



ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

Legal problems regarding the contractual alternative dispute resolution for the private
investment in state undertaking under the Private Investment in State
Undertaking Act, B.E. 2556

สุรียพร บัวจัน^{1*} ดร.วชิราภรณ์ พวงจินดา¹

¹ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

Email: suraphan.srp@gmail.com

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด หลักการ และทฤษฎีทางกฎหมาย และศึกษามาตรการทางกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศและประเทศไทย รวมทั้ง วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตาม พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

จากการศึกษา พบว่า นับตั้งแต่มีการใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 เกิดปัญหา ทางกฎหมาย ได้แก่ ประการที่หนึ่ง คือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อการระงับข้อพิพาท ทางเลือกตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ประการที่สอง คือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการ ส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วม ลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 และประการสุดท้าย คือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการ ลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 ในประเทศไทย ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรนำแนวคิดหรือหลักการตามกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกของต่างประเทศ มาปรับใช้ในประเทศไทยเพื่อที่จะสามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างเหมาะสม โดยประเทศไทยควรมีการให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 และมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการของการนำเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกทุกรูปแบบ เพื่อให้ ประเทศไทยสามารถนำการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ มาใช้กับประเทศไทยได้ อย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: การระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

Abstract

The objectives of the thesis were: to study concepts, principles, and legal theories to study legal measures on the contractual alternative dispute resolution for the private investment in the state undertaking in overseas and in Thailand; to analyze a legal problem on the contractual alternative dispute resolution for the private investment in the state undertaking under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E.2556. On the basis of the results of this research, it can be concluded that since the enforcement of the Private Investment in State Undertaking Act, B.E.2556, there occurs problems: Firstly, it is a legal problem on using legal measures of the alternative dispute resolution under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E.2556. Secondly, it is a legal problem on supplement the contractual alternative dispute resolution for the private investment in the state undertaking under the Private Investment in State Undertaking Act, B.E.2556 and last but not least, it is a legal problem on Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States 1965 in Thailand. Therefore, it can be found that the concepts or principles in accordance with law on alternative dispute resolution on overseas should be applied in Thailand in order to solve the problems appropriately. Thailand should rectify the Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States 1965 and there should be an

amendment to law determining the criteria, conditions, and method of all kind of alternative dispute resolution in order that the contractual alternative dispute resolution for the private investment in the state undertaking can be applied in Thailand proficiently.

Keyword : Contractual Alternative Resolution for the Private Investment in State Undertaking

1. บทนำ

ผู้วิจัยจึงขอกล่าวถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ดังต่อไปนี้

1.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อการระงับข้อพิพาททางเลือกตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นสัญญาในการให้บริการสาธารณะ ทั้งในด้านพาณิชย์ เช่น การก่อสร้างทางด่วน ท่าเรือ และในด้านสังคม เช่น การก่อสร้างโรงพยาบาล โรงเรียน เป็นต้น ซึ่งภาคเอกชนจะเป็นผู้เป็นผู้ลงทุนในการออกแบบก่อสร้าง บริหาร และการบำรุงรักษาโครงการ โดยภาครัฐจะนำทรัพย์สิน เช่น ที่ดิน เพื่อร่วมลงทุนกับภาคเอกชน หรือจ่ายค่าตอบแทนคืนให้กับเอกชนตามระยะเวลาสัญญา ซึ่งมีจุดเด่น คือ รัฐสามารถกำหนดทิศทางการพัฒนาประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยจัดให้มีแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของภาครัฐ และสามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเป็นระบบครบถ้วน ลดภาระงบประมาณจากการลงทุนซ้ำซ้อนได้อย่างมีผลสัมฤทธิ์ ลดขั้นตอนให้ความกระชับ พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนที่ชัดเจน และกำหนดกระบวนการที่โปร่งใส ตรวจสอบได้ มีข้อกำหนดสัญญาที่เป็นมาตรฐานสากล สร้างความเชื่อมั่นและเป็นที่ยอมรับของภาคเอกชน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อการระงับข้อพิพาททางเลือกตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 กำหนดไว้เลย เพียงแต่กำหนดไว้ว่าร่างสัญญาร่วมลงทุนต้องมีการกำหนดการระงับข้อพิพาทไว้ด้วย แต่กลับไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำการระงับข้อพิพาทมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน จะส่งผลทำให้การร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชน

ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 รัฐจะต้องรอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเป็นครั้งๆ ไป ทำให้รัฐบาลไทยเองก็ไม่มี หลักเกณฑ์ หรือแนวทางในการกำหนดให้สัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีความสำคัญต่อประชาชนและประเทศ มาเป็นมาตรฐานกลางในการกำหนดแนวทางว่า สัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบใดได้อย่างสมบูรณ์

1.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

การระงับข้อพิพาททางเลือก คือ การแสวงหาวิธีการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นร่วมกันของคู่กรณี หรือค้นหาทางออกที่ดีที่สุดในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น นอกเหนือจากการนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาตัดสินคดีของศาลเพียงอย่างเดียว ซึ่งยอมใช้ระยะเวลาที่นานกว่า และการอำนวยความสะดวกธรรมชาติของศาล ต้องยึดข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ และสามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้ภายในกรอบค่าบังคับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งบางกรณีอาจไม่ตรงกับความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณี หรืออาจไม่ใช่การแก้ไขปัญหาที่จะเกิดประโยชน์สูงสุดในระยะยาวแก่คู่กรณี ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก มีอยู่หลายวิธีด้วยกัน เช่น การเจรจา (คู่กรณีตกลงกันเอง) การไกล่เกลี่ย (มีคนกลางเชื่อมประสานให้คู่กรณีตกลงกัน) การประนีประนอม (มีคนกลางร่วมในการช่วยคิดหาทางออกร่วมกัน) และอนุญาโตตุลาการ (ใช้ในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา) ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่สมัครใจใช้วิธีการดังกล่าว ได้เปิดใจพูดคุยและหาทางออกเพื่อยุติปัญหาร่วมกัน ที่ยอมจะสร้างให้เกิดความพึงพอใจแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้มากกว่า (ในกรณีที่คู่กรณีสามารถตกลงกันได้) โดยลักษณะของข้อพิพาทที่ต่างกันก็เหมาะสมกับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่แตกต่างกันออกไป

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ซึ่งในทางปฏิบัติ



คู่สัญญาจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการ กำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2550 รองรับ การระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ อีกทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการ ระงับข้อพิพาททางเลือก ทั้งนี้ เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับ ข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาล อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล แต่ในทาง กลับกันไม่มีการส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบ อื่นๆ มาใช้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ทำให้คู่สัญญามีความเชื่อมั่นในการกำหนดรูปแบบของการระงับ ข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการมาใช้ใน สัญญามากกว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น นั่นเอง

