

# ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการแก้สัญญาสัมปทานของรัฐ



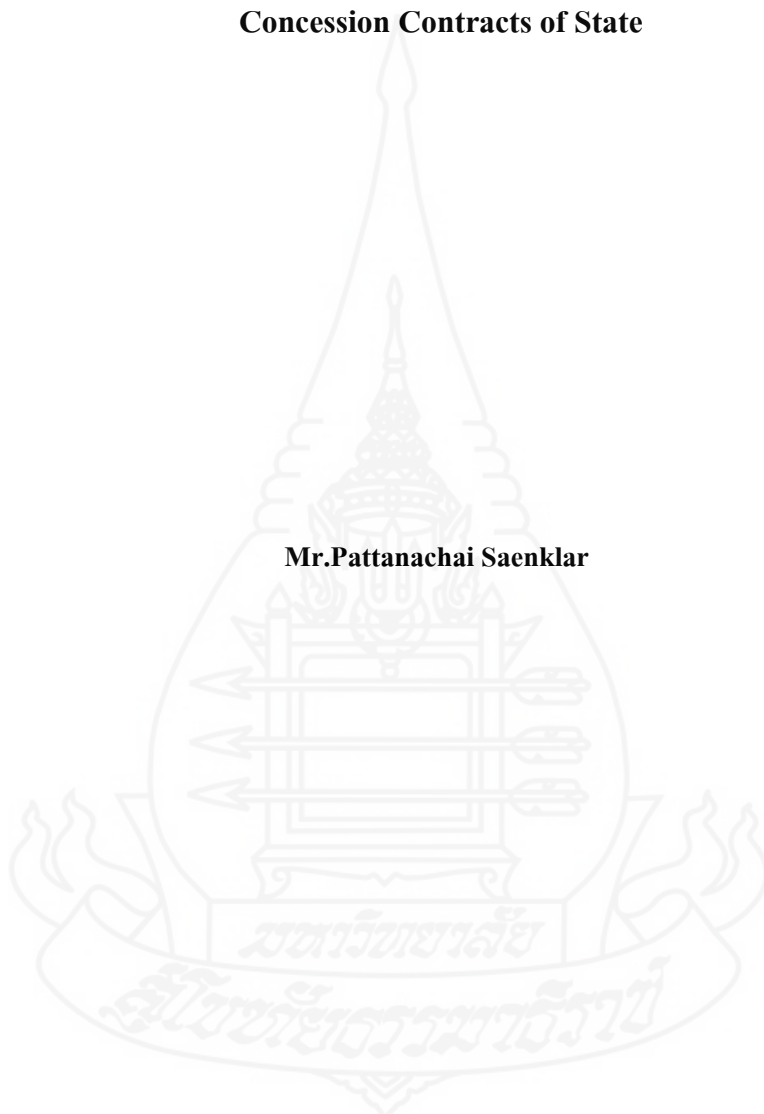
นายพัฒนชัย แสนกล้า

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2554

**The Problem of Applicable Law by Arbitration under  
Concession Contracts of State**

**Mr.Pattanachai Saenklar**



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

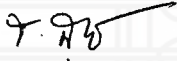
2011


หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการแก่สัญญาสัมปทาน  
ของรัฐ  
ชื่อและนามสกุล นายพัฒนชัย แสนกล้า  
วิชาเอก กฎหมายมหาชน  
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช  
อาจารย์ที่ปรึกษา 1. รองศาสตราจารย์ ดร. ธวัชชัย สุวรรณพานิช  
2. อาจารย์สุชาติ ศรีวรรกร

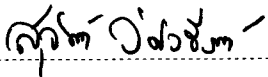
วิทยานิพนธ์นี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2555

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
..... ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร. สุนทร มณีสวัสดิ์)

  
..... กรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร. ธวัชชัย สุวรรณพานิช)

  
..... กรรมการ  
(อาจารย์สุชาติ ศรีวรรกร)

  
..... ประธานกรรมการบัณฑิตศึกษา  
(รองศาสตราจารย์ ดร. สุจินต์ วิศวรธีรานนท์)

ชื่อวิทยานิพนธ์ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการแก้สัญญาสัมปทานของรัฐ

ผู้วิจัย นายพัฒนชัย แสนกล้า รหัสนักศึกษ 2524004328

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา (1) ศาสตราจารย์ ดร. สุนทร มณีสวัสดิ์ (2) รองศาสตราจารย์ ดร. ธวัชชัย สุวรรณพานิช

(3) อาจารย์สุชาติ ศรีวรรกร ปีการศึกษา 2554

### บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์ (1) เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานโดยอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ (2) เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ (3) เพื่อพัฒนาแนวคิดในการนำหลักกฎหมายมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานของรัฐ และ (4) เพื่อปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาสัมปทานของรัฐให้มีความชัดเจนและเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญา

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยเชิงพรรณนาโดยวิจัยเอกสารเป็นหลัก โดยทำการวิเคราะห์แนวทางระงับข้อพิพาท รวมทั้งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทยเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบค้นหาความเหมาะสมกรณีที่ใช้กับประเทศไทย

ผลการวิจัยพบว่า (1) การเลือกกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแบ่งได้เป็น 2 กรณี 1) กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ซึ่งคู่พิพาทต่างเป็นคนสัญชาติไทยด้วยกัน อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย 2) กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งคู่พิพาทอาจจะมีสัญชาติแตกต่างกัน หากคู่สัญญาได้กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานไว้ อนุญาโตตุลาการก็ต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามบทบัญญัติของประเทศนั้น หากคู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานไว้ อนุญาโตตุลาการควรเลือกกฎหมายของประเทศต่างๆ ตาม “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” แต่คู่พิพาทอาจจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตาม “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม” ก็ได้ ทั้งนี้ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (2) การตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมีการใช้หลักกฎหมายต่างๆ ในการอ้างอิงประกอบ คำชี้ขาด อาทิเช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ หลักการเคารพสิทธิได้มา หลักสิทธิในการเวนคืน หลักการชดใช้ค่าทดแทน และหลักการชดใช้ค่าเสียหาย เป็นต้น (3) สำหรับประเทศไทยก็มีการใช้หลักกฎหมายบางส่วนที่คล้ายคลึงกับต่างประเทศ โดยเฉพาะกรณีข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานของรัฐมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ การวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้้นำหลักการต่างๆ ในกฎหมายมหาชนมาพิจารณาประกอบด้วย

คำสำคัญ กฎหมายที่นำมาใช้บังคับ อนุญาโตตุลาการ สัญญาสัมปทาน

**Thesis title:** The Problem of Applicable Law by Arbitration under Concession Contracts of State

**Researcher:** Mr.Pattanachai Saenklar; **ID:** 2524004328;

**Degree:** Master of Laws;

**Thesis advisors:** (1) Dr.Sunthorn Maneesawat, Professor; (2) Dr.Thawatchai Suvanpanich, Associate Professor; (3) Suchart Sriwarakorn; **Academic year:** 2011

### **Abstract**

The purposes of this study were as follows: (1) to know the concept of dispute resolution by arbitration under concession contracts by comparing the concept in Thailand and those in foreign countries; (2) to know applicable law for concession contracts by comparing with those in foreign countries; (3) to develop the concept of law to be enforced for the concession contracts of state; and (4) to improve the law of arbitration, particularly by the importation of arbitration to the concession contracts of state for more clearly and acceptable by all the parties.

This research is used descriptive method by mean of documentary research. The analysis and the comparative study were made to the concept of dispute resolution by arbitration and the law applicable by arbitrators in the concession contracts both in foreign countries and Thailand in order to find out the suitable outcome for Thailand.

Research finding were as follows: (1) The selection of law by arbitrators may separate into 2 types as follows: 1) in case of domestic arbitration that the same nationality of litigants, arbitrators must pass the award according to the law of Thailand; and 2) in case of international arbitration that the different nationality of litigants, if they agree to the applicable law of a certain country for concession contracts, arbitrators must pass the award according to the law of that country, if there is no such agreement, arbitrators must pass the award according to the rule of "The Conflict of Law". However, they could agree that arbitrators may award according to "The Principle of Good Faith and Fair", in so far that it dose not conflict with "The Public Order or Good Morals"; (2) The awards of arbitrators under concession contracts of foreign countries have taken all the principle of law such as, The Principle of Good Faith, Pacta Sunt Servanda, State Responsibility, The Principle of Respect for Acquired Rights, The International Protection of Acquired Rights, The Right of Expropriation; Compensation, and Reparation; (3) In Thailand, the law has resembled with the principle of law in foreign countries to some extents and specially in case of the dispute resolution in the concession contracts of state that concern with the public interest, it has also considered and applied all the principle of the public law therein.

**Keywords:** Applicable law, Arbitration, Concession contracts

## กิติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์รัชวัชชัย สุวรรณพานิช กรรมการที่ปรึกษาเป็นอย่างสูง ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์โดยตลอด ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่านที่ได้กรุณาให้คำแนะนำเพิ่มเติมเพื่อความสมบูรณ์ของวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ให้กำลังใจและสนับสนุนในการศึกษาครั้งนี้มาโดยตลอด ขอขอบคุณผู้บังคับบัญชาที่สนับสนุนและให้โอกาสในการศึกษาหาความรู้เพิ่มเติม

ท้ายสุดนี้ขอขอบคุณเพื่อนร่วมรุ่นทุกคน และเจ้าหน้าที่โครงการนิสิตาสาตร์ทุกท่านที่คอยให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจ ทำให้การศึกษาในระดับปริญญาโทนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

พัฒนชัย แสนกล้า

พฤษภาคม 2555



## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ญ
สารบัญภาพ.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
กรอบแนวคิดการวิจัย.....	3
สมมติฐานของการวิจัย.....	3
ขอบเขตการวิจัย.....	4
วิธีดำเนินการวิจัย.....	4
ข้อตกลงเบื้องต้น.....	5
นิยามศัพท์เฉพาะ.....	5
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	7
ทบทวนวรรณกรรม.....	7
ข้อสรุปการทบทวนวรรณกรรม.....	14
บทที่ 3 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาตโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับ.....	17
การอนุญาตโตตุลาการ.....	17
แนวคิดของการอนุญาตโตตุลาการ.....	17
คำนิยามของการอนุญาตโตตุลาการ.....	18
ประเภทของการอนุญาตโตตุลาการ.....	18
หลักเกณฑ์ของการอนุญาตโตตุลาการ.....	23
ความผูกพันของรัฐตามสัญญาอนุญาตโตตุลาการ.....	30
กฎหมายที่ใช้บังคับ.....	32
กฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ.....	33

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
การชี้ขาดตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม.....	35
ข้อกำหนดของสัญญาและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า.....	36
บทที่ 4 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ.....	37
กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ.....	37
กฎหมายภายในของรัฐ.....	38
กฎหมายระหว่างประเทศ.....	49
หลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้ในสัญญาสัมปทาน.....	62
หลักสุจริต.....	63
หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา.....	66
หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ.....	72
หลักการเคารพสิทธิที่ได้มา.....	77
หลักการคุ้มครองระหว่างประเทศซึ่งสิทธิที่ได้มา.....	80
หลักละเมิด.....	82
หลักลาภมิควรได้.....	82
สิทธิในการเวนคืน.....	83
การชดใช้ค่าทดแทน.....	90
ข้อตกลงชำระเงินทั้งจำนวน.....	102
การชดใช้ค่าเสียหาย.....	105
หลักความเที่ยงธรรม.....	114
แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในประเทศต่างๆ.....	115
แนวทางระงับข้อพิพาทที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน.....	115
ปัญหาที่เกิดจากแนวทางระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน.....	116
บทที่ 5 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของประเทศไทย.....	119
กฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย.....	119
กฎหมายไทย.....	119
กฎหมายระหว่างประเทศ.....	127

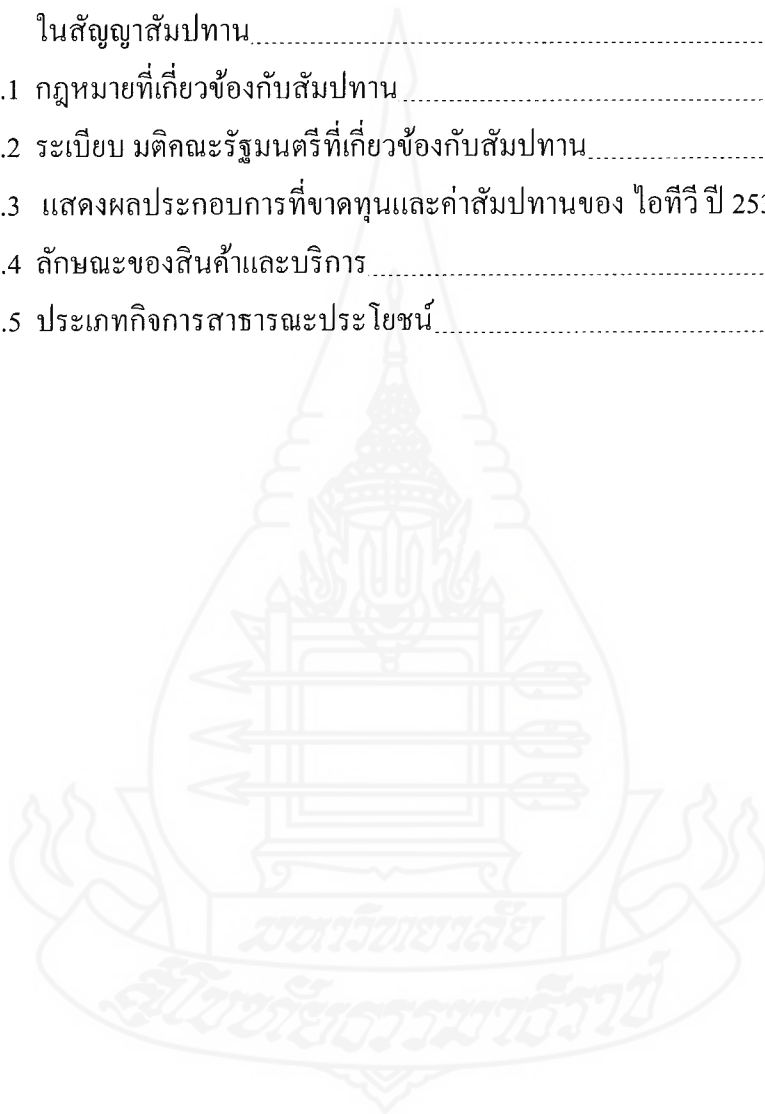


สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
แนวทางในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย.....	128
แนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน.....	129
ปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน.....	130
ผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศที่อาจมีต่อแนวทางการระงับข้อพิพาท ของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย.....	132
กรณีศึกษา : การใช้หลักกฎหมายของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญา สัมปทานที่น่าสนใจ.....	140
คดี ITV.....	141
คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง.....	150
คดีคอนเมืองโทลล์เวย์.....	152
แนวทางในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานเพื่อแก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย.....	157
เหตุผลและความจำเป็น.....	158
การสร้างกฎหมายเพื่อนำมาใช้แก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาสัมปทานของรัฐในประเทศไทย.....	159
สาระสำคัญกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะในกฎหมายสัมปทาน.....	166
บทที่ 6 สรุปการวิจัย อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ.....	173
สรุปการวิจัย.....	173
ข้อเสนอแนะ.....	177
บรรณานุกรม.....	186
ภาคผนวก.....	192
ประวัติผู้วิจัย.....	199

## สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 4.1 การใช้กฎหมายภายในรัฐของประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และ สหรัฐอเมริกา ในสัญญาสัมปทาน.....	48
ตารางที่ 5.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน.....	120
ตารางที่ 5.2 ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน.....	123
ตารางที่ 5.3 แสดงผลประกอบการที่ขาดทุนและค่าสัมปทานของ ไอทีวี ปี 2539-2545.....	145
ตารางที่ 5.4 ลักษณะของสินค้าและบริการ.....	167
ตารางที่ 5.5 ประเภทกิจการสาธารณะประโยชน์.....	169



สารบัญภาพ

	หน้า
ภาพที่ 4.1 หลักกฎหมายที่มาจากกฎหมายภายในรัฐของต่างประเทศ.....	49
ภาพที่ 4.2 หลักกฎหมายที่มาจากตัวอย่างคดีในต่างประเทศบางคดี.....	61
ภาพที่ 4.3 หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศ.....	62
ภาพที่ 5.1 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย.....	128
ภาพที่ 6.1 การบังคับใช้กฎหมายแก่สัญญาสัมปทาน.....	184
ภาพที่ 6.2 กฎหมายที่บังคับใช้กรณีไม่สามารถตกลงกฎหมายที่จะใช้บังคับได้.....	185



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การพัฒนาเศรษฐกิจให้ก้าวหน้าและยั่งยืน จำเป็นจะต้องมีโครงสร้างพื้นฐานที่เพียงพอต่อความต้องการเป็นปัจจัยสนับสนุนสำคัญในการขับเคลื่อนการพัฒนาเศรษฐกิจ การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานอย่างยั่งยืน ได้มีการกำหนดไว้อย่างบูรณาการในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 10 โดยแผนดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานใน 3 ประเด็น ได้แก่ (1) การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและการให้บริการโลจิสติกส์ (2) การเพิ่มประสิทธิภาพการใช้พลังงานและแหล่งพลังงานทางเลือก และ (3) กรอบแนวทางการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในภาพรวม การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเหล่านี้ต้องอาศัยการลงทุนในระดับสูง รัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ ซึ่งขาดแคลนเงินทุน จึงมักเปิดส่วนร่วมให้แก่เอกชน เข้ามามีบทบาทในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน ระบบสัมปทาน (Concession) เป็นรูปแบบหนึ่งของการเปิดให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน หรือให้บริการสาธารณะต่างๆ เหล่านี้

การจัดทำสัญญาสัมปทานเพื่อประโยชน์ดังกล่าวข้างต้น จึงมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยตรง ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างรอบคอบว่าควรจะนำวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีใดมาใช้ในกรณีที่เกิดข้อพิพาท วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการหนึ่งซึ่งได้มีการนำมาใช้ คือ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ วิธีการดังกล่าวเริ่มมีบทบาทและความชัดเจนมากขึ้นนับตั้งแต่ปี พ.ศ.2530 เป็นต้นมา เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 อย่างไรก็ดี เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ขึ้นมาใหม่ พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ยังมีได้กำหนดรายละเอียดของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการนำข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาสัมปทาน ขอบอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ประเภทของข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน กระบวนการในการพิจารณาของ

อนุญาโตตุลาการ หลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งขอบเขตของศาลในการเข้ามามีบทบาทต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมา มีกรณีปัญหาข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่อยู่ในความสนใจของประชาชนทั่วไปหลายคดี อาทิเช่น กรณีปัญหาข้อพิพาทคดีไอทีวี ที่ศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุผลว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดในประเด็นแห่งคดี เนื่องจากการยอมรับหรือบังคับตาม คำชี้ขาดในประเด็นแห่งคดีเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกรณีปัญหาข้อพิพาทตาม โครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่ศาลฎีกาได้พิพากษาของศาลชั้นต้นทำให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายเงินชดเชยค่าเสียหายความล่าช้าในการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างเป็นจำนวนหลายพันล้านบาท ด้วยเหตุผลสัญญาเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงไม่มีผลผูกพันการทางพิเศษแห่งประเทศไทย และทำให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่ต้องชำระค่าชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกรณีตัวอย่างเหล่านี้ล้วนแล้วแต่สะท้อนให้เห็นปัญหาการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานทั้งสิ้น

ดังนั้น การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานจึงเป็นประเด็นปัญหาที่น่าสนใจ เพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นระบบที่ยอมรับกันในระดับสากลและใช้กันอย่างแพร่หลายในธุรกิจและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐบาลเองต้องการให้ประเทศไทยมีการพัฒนาทางด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแต่กลับยังขาดแนวทางที่ชัดเจนในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะสัญญาสัมปทาน

## 2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานโดยอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

2.2 เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

2.3 เพื่อพัฒนาแนวคิดในการนำหลักกฎหมายมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานของรัฐ

2.4 เพื่อปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับสัญญาสัมปทานของรัฐให้มีความชัดเจนและเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญา

### 3. กรอบแนวคิดการวิจัย

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการแก่สัญญาสัมปทานของรัฐที่ทำการศึกษาในครั้งนี้ มุ่งเน้นการวิเคราะห์หลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้

การวิเคราะห์หลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ วิเคราะห์จากหลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และ ระบบกฎหมาย Civil Law ได้แก่ กฎหมายภายในของภูมุนั้น และกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วย สนธิสัญญาระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ และคำตัดสินของศาล โดยจะทำการเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายที่ใช้ในประเทศไทย จากนั้นจึงทำการสรุปหาแนวทางหลักกฎหมายที่เหมาะสมที่ควรจะนำมาใช้กับสัญญาสัมปทานของรัฐสำหรับใช้ในประเทศไทย

### 4. สมมติฐานการวิจัย

ผู้เขียนได้ตั้งสมมติฐานในการวิจัยไว้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน เป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับความต้องการของเอกชนที่เป็นนักลงทุน เนื่องจากเป็นวิธีที่มีความสะดวกและรวดเร็วกว่าการพิจารณาของศาลและเป็นระบบที่ยอมรับกันในระดับสากลและใช้กันอย่างแพร่หลายในธุรกิจและการค้าระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะ รวมถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ยังขาดความชัดเจนและเหมาะสมกับระบบอนุญาโตตุลาการที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องอยู่ในปัจจุบัน ทำให้เกิดปัญหาหลายประการ ดังนั้น การจัดให้มีกฎหมายหรือระเบียบวิธีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ในเรื่องสัญญาสัมปทาน รวมทั้งการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานโดยวิธีอนุญาโตตุลาการให้ชัดเจน น่าจะช่วยทำให้นักลงทุนเอกชนสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเกิดความเชื่อมั่นในระบบอนุญาโตตุลาการไทยในระดับหนึ่ง อีกทั้งยังช่วยให้ศาลไทยมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาคดีหากเกิดข้อพิพาทขึ้นในอนาคตอีกด้วย

## 5. ขอบเขตของการวิจัย

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนขอจำกัดขอบเขตของการศึกษาสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะและจัดหาสาธารณูปโภคที่มีวงเงินลงทุนจำนวนมาก ซึ่งโครงการเหล่านี้ล้วนมีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก จากขอบเขตการศึกษาดังกล่าว ผู้เขียนจึงกำหนดโจทย์วิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ออกเป็น 3 โจทย์ดังนี้คือ โจทย์วิจัยแรกเป็นปัญหาว่าการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเป็นเช่นไร มีความเหมือนหรือแตกต่างจากสัญญาสัมปทานในประเทศไทยอย่างไร ซึ่งเป็นการสร้างความเข้าใจที่ชัดเจนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน ส่วนโจทย์วิจัยที่สองเป็นปัญหาว่าการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอย่างไรบ้าง และส่งผลกระทบต่อการลงทุนของภาคเอกชนอย่างไร สำหรับโจทย์วิจัยที่สาม เป็นการหาข้อสรุปว่าจากปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งหมดที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนี้ จะแก้ปัญหามาตรังไร ประเทศไทยควรมีการสร้างหลักกฎหมายในลักษณะอย่างไร รวมถึงแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย หรือระเบียบ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มีอยู่อย่างไร จึงจะแก้ปัญหาและเพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่เอกชนที่จะเข้ามาลงทุนกับหน่วยงานรัฐ

ซึ่งจากโจทย์วิจัยดังกล่าว ผู้เขียนจึงได้จัดแบ่งวิทยานิพนธ์ในส่วนของทฤษฎีออกเป็น 3 ส่วน คือ ส่วนแรกเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต่างประเทศ และส่วนที่สองเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งจะทำการศึกษาระงับข้อพิพาทในคดีสัมปทานที่สำคัญในประเทศไทย สำหรับส่วนสุดท้ายจะเป็นการวิเคราะห์กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานของรัฐ

## 6. วิธีดำเนินการวิจัย

ในการศึกษาวิจัยจะใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยตัวบทกฎหมาย ตำรากฎหมาย ประกาศ คำสั่ง บทความ วารสาร เอกสารที่เกี่ยวข้อง รายงานการประชุมของเจ้าหน้าที่ มติ คณะรัฐมนตรี และคำพิพากษา แล้วนำมาวิเคราะห์ร่วมกัน



## 7. ข้อตกลงเบื้องต้น

7.1 สัญญาสัมปทานตามความหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายถึง สัญญาที่เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานเนื่องจากมีกฎหมายกำหนดว่าต้องได้รับสัมปทาน และสัญญาที่มีได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานแต่มีลักษณะของสัญญาสัมปทานด้วย เช่น สัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินงานร่วมกับรัฐตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 โดยมุ่งเน้นเฉพาะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในโครงการขนาดใหญ่ภาครัฐ อันมีลักษณะเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเพื่อประโยชน์ของประชาชน ซึ่งอยู่ในความหมายของสัญญาทางปกครอง

7.2 ในการศึกษาประเด็นปัญหาของสัญญาการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยและต่างประเทศนั้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างเฉพาะปัญหาที่สำคัญหรือน่าสนใจเท่านั้น

## 8. นิยามศัพท์เฉพาะ

สัญญาสัมปทาน (Concession Contract) สัญญาสัมปทานจัดเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน อันเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐในที่นี้หมายถึง รัฐ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ซึ่งสัญญาสัมปทานที่อยู่ภายใต้การศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นไปที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และหมายถึงเฉพาะสัญญาที่หน่วยงานของรัฐให้เอกชนเข้าดำเนินงานในกิจการของรัฐเท่านั้นเป็นผู้กระทำได้ เช่น กิจการสาธารณูปโภค ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 โดยอาจเป็นในรูปของการให้สัมปทานเนื่องจากมีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทาน ทำให้สัญญานั้นเรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน หรืออาจเป็นในรูปของการมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินงานแทนหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นให้อำนาจหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่ได้ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐนั้นจึงต้องมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินงานแทนหรือให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐแทนที่ในการให้สัมปทานทำให้สัญญานั้นไม่ได้เรียกชื่อว่า



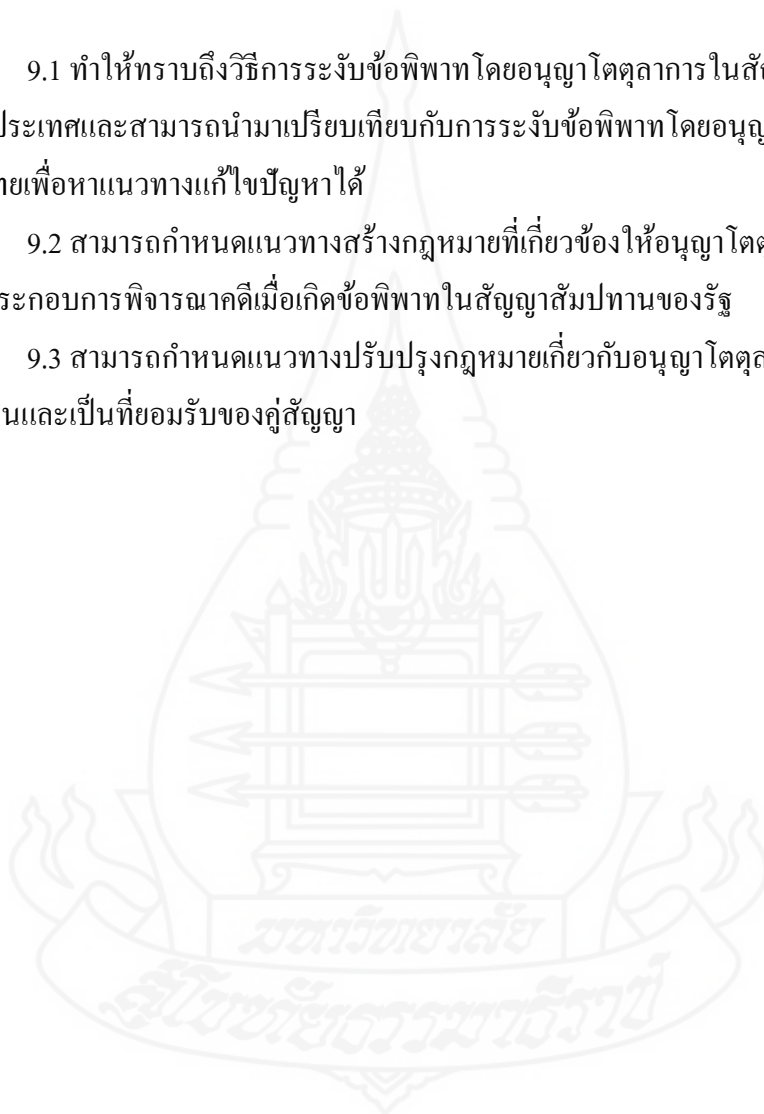
สัญญาสัมปทาน โดยอาจเรียกชื่อเป็นอย่างอื่น เช่น สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินงาน หรือสัญญาให้สิทธิในการดำเนินงานแก่เอกชน เป็นต้น

## 9. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

9.1 ทำให้ทราบถึงวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐในต่างประเทศและสามารถนำมาเปรียบเทียบกับวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาได้

9.2 สามารถกำหนดแนวทางสร้างกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้อนุญาโตตุลาการใช้เป็นแนวทางประกอบการพิจารณาคดีเมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานของรัฐ

9.3 สามารถกำหนดแนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ให้มีความชัดเจนและเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญา



## บทที่ 2

### วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

#### 1. ทบทวนวรรณกรรม

การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องผู้เขียนได้ทำการทบทวนจากวิทยานิพนธ์ คุชณินิพนธ์ และสารนิพนธ์ ที่ได้มีผู้ศึกษาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในแง่มุมต่างๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับงานที่ผู้เขียนศึกษา และสามารถนำองค์ความรู้ที่ได้มีผู้ศึกษาไว้บ้างแล้วมาใช้ประโยชน์ในการศึกษาของผู้เขียนครั้งนี้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

วรวิทย์ กังสศิเทียม (2544) ศึกษา “ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง” เพื่อศึกษาวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง เขตอำนาจของศาลปกครองกับอำนาจอนุญาโตตุลาการ รวมถึงควรมีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองหรือไม่ และมีขอบเขตเพียงใด อนุญาโตตุลาการควรนำหลักกฎหมายใดมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงตลอดถึงปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาดของศาลปกครอง

ผลการศึกษาพบว่า สัญญาภาครัฐกับเอกชนซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนใหญ่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเกือบทั้งหมด แม้การอนุญาโตตุลาการจะมีข้อดีหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสะดวกและรวดเร็วกว่าการพิจารณาของศาล แต่ก็ยังมีข้อเสียก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ อนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยนำกฎหมายเอกชน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) มาชี้ขาดว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดสัญญาและกำหนดค่าเสียหาย โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา มิได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ และความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักกฎหมายปกครอง เป็นเหตุให้คู่สัญญาภาครัฐต้องชดเชยค่าเสียหายแก่เอกชนเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เพราะประเทศไทยยังไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้น เพื่อใช้บังคับแก่สัญญาทางกฎหมายปกครอง

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องดังกล่าวข้างต้น ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้มีความชัดเจน รวมถึงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองด้วย ควรบัญญัติให้สัญญาทางปกครองโดยทั่วไป ห้ามมิให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เว้นแต่ให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองบางประเภท รวมทั้ง

กำหนดขอบเขตในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคุณสมบัติและจำนวนอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ 1. สัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนนักลงทุนต่างชาติ และมีมูลค่าสัญญาเกินกว่า 1,000 ล้านบาท คู่สัญญาอาจตกลงให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้ 2. ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทได้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเท่านั้น 3. อนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นองค์คณะ 4. การยกเว้นให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองโดยไม่มีขอบเขตจำกัด จะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายยกเว้นเฉพาะราย อย่างไรก็ตามสถาบันอนุญาโตตุลาการ ควรจัดเตรียมผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนขึ้นทะเบียนอนุญาโตตุลาการไว้

กิตติชัช พิษย์เดชพงศ์ (2546) ศึกษา “อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นเอกชนต่างชาติ” เพื่อศึกษาวิธีระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการควรนำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ

ผลการศึกษาพบว่า การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองในประเทศไทยสามารถทำอนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการเคยใช้หลักกฎหมายเอกชนในการวินิจฉัยชี้ขาด แต่ประเทศไทยยังขาดกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความสำหรับสัญญาทางปกครองและวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองซึ่งประเทศไทยควรรีบออกกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสม อีกทั้งปัจจุบันเอกชนภายในสามารถจดทะเบียนแก้ไขเป็นเอกชนต่างชาติได้ และในทางตรงกันข้ามเอกชนต่างชาติก็สามารถจดทะเบียนเป็นเอกชนภายในประเทศได้เช่นกัน กฎหมายที่ใช้สัญญาทางปกครองและวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน และระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจึงต้องใช้กฎหมายเดียวกัน มิฉะนั้นจะเกิดความแตกต่างและไม่เป็นธรรม

วรนนท์ ชมบุญ (2546) ศึกษาเรื่อง “การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน” เพื่อศึกษาสัญญาของภาครัฐทั้งที่เป็นสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์และสัญญาทางปกครอง ภายหลังจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บังคับใช้ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างทางด่วน การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการ

อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศไทย คือ ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศเยอรมัน

ผลการศึกษาพบว่า การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ยังไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในส่วนที่เป็นสารบัญญัติแต่อย่างใด ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างทางด่วนซึ่งถือเป็นสัญญาที่มีความสำคัญต่อประเทศ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตและอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการและจำนวนอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาด ปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาท บทบาทของศาลปกครองในการช่วยเหลือกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลในการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้สอดคล้องกับอำนาจการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เช่น ในเรื่องความหมาย ลักษณะ และขอบเขตของสัญญาทางปกครอง หลักของสัญญาทางปกครอง การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง การใช้อำนาจรัฐให้มีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองหรือป้องกันผลประโยชน์สาธารณะ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ในส่วนของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการควรมีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจงว่า สัญญาทางปกครองลักษณะใดจะยอมให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ โดยมีบทบัญญัติเพิ่มเติมบัญญัติว่าในส่วนหลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทของสัญญาแต่ละประเภทให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา นอกจากนั้นแล้วเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในเรื่องคุณสมบัติและจำนวนอนุญาโตตุลาการในคณะอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะต้องประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวนทั้งสิ้น 5 คน ซึ่งอย่างน้อยต้องเป็นนักกฎหมายมหาชน 1 คน และอนุญาโตตุลาการที่เชี่ยวชาญและทำงานเกี่ยวข้องกับลักษณะของข้อพิพาท กำหนดหลักกฎหมายที่นำมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กำหนดให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

พรพิมล บุญทวีเวช (2547) ศึกษา “ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง” เพื่อศึกษาการทำสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชน รวมถึงแนวคิดของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันที่มีการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนมาเป็นเวลานาน ศึกษาวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ศึกษาแนวคิดของการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายแบบ Civil Law รวมถึงการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง และปัญหาข้อกฎหมายที่จะเกิดขึ้น

ผลการศึกษาพบว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองยังมีได้มีการกำหนดรายละเอียดไว้อย่างชัดเจน จึงก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในหลายประการ ทั้งในเรื่องของประเภทของข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริง หลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ตลอดจนขอบเขตของศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว จึงเสนอแนะการแก้ปัญหาออกเป็น 2 ระยะเวลาแรกเป็นการแก้ปัญหาโดยการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเพื่อกำหนดรายละเอียดของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองว่ามีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด สำหรับระยะที่สองเป็นการแก้ไขปัญหาย่างถาวรโดยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองขึ้นเป็นหมวดหนึ่งต่างหาก โดยกำหนดประเภทของข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองที่สามารถให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง กำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้วิธีพิจารณาในระบบได้ส่วน ในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง และกำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง

ชวลิต เสวตสุด (2547) ศึกษา “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ : ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย” เพื่อศึกษาสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในทางแพ่งและสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีพื้นฐานทางปกครอง ตลอดจนแนวทางในการนำเสนอหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนมาปรับใช้แก่กรณีสัญญาของฝ่ายปกครองในเรื่องของ ความมีอยู่ การก่อให้เกิดสัญญา การปฏิบัติตาม

สัญญา ตลอดจนหลักกฎหมาย หรือแนวคิดที่จะนำมาปรับใช้แก่กรณี และแนวทางในการระงับข้อพิพาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ผลการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองได้แก่หลักว่าด้วยสัญญาในทางแพ่งโดยทั่วไป ศาลที่มีอำนาจพิพากษาได้แก่ศาลยุติธรรมธรรมดาโดยทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีประโยชน์ส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาของฝ่ายปกครองแล้ว ก็จะนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองที่ปรากฏจากแนวบรรทัดฐานหรือคำวินิจฉัยของศาลที่ผ่านๆ มา เพื่อเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อให้เกิดความชัดเจน โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ และเป็นแนวทางปฏิบัติ(หรือ “คู่มือการปฏิบัติงาน”) สำหรับเจ้าหน้าที่สัญญาของฝ่ายปกครองรวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้เอกชนคู่สัญญาใช้เป็นแนวทางในการศึกษาและทำความเข้าใจ และยอมรับในการที่จะตกลงยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษในการเข้าทำสัญญา และยังเป็นแนวทางแก่ผู้วินิจฉัยข้อพิพาทในการนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาปรับใช้แก่กรณีเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาที่เป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติประเทศ ซึ่งหลักการดังกล่าวแตกต่างจากระบบกฎหมายไทยที่ใช้ระบบชีวิตลอร์หรือประมวลกฎหมาย แม้ว่าจะมีการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาทางปกครองก็ยังคงขาดความชัดเจน ไม่มีกฎหมายกลางเพื่อใช้บังคับกับสัญญาของฝ่ายปกครอง จึงมักจะเกิดปัญหาอยู่เสมอเมื่อมีการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท

พิเชษฐ์ คงศิลา (2548) ศึกษา “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15 การระงับข้อพิพาท” เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการไปใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ วิเคราะห์ผลการบังคับใช้มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในทางปฏิบัติมีปัญหาและอุปสรรคหรือไม่ เพียงใด

ผลการศึกษาพบว่า จากการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 กำหนดให้สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ทำให้การใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยเฉพาะสัญญาปกครองอย่างไม่มีขอบเขตหรือข้อจำกัด



อาจจะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้ เพราะลักษณะของสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างมาก สำหรับประเทศไทยปัจจุบันมีศาลปกครอง และกฎหมายก็กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งเป็นไปตามแนวคิด และปรัชญาทางกฎหมายมหาชน แต่ขณะเดียวกันก็กำหนดให้สามารถทำ การอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งมีแนวคิด และปรัชญาทางกฎหมายเอกชน ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ก็อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบ ต่อคดีที่จะพิจารณาชี้ขาด แต่อย่างไรก็ตาม ระบบอนุญาโตตุลาการยังมีความจำเป็นในด้านการ ส่งเสริมการค้าการลงทุนอย่างมาก ฉะนั้นหากต้องทำการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ก็ ต้องมีกฎหมายหรือมาตรการในการควบคุมขอบเขต หรือข้อจำกัดในการเลือกระบบดังกล่าว เพื่อมิ ให้เกิดผลกระทบต่อการใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ

เอกชัย อัครธีรานุภาพ (2548) ศึกษา “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการใน กรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน” เพื่อศึกษาแนวคิด ความหมาย ลักษณะ และหลักเกณฑ์พิเศษของ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาท และข้อ พิพาททางปกครองที่ให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงศึกษาบทบาทของหน่วยงานรัฐ ศาล และเอกชนในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ผลการศึกษาพบว่า ปัจจุบันประเทศไทยได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 วางหลักเกณฑ์ให้หน่วยงานรัฐที่เป็นฝ่ายแพ้ตาม คำชี้ขาดต้องปฏิบัติ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเพียงระเบียบของฝ่ายปกครองเท่านั้น มิได้มีคำบังคับ เทียบเท่ากฎหมาย และหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ยัง ไม่สามารถแก้ปัญหาบางประการได้ เช่น ความไม่ สอดคล้องกันของเหตุแห่งการปฏิเสธในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดระหว่างระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 กับ พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 หรือ งบประมาณของราชการที่จะนำมาจ่ายเป็นค่าเสียหายหากไม่มีการ ตั้งงบประมาณดังกล่าวไว้ในปีงบประมาณนั้น เป็นต้น ทั้งนี้ยังรวมถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของเขต อำนาจศาลที่จะเป็นผู้ช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เนื่องจากสัญญาระหว่างรัฐกับ เอกชนนั้นเกี่ยวเนื่องกับเขตอำนาจศาลถึงสามศาล คือ ศาลแพ่ง ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศ ศาลปกครอง ซึ่งปัญหาที่สำคัญที่สุด คือ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น ศาลใดจะเป็นผู้มีเขตอำนาจในอันที่จะช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว ควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่าสัญญาระหว่างรัฐ กับเอกชนในประเทศไทยสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ ควรมีการตราพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้น เพื่อสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนว่าหากตนเป็นผู้

ขณะตามคำชี้ขาดแล้ว คนสามารถใช้อำนาจของกฎหมายบังคับแก่นักหน่วยงานภาครัฐปฏิบัติตามกฎหมายได้ ควรจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเพื่อช่วยเหลือการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะโดยผู้พิพากษาในศาลดังกล่าวควรมีความรู้หลากหลาย โดยเฉพาะความรู้ทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

มณฑิธร กุลธำรง (2549) ศึกษา “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณี : ความเหมาะสมในการกำหนดให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง” ผลการศึกษาพบว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหนึ่งที่น่ามาใช้เมื่อมีกรณีพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง แต่เมื่อเกิดกรณีพิพาทระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระเงินเป็นจำนวนมากแก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี ที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระเงินจำนวนมากให้แก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี จึงเกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง ประกอบกับตามหลักกฎหมายมหาชนในกรณีที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ในหลักการถือว่าไม่อาจประนีประนอมได้ นอกจากนั้นคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเรื่องเดียวแต่อาจมีผลกระทบหลากหลาย อีกทั้งการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งและมีการวิวัฒนาการควบคู่กับการพาณิชย์มาตลอด นอกจากนั้นในทางปฏิบัติเมื่อฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ก็ต้องมีการนำเสนอให้ศาลพิจารณายกฟ้องตามคำชี้ขาด ฝ่ายปกครองและนักวิชาการตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องจึงมีการวิเคราะห์และทบทวนความเหมาะสมในการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง และในที่สุดคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ยกเว้นว่าสัญญาสัมปทานไม่ต้องนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญา อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับประเทศไทยได้มีการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว การนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง จึงไม่มีความเหมาะสม มิใช่แต่เฉพาะสัญญาสัมปทานเท่านั้น แต่ไม่เหมาะสมกับสัญญาทางปกครองทุกประเภทที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และเห็นว่าศาลปกครองเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่สุดในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

อารยา กิตติเวช (2550) ศึกษา “สัญญาสัมปทาน : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย” เพื่อศึกษาแนวคิด สถานะ ขอบเขต และเนื้อหา รวมถึงกฎหมายที่ใช้กับสัญญาสัมปทานทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ การระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานโดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางในต่างประเทศ ศึกษาแนวทางปฏิบัติในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ศึกษาปัญหาอุปสรรคในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานใน



ประเทศไทย บังคับที่มีผลกระทบต่อการลงทุนในประเทศไทยเกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน ความจำเป็นในการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย รวมถึงให้ข้อเสนอแนะประเด็นสำคัญที่ควรคำนึงถึงในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

ผลการศึกษาพบว่า การขาดความเข้าใจที่ชัดเจนในสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะความเข้าใจในสถานะของความเป็นสัญญาทางปกครอง ประกอบกับลักษณะของสัญญาสัมปทานที่มีวงเงินลงทุนค่อนข้างสูง มีระยะเวลาที่ยาวนานและมีผลกระทบต่อประชาชน ทำให้มีปัญหาอุปสรรคเกิดขึ้นมาก โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทาน จะมีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานผู้ลงทุนต่างชาติ และประชาชนรวมทั้งความมั่นคงของประเทศ ปัจจุบันมาตรการในการคุ้มครองความเสี่ยงต่างๆ ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความเชื่อมั่นที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ในขณะที่ประเทศไทยยังมีความต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพื่อดำเนินโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่เพื่อการพัฒนาประเทศ

ดังนั้น ควรมีการกำหนดรูปแบบสัญญาสัมปทานมาตรฐานในประเทศไทย โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ และให้เป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ โดยการจัดทำรูปแบบสัญญาดังกล่าว ได้นำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ อันเป็นของเสนอแนะของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) มาเป็นแนวทางในการกำหนดโครงสร้างของเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมกับประเทศไทย สำหรับข้อท้วงติงด้วยอนุญาโตตุลาการแม้ว่าจะมีข้อดีและได้รับการยอมรับจากสากล แต่ก็ยังไม่ควรจะถูกกำหนดให้มีในสัญญาสัมปทานขณะนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีความพร้อม

## 2. ข้อเสนอการทบทวนวรรณกรรม

จากงานวิทยานิพนธ์ของ วรวิทย์ กังศศิเทียม(2544) วรรณัทย์ ชมบุญ(2546) และพรพิมล บุญทวีเวช(2547) ศึกษาเกี่ยวกับวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง มีข้อสรุปที่ตรงกันว่า ในการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองมาใช้จำเป็นต้องคำนึงถึงประเภทของสัญญาทางปกครองที่จะสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ด้วย นั่นคือ จะต้องมีการแบ่งแยกว่าสัญญาทางปกครองใดสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ด้วย มิเช่นนั้นจะเกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีหลัก

กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในส่วนที่เป็นสารบัญญัติ โดย วรวิทย์ กังคศิเทียม ให้ความเห็นว่า สัญญาทางปกครองโดยทั่วไปไม่ควรมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ยกเว้นสัญญาทางปกครองบางประเภท ที่มีคู่สัญญาเป็นเอกชนต่างชาติ และเป็นสัญญาที่มีมูลค่างานเกินกว่า 1,000 ล้านบาท ส่วน วรรณัทย์ ชมบุญ เห็นว่าสัญญาที่มีข้อยกเว้นเรื่องอนุญาโตตุลาการควรเป็นสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะที่มีผลกระทบต่อประชาชน โดยส่วนรวม เช่น สัญญาสัมปทานก่อสร้างทางด่วน เป็นต้น โดยมีงานวิจัยของ อารยา กิตติเวช (2550) และ มณฑิธร กุลดำรง(2549) สนับสนุนหลักการดังกล่าว แต่ มณฑิธร กุลดำรง ก็ยังเห็นว่าไม่เพียงแต่ยกเว้นการมีอนุญาโตตุลาการเฉพาะแก่สัญญาสัมปทานเท่านั้น ควรรวมถึงสัญญาอื่นๆ ที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย

ทั้งนี้ วรวิทย์ กังคศิเทียม และ วรรณัทย์ ชมบุญ เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้ความชัดเจนในเรื่องสัญญาทางปกครอง และ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เกี่ยวกับเขตอำนาจ หลักกฎหมายที่นำมาใช้ คุณสมบัติ และจำนวนองค์คณะอนุญาโตตุลาการ ศาลที่มีอำนาจช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดย วรรณัทย์ ชมบุญ เห็นว่าหากจะมีการยกเว้นวิธีการอนุญาโตตุลาการต้องมีการตราพระราชกฤษฎีกามาโดยเฉพาะสำหรับสัญญาทางปกครองนั้นๆ สำหรับ พรพิมล บุญทวีเวช เห็นว่าควรจะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการโดยให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองขึ้นเป็นหมวดหนึ่งโดยเฉพาะต่างหาก

สำหรับกรณีการเข้ามาลงทุนของเอกชนต่างชาติในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐมีงานวิจัยของเอกชัย อัครธีรานุภาพ (2548) ได้เสนอแนะให้ควรมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้น รวมถึงการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเพื่อช่วยเหลือการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะ โดยงานวิจัยของ กิตติชัย พิชัยเดชพงศ์ (2546) และ พิเชษฐ์ คงศิลา (2548) เห็นว่า การมีข้อบ่อนอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ควรมีกฎหมายหรือมาตรการในการควบคุมขอบเขต หรือข้อจำกัดในการเลือกระบบดังกล่าว โดยงานวิจัยของ นิรันดร์ บุญจิต (2526) แสดงให้เห็นถึงกรณีขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการและหลักกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมที่มีความเป็นรูปธรรมและมีลักษณะเป็นกลางที่จะประกันความยุติธรรม ตามที่ยอมรับนับถือกันโดยทั่วไปที่มีมาตั้งแต่ในอดีตระหว่างรัฐและเอกชนผู้ลงทุนต่างชาติ

อย่างไรก็ดีงานวิจัยของ ชวลิต เสวตสุต (2547) เห็นว่าการนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองของประเทศในระบบคอมมอนลอว์ มาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะเกิดความชัดเจน โปร่งใส สามารถ

ตรวจสอบได้ และเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้เอกชนคู่สัญญายอมรับและยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษในการเข้าทำสัญญา และยังเป็นแนวทางแก่ผู้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการในการนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาปรับใช้แก่กรณีเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้อง

จากการทบทวนวรรณกรรมดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยได้เห็นประเด็นปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาเหล่านั้นบางส่วน ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ข้อบทอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐประกอบการศึกษาครั้งนี้ของผู้วิจัยได้ ทั้งในแนวทางการสร้างหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ และการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะ เพื่อให้การพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานมีความยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับของผู้เข้าทำสัมปทานกับรัฐ



### บทที่ 3

## ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับ

ในบทนี้เป็นการศึกษาถึงสภาพโดยทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการ เพื่อสร้างความรู้และความเข้าใจในเบื้องต้นก่อนที่จะทำการวิเคราะห์ตามหัวการวิจัยในบทต่อไป ซึ่งผู้เขียนได้ แบ่งการศึกษาในบทนี้ออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกคือ การอนุญาโตตุลาการ และส่วนที่สองคือ กฎหมายที่ใช้บังคับ โดยมีรายละเอียดที่จะกล่าวถึงตามลำดับ ดังต่อไปนี้

### 1. การอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายถึงความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ โดยสังเขป ได้แก่ แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ และ ความผูกพันของรัฐตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 1.1 แนวคิดของการอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้วการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ประกอบด้วยแนวคิดที่เป็นสาระสำคัญหลักๆ 3 ประการ<sup>1</sup> ดังนี้

1) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งต่างๆ รวมทั้งข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดขึ้น โดยความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน

---

<sup>1</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร หน่วยที่ 1-8 พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร อรุณการพิมพ์ 2552 หน้า 396

2) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่ต้องมีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกให้เป็นคนกลางเข้าไปพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น

3) การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่สะดวก รวดเร็ว และสามารถรักษาความลับและชื่อเสียงของกลุ่มได้เป็นอย่างดี

## 1.2 คำนิยามของการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) นั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่อาจกล่าวได้ว่า เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันและเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด<sup>2</sup>

อย่างไรก็ตาม ตามศัพท์กฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิมนั้น คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” อาจมีความหมาย 2 ประการคือ ประการแรกหมายถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันอนุญาตให้บุคคลหรือคณะบุคคลนอกเหนือจากผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้น ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Arbitration” และประการที่สองหมายถึง ตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทนั้นๆ ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Arbitrator” คำว่า อนุญาโตตุลาการจะมีความหมายถึงกระบวนการหรือตัวบุคคลจึงขึ้นอยู่กับบริบทผลความในทีนั้น<sup>3</sup>

## 1.3 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ<sup>4</sup>

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่กรณียังมีได้ฟ้องคดีต่อศาล หรืออาจกระทำได้แม้ในขณะที่ข้อพิพาทเป็นคดีในศาลแล้ว และอาจดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตั้งกันเองโดยไม่เกี่ยวข้องกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงใช้บริการ

<sup>2</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร หน่วยที่ 1-8 พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร อรุณการพิมพ์ 2552 หน้า 396

<sup>3</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร *รวมข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า* กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา 2540 หน้า 47

<sup>4</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร หน่วยที่ 1-8 พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร อรุณการพิมพ์ 2552 หน้า 404-407

ด้วยเหตุดังกล่าวการอนุญาโตตุลาการจึงสามารถแบ่งได้เป็นหลายประเภทโดยอาจแบ่งได้ตามขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทว่าเป็นคดีอยู่ในศาลหรือไม่ หรือแบ่งตามวิธีการระงับข้อพิพาทว่าดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หรือแบ่งตามลักษณะของข้อพิพาท ซึ่งมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้

### 1.3.1 แบ่งตามขั้นตอนข้อพิพาท

การอนุญาโตตุลาการนั้นอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นและคู่กรณียังมีได้ฟ้องคดีต่อศาล หรืออาจกระทำได้แม้ในขณะที่ข้อพิพาทนั้นเป็นคดีอยู่ในศาลแล้ว ดังนั้นจึงอาจแบ่งการอนุญาโตตุลาการตามลักษณะดังกล่าวได้เป็นสองประเภท คือ การอนุญาโตตุลาการนอกศาลและการอนุญาโตตุลาการในศาล ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

#### 1) การอนุญาโตตุลาการนอกศาล

คู่กรณีพิพาทอาจตกลงกันให้เสนอข้อพิพาททางธุรกิจของตนให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิด หรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้

การระงับข้อพิพาทที่ยังไม่เป็นคดีต่อศาลโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น ตามปกติศาลไม่รับรู้และไม่เกี่ยวข้องหากไม่มีปัญหา และไม่มีขอความช่วยเหลือจากศาล จึงเรียกว่าอนุญาโตตุลาการนอกศาล

การอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ที่มีอยู่ในวงการธุรกิจของนานาประเทศรวมทั้งประเทศไทยนั้น เป็นการอนุญาโตตุลาการนอกศาล เพราะในทางปฏิบัติมักเกิดจากการที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้นว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดจากความสัมพันธ์ในสัญญาหลัก เช่น สัญญาซื้อขายที่มีต่อกันให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรียกกันว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) หรืออาจเกิดจากการที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (submission) แต่ในทางปฏิบัตินั้นการอนุญาโตตุลาการนอกศาลมักเกิดจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีของประเทศไทยนั้นอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและคู่กรณีได้ตกลงกันให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการระงับข้อพิพาทชนิดนี้ก็จะเริ่มต้นจากคู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยดำเนินการเอง หากไม่ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดๆ หรือเสนอข้อพิพาทนั้นต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ตนตกลงใช้บริการ และการตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันนั้นๆ แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการ



กันเอง และส่วนที่ไม่มีข้อบังคับวางหลักเกณฑ์ไว้ในกรณีการใช้บริการการอนุญาตโตตุลาการของสถาบันนั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการฯ

หลังจากนั้นเมื่ออนุญาตโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งแล้วก็จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอต่อตนตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายซึ่งอาจเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ หรืออื่นๆ โดยใช้วิธีพิจารณาตามระเบียบข้อบังคับต่างๆ ที่คู่กรณีตกลงกันหรือตามที่อนุญาตโตตุลาการเห็นสมควร หากคู่กรณีกำหนดรายละเอียดไว้หรือต้องปฏิบัติตามกฎข้อบังคับที่เกี่ยวกับการอนุญาตโตตุลาการของสถาบันที่เกี่ยวข้องหากเป็นการอนุญาตโตตุลาการของสถาบันอนุญาตโตตุลาการ

หลังจากอนุญาตโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาด ซึ่งก็คือคำสั่งให้คู่กรณีฝ่ายใดปฏิบัติอย่างไรแล้วก็เป็นอันเสร็จสิ้นกระบวนการอนุญาตโตตุลาการนอกศาล และคู่กรณีก็ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น เพราะการที่ตกลงกันทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการก็ต้องผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการซึ่งเป็นผลของสัญญาดังกล่าวนั้น แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยังประสงค์ที่จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีฝ่ายนั้นก็ต้องขอให้องค์กรของรัฐที่กฎหมายบัญญัติให้บังคับตามคำชี้ขาด เช่น ศาลบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

## 2) การอนุญาตโตตุลาการในศาล

คู่กรณีอาจตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทของตนที่เป็นคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลให้อุญาตโตตุลาการชี้ขาดโดยความเห็นชอบของศาลได้ ซึ่งเรียกว่าการอนุญาตโตตุลาการในศาล

ในประเทศไทยนั้นมีบทบัญญัติ มาตรา 210-220 และ 222 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นให้อุญาตโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด โดยอาจเป็นประเด็นหนึ่ง ประเด็นใดในคดี หรือหลายประเด็นของคดี หรือทุกประเด็นในคดีต่ออนุญาตโตตุลาการ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลและเมื่อศาลเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายและหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่กฎหมายกำหนด ก็จะอนุญาตตามคำขอ

เมื่อศาลอนุญาตให้คู่กรณีดำเนินการทางอนุญาตโตตุลาการแล้วก็จะให้คู่กรณีตั้งอนุญาตโตตุลาการโดยการตกลงกัน หรือตามคำแนะนำหรือช่วยเหลือของศาล และหลังจากนั้นเมื่ออนุญาตโตตุลาการรับหน้าที่แล้วก็จะทำการพิจารณาตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอต่อตน และตามหลักเกณฑ์ที่คู่กรณีกำหนดและภายใต้ความช่วยเหลือของศาล

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาด แต่อาจต้องเสนอคำชี้ขาดนั้นต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น เช่น การอนุญาโตตุลาการในศาลของประเทศไทย

การอนุญาโตตุลาการในศาลนี้จะมีความสะดวกมากเนื่องจากศาลช่วยเหลือดูแลเป็นพิเศษ และไม่เกิดปัญหาใดๆ แต่ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะในประเทศไทยไม่ค่อยมีการใช้กันมากนัก เนื่องจากเมื่อมีคดีขึ้นไปสู่ศาลแล้วคู่ความมักไม่ต้องการให้บุคคลอื่นมาช่วยชี้ขาดให้ แต่ต้องการให้ศาลตัดสินคดีนั้น เพราะคู่กรณีพิพาทที่เลือกให้การฟ้องคดีต่อศาลก็เพราะมั่นใจว่าศาลจะช่วยระงับข้อพิพาทได้ดีกว่าวิธีการอื่นๆ

### 1.3.2 แบ่งตามบุคคลที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาท

#### 1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (*ad hoc arbitration*)

คู่กรณีพิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทตามวิธีการดังกล่าวได้ด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่างๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน โดยไม่ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการใดๆ ก็ได้

เมื่อคู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นก็จะพิจารณาข้อพิพาทตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอ โดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาต่างๆ ที่คู่กรณีกำหนด หากไม่ได้ระบุให้ใช้ข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการใด หรือตามข้อบังคับที่คู่กรณีระบุ หากคู่กรณีกำหนดเช่นนั้น หรือตามดุลยพินิจของตน (โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกันกับอนุญาโตตุลาการนั้น) หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาไว้ แต่มีบางเรื่องที่ไม่อยู่ในความตกลงหรือข้อบังคับฯ ก็เป็นดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการแต่ต้องให้ความยุติธรรมและให้อีกฝ่ายหนึ่งทั้งสองฝ่ายในการเข้าร่วมพิจารณา

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาด โดยปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้เหมาะสมสำหรับกรณีที่คู่กรณีพิพาทเต็มใจเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการและให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ แต่อาจเกิดปัญหาและความยุ่งยากได้ง่าย ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เต็มใจหรือบิดพลิ้วไม่ยอมให้ความร่วมมือกับอนุญาโตตุลาการ แม้จะได้ตกลงใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาก่อนแล้วก็ตาม และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้วิธีการแก้ไขที่มีอยู่ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นเพราะไม่มีความรู้และไม่มีผู้ที่มีความรู้ในเรื่องดังกล่าวคอยช่วยเหลือ หรืออนุญาโตตุลาการไม่รู้ทางแก้ไขหรือไม่สนใจหรืออื่นๆ



อย่างไรก็ตามคู่กรณีที่ประสงค์จะใช้การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อาจป้องกันปัญหาข้อยุ่งยากต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ โดยระบุให้ใช้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการใด หรือให้ใช้กฎข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรระหว่างประเทศต่างๆ เช่น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1976 ซึ่งข้อบังคับเหล่านี้จะมีรายละเอียดกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับการอนุญาโตตุลาการและทางแก้ต่างๆ สำหรับข้อขัดข้องที่อาจเกิดขึ้นในทุกขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการ

## 2) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ

(institutional arbitration)

คู่กรณีพิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทของตนโดยการอนุญาโตตุลาการ อาจตกลงกันใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการดังกล่าวได้ สถาบันดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบของสถาบันที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการแห่งกระทรวงยุติธรรม หรืออาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานต่างๆ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์ หรือเป็นหน่วยงานในหอการค้าที่ให้บริการกับสมาชิกของหอการค้าและนักธุรกิจทั่วไป เช่นสภาอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

สถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ไม่ได้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ คือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยตรง แต่ให้บริการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะทางด้านการบริหารงาน กล่าวคือ สถาบันแต่ละแห่งจะมีบัญชีรายชื่อของบุคคลที่ยินดีทำหน้าที่ดังกล่าว และเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถและเชี่ยวชาญทางด้านต่างๆ ที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ให้คู่กรณีเลือกให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ คือ ออกเอกสารต่างๆ ให้คู่กรณีหรือตามที่คู่กรณีร้องขอ นัดหมายคู่กรณี หรือตามที่คู่กรณีร้องขอ นัดหมายคู่กรณีในการพิจารณา ให้ใช้สถานที่ของสถาบัน และอำนวยความสะดวกต่างๆ ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องรายชื่อของบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้นั้น แต่ละสถาบันจะมีรายชื่อของบุคคลเหล่านั้นซึ่งมีความรู้และความเชี่ยวชาญในสาขาต่างๆ เช่น กฎหมาย การก่อสร้าง การค้า การลงทุน วิศวกรรม แพทย์ สถาปัตยกรรม อุตสาหกรรม และอื่นๆ ไว้ให้คู่กรณีที่ประสงค์จะใช้บริการของสถาบันเลือก ผู้ที่ได้รับเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยปฏิบัติตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน แต่

คู่กรณีจะเลือกอนุญาโตตุลาการจากบุคคลภายนอกก็ได้แต่ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้การควบคุมดูแลของสถาบันก็ได้

นอกจากมีรายชื่อผู้ที่เต็มใจทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการแล้วสถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่สถาบันร่างขึ้นเองหรือนำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมาใช้ ข้อบังคับดังกล่าวจะช่วยให้อำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีพิพาทที่ต้องการใช้บริการของสถาบันได้ดี เพราะข้อบังคับเหล่านั้นจะมีรายละเอียดที่จำเป็นสำหรับการอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ และทางแก้ไขกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการ รายละเอียดของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เช่น การกำหนดสถานที่วันและเวลาของการพิจารณา วิธีพิจารณาซึ่งต้องดำเนินการลับ สิทธิของคู่กรณีในการพิจารณา เช่น สิทธิในการมีทนายหรือที่ปรึกษาเพื่อการช่วยเหลือในการพิจารณา อำนาจของอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาโดยมีคู่กรณีฝ่ายเดียว เพราะเหตุที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งขาดนัด การทำคำชี้ขาด ระยะเวลาการทำคำชี้ขาด รูปแบบของคำชี้ขาด กฎหมายที่ใช้บังคับในการพิจารณาและคำชี้ขาด และคำธรรมเนียมของการอนุญาโตตุลาการ

#### 1.4 หลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ<sup>5</sup>

สำหรับหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ว่าจะดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตั้งกันเองหรือโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการและไม่ว่าข้อพิพาทจะอยู่ในขั้นตอนใด ก็มีรายละเอียดส่วนใหญ่ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

##### 1.4.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเกิดจากความตกลงกันด้วยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาทที่จะเสนอข้อพิพาทของตนเข้าสู่การพิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ สิ่งสำคัญอันถือว่าเป็นหัวใจของการอนุญาโตตุลาการ คือ สัญญาอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาคู่กรณีกระทำขึ้นนั้น ก็ไม่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นได้ ซึ่งโดยปกติแล้วหากไม่มีข้อกำหนดไว้เป็นที่แน่ชัดในกฎหมายหรือไม่มีข้อตกลงที่ชัดเจนว่าให้นำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทนั้นจะต้องนำไปสู่การพิจารณาของ

<sup>5</sup> พิเชษฐ กงศิลา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545: ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15 การระงับข้อพิพาท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 19-

ศาลยุติธรรม เนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดและจุดเริ่มต้นของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

#### 1.4.2 ลักษณะสำคัญของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไปเป็นสัญญาชนิดหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญา เช่น ความสามารถ และเจตนาของคู่สัญญา แต่วัตถุประสงค์ในการทำสัญญา ก่อนข้างมีลักษณะพิเศษ คือ เป็นการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสารบัญญัติ แต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องของวิธีบัญญัติ ซึ่งทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีลักษณะ 2 ประการ คือ<sup>6</sup>

ประการแรก สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) เป็นสัญญาที่ตัดอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา แต่ก็ได้ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นการห้ามศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเสียทั้งหมด การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการส่วนหนึ่งยังต้องการความช่วยเหลือจากศาล ทั้งนี้เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งก่อตั้งขึ้น โดยเอกชน จึงขาดสภาพบังคับตามกฎหมายกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา เช่น การเรียกเอกสารจากบุคคลภายนอก การขอใช้วิธีการชั่วคราว เป็นต้น ยังจำเป็นต้องขอความร่วมมือจากศาลเพื่อดำเนินการเหล่านี้

ประการที่สอง สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดที่ทำให้บุคคลที่สาม คือ อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ย่อมผูกพันคู่กรณีพิพาทต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

#### 1.4.3 การก่อให้เกิดสัญญาและความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Contract) หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการให้พิจารณาชี้ขาดโดยอาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (Submission Agreement) หรือตกลงกันไว้ก่อนในสัญญาหนึ่งสัญญาใดที่มีอยู่ต่อกันว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ในทางปฏิบัติการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจของนานาชาติประเทศนั้น เกิดจากสัญญาเสมอ หากไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการคู่กรณีพิพาทก็ไม่ถูกบังคับให้ต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าว

<sup>6</sup> รัชชัย สุวรรณพานิช “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจของตนเอง” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2* กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม 2540 หน้า 52-53

จากความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) จะเห็นได้ว่าการตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถกระทำได้ทั้งในกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และกรณีข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งประเทศส่วนใหญ่แล้วยอมรับให้มีการอนุญาโตตุลาการได้ทั้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว และข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย ซึ่งหลักการนี้ก็สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายแม่แบบของการอนุญาโตตุลาการ (Model Law) และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 (New York Convention 1958)

ดังนั้น การทำข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้น จึงแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) การทำข้อตกลงหรือสัญญาเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งเรียกว่า “Submission Agreement” กล่าวคือ การทำข้อตกลงหรือสัญญาในลักษณะนี้เป็นการทำข้อตกลงหรือสัญญาซึ่งโดยมากแล้วจะทำเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลัก (Principle Contract) ซึ่งจะต้องระบุให้ชัดเจนว่าข้อพิพาทที่จะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนั้นมีอะไรบ้าง<sup>7</sup> และจะทำเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การทำข้อตกลงในลักษณะนี้โดยทั่วไปแล้วไม่ค่อยจะได้รับความนิยม เนื่องจากเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว โอกาสที่คู่กรณีพิพาทจะมาทำความตกลงกันในเรื่องวิธีการระงับข้อพิพาทโดยให้บุคคลคนหนึ่งหรือหลายคน ซึ่งเป็นเอกชนมาตัดสินข้อพิพาทเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การฟ้องร้องคดีต่อศาลจะเป็นประโยชน์แก่ตนเอง เช่น ทำให้สามารถประวิงคดีให้ล่าช้าออกไป ฝ่ายนั้นก็จะไม่ยอมที่จะทำข้อตกลงในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้ Submission Agreement ไม่เป็นที่นิยมในทางปฏิบัติ

2) การทำข้อตกลงหรือสัญญาเมื่อข้อพิพาทยังไม่เกิดขึ้น เป็นการตกลงกันไว้ล่วงหน้า ปกติมักจะทำพร้อมๆ กันกับสัญญาหลัก เพื่อความสะดวกมักจะเขียนไว้เป็นข้อตกลงรวมอยู่ในฉบับเดียวกับสัญญาหลัก ซึ่งเรียกว่า “Arbitration Clause” โดยกำหนดว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในอนาคตคู่สัญญาประสงค์จะให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งนั้นแทนการดำเนินคดีในศาล ในอดีตสัญญาประเภทนี้ไม่เป็นที่ยอมรับในหลายๆ ประเทศ เช่น ในกลุ่มละตินอเมริกา แต่ในปัจจุบันสัญญาประเภทนี้เป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายในกฎหมายของประเทศต่างๆ เช่น ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติ

<sup>7</sup> อนันต์ จันทโรภากร กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม 2537 หน้า 47

อนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ตลอดจนสนธิสัญญาต่างๆ เช่น อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก (New York Convention 1958)

อย่างไรก็ดี ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) มีลักษณะเป็นเพียงเป็นเพียงเงื่อนไขข้อหนึ่งรวมอยู่ในเงื่อนไขหลายๆ ข้อของสัญญาธุรกิจ แต่วัตถุประสงค์ของการตกลงทำเงื่อนไขข้อนี้แตกต่างจากสัญญาธุรกิจซึ่งเป็นสัญญาหลักอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ สัญญาธุรกิจมีวัตถุประสงค์ในการผูกนิติสัมพันธ์ทางธุรกิจ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้าง มีความผูกพันให้ผู้รับจ้างต้องทำงานก่อสร้างให้แล้วเสร็จส่งมอบให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างต้องชำระสินจ้างเพื่อความแล้วเสร็จของงาน หรือสัญญาซื้อขายก็มีวัตถุประสงค์ที่จะซื้อขายส่งมอบสินค้าที่กำหนด และมีการชำระราคาตามที่ตกลงกัน ส่วนข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) มุ่งหมายให้คู่สัญญาต้องนำเสนอข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาธุรกิจ(ถ้าหากมีเกิดขึ้นในอนาคต) ต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น<sup>8</sup>

จึงมีปัญหาว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ซึ่งเป็นข้อตกลงข้อหนึ่งอยู่ในสัญญาหลักนั้น จะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักหรือว่ามีความเป็นเอกเทศหรือเป็นอิสระแยกจากสัญญาหลัก ในปัญหานี้แต่เดิมนั้นนักนิติศาสตร์ในประเทศต่างๆ มีความเข้าใจว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำในรูปของข้อตกลงในสัญญาหลัก (Arbitration Clause) หรือจะมาเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งต่างหากจากสัญญาหลักก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักไม่มีความเป็นเอกเทศ ดังนั้น หากมีการโต้แย้งว่าสัญญาหลักสิ้นผลหรือไม่สมบูรณ์ หรือใช้บังคับไม่ได้ ก็มีผลเท่ากับเป็นการโต้แย้งว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ ไม่สมบูรณ์ หรือใช้บังคับไม่ได้ไปด้วย และเมื่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะมีขึ้นได้โดยอาศัยสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์เท่านั้น ด้วยเหตุนี้เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่อสู้ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะ จึงมีผลทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้น อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะเช่นนี้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางจนแทบจะถือเป็นข้อยุติในประเทศต่างๆ ได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกออกเป็นเอกเทศจากสัญญาหลัก แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะทำในรูปข้อตกลงที่กำหนดรวมอยู่ในสัญญาฉบับเดียวกันกับสัญญาหลักก็ตาม หลักกฎหมายหรือทฤษฎีนี้ เรียกว่าหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability)

<sup>8</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยหน่วยงานภาครัฐ” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2* กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม 2540 หน้า 77



หรือ Severability Doctrine) ซึ่งหลักความเป็นเอกเทศนี้ได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย เดิมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักว่าด้วยความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้นำหลักของความเป็นเอกเทศสัญญาบัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 24 วรรคหนึ่งที่กำหนดไว้ว่า “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลักทำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ”

#### 1.4.4 หลักฐานแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ

หลักฐานแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงหรือสัญญามอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดในข้อพิพาทที่มีอยู่แล้วหรือที่จะมีขึ้นได้ต้องมี คำเสนอ คำสนอง ถูกต้องตรงกัน ระหว่างคู่สัญญา คู่สัญญาต้องมีความสามารถ ไม่ถูกข่มขู่ หลอกลวง หรือมีข้อบกพร่องต่างๆ ในการทำสัญญา สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงมีผลสมบูรณ์ ดังนั้น การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำอย่างไร จึงจะสมบูรณ์ใช้บังคับได้

การอนุญาโตตุลาการของนานาชาติประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสาร ได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และรวมถึงประเทศไทยด้วย เป็นต้น

ประเทศไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่กรณีต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสาร ได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกันนี้เป็นบทบัญญัติที่อนุวัติการมาจากข้อ 2(2) ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับใช้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (New York Convention 1958) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 11 ใช้คำว่า “หลักฐานเป็นหนังสือ” โดยปกติแล้วในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าการทำนิติกรรมใด ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ถ้าคู่สัญญาไม่ได้มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือกันไว้ ก็จะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมนั้นจะไม่สมบูรณ์ แต่มาตรา 11 นี้ บัญญัติแตกต่างไปจากกรณีอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ คือ การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือไม่ได้มีผลแต่เพียงฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ แต่ถือว่าไม่ผูกพันคู่กรณีเลย

อย่างไรก็ดี ในเรื่องของหลักฐานเป็นหนังสือนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์จะต้องมีการลงลายมือชื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ แต่ในกรณีของสัญญา อนุญาโตตุลาการนั้น อาจทำโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสาร ได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรสาร หรือเอกสารอื่นๆ ที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ซึ่งโดยปกติ แล้วโทรเลขย่อมไม่มีลายมือชื่อ หรือเอกสารที่ได้ตอบทางโทรสารก็ไม่มีลายมือชื่อเช่นเดียวกัน ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่า การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องมีข้อความปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร แสดงให้เห็น โดยชัดแจ้งว่าคู่สัญญาตกลงกันจะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่าง ตน ส่วนจะมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะทำด้วยวาจาไม่ได้ ตามมาตรา 11 นี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็น บทบัญญัติแรกในประเทศไทยที่ยอมรับการทำสัญญาในลักษณะการแลกเปลี่ยนข้อมูลทาง อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data Interchange: EDI)

#### 1.4.5 ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวขึ้น โดยสมบูรณ์แล้ว ย่อมผูกพันคู่กรณีที่จะต้องเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ต้องร่วมมือกันในการดำเนิน กระบวนการพิจารณา เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาด การยอมรับปฏิบัติตามสัญญา อนุญาโตตุลาการ เช่น ไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ไม่ยอมเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการ หรือนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลในเรื่องการไม่ปฏิบัติตามสัญญา อนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เช่นนี้ เป็นเรื่องที่เป็นปัญหาสำคัญของการ อนุญาโตตุลาการทั้งภายในและระหว่างประเทศ ประเทศต่างๆ ที่มีความเจริญทางด้าน การ อนุญาโตตุลาการมักจะมิมีบทบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วเข้า ร่วมการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้ ตามกฎหมายแม่แบบ อนุญาโตตุลาการ (The Model Law on International Commercial Arbitration) ของ คณะกรรมาธิการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The United Nation on International Trade Law: UNCITRAL) ได้บัญญัติไว้ดังนี้<sup>9</sup>

<sup>9</sup> แก้วดา จิตตวิสุทธิกุล ผลของการบังคับใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ: ศึกษากรณีที่มี บุคคลหลายฝ่ายผูกพันสัญญาธุรกิจ วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2543 หน้า 48-49

“ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาท ซึ่งอยู่ภายใต้ สัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันยื่นคำให้การเพื่อให้ศาล มีคำสั่งให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน”

การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของ ประเทศต่างๆ จะมีบทบัญญัติให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หยุดการพิจารณาคดีของศาลจนกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุด หรือจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน เช่น The Arbitration Act 1996 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 9 บัญญัติ Art.II(3) ของ New York Convention 1958 และตาม Art.8(1) ของ UNCITRAL The Model Law ซึ่งบัญญัติ ให้ศาลสามารถช่วยให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับ โดยการให้พักกระบวนการพิจารณาที่อยู่ ภายใต้อำนาจของสัญญาอนุญาโตตุลาการหากได้รับคำร้องขอจากคู่กรณี เว้นแต่ในกรณีที่พบว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะหรือใช้ไม่ได้ หรือมีข้อบกพร่องไม่สามารถดำเนินการหรือ ปฏิบัติตามได้ ตามมาตรา 9(4) นอกจากนี้มาตรา 12 ยังได้มีบทบัญญัติให้ศาลขยายระยะเวลาเริ่มต้น ของอนุญาโตตุลาการได้ คือ ให้ศาลช่วยคู่กรณีขยายระยะเวลาเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ พิจารณาชี้ขาดได้ หากในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ระบุไว้ว่า จะต้องเริ่มต้นทำการ อนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่กำหนดและกำหนดเวลานั้นจะสิ้นสุดไปแล้ว

สำหรับประเทศไทย ตามแนวคำพิพากษาฎีกา ซึ่งแต่เดิมศาลฎีกาถือว่าข้อ สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาที่จำกัดสิทธิของบุคคลในการนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของศาล ศาลจึงตีความสัญญาดังกล่าวค่อนข้างเคร่งครัด การเขียนข้อสัญญาต้องมีความรัดกุมชัดเจนและมี ลักษณะบังคับว่าต้องเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หากเขียนไม่รัดกุม หรือให้มีทางเลือกจะไปดำเนินการทางศาลหรือทางอนุญาโตตุลาการก็ได้ จะไม่มีผลบังคับให้ คู่สัญญาต้องนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 945/2498 และ 3429/30 ตามแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวนี้นี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อสัญญา อนุญาโตตุลาการทั้งหมดใช้บังคับไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีในปัจจุบันนี้แนวคิดนี้ได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อ มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งมีบทบัญญัติให้ศาลมีอำนาจเข้าไป ช่วยเหลือให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ซึ่งเป็นการบัญญัติตาม Art.2(3) ของ New York Convention 1958 ว่า ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา อนุญาโตตุลาการ คือ นำข้อพิพาทนั้นมาฟ้องร้องต่อศาลแทนที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ อนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลมีคำสั่ง จำหน่ายคดี และถ้าศาลทำการไต่สวนแล้วไม่ปรากฏว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็น



โมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการอื่น หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาอันได้  
ก็ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการก่อน

ดังนั้นตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องยื่นคำร้อง  
ต่อศาลเพื่อให้สั่งจำหน่ายคดี หากคู่กรณีไม่ยื่นคำร้องดังกล่าว แต่เข้ามาต่อสู้คดีในศาลก็ต้องถือว่า  
คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ประสงค์ที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไป สัญญาอนุญาโตตุลาการ  
ก็เป็นอันระงับ หรือในกรณีไม่มายื่นคำร้องต่อศาลและไม่เข้ามาต่อสู้ในศาลด้วย แต่กลับนำข้อ  
พิพาทนั้นไปเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ กรณีนี้แม้จะเป็นการแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นยังมี  
ความประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ ศาลก็จะสั่งจำหน่ายคดีไม่ได้  
เพราะไม่ได้ดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ศาลจะต้องดำเนินกระบวนการ  
พิจารณาต่อไป แม้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะขาดนัดยื่นคำให้การและขาดนัดพิจารณา

### 1.5 ความผูกพันของรัฐตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>10</sup>

จากการที่รัฐต้องเข้าแทรกแซงการดำเนินการของเอกชน เพื่อตอบสนองความ  
เรียบร้อยของสังคม และความต้องการของประชาชน รัฐและหน่วยงานของรัฐจึงถือเป็นองค์กรหลัก  
ในการทำสัญญาทางธุรกิจกับเอกชนทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ รัฐสามารถเข้าเป็นคู่สัญญา  
ในการจัดซื้อหรือจัดหาสินค้าและบริการได้เช่นเดียวกับเอกชน โดยรัฐเข้าเป็นคู่สัญญากับเอกชน  
โดยตรง โดยหน่วยงานของรัฐมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการดังกล่าวโดยเฉพาะ หรือ  
หน่วยงานของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เป็นการทั่วไป รวมถึงหน่วยงานรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการในสภาพ  
กึ่งเอกชนด้วย สัญญาดังกล่าวอาจถูกกระทำลงโดยผู้มีอำนาจกระทำการแทนรัฐ อันจะนำมาซึ่ง  
หน้าที่และความรับผิดชอบต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง รัฐจะเข้าควบคุมการดำเนินการของผู้แทนเหล่านี้  
ได้ โดยการคัดกรองและแต่งตั้งผู้ที่จะดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจในการกระทำการที่มีผลผูกพันรัฐ

โดยทั่วไปจะพบว่า สัญญาที่กระทำระหว่างคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายรัฐหนึ่งและที่เป็น  
เอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง อาจมีข้อสัญญาให้ระงับข้อพิพาทของสัญญาดังกล่าวโดยวิธีการ  
อนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย หรือที่เรียกว่า “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ” โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน  
กรณีที่คู่สัญญาที่เป็นเอกชนชาวต่างชาติ คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวย่อมมีความหวั่นเกรงที่จะยอมรับให้  
ใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางศาลของรัฐคู่สัญญา โดยเกรงว่าศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศคู่สัญญา  
จะดำเนินกระบวนการพิจารณาโน้มเอียง เพื่อเอื้อประโยชน์แก่รัฐซึ่งเป็นคู่สัญญานั้นเอง

<sup>10</sup> ฉันทชาย โรจนสโรช “รัฐกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ” *วารสารอนุญาโตตุลาการ* ปีที่ 4  
ประจำปี 2552: 90-92

โดยการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น เป็นกรณีที่รัฐยอมเข้าเป็นคู่สัญญาในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกับเอกชน ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามสัญญาประธาน ซึ่งในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าว นอกจากจะต้องพิจารณาถึงผู้ที่ลงลายมือชื่อในสัญญาเป็นผู้ที่มีอำนาจกระทำการแทนรัฐหรือไม่ และยังคงพิจารณาต่อไปอีกว่ามีข้อกฎหมายใดที่จำกัดอำนาจของรัฐในการเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่อีกด้วย

ในต่างประเทศ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส มีประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 2060 วางหลักไว้ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของรัฐไม่อาจใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตเป็นกรณีไป ส่วนในประเทศอื่น เช่น ประเทศซาอุดีอาระเบีย อิหร่าน และ ซีเรีย การที่รัฐจะเข้าเป็นคู่สัญญาในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจก่อน ดังนั้น การที่รัฐจะเข้าเป็นคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องพิจารณาก่อนว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศนั้นๆ ห้ามไว้หรือไม่

การจำกัดอำนาจในการเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการของรัฐนั้น มาจากหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ ในการที่จะไม่ยอมรับการระงับข้อพิพาทที่ได้ดำเนินการโดยรัฐ อันแสดงถึงความไม่ไว้วางใจของรัฐต่อระบบอนุญาโตตุลาการ

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนมิได้ทั้งในส่วนที่เป็นสัญญาทั่วไป และในส่วนที่เป็นข้อสัญญาทางปกครอง

สัญญาทั่วไปที่รัฐสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาได้นั้น คือ สัญญาที่กระทำโดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ที่กำหนดให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดังกล่าว เป็นผู้เข้ารับเอาประโยชน์ที่ได้มุ่งประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์สาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจัดจ้างบริษัทก่อสร้างอาคารสถานที่ราชการ หรือสัญญาจัดซื้ออุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินงานของหน่วยงาน ดังกล่าว เป็นต้น

ส่วนสัญญาทางปกครองนั้น มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติบทนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า “หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

ซึ่งในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติบทนิยามของ “หน่วยงานทางปกครอง” ไว้ว่า “หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมราชการ ส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้ความหมายรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”

ส่วนบุคคลที่มีอำนาจกระทำการแทนรัฐนั้น ได้แก่ ย่อมเป็นบุคคลที่มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลดังกล่าว

จากบทนิยามที่กล่าวมาข้างต้น สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทั่วไปกล่าวคือ

1. เป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ

2. มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สำหรับประเทศไทยนั้นได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยืนยันว่ารัฐสามารถตกลงใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทั่วไป หรือสัญญาทางปกครองก็ตาม ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545<sup>11</sup>

## 2. กฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law)

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทจะยุติไปก็ต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยและมีคำตัดสินเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทกันนั้นว่าคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก คู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด และคู่พิพาทฝ่ายใดจะต้องชำระเงินให้อีกฝ่ายหรือไม่อย่างไร คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่พิพาทกันนี้เรียกว่าเป็น “คำชี้ขาด (Award)” ซึ่งเทียบได้กับคำพิพากษาของศาลในกรณีที่เป็นกรฟ้องร้องคดีต่อศาล การที่อนุญาโตตุลาการจะตัดสินและทำคำชี้ขาดออกมาได้มีข้อพิจารณาในเชิงกฎหมายหลายประการ ในการนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ การชี้ขาดตามหลักสุจริตและเป็นธรรม รวมถึงข้อกำหนดของสัญญาและ

<sup>11</sup> มาตรา 15 บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่สัญญา”

ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ในส่วนต่อไป โดยมีรายละเอียดดังกล่าวต่อไปนี้<sup>12</sup>

## 2.1 กฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ (applicable substantive law)

ตามปกติอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักการที่กฎหมายกำหนด จะตัดสินชี้ขาดไปตามอำเภอใจของตนหาได้ไม่ การเลือกใช้กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน

กรณีแรก หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) ซึ่งคู่พิพาทเป็นคนสัญชาติไทยด้วยกันและเรื่องที่พิพาทก็เกี่ยวพันแต่เฉพาะประเทศไทย ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทก็จะไม่มีมากนัก เพราะกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็จะมีเพียงกฎหมายของประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงควรต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใดนั้นเป็นอีกปัญหาหนึ่งซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยจากเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทว่าเป็นเรื่องใดแล้วจึงนำกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องนั้นมาใช้ในการตัดสิน

กรณีที่สอง หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ซึ่งคู่พิพาทอาจจะมีสัญชาติแตกต่างกันและเรื่องที่พิพาทอาจจะมีเกี่ยวพันกับหลายประเทศ ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับเรื่องที่พิพาทจะมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น เนื่องจากประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นประเทศของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทต่างก็มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่างๆ เป็นของตนเอง และบทกฎหมายเหล่านั้นอาจจะเหมือนหรือแตกต่างกันก็ได้ ในกรณีที่กฎหมายของแต่ละประเทศแตกต่างกัน การที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งอาจจะให้ผลอย่างหนึ่ง และหากเลือกใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่งก็อาจจะให้ผลอีกอย่างหนึ่งก็ได้ ส่วนในกรณีที่กฎหมายของประเทศต่างๆ เหมือนกันก็จะไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด เพราะไม่ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดก็จะให้ผลเช่นเดียวกัน

ในกรณีที่ข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการต้องการวินิจฉัยเกี่ยวพันกับหลายประเทศ หากคู่สัญญาได้กำหนด “กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา (Governing Law)” ไว้โดยเฉพาะว่าจะให้

<sup>12</sup> สรวิศ ลิ้มปริงยี “คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ” ค้นคืนวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2555 จาก <http://elib.coj.go.th/Article/data/arbitration1.pdf>

เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศใด อนุญาโตตุลาการก็จะผูกพันให้ต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามบทบัญญัติของประเทศนั้น ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง โดยในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติอธิบายให้ชัดเจนขึ้นด้วยว่ากฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกำหนดไว้นั้นหมายถึง “กฎหมายสารบัญญัติ (substantive law)” ของประเทศนั้น ซึ่งจะบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของคู่สัญญาไว้โดยเฉพาะ มิได้หมายถึง “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (rules on conflict of laws)” ของประเทศที่กำหนดไว้

ในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนด “กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา” ไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญอันจะทำให้ผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไป มาตรา 34 วรรคสองกำหนดให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใด อนุญาโตตุลาการก็จะต้องไปพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทกันอีกครั้ง

หากกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทแตกต่างกับกฎหมายของประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจจะทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดมีความแตกต่างกันได้หากใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ จึงมีปัญหาคืออนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยว่าในบรรดากฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาปรับใช้ มาตรา 34 วรรคสองได้กำหนดแนวทางที่อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องเลือกกฎหมายของประเทศต่างๆ ตาม “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws)” อย่างไรก็ตาม มาตราดังกล่าวก็ไม่ได้ให้คำตอบทั้งหมดแก่อนุญาโตตุลาการ เนื่องจากแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่างก็มี “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” ของตนเองเช่นกันซึ่งมีผลที่ได้จากการปรับใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศอาจได้ผลที่แตกต่างกันด้วย มาตรา 34 วรรคสองเพียงแต่ระบุให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร ตามปกติหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการอาจพิจารณานำมาปรับใช้อาจแบ่งได้เป็น 2 แนวทาง แนวทางแรกคือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เป็นที่ตั้งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการไปดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศนั้น อนุญาโตตุลาการจึงอาจต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นด้วย แนวทางที่สองคือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด (the country most closely connected to the dispute) เนื่องจากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ บ่อยครั้งที่สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงเรื่องความบังเอิญที่คู่พิพาทพยายามจะหาสถานที่ที่เป็นกลางซึ่งอาจจะไม่มี



ส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทแต่อย่างใด จึงอาจจะทำให้การนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้กับการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเป็นการไม่เหมาะสมและอาจก่อให้เกิดผลอันเหนือความคาดหมายของคู่พิพาทได้ จึงมีแนวคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการควรต้องใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทและปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

ตัวอย่าง บริษัท ก. ซึ่งเป็นบริษัทไทยทำสัญญาว่าจ้างบริษัท ข. ซึ่งเป็นบริษัทอิตาลี ให้ทำการก่อสร้างอาคารศูนย์การค้าที่เมืองเซี่ยงไฮ้ ประเทศจีน โดยได้ไปทำสัญญาว่าจ้างกันที่เมืองเซี่ยงไฮ้ ต่อมาในระหว่างการก่อสร้างเกิดข้อพิพาทกันระหว่างบริษัททั้งสอง จึงได้มีการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่ประเทศสิงคโปร์ตามข้อตกลงในสัญญา โดยในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศใดในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท

ในกรณีตามตัวอย่างจะเห็นได้ว่าประเทศไทยและประเทศอิตาลีซึ่งเป็นประเทศคู่พิพาทมีสัญญาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องที่พิพาทน้อยมาก โดยแทบไม่มีการดำเนินการใดๆ ที่เป็นสาระ สำคัญในประเทศทั้งสองเลย ส่วนประเทศสิงคโปร์ก็เพียงมีความเกี่ยวข้องกันเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วและได้เริ่มมีการดำเนินการกระบวนการพิจารณา การที่คู่พิพาทเลือกประเทศสิงคโปร์ก็เนื่องจากประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศเป็นกลางที่ไม่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจึงทำให้ไม่เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างคู่พิพาท จึงเห็นได้ชัดว่าประเทศที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด ในกรณีนี้คือ ประเทศจีนเนื่องจากการลงนามในสัญญาและการดำเนินการก่อสร้างอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของสัญญาต่างก็กระทำในประเทศจีนทั้งสิ้น อนุญาโตตุลาการจึงอาจนำหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศจีนมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้

## 2.2 การชี้ขาดตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Ex aequo et bono or As amiable compositeur)

ตามปกติ อนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งอาจเป็นกฎหมายของประเทศไทยหรือกฎหมายของประเทศอื่นที่คู่พิพาทกำหนดหรือที่ได้จากการพิจารณาหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย แต่ในบางกรณีคู่พิพาทอาจจะไม่สามารถตกลงกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาได้ หรืออาจจะเห็นว่าการใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะอาจจะไม่เหมาะสมกับกิจการระหว่างคู่พิพาท คู่พิพาทอาจจะตกลงกันกำหนดให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตาม “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Ex aequo et bono or As amiable compositeur)” หลักดังกล่าวนี้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องยึดถือบทบัญญัติกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ



และสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ตนเห็นว่าเป็นธรรมต่อคู่พิพาทมากที่สุดเมื่อคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่แวดล้อมข้อพิพาทนั้น

หลัก Amiable compositeur ใช้กันมากในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย civil law และหลัก Ex aequo et bono เป็นที่รู้จักกันดีในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (common law) แต่ทั้งสองหลักมีสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน แต่หลักทั้งสองประการก็ยังมีข้อจำกัดอยู่ในบางกรณี แม้ว่าคู่พิพาทตกลงกันอย่างชัดเจนให้อนุญาโตตุลาการตัดสินตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมโดยไม่ต้องตัดสินตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ถ้าหากเป็นกรณีของ “กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” อนุญาโตตุลาการไม่สามารถอาศัยหลักการดังกล่าวหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายได้ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวถือว่ามีความสำคัญถึงขนาดที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากนี้ การหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจเป็นผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอนหรือถูกศาลฎีกาเสวยอมรับและบังคับใช้ อนุญาโตตุลาการจึงต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายดังกล่าว แม้ว่าผลของคำชี้ขาดจะเป็นผลที่ “ไม่เป็นธรรม” ในความเห็นของอนุญาโตตุลาการก็ตาม

### 2.3 ข้อกำหนดของสัญญาและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า

ข้อกำหนดในสัญญาเป็นเสมือนกฎหมายที่คู่พิพาทร่วมกันตกลงกันขึ้นเพื่อระบุสิทธิและหน้าที่ที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีอยู่ต่อกัน และกำหนดความสัมพันธ์และการดำเนินการต่างๆ ระหว่างคู่พิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทจึงจำเป็นต้องยึดข้อกำหนดในสัญญาเป็นหลักในการตัดสินชี้ขาด นอกจากนี้ มาตรา 34 วรรคสี่ยังได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาททางการค้าต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมที่พิพาทด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญาอาจจะไม่มีความชัดเจนมากนัก เนื่องจากถ้อยคำที่คู่พิพาทเลือกใช้มีความคลุมเครือหรืออาจจะเป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกำหนดไว้โดยเฉพาะเนื่องจากเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของคู่พิพาทในขณะทำสัญญาหรือคู่พิพาทไม่สามารถหาข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวได้ อนุญาโตตุลาการอาจจะต้องพิจารณาว่าในเรื่องดังกล่าวมีธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าอย่างไรบ้างและอนุญาโตตุลาการควรจะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยอ้างอิงจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าเหล่านั้น

## บทที่ 4

### กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ

ในบทนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับกับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ โดยจะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับ และหลักกฎหมายที่สนับสนุนกฎหมายเหล่านั้น รวมถึงแนวทางในการใช้หลักกฎหมายระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการแก่สัญญาสัมปทานในประเทศต่างๆ นอกจากนี้ผู้วิจัยได้นำเสนอตัวอย่างกฎหมายภายในประเทศที่น่าสนใจบางประเทศ ที่อาจจะสนับสนุนการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งผู้วิจัยได้แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน ส่วนแรกได้แก่ กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ ส่วนที่สองได้แก่ หลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ และส่วนที่สามได้แก่ แนวทางในการใช้หลักกฎหมายระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการแก่สัญญาสัมปทานในประเทศต่างๆ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 1. กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ (Applicable Law)

ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานนั้น มักเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานไว้โดยชัดแจ้ง หรือสัญญาสัมปทานไม่ได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งจากการศึกษาแนวทางปฏิบัติส่วนใหญ่ในต่างประเทศพบว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของรัฐนั้น จะใช้กฎหมายภายในรัฐที่ให้สัมปทาน และกฎหมายระหว่างประเทศ และมีทั้งการบังคับใช้ร่วมกัน โดยกฎหมายภายในที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานมักเป็นกฎหมายภายในของรัฐที่ให้สัมปทาน สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานมักเป็นกฎหมายทั่วไป<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> อารยา กิตติเวช สัญญาสัมปทาน: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย คุญฉินินพนธ์ปริญญานิติศาสตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550 หน้า 228

การศึกษาว่าในต่างประเทศใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาสัมปทานและหลักกฎหมายที่สนับสนุนการใช้กฎหมายเหล่านั้น ผู้วิจัยได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรก คือ กฎหมายภายในรัฐ และ ส่วนที่สอง คือ กฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 1.1 กฎหมายภายในของรัฐ

กฎหมายภายในของรัฐย่อมเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งท้องถิ่น (domestic matters) แต่บทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐจะไม่นำมาบังคับใช้กับข้อกำหนดที่อยู่นอกเหนือจากอำนาจบังคับของกฎหมายภายใน อันได้แก่ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>14</sup> ทั้งนี้มีคดีตัวอย่างที่อนุญาโตตุลาการอาศัยหลักกฎหมายภายในรัฐวินิจฉัยประกอบการชี้ขาด เช่น คดี AMCO. Asia v. The Government of Indonesia<sup>15</sup> ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในที่ศาลจะใช้คือกฎหมายภายในของรัฐที่มีเนื้อหาที่กำหนดในเรื่องที่เป็นข้อพิพาทนั่นเอง มิใช่กฎหมายขัดกันของรัฐนั้นๆ และหลักกฎหมายภายในรัฐก็จะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย นอกจากนั้นก็ยังมีคดี Lena Goldfields<sup>16</sup> ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า กรณีที่เป็นเรื่องท้องถิ่นของรัฐนั้น ก็สามารถนำกฎหมายภายในของรัฐนั้นมาบังคับใช้ได้ แต่หากเป็นกรณีอื่นแล้วต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ เป็นต้น

การศึกษากฎหมายภายในของรัฐที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานครั้งนี้ ผู้วิจัยจะทำการศึกษาจากตัวอย่างในบางประเทศเท่านั้น โดยเลือกประเทศที่ปรากฏแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในเรื่องนี้ โดยเน้นให้มีทั้งตัวอย่างของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และกลุ่มระบบกฎหมาย (Common Law) เพื่อให้สามารถมองเห็นความเหมือนและความแตกต่างจากแนวคิดและแนวทางปฏิบัติของประเทศดังกล่าวทั้งสองระบบ ดังนั้นผู้วิจัยจึงเลือกศึกษาระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือได้ว่าเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งถือได้ว่าเป็นต้นแบบของ

<sup>14</sup> อารยา กิตติเวช, เพิ่งอ้าง, น.231

<sup>15</sup> International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal: Excerpts of the Award on the Merits in Arbitration between AMCO Asia Coporation et Al and Indonesia, November 21, 1984 *International Legal Materials* 24 (1985): 1023 p.147, 148.

<sup>16</sup> Lord McNair, Q.C. "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations" *British Yearbook of International Law* (1957): 11, Annual Digest, 1929-1930.

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะที่พิเศษที่มีการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายมหาชนเข้าด้วยกัน นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานที่น่าสนใจบางประเทศที่มีกฎหมายสัมปทานโดยตรงในรูปแบบของบทบัญญัติ (Legislation) ได้แก่ Concession Law และมีได้มีกฎหมายสัมปทานโดยตรง คือ สัมปทานในรูปแบบของข้อบังคับ (Regulation) หรือสัมปทานโดยสัญญา (Concession Contract) เพิ่มเติมอีกด้วย โดยมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

### 1.1.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสมีการแยกประเภทสัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'Administration) ออกเป็นสองประเภท

สัญญาประเภทแรกเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน (contrats de droit prive de l' Administration)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณา สัญญาประเภทที่สองเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)” ซึ่งจะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา<sup>17</sup>

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นสัญญาประเภทใด (รวมทั้งสัญญาสัมปทาน) ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชน โดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงอาจเข้าแทรกแซงกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องเพิ่มบริการจากที่กำหนดไว้ได้ โดยอาศัยอำนาจไม่เพียงตามข้อสัญญาเท่านั้น แต่โดยอำนาจมหาชนที่เป็นของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายมหาชนได้ เพื่อให้สนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นหลักของสัญญาทางปกครองในความเปลี่ยนแปลงได้ของข้อสัญญาบริการสาธารณะ แม้จะไม่มีกำหนดให้มีอำนาจเช่นนั้นไว้ในสัญญาก็ตาม<sup>18</sup> ทั้งนี้ อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวจะต้องมีสาเหตุมาจากการปรับปรุงบริการ

<sup>17</sup> วรวิทย์ กังศศิเทียม ปัญหาการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2544 หน้า 81

<sup>18</sup> โภคิน พลกุล “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย” ใน เอกสารประกอบการสัมมนา และการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเรื่อง สัญญาทางปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล วันพุธที่ 12 มีนาคม 2546

สาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวม ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้<sup>19</sup> ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งไม่มีเป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง โดยหากฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวแล้วทำให้ฐานะทางการเงินในสัญญาของผู้รับสัมปทานเสียไป หรือทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระหน้าที่ตามสัญญาเพิ่มขึ้นแล้ว เอกชนผู้รับสัมปทานสามารถร้องขอให้ศาลพิจารณาตัดสินว่าการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อกำหนดใหม่ให้เอกชนนั้น ทำให้เอกชนเสียหายเพื่อขอให้ผู้ให้สัมปทานชดเชยค่าเสียหายให้ได้ และเมื่อฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ของตนแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยค่าทดแทนเท่ากับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้ให้แก่เอกชนคู่สัญญาเป็นการแลกเปลี่ยนตอบแทน และในกรณีเกิดเหตุการณ์ซึ่งคู่สัญญาไม่คาดหมายได้อันกระทบถึงการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรงและเป็นเหตุอันไม่ปกติ และเป็นเหตุที่นอกเหนือเจตนาของคู่กรณีแห่งสัญญา รวมทั้งต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา เอกชนคู่สัญญา ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ แต่จะได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ กรณีดังกล่าวจึงทำให้แม้สัญญาจะไม่ได้ระบุไว้ ศาลก็สามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับคู่สัญญาเอกชนได้ทันที เมื่อศาลยอมรับว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลก็จะนำหลักเกณฑ์พิเศษที่ใช้บังคับกับสัญญาและผลของสัญญา ไม่ว่าจะ เป็นการที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชนในการแก้ไขและเลิกสัญญาฝ่ายเดียวและดำเนินการบังคับให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา<sup>20</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจจะถือได้ว่ากรณีของสัญญาสัมปทานในประเทศฝรั่งเศสนั้น โดยทั่วไปมีการใช้หลักกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายภายในรัฐนั่นเอง แม้ว่าจะมิได้มีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

อนึ่ง ผู้วิจัยมีข้อคิดเห็นเพิ่มเติมว่า แม้ว่าโดยปกติในสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะห้ามการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทก็ตาม แต่หากมีกรณีจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการและมีการออกกฎหมายเป็นการเฉพาะเพื่อการนั้นแล้ว กรณีเมื่อมีข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานเกิดขึ้น การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ควรจะต้องอาศัยหลักกฎหมายมหาชนอันเป็นกฎหมายภายในรัฐนั่นเองตัดสินชี้ขาด

<sup>19</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5 (2529) หน้า 99

<sup>20</sup> อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.206



### 1.1.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายลักษณะ “สัญญาทางปกครอง” โดยเฉพาะอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ที่ใช้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นไปตามกฎหมายทั่วไป ทำนองเดียวกับที่ใช้กันระหว่างเอกชนและเอกชน ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น จึงมาจากหลักที่ว่ารัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้กับบุคคลทั่วไป (Ordinary Law of the Land) แต่ในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ที่จะทำให้หลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ หากเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะกระทำเพื่อสาธารณะประโยชน์ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนก็คือ การนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาแทรกในหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็ต้องถูกฟ้องในศาลธรรมดาโดยไม่มีการแยกระบบศาลออกไป จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษนั้นใช้ระบบศาลเดี่ยว คำพิพากษาของศาลคือกฎหมาย (Case Law) ซึ่งมีความยืดหยุ่นที่จะสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน และการที่รัฐจะอ้างความจำเป็นของรัฐขึ้นมาเพื่อแก้ไขสัญญาหรือว่าจะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา การใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องใช้อย่างระมัดระวังและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาวะการณ์ เพราะคำพิพากษานั้นสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่าการแก้กฎหมายโดยทั่วไป<sup>21</sup>

สำหรับสัญญาสัมปทานของประเทศอังกฤษอันเป็นสัญญาทางปกครองรูปแบบหนึ่ง<sup>22</sup> ฝ่ายปกครองได้สร้างหรือนำข้อความคิดว่าด้วยประโยชน์สาธารณะอันเป็นข้อความคิดทางด้านกฎหมายมหาชนว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาเป็นข้อกำหนดเงื่อนไขต่างๆ เพื่อใช้

<sup>21</sup> วรวิทย์ กังคศิเทียม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น.143

<sup>22</sup> สัญญาสัมปทานในประเทศอังกฤษนั้น อารยา กิตติเวช (2550: 235-236) อธิบายว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1) สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ (PPP: Public Private Partnership) คือ การที่รัฐให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินโครงการในกิจการของรัฐ เพื่อที่จะปรับปรุงบริการสาธารณะให้ดียิ่งขึ้น การให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐจะเป็นการควบรวมกิจการระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ร่วมกันรับความเสี่ยงในการแสวงหาผลประโยชน์ร่วมกัน

2) สัญญาให้เอกชนดำเนินการในกิจการของรัฐ (PFI: Private Initiative) คือการที่ฝ่ายปกครองและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้มอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะและสาธารณูปโภคต่างๆ เช่น การก่อสร้างถนน โรงเรียน สถานกักกัน และโรงพยาบาล โดยเอกชนคู่สัญญาจะเป็นผู้ลงทุนสำหรับค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างและให้องค์กรภาครัฐเข้าใช้ประโยชน์จากโครงการที่ดำเนินการแล้วเสร็จนั้น



บังคับกับเอกชนคู่สัญญาเพื่อให้เอกชนดำเนินการตามสัญญาที่กำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลักไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม โดยมีลักษณะของข้อกำหนดในทำนองเดียวกับประเทศที่รับรองถึงความมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ ได้นำหลักเกณฑ์พิเศษบางประการมาระบุไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลตลอดจนข้อตกลงมาตรฐานซึ่งเป็นเสมือนสัญญาสำเร็จรูปที่ทำกับภาคเอกชน ทำให้มีหลักเกณฑ์พิเศษต่างๆ เช่น หลักการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียว หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หลักการได้รับการเยียวยาแก้ไขอย่างเป็นธรรม หลักการเพื่อสังคม หลักความต่อเนื่องในการปฏิบัติตามสัญญา ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง เป็นต้น มีความคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ใช้หลักกฎหมายมหาชนบังคับกับสัญญาดังกล่าว<sup>23</sup>

ตัวอย่างเช่น การให้สัมปทานการก่อสร้างและบริหารจัดการระบบอุโมงค์ขนส่งจากประเทศอังกฤษเชื่อมต่อกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีผู้รับสัมปทานเป็นเอกชนต่างชาติ อังกฤษมีการตรากฎหมาย Channel Tunnel Act 1987<sup>24</sup> ออกมาบังคับใช้ ตามกฎหมายดังกล่าวมีข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายภายในที่ใช้ในสัญญาสัมปทานได้แก่ กฎหมายสัญญา (Contract law) กฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Arbitration law) กฎหมายเกี่ยวกับเจ้าของที่ดินและผู้เช่าที่ดิน (Landlord and tenant law)<sup>25</sup> อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป

<sup>23</sup> ชวลิต เสวตสุต สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ : ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547 หน้า 218

<sup>24</sup> ตามกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญ คือ รัฐบาลอังกฤษให้การรับประกันว่าการใช้กฎหมายอังกฤษในสัญญาสัมปทานการเข้าจะไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาซึ่งจะทำให้เกิดการขัดแย้งกับข้อตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจนข้อกำหนดเพื่อการขอใช้ที่ดินในอังกฤษของผู้รับสัมปทานเพื่อก่อสร้างและดำเนินการจัดทำระบบอุโมงค์จะต้องเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศ นอกจากนั้นแล้ว ตามกฎหมายดังกล่าวจะไม่มีกรออกกฎหมายเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องสิทธิและข้อห้ามของเจ้าของที่ดินและผู้เช่าที่ดินเพื่อให้กระทบสิทธิของคู่สัญญาตามสัมปทานการเข้านี้ด้วย

<sup>25</sup> Legislation.gov.uk. "Channel Tunnel Act 1987" Retrived January 25, 2012 from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/53>

### 1.1.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สัญญาสัมปทานในสหรัฐอเมริกาจัดเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง<sup>26</sup> มีหลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองปรากฏอยู่ ซึ่งเป็นรูปแบบมาตรฐานที่ผ่านการตรวจร่างมานับร้อยปีซึ่งโดยผลของทฤษฎีกฎหมายจารีตประเพณีในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังนั้น สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ ตามสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่ค่อยที่จะมีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่งของเอกชนเท่าใดนัก โดยมีการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชน กล่าวคือ มุ่งถึงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก และเป็นไปตามข้อกำหนดที่ระบุอยู่ในสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยเป็นไปตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายแพ่งจะนำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง แต่สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาในหลายๆ รูปแบบได้มีปรากฏข้อกำหนด เงื่อนไข และข้อสัญญาต่างๆ ซึ่งร่างขึ้นโดยไม่ปรากฏในกฎหมายแพ่งของเอกชนอันเนื่องมาจากวัตถุประสงค์และเหตุผลในข้อความคิดทางบริหารจัดการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือ

<sup>26</sup> สัญญาสัมปทานในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น อารยา กิตติเวช (2550: 234-235) อธิบายว่า เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1) สัญญาการอนุญาต (Grant Agreement) เป็นสัญญาที่อนุญาตให้เอกชนคู่สัญญาได้สิทธิในการดำเนินการใดๆ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณชนโดยฝ่ายปกครองมิได้มุ่งแสวงหาประโยชน์จากการมีไว้ในครอบครอง หรือการแสวงหาประโยชน์ใดๆ แต่รัฐมีความมุ่งหมายที่จะใช้สัญญาประเภทนี้เพื่อลดภาระในการลงทุน โดยรัฐจะไม่เข้าไปเป็นตัวจักรสำคัญในการบริหารโครงการ แต่จะทำหน้าที่คอยสนับสนุนขอบเขตโครงการที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ผู้รับการอนุญาตหรือผู้รับสัมปทานดำเนินการใดๆ เป็นไปได้โดยสะดวกรวดเร็วเท่านั้น

2) สัญญาการร่วมทุน (Cooperative Agreement) เป็นสัญญาที่มีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดประโยชน์จากการมีไว้ในครอบครองหรือการแสวงหาประโยชน์ใดจากทรัพย์สินหรือบริการต่างๆ สัญญาประเภทนี้ให้ความสำคัญกับการยึดถือปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างมากเพื่อที่จะนำไปสู่การดำเนินการเพื่อบรรลุถึงผลประโยชน์สาธารณะตามโครงการที่ระบุไว้ในสัญญา สัญญาลักษณะการร่วมทุนรัฐบาลมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าแบ่งเบาภาระด้านการลงทุนและแรงงานในการสร้างโครงการใดๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะในลักษณะที่เป็นหุ้นส่วนกัน โดยที่รัฐบาลกลางยังคงเป็นตัวจักรสำคัญในการบริหารและกำกับดูแลโครงการตามสัญญา มิใช่แต่เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น โดยเฉพาะภารกิจพื้นฐานของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะต่างๆ

บริการสาธารณะต่างๆ โดยองค์กรภาครัฐ เช่น ในเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดต่างๆ หรือการเพิ่มลสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาของฝ่ายปกครอง หลักการกระทำนอกขอบอำนาจ (Ultra Vires) และหลักอื่นๆ อีกหลายประการ รวมตลอดไปจนถึงกระบวนการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมอีกประการหนึ่ง เป็นต้น ซึ่งมีความเหมือนคล้ายกับข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในสัญญาทางปกครองของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ทั้งหลาย แม้ว่าในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนของประเทศยุโรปนั้น สัญญาทางปกครองหาจำต้องระบุไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด<sup>27</sup>

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายซึ่งหมายรวมถึงแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลหรือองค์กรกึ่งตุลาการต่างๆ และรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นเป็นกฎหมายโดยรัฐสภา เป็นองค์ประกอบประการแรกของสัญญาของฝ่ายปกครองในสหรัฐอเมริกา และองค์ประกอบประการที่สอง ได้แก่ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนคู่สัญญา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิของเอกชนคู่สัญญาโดยไม่มีกฎหมายหรือข้อตกลงใดๆ ในสัญญารองรับให้อำนาจไว้ไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว การกระทำนั้นๆ ก็จะได้รับยอมรับโดยองค์กรตุลาการหรือองค์กรนิติบัญญัติที่เกี่ยวข้อง แม้ในความเป็นจริง ฝ่ายบริหารอาจต้องแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิแก่เอกชนคู่สัญญาในการเรียกร้องจากรัฐหรือผ่อนคลายความเข้มงวดของรัฐบัญญัติลงในบางกรณี เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าอุปโภคบริโภค ซึ่งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติต่างก็ยอมรับว่าไม่ใช่ทุกกรณีที่จำเป็นต้องนำหลักการในสัญญาทางปกครองเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนมาปรับใช้แก่สัญญาจัดซื้อดังกล่าว หากเป็นเรื่องของการจัดซื้อสินค้าธรรมดาสามัญในท้องตลาดทั่วไป ซึ่งไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องนำหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในสัญญาทางปกครองมาปรับใช้กับสัญญาประเภทดังกล่าว เป็นต้น<sup>28</sup>

สัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนจะมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนเสมอ ดังจะเห็นได้จากการนำภาษีอากรของประชาชนมาเป็นทุนในการใช้จ่ายในการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวของภาครัฐ และผลของสัญญาของฝ่ายปกครองในท้ายที่สุดแล้วไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจะตกแก่ประชาชนซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยผลประโยชน์ นอกจากนั้น ในสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่ซึ่งมีเรื่องของประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนเข้ามาเกี่ยวข้องมักจะ

<sup>27</sup> ชวลิต เสวตสุด, อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 23, น.223-224

<sup>28</sup> ชวลิต เสวตสุด, เพิ่งอ้าง, น.225

มีเรื่องของการมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกกันว่า “การกระทำฝ่ายเดียว” ซึ่งเป็นเรื่องการใช้อำนาจของรัฐในทางปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องและมีความแตกต่างจากกรณีของการกระทำสองฝ่ายในระบบสัญญาของเอกชนอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐ (หน่วยงานทางปกครอง) มีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดใดๆ หรือแม้กระทั่งการบอกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนคู่สัญญาได้ตลอดเวลาซึ่งเรื่องดังกล่าวไม่ปรากฏในการเข้าทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน ทั้งนี้เป็นไปตามทฤษฎีการมีอำนาจเหนือของรัฐในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ดังนั้น กฎหมายที่จะมาปรับหรือบังคับใช้แก่สัญญาของฝ่ายปกครอง หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษหรือยกเว้นให้เป็นการเฉพาะเรื่อง ก็จะต้องนำหลักกฎหมายมหาชนหรือหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้แก่กรณี<sup>29</sup>

#### 1.1.4 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานที่นำสนใจบางประเทศ

จากการศึกษาพบว่า กลุ่มประเทศที่มีกฎหมายสัมปทานโดยตรง (Concession Law) หรือ กลุ่มประเทศที่มีได้มีกฎหมายสัมปทานโดยตรงแต่มีกฎหมายรูปแบบอื่น มักจะมีการนำหลักกฎหมายที่สำคัญมาใช้บัญญัติเป็นกฎหมาย เช่น การนำหลักสุจริต (good faith) หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยข้อบทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน (Concession Contracts) นั้นมักจะมีการระบุเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและกฎหมายที่ใช้บังคับไว้ด้วยเสมอ กล่าวคือ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและกฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law) ไว้โดยชัดแจ้ง คือ กฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาสัมปทานให้ใช้กฎหมายภายในประเทศ และคู่สัญญามีสิทธิเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (governing law) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทมาใช้ได้ และการนำกฎหมายพิเศษมาใช้จะต้องได้รับความยินยอมร่วมกันของคู่สัญญา จากหลักการดังกล่าวเท่ากับได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการใช้กฎหมายในสัญญาสัมปทานที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมุ่งถึงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลักและยึดถือข้อกำหนดต่างๆ ที่ระบุอยู่ในสัญญา อันเป็นไปตามหลักสุจริต (Good Faith) ในการทำสัญญาและหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หรือ Pacta Sunt Servanda ตัวอย่างของประเทศที่มีการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย ได้แก่ ประเทศอัลเบเนีย<sup>30</sup> ประเทศเซอร์เบีย<sup>31</sup> ประเทศ

<sup>29</sup> ชวลิต เสวตสุด, เฟ็งอ้าง, น.225-226

<sup>30</sup> ดู Law on Concessions of The Republic of Albania (Law no 9663, date 18.12.2006) Article 30, 34.

<sup>31</sup> ดู Law on Concessions of The Republic of Serbia Article 22(12).

บอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา<sup>32</sup> ประเทศบัลแกเรีย<sup>33</sup> เป็นต้น ซึ่งโดยส่วนใหญ่ก็มักจะกำหนดให้ระดับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของตนเองเป็นหลัก ยกเว้นบางประเทศที่กำหนดว่า คู่สัญญาเป็นบุคคลต่างชาติให้ระดับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น ประเทศเซอร์เบีย<sup>34</sup> ประเทศบัลแกเรีย ประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา<sup>35</sup> เป็นต้น

นอกจากนั้น ยังมีการสร้างกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายมหาชนเป็นพื้นฐานอีกด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน เช่น เรื่องเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ได้แก่ การใช้ทรัพยากรน้ำ การจัดการอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น จึงมีการบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น เรื่องการสิ้นสุดสัญญาเมื่อการดำเนินธุรกิจตามสัญญาสัมปทานมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน หรือเมื่อธุรกิจของผู้รับสัมปทานล้มเหลวเนื่องจากขาดความเอาใจใส่ รัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ ดังเช่น กฎหมายของประเทศเซอร์เบีย<sup>36</sup> หรือ ประเทศมาซิโดเนีย<sup>37</sup> หรือ ประเทศโรมาเนีย<sup>38</sup> เป็นต้น โดยเฉพาะในประเทศบัลแกเรีย กรณีการดำเนินงานของผู้รับสัมปทานมีผลกระทบต่อ การป้องกันประเทศ อาณาเขตประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน รัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามการสิ้นสุดของสัญญาสามารถเกิดจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนี้รัฐยังสามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายพาณิชย์ (The Commercial Code) และรัฐบัญญัติสัญญาและพันธกรณี (The Obligation and Contracts Act) มาอ้างเพื่อยกเลิกสัญญาได้ด้วยในกรณีที่ไม่มีระเบียบใดๆ ที่จะนำมาอ้าง<sup>39</sup>

อย่างไรก็ตาม พบว่าในบางประเทศอาจจะมีการกำหนดกฎหมายภายในประเทศขึ้นมาโดยเฉพาะในแต่ละข้อพิพาท เช่น ในประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา กรณีที่การทำสัมปทานนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาดแบบผูกขาด (Monopoly at the market) กฎหมายที่นำมาใช้บังคับ คือ กฎหมายภายในประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา และศาลที่มีเขตอำนาจคือ

<sup>32</sup> ดู Law on Concessions of Bosnia and Herzegovina Article 32, 35.

<sup>33</sup> ดู Concessions Act of The Republic of Bulgaria Article 20.

<sup>34</sup> ดู Law on Concessions of The Republic of Serbia Article 39.

<sup>35</sup> ดู Law on Concessions of Bosnia and Herzegovina Article 26 1.(j).

<sup>36</sup> ดู Law on Concessions of The Republic of Serbia Article 40.

<sup>37</sup> ดู Law on Concessions of The Republic of Macedonia Article 16.

<sup>38</sup> ดู Law on Concessions of The Republic of Romania Article 27(7), 31.

<sup>39</sup> ดู Concessions Act of The Republic of Bulgaria Article 22(1) (6), 23, 24.



ศาลประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา หรือ กรณีมีข้อตกลงกับสถาบันการเงินระหว่างประเทศหลัก  
กฎหมายที่จะนำมาปรับใช้คือกฎหมายทางเศรษฐกิจของประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา<sup>40</sup> เป็นต้น  
สำหรับประเทศที่มีกฎหมายอื่นๆ ที่มีได้มีกฎหมายสัมปทานโดยตรง ก็มัก  
จะมีการระบุเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและกฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law) ไว้โดยชัดเจน  
เช่นเดียวกัน เช่น ประเทศกรีซ มีข้อตกลงตาม PPP (PPP Agreement) ให้นำกฎหมายของประเทศ  
กรีซมาบังคับใช้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น<sup>41</sup>

โดยสรุปจากการศึกษาข้างต้นพบว่า ในประเทศฝรั่งเศสโดยทั่วไปมีการใช้หลัก  
กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายภายในรัฐบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานโดยไม่จำเป็นต้องมีการระบุ  
หลักกฎหมายดังกล่าวไว้ในสัญญาสัมปทาน ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้น  
หลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองจะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง แต่ก็มีกรณีนำหลักเกณฑ์  
พิเศษบางประการมาระบุไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครองและระเบียบว่าด้วย  
การจัดจ้างของรัฐบาลกลางตลอดจนข้อตกลงมาตรฐานซึ่งเหมือนกับสัญญาสำเร็จรูปที่ทำกับ  
เอกชน<sup>42</sup> แต่การยอมรับถึงข้อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว ก็ไม่ได้เป็นการยอมรับว่าฝ่ายปกครองที่เป็น  
คู่สัญญามีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญาในลักษณะที่เป็นอำนาจที่มีอยู่โดยสภาพหรือตาม  
ธรรมชาติ กล่าวคือ ในระบบอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะต้องมีการระบุหลักเกณฑ์พิเศษไว้ใน  
สัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญา มิฉะนั้น ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเหนือเอกชน  
คู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้หลักการเรื่องสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้ แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำ  
สัญญาเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม<sup>43</sup>

<sup>40</sup> ดู Law on Concessions of Bosnia and Herzegovina Article 26 4(c), 6.

<sup>41</sup> ดู The new law, 3389/2005 (The PPP Law).

