

ปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562¹

دنمکثر วิทยาศาสตร์²

จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน พ.ศ. 2562 มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาทางปกครองหรือสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน และสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีที่มีผลต่อการบังคับใช้ ซึ่งทำให้ผู้ศึกษาได้รับความรู้ความเข้าใจว่า ในอดีตได้มีการห้ามการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้กับสัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐและเอกชนหรือสัญญาทางปกครองเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะซึ่งศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวได้ดีที่สุด ต่อมาหลายประเทศได้มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในสัญญาที่มีคู่สัญญาเป็นหน่วยงานของรัฐและเอกชนหรือสัญญาทางปกครองมากขึ้น และแต่ละประเทศมีการวางหลักการ แนวคิด ทฤษฎีการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ที่แตกต่างกันไป ซึ่งวิธีที่ถูกนำมาใช้ในสัญญาทางปกครอง คือ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการและวิธีการไกล่เกลี่ย แต่อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทในคดีปกครองก็มีข้อจำกัดหลัก ๆ อยู่สองประการ คือ ข้อจำกัดภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ จะต้องมิกฎหมายให้อำนาจและจะกระทำได้ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และข้อจำกัดภายใต้หลักคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นเกณฑ์ในการใช้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองว่ามีการใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือขอบวัตถุประสงค์หรือไม่ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยบิดเบือน ดังนั้น ในการใช้วิธีใดมาระงับข้อพิพาททางปกครองจำเป็นต้องคำนึงเสมอว่าการที่องค์กรฝ่ายปกครองเข้าไปเจรจาไกล่เกลี่ยหรือตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกับเอกชนนั้นกระทำไปโดยคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักประโยชน์สาธารณะหรือไม่ อีกทั้ง พระราชบัญญัติ

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน พ.ศ. 2562 โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฐาตุร ศิริยุทธ์วัฒนา และคณะกรรมการสอบ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สกลี สิริพิฑูร

²นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดให้ภาครัฐมีหน้าที่ดำเนินจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะด้านเศรษฐกิจและด้านสังคม ซึ่งเป็นภารกิจของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน ภายใต้หลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชนว่าด้วยการให้บริการสาธารณะ แต่ด้วยภาครัฐมีข้อจำกัดทางด้านทรัพยากรในการตอบสนองความต้องการข้างต้นพร้อมกัน ดังนั้น รูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (Public Private Partnership : PPP) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ยอมรับในนานาประเทศ จึงถูกนำมาใช้เพื่อจัดทำโครงการโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐ โดยรับมอบหมายหน้าที่ให้เอกชนดำเนินการแทนผ่านสัญญาร่วมลงทุนในรูปแบบของการให้สัมปทานกับเอกชน ซึ่งทำให้ภาครัฐหลุดพ้นจากปัญหาด้านงบประมาณที่มีอยู่อย่างจำกัด และได้ภาคเอกชนที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมในการให้บริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม เอกชนและนักลงทุนต่างชาติก็ยังมีความกังวลถึงการไม่เป็นกลางในการตัดสินใจของศาลไทยในคดีระหว่างประเทศ ดังนั้น วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกจึงถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เพื่อให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงการระงับข้อพิพาทที่อาจมีขึ้นในอนาคต ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนเอกชนที่จะเข้าร่วมลงทุนกับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะและส่งผลต่อการพัฒนาของประเทศและงบประมาณแผ่นดิน ดังนั้น จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาถึงการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการและวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้กับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และการกำหนดมาตรการในการทำข้อตกลงการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในสัญญาร่วมลงทุน

จากการศึกษาประเด็นปัญหาทำให้ทราบว่าปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน พ.ศ. 2562 ยังไม่มีความชัดเจนในการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการกับสัญญาร่วมลงทุน และไม่ได้บัญญัติถึงมาตรการในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและไม่ได้บัญญัติถึงการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ดังต่อไปนี้

จากการศึกษาประเด็นปัญหาการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 นั้น พระราชบัญญัติดังกล่าวมีการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในมาตรา 35 วรรค 5 และมาตรา 42 วรรค 1 ประกอบมาตรา 20 (8) กำหนดให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีหน้าที่และอำนาจออกประกาศเกี่ยวกับการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ได้แก่ ประกาศสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน และประกาศเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน แต่ในปัจจุบันยังไม่มีการออกประกาศ