1.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วย การระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐ อื่น ค.ศ.1965 ในประเทศไทย

ศูนย์อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุน ระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 (ICSID) ก่อตั้งขึ้น ตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States) ทำ ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ.1965 จึงมักเรียกกันติดปาก ว่า “Washington Convention” โดย ICSID เป็นองค์กรหนึ่งของธนาคารโลก (World Bank) มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นองค์กร ในการจัดการข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับ การลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ โดยวิธีการประนีประนอมข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความร่วมมือในการ พัฒนาระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ICSID จึงมี กระบวนการดำเนินงานที่เป็นปัจเจกแยกจากกระบวนการ ตามกฎหมายภายใน ศาลภายในมีหน้าที่เพียงเป็นเสมือน ผู้ช่วยในการบังคับการตามคำตัดสินของ ICSID เท่านั้น คู่กรณี ไม่มีสิทธิยื่นอุทธรณ์กรณีพิพาทเดียวกันนี้ต่อศาลภายในอีก ได้ และรัฐภาคีของ ICSID จะต้องผูกพันตามคำตัดสิน โดยถือว่า คำตัดสินดังกล่าวเป็นที่สุด ซึ่งนับว่าเป็นเอกลักษณ์ของ องค์กรระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่าง แท้จริง แรกเริ่มก่อตั้งมีสมาชิกทั้งสิ้นเพียง 20 ประเทศ และ เพิ่มจำนวนเป็น 157 ประเทศจนถึงปัจจุบัน

จากที่กล่าวมาข้างต้น ประเทศไทยได้มีการลงนาม ในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 แต่ไม่มีการให้สัตยาบันใน

อนุสัญญาฉบับดังกล่าวเอาไว้ ทั้งนี้ในการลงนามแต่ไม่มีการ ให้สัตยาบันไว้นั้น ผลของทางกฎหมายจึงทำให้ไม่มีผลบังคับ ใช้ในประเทศไทย และนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุน ต่างชาติไม่สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่ นัก ลงทุนต่างชาติหรือเอกชนที่เข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 ได้ ทำให้ประเทศไทยใช้ การระงับข้อพิพาทในสัญญาที่นักลงทุนต่างชาติหรือเอกชน ที่เข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามกฎหมายภายในประเทศ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และ พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2550 เท่านั้น (ฉันทวิมล ไทศาลวัฒน์,2558) นอกจากนี้ การที่ประเทศไทย ยังไม่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาท การลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 นี้ ทำให้ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว รวมทั้ง ทำให้ประเทศไทยไม่มีอนุสัญญาที่เป็นเครื่องมือในการ ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนที่เป็นสากลใช้บังคับ กัน มีเพียงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2550 ที่ ใช้บังคับในสัญญาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตาม พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ซึ่งไม่เป็นประโยชน์ในแง่ของการคุ้มครองการ ลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย และไม่เป็นการ จูงใจนักลงทุนต่างชาติเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นที่จะลงทุนใน ประเทศไทยได้มากขึ้น อันจะนำมาซึ่งการขยายตัวทาง เศรษฐกิจของประเทศไทย

2.แนวคิด หลักการ และทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับ ข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนใน กิจการของรัฐ

2.1 หลักการระงับข้อพิพาททางเลือก

การระงับข้อพิพาททางเลือก คือ การดำเนิน กระบวนการที่พยายามยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยคู่กรณี และผู้ที่เกี่ยวข้อง หลีกเลี่ยงการนำข้อพิพาทนั้นเข้าสู่ กระบวนการแบบเป็นทางการหรือการระงับข้อพิพาทกระแส หลัก และวิธีการอย่างไม่เป็นทางการถูกนำมาใช้เพื่อผ่อน คลายผลกระทบอันเกิดจากความเคร่งครัดของการดำเนินคดี อย่างเต็มรูปแบบและพยายามหลีกเลี่ยงผลร้ายที่เกิดจากความ บกพร่องของการดำเนินคดีตามกฎหมายและวิธีพิจารณาคความ ที่เคร่งครัดจึงมีแนวคิดสร้างการระงับข้อพิพาททางเลือกขึ้น ซึ่งมิรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(1) การเจรจาต่อรอง (Negotiation) วิธีนี้ถือเป็น วิธีการระงับข้อพิพาทพื้นฐานโดยคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายที่

สมัครใจนั้นพยายามที่จะพูดคุยกันเพื่อปรับความเข้าใจทั้งสองฝ่าย และพยายามหาข้อยุติที่ทุกฝ่ายต่างเห็นพ้อง หากสามารถหาจุดที่ทั้งสองฝ่ายต่างเห็นพ้องกันได้แล้วปัญหาดังกล่าวเป็นอันยุติลง ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้เป็นวิธีการที่ทำให้โดยง่ายที่สุด คือ สามารถทำที่ไหน เมื่อใดก็ได้แล้วแต่คู่กรณีจะสะดวกโดยไม่ต้องมีพิธีต้องอะไรมากมายและเสียค่าใช้จ่ายน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการระงับข้อพิพาทอื่น พร้อมทั้งวิธีการนี้ยังรักษาความลับของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี เนื่องจากไม่มีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการเข้าร่วมการเจรจา

(2) การประนีประนอมยอมความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างการค้นหาข้อเท็จจริงกับการไกล่เกลี่ยไปด้วย ส่วนใหญ่แล้วการประนีประนอมยอมความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยคณะบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอม ซึ่งกำหนดวิธีการพิจารณาของตนเองและมีกำหนดเวลาในการดำเนินการพิจารณาให้เสร็จสิ้นด้วยเพื่อเปิดโอกาสให้คู่พิพาทเลือกรูปแบบการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นต่อไป โดยข้อเสนอแนะของคณะผู้ประนีประนอมนี้ไม่ผูกพันคู่พิพาท

(3) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายถึง กระบวนการซึ่งมีการตั้งคณะบุคคลหรือบุคคลโดยเปิดเผยและเป็นกลางระหว่างคู่ความ เพื่อใช้ความพยายามแก้ไขความขัดแย้งในทางแพ่งให้บรรลุถึงข้อตกลงอันเหมาะสม ซึ่งต่างกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการระหว่างเพื่อน หรือโดยผู้หน้าที่ต้องถึน

(4) การอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนกว่าการเจรจาต่อรองและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่มีลักษณะหลายประการที่ใกล้เคียงกับการดำเนินคดีในศาล อีกทั้งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น โดยอนุญาโตตุลาการจะประกอบด้วยบุคคลภายนอกที่คู่กรณีเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะเลือกบุคคลที่เห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องต่อผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีความเที่ยงธรรมในการทำหน้าที่ และเพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปโดยรวดเร็วตรงตามเป็นจริง และถูกต้องตามหลักวิชาการ ทางปฏิบัติ และปกติประเพณีในเรื่องนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (Arbitral award) ประการใดแล้ว ย่อมมีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที หากไม่ปฏิบัติตามคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ปฏิบัติตามคำชี้

