

ด่วนที่สุด

ที่ นร ๐๕๐๓/ว ๑๖๒

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี
ทำเนียบรัฐบาล กทม. ๑๐๓๐๐

๙ กันยายน ๒๕๕๓

เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติโอนญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

เรียน กระทรวง กรม

สิ่งที่ส่งมาด้วย สำเนาหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๕๐๑/๐๖๒๒
ลงวันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๕๓ และเอกสารประกอบในเรื่องนี้

ด้วยกระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติโอนญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาเพื่อดำเนินการ ซึ่งต่อมากล่าวว่าคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รับร่างพระราชบัญญัติโอนญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ไปพิจารณาร่วมกับกระทรวงยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย เพื่อให้ได้ข้อยุติในการแก้ไขปัญหา แล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบคำชี้แจงของผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย มีความเห็นว่าสาเหตุที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้ในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เกิดจากปัญหาการจัดทำสัญญา ปัญหาการบริหารสัญญา และปัญหาการตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ได้เกิดจากตัวระบบของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้โดยทางการบริหารงานของหน่วยงานต่างๆ นั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติโอนญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ตามร่างกฎหมายที่กระทรวงยุติธรรมเสนอแก้ไข ความละเอียดปรากฏตามสิ่งที่ส่งมาด้วย

คณะรัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษาเมื่อวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๕๓ ลงมติเห็นชอบตามความเห็นและข้อเสนอแนะเรื่อง ร่างพระราชบัญญัติโอนญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ และให้แจ้งเวียนความเห็นและข้อเสนอแนะให้หน่วยงานของรัฐต่างๆ ทราบและถือปฏิบัติตามข้อเสนอแนะดังกล่าวต่อไป

จึงเรียนยืนยันมา/จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ และถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีต่อไป

ขอแสดงความนับถือ

๙๒

(นายสุรชัย ภูประเสริฐ)

เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

๙ ก. ย. ๒๕๕๓

สำนักนิติธรรม

โทร. ๐ ๒๒๕๐ ๙๐๐๐ ต่อ ๓๐๕ (เลขจัดจรรยา) (๐๕๔/๑/๑๕๖)

ผอ. ๘, ก. ย. ๕๓
ผอ.กลุ่ม ๕, ก. ย. ๕๓
จนท. ๙, ก. ย. ๕๓

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี
รับที่..... 4910
วันที่..... 8 มิ.ย. 2553 10.00

ที่ นร ๐๙๐๑/ ๐๒๒๒

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร
กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

๗) กรกฎาคม ๒๕๕๓

เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

เรียน เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

อ้างถึง หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๕๐๓/๑๓๕๕๐ ลงวันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๕๒

สิ่งที่ส่งมาด้วย บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

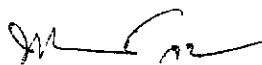
ตามหนังสือที่อ้างถึงความว่า ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๕๒ คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า การที่กระทรวงยุติธรรมได้เสนอขอแก้ไขร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. โดยกำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้น อาจส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และบรรยากาศการลงทุนของประเทศ ตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุน รวมถึงพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ ซึ่งกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จึงมีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการับร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ไปพิจารณาร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้ข้อยุติในการแก้ไขปัญหว่าสมควรจะแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอหรือไม่เพียงใด หรือสมควรหาวิธีการเพื่อระงับข้อพิพาทในแนวทางอื่น เช่น ระบบไกล่เกลี่ย หรือวิธีการอื่นใดที่จะไม่กระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุน และเป็นวิธีการสากลในการระงับข้อพิพาทที่นานาประเทศยอมรับแล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป ความละเอียดทราบแล้ว นั้น

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับคำชี้แจงของผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยแล้ว มีความเห็นว่า สาเหตุที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้ในชั้นการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ เกิดจากปัญหาการจัดทำสัญญา ปัญหาการบริหารสัญญา และปัญหาการตั้งอนุญาตตุลาการ โดยไม่ได้เกิดจากตัวระบบของอนุญาตตุลาการ ซึ่งปัญหาดังกล่าว

สามารถแก้ไขได้โดยทางการบริหารงานของหน่วยงานต่าง ๆ นั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ตามร่างกฎหมายที่กระทรวงยุติธรรมเสนอแก้ไขมาแต่อย่างใด รายละเอียดปรากฏตามสิ่งที่ส่งมาด้วย

จึงเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณา

ขอแสดงความนับถือ



(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานอำนวยการ

โทร. ๐ ๒๒๒๒ ๐๒๐๖-๙

ฝ่ายกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง

โทร. ๐ ๒๒๘๐ ๗๙๐๐-๑๓ ต่อ ๒๒๐๖ (นางสาวอัญชลิษา)

โทรสาร ๐ ๒๒๘๑ ๐๒๘๗

www.krisdika.go.th

www.lawreform.go.th

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..)
พ.ศ.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือ ที่ นร ๐๕๐๓/๑๓๕๕๐ ลงวันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๕๒ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า กระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาเพื่อดำเนินการ ซึ่งส่วนราชการที่เกี่ยวข้องได้เสนอความเห็นมาเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีด้วยแล้ว

ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ประชุมร่วมกับผู้แทนกระทรวงยุติธรรม ผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรม ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นสมควรจัดทำบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้

๑. หลักการของร่างพระราชบัญญัติที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ

๑.๑ กำหนดข้อห้ามในการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทจากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕)

๑.๒ กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการ (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๙)

๒. ความเป็นมาของปัญหา

ตามมาตรฐานสากล การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นกลไกหนึ่งที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ลงทุนกับหน่วยงานของรัฐผู้รับการลงทุน เพราะเป็นกลไกที่ได้รับการยอมรับว่าจะสามารถให้ความเป็นธรรมมากที่สุดหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐผู้รับการลงทุนกับเอกชนผู้ลงทุน ซึ่งประเทศไทยก็ได้มีการยอมรับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนผู้ลงทุน โดยข้อบท ISDS (Investor State Dispute Settlement) ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty - BIT) ระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ที่ผ่านมากกว่า ๕๐ ฉบับ ได้มีข้อบทเรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนเอกชน โดยกำหนดให้การอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งของผู้ลงทุนในการระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้น และตามมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้บัญญัติรองรับให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้

ต่อมาภายหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐบาลจ่ายค่าชดเชยการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง (ในคดีระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบิลฟิงเกอร์ พลัสเบอร์เกอร์ บาวอ็คเตียนเกเซลชาฟท์ (ในนามของกิจการร่วมค้า บีบีซีดี))

เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๔ แล้ว คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ กำหนดว่า “๑. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป ๒. ...”