ดังกล่าว เมื่อพิจารณาประกาศสำนักคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ข้อ 4 (14) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 34 ที่ใช้อยู่ในวันก่อนที่พระราชบัญญัติร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ใช้บังคับ ซึ่งยังคงใช้บังคับได้ต่อไปจนกว่าจะมีประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับตามพระราชบัญญัติร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 64 ได้กำหนดว่า “ข้อ. 4 ให้ข้อกำหนดมาตรฐานที่ต้องมีในสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยรายละเอียดในเรื่อง...(14) การระงับข้อพิพาท ซึ่งต้องไม่เป็นการผูกพันให้หน่วยงานเจ้าของโครงการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะได้แสดงถึงเหตุผลและความจำเป็นเนื่องจากทางปฏิบัติโดยปกติทั่วไปของสัญญาร่วมลงทุนประเภทนั้น ๆ หรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้” ประกาศดังกล่าวนี้ทำให้เกิดการตีความได้ว่า พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุน อีกทั้งประกาศดังกล่าวยังขัดแย้งกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 ที่กำหนดว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา ซึ่งเป็นการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐสามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ทุกลักษณะทุกประเภทของสัญญา รวมถึงสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้” อีกด้วย ดังนั้น ปัญหาของกฎหมายที่ไม่ชัดเจนในการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น ส่งผลเสียโดยเป็นอุปสรรคต่อการค้าและการลงทุนในประเทศไทย เพราะเอกชนและนักลงทุนต่างชาติก็มีความกังวลถึงการไม่เป็นกลางในการตัดสินคดีของศาลไทยในคดีระหว่างประเทศ ปัจจุบันเหล่านี้ส่งผลให้นักลงทุนภาคเอกชนที่จะเข้าร่วมลงทุนกับรัฐในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขาดความเชื่อมั่นในวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน และอาจเลือกไปลงทุนในประเทศอื่นที่มีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เหมาะสมกว่า และยังอาจทำให้นักลงทุนต่างชาติเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศซึ่งจะทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบในการต่อสู้คดีมากขึ้น ส่งผลต่อการพัฒนาประเทศเกิดความล่าช้าและผลเสียต่อเศรษฐกิจตามมา

ประเด็นปัญหาที่สองปัญหาการกำหนดมาตรการในการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 35 วรรค 5 และมาตรา 42 วรรค 1 กำหนดให้คณะกรรมการนโยบายมีหน้าที่และอำนาจออกประกาศที่เกี่ยวกับการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในสัญญาการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน คือ ประกาศสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุนและประการเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน

ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีการออกประกาศดังกล่าวนี้ จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ดังกล่าวไม่มีการกำหนดมาตรการหรือหลักเกณฑ์ในการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน จึงทำให้เกิดปัญหาในการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในขั้นตอนการเจรจาร่างสัญญากับเอกชนผู้ได้รับคัดเลือกให้จัดทำโครงการร่วมลงทุนและขั้นตอนตรวจร่างสัญญา โดยเอกชนอาจมีการต่อรองให้รัฐตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไปในทางที่รัฐเสียเปรียบ ไม่ว่าจะเป็นเพราะการไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการทำสัญญา หรือการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐในการเอื้อประโยชน์แก่เอกชน ส่งผลทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นทำให้รัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นปัญหาที่สามปัญหาการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้กับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 35 วรรค 5 มาตรา 42 วรรค 1 กำหนดให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีหน้าที่และอำนาจออกประกาศที่เกี่ยวกับการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในสัญญาสาร่วมลงทุน คือ ประกาศสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน และประกาศเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีประกาศดังกล่าว พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จึงไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งหากมีการกำหนดให้ข้อสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีวิธีการระงับข้อพิพาทเบื้องต้น คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ขึ้นในหน่วยงานเจ้าของโครงการเสียก่อนที่จะเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด โดยมีบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางให้การช่วยเหลือคู่สัญญาในการหาทางออกของปัญหาความขัดแย้ง โดยคู่สัญญาจะเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจในการบรรลุข้อตกลงร่วมกันเพื่อระงับข้อพิพาทนั่นเอง ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยนี้ จะทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสสับทราบบถึงข้อโต้แย้ง ปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบก่อสร้าง การตีความในสัญญา หรือเหตุสุดวิสัย เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวได้รับการแก้ไขหาทางออกร่วมกันโดยเร็ว อีกทั้งเป็นการประหยัดงบประมาณไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีค่าใช้จ่ายสูง

ประเด็นปัญหาที่สี่ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น การนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน นอกจากกระบวนการจัดทำสัญญาร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 แล้ว พบว่ายังมีมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 กำหนดเรื่องการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