ขาดต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป ซึ่งการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกรวดเร็วกว่าการฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาทั่วไป เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตัดสินว่าจะบังคับหรือปฏิเสธไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่ามีกรณีใดบ้าง ซึ่งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธการบังคับค่อนข้างมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี

2.2 การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็น การอนุญาโตตุลาการในศาลและการอนุญาโตตุลาการนอกศาล การอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นกรณีที่ได้มีการนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลชั้นต้นและคดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลแล้ว แต่คู่กรณีต่างเห็นพ้องและตกลงกันเสนอข้อพิพาทเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือทั้งหมดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยการยื่นคำร้องขอต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายจะอนุญาโตให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น ซึ่งในการตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกัน ภายใต้การควบคุมและช่วยเหลือของศาล ส่วนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีประสงค์จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยไม่ประสงค์จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดหรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วโดยแยกออกเป็น

(1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ เป็นคู่กรณีตกลงจะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกันเอง ตั้งแต่การตั้งอนุญาโตตุลาการ การกำหนดกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทรวมทั้งกฎหมายต่างๆ เพื่อให้เหมาะสมกับข้อพิพาท แต่หากคู่กรณีมิได้ตกลงกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไว้ หรือกำหนดวิธีพิจารณาไว้แต่บางเรื่องไม่อยู่ในความตกลงเป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการ แต่ต้องให้ความยุติธรรมและโอกาสแก่คู่กรณีในการเข้าร่วมพิจารณา

(2) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ เป็นกรณีที่คู่กรณีประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งจะมีรายชื่อบุคคลที่มีความรู้ความสามารถทางด้านต่างๆ และยินดีทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ให้คู่กรณีเลือก รวมทั้งมีข้อบังคับให้คู่กรณีเลือกใช้บริการอนุญาโตตุลาการของตน นอกจากนั้น ยังมี



เจ้าหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีที่ใช้บริการ เพื่อให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดี

3.มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศและประเทศไทย

3.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศ

3.1.1 รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น จะกระทำโดยการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ไม่ได้สร้างความพอใจแก่คู่สัญญาเท่าที่ควร (นับวันฉบับร.ม.บ.น.น.ท.,2553) อันมีสาเหตุมาจากอำนาจของผู้พิพากษานั้นมีอยู่อย่างจำกัดเพราะสามารถทำได้เพียงสั่งเพิกถอนหรือออกคำสั่งบังคับอื่นๆ การพิจารณาคดีในศาลปกครองเป็นไปอย่างล่าช้า นอกจากนี้ ศาลปกครองมีคดีที่ต้องพิจารณามีจำนวนมาก และกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็ยังคงเป็นกรณีส่วนใหญ่แล้วมีความละเอียดซับซ้อนรวมทั้งมีเอกสารที่ต้องพิจารณาจำนวนมาก จึงมีความพยายามที่จะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นมาใช้แทนการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้นมีดังต่อไปนี้

1) การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง

การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำต่าง ๆ ของตนและผู้ได้บังคับบัญชาการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการก่อนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองมีขึ้นเพื่อโต้แย้งการออกคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ทราบข้อโต้แย้งนั้นและหาทางเยียวยาแก้ไขภายในก่อนที่จะให้ผู้โต้แย้งนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาล (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2555) การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองนี้ถูกนำมาใช้ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาโยธาสาธารณะ ตามมาตรา 33 และมาตรา 34 แห่งข้อกำหนดทางปกครองทั่วไปแนบท้าย

สัญญา (cahier des clauses administratives generals) ซึ่งเป็นเอกสารที่กำหนดหลักเกณฑ์ทางปกครองต่างๆ ไปที่นำมาใช้กับสัญญาโยธาสาธารณะ (ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, 2540) ได้บัญญัติไว้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีจะต้องทำบันทึกเสนอต่อผู้รับผิดชอบงานตามสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนด บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการกำหนดกระบวนการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเอาไว้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาโยธาสาธารณะ

2) การไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลที่เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่มีได้เป็นผู้สัญญาเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาหาแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในระบบกฎหมายเอกชนเป็นไปตามรัฐบัญญัติที่ 96-125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1995 ที่แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code de procedure civile) โดยมาตรา 21 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่าเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณี ผู้พิพากษาสามารถแต่งตั้งบุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ส่วนในระบบกฎหมายมหาชนนั้นประมวลกฎหมายแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ซึ่งถูกแก้ไขโดยมาตรา 22 แห่งรัฐบัญญัติที่ 86-14 ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ.1986 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองว่า ศาลปกครองชั้นต้นทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยเช่นกัน

3) การประนีประนอมยอมความ

ประมวลกฎหมายแพ่ง (Code Civil) ได้ให้คำจำกัดความของประนีประนอมยอมความไว้ว่า เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงระงับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นหรือเพื่อป้องกันข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น การประนีประนอมยอมความนี้นำมาใช้ในระบอบกฎหมายมหาชนด้วย โดยหนังสือเวียนของนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ของการประนีประนอมยอมความ การประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการนำข้อพิพาทไปสู่ศาลซึ่งใช้เวลานาน และต้องผ่านกระบวนการต่างๆ จำนวนมากที่เป็นแบบพิธีสร้างความยุ่งยากให้แก่คู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาตกลงใจที่จะใช้กระบวนการประนีประนอมก็หมายความว่าคู่สัญญาปฏิเสธที่จะนำคดีไปสู่ศาลและยอมรับผลที่เกิดขึ้นจากการประนีประนอมยอมความนั้น โดยผลของการประนีประนอมยอมความอาจนำไปสู่ข้อตกลงที่มีผลเป็นการชดใช้เงินหรือค่าเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ การประนีประนอมยอมความยังนำมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองด้วยในหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็น

จะเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการปฏิบัติตามสัญญา หรือเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากความเป็นโมฆะของสัญญา เป็นต้น

4) การอนุญาโตตุลาการ

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1006 ซึ่งใช้บังคับเรื่อยมาจนถึง ค.ศ.1925 กฎหมายฉบับนี้ยอมรับแต่เฉพาะสัญญาอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในอนาคตนั้น กำหนดว่าต้องเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างพ่อค้าและเป็นเรื่องทางพาณิชย์เท่านั้นโดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1925 ต่อมาในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1980 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ทำการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่โดย Décret No.80354 ยกเลิกมาตรา 1005-1028 เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับจากนักกฎหมายมากขึ้น ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งวิธีการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ 3 องค์ประกอบ คือ