โดยเมื่อวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๔๗ คณะรัฐมนตรีได้เคยลงมติเห็นชอบในหลักการเรื่อง กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ตามที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอ ซึ่งมีหลักการให้ผู้ลงทุนเอกชนมีทางเลือกที่จะนำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในลักษณะเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) หรือที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกได้ นอกเหนือจากที่ให้เลือกใช้ศาลหรือองค์กรฝ่ายบริหารที่มีอำนาจของภาคีสัญญา ด้วยเหตุผลว่าการอนุญาตให้ผู้ลงทุนสามารถเลือกที่จะใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะสร้างความเชื่อมั่นและช่วยดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ ทั้งนี้ การระบุเรื่องดังกล่าวในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนยังจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนไทยที่จะไปลงทุนในต่างประเทศด้วย เพราะเป็นการให้โอกาสแก่ผู้ลงทุนไทยมีทางเลือกที่จะไม่ใช้ระบบศาลของประเทศที่ไปลงทุน นอกจากนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการเจรจาเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ไทยจะเจรจากับต่างประเทศต่อไป รวมทั้งในการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement - TAFTA) ซึ่งมีขอบทเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนรวมอยู่ด้วยนั้น ฝ่ายออสเตรเลียเสนอร่างข้อบทเรื่องการลงทุน ข้อ ๙๑๗ (๒) ของความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย ที่กำหนดให้ผู้ลงทุนของประเทศคู่ภาคีมีทางเลือกที่จะเสนอข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนไปยังศาลหรือองค์กรฝ่ายบริหารที่มีอำนาจ หรือไปยังอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจตามกฎหมายการต่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) ได้^๑ และในปัจจุบันภายใต้ความตกลงการค้าเสรีทุกฉบับที่ไทยเป็นภาคีในเรื่องลงทุนได้กำหนดให้การอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ลงทุนของรัฐภาคีหนึ่งกับอีกรัฐภาคีหนึ่ง แต่ทั้งนี้ ในการเจรจาประเทศไทยก็พยายามจะสงวนสิทธิ

^๑ARTICLE 917 Settlement of Disputes between a Party And an Investor of the other Party

2. If the dispute in question cannot be resolved through consultations and negotiations, the dispute may, at the discretion of the investor, be:

(a) initiated before the Party's competent judicial or administrative bodies, in accordance with the law and regulations of the Party; or

(b) resolved by an international ad hoc tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade law (UNCITRAL).

ที่จะไม่ให้ความยินยอมล่วงหน้า (prior consent) ให้ผู้ลงทุนสามารถยื่นข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ทันที แต่จะต้องขอความยินยอมจากรัฐบาลก่อน

นอกจากนี้ ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า ในปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงเห็นควรให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๗ (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ ๑ เป็น “๑.สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางการปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของผู้สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” ประกอบกับในคราวประชุมเดียวกันคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า การตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลอีกทางหนึ่งที่ได้ปฏิบัติกันอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างแพร่หลาย

ต่อมากระทรวงยุติธรรมได้เสนอขอแก้ไขร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. โดยกำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า การตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลอีกทางหนึ่งที่ได้ปฏิบัติกันอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างแพร่หลาย แต่การเสนอขอแก้ไขร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. โดยกำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนนั้น อาจส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และบรรยากาศการลงทุนของประเทศ ตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุน รวมถึงพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ ซึ่งกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จึงมีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ไปพิจารณาร่วมกับกระทรวงยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย เพื่อให้ได้ข้อยุติในการแก้ไขปัญหว่าสมควรจะแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอหรือไม่เพียงใด หรือสมควรหาวิธีการเพื่อระงับข้อพิพาทในแนวทางอื่น เช่น ระบบไกล่เกลี่ย หรือวิธีการอื่นใดที่จะไม่กระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุน และเป็นวิธีการสากลในการระงับข้อพิพาทที่นานาประเทศยอมรับแล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

ในการประชุมเอเปคที่ประเทศสิงคโปร์ เมื่อวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ นายกรัฐมนตรีของไทยได้พบปะกับผู้แทนนักธุรกิจสหรัฐฯ ที่เป็นสมาชิก US-APEC Business Coalition ที่ได้ให้ความเห็นต่อการยกเลิกการใช้อินญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทว่า อาจเป็นอุปสรรคและไม่ดึงดูดให้ภาคเอกชนเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ทั้งนี้ นายกรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่ได้เป็นการห้ามในทุกกรณี และรัฐบาลยินดีรับฟังและหารือกับภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง

จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ภาคเอกชนเห็นว่า อาจส่งผลกระทบต่อการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือความตกลงการค้าเสรีอย่างมาก เพราะเป็นการส่งสัญญาณด้านลบแก่นักลงทุนว่า รัฐบาลไทยจะไม่ยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน อันจะทำให้ให้นักลงทุนขาดความเชื่อมั่นต่อระบบการคุ้มครองการลงทุนของไทย และเป็นการ back track จากพันธกรณีที่เคยรับไว้ในความตกลงฉบับก่อน ๆ แล้ว ดังนั้น ในการประชุมคณะกรรมการร่วมภาครัฐและเอกชนเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ (กรอ.) ครั้งที่ ๘/๒๕๕๒ เมื่อวันที่ ๑๘ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ที่ประชุมได้มีมติให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องช่วยอธิบายเบื้องต้นแก่นักลงทุนว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๕๒ มีข้อห้ามเด็ดขาดเนื่องจากสามารถขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีให้ใช้อินญาโตตุลาการได้เป็นรายกรณีไป

๓. มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๗ (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ได้มีมติเห็นชอบในประเด็นเกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ดังนี้

๑. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

๒. สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น

๓. ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา

๓.๒ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ พฤษภาคม ๒๕๕๗ (เรื่อง มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๗ เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ได้มีมติเห็นชอบว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำ “สัญญาสัมปทาน” เท่านั้น

๓.๓ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ (เรื่อง การทำสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) เห็นว่า ในปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับ เอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการ อนุญาโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ ค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงมีมติให้ปรับปรุงมติ คณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๗ (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ ๑ จากเดิมว่า “๑. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควร นำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็น ผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจ หลีกเสี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” เป็น “๑. สัญญาทุกประเภท ที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางการปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมี ปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายให้เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา อนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

๔. กฎหมายระหว่างประเทศและความตกลงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

๔.๑ พิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ. ๑๙๒๓ (The Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923) ประเทศไทย ได้มอบสัตยาบันโปรโตคอลระหว่างประเทศดังกล่าว เมื่อวันที่ ๓ กันยายน พ.ศ. ๒๔๗๓ (ค.ศ. ๑๙๓๐) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๒๓ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๓ โดยคู่สัญญาซึ่งแต่ละฝ่าย ของประเทศที่เป็นภาคีพิธีสารว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ได้ตกลงกัน ยอมรับและปฏิบัติตามข้อตกลงเกี่ยวกับการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดที่ได้ให้ไว้^๖

๔.๒ อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ต่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๒๗ (The Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards 1927) ประเทศไทยได้มอบสัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ ๗ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๔๗๔ (ค.ศ. ๑๙๓๑) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๗ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๔

^๖(1) Each of the Contracting States recognizes the validity of an agreement whether relating to existing or future differences between parties, subject respectively to the jurisdiction of different Contracting States by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such contract relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration, whether or not the arbitration is to take place in a country to whose jurisdiction none of the parties is subject.

Each Contracting State reserves the right to limit the obligation mentioned above to contracts which are considered as commercial under its national law. Any Contracting State which avails itself of this right will notify the Secretary-General of the League of Nations, in order that the other Contracting States may be so informed.

โดยประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาฯ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเมื่อคู่กรณีที่ยื่นข้อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในอนุสัญญานี้^๓

๔.๓ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. ๑๙๕๘ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention 1958)) ประเทศไทยได้มอบสัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ ๒๑ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๐๒ (ค.ศ. ๑๙๕๘) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๒๐ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๐๓ (ค.ศ. ๑๙๕๙) โดยประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาฯ แต่ละรัฐผู้ทำสัญญาจะยอมรับนับถือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าเป็นการผูกพันและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหลักเกณฑ์แห่งอนุสัญญานี้^๔

ARTICLE 1

In the territories of any High Contracting Party to which the present Convention applies, an arbitral award made in pursuance of an agreement, whether relating to existing or future differences (hereinafter called "a submission to arbitration") covered by the Protocol on Arbitration Clauses, opened at Geneva on September 24, 1923, shall be recognised as binding and shall be enforced in accordance with the rules of the procedure of the territory where the award is relied upon, provided that the said award has been made in a territory of one of the High Contracting Parties to which the present Convention applies and between persons who are subject to the jurisdiction of one of the High Contracting Parties.

To obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary:—

(a) That the award has been made in pursuance of a submission to arbitration which is valid under the law applicable thereto;

(b) That the subject-matter of the award is capable of settlement by arbitration under the law of the country in which the award is sought to be relied upon;

(c) That the award has been made by the Arbitral Tribunal provided for in the submission to arbitration or constituted in the manner agreed upon by the parties and in conformity with the law governing the arbitration procedure;

(d) That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is open to *opposition*, *appel* or *pourvoi en cassation* (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending;

(e) That the recognition or enforcement of the award is not contrary to the public policy or to the principles of the law of the country in which it is sought to be relied upon.

ARTICLE 2

Even if the conditions laid down in Article 1 hereof are fulfilled, recognition and enforcement of the award shall be refused if the Court is satisfied:—

(a) That the award has been annulled in the country in which it was made;

(b) That the party against whom it is sought to use the award was not given notice of the arbitration proceedings in sufficient time to enable him to present his case; or that, being under a legal incapacity, he was not properly represented;

(c) That the award does not deal with the differences contemplated by or falling within the terms of the submission to arbitration or that it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration.

If the award has not covered all the questions submitted to the arbitral tribunal, the competent authority of the country where recognition or enforcement of the award is sought can, if it think fit, postpone such recognition or enforcement or grant it subject to such guarantee as that authority may decide.

Article III

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous (มีต่อหน้าถัดไป)

ในการนี้พิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาตโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ. ๑๙๒๓ และอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ณ ต่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๒๗ จะยุติการมีผลใช้บังคับระหว่างรัฐผู้ทำสัญญาที่เข้าผูกพันและในขอบเขตที่รัฐผู้ทำสัญญาได้เข้าผูกพันตามอนุสัญญานี้^๔

๔.๔ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. ๑๙๖๕ (Convention on the settlement of investment disputes between States and Nationals of other State , Washington, 18 March 1965) อนุสัญญานี้ได้จัดตั้งศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน^๖ (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นของภาคีอนุสัญญานี้ โดยวิธีการประนีประนอม (conciliation) และอนุญาโตตุลาการ (arbitration) และแต่ละรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวให้ต้องยอมผูกพันและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอันเกี่ยวกับหนี้เงินในอาณาเขตของตนโดยเสมือนเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด^๗ แต่ในปัจจุบันประเทศไทยยังมีได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว

๔.๕ สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) เป็นความตกลงที่สำคัญอันเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ ประกอบด้วยข้อบทต่างๆ ว่าด้วยการคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุน การเวนคืน ยึดทรัพย์สิน การอนุญาตให้มีการโอนเงินทุนและผลกำไรจากการลงทุนออกนอกประเทศ และเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง สำหรับรัฐผู้ลงทุน (home countries) ซึ่งมักจะเป็นประเทศพัฒนาแล้วจึงได้ใช้ BIT เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนของตนเนื่องจากเกรงว่ารัฐผู้รับการลงทุน (host countries) อาจใช้อำนาจบริหารหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในซึ่งมีผลกระทบต่อการลงทุน และบางกรณี

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๔)

conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.

^๔Article VII

(2) The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 shall cease to have effect between Contracting States on their becoming bound and to the extent that they become bound, by this Convention.

^๖Article 1

(1) There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre).

(2) The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention

^๗Article 54

(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgement of the courts of a constituent state.

อาจไม่บังคับใช้กฎหมายหากมีผลประโยชน์ขัดกันกับรัฐผู้รับการลงทุน ส่วนรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งมักจะเป็นประเทศกำลังพัฒนาจึงใช้ BIT เป็นการดึงดูดการลงทุนทางตรง (Foreign direct investment-FDI) ให้เข้ามาในประเทศโดยเสนอมาตรการส่งเสริมการลงทุนต่างๆ และมีข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement) โดยส่วนใหญ่จะระบุให้ใช้อินญาโตตุลาการภายใต้ The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) หากรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ลงทุนเป็นรัฐภาคีของ ICSID อีกกลุ่มมีการระงับข้อพิพาทตามกฎเกณฑ์ของ UNCITRAL บางกลุ่มก็ให้ระงับข้อพิพาทโดยอินญาโตตุลาการภายใต้ ICC เป็นต้น สำหรับประเทศไทยได้เคยเจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) กับประเทศต่างๆ และมีผลบังคับใช้ไปแล้ว รวมกว่า ๕๐ ฉบับ ซึ่งในความตกลงดังกล่าวได้มีข้อบทให้ใช้วิธีการอนญาโตตุลาการเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเอกชนด้วย

๕. กฎหมายประเทศต่างๆ

๕.๑ อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(๑) กลุ่มประเทศที่ระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนโดยวิธีการอนญาโตตุลาการ ได้แก่ สาธารณรัฐอาร์เจนตินา (มีข้อจำกัดไม่ใช้วิธีการอนญาโตตุลาการกับทรัพย์สินของรัฐบางประเภท) สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล แคนาดา สาธารณรัฐฝรั่งเศส (มีข้อจำกัดไม่ใช้วิธีการอนญาโตตุลาการกับเรื่องภายในประเทศซึ่งคู่กรณีเป็นหน่วยงานของรัฐและเอกชนฝรั่งเศส) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐตุรกี สหราชอาณาจักรและสหภาพยุโรป สหรัฐเม็กซิโก สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เครือรัฐออสเตรเลีย ญี่ปุ่น สาธารณรัฐอินเดีย สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (มีข้อจำกัดที่กำหนดให้คำตัดสินของอนญาโตตุลาการนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลท้องถิ่นก่อนจึงจะบังคับได้) ราชอาณาจักรซาอุดีอาระเบีย (มีข้อจำกัดมิให้ใช้วิธีการอนญาโตตุลาการกับหน่วยงานของรัฐเว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากประธานคณะรัฐมนตรีหรือมีมติคณะรัฐมนตรีเป็นอย่างอื่น) สาธารณรัฐเกาหลี บรูไนดารุสซาลาม สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มาเลเซีย สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐสิงคโปร์ และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

(๒) กลุ่มประเทศที่ห้ามใช้วิธีการอนญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐ ได้แก่ สาธารณรัฐประชาชนจีนและสาธารณรัฐเวเนซุเอลา

กฎหมายของสาธารณรัฐตุรกี ในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตุรกี (Constitution of Turkey) ในมาตรา ๑๒๕^๔ โดยกำหนดให้มีการนำวิธีการอนญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับบริการสาธารณะทั้งภายในประเทศและนักลงทุนต่างชาติ เพื่อเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

^๔Article 125. (As amended on August 13, 1999)

Recourse to judicial review shall be available against all actions and acts of administration. National or international arbitration may be suggested to settle the disputes which arise from conditions and contracts under which concessions are granted concerning public services. Only those disputes involving foreign elements can be solved by international arbitration.