<sup>42</sup> ฤทัย หงส์ศิริ “การนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้  
บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 18  
ตอนที่ 1 (เมษายน 2542) หน้า 56

<sup>43</sup> ชาลิต เสวตสุต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น.24



ตารางที่ 4.1 การใช้กฎหมายภายในรัฐของประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และ สหรัฐอเมริกา  
ในสัญญาสัมปทาน

ประเทศ	หลักการเกี่ยวกับกฎหมาย
ฝรั่งเศส	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ใช้หลักกฎหมายมหาชนในสัญญาสัมปทานอันจัดเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง</li> <li>- ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องระบุหลักกฎหมายมหาชนดังกล่าวไว้ในสัญญาสัมปทานนั้น</li> </ul>
อังกฤษ	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ใช้หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ กฎหมายแพ่ง บังคับแก่สัญญาทุกประเภท รวมถึงสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ(PPP) และ สัญญาให้เอกชนดำเนินการในกิจการของรัฐ(PFI) ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานด้วย</li> <li>- มีการนำข้อความคิดทางทางด้านกฎหมายมหาชนว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาเป็นข้อกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญา PPP และ สัญญา PFI</li> </ul>
สหรัฐอเมริกา	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มีการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชน</li> <li>- โดยนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งก็รวมทั้งสัญญาการอนุญาต (Grant Agreement) และ สัญญาการร่วมทุน (Cooperative Agreement) ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานด้วย</li> <li>- ยอมรับแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะซึ่งต้องมีกฎหมายหรือข้อตกลงในสัญญาต่างๆ รองรับด้วย</li> </ul>

หมายเหตุ : จากผลการศึกษา

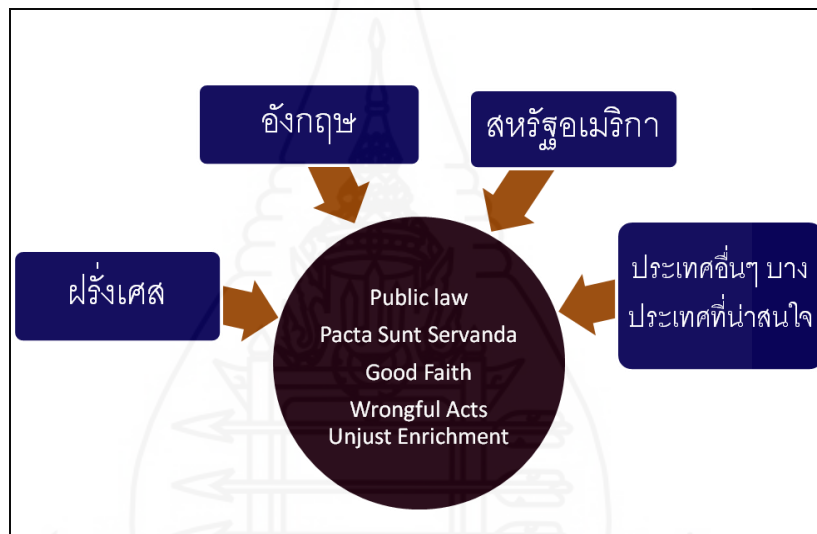
สำหรับในกลุ่มประเทศอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มประเทศที่มีกฎหมายสัมปทานโดยตรงหรือมิได้มีกฎหมายสัมปทานโดยตรงก็ตาม หากเป็นสัญญาสัมปทานที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ก็จะมีการนำหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาสัมปทานด้วยเสมอเช่นเดียวกัน

โดยสรุปจากการศึกษาหลักกฎหมายภายในรัฐที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ พบว่า แม้แต่แต่ละประเทศก็จะมีกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน แต่ก็มีหลักกฎหมายสำคัญ ที่คล้ายคลึงกัน โดยประกอบไปด้วยหลักกฎหมายที่มาจาก 2 ด้านหลัก คือ หลักกฎหมายมหาชน และ หลักกฎหมายเอกชน ดังนี้

1 . หลักกฎหมายมหาชน (Public Law) ประกอบด้วยหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน อาทิเช่น หลักความต่อเนื่อง หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ หลักความเสมอภาค และหลักความเป็นกลางในบริการสาธารณะ เป็นต้น

2. หลักกฎหมายเอกชน (Private Law) ประกอบด้วยหลักการพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง อาทิเช่น หลักสุจริต (Good Faith) หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หลักละเมิด (Wrongful Acts) หลักลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment) เป็นต้น

หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นได้ตามภาพที่ 4.1 ดังนี้



ภาพที่ 4.1 หลักกฎหมายที่มาจากกฎหมายภายในรัฐของต่างประเทศ

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

## 1.2 กฎหมายระหว่างประเทศ

การศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของรัฐนั้น กรณีคู่พิพาทเป็นคนสัญชาติเดียวกันและเรื่องที่พิพาทก็เกี่ยวพันแต่เฉพาะในรัฐนั้น กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้พิจารณาในสัญญาสัมปทานก็จะมีเพียงกฎหมายของรัฐนั้นเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่คู่พิพาทเป็นคนสัญชาติต่างกัน กล่าวคือ ผู้รับสัมปทานเป็นคนชาติรัฐอื่น กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้พิจารณาในสัญญาสัมปทานก็อาจจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่หลายประเภท ทั้งกฎหมายภายในรัฐที่เกี่ยวข้อง กฎหมายระหว่างประเทศอันมีที่มาจาก จารีตประเพณี

ระหว่างประเทศ (International Custom) สนธิสัญญา (Treaties) หลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล (Judicial Decisions) รวมถึง กฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์กรระหว่างประเทศ

การวิเคราะห์ในส่วนนี้ ผู้วิจัยมุ่งเน้นไปที่สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติเป็นหลัก เนื่องจากผลที่ได้น่าจะมีความครอบคลุมในเรื่องกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้และหลักกฎหมายในมุมมองที่ดีกว่า โดยผู้วิจัยได้แบ่งการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน ออกเป็น 2 ส่วน คือ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล<sup>44</sup> และ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง<sup>45</sup> โดยมีรายละเอียดดังนี้

### 1.2.1 ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

การนำสัญญาสัมปทาน ไปอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ นั้นมีรากฐานมาจากกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เพราะกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั่นเองที่อนุญาตให้สัญญาสัมปทานตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล<sup>46</sup> ทั้งนี้มีคดีตัวอย่างที่น่าสนใจและควรนำมาศึกษาถึงการนำกฎหมายมาบังคับใช้ของอนุญาโตตุลาการมาใช้ ดังนี้

คดี Kingdom of Saudi Arabia and the Arabian American Oil Company<sup>47</sup> หรือ Aramco Arbitration (1958) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่างรัฐบาลซาอุดีอาระเบียกับบริษัท

<sup>44</sup> กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่เอกชนในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ความเกี่ยวพันในสิทธิและหน้าที่ทางแพ่งของพลเมืองในประเทศหนึ่งกับพลเมืองของประเทศอื่น ความเกี่ยวพันระหว่างพลเมืองของประเทศต่างกันนี้ อาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับบุคคล หนึ่ง และวิธีได้สิทธิต่างๆ ในทรัพย์สิน

<sup>45</sup> กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) ได้แก่ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายต่างๆ ที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและระหว่างรัฐ กับองค์กรระหว่างประเทศ และระหว่างองค์กรระหว่างประเทศกับองค์กรระหว่างประเทศ และในบางกรณีอาจใช้กับเอกชนด้วย

<sup>46</sup> อารยา กิตติเวช, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, น.237

<sup>47</sup> ชุมพร บัจจุสานนท์ “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน” *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2527) หน้า 68-69*

Arabian American Oil (หรือ บริษัท Aramco) ของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยบริษัท Aramco เป็นผู้ได้รับสัมปทานในการสำรวจและขุดเจาะน้ำมันเป็นระยะเวลา 60 ปี ในภาคตะวันออกของประเทศซาอุดีอาระเบีย และมีสิทธิในการขายและขนส่งน้ำมันเหล่านั้นไปยังต่างประเทศ ต่อมารัฐบาลซาอุดีอาระเบียได้ทำความตกลงกับ Mr.Onassis (Onassis Agreement) เพื่อให้บริษัท Saudi Arabian Maritime Tankers ซึ่งเป็นบริษัทของ Mr.Onassis ได้รับสิทธิในการขนส่งน้ำมันเป็นเวลา 30 ปี ซึ่งก็รวมถึงน้ำมันของ Aramco ด้วย บริษัท Aramco ได้โต้แย้งสิทธิตามข้อตกลง Onassis Agreement โดยกล่าวอ้างว่าสิทธิดังกล่าวเป็นของบริษัท Aramco ตามสัมปทานที่บริษัท Aramco ได้รับจากรัฐบาลซาอุดีอาระเบีย ข้อพิพาทดังกล่าวได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามความตกลงในสัมปทาน<sup>48</sup> และอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดว่าความตกลงระหว่างรัฐบาลซาอุดีอาระเบียกับ Mr.Onassis (Onassis Agreement) ไม่มีผลบังคับเนื่องจากขัดกับความตกลงสัมปทานของ Aramco เนื่องจากสัมปทานของ Aramco เป็นสัมปทานเพื่อการพัฒนาทรัพย์สินของชาติซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาไม่ใช่สัมปทานบริการสาธารณะ (Public Service Concession) สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานอยู่ในลักษณะ สิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Acquired Right) และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงโดยรัฐที่ให้อนุญาตโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท<sup>49</sup>

คดีนี้คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ว่า ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ แต่กฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้นี้ มิได้ให้นำมาบังคับใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง แต่นำมาบังคับใช้โดยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล<sup>50</sup> ซึ่งในคดี Aramco Arbitration<sup>51</sup> นี้อนุญาโตตุลาการได้นำธรรมเนียมประเพณีและทางปฏิบัติในธุรกิจน้ำมันมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา

<sup>48</sup> นิรันดร์ บุญจิต การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2526 หน้า 227-229

<sup>49</sup> นิรันดร์ บุญจิต, เพิ่งอ้าง, น.249

<sup>50</sup> ดู Kingdom of Saudi Arabia and the Arabian American Oil Company Award, p.61 อ้างโดย Hyde, "Economic Development Agreement" RCADI (1962: D): 316-317.

<sup>51</sup> ดู Aramco award. ILR. 27 p.171.

กรณีกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในคดีนี้ ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ กำหนดให้ศาลอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้ 2 กรณี ดังนี้ (1) กรณีเป็นเรื่องภายในเขตอำนาจของซาอุดีอาระเบีย ตัดสินตามกฎหมายซาอุดีอาระเบีย (2) กรณีเป็นเรื่องที่อยู่นอกเขตอำนาจของซาอุดีอาระเบีย ตัดสินตามกฎหมายที่ศาลอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ได้ แต่ในความตกลงพิเศษเกี่ยวกับที่นั่งพิจารณาของศาลอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการแก้ไขใหม่ เพื่อเปลี่ยนสถานที่นั่งพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็น กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีการตกลงกันว่าในทุกกรณี การตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการจัดขึ้นนอกประเทศซาอุดีอาระเบีย กฎหมายที่จะใช้สำหรับการตัดสินจะไม่ใช้กฎหมายของซาอุดีอาระเบีย เนื่องจากคู่กรณีตั้งใจถอนข้อพิพาทออกจากเขตอำนาจตัดสินของศาลท้องถิ่น แต่ด้วยหลักการเคารพเกียรติภูมิของรัฐอธิปไตย ศาลอนุญาโตตุลาการจะไม่พิจารณานำกฎหมายของรัฐหนึ่งมาใช้กับอีกรัฐหนึ่ง การแทรกแซงใดๆ จะถือเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในกรณีนี้การตัดสินของอนุญาโตตุลาการจึงได้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากคู่กรณีแสดงไว้อย่างชัดเจนถึงเจตนารมณ์ร่วมกันว่าจะไม่ใช้กฎหมายประเทศซาอุดีอาระเบีย และก็ไม่มีความประสงค์ที่จะใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย รวมถึงก็ไม่สามารถนำกฎหมายสวิสอันเป็นสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาคดีมาใช้ได้เช่นกัน<sup>52</sup>

คดีนี้ อนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจเลือกกฎเกณฑ์วิธีการพิจารณาที่จะใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการอันเป็นไปตามกฎของศาลสถิตย์อนุญาโตตุลาการ (Permanent Court of Arbitration) และอนุสัญญาว่าด้วยวิธีพิจารณาความอนุญาโตตุลาการ (ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองใน ค.ศ.1955) โดยที่อนุญาโตตุลาการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงผลในท้ายที่สุดว่า อนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถหากฎหมายมาปรับใช้แก่การอนุญาโตตุลาการได้<sup>53</sup> โดยอาศัยหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>54</sup>

<sup>52</sup> นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.232-233, 235, 236

<sup>53</sup> จุมพต สายสุนทร *กฎหมายระหว่างประเทศ* กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์เดือนตุลา 2539 หน้า 77-78

<sup>54</sup> กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Law on Conflict of of Law) คือ กฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ว่า จะใช้กฎหมายประเทศใดมาบังคับแก่คดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวพันกับต่างประเทศ ในทางใดทางหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้มีไว้สำหรับวินิจฉัยของกฎหมายที่จะนำไปใช้ปรับแก้คดีให้แพหรือชนะไปได้โดยตรง หากแต่เป็นเรื่องมีของของผู้ใช้กฎหมายที่จะใช้ค้นหากฎหมายที่จะนำมาปรับกับคดีนั้นๆ ได้ถูกต้อง

ดังนั้น ในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นสิ่งที่ให้อำนาจคู่สัญญา หรือ อนุญาโตตุลาการที่จะเลือกนำกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา แม้ว่าจะเป็นหลักกฎหมายต่างชาติหรือหลักกฎหมายอื่นใดที่นอกเหนือจากหลักกฎหมายภายในของรัฐหรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาก็สามารถกระทำได้ ด้วยเหตุนี้ การที่สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติอาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งจึงเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา (Choice of law) นี้เอง<sup>55</sup> อย่างไรก็ตาม การเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานจะต้องกระทำอยู่ภายใต้ข้อจำกัด 3 ประการ คือ (1) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศที่นำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับ (2) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดกับหลัก “กฎหมายของถิ่นบังคับนิติกรรม” และ (3) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักของความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณี<sup>56</sup>

### 1.2.2 ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

โดยทั่วไปสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติมักจะใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งการอนุญาโตตุลาการนั้นจะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ดังนั้น ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงคดีตัวอย่างที่น่าสนใจในมุมมองของการนำกฎหมายมาบังคับใช้และหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาด ในต่างประเทศมีคดีที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานหลายคดีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง โดยกำหนดเพียงว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน ด้วยเจตนาอันดีงาม ด้วยความสุจริต และจะตีความสัญญาอย่างมีเหตุผล เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอนุญาโตตุลาการควรจะนำกฎหมายใดมาใช้และมีหลักกฎหมายอย่างไรนั้น กรณีนี้มีคดีตัวอย่างที่น่าสนใจและควรนำมาศึกษา ดังนี้

คดี The Lena Goldfields, Ltd v. The Soviet Government หรือ คดี Lena Goldfields Arbitration (1930) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่าง บริษัท Lena Goldfields บริษัทอังกฤษ กับ สหภาพโซเวียต ในสัญญาสัมปทานเหมืองแร่ที่บริษัท Lena Goldfields ได้รับเพื่อการสำรวจและทำเหมืองแร่ในเขตไซบีเรีย และขนส่งผลิตภัณฑ์แร่เหล่านั้น ข้อพิพาทมาจากการที่รัฐบาลสหภาพโซเวียตได้ใช้มาตรการทางการบริหารและนิติบัญญัติทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท Lena

<sup>55</sup> Dicey, A.V. *Dicey & Morris on the Conflict of Laws*. London: Stevens & Sons Ltd., 1980, pp. 755-756.

<sup>56</sup> กมล สนธิเกษตริณ *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์ 2521 หน้า 233



Goldfields บริษัทได้เรียกร้องให้รัฐบาลโซเวียตชดใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท และอนุญาตโตตุลาการตัดสินชี้ขาดให้รัฐบาลโซเวียตชดใช้ค่าทดแทนให้แก่ บริษัท Lena Goldfields เนื่องจากข้อตกลงสัมปทานรัฐบาลโซเวียตได้ยอมรับที่จะไม่เปลี่ยนแปลงสัญญาโดยวิธีการใดๆ เช่น โดยคำสั่ง โดยกฤษฎีกา โดยกฎหมายฝ่ายเดียว หรือโดยประการอื่นใด โดยปราศจากความยินยอมของบริษัท Lena Goldfields โดยอนุญาตโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายได้ (Unjust Enrichment)<sup>57</sup> มาใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาปริมาณการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในครั้งนี้ด้วย

คดีนี้คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง เพียงแต่คู่สัญญากำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างกันเป็นไปตามหลักเจตนาอันดีงามและหลักความสุจริตในการตีความข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญา ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่น (domestic matters) จะบังคับโดยกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา คือกฎหมายแห่งสหภาพโซเวียต เว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาให้นำมาบังคับใช้ด้วยเหตุนี้ การปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาภายในสหภาพโซเวียตนั้น กฎหมายรัสเซียจะนำมาบังคับใช้โดยมีฐานะเป็นกฎหมายของสัญญา ซึ่งจะนำมาบังคับใช้ในการตีความสัญญา แต่ที่ปรึกษากฎหมายของบริษัท Lena Goldfields ได้โต้แย้งและแสดงความคิดเห็นว่า ในกรณีอื่นนั้นหลักกฎหมายทั่วไปดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ณ กรุงเฮก จะนำมาบังคับใช้โดยถือเป็นกฎหมายของสัญญา และข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญานี้ พิจารณาแล้วย่อมเห็นได้ว่าสมควรที่จะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้มากกว่าที่จะนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการเห็นชอบด้วยกับข้อเสนอของบริษัท Lena Goldfields ดังนั้น จึงถือได้ว่าอนุญาโตตุลาการยอมรับหลักการนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ในกรณีที่เป็นเรื่องท้องถิ่น แต่ในกรณีอื่นแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้

คดี Petroleum Developments (Trucial Coast) Limited v. the Sheikh of Abu Dhabi หรือ Abu Dhabi Arbitration (1951) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่างบริษัท Petroleum Developments (Trucial Coast) ซึ่งเป็นหนึ่งในกลุ่มบริษัทน้ำมันของประเทศอียิปต์ กับ รัฐอาบูดาบี

<sup>57</sup> Bin Cheng, *General Principle of Law as applied by International Courts and Tribunals* London: Stevens & Sons Li 1953 p.45-46. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2526 น.79

(Abu Dhabi) โดยบริษัท Petroleum Developments (Trucial Coast) เป็นผู้รับสัมปทานในการขุดสำรวจแหล่งน้ำมันในพื้นที่ทั้งหมดของ Abu Dhabi ซึ่งรวมทั้งพื้นที่ที่เป็นเกาะ (islands) และ ทะเลรอบเกาะ (sea waters) เป็นเวลา 75 ปี จาก Sheikh Shakbut เจ้าผู้ครองนครรัฐอาบูดาบี ต่อมา Sheikh Shakbut ได้ให้สัมปทานการขุดสำรวจน้ำมันในเขตพื้นที่ทะเลอาณาเขตชายฝั่งของ Abu Dhabi (territorial sea) รวมถึงบริเวณพื้นที่ท้องทะเล (sea-bed) และแผ่นดินใต้พื้นที่ท้องทะเลอาณาเขต (subsoil) ดังกล่าว แก่บริษัทในกลุ่มของ The Superior Oil Company ในรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อบริษัท Petroleum Developments (Trucial Coast) ได้แย้งว่าการให้สัมปทานดังกล่าวขัดกับสัมปทานตามข้อตกลงของบริษัท Petroleum Developments (Trucial Coast) เนื่องจากสัมปทานที่ได้รับของตนนั้น ไม่เพียงแต่ครอบคลุมเขตพื้นดินทั้งหมดเท่านั้นแต่รวมถึงอาณาเขตทางทะเลและแผ่นดินใต้ทะเลดังกล่าวของ Abu Dhabi ทั้งหมดด้วย ซึ่งหมายความว่า “sea waters” มีความหมายเดียวกับ “territorial waters” นั่นเอง จึงเกิดข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดให้ Abu Dhabi ชดใช้ค่าเสียหายแก่ Petroleum Developments (Trucial Coast) เนื่องจากการผิดข้อตกลงในสัญญา ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยถึงความหมายของ “sea waters” และ “territorial waters” ว่าหมายถึงสิ่งเดียวกัน เพราะการทำสัญญาในปี ค.ศ.1939 sea waters มีความหมายรวมถึงพื้นที่ที่ติดกับทะเลด้วย แนวคิดนี้เกิดขึ้นก่อนแนวความคิดเรื่องไหล่ทวีป (Continental Shelf) ตามอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยไหล่ทวีป ค.ศ.1958 ซึ่งได้ให้ความหมายของทั้ง “sea waters” และ “territorial waters” ซึ่งแตกต่างกันไว้ ดังนั้น บริเวณพื้นที่ท้องทะเล (sea-bed) และแผ่นดินใต้พื้นที่ท้องทะเลอาณาเขต (subsoil) จึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสัมปทานในครั้งนี้<sup>58</sup>

คดีนี้ผู้กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง โดยอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า กฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญาสัมปทานนี้คือ กฎหมายของ Abu Dhabi อันเป็นกฎหมายท้องถิ่น เนื่องจากสัญญานี้ทำกันที่ Abu Dhabi และปฏิบัติในประเทศนี้ทั้งหมด แม้ว่าในข้อบทที่ 17 ของสัญญาจะไม่ยอมรับความเห็นที่ว่ากฎหมายท้องถิ่นของประเทศใดๆ ก็ไม่สามารถเป็นกฎหมายที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับได้ก็ตาม แต่ความจริงแล้วได้อธิบายถึงการใช้หลักกฎหมายที่มาจากความเข้าใจอันดีและทางปฏิบัติร่วมกัน โดยทั่วไปของอารยชาติ

<sup>58</sup> Edwin J. Cosford Jr., “The Continental Shelf and The Abu Dhabi Award”. Retrieved April 9, 2012 from : <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/1.2.Cosford.pdf>

ทั้งหลาย ซึ่งเป็นกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ประเภทหนึ่ง (Modern Law of Nature) ซึ่งไม่อาจมี  
คู่กรณีใดโต้แย้งได้<sup>59</sup>

คดี Sapphire International Petroleum Ltd. V. National Iranian Oil Company<sup>60</sup> หรือ Sapphire Arbitration (1963) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่างบริษัท Sapphire ของ  
ประเทศแคนาดา กับ บริษัท National Iranian Oil ซึ่งเป็นบริษัทของรัฐบาลอิหร่าน ตามความตกลง  
ภายใต้กฎหมายปิโตรเลียมของอิหร่าน ค.ศ.1957 เพื่อร่วมกันสำรวจและแสวงหาน้ำมันในประเทศ  
อิหร่าน โดยบริษัท Sapphire เป็นผู้ลงทุนและออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสำรวจทั้งหมด ส่วน  
บริษัท National Iranian Oil ในฐานะผู้ให้สัมปทานจะเป็นผู้ตรวจสอบและพิจารณาให้ความ  
เห็นชอบในการดำเนินการสำรวจแก่บริษัท การสำรวจใช้เวลา 2 ปี ในพื้นที่สัมปทาน ข้อพิพาท  
เกิดขึ้นเมื่อ บริษัท Sapphire ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ เนื่องจากบริษัท National Iranian Oil  
ไม่ให้ความร่วมมือและขัดขวางการดำเนินงานของบริษัท Sapphire ด้วยเหตุที่การลงทุนสำรวจ  
น้ำมันต้องมีค่าใช้จ่ายจำนวนมาก บริษัท Sapphire จึงไม่อาจเสี่ยงที่จะลงนามในสัญญาเจาะน้ำมัน  
สำหรับการดำเนินงานในขั้นต่อไปได้และได้เรียกร้องให้คู่สัญญาชดใช้เงินค่าปรับ ค่าเสียหาย และ  
การสูญเสียของกำไร เมื่อคู่สัญญามิได้ยอมตามข้อเรียกร้อง ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจึงเข้าสู่กระบวนการ  
อนุญาโตตุลาการ<sup>61</sup> และอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดว่าการกระทำของบริษัท National Iranian  
Oil ไม่ปฏิบัติตามสัญญาถือเป็นการผิดสัญญา โดยอนุญาโตตุลาการได้นำหลักสัญญาต้องได้รับการ  
ปฏิบัติตามสัญญา (Pacta sunt servanda) มาใช้ ซึ่งเป็นพื้นฐานของความสัมพันธ์ตามสัญญาทุกฉบับ  
นอกจากนั้นแล้ว ในการชี้ขาดเรื่องค่าทดแทนนั้น อนุญาโตตุลาการได้นำหลักความเที่ยงธรรม  
(Principle of Equity) หรือ ex aequo et bono มาใช้ประเมินค่าทดแทนให้ใกล้เคียงกับความเสียหาย  
ที่แท้จริง เนื่องจากจำนวนเงินค่าทดแทนนั้นไม่สามารถกำหนดได้อย่างแน่นอน<sup>62</sup>

คดีนี้คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง

<sup>59</sup> นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.49

<sup>60</sup> Lalive, Jean-Flarien. "Contracts between a State Agency and a Foreign Company  
Theory and Practice: Choice of Law in a New Arbitration Case" *International and Comparative  
Law Quarterly* 13(1964): 1011.

<sup>61</sup> นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.254

<sup>62</sup> นิรันดร์ บุญจิต, เพิ่งอ้าง, น.271

อนุญาโตตุลาการเลือกหลักกฎหมายทั่วไป<sup>63</sup> มาบังคับใช้กับสัญญา คดีนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นเป็นสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางการพาณิชย์ โดยทั่วไป เนื่องจากเป็นสัญญาที่กระทำระหว่างบริษัทแห่งชาติหรือบริษัทซึ่งมีสภาพเป็นบริษัทของรัฐกับบริษัทเอกชนต่างชาตินั้น ซึ่งมีสถานภาพเป็นเอกชนต่างชาตินั้น และวัตถุประสงค์มิใช่การดำเนินการทางการพาณิชย์โดยทั่วไป แต่เป็นการอนุมัติให้สัมปทานในการขุดเจาะสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติในรัฐเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติจะรวมถึงข้อผูกมัดในการลงทุนและการก่อสร้างโรงงานซึ่งเป็นทรัพย์สินถาวร สัญญานี้กำหนดสิทธิซึ่งมิได้เป็นเพียงแต่สิทธิในทางสัญญา แต่ยังเป็นการอนุมัติสัมปทานให้แก่บริษัทในการที่จะเป็นเจ้าของ และมีอำนาจเหนือดินแดนของรัฐตามระยะเวลาในการสัมปทาน จากเหตุผลดังกล่าว กฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น จึงอาจเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>64</sup>

คดี Texaco Overseas Petroleum and anr V. The Government of the Libran Arab Republic หรือ คดี Texaco Arbitration (1975)<sup>65</sup> คดีนี้เป็นกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานน้ำมันระหว่างบริษัท Texaco Overseas Petroleum และ บริษัท California Asiatic ในฐานะผู้รับสัมปทานน้ำมัน กับ ประเทศลิเบีย ในฐานะผู้ให้สัมปทาน จากการที่ลิเบียได้ประกาศกฤษฎีกาโอนทรัพย์สิน ผลประโยชน์และสิทธิทุกอย่างของบริษัทน้ำมันดังกล่าวมาเป็นของรัฐ โดยทรัพย์สินของบริษัทน้ำมันดังกล่าวถูกโอนไปเป็นของรัฐบาลลิเบียและโอนต่อไปยังบริษัทสัญชาติลิเบีย โดยที่บริษัทน้ำมันดังกล่าวถูกปล่อยให้รับผิดชอบในหนี้สินอันเกิดจากการดำเนินงานของตน ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อบริษัทน้ำมันดังกล่าวได้คัดค้านการกระทำของรัฐบาลลิเบียโดยอ้างว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>66</sup> จึงเกิดเป็นข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดว่า การโอนทรัพย์สิน ผลประโยชน์และสิทธิทุกอย่างมาเป็นของรัฐบาลลิเบียครั้งนี้ เป็นการละเมิดหน้าที่ในทางสัญญาสัมปทานดังกล่าว สัญญาสัมปทานนี้มีผล

<sup>63</sup> หลักกฎหมายทั่วไป คือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มาจากกฎหมายภายในประเทศ และสามารถเอาไปใช้ได้ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>64</sup> อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เชมอร์รลที่ 13, น.240

<sup>65</sup> ดู Texaco Overseas Petroleum Company/ California Oil Company v. The Libyan Arab Republic. 18(1978). P.15.

<sup>66</sup> จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชมอร์รลที่ 53, น.75-76

บังคับ โดยหลักข้อตกลงพึงต้องปฏิบัติตาม (Pacta Sunt Servanda) ซึ่งถือเป็นกฎหมายพื้นฐานของสัญญา

คดีนี้คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง อนุญาโตตุลาการเลือกหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้กับสัญญา โดยอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยข้อกำหนดที่ 28(7) ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับในสัญญาว่า การกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในสัญญา ในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้เช่นนี้ ถือเป็น การเลือกกฎหมายระหว่างประเทศแทนคดีเมืองมาบังคับในสัญญา เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไป เป็นแหล่งที่มาประการหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การกำหนดให้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และการกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ ถือเป็น การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา และอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญา

นอกจากนั้นแล้ว อนุญาโตตุลาการยังวินิจฉัยว่า ลิเบียไม่สามารถหลุดพ้นจากนี้ตามสัญญาสัมปทานที่ทำไว้กับบริษัท Texaco และพวกได้ เพราะสัญญาสัมปทานดังกล่าว เป็นสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการตกลงในลักษณะที่เสมอภาคกันระหว่างบริษัท Texaco และพวกกับรัฐบาลลิเบีย ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธที่จะนำหลัก “สัญญาทางปกครอง” (administrative contract) มาใช้ โดยอนุญาโตตุลาการให้เหตุผลว่า หลักสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสดังกล่าว นั้นเป็นหลักที่เปิดโอกาสให้รัฐสามารถแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวซึ่งไม่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law) และอนุญาโตตุลาการยังได้ปฏิเสธข้ออ้างของลิเบียที่ว่า การโอนทรัพย์สินเป็นของรัฐ (nationalization) นั้นเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งจะทำให้รัฐอยู่พ้นกรณีในทางระหว่างประเทศใดๆ และไม่ตกอยู่ภายใต้หลักในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ<sup>67</sup>

นอกจากคดีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นแล้วก็มีคดีอื่นๆ อีกที่คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง เช่น คดี Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Limited คดีนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่ากฎหมายตามหลักกฎหมายอิสลาม ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในกาตาร์ ไม่น่าจะมีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน เหตุผลประการหนึ่งคือกฎหมายนี้ไม่มีหลักกฎหมายที่เพียงพอในการตีความในสัญญาสัมปทาน อีกทั้งคาดว่าไม่น่าจะมีคู่สัญญาฝ่ายใดมีเจตนาที่จะใช้กฎหมายอิสลาม และคู่สัญญาน่าจะตั้งใจใช้หลักความยุติธรรม หรือ หลัก Equity และสามัญสำนึกที่ดี กับกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ

<sup>67</sup> จุมพต สายสุนทร, เพิ่งอ้าง, น.618-619



หรือ คดี *British Petroleum v. Libya*<sup>68</sup> อนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งก็คือหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญามาบังคับใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างลิเบีย กับ บริษัท *Libyan American Oil Company* ตามสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้ในข้อ 28(7) ว่า “สัญญาสัมปทานนี้จะกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายที่สอดคล้องเช่นว่านี้ สัญญาสัมปทานจะกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งศาลระหว่างประเทศพึงนำมาบังคับใช้” เป็นต้น

โดยสรุปจากการศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานของประเทศต่างๆ พบว่า อนุญาโตตุลาการมีการนำหลักกฎหมายต่างๆ มาใช้ในการวินิจฉัยคดีต่างๆ ดังนี้

1. หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*Pacta Sunt Servanda*) ตามหลักการนี้ เมื่อมีการทำสัญญาขึ้นด้วยความสมัครใจ เพื่อให้มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญามีหน้าที่ต้องเคารพปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เช่น ในคดี *Texaco Arbitration* (1975) อนุญาโตตุลาการตัดสินโดยนำหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามมาใช้บังคับด้วยวิธีการเปรียบเทียบกฎหมาย หรือ ในคดี *Sapphire Arbitration* (1963) อนุญาโตตุลาการได้นำหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา มาวินิจฉัยว่าการกระทำของคู่สัญญาเป็นการผิดสัญญา และตัดสินให้บริษัท *National Iranian Oil* ชดใช้ค่าทดแทนความเสียหาย เป็นต้น

2. หลักการเคารพสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (*Acquired Rights*) โดยหลักการเคารพสิทธิได้มาเป็นหลักที่ว่า เมื่อบุคคลใดมีสถานะหรือสิทธิใดๆ ตามกฎหมายภายในของรัฐใดแล้ว สถานะหรือสิทธิดังกล่าวต้องได้รับการเคารพ<sup>69</sup> ในกรณีของสัญญาสัมปทานนั้นจะหมายถึงว่าการที่บริษัทเอกชนต่างชาติได้รับสัมปทานไปนั้น สิทธิต่างๆ ที่พึงมีพึงได้ต่อบริษัทนี้ไม่อาจตกไปหรือมีการเพิกถอนใดๆ ด้วยการเปลี่ยนแปลงโดยการใช้อำนาจอรัฐ โดยกฎหมายระหว่างประเทศย่อมปกป้องคุ้มครองสิทธิของเอกชนต่างชาติอันพึงได้รับมาก่อนแล้วให้พ้นจากการใช้อำนาจอรัฐ<sup>70</sup> เช่น

<sup>68</sup> ดู 53 ILR.297 at 329. อ้างถึง Greenwood, “State Contracts in International Law in the Libyan Oil Arbitrations” *British Yearbook of International Law* (1982): 46.

<sup>69</sup> ญัฐพร บุญฮอก “การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน” ค้นคืนวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2555 จาก

<http://www.learners.in.th/blogs/posts/497782>

<sup>70</sup> D.P.O’Connell *International Law* Vol.2 pp.982-983.



ในคดี Aramco Arbitration (1958) การที่รัฐบาลซาอุดีอาระเบียได้ทำความตกลง Onassis Agreement ให้ Saudi Arabian Maritime Tankers Company Ltd. มีบุริมสิทธิในการขนส่งน้ำมันเป็นเวลา 30 ปี เป็นการขัดแย้งและละเมิดต่อเจตนารมณ์ในสัมปทานระหว่างบริษัท Aramco กับ ซาอุดีอาระเบีย<sup>71</sup> เพราะเป็นการไม่เคารพต่อสิทธิที่ได้รับมา (Acquired Rights)

3. หลักกฎหมายว่าด้วยลาภอันมิควรได้ (Unjust Enrichment) เป็นหลักในการพิจารณาชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำและยกเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงใช้พิจารณาองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดชอบระหว่างประเทศ เช่น ในคดี The Lena Goldfield Arbitration (1930) คดี Petroleum Developments (Trucial Coast) Limited v. the Sheikh of Abu Dhabi (1951) เป็นต้น อนุญาโตตุลาการนำหลักลาภมิควรได้มาบังคับใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย

4. หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) อันเป็นหลักที่ว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตามความผูกพันในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และมีผลผูกพันกับรัฐทั้งหมด เช่น ในคดี Aramco Arbitration (1958)

5. หลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากความมีเหตุผลตามแนวทางปฏิบัติทั่วไปของชาติที่เจริญแล้ว (Modern Law of Nations) เช่น ในคดี Abu Dhabi (1951) เป็นต้น

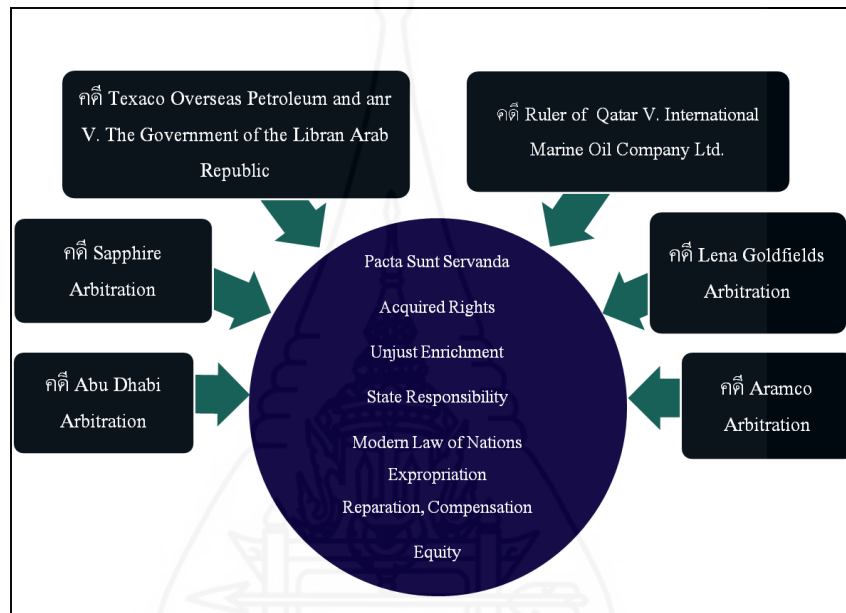
6. หลักการเวนคืน (Expropriation or Nationalization) หมายถึง การกระทำใดๆ ของประเทศเจ้าบ้านที่มีลักษณะเป็นการทำให้ทรัพย์สินของนักลงทุนซึ่งเข้ามาลงทุนในประเทศเจ้าบ้านตกเป็นของประเทศเจ้าบ้าน ซึ่งมีลักษณะเป็นการเวนคืนหรือการทำให้เป็นของรัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรง หรือทางอ้อม หรือมาตรการอื่นๆ ที่ทำให้มีผลแบบเดียวกัน ซึ่งเป็นผลให้กรรมสิทธิของทรัพย์สินตกเป็นของประเทศเจ้าบ้าน นักลงทุนสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินหรือมูลค่าทรัพย์สินลดลง เป็นต้น เช่น ในคดี Texaco Arbitration (1975) ที่ลิเบียได้ประกาศกฤษฎีกาโอนทรัพย์สิน ผลประโยชน์และสิทธิทุกอย่างของบริษัทน้ำมันที่เข้ามาสัมปทานขุดเจาะน้ำมันในลิเบียมาเป็นของรัฐ เป็นต้น

7. หลัก Equity และหลักความสำนึกอันดีงาม ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในกรณีสัมปทานนั้น จะหมายถึงรัฐผู้ให้สัมปทานจะให้ความคุ้มครองที่มีเหตุผลแก่ผู้รับสัมปทานและทรัพย์สินของผู้รับสัมปทานต่างชาติ โดยพิจารณาว่า ยุติธรรม เทียบธรรม และมีเหตุผลหรือไม่ จากสถานการณ์แวดล้อมในกรณีนั้นๆ เช่น ในคดี Ruler of Qatar v. International

<sup>71</sup> นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.230

Marine Oil Company Ltd.<sup>72</sup> หรือ ในคดี Sapphire Arbitration (1963) ที่อนุญาโตตุลาการใช้หลักนี้ ประเมินค่าทดแทนความเสียหายที่แท้จริง เนื่องจากจำนวนเงินค่าทดแทนนั้นไม่สามารถกำหนดได้อย่างแน่นอน เป็นต้น

หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นได้ตาม ภาพที่ 4.2 ดังนี้



ภาพที่ 4.2 หลักกฎหมายที่มาจากตัวอย่างคดีในต่างประเทศบางคดี

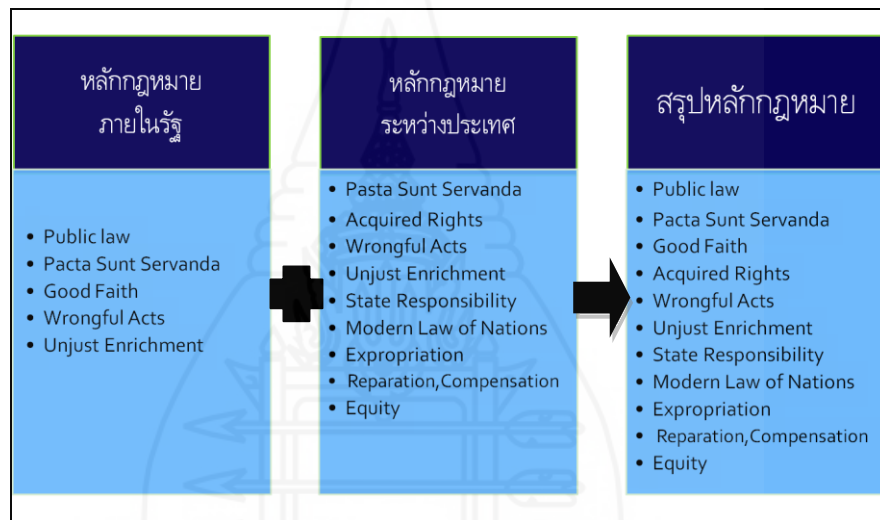
หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

จากการศึกษากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ ทั้ง จากกฎหมายภายในของรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศ พบว่า อนุญาโตตุลาการได้อาศัยหลักกฎหมายต่างๆ ประกอบการพิจารณาตัดสินชี้ขาด ได้แก่ หลักกฎหมายมหาชน (Public Law) หลักสุจริต (Good Faith) หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หลักการเคารพสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Acquired Rights) หลักกฎหมายว่าด้วยลาภอันมิควรได้ (Unjust

<sup>72</sup> ดู Arbitration between the Ruler of Qatar and International Marine Oil Company. ILR(1953), p.534.

Enrichment) หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) หลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากความมีเหตุผลตามแนวทางปฏิบัติทั่วไปของชาติที่เจริญแล้ว (Modern Law of Nations) หลักความเที่ยงธรรม (Equity) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การนำกฎหมายภายในรัฐมาใช้ของอนุญาโตตุลาการบางครั้งก็มิได้เป็นกฎหมายภายในรัฐอย่างแท้จริง เพียงแต่เป็นกฎหมายภายในรัฐที่เป็นผลจากการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ โดยผ่านหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างรัฐนั้นกับรัฐอื่น

สรุปหลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาทั้งจากกฎหมายภายในรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศ ในต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นได้ตามภาพที่ 4.3 ดังนี้



ภาพที่ 4.3 หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศ

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

## 2. หลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้ในสัญญาสัมปทาน

จากการศึกษาหลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานทั้งที่มาจากกฎหมายภายในรัฐ และกฎหมายระหว่างประเทศนั้น พบว่ามีหลักกฎหมายบางอย่างคล้ายคลึงกัน เช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักกฎหมายมหาชนต่างๆ รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น และก็มีบางอย่างที่แตกต่างกัน การศึกษาในส่วนนี้ จะเป็นสรุปหลักกฎหมายทั้งหมดที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานที่ได้จากการศึกษาข้างต้น รวมถึงศึกษาว่าในทางปฏิบัติการ

ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีสัมปทานต่างๆ นั้น อนุญาโตตุลาการได้อ้างถึงหลักกฎหมายใด เป็นเหตุผลสนับสนุนคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

## 2.1 หลักสุจริต (The Principle of Good Faith)

หลักสุจริตทั่วไปถูกรับรองโดยบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ค.ศ.1900) และในวงวิชาการนิติศาสตร์เห็นพ้องต้องกันว่า หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปจึงสามารถนำมาใช้กับกฎหมายเอกชนได้ทุกเรื่อง ต่อมาเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (ค.ศ.1907) นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 เป็นหลักทั่วไปครอบคลุมกฎหมายแพ่งทั้งระบบ และภายหลังมีการนำมาใช้ในคดีทางกฎหมายมหาชนด้วย จึงเป็นที่ยอมรับในวงการนิติศาสตร์ในตระกูลกฎหมายเยอรมัน หลักสุจริตใช้ได้กับกฎหมายทุกแขนงไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน<sup>73</sup> เพราะฉะนั้นจึงถือเป็นหลักพื้นฐานของระบบกฎหมายทุกระบบ ซึ่งสามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 6 ส่วน ประกอบด้วย หลักสุจริตในการทำสนธิสัญญา การปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญา การบอกเลิกสนธิสัญญา การใช้สิทธิโดยเจตนาร้าย การใช้สิทธิโดยไม่มีสิทธิ นั้น มาตรการเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพมหาชน โดยมีรายละเอียดดังนี้

### 2.1.1 หลักสุจริตในการทำสนธิสัญญา (Formation of Treaties)

โดยปกติคู่สัญญาจะได้รับการสันนิษฐานไว้เสมอว่า ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างซื่อสัตย์และสุจริต (Good Faith) ซึ่งหลักกฎหมายนี้เป็นที่ยอมรับกันทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นในการเจรจาและทำสนธิสัญญา รัฐทั้งหลายจะได้รับการสันนิษฐานว่าจะเสนอแต่สิ่งที่มีเหตุผลเท่านั้น<sup>74</sup>

ในกรณีมีข้อสงสัย สนธิสัญญาควรจะตีความตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของทั้งสองฝ่าย และสอดคล้องกับสิ่งที่สามารถสันนิษฐานได้ระหว่างคู่สัญญาที่กระทำด้วยความซื่อสัตย์ ตามที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ให้สัญญาแก่อีกฝ่ายหนึ่งตามข้อความในสัญญา ข้อความจะได้รับการตีความต่อเมื่อคู่สัญญาได้เสนอข้อความนั้น ตามความหมายที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจอย่างมีเหตุผลตามที่วิญญูชนโดยทั่วไปเข้าใจ<sup>75</sup>

<sup>73</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “หลักสุจริต” ค้นคืนวันที่ 4 มกราคม 2555 จาก <http://www.stou.ac.th/schools/slw/upload/ex40701-1.pdf>

<sup>74</sup> Bin Cheng, Ibid, supra note 57, p.106. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.80

<sup>75</sup> Bin Cheng, Ibid, p.107. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.80

### 2.1.2 การปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญา (Performance of Treaty

#### Obligation)

พันธกรณีตามสัญญา ควรจะได้รับการปฏิบัติตามและสอดคล้องกับเจตนารมณ์อันแท้จริงร่วมกันของคู่สัญญาในเวลาที่ทำสนธิสัญญา กล่าวได้ว่าเป็นเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาซึ่งไม่ได้มีความหมายตามตัวอักษรเท่านั้น ในการประชุมของ Franco-Venezuelan Mixed Claims Commissions (1902) มีการกล่าวถึงสนธิสัญญาว่า สนธิสัญญาคือสัญญาที่ได้รับการยอมรับและเชื่อมั่นระหว่างรัฐทั้งหลาย สัญญาที่มีความสมบูรณ์นำมาซึ่งความยินยอมของทั้งสองฝ่ายซึ่งมีความเข้าใจตรงกันในเรื่องต่างๆ ไม่ใช่ตามที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าใจ แต่จะต้องเป็นสิ่งที่คู่สัญญาทั้งสองเข้าใจและได้ตกลงกันได้ และความตกลงของคู่สัญญาเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ถู้อตามข้อเท็จจริงที่ได้พิพาทกันอยู่ในขณะนั้น

การปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาด้วยความสุจริต หมายถึงการปฏิบัติตามสาระสำคัญของความเข้าใจร่วมกันอย่างซื่อสัตย์<sup>76</sup>

หลักสุจริตห้ามการหลีกเลียงพันธกรณีตามที่เกิดขึ้นโดยเจตนารมณ์ร่วมกันของคู่สัญญา รวมถึงหลักสุจริตยังห้ามคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบังคับเอาประโยชน์จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอยู่นอกเหนือเจตนารมณ์ร่วมกันในเวลาทำสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น การอ้างสนธิสัญญาเพื่อให้ครอบคลุมทุกกรณีซึ่งไม่ควรมีอยู่ในการพิจารณาของคู่สัญญาขณะทำสนธิสัญญา นอกจากนี้หลักสุจริตยังกำหนดให้คู่สัญญาละเว้นจากการใช้สิทธิที่ผิดตามที่ให้ไว้ในสนธิสัญญาด้วย

### 2.1.3 การบอกเลิกสนธิสัญญา (Denunciation of Treaties)

เมื่อคู่สัญญามีอิสระที่จะบอกเลิกสนธิสัญญาในเวลาใดๆ ก็ไม่ควรกระทำเช่นนั้นในทันทีทันใด ซึ่งจำเป็นที่จะต้องดูว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะอ้างสนธิสัญญาหรือไม่ หรือมีเจตนาสนธิสัญญาขัดกับเจตนารมณ์อันแท้จริงของคู่สัญญาก่อน การบอกเลิกสนธิสัญญาทำให้ผลในทางปฏิบัติทั้งหมดสิ้นสุดลง เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสนธิสัญญาเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาได้ ถึงแม้ได้รับแจ้งในเวลาเดียวกันว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะอ้างสนธิสัญญาก็ตาม

หลักสุจริตในความสัมพันธ์ตามสนธิสัญญานั้น หมายถึงการปฏิบัติโดยคู่สัญญาตามมาตรฐานของความยุติธรรม (Fair dealing) ความจริงใจ (Sincerity) ความสุจริต (Honesty) และความซื่อสัตย์ (Loyalty) มีคุณธรรมในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

<sup>76</sup> Bin Cheng, Ibid, p.108. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.81

### 2.1.4 การใช้สิทธิด้วยเจตนาร้าย (The Malicious Exercise of a Right)

การห้ามไม่ให้ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยเจตนาร้ายเป็นลักษณะสำคัญของทฤษฎีการใช้สิทธิในทางที่ผิด (The Theory of abuse of right) ตามที่ใช้กันในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปส่วนมาก<sup>77</sup>

การใช้สิทธิเพื่อวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นนั้น เป็นสิ่งต้องห้าม สิทธิทุกสิทธิคือการคุ้มครองผลประโยชน์ตามกฎหมาย การใช้สิทธิที่ไม่ส่งเสริมผลประโยชน์เช่นนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ร้ายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ไม่สามารถเรียกร้องความคุ้มครองตามกฎหมายได้

### 2.1.5 การใช้สิทธิโดยไม่มีสิทธินั้น (The Fictitious Exercise of a Right)

Ex re sed non ex nomine คือ หลักสุจริตโดยการค้นหาสถานะอันแท้จริงของสิ่งต่างๆ หลักนี้จะทำให้ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการกระทำ ซึ่งโดยข้อเท็จจริงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ถ้ากฎหมายระหว่างประเทศเคารพทรัพย์สินของเอกชนแต่อนุญาตให้มีการเวนคืนได้สำหรับวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ (Public Utility) ได้ กฎหมายก็จะไม่ยอมให้รัฐเวนคืนเพื่อยึดทรัพย์สินของเอกชนที่ไม่ใช่เพื่อสาธารณประโยชน์ แต่ยึดเพื่อประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ไม่ว่ารัฐจะใช้รูปแบบวิธีการเวนคืนอย่างไรก็ตาม เรื่องนี้มีตัวอย่างเกิดขึ้นในคดี Walter F. Smith Case (1925) ซึ่งการกระทำได้รับการพิจารณาว่าขัดต่อหลักสุจริตและถือเป็นการผิดกฎหมาย<sup>78</sup>

### 2.1.6 มาตรการเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพมหาชน (Measures to Promote Public Welfare)

การเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนไม่ว่าทรัพย์สินของชนชาติรัฐหรือของต่างชาติด้วยเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์ ได้รับการยอมรับโดยศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศและโดยศาลประจำอนุญาโตตุลาการ ในคดี Norwegian Claims Case (1992) ได้รับการพิจารณาว่า รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยมีสิทธิที่จะเวนคืน ยึด หรือใช้อำนาจยึดทรัพย์สินใดๆ ภายในเขตอำนาจของรัฐของตนเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนหรือเพื่อสวัสดิภาพโดยทั่วไปของสังคมได้

ในกรณีพิพาทตามที่ศาลประจำอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดนั้น ศาลสามารถที่จะตัดสินว่าการยึดนั้นมีเหตุผลตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชนหรือไม่ ผลในทางตรรกวิทยาก็คือการยึดทรัพย์สินใดๆ โดยไม่มีเหตุผลที่จะอ้างได้ถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย

<sup>77</sup> Bin Cheng, Ibid, p.108. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.82

<sup>78</sup> Bin Cheng, Ibid, pp.37-39. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.83



(unlawful act) สิ่งที่ทำให้เกิดความจำเป็นของมหาชนนั้นไม่ใช่เป็นความเห็นของรัฐ แต่เป็นเรื่องที่มีอยู่ตามทางปฏิบัติของรัฐทั้งหลาย เช่น การสร้างถนน การสร้างโรงพยาบาล และสุสานสาธารณะ การปฏิบัติเพื่อให้บรรลุตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น กรณีคดี Standard Oil Co., Case (1926) ระหว่างคณะกรรมการปฏิกรสงครามกับสหรัฐ รัฐบาลเยอรมันได้เรียกเกณฑ์เรือของบริษัทในเยอรมันเพื่อส่งไปให้คณะกรรมการปฏิกรสงครามตามสนธิสัญญาแวร์ซายส์ บริษัท Standard Oil Co. เรียกร้องกรรมสิทธิ์เหนือเรือเหล่านั้น และได้แย้งว่าจะส่งเรือเหล่านั้นไปไม่ได้ ซึ่งข้อเรียกร้องนั้นไม่ได้รับความยินยอม ทั้งนี้เนื่องจากการใช้ทรัพยากรทางอุตสาหกรรมและการพาณิชย์เพื่อประโยชน์ในการทำสงคราม ที่กล่าวมานี้เป็นตัวอย่างบางประการซึ่งศาลระหว่างประเทศได้ยอมรับอย่างชัดเจนว่าเป็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชนอย่างแท้จริง ในกรณีเช่นนี้ไม่ต้องสอบสวนเข้าไปถึงคุณค่าอันแท้จริงของความจำเป็นเหล่านั้น เช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่เกี่ยวข้องกับการปกครองภายในของรัฐ แต่กฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเสมือนกฎหมายทั่วไป ที่จะต้องใช้พิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสวัสดิภาพมหาชน ของสังคมจะได้รับการพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศอันถือว่าเป็น ความสำคัญซึ่งได้รับการยินยอม ที่ทำให้หลักการเคารพทรัพย์สินของเอกชนเสียไป ซึ่งเป็นเงื่อนไขตามความจำเป็นของสาธารณชนที่แท้จริงและบังคับตามหลักสุจริต<sup>79</sup>

## 2.2 หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับระบบชีวิตลอร์ และสำหรับวงการกฎหมายระหว่างประเทศ ในความเข้าใจส่วนใหญ่ หลักกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมสัญญาของเอกชน โดยเน้นว่าข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้เป็นประจักษ์หลักฐานเหนือคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริตซึ่งกันและกันตามหลักสุจริต และการที่คู่สัญญาฝ่ายใดไม่ชำระหนี้ให้ลุ่ล่งไปนั้นถือว่า “ผิดสัญญา” ส่วนในวงการกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ถือกันดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา และข้อ 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งมีข้อความเดียวกันว่า “สนธิสัญญาทุกายที่มีผลใช้บังคับแล้วนั้น ย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญารายนั้น ๆ และภาคีเหล่านั้นต้องปฏิบัติตามโดยสุจริต” โดยหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา นี้ส่งผลให้รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ของตนโดยสุจริตและโดยไม่บกพร่อง อย่งไรก็ดี ใน

<sup>79</sup> Bin Cheng, Ibid, pp.37-39. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.84

กรณีที่ดินการณณ์เปลี่ยนแปลงไปก็อาจทำให้ข้อสัญญาบางประการไม่อาจใช้บังคับได้ ซึ่งก็ต้องการตกลงแก้ไขกันต่อไป ทำให้เกิดข้อยกเว้นของหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา ดังกล่าว และข้อยกเว้นนี้เป็นไปตามภาษิตละตินที่ว่า “การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์นำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา” (Clausula rebus sic stantibus)<sup>80</sup>

ความสัมพันธ์ตามสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติสามารถใช้หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาได้ ปัญหาในเบื้องต้นคือ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะใช้กับความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติได้อย่างไร ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นถือว่า ความสัมพันธ์ตามสัญญาบังคับตามกฎหมายของรัฐทั้งหมด (Municipal Law) เช่น ในคดี Serbian Loans Case(1929) ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่าสัญญาใดๆ ที่ไม่ใช่สัญญาระหว่างรัฐให้บังคับตามกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งในปัจจุบันเรียกว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกัน (Conflict of Law) ซึ่งอาจเป็นกฎหมายร่วมกันของรัฐทั้งหลาย หรือที่เกิดขึ้นโดยอนุสัญญาหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นลักษณะของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริงที่ใช้บังคับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ศาลที่พิจารณาข้อพิพาทที่มีปัญหาข้อกฎหมายซึ่งบังคับความสัมพันธ์ตามสัญญา สามารถพิจารณากฎหมายโดยการอ้างถึงลักษณะที่แท้จริงของข้อผูกพันและพฤติการณ์ที่มีเจตนาเกิดขึ้นในการทำสัญญาซึ่งอาจจะพิจารณาจากการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือการสันนิษฐานจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้น<sup>81</sup> ในสัญญามหาชน (Public Contract) สัญญามีข้อบ่งชี้ความความสัมพันธ์ตามสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วน โดยหลักกฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายท้องถิ่น เช่น ในสัญญามีข้อบ่งชี้ให้เสนอข้อพิพาทไปยังศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีเช่นนี้ มีนักกฎหมายหลายท่านให้ความเห็นไว้อย่างหลากหลาย เช่น ควรบังคับตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา หรือ คู่สัญญาไม่สามารถจะปิดกั้นการใช้กลุ่มกฎหมายใดๆ ที่ปฏิบัติต่อกันมาได้ หรือ หากกฎหมายที่จะใช้มีความทันสมัยคู่สัญญาก็สามารถรับมาปฏิบัติทั้งหมดได้ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายใด หรือ อาจจะใช้กฎหมายทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับโดยนานาอารยชาติทั้งหลาย

การใช้หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนต่างชาตินั้น ในคดี Losinger and Company Case (1963) รัฐบาลสวิสได้ยื่นบันทึกต่อศาล

<sup>80</sup> ดู <http://www.th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2>

<sup>81</sup> F.V.Garcia Amador, “State Responsibility” *Yearbook of the International Law Commission* 1959 Volume II (1960): 26.

ประจำยุติธรรมระหว่างประเทศว่าหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจะนำไปใช้บังคับไม่เพียงแต่โดยความตกลงระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ใช้บังคับกับความตกลงระหว่างรัฐกับคนต่างชาติด้วยการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของรัฐหนึ่งที่อีกรัฐหนึ่งสันนิษฐานได้ว่าเป็นประโยชน์ต่อคนชาติของตน รัฐนั้นไม่สามารถอ้างข้อบัญญัติใดๆ ตามกฎหมายเอกชนของรัฐ หรือกฎหมายมหาชนของรัฐ เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามข้อผูกพันที่สมบูรณ์ตามสัญญาได้ การยอมรับข้อโต้แย้งจะนำไปสู่สาระสำคัญในโอกาสที่มีอยู่ในสัญญาทั้งหมดที่ทำโดยรัฐกับคนต่างชาติ เนื่องจากรัฐมีอำนาจที่จะไม่ยอมรับข้อผูกพันของตน โดยวิธีทางกฎหมายพิเศษได้ โดยหลักการเทียบเคียง (analogy) ระหว่างสนธิสัญญาและสัญญา หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาใช้ได้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และสามารถใช้กับสัญญาต่างๆ ที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ด้วย และหลักนี้สามารถใช้ได้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับกันโดยนานาอารยประเทศทั้งหลายหลักหนึ่งด้วย ในคดี *Losinger and Company* อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยถือว่าหลักกฎหมายยุโรปก็เหมือนกับกฎหมายของประเทศยุโรปอื่นๆ ซึ่งมีหลักที่จะต้องเคารพข้อผูกพันตามสัญญา ดังนั้น หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาของกฎหมายโรมันโบราณยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่<sup>82</sup>

ในกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่าหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาใช้ได้กับข้อผูกพันของรัฐที่มีต่อรัฐอื่น หรือคนชาติของรัฐอื่น การยึดทรัพย์สินของเอกชนเป็นการละเมิดสัญญาของรัฐ (State Contract) เป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อสงวนใดๆ เพราะฉะนั้นจึงเป็นการปฏิเสธสิทธิของรัฐที่จะบอกเลิกสัญญาหรือสัมปทานก่อนสิ้นสุดระยะเวลาในสัญญานั้น แต่มีบางท่านได้เสนอความเห็นว่า รัฐอาจจะบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยกำหนดว่า รัฐจะต้องชำระค่าทดแทนให้แก่คนชาติรัฐอื่นอย่างเพียงพอทันทีทันใด และอย่างเป็นผล อีกประการหนึ่งจะยอมรับได้ว่าไม่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศถ้าการกระทำของรัฐเช่นนั้น ได้ให้เหตุผล เพราะการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมอย่างสำคัญ เช่น เพราะเหตุสุดวิสัยหรือภายใต้หลักการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์นำไปสู่การแก้ไขสัญญา (Clausula rebus sic stantibus) อีกประการหนึ่งถือกันว่า เมื่อสัมปทานได้มาซึ่งสถานะระหว่างประเทศบางประการ โดยข้อบัญญัติของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือโดยการทำความตกลงโดยกำหนดเงื่อนไขครอบคลุมโอกาสทางธุรกิจ รวมถึงข้อตกลงใหม่ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต (Umbrella agreement) เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สัมปทาน การไม่ปฏิบัติตามข้อบัญญัติเหล่านั้นทำให้เกิดการละเมิดระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศก่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ในการเข้า

<sup>82</sup> F.V.Garcia Amador, *Ibid*, p.30.