องค์ประกอบที่หนึ่ง คือ องค์ประกอบด้านรูปแบบ กล่าวคือ คำชี้ขาดนั้นต้องมีประสิทธิภาพคู่ความต้องยอมรับปฏิบัติตามผลแห่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

องค์ประกอบที่สอง คือ องค์ประกอบด้านเนื้อหา กล่าวคือ วิธีการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการได้เพราะมีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งข้อพิพาทนั้นอาจเป็นข้อพิพาททางด้านข้อเท็จจริงหรือข้อพิพาททางด้านกฎหมาย หรือเป็นทั้งข้อพิพาททางด้านข้อเท็จจริงและข้อพิพาททางด้านกฎหมายก็ได้

องค์ประกอบที่สาม คือ วิธีการระงับข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามที่คู่กรณีแต่งตั้งเอง เรียกว่าอนุญาโตตุลาการหรืออาจเป็นคณะอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทก็ได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ตั้งแต่มาตรา 1033 เป็นต้นไป โดยระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำวินิจฉัยของศาลปกครองและศาลยุติธรรม วางหลักไว้ว่า ห้ามมิให้หน่วยงานทางปกครองใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท ต่อมาหลักดังกล่าวก็ได้รับรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 5 กรกฎาคม 1972 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อวางหลักว่าห้ามมิให้มีการประนีประนอมยอมความในข้อพิพาทที่มีส่วนราชการหรือองค์การมหาชนเป็นคู่พิพาทหรือในคดีพิพาทใดๆ ที่เกี่ยวกับกฎระเบียบเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย

ของสังคม จนกระทั่งต่อมาได้มีรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 บัญญัติว่า องค์การมหาชนที่ทำกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความได้แต่ต้องออกเป็นรัฐฎีกา

หลังจากนั้นได้มีการยกเว้นให้มิอนุญาโตตุลาการในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างองค์การมหาชนที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2548) ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาวิจัยที่กระทำกับองค์กรต่างประเทศ และรัฐบัญญัติลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 ที่บัญญัติขึ้นเพื่อตอบสนองข้อเรียกร้องของบริษัท Walt Disney ของต่างประเทศที่เข้าไปลงทุนจัดตั้งสวนสนุก Euro Disneyland อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า “ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เว้นแต่จะมีบทกฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นโดยชัดเจน”

3.1.2 กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในรูปแบบของ PPP ของสาธารณรัฐเกาหลี มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) หลักการที่เป็นพื้นฐานของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย Act on Public - Private Partnership in Infrastructure คือ การส่งเสริมให้มีการลงทุนโครงสร้างพื้นฐานที่มีประโยชน์ และมีประสิทธิภาพต่อสังคมสาธารณรัฐเกาหลีโดยการผลักดันให้มีการลงทุนโดยเอกชนในกิจการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดบทนิยามเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐไว้ ดังนี้

ก. โครงสร้างพื้นฐาน หมายถึง โครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับฐานรากของการผลิต การพัฒนาประสิทธิภาพของโครงสร้างพื้นฐานเดิม เช่น การอำนวยความสะดวกเพิ่มขึ้นให้กับประชาชนผู้ใช้บริการ หรือการพัฒนาคุณภาพการใช้ชีวิตในสังคม ซึ่งได้แก่โครงสร้างพื้นฐานในด้านถนน ด้านการรถไฟ และรถไฟขบวนพิเศษ ด้านท่าเรือ ด้านการทำอากาศยาน ด้านการจัดทำเขื่อนหลายวัตถุประสงค์ ด้านการประปา และระบบท่อส่งน้ำประปา ด้านการดูแลแม่น้ำ ด้านท่าเรือ ประมง ด้านการกำจัดน้ำเสีย ด้านโทรคมนาคม ด้านพลังงาน ไฟฟ้าและก๊าซ ด้านพลังงานร่วม และด้านโครงข่ายการสื่อสารและส่งผ่านข้อมูล เป็นต้น

ข. โครงการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน หมายถึง โครงการที่มีความเกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐาน เช่น การก่อสร้าง การขยาย การปรับปรุงพัฒนา หรือการเพิ่มประสิทธิภาพ



ค. หน่วยงานเจ้าของโครงการ หมายถึง หน่วยงานฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับโครงการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งเป็นหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ง. โครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในรูปแบบ Public-Private Partnership หมายถึง โครงการที่ถูกรับรองโดยภาคเอกชนหรือโครงการที่ได้จัดทำเป็นสัญญาสัมปทานขึ้นตามที่ได้กำหนดในกฎหมายนี้ ซึ่งได้มีการตกลงกันระหว่างภาครัฐและเอกชน ซึ่งรวมถึงโครงการที่รัฐจะให้เงินอุดหนุนอย่างต่อเนื่องในแต่ละปีในโครงการดังกล่าว

2) คณะกรรมการพิจารณาโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและคณะกรรมการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

การพิจารณาแบบของโครงการที่รัฐจะให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ให้เป็นไปโดยรอบคอบ จึงได้มีการจัดตั้ง “คณะกรรมการพิจารณาโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน” โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุทธศาสตร์และการคลังเพื่อทำหน้าที่หลักในการพิจารณาแผนนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุน การจัดทำแผนยุทธศาสตร์เกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุน (Basic Plan for Public – Private Partnerships in infrastructure) และร่วมพิจารณาโครงการกับหน่วยงานเจ้าของโครงการในชั้นการพิจารณาความเป็นไปได้ของโครงการ เป็นต้น

กฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีนี้ได้กำหนดกลไกสำคัญของกรพิจารณาโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในรูปแบบของการจัดตั้งกรรมการตามกฎหมายขึ้น 3 คณะ ดังนี้

ก. คณะกรรมการพิจารณาโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

ประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุทธศาสตร์และการคลังเป็นประธาน รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงที่รับผิดชอบโครงการที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และผู้ทรงคุณวุฒิจากภาคเอกชนที่มีความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนจำนวนไม่เกิน 8 คนเป็นกรรมการ

ข. คณะกรรมการที่ปรึกษาโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในกรณีที่คณะกรรมการตาม ก. เห็นว่ามีความจำเป็นจะต้องมีความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญหรือความรู้ทางเทคนิคที่สำคัญ ให้ประธานคณะกรรมการตาม ก. แต่งตั้งคณะกรรมการชื่อว่า “คณะกรรมการที่ปรึกษาโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน” ขึ้น โดยมีองค์ประกอบเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้อง