กฎหมายของสาธารณรัฐเลบานอน ในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในมาตรา ๗๖๒^๙ โดยกำหนดรับรองให้ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุมัติตามรัฐบัญญัติ (Decree) ซึ่งออกโดยคณะรัฐมนตรี แต่กรณีนี้ใช้เฉพาะกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศเท่านั้น รวมถึงสัญญาสัมปทานที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนด้วย สำหรับสัญญาสัมปทานที่มีข้อตกลงเรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับทันทีโดยไม่ต้องได้รับอนุมัติเช่นกรณีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เนื่องจากเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี^{๑๐} ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีบทบัญญัติห้ามเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองไว้โดยชัดแจ้ง และตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมนี มาตรา ๑๖๘ อนุมาตรา ๑ เลขที่ ๕^{๑๑} VwGO ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในกฎหมายมหาชนว่า การบังคับคดีให้กระทำได้ เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ トラบแท้ที่คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีนั้นมีผลบังคับได้ตามกฎหมายหรือมีผลบังคับได้ก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด และมาตรา ๑๗๓^{๑๒} VwGO ได้บัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองได้

กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส^{๑๓} ตามประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา ๒๐๖๐ ได้บัญญัติห้ามนำบทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของฝ่ายปกครองและวิสาหกิจมหาชน (enterprises publics) รวมถึงเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย (ordre public) ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๗๕ ได้มีการแก้ไขมาตราดังกล่าวโดยยกเว้นให้องค์การมหาชนที่มีลักษณะ

^๙Article 762 § 3 NCCP

“As of the entry into force of this amending law, the arbitration clause or submission in administrative contracts shall not be effective until approved by virtue of a Decree of the Council of Ministers issued upon the proposal of the competent Minister (with respect to the State) or the supervising authority (with respect to public legal entities).”

^{๑๐}มานิตย์ วงศ์เสรี, “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของประเทศไทย”, บทความในวารสารวิชาการศาลปกครอง เล่ม ๔ (มกราคม-เมษายน ๒๕๕๕)

^{๑๑}§ ๑๖๘ Abs. ๑ Nr. ๕ VwGO : Vollstreckt wird...aus den für vollstreckbar erklärten Schiedssprüchen öffentlich-rechtlicher Schiedsgerichte, sofern die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist.

^{๑๒}§ ๑๘๗ (๑) Die Länder können den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit Aufgaben der Disziplinargerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit bei Vermögensauseinandersetzungen öffentlichrechtlicher Verbände übertragen, diesen Gerichten Berufsgerichte angliedern sowie dabei die Besetzung und das Verfahren regeln.

^{๑๓}ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๐), หน้า ๔๒๑-๔๒๙.

ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม สามารถนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้โดยการตราเป็นรัฐกฤษฎีกา (décret) ซึ่งในทางทฤษฎีกฎหมายของฝรั่งเศสมีการปฏิเสธการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับคดีปกครองด้วยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ หน่วยงานของฝ่ายปกครองอาจไม่ยอมรับกระบวนการยุติธรรมของรัฐหากให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาท รวมทั้งเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองละเลยต่อหลักการที่จะปกป้องประโยชน์สาธารณะอันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งผู้ทำหน้าที่เป็นหลักประกันดังกล่าวควรเป็นศาลเท่านั้น การกำหนดข้อตกลงให้มีการใช้ออนุญาโตตุลาการนั้นถือว่ากระทบต่ออำนาจศาลเพราะอนุญาโตตุลาการเป็นองค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเช่นกัน และการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองอาจมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายปกครองได้หากแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปคนละแนวทางกับแนวคำพิพากษาศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตามแม้หลักทั่วไปของกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสจะกำหนดห้ามนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นได้แก่ กรณีที่มีบทกฎหมายเฉพาะ (législatives spécifiques) กำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ เช่น ประมวลกฎหมายพัสดุของฝรั่งเศสได้กำหนดว่า รัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนระดับท้องถิ่นสามารถนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการชำระบัญชีรายจ่ายอันเกิดจากงานโยธาสาธารณะ และการจัดหาพัสดุ หรือกรณีของสัญญาระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (contrats internationaux pour la résiliation d'opérations d'intérêt national) เช่น ในสัญญา Eurodisneyland นั้นมีนิติบุคคลมหาชนของฝรั่งเศสจำนวนหนึ่งร่วมกับบริษัท Walt Disney ต้องการที่จะสร้าง Eurodisneyland ขึ้นในประเทศฝรั่งเศส โดยบริษัท Walt Disney ได้ทำสัญญากับรัฐและจังหวัด Seine-et-Marne และ l'Epamarme โดยไม่ต้องการให้ข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นได้รับการพิจารณาโดยศาลปกครองซึ่งมีกระบวนการพิจารณาล่าช้าและเปิดเผย (publique) ด้วยเหตุนี้เอง มาตรา ๙ แห่งรัฐบัญญัติที่ ๘๖-๙๗๒ ลงวันที่ ๑๙ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๘๖ จึงได้บัญญัติถึงความเป็นไปได้ที่จะกำหนดให้มีข้อตกลงให้ใช้ออนุญาโตตุลาการ (des clauses compromissaires) ไว้ในสัญญาได้โดยมาตรา ๒๐๐๖ แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า “เพื่อเป็นการยกเว้นบทบัญญัติแห่งมาตรา ๒๐๖๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง รัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนแห่งรัฐได้รับอนุญาตให้กำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้ออนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาที่ทำกับบริษัทต่างชาติไว้เพื่อดำเนินการให้เป็นการรักษาผลประโยชน์ของชาติในกรณีที่เกี่ยวกับการบังคับใช้และการตีความสัญญา” จะเห็นได้ว่าขอบเขตของกฎหมายนี้มีอยู่จำกัดเพราะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขสองประการ คือ จะต้องเป็น “หน่วยงาน” ที่กฎหมายกำหนดคือรัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชนแห่งรัฐ กับจะต้องเป็นสัญญาที่มีผลเป็นการดำเนินการให้เป็นการรักษาผลประโยชน์ของชาติเท่านั้น จึงจะสามารถกำหนดไว้ในสัญญาให้มีการนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทได้ หรือในกรณีของข้อตกลงระหว่างประเทศ (les conventions internationales) เช่น ในข้อตกลงแห่งยุโรปเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (la convention européenne sur l'arbitrage international) ลงวันที่ ๒๑ เมษายน

