

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ
ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตาม
พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ปณิตา เป้าอันพงษ์กุล *

รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ **

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาแนวคิด หลักการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศและประเทศไทย อีกทั้ง วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ตลอดจนหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ และเหมาะสมถูกต้องตามหลักการทางกฎหมาย และสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างแท้จริง

จากการศึกษา พบว่า เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 สามประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่งคือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประการที่สอง คือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพ.ศ. 2556 และประการสุดท้าย คือ มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งปัญหาทั้ง 3 ประการข้างต้น

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ถือเป็นอุปสรรคในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นควรนำแนวคิด หรือกฎหมายต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล และสาธารณรัฐโครเอเชีย รวมถึงนำทฤษฎีทาง กฎหมายมหาชน ตลอดจนนำแนวคิดและหลักการความรับผิดชอบของรัฐมาปรับใช้ อีกทั้ง ผู้วิจัยเห็น ควรให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และเห็นควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ที่จำกัด และห้ามใช้วิธี อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตลอดจนให้มีการกำหนด คู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อจะได้สามารถแก้ไขปัญหาที่ เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างยั่งยืน สืบต่อไป

1. บทนำ

ผู้วิจัยจึงขอกล่าวถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตาม พระราชบัญญัติการให้ เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังต่อไปนี้

1.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

จากการศึกษา พบว่า ในปัจจุบันประเทศไทย มีความจำเป็นในการร่วมลงทุนกับ เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะให้ด้านต่าง ๆ โดยการร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าว นั้น กฎหมาย คือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนด รายละเอียดของการร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน รวมถึงได้กำหนด เนื้อหาและข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนไว้ตามกฎหมาย โดยผ่านการพิจารณาตาม ขั้นตอนของกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นสัญญาร่วมลงทุนจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการ อนุญาโตตุลาการเป็นส่วนใหญ่ เพราะวิธีการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในสากลของนานาประเทศ รวมถึงในประเทศไทยยังมีกฎหมายรองรับ แต่ในทางกลับกันสัญญาร่วมลงทุนส่วนใหญ่ ถึงแม้จะมี การกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อพิจารณาวิธี หรือหลักเกณฑ์ก่อนมีการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทตามสัญญา พบว่า ในประเทศไทยมิได้กำหนด มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่ มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน อีกทั้งรัฐบาลไทยยังไม่ให้ความสำคัญกับวิธีอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากกลัวว่ารัฐจะเสียเปรียบเอกชนหากมีข้อพิพาทในสัญญา จากเหตุผลนี้ ทำให้การนำวิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับในสัญญา ตามพระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ จึงแทบเป็นไปไม่ได้ ส่งผลทำให้ในบางกรณีไม่สามารถ นำการระงับข้อพิพาททางเลือกที่กำหนดไว้ในสัญญามาใช้บังคับกันตามที่ตกลงกันได้อย่างชัดเจน

1.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

จากการศึกษา พบว่า พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญา แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องใช้รูปแบบใด ซึ่งในทางปฏิบัติทั่วไปถือเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ ส่งผลให้ประเทศไทยสามารถบังคับใช้ได้เต็มที่ประสิทธิภาพ ในทางกลับกันมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ได้กำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และถ้าเป็นกรณีที่สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลทำให้เกิดความล่าช้าในการทำสัญญา และไม่เป็นที่ไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐด้วย

1.3 มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

จากการศึกษา พบว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งในทางปฏิบัติเอกชนจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ อีกทั้งกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก ทั้งนี้เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาลอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ในการทำหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อบกพร่องจากการปฏิบัติหน้าที่อยู่บ้างในบางกรณี จึงส่งผลทำให้รัฐที่ถือเป็นคู่สัญญากับเอกชนอันจะเข้ามาร่วมกันลงทุน เห็นว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวนั้น อาจเกิดข้อบกพร่องที่ไม่อาจจะคาดเดาขึ้นได้ ดังนั้นหากรัฐไปหวังพึ่งแต่เพียงการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ อาจมีความเสี่ยงภัยที่รัฐจะต้องรับจากความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นถึงแม้กฎหมายกำหนดเรื่องความรับผิดชอบในตัวในความรับผิดชอบทางแพ่งในการทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย อีกทั้ง ยัง