ค. คณะกรรมการอำนวยการโครงการ (แต่ละหน่วยงาน)

ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการใดจำเป็นต้องมีคณะกรรมการขึ้นเพื่ออำนวยการโครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนสามารถดำเนินการไปได้โดยรอบคอบ ให้หัวหน้าหน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการอำนวยการโครงการขึ้นเพื่อพิจารณาสาระของโครงการที่ได้จัดทำขึ้น คณะกรรมการตาม ข. และ ค. ให้จัดตั้งขึ้นได้ตามรัฐกฤษฎีกา (Presidential decree) ที่ตราขึ้น

3.1.3 รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

1) การระงับข้อพิพาทตามกฎหมาย

กรณีการระงับข้อพิพาทตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กำหนดให้คู่กรณีต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน The Contract Disputes Act of 1978 (CDA) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1.1) คู่สัญญาต้องดำเนินการยื่นข้อเรียกร้องของตนเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้รับจ้างยื่นข้อเรียกร้องต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญามีคำวินิจฉัยภายในระยะเวลา 6 ปี ภายหลังจากวันที่ได้รับรู้หรือควรได้รู้ถึงเหตุการณ์ที่กำหนดความรับผิดชอบผู้รับจ้างหรือรัฐ สำหรับรัฐนั้น เมื่อรัฐได้มีคำวินิจฉัยเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างถือว่าเกิดเป็นข้อเรียกร้องของรัฐที่มีต่อผู้รับจ้างที่รัฐต้องดำเนินการเรียกร้องภายในระยะเวลา 6 ปี เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่ข้อเรียกร้องของรัฐนั้นเป็นผลมาจากข้อเรียกร้องของผู้รับจ้างที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล

1.2) เมื่อข้อเรียกร้องที่มีต่อทั้งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาและรับจ้างไม่อาจทำความเข้าใจกันได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาต้องตัดสินหรือยุติข้อเรียกร้องทั้งปวงที่เกิดขึ้นภายใต้หรือเกี่ยวข้องกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดยทำการตรวจสอบและพิจารณารายละเอียดของข้อเรียกร้องก่อนการทำคำวินิจฉัยสุดท้าย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐมีนโยบายที่จะดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เป็นประเด็นพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนผู้รับจ้างโดยอาศัยความร่วมมือกันในการทำความเข้าใจความตกลงในระดับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา ดังนั้น เมื่อรัฐและผู้รับจ้างเกิดข้อพิพาทขึ้นจึงมีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาคู่พิพาทก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการตาม CDA หรือการใช้กระบวนการทางศาล ซึ่งการดำเนินการกระบวนการระงับข้อพิพาทตาม CDA นั้น มักจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่สูง ความซับซ้อนของ

ข้อเรียกร้อง และความล่าช้าในการขอรับคำตัดสินจาก คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ที่ใช้ระยะเวลาานาน เช่นเดียวกับกระบวนการทางศาลใน Federal Court

ส่วนการระงับข้อพิพาทกรณีการให้สิทธิในการ จัดทำบริการสาธารณะนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นสามารถ ระงับข้อพิพาทได้ด้วยกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครอง (Adjudication) ซึ่งมีกระบวนการดังนี้ คือ เมื่อมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นและข้อขัดแย้งดังกล่าวนั้นกฎหมายกำหนดว่า จะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาทางปกครอง วิธีการในการ วินิจฉัยข้อเรียกร้องต่าง ๆ นั้น โดยหลักหน่วยงานทาง ปกครอง จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ใน Administration Procedure Act ซึ่งกระบวนการในการ วินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองที่ได้ดำเนินการตามที่ Administration Procedure Act กำหนดนี้ โดยทั่วไปจะ เรียกว่า “Formal Adjudications” แต่ในบางครั้งจะเรียกว่า “Evidentiary hearings” “Full hearings” “On-the-record hearings” หรือ “Trial-type hearings” ซึ่งจะมีลักษณะ คล้ายคลึงกับการดำเนินคดีแพ่ง แต่การพิจารณาวินิจฉัยชี้ ขาดทางปกครองนี้เป็นกระบวนการกึ่งตุลาการ และการ พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะขึ้นอยู่กับ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในบันทึกเป็นสำคัญ

2) การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับ ข้อพิพาททางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution: ADR)

การระงับข้อพิพาทในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและการ ระงับข้อพิพาทกรณีการให้สิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะ ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นั้น คู่กรณีอาจใช้กระบวนการ ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอันเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution: ADR) ก็ได้ ซึ่งมีวิธีการดังต่อไปนี้

2.1) การไกล่เกลี่ย (Mediation) คือ การที่บุคคล ที่สามที่เป็นคนกลางช่วยคู่สัญญาหาข้อสรุปของปัญหานั้น ซึ่งบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางนี้จะทำหน้าที่ดำเนิน กระบวนการระงับข้อพิพาททั้งหมด แต่ไม่ได้เป็นผู้ทำการ ตัดสินใจในขั้นสุดท้ายให้กับคู่กรณี ซึ่งในบางครั้งวิธีนี้อาจ เรียกว่า “การช่วยเจรจา” (assisted negotiation) ก็ได้

2.2) การเจรจา (Negotiation) การเจรจาเพื่อ กำหนดกฎตาม The Negotiated Rulemaking Act (NRMA) คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสหรัฐ กำหนดกฎเกณฑ์ โดยใช้วิธีเจรจากับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลายเกี่ยวกับ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่จะกำหนดขึ้นและมีผลบังคับใช้กับบรรดา ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ได้รับความยินยอม

เป็นเอกฉันท์ในการจัดทำกฎระเบียบที่เสนอซึ่งจะเป็นการ ขจัดซึ่งปัญหาหรือข้อโต้แย้งในภายหลัง

2.3) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งรับคำร้องเรียนเกี่ยวกับ เจ้าหน้าที่ของรัฐจากผู้ที่ได้รับความสะดวกเดือดร้อนเสียหาย ผู้ตรวจการแผ่นดินจะทำการตรวจสอบและให้คำแนะนำเพื่อ ทำการเยียวยาความเสียหายตามคำร้องนั้น ดังนั้น หน้าที่ที่ สำคัญของผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ การช่วยประชาชนเจรจากับส่วนราชการ