ค.ศ. ๑๙๖๑ หรือที่เรียกกันว่าข้อตกลงแห่งเมืองเจนีวา (Convention de Genève) ซึ่งได้รับการประกาศใช้ในฝรั่งเศสโดยรัฐกฤษฎีกากลางวันที่ ๒๖ มกราคม ค.ศ. ๑๙๖๘ ได้กำหนดไว้ในมาตรา ๒ ยอมรับถึงการที่นิติบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนสามารถนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ ซึ่งต่อมาก็มีการนำเอาเรื่องอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสนธิสัญญา Canterbury ที่ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษทำขึ้นสำหรับร่วมมือและก่อสร้างอุโมงค์ลอดช่องแคบอังกฤษ (le tunnel sous la Manche) โดยกำหนดให้มีการนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่สัญญากับผู้ก่อสร้างและกับผู้รับสัมปทาน นอกจากนี้ ศาลฎีกาของฝรั่งเศส (la Cour de Cassation) ได้เคยวางแนวทางไว้ในคำพิพากษาว่าสามารถนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศได้ โดยในคำพิพากษาศาลฎีกากลางวันที่ ๒ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๖๖ กรณี Trésor public c/ Galakis ได้กล่าวถึงการห้ามนำเอาระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้กับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนว่าเป็นเรื่องที่ใช้เฉพาะกรณีที่เป็นกฎหมายภายในเท่านั้น แต่จะไม่นำเอามาใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อความต้องการและภายใต้เงื่อนไขที่เป็นไปตามความประสงค์ของการค้าขายทางทะเลอันเป็นเรื่องระหว่างประเทศ

๖. ข้อสังเกตและความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

หน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ให้ความเห็นในการประชุมที่กระทรวงยุติธรรมเมื่อวันอังคาร ที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๕๒ เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ก่อนที่จะได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี ความเห็นที่เสนอประกอบการพิจารณาในชั้นที่กระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี และในการเสวนา เรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่กระทรวงการต่างประเทศ เมื่อวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๕๒ รวมทั้งการประชุมที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๕๒ สรุปความได้ดังนี้

๖.๑ สำนักงานอัยการสูงสุด เห็นว่า หากบังคับให้คู่สัญญาต้องเข้าสู่ระบบศาล โดยเฉพาะศาลปกครอง อาจจะต้องใช้ระยะเวลาและคดีจะไปสู่การพิจารณาและเป็นภาระของศาลปกครองมากขึ้น ถ้าตัดระบบอนุญาโตตุลาการออกไปจะมีผลกระทบต่อการค้าและการลงทุนในประเทศไทย เพราะสัญญาภาครัฐในทุกวันนี้ได้กำหนดให้ใช้ระบบอนุญาโตตุลาการแทบทั้งสิ้น และผู้ที่มาทำการค้าการลงทุนกับประเทศไทยจะพิจารณาถึงผลเสีย ซึ่งจะทำให้การค้าการลงทุนของประเทศไทยชะงักงันอย่างมาก และนอกจากจะเป็นอุปสรรคต่อการค้าการลงทุนแล้วยังจะส่งผลให้ประเทศไทยเข้าสู่กลุ่มของ Political Risk

การจำกัดสิทธิในการที่บุคคลจะเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการหรือระบบศาลก็ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันเป็นการขัดต่อ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๙^{๑๔} นอกจากนี้ อาจขัดต่อมาตรา ๔๐ (๑)^{๑๕} ที่กำหนดให้บุคคลย่อมมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

การแก้ไขกฎหมายในลักษณะนี้เป็นการแก้ไขปัญหาที่ไม่ตรงจุด ควรจะใช้ระบบเดิมตามมาตรา ๑๕^{๑๖} แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๕๕ ที่มีอยู่แล้วหรืออาจให้คณะรัฐมนตรีมีมติเฉพาะรายไปจะดีกว่าว่าสัญญาใดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ สัญญาใดไม่ให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ

ประเทศไทยมีพันธกรณีตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. ๑๙๕๘ ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น รวมทั้งประเทศไทย ได้ทำความตกลงในเรื่องเขตการค้าเสรีและสนธิสัญญาทวิภาคีกับประเทศคู่ค้าของไทย โดยมีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

การที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มีสาเหตุเนื่องมาจากการที่เมื่อเปรียบเทียบกับภาคเอกชน หน่วยงานของรัฐยังมีข้อเสียเปรียบในกระบวนการจัดทำและตรวจสอบการทำสัญญา หน่วยงานของรัฐขาดแคลนบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ จึงทำสัญญาที่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ ส่วนกระบวนการตรวจสอบสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดนั้นมีปัญหาการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการสูงสุดสามารถตรวจสอบส่วนใหญ่เพียงในประเด็นว่าข้อสัญญาขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ใช้บังคับได้หรือไม่ ส่วนข้อเท็จจริงว่าหน่วยงานของรัฐเสียเปรียบหรือไม่ เป็นเรื่องของคู่สัญญา สำนักงานอัยการสูงสุดไม่สามารถลงไปดูในรายละเอียดในส่วนนี้ได้ สำหรับในขั้นตอนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีปัญหาเรื่องจริยธรรมของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลาง

^{๑๔}มาตรา ๒๙ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

^{๑๕}มาตรา ๔๐ บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(๑) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๑๖}มาตรา ๑๕ ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

๖.๒ สำนักงานศาลยุติธรรม มีความเห็นเช่นเดียวกับสำนักงานอัยการสูงสุดว่าการแก้ไขกฎหมายในลักษณะนี้เป็นการแก้ไขปัญหาที่ไม่ตรงจุด โดยเห็นว่า กฎบัตรอาเซียน (Asian Charter) ระบุอย่างชัดเจนให้นำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้เป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือกประเภทหนึ่ง นอกจากนี้ หากตัดเรื่องอนุญาโตตุลาการออกจะทำให้ขัดต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ซึ่งในอนุสัญญา หรือสนธิสัญญาทุก ๆ ฉบับ จะกำหนดให้มีการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ และหากจะพิจารณาจากสัญญาสัมปทานขนาดใหญ่ของประเทศไทยที่มีการทำและมีการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีของโทลเวย์ (Tollway) การใช้ออนุญาโตตุลาการมาชี้ขาดคดีไม่ได้เกิดจากสัญญา แต่เกิดจาก BIS (Bank for International Settlement) ดังนั้น ถ้าออกกฎหมายไม่ให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการแล้วจะทำอย่างไรกับสัญญาที่มีการลงนามไปแล้ว และจะทำอย่างไรกับสนธิสัญญาที่กำลังอยู่ระหว่างการลงนาม และที่จะมีการลงนามต่อไป

