสัมปทานก่อนสิ้นกำหนดเวลา จะต้องทำหนังสือให้ผู้ให้สัมปทานทราบ แต่ผู้รับสัมปทานยังคงมีหน้าที่ปฏิบัติตามสัมปทานจนกว่าจะถึงวันที่ผู้ให้สัมปทานกำหนดให้เป็นวันเลิกสัมปทาน

(3) การเพิกถอนสัมปทาน ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดขั้นมูลฐานในสัมปทานหรือตามกฎหมาย ฝ่ายปกครองหรือผู้ให้สัมปทานมีอำนาจเพิกถอนสัมปทานได้ก่อนสิ้นกำหนดเวลา เมื่อสัมปทานถูกเพิกถอนก็ย่อมเป็นอันระงับไป

⁴สัญญาทางปกครอง : หลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย (น.9). โดย บุนผา อัครพิมาน. 2545.
กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁵คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.152-153). เล่มเดิม.

(4) การถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อ สัมปทานบริการสาธารณะอาจสิ้นสุดลงด้วยการที่ฝ่ายปกครองถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อ ในกรณีเช่นนี้ผู้รับสัมปทานไม่ได้ทำผิดข้อกำหนดประการใด แต่ฝ่ายปกครองพิจารณาเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะเข้าจัดทำบริการนั้นเสียเอง ก็อาจถอนคืนสัมปทานด้วยการซื้อกิจการ โดยการแจ้งล่วงหน้าให้ผู้รับสัมปทานทราบตามกำหนดเวลาในสัมปทานหรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาไว้ฝ่ายปกครองอาจกำหนดเวลาให้ตามสมควร

2) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนเป็นทฤษฎีที่มีผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองขึ้นต่างหากจากสัญญาทางแพ่ง เพราะเหตุว่า แม้รัฐจะแสดงเจตนาทำสัญญา หากว่าสัญญาดังกล่าวเกิดจากการแสดงเจตนาที่ไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญา ซึ่งฝ่ายปกครองจะมีอำนาจเหนือเอกชน คู่สัญญาเสมอ เนื่องจากกิจการของรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชน รัฐจึงจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนในการควบคุมกำกับดูแลสัญญาอันเป็นลักษณะอำนาจพิเศษของรัฐ⁶

ทั้งนี้ การบริการสาธารณะถือเป็นภารกิจหลักของรัฐ และเครื่องมือที่รัฐใช้อาจใช้อำนาจมหาชน หรือใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชนก็ได้ แต่ถึงแม้รัฐจะเลือกใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชนอำนาจมหาชนก็ยังเป็นของรัฐ แม้รัฐจะบริหารจัดการแบบเอกชน แต่หากความต้องการของสังคมเปลี่ยนแปลงไปรัฐก็จำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพ⁷

ฉะนั้น ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนจึงเป็นหลักที่สอดคล้องกับภารกิจของรัฐในการจัดบริการสาธารณะแก่ประชาชน ซึ่งสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะระหว่างรัฐและเอกชนถือเป็นสัญญาทางปกครอง จึงมีข้อสัญญาที่รัฐสามารถเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาให้สอดคล้องกับการบริการสาธารณะ รวมถึงการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการของเอกชน หรือแม้แต่ยกเลิกสัญญากรณีมีบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปทั้งนี้ย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

2.1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการถือเป็นหลักการอันเป็นที่มาเกี่ยวกับกฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการและมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อกระบวนการ อำนาจหน้าที่ บทบาท รวมถึงการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา โดยในการศึกษา

⁶สัญญาทางปกครอง : หลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย (น.17). เล่มเดิม.

⁷ข้อกำหนดพิเศษในสัญญาที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ (น.8-9). วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, โดย ธนุฤทธิ์ วัชรุม. 2554. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

ถึงปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกิจการโทรคมนาคม ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวโดยแบ่งได้ดังนี้

1) ทฤษฎีอำนาจรัฐหรือทฤษฎีเขตอำนาจ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นช่วงเวลาที่กษัตริย์มีอำนาจสูงสุด โดยกษัตริย์เป็นรัฐอธิปไตย (sovereign) สามารถใช้อำนาจได้ในทุกด้าน รวมถึงอำนาจในการระงับข้อพิพาทด้วย ซึ่งต่อมาได้มีการสร้างหลักการเพื่อถ่วงดุลอำนาจของกษัตริย์ที่ไม่ตั้งอยู่ในทศพิธราชธรรมและได้พัฒนามาเป็น “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” ที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและไม่สามารถตกลงกันได้ก็ใช้วิธีการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐทางหนึ่ง โดยเอกชนไม่มีอำนาจในการดำเนินการตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้น การระงับข้อพิพาททางแพ่งเป็นอำนาจของตุลาการโดยอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องข้อยกเว้นซึ่งกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในรัฐและเป็นเรื่องของเอกชนโดยตรง รัฐก็อาจยอมให้เอกชนไปดำเนินการชี้ขาดข้อพิพาทกันเองได้โดยการตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรม แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่รัฐกำหนดไว้⁸ ซึ่งโดยปกติแล้วการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเป็นหน้าที่ของศาลซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยรัฐ คู่กรณีสามารถที่จะนำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้เพียงเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการจะไปทำการพิจารณาคดียอมรับเท่านั้นและจะเป็นข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในรัฐและเป็นเรื่องของเอกชนโดยตรง

ทฤษฎีนี้เห็นว่ารัฐมีอำนาจเต็มที่จะควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าจะยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการเป็นการริเริ่มด้วยความสมัครใจของคู่กรณีโดยการตกลงกัน แต่ทฤษฎีนี้ก็ถือว่า การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาด ล้วนขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดทั้งสิ้น ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายของรัฐใดที่จะนำมาใช้บังคับได้ในฐานะที่เป็น “Applicable Law” เพื่อยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการหรือให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท หรือยอมรับที่จะให้คำชี้ขาดนั้นมีผลบังคับได้แล้ว อนุญาโตตุลาการก็ไม่มี ความหมายและไม่มีผลในทางกฎหมายแต่ประการใด อนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่ เป็นสิทธิของคู่กรณีหากแต่เป็นสิ่งที่รัฐจะอนุญาตหรือไม่ขึ้นอยู่ กับรัฐเท่านั้น ทฤษฎีนี้จึงถือว่า อนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษาในศาลมีอำนาจและหน้าที่โดย

⁸พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (น.12 -13).

วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต. โดย วิรวรรณ เจริญนาถ. 2541. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

อาศัยกฎหมายของรัฐ บทบาทและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงคล้ายคลึงกับศาล กล่าวคือ จะต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามตัวบทกฎหมายและจิตสำนึกในการประสาทความยุติธรรม สิ่งที่แตกต่างระหว่างศาลกับอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ว่าศาลและผู้พิพากษานั้นมาจากการจัดตั้งและแต่งตั้งของรัฐโดยตรง ส่วนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องของกลุ่มที่จะตกลงกัน

เมื่ออำนาจของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกับศาล โดยปกติแล้วจึงควรถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสถานะและผลอย่างเดียวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งผลของคำชี้ขาดนี้ก็เป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่จะทำการบังคับตามคำชี้ขาด คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็เหมือนกับคำพิพากษา เมื่อคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามก็ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการบังคับ ดังนั้นคำชี้ขาดแต่โดยลำพังแล้วเป็นสิ่งไม่มีค่า เว้นแต่จะสามารถบังคับตามนั้นได้ ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดฝ่ายที่ชนะจะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดเสมือนหนึ่งบังคับตามคำพิพากษาของศาล⁹

จากสาระสำคัญของทฤษฎีอำนาจรัฐหรือทฤษฎีเขตอำนาจ (Jurisdictional Theory) จะเห็นได้ว่า การตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นแม้จะเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยกำหนดบทบาท อำนาจ หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาแทนการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล แต่ทั้งนี้ การที่คู่สัญญานั้นสามารถทำสัญญาได้นั้นก็ยังคงต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เพื่อรับรองหรือให้สิทธิแก่คู่กรณีในการทำสัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยถือหลักที่ว่าพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นอำนาจของรัฐเท่านั้นที่จะกระทำได้ ซึ่งหากรัฐไม่ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อให้สิทธิแก่เอกชนในการทำสัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการแล้วนั้น เอกชนก็ไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ และบทบาทอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะคล้ายกับอำนาจหน้าที่ของศาลหรือผู้พิพากษา แต่มีความแตกต่างกันที่ว่าอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ว่าศาลและผู้พิพากษานั้นมาจากการจัดตั้งของรัฐโดยตรง ส่วนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องของสัญญาที่จะตกลงกัน

2) ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้ถือว่า อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยสัญญาที่คู่กรณีทำขึ้น และสิ้นสุดลงถ้าคู่กรณีตกลงยกเลิก คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะใช้อนุญาโตตุลาการในรูปแบบใด เป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการที่จะมาทำการชี้ขาดเป็นผู้กำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณา และยังเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้คู่กรณียังตกลงที่จะ

⁹ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (น.21-13). รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ 1. โดย อนันต์ จันทโรภากร. สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม: เพอเฟกต์ กราฟฟิกส์ กรุ๊ป.

ยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันในทางสัญญาและสมัครใจที่จะปฏิบัติตามขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี

ทฤษฎีสัญญาปฏิเสธอำนาจของรัฐที่จะแทรกแซงอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณี ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่องของ “Pacta Sunt Servanda” ไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับในศาลได้ในสถานะเดียวกับสัญญา อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คำชี้ขาดจึงเป็นเสมือนหนึ่งข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ซึ่งทำขึ้นโดยอาศัยอนุญาโตตุลาการในสถานะที่เป็นตัวแทนของตน เมื่อถือว่าทั้งการตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญา คู่กรณีก็มีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะ ตกลงกันกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดต่างๆ ได้ตามใจสมัคร ซึ่งกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญาของประเทศต่างๆ ก็ยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอยู่แล้ว¹⁰

ความเห็นของทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญประการหนึ่ง คือ หลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) ที่ทำให้คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถตกลงกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการได้ เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเลือกใช้กฎหมาย สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ในการพิจารณา เป็นต้น ทำให้บทบัญญัติต่างๆ เกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้มีผลบังคับเฉพาะในกรณีที่คู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเท่านั้น จนมีผู้กล่าวว่า ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีก็คือเครื่องยืนยันการปฏิเสธการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในประเทศ และในหลายๆ กรณีที่รวมไปถึงกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เคร่งครัดด้วย (The simple agreement of the party to refer disputes to arbitration is a positive rejection of the national courts and in many cases strict national law procedure.)¹¹

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีนี้จะเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นจากเจตจำนงของคู่กรณีในการเข้าทำสัญญาให้มีการอนุญาโตตุลาการขึ้น โดยบทบาทอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการย่อมขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่กรณี แต่ทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง และยอมรับข้อเท็จจริงว่าศาลอาจไม่บังคับมากกว่าข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้ และศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือเมื่อปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม เนื่องจากเป็นเรื่องของเจตจำนงของคู่สัญญาที่ได้

¹⁰แหล่งเดิม (น.23-24).

¹¹Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Com.

ตกลงกันไว้ นอกจากนี้ศาลไม่มีอำนาจที่จะทบทวนทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัย ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นความแตกต่างไปจากทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ

3) ทฤษฎีผสม (Mixed of Hybrid Theory)

ทั้งทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐและทฤษฎีสัญญาต่างก็ไม่สามารถอธิบายลักษณะของอนุญาโตตุลาการได้ครบถ้วน อนุญาโตตุลาการมีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการในการระงับข้อพิพาทและทั้งที่เป็นสัญญาข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ รูปแบบของอนุญาโตตุลาการ และวิธีพิจารณาความเป็นเรื่องที่คู่กรณีจะตกลงกัน ส่วนผลของข้อตกลงและลักษณะของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการขอให้บังคับ

ผู้พัฒนาทฤษฎีผสมนี้คือ ศาสตราจารย์ ซอเซอร์-ฮอลล์ (Sauser Hall) โดยปรากฏอยู่ในรายงานที่ท่านเสนอต่อสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute de Droit International) เมื่อ ค.ศ. 1952 ซึ่งได้อธิบายว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะตัดขาดออกจากกฎหมายได้โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะต้องอิงกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่เพียงใด ในขณะเดียวกันก็ได้ยอมรับความจริงว่าอนุญาโตตุลาการมีขึ้นได้ก็โดยข้อตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี

ความจริงแล้วทั้งทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory) และทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) ทั้งสองทฤษฎีไม่ได้ขัดแย้งกันเลยอนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน มีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณาความและสัญญา (Procedural and Contractual features) ข้อตกลงให้ใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นเป็นสัญญา และก็ไม่มีเหตุผลอื่นที่จะถือว่าไม่ใช่สัญญา ดังนั้นความสมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวเป็นเรื่องที่จะพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ควบคุมการทำสัญญา วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในขณะเดียวกันก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ¹²

ทฤษฎีนี้เห็นว่าทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญาต่างก็มีข้อบกพร่องเพราะไม่สามารถที่จะอธิบายลักษณะของการอนุญาโตตุลาการได้ครบถ้วน เพราะการอนุญาโตตุลาการมีทั้งเรื่องอำนาจรัฐและเรื่องสัญญา กล่าวคือ ข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็ดี รูปแบบสถานที่ หรือรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ดี ล้วนแต่เป็นเรื่องที่คู่สัญญา

¹²แหล่งเดิม (น.24-25).