2.4) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการ ที่อาจจะนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้เมื่อคู่สัญญายินยอม ซึ่งความยินยอมดังกล่าวนี้อาจยินยอมก่อนหรือหลังจากเกิด ข้อพิพาทแล้วก็ได้ อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการชี้ขาด ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ปิดการพิจารณา คำชี้ขาดนั้น จะต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงที่ถกเถียงกันโดยย่อ และข้อ กฎหมายที่ใช้เป็นหลักในการทำคำชี้ขาดด้วย ซึ่งคำชี้ขาด ดังกล่าวจะถือว่าเป็นที่สุดเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ ได้ส่งให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถขยาระยะเวลาที่จะมีผลให้คำชี้ขาด นั้นเป็นที่สุดออกไปได้อีก 30 วัน โดยทำการแจ้งขอขยาย ระยะเวลาให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบก่อนวันที่จะครบกำหนด 30 วันแรกดังกล่าว คำชี้ขาดที่เป็นที่สุดนี้จะมีผลผูกพัน คู่กรณีทั้งหลายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสามารถ บังคับได้

การดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาตาม กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกา นั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะ นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้กับ สัญญาซึ่งมีคู่สัญญาเป็นเอกชนนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้อง ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย 5 U.S.C. Sections 571 - 583 ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

(1) คู่สัญญาอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับ ผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการให้จำกัดเฉพาะให้เป็นไป ตามกรณีที่กำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธี อนุญาโตตุลาการได้

(2) ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธี อนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยต้อง กำหนดประเด็นในสัญญาที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทด้วย วิธีอนุญาโตตุลาการได้ไว้ และจะต้องกำหนดวงเงินสูงสุดซึ่ง



อนุญาตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่กรณีจ่ายให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้

(3) การที่หน่วยงานของรัฐจะนำการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับนั้น หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำคู่มือซึ่งเป็นรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการจัดทำคู่มือดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐจะต้องปรึกษาหารือกับอัยการสูงสุด

(4) ในการเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ตกลงกัน โดยจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งทั้งนี้ แม้ไม่มีการกำหนดว่าบุคคลผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นนักกฎหมายหรือผู้มีประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมาย แต่โดยทั่วไปคู่สัญญามักจะเลือกนักกฎหมายขึ้นทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับข้อกฎหมายหรือการตีความข้อสัญญา

(5) การกำหนดให้มีการประกันภัยให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

(6) ค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเหตุผลและหลักกฎหมายทั่วไปโดยย่อแบบไม่เป็นทางการและมีการอธิบายประกอบคำชี้ขาด

(7) การจัดทำคู่มือรายละเอียดในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ตาม Sections 575 c จะมีสาระสำคัญ เช่น รูปแบบของอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาใช้เทคนิคของการอนุญาโตตุลาการ รายการประเด็นสำคัญต่างๆ ที่จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

3.1.4 รูปแบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนตามกฎหมายของประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีแนวคิดในเรื่องการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดมาตั้งแต่ในช่วงศตวรรษที่ 11 และในปัจจุบันประเทศไทยจะได้ตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังให้อำนาจศาลที่จะเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ ส่วนในเรื่องสัญญาทางปกครองนั้น ประเทศไทยยังไม่มีหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองส่วน

ใหญ่ก็จะใช้วิธีการเจรจายุติข้อพิพาทหรือไม่ก็นำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยการที่จะนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นต้องพิจารณาจากการเข้าร่วมเป็นสมาชิก โดยภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามที่ได้เข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญาต่าง ๆ เหล่านั้นด้วยนอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังยอมรับข้อสัญญาที่ให้พิจารณาตามความยุติธรรมซึ่งหลักความยุติธรรมก็คือ ระบบของกฎหมายและการเยียวยา หลักเกณฑ์นี้ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและไม่ว่าทางใดก็ไม่อาจที่จะลบล้างหลักความยุติธรรมนั้นออกไปจากการที่จะเข้ามาเกี่ยวพันกับการอนุญาโตตุลาการได้

3.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในประเทศไทย

จากการศึกษา พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 พบว่าเมื่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการใดหรือเมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุนร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุนในส่วนของการที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนต่อไปหน่วยงานเจ้าของโครงการอาจว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการและร่างสัญญาร่วมลงทุนได้ โดยร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าว ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- (1) ระยะเวลาของโครงการ
- (2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ
- (3) อัตราค่าบริการ วิธีการชำระ เงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ
- (4) การเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง
- (5) สินทรัพย์ของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการ
- (6) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน

(7) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา และการชำระค่าเสียหาย

(8) การค้ำประกัน การประกันภัยและการชดเชยค่าเสียหาย

(9) การระงับข้อพิพาท

นอกจากนี้ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คือ โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศแต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการค้าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลอีกทางหนึ่ง และทั้งนี้เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 คือ เพื่อส่งเสริมให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แทนการระงับข้อพิพาทในศาลอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลสมควรให้มีองค์กรที่มีความอิสระคล่องตัวสูงในการบริหารจัดการ มีบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ในการดำเนินการส่งเสริมและพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการรวมทั้งดำเนินการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อการระงับข้อพิพาททางเลือก

ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นสัญญาในการให้บริการสาธารณะ ทั้งในด้านพาณิชย์ เช่น การก่อสร้างทางด่วน ท่าเรือ และในด้านสังคม เช่น การก่อสร้างโรงพยาบาล โรงเรียน เป็นต้น ซึ่งภาคเอกชนจะเป็นผู้เป็นผู้ลงทุนในการออกแบบก่อสร้าง บริหาร และการบำรุงรักษาโครงการ โดยภาครัฐจะนำทรัพย์สิน เช่น ที่ดิน เพื่อร่วมลงทุนกับภาคเอกชน หรือจ่ายค่าตอบแทนคืนให้กับเอกชนตามระยะเวลาสัญญา ซึ่งมีจุดเด่น คือ รัฐสามารถกำหนดทิศทางการพัฒนาประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยจัดให้มีแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของภาครัฐ (ธนภุต วรธนัชชากุล,2556) และสามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเป็นระบบครบถ้วน ลดภาระงบประมาณจากการลงทุนซ้ำซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ลดขั้นตอนให้ความกระจ่างพร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนที่ชัดเจน และกำหนดกระบวนการที่โปร่งใส ตรวจสอบได้มีข้อกำหนดสัญญาที่เป็นมาตรฐานสากล สร้างความเชื่อมั่นและเป็นที่ยอมรับของภาคเอกชน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อการระงับข้อพิพาททางเลือกตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 กำหนดไว้เลย เพียงแต่กำหนดไว้ว่าร่างสัญญาร่วมลงทุนต้องมีการกำหนดการระงับข้อพิพาทไว้ด้วย แต่กลับไม่มีการกำหนดมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวข้องเงื่อนไขและรูปแบบของการนำการระงับข้อพิพาทมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน จะส่งผลทำให้การร่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ร่วมลงทุนเอกชน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 รัฐจะต้องรอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเป็นครั้ง ๆ ไป ทำให้รัฐบาลไทยเองก็ไม่มี หลักเกณฑ์ หรือแนวทางในการกำหนดให้สัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีความสำคัญต่อประชาชนและประเทศ มาเป็นมาตรฐานกลางในการกำหนดแนวทางว่า สัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบใดได้อย่างสมบูรณ์