ตามข้อเท็จจริงจะเห็นว่า ภาคเอกชนทำสัญญามากกว่าภาครัฐ แต่กลับไม่มีปัญหาจนต้องมีการนำไปสู่การชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ภาครัฐกลับมีปัญหาเช่นนี้ ดังนั้น ปัญหามิได้เกิดจากระบบอนุญาโตตุลาการ แต่เกิดจากการจัดทำสัญญาและการบริหารสัญญา มากกว่า และตามข้อเท็จจริง ในสถิติรอบสามปีที่ผ่านมา หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายชนะมากกว่าแพ้ แต่เนื่องจากในเรื่องที่แพ้มักจะมีทุนทรัพย์เป็นจำนวนมากและอยู่ในความสนใจของประชาชน จึงควรมีการศึกษาวิเคราะห์สาเหตุที่หน่วยงานของรัฐต้องแพ้ เพื่อนำมากำหนดแนวทางในการจัดทำสัญญาและบริหารสัญญาต่อไป

สำนักงานศาลยุติธรรมพิจารณาหลักการของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วมีข้อสังเกต กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๕ กำหนดให้สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้เท่าที่มีใช้บทบัญญัติบังคับให้ต้องใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เพียงแต่วิธีการนี้เป็นยุติธรรมทางเลือกหนึ่งซึ่งสิทธิในการเลือกใช้ออนุญาโตตุลาการเป็นของหน่วยงาน และสิ่งที่เป็นต้นเหตุของปัญหา คือ ตัวอย่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างทำยาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ระบุให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ โดยในตัวอย่างสัญญากำหนดให้สามารถตัดข้อกำหนดออกได้แล้วแต่ความเหมาะสม หากเห็นว่าวิธีการดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนก็กระทำได้โดยการไม่ระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาที่ทำขึ้น แต่ปรากฏว่าเมื่อส่วนราชการนำมาใช้กลับมิได้มีการตัดข้อความที่กำหนดถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการออก นอกจากนี้ ตามมติของคณะรัฐมนตรี กรณีสัญญาโครงการขนาดใหญ่ย่อมจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนการระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญา ดังนั้น คณะรัฐมนตรีย่อมมีโอกาสตรวจสอบความเหมาะสมของข้อสัญญาที่ทำขึ้นได้ การไม่กำหนดวิธีการอนุญาโตตุลาการไว้ในข้อสัญญายังเป็นวิธีการที่ไม่กระทบกระเทือนต่อสภาพลักษณะและบรรยากาศในการลงทุนของประเทศไทยซึ่งจะแตกต่างจากการแก้ไขกฎหมายในลักษณะการห้ามโดยตรงตามร่างมาตรา ๓ (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕) ในกรณีสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนภายในประเทศนั้น รัฐมีอำนาจในการต่อรองทางสัญญาสูงกว่าเอกชน

การกำหนดข้อห้ามการใช้วิธีการอนุญาตโตตุลาการในสัญญาภายในประเทศจึงทำได้ ส่วนในสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับนักลงทุนต่างประเทศ รัฐมีอำนาจในการต่อรองทางสัญญาไม่มากนัก จึงต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ

สำนักงานศาลยุติธรรมเสนอความเห็นเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น จากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

(๑) การเสนอแก้ไขมาตรา ๑๕ อาจกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุน ที่มีต่อระบบกฎหมายและระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ตลอดจนบรรยากาศในการลงทุน และทำให้เสียเปรียบประเทศเพื่อนบ้านที่อาจให้หลักประกันหรือวิธีการระงับข้อพิพาทในการลงทุนที่ดีกว่า

(๒) ตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทย ทำไว้กับประเทศต่าง ๆ มากกว่า ๔๐ ประเทศ ตลอดจนความตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทย เป็นคู่สัญญาแล้วและที่จะเป็นคู่สัญญาต่อไปในอนาคต ล้วนกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาตโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยกับนักลงทุนจากประเทศคู่สัญญา ทำให้นักลงทุน ชาวต่างชาติยังอาจอาศัยสิทธิตามความตกลงดังกล่าวหรือความตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทย เป็นคู่สัญญาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ การห้ามการดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการภายในประเทศสำหรับกรณีของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นคู่พิพาทที่มีอยู่ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ จะทำให้นักลงทุนชาวต่างชาติเลือกใช้ ช่องทางการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี เนื่องจากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่กำหนด ในความตกลงทั้งหมด ล้วนเป็นข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ภาษาที่ใช้ใน การดำเนินกระบวนการพิจารณาล้วนแต่เป็นภาษาต่างประเทศ สถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณา ต้องทำในต่างประเทศ และอนุญาโตตุลาการที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดย่อมจะเป็นชาวต่างชาติเป็น ส่วนใหญ่

(๓) ในบางกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายที่มีสิทธิเรียกร้องจากคู่สัญญา จากต่างประเทศ การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะสามารถทำให้หน่วยงานของรัฐ นำคำชี้ขาดไปบังคับได้ในประเทศที่คู่สัญญานั้นมีทรัพย์สินอยู่ตามอนุสัญญาเพื่อการยอมรับ และบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๕๘ การห้ามมิให้ หน่วยงานของรัฐทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงจะทำให้หน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องไปฟ้องร้องต่อ ศาลในประเทศต่าง ๆ ที่คู่สัญญานั้นมีทรัพย์สินอยู่เองซึ่งจะใช้เวลาและค่าใช้จ่ายอีกจำนวนมาก

(๔) กระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ สามารถตรวจสอบกลับกรองคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการได้เป็นอย่างดี และรักษาสมดุลของประโยชน์สาธารณะได้ เห็นได้จากบางกรณี ที่หากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลอาจ เพิกถอนหรือไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดได้อยู่แล้ว

๖.๓ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) มีความเห็นว่า โดยที่สำนักงาน ก.ล.ต. ได้จัดให้มีกระบวนการอนุญาตตุลาการขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าลูกค้ำและผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามมาตรา ๔๗^{๑๗} และมาตรา ๔๘^{๑๘} แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ และได้จัดให้มีกระบวนการอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ หรือกฎหมายที่ออกภายใต้กฎหมายดังกล่าว การแก้ไขมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ อาจมีผลดังต่อไปนี้

(๑) หากมีการตีความว่า “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ครอบคลุมถึงรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ ด้วย อาจส่งผลให้บริษัทหลักทรัพย์หรือผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าบางรายที่เป็นหน่วยงานของรัฐไม่สามารถระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยอนุญาตตุลาการที่สำนักงาน ก.ล.ต. จัดให้มีขึ้น

(๒) เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าถูกกำหนดให้ต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการเมื่อลูกค้ำแจ้งความประสงค์ไปยังผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งกฎหมายให้ถือว่าสัญญาอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นในทันทีที่ผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้รับหนังสือของลูกค้ำ โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการมาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๗ และมาตรา ๔๘ แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ ดังนั้น การแก้ไขมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ อาจทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องต้องกันระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายสองฉบับ ซึ่งจะก่อให้เกิดอุปสรรคในการบังคับใช้และการตีความกฎหมาย ตลอดจนการดำเนินการของบุคคลที่เกี่ยวข้องได้

(๓) ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้บริการธุรกิจหลักทรัพย์หรือธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เช่น มีการซื้อหน่วยลงทุนของกองทุนรวม เป็นต้น การแก้ไขมาตรา ๑๕ จะมีผลทำให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวไม่สามารถใช้วิธีการอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งระหว่างตนกับบริษัทหลักทรัพย์หรือผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวอาจส่งผลให้การชดเชยความเสียหายของหน่วยงานของรัฐนั้นมีภาระค่าใช้จ่ายที่ไม่คุ้มกับ