สามารถตกลงกันได้ซึ่งเป็นไปได้ตามทฤษฎีสัญญา ส่วนรัฐจะเข้ามาควบคุมผลของข้อตกลงและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ โดยนำหลักกฎหมายของประเทศนั้นหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายมาบังคับใช้ อันเป็นการสนับสนุนทฤษฎีว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐหรือทฤษฎีอำนาจรัฐ¹³

จากทฤษฎีผสมนี้ จึงเห็นได้ว่า เป็นการนำทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญามาผสมผสานกัน โดยมีได้ยึดหลักทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเจตจำนงของคู่กรณีโดยการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ วิธีพิจารณา ภาษา สถานที่ของการอนุญาโตตุลาการภายใต้กรอบของบัญญัติของกฎหมายที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น อีกทั้ง เมื่ออนุญาโตตุลาการได้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาของคู่กรณีแล้วนั้น หากคู่กรณีมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามผลดังกล่าวแล้ว การบังคับให้เป็นไปตามผลของการอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามาดำเนินการดังกล่าว รวมทั้งรัฐต้องควบคุมให้การอนุญาโตตุลาการนั้นดำเนินไปภายใต้กรอบของบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของกฎหมายภายในประเทศนั้นๆ

4) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้เสนอโดย Madame Rubelin Devichi ซึ่งเห็นว่าลักษณะของอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องดูจากวัตถุประสงค์ของการใช้ จะเห็นได้ว่าทั้งสามทฤษฎีดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้นพยายามที่จะจัดว่า อนุญาโตตุลาการอยู่ในส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายนั้นๆ ได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด หรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรหรือไม่ แต่ทฤษฎีความเป็นเอกเทศอนุญาโตตุลาการนี้มองอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวของมันเองว่า อนุญาโตตุลาการนั้นทำอะไรบ้าง มีเป้าหมายอย่างไร หน้าที่ของมันคืออะไร และทำไมถึงจะต้องเป็นเช่นนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือ ให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้¹⁴

ทฤษฎีนี้ไม่ให้ความสำคัญแก่ความสัมพันธ์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีต่อกฎหมายภายในรัฐ และมองว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นเพียงเครื่องมือสำหรับส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดย

¹³ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง (น.47). วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, โดย พรพิมล บุญทวีเวช. 2547. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁴ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (น.21-13). รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ 1. (น.25-26). เล่มเดิม.

การอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ทฤษฎีนี้จึงเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการไม่ควรถูกจำกัดโดยกฎหมายภายในของรัฐ เพื่อให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการสามารถตอบสนองความต้องการของกลุ่มอย่างมีประสิทธิภาพ การอนุญาโตตุลาการจึงควรมีอิสระหรือความเป็นเอกเทศในตัวเอง และไม่จำเป็นต้องยึดติดกับกฎหมายภายในของรัฐ ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันถูกพิจารณาในลักษณะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและถูกเรียกด้วยถ้อยคำที่แสดงถึงความเป็นอิสระจากกฎหมายภายในของรัฐมากขึ้นเรื่อยๆ เช่นคำว่า international arbitration, non-national arbitration, transnational arbitration เป็นต้น¹⁵

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้เกิดการยอมรับว่า อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกกันว่า “Denationalised Arbitration” หรือ “Non-National Arbitration” และยอมรับเสรีภาพของกลุ่มอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดที่จะตกลงกันในเรื่องต่างๆ ของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้นว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับ วิธีพิจารณาตลอดจนรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องผูกมัดอยู่กับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดีแต่สามารถใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์แต่ละคดี หรืออาจใช้กฎหมายหรือมาตรฐาน ขนบธรรมเนียม ประเพณี และแนวในการปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้

นอกจากนี้ยังได้มีการวิจารณ์แนวความคิดของทฤษฎีเอกเทศนี้ว่า “ข้อบกพร่องของสำนักนี้ ก็คือ การไม่อิงกฎหมายภายในประเทศและไม่อิงสัญญา ทำให้อำนาจของการอนุญาโตตุลาการไม่มีสิ่งรองรับ การอ้างความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศหรือความจำเป็นเพื่อความราบรื่นในการค้าระหว่างประเทศเป็นการอธิบายในเชิงผลมากกว่าต้นเหตุแห่งอำนาจของการอนุญาโตตุลาการ”¹⁶

จากการศึกษาถึงทฤษฎีเอกเทศหรือทฤษฎีอิสระนั้น จะเห็นได้ว่าทฤษฎีนี้ มุ่งไปที่เจตจำนงของกลุ่มสัญญามากกว่า เพื่อให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการสามารถตอบสนองความต้องการของกลุ่มอย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายภายในประเทศและไม่จำเป็นต้องผูกมัดอยู่กับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ไปทำการพิจารณาคดี การใช้หลักเกณฑ์ในการอนุญาโตตุลาการนั้นมุ่งเน้นถึงความเหมาะสมของสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงเป็นหลักเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปตามความมุ่งหมายของ

¹⁵การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (น.33). วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. โดย วโรดม ศิริมนิธรรม. 2549. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁶รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า (น.48). โดย พิชัยศักดิ์ หราชกุล. 2529. กรุงเทพฯ: ศรีสมบัติการพิมพ์.

คู่สัญญา แต่ทั้งนี้ แม้ว่าทฤษฎีเอกเทศอาจจะมองได้ว่าเป็นการดำเนินการเพื่อเจตจำนงของคู่กรณีเป็นหลัก แต่การอนุญาตตุลาการโดยทฤษฎีนี้ก็ยังมิใช่อะไรอยู่บางประการ กล่าวคือ เมื่อไม่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายภายในและเรื่องของกฎหมายขัดกันแล้ว ก็จะส่งผลให้หลักเกณฑ์ของการอนุญาตตุลาการไม่มีที่อ้างอิงถึงบทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาตตุลาการที่ชัดเจน

2.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและสัญญาทางปกครอง

สัญญาเกี่ยวกับสัมปทานกิจการโทรคมนาคมนั้น เป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง ที่กฎหมายกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นโดยอนุญาตตุลาการได้ ทั้งนี้การศึกษาถึงปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคมจึงต้องพิจารณาถึงหลักการของกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของเรื่องที่ทำการศึกษา ซึ่งในการระงับข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับสัมปทานกิจการโทรคมนาคมดังกล่าว การบังคับใช้กฎหมายปกครองย่อมมีความเกี่ยวพันกันในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคม และในการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายจากความสำคัญดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาและกล่าวถึงหลักการเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เพื่อเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานและเป็นกรอบในการวิเคราะห์และพิจารณาต่อไป

2.2.1 ความหมายและลักษณะของกฎหมายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้ให้ความหมายของกฎหมายมหาชนไว้ว่า “กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารราชการ (บริการสาธารณะ) และกำหนดอำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ”¹⁷

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายของกฎหมายปกครองว่าเป็นกฎหมายที่วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองหรือที่เรียกว่า “การจัดระเบียบราชการบริหาร” รวมทั้งการวางระเบียบเกี่ยวกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” ซึ่งฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน กล่าวง่าย ๆ ก็คือ วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบฝ่ายปกครองและการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง รวมทั้งความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน¹⁸

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครอง (administration) ของรัฐต่อกันและต่อประชาชน จุดที่น่าสนใจและเป็นปัญหาทางทฤษฎีจุดแรก ก็คือ การแบ่งแยกระหว่างฝ่าย

¹⁷ บทบรรณาธิการ. โดย ออมร จันทรสมบูรณ์. วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ตอน 1, 2525.

¹⁸ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.20). เล่มเดิม.

ปกครอง (administration) กับฝ่ายการเมือง (autorité politique) ซึ่งในหลายกรณี ผู้ดำรงตำแหน่งอาจมีหลายสถานะได้ เช่นรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายการเมืองและในฐานะผู้บังคับบัญชาระดับสูงของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาทางวิชาการตามมาว่า ถ้าเป็นฝ่ายการเมืองก็เป็นเรื่องของรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นฝ่ายปกครองก็เป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง กล่าวคือ เมื่อใดที่รัฐมนตรี กระทำการอันเป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งจะมีระบบควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยวิธีอื่นแล้ว ก็ต้องถือว่ารัฐมนตรีกระทำในฐานะฝ่ายการเมือง แต่เมื่อใดที่รัฐมนตรีทำนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) อันเป็นการใช้อำนาจในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงนั้นๆ เช่น การแต่งตั้งข้าราชการ การอนุมัติ การอนุญาต ต่างๆ ก็ต้องถือว่ารัฐมนตรีเป็นฝ่ายปกครอง (administration) ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมโดยศาล¹⁹

จากความหมายและลักษณะของกฎหมายปกครองดังกล่าว จึงสามารถแยกลักษณะของกฎหมายปกครองได้ดังนี้

1) กฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชน คือกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ในฐานะที่รัฐมีฐานะเหนือกว่าเอกชน ซึ่งหากพิจารณาความหมายของกฎหมายปกครองข้างต้นจะพบว่าหลักการของกฎหมายปกครองเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชน ในลักษณะที่มีหลักเกณฑ์กำหนดสถานะ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติและจะกระทำการใดๆ นอกจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้มิได้

2) กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารราชการของรัฐ

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารของรัฐในแง่ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดิน โดยมีการจัดองค์กรและระบบการทำงานของส่วนราชการภายใต้หลักการ 2 หลัก คือ²⁰

(1) หลักการรวมอำนาจ (Centralization) เป็นหลักที่จัดระเบียบราชการบริหารที่ให้อำนาจในการตัดสินใจต่างๆ รวมไว้ที่ส่วนกลาง โดยมีกระทรวง ทบวง กรม เป็นผู้ประสานงาน

¹⁹กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน – เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (น.20-21). โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กรุงเทพฯ ฯ: นิติธรรม.

²⁰คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น.132-133). โดย ชาญชัย แสงศักดิ์. 2550. กรุงเทพฯ ฯ: วิญญูชน.,.

ทั่วไป โดยบุคลากรของหน่วยงานดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์ในรูปของสายการบังคับบัญชา การบริหารงานที่เรียกว่า “การบริหารราชการส่วนกลาง”

การกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครองหรือการแบ่งแยกอำนาจปกครอง (deconcentration) เป็นวิธีการที่ส่วนกลางมอบอำนาจการตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้แทนของส่วนกลางไปปฏิบัติหน้าที่ในส่วนภูมิภาคทั่วราชอาณาจักรเพื่อจัดทำบริการสาธารณะที่กฎหมาย รัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชามอบหมาย ทั้งนี้ ภายใต้การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น

(2) หลักการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization) คือ วิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์การอื่นที่มีชื่อองค์กรส่วนกลางจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง ซึ่งอำนาจที่จะดำเนินการนี้เป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายไปจากรัฐ โดยออกกฎหมายจัดตั้งองค์กรนั้นให้เป็นนิติบุคคลสามารถดำเนินการของตนเองได้โดยอิสระภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนั้นและมีรัฐเป็นเพียงผู้ควบคุมกำกับทำให้เป็นไปตามกฎหมาย

กล่าวได้ว่า การจัดระเบียบการบริหารราชการของรัฐทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่นเป็นหลักการของกฎหมายปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการของรัฐบาลเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการบริหารราชการอย่างถูกต้องและเป็นธรรม

3) กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินการของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวมของประชาชน ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่จัดทำให้แก่ รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชนหรือรัฐวิสาหกิจหรืออาจเป็นกรณีที่เอกชนดำเนินการบางอย่างในลักษณะที่เป็นการจัดทำแทนรัฐโดยรัฐมีหน้าที่ในการควบคุมการดำเนินการให้มีสภาพเดียวกับที่รัฐเป็นผู้จัดทำ²¹

ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ทั้งนี้ ต้องคำนึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักการพิจารณาในการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

4) กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจปกครองของรัฐ

²¹หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ (น.31-33). โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์. 2547. กรุงเทพฯ ฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 3.