มาใช้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนว่า “สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณี... (1) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 (2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้อนุญาตพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” จึงทำให้เกิดปัญหาว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 ที่กำหนดให้กรณีสัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้อนุญาตพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดนั้น เมื่อพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 แล้ว มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับกับพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หรือไม่ และมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร และเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวทำให้เกิดการตีความว่ารัฐบาลไม่สนับสนุนการใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทและส่งผลให้เกิดทัศนคติเชิงลบต่อการใช้อ้อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาททั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมถึงผลกระทบเชิงลบต่อบรรยากาศการลงทุนตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุน และพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ ซึ่งกำหนดให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท อีกทั้งมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวยังส่งผลให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนจะต้องขออนุมัติคณะรัฐมนตรีเป็นรายกรณีไป ทำให้ใช้ระยะเวลานานมากขึ้นในการทำสัญญา และเป็นการเพิ่มขั้นตอนให้แก่หน่วยงานภาครัฐทำให้เสียโอกาสในทางธุรกิจอย่างน่าเสียดาย อีกทั้งการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีก็ไม่ได้การวางหลักเกณฑ์กลางในการพิจารณา

จากการศึกษาค้นคว้าปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน พ.ศ. 2562 ผู้ศึกษาพบว่า มีข้อเสนอแนะ คือ

1. ปัญหาการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการมาใช้กับสัญญาการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน จากการพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 35 วรรค 5 และมาตรา 42 วรรค 1 ประกอบกับประกาศสำนักคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ข้อ 4 (14) ทำให้เกิดการตีความกฎหมายว่าเป็นการห้ามให้อนุญาตตุลาการ ซึ่งขัดแย้งต่อพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการได้ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จึงไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนในการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการ

อนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ส่งผลถึงภาคเอกชนนักลงทุนที่จะขาดความเชื่อมั่นในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย เพราะพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่สำคัญที่ยังคงต้องพึ่งพาเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนกับรัฐเพื่ออาศัยความเชี่ยวชาญ เงินทุนจากเอกชน ซึ่งสัญญาดังกล่าวล้วนเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเห็นว่า กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการกำหนดห้ามมิให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาปกครอง และถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่มีข้อยกเว้น คือ หากจะนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ต้องมีการออกกฎหมายยกเว้นเป็นการเฉพาะกรณีไป ส่วนกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดให้มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้ เรียกว่า การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Means of Dispute Resolution: ADR) โดยกำหนดให้คู่กรณีอาจใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการก็ได้ ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอแนะให้เพิ่มเติมบทบัญญัติพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ใน มาตรา 35/1 ว่า “สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

2. ปัญหาการกำหนดมาตรการในการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน จากการพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ควรมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดมาตรการหรือหลักเกณฑ์ในการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ดังเช่นกฎหมาย 5 U.S.C. Sections 571 - 583 ของสหรัฐอเมริกา เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนการเจรจาร่างสัญญากับเอกชนผู้ได้รับคัดเลือกให้จัดทำโครงการร่วมลงทุนและขั้นตอนการตรวจร่างสัญญาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีการทำข้อตกลงที่ทำให้รัฐเสียเปรียบ เพื่อเป็นการสร้างความโปร่งใส ตรวจสอบได้ในกระบวนการทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีหน้าที่และอำนาจในการออกประกาศกำหนดมาตรการหรือหลักเกณฑ์ในการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ดังนี้

มาตรา 35 วรรคห้า เดิม บัญญัติว่า “รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน สาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุนให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

แก้ไขเป็น “มาตรา 35 วรรคห้า รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน สาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน และในการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุน ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

โดยประกาศ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการจัดทำข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุน ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดอย่างน้อยต้องมีหลักเกณฑ์ดังนี้

“ประกาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการทำข้อตกลงในสัญญาร่วมลงทุน

ข้อ. 1 ข้อตกลงในสัญญาร่วมลงทุนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการต้องประกอบด้วยรายละเอียดในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คู่สัญญาอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการให้จำกัดเฉพาะให้เป็นไปตามกรณีที่กำหนดไว้ได้

(2) ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร

(3) ต้องกำหนดถึงประเด็นในสัญญาที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้

(4) กำหนดวงเงินสูงสุดที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่กรณีจ่ายให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้

(5) การเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ตกลงกัน โดยจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง

ข้อ. 2 กรณีสัญญาร่วมลงทุนกำหนดข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการไม่ครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ในข้อ. 1 ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่สมบูรณ์”

3. ปัญหาการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้กับพระบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จากการพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการนำเอาวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในการอำนวยความสะดวกทางปกครอง ซึ่งคู่กรณีดำเนินการไกล่เกลี่ยได้แทบทุกกรณี เว้นแต่การดำเนินการที่อยู่นอกเหนือสิทธิหรือความสามารถของคู่กรณีนั้นคู่กรณีไม่อาจทำการไกล่เกลี่ยในกรณีดังกล่าวได้ ตามประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L. 213-3 และการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสาธารณรัฐฝรั่งเศส คู่กรณีอาจขอให้แต่งตั้งบุคคลภายนอกศาลเข้าปฏิบัติ

หน้าที่ในการไต่เถียงให้แก่คู่กรณีได้ และคู่กรณีอาจจัดให้มีการไต่เถียงด้วยตนเองได้ เพื่อเป็นกลางเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ไต่เถียงเสนอแนะแนวทางแก้ไขข้อพิพาทให้แก่คู่กรณี ซึ่งไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับการไต่เถียงข้อพิพาทนอกศาล ตามประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง มาตรา 213-5 และมาตรา 213-7 ซึ่งมีกระบวนการไต่เถียงข้อพิพาทที่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดให้มีการไต่เถียงข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่มีข้อแตกต่างที่การไต่เถียงข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นเป็นกรณีไต่เถียงข้อพิพาทในศาลเท่านั้นและผู้ไต่เถียงข้อพิพาทต้องเป็นตุลาการศาลปกครองที่ไม่ใช่เจ้าของสำนวน ดังนั้น หากเป็นการไต่เถียงข้อพิพาทนอกศาลจึงต้องนำพระราชบัญญัติการไต่เถียงข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาใช้บังคับกับการไต่เถียงข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ซึ่งมีกระบวนการไต่เถียงข้อพิพาทเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้เขียนเห็นควรเสนอแนะให้เพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 35 โดยเพิ่มวรรคเจ็ด ว่า “มาตรา 35 วรรคเจ็ด สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการไต่เถียงในการระงับข้อพิพาทได้ โดยให้นำพระราชบัญญัติการไต่เถียงข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาใช้บังคับโดยอนุโลม และคู่สัญญาต้องยื่นคำร้องสำนักงานศาลปกครองซึ่งเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการไต่เถียงเพื่อตั้งผู้ไต่เถียงในการไต่เถียงข้อพิพาทเท่านั้น”

4. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น จากการพิจารณาแล้วเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2562 ที่กำหนดห้ามมิให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาร่วมลงทุนนั้น มีสถานะเป็นกฎ ซึ่งการที่คณะรัฐมนตรีจะออกกฎได้ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจออกกฎไว้ แต่มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจออกกฎไว้ ดังนั้น จึงเป็นการออกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งยังขัดแย้งกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และมติคณะรัฐมนตรีนี้ได้สร้างปัญหาความล่าช้าในการเจรจาตกลงทำสัญญาร่วมลงทุน เพราะหากจะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ก็ต้องขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเป็นครั้ง ๆ ไป และไม่สามารถทราบได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการยกเลิกมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2562 ที่กำหนดเกี่ยวกับการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

เอกสารอ้างอิง

สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. **คู่มือสอบกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

ณัฐวุฒิ ไพศาลวัฒนา. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558.” *วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต*, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558.

สำนักงานประมาณของรัฐบาล และสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **การวิเคราะห์การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Public Private Partnership : PPP)**, รายงานวิชาการสำนักงานประมาณของรัฐบาล, ฉบับที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559)

พัชมา จิตรมหิมา. “แนวคิดและหลักการใกล้เคียงข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศสที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่

ค.ศ. 2016 ตามประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง (Code de justice administrative) ของ

สาธารณรัฐฝรั่งเศส.” ใน **เอกสารเสนอการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เพื่อประกอบการพิจารณาร่าง**

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เมื่อวันที่ 18

ธันวาคม 2560. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “เรื่องเสร็จที่ 398/2553 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.” *กรกฎาคม 2553*.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. “หนังสือด่วนที่สุดที่ นร 0503/ว 228 เรื่อง ขอแก้ไขมติ คณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่องการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน).” 17 กรกฎาคม 2558.

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.). “เอกสารประกอบการสัมมนาการสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และกฎหมายลำดับรอง.”

กรุงเทพมหานคร, พฤศจิกายน 2562

ปณิดา เป้าอันพงษ์กุล. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556.” *วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต*, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2559.

กองกฤษฎีกาทหาร และการต่างประเทศ. “ความรู้เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี.” ใน **เอกสารวิชาการ ฉบับที่ 5**, (กรุงเทพฯ: กรมพระธรรมนูญ): 1-3.