กำหนดโทษทางอาญาหากในกรณีที่อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เป็นธรรม แต่การกำหนดหลักประกันดังกล่าวตามกฎหมายในทางปฏิบัติรัฐบาลก็ยังคงมีแนวคิดที่ว่าสัญญาที่มีวงเงินมากกว่าหนึ่งพันล้านนั้นเป็นเงินภาษีของประชาชน ถ้าเกิดความเสียหายจากการบังคับใช้สัญญา และจากบางกรณีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการแล้วนั้น คณะอนุญาตตุลาการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเลือกมาทำหน้าที่จะไม่สามารถชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

2.แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐ

2.1 หลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการแบ่งออกเป็น การอนุญาตตุลาการในศาล และการอนุญาตตุลาการนอกศาล การอนุญาตตุลาการในศาลเป็นกรณีที่ได้มีการนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลชั้นต้นและคดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลแล้ว แต่คู่กรณีต่างเห็นพ้องและตกลงกันเสนอข้อพิพาทเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือทั้งหมดให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยการยื่นคำร้องขอต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายจะอนุญาตให้มีการตั้งอนุญาตตุลาการขึ้น ซึ่งในการตั้งอนุญาตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกัน ภายใต้การควบคุมและช่วยเหลือของศาล ส่วนการอนุญาตตุลาการนอกศาลเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีประสงค์จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการ ชี้ขาดโดยไม่ประสงค์จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันได้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดหรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วโดยแยกออกเป็น

(1) การอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือการอนุญาตตุลาการแบบเฉพาะกิจเป็นคู่กรณีตกลงจะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการกันเอง ตั้งแต่การตั้งอนุญาตตุลาการ การกำหนดกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้เหมาะสมกับข้อพิพาท แต่หากคู่กรณีมิได้ตกลงกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไว้ หรือกำหนดวิธีพิจารณาไว้แต่บางเรื่องไม่อยู่ในความตกลงเป็นดุลพินิจของอนุญาตตุลาการที่จะดำเนินการ แต่ต้องให้ความยุติธรรมและโอกาสแก่คู่กรณีในการเข้าร่วมพิจารณา

(2) การอนุญาตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาตตุลาการ เป็นกรณีที่คู่กรณีประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยใช้บริการสถาบันอนุญาตตุลาการ ซึ่งสถาบันอนุญาตตุลาการแต่ละแห่งจะมีรายชื่อบุคคลที่มีความรู้ความสามารถทางด้านต่าง ๆ และยินดีทำหน้าที่อนุญาตตุลาการไว้ให้คู่กรณีเลือก รวมทั้งมีข้อบังคับให้คู่กรณีเลือกใช้กับการอนุญาตตุลาการของตน นอกจากนั้นยังมีเจ้าหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีที่ใช้บริการ เพื่อให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดี

2.2 หลักการตรากฎ

การตรากฎอันเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารผู้ใช้อำนาจบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นที่มาของกฎหมายปกครองและมีผลใช้บังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไปแต่กฎหมายที่ออกจะต้องมีฐานะต่ำกว่าบทกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล ทั้งนี้ ในการจำกัดขอบเขตของฝ่ายบริหารในการออกบทบัญญัติวางระเบียบบังคับประชาชนนั้นไม่มีบทกฎหมายใดกำหนดไว้อย่างแน่ชัด กล่าวคือ ไม่มีการกำหนดไว้ในกรณีใดบ้างที่เป็นอำนาจฝ่ายบริหาร ทั้งยังไม่มีหลักทั่วไปบัญญัติไว้ในกฎหมายใด ๆ เพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องนี้โดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีบทกฎหมายกำหนดขอบเขตของฝ่ายบริหารในการตราบทบัญญัติวางระเบียบบังคับประชาชนอย่างแน่ชัด ก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายบริหารจะออกบทกฎหมายได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด ขอบเขตแห่งอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องนี้ย่อมมีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไปเนื่องจากสภาพของอำนาจบริหารนั่นเอง ซึ่งการตรากฎนั้นโดยทั่วไปแล้วมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1) ข้อจำกัดในการออกกฎ