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในฐานะฝ่ายปกครองในการกระทำการปกครอง อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของรัฐจำเป็นต้องมีการตรวจสอบและควบคุมเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ อีกทั้งเพื่อให้เอกชนซึ่งเป็นผู้อยู่ใต้ปกครองได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมาย

การควบคุมการใช้อำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครอง หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเองและการควบคุมจากภายนอก เช่น โดยศาล โดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรพิเศษ กล่าวอีกนัยหนึ่ง “การควบคุมฝ่ายปกครอง” ก็คือ “การคุ้มครองประชาชน” จากการกระทำของรัฐ²²

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความหมายและลักษณะของกฎหมายปกครองดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารของรัฐ การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมถึงเป็นการวางหลักความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนและฝ่ายปกครองด้วยกันเอง กำหนดสถานะและการกระทำการทางปกครองและเป็นระบบกลไกในการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของรัฐให้เป็นไปตามกฎหมายอีกด้วย

2.2.2 ความหมายและลักษณะของสัญญาทางปกครอง

ในส่วนขอบนิยามของสัญญาทางปกรองนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องบัญญัติไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”²³

ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น มีหลักเกณฑ์สำคัญซึ่งเป็นองค์ประกอบของสัญญาทางปกครอง 2 ด้าน คือ หลักเกณฑ์ด้านตัวคู่สัญญาและหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาของสัญญา ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นข้อสรุปที่ได้มาจากการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้กำหนดขอบเขตความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายกระทำการแทนรัฐ

²² คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น.293). เล่มเดิม.

²³ มาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

ฉะนั้น การพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใด เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ ทั้งด้านตัวคู่สัญญา และหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาของสัญญาจะขาดหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งมิได้ ดังนี้

1) หลักเกณฑ์ด้านตัวคู่สัญญา

จากบทนิยามของสัญญาทางปกครองกฎหมายกำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ได้บัญญัติว่า

“หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”²⁴ ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว อาจพิจารณากำหนดแบ่งแยกหน่วยงานทางปกครองออกได้เป็น 6 ประเภท คือ

(1) หน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งหน่วยงานของรัฐในส่วนนี้กฎหมายจะกำหนดให้มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคล²⁵

²⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3

²⁵ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534

มาตรา 7 ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ดังนี้

(1) สำนักนายกรัฐมนตรี

(2) กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง

(3) ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง

(2) หน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนภูมิภาค ซึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค คือ จังหวัด อำเภอ²⁶ และหน่วยงานทางปกครองส่วนท้องถิ่น²⁷ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล และการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา

(3) หน่วยงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งหากจะพิจารณาคำนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” มีกฎหมายหลายฉบับได้ให้คำนิยามไว้แตกต่างกันซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ²⁸ อย่างไรก็ดี สามารถสรุปได้ว่ารัฐวิสาหกิจได้แก่องค์กร 7 ประเภท คือ

1. องค์กรของรัฐบาล
2. กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งขึ้น
3. หน่วยงานธุรกิจตามกฎหมายที่รัฐหรือรัฐบาลเป็นเจ้าของ
4. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ

50

5. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1) และ/หรือ 2) และ/หรือ 3) และ/หรือ 4) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50

6. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. และ/หรือ 2. และ/หรือ 3. และ/หรือ 4. และ/หรือ 5. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50

(4) กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดหรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง

สำนักนายกรัฐมนตรีมีฐานะเป็นกระทรวง

ส่วนราชการตาม (1) (2) (3) และ (4) มีฐานะเป็นนิติบุคคล

²⁶มาตรา 51 “ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ดังนี้

(1) จังหวัด

(2) อำเภอ”

²⁷มาตรา 70 “ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ดังนี้

(1) องค์การบริหารส่วนจังหวัด

(2) เทศบาล

(3) สุขาภิบาล (ปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว)

(4) ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่กฎหมายกำหนด”

²⁸คำอธิบายกฎหมายปกครอง. (น.214). เล่มเดิม.

7. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม 1. และ/หรือ 2., 3. และ/หรือ 4. และ/หรือ 5. และ/หรือ 6. ทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50²⁹

หน่วยงานรัฐวิสาหกิจจึงถือเป็นหน่วยงานที่ผสมระหว่างการเป็นวิสาหกิจเอกชน และวิสาหกิจมหาชนที่รัฐใช้ในการประกอบภารกิจในทางเศรษฐกิจซึ่งต้องอาศัยความคล่องตัวในการตัดสินใจในการดำเนินการ และในด้านการเงินเช่นเดียวกับวิสาหกิจเอกชนเพราะเป็นการดำเนินงานด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่รัฐเห็นว่ามีสำคัญต่อเศรษฐกิจและสังคมของส่วนรวม ดังนั้น รัฐจึงต้องเลือกใช้เครื่องมือในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ³⁰ ทั้งนี้เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

อนึ่ง หน่วยงานของรัฐที่เป็นรัฐวิสาหกิจสามารถจัดตั้งขึ้นโดย 3 รูปแบบ คือ 31

1. รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งเป็นองค์กรของรัฐบาล ซึ่งหมายถึง หน่วยงานในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกาหรือพระบรมราชโองการ และกำหนดให้มีหน้าที่ดำเนินการงานซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของชาติ³²

ทั้งนี้ รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา เช่น การเคหะแห่งชาติ การไฟฟ้าฝ่ายผลิต การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคหรือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เป็นต้น และกรณีจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติจะรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกำหนดด้วย สำหรับรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพฯ องค์การตลาด องค์การฟอกหนัง องค์การสวนสัตว์ เป็นต้น

2. หน่วยงานรัฐวิสาหกิจที่เป็นหน่วยงานที่รัฐหรือรัฐบาลเป็นเจ้าของ เป็นหน่วยงานที่การจัดทำธุรกิจถือเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงาน แต่มิได้ดำเนินการราชการตามวัตถุประสงค์อันระบุไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน แต่เป็นงานซึ่งส่วนราชการแห่งใดแห่งหนึ่งเข้ามาดำเนินการธุรกิจและใช้เงินงบประมาณเป็นต้นทุนดำเนินงาน จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีงบประมาณด้วย

²⁹วิสาหกิจ (รัฐวิสาหกิจ) ในประเทศไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด (น.72-80). วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. โดย จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. 2529. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁰คำอธิบายกฎหมายปกครอง. (น.211-212). เล่มเดิม.

³¹แหล่งเดิม. (น.217 – 221).

³²การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย (น.145). วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. โดย วันเพ็ญ ทรัพย์สงเสริม. 2539. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หน่วยงานเหล่านี้มักจัดตั้งขึ้นโดยมติดคณะรัฐมนตรี เช่น โรงพิมพ์ตำรวจ สถานธนา-
นุเคราะห์ของกรมประชาสงเคราะห์ โรงงานไฟและองค์การสุรากรมสรรพสามิต เป็นต้น

3. รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งเป็นบริษัทจำกัด มีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยมีทุนของภาครัฐ
ทั้งหมดหรือบางส่วน โดยรัฐบาล นิติบุคคลมหาชนหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็น ผู้ถือหุ้น
และมีความสามารถในการใช้มาตรการควบคุมภายในรัฐวิสาหกิจโดยมีอำนาจออกเสียงในฐานะ
ผู้ถือหุ้นหรือโดยมีสิทธิแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจนั้น

(4) หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ องค์การมหาชนต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา
ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงองค์กร
ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
หรือเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบ
รัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นอีกด้วย ซึ่งในทางรัฐธรรมนูญจะเรียกว่า องค์กรตาม
รัฐธรรมนูญ (Constitutional organization) แต่ในทางกฎหมายปกครองจะเรียกว่า องค์กรของรัฐที่
เป็นอิสระ (Independent administrative organization) องค์กรดังกล่าว ได้แก่ คณะกรรมการการ
เลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและ
ปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และ
กำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม³³ และยัง
หมายความรวมถึงหน่วยงานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้จัดตั้งขึ้นโดย
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติเพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานทางธุรการ
ของศาล เช่น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงาน
คณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

(5) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทาง
ปกครอง หน่วยงานในลักษณะนี้ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ แต่เป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นในระบบราชการ
หรืออาจเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นนอกระบบราชการก็ได้ โดยการดำเนินการต้องมีลักษณะเป็นการใช้
อำนาจทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวนี้ ได้แก่ องค์กรวิชาชีพต่างๆ เช่น สภานายความ
แพทยสภา โดยหลักแล้ว องค์กรเหล่านี้มีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น อำนาจใน
การให้อนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต การใช้อำนาจในลักษณะนี้ถือเป็นการใช้อำนาจในทาง
ปกครอง นิติกรรมหรือคำสั่งที่มาจากองค์กรเหล่านี้จึงอาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิก
ถอนได้ เช่นเดียวกับการฟ้องขอเพิกถอนนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง

³³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. หมวด 11 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ.

(6) บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ นอกจากคู่สัญญาที่เป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว หากมีบุคคลอื่นซึ่งกระทำการแทนรัฐ สัญญาที่กระทำขึ้นโดยบุคคลเช่นนี้อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ โดยบุคคลอื่นที่กระทำการแทนรัฐจะหมายถึงบุคคล ดังนี้

1. บุคคลผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยตรง ซึ่งมักปรากฏว่า ได้รับมอบหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งว่า สัญญาที่กระทำขึ้นโดยบุคคลดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นสัญญาที่กระทำ การแทนรัฐ เพราะปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรอันชัดเจนว่า บุคคลดังกล่าวได้รับมอบหมายจากรัฐ

2. บุคคลผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการโดยปริยาย กรณีเช่นนี้มักเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้รับสัมปทาน หรือเป็นกรณีของรัฐวิสาหกิจที่มีได้ตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเพื่อให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำหรือดำเนินงานที่ตนได้รับมอบหมายจากรัฐ เช่น การจ้างให้เป็นผู้รับเหมาก่อสร้าง สิ่งสาธารณูปโภค หรือก่อสร้างทรัพย์สินที่จะใช้ในการให้บริการสาธารณะ

2) หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาทางปกครองนั้น มีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ประการแรก หลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นสัญญาทางปกครอง และประการที่สอง หลักเกณฑ์โดยสภาพของสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้น ตามหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาของสัญญา เราอาจพิจารณาแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกเป็น 4 ประเภท คือ

(1) สัญญาสัมปทาน

“สัญญาสัมปทาน” ไม่ปรากฏมีคำนิยามตามกฎหมายไว้โดยตรง หากแต่มีความหมายตามพจนานุกรมและความเห็นทางกฎหมาย ดังนี้

“สัมปทาน” หมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด³⁴

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล กล่าวว่า “สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุน

³⁴พจนานุกรมไทย ฉบับทันสมัย (น.537). โดย ฝ่ายหนังสือส่งเสริมเยาวชน. 2543. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดบุคยูเคชั่น.

และความเสี่ยงของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการใช้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น”³⁵

แม้จะไม่ปรากฏคำนิยามของสัมปทานตามกฎหมายไทย แต่การพิจารณาความหมายของสัมปทาน อาจเริ่มต้นจากเนื้อหาและลักษณะของสัมปทาน จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในประเทศไทย ทำให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของสัมปทานในเรื่องต่างๆ ดังนี้

1. เป็นกิจการที่มีกฎหมายให้สิทธิหรืออำนาจรัฐในการอนุญาตหรือยินยอมให้เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ
2. เป็นกรณีที่รัฐผู้ให้สัมปทานมีอำนาจพิเศษบางประการเหนือเอกชนในเรื่องต่างๆ เช่น

2.1 อำนาจในการควบคุมและกำกับการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนอย่างใกล้ชิด โดยที่สัมปทานบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่รัฐบาลมอบให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ รัฐจึงต้องมีอำนาจควบคุมและกำกับการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว

2.2 อำนาจในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงประโยชน์สาธารณะ เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543³⁶

2.3 อำนาจในการยกเลิกเพิกถอนสัมปทานและโอนเป็นของรัฐ โดยหลักแล้วรัฐไม่มีอำนาจเพิกถอนสัมปทานฝ่ายเดียว แต่ในบางกรณีรัฐมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนสัมปทานโดยการโอนเป็นของรัฐได้³⁷

³⁵คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น.146). โดย ประยูร กาญจนกุล. 2538. กรุงเทพฯ ฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 4.