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แต่เนื้อหาของมติ



คณะรัฐมนตรีเป็นการสร้างขั้นตอนและรูปแบบที่มีวัตถุประสงค์ที่จะไม่ให้อำนาจเสียเปรียบ โดยกำหนดว่าหากมีความจำเป็นที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ในการกำหนดการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอนุญาโตตุลาการได้ ให้เสนอรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างขั้นตอนวิธีการ และรูปแบบที่ขัดต่อวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพราะในทางปฏิบัติจะใช้การระงับข้อพิพาทรูปแบบอนุญาโตตุลาการเท่านั้น เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2550 รับรองและคุ้มครอง และยังมี การระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่นๆ

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า จากการที่ประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขและรูปแบบของการนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 นั้น จึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าสัญญาใดที่ควรให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการระงับข้อพิพาทแบบใด ทำให้การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการ ทฤษฎีทางกฎหมาย ได้แก่ หลักการระงับข้อพิพาททางเลือก ส่งผลให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดมาตรการเพื่อดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขณะที่มีข้อพิพาทของสัญญาร่วมลงทุน ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ทำให้ประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือรูปแบบในการกำหนดว่าสัญญาประเภทใดหรือเนื้อหาของสัญญาในลักษณะใดที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยหรือรูปแบบใดได้อย่างสมบูรณ์ ส่งผลทำให้เอกชนขาดความเชื่อมั่นในการเข้าร่วมลงทุนทำธุรกิจกับรัฐบาลไทย เกิดผลเสียต่อการพัฒนาโครงสร้างของประเทศในการจัดทำสาธารณูปโภคให้กับประชาชนเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ตลอดจนระบบสังคม เศรษฐกิจของประเทศไทยไม่ได้รับการพัฒนา

4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

สำหรับการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น ทำให้เกิดการแก้ไขปัญหที่ตรงจุด รวดเร็วและเกิดผลดีในระยะยาว ที่เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาตัดสินของศาล ค่าตัดสินของศาลที่ออกมา ย่อมต้องมีฝ่ายที่ชนะคดีกับฝ่ายที่แพ้คดี ทำให้เกิดความบาดหมางคลงแคลงใจในสิ่งที่ต้องอยู่ร่วมกันต่อไป ซึ่งไม่เกิดประโยชน์อย่างแท้จริง วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกจึงเป็นวิธีที่เหมาะสมในการนำมาใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยที่คู่กรณีเกิดความพึงพอใจทั้งสองฝ่าย อีกทั้งยังช่วยลดปริมาณคดีที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาตัดสินของศาลที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก ช่วยประหยัดเวลาและงบประมาณ โดยสามารถนำมาใช้ได้ทั้งก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาตัดสินของศาลหรือกรณีคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาตัดสินของศาลแล้ว ก็สามารถเดินคู่ขนานกับการพิจารณาของศาลได้ ซึ่งหากคู่กรณีไม่สมัครใจจะใช้วิธีการดังกล่าว หรือใช้แล้วไม่สามารถหาข้อยุติที่ร่วมกันได้ เรือก็เข้าสู่กระบวนการพิจารณาตัดสินของศาลต่อไป ซึ่งรูปแบบของการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในศาลปกครอง อาจเป็นได้ทั้งระบบในศาล คือ ดำเนินการโดยบุคลากรของศาล และระบบนอกศาล เช่น มีศูนย์ไกล่เกลี่ย ประนีประนอมข้อพิพาท ซึ่งต้องศึกษาความเป็นไปได้และความเหมาะสมในระยะต่อไป

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ซึ่งในทางปฏิบัติ คู่สัญญาจะเลือกการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 รองรับการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ อีกทั้ง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบของการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก ทั้งนี้ เพื่อให้คู่พิพาทใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ แทนการระงับข้อพิพาทในศาลอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล แต่ในทางกลับกันไม่มีการส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่น ๆ มาใช้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ทำให้คู่สัญญามีความเชื่อมั่นในการกำหนดรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญามากกว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น นั่นเอง

อนึ่ง วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้นมีอยู่หลายวิธีด้วยกัน เช่น การเจรจาไกล่เกลี่ย การประนีประนอม และอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แต่ในทางปฏิบัติในสัญญาที่ให้

เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ นิยามที่จะนำเอาการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการมาบังคับใช้ ส่งผลให้การระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่นๆ ไม่เป็นที่นิยมนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะไม่มีกฎหมายที่กำหนดและรองรับรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นมาบังคับใช้ ซึ่งรูปแบบการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นนั้นสามารถระงับข้อพิพาทได้เช่นกัน ทำให้บริษัทเอกชนที่จะร่วมลงทุนกับรัฐในการจัดสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ นั้น จึงเห็นได้ว่าการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เพียงอย่างเดียวนั้นเกิดความไม่เป็นกลางและขาดความเชื่อมั่น เพราะไม่สามารถเปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถเลือกรูปแบบการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นมาใช้ได้เลยทำให้การนำการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นไม่ตรงตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้มีการระงับข้อพิพาท

นอกจากนี้ การไม่มีหน่วยงานหรือกฎหมายที่ชัดเจนที่ทำให้เอกชนมองว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น ไม่สามารถที่จะเลือกรูปแบบใดก็ได้ตามความเหมาะสมของคู่สัญญาทำให้การส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ไม่เป็นการดึงดูดให้เอกชนเข้าร่วมทุนกับรัฐในการจัดสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ ของรัฐนั้น และไม่ตรงตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 เพราะถึงแม้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 จะมีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกเอาไว้ แต่กฎหมายกำหนดรองรับการระงับข้อพิพาททางเลือกมีเพียงหนึ่งเดียวเท่านั้น คือ การระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่นๆ นั้น ไม่ได้กำหนดไว้ จึงทำให้เป็นการไม่เอื้อให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนกับรัฐในกิจการต่างๆ ของรัฐ ส่งผลทำให้ไม่ได้รับความร่วมมือในการที่เอกชนมาร่วมลงทุนกับรัฐ และการนำเครื่องมือ ตลอดจนเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาจัดสร้างสาธารณูปโภคต่าง ๆ กับรัฐ เพื่อประโยชน์ของประชาชน และขาดการส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่นๆ อีกด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การที่ไม่ส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกให้ชัดเจนในการที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ทำให้เอกชนขาดความเชื่อมั่นและมองว่าไม่เป็นกลางในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตามสัญญา เพราะการระงับข้อ