กฎที่เป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้น ตามหลักทั่วไปกฎจะมีบทกำหนดโทษหรือเรียกเก็บภาษีอากรไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบของสภานิติบัญญัติก่อน กรณีบทบัญญัติที่ออกมาเพื่อกำหนดรายละเอียดตามพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บทก็ย่อมจะถูกจำกัดขอบเขตอำนาจโดยพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทนั้น กล่าวคือ จะมีข้อความขัดแย้งหรือมีเนื้อหาเกินกว่าอำนาจที่พระราชบัญญัตินั้นกำหนดไว้ไม่ได้ เพราะบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารเป็นบทบัญญัติที่ออกมาเพื่อความสะดวกในการใช้พระราชบัญญัติเท่านั้น และถือว่าเป็นบทบัญญัติอุปกรณ์ของบทบัญญัติที่เป็นพระราชบัญญัติ ส่วนกฎที่ออกมาเพื่อวางระเบียบโดยไม่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทใดก็จะวางระเบียบในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ ฉะนั้น การออกกฎจะต้องอ้างอิงกฎหมายแม่บทเสมอทุกกรณีหรืออาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทในการตราเสมอ

แต่อย่างไรก็ตาม การออกกฎที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรับรองไว้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดบังคับให้องค์กรที่ตรากฎจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎนั้นด้วย การระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎดังกล่าวนี้ ถือเป็นแบบของการออกกฎ ดังนั้น การตรากฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ไม่อ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจย่อมทำให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) ฐานแห่งอำนาจในการออกกฎ

แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับฐานอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไว้ แต่โดยหลักทั่วไปแล้ว ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะมีอำนาจใน

การออกกฎขึ้นใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ กล่าวคือ ในการออกกฎทุกชนิดจะต้องมีกฎหมายแม่บทระดับพระราชบัญญัติเป็นฐานแห่งอำนาจ โดยกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎนั้นจะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ ตลอดจนขอบเขตแห่งอำนาจในการออกกฎไว้ด้วย เว้นแต่ พระราชกำหนด ซึ่งก็เป็นฐานอำนาจของฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น การตรากฎหมายแม่บทมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ โดยเสรีนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดต่อหลักนิติรัฐ (หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง) และขัดต่อหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา (ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับเอง)

2.3 ความรับผิดในทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ

“อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย”

เมื่อความรับผิดของอนุญาโตตุลาการมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะจึงไม่นำบทบัญญัติ มาตรา 420 มาใช้ ดังนั้น จะให้อนุญาโตตุลาการรับผิดก็ได้แต่เฉพาะเมื่ออนุญาโตตุลาการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น สำหรับกรณีที่มีความประมาทเลินเล่อที่ไม่ร้ายแรงก็จะเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดไม่ได้ เพราะตามกฎหมายปัจจุบันอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดต่อคู่กรณีในการกระทำตามหน้าที่ เว้นแต่จงใจกระทำผิดต่อคู่กรณีและทำให้คู่กรณีต้องเสียหาย ซึ่งอาจถือได้ว่ากระทำโดยทุจริต หรือเมื่อมีการกระทำที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่ถ้าประมาทเลินเล่อธรรมดาและเล็กน้อยก็ไม่ต้องรับผิด เพราะมีหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดให้ต้องมีการประกันความอิสระของอนุญาโตตุลาการจากการที่จะไม่ถูกฟ้องคดีให้รับผิดในทางแพ่ง

การกระทำที่อนุญาโตตุลาการต้องรับผิด

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีโดยสัญญา คือ การที่อนุญาโตตุลาการเข้าทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้นก็เพราะมีข้อตกลงระหว่างคู่กรณีกับอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเรื่องของสัญญา แต่อีกส่วนหนึ่งก็เป็นเรื่องที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นลักษณะของหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นถ้าจะให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดในการกระทำของตนก็ต้องมีลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาหรือผิดหน้าที่ มีการกระทำที่เป็นการประพฤตินิยมชอบหรือซึ่งมีลักษณะเดียวกันไม่ว่าจะในประเทศใด ๆ หรือระบบใด ๆ

3. กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของต่างประเทศและประเทศไทย

3.1 กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของต่างประเทศ

3.1.1 สหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกานั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาเป็นเอกชนนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย 5 U.S.C. Sections 571 – 583 ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

(1) คู่สัญญาอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการให้จำกัดเฉพาะให้เป็นไปตามกรณีที่กำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