³⁶มาตรา 43 “ในการดำเนินกิจการรถไฟตามพระราชบัญญัตินี้ รฟม. โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอาจให้สัมปทานกิจการรถไฟทั้งหมดหรือบางส่วนแก่เอกชนก็ได้

ในกรณีที่การให้สัมปทานตามวรรคหนึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ให้การเสนอโครงการ การดำเนินโครงการและการกำกับดูแลและติดตามผลเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

³⁷พระราชบัญญัติการรถไฟฯ พ.ศ.2543

มาตรา 53 “ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ คณะรัฐมนตรี อาจมีมติดังต่อไปนี้

- (1) ให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไขการใด
- (2) เพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้

2.4 อำนาจในการออกข้อกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงอย่างใดก็ได้ในการสัมปทาน

2.5 อำนาจในการออกข้อกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเพื่อความปลอดภัยของผู้บริการ

2.6 อำนาจในการสั่งให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติการหรืองดเว้นการปฏิบัติการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น

2.7 อำนาจในการควบคุมการกำหนดอัตราค่าบริการ³⁸

ดังนั้น สัญญาสัมปทานเป็นนิติวิธีทางปกครองที่รัฐมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิเข้าจัดทำหรือดำเนินการในกิจการที่รัฐมีอำนาจผูกขาดหรือกิจการที่รัฐมีหน้าที่และมีอำนาจดำเนินการได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยให้จัดทำได้ภายในระยะเวลาอันมีกำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของฝ่ายเอกชนเอง แต่ให้ฝ่ายเอกชนคู่สัญญามีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ให้บริการในกิจการนั้นเป็นการตอบแทน สัญญาสัมปทานประเภทต่างๆ เป็นสัญญาที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำกับเอกชนเพื่อให้เข้ามาลงทุนสร้างสาธารณูปโภค แต่ดำเนินการบริหารภายใต้การควบคุมของหน่วยงานทางปกครอง

สัญญาสัมปทานในประเทศอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และสัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

1. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองมอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ เช่น การเดินรถประจำทาง สัมปทานรถไฟฟ้ามหานคร

ตัวอย่างของสัญญาสัมปทานตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

สัญญาการดำเนินงานและร่วมลงทุนในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคระหว่างองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)³⁹ สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน)⁴⁰ สัญญาที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติซึ่งเป็นหน่วยงานทาง

เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติตาม (1) ให้ รฟม. แจ้งให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไขการนั้น ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่กระทำการหรือแก้ไขการนั้น ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งให้ รฟม. เป็นผู้กระทำการหรือแก้ไขการนั้น โดยให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว...”

³⁸ สัญญาสัมปทาน : ศึกษากรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย (น.35-39).

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, โดย อารยา กิตติเวช, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545

⁴⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 930/2547

ปกครอง อนุญาตให้เอกชนเข้าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคม พร้อมได้รับการจัดสรรความถี่วิทยุ⁴¹

2. สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีวัตถุประสงค์ในการที่จะสงวนรักษาทรัพยากรของชาติไม่ให้ถูกทำลายโดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนดังเช่นสัมปทานบริการสาธารณะแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวก็เป็นผลที่มาจาก “ส่วนหนึ่ง” ของการปฏิบัติหน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐบาลนั่นเอง

สัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงไม่ใช่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ แต่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะโดยหลักทรัพยากรธรรมชาติเป็นของชาติหรือเป็นทรัพย์สินของประชาชนโดยรวม โดยมีรัฐเป็นผู้ควบคุมดูแล การที่จะให้บุคคลใดเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะต้องขออนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐก่อนและต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการเข้าแสวงหาประโยชน์ดังกล่าวด้วย ทั้งนี้เพื่อให้รัฐสามารถเข้าควบคุมดูแลการแสวงหาประโยชน์ให้เป็นไปโดยเกิดประโยชน์อย่างแท้จริงต่อส่วนรวม

(2) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หมายความว่า การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยกิจกรรมนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและจะต้องดำเนินการอยู่เป็นนิจและสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก โดยที่ประชาชนทั่วไปจะได้ประโยชน์จากการบริการสาธารณะนั้นอย่างเท่าเทียม และอยู่ในความดูแลหรือควบคุมของฝ่ายปกครองหรืออาจมอบอำนาจให้เอกชนดำเนินการแทน⁴²

กิจการที่อยู่ในความอำนาจหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่น สัญญาให้บริการทางการแพทย์ที่สำนักงานประกันสังคมทำกับโรงพยาบาลเอกชนเพื่อให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสังคม เป็นต้น

⁴¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 966/2548 และ 190/2549

⁴² สัญญาทางปกครองของไทย (ตอนที่ 6) (2555). โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์. สืบค้น 2 ธันวาคม 2555.

องค์ประกอบของบริการสาธารณะมี 2 ประการคือ

1. บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง

ลักษณะที่สำคัญที่สุดของบริการสาธารณะ คือ ต้องเป็นกิจการที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน นั่นก็คือเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการของรัฐ แต่เนื่องจากปัจจุบันภารกิจของรัฐมีมากขึ้น กิจกรรมบางอย่างต้องใช้เทคโนโลยีการจัดทำสูง ใช้เงินลงทุนสูง รัฐไม่มีความพร้อมที่จะทำ จึงต้องมอบให้บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ ซึ่งเมื่อรัฐมอบหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บุคคลอื่นทำแล้ว บทบาทของรัฐในฐานะผู้จัดทำหรืออำนาจการก็จะเปลี่ยนเป็นผู้ควบคุม โดยรัฐจะเป็นผู้ควบคุมมาตรฐานของบริการสาธารณะ ควบคุมความปลอดภัย รวมทั้งควบคุมค่าบริการ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์ตอบแทนมากที่สุดและเดือดร้อนน้อยที่สุด

2. บริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะประโยชน์

กิจการใดที่รัฐเห็นว่ามีความจำเป็นต่อการอยู่อย่างปลอดภัยหรือการอยู่อย่างสบายของประชาชน รัฐก็ต้องเข้าไปจัดทำกิจการนั้น และนอกจากนี้ ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดได้ รัฐจะต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

(3) สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

สิ่งสาธารณูปโภค หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การรถไฟ การประปา การเดินรถประจำทาง การโทรศัพท์⁴³

นอกจากนี้ ในกฎหมายฉบับต่างๆ ก็ได้มีการให้คำจำกัดความเกี่ยวกับ“สาธารณูปโภค”ไว้ด้วย เช่น “กิจการดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

1. การรถไฟ
2. การรถราง
3. การขุดคลอง
4. การเดินอากาศ
5. การประปา
6. การชลประทาน
7. การไฟฟ้า
8. การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยใช้ระบบส่งต่อไปยังอาคารต่างๆ

⁴³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 673/2544

9. บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา”⁴⁴

จากลักษณะและการใช้ประโยชน์ของสิ่งสาธารณูปโภคแล้ว อาจสรุปได้ว่า สาธารณูปโภคนั้น สามารถแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ คือ

ประเภทแรก ทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นถาวรวัตถุซึ่งจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง

ประเภทที่สอง ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า สายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อน โรงเรียน โรงพยาบาล สถานีดับเพลิง โรงบำบัดน้ำเสีย โรงกำจัดขยะ

(4) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาประเภทนี้มีข้อความคิดมาจากหลักการพื้นฐานในการจัดสรรทรัพยากรทางเศรษฐศาสตร์ (Economics) ที่ว่า การจัดสรรทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัด เพื่อสนองความต้องการของมนุษย์ที่มีอยู่อย่างไม่จำกัด ทรัพยากรธรรมชาตินี้ถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของชาติ อธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนนี้ได้รับการรับรองจากสหประชาชาติโดยมติของสมัชชาใหญ่ที่ 1803 (XVII) เมื่อ ค.ศ.1962 ผู้ใดจะทำการใดๆ ต่อทรัพยากรธรรมชาติ โดยได้รับอนุญาตไม่ได้ ทรัพยากรธรรมชาติภายในรัฐใดถือเป็นประโยชน์ของรัฐที่ต้องจัดสรรเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยรัฐต้องเป็นผู้ดูแลรักษา และจะห้ามมิให้บุคคลบุคคลอื่นหรือทำประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ การที่เอกชนรายใดจะแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเช่นว่านี้จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ และจะต้องชำระค่าตอบแทนให้แก่รัฐในการได้สิทธิแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น เพื่อให้รัฐเข้าควบคุมดูแลการกระทำดังกล่าว ซึ่งจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมอย่างแท้จริง เช่น สัญญาให้ทำไม้ เหมืองแร่ บุดเจาะ น้ำมัน แก๊สธรรมชาติ เป็นต้น

ลักษณะของการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะแตกต่างจากการให้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะ เพราะทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ป่าไม้ เหมืองแร่ เป็นทรัพย์ที่อยู่ในความดูแลของรัฐ เมื่อเอกชนจะเข้าทำประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตในรูปแบบของสัมปทานจากรัฐและอยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐโดยเสียค่าใช้จ่ายให้แก่รัฐตามสมควร รูปแบบของสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย เพราะการเข้าทำสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะเป็นรูปแบบของ

⁴⁴ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2525 ข้อ 3 บรรทัดหนึ่ง

สัญญาสัมปทานที่เป็นไปตามแบบของทางราชการซึ่งผู้ขอสัมปทานต้องยื่นคำขอเมื่อรัฐอนุญาตก็จะออกประทานบัตรให้ สัญญาให้แสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงไม่มีรูปแบบที่เป็นลักษณะเฉพาะตัว แต่จะเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้วินิจฉัยเพิ่มเติมว่าสัญญาที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นสัญญาทางปกครองอีกด้วย⁴⁵

1. สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1.5 ล้านเลขหมายในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค เป็นต้น

2. สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองหรือบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น สัญญาที่ให้ข้าราชการลาไปศึกษาต่อในต่างประเทศ ซึ่งมีข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิทางราชการบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวหรือเรียกตัวข้าราชการกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใดๆ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้หน่วยงานทางปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาเอกชนไม่ต้องผิดสัญญา และสั่งผู้รับจ้างให้ทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญา เป็นต้น

2.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานกิจการโทรคมนาคม

กิจการโทรคมนาคมเป็นอีกหนึ่งภาคเศรษฐกิจที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อการพัฒนาประเทศ เนื่องจากเป็นกิจการที่ถือเป็น โครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) ที่ทำหน้าที่สนับสนุนให้ระบบเศรษฐกิจและสังคมสามารถดำเนินต่อไปได้ ทั้งในส่วนที่เป็นตลาดสินค้าและบริการหนึ่งซึ่งสามารถสร้างรายได้ในภาคอุตสาหกรรมของประเทศเป็นภาคบริการที่ส่งเสริมให้มีการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าและบริการในตลาดอื่นๆ และเป็นภาคกิจการที่ช่วยลดปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของข้อมูล (Asymmetry of information) ระหว่างปัจเจกชน ลดต้นทุนทางธุรกรรม (Transaction cost) ในภาคเศรษฐกิจ ทั้งยังส่งเสริมการพัฒนา และการกระจายข้อมูลข่าวสารอันเชื่อมต่อสังคมและสังคมชนบทเข้าด้วยกัน⁴⁶

⁴⁵คดีปกครองประเภทใดที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้. (2557). โดย ศาลปกครอง, สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557 จาก http://www.admincourt.go.th/00_web/00_info/book101.htm.

⁴⁶กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกิจการโทรคมนาคม (น.1). โดย สุธรรม อยู่ในธรรม, ร.ศ., 2554, เอกสารวิชาการการอบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ศ.) รุ่น 15, กรุงเทพฯ: วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

กิจการโทรคมนาคมจึงเอื้อประโยชน์แก่ประชาชนทั้งในแง่การค้า การลงทุนและการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลที่สำคัญยิ่งในการพัฒนาประเทศ อีกทั้งยังถือเป็นถือเป็นกิจการเกี่ยวกับการสื่อสารของชาติอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรองรับไว้⁴⁷

2.3.1 ความหมายและลักษณะของกิจการโทรคมนาคม

คำนิยามของ “โทรคมนาคม” นั้นมีการให้คำนิยามไว้หลายแง่มุมทั้งจาก อาทิ

“โทร” มีพื้นฐานมาจากคำว่า “tele” ในภาษากรีก หมายถึง “ไกลออกไป (far away)” และคำว่า “คมนาคม (Communication)” มาจากภาษาละตินพื้นฐานของคำ “Communicare” หมายถึง การใช้งานร่วมกับผู้อื่น ความหมายรวมพื้นฐานจึงได้รับการนำเสนอว่า “การสื่อสารที่ครอบคลุมระยะทางที่ไกลออกไป”⁴⁸

“โทรคมนาคม” หมายถึง การส่ง การกระจาย หรือการรับภาพและสัญญาณต่าง ๆ โดยอาศัยระบบวิทยุสื่อสาร หรือระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น⁴⁹

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความ ดังนี้

“กิจการโทรคมนาคม” หมายความว่า กิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2553 มาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความของ “กิจการโทรคมนาคม” หมายความว่า

⁴⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 47 “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสองต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะอื่น และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้งต้องจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อสารมวลชนสาธารณะ

การกำกับการประกอบกิจการตามวรรคสองต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการควบรวมการครองสิทธิข้ามสื่อ หรือการครอบงำ ระหว่างสื่อมวลชนด้วยกันเองหรือโดยบุคคลอื่นใด ซึ่งจะมีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือปิดกั้นการได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของประชาชน”

⁴⁸ Göran Bineresson, Principles of Lightware Communications, England : Wiley, 1996.