ทำสัญญาของรัฐและการเคารพต่อสิทธิที่ได้มาที่คนชาติรัฐอื่นได้มาซึ่งคู่สัญญาระหว่างรัฐและคนชาติรัฐอื่นผูกพันที่จะปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสุจริต การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นการผิดสัญญาที่จะต้องบรรเทาความเสียหายอย่างเหมาะสม

สำหรับการพิจารณาหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญานั้น มีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการที่ต้องพิจารณา คือ การไม่ปฏิบัติตามสัญญา และ ผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยมีรายละเอียดดังนี้

### 2.2.1 การไม่ปฏิบัติตามสัญญา (Non-Performance)

การไม่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติที่สืบเนื่องกันมา การไม่ปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดการรับผิดของรัฐ ถ้าการกระทำนั้นขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีเช่นนี้ มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐว่า เป็นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำโดยพลการ (Arbitrary) หรือ เป็นผลที่เกิดจากการปฏิเสธความยุติธรรม หรือ เป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ เป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่มีลักษณะเป็นการริบทรัพย์ (Confiscatory) หรือการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory) หรือ การบุกรุกที่เป็นการละเมิดเฉพาะที่ไม่มีการชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น

ในการศึกษาหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา เพื่อพิจารณาถึงความรับผิดของรัฐตามสัญญานั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า สัญญาหรือความสัมพันธ์ตามสัญญาสามารถบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้โดยตรง หรือ โดยกฎหมายอื่น นอกเหนือจากกฎหมายภายในของประเทศหนึ่งประเทศใดโดยเฉพาะ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าข้อผูกพันที่กำหนดในเอกสารมีลักษณะระหว่างประเทศจริงหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจริง หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาสามารถใช้ได้โดยเทียบเคียงสนธิสัญญาและอนุสัญญาระหว่างรัฐ ด้วยหลักเกณฑ์นี้ ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและคนต่างชาติดังกล่าวแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มที่สำคัญ คือ

กลุ่มแรก ความสัมพันธ์ตามสัญญาประกอบด้วยแบบแผนที่สืบเนื่องกันมานาน โดยไม่มีการกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าเอกสารทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วนจะบังคับโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีดังกล่าวจะได้รับการสันนิษฐานว่ามีลักษณะเป็นเรื่องภายในรัฐ เนื่องจากเอกชนที่เข้าทำสัญญากับรัฐบาลต่างชาติดกลางที่จะผูกพัน โดยกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายภายในรัฐกับผลของสัญญาทั้งหมด ดังนั้น หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาสามารถใช้ได้กับข้อผูกพันลักษณะนี้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายหนึ่งของกฎหมายภายในรัฐและสอดคล้องกับกฎหมายของรัฐที่ทำสัญญา โดยหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับโดย

นานาชาติ อย่างไรก็ตาม หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาไม่ว่าจะใช้กับความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้ หากปรากฏว่าการใช้อำนาจรัฐไปกระทบสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไม่ว่าลักษณะของสิทธิหรือสัญชาติของเจ้าของทรัพย์สินจะเป็นเช่นใดก็ตาม รวมทั้งสิทธิที่จะเพิกถอนสัญญาก่อนสิ้นสุดสัญญาความสัมพันธ์ตามสัญญาที่รัฐอาจเข้าทำกับเอกชนได้ รวมถึงการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ (Arbitrary) ด้วย

กลุ่มที่สอง ความสัมพันธ์ตามสัญญาประกอบด้วยสถานะที่มีความซับซ้อนมาก ส่วนใหญ่เนื่องจากข้อบทที่มีอยู่ในเอกสารจำนวนมากมีความแตกต่างกัน เอกสารเหล่านี้โดยทั่วไปมี 2 แบบ คือ (1) เอกสารที่มีข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า เอกสารทั้งหมดหรือบางส่วนจะบังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองตามหลักกฎหมายทั่วไป (the general principle of law) ในฐานะเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ และ (2) เอกสารที่มีข้อบทอนุญาโตตุลาการซึ่งพิจารณาถึงการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือโดยวิธีการอื่น

เอกสารประเภทแรก มีข้อเท็จจริงกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่า กฎหมายสารบัญญัติพิเศษจำเป็นต้องนำมาใช้ หมายถึงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาจะยกเว้นสัญญาหรือบางส่วนของสัญญาจากการใช้กฎหมายท้องถิ่นนี้ เป็นผลมาจากความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างประเทศ โดยทำให้มันอยู่ภายใต้กลุ่มกฎหมาย หรือหลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งมีระเบียบมากกว่ากฎหมายท้องถิ่นของรัฐ ในขณะที่ข้อผูกพันต่างๆ จะมีลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญาสามารถนำมาใช้ได้อย่างเหมาะสมเพียงเท่าที่สัญญายังบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของรัฐก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยตรง เช่นเดียวกับกรณีการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเนื่องมาจากรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ วัตถุประสงค์ของการทำให้ความสัมพันธ์ความสัญญาเป็นเรื่องระหว่างประเทศเป็นการปล่อยความสัมพันธ์จากกฎหมายท้องถิ่น ดังนั้น เท่ากับเป็นการยกเว้นในการที่รัฐจะอ้างกฎหมายท้องถิ่นเพื่อให้เหตุผลในการที่ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันกับเอกชนต่างชาติ

เอกสารประเภทที่สอง มีสถานะเป็นอย่างเดียวกันกับเอกสารประเภทแรก เพียงแต่ว่ารัฐตกลงกับเอกชนต่างชาติที่จะใช้รูปแบบการตกลงระหว่างประเทศ (international mode of settlement) ทำให้สัญญานั้นเคลื่อนออกจากกฎหมายภายในรัฐ หากข้อผูกพันมีลักษณะระหว่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามข้อบทอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐได้โดยตรง เท่าที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสารบัญญัติที่จะถูกนำมาใช้โดยอนุญาโตตุลาการ ในกรณีไม่



มีข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ต้องสันนิษฐานว่าเจตนารมณ์ของคู่สัญญาจะถูกตีความและการใช้สัญญาจะถูกบังคับตามกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายภายในรัฐ เนื่องจากการกำหนดลักษณะและขอบเขตอำนาจของรัฐจะต้องเคารพต่อสิทธิที่เป็นมรดก (patrimonial right) ไม่ว่าลักษณะหรือสัญชาติของเจ้าของเป็นเช่นไร สาธารณคดีของความสัมพันธ์ตามสัญญาสามารถบังคับตามกฎหมายอื่นได้นอกจากกฎหมายท้องถิ่นของรัฐ ทั้งนี้ต้องมีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งสำหรับผลเช่นนั้น หรืออย่างน้อยรัฐได้ให้ความยินยอมนั้นโดยปริยายแล้ว

ความสัมพันธ์ดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถโต้แย้งได้ตามหลักที่ปฏิบัติสืบเนื่องกันมา เพราะเอกชนไม่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิและหน้าที่เกิดจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนไม่สามารถถือได้ว่าเป็นเรื่องระหว่างประเทศ Jessup ได้กล่าวไว้ว่า ไม่มีสิ่งใดเกี่ยวกับลักษณะของคู่สัญญาหรือเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของศาลเพื่อยกเว้นการใช้กฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายภายใน ถึงแม้ว่ามันคือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง Schwarzenberer ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนมากกว่า ว่าประมุขของรัฐหรือหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจในการวินิจฉัยที่จะยอมรับนิติบุคคลว่าเป็นบุคคลระหว่างประเทศและเข้าทำความสัมพันธ์ด้วยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้ากฎหมายระหว่างประเทศได้รับการประกาศว่าเป็นกฎหมายที่สามารถใช้ได้กับสัมปทาน สถานะอันนี้ค่อนข้างจะคล้ายคลึงกันสำหรับวัตถุประสงค์ของการตีความและการขอสัมปทานรัฐผู้อนุญาตตกลงที่จะปฏิบัติต่อเอกชนผู้ได้รับอนุญาตราวกับว่าเป็นบุคคลระหว่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาอื่นๆ บุคคลระหว่างประเทศและความสามารถของแต่ละบุคคลขึ้นอยู่กับ การยอมรับที่รัฐอนุญาตให้ในความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างรัฐกับบุคคลนั้น ความตกลงซึ่งกำหนดรูปแบบอย่างหนึ่งหรืออย่างอื่นในการใช้ระบบกฎหมายหนึ่ง หรือการใช้หลักคนต่างชาติดกับกฎหมายท้องถิ่น หรือการใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีระหว่างประเทศซึ่งแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทที่บังคับตามกฎหมายท้องถิ่นในความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนที่ยกขึ้นในระดับระหว่างประเทศ ดังนั้น จำเป็นที่จะให้ระดับบุคคลและความสามารถระหว่างประเทศแก่บุคคลนั้น<sup>83</sup>

### 2.2.2 ผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

การที่รัฐไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันตามสัญญา หรือความตกลงสัมปทานเป็นการละเมิดที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยตรง และในทันทีทันใด การไม่ปฏิบัติตามสัญญาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการผิดกฎหมาย และการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ

<sup>83</sup> F.V.Garcia Amador, Ibid, pp.30-32.



1) การไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการผิดกฎหมาย (“unlawful” non-performance) เป็นเรื่องเกี่ยวกับการเวนคืน (expropriation) โดยทั่วไป การไม่ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นการผิดกฎหมายเฉพาะการละเมิดข้อผูกพันตามสนธิสัญญาเท่านั้น โดยเหตุที่การพิจารณาสีทธิตามสัญญาว่า ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและคนชาติรัฐอื่นก่อให้เกิดข้อผูกพันที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับสนธิสัญญา เมื่อสัญญาหรือสัมปทานบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือโดยหลักระหว่างประเทศหรือกำหนดแบบของการระงับข้อพิพาทในลักษณะระหว่างประเทศ สิทธิของคนชาติรัฐอื่นที่ได้มาจากกฎหมายระหว่างประเทศ และหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเรื่องระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นการไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันนั้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐโดยตรงและในทันทีทันใด<sup>84</sup>

2) การไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ (“arbitrary” non-performance) หลักที่จะใช้กำหนดองค์ประกอบสำคัญของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการมีดังนี้

1. การไม่ให้เหตุผลทางด้านสาธารณะประโยชน์ หรือเกี่ยวแก่ความจำเป็นของรัฐในทางเศรษฐกิจ
2. การเลือกปฏิบัติ (discrimination) ระหว่างคนชาติรัฐและคนชาติรัฐอื่นที่เป็นความเสียหายต่อคนชาติรัฐอื่น
3. การปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) เกิดขึ้นเมื่อศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจไม่อนุญาตให้คนชาติรัฐอื่นใช้สิทธิร้องขอต่อศาลยุติธรรมหรือองค์กรที่มีอำนาจเพื่อบรรเทาความเสียหาย และการพิจารณาใช้ค่าเสียหายอย่างเพียงพอและเป็นผลจากการละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้น<sup>85</sup>

### 2.3 หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานมาแล้วแต่มีได้อยู่ในรูปของสนธิสัญญาแต่เป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ โดยเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับรัฐในแบบดั้งเดิมนั้น จะมีองค์ประกอบความผิดอยู่ด้วยไม่ว่าความผิดนั้นจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม<sup>86</sup> นอกจากนี้แล้วกฎเกณฑ์

<sup>84</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.33-34.

<sup>85</sup> F.V. Garcia Amador, “State Responsibility” *Yearbook of the International Law Commission* 1957 Volume II (1958): 108-113.

<sup>86</sup> Francioni and Scovazzi, ed. *International Responsibility for Environmental Harm*. Great Britain: Graham and Trotman, 1991 p.16.

เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในยุคแรกๆ นั้น มักจะเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของคนต่างชาตินที่เข้าไปอยู่ในดินแดนของรัฐอื่น โดยเฉพาะในกรณีที่คนต่างชาติได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเกิดจากกรณีสงครามกลางเมือง การกบฏ การโอนกิจการของคนต่างชาติเป็นของรัฐ หรือ กรณีอื่นๆ ก็ตาม ต่อมาเมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่สอง แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเริ่มที่จะขยายขอบเขตเนื้อหาเพิ่มมากขึ้น มิได้จำกัดเพียงเฉพาะกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คนต่างชาติเท่านั้น แต่มีเนื้อหาขยายไปถึงกรณีการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือการกระทำที่เป็นการละเมิดสันติภาพของมวลมนุษยชาติด้วย อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็ยังคงเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับข้อเรียกร้องเพื่อให้รัฐรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐได้มีวิวัฒนาการมาเป็นลำดับแปรเปลี่ยนไปตามสภาพแวดล้อม โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงของประชาคมระหว่างประเทศ

### 2.3.1 การกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องจากรัฐเป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่ง การกระทำของรัฐอาจแสดงออกโดยผ่านการกระทำของบุคคลธรรมดา ซึ่งกฎหมายรับรองว่ามีอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งผูกพันรัฐหรือกระทำในนามของรัฐได้ องค์การที่ว่ามี ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

ฝ่ายนิติบัญญัติ มีหน้าที่ออกกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือไม่บัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือไม่บัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐและอาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือ การงดเว้นการบัญญัติกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น กล่าวอ้างได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำของรัฐ<sup>87</sup>

ฝ่ายบริหาร การกระทำของฝ่ายบริหารนั้นมีขอบเขตกว้าง แต่ก็แบ่งออกได้ 2 ส่วน คือ การกระทำของรัฐบาล เช่น การทำสนธิสัญญา การสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต เป็นต้น และ การกระทำทางปกครอง เช่น การออกกฎ การออกคำสั่งทางปกครอง บางกรณีก็เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะด้วย โดยปกติการกระทำของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่ฝ่ายปกครองมิได้จัดมาตรการความปลอดภัยแก่คนต่างชาติ

<sup>87</sup> Amerasinhe, *Studies in International Law*. Colombo: Ceylon, 1969 p.206.

อย่างเพียงพอ หรืออาจเกิดจากกรณีที่ฝ่ายปกครองปราบปรามผู้ก่อการร้ายหรือพวกกบฏแล้วเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของคนต่างชาติ

ฝ่ายตุลาการ มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย การกระทำของฝ่ายตุลาการอาจจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้ ส่วนใหญ่มาจากกรณี “การปฏิเสธความยุติธรรม” ซึ่งเกิดจากความล้มเหลวของศาลในอันที่จะปกป้องสิทธิประโยชน์ต่างๆ ของคนต่างชาติที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐอื่น การที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศบัญญัติมิให้ฝ่ายตุลาการต้องรับผิดชอบในคำพิพากษาที่ตัดสินนั้น ก็ยังถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ส่วนปัญหาที่ว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การกระทำของฝ่ายตุลาการดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่

อย่างไรก็ตาม โดยปกติการกระทำที่มีไว้เป็นการกระทำของรัฐ เช่น การกระทำของปัจเจกชน รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น โดยหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตน ในกรณีนี้จึงไม่มีประเด็นข้อเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบในระดับระหว่างประเทศแต่อย่างใด ยกเว้นหากปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐได้แต่ละเลยที่จะป้องกันและปราบปรามผู้ที่ได้กระทำความผิดหรือปฏิเสธที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดโดยปราศจากเหตุผล สำหรับกรณีที่เป็นการกระทำของฝ่ายกบฏ ซึ่งไม่สามารถล้มล้างรัฐบาลได้สำเร็จ รัฐไม่ต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐที่บกพร่อง แม้ว่าในเรื่องนี้จะมีนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่าน เช่น Fauchille และ Eagleton ให้ความเห็นว่ารัฐควรจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของตนทุกกรณีก็ตาม

กล่าวโดยสรุปแล้ว ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในแนวดั้งเดิมแบ่งความรับผิดชอบออกเป็นสองกรณีหลัก ๆ<sup>88</sup> คือ ความรับผิดชอบของรัฐโดยตรง (directly responsible) ซึ่งเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ส่วนความรับผิดชอบของรัฐโดยอ้อม (indirectly responsible) นั้น เกิดจากการกระทำของบุคคลธรรมดาที่มีชื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น เกิดจากประชาชน หรือ พวกกบฏ โดยเจ้าหน้าที่รัฐขาดการใช้ความระมัดระวังในการปกป้อง รักษา

<sup>88</sup> การแบ่งความรับผิดชอบของรัฐออกเป็นความรับผิดชอบโดยตรงและโดยอ้อม เป็นแนวคิดของ ศาสตราจารย์ Bin Cheng โปรดดูรายละเอียดใน Cheng, *Studies in International Law*. Great Britain: Clarendon Press, 1997 p.605.

ความปลอดภัยจนเกิดความเสียหายแก่คนต่างชาติ กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า ได้มีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐได้

### 2.3.2 ปัญหาองค์ประกอบเรื่องความรับผิดชอบของการกระทำของรัฐ

ปัญหาหนึ่งที่สร้างข้อถกเถียงเป็นอันมากในเรื่องการกระทำของรัฐ คือ ปัญหาที่ว่า การกระทำของรัฐ โดยผ่านบุคคลธรรมดาที่เรียกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำไปด้วยความผิดไม่ว่าความผิดนั้นจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่

ในเรื่องนี้แนวความคิดดั้งเดิมเห็นว่า ความรับผิดชอบของรัฐที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานข้อความคิดเรื่องความผิดหรือแนวความคิดที่สามารถตำหนิรัฐได้ (liability for fault) หมายความว่า รัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนต่อเมื่อการกระทำของรัฐประกอบด้วยความผิด โดยความผิดที่ว่านี้อาจเกิดจากความจงใจ (willfully) หรือความประมาทเลินเล่อ (negligence) ก็ได้ ดังนั้นการกระทำของรัฐใดๆ ที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองว่ามีความชอบธรรมที่จะกระทำได้ แม้เกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม รัฐผู้เสียหายก็ไม่อาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบได้

อย่างไรก็ตาม การยอมรับแนวความคิดแบบ liability for fault นั้น ได้รับการคัดค้านจากนักกฎหมายระหว่างประเทศอีกกลุ่มหนึ่ง โดยให้เหตุผลการคัดค้านว่า การยอมรับองค์ประกอบ “ความผิด” จะก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติที่ตามมา คือ ภาระการพิสูจน์ความผิด (burden of proof) ซึ่งในทางความเป็นจริงแล้วการพิสูจน์ว่าการกระทำของรัฐได้กระทำไปด้วยความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ยากเพราะอยู่ในใจผู้กระทำ นักกฎหมายหลายท่านจึงเห็นว่า องค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นกรณีของจงใจหรือประมาทเลินเล่อ มิใช่เป็นสาระสำคัญสำหรับความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐ<sup>89</sup> หากรัฐได้ทำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นแล้วรัฐนั้นจะต้องรับผิดชอบทั้งสิ้น

สำหรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในปัจจุบันนี้เป็นที่ยอมรับว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อเมื่อได้กระทำไปด้วยความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อ หลักกฎหมายเช่นนี้ได้ถูกกล่าวถึงในคดี The Corfu Chanel case (1949) อันเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศอังกฤษกับแอลเบเนีย<sup>90</sup> ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินให้แอลเบเนียต้องรับผิดชอบต่อประเทศอังกฤษ โดยเหตุผลว่า มิได้แจ้งคำเตือนให้ประเทศอังกฤษได้ทราบว่าได้มีการวางทุ่นระเบิดในช่องแคบคอร์ฟู เป็นเหตุให้ประเทศอังกฤษได้รับความเสียหายโดยอังกฤษได้สูญเสียเรือสองลำพร้อมกับการเสียชีวิตและบาดเจ็บของลูกเรืออีก

<sup>89</sup> Strake, *Introduction to International Law*. London: Butterworth, 1984 p.301.

<sup>90</sup> ดู The Corfu Chanel Case (Merits), I.C.J. Report (1949), pp.4-38.

หลายคน แม้ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีได้ตัดสินว่าการกระทำของแอลเบเนียกระทำด้วยความจงใจหรือประมาเลินเล่ออย่างแข็งชัดก็ตาม

### 2.3.3 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

เมื่อมีการกระทำของรัฐเกิดขึ้นและการกระทำของรัฐเช่นว่านั้นเป็นเหตุให้มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น และส่งผลให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้นั้น ในเบื้องต้นต้องเข้าใจ คำว่า “พันธกรณีระหว่างประเทศ”

(international obligation) ว่ามีความหมายอย่างไรก่อน

การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ หมายถึง การไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งตกเป็นภาระหน้าที่แก่รัฐนั้น<sup>91</sup> โดยกรณีระหว่างประเทศที่ว่านี้อาจเกิดจากสนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ ซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่จะให้รัฐต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งและหากรัฐได้ฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตาม โดยปราศจากเหตุผลหรือข้อปลดเปลื้องในความผิดแล้ว ถือว่ารัฐนั้นละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ

ตัวอย่างของการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น อาจปรากฏในหลายรูปแบบ เช่น การไม่ตรากฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา การตรากฎหมายภายในอนุวัติการที่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญา การปฏิเสธความยุติธรรม การกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสันติภาพระหว่างประเทศ การโอนกิจการของคนต่างชาติดังกล่าว

ขอบเขตของพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เดิมเรื่องความรับผิดชอบของรัฐจำกัดอยู่แต่เฉพาะสิทธิในร่างกายและทรัพย์สินของคนต่างชาติที่อาศัยอยู่ในรัฐเท่านั้น เนื่องจากในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ประเทศมหาอำนาจทางอุตสาหกรรมได้เข้าไปลงทุนเป็นจำนวนมากในประเทศกำลังพัฒนา โดยเฉพาะกลุ่มประเทศตะวันออกกลาง (กิจการขุดเจาะและกลั่นน้ำมันปิโตรเลียม) และกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา ดังนั้น กลุ่มประเทศมหาอำนาจจึงเรียกร้องให้กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาให้หลักประกันที่จะปฏิบัติต่อคนต่างชาติอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะการโอนกิจการเป็นของรัฐว่าจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยอย่างเป็นธรรมและด้วยความรวดเร็ว ด้วยเหตุนี้เนื้อหาของเรื่องความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในร่างกายและทรัพย์สินของคนต่างชาติเป็นสำคัญ แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เป็นต้น

<sup>91</sup> Ago, Second Report on State Responsibility, Document A/CN. 4/233, Y.I.L.C., 1970, vol II, p.187.



มา กฎหมายระหว่างประเทศได้ปรับบทบาทของตน โดยได้ขยายขอบเขตอำนาจหน้าที่ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นในด้านความมั่นคงระหว่างประเทศ เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ซึ่งเป็นการขยายไปถึงการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศให้มีเสถียรภาพมากขึ้นในทุกๆ ด้าน รวมถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เรียกว่า “international crime”

อนึ่ง สำหรับประเด็นในเรื่อง การชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งเกี่ยวข้องกับควมรับผิดชอบของรัฐด้วยกันนั้น ผู้วิจัยจะขอนำไปอธิบายในหัวข้อที่ 2.11 ต่อไป

#### 2.4 หลักการเคารพสิทธิที่ได้มา (The Principle of Respect for Acquired Rights)

หลักการเคารพสิทธิที่ได้มา คือ การเคารพสิทธิของเอกชนที่มีลักษณะเป็นสิทธิทางมรดก (Patrimonial Nature) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศหลักหนึ่งที่ใช้บังคับกับการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ<sup>92</sup>

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศการได้มาซึ่งสิทธิทางมรดกของเอกชนบังคับตามกฎหมายท้องถิ่นทั้งสิ้น แต่ก็ไม่ใช่ว่าคนต่างชาติจะไม่มีโอกาสได้สิทธิลักษณะนั้นมาโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ถ้าไม่มีหลักจารีตประเพณีในเรื่องนี้ก็จะพิจารณาสิทธิที่ได้มานี้โดยทางสัญญาโดยเฉพาะในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และสิทธิอื่นๆ ในทรัพย์สิน หลักกฎหมายเรื่องที่ตั้งของทรัพย์สิน (Lex rei sitae) สามารถใช้ได้โดยลำพัง ถึงแม้ในทางปฏิบัติจะกระทำไม่บ่อยนัก เช่น รัฐหนึ่งอาจไม่ยินยอมให้คนต่างชาติได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในดินแดนของรัฐนั้น หลักนี้เป็นที่ยืนยันหลักอธิปไตยโดยสมบูรณ์ (exclusive sovereignty) ของรัฐในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งใน มาตรา 116 ของ Inter American Convention on Private International Law (Bustamante Code)

แต่ในทางตรงกันข้ามใน American Declaration of Rights and Duties of Man (Bogota, 1948) และ Universal Declaration of Human Rights (Paris, 1948) ยอมรับว่า ทุกคนมีสิทธิในทรัพย์สินของตนเอง วัตถุประสงค์ของข้อความนี้ไม่สามารถปฏิเสธได้ถึงกาหนดให้บุคคลมีความสามารถตามสิทธิที่มีลักษณะเป็นมรดกตกทอดมา ซึ่งวัตถุประสงค์สำคัญคือการยอมรับและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และแม้แต่ในปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนก็ยังให้ความสำคัญทรัพย์สินของเอกชนที่ได้มาเช่นเดียวกัน โดยคัดค้านการกระทำโดยพลการของรัฐ

<sup>92</sup> F.V. Garcia Amador, *supra* note 85, p.2.



การได้สิทธิโดยทางสัญญา เช่น กรณีในสนธิสัญญาหรือความตกลงที่ให้หรือยอมรับว่าคนชาติของรัฐคู่สัญญามีความสามารถที่จะได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีลักษณะเป็นมรดกตกทอดมา เช่น ในสนธิสัญญาพาณิชย์และการเดินเรือระหว่างออสเตรียและสหราชอาณาจักร (Treaty of Commerce and Navigation between Austria and Great Britain 1924) ในข้อบทของชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (most favoured nation clause) ดังนี้

“คนในบังคับหรือประชาชนของภาคีคู่สัญญาในอาณาเขตของอีกฝ่ายหนึ่งจะมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ในการ ได้มาและเป็นเจ้าของทรัพย์สินทุกประเภท ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกฎหมายของภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอนุญาตหรือจะอนุญาตให้คนในบังคับหรือประชาชนต่างประเทศอื่นที่จะได้มาหรือเป็นเจ้าของได้”

และตามมาตรา 10 ของร่างอนุสัญญาที่จัดเตรียมขึ้นโดยคณะกรรมการเศรษฐกิจของสันนิบาตชาติ ในการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ซึ่งประชุมที่กรุงปารีส 1929 ก็มีข้อความที่คล้ายคลึง หรือใน European Convention ก็ได้กำหนดไว้เช่นเดียวกัน<sup>93</sup>

#### 2.4.1 ลักษณะและเนื้อหาของสิทธิได้มา (Acquired Rights)

ในระบบกฎหมายทุกระบบ สิทธิทั้งหลายแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ สิทธิที่เป็นมรดกตกทอดมาและที่เป็นสิทธิต่างส่วนบุคคล สิทธิอันแรกมีเนื้อหาในทางเศรษฐกิจและมีคุณค่าเป็นเงิน แต่สิทธิประการที่สองมีลักษณะทางศีลธรรมและการเมือง สิทธิที่มีลักษณะเป็นมรดกไม่เพียงแต่รวมถึงสิทธิในสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในสินค้าที่จับต้องได้เท่านั้น ยังรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ และสิทธิตามสัญญาซึ่งมีเนื้อหาสาระในทางเศรษฐกิจด้วย

สนธิสัญญาสันติภาพบางฉบับซึ่งลงนามเมื่อสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่หนึ่งและสงครามโลกครั้งที่สอง มีบทบัญญัติที่จะคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนซึ่งครอบคลุมไม่เพียงแต่สินค้าที่จับต้องเคลื่อนที่ได้และเคลื่อนที่ไม่ได้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงสิทธิและประโยชน์ทุกชนิด รวมทั้งสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินอุตสาหกรรม วรรณกรรมและศิลปกรรมด้วย ในการตีความอย่างกว้างๆ ของคำว่า “ทรัพย์สิน” พบได้ในความตกลงบางฉบับเกี่ยวกับค่าทดแทนที่จะจ่ายให้แก่คนต่างชาติ เมื่อทรัพย์สิน สิทธิ และประโยชน์ได้โอนเป็นของชาติ ปัญหาที่สำคัญที่สุด คือ ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ควรที่จะรวมถึงสิทธิตามสัญญาด้วยหรือไม่ ซึ่งกล่าวได้ว่าสิทธิต่างๆ ที่คนต่างชาติได้ ตามสัญญาหรือความสัมพันธ์ตามสัญญาอื่น (สัมปทาน หนี้สาธารณะ เป็นต้น) ที่ทำกับรัฐนั้น สิทธิที่ได้รับมา (acquired rights) หรือ สิทธิทางมรดก (patrimonial rights) ตามธรรมดาแล้วจัดว่าเป็น

<sup>93</sup> F.V. Garcia Amador, ibid pp.3-4.

สิทธิของเอกชน อย่างไรก็ตามปัญหาเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายที่แท้จริงเกิดขึ้นทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ เพราะว่าสิทธิบางอย่างความจริงแล้วมีลักษณะผสมของสิทธิเอกชน และสิทธิมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหานี้ได้มีการพิจารณาในกรณีสิทธิที่ได้มาตามสัมปทานที่รัฐอนุญาตให้แก่คนต่างชาติ และลักษณะผสมของสิทธินี้ได้มีการยอมรับโดยชัดแจ้งในคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไป ในกรณีสัมปทานสิทธินี้มีลักษณะสองประการ คืออยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ปัญหาเรื่องนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี German Settler in Poland Case (1923) และในรายงานของ Transval Concessions Commission เป็นต้น

นักวิชาการบางท่านยังมีความเห็นว่าสัมปทานมีลักษณะเป็นสิทธิมหาชนด้วย ผลในทางกฎหมายที่แบ่งสิทธิเช่นนี้มีผลกระทบต่อขอบเขตข้อผูกพันของรัฐที่มีต่อสิทธิของคนต่างชาติหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ Kaeckenbeeck ยืนยันว่าตามที่สัมปทานมีลักษณะเป็นสิทธิของเอกชน และสิทธิของมหาชนเช่นนี้มีความสำคัญในการให้เหตุผลสำหรับการใช้หรือการปฏิเสธสิทธิของเอกชน ปัจจุบันแทบไม่มีข้อสงสัยเลยว่าความคิดเกี่ยวกับข้อผูกพันที่จะเคารพสัมปทานนั้นมีความสำคัญ แต่ในความคิดเกี่ยวกับความสำคัญของมหาชนในสัมปทานบางอย่างนั้นหลักเคารพต่อสิทธิที่ให้แก่ (vested right) ความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน ไม่มีความสำคัญมากกว่าความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด ในบางเหตุการณ์ลักษณะที่เป็นสิทธิผสมของสัมปทานเช่นนี้มีผลกระทบต่อขอบเขตความผูกพันของรัฐอย่างไม่อาจปฏิเสธได้<sup>94</sup>

#### 2.4.2 สถานะพิเศษที่ไม่รวมถึงสิทธิได้มา

ในทางปฏิบัติบางครั้งจำเป็นที่จะต้องตัดสินว่าประโยชน์บางประการ และสถานะพิเศษอื่นๆ ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นสิทธิที่ได้รับมา (acquired rights) เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองระหว่างประเทศ Herz ได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายแพ่งของประเทศหนึ่ง หลักกฎหมายพิเศษเกือบทั้งหมดของรัฐ กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง ได้สร้างสถานะที่ต่อเนื่อง ซึ่งเอกชนอาจจะได้รับประโยชน์ สถานะเหล่านี้อาจถูกเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมายหรือพระราชบัญญัติ หรือแม้แต่การปฏิบัติของฝ่ายบริหาร ดังนั้น การให้สิทธิแก่คนต่างชาติที่ขัดต่อการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ ทำให้คนต่างชาติเหล่านี้คัดค้านการเปลี่ยนแปลงทุกอย่างที่อาจเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของพวกเขา การแบ่งระหว่างสิทธิที่ได้รับมา (acquired rights) และสิทธิอื่นๆ นั้น แม้ในกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีวิธีการแก้ปัญหาที่ชัดเจน สถานะบางประการเหล่านี้ได้มีการแก้ไขกันในทางปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น ประโยชน์จากสถานะทางการพาณิชย์หรือทางอุตสาหกรรมโดยเฉพาะเป็น

<sup>94</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.9-10.

ปัญหาหนึ่งที่ได้มีการพิจารณาโดยศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ และปัญหานี้ได้รับการตัดสินในทางปฏิเสธ การเรียกร้องมุ่งไปยังการเป็นเจ้าของสิทธิที่ได้มา โดยคำนึงถึงทรัพย์สินของลูกค้า และความเป็นไปได้ในการทำกำไรในธุรกิจที่ตั้งขึ้นโดยคนชาติของรัฐที่เรียกร้อง ในเรื่องนี้ Sir Cecil Hurst เห็นว่าเป็นการถูกต้องที่จะกล่าวว่าสิทธิที่ได้มาถูกละเมิดแล้ว ถ้ารัฐบาลเบลเยียมห้ามไม่ให้มีการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่ง Chinn ได้ทำไว้กับบุคคลที่สาม ศาลอนุญาโตตุลาการในคดี Upper Silersia ถือว่า “ตามหลักทั่วไป” เสรีภาพเกี่ยวกับการจ้างแรงงานและกิจการที่มีกำไร ซึ่งขึ้นอยู่กับเสรีภาพทั่วไปในทางอุตสาหกรรมและการค้า ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับสิทธิที่ได้มา (acquired rights) เพราะสิทธิที่ได้มาจะต้องขึ้นอยู่กับสิทธิพิเศษในการได้มาที่กฎหมายจะต้องถือว่าเป็นสิทธิพิเศษ

## 2.5 หลักการคุ้มครองระหว่างประเทศซึ่งสิทธิที่ได้มา (The International Protection of Acquired Rights)

ในกฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดพันธกรณีให้รัฐเคารพสิทธิที่ได้มาของเอกชนต่างชาติ อย่างไรก็ตาม หลักการเคารพสิทธิที่ได้มาไม่ได้หมายความว่า เป็นข้อผูกพันที่สมบูรณ์และไม่มีเงื่อนไข ตามหลักกฎหมายบริสุทธ์ไม่มีสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานอันใดของมนุษย์ที่ไม่ใช่สิทธิในชีวิต และความปลอดภัยของบุคคลไม่สามารถละเมิดได้อย่างแท้จริง ข้อสนับสนุนนี้ได้รับการยอมรับในเอกสารระหว่างประเทศก่อนสงครามโลก และการคุ้มครองขยายไปถึงสิทธิที่เป็นมรดก ซึ่งเป็นสิทธิสัมพัทธ์โดยเฉพาะ

กฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถละเลยต่อแนวคิดทั่วไปนี้ได้ ในคำตัดสินของศาลอนุญาโตตุลาการว่ากฎหมายระหว่างประเทศต้องการที่จะเคารพต่อทรัพย์สินของเอกชน แต่การยอมรับว่ารัฐมีสิทธิที่จะละเลยหลักนี้ได้ก็ต่อเมื่อผลประโยชน์ของรัฐซึ่งต้องมีความสำคัญเป็นอย่างมาก

เพราะฉะนั้น การศึกษาเพื่อพิจารณาถึงขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับสิทธิของคนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองหรือกล่าวอีกอย่างหนึ่ง สำคัญและขอบเขตจำกัดของข้อผูกพันที่รัฐจะต้องเคารพต่อสิทธิเหล่านั้น จะทำให้ทราบถึงสาระสำคัญของความรับผิดชอบระหว่างประเทศในพฤติการณ์ที่แตกต่างกันซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้ ขอบเขตของความคุ้มครองระหว่างประเทศในแต่ละกรณีขึ้นอยู่กับสิทธิที่ได้รับมาและขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและพฤติการณ์ซึ่งเป็นการกระทำหรือยกเว้นการกระทำของรัฐ อย่างไรก็ตามการจะอ้างถึงมาตรฐานเพื่อใช้เป็นหลักในการพิจารณาสาระสำคัญของความรับผิดชอบประการแรกควรจะเข้าใจว่ามีการให้เหตุผลที่แท้จริงสำหรับคำวิจารณ์และการคัดค้านหลักการเคารพสิทธิที่ได้มาเองหรือไม่ก่อนในฐานะที่เป็นหลักทั่วไป คำวิจารณ์และการคัดค้านแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่มีเหตุผลในลักษณะทางสังคมและการเมือง และกลุ่มที่สนับสนุน โดยการโต้แย้งในทางกฎหมายบริสุทธ์

กลุ่มแรกคือ Friedman มีความเห็นว่าแนวความคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมา (acquired right) ไม่เพียงแต่เคลื่อนคลุม กำกวม และไม่แน่นอน แต่ยังพบด้วยว่าไม่มีการสนับสนุนในการตัดสินใจของศาลระหว่างประเทศ และในทางปฏิบัติได้รับการปฏิเสธจากรัฐต่างๆ ในระหว่างการเตรียมงานเพื่อการประชุม Codification Conference (1930) และเพราะฉะนั้น จึงไม่สามารถยกผู้หลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ Kaeckebeek กล่าวว่า ในฐานะที่เป็นวิธีการหนึ่งในการแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการปฏิรูปสังคมที่สำคัญ (การโอนเป็นของชาติ) ทฤษฎีเรื่องสิทธิที่ได้มาได้พิสูจน์แล้วว่าไม่เพียงพอและไม่เป็นผลทั้งหมด Foighel กล่าวว่าหลักนิติปรัชญาระหว่างประเทศสะท้อนให้เห็นว่าในอดีตที่ผ่านมาระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมได้รับการยอมรับอย่างมากในประเทศที่เป็นระบอบเสรีนิยมและเห็นว่าปัจจุบันนี้ในความเห็นเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขและพฤติกรรมซึ่งเป็นไปตามหลักการเคารพสิทธิที่ได้มานี้ไม่มีความสำคัญอีกต่อไป ในการพิจารณาถึงมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐผูกพันที่จะปฏิบัติตามความสัมพันธ์กับคนต่างชาติโดยไม่มีเงื่อนไข<sup>95</sup> เมื่อคำนึงถึงฐานะที่ยอมรับกันโดยรัฐบาลต่างๆ ใน The Hague Codification Conference (1930) ไม่มีคำตอบใดเลยที่คณะกรรมการเตรียมการได้รับการปฏิเสธข้อผูกพันของรัฐที่จะเคารพต่อสิทธิที่ได้มาของคนต่างชาติ ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐมีเอกราชในการบริหารและในทางนิติบัญญัติในเรื่องนี้ การศึกษาคำตอบเหล่านี้แท้จริงแล้วแสดงว่ารัฐบาลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องยอมรับว่าเสรีภาพที่จะเป็นผลร้ายสิทธิของคนต่างชาติอยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษ ที่สำคัญข้อสรุปที่เหมือนกันนี้ พบได้จากการสำรวจความคิดเห็นที่รัฐสมาชิกของสหประชาชาติแสดงความเห็นในการอภิปรายในสหประชาชาติเกี่ยวกับปัญหาการเวนคืนและการโอนเป็นของชาติ

กลุ่มที่สองที่มีการวิจารณ์และการคัดค้านหลักการเคารพสิทธิที่ได้มา เชื่อในการโต้แย้งทางวิชาการกฎหมาย นักวิชาการบางคนได้แสดงข้อสงสัยบางประการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ในทางปฏิบัติว่าเป็นหลักดังกล่าวใช้ได้โดยทั่วไปหรือไม่ มีการแนะนำว่าสิทธิที่แตกต่างกันตามหลักความคุ้มครองระหว่างประเทศ ควรจะได้รับการพิจารณาแต่ละสิทธิโดยแยกกัน เช่น Cavaglieri ยืนยันว่าวิธีที่ถูกต้องจะต้องพิจารณาในแต่ละกรณีไม่ว่ามาตรการนี้รัฐจะยอมรับได้หรือไม่ เกี่ยวกับทรัพย์สินของคนต่างชาติที่สอดคล้องกับสิทธิขั้นต่ำ (minimum right) ซึ่งเขายอมรับว่ามีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ Guggenheim แนะนำว่าอาจจะเป็นการชอบมากกว่าที่จะยกเลิกวิธีที่สืบเนื่องกันมา ซึ่งปัญหาเรื่องการคุ้มครองสิทธิที่ได้มา ควรได้รับการพิจารณาเฉพาะคำว่าสิทธิที่ได้รับมา (acquired right) แทนที่จะศึกษาแต่ละกลุ่มเป็นการเฉพาะ (สิทธิในทรัพย์สิน, สัมปทาน เป็นต้น) ซึ่งแสดงถึงทางปฏิบัติในการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>95</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.6.

อย่างไรก็ตาม จะต้องมีการตรวจสอบแต่ละสถานะหรือกลุ่มของสถานะโดยแยกจากกันหลักการเคารพสิทธิที่ได้มาเป็นหลักหนึ่งที่มีลักษณะทั่วไป จากความเห็นในทางปฏิบัติและทางวิชาการหลักการดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีของรัฐขึ้นในความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ถ้าเพิ่มเติมด้วยหลักลาภมิควรได้ หลักนี้สามารถกำหนดหลักกฎหมายที่จำเป็นเกี่ยวกับค่าทดแทนต่อไปได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบระหว่างประเทศ<sup>96</sup>

## 2.6 หลักละเมิด (Wrongful Acts)

การกระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นละเมิดเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของรัฐตามข้อผูกพันที่รัฐยอมรับจะเคารพสิทธิของบุคคลต่างชาตินั้นซึ่งกำหนดมาตรฐานเฉพาะในการปฏิบัตินั้น อาจเป็นสนธิสัญญากับรัฐที่คนต่างชาติมีสัญชาติซึ่งในกรณีหลักกำหนดว่าข้อผูกพันมีลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ผลในทางกฎหมายของการไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันเช่นนั้นเป็นการละเมิดอย่างแท้จริง ซึ่งขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่เพียงแต่รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบเท่านั้น ยังกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ชดใช้ด้วย ซึ่งกล่าวได้ว่า การชดเชยความเสียหายจะต้องกระทำในรูปของการกลับคืนสู่สถานะเดิม (Restitution) หรือถ้าการกลับคืนสู่สถานะเดิมเป็นไปได้ หรือการชดใช้ค่าเสียหายไม่เพียงพอกับความเสียหาย การชดเชยความเสียหายจะต้องกระทำในรูปของค่าเสียหายที่เป็นเงิน (pecuniary damages) ในทางปฏิบัติที่สืบเนื่องกันมา ข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดการกระทำหรือการละเว้นการกระทำเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก แต่สถานะเช่นนี้ได้เปลี่ยนไปแล้ว และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและคนต่างชาติก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ซึ่งเป็นความสำคัญอันยิ่งใหญ่ในการพัฒนาและการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>97</sup>

## 2.7 หลักลาภมิควรได้ (The Doctrine of Unjust Enrichment)

ในการตัดสินของศาลระหว่างประเทศ รวมทั้งศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ หลักลาภมิควรได้ใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาปริมาณการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในการพิจารณาองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดชอบระหว่างประเทศในหลายกรณี ถึงแม้หลักลาภมิควรได้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันมานานในประเทศทั้งหลาย แต่หลักดังกล่าวก็ยังไม่เข้าไปอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามหลักลาภมิควรได้นี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นมูลเหตุของการฟ้องร้องคดีที่ถูกต้องตามกฎหมาย ตามระบบกฎหมายต่างๆ รวมทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เพราะลาภมิควรได้เป็นมูลเหตุของการฟ้องร้องคดี เช่น เป็นที่มาของข้อผูกพันถึงสัญญา (Quasi-

<sup>96</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.7.

<sup>97</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.7.



contractual obligation) ระหว่างรัฐและคนต่างชาติ การไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันอาจทำให้รัฐ  
รับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักสากลสมควรได้สัมพันธ์กับหลักการเคารพสิทธิที่ได้มา  
(The principle of respect for acquired rights)

นอกจากนั้น ความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างหลักกฎหมายสองหลักสามารถ  
มองเห็นได้ไม่เพียงแต่ที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับความรับผิดชอบ แต่ยังรวมอยู่ในระบบความคุ้มครอง  
สิทธิที่ได้มาระหว่างประเทศด้วย ตัวอย่างเช่น เกี่ยวกับค่าทดแทนสำหรับการเวนคืนเพื่อ สาธารณะ  
ประโยชน์ (Public interest) คือ ความคิดที่ว่ารัฐ (สังคม) จะต้องไม่ได้รับประโยชน์อย่างเหมาะสม  
ด้วยค่าใช้จ่ายของเอกชน อีกประการหนึ่งเอกชนไม่มีสิทธิที่จะหวังในค่าทดแทนซึ่งได้รับแทน  
ทรัพย์สินซึ่งเป็นที่มาของลาภมิควรได้ นี่คือเหตุผลว่าทำไมจึงกล่าวว่าการทฤษฎีเรื่องค่าทดแทน  
(Theory of Compensation) ขึ้นอยู่กับลาภมิควรได้ยิ่งยุดมากกว่าขึ้นอยู่กับหลักการเคารพ  
ทรัพย์สินของเอกชน (The principle of respect for private property) ซึ่งยินยอมให้พิจารณาถึงความ  
ยุติธรรมที่ให้เอกชนรวมทั้งสังคมด้วย<sup>98</sup>

## 2.8 สิทธิในการเวนคืน (The Right of Expropriation)

สิทธิของเอกชนอาจได้รับความกระทบกระเทือน โดยรัฐไม่เพียงแต่โดยการ  
กระทำการเวนคืนเท่านั้นแต่ยังรวมถึงวิธีการอื่นๆ ด้วยเหตุผลและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ตามที่  
เข้าใจกันในความหมายทางนิติศาสตร์ และความหมายในทางกฎหมาย หรือความหมายอื่นบาง  
ประการ การกระทำที่กระทบกระเทือนทรัพย์สินรวมถึงมาตรการทุกอย่าง ซึ่งมีผลโดยตรงหรือโดย  
อ้อม หรือการตัดสิทธิบางส่วนในสิทธิของเอกชน ไม่ว่าจะชั่วคราวหรือถาวร ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

### 2.8.1 การยอมรับสิทธิในการเวนคืนระหว่างประเทศ (Recognition of the Right)

สิทธิในการเวนคืน ในความหมายอย่างกว้างที่สุดที่ได้รับการยอมรับใน  
กฎหมายระหว่างประเทศ การยอมรับระหว่างประเทศนี้ได้รับการยืนยันในหลายโอกาสในทาง  
ปฏิบัติทางการทูต และในการตัดสินของศาลและอนุญาโตตุลาการต่างๆ และในคำประกาศของ  
องค์การ และการประชุมระหว่างประเทศ ในทางจารีตประเพณี สิทธินี้ได้รับการถือว่าเป็นอำนาจ  
อธิปไตยและอำนาจของรัฐซึ่งรัฐใช้สิทธิเหนือบุคคลทุกคน และทรัพย์สินที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐ  
หรือที่เรียกว่าสิทธิในการคุ้มครองตนเองของรัฐ (self-preservation) ซึ่งยอมให้รัฐส่งเสริมสวัสดิภาพ  
และความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของประชาชนของรัฐได้

<sup>98</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.5.



### 2.8.2 แบบของการใช้สิทธิเกี่ยวกับการเวนคืน (*The Various Forms which the Exercise of the Right of “Expropriation” may assume*)

การริบทรัพย์สิน การกำหนดค่าปรับ และมาตรการอื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการปรับ โดยทั่วไปแล้วอยู่ในกลุ่มนี้ ในกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ มีคดีตัวอย่างซึ่งแสดงไว้อย่างสมบูรณ์ที่สอดคล้องกับมาตรการตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนี้ที่บังคับต่อการปฏิบัติของคนต่างชาติ ความถูกต้องตามกฎหมายของมาตรการเหล่านี้ไม่ได้ยกเว้นความเป็นไปได้ในการยอมรับ หรือในการใช้หลักการปฏิเสธความยุติธรรมแต่อย่างใด และการกระทำหรือยกเว้นการกระทำที่เกี่ยวข้องที่เป็นผลให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ แต่ความเป็นไปได้ของรัฐที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อรัฐทำลายทรัพย์สินที่เป็นของคนต่างชาติ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความอยู่ดีกินดีของมหาชน โดยข้อกำหนดที่ว่าพฤติการณ์ต่างๆ ในเรื่องเหตุสุดวิสัยหรือภาวะความจำเป็นได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ ในการยกเว้นจากความรับผิดชอบตามหลักนิติปรัชญาระหว่างประเทศยังขึ้นอยู่กับอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในของรัฐด้วย<sup>99</sup>

ถึงแม้มีการโต้แย้งว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่วางข้อกำหนดต่ออำนาจรัฐที่จะกำหนดอัตราภาษีและค่าธรรมเนียมอื่นเหนือทรัพย์สิน สิทธิ หรือประโยชน์อื่นของคนต่างชาติ โดยเฉพาะเมื่อมาตรการที่กระทำนั้นเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ความถูกต้องตามกฎหมายพื้นฐานสำหรับมาตรการต่างๆ ในเรื่องระหว่างประเทศ หากมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่คำนึงถึงลักษณะหรือขอบเขตก็มักจะเกิดกรณีพิพาทอยู่เสมอ ความเป็นไปได้ของรัฐที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศสามารถเกิดขึ้นได้ และรัฐจะต้องรับผิดชอบระหว่างประเทศถ้ามาตรการนั้นกับสิทธิของผู้นำเข้าและผู้ส่งออก และเพื่อการห้ามนำเข้าและการส่งออกสินค้าพิเศษ ไม่ใช่เรื่องทั่วไป แต่เป็นเรื่องส่วนตัวหรือการกระทำโดยพลการและไม่มีข้อกำหนดใดที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิของรัฐที่จะควบคุมอัตราการเปลี่ยนแปลงค่าของเงินตราของรัฐและการลดค่าเงินในคดีหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ถือว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งได้ฝากเงินไว้ที่ธนาคารก่อนการลดค่าเงินตามกฎหมายไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าดั้งเดิมของเงินได้

### 2.8.3 การเวนคืนและการโอนเป็นของชาติ (*Expropriation stricto sensu and Nationalization*)

ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง การเวนคืนตามธรรมดาแล้วกระทำต่อทรัพย์สินของเอกชน แต่หลังจากนั้นรัฐต่างๆ เริ่มปฏิบัติกันทั่วไป ซึ่งได้กระทำกันต่อมาหลัง

<sup>99</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.11.

สงครามโลกครั้งที่สอง การเวนคืนกระทำอย่างกว้างขวางและไม่เกี่ยวกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยเฉพาะ รูปแบบของการเวนคืนโดยทั่วๆ ไป ได้มีการอ้างว่าเป็นการ โอนของชาติ (Nationalization) ด้วย ซึ่งตรงข้ามกับการกระทำการเวนคืนส่วนบุคคล มาตรการ โอนเป็นของชาติ สะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ เช่น การปฏิรูปที่ดิน (Land Reforms) การทำให้อุตสาหกรรมเป็นสังคมนิยม (Socialization) หรือ อุตสาหกรรมบางส่วน การจำกัดเงินทุนของเอกชนในเศรษฐกิจของชาติบางสาขา การโอนเป็นของชาติเป็นเครื่องมือเพื่อการเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมแบบดั้งเดิม ถึงแม้ว่ามาตรการเหล่านี้ บางครั้งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ถูกยอมรับและถูกนำไปใช้ตาม บทบัญญัติพิเศษเสมอ ซึ่งกำหนดเงื่อนไขและวิธีการในการดำเนินการ โอนเป็นของชาติและการเวนคืน แต่ความพยายามที่ชี้ให้เห็นแสดงให้เห็นว่าลักษณะหลายอย่างของการเวนคืนสามารถที่จะพบได้และตามข้อเท็จจริงก็จะพบว่าเป็นการ โอนเป็นของชาติ เพราะฉะนั้น โดยสรุปยกเว้นเรื่องค่าทดแทน ความแตกต่างอย่างสำคัญที่สามารถสังเกตได้ตามความเห็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว สถานะทางกฎหมายของทั้งการเวนคืนและการโอนเป็นของชาติโดยสาระสำคัญ เหมือนกัน<sup>100</sup>

#### 2.8.4 การเวนคืนที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (Unlawful Expropriation) และการเวนคืนโดยพลการ (Arbitrary Expropriation)

ประการแรกจะต้องเห็นด้วยกับความหมายของคำว่า “ผิดกฎหมาย” (unlawful) ตามหลักกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไป การเวนคืนไม่ใช่ผิดกฎหมายแม้ว่าเมื่อการกระทำของรัฐขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่เหมือนการกระทำและละเว้นกระทำในลักษณะที่มีองค์ประกอบที่เป็นละเมิด การเวนคืนสามารถกล่าวได้ว่าผิดกฎหมาย เมื่อรัฐไม่ปฏิบัติตาม สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศโดยชัดแจ้ง โดยการเทียบเคียงการกระทำการเวนคืนซึ่งไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในรูปแบบและสาระสำคัญที่กำหนดไว้เอกสารระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในประเภทเดียวกัน ข้อจำกัดนี้เกิดจากความคิดที่ว่า การเวนคืนถูกต้องทั้งตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ได้รับการยืนยันโดยการตัดสินของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ และองค์กรทางกฎหมายอื่น ตัวอย่างเช่น ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับ ผลประโยชน์บางประการของเยอรมันใน Polish Upper Silesia (1926 และ 1928) ถือว่าการเวนคืนเป็นการผิดกฎหมายเฉพาะสองกรณีที่กล่าวข้างต้น แต่ในปัจจุบันกรณีถือว่าลักษณะที่ผิดกฎหมายของการเวนคืนนั้น เท่าที่มีอยู่และก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศเทียบได้กับการกระทำหรือ

<sup>100</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.12.

ละเว้นการกระทำซึ่งทำให้รัฐรับผิดชอบโดยตรงและทันทีทันใด หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งในกรณีที่มีการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ความรับผิดชอบเกิดขึ้นและเนื่องมาจากเหตุผลของการกระทำของรัฐ ถึงแม้ว่ามาตรการในการเวนคืนจะสอดคล้องกับเงื่อนไขหรือข้อกำหนด (ของท้องถิ่นระหว่างประเทศ)

ประการที่สอง หลักการนี้คลุมถึงมาตรการการเวนคืนซึ่งไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขและข้อกำหนดระหว่างประเทศ ซึ่งการใช้สิทธิในการเวนคืนเป็นเรื่องซึ่งรวมอยู่ในเรื่องการใช้สิทธิในทางที่ผิด (Abuse of right) แต่อะไรเป็นข้อจำกัดที่กำหนดในการใช้สิทธิในการเวนคืน หรือลักษณะการกระทำโดยพลการมีลักษณะอย่างไร ในการศึกษาทางปฏิบัติทางการทูตและกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศในเรื่องการเวนคืน ไม่ว่าแต่ละกรณีหรือโดยทั่วไปแสดงให้เห็นว่ามีลักษณะสามประการที่จะพิจารณาว่ารัฐกระทำการโดยพลการหรือไม่ คือ

1. มูลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ของการเวนคืน (The motives and purpose of expropriation)
2. วิธีการในการเวนคืน (The method or procedure adopted to effect it)
3. ค่าทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่เวนคืน (The compensation given for the expropriated property)<sup>101</sup>

#### 2.8.5 มาตรการต่างๆ ในการเวนคืนรวมทั้งการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือความตกลงสัมปทาน (*Measures of Expropriation Involving the Non-observance of Contracts or Concession Agreements*)

มีแนวโน้มอย่างหนึ่งที่ขยายขอบเขตความเห็นเกี่ยวกับการเวนคืนโดยผิดกฎหมายนั้นรวมถึงกรณีที่รัฐและเอกชนผูกพันตามสัญญาด้วย เมื่อความสัมพันธ์เช่นนั้นมืออยู่ในทางปฏิบัติอาจเกิดสิ่งหนึ่งสิ่งใดในสองสิ่งคือ การเวนคืนอาจกระทบกระเทือน (ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลง) สัญญาหรือความตกลงสัมปทานซึ่งทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน หรืออาจจะไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันพิเศษที่ไม่ใช่การเวนคืนหรือโดยประการอื่นที่กระทบกระเทือนข้อกำหนดที่มีอยู่ในเอกสารนั้น โดยการเทียบเคียงสนธิสัญญา แนวโน้มที่อ้างถึงข้างต้นมาจากความคิดที่ว่า การไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันของรัฐซึ่งมีอยู่ในสัญญาหรือความตกลงสัมปทานเป็นการละเมิดซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยตรงและทันทีทันใด โดยสรุปตามตรรกวิทยาถือว่าหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) นำไปใช้กับสนธิสัญญาและความสัมพันธ์ตามสัญญาอย่างเท่าเทียมกันระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติ

<sup>101</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.14.

ตัวอย่างแนวโน้มนี้ที่กล่าวข้างต้น เช่น Lapradelle ได้เสนอร่างต่อ Institute de droit Internationale โดยร่างได้กำหนดว่า “การโอนเป็นของชาติ” เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ อธิปไตย จะเคารพข้อผูกพันที่เข้าทำตามกฎหมายไม่ว่าโดยสนธิสัญญาหรือโดยสัญญา ข้อมติในเรื่องนี้ได้รับการยอมรับโดยคณะกรรมการระหว่างการประชุมที่เมืองโคโลญจน์ (1985) ของ International-Bar Association โดยกำหนดว่ากฎหมายระหว่างประเทศยอมรับหลัก Pacta Sunt Servanda ในสัญญาพิเศษที่รัฐทั้งหลายทำกับคนชาติของรัฐอื่น เพราะฉะนั้นการเวนคืนซึ่งทรัพย์สินของเอกชนซึ่งละเมิดสัญญาพิเศษที่กระทำโดยรัฐขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ เคยกล่าวกันว่า ความมีอยู่ของสัญญาที่ไม่มีมีการเวนคืนก่อให้เกิดข้อผูกพันที่สูงกว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก่อให้เกิดความรับผิดชอบไม่เพียงแต่การจ่ายค่าทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนเท่านั้น ยังรวมถึงค่าเสียหายให้แก่คนต่างชาติสำหรับความเสียหายที่เข้าได้รับด้วย

อย่างไรก็ตาม ความเห็นส่วนใหญ่ไม่ได้สนับสนุนความเห็นนี้แต่อย่างใด ในสมัยประชุม Siena Session นั้น Institute de Droit Internationale ปฏิเสธข้อเสนอที่จะทำให้รัฐต่างๆ ผูกพันที่จะเคารพสัญญา ข้อโต้แย้งนี้ได้อ้างสนับสนุนความเห็นโดยเชื่อในลักษณะทางกฎหมายของความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนและตามลักษณะที่ไม่สามารถบอกเลิกได้ซึ่งสิทธิของรัฐบาลในการถือเอาที่ดินภายในประเทศไปทำสาธารณประโยชน์ R.Delson กล่าวในการประชุมของ International law Association ว่า “สิทธิของรัฐที่จะเอาทรัพย์สินเพื่อสาธารณประโยชน์เป็นสิทธิพื้นฐานไม่สามารถยอมจำนนต่อสัญญาได้ (ถึงแม้ว่าจะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสมก็ตาม)”

ลักษณะสุดท้ายของปัญหานี้ คือ ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายภายในของรัฐที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นสามารถใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ Schwarzenberger มีความเห็นว่าสัญญาเช่นนี้ได้ข้อสรุปแนวคิดสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาตามหลักกฎหมายท้องถิ่นของรัฐที่ให้สัมปทานซึ่งกฎหมายนั้นมีอยู่แล้วในเวลาที่ทำให้สัมปทานและว่าสัญญาเหล่านั้นสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยเทียบเคียงกับสนธิสัญญา ยกเว้นด้วยเหตุผลตามบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน นอกจากนี้แนวการให้เหตุผลเกิดขึ้นเมื่อคำนึงถึงความยินยอมที่ทำให้เสียไปตามกฎหมายแล้ว สามารถใช้ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศได้หรือไม่ ซึ่งในสาระสำคัญแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) สามารถใช้ความสัมพันธ์เช่นนี้ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่

ตามหลักในการพิจารณาซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป ประการแรกจะต้องแยกระหว่างสัญญาและความตกลงสัมปทานซึ่งบังคับตามกฎหมายท้องถิ่นฝ่ายหนึ่ง และเอกสาร

สมัยใหม่ซึ่งบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือระบบกฎหมายอื่นนอกจากกฎหมายท้องถิ่นอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีแรกผลประโยชน์ของรัฐและแนวคิดเรื่องสาธารณประโยชน์ (Public Utility) ซึ่งขึ้นอยู่กับสิทธิในการเวนคืนจะต้องมีอยู่ต่อไปเหนือผลประโยชน์ของเอกชน ไม่มีเอกชนคนใดไม่ว่าคนชาติรัฐหรือคนชาติรัฐอื่นสามารถจะละเลยบทกฎหมายอันเป็นสากลนี้ได้ และเอกชนทั้งหมดนั้นมีสิทธิเพียงได้รับค่าทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนนั้น ในประการที่สอง ฐานะของเอกสารแตกต่างออกไปโดยกำหนดว่า เอกสารนั้นมีความสัมพันธ์ตามสัญญาลักษณะระหว่างประเทศ (internationalization) สำหรับขอบเขตเช่นนั้นรัฐไม่มีสิทธิที่จะอ้างหลักกฎหมายภายในใด ๆ ได้<sup>102</sup>

### 2.8.6 มุลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ในการเวนคืน (Motives and purposes of expropriation)

ความแตกต่างระหว่างการเวนคืนและการกระทำในรูปแบบอื่นของรัฐที่กระทบกระเทือนทรัพย์สินของเอกชน มุลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ในการกระทำของรัฐเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของการเวนคืน ปัญหาที่จะพิจารณาในขณะนี้คือ ขอบเขตซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดลักษณะของการเวนคืนนี้ นักวิชาการบางคนมีความเห็นว่า ถึงแม้ในกรณีรุนแรงซึ่งรัฐยึดเอาทรัพย์สินของคนต่างชาติโดยไม่ให้เห็นผลหรือมุลเหตุในการกระทำของรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่มีหลักเกณฑ์พิเศษแต่อย่างใดเกี่ยวกับกรณีเช่นนั้น ในแนวทางที่แตกต่างจากการเวนคืนธรรมดาเพื่อสาธารณประโยชน์

อีกประการหนึ่ง มีการโต้แย้งกันว่าอำนาจในการเวนคืนตามหลักกฎหมายเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนหรือสวัสดิภาพทั่วไปของสังคม และแม้ว่าสวัสดิภาพของประชาชนได้รับการพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศว่ามีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งจะทำให้หลักการเคารพสิทธิของเอกชนเสียไป โดยขึ้นอยู่กับเงื่อนไขความจำเป็นเพื่อประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ การตัดสินของศาลระหว่างประเทศจำนวนมากสนับสนุนความเห็นนี้ ข้อกำหนดที่ว่า การเวนคืนจะต้องมีการให้เหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์นั้นมียุติในสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก<sup>103</sup>

ตามหลักการแล้ว การพิสูจน์ถึงการกระทำโดยพลการ (arbitrariness) สามารถใช้ได้กับมุลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ของการเวนคืน ถ้ากฎหมายระหว่างประเทศยอมรับอำนาจอันกว้างขวางของรัฐที่จะเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนตามเหตุผลที่ว่าผลประโยชน์ของ

<sup>102</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.15.