พิพาททางเลือกนั้นมีรูปแบบของการระงับข้อพิพาทด้วยกัน 4 รูปแบบ ดังนี้ 1. การเจรจา 2. การไกล่เกลี่ย 3. การประนีประนอมและ 4. อนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ซึ่งคู่พิพาทสามารถเลือกรูปแบบในการระงับข้อพิพาทได้ในทางกลับกันพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 กำหนดให้สัญญาเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นให้ใช้การระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้การกระทำดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการระงับข้อพิพาททางเลือก ตลอดจนทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายไม่มีการกำหนดเรื่องการส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกให้ชัดเจนเพียงแต่กำหนดให้สัญญาเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นให้ใช้การระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการเพียงหนึ่งเดียว ซึ่งเป็นการปิดกั้นไม่ให้คู่พิพาทเลือกรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่นๆ ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นต้องเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ (ถนัดกิจ นิเวทวงษ์,2558) ส่วนการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นๆ ไม่เป็นที่นิยมในการเลือกมาระงับข้อพิพาท ส่งผลให้คู่พิพาทไม่มีสิทธิที่จะเลือกการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น ๆ ที่เหลือได้เลย ซึ่งการระงับข้อพิพาทแบบที่เหลืออยู่นั้นสามารถที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาได้เฉกเช่นเดียวกับรูปแบบอนุญาโตตุลาการ ทำให้เกิดผลเสียต่อกรณีที่เอกชนจะเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และการพัฒนาโครงสร้างของประเทศด้านการจัดสร้างสาธารณูปโภคไม่ได้รับการพัฒนา ตลอดจนความเจริญก้าวหน้าในชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในการได้รับประโยชน์จากการจัดสร้างสาธารณูปโภคต่าง ๆ นั้นเอง

4.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 ในประเทศไทย

ศูนย์อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (ICSID) ก่อตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States) ทำ ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ.1965 จึงมักเรียกกันติดปากว่า



“Washington Convention” โดย ICSID เป็นองค์กรหนึ่งของธนาคารโลก (World Bank) มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นองค์กรในการจัดการข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ โดยวิธีการประนีประนอมข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความร่วมมือในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ICSID จึงมีกระบวนการดำเนินงานที่เป็นปัจเจกแยกจากกระบวนการตามกฎหมายภายใน ศาลภายในมีหน้าที่เพียงเป็นเสมือนผู้ช่วยในการบังคับการตามคำตัดสินของ ICSID เท่านั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิยื่นอุทธรณ์กรณีพิพาทเดียวกันนี้ต่อศาลภายในอีกได้ และรัฐภาคีของ ICSID จะต้องผูกพันตามคำตัดสิน โดยถือว่าคำตัดสินดังกล่าวเป็นที่สุด ซึ่งนับว่าเป็นเอกลักษณ์ขององค์การระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริง แรกเริ่มก่อตั้งมีสมาชิกทั้งสิ้นเพียง 20 ประเทศ และเพิ่มจำนวนเป็น 157 ประเทศจนถึงปัจจุบัน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยได้มีการลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 แต่ไม่มีการให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวเอาไว้ ทั้งนี้ในการลงนามแต่ไม่มีการให้สัตยาบันไว้นั้น ผลของทางกฎหมายจึงทำให้ไม่มีผลบังคับใช้ในประเทศไทย และนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนต่างชาติไม่สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่นักลงทุนต่างชาติหรือเอกชนที่เข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 ได้ ทำให้ประเทศไทยใช้การระงับข้อพิพาทในสัญญาที่นักลงทุนต่างชาติหรือเอกชนที่เข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามกฎหมายในประเทศ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2550 เท่านั้น

นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 นี้ ทำให้ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว รวมทั้งทำให้ประเทศไทยไม่มีอนุสัญญาที่เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนที่สากลใช้บังคับกัน มีเพียงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2550 ที่ใช้บังคับในสัญญาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ซึ่งเป็นประโยชน์ในแง่ของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย และเป็นการจูงใจนักลงทุนต่างชาติเกิดความเชื่อมั่นที่จะลงทุนใน

ประเทศไทยมากขึ้น อันจะนำมาซึ่งการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม ผลของการไม่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 ทำให้เอกชนที่จะเข้ามาทำสัญญาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 นั้น ขาดความเชื่อมั่นในการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นสากล เพราะประเทศไทยใช้การระงับข้อพิพาทตามกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งการไม่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 จึงทำให้การกระทำดังกล่าวจึงทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ หลักการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 นั้น ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทในสัญญาที่เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 ได้ ทำให้เอกชนขาดความเชื่อมั่นในการที่จะเข้ามาร่วมลงทุนกับรัฐ ซึ่งการกระทำดังกล่าวจึงทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ หลักการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ จึงส่งผลทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 ในประเทศไทย

ดังนั้น หากประเทศไทยไม่มีการให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 จะทำให้ประเทศไทยไม่มีอนุสัญญาที่เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นประโยชน์ในแง่ของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย ซึ่งเป็นการจูงใจนักลงทุนต่างชาติเกิดความเชื่อมั่นที่จะลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น และส่งผลกระทบต่อ การขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศไทย และการให้บริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภคที่ต้องใช้เทคโนโลยีและอุปกรณ์ในการให้บริการสาธารณะที่ทันสมัย ตลอดจนทำให้นักลงทุนหรือเอกชนที่จะเข้ามาทำสัญญาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 นั้น ขาดความเชื่อมั่นในการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาที่ร่วมลงทุน นั่นเอง

5. ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยเห็นควรให้มีประเทศไทยให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 และมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการของการนำเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกทุกรูปแบบ ดังนี้

ข้อ 1. เห็นควรให้ประเทศไทยให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965

ข้อ 2. เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 โดยออกกฎหมายที่เป็นกฎหมายโดยมีเนื้อหาเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการของการนำเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกทุกรูปแบบมาใช้ในสัญญาที่เอกชนร่วมทุนกับรัฐ

บรรณานุกรม

การระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนผ่านกระบวนการของ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States: (ICSID). (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก <https://www.l3nr.org/posts/475822> [วันที่ 10 สิงหาคม 2559].

ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2555). คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ: จีริชการพิมพ์.

ณัฐภูมิ ไพศาลวัฒนา.(2558). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วม

ลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ถนัดกิจ นิวาทวงษ์.(2558). ปัญหาการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน (Problems of arbitration in the contract dispute settlement between state agencies and private investors) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

ชนกฤต วรธนัชชากุล. (2556). พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 : กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ

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

วิชัย อริยะนันทกะ. (2540). “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

เสาวนีย์ อัครโรจน์. (2548). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.