⁴⁹ พจนานุกรมไทย. (น 269). เล่มเดิม.

“กิจการโทรคมนาคม” หมายความว่า กิจการซึ่งให้บริการการส่ง การแพร่ หรือการรับ เครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือสิ่งอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจ ความหมายได้โดยระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน และรวมถึงกิจการซึ่งให้บริการดาวเทียมสื่อสาร หรือ กิจการอื่นที่ กสทช.⁵⁰ กำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่รวมถึงกิจการที่เป็นกิจการกระจาย เสี่ยงกิจการโทรทัศน์และกิจการวิทยุคมนาคม

อย่างไรก็ดี การจำแนกประเภทธุรกิจโทรคมนาคมมีลักษณะไม่ตายตัว ทั้งนี้ เนื่องจากมี แนวทางในการจำแนกประเภทธุรกิจโทรคมนาคมที่หลากหลาย ซึ่งหากพิจารณาตามแนวทาง องค์การการค้าโลก (WTO) ได้ทำการจำแนกบริการโทรคมนาคม โดยจัดให้เป็นสาขาย่อยของสาขา การสื่อสารและมีกิจกรรมที่ถือเป็นบริการโทรคมนาคม ดังนี้⁵¹

- 1) Voice telephone services บริการโทรศัพท์
- 2) Packet-switched data transmission services บริการรับ -ส่งข้อมูลโดยใช้เทคโนโลยี
แบบ Packet-switched
- 3) Circuit-switched data transmission services บริการรับ-ส่งข้อมูลโดยใช้เทคโนโลยี
แบบ Circuit-switched
- 4) Telex services บริการโทรพิมพ์
- 5) Telegraph services บริการโทรเลข
- 6) Facsimile services บริการโทรสาร
- 7) Private leased circuit services บริการให้เช่าวงจรสำหรับใช้เฉพาะกลุ่ม
- 8) Electronic mail บริการไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์
- 9) Voice mail บริการรับฝากข้อความ
- 10) On-line information and database retrieval บริการข้อมูลออนไลน์ หรือสืบค้น
ฐานข้อมูล
- 11) Electronic Data Interchange (EDI) บริการรับ – ส่งข้อมูลผ่านระบบ Electronic
Data Interchange (EDI)

⁵⁰ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

⁵¹ บริการโทรคมนาคม (2555). สืบค้น 20 สิงหาคม 2555. จาก, www.dtn.go.th/vtl_upload_file//

12) Enhanced/value-added facsimile services, including store and forward, store and retrieve บริการโทรสารที่มีการใช้งานพิเศษเพิ่มเติมจากเดิม เช่น การจัดเก็บโทรสารเพื่อส่งต่อ หรือการจัดเก็บโทรสารเพื่อการสืบค้นภายหลัง

13) Code and protocol conversion บริการเปลี่ยนรหัสหรือรูปแบบของข้อมูล เพื่อใช้ในระบบการรับ-ส่งข้อมูลที่แตกต่างกัน

14) On-line information and/or data processing including transaction processing บริการประมวลผลข้อมูลออนไลน์ ซึ่งครอบคลุมถึงการประมวลผลการทำธุรกรรมทางการเงิน

15) Other บริการอื่นๆ

ทั้งนี้ การจำแนกประเภทกิจกรรมตาม WTO ไม่ใช้การจำแนกประเภทกิจกรรมที่เป็นทางการ และไม่ได้ถูกใช้เป็นหลักในการแบ่งประเภทกิจกรรมโทรคมนาคมจากผู้เชี่ยวชาญด้านโทรคมนาคมแต่อย่างใด หากแต่เป็นเพียงการจำแนกประเภทเพื่อเป็นเครื่องมือคร่าว ๆ ในการสร้างความเข้าใจร่วมกันระหว่างผู้เจรจาเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาว่าบริการโทรคมนาคม คือ กิจกรรมที่ทำหน้าที่รับ – ส่งสัญญาณ (เสียงหรือข้อมูล) ระหว่างผู้ใช้บริการสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย (โดยอาศัยคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าหรือตัวกลางประเภทอื่นื่อนำสัญญาณ) นั้นหมายถึง กิจกรรมที่จะจัดว่าอยู่ในขอบเขตธุรกิจโทรคมนาคมได้ ซึ่งต้องมีทั้งการรับและส่งสัญญาณระหว่างผู้ใช้บริการ เช่น โทรศัพท์ ที่มีการสนทนาทั้งไปและกลับ อินเทอร์เน็ตที่มีการรับ-ส่งสัญญาณข้อมูลผ่านแม่ข่ายตลอดเวลา เป็นต้น

ดังนั้น กิจกรรมโทรคมนาคมจึงเป็นกิจกรรมด้านการติดต่อสื่อสาร ขนส่งข้อมูลข่าวสาร รูปแบบต่างๆ ซึ่งต้องมีการรับและส่งสัญญาณระหว่างผู้ใช้บริการและผู้รับบริการโดยให้บริการส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมายสัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือการอื่นใด ซึ่งสามารถเข้าใจความหมายได้โดยระบบสาย ระบบความถี่ ระบบแสดง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น หรือระบบอื่น ระบบใดหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน รวมถึงกิจการโทรคมนาคมตามที่มีกฎหมายบัญญัติ หรือตามที่คณะกรรมการร่วมกำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม

ลักษณะของกิจการโทรคมนาคมที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม ถือเป็นเกณฑ์การกำหนดลักษณะกิจการโทรคมนาคม โดยพิจารณาจากหลักกรรมสิทธิ์ และสิทธิการครอบครองโครงข่ายโทรคมนาคม

ทั้งนี้ สามารถจำแนกลักษณะกิจการโทรคมนาคมสำหรับการให้บริการโทรคมนาคมได้ 4 ลักษณะ ดังนี้⁵²

⁵²ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องกำหนดลักษณะและประเภทกิจการโทรคมนาคม (น.10 -11). เล่ม 122 ตอนพิเศษ 45ง ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2448.

- 1) การให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้เช่าใช้ และเพื่อให้บริการโทรคมนาคม (Network Provider and Service Provider)
- 2) การให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้เช่าใช้ (Network Provider Only)
- 3) การเช่าใช้โครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้บริการโทรคมนาคม (Leasing the Network for Service Provider Only)
- 4) การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโทรคมนาคม (Telecommunications Facility)

ทั้งนี้ หากพิจารณาประเภทของกิจการโทรคมนาคมที่เป็นการให้บริการโทรคมนาคม (Service Based) ถู้อกเกณฑ์การกำหนดประเภทกิจการโทรคมนาคมตามสารสนเทศ (Information Based) ที่ให้บริการแก่ผู้ใช้บริการโทรคมนาคมปลายทาง (End User) ซึ่งสามารถจำแนกประเภทกิจการโทรคมนาคมสำหรับการให้บริการโทรคมนาคมได้ 3 ประเภท คือ การให้บริการเสียง (Voice) การให้บริการข้อมูล (Data) และการให้บริการพหุสื่อ หรือสื่อผสม (Multimedia)

2.3.2 ความสำคัญของกิจการโทรคมนาคม

เมื่อพิจารณาประเทศมีรายได้ต่ำความต้องการโครงสร้างพื้นฐานจะเป็นด้านการชลประทาน ถนน แต่เมื่อประเทศมีรายได้สูงขึ้น ความต้องการโครงสร้างพื้นฐานด้านโทรคมนาคมและไฟฟ้าจะมีสูงขึ้น⁵³ โดยบริการโทรคมนาคมเป็นกิจกรรมที่มีบทบาทสำคัญใน 2 ด้าน คือ

- 1) เป็นภาคเศรษฐกิจที่มีขนาดใหญ่ ครอบคลุมการให้บริการแก่ประชาชนในทุกระดับของระบบเศรษฐกิจ
- 2) เป็นบริการที่มีบทบาทเป็นตัวกลางหรือเป็นต้นทุนที่สำคัญในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทอื่นๆ นอกจากนี้ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและการหลอมรวมของสื่อต่างๆ ยังเป็นตัวกระตุ้นบทบาทของการบริการโทรคมนาคมให้ทวีความสำคัญมากขึ้น

นอกจากนี้กิจการโทรคมนาคมถือเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการพัฒนาประเทศ ทั้งยังเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานด้านการสื่อสารและการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชน นอกจากนี้ แนวความคิดเรื่องเกี่ยวกับสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นบริการสาธารณะที่รัฐจำต้องจัดทำให้แก่ประชาชนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอีกด้วย

⁵³ *World Development Report 1994 Infrastructure for Development : Executive Summary* (pp. 1-2).

2.4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม

การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นหลักการระงับข้อพิพาทที่สำคัญประการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาทางปกครอง ซึ่งหลักการอนุญาโตตุลาการนั้นมีขั้นตอนที่มีความแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง เนื่องจากขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นขั้นตอนการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล แต่ทั้งนี้ในบางกรณีขั้นตอนการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนั้นก็มีความสัมพันธ์กับชั้นศาล เนื่องจาก เมื่อมีกรณีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายนั้นมีประเด็นที่เกิดความไม่ชัดเจนขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของข้อกฎหมายหรือเรื่องของขั้นตอนในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการแล้วนั้น ก็มีความจำเป็นที่จะต้องนำประเด็นดังกล่าว ร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลได้วินิจฉัยหรือพิจารณาให้เกิดความชัดเจนขึ้น เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งการศึกษาถึงปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานกิจการโทรคมนาคมนั้น มีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงหลักการที่สำคัญต่างๆ เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง เพื่อเป็นกรอบของการศึกษาถึงเรื่องดังกล่าว รวมถึงในการที่ผู้วิจัยจะได้ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

2.4.1 ความหมายและลักษณะของอนุญาโตตุลาการ

“อนุญาโตตุลาการ” มีความหมายสองประการ คือ อาจหมายถึงบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็นคนกลางชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียวหรือหลายคนก็ได้ บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนี้ ภาษาอังกฤษเรียกว่า “Arbitrator” แต่ในบางครั้งคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” อาจถูกนำไปใช้ในลักษณะที่ไม่ได้หมายถึงตัวบุคคลที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท แต่หมายถึงวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ซึ่งแตกต่างจากการฟ้องร้องดำเนินคดี (Litigation) ในศาล และตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Arbitration” ดังนั้นจึงควรต้องระมัดระวังว่าคำดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้ในที่ต่างๆ ในความหมายใด เพราะหากแปลบทบัญญัติมาตราต่างๆ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการเป็นภาษาต่างประเทศโดยไม่ระมัดระวังว่าคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ที่ใช้ในแต่ละมาตรานั้น บางมาตราอาจหมายถึงตัวบุคคลและบางมาตราอาจหมายถึงวิธีการระงับข้อพิพาท ทำให้เนื้อความของการแปลกฎหมายคลาดเคลื่อนไป⁵⁴

⁵⁴ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (น.82). โดย อนันต์ จันทร โอภากร, มีนาคม-เมษายน 2533. คุณภาพ 2, 37.

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มีได้บัญญัติให้นิยามความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” และ “อนุญาโตตุลาการ” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ทั้งนี้ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้คำนิยามความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” เพียงคำเดียวซึ่งหมายความว่า⁵⁵ บุคคลที่คู่กรณีตกลงกันตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นคนกลางในการชี้ขาดในข้อพิพาท โดยมีได้แยกคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” กับ “อนุญาโตตุลาการ” ออกจากกันแต่อย่างใด นอกจากนี้ยังได้มีการให้คำนิยามความหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) หมายถึง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบุคคลที่สาม โดยคู่กรณี อาจเลือกบุคคลที่สามเป็นอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งคน (Sole Arbitrator) หรือหลายคนเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) ก็ได้ (แต่ต้องเป็นจำนวนเลขคี่) หรืออาจเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institution Arbitration) ทั้งนี้ คู่กรณีอาจกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ในสัญญาเรียกว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” หรืออาจจะระบุเป็นข้อสัญญา (Arbitration Clause) ก็ได้ โดยอนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่วินิจฉัยการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) ซึ่งคู่กรณีต้องผูกพันตามคำชี้ขาดดังกล่าว ทั้งนี้ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้บังคับตามคำชี้ขาดได้⁵⁶

การอนุญาโตตุลาการ หมายความว่า การระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์วิธีหนึ่ง ซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างคู่สัญญาด้วยความสมัครใจเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ การพิจารณาชี้ขาดและคู่กรณียอมผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นส่วน “อนุญาโตตุลาการ” คือ บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายตั้งขึ้น เพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี⁵⁷

อนุญาโตตุลาการ หมายความว่า บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายในการที่ตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทอาจกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้รับการชี้ขาดอันมีผลผูกพันโดยบุคคลที่ตนเป็นผู้เลือก ซึ่งผลจากการตกลงดังกล่าวทำให้

⁵⁵ พจนานุกรมไทย (น.597). โดย ฝ่ายหนังสือส่งเสริมเยาวชน. 2543. กรุงเทพมหานคร: บริษัทซีเอ็ดยูเคชั่น.