(2) ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยต้องกำหนดประเด็นในสัญญาที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ไว้ และจะต้องกำหนดวงเงินสูงสุดซึ่งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่กรณีจ่ายให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้

(3) การที่หน่วยงานของรัฐจะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับนั้น หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำคู่มือซึ่งเป็นรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการจัดทำคู่มือดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐจะต้องปรึกษาหารือกับอัยการสูงสุด

(4) ในการเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ตกลงกัน โดยจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง ทั้งนี้ แม้ไม่มีการกำหนดว่าบุคคลผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นนักกฎหมายหรือผู้มีประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมาย แต่โดยทั่วไปคู่สัญญามักจะเลือกนักกฎหมายขึ้นทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับข้อกฎหมายหรือการตีความข้อสัญญา

(5) การกำหนดให้มีการประกันภัยให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

(6) ค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเหตุผลและหลักกฎหมายทั่วไปโดยย่อแบบไม่เป็นทางการและมีการอธิบายประกอบคำชี้ขาด

(7) การจัดทำคู่มือรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ตาม Sections 575 c จะมีสาระสำคัญ เช่น รูปแบบของอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาใช้ เทคนิคของการอนุญาโตตุลาการ รายการประเด็นสำคัญต่าง ๆ ที่จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

3.1.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้มีแนวคิดในเรื่องการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดมาตั้งแต่ในช่วงศตวรรษที่ 11 และในปัจจุบันประเทศอังกฤษจะได้ตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังให้อำนาจศาลที่จะเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ ส่วนในเรื่องสัญญาทางปกครองนั้น ประเทศอังกฤษไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองส่วนใหญ่ก็จะใช้วิธีการเจรจาข้อพิพาทหรือไม่ก็จะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยการที่จะนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นต้องพิจารณาจากการเข้าร่วมเป็นสมาชิก โดยภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามที่ได้เข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังยอมรับข้อสัญญาที่ให้พิจารณาตามความยุติธรรม ซึ่งหลักความยุติธรรมก็คือ ระบบของกฎเกณฑ์และการเยียวยา หลักเกณฑ์นี้ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและไม่ว่าทางใดก็ไม่อาจที่จะลบล้างหลักความยุติธรรมนั้นออกไปจากการที่จะเข้ามาเกี่ยวพันกับการอนุญาโตตุลาการได้

3.1.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น จะกระทำโดยการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้ไม่ได้สร้างความพอใจแก่คู่สัญญาเท่าที่ควร อันมีสาเหตุมาจากอำนาจของผู้พิพากษานั้นมีอยู่อย่างจำกัดเพราะสามารถทำได้เพียงสั่งเพิกถอนหรือออกคำสั่งบังคับอื่น ๆ การพิจารณาคดีในศาลปกครองเป็นไปอย่างล่าช้า นอกจากนี้ ศาลปกครองมีคดีที่ต้องพิจารณาเป็นจำนวนมาก และกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็ยังคงเป็นกรณีที่สำคัญแล้วมีความละเอียดซับซ้อนรวมทั้งมีเอกสารที่ต้องพิจารณาจำนวนมาก จึงมีความพยายามที่จะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นมาใช้แทนการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น

การอนุญาโตตุลาการ

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1006 ซึ่งใช้บังคับเรื่อยมาจนถึง ค.ศ. 1925 กฎหมายฉบับนี้ยอมรับแต่เฉพาะสัญญาอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในอนาคตนั้น กำหนดว่าต้องเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างพ่อค้า

และเป็นเรื่องทางพาณิชย์เท่านั้นโดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1925 ต่อมาในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1980 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ทำการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่โดย Décret No.80354 ยกเลิกมาตรา 1005-1028 เพื่อให้การอนุญาตตุลาการเป็นที่ยอมรับจากนักกฎหมายมากขึ้น ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งวิธีการอนุญาตตุลาการที่สำคัญ 3 องค์ประกอบ คือ

3.2 กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ร่วมทุนในกิจการของรัฐของประเทศไทย

จากการศึกษา พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พบว่า ร่างสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- (1) ระยะเวลาของโครงการ
- (2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ
- (3) อัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ
- (4) การเปลี่ยนแปลงการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง
- (5) สิทธิทรัพย์สินของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าทรัพย์สินของโครงการ
- (6) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน
- (7) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา และการชำระค่าเสียหาย
- (8) การค้ำประกัน การประกันภัยและการชดเชยค่าเสียหาย
- (9) การระงับข้อพิพาท