^{๑๗} มาตรา ๔๗ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองลูกค้ำและเพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยรวดเร็วและเป็นธรรม ลูกค้ำอาจขอให้มีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าโดยอนุญาตตุลาการซึ่งสำนักงาน ก.ล.ต. จัดให้มีขึ้นได้ โดยมีหนังสือแจ้งความประสงค์ไปยังผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และเมื่อผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้รับหนังสือแล้ว ให้ถือว่าทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ข้อพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาตตุลาการพิจารณาตามวรรคหนึ่งนั้น ต้องมีจำนวนทุนทรัพย์ไม่เกินจำนวนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

^{๑๘} มาตรา ๔๘ ให้นำกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการมาใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทตามมาตรา ๔๗ โดยอนุโลม

ความเสียหายที่ได้รับ หรืออาจต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทั่วไป

๖.๔ สภาพหอการค้าแห่งประเทศไทย มีความเห็นดังต่อไปนี้

(๑) ประเทศไทยได้พัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการอย่างต่อเนื่องตั้งแต่มีการออกพระราชบัญญัติฉบับแรกเมื่อ พ.ศ. ๒๕๓๐ จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ในปัจจุบัน ซึ่งเป็นที่ทราบกันว่าบทบัญญัติทั้งหลายภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ได้ปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ซึ่งนานาประเทศก็ยอมรับหลักการของกฎหมายต้นแบบฉบับเดียวกัน ดังนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยฉบับนี้จึงมีความเป็นสากลและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป การใช้ระบบการระงับข้อพิพาทโดยเกี่ยวกับการค้าการลงทุนในประเทศไทย จึงมีความสำคัญในทัศนะของเอกชนหรือผู้ประกอบการค้าและการลงทุนในประเทศไทย และโดยเฉพาะโครงการภาครัฐหรือที่รัฐเป็นคู่สัญญากับเอกชนต่างประเทศ

จากข้อเท็จจริงที่ว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ภาครัฐมักจะถูกเป็นผู้แพ้คดีและต้องจ่ายค่าชดเชยเป็นจำนวนเงินมากนั้น สะท้อนให้เห็นถึงการดำเนินงานที่ผิดพลาดหรือเกิดจากความบกพร่องในส่วนของภาครัฐเองซึ่งน่าจะมีการศึกษาถึงสาเหตุที่แท้จริงของการแพ้คดี แทนที่จะเห็นว่าเป็นเพราะกฎหมายและจะต้องแก้กฎหมาย ซึ่งเสมือนกับเป็นการทำลายระบบหรือกลไกการระงับข้อพิพาทที่รัฐได้สร้างขึ้นมาเอง

(๒) โดยที่สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีหลายประเภท เช่น เรื่องการซื้อขาย การจ้างทำของ สัญญาร่วมทุนรัฐกับเอกชน รวมถึงสัญญาให้สัมปทาน เป็นต้น สัญญาที่เป็นปัญหาที่กล่าวถึงว่าทำให้รัฐเสียหายส่วนใหญ่มาจากสัญญาสัมปทานซึ่งมีความซับซ้อนและมีขั้นตอนปฏิบัติมาก จะต่างจากสัญญาประมูลซื้อ (ซื้อขาย) หรือการจ้างทำของ ดังนั้น แทนที่จะห้ามสัญญาทุกประเภท จึงควรพิจารณาเฉพาะสัญญาที่เกิดปัญหาจริง ๆ มากกว่า อย่างไรก็ตาม เห็นว่าการห้ามใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะเกิดความไม่เชื่อมั่นแก่ภาคเอกชนแล้ว ก็จะทำให้อำนาจการต่อรองในการทำสัญญาภาครัฐกับเอกชนต่างประเทศ ต้อยลงด้วย

๖.๕ กระทรวงการต่างประเทศ^{๑๑} มีความเห็นว่าการหลีกเลี่ยงการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทอาจส่งผลกระทบต่อ

(๑) ผลกระทบต่อความคืบหน้าในการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงการค้าเสรีซึ่งมีข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน ขณะนี้ประเทศไทยยังเจรจาค้างกับ ๕๒ ประเทศ โดยรัฐคู่เจรจาอาจไม่ประสงค์จะเจรจาต่อหาก

^{๑๑} หนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ กต ๐๗๐๓/ว.๑๕๙๘ ลงวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเสวนาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ประเทศไทยไม่ยอมรับกระบวนการอนุญาตตุลาการ เพราะเป็นการขัดกับหลักที่เป็นมาตรฐานสากลและเป็นหัวใจสำคัญของความตกลงที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน

(๒) ผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติต่อการลงทุนในประเทศไทย เพราะอาจเกิดความไม่มั่นใจว่าหากเกิดข้อพิพาทกับรัฐบาลไทยแล้วจะได้รับความเป็นธรรม นอกจากนี้ ยังเป็นเสมือนการผัดพันกรณีที่ไทยเคยรับไว้กับประเทศอื่นๆ (backtrack) เพราะความตกลงที่ประเทศไทยยอมรับหลักการดังกล่าว และยังกระทบต่อนักลงทุนในอนาคต เพราะต่อไปจะใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการตามความตกลงฯ เนื่องจากจะไม่ได้รับการบรรจุไว้ในความตกลงเช่นกัน

(๓) ผลกระทบต่อกิจกรรมและการพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

สรุป ความเห็นและข้อเสนอแนะของหน่วยงานเกี่ยวกับการยกเลิกระบบอนุญาตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน มีข้อดีและข้อเสีย ดังนี้

ก. ข้อดี

การนำข้อพิพาททางสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเข้าสู่การพิจารณาของศาลโดยตรง จะทำให้สามารถรักษาประโยชน์ของรัฐและสาธารณะได้ดีกว่าการใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทซึ่งเหมาะสำหรับการระงับข้อพิพาทในทางธุรกิจของเอกชน

ข. ข้อเสีย

(๑) เป็นอุปสรรคต่อการค้าและการลงทุนในประเทศไทยเพราะนักลงทุนขาดความเชื่อมั่นในวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน และอาจเลือกไปลงทุนในประเทศอื่นที่มีการระงับข้อพิพาททางสัญญาที่เหมาะสมกว่า

(๒) ทำให้นักลงทุนต่างชาติเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบในการต่อสู้คดีมากขึ้น

(๓) เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการเลือกใช้ระบบอนุญาตตุลาการหรือระบบศาล อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๙ และมาตรา ๔๐ ที่กำหนดให้บุคคลย่อมมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

(๔) อาจส่งผลกระทบต่อสนธิสัญญาที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามไปแล้วและสนธิสัญญาที่ประเทศไทยกำลังจะลงนามต่อไป ซึ่งกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ

(๕) ทำให้อำนาจในการต่อรองทางการค้าและการทุนระหว่างหน่วยงานของรัฐที่มีต่อนักลงทุนต่างประเทศลดน้อยลง

(๖) ผลกระทบต่อการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงการค้าเสรี โดยรัฐคู่เจรจาอาจไม่ประสงค์จะเจรจากับประเทศไทย