⁵⁶ อนุญาโตตุลาการ (Arbitration). (2555). โดย สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน), สืบค้น 20 สิงหาคม 2555. จาก http://www.etda.or.th/etda_website/mains/display/941.

⁵⁷ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น.4). โดย เสาวนีย์ อัสวโรจน์. 2540. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ข้อพิพาทไม่อยู่ในอำนาจของศาล ดังนั้น คู่พิพาทจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในการที่จะให้มือนุญาโตตุลาการ กระบวนการจะจบลงด้วยการมีคำชี้ขาด ซึ่งมีสภาพบังคับทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลและ ในที่สุดคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถที่จะถูกโต้แย้งโดยคู่พิพาทที่ไม่พอใจได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

58

แม้ว่าจะมีการให้นิยามความหมายของอนุญาโตตุลาการไว้มากมาย แต่ทั้งนี้โดยทั่วไปแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญๆ ดังต่อไปนี้⁵⁹

1) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทชนิดใดบ้างที่จะระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของประเทศนั้นๆ

2) บุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรือเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท คือเป็นบุคคลภายนอกซึ่งเป็นคนกลาง จะมีจำนวนหนึ่งท่านหรือหลายท่านก็ได้ โดยได้รับเลือกจากผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาทหรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่ผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาทได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายกำหนดให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดๆ โดยเฉพาะ

3) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะทำการเกินขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้โดยสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการตกลงกันได้มากน้อยเพียงใดเป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศ

4) อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความแต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องผูกติดอยู่กับกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดดังที่ศาลปฏิบัติ เพราะเจตนารมณ์ของอนุญาโตตุลาการ คือ ความต้องการที่จะลดข้อยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของระบบศาล อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาและชี้ขาดไปตามหลักแห่งความยุติธรรม เป็นต้นว่าให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี และจะต้อง ชี้ขาดโดยการรับฟังจากน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่กรณีทุกฝ่าย

5) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นระบบเอกชน ดังนั้น กฎหมายในประเทศต่างๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุดเพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการโดยรัฐจะมี

⁵⁸หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (น.28-29). โดย วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญา กุล, สิริพันธ์ พลรบ. 2548. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵⁹ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (น.83-85). เล่มเดิม.

บทบาทในฐานะเป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และพยายามหลีกเลี่ยงการเข้าแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วจะถือว่าเป็นที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย และคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายก็สามารถอาศัยองค์กรของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือศาล ให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

7) การพิจารณาคดีและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็จะเป็นเพียงกรณีจำเป็นเพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาเพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีและเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ และเมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยในทางปฏิบัติแล้ว การนำคำชี้ขาดไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับหรือบังคับจึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลไปให้ศาลต่างประเทศบังคับ

แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จะมีได้มีการให้นิยามความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ทั้งนี้จากคำนิยามต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงอาจกล่าวได้ว่า “การอนุญาโตตุลาการ” หมายความว่า การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทนั้นให้บุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่ย้ายตนเลือก และมีความเป็นกลาง ซึ่งเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยคู่กรณียอมผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น และคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบทบาท ขอบเขตอำนาจหน้าที่และวิธีการเพื่อให้อนุญาโตตุลาการใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งเรียกว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การใช้คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” และ “อนุญาโตตุลาการ” โดยทั่วไปของประเทศไทยนั้นอาจใช้คำกล่าวถึงในลักษณะรวมกัน คือ “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งความหมายของ คำทั้งสองดังกล่าวนี้มีความแตกต่างกัน เนื่องจาก “การอนุญาโตตุลาการ” นั้นมีความหมายถึงขั้นตอนในการระงับข้อพิพาท ส่วน “อนุญาโตตุลาการ” หมายความว่าบุคคลหรือคณะบุคคลที่มีหน้าที่ในการดำเนินขั้นตอนการระงับข้อพิพาท แต่ทั้งนี้พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานก็ได้ให้นิยามเฉพาะของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” เท่านั้นดังนั้น ในการพิจารณานิยามความหมายของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” จึงควรพิจารณาถึงหลักเกณฑ์สำคัญที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงข้างต้นเพื่อนำมาประกอบถึงการให้นิยามความหมายของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ”

2.4.2 บทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

บทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัมปทานกิจการโทรคมนาคมนั้น นับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอีกประการหนึ่ง เนื่องจากการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวนั้น ในเบื้องต้นต้องทราบก่อนว่าอนุญาโตตุลาการมีบทบาท อำนาจหน้าที่อย่างไรบ้าง เพราะหากไม่อาจทราบได้ว่าอนุญาโตตุลาการมีบทบาท อำนาจหน้าที่อย่างไรก็ คงไม่สามารถที่จะวิเคราะห์ถึงปัญหาในเรื่องที่ทำการศึกษาได้ โดยผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงบทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการได้ดังนี้

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 24 วรรคแรก ได้บัญญัติถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 24 ว่า “คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการและประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ...”

อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยอำนาจของตนเองนั้น เป็นหลักที่ยอมรับกันเป็นสากล ความหมายของบทบัญญัตินี้ก็คือ ในการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท คู่พิพาทอาจมีประเด็นโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทด้วยเหตุผลต่างๆ กัน ในกรณีดังกล่าวกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยไปพลางก่อนว่าตนมีอำนาจที่จะทำการพิจารณาข้อพิพาทนั้นต่อไปได้หรือไม่ เพราะหากให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยแล้ว กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ต้องสะดุดหยุดลงจนกว่าศาลจะวินิจฉัยเสร็จ อันเป็นการขัดวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยทางอนุญาโตตุลาการ ข้อสำคัญคือศาลยังคงมีอำนาจที่จะวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการหากคดีมาสู่ศาลในที่สุด คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้เป็นคำวินิจฉัยชั่วคราว เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถเดินต่อไปได้เท่านั้น มาตรา 24 วรรคแรกจึงอาจแบ่งการพิเคราะห์ได้ ดังนี้⁶⁰

1) ความมีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

อำนาจของอนุญาโตตุลาการมีบ่อเกิดมาจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีสัญญาดังกล่าวก็จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ได้ ต้องไปฟ้องต่อศาล ในกรณีที่คู่พิพาท

⁶⁰ อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ (น.99-107). โดย ไชยวัฒน์ บุญนา. 2545. กรุงเทพฯ: ทรัพย์สุริย์ จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม.

ทำสัญญากันไว้อย่างแข็งแรงและลงลายมือชื่อไว้เป็นพยานหลักฐานก็ไม่น่าจะมีประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับความมีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด กรณีที่จะมีปัญหาวามีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ได้แก่กรณีที่มีการอ้างว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นปรากฏในรูปของสัญญาในเอกสารที่คู่พิพาทได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรศัพท์ การแลกเปลี่ยนข้อมูล โดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นที่มีการบันทึกข้อสัญญาไว้ ฯลฯ ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องอนุมานจากพฤติการณ์ดังกล่าวว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่ มาตรา 24 วรรคหนึ่งให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยปัญหานี้เป็นอันดับแรก

นอกจากนี้ หากสัญญาอนุญาโตตุลาการมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไร การที่อนุญาโตตุลาการดำเนินการใดๆ ภายในขอบเขตของข้อกำหนดนั้นถือว่าอนุญาโตตุลาการกระทำการโดยสุจริต

2) ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ในเมื่ออำนาจของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุใดๆ อนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจที่จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น นอกจากประเด็นที่จะถกเถียงกันเกี่ยวกับความมีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 11 แล้ว อาจมีประเด็นถกเถียงเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 12 หรือมาตรา 13 อันจะกระทบถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการเช่นกัน ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยในเบื้องต้นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์หรือไม่

ในการพิจารณาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 24 ให้อำนาจข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก และคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเดินต่อไปได้ เพราะถ้าถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักแล้ว คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ต้องการให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไปอาจโต้แย้งว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะ ดังนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักก็ตกเป็นโมฆะด้วย เมื่อไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ไม่มีโอกาสที่จะเข้าสู่กระบวนการเพื่อพิจารณาว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะตามที่ได้มีการกล่าวอ้างได้เลย กฎหมายจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระจากสัญญาหลัก

3) ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ตั้งขึ้นโดยชอบหรือไม่ก็เป็นอำนาจที่คณะอนุญาโตตุลาการนั้นเองจะเป็นผู้วินิจฉัยในเบื้องต้น การตั้งอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตาม มาตรา

17, 18, และ 22 ศาลมีหน้าที่ที่จะวินิจฉัยว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ตั้งขึ้นโดยชอบหรือไม่หากมีประเด็นมาสู่ศาลในที่สุด

4) ประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

คู่พิพาทอาจยอมรับกันว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่จริง แต่ข้อพิพาทยังไม่เกิดเพราะคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือในสัญญาหลัก ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงยังไม่มีอำนาจในการพิจารณา

5) ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการแตกต่างหากจากสัญญาหลัก

กฎหมายถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็น ข้อสัญญาแตกต่างหากจากสัญญาหลัก ดังนั้น แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยว่าสัญญาหลักเป็น โฆษะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้อำนาจ (โดยข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าว) แก่อนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป ซึ่งรวมทั้งการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองแม้ว่ามีการกล่าวอ้างว่าสัญญาหลักที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งนั้นจะเป็น โฆษะหรือไม่สมบูรณ์ด้วยประการใดๆ ก็ตาม หากถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก อนุญาโตตุลาการก็จะไม่มีอำนาจดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกว่าศาลจะวินิจฉัยว่าสัญญาหลักไม่เป็น โฆษะ

อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเท่าที่คู่พิพาทได้ให้ไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือในข้อกำหนดเกี่ยวกับการพิจารณาชี้ขาดคดีที่คู่พิพาทหรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเลือกใช้ กำหนดให้ทำขึ้น และหากสัญญาหรือข้อกำหนดดังกล่าวไม่บัญญัติเรื่องหนึ่งเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ที่บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งปกติก็ได้แก่กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสถานที่ทำการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการนั้น เช่น หากทำการพิจารณาในประเทศไทยก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ตัวอย่างของการกระทำเกินขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ในกรณีที่ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะทำการพิจารณาข้อพิพาทโดยไม่ต้องยึดติดอยู่กับตัวบทกฎหมาย หรือชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลักความยุติธรรมมากกว่าหลักกฎหมาย หากอนุญาโตตุลาการกระทำการในลักษณะดังกล่าว คู่พิพาทก็สามารถคัดค้านได้

นอกจากนี้ยังอาจกล่าวได้ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นการทำหน้าที่คล้ายผู้พิพากษา ซึ่งในหลายประเทศที่มีระบบอนุญาโตตุลาการมานานแล้ว เช่นในสหรัฐอเมริกา มีประมวลจริยธรรมของ

อนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรียกว่า The Code of Ethic for Arbitration in Commercial Dispute ซึ่งอนุญาโตตุลาการแตกต่างกับผู้พิพากษาทั้งในบทบาท หน้าที่ และฐานะ กล่าวคือ⁶¹

ประการแรก อนุญาโตตุลาการอาจจะไม่ใช่ นักกฎหมาย อาจจะไม่ใช่ข้าราชการหรือแม้จะเป็นข้าราชการที่มาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้มาทำหน้าที่ในฐานะเป็นข้าราชการ ซึ่งต่างจากผู้พิพากษาต้องเป็นนักกฎหมายเพื่อทำหน้าที่ตัดสินคดี

ประการที่สอง อนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ประกอบวิชาชีพหรืออาชีพอื่น และมีงานหลักประจำอยู่แล้ว การทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจึงเป็นงานชั่วคราวเท่านั้น

ประการที่สาม ซึ่งเป็นข้อที่สำคัญมากข้อหนึ่ง คือ อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ที่คู่กรณีเลือกขึ้นมาให้ตัดสินข้อพิพาทของตน แต่คู่กรณีไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาสำหรับตัดสินคดีของตนเองได้ แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีนั้น ซึ่งต่างกับผู้พิพากษาจะไม่มีความสัมพันธ์กับคู่ความเลย

ประการที่สี่ ข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการตัดสินนั้นเป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการไม่อาจจะชี้ขาดข้อพิพาทในทางอาญาได้

ประการที่ห้า การพิจารณาคดีของศาลต้องยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นหลักของการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาและกฎหมายลักษณะพยาน โดยเคร่งครัดการดูหมิ่นจะเน้นเรื่องความรวดเร็ว ความเป็นกันเอง การรักษาความลับและยึดความเป็นธรรมเป็นจุดมุ่งหมายจะไม่เคร่งครัดต่อกฎระเบียบหรือข้อกฎหมายมากนัก

ประการสุดท้าย คือ คู่กรณีจะเป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้แก่อนุญาโตตุลาการ ต่างกับผู้พิพากษาซึ่งรับเงินเดือนจากทางราชการ กรณีนี้มีผลต่อการวางตัวและการระมัดระวังของอนุญาโตตุลาการยิ่งกว่าผู้พิพากษามาก

เมื่อพิจารณาถึงบทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 24 จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีอำนาจหน้าที่ที่มีความสำคัญอยู่หลายประการ กล่าวคือ มีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนว่ามีอำนาจในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือไม่ และยังมีอำนาจในการพิจารณาถึงความมีอยู่และความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอำนาจของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุใดๆ อนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจที่จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ซึ่งกรณีนี้อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นมีความคล้ายคลึงกับอำนาจ

⁶¹ ปัญหาและแนวทางการใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับ/ยุติข้อพิพาทในงานก่อสร้างกรณีสัญญาก่อสร้างงานราชการ (น. 27-28). วิทยานิพนธ์วิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต. โดย อานนท์ ไทยจันทน์, เรือเอก. 2548. กรุงเทพฯ: สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ.