<sup>103</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.15.



เอกชนจะต้องยอมยกให้แก่ผลประโยชน์ทั่วไปและสวัสดิภาพของประชาชนเช่นเดียวกับกฎหมายภายใน ซึ่งการใช้อำนาจเช่นนี้ของรัฐจะต้องให้เหตุผลอย่างชัดเจนเพื่อสาธารณประโยชน์ สำหรับการกระทำโดยพลการกรณีการเวนคืนในพฤติการณ์บางอย่างอาจคิดว่าเหมาะสมที่จะยกเว้นให้รัฐเพื่อปฏิบัติให้บรรลุผลสำเร็จตามข้อกำหนดซึ่งปรากฏว่าเป็นข้อจำเป็นอย่างหนึ่งด้วย แต่ในกรณีเช่นนี้การยกเว้นจะขึ้นอยู่กับเหตุผลที่คืออย่างไรก็ตาม ถ้าไม่ใช่พฤติการณ์ในการยึดเอาทรัพย์สินของรัฐโดยพลการหรือด้วยเหตุผลอื่นไม่ใช่เพื่อสาธารณประโยชน์ที่ถือว่าสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ คำกล่าวนี้ไม่แตกต่างจากความเห็นที่นักวิชาการทั้งหลายที่ได้อ้างเหตุผลว่า อำนาจที่กำหนดภายในของรัฐในเรื่องนี้ในทางปฏิบัติแล้วมีขอบเขตไม่จำกัด ความเห็นดังกล่าวนี้เป็นที่เข้าใจกันว่าหมายความเพียงว่าเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้กฎหมายท้องถิ่นและไม่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดในแต่ละกรณีเกี่ยวกับคำว่า “สาธารณประโยชน์” หรือมูลเหตุจูงใจอื่น หรือวัตถุประสงค์เพื่อให้เหตุผลในการเวนคืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันเมื่อระบบทรัพย์สินเอกชนแตกต่างกันอย่างมาก ไม่จำเป็นที่จะพยายามทำให้ระบบทรัพย์สินเอกชนเป็นลักษณะระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่กับรัฐซึ่งได้ยอมรับอิกระบบหนึ่งในกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐนั่นเอง เพราะฉะนั้นเป็นการเพียงพอที่กำหนดว่ารัฐทั้งหมดจะปฏิบัติตามเงื่อนไข หรือข้อกำหนดซึ่งเหมือนกันทั้งหมด กล่าวคือว่าการใช้อำนาจเวนคืนเป็นสิ่งจำเป็นและให้เหตุผลเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับสาธารณะ ถ้าไม่มีเหตุผลเช่นนี้ การเวนคืนก็จะเป็นการกระทำโดยพลการ เพราะฉะนั้นรัฐจึงมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ<sup>104</sup>

### 2.8.7 ปัญหาที่เกี่ยวกับการเวนคืน (*Questions Concerning the Method of Expropriation*)

กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับให้รัฐมีเสรีภาพมากในการดำเนินการเวนคืนมากกว่าที่จะคำนึงถึงมูลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ในการเวนคืน ตัวอย่างเช่น ระบบการเวนคืนเป็นผลมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง หรือกรณีการโอนเป็นของชาติตามกฎหมายพิเศษเป็นเรื่องเดียวกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ตามที่ยอมรับกันโดยนักวิชาการทั้งหลายที่ยืนยันถึงความเป็นเอกของกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องการเวนคืน กฎหมายเวนคืนจะต้องแสดงลักษณะที่เหมือนกันกับกฎหมายทั้งหลายที่ตกอยู่ภายใต้การใช้อำนาจของรัฐบาลและจะต้องเป็นผลตามปกติในการปฏิบัติตามกลไกทางการเมืองนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการปฏิบัติตามปกติตามกลไกของรัฐบาล การไม่ปฏิบัติเช่นนี้เท่ากับเป็นการผิดกฎหมาย

<sup>104</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.16.

Schwarzenberger ซึ่งยึดถือตามการตัดสินของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงตัวอย่างของการเวนคืนว่าถ้าการเวนคืนขัดกันมาตรฐานขั้นต่ำ ความไม่ถูกต้องของกฎหมายเวนคืนไม่มีผลแต่อย่างใด ถ้ามีการชำระค่าทดแทนอย่างเพียงพอ ข้อบทประเพณีนี้มีอยู่ในสนธิสัญญาบางฉบับ ดังนั้นสนธิสัญญามิตรไมตรีพาณิชย์และความสัมพันธ์ทางกงสุลระหว่างสหรัฐอเมริกาและเยอรมัน (Treaty of Friendship Commerce and Consular Relations between the United State of America and Germany 1923) ระบุว่าทรัพย์สินจะไม่ถูกยึดไปโดยปราศจากกระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสม และใน Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1952) กำหนดว่า “ผู้ใดจะเอาไปไม่ได้ซึ่งความเป็นเจ้าของของเขา เว้นแต่เพื่อสาธารณประโยชน์และขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย และโดยหลักกฎหมายทั่วไป (มาตรา 1)”

เพราะฉะนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าการพิสูจน์การกระทำโดยพลการสามารถนำไปใช้กับวิธีการที่ใช้ในการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติเหมือนกับมาตรการอื่นๆ ที่กระทบกระเทือนสิทธิของคนต่างชาติที่ยึดเอาโดยรัฐ การเวนคืนอาจอยู่ในแนวทางการดำเนินการซึ่งทำให้เกิดผลในเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรม ในกรณีเช่นนี้ รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ตัวอย่างที่ชัดเจนมากที่สุด คือ วิธีการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติรัฐและคนชาติรัฐอื่น โดยไม่สามารถแสดงเหตุผลได้ อย่างไรก็ตามการปฏิเสธความยุติธรรมอาจเป็นผลมาจากความไม่ถูกต้องในวิธีการก็ได้ หรือในความหมายที่กว้างที่สุดอาจกำหนดขึ้นด้วยเหตุผลอื่นภายใต้ข้อสงวนเหล่านี้ ดูเหมือนว่าไม่สามารถหนีไปจากหลักทั่วไปได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตาม หลักการพื้นฐานที่บังคับความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ อาจกล่าวได้ว่ารัฐไม่อยู่ภายใต้ข้อผูกพันใดๆ ที่จะยอมรับวิธีการอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายภายใน และรัฐอาจละทิ้งแนวทางและวิธีการตามปกติซึ่งกำหนดว่าในการกระทำเช่นนั้น รัฐไม่เลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติ หรือกระทำการอื่นใดหรือละเว้นการกระทำที่เป็นการกระทำโดยพลการอย่างชัดเจน โดยสรุป เสรีภาพในการกระทำของรัฐเกี่ยวกับแนวทางและวิธีการต่างๆ มีความหมายที่กว้างกว่าที่รัฐได้รับประโยชน์ โดยคำนึงถึงเหตุผลและวัตถุประสงค์ในการเวนคืน<sup>105</sup>

## 2.9 การชดเชยค่าทดแทน (Compensation)

จากความเห็นระหว่างประเทศ ค่าทดแทนเป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับเรื่องการเวนคืนเพื่อสาธารณประโยชน์ ถึงแม้มาตรการในการเวนคืนอาจจะกระทำโดยพลการ เนื่องจากเหตุผลของการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดต่างๆ ที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ค่าทดแทนก็ยังเป็นข้อกำหนด

<sup>105</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.16.

เบื้องต้น แม้ในกรณีการเวนคืนที่มีลักษณะทั่วไปไม่ใช่ส่วนบุคคล ด้วยเหตุผลนี้ ค่าทดแทนถือกันว่าสำคัญในทางปฏิบัติทางการทูตและในทางศาล

### 2.9.1 ลักษณะทางกฎหมายของการใช้ใช้ค่าทดแทน (*Legal nature of Compensation*)

ก่อนพิจารณาต่อไป ควรที่จะจำกัดคำว่า “การชดใช้ค่าทดแทน” หรือ “compensation” ในเรื่องการเวนคืนเนื่องจากมีคำที่เหมือนกันถูกใช้การกำหนดอีกรูปแบบหนึ่งคือ คำว่า “การชดใช้ค่าเสียหาย” หรือ “reparation” สำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็น การละเมิด หรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย ถึงแม้ว่าการชดใช้ค่าทดแทนและการชดใช้ค่าเสียหายบาง จุดที่เหมือนกัน แต่ความจริงแล้วทั้งสองเรื่องนี้แตกต่างกัน โดยสิ้นเชิงเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายที่ ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในคดี Chorzow Factory Case ว่าความแตกต่างที่เกิด จากลักษณะของการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการชดใช้ค่าทดแทน (compensation) กรณีที่มีการกระทำที่ ผิดกฎหมายรวมทั้งการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ดังที่ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาว่า การชดใช้ค่าทดแทนเป็นรูปแบบหนึ่งของการชดใช้ค่าเสียหายที่ได้รับและอาจจะครอบคลุมถึงไม่ เพียงแต่ความเสียหายโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเสียหายอื่นๆ ที่เกิดจากการกระทำผิด กฎหมาย หรือการละเว้นการกระทำซึ่งจะต้องชดใช้ค่าเสียหายด้วย การชดใช้ค่าทดแทนสำหรับการ เวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมายถูกจำกัดเพียงราคาของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน ในขณะที่ในกรณีการกระทำผิด กฎหมายความรับผิดชอบเกิดขึ้นโดยตรงและในทันทีทันใดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ความรับผิดชอบในกรณีการเวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมายจะขึ้นอยู่กับจำนวนค่า ทดแทนการชำระโดยทันทีทันใดและรูปแบบของค่าทดแทนที่จ่ายเพียงเท่าที่ค่าเสียหายที่มีอยู่ ความ จริงแล้วความรับผิดชอบเกิดจากลักษณะของการชดใช้ค่าทดแทนตามอำเภอใจ (arbitrary) เพราะฉะนั้น ความสำคัญของการศึกษาเพื่อให้รู้ถึงลักษณะทางกฎหมายของการชดใช้ค่าทดแทนในการเวนคืนไม่ เพียงแต่เพื่อพิจารณาว่าเมื่อใดและด้วยเหตุผลอันใดที่ความรับผิดชอบระหว่างประเทศเกิดขึ้น แต่ใน ความหมายที่สำคัญยังรวมถึงเพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนที่เกี่ยวกับมาตรฐานที่ใช้เพื่อพิจารณาจำนวน ค่าทดแทนและเวลา และรูปแบบของการชำระค่าทดแทนด้วย

อีกประการหนึ่งที่จะพิจารณาคือว่า การชดใช้ค่าทดแทนเป็นเงื่อนไขที่ จำเป็นของการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ทั้งในทฤษฎีทางกฎหมายและในทางปฏิบัติ ความเห็นสำคัญถือว่าการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติโดยไม่มีค่าทดแทนคือ การริบทรัพย์สิน (confiscation) หรือไม่ ถึงแม้ว่านักวิชาการหลายคนถือว่าการเวนคืนที่ไม่มีการชดใช้ค่าทดแทน กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าเป็นการริบทรัพย์สินด้วย เกี่ยวกับเรื่องนี้มีปัญหาสองประการที่

จะต้องให้คำตอบ ประการแรกคือ ตามข้อเท็จจริงอยู่ภายใต้ข้อผูกพันที่จะชดเชยให้คนต่างชาติ สำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนหรือไม่ และประการที่สอง สำหรับขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้ากำหนดข้อผูกพันเช่นนั้นต่อรัฐจะถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าทดแทนหรือไม่ ซึ่งจะพิจารณาต่อไป แต่ที่ควรสังเกตคือ ถึงแม้ว่าการชดเชยค่าทดแทนไม่สามารถแยกออกได้จากการเวนคืน การริบทรัพย์สินไม่ควรที่จะทำให้สับสนกับการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ในขณะที่มีลักษณะเป็นการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ซึ่งทำให้ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ และด้วยเหตุนี้ทำให้มีความรับผิดชอบของรัฐโดยตรงและในทันทีทันใด มาตรการต่างๆ ที่มีลักษณะเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่เหมือนกันได้ อย่างไรก็ตามฐานะที่แตกต่างกันเกี่ยวกับสิ่งที่ถูกเรียกขานว่าการเวนคืน “โดยพลการ” นั้น ถึงแม้ว่าถ้าการชดเชยค่าเสียหายเป็นข้อกำหนดที่ไม่สามารถหนีพ้นไปได้ การริบทรัพย์สินมาจากหรือเกิดจากมาตรการซึ่งถูกต้องตามกฎหมายในตัวเองความรับผิดชอบระหว่างประเทศเกิดขึ้นเฉพาะจากการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการชดเชยค่าทดแทนเท่านั้น ในปัจจุบันนี้ ความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างการเวนคืนและการริบทรัพย์สินมีอยู่ไม่มากในการมีหรือไม่มีค่าทดแทน เท่ากับมูลเหตุจงใจหรือวัตถุประสงค์ของการยึดโดยรัฐ ในความเห็นตามข้อเท็จจริงว่าการเวนคืนที่ไม่มีค่าทดแทนอาจถูกต้องตามกฎหมาย (แม้แต่จากความเห็นระหว่างประเทศ) คำว่า ริบทรัพย์สินจะนำไปใช้เฉพาะกับมาตรการต่างๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นการลงโทษ หรือการยึดทรัพย์สินที่มีเหตุผลทางการเมือง เพราะฉะนั้นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณามาตรการประเภทนี้คือว่าด้วยเหตุผลมีลักษณะเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐ “โดยพลการ” ที่ก่อให้เกิดการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่<sup>106</sup>

### 2.9.2 ข้อผูกพันในการใช้ค่าทดแทนและกฎหมายที่ใช้บังคับ (*The Obligation to indemnity and the law governing it*)

ในการพิจารณาปัญหาค่าทดแทนมีความสำคัญที่จะพิจารณาว่ามันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ที่ว่าการเวนคืนทรัพย์สินของต่างชาติผูกพันให้รัฐชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าของต่างชาติ และถ้าเป็นเช่นนั้นกฎหมายอะไรที่จะใช้บังคับ จะต้องศึกษาให้รู้ว่าขอบเขตของพันธกรณีนั้นมีอย่างไรที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศเองและกฎหมายภายในกำหนดขอบเขตไว้เพียงใด ที่กำหนดจำนวนค่าทดแทน เวลา และแบบของการชำระค่าทดแทน ถึงแม้ว่าอาจจะไม่ชอบด้วยเหตุผลที่แนะนำว่า ข้อผูกพันที่กำหนดขึ้น โดยกฎหมายระหว่างประเทศอาจบังคับโดยหลักกฎหมายอื่น เหตุการณ์เช่นนี้ไม่พบบ่อยนักในการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายท้องถิ่น ความจริงแล้วปัญหาที่ว่า

<sup>106</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.16.

กำหนดหน้าที่และขอบเขตของการใช้ระบบกฎหมายสองระบบในความสัมพันธ์กับหน้าที่ในการชำระค่าทดแทนเป็นปัญหาที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ

ประการแรก มีความจำเป็นที่จะตรวจสอบปัญหาอันสำคัญ กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหน้าที่ให้รัฐจ่ายค่าทดแทนแก่คนต่างชาติสำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนหรือไม่ ความเห็นของนักวิชาการบางท่านปฏิเสธ เช่น Strupp เห็นว่าไม่มีหลักกฎหมายจารีตประเพณีห้ามไม่ให้รัฐเวนคืนทรัพย์สินของคนชาติรัฐอื่น โดยมีหรือไม่มีค่าทดแทน หรือความไม่เสมอภาคระหว่างคนชาติรัฐเองกับคนต่างชาติ (ในกรณีไม่มีสนธิสัญญาการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับคนชาติ ซึ่งคนต่างชาติต้องการมากที่สุด) และไม่ว่ามาตรการที่มีปัญหานั้น ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไม่บังคับต่อคนต่างชาติโดยทั่วไป Kaackenbeek แสดงความเห็นว่าการยกเลิกโดยกฎหมายซึ่งสิทธิที่ได้รับมา (Acquired Right) ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในเรื่องค่าทดแทน เพราะฉะนั้น จึงจำเป็นที่จะพิสูจน์ให้รู้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่สามารถใช้ในการพิจารณาในกรณีการชำระค่าทดแทนมีความจำเป็นหรือไม่ เขาสรุปว่า หลักเกณฑ์ที่ยอมรับว่ามีผลหรือเป็นมาตรฐาน คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (the principle of non-discrimination) ถึงแม้คนอื่นอาจจะกล่าวในความหมายเดียวกัน แต่จะเห็นได้ว่าความเห็นที่สำคัญถือว่ารัฐอยู่ภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศที่จะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่เป็นคนต่างชาติ

ความเห็นในทางปฏิเสธไม่ปรากฏว่าได้รับการสนับสนุนในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ กฎหมายจากคดีที่สืบเนื่องกันมาซึ่งขึ้นอยู่กับหลักการเคารพสิทธิได้มา (Acquired Right) และห้ามการกระทำในลามิคอร์ได้ มีคดีตัวอย่างหลายคดีสนับสนุนความเห็นในเชิงยืนยันในคดี Upton Case (1903) คณะกรรมาธิการผสมถือว่าสิทธิของรัฐที่จะถือเอาทรัพย์สินของเอกชนเพื่อสาธารณประโยชน์ไม่มีปัญหาแต่อย่างใด แต่มักจะสอดคล้องกับพันธกรณีที่จะต้องให้ค่าทดแทนแก่เจ้าของทรัพย์สินนั้น ในคดี de Sabla Case (1933) คณะกรรมาธิการได้ตรวจสอบปัญหา นี้โดยตรงจากปัญหาเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศ “เป็นความจริงโดยไม่ต้องพิสูจน์ว่ากฎหมายต่างๆ ของรัฐบาลถือเอาทรัพย์สินของคนต่างชาติโดยปราศจากค่าทดแทนนั้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ” อีกคดีหนึ่ง ถือว่าสิทธิในการเวนคืน “ไม่มีอยู่เป็นสิทธิที่จะแยกต่างหากจากพันธกรณีที่ จะทำการชดใช้ค่าทดแทน” ในคดี Chorzow Factory Case ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศประกาศว่า การจ่ายค่าทดแทนที่ยุติธรรมเป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้การเวนคืนถูกต้องตามกฎหมาย คดีตัวอย่างเหล่านี้และคดีอื่นๆ จะมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมกรณีอยู่ในยามสงครามหรือในภาวะฉุกเฉินของชาติ

กลุ่มของกฎหมายจากคดี (case-law) มีรากฐานมาจากแนวความคิดเรื่องทรัพย์สินของเอกชน ซึ่งมีลักษณะสำคัญว่าในกฎหมายท้องถิ่นจนกระทั่งสงครามโลกครั้งที่ 1



เนื่องจากสมัยนั้นมีแนวโน้มที่แตกต่างกัน บางคดีมีความสำคัญมากซึ่งพบได้ในกฎหมายเปรียบเทียบและระบบกฎหมายท้องถิ่นในยุคเดียวกันถูกแทนที่ด้วยความเห็นสามกลุ่ม คือ กลุ่มแรกคือรัฐทั้งหลายยังคงดำเนินต่อไปตามหลักเศรษฐกิจเสรีนิยม การเวนคืนเพื่อสาธารณประโยชน์เป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายเฉพาะเมื่อมีการชำระค่าทดแทนเท่านั้น กลุ่มนี้ยังคงมีเสียงส่วนใหญ่ของรัฐทั้งหลายอยู่ รัฐในกลุ่มที่สองเป็นผลมาจากการเน้นในเรื่องหน้าที่ของทรัพย์สินในทางสังคม (social function of property) การชดเชยค่าทดแทนไม่ได้รับการพิจารณาอีกต่อไปว่าเป็นสาระสำคัญของการเวนคืน ในกลุ่มที่สาม ประกอบด้วยรัฐที่มีระบบเศรษฐกิจสังคมนิยม ซึ่งกรรมสิทธิ์ในวิธีการผลิตได้โอนไปเป็นของรัฐ และทรัพย์สินของเอกชนลดลงเป็นจำนวนน้อย การชดเชยค่าทดแทนซึ่งมีลักษณะบังคับแต่ดั้งเดิมนั้นสูญเสียไปและขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์และวิจารณ์านของรัฐโดยสิ้นเชิง

ที่กล่าวมาข้างต้น จะต้องไม่เป็นที่เข้าใจว่า ผลของกฎหมายท้องถิ่นที่แตกต่างกันนี้ตัดหลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับข้อผูกพันระหว่างประเทศของรัฐในการจ่ายค่าทดแทนให้คนต่างชาติสำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนเพื่อสาธารณประโยชน์ หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันโดยอารยชาติทั้งหลาย (The principle of law recognized by civilized nations) ปัจจุบันนี้ได้กลายเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศจารีตประเพณีไปแล้ว เหมือนกับหลักกฎหมายอื่นๆ พันธกรณีระหว่างประเทศในการจ่ายค่าทดแทนอาจได้รับการเปลี่ยนแปลงหรือแม้แต่การแยกไว้ต่างหากด้วย ถ้าไม่สอดคล้องกับความจำเป็นและประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศดังเช่นที่ได้เกิดขึ้นแล้วในกรณีของบางหลัก แต่กรณีนี้ไม่ใช่หลักการเคารพสิทธิได้มาของคนต่างชาติที่กำหนดค่าทดแทนในการเวนคืน ไม่ว่าจะเอกชนหรือส่วนรวมด้วยเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์ดังเช่นในกรณีของพันธกรณีระหว่างประเทศ รัฐไม่อาจอ้างการปกป้องตามกฎหมายท้องถิ่นได้

อย่างไรก็ตาม การไม่มีอคติต่อความสมบูรณ์และความมีผลสืบเนื่องกันมาของหลักนี้ ข้อยกเว้นต่างๆ อาจมีการยอมรับได้ ข้อยกเว้นหนึ่งซึ่งดูเหมือนได้ให้เหตุผลทั้งหมดไว้ ถือว่าการเวนคืนทรัพย์สินที่ได้มาตามระบบกฎหมายท้องถิ่นซึ่งไม่ได้มีการพิจารณาค่าทดแทนหรือปล่อยให้ค่าทดแทนอยู่ในดุลยพินิจของรัฐ คนต่างชาติที่ทำการลงทุนในพฤติกรรมเช่นนี้จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายภายในและยอมรับว่าสมบูรณ์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งการกระทำใดๆ ที่กระทำโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจตามบทบัญญัติเหล่านั้น สถานะนี้แตกต่างโดยสิ้นเชิง จากสถานะของคนต่างชาติซึ่งอยู่ภายใต้มาตรการในการเวนคืนซึ่งละเมิดกฎหมายที่ใช้บังคับในเวลาที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินของเขาหรือมาตรการที่กระทำภายใต้กฎหมายใหม่ซึ่งยกเลิกหรือแก้ไขให้มีผลย้อนหลัง (Retroactive Effect) ซึ่งกฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ก่อนนั้น

สถานะเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องเหมือนกับเมื่อรัฐเชื่อเชิญหรือส่งเสริมโดยการโฆษณา ชักชวน หรือวิธีการอื่นสำหรับเงินทุนต่างประเทศเพื่อลงทุนในอุตสาหกรรมที่จำเป็นเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

ได้มีการโต้แย้งว่า ในกรณีเช่นนี้การใช้หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppels) หรือ Venire Contra Proprium ทำให้การเวนคืนไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทน แต่ถึงแม้การเชื่อเชิญของรัฐจะยอมรับอย่างชัดเจนว่าจะไม่ทำการเวนคืนโดยไม่ชดใช้ค่าทดแทนซึ่งเป็นการยากที่จะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้าใจว่าสามารถที่จะได้สิทธิการชดใช้ค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนได้อย่างไร ถ้าการเชื่อเชิญไม่ชัดเจนในเรื่องนี้ คนต่างชาติที่เกี่ยวข้องก็ไม่สามารถได้สิทธิมากกว่าสิทธิที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายท้องถิ่นที่ใช้บังคับในเวลาทำการลงทุนนั้น

ในประการที่สอง ขอบเขตสำหรับข้อผูกพันในการชำระค่าทดแทนถูกบังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศเอง และในขอบเขตสำหรับกฎหมายภายในที่จะกำหนดจำนวนค่าทดแทนและในเวลาและแบบของการชำระเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นทางปฏิบัติในระยะเวลาเดียวกันมีอยู่เสมอเฉพาะปัญหาที่ก่อให้เกิดความยุ่งยากจริงๆ ในกรณีไม่มีสนธิสัญญาซึ่งใช้พิจารณาว่าการชดใช้ค่าทดแทนทำได้เมื่อใด และจำนวนเท่าใด การยอมรับหลักที่ว่ารัฐอยู่ภายใต้ข้อผูกพันระหว่างประเทศเพื่อชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินต่างชาติไม่เป็นการเพียงพอในตัวของมันเอง หลักนี้ไม่สามารถใช้ได้ด้วยตัวเองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งบังคับเกี่ยวกับจำนวนการชำระทันทีทันใด และแบบของการชดใช้ค่าทดแทน เพราะฉะนั้นหลักนี้ซึ่งรัฐบางรัฐได้สนับสนุนมานาน และมีความเห็นเชิงเปรียบเทียบในหนังสือกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งไม่เพียงแต่กำหนดข้อผูกพันในการชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น แต่ยังกำหนดค่าทดแทนจะต้องยุติธรรม (just) พอเพียง (adequate) ชดใช้ทันทีทันใด (prompt) และอย่างเป็นผล (effective) เพื่อให้สมบูรณระหว่างประเทศด้วย

ปัญหาว่าหลักนี้สะท้อนให้เห็นทางปฏิบัติระหว่างประเทศในระยะเวลาเดียวกันหรือไม่ หรือสอดคล้องกับกฎหมายจากคติระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้ตรวจสอบต่อไป ในตอนแรกนี้อาจจะเป็นประโยชน์ที่จะพิจารณาปัญหาอันสำคัญว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าตอบแทนในกรณีเวนคืนทรัพย์สินเอกชนเป็นกรณีเดียวกันกับการโอนเป็นของชาติหรือไม่ ระบบตามรัฐธรรมนูญซึ่งยังกำหนดการชำระทันทีทันใด ยุติธรรม และการชดใช้ค่าทดแทนอย่างเป็นผล เกี่ยวกับการเวนคืนแบบปกติธรรมดา นี้ได้รับการสนับสนุนโดยข้อเท็จจริงที่แม้แต่ในประเทศที่

กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดการชดใช้ค่าทดแทนประเภทนี้ระบบที่แตกต่างอีกระบบหนึ่งซึ่งตามปกติถูกแนะนำเมื่อมาตรการในการเวนคืนได้รับการปฏิบัติให้บรรลุผล<sup>107</sup>

### 2.9.3 จำนวนค่าทดแทนมาตรฐานในการประเมินราคาทรัพย์สินที่เวนคืน

*(Amount of compensation and criterion for valuation of the property expropriated)*

เกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทน แนวโน้มทั่วไปในการเวนคืนทรัพย์สินเอกชนยังคงให้ชำระค่าทดแทนอย่างยุติธรรม หรือชำระอย่างพอเพียง คำกล่าวนี้เกิดจากกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ อย่างน้อยในทางปฏิบัติตามจารีตประเพณี ในคดี Delagoa Ray Railway Case (1900) ใน Compromis ปี 1891 ศาลอนุญาโตตุลาการ ได้มีคำชี้ขาดที่เห็นว่ายุติธรรมที่สุดเกี่ยวกับจำนวนการชดใช้ค่าทดแทนที่จ่ายโดยโปรตุเกส ในคดี Norwegian Claims Case (1922) ศาลประจำอนุญาโตตุลาการถือว่าผู้อ้างสิทธิมีสิทธิในค่าทดแทนที่ยุติธรรมตามกฎหมายท้องถิ่นของสหรัฐ เช่นเดียวกับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในคดี Chorzow Factory Case ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ค่าทดแทนที่ยุติธรรมเป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้การเวนคืนถูกต้องตามกฎหมาย

คำว่า ค่าทดแทนอย่างพอเพียง (adequate) หรือข้อความที่คล้ายคลึงกัน ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาจำนวนมากซึ่งส่วนมากที่สหรัฐเป็นคู่ภาคี ตามหลักทั่วไปสนธิสัญญาเหล่านี้ถูกกำหนดตามความเห็นที่ยอมรับกันว่าเป็นความเห็นที่ดีที่สุดแล้ว โดยกำหนดว่าค่าทดแทนจะต้องจ่ายทันทีทันใด (prompt) และเป็นผล (effective) ตัวอย่างในทางปฏิบัติคือสนธิสัญญามิตรไมตรีพาณิชย์และการเดินเรือกับกรีซในปี 1951 ในมาตรา VII ได้กำหนดให้จ่ายค่าทดแทนที่ยุติธรรมในทันทีทันใดในรูปแบบที่มีประสิทธิผล รวมทั้งตัวอย่างในสนธิสัญญาอื่นๆ อีกเป็นจำนวนมาก

ในความเห็นเกี่ยวกับขอบเขตอันสำคัญสำหรับกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศสนธิสัญญาต่างๆ ที่กล่าวถึงข้างต้น และหลักทั่วไปในเรื่องที่ได้รับอิทธิพลโดยกฎหมายท้องถิ่น การเปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจนที่แสดงให้เห็นในรัฐธรรมนูญส่วนมาก โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญที่ร่างก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง และรัฐธรรมนูญที่ยังบังคับใช้อยู่ได้ยังกำหนดให้ชดใช้ค่าทดแทนอย่างยุติธรรมอย่างเพียงพอและเต็มจำนวน ในขณะที่รัฐธรรมนูญหลังสงครามมักจะใช้คำว่า มากพอ (fair) ยุติธรรม (equitable) และพอสมควร (reasonable) ในบางคดีอย่างน้อยความแตกต่างเหล่านี้เป็นเรื่องถ้อยคำมากกว่าสะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชนที่ทำให้การประเมินผลแตกต่างกันเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนที่รัฐสามารถจ่ายได้ ที่สำคัญมากกว่าคือข้อเท็จจริงที่รัฐธรรมนูญสมัยใหม่จำนวนมากมักจะพิจารณาว่าค่าทดแทน

<sup>107</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.17-19.

เป็นสาระสำคัญของการเวนคืนด้วยเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์แต่ไม่มีการอ้างถึงแต่อย่างใด เกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนที่พิจารณาว่าเหมาะสมหรือให้อำนาจรัฐเพื่อกำหนดจำนวนค่าทดแทน เมื่อมาตรการในการเวนคืนได้รับการปฏิบัติให้บรรลุผล

ในบางกรณีข้อกำหนดที่ว่าค่าทดแทนควรมีจำนวนเพียงพอหรือยุติธรรม ในตัวของมันเองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เพียงพอ เพื่อพิจารณาจำนวนค่าทดแทนที่จะจ่าย ถึงแม้จะไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการตีความ การใช้ข้อความเหล่านี้ก็ยกก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนที่ควรจ่ายอย่างเหมาะสมและทันทีทันใดให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน ในกรณีและพฤติการณ์ที่แตกต่างกันที่อาจเกิดขึ้น กล่าวอีกอย่างหนึ่งจำเป็นที่จะต้องรู้แน่ชัดว่าหลักเกณฑ์ที่จะต้องปฏิบัติตามในการประเมินค่าทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน และเกี่ยวกับเรื่องนี้จะต้องกล่าวว่า ทั่วๆ ทั่วๆ ที่มีความคล้ายคลึงกันซึ่งไม่สามารถปฏิเสธได้และจุดที่บรรจบกันระหว่างหลักเกณฑ์เหล่านี้เป็นอย่างไร หลักเกณฑ์เหล่านี้ไม่ควรทำให้สับสนกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาจำนวนค่าทดแทน ในกรณีความเสียหายเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ผิดกฎหมายของรัฐ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติได้มีการวางมาตรฐานอย่างเป็นระบบซึ่งได้มีการปฏิบัติตามแล้วในทางปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้ซื้อที่ดินอยู่รวมว่าศาลประจำยุติธรรมได้วางมาตรฐานเกี่ยวกับ “ราคา ในขณะที่ทำการรับทรัพย์สินบวกกับดอกเบี้ยจนถึงวันที่จ่ายเงินนั้น”

ถึงแม้ว่าภายใต้หลักเกณฑ์นี้ ความยุ่งยากทั้งหมดไม่ได้รับการแก้ไข ตัวอย่างเช่น ในการประมาณราคาจะต้องให้น้ำหนักสำหรับการเสื่อมราคาของทรัพย์สินหรือของเงินตราที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายนั้น บัญชีสามารถรับได้เพียงใด หรือทรัพย์สินที่จะต้องไม่ได้คำนวณราคาได้อย่างไร ปัญหาเหล่านี้และปัญหาอื่นๆ อีกมาก ซึ่งอาจเกิดขึ้นและได้เกิดขึ้นในทางปฏิบัติไม่ได้รับการแก้ปัญหาด้วยวิธีเดียวกันในทุกคดี หรือไม่ใช่ว่ามันเป็นไปได้ที่จะแก้ปัญหาตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้แล้วหรือได้รับการพิจารณามาก่อน ระดับของความไม่แน่นอนซึ่งมีอยู่เป็นผลจากฐานที่แตกต่างกันสำหรับการเวนคืนที่เกิดขึ้นเนื่องจากทรัพย์สินแตกต่างกันซึ่งอาจจะเป็นเรื่องวัตถุประสงค์ของการเวนคืนและในพฤติการณ์ที่ต่างกัน<sup>108</sup>

#### 2.9.4 การชดใช้ค่าทดแทนทันทีทันใดและรูปแบบในการจ่ายค่าทดแทน

*(Promptness of Compensation and Form in which Payment is to be Made)*

เงื่อนไขอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการชำระค่าทดแทน นั่นคือค่าทดแทนควรจ่ายทันทีทันใด และเป็นผล ตัวอย่างเช่น ในคดี Norwegian claims case ศาลได้กล่าวว่า การชดใช้ค่าทดแทนอย่างยุติธรรมในเวลาที่เหมาะสม และในคดี Goldenberg case

<sup>108</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.19-20.

(เยอรมัน-โรมเนีย 1928) อนุญาโตตุลาการถือว่า ถึงแม้กฎหมายระหว่างประเทศให้อำนาจแก่รัฐ กระทำการยกเว้นหลักการเคารพสิทธิของเอกชนต่างชาติเพื่อสาธารณประโยชน์รัฐทำตามเงื่อนไขที่ จำเป็นซึ่งรัฐจะต้องจ่ายเงินพอสมควรอย่างรวดเร็วเท่าที่จะทำได้สำหรับทรัพย์สินที่เวนคืนหรือถูก ครอบครอง

เกี่ยวกับคำว่าจ่ายเงินอย่างเป็นผลนั้น เหตุผลที่ปรากฏไม่สามารถ คาดหวังได้ว่ารัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติกำหนดรูปแบบในการชำระค่าทดแทนอย่างไร ทางปฏิบัติ ตามปกติคือจะต้องจ่ายค่าทดแทนเป็นเงินสดในระบบเงินตราตามกฎหมายในกฎหมายของยุโรป หลังสงคราม มาตรการในการโอนเป็นของชาติจะต้องปฏิบัติตามนั้น การชำระค่าทดแทนพบได้ เสมอ แม้แต่ในกรณีของประเทศทางตะวันตกบางประเทศ การชำระค่าทดแทนนั้นกระทำในรูปของ พันธบัตรรัฐบาล<sup>109</sup>

### 2.9.5 ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับข้อกำหนดในเรื่องค่าทดแทน (General

#### *Consideration Concerning the Requirement in Regard to Compensation)*

ตามที่กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐในการชดเชย ค่าทดแทนให้แก่เจ้าของทรัพย์สินชาวต่างชาติยังไม่มีข้อยุติเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับพันธกรณี จะต้องศึกษาให้รู้ว่าพันธกรณีนั้นมีขอบเขตอย่างไร ถ้าได้รับการสันนิษฐานว่ามีอยู่ตามที่กำหนด โดยกฎหมายระหว่างประเทศและสำหรับกฎหมายภายในที่จะกำหนดจำนวนค่าทดแทน เวลา และ แบบการชำระมีขอบเขตอย่างไร ปัญหาที่สองนี้ตามปกติแล้วในตัวของมันเองก่อให้เกิดความยุ่งยาก เป็นอย่างมาก

ข้อกำหนดในเรื่องค่าทดแทนมีอย่างไร ในกรณีการเวนคืนตามแบบปกติ ธรรมดาเกี่ยวกับเรื่องจำนวน “ค่าทดแทน” หลักทั่วไปตามทางปฏิบัติทางการทูตและของศาล ยุติธรรม และที่ยอมรับกันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญภายในประเทศเป็นส่วนใหญ่ถือว่าค่าทดแทน จะต้องพอเพียงนั้น กล่าวได้ว่าจะต้องครอบคลุมราคาทรัพย์สินที่เวนคืน หลักการนี้อาจเป็นหลัก ทั่วไปหลักหนึ่ง เพราะอาจจะมีหลายกรณีและหลายสถานะซึ่งค่าทดแทนไม่ครอบคลุมถึงค่าเต็ม ราคาของทรัพย์สินที่เวนคืน จะต้องได้รับการถือว่าสมบูรณ์และมีผลทั้งตามหลักกฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ถ้าการลงทุนต่างชาติกระทำในประเทศซึ่งรัฐธรรมนูญ ไม่ได้กำหนดการชำระค่าทดแทนเต็มราคาจะไม่มีเหตุผลเพื่อกำหนดให้รัฐจ่ายค่าทดแทนเท่ากับ ค่าที่แท้จริงของทรัพย์สิน เกี่ยวกับกรณีการลงทุนตามระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้พิจารณา ถึงค่าทดแทนหรือค่าทดแทนทั้งหมดขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของรัฐ สถานะอันนี้โดยสาระสำคัญก็

<sup>109</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.20.



เหมือนกัน และจะต้องได้รับการแก้ไขวิธีเดียวกัน ในกรณีเหล่านี้ไม่มีกรณีใดที่หลักการเคารพสิทธิได้มาจะอ้างได้อย่างเหมาะสม

อีกประการหนึ่ง เป็นการขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้ารัฐที่ทำการเวนคืนเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติรัฐและคนต่างชาติซึ่งเป็นผลเสียหายต่อคนต่างชาติ ในการกำหนดจำนวนค่าทดแทน ซึ่งความจริงแล้วสถานะเช่นนี้จะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีการเวนคืนแบบนี้ ซึ่งกระทบกระเทือนต่อคนชาติและเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นคนต่างชาติในทางปฏิบัติเกิดขึ้นได้ยาก Sir John Fischer Williams ได้กำหนดหลักสำคัญในเรื่องนี้ว่า “เมื่อไม่มีสนธิสัญญา หรือข้อผูกพันตามสัญญา หรือกึ่งสัญญา ผูกพันรัฐกับเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นต่างชาติ ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไป บังคับไม่ให้รัฐเวนคืนเว้นแต่ข้อบทในการชำระค่าทดแทนอย่างเพียงพอหรือเต็มราคา” ข้อสรุปนี้ไม่ได้หมายความว่า ในกรณีไม่มีสนธิสัญญาหรือสัญญา รัฐก็เป็นอิสระที่จะเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติและเข้าทำลายทรัพย์สินของคนต่างชาติตามอำเภอใจ ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับการชำระค่าทดแทน ทันทีทันใด และอย่างเป็นผล และในทางปฏิบัติแม้สามารถให้เหตุผลได้น้อยกว่า สำหรับความเห็นที่ว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องมีอยู่ในเรื่องนี้ ถ้าการชำระค่าทดแทนการกระทำภายในระยะเวลา และในรูปแบบที่กำหนดและถ้าการชำระค่าทดแทนไม่ได้กระทำตามอำเภอใจอย่างชัดเจน ปรากฏว่าไม่มีเหตุผลในการกำหนดให้รัฐชำระค่าทดแทนอย่างรวดเร็วหรือในแบบที่เป็นผลมากกว่าทั้งๆ ที่ไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในการกำหนดไว้อย่างเหมาะสมสำหรับลักษณะการชำระค่าทดแทนลักษณะนี้ อย่างไรก็ตามอาจกำหนดว่าคนต่างชาติจะได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างอนุเคราะห์ที่สุด เหมือนกับคนชาติของรัฐที่ทำการเวนคืนจะมีสิทธิในพฤติการณ์ที่เหมือนกัน

ในกรณีการเวนคืนแบบโอนเป็นของชาติทางปฏิบัติยังมีลักษณะแตกต่างกัน 3 สำนัก คือ

ความเห็นของสำนัก Orthodox ถือว่าความแตกต่างระหว่างการเวนคืนสองแบบไม่มีผลในทางกฎหมายเกี่ยวกับ จำนวน เวลา หรือความมีผลของค่าทดแทน เนื่องจากหลักพื้นฐานที่มีอยู่เหมือนกัน บทบัญญัติตามร่างที่เสนอโดย Lapradelle ต่อมา Institute de droit international ถูกคัดค้านโดยกรรมการบางคนของสถาบันด้วยเหตุผลที่ว่า หลักจารีตประเพณีสามารถใช้ได้กับการโอนเป็นของชาติ นักวิชาการคนอื่นๆ ที่มีความเห็นคัดค้านและถือว่าในกรณีการโอนเป็นของชาติ รวมถึงการเปลี่ยนแปลง โครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศใดประเทศหนึ่ง ปัญหาค่าทดแทนในทุกลักษณะเป็นเรื่องอยู่ภายในดุลยพินิจของรัฐ ดังนั้น เป็นการสะท้อนฐานะที่กระทำโดยบางรัฐบาล กลุ่มที่สามซึ่งมีเสียงข้างมากมีแนวโน้มอย่างแข็งขันในการสนับสนุนการใช้หลักที่ยืดหยุ่นมากกว่า ดังนั้น จึงสอดคล้องกับระบบ Lump-sum Agreement บาง

คนในกลุ่มแรกยืนยันว่า ข้อผูกพันในการชำระค่าทดแทนเต็มราคาในทางปฏิบัติอาจมีผลต่อการดำเนินการปฏิรูปตามโครงการนั้นไม่ได้คือ Lauterpacht ความเห็นเกี่ยวกับความเป็นไปไม่ได้ทางกายภาพ นักวิชาการอื่นๆ ในกลุ่มนี้มีความเห็นเหมือนกัน ถือว่าความสามารถของรัฐที่ทำการโอนเป็นของชาติที่จะชำระค่าทดแทนเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุด ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาในการกำหนดจำนวน เวลา และแบบของการชำระค่าทดแทน

ในการแก้ปัญหาที่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาไม่เพียงแต่การพิจารณาทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังพิจารณาตามหลักยุติธรรม (equity) และการพิจารณาถึงลักษณะการปฏิบัติทางวิชาการและทางการเมืองด้วย การโต้แย้งเกี่ยวกับความเป็นไปไม่ได้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ถ้ามีความประสงค์ที่จะทำให้การเวนคืนถูกต้องตามกฎหมายเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะแย่งเอาอำนาจของรัฐที่ยากจนและด้อยพัฒนาเพื่อการแสวงประโยชน์โดยตรงจากทรัพยากรธรรมชาติและการบริการมหาชน หรืออุตสาหกรรมอื่น หรือการดำเนินการที่ได้กำหนดขึ้นในอาณาเขตของรัฐ ความสามารถในการชำระค่าทดแทนยังมีความสำคัญในการชำระหนี้ที่ทันใดและอย่างเป็นทางการที่เวนคืนถ้าไม่ถูกบังคับให้การชำระหรือยอมรับรูปแบบในการชำระ ในหลายกรณีสามารถชำระค่าทดแทนมากกว่าจำนวนที่เพียงพอสำหรับราคาทรัพย์สินนั้น ในกรณีการโอนเป็นของชาติการชำระค่าทดแทนควรเป็นไปตามข้อกำหนดที่ยืดหยุ่นหรือเงื่อนไขต่างๆ มีความเข้มงวดน้อยกว่าข้อกำหนดซึ่งอาจถูกกำหนดไว้อย่างเหมาะสม ในกรณีการเวนคืนตามแบบปกติธรรมดา ไม่มีการพิจารณาใดๆ ที่กล่าวข้างต้นถือว่ามีความหมายเป็นการยกเลิกหลักที่ว่าไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติรัฐและคนต่างชาติ ซึ่งเป็นการเสียหายต่อคนต่างชาติ ซึ่งเป็นการเสียหายต่อคนต่างชาติ ซึ่งจำเป็นต้องใช้ในทุกรัฐการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิที่ได้รับมา หรือการพิจารณาเหล่านี้ไม่ได้ให้อำนาจแก่รัฐในการกำหนดค่าทดแทนโดยเหตุผลตามจำนวนหรือเวลา หรือแบบของการชำระค่าทดแทนที่เปลี่ยนรูปการเวนคืนเป็นการริบทรัพย์สิน หรือเป็นเพียงการแย่งทรัพย์สิน (deprivation) ของเอกชนเท่านั้น<sup>110</sup>

ข้อมติที่ 3281 (xxix) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐทางเศรษฐกิจ (The Charter of Economic Rights and Duties of States (1974) กำหนดว่าการโอนเป็นของชาติ การเวนคืนหรือการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินต่างชาติ ซึ่งจะได้รับชำระค่าทดแทนอย่างเหมาะสมนั้น ลักษณะพื้นฐานของบทบัญญัติที่ยอมรับกัน คือการยอมรับหน้าที่ระหว่างประเทศในการชำระค่าทดแทนการพิจารณาจำนวนค่าทดแทนขึ้นอยู่กับพฤติการณ์เฉพาะของแต่ละคดี ซึ่งขึ้นอยู่กับหลักการพิจารณาอย่างยุติธรรม (equitable consideration) สำหรับความมีอยู่ของบทบัญญัติทุก

<sup>110</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.22-24.

เรื่องขึ้นอยู่กับหลักกลาภมิควรได้ (The principle of unjust enrichment) ความเห็นเกี่ยวกับค่าทดแทนที่เหมาะสมยึดหยุ่นพอที่จะยอมให้ผู้ตัดสินภายในประเทศหรือระหว่างประเทศที่จะทำการพิจารณาสาระสำคัญของหลักกลาภมิควรได้ในเบื้องหลังการลงทุน การพิจารณาว่าภายใต้พฤติการณ์อะไรที่ก่อให้เกิดค่าทดแทนที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่การตีความบทบัญญัติของกฎบัตรซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากนักวิชาการของประเทศอุตสาหกรรม ข้อวิจารณ์ที่สำคัญต่อบทบัญญัตินี้ในกฎบัตรก็คือ ไม่มีการอ้างให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศสำหรับการปฏิบัติตามการลงทุนต่างชาติ ซึ่งอธิบายได้ว่าเป็นการปฏิเสธกฎหมายระหว่างประเทศโดยเด็ดขาดในเรื่องการโอนเป็นของชาติ หรือการเวนคืน ดังนั้น กฎบัตรได้รับการตีความว่าเป็นการประกาศอำนาจเด็ดขาดของรัฐ กฎหมายภายในเองจะอยู่ในมือของรัฐซึ่งวิธีการที่เป็นประโยชน์ทั้งหมดตามข้อผูกพันที่รัฐกำหนด กล่าวได้ว่า เฉพาะข้อผูกพันที่จะต้องให้ค่าทดแทนเช่นนั้น ถ้าค่าทดแทนนั้นมีความเหมาะสมโดยพิจารณาเฉพาะกฎหมายท้องถิ่นและพฤติการณ์ต่างๆ กฎหมายระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องตรงกัน

จะต้องยอมรับว่าผลของการประนีประนอมระหว่างความเห็นที่แตกต่างกัน ไม่นั่นนอนและเคลือบคลุมเพื่อให้การสนับสนุนสำหรับการพิจารณาทบบัญญัตินั้น อย่างไรก็ตามในการพิจารณาเนื้อหาของมาตรานี้ทั้งหมดประกอบกับมาตราอื่นทั้งหมดตามหลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนำไปสู่การตีความที่ต่างกัน

ในข้อมติที่ 1803 ในปี 1962 ของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติซึ่งกำหนดว่า ในกรณีการโอนเป็นของชาติ หรือการเวนคืน เจ้าของควรได้รับการชำระค่าทดแทนอย่างเหมาะสมตามหลักกฎหมายที่บังคับในประเทศที่ใช้มาตรการเช่นนั้นในการใช้สิทธิโดยของรัฐ และตามกฎหมายระหว่างประเทศ การตัดข้อความนี้ออกจากการยืนยันของประเทศที่พัฒนาแล้วในการยืนยันว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดให้ชดใช้ค่าทดแทน อย่างเพียงพอทันทีทันใด และอย่างเป็นผล ก่อให้เกิดความสงสัยในประเทศโลกที่สามว่า ประเทศตะวันตกหวังอะไรจากกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม เป็นที่ชัดเจนอีกครั้งหนึ่งว่า หลักกฎหมายจารีตประเพณีที่กล่าวถึงในการชดใช้ค่าทดแทนโดยทันทีทันใดอย่างเพียงพอ และอย่างเป็นผล ไม่ได้รับการยอมรับอีกต่อไปโดยเสียงข้างมากของประชาคมระหว่างประเทศ การอ้างถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปไม่มีอยู่อีกต่อไปเป็นการสูญเสียความหมายที่ได้แสดงเจตนาโดยประเทศที่พัฒนาแล้ว

นอกจากนั้นบทบัญญัติของกฎบัตรนี้ได้อ้างถึงการใช้กฎหมายภายในของรัฐที่ทำการเวนคืนและขึ้นอยู่กับความเข้าใจพฤติการณ์ทั้งหมดที่ตรงกับปัญหา การยอมรับการพิจารณานี้ว่าเป็นตัวอย่างแรกที่ต้องตามกฎหมายโดยสมบูรณ์ เนื่องจากตามหลักการบรรเทา

ความเสียหายในท้องถิ่นตามกฎหมายท้องถิ่น และการบรรเทาความเสียหายในท้องถิ่นจะต้องชดเชย และชดเชยให้หมดไป แต่รัฐเจ้าบ้านยังอยู่ภายใต้มาตรา 2 วรรค 2 (A) ยังถูกผูกพันที่จะชำระค่าทดแทนที่อธิบายว่าเป็น ค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) ดังนั้น ถ้ารัฐที่ทำการโอนเป็นของชาติในการใช้กฎหมายของรัฐและในการเข้าใจพฤติกรรมต่างๆ จะต้องเสนอค่าทดแทนซึ่งไม่ใช่พิจารณาโดยรัฐอื่นที่มีประโยชน์ (และไม่ใช่โดยคู่สัญญาที่เป็นเอกชน) ว่าเป็นค่าทดแทนที่เหมาะสม การพิจารณาด้วยตนเองโดยรัฐเจ้าบ้านไม่ควรถึงที่สุด และไม่ควรเป็นการจบสิ้นเรื่องนี้ รัฐสัญชาติซึ่งเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนจะมีอำนาจตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ในการติดตามคดีของคนชาติรัฐและทำการเรียกร้องค่าเสียหายในนามของรัฐด้วยเหตุผลที่ว่าหน้าที่ระหว่างประเทศในการชำระค่าทดแทนอย่างเหมาะสมตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามนั้น ในเหตุการณ์นี้การโต้แย้งระหว่างประเทศเกิดขึ้นระหว่างสองรัฐตามที่ยอมรับกัน โดยชัดแจ้งในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจ<sup>111</sup>

## 2.10 ข้อตกลงชำระเงินทั้งจำนวน (Lump-sum Agreement)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในนั้น เป็นเรื่องทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่อไปนี้เกี่ยวกับการโอนเป็นของชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเวนคืนที่ได้มีการปฏิบัติหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของโครงการปฏิรูปเศรษฐกิจสังคมที่กระทำโดยประเทศยุโรปตะวันออกและตะวันตกหลายประเทศที่เกี่ยวกับการเวนคืนทั่วไปและไม่เกี่ยวกับผู้ใด นั้น Lump-sum Agreement กระทำขึ้นระหว่างรัฐที่เวนคืนและรัฐที่คนต่างชาติดำเนินการ กระทบกระเทือนจากการเวนคืน โดยการเวนคืนได้ตกลงกันเกี่ยวกับค่าทดแทนที่เป็นเงินก้อน (Lump-sum Compensation) เป็นการชดเชยค่าเสียหายสำหรับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนทั้งหมด โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินนั้น ทางปฏิบัติที่จะศึกษาต่อไปเป็นเรื่องความเห็นเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนรวมทั้งขอบเขตบางประการเกี่ยวกับการจ่ายในทันทีทันใด และอย่างเป็นผลด้วย

ความเห็นในเรื่องการชำระค่าทดแทน ข้อเท็จจริงจำนวนมากควรที่จะกล่าวถึงสัมพันธ์กับการโอนเป็นของชาติของยุโรปหลังสงคราม ประการแรกมีข้อกำหนดในทุกกรณีสำหรับการชำระค่าทดแทนทรัพย์สินที่เวนคืนในประเทศยุโรปภาคกลางมีการกำหนดข้อยกเว้นประการหนึ่ง ในกรณีที่บุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือแก่ข้าศึก หรือได้ปฏิบัติตนไม่รักชาติระหว่างสงคราม การไม่ชำระค่าทดแทนคือมาตรการในการรับทรัพย์สินกำหนดเป็นการลงโทษคณะบุคคล

<sup>111</sup> Eduardo Jimener de Arechaga, *Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property* London: Frances Pinter, New York: Nichols Pub., 1980 pp.224-226. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต, น.131

ในกรณีอื่นๆ ค่าทดแทนไม่ถือหลักคลุมราคาทั้งหมดของทรัพย์สิน หรือการจัดการ และบางครั้งน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของราคาที่ประมาณไว้ ในกรณียกเว้นค่าทดแทนสามารถชำระได้ทันทีทันใด ตามปกติการจ่ายค่าทดแทนทำในรูปพันธบัตรของรัฐบาลหรือบางครั้งเป็นหุ้น ในการเวนคืนซึ่งสามารถไถ่ถอนได้ในเวลาที่แตกต่างกัน ในทางปฏิบัติการตรากฎหมายไม่ได้ก่อให้เกิดความแตกต่างตามหลักสัญญาของบุคคลที่ได้รับความกระทบกระเทือนหรือการกำหนดให้มีการปฏิบัติเป็นพิเศษต่อคนต่างชาติซึ่งได้รับความเสียหายจากการโอนเป็นของชาติ

ทางปฏิบัติมีอยู่ในความตกลงต่างๆ ที่ได้กล่าวถึงแล้วว่ามีลักษณะทั่วไปอย่างหนึ่ง ซึ่งควรจะกล่าวถึงก่อนพิจารณาถึงลักษณะต่างๆ โดยตรงเกี่ยวกับค่าทดแทน ในประการแรกไม่เหมือนกับความตกลงที่ได้กระทำเมื่อกำหนดจำนวนรูปแบบ และระยะเวลาในการจ่ายค่าทดแทนที่จะจ่ายในอนาคต ความตกลงเหล่านี้ถูกกระทำเป็น a posteriori และมีภาระบังคับข้อพิพาท หรือการปรับสถานระหว่างรัฐสองรัฐที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดเช่นนั้น ค่าทดแทนจะต้องเจรจาซึ่งแยกและเป็นอิสระจากค่าทดแทนซึ่งอาจจะกำหนดได้ฝ่ายเดียวภายใต้มาตรการโอนเป็นของชาติ เพราะฉะนั้น ความตกลงที่เป็นหลักมีสูตรประนีประนอม (compromise formulas) ซึ่งแตกต่างกันตามกรณีและพฤติการณ์ต่างๆ ในเรื่องนี้ทางปฏิบัติต่อมาคล้ายคลึงกับที่ได้รับกันในความตกลงอื่นๆ ที่ได้กระทำในอดีต สำหรับวัตถุประสงค์ของการกำหนดจำนวนเงินก้อน (lump sum) เป็นการชดเชยค่าเสียหายอย่างเต็มที่สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คนต่างชาติที่เกิดขึ้นจากการกระทำ หรือละเว้นการกระทำที่เป็นละเมิด ซึ่งเกิดจากรัฐที่ทาสัญญา และตกลงหรือปฏิบัติตามคำเรียกร้องของเอกชนสำหรับการกระทำหรือยกเว้นการกระทำที่เกิดขึ้น ความตกลงที่อยู่ภายใต้การอภิปรายยังมีผลต่อการปฏิบัติตามคำเรียกร้องด้วย ดังนั้น มาตรา 3 ของความตกลงระหว่าง สวิส-ยูโกสลาเวีย กำหนดว่า หลังจากการจ่ายค่าทดแทนที่ตกลงกันแล้ว รัฐบาลสวิสจะพิจารณาคำเรียกร้องทั้งหมดโดยคนชาติของตน ว่าได้ตกลงกันถึงที่สุดแล้ว Lump-sum agreement ประเภทนี้มีลักษณะอื่นแตกต่างกัน ซึ่งไม่ได้สอดคล้องโดยตรงกับวัตถุประสงค์ของการศึกษานี้

แม้ Lump-sum agreement จะมีความน่าสนใจสำหรับแนวคิดในเรื่องการชดเชยค่าทดแทนทันทีทันใด และอย่างเป็นผล เรื่องสำคัญที่น่าสนใจคือเงินก้อนที่ตกลงกันว่าเป็นค่าทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนจากคนชาติของรัฐที่อ้างสิทธิความสัมพันธ์ระหว่างจำนวนเงินและราคาที่แท้จริงของทรัพย์สินหรือจำนวนทั้งหมดตามคำเรียกร้องมีความแตกต่างกันในความตกลงต่างๆ ตัวอย่างเช่น มีการคำนวณว่าค่าทดแทนซึ่งไปแลนด์ตกลงจ่ายให้แก่บริเตนใหญ่จำนวนเท่ากับหนึ่งในสามของราคาการลงทุนของอังกฤษเท่านั้น และค่าทดแทนสัดส่วนเดียวกันนี้ในกรณีความตกลงกับเชโกสโลวะเกียอีกประการหนึ่งพิจารณาว่า ค่าทดแทนจ่ายตามความตกลงกับยูโกสลาเวียครึ่งหนึ่งของค่าลงทุน และซึ่งจ่ายตามความตกลงกับฝรั่งเศสกับผลประโยชน์ของอังกฤษใน



อุตสาหกรรมแก๊สและไฟฟ้า จำนวนเท่ากับ 70 เปอร์เซ็นต์ ของค่าการลงทุน ตัวอย่างเหล่านี้ซึ่งแสดงความสัมพันธ์ระหว่างจำนวนค่าทดแทนได้กำหนดในสนธิสัญญาอื่นๆ และประมาณราคาทรัพย์สินหรือจำนวนค่าเรียกร้องทั้งหมดแสดงว่า Lump-sum agreement ซึ่งห่างไกลจากการชำระค่าทดแทนอย่างยุติธรรมหรืออย่างเพียงพอ โดยการกำหนดการชดใช้ค่าเสียหายบางส่วนเป็นจำนวนที่แตกต่างกันมากขึ้นอยู่กับคดีและพฤติการณ์ต่างๆ ในกรณีของ Lump-sum agreement ไม่มีแบบสมบูรณเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การปฏิบัติในการคำนวณราคาทรัพย์สินและพิจารณาจำนวนค่าทดแทนซึ่งสามารถเข้าใจได้ในความเห็นที่ต่างกันเกี่ยวกับสถานะต่างๆ ที่ก่อให้เกิดการตกลงระหว่างประเทศแบบนี้

เมื่อคำนึงถึงการชำระค่าทดแทนทันทีทันใด ความตกลงเหล่านี้ไม่ได้กำหนดการชำระจำนวนทั้งหมดในทันทีทันใด ความตกลงระหว่างสหรัฐและยูโกสลาฟ เป็นข้อยกเว้นในเรื่องนี้ ส่วนเงินกองทุนที่โอนไปยัง Federal Reserve Bank โดยรัฐบาลยูโกสลาฟในระหว่างการยึดครองของเยอรมันถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์นี้ ความตกลงอื่นๆ กำหนดให้ชำระค่าทดแทนเป็นสองงวดหรือมากกว่ารวมหรือไม่รวมดอกเบี้ย และมีบ่อยๆ ในรูปของหนี้ หรือหุ้นในอุตสาหกรรมหรือการจัดการเวนคืน ตัวอย่างเช่น ความตกลงระหว่างอังกฤษและฝรั่งเศส ใบสำคัญที่เป็นหลักฐานในการจ่าย (credit-vouchers) สามารถจ่ายได้ 7 งวดต่อปี รวมทั้งดอกเบี้ยอัตรา 3 เปอร์เซ็นต์ ในความตกลงที่กระทำกับประเทศต่างๆ ในยุโรปตะวันออก งวดชำระเงินขยายออกไปตามระยะเวลาอันสำคัญในบางกรณีมีระยะเวลา 17 ปี ถึงแม้ความตกลงบางฉบับ ค่าทดแทนส่วนสำคัญสามารถจ่ายได้ในงวดแรกที่ชัดเจนว่า ระยะเวลาสำหรับการชำระค่าทดแทนที่ตกลงกันขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ในแต่ละคดีและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเวนคืนทรัพยากรของรัฐและความสามารถที่แท้จริงในการชำระค่าทดแทน แม้แต่ในกรณีค่าทดแทนบางส่วน ในทางปฏิบัติหลายรัฐอยู่ในฐานะทางการเงินและทางเศรษฐกิจที่เข้มแข็งพอที่จะสามารถชำระค่าทดแทนที่ตกลงกันในทันทีทันใดและเต็มจำนวนได้

ในการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน การใช้หลักการชำระค่าทดแทนที่เป็นผล ถึงแม้รูปแบบของการชำระแตกต่างกันมาก จากการพิจารณาในความตกลงโดยทั่วไป การชำระค่าทดแทนทำได้โดยการใช้ทรัพย์สินที่ถูกยึดในรัฐที่ทำการเวนคืนในรัฐอื่น หรือโดยการส่งวัตถุดิบที่ระบุไว้เป็นพิเศษหรือสินค้าอื่นๆ ตัวอย่างของการชำระเช่นนี้ เช่น ความตกลงระหว่างโปแลนด์และฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดให้ส่งถ่านหินเป็นปริมาณที่แน่นอนเป็นเวลาหลายปี ความตกลงระหว่างยูโกสลาฟและสหรัฐ ที่ได้กล่าวถึงมาแล้วแต่ต้น และความตกลงระหว่างสวีเดนและโรมาเนีย ซึ่งความตกลง 25 เปอร์เซ็นต์ ของค่าทดแทนที่ตกลงกันจะต้องจ่ายจากเงินกองทุนของโรมาเนียที่ถูก

ยึดในธนาคารสวิส ในความตกลงระหว่างสวิสและฮังการี ค่าทดแทนอีกส่วนหนึ่งจะจ่ายด้วยเงินตราตามกฎหมายของรัฐที่เวเนซุเอลา<sup>112</sup>

### 2.11 การชดใช้ค่าเสียหาย (reparation)

ในการพูดถึงการชดใช้ค่าเสียหายเมื่อมีการตีความกฎหมายในความหมายอย่างแคบ (strict sensu) จำเป็นจะต้องพิจารณาลักษณะและขอบเขตที่แท้จริงที่สัมพันธ์กับรูปแบบของการชดใช้ค่าเสียหายกับการชดใช้ค่าเสียหายเมื่อมีการตีความกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง (lato sensu) ซึ่งหลักนี้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มราคาสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า หลักที่จำเป็นซึ่งมีอยู่ในความเห็นที่แท้จริงเกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมาย เป็นหลักหนึ่งซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยทางปฏิบัติระหว่างประเทศ และโดยเฉพาะจากการตัดสินใจของศาลอนุญาโตตุลาการที่ว่า การชดใช้ค่าเสียหายจะต้องลบล้างผลจากการกระทำผิดกฎหมายทั้งหมดเท่าที่จะเป็นไปได้และกำหนดสถานะขึ้นอีกครั้งหนึ่งซึ่งได้มีอยู่แล้ว ถ้าไม่มีการชดใช้ค่าเสียหายเช่นนั้นก็ให้มีการกลับคืนสู่สถานะเดิม หรือถ้าการกลับคืนสู่สถานะเดิมเป็นไปได้ก็ให้ชำระเป็นจำนวนเงินที่เท่ากับค่าซึ่งการกลับคืนสู่สถานะเดิมที่มีอยู่ ถ้าจำเป็นค่าชี้ขาดในเรื่องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ได้รับเพื่อการกลับคืนสู่สถานะเดิมไม่ครอบคลุมถึงหรือการชำระเงินแทนการกลับคืนสู่สถานะเดิม หลักเช่นนี้จะใช้เพื่อพิจารณาจำนวนค่าทดแทนที่เหมาะสมสำหรับการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลได้ประกาศด้วยว่า “การกระทำผิดสัญญาที่มีข้อผูกพันจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนที่เพียงพอ” ความคิดที่ว่า การชดใช้ค่าเสียหายจะต้องลบล้างผลที่เกิดขึ้นทั้งหมดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย และจะต้องเต็มราคาหรือเพียงพอ ซึ่งได้กล่าวไว้เสมอในกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ

แต่หลักที่ว่า การชดใช้ความเสียหายเต็มราคาหรืออย่างเพียงพอสามารถใช้กับความเสียหายในทางปฏิบัติจริงๆ ได้หรือไม่ ในความเห็นที่กล่าวถึงข้างต้น Parker ซึ่งเป็นผู้ชี้ขาดยอมรับว่า “ในคดีทำร้ายร่างกายจำนวนมาก รวมทั้งคดีประทุษร้ายต่อบุคคลและคดีถึงแก่ความตาย เป็นไปไม่ได้อย่างชัดเจนที่จะคำนวณทางเลขคณิต หรือด้วยระดับความถูกต้องใด หรือโดยการใช้สูตรที่ถูกต้องกับความเสียหายที่ได้รับ อย่างไรก็ตามนี้ไม่ใช่การให้เหตุผลว่าทำไมผู้ที่ได้รับความเสียหายไม่ควรได้รับค่าเสียหาย เพราะฉะนั้น จึงวัดโดยหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องโดยประมาณเท่าที่ความเข้าใจของมนุษย์สามารถจะคิดได้” ในปัญหานี้ Personnaz กล่าวว่าเป็นไปไม่ได้ในคดีส่วนมากที่จะกำหนดสถานะที่มีอยู่ก่อนนั้นขึ้นมาอีก ดังนั้น คำว่า “การชดใช้ค่าเสียหาย” ไม่ควรทำให้มีความหมายในความหมายที่เคร่งครัด เช่น ไม่ควรที่จะเข้าใจความหมายที่จะทำให้สมบูรณ์ดังเดิมใน

<sup>112</sup> F.V.Garcia Amador, supra note 81, pp.37-39.