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดให้สัญญาอนุญาตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาตตุลาการทั้งนี้สัญญาอนุญาตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ และสัญญาอนุญาตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาเว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมายโทรสารโทรเลขโทรพิมพ์การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามิใช่สัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว สำหรับสัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการโดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักให้ถือว่ามิใช่สัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว

อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ได้กำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และถ้าเป็นกรณีดังต่อไปนี้

(1) สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และ

(2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สำหรับเหตุที่การอนุญาตตุลาการได้รับความนิยมใช้ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ เพราะมีข้อดีหรือประโยชน์ คือ รวดเร็วและมีประสิทธิภาพเนื่องจากคู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาตตุลาการจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ตนพิพาทได้จึงทำให้การรับฟังพยานหลักฐานและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทสามารถทำได้รวดเร็วและเนื่องจากการอนุญาตตุลาการมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัด ไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากและเมื่ออนุญาตตุลาการตัดสินไปแล้วข้อพิพาทยุติ ไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ จึงทำให้การระงับข้อพิพาทรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ และเป็นการรักษาชื่อเสียง ความลับของคู่กรณีเนื่องจากกระบวนการพิจารณาของการอนุญาตตุลาการกระทำการลับไม่ให้บุคคลภายนอกเข้ารับฟังการพิจารณา จึงทำให้สามารถรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับต่าง ๆ เช่น ความลับทางธุรกิจของคู่กรณีพิพาทได้ รวมถึงรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีพิพาทได้ การที่กระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไม่เคร่งครัดและไม่เคร่งเครียด ไม่มีลักษณะการต่อสู้แบบในศาลจึงทำให้คู่กรณีซึ่งจำต้องติดต่อหรือมีความสัมพันธ์ เช่น ต้องค้าขายกันต่อไปหลังการพิพาทกันยังคงรักษาความสัมพันธ์ต่อกันได้ ดีกว่าการฟ้องคดีต่อศาล ตลอดจนเหมาะสมสำหรับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อนการที่คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่เป็นอนุญาตตุลาการได้ และถ้าคู่กรณีเลือกอนุญาตตุลาการจากบุคคลที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทกันโดยเฉพาะในกรณีที่ข้อพิพาทยุ่งยาก และสลับซับซ้อนก็จะทำให้การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทน่าจะทำได้ดี รวดเร็ว และเหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทย มีความจำเป็นในการร่วมลงทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะให้ด้านต่าง ๆ เช่น โครงสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ เป็นต้น เนื่องจากรัฐอาจไม่มีแหล่งเงินทุน หรือเทคโนโลยีเพียงพอต่อการสร้างระบบสาธารณูปโภคดังกล่าว โดยโครงการต่าง ๆ ในลักษณะนี้มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดทำให้แก่ประชาชนเพื่อสนองความต้องการของประชาชน โดยการร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าวนี้ กฎหมาย คือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดรายละเอียดของการร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน รวมถึงได้กำหนดเนื้อหาและข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมทุนไว้ตามกฎหมาย โดยผ่านการพิจารณาตามขั้นตอนของกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นสัญญาร่วมลงทุนจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนใหญ่ เพราะวิธีการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในสากลของนานาประเทศ รวมถึงในประเทศไทยยังมีกฎหมายรองรับ ตลอดจนยังสะดวกต่อการระงับข้อพิพาทในขณะดำเนินงานตามสัญญาก่อนมีการฟ้องร้องคดีในชั้นศาลแต่ในทางกลับกันสัญญาร่วมทุนส่วนใหญ่ถึงแม้จะมีการกำหนดการระงับข้อพิพาททางเลือกรวมตามที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อพิจารณาวิธีหรือหลักเกณฑ์ก่อนมีการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทตามสัญญา พบว่า ในประเทศไทยมิได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน อีกทั้งรัฐบาลไทยยังไม่ให้ความสำคัญกับวิธีอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากกลัวว่ารัฐจะเสียเปรียบเอกชนหากมีข้อพิพาทในสัญญา จากเหตุผลนี้ทำให้การนำวิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับในสัญญา ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจึงแทบเป็นไปไม่ได้ ส่งผลทำให้ในบางกรณีไม่สามารถนำการระงับข้อพิพาททางเลือกที่กำหนดไว้ในสัญญามาใช้บังคับกันตามที่ตกลงกันได้อย่างชัดเจน