หน้าที่ของผู้พิพากษา กล่าวคือ ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้น ในเบื้องต้นผู้พิพากษาต้องวินิจฉัยก่อนว่า คดีที่คู่ความได้ฟ้องหรือร้องต่อศาลนั้นอยู่ในเขตอำนาจของตนหรือไม่ เพราะหากคดีไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลตนแล้ว ผู้พิพากษาก็ย่อมไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้เช่นกัน ซึ่งอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นเป็นไปโดยบทบัญญัติของกฎหมาย นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจในการกำหนดเวลาให้คู่กรณีในการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทบางประเด็น หรืออนุญาโตตุลาการกระทำการเกินขอบเขตอำนาจอีกด้วย ทั้งนี้ แม้ว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการบางส่วนจะมีความคล้ายคลึงกับอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น แต่ออนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีความแตกต่างจากผู้พิพากษาอยู่หลายประการเช่นกัน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการอาจเป็นบุคคลใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมายที่คู่กรณียินยอมหรือตกลงกันไว้เบื้องต้นว่าให้บุคคลหรือคณะบุคคลใดทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งแตกต่างจากผู้พิพากษาที่ต้องเป็นนักกฎหมายและคู่กรณีไม่อาจเลือกได้ว่าจะให้ผู้พิพากษาคนใดเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีของตน นอกจากนี้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ อนุญาโตตุลาการไม่อาจจะชี้ขาดข้อพิพาทในทางอาญาได้ นอกจากนี้ ยังอาจกล่าวได้อีกว่า ในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากจะเป็นการตกลงระหว่างคู่กรณีในการกำหนดอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว ยังเป็นการที่คู่กรณีได้มีอิสระในการแสดงเจตนาของตน (หลักอิสระในการแสดงเจตนาทางแพ่ง) ในการเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการอีกด้วย สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่สัญญา

2.4.3 ขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการ

ดังที่ได้พิจารณาข้างต้นว่าการอนุญาโตตุลาการ คือ การดำเนินการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ แต่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อคู่สัญญามีการตกลงที่จะมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันให้บุคคลที่สามหรือที่เรียกว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยวิธีอนุญาโตตุลาการอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่กรณียังมิได้ฟ้องคดีต่อศาลหรืออาจกระทำได้แม้ในขณะที่ข้อพิพาทเป็นคดีในศาลแล้ว หรืออาจดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกันใช้บริการ

การอนุญาโตตุลาการมักเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณี โดยอาจตกลงกันเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (Submission) หรือตกลงกันไว้ก่อนในสัญญาหนึ่งสัญญาใดที่มีอยู่ (ซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลัก”) ว่าเกิดข้อพิพาทขึ้นจากสัญญานั้นจะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เรียกสัญญาดังกล่าวไว้ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” อันหมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับ

ข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้⁶² โดยข้อที่ควรตระหนักอยู่เสมอ คืออำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดมาจากสัญญา ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกิดมาจากสัญญา คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญา และถ้าหากเป็นคดีอาญาแล้วแม้จะเป็นความผิดอันยอมความกัน ได้ก็ไม่น่าจะระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้อันนี้ กรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้⁶³ โดยหลักประเด็นพิพาทที่สามารถเสนอให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณามักจะระบุไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งก่อนที่จะมีการนำประเด็นพิพาทเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวครบเสียก่อน อาทิ มีการเจรจาของคู่กรณีเพื่อตกลงในประเด็นพิพาทก่อนเป็นการเบื้องต้น หากไม่สามารถตกลงได้จึงจะมีการนำประเด็นพิพาทเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการต่อไป เป็นต้น ทั้งนี้ เงื่อนไขยอมเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีการตกลงกัน

หลักการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 25 เป็นบทบัญญัติหลักเกี่ยวกับการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบัญญัติว่า

⁶²พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545, มาตรา 11.

มาตรา 11 สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

⁶³มาตรา 15 ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

“ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพหุติการแห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการพิจารณาใดๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม”

บัญญัติดังกล่าวอาจแยกวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ดังนี้

1) คู่พิพาทต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม

การพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงหลักการดำเนินการกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม (Due Process) ในกรณีที่คู่กรณีจำเป็นต้องขออำนาจศาลในการบังคับให้เป็นไปตามคำบังคับไปตามคำชี้ขาด ศาลจะต้องตรวจสอบว่าการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการกระทำไปด้วยความเป็นธรรมหรือไม่ แต่ศาลจะต้องกระทำในขอบเขตที่เหมาะสมและพยายามสร้างดุลยภาพ (Equilibrium) ระหว่างการเคารพเจตนารมณ์ของคู่กรณี และการดูแลให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปอย่างเป็นธรรม โดยจุดที่เป็นดุลยภาพน่าจะอยู่ที่กระบวนการของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Proceedings) ว่าได้ดำเนินการตามที่ข้อสัญญาและข้อกำหนดกำหนดหรือไม่ และได้ให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการดำเนินนำเสนอข้อพิพาทอย่างเต็มที่เท่ากันหรือไม่⁶⁴

ดังนั้น การพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการแม้มิใช่การพิจารณาในศาล แต่คณะอนุญาโตตุลาการต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทนำพยานหลักฐานของตนเข้าสืบตามประเด็นพิพาทอย่างไม่เลือกปฏิบัติ รวมทั้งมีการปฏิบัติต่อคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียม หากการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชอบธรรมอาจส่งผลต่อการที่ศาลจะบังคับตามคำชี้ขาดได้

2) การพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ

การพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมีความยืดหยุ่น หลักพื้นฐานของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คือการดำเนินการกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลง

⁶⁴การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณี : ความเหมาะสมในการกำหนดให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง (น.50). โดย มณเฑียรกุลธำรง. 2550. เอกสารวิชาการส่วนบุคคลหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)” รุ่น 10 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

กำหนดไว้ แต่หากในเรื่องใดที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงไว้หรือไม่สามารถหาข้อสรุปร่วมกันได้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการกำหนดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการในกฎหมายแม่แบบ⁶⁵ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 25 วรรคสอง อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการใดๆ ตามที่เห็นสมควรได้ รวมถึงในการพิจารณาอนุญาโตตุลาการก็สามารถกำหนดแนวทางการรับฟังพยานหลักฐานและชี้แจงน้ำหนัก พยานหลักฐานได้ด้วย ซึ่งอาจมีการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้

ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักจะไม่นับถ่วงน้ำหนักว่าตนจะใช้วิธีพิจารณาแบบใด เพราะต้องการรักษาความยืดหยุ่นของกระบวนการไว้แต่กำหนดแนวทาง (direction) การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นครั้งคราวหรือเมื่อคู่กรณีร้องขอ⁶⁶ การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจึงสามารถปรับวิธีพิจารณาแก่กรณีพิพาทเป็นตามแต่ลักษณะประเด็นข้อพิพาทได้อย่างเหมาะสม

ในส่วนของกฎหมายและหลักในการใช้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34 ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นตามหลักการที่กฎหมายกำหนด โดยคู่กรณีจะตกลงกันกำหนดกฎหมายที่จะใช้ข้อบังคับกับข้อพิพาท ซึ่งหากคู่กรณีมิได้กำหนดหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ โดยเฉพาะ ก็ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้ นอกจากนี้ คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Amiable Compositeur) ก็ได้

⁶⁵ ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน (หน้า 92). วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. โดย นวลนภา อภิบาลศรี. 2555. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

⁶⁶ อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ (น.111). เล่มเดิม.

3) ผลการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นหากคณะอนุญาโตตุลาการมีมากกว่า 1 คนต้องถือตามเสียงข้างมาก และกรณีไม่ได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นอนุญาโตตุลาการต้องมีการแสดงเหตุผลในการกำหนดข้อชี้ขาดไว้ด้วย⁶⁷ ซึ่งคำชี้ขาดต้องไม่เกินขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ผลการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผูกพันคู่กรณีพิพาทให้ต้องปฏิบัติตาม และหากคู่กรณีพิพาทไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องให้ศาลเป็นผู้บังคับการให้คู่กรณีปฏิบัติตาม⁶⁸ โดยมีข้อสงวนว่าจะมีผลบังคับเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันในกรณีคำชี้ขาดอยู่ในบังคับของสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ⁶⁹ ดังนั้น การตกลงกันของคู่กรณีพิพาทอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวเป็นผลให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาท ผลการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผูกพันคู่กรณีพิพาทให้ต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้นสามารถนำผลชี้ขาดให้ศาลบังคับให้ได้

อย่างไรก็ตาม ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ในบางกรณี หากคู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ถึงเหตุที่ทำให้คำชี้ขาดดังกล่าวไม่

⁶⁷มาตรา 37 คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากถือว่าเพียงพอแล้วแต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ด้วย

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง และจะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความตามมาตรา 36 หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 46

คำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 26 วรรคหนึ่งและให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นนั้น

เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว ให้คณะอนุญาโตตุลาการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย

⁶⁸มาตรา 41 ภายใต้งบบังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจยอมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ค่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

⁶⁹ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน (หน้า 94). วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. เล่มเดิม.

ชอบด้วยกฎหมายได้⁷⁰ หรือหากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการจัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷¹

2.4.4 ความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการถือเป็นการระงับข้อพิพาทซึ่งถือเป็นอีกหนึ่งทางเลือกที่รวดเร็วและคู่กรณีพิพาทสัญญาตามอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทได้ ทั้งนี้ คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายสามารถเลือกผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการได้เอง ดังนั้นคดีพิพาทกันในทางปัญหาเทคนิคเฉพาะสาขา คู่กรณีจึงตั้งผู้เชี่ยวชาญในสาขานั้นๆ เป็นอนุญาโตตุลาการ⁷²

อนึ่ง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีข้อดีหลายประการ อาทิ

- 1) การพิจารณาข้อพิพาทสามารถทำได้อย่างรวดเร็ว เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการมีความยืดหยุ่น แตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลนั้นมีขั้นตอนซับซ้อน คู่ความจึงใช้เวลามากกว่า
- 2) กรณีที่ข้อพิพาทความยุ่งยากและสลับซับซ้อนของคดีสามารถคลี่คลายได้โดยง่าย เนื่องจากโดยปกติผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมักเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านนั้นๆ การพิจารณาพยานหลักฐานจึงสามารถทำได้อย่างเป็นธรรมและรวดเร็ว
- 3) การรักษาชื่อเสียงและความลับ เนื่องจากหลักการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำโดยลับ ดังนั้น เฉพาะคู่กรณีและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเท่านั้นที่สามารถเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้
- 4) สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท เนื่องจากรูปแบบการอนุญาโตตุลาการเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทสามารถเจรจาปัญหากันได้โดยตรงตามสมควรแก่เจตนารมณ์ของคู่กรณีพิพาท ไม่มุ่งเน้นการเป็นปรปักษ์หรือแพ้ชนะเช่นการพิจารณาคดีของศาล จึงเป็นการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาทนั่นเอง

2.5 พัฒนาการของอนุญาโตตุลาการ

พัฒนาการของอนุญาโตตุลาการไม่ปรากฏหลักฐานยืนยันแน่ชัดว่า การระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยอนุญาโตตุลาการนั้นเริ่มมีครั้งแรกเมื่อใด แต่พบว่าในสมัยกรีกและโรมันมีการนำเอาการอนุญาโตตุลาการมาใช้แล้ว และในกฎหมายสิบสองโต๊ะก็มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 5 โต๊ะ

⁷⁰พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 43.