สิ่งที่ลบล้างเป็นอดีตไปแล้ว แต่ควรมีความหมายให้ผู้ที่ได้รับเคราะห์ได้รับความพึงพอใจเท่ากับสิ่งที่สูญเสียไป โดยสรุปเป็นการเคร่งครัดการใช้อย่างสมบูรณ์ตามหลักที่อ้างถึงนี้ไม่ใช่เป็นไปได้เสมอในทางปฏิบัติ ถึงแม้ในกรณีเกี่ยวกับความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ซึ่งค่อนข้างจะง่ายกว่าในการประเมินผลของการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ผิดกฎหมายมากกว่าในกรณีของความเสียหายต่อร่างกายและศีลธรรมซึ่งค่อนข้างมีความยุ่งยากมาก

นอกจากการพิจารณาเหล่านี้ วัตถุประสงค์ของการชดใช้ค่าเสียหายเพื่อลบล้างผลที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นการผิดกฎหมายทั้งหมด วัตถุประสงค์นี้สามารถที่จะทำให้สำเร็จได้ถ้าการชดใช้ค่าเสียหายทำได้สองแบบตามที่ได้กล่าวไว้ในคำประกาศของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศที่กล่าวถึงข้างต้น คือ การกลับคืนสู่สถานะเดิมและค่าเสียหายที่เป็นเงิน ความแตกต่างระหว่างการชดใช้ค่าเสียหายสองแบบหรือสองวิธีนี้เขียนไว้ในกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศจำนวนมาก และแม้แต่ในบางโอกาสในการปฏิบัติทางการทูต โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีอยู่ในเอกสารระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นโดยศาลอนุญาโตตุลาการและคณะกรรมการต่างๆ ก่อนที่จะกล่าวถึงการชดใช้ค่าเสียหายสองรูปแบบนี้ กล่าวได้ว่าการชดใช้ความเสียหายสองรูปแบบนี้มีส่วนร่วมในวัตถุประสงค์เหมือนกัน ไม่ใช่ว่าการชดใช้ค่าเสียหายแบบหนึ่งทำให้อีกแบบหนึ่งหมดโอกาสไป<sup>113</sup>

### 2.11.1 แบบของการกลับคืนสู่สถานะเดิม (Method of restitution)

ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศการกลับคืนสู่สถานะเดิมมีลักษณะที่แน่นอนซึ่งไม่พบในกฎหมายภายใน ถึงแม้สาระสำคัญของลักษณะทางกฎหมายเหมือนกันในสองกรณี ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ การกลับคืนสู่สถานะเดิมแบบนี้ บางครั้งสันนิษฐานว่า แบบหรือการดำเนินตามวัตถุประสงค์ซึ่งกำหนดขึ้นตามความจำเป็น โดยลักษณะพิเศษของการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของรัฐ

การกลับคืนสู่สถานะเดิมอาจเป็นการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามแบบสาระสำคัญ (material type) หรือการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมาย (legal type) ขึ้นอยู่กับลักษณะความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่จะต้องชดใช้หรือขึ้นอยู่กับการกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย

การกลับคืนสู่สถานะเดิมแบบสาระสำคัญ (material restitution) โดยทั่วไปกระทำกันมากขึ้นในกรณีความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินเป็นของคนต่างชาติ หรือเป็น

<sup>113</sup> F.V. Garcia Amaor, "State Responsibility" *Yearbook of The International Law Commission* 1961 volume II United Nation: New York (1962) p.16.

ของรัฐเอง คดีส่วนมากเป็นผลจากการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย เป็นผลจากการริบทรัพย์สิน หรือจากการยึดเรือ หรือทรัพย์สิน หรือสินค้าอื่นๆ การกลับคืนสู่สถานะเดิมในคดีส่วนมากประกอบด้วยการชำระค่าเสียหายทั้งในทางปฏิบัติทางการทูตและในทางกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ นอกเหนือจากนั้น การกลับคืนสู่สถานะเดิมแบบสาระสำคัญยังสามารถได้รับการพิจารณาในคดีต่างๆ ซึ่งบุคคลถูกหน่วงเหนี่ยว กักขัง ถูกจับกุม ถูกปล่อยตัวด้วย ตัวอย่างการกลับคืนสู่สถานะเดิมสำหรับประโยชน์ของรัฐ คือ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ Huber ตั้งให้สเปนจัดหาสถานที่สำหรับกงสุลอังกฤษที่ Tetuan อย่างไรก็ตาม จะต้องชี้ให้เห็นว่า ความคิดที่เน้นการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามแบบสาระสำคัญไม่ใช่เป็นการแน่นอนเสมอไปที่ทำการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายในสาระสำคัญแก่เอกชน ดังนั้น ในการตัดสินของผู้ชี้ขาด Plumley ในคดี *Compagnie generale des asphalts de France case* ซึ่งการยอมรับว่าไม่มีความเสียหายที่แท้จริงเกี่ยวกับภาษีศุลกากรที่ไม่ควร จะได้รับการเก็บรวบรวมครั้งที่สองเพื่อทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม ด้วยเหตุผลที่ว่าภาระของกงสุลเวเนซุเอลาในการกำหนดให้ชำระภาษีที่ตรีเนแคดเป็นการละเมิดอธิปไตยเหนือดินแดนของอังกฤษ วัตถุประสงค์ของการตัดสินนี้จะต้องให้ความพึงพอใจแก่รัฐบาลอังกฤษแทนที่จะทำการชดใช้ค่าเสียหายซึ่งไม่ใช่เรื่องที่สำคัญจริงๆ

ลักษณะพิเศษของการกลับคืนสู่สถานะเดิมในกฎหมายระหว่างประเทศมีอยู่ในหลักฐานในคดีเกี่ยวกับการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมาย (Legal restitution) เช่น เมื่อการชดใช้ค่าเสียหายมีอยู่ในการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติพิเศษของความตกลงระหว่างประเทศ หรือในการยกเลิกมาตรการทางกฎหมาย ทางบริหาร หรือทางศาลยุติธรรม ตัวอย่างแบบแรกคือ การตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งอเมริกากลางที่กำหนดให้นิคารากัวใช้วิธีการที่เป็นประโยชน์ทั้งหมดที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และยืนยันสถานะทางกฎหมายที่มีอยู่ระหว่างรัฐที่ฟ้องร้องทั้งหลายก่อนการทำสนธิสัญญา ซึ่งนิคารากัวอนุญาตให้สหรัฐสร้างคลองข้ามดินแดนนิคารากัวเชื่อมระหว่างมหาสมุทรแอตแลนติกและแปซิฟิก รวมทั้งสิทธิบางอย่างในอ่าว Fonseca การกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมายในแบบที่สองมีคดียุ่มาก คดีส่วนมากเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมาย และแม้แต่มาตรการตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติพิเศษ ในความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่น ในกรณีมาตรการตามพิคัดอัตราภาษีศุลกากรที่ยอมรับโดยเซอร์เบียในการฝ่าฝืนสนธิสัญญาปี 1892 กับจักรวรรดิออสเตรีย-ฮังการี และในกรณีมาตรา 61 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญไวมา (Weimar Constitution) ซึ่งถือว่าไม่สอดคล้องกับข้อผูกพันต่างๆ ที่กำหนดต่อเยอรมันตามมาตรา 80 ของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (Treaty of Versailles) ในการเผชิญกับการคัดค้านโดยรัฐบาลญี่ปุ่นและกอดันโดยรัฐบาลสหรัฐ คณะกรรมการการศึกษาแห่งซานฟรานซิสโก ได้ยกเลิกมาตรการในการห้ามไม่ให้บุคคลสัญชาติญี่ปุ่นเข้าเรียนในโรงเรียนรัฐบาล ในทาง

ปฏิบัติทางการทูตมีหลายกรณีซึ่งไม่สนใจต่อคำตัดสินหรือการตัดสินของศาลที่สั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย เช่น ในคดี Lueders Case และในคดีที่มีการจับกุมและมีการตัดสินในคดี Bonhomme ซึ่งฝรั่งเศสขอร้องไม่เพียงแต่ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องควรได้รับการปล่อยตัวเท่านั้น แต่คำตัดสินไม่ควรได้รับการสนใจด้วย เป็นที่น่าสังเกตว่าในคำตัดสินของ British-Venezuelan Commission ที่กล่าวข้างต้น การกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อให้เกิดความพึงพอใจในความหมายที่แท้จริง

ในกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ การกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมายถือเป็นหลักที่ไม่ไปไกลเกินกว่าการเข้าไปเกี่ยวพันกับการยกเลิกมาตรการทางกฎหมายทางฝ่ายบริหาร หรือทางศาลยุติธรรมตามข้อเท็จจริง บางทีอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้นในคดี Martini Case (1930) ซึ่งตัดสินโดย Italian-Venezuelan Commission ในคำชี้ขาดกล่าวว่า “ข้อผูกพันเหล่านี้ (ซึ่งกำหนดโดยการตัดสินของศาลยุติธรรมอธิบายว่าไม่ยุติธรรมอย่างชัดเจน) จะต้องถูกยกเลิกไปโดยการกระทำผิดกฎหมายและกระทำต่อไปตามหลักที่ว่า “ผลที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ถูกลบล้างไป” ถึงแม้ไม่มีความเสียหายที่ได้รับจริงๆ เนื่องจากการตัดสินของศาลในเรื่องนี้ไม่เคยตัดสินไว้เลย อนุญาโตตุลาการถือว่าข้อผูกพันในการชำระเงินที่กำหนดให้บริษัท Martini ได้ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมอย่างชัดเจนแก่บริษัท เพราะฉะนั้น “ข้อผูกพันต่างๆ มีอยู่ในกฎหมาย” ถึงแม้ข้อผูกพันเหล่านั้น ไม่ได้รับการปฏิบัติก็ตาม เมื่อคำนึงถึงลักษณะหรือผลของการกลับคืนสู่สถานะเดิมตามกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้ความเสียหายไม่ได้รับจริงๆ แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องกล่าวว่าการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการสั่งให้มีการกระทำผิดกฎหมายได้รับการยกเลิก หรือกระทำให้ไม่เป็นผลและไม่ได้รับการลบล้างผลที่เกิดขึ้นซึ่งยังไม่ได้เกิดขึ้นเพื่อความมั่นใจ เมื่อศาลในคดีที่เพิ่งอ้างถึงกล่าวว่า ข้อผูกพันได้มีอยู่ในกฎหมาย อาจเป็นการคิดถึงข้อสัญญาที่สันนิษฐานได้ ผลที่เกิดขึ้นหรือความเสียหายที่อาจเป็นไปได้ในอนาคต อย่างไรก็ตาม ถ้าหลักการชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวน (principle of full reparation) ได้รับการตีความตามตัวอักษร นั่นคือตามข้อเท็จจริงหลักนี้จะได้รับการตีความและนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างไร ผลที่เกิดขึ้นซึ่งจะต้องได้รับการลบล้างโดยการชดใช้ค่าเสียหายซึ่งเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วโดยการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของรัฐ ไม่ใช่การกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งบางครั้งอาจทำให้เกิดขึ้นโดยรัฐในอนาคต ดังนั้น เป็นการเพียงพอที่จะคิดอย่างบริสุทธิ์ในข้อความเกี่ยวกับกรยกเลิกมาตรการซึ่งไม่ถูกต้องตามกฎหมายเนื่องจากนั้นเป็นการเพียงพอที่ทำให้มั่นใจได้ว่า การทำให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์นี้เท่านั้น เพื่อทำให้กรณีนี้เพียงจะพิจารณาไปนั้นบรรลุผล กล่าวคือ การสถาปนาสถานะเดิมที่มีอยู่ก่อนนั้น<sup>114</sup>

<sup>114</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.17.



### 2.11.2 ค่าเสียหาย (damages)

เป็นวิธีการชดใช้ค่าเสียหายอย่างหนึ่ง เมื่อการกลับคืนสู่สถานะเดิมมีความยุ่งยากในทางปฏิบัติมาก ในคำประกาศของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศที่ได้อ้างถึงมาแล้ว การกลับคืนสู่สถานะเดิมในสิ่งเดียวกันทำให้เกิดความแน่นอนโดยชัดแจ้งว่า เป็นไปได้หรือไม่ที่จะปฏิบัติให้บรรลุผล ในข้อเท็จจริงแล้วการกลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นยากที่จะสามารถปฏิบัติได้ บางครั้งเป็นไปได้ไม่ได้ สำหรับเหตุผลในสาระสำคัญ เช่น ในกรณีที่ทรัพย์สินของคนต่างชาติถูกแย่งเอาไปถูกทำลาย ในกรณีอื่นๆ มันเป็นไปได้ด้วยเหตุผลทางกฎหมาย เนื่องจากไม่ใช่เรื่องง่ายตามกฎหมายภายในที่จะบังคับให้รัฐยกเลิกมาตรการทางกฎหมาย หรือไม่สนใจต่อการตัดสินโดยศาลภายในรัฐนั้น การพิจารณาอีกประการหนึ่งถือว่าการกลับคืนสู่สถานะเดิม มักจะไม่ใช่สิ่งที่พอใจเพื่อลบล้างผลที่เกิดขึ้นทั้งหมดจากการกระทำผิดกฎหมายและการสถาปนาขึ้นอีกเท่าที่เป็นไปได้ทั้งหมด ซึ่งสถานะที่มีอยู่ถ้าไม่มีการกระทำเช่นนั้น ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการเรียกร้องสามารถยอมรับได้ตามหลักการสูญเสียกำไร การกลับคืนสู่สถานะเดิมซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิของคนต่างชาติที่ถูกแย่งไปในเรื่องนี้ไม่เป็นการเพียงพอ

เมื่อการชดใช้ค่าเสียหายเป็นไปได้ ด้วยเหตุผลตามกฎหมาย หรือการชดใช้ค่าเสียหายไม่เพียงพอที่จะชดใช้ผลจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐทั้งหมด การชำระค่าเสียหายพอสมควรแทนการกลับคืนสู่สถานะเดิมอาจจะเป็นประโยชน์มากกว่าการกลับคืนสู่สถานะเดิม ตัวอย่างเช่น ในคดี Chorzow Factory Case ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศอธิบายถึงการชำระค่าเสียหายว่า “เป็นแบบการชดใช้ค่าเสียหายที่ธรรมดาที่สุด” โดยประกาศว่า “เป็นแบบที่เลือกโดยเยอรมันในคดีนี้และได้รับการยอมรับแบบนี้ ไม่มีการโต้แย้งแต่อย่างใด” ในสถานะหนึ่งสถานะใดที่กล่าวถึงข้างต้น การชดใช้ค่าเสียหายที่กระทำในแบบของการจ่ายค่าเสียหายตามกฎหมายภายในและมีลักษณะเป็นเงิน เพราะว่าในข้อความซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีของ Grotius ว่า เงินคือเครื่องวัดที่เหมือนกันของสิ่งที่มีค่า เท่าที่เกิดขึ้นบ่อยๆ ถึงแม้ไม่มีความเสียหายในสาระสำคัญ หรือวัตถุประสงค์ในการชดใช้ค่าเสียหาย(reparation) ไม่ใช่เรื่องการชำระค่าทดแทน(compensation) การชดใช้ค่าเสียหาย(indemnity) ประกอบด้วยเงินจำนวนหนึ่ง

ลักษณะหรือขอบเขตของ “ค่าเสียหาย” (damages) แตกต่างจากการกลับคืนสู่สถานะเดิม (restitution) โดยสิ้นเชิงในขณะที่การกลับคืนสู่สถานะเดิมทำให้ทรัพย์สินของคนต่างชาติในเรื่องที่ถูกแย่งเอาไปกลับคืนดังเดิม ในส่วนค่าเสียหายที่มีเจตนาที่จะชดใช้ให้แก่คนต่างชาติสำหรับผลที่เกิดขึ้นกรณีอื่นๆ ทั้งหมด ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในความหมายนี้ การชดใช้ค่าเสียหายไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะ Damnum emergens เท่านั้น แต่การชดใช้ค่าเสียหายอาจกระทำได้สำหรับ Lucrum cessans และความ

เสียหายอื่นซึ่งเกิดจากความเสียหายเดิม หรือเกิดจากการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้น โดยกำหนดว่าความจำเป็นที่สัมพันธ์กับการก่อให้เกิดความเสียหายนี้สามารถที่จะพิสูจน์การชดใช้ค่าเสียหายแบบนี้ และความเสียหายแบบต่างๆ ซึ่งโดยลักษณะไม่สามารถกลับคืนสู่สถานะเดิมได้ เช่น ความเสียหายทางศีลธรรม(moral injury) และความเสียหายอื่นที่เกิดแก่คนต่างชาติ ถ้าตีความอย่างกว้าง สามารถรวมถึงการชำระเงินสำหรับดอกเบี้ย ค่าใช้จ่าย และมูลค่าต่างๆ ว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายหรือว่าเป็นค่าเสียหายเพิ่มเติม ด้วยเหตุทั้งหมดเหล่านี้ “ค่าเสียหาย” ความจริงแล้วเป็นวิธีชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น ซึ่งทำให้เป็นไปได้ในทุกสถานะที่ยึดถือตามหลักว่า การชดใช้ค่าเสียหายเต็มราคา (full reparation) จะต้องกระทำสำหรับความเสียหายใดที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ผลที่ได้รับคือ ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับมาตรฐานที่นำมาใช้ในการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย การจำกัดจำนวนค่าเสียหาย เป็นเรื่องที่สัมพันธ์กับปัญหาการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนแต่ละคน<sup>115</sup> การชดใช้ค่าเสียหายไม่ว่ารูปแบบใดๆ พิจารณาตามความเหมาะสมของแต่ละกรณีใด เฉพาะที่เกิดขึ้นในกรณีนี้เกี่ยวกับมาตรการในประเภทที่หนึ่ง ในกรณีเกี่ยวกับมาตรการประการที่สอง สามารถมีได้เฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการชำระค่าทดแทน(Compensation) ซึ่งค่าทดแทนสามารถให้ได้อย่างเหมาะสมสำหรับสิทธิของคนต่างชาติ ซึ่งถูกแย่งเอาไป ความแตกต่างอันเดียวกันนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนสิทธิที่ได้มาตามสัญญาหรือสัมปทานในกรณีนี้ด้วย คือมาตรการที่อาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในความหมายที่แท้จริงตามตัวอักษร หรือเป็นเพียงการกระทำโดยพลการซึ่งการบรรเทาความเสียหายคือการชำระค่าทดแทนในแบบและจำนวนที่เหมาะสม

ในการตัดสินในคดี Delagoa Bay Railways Case (1900) คดีนี้ได้รับการยึดถือในคดี The Company General of the Orinoco ทั่วๆ ที่การยอมรับสิทธิของเวเนซุเอลาอย่างเปิดเผยที่จะยกเลิกสัญญา และอ้างถึงหน้าที่ในการชำระค่าทดแทนซึ่งจำนวนเงินที่ให้ในการชำระค่าทดแทนได้ส่วนสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่เกิดขึ้น และในการประเมินค่าเสียหาย จากมูลค่าสัมปทานรวมโดยประมาณ (1,636,078.17 ฟรังก์) ด้วยจำนวน 25,000 ฟรังก์ สำหรับค่าใช้จ่ายต่างๆ และ 747,485.18 ฟรังก์ สำหรับดอกเบี้ยเป็นเวลา 15 ปี ในระหว่างเวลาที่ผิดสัญญา ในคดี Robert H.May Case ถึงแม้ยอมรับว่าอาจมีเหตุผลที่จำเป็นในการให้เหตุผลเพิกถอนสัมปทาน และเข้ายึดทางรถไฟของรัฐบาล อนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้ทองคำมูลค่า 143,750.73 ดอลลาร์ รวมทั้งเงิน 40,000 ดอลลาร์ โดยวิธีชำระค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไป การเสียเวลา 2 ปี การไม่ได้รับสินเชื่อ และกำไรที่ต้องเสียไปในเวลา 2 ปี โดยประมาณ 41,588.83 ดอลลาร์ คล้ายคลึงกับในคดี Shufeldt

<sup>115</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, p.18.

(1930) อนุญาโตตุลาการ ถึงแม้การยอมรับสิทธิของรัฐอย่างชัดเจนที่กระทำการตามกฎหมายเพื่อยกเลิกสัญญา ถือว่าการกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อคนต่างชาติ รัฐบาลควรชดใช้ค่าทดแทนสำหรับความเสียหายและชีวิตจำนวนเงิน 225,468.38 ดอลลาร์ รวมทั้งค่าทดแทนการสูญเสียกำไรและดอกเบี้ย 10,935.21 ดอลลาร์ (ในอัตรา 6 เปอร์เซ็นต์)

เพราะฉะนั้น ในการกล่าวถึงมาตรการอย่างเป็นทางการ รวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อทรัพย์สินของคนต่างชาติ ประการแรกการพิจารณาลักษณะที่แท้จริงของมาตรการนี้ กล่าวอีกอย่างหนึ่งคือเหตุผลและวัตถุประสงค์ของมาตรการนี้ ถ้าในการใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดการเรียกร้องสิทธิ รัฐซึ่งใช้อำนาจหนึ่งในหลายอำนาจต่อสิทธิที่เป็นมรดกตกทอดมา (patrimonial right) ไม่ว่าจะลักษณะหรือสัญชาติของเจ้าของจะเป็นอย่างไรคนใดคนหนึ่ง ไม่ควรพูดถึง “การชดใช้ค่าเสียหาย” ถึงแม้ว่าคำนี้ตามปกติใช้กันทั้งในทางปฏิบัติและในงานประพันธ์ของนักวิชาการทั้งหลาย ความสับสนนี้ไม่ควรจะมี เพราะผลของมันมีอยู่ชัดเจน ถ้าถือว่ารับผิดชอบระหว่างประเทศเนื่องจากเหตุผลจากมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ไม่ควรถือว่ารับผิดชอบเพื่อทำการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายนี้ แต่เพียงชำระค่าทดแทนแก่คนต่างชาติสำหรับสิทธิหรือประโยชน์ที่ได้รับความกระทบกระเทือนจากมาตรการในเรื่องนี้<sup>116</sup>

พฤติการณ์ที่ไม่ต้องรับผิดชอบและเหตุเพื่อลดหย่อนค่าทดแทน (Exonerating and Extenuating Circumstances)

#### 1) เหตุสุดวิสัย (Force Majeure)

เป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นเหตุยกเว้นเพื่อการรับผิดชอบของรัฐ เช่น การสงครามที่เป็นเหตุให้ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันในทางการเงินได้ แต่มีบางคดีไม่สามารถอ้างเหตุสุดวิสัยได้คือ Russian Indemnity Case 1912 ศาลประจำอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงเฮกตัดสินว่า การชำระเงิน 6 ล้านดอลลาร์ไม่กระทบกระเทือนต่อฐานะของอาณาจักรออตโตมานแต่อย่างใดระหว่างตุรกีและรัสเซีย คดี Serbian Loans Case (1925) ระหว่างเซอร์เบียและยูโกสลาเวีย ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศอ้างว่าไม่ใช่เพราะสงครามโดยตรงที่กระทบต่อการชำระเงิน รัฐถูกหนี้อ้างเพื่อยกเว้นไม่ชำระเงินไม่ได้ โดยสรุปเหตุสุดวิสัยเป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศ ความสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือการจะยอมรับได้ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่างๆ ซึ่งไม่เคร่งครัดมากหรือน้อยกว่าการบังคับด้วยเหตุสุดวิสัยในกฎหมายท้องถิ่น เงื่อนไขที่สำคัญที่สุดก็คือ การไม่สามารถควบคุมได้และเมื่อเหตุสุดวิสัยไม่สามารถยกเว้นความรับผิดชอบได้ แต่มันก็สมบูรณ์และยอมรับกันเพื่อเป็นเหตุผลสำหรับลดหย่อนจำนวนค่าชดเชยได้

<sup>116</sup> F.V. Garcia Amador, Ibid, pp.39-40.

## 2) ภาวะความจำเป็น (state of necessity)

เป็นเหตุผลอย่างหนึ่งที่ยอมให้รัฐปฏิเสธความรับผิดชอบของรัฐ หรือลดหย่อนค่าทดแทนได้ ผู้สนับสนุนความเห็นนี้ คือ Basdevat ในกรณีเฉพาะรัฐบาลอาจพิจารณาเห็นว่า รัฐบาลมีเหตุผลในทางการเมืองหรือทางศีลธรรมที่จะแยกการปฏิบัติตามกฎหมายออกไป Anzilotti กล่าวว่า ในขณะที่รัฐได้รับการทำร้ายจากความยุติธรรมอยู่บ่อยๆ รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หลักภาวะความจำเป็นนี้เป็นเพียงข้อเสนอทั่วไปอย่างหนึ่งเท่านั้น

ภาวะการณ์จำเป็นนี้ บางครั้งไม่แตกต่างไปจากเหตุสุดวิสัยแต่อย่างใด บางครั้งภาวะความจำเป็นเชื่อมโยงกับการป้องกันตนเองด้วย Strupp ได้ให้คำจำกัดความของภาวะความจำเป็นว่า เป็นสถานะอย่างหนึ่งซึ่งรัฐได้รับการข่มขู่จากภายนอกที่ทำให้กระทบกระเทือนต่อสถานะทางดินแดนหรือเอกภาพของรัฐบาลหรือรูปแบบการปกครอง หรือลดหรือทำลายเอกราช หรือความสามารถระหว่างประเทศของรัฐที่จะกระทำการยกเว้นการละเมิดผลประโยชน์ของต่างชาติที่รับการคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศ

## 3) การกระทำผิดของคนต่างชาติดเอง (Fault on the Part of the Alien)

การกระทำผิดใดๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างชาติด ถ้าผู้ได้รับความเสียหายเป็นผู้กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น โดยหลักกฎหมายจากคดีระหว่างประเทศ อาจใช้เป็นเหตุผลสำหรับการพ้นข้อหาจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศหรือเป็นพฤติการณ์เพื่อลดหย่อนการคำนวณค่าเสียหายด้วย<sup>117</sup>

พฤติการณ์ทั้งสามกรณีนี้เป็นข้อเสนอของ F.V.Garcia Amador แต่ Roberto Ago ได้เสนอว่าพฤติการณ์ที่การกระทำไม่เป็นความผิดมีดังนี้

ก. ความยินยอมของคู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายเมื่อมีปัญหาที่สันนิษฐานว่า ได้ให้ความยินยอม

ข. การบังคับตามกฎหมายต่อผู้ที่ก่อให้เกิดการละเมิดระหว่างประเทศ

ค. การป้องกันตนเอง (Self-defence)

ง. ภาวะความจำเป็น (State of necessity)<sup>118</sup>

<sup>117</sup> F.V. Garcia Amador, Louis B.Sohn, R.R.Baxter, *Recent Condification of the Law of State Responsibility for injuries to Aliens* New York: Oceana, Dobbs Ferry; Leiden: Sijthoff 1974, pp.33-36.

<sup>118</sup> Roberto Ago, "State Responsibility" *Yearbook of the International Law Commission* 1967 Volume II (1969): 326.

#### 4) หลัก *Rebus Sic Stantibus*

หมายถึงหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป (the doctrine of changed circumstance) การพิจารณาใช้หลักนี้ทำลายหลักการเคารพสัญญา (the sanctity of contract) หรือหลัก *Pacta Sunt Servanda* ได้ ซึ่งหลัก *Pacta Sunt Servanda* ให้การรับประกันและความมั่นคงแก่สัญญาโดยไม่มีหลักกฎหมายอันใดที่เหมาะสมกว่านี้ แต่ระเบียบกฎหมาย (legal order) ควรให้ความมั่นใจอย่างยุติธรรม (equity) และมีความยุติธรรม (justice) อย่างเท่าเทียมกันด้วย ในกรณีเช่นนี้การที่จะบรรลุผลสำเร็จ ได้ก็โดยการให้หลัก *Rebus Sic Stantibus* อย่างมีเหตุผล

หลัก *Pacta Sunt Servanda* มีอยู่ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและหลักกฎหมายภายในทั้งหลายของระบบกฎหมายทุกระบบ ซึ่งได้ยกเลิกที่จะคำนึงถึงเสรีภาพอันสมบูรณ์ของสัญญามานานแล้ว ความประสงค์ของสังคม Lauterpacht ได้ชี้ให้เห็นว่ามีสัญญาอยู่สามประเภท ซึ่งกฎหมายห้ามและกฎหมายจะไม่บังคับคือสัญญาที่กฎหมายจะไม่บังคับหลังจากที่ได้มีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นแล้ว เป็นเหตุผลที่จำเป็นในการที่จะทำให้เจตนาที่แท้จริงบังเกิดผล ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่กรณี หรือเพื่อพิทักษ์ผลประโยชน์ของสังคมบางประการเพื่อความอยู่ดีกินดีของมหาชน (Public Good) หลักความคิดนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีอยู่ในหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หลัก *Rebus Sic Stantibus* นี้จะทำให้หลัก *Pacta Sunt Servanda* มีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น เพราะทำให้ความเคร่งครัดของหลัก *Pacta Sunt Servanda* มีความเหมาะสมมากขึ้น ทำให้การใช้หลักนี้ได้คล่องและยุติธรรมมากขึ้นด้วย การเปลี่ยนแปลงสัญญาตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาระยะยาว เช่น ความตกลงพัฒนาแหล่งแร่ นั้น ไม่ใช่เป็นข้อยกเว้นหรือไม่เป็นการขัดแย้งกับหลัก *Pacta Sunt Servanda* แต่หมายถึงว่าสัญญานั้นควรมีอยู่และยังมีผลใช้บังคับจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม หรือหมายความว่าสัญญาไม่สามารถที่จะละเมิดได้ ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้

กฎหมายว่าด้วยสัญญา ก็เหมือนกับกลุ่มกฎหมายอื่นๆ นั่นเอง ตามคำกล่าวของ Lord McMillan ที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งมีชีวิตที่ปรับตัวเองได้ในทันทีทันใดตามสิ่งแวดล้อม และกฎหมายที่มีอำนาจจะปรับตัวเองได้ในทันทีทันใด เป็นกฎหมายที่มีค่าสูงสุด<sup>119</sup>

<sup>119</sup> Hasan S. Zakariya, *Changed Circumstances and the Continue Validity of Mineral Development Contracts* London: Frances Printer; New York: Nichols Pub., 1980 pp.274-275.



## 2.12 หลักความเที่ยงธรรม (Principle of Equity)<sup>120</sup>

คำว่า “equity” ในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศอาจมีความหมายแตกต่างจากคำว่า “equity” ซึ่งใช้โดยศาลภายในของรัฐ โดยเฉพาะรัฐที่ใช้ระบบ common law คำว่า “equity” ในกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง ความยุติธรรมตามกฎหมายธรรมชาติ (natural law) ซึ่งเทียบกันได้กับคำว่า “ex aequo et bono” ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 38(2) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

คำว่า “aequitas” ในระบบกฎหมายโรมันและคำว่า “equity” ในระบบกฎหมาย common law ในแง่หนึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้เพื่อลดความกระด้างของกฎหมายไว้บังคับอยู่ไม่ว่าจะจะเป็นประมวลกฎหมายในระบบ civil law หรือคำพิพากษาของศาลในระบบ common law ก็ตาม แต่ในอีกแง่หนึ่ง หลัก aequitas และ equity ก็นำมาใช้เพื่อเป็นหลักที่ช่วยในการตีความกฎหมายให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด ทั้งในระบบ common law และระบบ civil law เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้นักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านจึงเห็นพ้องต้องกันว่า equity เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมในระบบกฎหมายสมัยใหม่รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย Akehurst กล่าวว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศ คำว่า “equity” ความยุติธรรม และ กฎหมายธรรมชาติ ดูเหมือนจะเป็นคำเดียวกัน

ศาลระหว่างประเทศได้นำหลัก equity มาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี เช่น คดี Diversion of Water from the Meuse (เนเธอร์แลนด์ v. เบลเยียม) ผู้พิพากษา Hudson ได้กล่าวว่า ข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลใช้ “หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ” และในการนี้ รัฐมากกว่าหนึ่งรัฐที่ถือว่า equity เป็นหลักกฎหมายหนึ่งในระบบกฎหมายของรัฐนั้น การที่ศาลยอมรับว่าหลัก equity เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือว่าอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยคดีตามหลัก equity ถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งให้อำนาจศาลที่จะวินิจฉัยชี้ขาดตามหลัก ex aequo et bono หากคู่พิพาทตกลงตามนั้น

ดังนั้น ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ จึงสรุปว่า ตามข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลมีเสรีภาพที่จะพิจารณาว่า หลัก equity เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลจะต้องนำมาปรับใช้แก่คดี โดยศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวต่อไปว่า ตามหลัก equity เมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต่างก็มีพันธกรณีอย่างเดียวกันซึ่งกันและกัน คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างต่อเนื่องไม่ควรจะถือประโยชน์จากการไม่ปฏิบัติตาม

<sup>120</sup> จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53, น. 85-86

พันธกรณีอย่างต่อเนื่องของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเช่นกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักคติพจน์ของหลัก equity ในระบบ common law ที่ว่า “ความเสมอภาคคือความยุติธรรม”

### 3. แนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในประเทศต่างๆ

การระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานนั้น ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงเฉพาะแต่ในบางประเทศเท่านั้น โดยแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน คือ แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน และ ปัญหาที่เกิดจากแนวการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน ดังนี้

#### 3.1 แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานนั้น มีทั้งการระงับข้อพิพาทโดยศาล และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาทโดยทางศาลนั้น อาจมีทั้ง ศาลแพ่งและศาลปกครอง ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็อาจมีทั้ง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (ad hoc arbitration) และการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institutional arbitrations)

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองนั้น คู่กรณีพิพาทอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทตามวิธีการดังกล่าวได้ด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่างๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน และทำคำชี้ขาดโดยให้ปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีพิพาทอาจตกลงกันใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการดังกล่าวได้ สถาบันดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบของสถาบันที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการก็ได้ สถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่สถาบันร่างขึ้นเองหรือนำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมาใช้ เพราะข้อบังคับเหล่านั้นจะมีรายละเอียดที่จำเป็นสำหรับการอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ และทางแก้ไขกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการ รายละเอียดของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

สำหรับในประเทศต่างๆ แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานมักกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการ โดยในบางประเทศมีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ เช่น ประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก เช่น ประเทศบัลแกเรีย ประเทศโรมาเนีย ประเทศโครเอเชีย ประเทศอัลเบเนีย ประเทศเซอร์เบีย ประเทศบอสเนีย & เฮอร์เซโกวีนา และประเทศมาเซโดเนีย เป็นต้น ประเทศเหล่านี้จัดเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (Developing Country) กลุ่มประเทศเหล่านี้ต้องดำเนินนโยบายปฏิรูปประเทศในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป หรือ EU จำเป็นต้องเร่งพัฒนาประเทศในด้านต่างๆ ตามกรอบที่ EU กำหนดไว้ ทำให้จำเป็นต้องออกกฎหมายในด้านต่างๆ โดยเฉพาะกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) เพื่อควบคุมการทำธุรกิจสัมปทาน ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มักจะกำหนดให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น

แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน การระงับข้อพิพาทอาจมีความแตกต่างออกไป โดยตามระบบของกฎหมายประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันกำหนดห้ามมิให้ทำข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่เป็นเรื่องอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองมิได้อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของคู่กรณีเช่นข้อพิพาทในสัญญาตามระบบกฎหมายเอกชน และยังมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะต้องรักษาเพื่อประชาชนโดยรวมอีกด้วย ดังนั้นจึงควรให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยตัดสินเท่านั้น<sup>121</sup>

นอกจากนั้น ประเทศฝรั่งเศสยังกำหนดในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะไว้ด้วยว่า สัญญาทางปกครองเฉพาะข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะต้องขึ้นศาลปกครอง ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว โดยศาลปกครองมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทานในเรื่องต่างๆ เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ และการจัดทำบริการสาธารณะ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น

### 3.2 ปัญหาที่เกิดจากแนวการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน

ปัญหาแนวทางการระงับข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานเป็นหลัก โดยเฉพาะข้อพิพาททางนโยบายหรือข้อพิพาทสำคัญ (Policy or Major disputes) ข้อพิพาทประเภทนี้ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญเกี่ยวกับความสัมพันธ์พื้นฐานระหว่างรัฐและคนชาติรัฐอื่น เช่น การเวนคืน (expropriation) หรือ การโอนเป็นของชาติ (Nationalization) โดยเฉพาะอย่างยิ่งสูตรการคำนวณค่าทดแทน (Compensation) สำหรับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนเป็นของชาติ การไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาของคนชาติรัฐอื่นได้ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับปัญหาทาง

<sup>121</sup> อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, น.245

เศรษฐกิจ การผิดสัญญาของรัฐสำหรับหนี้ของธนาคารต่างชาติ เป็นต้น นอกจากนั้นแล้ว ข้อพิพาทประเภทนี้ไม่สามารถตกลงกันได้โดยการเจรจา (Negotiations) ระหว่างคู่สัญญาโดยไม่มีการใช้ อนุญาโตตุลาการที่จะนำไปสู่การตกลงที่ทำการประนีประนอม (Compromise) การปรองดอง (Accommodation) โดยคู่สัญญา

ในอดีตที่ผ่านมา ข้อพิพาทจำนวนมากได้มีการตกลงกันได้โดยการเจรจาระหว่าง คู่สัญญาโดยไม่มีการใช้ อนุญาโตตุลาการ การเจรจาลักษณะนี้นำไปสู่การตกลงที่ทำการ ประนีประนอม การปรองดองโดยคู่สัญญา ซึ่งขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการเมือง มากกว่าขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังเช่นข้อพิพาททางนโยบายหรือข้อพิพาทสำคัญ ดังกล่าวข้างต้น<sup>122</sup>

ข้อพิพาททางนโยบายนั้น ทำให้เกิดปัญหากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญา สัมปทานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ หลายประการ โดยเฉพาะปัญหาที่ เกี่ยวกับดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับสัญญา สัมปทาน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการควรจะใช้กฎหมายภายในประเทศเป็นหลักในการวินิจฉัยชี้ขาด หรือ ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับกันโดยทั่วไปเป็นหลักในการวินิจฉัยซึ่งเป็นเรื่องที่ยังหาข้อยุติไม่ได้<sup>123</sup> นอกจากนั้นแล้วก็ยังมีเรื่องหลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการควรจะต้องใช้ที่เป็นปัญหาในการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน ซึ่งสามารถพบเห็นได้จากคดีสำคัญๆ ในต่างประเทศหลายคดี ทั้งนี้มีคดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติในต่างประเทศหลายคดีที่สะท้อนให้เห็นปัญหาดังกล่าว ดังที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้วในตอนต้น เช่น ในคำวินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการที่ให้ใช้กฎหมายภายในประเทศบังคับแก่สัญญาสัมปทาน ได้แก่ คดี Lena Goldfields เป็นต้น สำหรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศบังคับ แก่สัญญาสัมปทานก็มีหลายคดีได้แก่ Aramco Arbitration คดี Texaco Arbitration คดี Sapphire Arbitration เป็นต้น

โดยสรุป พบว่าประเด็นปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจาก สัญญาสัมปทานในต่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่มักเป็นปัญหาในเรื่องของการใช้กฎหมายที่จะนำมา ปรับแก้เรื่องที่พิพาท อย่างไรก็ดี ในบางประเทศได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการกำหนดเป็น

<sup>122</sup> United Nation, Economic and Social Council, Transnational Corporations in World Development, A Re-Examination, Commission on Transnational Corporation, Forth-Session 15-26 May, 1978, pp.120-121.

<sup>123</sup> อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.102

หลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน ทำให้ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาปรับแก้เรื่องที่พิพาท เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดการเยียวยาแก้ไขไว้ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งสูตรในการคำนวณค่าเสียหายไว้โดยชัดเจน ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายของไทยที่ไม่มีเกณฑ์มาตรฐานในการพิจารณา ทำให้เกิดปัญหาเมื่อคดีไปสู่การอนุญาโตตุลาการ<sup>124</sup>



---

<sup>124</sup> ชวลิต เสวตสุด, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น.153



## บทที่ 5

### กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาที่เกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 4 ส่วน ส่วนแรกได้แก่ กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ส่วนที่สอง ได้แก่ แนวทางในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ส่วนที่สามได้แก่ กรณีศึกษาการใช้หลักกฎหมายของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่น่าสนใจ และส่วนที่สี่ ได้แก่ แนวทางในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานเพื่อแก้ปัญหาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 1. กฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น โดยปกติจะเป็นกฎหมายไทย และอาจจะมีการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ตามหลักการแสดงเจตนาเลือกใช้กฎหมายของคู่สัญญา (Choice of law) ซึ่งอาจจะไม่ใช่กฎหมายไทยด้วยก็ได้ ดังนั้นในส่วนนี้ผู้เขียนจึงได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ กฎหมายไทย และ กฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 1.1 กฎหมายไทย

หากพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น มักกำหนดให้นำกฎหมายไทยมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งน่าจะมาจากสัมปทานในประเทศไทยเป็นไปโดยกฎหมายและมาจากอำนาจในการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีอำนาจมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและส่วนใหญ่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเป็นผู้กำหนดสัญญาไว้ล่วงหน้า ก่อนทำสัญญาอยู่แล้วว่าจะใช้กฎหมายไทย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายไทยที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา

สัมปทานนั้น จึงอาจนำมาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หรือในฐานะที่เป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาสัมปทานได้จัดทำ<sup>118</sup>

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานนั้น ผู้เขียนได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และ กฎหมายในระดับระเบียบรวมทั้งมติคณะรัฐมนตรี เพื่อให้ครอบคลุมถึงกฎหมาย กฎระเบียบต่างๆ ที่จะนำมาใช้กับสัมปทาน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 1.1.1 กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานของไทยที่ผ่านมา นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีอยู่หลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติรักษาต้นสัก ร.ศ.116 พระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461 พระราชบัญญัติจัดวางทางรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ.2550 เป็นต้น ซึ่งในการศึกษาส่วนนี้ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างของพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในประเทศไทยรวมถึงวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติต่างๆ ดังกล่าวไว้พอสังเขป ดังได้แสดงรายละเอียดในตารางที่ 5.1

ตารางที่ 5.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
1. พระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก ร.ศ.116	- การตัดต้นไม้สักต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาล
2. พระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461	- การตรวจหาแร่ ขุดแร่จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาล
3. พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464	- การวางรางรถไฟ ทำกิจการรถไฟในราชอาณาจักร ต้องได้รับพระบรมราชานุญาต
4. พระราชบัญญัติอากรรังนก พ.ศ.2467	- วางระเบียบการเก็บรังนกนางแอ่น
5. พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471	- เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชน กล่าวคือ การประกอบกิจการสาธารณูปโภคจะต้องได้รับพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทาน
6. พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473	- การสร้างและบำรุงทางหลวงเป็นกิจการที่รัฐผูกขาด ผู้ใดจะประกอบกิจการดังกล่าวต้องได้รับสัมปทาน

<sup>118</sup> อารยา กิตติเวช, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 13, น.105

## ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
7. พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484	- รัฐบาลมีอำนาจให้สัมปทานทำไม้หวงห้าม เก็บของป่าหวงห้าม โดยเรียกเก็บค่าภาคหลวงจากผู้ขออนุญาต
8. พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510	- การทำเหมืองแร่ต้องได้รับประทานบัตร
9. พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514	- เพื่อส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ในด้านการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเพื่อประโยชน์แก่รัฐ โดยผู้ทำการสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมต้องได้รับสัมปทาน
10. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515	- การประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ดังนี้ ต้องได้รับสัมปทาน กล่าวคือ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การชลประทาน การประปา การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อ
11. พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520	- กลุ่มครองผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เช่น การไม่โอนกิจการเป็นของรัฐ การที่รัฐไม่ประกอบกิจการแข่งขัน เป็นต้น
12. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535	- กำหนดวิธีการที่หน่วยงานรัฐจะให้สัมปทานหรือเข้าร่วมลงทุนหรือร่วมงานกับเอกชน
13. พระราชบัญญัติอกรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540	- กำหนดวิธีการเกี่ยวกับการให้สัมปทานเก็บรังนกนางแอ่น
14. พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542	- การให้สัมปทานแก่ผู้ประกอบการคลังน้ำมัน เชื้อเพลิงหรือระบบขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อ
15. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542	- วางระเบียบและแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานทางปกครอง รวมถึงมีการให้คำนิยามเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งรวมถึงสัญญาสัมปทาน
16. พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542	- เพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยทางหลวงที่ได้รับสัมปทานเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เอกชนจะเข้ามาลงทุนในกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค

## ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
18. พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543	<p>โจะดำเนินการดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ</p> <p>- เพื่อการจัดทำ จัดการและการให้บริการขนส่งมวลชนด้วยระบบไฟฟ้ารวมทั้งการดูแลรักษาความปลอดภัย</p> <p>เพื่อการให้บริการที่มีประสิทธิภาพ</p>
19. พระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ.2550	<p>- เพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการทางพิเศษแห่งประเทศไทยให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน</p> <p>เพื่อให้สามารถดำเนินการในอันที่จะให้บริการเพื่ออำนวยความสะดวกในการจราจรได้มากยิ่งขึ้น</p>

หมายเหตุ : จากการรวบรวม

นอกจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้นยังมีพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่อนุญาตให้รัฐวิสาหกิจสามารถเข้าร่วมการงานกับภาคเอกชนได้ เช่น พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ.2477 พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2519 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 พระราชบัญญัติปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2521 เป็นต้น

จากการศึกษาพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่วนใหญ่จะมีเนื้อหาสาระในเรื่องการดำเนินการสัมปทานนั้นๆ โดยมีได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกรณีเกิดข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจน แต่ก็พบว่ายังมีพระราชบัญญัติบางฉบับบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้การสัมปทานไว้โดยเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กล่าวถึงการชดเชยค่าเสียหายกรณีมีค่าเสียหายเกิดขึ้นจากกรณีที่มีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่หรือผู้รับสัมปทานต้องผ่านเข้าไปในพื้นที่ของบุคคลใดเพื่อการเก็บรักษาและขนส่งปิโตรเลียม หากไม่สามารถตกลงค่าความเสียหายกันได้ให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยและให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้<sup>119</sup> หรือ เมื่อมีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้

<sup>119</sup> พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 55

ในกิจการปิโตรเลียมให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์<sup>120</sup> พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 กล่าวถึงการให้สิทธิแก่ผู้รับสัมปทานในกรณีที่ต้องได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือมีความจำเป็นต้องใช้อสังหาริมทรัพย์ โดยไม่จำเป็นต้องได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นและไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดหาอสังหาริมทรัพย์เพื่อกิจการขนส่งมวลชน<sup>121</sup> นอกจากนั้น ยังมีการนำหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน กล่าวคือ กรณีมีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไข หรือ เพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้<sup>122</sup> เป็นต้น

### 1.1.2 กฎหมายในระดับระเบียบ รวมทั้งมติคณะรัฐมนตรี

โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาภาครัฐที่การดำเนินการต้องเป็นไปภายใต้กฎเกณฑ์ของรัฐด้วย ดังนั้น นอกจากการพิจารณากฎหมายแล้ว ยังต้องพิจารณาจากกฎระเบียบของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่า มีกฎ ระเบียบของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานดังได้แสดงรายละเอียดในตารางที่ 5.2

ตารางที่ 5.2 ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
1. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ พ.ศ.2549	- เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐาน ระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการที่สำคัญ โดยจัดให้โครงการลงทุนขนาดใหญ่เป็นโครงการพิเศษ โดยมีวิธีการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารจัดการพิเศษแตกต่างจากโครงการทั่วไป อย่างไรก็ดี มีข้อน่าสังเกตว่า ระเบียบนี้ได้มีการกำหนดไว้ด้วยว่า ข้อเสนอของผู้ยื่นเสนอโครงการต้องไม่เป็นการเข้าร่วมทุน ร่วมकरण หรือขอรับสัมปทานตาม

<sup>120</sup> พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 68

<sup>121</sup> พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 47

<sup>122</sup> พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 53



## ตารางที่ 5.2 (ต่อ)

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
2. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม	<p>กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ (ข้อ 14)</p> <p>- ระเบียบนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ นอกจากนั้นยังกำหนดตัวอย่างเอกสารประกวดราคาและตัวอย่างสัญญาต่างๆ ด้วย</p>
3. ระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ.2528	<p>- ระเบียบนี้เป็นระเบียบที่กำหนดเพดานวงเงินกู้ (Debt Ceiling) แต่ละปีเพื่อป้องกันมิให้หน่วยงานของรัฐก่อหนี้สูงขึ้นเรื่อยๆ</p> <p><u>ข้อสังเกต</u> ระเบียบดังกล่าวนี้เองทำให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถกู้เงินมาลงทุนเพื่อให้บริการแก่ประชาชนได้ตามความต้องการ ประกอบกับรัฐบาลมีนโยบายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในงานของรัฐมากขึ้น จึงทำให้เกิดโครงการสัญญาสัมปทานต่างๆ และโครงการให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อที่รัฐจะได้ไม่ต้องใช้เงินทุนของตนเองและไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเพดานเงินกู้</p>
4. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535	<p>- กำหนดให้ส่วนราชการต่างๆ และรัฐวิสาหกิจทุกประเภทส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามสัญญา ซึ่งนำไปสู่การกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ในเวลาต่อมา</p>
5. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547	<p>- การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น กำหนดให้นำคดีพิพาทจากสัญญาสัมปทานที่เป็นสัญญาทางปกครอง ส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม และเห็นว่าสัญญาสัมปทานที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็น</p>

## ตารางที่ 5.2 (ต่อ)

พระราชบัญญัติ	วัตถุประสงค์
6. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552	ผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป
7. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2552	- กำหนดให้สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป - อนุมัติให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทไว้ในสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสัญญาที่ 1, 2 และ 3 ที่ดำเนินการประกวดราคาแล้วเสร็จ และงานโยธาสัญญาที่ 6 ที่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) จะดำเนินการประกวดราคาและสัญญาจ้างที่ปรึกษาบริหารและควบคุมโครงการ

หมายเหตุ : จากการรวบรวม

สำหรับปัญหาว่าจะนำกฎหมายใดมาบังคับใช้กับสัญญานั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าสัมปทานในเรื่องนั้นมีบทบัญญัติมีบทบัญญัติของกฎหมายไทยกำหนดไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ โดยหากเป็นสัมปทานที่มีกฎหมายเป็นการเฉพาะแล้วก็จะต้องนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ เช่น กรณีของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม โดยที่กฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียมกำหนดให้นำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาปิโตรเลียม จึงเป็นการกำหนดให้นำกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาดังกล่าว ในกรณีจึงย่อมขึ้นอยู่กับศาลหรืออนุญาโตตุลาการว่าจะนำหลักกฎหมายใดจากข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายภายในจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ใน

การวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38(ค) แห่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั่นเอง ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ.2514 เป็นกฎหมายภายในที่ได้กำหนดให้ระงับข้อพิพาทในสัมปทานปิโตรเลียมโดยอนุญาโตตุลาการ และมีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายภายในอื่นๆ ที่กำหนดให้นำวิธีพิจารณาตามกฎหมายข้อบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เป็นการยอมรับวิธีพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง จึงไม่มีปัญหาในการตีความว่าวิธีพิจารณาตามกฎหมายข้อบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น จัดกับกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยหรือไม่<sup>123</sup> หรือในกรณีของการดำเนินกิจการของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ก็มีพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 ว่าด้วยเรื่องสัมปทานบัญญัติให้นำกฎหมายเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์มาใช้เพื่อการได้มาหรือใช้อสังหาริมทรัพย์เพื่อกิจการรถไฟฟ้า และกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไข รวมถึงเพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเป็นการวางแผนทางให้นำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้ ในกรณีจึงย่อมขึ้นอยู่กับศาลหรืออนุญาโตตุลาการว่าจะนำหลักกฎหมายใดจากบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทาน เป็นต้น

กรณีสัมปทานใดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ก่อนปี พ.ศ.2542 แนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทย สัญญาสัมปทานนั้นจะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นสัญญาภายใต้ระบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลก็จะนำเอาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับคดีดังกล่าว<sup>124</sup>

แต่ภายหลังปี พ.ศ.2542 เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาแล้ว สัญญาสัมปทานซึ่งจัดเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ก็ยังไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้ คงมีแต่แนวคำพิพากษาของศาลปกครองในบางคดีเท่านั้นที่ได้วางหลักเกี่ยวกับกฎหมายปกครองที่นำมาใช้กับสัญญาสัมปทานไว้ โดยยังไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญาสัมปทานหรือสัญญาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานจะต้องใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาต่อไปว่าควรนำหลักกฎหมายใดมาปรับแก้คดี หรือควรจะวินิจฉัยคดีดังกล่าวอย่างไร

<sup>123</sup> นิรันดร์ บุญจิต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.380-381

<sup>124</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1738/2525(เนติ) น.1362 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2384/2536

## 1.2 กฎหมายระหว่างประเทศ

โดยปกติสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมักจะกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยบังคับกับสัญญาอยู่แล้ว ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานของรัฐจึงเป็นกฎหมายไทยตามเจตนาของคู่สัญญา แต่ก็อาจจะมีการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานด้วยก็ได้เช่นกัน หากสัญญาเหล่านั้นมีข้อบทในสัญญากำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายภายในรัฐขณะนั้นยังไม่เพียงพอที่จะนำมาบังคับใช้แก่คดีได้ ก็มีความเป็นไปได้ที่อนุญาโตตุลาการอาจจะนำหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ อย่างเช่น ในคดี Texaco Arbitration (1975) ที่อนุญาโตตุลาการเลือกหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้กับสัญญาในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายประเทศลิเบีย (กฎหมายภายในรัฐ) ที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