นอกจากนี้ หากมีการจะทำร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในประเทศไทย แต่กลับไม่มีการกำหนดมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน จะส่งผลทำให้การร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 รัฐจะต้องรอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเป็นครั้ง ๆ ไป ซึ่งส่งผลเสียต่อการจัดทำโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ที่ต้องการอาศัยเวลาและจำนวนเงินที่มหาศาลในการก่อสร้าง อีกทั้งยังส่งผลต่อความน่าเชื่อถือในการร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชนเพราะผู้ร่วมลงทุนเอกชนส่วนใหญ่ที่มาจากต่างประเทศจะหมดความเชื่อมั่นในการเข้ามาทำธุรกิจกับรัฐบาลไทยอย่างชัดเจน อีกทั้งจากการที่ในประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมทุน ทำให้รัฐบาลไทยเองก็ไม่มี หลักเกณฑ์ หรือแนวทางในการกำหนดให้สัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีความสำคัญต่อประชาชนและประเทศ มาเป็นมาตรฐานกลางในการ

กำหนดแนวทางว่า สัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้อย่างสมบูรณ์

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า จากการที่ประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น จึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าสัญญาใดที่ควรให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทำให้การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการ ทฤษฎีทางกฎหมาย ได้แก่ หลักการระงับข้อพิพาททางเลือก หลักคู่สัญญา ส่งผลให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ทำให้ประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือรูปแบบในการกำหนดว่าสัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้อย่างสมบูรณ์ ส่งผลทำให้เอกชนขาดความเชื่อมั่นในการเข้ามาร่วมลงทุนทำธุรกิจกับรัฐบาลไทย เกิดผลเสียต่อการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำสาธารณูปโภคให้กับประชาชนเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนระบบสังคม เศรษฐกิจของประเทศไทยไม่ได้รับการพัฒนา

4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สำหรับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนในกิจการภาครัฐ เป็นการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนด้วยการให้บริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพครอบคลุมทั้งด้าน เศรษฐกิจ การศึกษาและสังคม เกิดประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งการลงทุนของภาครัฐจะดำเนินไปด้วยความโปร่งใส รวดเร็ว และตรงต่อความต้องการของประชาชน รักษาสมดุลของเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่สร้างภาระต่อระบบงบประมาณ โดยภาคเอกชนมีความเชื่อมั่นในการลงทุนภายใต้หลักการแข่งขันเสรีและเป็นธรรม โดยสัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนสร้างสรรค์โอกาสในการลงทุนเพื่อพัฒนาประเทศให้กับทุกภาคส่วน โดยบูรณาการภารกิจสำคัญของประเทศและทิศทางอนาคตที่จะนำพาประเทศก้าวหน้าไปสู่ความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจ และสังคมอย่างยั่งยืน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญา แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องใช้รูปแบบใด ซึ่งในทางปฏิบัติทั่วไป

ถือเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบของอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ ส่งผลให้ประเทศไทยสามารถบังคับใช้ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ในทางกลับกันมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ได้กำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และถ้าเป็นกรณีที่สัญญาต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทาน ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลทำให้เกิดความล่าช้าในการทำสัญญา และไม่เป็นที่ไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐด้วย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แต่เนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีเป็นการสร้างขึ้นตอนและรูปแบบที่มีวัตถุประสงค์ที่จะไม่ให้รัฐเสียเปรียบ โดยกำหนดว่าหากมีความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ในการกำหนดการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอนุญาโตตุลาการได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างขั้นตอน วิธีการ และรูปแบบที่ขัดต่อวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะในทางปฏิบัติจะใช้การระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาโตตุลาการเท่านั้น เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รับรองและคุ้มครอง และยังมี การระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น ๆ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้การทำสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องมีรายละเอียดในเรื่องการกำหนดการระงับข้อพิพาทซึ่งโดยทั่วไปจะใช้การระงับข้อพิพาทรูปแบบการอนุญาโตตุลาการ แต่ในทางกลับกันเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป ส่งผลกระทบทำให้เกิดผลเสียต่อการที่เอกชนจะร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และกระทบถึงการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้เจริญก้าวหน้าในด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ เพื่อให้ตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนส่งผลเสียต่อการดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนภายในประเทศในการได้รับบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคจากรัฐ นั่นเอง