⁷¹พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 44.

⁷²ปัญหาและแนวทางการใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับ/ยุติข้อพิพาทในงานก่อสร้างกรณีสัญญาก่อสร้างงานราชการ (น.13). วิทยานิพนธ์วิศวกรรมศาสตรมหาบัณฑิต, เล่มเดิม.

ที่ 7 ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อกระทำการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินข้างเคียง โดยมีบุคคลที่เป็นกลาง 3 คน ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และต่อมาเมื่อการขยายตัวทางด้านธุรกิจการค้าเป็นไปอย่างกว้างขวางและรวดเร็ว บรรดาพ่อค้าจึงนิยมระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมากกว่านำคดีขึ้นสู่ศาล⁷³ และกฎหมายในยุคโรมันฉบับหลังๆ ก็ได้บัญญัติถึงการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แต่เปลี่ยนจากความสมัครใจเป็นการบังคับให้คู่กรณีใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้การแนะนำดูแลของเจ้าหน้าที่ปกครองท้องถิ่น ทั้งนี้เพราะรัฐใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการเข้าควบคุมกิจการค้าและกิจการของประชาชน

หลังจากยุคกลางการอนุญาโตตุลาการก็ได้รับความนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายในหมู่พ่อค้าของประเทศต่างๆ และในระดับระหว่างประเทศ เช่น ในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีสมาคมการค้าต่างๆ (Guilds Merchant) อยู่ในเมืองต่างๆ เกือบทุกเมืองและมีบทบาทในวงการค้าเป็นอย่างมาก จึงได้จัดให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าซึ่งเป็นสมาชิกโดยการอนุญาโตตุลาการและการอนุญาโตตุลาการยังได้รับความนิยมมากขึ้น เมื่อบริษัทการค้าต่างๆ ของประเทศอังกฤษได้ทำการค้ากับต่างประเทศกันอย่างกว้างขวางและก็ได้มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรปี ค.ศ.1697⁷⁴

สำหรับประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรปนั้นก็ยอมรับการอนุญาโตตุลาการโดยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันและกฎหมายพระและก็มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศต่างๆ ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.1806 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิตาลี ค.ศ.1865 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี ค.ศ.1877 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสวีเดน ค.ศ.1877 ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มใช้อนุญาโตตุลาการตั้งแต่สมัยที่เป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษโดยใช้กันในหมู่พ่อค้าและมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการใน ค.ศ.1768 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็ได้มีการร่างขึ้นและประกาศใช้ใหม่หลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยได้แบบอย่างจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษใน ค.ศ.1781⁷⁵

⁷³ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณี: ความเหมาะสมในการกำหนดให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง (น.30), โดย มณเฑียรกุลธำรง, 2550, กรุงเทพฯ: วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

⁷⁴ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (น.73), สุทธิวาทีนฤพวิทย์, หลวง, 2546, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁵ , History of Commercial Arbitration in England and the United States, (pp. 132-134), โดย William Carton Jones, 1975, A Sumary View, 14(2),.

ปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการได้รับการสนับสนุนให้กว้างขวางยิ่งขึ้นโดยเป็นที่ยอมรับว่ามีส่วนช่วยลดคดีความที่จะนำมาสู่การพิจารณาของศาลได้มาก จนในที่สุดประเทศต่างๆ ได้มีการพัฒนาเป็นกฎหมายยอมรับการมีผลใช้ได้ของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นแบบอย่างที่ใช้ต่อกันมา

ในส่วนอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวงโดยเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ”⁷⁶ ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของตุลาการ (กระลาการ) ซึ่งเป็นตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้นเอง และจะตัดสินความผิดถูกอย่างไรก็ไม่มีโทษ ซึ่งต่างกับตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และเมื่อตัดสินอย่างไรแล้ว คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินก็จะอุทธรณ์ไม่ได้ ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในกฎหมายตราสามดวงซึ่งกล่าวไว้ว่า “อันว่ากระลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้นถ้าแลบังคับบัญชาผิดไ้หรือหาโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับเอง” และข้อความในอีกรวรรคหนึ่ง กล่าวว่า “อันว่ากระลาการแลคู่ความนั้นยอมกันให้บังคับนั้น ถ้าบังคับคดีนั้นคู่ความมิเต็มใจ และจะอุทธรณ์เอาเนื้อความนั้นมาบังคับใหม่เล่ามิได้เลย เหตุเนื้อความนั้นคนทั้งสองก่อปรด้วยอุตสาหะยอมให้ผู้นั้นบังคับ” ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยในสมัยโบราณนั้นเข้าใจถึงลักษณะพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการได้อย่างถูกต้อง และตรงกับแนวความคิดในสมัยปัจจุบันที่ถือปฏิบัติกันในประเทศส่วนใหญ่

กฎหมายตราสามดวงนี้ใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ก็ได้มีการปฏิรูปกฎหมายโดยมีความคิดที่จะทำให้ระบบกฎหมายในประเทศไทยทัดเทียมกับประเทศมหาอำนาจในตะวันตก และในส่วนเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการก็ไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 หมวดที่ 19 มาตรา 116-121 ซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐเข้าไปแทรกแซงกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมากขึ้น และพยายามที่จะจำกัดใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน กล่าวคือจะต้องเป็นข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในศาลชั้นต้นแล้ว และคู่ความเห็นพ้องต้องกันและร้องขอต่อศาลให้เชิญผู้หนึ่งผู้ใดคนเดียวหรือหลาย

⁷⁶ พระไอยการลักษณะตระลาการ

“อันว่าลักษณะตระลาการหล่าพวกโดยพระธรรมนูญอย่างหลักอินทภาษกล่าวดังนี้

ปฤชอดดี ปตุโต เจโก รฎฐโก สมณานิโก

อนฤมิโก รณญาโต อนฤญาโต ฉรา มโต

ปฤชอดดี ปตุโต เจโก ประการหนึ่งตระลาการเป็นฝ่ายคู่ความข้างหนึ่ง รฎฐโก ประการหนึ่งกระลาการเป็นนายร้อยนายแขวงเมืองนอก สมณานิโก ประการหนึ่งกระลาการมีใจเสมอทั้งสองข้างก็มิได้ลำเอียง อนฤมิโก ประการหนึ่งกระลาการตั้งไว้รองกระลาการผู้ใหญ่ รณญาโต ประการหนึ่งกระลาการอันพระมหากษัตริราชตั้งไว้ อนฤญาโต ประการหนึ่งกระลาการอันคู่ความยอมให้บังคับเอง”

คนมาเป็นอนุญาโตตุลาการตัดสินคดีนั้น ให้ศาลมีอำนาจเชิญบุคคลนั้นมาเป็นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดคดีได้ (มาตรา 116, 117 พระราชบัญญัติกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115) การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ถูกจำกัดโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัด (มาตรา 118) เมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดแล้วก็ต้องนำคำชี้ขาดนั้นมาเสนอต่อศาล ให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเสียก่อนจึงจะมีผลบังคับได้ และถ้าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้อง ศาลก็จะไม่พิพากษาให้ (มาตรา 120) และเมื่อศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดแล้วให้ถือเป็นที่สุดจะอุทธรณ์คำพิพากษาไม่ได้ เว้นแต่คำพิพากษาของศาลนั้นไม่ถูกต้องตรงตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 121) ทศนะของกฎหมายต่ออนุญาโตตุลาการของไทยในขณะนั้นจึงใกล้เคียงกับกฎหมายของอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 17-18 โดยพยายามที่จะจำกัดและควบคุมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด นอกจากนั้นศาลไทยก็มักจะมองอนุญาโตตุลาการว่าคล้ายกับเป็นผู้แข่งที่ไม่ควรจะยอมรับง่ายๆ⁷⁷

ต่อมาในปี ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 โดยไม่มีการประกาศยกเลิกพระราชบัญญัติกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 แต่อย่างใด เรื่องที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้นบัญญัติไว้ในหมวด 15 มาตรา 108-114 ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมีข้อความคล้ายคลึงกับมาตรา 116-121 ของพระราชบัญญัติกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 เพียงแต่เพิ่มเหตุที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอีก 2 ประการ คือกรณีที่อนุญาโตตุลาการทุจริตและคำชี้ขาดไม่ได้เป็นไปโดยสุจริต นอกเหนือไปจากเหตุผลที่ว่าคำพิพากษาของศาลไม่ถูกต้องตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 114)

พระราชบัญญัติกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2577 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 โดยได้บัญญัติเรื่องเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ในภาค 2 หมวด 3 มาตรา 210-222 ซึ่งในมาตรา 221 และ 222 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลและการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล แต่ก็ไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างละเอียดว่าการอนุญาโตตุลาการนอกศาลนั้นจะต้องทำอย่างไรบ้าง ซึ่งเข้าใจว่าที่ต้องบัญญัติมาตรา 221 เอาไว้ก็เกรงว่าจะมีการเข้าใจผิดเหมือนกับเมื่อตอน

⁷⁷ ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (น.8). โดย จิตติ ดิงศภัทย์, ดุลพาห 3, 34 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2530).

ใช้พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115ว่าศาลไม่ยอมรับให้มีการอนุญาตตุลาการนอกศาล⁷⁸

เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาลไว้ จึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนและความไม่มั่นใจในทางปฏิบัติ และความนิยมในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในวงการธุรกิจการค้าแพร่หลายมาก ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการอยู่หลายฉบับ แต่ยังมีได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่ออนุวัติการความตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้นในที่สุดจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2530 เป็นต้นไป⁷⁹ และได้มีการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยอนุญาตตุลาการนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 221) โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ.2530 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน “มาตรา 221 การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนอกศาลให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ”⁸⁰ ดังนั้น ในปัจจุบันอนุญาตตุลาการนอกศาลจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530⁸¹

จากพัฒนาการของอนุญาตตุลาการที่ได้ศึกษามาข้างต้นนั้น ไม่ว่าจะเป็นในต่างประเทศหรือในประเทศไทยเองนั้น จะเห็นได้ว่า วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนั้นได้มีการนำมาใช้ในประเทศไทยตั้งแต่ในยุคอดีตจนมาถึงยุคปัจจุบัน ซึ่งกรณีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่เกิดขึ้นและได้นำวิธีการอนุญาตตุลาการมาใช้ โดยส่วนใหญ่จะเป็นการอนุญาตตุลาการในกรณีพิพาททางแพ่ง โดยเฉพาะกรณีพิพาทเกี่ยวกับการค้าขาย จึงอาจกล่าวได้ว่ากรณีพิพาท

⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 242 ร.ศ.118 (อ้างจากพระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ คำพิพากษาฎีกาบางเรื่อง ปี ร.ศ.117-120) เป็นข้อพิพาทในเรื่องของมรดก ทายาทได้ตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท ศาลชั้นต้นพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ แต่พอถึงชั้นศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าใช้อนุญาตตุลาการไม่ได้ในชั้นฎีกา ศาลฎีกาตัดสินว่าตั้งอนุญาตตุลาการได้ โดยกล่าวว่ากรณีที่ราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดจะตั้งอนุญาตตุลาการระหว่างกันเองย่อมทำได้ ไม่มีข้อห้ามและไม่จำเป็นต้องให้ศาลตั้ง ถึงแม้พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 จะมีแต่บทบัญญัติเฉพาะแต่การตั้งอนุญาตตุลาการในศาลเท่านั้น อำนาจของคู่กรณีที่จะทำสัญญาอนุญาตตุลาการเองนั้นเป็นอำนาจที่ราษฎรมีก่อนพระราชบัญญัตินี้ในเมื่อพระราชบัญญัตินี้ไม่มีข้อความยกเลิกอำนาจของราษฎรที่จะทำสัญญาดังกล่าวราษฎรย่อมทำสัญญานั้นได้

⁷⁹ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

⁸⁰ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

⁸¹ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ (น.77-81). เล่มเดิม.

เกี่ยวกับการค้าขายนั้นเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การนำวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาโดยอนุญาโตตุลาการมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องและมีการนำมาใช้เป็นที่ยอมรับทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ และได้มีการบัญญัติและประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นรูปธรรม