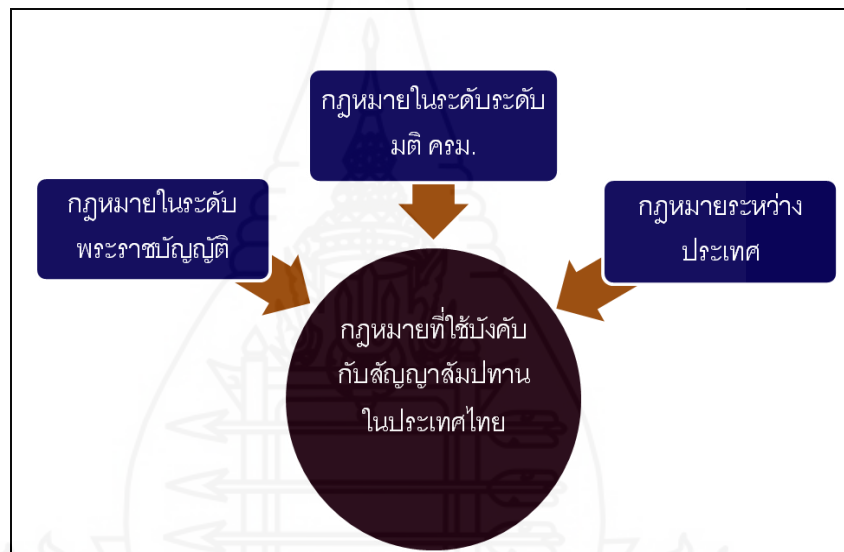
สำหรับในส่วนของประเทศไทยนั้น การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย พบว่ามีการนำกฎหมายระหว่างประเทศอันได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมาใช้ ดังปรากฏให้เห็นในคดีระหว่างรัฐบาลไทย กับ Walter Bau AG (2552) หรือ “คดีดอนเมืองโทลล์เวย์” คดีนี้รัฐบาลไทยได้ให้สัมปทานแก่ บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) (Walter Bau AG สัญชาติเยอรมัน ผู้เรียกร้องสิทธิเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นของบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์) เพื่อให้ดำเนินการออกแบบ ก่อสร้าง บริหารงาน และบำรุงรักษา เส้นทางยกระดับระหว่างสนามบินดอนเมืองถึงบริเวณสามเหลี่ยมดินแดง ระยะทางประมาณ 28 กิโลเมตร วงเงินลงทุน 12,000 ล้านบาท บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้รับสิทธิในการเก็บรายได้จากการใช้ทางดังกล่าวตลอดระยะเวลาสัมปทาน

ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อ Walter Bau AG อ้างว่าการกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการเวนคืนทางอ้อม และ เป็นการละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ ถือเป็น การละเมิดความคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน พ.ศ.2545 จึงได้นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการมีที่ตั้งอยู่ ณ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

คดีนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public international law) มาใช้ ซึ่งมีใช้กฎหมายภายในรัฐ (National law) และกฎหมายที่เหมาะสมควรจะนำมาใช้ คือ กฎหมายของประเทศไทย แม้ว่าอาจจะนำกฎหมายของประเทศเยอรมันมาใช้ได้ด้วยก็ตาม ตามข้อตกลงร่วมกันที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

ซึ่งอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดให้รัฐบาลไทยเป็นฝ่ายแพ้คดีและต้องชดเชยค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาต่อ Walter Bau AG โดยอนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายมาใช้ดังนี้ 1) หลักการเวนคืน (Expropriation) โดยวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของรัฐบาลไทยไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม เพราะยังไม่ถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจของผู้ลงทุนดำเนินต่อไปไม่ได้ 2) หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable) โดยวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการปฏิบัติที่ไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมและเท่าเทียมกันต่อผู้ลงทุนต่างชาติ

หลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นได้ตามภาพที่ 5.1 ดังนี้



ภาพที่ 5.1 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

## 2. แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

การศึกษาในส่วนนี้เป็นการศึกษาถึงแนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน เพื่อให้ทราบว่าแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้เป็นอย่างไรในประเทศไทย และผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศที่อาจมีต่อแนวทางระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยต่อไปในอนาคต โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน คือ แนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏ



อยู่ในปัจจุบัน ปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน และผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศที่อาจมีต่อแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ดังนี้

## 2.1 แนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานนั้น สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ หรือวิธีการทางศาลก็ได้ แล้วแต่เจตนาของกลุ่มสัญญา สำหรับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นไปตามหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 ที่กำหนดให้หน่วยงานรัฐจะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การดำเนินการเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นการแต่งตั้งโดยความสมัครใจของกลุ่มสัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เมื่อเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการแล้ว กลุ่มสัญญาก็ต้องผูกพันตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ตนตั้งขึ้น และต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ เว้นแต่มีเหตุผลเฉพาะบางกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น จึงจะสามารถโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น โดยปกติแล้วเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเป็นอย่างไรแล้วย่อมถือเป็นคำชี้ขาดที่เด็ดขาด และไม่อาจโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้

ทั้งนี้กลุ่มสัญญาอาจจะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างไรก็ตาม หนึ่งก็ได้ คือ 1) การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (ad hoc arbitration) โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่างๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน หรือ 2) การระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institution arbitrations) คู่กรณีพิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทของตน โดยการอนุญาโตตุลาการ อาจตกลงกันใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการดังกล่าวได้ สถาบันดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบของสถาบันที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการแห่งกระทรวงยุติธรรม หรืออาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานต่างๆ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์ หรือเป็นหน่วยงานในหอการค้าที่ให้บริการกับสมาชิกของหอการค้าและนักธุรกิจทั่วไป เช่นสภาอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย เป็นต้น

หากพิจารณากฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว พบว่าสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กำหนดให้

การระงับข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม กระทำโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (ad hoc arbitration) เพราะเป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทจากสัญญาเป็นกรณีๆ ไป และหากพิจารณาจากสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานรัฐในประเทศไทยจัดทำขึ้นก็มักมีข้อสัญญากำหนดให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แต่โดยส่วนใหญ่มักเป็นการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ<sup>125</sup>

## 2.2 ปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน

ก่อนปี พ.ศ.2542 ประเทศไทยใช้ระบบศาลเดี่ยว ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทุกประเภทเข้าสู่กระบวนการศาลยุติธรรม การวินิจฉัยและพิพากษาศาลก็จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานศาลก็จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เช่นเดียวกัน แม้ว่าในช่วงเวลาก่อนหน้านั้นจะมีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 อยู่แล้วก็ตาม การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานก็ยังคงมีการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เช่นเดียวกัน และก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสัมปทานหลายประการ

หลังปี พ.ศ.2542 เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครอง ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้สัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง สัญญาสัมปทานซึ่งจัดเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นคดีจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ทำให้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ไม่อาจจะนำมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานได้

แต่ในเวลาต่อมาก็ได้มีการแก้ไขให้วิธีการอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานได้อีกครั้ง เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ขึ้นมา โดยกำหนดให้นำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดรายละเอียดของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ เช่น ขอบอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ประเภทของข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน กระบวนการในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งขอบเขตของศาลในการเข้ามามีบทบาทต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

<sup>125</sup> อารยา กิตติเวช, เฟิงฮ้าง, น.121

เมื่อมีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะสัญญาสัมปทาน ที่ผ่านมาพบว่ามีปัญหาเกิดขึ้นหลายประการ อาทิเช่น กรณีปัญหาข้อพิพาทคดีไอทีวี ที่ศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุผลว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดในประเด็นแห่งคดี เนื่องจากการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดในประเด็นแห่งคดีเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกรณีปัญหาข้อพิพาทตามโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่ศาลฎีกาได้พิพากษาของศาลชั้นต้นที่ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายเงินชดเชยค่าเสียหายความล่าช้าในการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างเป็นจำนวนหลายพันล้านบาท ด้วยเหตุผลสัญญาเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึง ไม่มีผลผูกพันการทางพิเศษแห่งประเทศไทย และทำให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่ต้องชำระค่าชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ซึ่งกรณีตัวอย่างเหล่านี้ล้วนแล้วแต่สะท้อนให้เห็นปัญหาการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานทั้งสิ้น ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอโดยละเอียดในส่วนต่อไป

นอกจากปัญหาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในอีกด้านหนึ่ง กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นมีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาว่า แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานควรเป็นเช่นไร การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการควรมีหรือไม่ในสัญญาสัมปทาน ส่งผลให้รัฐบาลในขณะนั้นพยายามหาทางป้องกันปัญหาเมื่อมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานเกิดขึ้นแล้วเข้าสู่วิธีการอนุญาโตตุลาการและมีคำชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดียังผลให้ต้องชดใช้เงินจำนวนมาก จึงได้มีมติคณะรัฐมนตรีออกมา เพื่อป้องกันปัญหาการระงับข้อพิพาทดังกล่าว คือ เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 วันที่ 4 พฤษภาคม 2547 และ วันที่ 7 สิงหาคม 2552 ตามลำดับ สาระสำคัญในมติคณะรัฐมนตรีที่กล่าวมา คือ สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนไทยหรือต่างประเทศไม่ควรมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด ยกเว้นแต่มีกรณีจำเป็นให้เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเป็นกรณีไป ซึ่งเท่ากับมีผลให้การดำเนินแนวทางในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานของประเทศไทยนั้น ถูกห้ามมิให้ใช้อนุญาโตตุลาการ โดยนัยของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน

เป็นที่น่าสังเกตว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวดูเหมือนว่าจะมีความขัดแย้งกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการสามารถมีในสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเป็นการสร้างปัญหาในทางปฏิบัติให้ผู้ปฏิบัติงานได้

แต่การที่ประเทศไทยใช้วิธีการแก้ปัญหาเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามา

ลงทุนในประเทศไทยได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นระบบที่ยอมรับกันในระดับสากลและใช้กันอย่างแพร่หลายในธุรกิจและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐบาลเองต้องการให้ประเทศไทยมีการพัฒนาทางด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแต่กลับมีนโยบายมิให้มีข้อสัญญาการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน

### 2.3 ผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศที่อาจมีต่อแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงผลกระทบจากพันธกรณีระหว่างประเทศว่าจะมีผลต่อการกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในอนาคตหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าพันธกรณีระหว่างประเทศที่น่าสนใจอยู่ 2 เรื่อง คือ 1) อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 เนื่องจากปัจจุบันนี้รัฐเข้ามามีบทบาททางด้านการค้าการลงทุนระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการลงทุน รัฐได้เปิดโอกาสให้นักลงทุนจากต่างประเทศเข้ามาลงทุนในกิจการที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะและสาธารณูปโภคที่รัฐแต่ผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิทำได้ โดยการอนุญาตหรือให้สัมปทานแก่เอกชนต่างประเทศที่เข้ามาลงทุนอันเป็นการช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน และ 2) ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) เนื่องจากปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายว่าเป็นกลไกสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศดังมีการจัดทำความตกลงแบบทวิภาคีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศต่างตอบแทนในหลายประเทศทั่วโลก ซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่อาจจะมีต่อแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในอนาคตได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### 2.3.1 อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965<sup>126</sup>

อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 หรือ ICSID เป็นอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States) ทำ ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 โดย ICSID เป็นองค์กรหนึ่งของธนาคารโลก (World Bank) มีวัตถุประสงค์

<sup>126</sup> เนติมา คงแก้ว “การระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนผ่านกระบวนการของ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States: ICSID” ค้นคืนวันที่ 15 พฤษภาคม 2555 จาก <http://www.learners.in.th/blogs/posts/475822>

เพื่อเป็นองค์การในการจัดการข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ โดยวิธีการประนีประนอมข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความร่วมมือในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ICSID จึงมีกระบวนการดำเนินงานที่เป็นปัจเจกแยกจากกระบวนการตามกฎหมายภายใน ศาลภายในมีหน้าที่เพียงเป็นเสมือนผู้ช่วยในการบังคับการตามคำตัดสินของ ICSID เท่านั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิยื่นอุทธรณ์กรณีพิพาทเดียวกันนี้ต่อศาลภายในอีกได้ และรัฐภาคีของ ICSID จะต้องผูกพันตามคำตัดสิน โดยถือว่าคำตัดสินดังกล่าวเป็นที่สุด ซึ่งนับว่าเป็นเอกลักษณ์ขององค์การระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริง แรกเริ่มก่อตั้งมีสมาชิกทั้งสิ้นเพียง 20 ประเทศ และเพิ่มจำนวนเป็น 157 ประเทศจนถึงปัจจุบัน

ICSID มีบทบาทมากขึ้นอย่างรวดเร็วอันเป็นผลมาจากการเข้าทำสนธิสัญญาทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties : BITs) ด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้นจาก 385 ฉบับในปี 1989 เป็นกว่า 3,000 ฉบับในปัจจุบัน สนธิสัญญาดังกล่าวให้สิทธิแก่นักลงทุนในการเรียกค่าเสียหาย หากรัฐผู้รับการลงทุนได้เวนคืนกิจการ ก่อความเสียหาย อันกระทบต่อกิจการหรือกรณีอื่นๆ อันเป็นการละเมิดสัญญา และยังได้กำหนดวิธีแก้ปัญหาคข้อพิพาทไว้อีกด้วย ซึ่งวิธีการหนึ่งที่มีมีการระบุไว้ในสนธิสัญญาก็คือการนำข้อพิพาทมาสู่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตามกระบวนการของ ICSID โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการพิจารณาของศาลภายในแต่อย่างใด

ICSID จะดำเนินการในลักษณะ “อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง” (ad hoc arbitration) อันเป็นลักษณะเฉพาะที่ต่างจากองค์กรศาลที่มีผู้พิพากษาประจำการ และคู่กรณีไม่อาจอุทธรณ์คำตัดสินของ ICSID ได้ ทั้งนี้ ICSID มีเขตอำนาจจัดการเฉพาะข้อพิพาทที่คู่กรณีได้ตกลงยินยอมเป็นหนังสือทั้งสองฝ่าย ตกลงให้ ICSID จัดการข้อพิพาทนั้น โดยคู่กรณีจะเพิกถอนความยินยอมแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ และข้อพิพาทที่จะนำเข้าสู่กระบวนการของ ICSID ได้ นั้น ต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการลงทุนและต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้เงื่อนไขของข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID จะต้องเป็นข้อพิพาทที่คู่กรณีเป็นรัฐผู้รับการลงทุนฝ่ายหนึ่งและเป็นนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนภายในรัฐนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

รัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติที่มีกรณีพิพาทเกิดขึ้น มีสิทธิในการเลือกใช้องค์คณะของอนุญาโตตุลาการได้ โดยอาจเลือกใช้องค์คณะเพียงท่านเดียว หรือจำนวนเท่าใดก็ได้ อย่างไรก็ตาม โดยปกติแล้วคู่พิพาทมักเลือกใช้องค์คณะอนุญาโตตุลาการจำนวน 1 ท่าน หรือ 3 ท่าน ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของคู่พิพาทเองตามข้อตกลงในสัญญา แต่หากไม่มีข้อตกลง



ดังกล่าว ให้ใช้อนุญาโตตุลาการจำนวน 3 ท่าน เป็นองค์คณะในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วอนุญาโตตุลาการที่ได้รับเลือกเข้ามาสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทนี้มักไม่มีสัญชาติเดียวกันกับคู่กรณีพิพาท เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย เว้นแต่มีข้อตกลงในสัญญาให้สามารถใช้อนุญาโตตุลาการสัญชาติเดียวกันกับคู่กรณีได้

อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งข้างต้นจะต้องพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยใช้กฎหมายของรัฐใดก็ได้ที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ตามสัญญา (Applicable Law) ทำให้คู่กรณีเกิดความขัดแย้งอย่างมากในการเลือกกฎหมายใดก็ได้มาบังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งหลักการดังกล่าวได้นำมาสู่การจัดตั้งอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ในเวลาต่อมา อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายดังกล่าวว่าเหมาะสมต่อการนำมาใช้บังคับแก่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ และขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ หากกฎหมายดังกล่าวมีความเหมาะสมและไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศก็สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทได้

โดยทั่วไปคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ตามกระบวนการของ ICSID ถือเป็นที่สุดไม่สามารถอุทธรณ์ได้และผู้ผลผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินนั้น โดยไม่ชักช้า ศาลภายในของรัฐที่เป็นภาคีใน ICSID มีหน้าที่รับรองคำตัดสินและบังคับคดีตามคำตัดสินเท่านั้น เว้นแต่มีเหตุบางประการที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกขึ้นมาเพื่อให้ศาลทบทวนคำตัดสินของ ICSID หรือไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของ ICSID ได้ ซึ่งมี 5 กรณี คือ 1) อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท จัดตั้งขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2) อนุญาโตตุลาการตัดสินเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมาย 3) อนุญาโตตุลาการมีการทุจริต 4) การตัดสินคดีไม่เป็นไปตามหลักวิธีพิจารณาคดี และ 5) อนุญาโตตุลาการไม่ได้ชี้แจงเหตุผลของคำตัดสิน

ประเทศไทยเองก็ได้ลงนามใน ICSID แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ดังนั้น ICSID จึงยังไม่ผูกพันต่อประเทศไทยในขณะนี้ อย่างไรก็ตามแม้ประเทศไทยจะยังไม่ได้ให้สัตยาบันใน ICSID แต่ประเทศไทยสามารถที่จะขอให้ ICSID จัดการข้อพิพาทนอกอนุสัญญาได้ตามนโยบายการให้บริการของ ICSID ตาม Additional Facilities Rules ให้ดำเนินกระบวนการจัดการข้อพิพาทที่อยู่นอกเหนือจากอนุสัญญาได้ รวมถึงกรณีที่รัฐใดรัฐหนึ่งไม่ได้เป็นภาคีด้วย นอกจากนี้ ICSID ยังให้บริการจัดการข้อพิพาทที่ไม่ใช่หลักการใน ICSID ที่เรียกว่า fact-finding proceedings สำหรับรัฐที่ต้องการให้ ICSID ดำเนินการค้นหาและรายงานข้อเท็จจริง (to examine and report on facts)

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันประเทศไทยอยู่ในระหว่างการเตรียมการร่างกฎหมายเพื่ออนุวัติการอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 อันเป็นส่วนหนึ่งของการเตรียมการเพื่อให้สัตยาบันแก่การลงนามเพื่อเข้าภาคยานุวัติ ซึ่งหากพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อใดก็ย่อมมีผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดว่าหากมีคำชี้ขาดของ ICSID แล้ว รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องยอมรับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นว่ามีผลผูกพันและต้องบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้ว โดยไม่มีสิทธิทบทวนความถูกต้อง ความชอบด้วยกฎหมาย หรือผลต่อความสงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นจากคำชี้ขาด ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลภายในมีอิทธิพลในทางทำลายคำชี้ขาดโดยไม่บังคับใช้

นอกจากนั้นแล้ว กรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ คู่สัญญาที่เป็นผู้ลงทุนต่างชาติสามารถนำข้อพิพาททางด้านการลงทุนเสนอต่อ ICSID ได้ และคำชี้ขาดที่ ICSID ทำขึ้นก็สามารถที่จะไปใช้บังคับในประเทศของกลุ่มได้เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลในประเทศนั้นๆ และไม่ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะกำหนดให้ผู้ลงทุนต่างชาติไปจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายภายในของประเทศตนเช่นนี้ อนุสัญญานี้ก็ยังคงให้ความคุ้มครองหากรัฐที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทและนิติบุคคลนั้น ได้ตกลงกันว่าให้ถือว่านิติบุคคลดังกล่าวมีสัญชาติของรัฐภาคีหนึ่งเพื่อประโยชน์แห่งอนุสัญญานี้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติสำหรับการเข้าทำหน่วยงานของรัฐกับเอกชนต่างชาติก็ยังคงมีความสับสนอยู่ จากการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้การทำสัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผู้มัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อ การออกกฎหมายรองรับอนุสัญญา ICSID อีกทั้งยังอาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติด้วย

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การให้สัตยาบันต่อ ICSID จะทำให้ประเทศไทยมีอนุสัญญาที่เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นประโยชน์ในแง่ของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย และเป็นการจูงใจนักลงทุนต่างชาติเกิดความเชื่อมั่นที่จะลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลควรมีนโยบายในเรื่องนี้ให้

ชัดเจน โดยหากเห็นว่าประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมทั้งหมดยุทธศาสตร์ที่จะจัดทำข้อสงวนกำหนดประเภทของสัญญาที่จะผูกพันหรือไม่ผูกพันตามพันธกรณีให้ชัดเจน

สำหรับการใช้ Applicable Law ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ปกติกฎหมายที่ใช้ตัดสินจะอยู่กับการตกลงระหว่างรัฐกับผู้ลงทุน แต่ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ก็ต้องใช้กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนควบคู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อว่าถ้ากฎหมายของรัฐของผู้รับการลงทุนขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นภายหลังจากการลงทุน โดยผลของการแก้ไขกฎหมายที่ตกลงโดยรัฐ อนุญาโตตุลาการสามารถอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อตัดสินคดี ทั้งนี้ เพื่อให้ชาวต่างชาติที่มาจากประเทศสมาชิกอื่น ไม่ถูกรัฐผู้รับการลงทุนเอาเปรียบโดยใช้วิธีการแก้ไขกฎหมายภายในหลังจากที่มีการลงทุนแล้ว

แม้ในหลักการจะเป็นสิ่งที่ดี แต่หลักกฎหมายระหว่างประเทศในทางเศรษฐกิจนั้น แต่เดิมมีไม่มากและมีรายละเอียดไม่เพียงพอ ทำให้การใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่เป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปแทน ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้มักจะได้แก่หลักกฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้ว ทั้งนี้ เป็นเพราะผลของอิทธิพลทางภาษา ปริมาณของวรรณกรรมที่มีซึ่งเขียนขึ้นโดยคนจากประเทศที่มีความเจริญทางเศรษฐกิจมากกว่า ตลอดจนระดับของการศึกษากฎหมายในประเทศที่เจริญกว่ามักจะสูงกว่า ซึ่งทางประเทศตะวันตกใช้กรอบทางเศรษฐกิจและทางกฎหมาย<sup>127</sup> ดังนั้น ประเทศไทยควรมีการจัดทำหลักกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในเชิงเศรษฐกิจเพื่อการรองรับต่อการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันต่อ ICSID ในอนาคตด้วย

### 2.3.2 ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศต่างตอบแทน (Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investments) ซึ่งจัดเป็นความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) ได้รับความนิยมอย่างแพร่ เนื่องจาก BITs มีขั้นตอนการจัดทำที่น้อยกว่าและมี

<sup>127</sup> พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร “การตั้งข้อสงวนที่ควรทำในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965” ค้นคืนวันที่ 4 เมษายน 2555 จาก

ขอบเขตที่แคบกว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements: IIAs) ชนิดอื่น<sup>128</sup>

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาได้มีการจัดทำความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกันทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศที่กำลังพัฒนา<sup>129</sup> สำหรับประเทศไทยมีการจัดทำและลงนาม BITs เป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.1961 กับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ.1966) หลังจากนั้นประเทศไทยได้เจรจาจัดทำ BITs กับหลายๆ ประเทศเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยได้เจรจาแล้วเสร็จรวม 42 ฉบับ โดยลงนามและมีผลใช้บังคับไปแล้ว 35 ฉบับ และที่ลงนามแล้วแต่ยังไม่มีผลใช้บังคับอีก 7 ฉบับ<sup>130</sup>

เมื่อ BITs มีผลใช้บังคับถือว่าประเทศภาคีสัญญายินยอมเข้าผูกพันที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีใน BITs เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาที่มาลงทุนในประเทศตน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับ มาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุน (Standard of Treatment) โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบที่อาจจะมีต่อแนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานของประเทศไทย

กล่าวคือ พันธกรณีใน BITs นั้น มีมาตรฐานการปฏิบัติแบบเปรียบเทียบ (Relative Standard of Treatment) เพื่อคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญา โดยเปรียบเทียบมาตรฐานการคุ้มครองที่ประเทศเจ้าบ้านมีให้กับการลงทุนและนักลงทุนของตนหรือของประเทศอื่น ซึ่งมีหลักการว่าในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันประเทศเจ้าบ้านต้องปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนของประเทศเจ้าบ้านเอง หรือต่อนักลงทุนชาติอื่น<sup>131</sup> มาตรฐานการดังกล่าว ประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน คือ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment: NT) เป็นมาตรฐานการปฏิบัติแบบเปรียบเทียบรูปแบบ

<sup>128</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, “ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITs): พันธะและนโยบายโยบาย, น.5 (มีนาคม 2553)

<sup>129</sup> จากข้อมูล ณ ปี ค.ศ.2007 มีการจัดทำ BITs ใหม่จำนวน 59 ฉบับ แบ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาแล้วร่วมจัดทำ BITs จำนวน 38 ฉบับ ดูรายละเอียดใน Bilateral Investment Treaties (BITs), Recent Development in International Investment Agreement (2008-June 2009), IIA Monitor No.3 (2009), United Nation, New York and Geneva, 2009, น.2

<sup>130</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, อ้างแล้ว เจริญอรุณที่ 46, น.7

<sup>131</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เพิ่งอ้าง, น.18

หนึ่ง ซึ่งกำหนดให้ประเทศเจ้าบ้านต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนประเทศภาคี คู่สัญญาไม่ด้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตน<sup>132</sup> และ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment: MFN) ที่กำหนดว่าในสภาวะการณ์ที่คล้ายคลึงกันประเทศเจ้าบ้านต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศภาคีคู่สัญญาไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศที่สาม<sup>133</sup>

สำหรับมาตรฐานการปฏิบัติแบบเบ็ดเสร็จ (Absolute Standard of Treatment) เป็นมาตรการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของประเทศภาคีอีกรูปแบบหนึ่งซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับมาตรฐานการปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนอื่นๆ หรืออีกนัยหนึ่ง แม้ว่ารัฐจะบังคับใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานการปฏิบัติแบบเบ็ดเสร็จกับนักลงทุนประเทศของตนเอง แต่ก็ไม่มีสิทธิที่จะดำเนินมาตรการนั้นกับนักลงทุนของประเทศภาคีคู่สัญญา ตัวอย่างของมาตรฐานการนี้ได้แก่ การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม(Fair and Equitable) การเวนคืน(Expropriation) การโอน(Transfer of Funds) และการระงับข้อพิพาท(Dispute Settlement) เป็นต้น<sup>134</sup>

โดยประเด็นที่น่าสนใจและเป็นปัญหาในทางปฏิบัติกันมาก ก็คือ อะไรที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม(Fair and Equitable) ของนักลงทุนต่างชาติและการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศเจ้าบ้านนั้น เนื่องจากยังมีข้อถกเถียงกันอยู่มากกว่าควรตีความตามตัวอักษรซึ่งจะต่างกันไปในแต่ละกรณีได้ หรืออิงตามหลักเกณฑ์การปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีความเป็นสากลกว่ากฎหมายท้องถิ่นของประเทศภาคี<sup>135</sup>

สำหรับการระงับข้อพิพาท(Dispute Settlement) ในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) นั้น ส่วนใหญ่ประเทศภาคีมักตกลงใช้การระงับข้อพิพาทแบบในศาลและนอกศาลได้แก่ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) การประนีประนอม (Conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ผสมกัน<sup>136</sup> ซึ่งหากเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคี (State-State Dispute Settlement: SSDS) จะมีประเด็นเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้ BITs แต่หากเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับประเทศภาคี (Investor- State Dispute Settlement: ISDS) ก็จะเป็นกรณีพิพาทที่เกิดจากการที่นักลงทุนของ

<sup>132</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟ็งอ้าง, น.18

<sup>133</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟ็งอ้าง, น.21

<sup>134</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟ็งอ้าง, น.24

<sup>135</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟ็งอ้าง, น.25

<sup>136</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟ็งอ้าง, น.37



ประเทศภาคีกล่าวหาประเทศเจ้าบ้านว่าได้ดำเนินมาตรการที่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตาม BITs ที่ได้ทำไว้กับประเทศของตน<sup>137</sup>

ประเด็นเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน BITs นั้นมีความแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการวิธีอื่น ซึ่งคู่พิพาทที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จะต้องมิสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือระหว่างกันเสียก่อน สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าว อาจอยู่ในรูปสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ หรืออาจเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่ง (Arbitration Clause) ในสัญญาทางพาณิชย์ เช่นสัญญาซื้อขาย สัญญาก่อสร้าง หรือแม้แต่ในสัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ หากคู่พิพาทไม่มีการตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือกันเอาไว้ก่อน คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยอีกฝ่ายไม่ยินยอมไม่ได้ แต่หลักดังกล่าวไม่นำมาใช้บังคับกับการทำอนุญาโตตุลาการภายใต้ BITs ทั้งนี้เพราะแม้เอกชนผู้ลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจะไม่ได้เป็นคู่สัญญากับรัฐบาลทั้งสองรัฐบาล และไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันไว้กับทางรัฐมาก่อนเลยก็ตาม แต่เอกชนผู้ลงทุนก็สามารถอ้างใช้สิทธิในการนำคดีพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการต่อรัฐผู้รับการลงทุน โดยอาศัยข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนดังกล่าวได้ นอกจากนั้นแล้ว การใช้สิทธิภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน BITs อาจจะมีการตกลงทำข้อยกเว้นของหลัก Privity of Contract ที่จะให้สิทธิแก่เอกชนผู้ลงทุนที่เป็นคนในสัญชาติของทั้งสองรัฐ มีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเข้าไปลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน ไปเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ โดยที่เอกชนดังกล่าวไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม หรือต้องทำข้อตกลงใดๆ กับรัฐบาลที่รับการลงทุนทั้งสิ้นก็ได้ หากจะเปรียบเทียบกับหลักการของกฎหมายว่าด้วยสัญญาในทางแพ่ง สามารถเปรียบเทียบได้กับหลักสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ที่บุคคลสองคนอาจตกลงกันเพื่อให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาให้สามารถเข้ามามีสิทธิเรียกร้องต่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้นั่นเอง<sup>138</sup> ซึ่งก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาดังเช่นกรณีคดีดอนเมืองโทลล์เวย์ ที่ผู้ถือหุ้นในบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด ยื่นฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจนกระทั่งมีคำชี้ขาดให้ประเทศไทยเป็นฝ่ายแพ้คดีซึ่งต้องชำระค่าเสียหายเป็นจำนวนหลายพันล้านบาท อันอาจจะส่งผลกระทบต่อ

<sup>137</sup> มูจลินท์ นวลนั่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, เฟิงอ้าง, น.37

<sup>138</sup> พิศุทธิ์ อรรถกมล “บทเรียนจากคดี Walter Bau ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทของนักลงทุน” คืบค้นวันที่ 6 เมษายน 2555 จาก <http://www.suthichaiyoon.com/detail/12676>

การทำสัญญาสัมปทานของประเทศไทยในอนาคตได้ (ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดใน ส่วนถัดไป)

ดังนั้น รัฐบาลควรมีแนวนโยบายในเรื่องการระงับข้อพิพาทตามข้อบทใน BITs ให้ชัดเจน เพื่อสร้างความกระจ่างให้แก่ผู้ลงทุนที่สนใจจะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย โดยเฉพาะการให้คำนิยามแก่วิธีปฏิบัติที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable) ให้ชัดเจน รวมถึงการให้องค์ความรู้แก่หน่วยงานภาครัฐเองที่จะต้องมีการทำสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ ที่มีสัญชาติเดียวกับประเทศที่ทำความตกลง BITs กับประเทศไทย เพื่อให้มีความระมัดระวังเป็นพิเศษ เนื่องจากตาม BITs เปิดโอกาสให้ผู้สัญญาสามารถทำ การอนุญาโตตุลาการได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือระหว่างกัน หรือมี Arbitration clause นอกจากนั้นการที่ BITs มุ่งคุ้มครองคนในชาติของตนเป็นหลัก ทำให้คนสัญชาติของ รัฐนั้นแม้มิได้เป็นผู้สัญญาโดยตรงก็สามารถยกข้อพิพาทที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เช่นเดียวกับผู้สัญญาโดยตรง ซึ่งทำให้รัฐที่รับการลงทุนมีความเสี่ยงในการให้สัมปทานเพิ่มขึ้น ซึ่งต้องมีการประเมินผลได้และผลเสียจากโครงการสัมปทานที่เกิดขึ้นให้ได้

### 3. กรณีศึกษา : การใช้หลักกฎหมายของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่น่าสนใจ

ที่ผ่านมานี้มีคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นหลายคดี แต่ที่น่าสนใจและผู้วิจัยนำมาใช้เป็นกรณีศึกษามี 3 คดี คือ 1) คดีระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี หรือ “คดีไอทีวี” 2) คดีระหว่างทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี หรือ “คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง” และ 3) คดีระหว่างรัฐบาลไทย กับ Walter Bau AG หรือ “คดีคอนเมืองโทลล์เวย์” โดยคดีไอทีวี และ คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นคดีที่มีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย แต่ก็ถูกเพิกถอนโดยกระบวนการทางศาล ในขณะที่คดีคอนเมืองโทลล์เวย์ เป็นคดีที่มี คำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และปัจจุบันอยู่ในระหว่างการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแม้ว่าจะมิได้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการของไทย แต่การวางหลักกฎหมายและการปรับใช้หลักกฎหมายในคดีนี้มีความน่าสนใจ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหลักกฎหมายดังกล่าวอาจจะถือเป็นบรรทัดฐานให้แก่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 3.1 คดีระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (คดีไอทีวี)

คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) และ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี หรือ สปน. ในสัญญาเข้าร่วมและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ซึ่ง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) หรือ ไอทีวี ได้เรียกร้องให้ สปน.จ่ายค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาฯ ในการที่กองทัพบกได้ต่อสัญญากับบริษัท กรุงเทพโทรทัศน์และวิทยุ จำกัด (สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง 7) การอนุญาตให้ดำเนินการโทรทัศน์บอกรับสมาชิก (TTV) การละเลยให้บริษัท ยูไนเต็ด บรอดคาสติ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (สถานีโทรทัศน์ UBC) มีโฆษณาแฝง และกรณีสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 มีโฆษณาตั้งแต่ช่วงการแข่งขันซีเกมส์และโอลิมปิก เป็นต้นมา ซึ่งในกรณีเหล่านี้คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า เป็นกรณีที่เป็นการกระทำผิดของ สปน.คู่สัญญา และเห็นว่า ไอทีวี ได้รับความเสียหายและสมควรได้รับการชดเชยค่าเสียหายและการชดเชยความเสียหาย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ ไอทีวี ได้รับการชดเชยความเสียหายรวม 4 ประการด้วยกัน คือ

1. ชดเชยความเสียหายจากการที่มีการโฆษณาของช่อง 11 ระหว่างปี 2542 –2544 เป็นจำนวน 20 ล้านบาท
2. ลดประโยชน์ตอบแทนของ ไอทีวี ที่ต้องจ่ายให้รัฐปีละ 1,000 ล้านบาท (เฉพาะปีที่ 9 ของสัญญาปีละ 900 ล้านบาท) ลงเหลือปีละ 230 ล้านบาท ซึ่งเท่ากับอัตราสูงสุดรายปีที่ช่อง 7 จะต้องจ่ายให้แก่กองทัพบก (คิดเป็นเงินที่ได้ลดไปเป็นเงิน 17,410 ล้านบาท) หรือจ่ายประโยชน์ตอบแทนให้รัฐเท่ากับอัตราสูงสุดรายปีที่สถานีโทรทัศน์ UBC ต้องจ่ายให้แก่ อสมท. ในอัตรา ร้อยละ 6.5 ของรายได้ก่อนหักค่าใช้จ่าย แล้วแต่อัตราใดจะสูงกว่า
3. ให้ สปน.คืนเงินประโยชน์ตอบแทนสำหรับปีที่ 8 ที่ชำระไปแล้ว (เมื่อ 3 กรกฎาคม 2546) จำนวน 800 ล้านบาท คืนให้แก่ ไอทีวี จำนวน 570 ล้านบาท
4. ให้ลดสัดส่วนการออกอากาศรายการข่าว สารคดี และสาระประโยชน์ของ ไอทีวี ที่กำหนดไว้ในสัญญาว่าต้องมีไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 ของเวลาการออกอากาศทั้งหมดให้เหลือเพียงร้อยละ 50 และยกเลิกข้อจำกัดที่ต้องออกอากาศเฉพาะรายการประเภทนี้เท่านั้นในช่วง 19.00 - 21.30 น. ด้วย เพื่อให้ ไอทีวี “สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการสถานีโทรทัศน์รายการอื่น ๆ ได้อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน”

สำหรับคดีนี้ สปน. ได้มีการฟ้องร้องต่อไปยังศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในท้ายที่สุดศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินให้เพิกถอนคำสั่งขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้น ด้วยเหตุผลว่า คณะอนุญาโตตุลาการ ไม่มีอำนาจชี้ขาดใน

ประเด็นแห่งคดี เนื่องจากการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดในประเด็นแห่งคดี เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากคดีดังกล่าว มีนักวิชาการหลายท่านแสดงความเห็นไว้ในมุมมองต่างๆ ซึ่งผู้วิจัยขอนำทัศนะในประเด็นเรื่องหลักกฎหมายและการปรับใช้กฎหมาย ของนักวิชาการบางท่านที่น่าสนใจ มานำเสนอ ดังนี้

### 3.1.1 ทัศนะบางประการของ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย<sup>139</sup>

ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับเหตุที่ไอทีวี ไม่มีสิทธิร้องขอคำ "ชดเชย" เนื่องจากปฏิบัติผิดสัญญาโดยชี้ให้เห็นว่าประเด็นข้อพิพาทระหว่าง บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) เป็นประเด็นสาธารณะและรัฐเสียหาย จากคำชี้ขาดนี้เป็นอย่างมาก และมีประเด็นสืบเนื่องบางประเด็นที่ควรได้รับการพิจารณา โดยมีข้อสังเกตที่สำคัญ 2 ประการ ข้อสังเกตเกี่ยวกับสัญญาร่วมงานฯ ที่เกิดประเด็นพิพาท และ ข้อสังเกตเกี่ยวกับการปฏิบัติผิดสัญญา ดังนี้

#### 1) ข้อสังเกตประการแรกเกี่ยวกับสัญญาร่วมงานฯ ที่เกิดประเด็นพิพาท

ประเด็นข้อพิพาทระหว่าง ไอทีวี กับ สปน.อยู่ที่ข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ซึ่งในสัญญาได้กำหนดไว้ดังนี้

"หลังจากวันทำสัญญานี้ หากสำนักงานหรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์ โดยมีการโฆษณา หรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ผู้เข้าร่วมงานได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงิน ของผู้เข้าร่วมงานอย่างรุนแรง เมื่อผู้เข้าร่วมงานร้องขอสำนักงานจะพิจารณา และเจรจากับผู้เข้าร่วมงานโดยเร็ว เพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหายที่ผู้เข้าร่วมงานได้รับจากผลกระทบดังกล่าว"

จากข้อสัญญาดังกล่าว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในรายละเอียดอยู่ 3 ประเด็นดังต่อไปนี้

1. ในเบื้องต้น เมื่อคู่สัญญาทำสัญญากันแล้ว คู่สัญญาย่อมต้องผูกพันปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญานั้นอย่างเคร่งครัด การเบี่ยงเบนไปจากสัญญา หรือการแก้ไขสัญญา จะกระทำมิได้หากมิได้รับความยินยอมทั้งสองฝ่าย หรือเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา เช่น

<sup>139</sup> ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย “เหตุที่ไอทีวี ไม่มีสิทธิร้องขอคำชดเชย” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 8 มิถุนายน 2554 จาก <http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2004q1/article2004march03p4.htm>

ข้อกำหนดการยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยแล้วทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ เป็นต้น หลักการเบื้องต้นนี้เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งเป็นหลักการที่นักกฎหมาย เรียกตามสุภาษิตกฎหมายภาษาละตินว่า Pacta Sunt Servanda สำหรับข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ถือเป็นข้อยกเว้นจากหลักการพื้นฐานที่กล่าวข้างต้นอีกข้อหนึ่ง โดยสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ เป็นข้อสัญญาที่ให้โอกาสคู่สัญญาเจรจาข้อสัญญาใหม่ (Renegotiation Clause) ได้ หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนต้นของข้อ 5 วรรคสี่ ข้อสัญญาเพื่อให้เจรจาใหม่เป็นข้อตกลงที่จะทำให้หนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเปลี่ยนแปลงไปจากที่เคยตกลงไว้แต่เดิม ดังนั้น การตีความเพื่อการใช้สิทธิในข้อสัญญานี้จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัดและจำกัด มิฉะนั้น สิ่งที่เคยตกลงกันไว้ในขณะทำสัญญาจะสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดเวลา ซึ่งจะทำให้หลัก Pacta Sunt Servanda ไม่อาจใช้บังคับได้

ข้อที่พึงทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ คือ ถือเป็นเรื่องปกติของการทำสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกันเองที่จะมีข้อสัญญาทำนองเดียวกันกับข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสัญญาดังกล่าวมีกำหนดระยะเวลาผูกพันระหว่างกันเป็นระยะยาว

เหตุผลสำคัญที่มีการกำหนดข้อสัญญาทำนองเดียวกันกับข้อ 5 วรรคสี่ ก็เพราะในขณะทำสัญญา คู่สัญญาได้ตกลงกันภายใต้สถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง และในขณะที่ปฏิบัติตามสัญญาระหว่างกัน สถานการณ์ได้เปลี่ยนไปจากเดิมโดยมิใช่ความผิดหรืออยู่ในความควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และได้เปลี่ยนไปในลักษณะที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องเสียหายอย่างมีนัยสำคัญหรือเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้นหากต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามข้อสัญญาเดิม ในกรณีดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอาจร้องขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายพิจารณา และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือจะเกิดขึ้นกับตนได้

อย่างไรก็ตาม ข้อสำคัญคือ ต้องมีการตกลงไว้ล่วงหน้าในสัญญา เพื่อให้มีการเจรจาใหม่ในกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนไปดังกล่าว

นอกจากนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นกับตนต้องมีสาเหตุมาจากสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปดังกล่าวด้วย หากคู่สัญญามีความเสียหายอยู่แต่เดิมและไม่ได้รับความเสียหายเพิ่มขึ้นจากสถานการณ์ที่เปลี่ยนไป คู่สัญญาฝ่ายนั้นย่อมไม่มีสิทธิขอให้พิจารณาใหม่ได้

2. เงื่อนไขที่ไอทีวีจะใช้สิทธิร้องขอตามข้อ 5 วรรคสี่ ประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วนด้วยกันคือ ส่วนแรก หลังจากวันทำสัญญาเข้าร่วมงาน สปน.หรือหน่วยงานของรัฐ (1) ให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีการโฆษณา หรือ (2) อนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิก



ทำการโฆษณาได้ และ ส่วนที่สอง การดำเนินการตามข้อ (1) หรือ (2) เป็นเหตุให้ไอทีวีได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของผู้เข้าร่วมงานอย่างรุนแรง

3. จากข้อสังเกตในสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ที่กล่าวมาข้างต้น ฐิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย เห็นว่าข้อพิจารณา เกี่ยวกับสิทธิการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการของไอทีวี ในกรณีของสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 ว่ากรณีนี้ไม่เข้าเงื่อนไขตามข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ตอนต้น เนื่องจากกรมประชาสัมพันธ์ เป็นผู้ดำเนินการสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 ด้วยตนเอง มิได้ให้สัมปทานอนุญาต หรือทำสัญญาใดๆ กับบุคคลอื่นเพื่อให้ดำเนินการสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 ดังนั้น ไอทีวีจึงไม่มีสิทธิร้องขอให้ สปน.พิจารณาและเจรจาหามาตรการชดเชยความเสียหายให้ได้

#### 2) ข้อสังเกตประการที่สองเกี่ยวกับเรื่องการปฏิบัติผิดสัญญา

ไอทีวีได้เสนอประเด็นว่า สปน.ปฏิบัติผิดสัญญากรณีที่ไอทีวี ใช้สิทธิร้องขอเจรจาเพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหาย โดยได้อ้างข้อเท็จจริงที่ทำให้ตนมีสิทธิร้องขอเจรจาข้อสัญญาใหม่ตามข้อ 5 วรรคสี่ ได้รวม 4 กรณี คือ (1) กรณีการทำสัญญาใหม่ของ สถานีโทรทัศน์ช่อง 7 (2) กรณีสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 มีโฆษณา (3) กรณีให้สัมปทานบริษัท เวิลด์ สตาร์ ทีวี (ไทยแลนด์) จำกัด ประกอบกิจการโทรทัศน์บอกรับสมาชิกโดยไม่มีข้อห้ามดำเนินการโฆษณา และ (4) กรณียูบีซีซึ่งเป็นระบบโทรทัศน์บอกรับสมาชิกมีโฆษณา

ฐิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย ได้ให้ข้อสังเกตเฉพาะกรณีสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ว่า แม้การทำสัญญาของสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 จะเป็นการทำสัญญาใหม่ก็ตาม แต่ไอทีวีก็ยังไม่ มีสิทธิร้องขอให้ สปน.พิจารณาและเจรจาใหม่ได้ เพราะกรณีดังกล่าวยังไม่เป็นเหตุให้เกิดผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของไอทีวีอย่างรุนแรง เหตุที่เห็นเช่นนั้นมาจากข้อเท็จจริงที่ว่าเงื่อนไขที่ กองทัพบกทำกับบริษัทกรุงเทพ โทรทัศน์และวิทยุ จำกัด ตามสัญญาใหม่ไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญกับสัญญาเดิมที่ยกเลิก เว้นแต่ในเรื่องของระยะเวลาสัมปทาน ซึ่งไอทีวีได้รับทราบและ ได้นำมาเป็นข้อพิจารณาทางการเงินในขณะที่เสนอโครงการต่อ สปน.แต่ต้น ดังนั้น หากมีผลขาดทุนใดๆ เกิดขึ้นย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นผลขาดทุนจากการทำสัญญาใหม่ของกองทัพบก

นอกจากนี้ หากพิจารณาตัวเลขที่ไอทีวีเสนอต่อประชาชนและต่อ อนุญาโตตุลาการ จะเห็นว่าไอทีวีไม่ได้รับผลกระทบจากกรณีทำสัญญาใหม่ของกองทัพบกแต่อย่างใด โดยพิจารณาจากตารางที่ 5.3

ตารางที่ 5.3 แสดงผลประกอบการที่ขาดทุนและค่าสัมปทานของ ไอทีวี ปี 2539-2545

ปี	ผลประกอบการที่ขาดทุน (ล้านบาท)	ค่าสัมปทาน (ล้านบาท)	ผลขาดทุนจากการประกอบการ หลังหักค่าสัมปทาน (ล้านบาท)
2539-2541	1,614	300	1,314 ล้านบาท หรือ ปีละ 440 ล้านบาท (ซึ่งเป็นกรณีที่คิดปี 2539 เต็มปี)
2542	768	400	368
2543	775	500	275
2544	979	600	379
2545	770	700	70

ที่มา: ชาติพันธุ์ เชื้อบุญชัย (2547: 12-13)

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากรณีการต่อสัญญาใหม่ของกองทัพกบไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้มีผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของไอทีวีอย่างรุนแรง เพราะแม้ในขณะที่ยังไม่มีการทำสัญญาใหม่ของกองทัพกบ ไอทีวีก็มีผลประกอบการขาดทุนอยู่แต่เดิมแล้วและยังเป็นจำนวนที่มากกว่าเมื่อมีการทำสัญญาใหม่ของกองทัพกบอีก

### 3.1.2 ทักษะบางประการของ สุรพล นิติไกรพจน์<sup>140</sup>

สุรพล นิติไกรพจน์ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีไอทีวี ดังนี้

1) ในส่วนของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีใช้ค่าเสียหายระหว่างปี 2542 - 2544 จำนวน 20 ล้านบาท ซึ่งเป็นผลมาจากการมีโฆษณาของสถานีโทรทัศน์ช่อง 11 นับได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยในส่วนที่มีความสมบูรณ์ที่สุด (หากเห็นด้วยกับคณะอนุญาโตตุลาการว่าการโฆษณาดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดสัญญา) เพราะเป็นการชี้ขาดการกระทำผิดตามสัญญาและกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวโดยตรง โดยมีพิกัดดังกล่าวถึงการชดเชยความเสียหาย เพราะเมื่อมีการกระทำที่ผิดต่อสัญญาแล้ว

<sup>140</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ “ทักษะต่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกรณีสัญญาสัมปทาน ITV” ค้นคืนวันที่ 8 มกราคม 2548 จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=696>

ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็ชอบที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามจำนวนความเสียหายที่มาจากกรกระทำเท่านั้น

สุรพล นิติไกรพจน์ มีความเห็นต่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการถือตัวเลขอัตราค่าโฆษณา สัดส่วนการหาโฆษณาได้ ตลอดจนมูลค่าการโฆษณา ฯลฯ ตามที่ไอทีวีเสนอมา เพื่อใช้เป็นฐานในการชี้ขาดทั้งสิ้น ทั้งที่ไอทีวีผู้เรียกร้องเองก็ให้ข้อมูลตัวเลขโดยใช้ถ้อยคำในลักษณะประมาณการ การคาดการณ์ในอนาคต หรืออ้างตัวเลขที่ระบุว่า ไอทีวีผู้เรียกร้องได้คำนวณมูลค่าการโฆษณาของสถานีโทรทัศน์ช่องอื่นขึ้นเอง หรือการอ้างอิงตัวเลขที่มาจากแหล่งข่าวเกี่ยวกับเป้าหมายการหาโฆษณาของสถานีโทรทัศน์ช่องอื่น ฯลฯ เป็นต้น ทั้งที่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีผู้คัดค้านเองได้โต้แย้งในเรื่องมูลค่าและสัดส่วนของการโฆษณาทางโทรทัศน์ที่เป็นฐานในการเรียกค่าเสียหายไว้ และโต้แย้งไว้ด้วยการขายโฆษณาที่ไม่ได้ตามเป้าหมายของไอทีวีผู้เรียกร้องมาจากการมีสถานีเครือข่ายไม่ครอบคลุมประชากรทั้งประเทศเองต่างหาก และมีได้มาจากความผิดของ สเปน.แต่อย่างใด

2) ต่อกรณีการต่ออายุสัญญาของสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ที่ทำกับ กองทัพบก ในปี พ.ศ. 2541 โดยยกเลิกสัญญาเดิมที่จะหมดอายุในปี 2549 แล้วใช้สัญญาฉบับใหม่ที่มีอายุสัญญาอีก 25 ปีนั้น คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เป็นการปฏิบัติฝ่าฝืนเงื่อนไขของสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ ข้อ 5 วรรคสี่ โดยอธิบายเหตุผลการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ไว้ว่า “ไม่มีข้อความใดในสัญญาเข้าร่วมงานระบุเป็นข้อยกเว้นให้สถานีโทรทัศน์ช่องที่เคยมีการโฆษณาได้อยู่แล้ว ไม่อยู่ในเงื่อนไขของสัญญาร่วมงานข้อ 5 วรรคสี่ ซึ่งหากคู่สัญญามีเจตนาที่จะให้ข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ในสัญญาร่วมงาน ฯ ข้อ 5 วรรคสี่ ก็ต้องระบุข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ให้ชัดเจน” นั้น

สุรพล นิติไกรพจน์ เห็นว่า การให้เหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่ากรณีนี้ไม่ได้ระบุเป็นข้อยกเว้นของสัญญาไว้โดยชัดเจน จึงต้องถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ผิดสัญญานั้น น่าจะขัดกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการเอง ที่ปรากฏว่า เมื่อมีการเจรจาทำความตกลงเกี่ยวกับข้อสัญญาก่อนการลงนาม ฝ่ายผู้เรียกร้องก็ได้ขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาข้อนี้ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยให้ครอบคลุมถึงเหตุเฉพาะเพียงสองประการที่ผู้เรียกร้องประสงค์จะได้รับความคุ้มครองเท่านั้น คือ การที่ สเปน. หรือหน่วยงานอื่นของรัฐให้สัมปทานหรือทำสัญญาให้บุคคลอื่นเข้าร่วมดำเนินการสถานีโทรทัศน์ระบบเดียวกันกับผู้เรียกร้องดำเนินการตามสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ หรือ รัฐได้แก้ไขหลักการสำคัญเกี่ยวกับระบบสถานีโทรทัศน์ที่เคยให้บุคคลอื่นดำเนินการไว้แล้ว เช่น อนุญาตให้ระบบเคเบิลทีวีทำการโฆษณา

ได้ ซึ่งต่อมาก็ได้ปรากฏว่าคณะทำงานพิจารณาสัญญาได้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อความในสัญญาให้เป็นไปตามความในข้อ 5 วรรคสี่ ของสัญญาในปัจจุบันตามความต้องการของ ไอทีวีแล้ว

ดังนั้น การที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เมื่อไม่มีข้อยกเว้นระบุไว้สำหรับการต่ออายุสัญญาของสถานีโทรทัศน์ที่มีอยู่เดิม กรณีจึงต้องถือว่า การต่ออายุสัญญาเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ นั้น จึงน่าจะไม่ใช่ข้อขัดแย้งเหตุผลที่มีการแสดงเจตนาที่แท้จริงของ ไอทีวีผู้เรียกร้องในส่วนขอมาตรา 11 วรรคแรกว่าต้องการให้เขียนคุ้มครองไว้เพียงเฉพาะการกระทำสองลักษณะข้างต้นเท่านั้น ที่จะต้องนำไปสู่การชดเชยความเสียหาย การที่กองทัพบกต่ออายุสัญญากับสถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ตามหลักการของสัญญาเดิมที่มีอยู่แล้ว จึงมิใช่การกระทำที่ผิดข้อสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ ข้อ 5 แต่อย่างใด

นอกจากนั้น เหตุผลที่ผู้เรียกร้องอ้างว่า การต่ออายุสัญญาของ สถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ในปี 2541 เป็นเรื่องที่กระทบต่อการโฆษณาของผู้เรียกร้อง เพราะหากไม่มี สถานีโทรทัศน์ดังกล่าว (ไม่มีการต่อสัญญา) ผู้เรียกร้องจะสามารถหารายได้จากการโฆษณาได้เพิ่มขึ้นอีกไม่ต่ำกว่าปีละ 276 ล้านบาท ซึ่ง ผู้เรียกร้องขอเรียกร้องเป็นความเสียหายจากการต่ออายุสัญญาครั้งนี้นั้น ก็น่าจะขัดแย้งกับหลักของตรรกะที่ผู้เรียกร้องได้ทราบมาก่อนแล้วว่า มีการอนุญาตให้สถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ดำเนินการอยู่ในประเด็นที่ผู้เรียกร้องเข้าทำสัญญา และสถานีดังกล่าวเคยได้รับการต่ออายุสัญญาตามเงื่อนไขและข้อกำหนดเดิมมาโดยตลอดแล้วหลายครั้งก่อนหน้านี้ การที่ผู้เรียกร้องได้เรียกร้องโดยใช้เหตุผลว่าเมื่อมีการเซ็นสัญญากับผู้เรียกร้องแล้ว มิใช่แต่เพียงห้ามหน่วยงานของรัฐมิให้อนุญาตให้มีผู้ประกอบการรายใหม่เท่านั้น หากแต่หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยจะต้องยกเลิกไม่ดำเนินกิจการสถานีโทรทัศน์ที่มีอยู่แล้วเสียทั้งสิ้นเมื่อครบอายุสัญญา(มิฉะนั้นก็จะเป็นการกระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายและต้องชดเชยให้แก่ผู้เรียกร้อง) นั้น จึงน่าจะเป็นการกล่าวอ้างที่ขัดกับหลักของเหตุและผล และไม่น่าจะทำให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยสอดคล้องไปด้วยได้

### 3.1.3 ทักษะบางประการของ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์<sup>141</sup>

วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีไอทีวี ดังนี้

ข้อสังเกตเรื่อง ไอทีวี มีสิทธิในการปรับผังรายการตามคำวินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการหรือไม่ เพียงใดโดยที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดให้ไอทีวีสามารถออกอากาศ ในช่วงเวลา 19.00 น. ถึง 21.30 น. ได้โดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และ

<sup>141</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกรณีไอทีวีกับผลผูกพันที่มีต่อ คู่สัญญา” ค้นคืนวันที่ 9 มกราคม 2548 จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=706>

สารประโยชน์เท่านั้นและให้ไอทีวีสามารถปรับสัดส่วนการเสนอข่าว สารคดี และสารประโยชน์ จากเดิมไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ของเวลาออกอากาศทั้งหมดเป็นไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของเวลา ออกอากาศทั้งหมด ซึ่งเท่ากับให้ไอทีวีมีโอกาสปรับผังรายการได้ กรณีมีปัญหาถกเถียงกันว่าไอทีวี จะสามารถปรับผังรายการได้ในทันทีที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลหรือไม่

มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าการปรับผังรายการเป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจของไอทีวี ที่จะกระทำได้ทันทีหรือไม่ และคำชี้ขาดในประเด็นนี้สามารถเป็นฐานให้ไอทีวีกล่าวอ้างในการ ปรับผังรายการได้หรือไม่ หากพิจารณาจากสัญญาเข้าร่วมการงานฯ แล้วจะเห็นได้ว่าผังรายการ เป็นไปตามเอกสารแนบในสัญญา ทั้งนี้อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยได้รับความเห็นชอบจากสปน. โดยที่ สัญญาเข้าร่วมงานฉบับนี้เป็นสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ จัดทำบริการสาธารณะตามวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนด แม้อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดให้ไอทีวีสามารถ ปรับสัดส่วนการออกอากาศได้ก็ตาม แต่การปรับสัดส่วนการออกอากาศหรือปรับผังรายการในทาง เนื้อหาจะทำได้แค่ไหน เพียงใดและอย่างไรนั้น ไอทีวีไม่สามารถกระทำไปได้เองโดยปราศจาก ความเห็นชอบจาก สปน. ได้ เพราะถ้าไอทีวีปรับผังรายการได้ทันทีโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจาก สปน. โดยถือว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ทำเช่นนั้นได้ ก็เท่ากับอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจ ควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะเอง วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เห็นว่าการวินิจฉัยผลผูกพันของ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นนี้ จะวินิจฉัยโดยพิเคราะห์จากหลักทั่วไปของการระงับข้อ พิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เพราะจะทำให้ระบบการจัดทำบริการสาธารณะและการ ควบคุมการดำเนินการบริการสาธารณะเสียหายทั้งระบบ และในที่สุดแล้ว แนวคิดเช่นนี้จะย้อนกลับ มาทำลายวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองลงด้วย อนึ่งการดำเนินการควบคุมการ จัดทำบริการสาธารณะให้เหมาะสมเป็นการกระทำที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบต่อองค์กร ทางการเมือง (ฝ่ายบริหาร) ซึ่งเป็นองค์กรบังคับบัญชาหรือกำกับดูแล และองค์กรทางการเมืองเองก็ ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ประเด็นเรื่องความเหมาะสมในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือการ ควบคุมการจัดทำบริการสาธารณะให้เหมาะสมเป็นประเด็นที่สามารถอภิปรายและตรวจสอบได้ ในทางการเมือง ถ้าถือว่าเรื่องดังกล่าวนี้เป็นไปตามที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดและไอทีวีสามารถปรับ ผังรายการได้ทันที คำถามก็คือ อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบในประเด็นดังกล่าวนี้กับบุคคลใด วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เชื่อว่าในการชี้ขาดข้อพิพาทในคดีนี้นั้น อนุญาโตตุลาการคงมุ่งหมายให้เกิดความ เป็นธรรมกับคู่พิพาทเป็นสำคัญ อย่างน้อยที่สุดในมุมมองของอนุญาโตตุลาการ แต่คำชี้ขาด (ที่ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เห็นว่าเกินอำนาจ) กรณีนี้มีผลเป็นเพียงการตั้งฐานสิทธิของไอทีวีเท่านั้น กล่าวอีก นัยหนึ่งโดยเหตุที่การดำเนินการตามผังรายการของไอทีวี เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ การ ควบคุมการดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นอำนาจที่หน่วยงานของรัฐมีอยู่ และไม่อาจสละได้ แม้จะมี



ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการก็ตาม โดยสรุป วรเจตน์ ภาศิริรัตน์เห็นว่าไอทีวีไม่สามารถปรับผังรายการโดยปราศจากความเห็นชอบของสปน.ได้

ข้อสังเกต เรื่องอำนาจชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกรณีไอทีวี และความเหมาะสมของข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