4.3 มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักประกันให้รัฐใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สำหรับความรับผิดของอนุญาโตตุลาการนั้น หากอนุญาโตตุลาการไม่กระทำหน้าที่หรือกระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง ทุจริตหรือไม่เอาใจใส่และทำให้คู่กรณีต้องเสียหาย อนุญาโตตุลาการก็ต้องมีความรับผิดต่อคู่กรณีผู้ต้องเสียหายเพราะการกระทำของอนุญาโตตุลาการนั้นด้วย ซึ่งหลักประกันในรูปแบบของการประกันภัยเกี่ยวกับความรับผิดของอนุญาโตตุลาการก่อนมีการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น โดยหลักประกันดังกล่าวจะเป็นหลักประกันในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่กระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง ทุจริตหรือไม่เอาใจใส่และกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย ดังนั้นการกำหนดหลักประกันในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้คู่กรณีผู้เสียหายได้รับการเยียวยาตลอดจนเพื่อให้อนุญาโตตุลาการจะไม่กระทำผิด แต่จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่นั้น และหลักประกันดังกล่าวทั้งการกำหนดหลักประกันเรื่องความรับผิดทางแพ่งและทางอาญา ยังเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะสร้างความมั่นใจให้กับคู่สัญญาว่าตามกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการคณะนั้น ๆ จะสามารถสร้างความยุติธรรมให้เกิดกับคู่พิพาทจากสัญญานั้นได้ตามเจตนารมณ์ของสัญญาและตามหลักของกระบวนการยุติธรรมที่กฎหมายกำหนดได้อย่างแท้จริง

จากการศึกษา จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งในทางปฏิบัติเอกชนจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้อีกทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาล อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาล จึงทำให้เห็นได้ว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวนั้นเกิดความไม่เป็นกลางและขาดความเชื่อมั่น เพราะการที่คู่สัญญาใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น ก็ไม่เปิดให้คู่พิพาทตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่สามารถที่จะเลือกเอาการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่นมาใช้ได้เลย ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายกำหนดเรื่องความรับผิดชอบในตัวในความรับผิดทางแพ่งในการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย และโทษทางอาญานั้นส่งผลให้รัฐคิดว่าสัญญาที่มีวงเงินมากกว่าหนึ่งพันล้านบาทนั้น ถ้าเกิดความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งในทางปฏิบัติเอกชนจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ อีกทั้ง กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาลอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาล ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ในการทำหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อบกพร่องจากการปฏิบัติหน้าที่อยู่บ้างในบางกรณี จึงส่งผลทำให้รัฐที่ถือเป็นคู่สัญญากับเอกชน อันจะเข้ามาร่วมกันลงทุน เห็นว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวนั้น อาจเกิดข้อบกพร่องที่ไม่อาจจะคาดเดาขึ้นได้ ดังนั้นหากรัฐไปหวังพึ่งแต่เพียงการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ อาจมีความเสี่ยงภัยที่รัฐจะต้องรับจากความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นถึงแม้กฎหมายกำหนดเรื่องความรับผิดชอบในตัวในผิดทางแพ่งในการทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย อีกทั้งยังกำหนดโทษทางอาญาหากในกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เป็นธรรม แต่การกำหนดหลักประกันดังกล่าวตามกฎหมายในทางปฏิบัติรัฐบาลก็ยังคงมีแนวคิดว่าสัญญาที่มีวงเงินมากกว่าหนึ่งพันล้านนั้นเป็นเงินภาษีของประชาชน ถ้าเกิดความเสียหายจากการบังคับใช้สัญญาและจากบางกรณีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการแล้วนั้น คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเลือกมาทำหน้าที่จะไม่สามารถชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การไม่กำหนดหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่งก่อนเข้ารับตำแหน่งของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่งผลให้รัฐไม่มีความเชื่อมั่นในหลักประกันการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบประกันภัยความรับผิดชอบทางแพ่ง และหลีกเลี่ยงที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญา ทำให้เกิดผลเสียต่อการที่เอกชนจะเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านสาธารณูปโภคไม่ได้รับการพัฒนา ตลอดจนความเจริญก้าวหน้าในชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในการได้รับประโยชน์จากการจัดสาธารณูปโภคต่าง ๆ นั้นเอง

5. ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และเห็นควรยกเลิกมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 ตลอดจนให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

ข้อ 1. ให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังนี้

มาตรา 34/1 หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขเพื่อส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือก ในร่างสัญญาให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐกำหนด

ข้อ 2. ให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 เกี่ยวกับการจำกัด และห้ามใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ข้อ 3. ผู้วิจัยเห็นควรให้มีการกำหนดคู่มือเกี่ยวกับมาตรการเพื่อการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีสาระสำคัญ คือ ให้คำแนะนำ และมีสาระสำคัญเป็นการอธิบายความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งให้มีสาระเป็นการอธิบายกฎหมายซึ่งเป็นที่มาของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการซึ่งเนื้อหาของคู่มือจะประกอบด้วย

1. สิ่งที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องมี โดยกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานต้องพิจารณาก่อนว่ากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นควรนำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้หรือไม่

1) กรณีที่ไม่ควรนำอนุญาโตตุลาการมาใช้

(1) เป็นกรณีที่เกี่ยวกับนโยบายสำคัญของรัฐบาล ซึ่งจะต้องมีการดำเนินการกระบวนการอื่นใดเพิ่มเติมก่อนจะมีกระบวนการตัดสินในขั้นสุดท้าย

(2) ข้อพิพาทนั้นมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิได้เป็นคู่กรณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(3) สิ่งสำคัญของการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คือ การจัดทำบันทึกกระบวนการอย่างครบถ้วนและเปิดเผยต่อสาธารณะ ข้อพิพาทซึ่งไม่สามารถจัดทำกรบันทึกในลักษณะดังกล่าวได้ จึงไม่ควรนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้

2) กรณีกฎหมายกำหนดให้ดำเนินการกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ต้องมีลักษณะดังนี้

(1) การเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามความสมัครใจของคู่กรณี

(2) คู่กรณีอาจตกลงกันจำกัดประเด็นที่จะยื่นสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

(3) คู่กรณีอาจตกลงกันโดยกำหนดผลของการตัดสินที่จะเป็นไปได้จากกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการล่วงหน้าได้

(4) ข้อตกลงในการกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ และต้องมีการกำหนดประเด็นเพื่อยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ และจะต้องกำหนดมูลค่าสูงสุดของค่าเสียหายที่อนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดให้คู่กรณีจ่ายได้เมื่อการตัดสินข้อพิพาท

(5) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเกี่ยวกับการรับฟังการสืบพยาน

(6) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการจัดให้มีการสาบานตนเพื่อการยืนยัน

(7) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดเวลาและสถานที่ในการรับฟังการสืบพยาน

(8) อนุญาโตตุลาการจะถูกตรวจสอบโดยศาล ซึ่งมีเขตอำนาจตามกฎหมายสำหรับหลักฐานเกี่ยวกับการวางตัวไม่เป็นกลางหรือการคอร์รัปชัน

2. คำแนะนำเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการที่จะมีผลผูกพัน

1) ให้มีคำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการต่าง ๆ เช่น การค้นหาข้อเท็จจริง การใช้เจ้าหน้าที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบย่อ เป็นต้น

2) กำหนดของกฎหมายที่จะมีผลให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการที่จะมีผลผูกพันคู่สัญญา

3) รูปแบบขององค์คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจะเลือกใช้

4) การกำหนดวงเงินที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาด

5) ให้มีการศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการกำหนดให้มีการประกันภัยให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบแฝงจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐก่อนคณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่

บรรณานุกรม

ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2533). “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายทางปกครอง, เล่ม 9, น. 182 - 183.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). *สัญญาทางปกครอง* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ประยูร กาญจนดุล. (2538). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ. (2557). *เอกสารประกอบการบรรยาย “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556”* กรุงเทพฯ: บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน)

- เสาวนีย์ อัครโรจน์. (2548). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ
อนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ณัฐวุฒิ ไพศาลวัฒนา. (2558). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้
เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ถนัดกิจ นิวาทวงศ์. (2558). ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททาง
สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.