หากไม่ยอมรับกระบวนการอนุญาตตุลาการ เพราะเป็นการขัดกับหลักที่เป็นมาตรฐานสากลและเป็นหัวใจสำคัญของความตกลงที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน

(๗) ผลกระทบการพัฒนากระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

ค. ข้อเสนอแนะของหน่วยงาน

(๑) บทบัญญัติมาตรา ๑๕ มิได้บังคับให้ต้องใช้วิธีการอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด หากเห็นว่าวิธีการดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนก็กระทำได้โดยการไม่ระบุข้อสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญาที่ทำขึ้น ส่วนกรณีสัญญาโครงการขนาดใหญ่ย่อมจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน คณะรัฐมนตรีจึงย่อมมีโอกาสตรวจสอบความเหมาะสมของข้อสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นได้

(๒) สิ่งที่เป็นต้นเหตุของปัญหาประการหนึ่งคือ แบบตัวอย่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ระบุให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ โดยในตัวอย่างสัญญากำหนดให้สามารถตัดซื้อกำหนดออกได้แล้วแต่ความเหมาะสม แต่ปรากฏว่าเมื่อส่วนราชการนำมาใช้กลับมิได้มีการตัดซื้อความที่กำหนดถึงวิธีการอนุญาตตุลาการออก ควรแก้ไขตัวอย่างสัญญาดังกล่าว

(๓) สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนประเภทใด ที่มักจะเกิดปัญหาหน่วยงานของรัฐแพ็คดีในชั้นอนุญาตตุลาการ ก็ควรห้ามมิให้ระบุข้อสัญญาอนุญาตตุลาการเฉพาะในสัญญาประเภทนั้น

๗. ความเห็นของนักวิชาการและเอกสารทางวิชาการ

๗.๑ ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์^{๒๐} เห็นว่า หากประเทศไทยกำหนดห้ามใช้วิธีการอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจนก็จะเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของนักลงทุนในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ สำหรับปัญหาที่หน่วยงานของรัฐแพ็คดีในชั้นอนุญาตตุลาการนั้นอาจเกิดจากการร่างสัญญาไม่ดีหรือการตั้งอนุญาตตุลาการที่มิได้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท

๗.๒ นายพิชัยศักดิ์ หรยางกูร^{๒๑} เห็นว่า การใช้อนุญาตตุลาการเป็นกลไกระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจและเป็นมาตรฐานสากล การยกเลิกการใช้อนุญาตตุลาการจึงสวนทางกับหลักปฏิบัติสากล สาเหตุหนึ่งของปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องการได้บุคคลที่ขาดคุณสมบัติที่เหมาะสมเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทหรือขาดความเป็นกลางเนื่องจากสนับสนุนเฉพาะฝ่ายที่ตั้งตนเข้าเป็นอนุญาตตุลาการเท่านั้น ซึ่งทำให้ผลของคดีไม่ถูกต้อง และเกิดจากการตรวจร่างสัญญาและการบริหารสัญญา กล่าวคือในการตรวจร่างสัญญามักจะไม่มีผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นเข้าร่วมตรวจร่างสัญญาด้วย หรือเมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้วหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา เพราะขาดหน่วยงานกลางที่จะควบคุมตรวจสอบการบริหารสัญญาดังกล่าว จึงควรจัดตั้ง

^{๒๐} สรุปรจากการสัมภาษณ์ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ ๒๑ ธันวาคม ๒๕๕๒

^{๒๑} สรุปรจากการสัมภาษณ์ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๕๒

หน่วยงานที่รับผิดชอบทำสัญญาของรัฐอย่างเป็นทางการ รวมถึงการพัฒนาบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ และปรับปรุงการจัดทำสัญญา การบริหารสัญญา และการระงับข้อพิพาท

๗.๓ นายปรัชญา อยู่ประเสริฐ^{๒๖} เห็นว่า การทำสัญญาและการพิจารณาสัญญาควรทำด้วยความเชี่ยวชาญรอบคอบ ถ้าประเด็นใดไม่มีความเชี่ยวชาญก็ควรจ้างทนายความหรือผู้เชี่ยวชาญในสาขานั้น ๆ ได้ โดยต้องประสานทั้งสำนักงานอัยการสูงสุดและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง มิใช่ให้เป็นหน้าที่ของอัยการเพียงฝ่ายเดียว และที่ผ่านมาในหลายคดีหน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีนั้นอาจมีสาเหตุมาจากการบริหารสัญญาไม่ตรงกับข้อกำหนดในสัญญา แต่การจะจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาทำหน้าที่บริหารสัญญาโดยเฉพาะนั้นจะต้องพิจารณาว่าประเทศไทยมีปริมาณของสัญญาดังกล่าวมากเพียงใด สำหรับในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการพบว่าเอกสารและพยานหลักฐานต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐยังมีจำนวนน้อยกว่ามากเมื่อเทียบกับฝ่ายเอกชนซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการต่อสู้คดีได้ นอกจากนี้ ต้องคำนึงด้วยว่ามีนักลงทุนไทยไปลงทุนในต่างประเทศจำนวนมาก การจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการจะส่งผลกระทบต่อให้นักลงทุนได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศด้วย

๗.๔ การเสวนาการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน^{๒๗} ซึ่งที่ประชุมการเสวนาฯ เห็นว่า

(๑) ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) ระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ หลายฉบับได้ให้สิทธิและทางเลือกแก่นักลงทุนในการเลือกใช้อนุญาโตตุลาการ การจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการอาจนำไปสู่การผิดพันธกรณีตามความตกลงรวมทั้งความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนลดความน่าเชื่อถือในการลงทุนในประเทศไทย และทำให้ต้นทุนของโครงการลงทุนสูงขึ้น เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA) ซึ่งกำหนดว่า การไม่ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทถือเป็นความเสี่ยงทางการเมือง (political risk) ทำให้นักลงทุนที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยต้องเสียค่าเบี้ยประกัน (insurance premium) สูงขึ้น ทำให้โครงการลงทุนมีต้นทุนแพงขึ้น สุดท้ายภาระดังกล่าวก็จะถูกผลักไปให้กับผู้บริโภค โดยเฉพาะผู้ใช้บริการโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่าง ๆ

(๒) การยกเลิกอนุญาโตตุลาการในสัญญาไม่ใช่ทางออกที่ยั่งยืนในเรื่องนี้ และเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุเนื่องจากควรมีการศึกษาอย่างละเอียดถึงสาเหตุการแพ้คดีของหน่วยงานของรัฐ

(๓) ควรมีการปรับปรุงพัฒนาระบบโครงสร้างของการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งจะช่วยให้แก้ปัญหาในเรื่องความเข้าใจในระบบอนุญาโตตุลาการ เช่น

^{๒๖} สรุปลงจากสัมภาษณ์ทางโทรศัพท์ วันที่ ๒๔ ธันวาคม ๒๕๕๒

^{๒๗} บันทึกรายการสนทนาสำคัญผลการเสวนา เรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เมื่อวันศุกร์ ที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๕๒ ณ ห้องประชุม ๓ กระทรวงการต่างประเทศ