ประเด็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกรณีไอทีวี อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นหัวใจของเรื่องนี้ก็คือ ประเด็นปัญหาที่ว่า การที่อนุญาโตตุลาการกำหนดค่าชดเชยความเสียหายให้แก่ไอทีวีโดยวิธีลดประโยชน์ตอบแทนและโดยการให้สิทธิปรับสัดส่วนการออกอากาศนั้น เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดเกินอำนาจหรือไม่ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า การกำหนด “มาตรการชดเชยความเสียหาย” อนุญาโตตุลาการจะกำหนดอย่างไรก็ได้ใช่หรือไม่ ตามข้อสัญญาข้อ 5 วรรค 4 ที่ได้อ้างถึงดังกล่าวข้างต้นแล้ว นั้น ในการกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายตามข้อสัญญาข้อนี้ สปน.จะต้องดำเนินการโดยผูกพันอยู่กับกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหลายประการ สปน.ไม่อาจกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายให้ขัดกับกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายได้ เมื่อข้อพิพาทดังกล่าวไปสู่การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ในการกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายนั้น อนุญาโตตุลาการก็ยังไม่อาจกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายอย่างใดก็ได้ ดังที่อนุญาโตตุลาการต้องการหรือเห็นสมควร แต่อนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงลักษณะของสัญญาตลอดจนผลประโยชน์สาธารณะ และการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วย จะอ้างแต่เพียงว่ามาตรการชดเชยความเสียหายดังกล่าวเป็นมาตรการที่คู่พิพาทร้องขอ เมื่อคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่คัดค้าน อนุญาโตตุลาการก็ต้องวินิจฉัยไปตามนั้นไม่ได้ เพราะสัญญาที่อยู่เบื้องหน้าอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ไม่ใช่สัญญาทางแพ่งทั่วไป แต่เป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ มาตรการชดเชยความเสียหายที่กำหนดไว้คำชี้ขาดกรณีไอทีวีนี้เป็นมาตรการที่ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจกำหนดได้ ทั้งนี้เพราะมาตรการดังกล่าวโดยเฉพาะการให้สิทธิไอทีวีปรับสัดส่วนการออกอากาศได้นั้นเป็นมาตรการชดเชยความเสียหายที่ทำลายสาระสำคัญของสัญญาเข้าร่วมการงานฯลง เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเข้าร่วมการงานฯ ซึ่งแม้หาก สปน. ที่เป็นคู่สัญญาจะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอง ก็ยังมีปัญหาให้ต้องคิดกันต่อไปว่าจะทำได้มากน้อยแค่ไหน เพียงใด

จากข้อสังเกตของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี(สปน.) และ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ซึ่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า สปน. ทำผิดสัญญาเข้าร่วมการงานฯ และชี้ขาดในประเด็นสำคัญให้ไอทีวีปรับลดผลประโยชน์ตอบแทนที่ต้องจ่ายให้แก่ สปน. กับทั้งให้ไอทีวีสามารถปรับสัดส่วนการเสนอรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์จากที่กำหนดไว้ในสัญญาไม่

น้อยกว่าร้อยละ 70 เป็นไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 นั้น เป็นคำชี้ขาดที่ยังไม่อาจยึดหลักกฎหมายเป็นบรรทัดฐานได้ จำเป็นต้องอาศัยหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลปกครองที่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นแนวบรรทัดฐาน ซึ่งได้วางหลักในคดีว่าสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้นต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะสัญญาเป็นสำคัญ อันได้แก่ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (Pacta Sunt Servanda) โดยเมื่อเกิดปัญหาขึ้นและต้องตีความตามสัญญานั้น ก็จะต้องมีการตีความตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญา ซึ่งการตีความจะต้องเป็นไปตามหลักสุจริต (Good Faith) ตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา โดยเฉพาะหากสัญญาระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานซึ่งระบบกฎหมายไทยถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการต่างในกฎหมายปกครองประกอบด้วย เช่น ลักษณะของสัญญาตลอดจนผลประโยชน์สาธารณะ และการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นต้น

### 3.2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี

#### (คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง)

คดีนี้เป็นกรณีพิพาทตามสัญญาโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) กับกลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี กรณีพิพาทนี้เกิดขึ้นจากการที่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี ประกอบด้วย บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี, บริษัท ช.การช่าง จำกัด (มหาชน) และ วัลเทอร์ เบา เอจี ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จากปัญหาการส่งมอบพื้นที่ที่ใช้ในการก่อสร้างทางสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่ล่าช้าให้แก่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี คิดเป็นมูลค่าความเสียหายจำนวน 6,254,979,470.84 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี แต่โดยที่ กทพ. ไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและเห็นว่าคำชี้ขาดดังกล่าวอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทำให้กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดียื่นคำร้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2546 เห็นว่าการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำโดยชอบและถูกต้องแล้ว และคำพิพากษาให้ กทพ. ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 36/2544 ลงวันที่ 20 กันยายน 2544 โดยให้ กทพ. ชำระเงินแก่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี แต่ กทพ. ก็ยังคงอุทธรณ์ต่อไปจนกระทั่งถึงศาลฎีกา ว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย สัญญาดังกล่าวทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา โดยมีพฤติการณ์ฉ้อฉลหลายประการ ท้ายที่สุดศาลฎีกาพิพากษาให้ยกคำร้องของ กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ผู้ร้องที่ได้ยื่นฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับคดี กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ปฏิบัติตามคำชี้ขาด

ของคณะอนุญาโตตุลาการ ที่ให้ กทพ. ต้องชำระเงินแก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีดังกล่าวข้างต้น จากกรณีที่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีกล่าวหาว่า กทพ. ผิดสัญญาก่อสร้างทางด่วนยกระดับ บางนา-บางพลี-บางปะกง เนื่องจากผู้ว่าฯ กทพ. ในขณะนั้นได้ลงนามในสัญญาสัมปทานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการก่อความเสียหายให้แก่รัฐ ดังนั้น จึงไม่มีเหตุที่ กทพ. จะต้องชำระค่าเสียหายจากการผิดสัญญาสัมปทานในการส่งพื้นที่ก่อสร้างล่าช้า จึงมีคำพิพากษาให้ยกคำร้องที่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีขอให้มีการบังคับคดีดังกล่าว เป็นการพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ที่ได้มีการพิพากษาคดีนี้ให้ กทพ. ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้ กทพ. ชำระเงินดังกล่าวข้างต้นให้กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดี เนื่องจากเห็นว่าการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำโดยชอบและถูกต้องแล้ว

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของขั้นตอนก่อนการลงนามสัญญา และขั้นตอนการลงนามสัญญา โดยคดีนี้ศาลได้หยิบยกประเด็นในเรื่องของสัญญาว่าเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพัน กทพ. และทำให้ กทพ. ไม่ต้องชำระค่าชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวแม้อาจดูเหมือนจะส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนของเอกชนต่างชาติเพื่อเข้าทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยและความเชื่อมั่นในระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย แต่หากพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นว่าความจริงแล้วศาลไม่ได้ยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และไม่ได้หมายความว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยไม่มีผลใช้บังคับ เพียงแต่ศาลได้มีการสร้างบรรทัดฐานให้กับหน่วยงานของรัฐว่า ในการทำสัญญาโดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทางกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองนั้น จะผูกพันต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและต้องเป็นการใช้อำนาจโดยชอบ ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะช่วยให้ลดปัญหาการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาการให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เอกชนสามารถเข้าจัดทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐลดลงได้ นอกจากนี้ ยังอาจถือได้ว่าศาลได้มีการสร้างบรรทัดฐานในการชี้ขาดให้กับอนุญาโตตุลาการด้วยว่า ในการชี้ขาดตัดสินคดีจะต้องพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักของ The Rule of Law ด้วยเหตุนี้หากประเทศไทยได้มีการประชาสัมพันธ์ให้เอกชนต่างชาติเข้าใจถึงปรัชญาที่แฝงอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้ว ก็น่าจะทำให้เอกชนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานรัฐได้มากขึ้นว่านับจากนี้ไปการเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐน่าจะมีแนวโน้มที่จะเป็นไปอย่างโปร่งใสมากขึ้น โดยเอกชนเองก็สามารถช่วยตรวจสอบได้ด้วยหากพบว่ามีกรกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหากเอกชนให้ความร่วมมือด้วยการไม่

เสนอผลประโยชน์ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ก็ไม่สามารถมีการทุจริตเกิดขึ้นได้ นอกจากนั้น คำพิพากษานี้ยังน่าจะเป็นการกระตุ้นให้การดำเนินการกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมีการพัฒนาไปอีกขั้นหนึ่งด้วยการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงของประชาชนด้วย ไม่ใช่พิจารณาแต่เพียงปัญหาข้อพิพาทเท่านั้น คดีนี้จึงนับเป็นตัวอย่างหนึ่งของปัญหาสัมปทานในประเทศไทยในขั้นตอนของกระบวนการจัดทำสัญญาว่าหากสัญญาได้จัดทำขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็จะส่งผลกระทบต่อสัญญาให้มีผลผูกพันได้ กรณีดังกล่าวหน่วยงานของรัฐและเอกชนที่เข้าทำสัญญาจึงต้องมีความระมัดระวังในการเข้าทำสัญญาให้อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเสมอ

จากการศึกษาทั้งสองคดีดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งคดีไอทีวี และคดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกงนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นน่าจะอยู่ที่ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และการปรับใช้กฎหมายทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือข้อพิพาทในคดี

### 3.3 คดีระหว่างรัฐบาลไทย กับ Walter Bau AG (คดีคอนเมืองโทลล์เวย์)<sup>142</sup>

คดีนี้เป็นคดีพิพาทชั้นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลเยอรมัน เพราะคู่พิพาทในคดีนี้ได้แก่ Walter Bau AG ผู้ร้องซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมัน กับรัฐบาลไทย (The Kingdom of Thailand) เป็นฝ่ายผู้คัดค้าน คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการชาวไทย (แต่งตั้งโดยรัฐบาลไทย) อนุญาโตตุลาการชาวแคนาดา (แต่งตั้งโดย Walter Bau AG) และประธานคณะอนุญาโตตุลาการชาวนิวซีแลนด์ คู่พิพาทตกลงกันให้ประเทศสวิตเซอร์แลนด์เป็นสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ (Place of Arbitration) และคำชี้ขาดคดีนี้ ก็ทำขึ้นที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งคดีนี้มีข้อสังเกตที่น่าสนใจหลายประการ แต่ผู้วิจัยขอจำกัดเฉพาะที่เป็นประเด็นด้านหลักกฎหมายเท่านั้น เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการวิจัยครั้งนี้ กล่าวคือ

คดีนี้ Walter Bau AG อ้างสิทธิความเป็น “ผู้ลงทุน” ภายใต้ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศระหว่างประเทศไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bilateral Investment Treaties: BITs) โดยเป็นการลงทุนในหุ้น (เป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย) ของบริษัทคอนเมืองโทลล์เวย์ ที่เป็นผู้รับสัมปทานในโครงการทางด่วนโทลล์เวย์ Walter Bau AG กล่าวอ้างว่าการกระทำของรัฐบาลไทย (ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป) เข้าข่ายเป็นการละเมิดความคุ้มครองการลงทุนภายใต้

<sup>142</sup> ดู Walter Bau AG (in liquidation) v. The Kingdom of Thailand Award (2009)

ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนฯ สองประการ ประการแรกคืออ้างว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม<sup>143</sup> (Creeping Expropriation) ประการที่สอง อ้างว่าเป็นการละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ<sup>144</sup> (Fair and Equitable Treatment Standard “FET”)<sup>145</sup>

ในส่วนของความคุ้มครองการลงทุนจากการถูกเวนคืนนั้น ความตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนฯ ให้หลักประกันว่าผู้ลงทุนจะไม่ถูกเวนคืนการลงทุนหรือกิจการที่เข้ามาลงทุนโดยรัฐผู้รับการลงทุน เว้นแต่จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และจะต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสมด้วย ซึ่งคำว่า การเวนคืนนั้น นอกจากหมายถึงการเอากิจการหรือทรัพย์สินของเอกชนไปเป็นของรัฐ (การเวนคืนโดยตรง) แล้ว ยังหมายถึงพฤติการณ์หรือมาตรการทางอ้อมอย่างอื่น ที่จะส่งผลเสมือนเป็นการที่กิจการหรือทรัพย์สินของเอกชนนั้นถูกเวนคืนไปเป็นของรัฐในทางอ้อมอีกด้วย เช่น การออกมาตรการที่ส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้หรือการได้รับประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในทรัพย์สินของเอกชนอย่างมีนัยสำคัญ เป็นต้น อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ วินิจฉัยว่ามาตรการหรือการกระทำของรัฐบาลไทยตามที่ Walter Bau AG กล่าวอ้างนั้น ยังไม่ถึงขนาดที่จะเป็นการเวนคืนทางอ้อมแต่อย่างใด โดยอ้างอิงถึงคำวินิจฉัยในคดี LG & E Energy

---

<sup>143</sup> หลักการเวนคืน (Expropriation) ตามความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) หมายถึงการกระทำใดๆของประเทศเจ้าบ้านที่มีลักษณะเป็นการทำให้ทรัพย์สินของนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศภาคีซึ่งเข้ามาลงทุนในประเทศเจ้าบ้านตกเป็นของรัฐประเทศเจ้าบ้านซึ่งมีลักษณะเป็นการเวนคืนหรือการทำให้เป็นของรัฐไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อม หรือมาตรการอื่นๆ ที่ทำให้มีผลแบบเดียวกันซึ่งเป็นผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกเป็นของประเทศเจ้าบ้าน นักลงทุนสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินหรือมูลค่าทรัพย์สินลดลง เป็นต้น ข้อบทการเวนคืนได้รับความนิยมน้อยอย่างแพร่หลาย และได้ถูกระบุไว้ใน (BITs) ทั่วโลก เพื่อป้องกันและเป็นข้อห้ามไม่ให้ประเทศเจ้าบ้านใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมอันอาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนและนักลงทุนของประเทศภาคี

<sup>144</sup> การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม(Fair and Equitable) เป็นมาตรฐานการปฏิบัติของประเทศเจ้าบ้านที่ได้รับการยอมรับอย่างสากลในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนและความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) ว่านักลงทุนต่างชาติและการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศเจ้าบ้านนั้น ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

<sup>145</sup> พิศุทธิ์ อรรถกมล “บทเรียนจากคดี Walter Bau AG ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทของนักลงทุน” ค้นคืนวันที่ 8 มีนาคม 2555 จาก <http://www.oknation.net/blog/attawut08/2011/08/02/entry-1>



Corp. V Argentina Republic ซึ่งวางหลักว่าการเข้าแทรกแซงการประกอบกิจการของผู้ลงทุนนั้น จะยังไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม หากการแทรกแซงดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจของผู้ลงทุนดำเนินต่อไปไม่ได้ แม้ว่าผลของการแทรกแซงดังกล่าวจะถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจนั้นไม่ได้กำไรเลยก็ตาม ดังนั้น เมื่อกิจการ โครงการคอนเมืองโทลล์เวย์ยังสามารถดำเนินต่อไปได้ (จนกระทั่งปัจจุบัน) คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นพ้องกันว่ามาตรการแทรกแซงต่าง ๆ ของรัฐบาลตามข้อกล่าวอ้างของ Walter Bau AG ที่ส่งผลกระทบต่อโครงการคอนเมืองโทลล์เวย์ ยังไม่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม

สำหรับความคุ้มครองการลงทุนอีกประการหนึ่ง คือ มาตรฐาน FET นั้น ซึ่งหลักเรื่องมาตรฐาน FET ตามที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้อยู่เป็นหลักในการพิจารณาตัดสินนี้ อ้างอิงมาจากคดี *Biwater Gauff v Tanzania* ซึ่งพอสรุปได้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติด้วยความโปร่งใส (Transparency) และไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) และต้องกระทำการใดๆ ด้วยความสุจริต (Good faith) อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงความคาดหมายโดยชอบธรรม (Legitimate expectations) ของผู้ลงทุนที่ทำให้ผู้ลงทุนตัดสินใจเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนด้วย

คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Walter Bau AG* วินิจฉัยว่าโครงการคอนเมืองโทลล์เวย์ เกิดจากการที่รัฐบาลไทยต้องการลงทุนสร้างทางพิเศษขึ้นเพื่อกระจายการจราจรที่แออัดบนถนนวิภาวดีรังสิต แต่ไม่มีเงินลงทุนเพียงพอ จึงต้องเชิญชวนภาคเอกชนให้เข้ามาลงทุนก่อสร้างและบริหารทางพิเศษดังกล่าว ดังนั้น เอกชนผู้ลงทุนจึงย่อมต้องมีความคาดหมายโดยชอบธรรมที่จะได้รับอัตราค่าตอบแทนจากการลงทุนที่เหมาะสม (reasonable rate of return on investment) ซึ่งการที่จะได้มาซึ่งอัตราค่าตอบแทนจากการลงทุนที่เหมาะสม ย่อมขึ้นอยู่กับความสามารถในการเก็บค่าผ่านทางเป็นสำคัญ และความคาดหมายโดยชอบธรรมของนักลงทุนเกี่ยวกับความสามารถในการเก็บค่าผ่านทาง รวมถึงการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทาง ย่อมตั้งอยู่ในกรอบของข้อตกลงตามสัญญาสัมปทาน

ดังนั้น จึงเห็นว่าหน้าที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของสัมปทานไม่ยอมอนุญาติให้ปรับขึ้นค่าผ่านทางตลอดระยะเวลาที่สิบปีต่างๆ ที่มีการร้องขอปรับค่าผ่านทางหลายครั้ง แล้วยังมีการปรับลดค่าผ่านทางเสียอีก จึงส่งผลทำให้รายได้จากค่าผ่านทางในโครงการคอนเมืองโทลล์เวย์ไม่เป็นไปตามกรอบข้อตกลงในสัญญาสัมปทาน และทำให้ *Walter Bau AG* ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้รับสัมปทาน ไม่ได้รับเงินปันผล การเพิกเฉยไม่ยอมอนุญาติปรับขึ้นค่าผ่านทางตามสัญญาสัมปทาน จึงเป็นการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนที่ปราศจากเหตุผลสมควร (unjustifiable) และเป็น การละเมิดมาตรฐาน FET ประการหนึ่ง

นอกจากนี้ เนื่องจากโครงการ โทลล์เวย์ เป็นการสร้างทางพิเศษคร่อมอยู่บนทางหลวงสายวิภาวดี-รังสิต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระจายความแออัดของการจราจรบนถนนวิภาวดีฯ เป็นการเพิ่มทางเลือกให้ผู้ใช้งานหันมาใช้ทางด่วน โทลล์เวย์ที่จะให้ความรวดเร็วและสะดวกในการสัญจรมากกว่าการใช้ถนนวิภาวดีฯ ผู้ลงทุนสร้างทางด่วน โทลล์เวย์ขึ้น จึงย่อมมีความคาดหวังโดยชอบธรรมว่า ภายหลังจากที่เข้ามาลงทุนสร้างทางพิเศษ โทลล์เวย์นี้แล้ว รัฐบาลจะไม่ออกมาตราการหรือดำเนินการใดๆ ที่จะส่งผลทำให้การสัญจรบนถนนวิภาวดีฯ น่าดึงดูดใจมากกว่าการใช้ทางด่วน โทลล์เวย์ แต่ปรากฏว่าภายหลังจากที่ให้สัมปทานสร้างทางด่วน โทลล์เวย์ไปแล้ว รัฐบาลได้ปรับปรุงการจราจรทั้งบนถนนวิภาวดีและบริเวณรอบๆ ให้ดีขึ้น มีการตัดถนนคู่ขนาน (Local road) ตามแนวต่อม่อของอดีตโครงการ โฮปเวล ทำให้การจราจรด้านล่างไม่ติดขัดเหมือนสมัยก่อน จึงดึงดูดให้ผู้ใช้งานกลับมาสัญจรบนถนนด้านล่างที่ไม่เสียเงิน มากกว่าที่จะเลือกใช้ทางด่วน โทลล์เวย์ เอกชนผู้ลงทุนสร้างทางด่วนให้แก่รัฐด้วยเงินลงทุนมหาศาล คงจะไม่คาดหวังว่าภายหลังจากที่ต้องนำเงินมาลงทุนสร้างทางด่วนไปแล้ว รัฐบาลผู้รับการลงทุนจะมาสร้างทางธรรมดาเพื่อแข่งขันกับทางด่วนที่เอกชนลงทุนสร้างขึ้นเป็นแน่ เพราะจะเป็นการลดโอกาสที่เอกชนผู้ลงทุนจะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนตามที่ได้คาดหวังโดยชอบธรรมไว้แต่เดิม การปิดสนามบินดอนเมืองเพื่อย้ายไปใช้สนามบินสุวรรณภูมิก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการละเมิด FET เนื่องจากนักลงทุนย่อมคาดหวังโดยชอบธรรมว่าการสร้างทางด่วน โทลล์เวย์จะก่อให้เกิดความสะดวกในการสัญจรเข้าออกสนามบินดอนเมือง ดังนั้น เมื่อรัฐบาลมีนโยบายปิดสนามบินดอนเมือง จึงเป็นการละเมิดต่อความคาดหวังโดยชอบธรรมของนักลงทุนอีกประการหนึ่ง

ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2552 ให้รัฐบาลไทยชำระค่าเสียหายให้แก่บริษัท Walter Bau AG เป็นเงิน 29.21 ล้านยูโร พร้อมดอกเบี้ย คำนวณตามอัตราดอกเบี้ยระหว่างธนาคารในกลุ่มยูโร 2% ต่อปี โดยเริ่มคิดดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่ 3 ธันวาคม 2549 จนถึงวันที่ชำระเงินครบ และให้รัฐบาลไทยชำระเงินให้แก่บริษัท Walter Bau AG เป็นเงิน 1.81 ล้านยูโร เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการพิจารณาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ

### ข้อสรุป

จากการศึกษาส่วนนี้โดยเฉพาะจากคดีที่น่าสนใจที่ได้มีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาโดยศาลยุติธรรมและศาลปกครอง(ภายหลังเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ) แล้วพบว่า หลักกฎหมายภายในรัฐและระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานของประเทศไทยนั้น น่าจะประกอบด้วยหลักกฎหมายสำคัญๆ ต่างๆ ดังนี้

1. หลักกฎหมายมหาชน กล่าวคือกรณีที่สัญญาระหว่างคู่สัญญามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานซึ่งระบบกฎหมายไทยถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการต่างในกฎหมายปกครองประกอบด้วย เช่น ลักษณะของสัญญาตลอดจนผลประโยชน์สาธารณะ และการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นต้น ดังเช่นคดีพิพาทระหว่าง บมจ.ไอทีวี กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ศาลปกครองเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยวินิจฉัยว่าการปรับผังรายการออกอากาศของอนุญาโตตุลาการเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจ

2. หลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งได้แก่ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda) และ หลักสุจริต (Good Faith) ดังเช่น คดีพิพาทระหว่าง บมจ.ไอทีวี กับ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งศาลได้วางหลักว่าสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้นต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะสัญญาเป็นสำคัญโดยเมื่อเกิดปัญหาขึ้นและต้องตีความตามสัญญานั้น ก็จะต้องมีการตีความตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญา ซึ่งการตีความจะต้องเป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา

3. หลักความชอบด้วยกฎหมาย (The Rule of Law) ดังเช่น คดีพิพาทระหว่าง การทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี ซึ่งศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานให้กับหน่วยงานของรัฐว่า ในการทำสัญญาโดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทางกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองนั้น จะผูกพันต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและต้องเป็นการใช้อำนาจโดยชอบ

4. หลักการเวนคืน (Expropriation) ดังเช่น คดีพิพาทระหว่าง Walter Bau AG กับ ราชอาณาจักรไทย (The Kingdom of Thailand) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวางหลักว่าหากการแทรกแซงการประกอบกิจการของผู้ลงทุนนั้น ยังไม่ถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจของผู้ลงทุนดำเนินต่อไปไม่ได้ แม้ว่าผลของการแทรกแซงดังกล่าวจะถึงขนาดที่ทำให้ธุรกิจนั้น ไม่ได้กำไรเลยก็ตาม จะยังไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม

5. การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable) ดังเช่น คดีพิพาทระหว่าง Walter Bau AG กับ ราชอาณาจักรไทย (The Kingdom of Thailand) คณะอนุญาโตตุลาการได้วางหลักว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติด้วยความโปร่งใส (Transparency) ไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) และต้องกระทำการใดๆ ด้วยความสุจริต (Good faith) อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงความคาดหวังโดยชอบธรรม (Legitimate expectations) ของผู้ลงทุนที่ทำให้ผู้ลงทุนตัดสินใจเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน

อนึ่ง แม้หลักกฎหมายที่ได้ตามข้อ 4 และ 5 จะเป็นมาจากคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ตาม แต่โดยสาระสำคัญแล้วสามารถใช้เป็นหลักกฎหมายอ้างอิงประกอบกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยได้ เนื่องจากสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่เป็นการลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากที่ต้องอาศัยแหล่งเงินทุนจากนักลงทุนต่างชาติ ทำให้สัญญาสัมปทานจะต้องเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของโครงการที่อาจจะต้องการเวนคืน รวมถึงข้อพิพาทที่อาจจะต้องนำหลักปฏิบัติอย่างเป็นทางการและเท่าเทียมมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาท ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักกฎหมายตามข้อ 4 และ 5 น่าจะถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่นำมาเป็นแนวบรรทัดฐานได้

ทั้งนี้เมื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาในต่างประเทศในบทที่ 4 กับหลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษาในบทที่ 5 แล้ว จะพบว่าในกรณีของประเทศไทยนั้น มีหลักกฎหมายที่มาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานน้อยกว่ามาก เนื่องจากแนวคิดและการใช้ออนุญาโตตุลาการในประเทศไทยในสัญญาสัมปทานเพิ่งมีการพัฒนาไม่นาน และคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานก็ยังมีไม่มาก หลักกฎหมายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือวินิจฉัยโดยศาลจึงยังมีไม่มาก การปรับใช้ปรับใช้กฎหมายจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายที่ได้จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเป็นแบบอย่าง

#### 4. แนวทางในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานเพื่อแก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในการกำหนดแนวทางการออกกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานเพื่อแก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานดังกล่าวเป็นอันดับแรก ก่อนที่จะมีการพิจารณาถึงรูปแบบของการสร้างกฎหมายเพื่อนำมาใช้แก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐในประเทศไทย รวมถึงสาระสำคัญเกี่ยวกับกิจการสาธารณะประโยชน์ในกฎหมายสัมปทานเป็นลำดับต่อไป โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 4.1 เหตุผลและความจำเป็น

สืบเนื่องจากเหตุผลหลัก 3 ประการ คือ

ประการแรก ปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาประการหนึ่ง และความต้องการเงินลงทุน ความรู้ เทคโนโลยี และวัสดุอุปกรณ์จากต่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาประเทศ กล่าวคือ ปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมานั้น ประเทศไทยยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในหลายคดี เช่น คดีไอทีวี คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง เป็นต้น จากการศึกษาพบว่า สาเหตุที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกศาลเพิกถอนนั้น มาจากการที่อนุญาโตตุลาการไม่เข้าใจหน้าที่อันแท้จริง นอกจากนั้น ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยยังมีปัญหาในทางปฏิบัติอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานรัฐไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยยื่นคำคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลตามช่องทางที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เปิดช่องเอาไว้ให้ ทำให้เอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐขาดความมั่นใจเนื่องจากหน่วยงานรัฐไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีที่หน่วยงานของรัฐแพ้คดี

ประการที่สอง สำหรับความต้องการเงินลงทุน ความรู้ เทคโนโลยี และวัสดุอุปกรณ์จากต่างประเทศของประเทศไทย เพื่อนำมาพัฒนาและขยายระบบสาธารณูปโภคพื้นฐานที่สำคัญในด้านต่างๆ ของประเทศ เพื่อให้มีความเจริญทัดเทียมนานาชาติอารยประเทศ โครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานขนาดใหญ่ นับเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะผลักดันประเทศไทยบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ แต่โครงการเหล่านี้ส่วนใหญ่ก็มีมูลค่าการลงทุนสูงและต้องพึ่งพาเทคโนโลยีจากต่างประเทศ แม้ว่าประเทศไทยจะมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศก็ตาม แต่หากยังมีอุปสรรคในเรื่องของกฎหมายที่จะสนับสนุนนโยบายดังกล่าว การสนับสนุนนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยก็อาจจะไม่ประสบผลสำเร็จ ดังที่ตั้งใจไว้ ดังนั้นประเทศไทยควรจะต้องมีความชัดเจนในเรื่องสัมปทาน ทั้งวิธีการให้สัมปทาน การเข้าทำสัมปทาน การดำเนินการตามสัมปทาน รวมถึงการระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากสัมปทานดังกล่าว เพื่อให้เกิดความชัดเจนและแก้ปัญหาการพิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการไทยให้เป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือ ซึ่งการที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับสัมปทาน (Concession Law) ก็จะมีส่วนช่วยส่งเสริมและสนับสนุนการเข้ามาลงทุนดำเนินกิจการสัมปทานในโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นให้เป็นไปได้เป็นอย่างดี

ประการที่สาม แนวโน้มการดำเนินการสัมปทานที่จะมีบทบาทมากขึ้นในอนาคต ที่ผ่านมามีประเทศไทยเน้นการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจด้วยการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานมาโดยตลอด นับตั้งแต่แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 1 (พ.ศ.2504 -2509) เป็นต้นมา



ซึ่งแผนพัฒนาฯ ดังกล่าวใช้หลักแนวคิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ (Development with growth) โดยเน้นการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน (คมนาคมขนส่ง โทรคมนาคม เขื่อนเพื่อชลประทาน และไฟฟ้า รวมทั้งสาธารณูปการต่างๆ) เป็นตัวขับเคลื่อนเศรษฐกิจ และจากการสัมมนาวิชาการ ประจำปี 2551 เรื่อง “ระบบการกำกับดูแลกิจการสาธารณูปโภคไทยมีอะไรน่าเป็นห่วง” ซึ่งจัดโดย สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทยร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ก็ได้รายงานว่าผลการศึกษานับตั้งแต่ปี พ.ศ.2534 รัฐบาลไทยมีแนวนโยบายที่ชัดเจนในการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีบทบาทในการให้บริการสาธารณูปโภคพื้นฐานมากขึ้นภายใต้ระบบสัมปทานหรือการร่วมทุนกับรัฐวิสาหกิจ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าตลาดที่เศรษฐกิจไทยยังคงต้องพึ่งพาเศรษฐกิจภายนอกประเทศ ทั้งการส่งออกสินค้า การลงทุน และการนำเข้าพลังงานจากต่างประเทศ อย่างมากเหมือนอย่างในปัจจุบัน โดยเฉพาะความต้องการด้านการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น คาดว่าแนวโน้มการให้สัมปทานในอนาคตก็น่าจะยังมีบทบาทที่สำคัญต่อไป

#### 4.2 การสร้างกฎหมายเพื่อนำมาใช้แก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในสัญญาสัมปทานของรัฐในประเทศไทย

ในการสร้างกฎหมายเพื่อนำมาใช้แก้ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐในประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยได้อาศัยการวิเคราะห์ที่เปรียบเทียบกับรูปแบบการระงับข้อพิพาทในต่างประเทศเป็นแบบอย่างแล้วพิจารณาเลือกรูปแบบที่คาดว่าจะมีความเหมาะสมกับประเทศไทยมาใช้ ซึ่งจากการศึกษารูปแบบการใช้กฎหมายในต่างประเทศ สามารถจำแนกรูปแบบการใช้กฎหมายดังกล่าวออกได้เป็น 3 รูปแบบ หลักๆ ดังนี้

##### 4.2.1 รูปแบบของประเทศที่มีการนำกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้

ตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งโดยปกตินั้นห้ามใช้วิธีการ

อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองซึ่งก็รวมทั้งสัญญาสัมปทานด้วย การระงับข้อพิพาทอาศัยระบบศาลเป็นหลัก ระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกประเภทคดีโดยอาศัยทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน และทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ คดีใดมีลักษณะเป็นคดีปกครองก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้ หรือคดีใดเป็นคดีแพ่งก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ ประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าสัญญาประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเกิดจากการพัฒนากฎหมายมหาชนมาเร็วกว่าปี แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นผลมาจาก คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ในฐานะศาลปกครองสูงสุด) ที่วางหลักไว้ ทำให้การพิจารณาคดีมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน

แต่สำหรับประเทศไทยนั้น ยังมีได้มีกฎหมายใดบัญญัติไว้ว่า ให้ใช้หลักกฎหมายใดเป็นการเฉพาะกับสัญญาสัมปทาน เหมือนดังเช่นที่มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องเอกเทศสัญญา

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการนำรูปแบบของประเทศที่มีการนำกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้ ประเทศไทยนั้น อาจจะมีแนวคิดที่ขัดแย้งกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยในปัจจุบัน เนื่องจากรูปแบบดังกล่าวไม่ยอมรับการตัดสินชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการแต่ให้เป็นอำนาจเฉพาะของศาลปกครองเท่านั้น เนื่องจากสัมปทานมาจากการที่รัฐมอบหมายให้ออกชนดำเนินบริการสาธารณะแทนรัฐ จึงทำให้หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นควรคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ ดังนั้นแนวทางระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานจึงควรอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จากเหตุผลดังกล่าวจะเห็นว่ามีความแตกต่างจากประเทศไทยที่ยอมให้มีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้ ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นอกจากนั้นแล้ว หากจะนำรูปแบบของประเทศที่มีการนำกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้ ประเทศไทยควรจะต้องมีการจัดทำกฎหมายเพื่อแบ่งแยกประเภทสัญญาทางปกครองให้ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับเสียก่อน ซึ่งก็คงเป็นเรื่องที่ลำบากและมีอาจกระทำได้โดยรวดเร็ว ทั้งนี้เนื่องจากปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยส่วนหนึ่งมาจากการขาดความเข้าใจที่ชัดเจนในแนวคิดพื้นฐานของสัญญาสัมปทานทำให้ไม่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาในทางแพ่งกับสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นสัญญาในทางปกครองได้ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ารูปแบบนี้ไม่น่าจะเหมาะสมกับประเทศไทย

#### 4.2.2 รูปแบบของประเทศที่มีการนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาแทรกในสัญญาสัมปทาน

ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ หรือ ประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองซึ่งก็รวมทั้งสัญญาสัมปทานด้วย จะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งแต่ก็มีการนำหลักเกณฑ์พิเศษบางประการมาระบุไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครองและระเบียบว่าด้วยการจัดจ้างของรัฐบาลกลางตลอดจนข้อตกลงมาตรฐานซึ่งเหมือนกับสัญญาสำเร็จรูปที่ทำกับเอกชน หลักเกณฑ์พิเศษต่างๆ ได้แก่ หลักการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียว หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว หลักการได้รับการเยียวยาแก้ไขอย่างเป็นธรรม หลักการเพื่อสังคม หลักความต่อเนื่องในการปฏิบัติตามสัญญา ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง เป็นต้น

โดยในประเทศอังกฤษนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็ต้องถูกฟ้องในศาลธรรมดา คำพิพากษาของศาลคือกฎหมาย (Case Law) ซึ่งมีความยืดหยุ่นที่จะสร้างระบบกฎหมาย

ขึ้นมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน และการที่รัฐจะอ้างความจำเป็นของรัฐขึ้นมาเพื่อแก้ไขสัญญาหรือว่าจะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา การใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องใช้อย่างระมัดระวังและสามารถเปลี่ยนได้ตามสภาวะการณ์เพราะคำพิพากษานั้นสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่าการแก้กฎหมายโดยทั่วไป

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกา สัญญาสัมปทานมีหลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองปรากฏอยู่ ซึ่งเป็นรูปแบบมาตรฐานที่ผ่านการตรวจร่างมานับร้อยปีซึ่งเป็นไปโดยผลของทฤษฎีกฎหมายจารีตประเพณีในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะนำหลักกฎหมายแพ่งของเอกชนมาใช้ เนื่องจาก ตามสัญญาของฝ่ายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่ค่อยที่จะมีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่งของเอกชนเท่าใดนัก โดยมีการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชน

แต่สำหรับประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ายังขาดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งการสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและมีโอกาสทำได้โดยเร็ว ทั้งนี้ เพราะหลักกฎหมายปกครองของประเทศโดยอ้อมเหมาะที่จะแก้ปัญหาในทางปกครองของประเทศนั้น เนื่องจากหลักกฎหมายปกครองของแต่ละประเทศจะได้รับการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงโดยการใช้ดุลพินิจในทางปกครองควบคู่ไปกับสภาพการณ์การบริหารประเทศ การนำหลักกฎหมายปกครองของประเทศอื่นมาใช้ในประเทศหนึ่งโดยปราศจากการปรับปรุงให้สอดคล้องกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น การศึกษาปัญหาของประเทศและการสร้างหลักกฎหมายปกครองเพื่อแก้ไขปัญหาในทางปกครอง จึงเป็นเรื่องสำคัญ

ผู้วิจัยเห็นว่าการนำรูปแบบที่มีการนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาแทรกในสัญญาสัมปทานมาใช้ ประเทศไทยจำเป็นต้องมีสร้างกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้เป็นที่เรียบร้อยเสียก่อน ซึ่งศาลปกครองจำเป็นที่จะต้องพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาจนเป็นที่ยอมรับ แต่ปัจจุบันประเทศไทยยังขาดหลักกฎหมายดังกล่าวอยู่ ดังนั้น รูปแบบนี้จึงไม่น่าจะเหมาะสมกับประเทศไทยเช่นเดียวกัน

#### 4.2.3 รูปแบบของประเทศที่มีกฎหมายสัมปทาน (Concession Law)

ตัวอย่างเช่น กลุ่มประเทศในยุโรปตะวันออก อาทิเช่น ประเทศบัลแกเรีย ประเทศโรมาเนีย ประเทศโครเอเชีย เป็นต้น ซึ่งจัดเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (Developing Country) กลุ่มประเทศเหล่านี้ต้องดำเนินนโยบายปฏิรูปประเทศในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป หรือ EU จึงจำเป็นต้องเร่งพัฒนาประเทศในด้านต่างๆ ตามกรอบที่ EU กำหนดไว้ เช่น ประเทศบัลแกเรียมีการดำเนินนโยบายด้านต่างประเทศที่มุ่งเน้นการลงทุนจากต่างประเทศให้เข้ามาลงทุน

ในประเทศของตนให้มากขึ้น โดยเฉพาะในด้านสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ เพื่อให้เกิดการพัฒนาประเทศที่รวดเร็ว ส่วนประเทศโรมาเนียก็มีการปฏิรูประบบเศรษฐกิจเพื่อให้พร้อมในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปเช่นเดียวกัน ซึ่งจะทำให้โรมาเนียได้รับเงินช่วยเหลือทางการเงินหลายร้อยล้านยูโร ความช่วยเหลือในการพัฒนาระบบขนส่งและสาธารณูปโภค รวมทั้ง เงินลงทุนจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งโรมาเนียต้องแก้ปัญหาการขาดความชัดเจนด้านกฎหมาย ปัญหาด้านศุลกากร และปัญหาคอร์รัปชัน ซึ่งเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการระดมทุนจากต่างประเทศ สำหรับประเทศโครเอเชีย ก็ได้มีการปฏิรูปเศรษฐกิจโดยส่งเสริมให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจมากขึ้น ออกกฎหมายเพื่อส่งเสริมการค้าการลงทุนจากต่างประเทศ รวมถึงการเร่งแปรรูปรัฐวิสาหกิจ สิ่งที่กำลังมาเหล่านี้นำมาซึ่งการออกกฎหมายด้านต่างๆ โดยเฉพาะการออกกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) เพื่อควบคุมการทำธุรกิจสัมปทานของประเทศเหล่านี้

ผู้วิจัยเห็นว่า ในอนาคตแนวโน้มการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจจะยังมีความสำคัญมากขึ้น เพื่อผลประโยชน์ในด้านการค้า การลงทุน และด้านอื่นๆ ในการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจซึ่งประเทศสมาชิกมีพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจำเป็นต้องปรับตัวเข้าหากฎเกณฑ์ของกลุ่มฯ ทำให้ต้องปรับเปลี่ยนกฎระเบียบในการบริหารจัดการเศรษฐกิจภายในประเทศของตน ทั้งด้านการค้า การลงทุน การเงิน สิ่งแวดล้อม และสังคมเพื่อการจัดระเบียบใหม่ของกลุ่มฯ ซึ่งครอบคลุมถึงการออกกฎ ระเบียบด้านการค้า การลงทุน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ความร่วมมือระหว่างประเทศ และการกำกับดูแลด้านการเงินที่เข้มงวดมากขึ้น โดยเฉพาะการลงทุนพัฒนาสาธารณูปโภคพื้นฐานด้านต่างๆ ที่เน้นสร้างความโปร่งใส สำหรับในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนามักจะมีการออกกฎหมายสัมปทานขึ้นมาเพื่อรองรับการพัฒนาสาธารณูปโภคพื้นฐานเหล่านั้น เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนต่างประเทศ

ดังนั้น ในส่วนของประเทศไทยซึ่งในอนาคตจะมีการรวมกลุ่มในภูมิภาคเอเชีย ภายใต้กรอบการค้าเสรีของอาเซียนกับจีน ญี่ปุ่น และอินเดีย และการเป็นประชาคมอาเซียนในปี 2558 รวมทั้งกรอบความร่วมมืออื่นๆ อาทิ กรอบความร่วมมือเอเชีย-แปซิฟิก จะมีผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของไทยซึ่งต้องมีความพร้อมในหลายด้าน โดยเฉพาะการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและกฎ ระเบียบในการบริหารจัดการต่างๆ ประกอบกับประเทศไทย ซึ่งจัดเป็นกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนาและมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศเหมือนดังเช่นกลุ่มประเทศยุโรปตะวันออก ก็น่าจะนำแบบอย่างการออกกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) มาใช้เช่นเดียวกัน เนื่องจากการใช้กฎหมายสัมปทาน (Concession Law) เป็นศูนย์กลางในเรื่องสัมปทานทั้งหมดจะเป็นการง่ายต่อการทำความเข้าใจของคนทั่วไป โดยเฉพาะนักลงทุนที่ต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ทำให้สามารถคาดหมาย และตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ง่ายขึ้น

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีข้อคิดเห็นเพิ่มเติมว่า ในมุมมองของนักลงทุนต่างชาติ แล้ว ย่อมต้องการความชัดเจนของกฎหมาย ทั้งในเรื่องของอำนาจของผู้ให้สัมปทาน รวมทั้งการ กำหนดชนิดของกิจการสาธารณูปโภคที่ ให้สัมปทานอย่างชัดเจน และการได้รับความเป็นธรรมใน การเข้ารับสัมปทาน ซึ่งสอดคล้องกับ Recommendation 1-5 และ Model provision 3 ของ UNCITRAL ที่เห็นว่ารัฐผู้ให้สัมปทานควรมีกฎหมายที่กำหนดอย่างชัดเจนว่าหน่วยงานของรัฐ ใดบ้างที่มีอำนาจในการให้สัมปทานและเข้าทำสัญญาสัมปทาน โดยรัฐอาจกำหนดรายชื่อหน่วยงาน ของรัฐที่มีอำนาจให้สัมปทานหรือมีอำนาจในการเข้าทำสัมปทาน รวมทั้งการกำหนดชนิดของ กิจการสาธารณูปโภคที่ ให้สัมปทานอย่างชัดเจน ดังนั้น การมีกฎหมายสัมปทาน หรือกฎหมายใดๆ ที่บัญญัติถึงอำนาจที่ชัดเจนของหน่วยงานรัฐในการเข้าทำสัญญาสัมปทานก็ย่อมเป็นสิ่งที่สร้างความ มั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ และเนื่องจากการดำเนินกิจการ โครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานใน โครงการขนาดใหญ่เป็นสิ่งที่ต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง ผู้ลงทุนต่างชาติจึงต้องการความมั่นใจว่า จะได้รับความเป็นธรรมในการเข้ารับสัมปทาน ซึ่งสิ่งที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความเป็นธรรมใน การเข้ารับสัมปทาน คือ การมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการให้สัมปทานและวิธีการ คัดเลือกผู้รับสัมปทานมีความโปร่งใสตลอดจนการมีมาตรการในการให้ความคุ้มครองจากการ แทรกแซงของรัฐบาลหรือการทุจริตคอร์รัปชันซึ่งสอดคล้องกับ Model provision 5 ของ UNCITRAL ที่เห็นว่ารัฐควรมีกฎหมายที่ชัดเจนที่กำหนดวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทานว่าจะมีการ ดำเนินการอย่างไร ซึ่งควรแสดงให้เห็นถึงกระบวนการที่โปร่งใสและมีประสิทธิภาพในการแข่งขัน

จากเหตุผลดังกล่าว ผู้วิจัยจึงเห็นว่ารูปแบบของการมีกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) โดยเฉพาะ น่าจะเหมาะสมกับประเทศไทยมากกว่ารูปแบบอื่น และสอดคล้อง กับ Model Law ของ UNCITRAL

อนึ่ง การสร้างกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานของผู้วิจัย แม้ว่าจะมีรูปแบบเป็น กฎหมายสัมปทาน(Concession Law) ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบของงานวิจัยอื่นที่ได้จากการทบทวน วรรณกรรมในบทที่ 2 เช่น การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ.2542 หรือ การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือการสร้างกฎหมายรูปแบบอื่นใดก็ตาม แต่โดยสาระสำคัญหากมิได้คำนึงถึงรูปแบบแล้ว การสร้างกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานของผู้วิจัยสอดคล้องกับงานวิจัยของ กิตติชัช พิชัยเดชพงศ์<sup>146</sup> ที่

<sup>146</sup> กิตติชัช พิชัยเดชพงศ์ อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นเอกชนต่างชาติ วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย 2546 หน้า ๙



เห็นว่า ประเทศไทยยังขาดกฎหมายสารบัญญัติสำหรับสัญญาทางปกครองซึ่งประเทศไทยควรริบออกกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสม นอกจากนั้นยังสอดคล้องกับงานวิจัยของ พิเชษฐ์ คงศิลา<sup>147</sup> ที่เห็นว่าระบบอนุญาโตตุลาการยังมีความจำเป็นในด้านการส่งเสริมการค้าการลงทุนอย่างมาก ฉะนั้นหากต้องทำการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ก็ต้องมีกฎหมายหรือมาตรการในการควบคุมขอบเขต หรือข้อจำกัดในการเลือกระบบดังกล่าว เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ และในการสร้างกฎหมายดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าควรนำหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติไว้ด้วยเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนซึ่งสอดคล้องกับงานวิจัยของชวลิต เสวตสุด<sup>148</sup> ที่เห็นว่าการนำหลักการว่าด้วยสัญญาทางปกครองรวมถึงอำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองของประเทศในระบบคอมมอนลอว์มาปรับใช้แก่กรณีในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะเกิดความชัดเจน โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ และเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรวมทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้เอกชนคู่สัญญายอมรับและยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจเหนือกว่าหรือเอกสิทธิ์พิเศษในการเข้าทำสัญญา และยังเป็นแนวทางแก่ผู้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการในการนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาปรับใช้แก่กรณีเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้อง

ในขณะเดียวกัน เมื่อมีการดำเนินการจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานแล้ว เพื่อให้การแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการแก่สัญญาสัมปทานของรัฐเป็นไปอย่างราบรื่น จำเป็นที่จะต้องมีการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องการอนุญาโตตุลาการไปพร้อมๆ กันด้วย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ควรต้องมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ใน 5 ประเด็นได้แก่ 1) ประเภทข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ 2) ข้อพิพาทที่เป็นข้อห้ามใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ 3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ 4) วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน และ 5) การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ดังกล่าวของผู้วิจัยนั้น สอดคล้องกับงานวิจัยของผู้วิจัยท่านอื่นหลายๆ ท่านที่ได้จากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 ที่ผ่านมา เช่น

<sup>147</sup> พิเชษฐ์ คงศิลา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15 การระงับข้อพิพาท วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2548 หน้า 6

<sup>148</sup> ชวลิต เสวตสุด, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น.(1)-(2)

วรวิทย์ กังศศิเทียม<sup>149</sup> ; วรรณัทธ์ ชมบุญ<sup>150</sup> ; พรพิมล บุญทวีเวช<sup>151</sup> ที่เสนอแก้ไข พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เกี่ยวกับขอบเขตในการวินิจฉัยข้อพิพาท หลักกฎหมายที่นำมาใช้ คุณสมบัติ และจำนวนองค์คณะอนุญาโตตุลาการ ศาลที่มีอำนาจช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และสอดคล้องกับงานวิจัยของ เอกชัย อัครธีรานุภาพ<sup>152</sup> ที่เสนอให้มีการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเพื่อช่วยเหลือการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม งานวิจัยของ มณเฑียร กุลธำรง<sup>153</sup> ไม่เห็นด้วยกับการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง เหตุผลสำคัญก็คือวิธีการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และเห็นว่าศาลปกครองเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่สุดให้การพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมถึงงานวิจัยของ อารยา กิตติเวช<sup>154</sup> ที่เห็นว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการยังไม่ควรจะถูกกำหนดให้มีในสัญญาสัมปทานขณะนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีความพร้อม โดยควรกำหนดให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยศาลปกครองไปก่อนจนกว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยจะมีการพัฒนาจนเป็นที่น่าเชื่อถือมากกว่านี้

<sup>149</sup> วรวิทย์ กังศศิเทียม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น.219

<sup>150</sup> วรรณัทธ์ ชมบุญ การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546 หน้า 167-168

<sup>151</sup> พรพิมล บุญทวีเวช ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547 หน้า 109

<sup>152</sup> เอกชัย อัครธีรานุภาพ การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 177

<sup>153</sup> มณเฑียร กุลธำรง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณี : ความเหมาะสมในการกำหนดให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง เอกสารวิชาการ วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม 2549 หน้า ก-ข

<sup>154</sup> อารยา กิตติเวช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, น.466

### 4.3 สาธารณประโยชน์กิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะในกฎหมายสัมปทาน

กิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ควรต้องมีลักษณะ 2 ประการที่สำคัญ คือ เป็นกิจการบริการและสาธารณูปโภคพื้นฐาน และเป็นกิจการที่โครงสร้างอุตสาหกรรมปัจจุบันหรือในอนาคตมีแนวโน้มที่จะให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการดำเนินกิจการดังกล่าวในรูปแบบสัมปทาน โดยในขณะนี้ผู้วิจัย ได้แบ่งหัวข้อการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรก การจัดแบ่งประเภทกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะในสัญญาสัมปทาน และส่วนที่สอง แนวโน้มการให้สัมปทานในอนาคต โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### 4.3.1 การจัดแบ่งประเภทกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะในสัญญาสัมปทาน

ในการจัดแบ่งประเภทกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะในสัมปทานตามกฎหมายที่เสนอนี้ ผู้วิจัยอาศัยทฤษฎีการด้านเศรษฐศาสตร์ในการแบ่งประเภทของกิจการสัมปทาน คือ ทฤษฎีสินค้าและบริการสาธารณะ (Theory of Public Goods) สาธารณประโยชน์ของทฤษฎีนี้ได้กล่าวถึง สินค้าและบริการสาธารณะ (Public Goods) ว่าหมายถึง สินค้าและบริการที่ผลิตขึ้นมาแล้วทั้งในระดับท้องถิ่นหรือระดับประเทศ ทุกคนจะได้รับหรือมีสิทธิ์ที่จะได้รับการบริโภคที่เท่ากันหรือบริโภคที่ร่วมกัน (Joint Consumption) ซึ่งมี 2 ลักษณะที่สำคัญ<sup>155</sup> คือ

1. ลักษณะไม่สามารถกีดกันการบริโภคได้ (Non-rival in Consumption) กล่าวคือ สินค้าหรือบริการนั้นเมื่อถูกบริโภคหรือใช้โดยคนใดคนหนึ่งแล้ว จะไม่เป็นเหตุทำให้ผู้อื่นไม่ได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้น เช่น บริการป้องกันประเทศ หรือไม่ทำให้ผู้ร่วมใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้รับความพึงพอใจลดลง หรือไม่ได้รับความสะดวกสบายในการใช้ เช่น การเปิดเครื่องรับวิทยุและโทรทัศน์ สินค้าหรือบริการประเภทนี้ เมื่อมีผู้ใช้บริการเพิ่มขึ้นจะไม่ทำให้ต้นทุนในการผลิตสินค้าหรือบริการนั้นเพิ่มขึ้น หรือต้นทุนการให้บริการที่เพิ่มขึ้นเท่ากับศูนย์ (Zero Marginal Cost) สินค้าหรือบริการประเภทนี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของสวัสดิการสังคมที่ไม่ควรกีดกันการให้บริการ
2. ลักษณะไม่สามารถแบ่งแยกการบริโภคออกจากกันได้ (Non-excludable) กล่าวคือ ไม่สามารถใช้กลไกราคาหรือมาตรการอย่างอื่นมาเป็นเครื่องมือ เพื่อกีดกันไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้ ไม่ว่าผู้หนึ่งจะจ่ายค่าตอบแทนในการใช้สินค้าและบริการนั้นหรือไม่ก็ตาม สินค้าหรือบริการที่แยกการบริโภคออกจากกันไม่ได้จะมีลักษณะเมื่อผลิต

<sup>155</sup> คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง “การกำหนดราคาและปริมาณผลิตของสินค้าเอกชนและสินค้าสาธารณะ” ค้นคืนวันที่ 18 มีนาคม 2555 จาก <http://e-book-ram.edu/e-book/e/EC211/chapter13.pdf>

ขึ้นมาแล้วทุกคนสามารถใช้ร่วมกัน (Joint consumption) แม้ว่าในบางครั้งบางคนจะไม่ต้องการใช้สินค้าหรือบริการนั้นก็ตาม แต่เขาก็จะปฏิเสธการใช้สินค้านั้นหรือบริการนั้นไม่ได้ ดังนั้น รัฐบาลจึงต้องมีหน้าที่ในการเป็นผู้จัดการผลิตสินค้าหรือบริการนั้น โดยรัฐจะเรียกเก็บค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการทางอ้อมในรูปของการจัดเก็บภาษีอากร เช่น บริการป้องกันประเทศ บริการรักษาความสงบภายในประเทศ เป็นต้น

การแบ่งลักษณะของสินค้าและบริการตามทฤษฎีดังกล่าว ได้แบ่งสินค้าและบริการออกเป็น 4 ลักษณะ ดังแสดงให้เห็นตามตารางที่ 5.4 ดังนี้

ตารางที่ 5.4 ลักษณะของสินค้าและบริการ

		Exclusive	
		Yes	No
Rival	Yes	Private Goods สินค้าและบริการเอกชน	Impure Public Goods สินค้าสาธารณะแบบไม่แท้
	No	Impure Private Goods สินค้าและบริการกึ่งสาธารณะ	Pure Public Goods สินค้าและบริการสาธารณะที่แท้จริง

ที่มา: ดัดแปลงจาก Nicholson, Walter. *Microeconomic Theory Basic Principles and Extension*. 1998.

จากตารางที่ 5.4 ข้างต้น มีการแบ่งประเภทสินค้าและบริการออกเป็น 4 ลักษณะ คือ สินค้าและบริการเอกชน สินค้าและบริการสาธารณะแบบไม่แท้ สินค้าและบริการกึ่งสาธารณะ และ สินค้าและบริการสาธารณะที่แท้จริง<sup>156</sup> โดยมีรายละเอียดดังนี้

<sup>156</sup> คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ “ทฤษฎีสินค้าและบริการสาธารณะ”  
ค้นคืนวันที่ 9 เมษายน 2555 จาก <http://www.econ.cmu.ac.th/fil+es/4publicgoods.doc>

1. สินค้าและบริการเอกชน (Private Goods) หมายถึง สินค้าและบริการที่อยู่ในตลาดที่กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น สินค้าและบริการเอกชนทั่วๆ ไปที่ซื้อขายในตลาด เช่น อาหาร เครื่องดื่ม เสื้อผ้า เป็นต้น

2. สินค้าและบริการสาธารณะแบบไม่แท้ (Impure Public Goods) หมายถึง สินค้าและบริการที่อยู่ในตลาดที่กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้บ้าง แต่ไม่สมบูรณ์เหมือนกรณีของ Private goods สินค้าและบริการประเภทนี้ไม่สามารถแบ่งปันการบริโภคได้ คือ ผู้บริโภคมีสิทธิจะใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าสินค้าหรือบริการนั้น ในขณะที่ขณะเดียวกัน ก็มีลักษณะที่ผู้บริโภคอาจถูกกีดกันการใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้ เช่น ถนนทางหลวงแผ่นดินที่มีปริมาณการจราจรมาก สวนสาธารณะ (วัด) ในเมืองที่มีประชากรมาก (สวนจตุจักร) ปลาที่กรมประมงปล่อยในแม่น้ำลำคลอง เป็นต้น

3. สินค้าและบริการกึ่งสาธารณะ (Impure Private Goods) หมายถึง สินค้าและบริการที่อยู่ในตลาดที่กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้บ้าง แต่ไม่สมบูรณ์เหมือนกรณีของ Private goods สินค้าและบริการประเภทนี้มีการแบ่งปันการบริโภค คือ ผู้บริโภคมีสิทธิจะใช้สินค้าหรือบริการนั้นได้ เมื่อจ่ายค่าสินค้าหรือบริการนั้น และขณะเดียวกันก็ไม่สามารถกีดกันการบริโภคสินค้าหรือบริการนั้นได้ คือ เมื่อสินค้าหรือบริการนั้น ถูกบริโภคหรือใช้โดยคนใดคนหนึ่งแล้ว จะไม่เป็นเหตุทำให้ผู้อื่นไม่ได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้น เช่น เคเบิลทีวี กระจาไฟฟ้า เป็นต้น

4. สินค้าและบริการสาธารณะที่แท้จริง (Pure Public Goods) หมายถึง สินค้าและบริการที่อยู่ในตลาดที่กลไกตลาดไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลาดมีลักษณะผูกขาด รัฐต้องเข้ามาดำเนินการเพื่อให้กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้ดีขึ้น เช่น การบริการป้องกันประเทศ การดำเนินนโยบายต่างประเทศของรัฐบาล คลื่นวิทยุ คลื่นวิทยุโทรทัศน์ ดาวเทียม ฝนหลวง ประภาคาร (Lighthouse) ไฟที่ให้แสงสว่างตามท้องถนน ทางหลวงแผ่นดินที่มีปริมาณรถน้อย การลดมลภาวะทางอากาศ การรักษาความสงบภายในประเทศ การดำเนินนโยบายต่างประเทศ สวนสาธารณะ (วัด) ขนาดใหญ่ ในเมืองที่มีประชากรน้อย เป็นต้น

ดังนั้น หากนำทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น มาจำแนกสินค้าหรือบริการสาธารณะเพื่อจัดประเภทสินค้าหรือบริการอันเป็นกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐาน ในกฎหมายสัมปทานตามที่ผู้วิจัยเสนอแล้ว พบว่า สาขาที่ถูกกำหนดให้เป็นกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐาน คือ สาขาโทรคมนาคมและสื่อสาร สาขาประปา สาขาขนส่ง สาขาพลังงาน มีลักษณะสินค้าและบริการสาธารณะแบบไม่แท้ (Impure Private Goods) เป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาด หรือกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้เต็มที่ เช่น กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ กิจการการสื่อสารผ่านดาวเทียม(ประเภทคิดค่าบริการ) กิจการเคเบิลทีวี กิจการ



โทรศัพท์พื้นฐาน กิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน กิจการทางด่วน เป็นต้น ซึ่งแม้จะเป็นกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานแต่ประชาชนผู้ให้บริการก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อให้บริการเหล่านั้น นอกจากนั้นแล้วยังมีบางกิจการซึ่งมีลักษณะเป็นสินค้าและบริการสาธารณะที่แท้จริง (Pure Public Goods) เช่น กิจการวิทยุโทรทัศน์ ที่ประชาชนทุกคนสามารถที่จะดูโทรทัศน์ได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ทั้งสิ้น ทั้งนี้สามารถแสดงให้เห็นการจัดประเภทของสินค้าและบริการอันเป็นกิจการสาธารณะประโยชน์ได้ดังตารางที่ 5.5 ดังนี้

ตารางที่ 5.5 ประเภทกิจการสาธารณะประโยชน์

		Exclusive	
		Yes	No
	Yes	-ไม่มี-	กิจการขนส่ง (ทางหลวงแผ่นดิน)
Rival		กิจการโทรคมนาคม ดาวเทียม กิจการไปรษณีย์ กิจการประปา	
	No	กิจการไฟฟ้า กิจการน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ กิจการขนส่งทางบก (ทางด่วน) กิจการขนส่งทางน้ำ ทางอากาศ	กิจการวิทยุโทรทัศน์ กิจการวิทยุ

หมายเหตุ : จากผลการศึกษา

การจัดประเภทของสินค้าและบริการอันเป็นกิจการสาธารณะประโยชน์ดังกล่าวข้างต้นนั้น มีเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ

1. เป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาด กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้เต็มที่ และเนื่องจากในอนาคตกิจการเหล่านี้รัฐมีแนวโน้มขยายเพิ่มบทบาทให้เอกชนเข้ามาดำเนินงานแทน เพื่อเป็นการลดภาระค่าใช้จ่ายงบประมาณของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของการให้สัมปทาน หรือการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐ ก็ตาม

2. เป็นกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐาน โดยผลของกฎหมาย เช่น ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 กำหนดให้กิจการต่างๆ เหล่านี้เป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ 1) การรถไฟ 2) การรกราง 3) การขุดคลอง 4) การเดินอากาศ 5) การประปา 6) การชลประทาน 7) การไฟฟ้า 8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซ โดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ และ 9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบระเทือนถึงความปลอดภัยหรือสุขภาพของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา นอกจากนั้นยังมีประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ที่ 2/2543 ที่ได้กำหนดประเภทกิจการสาธารณูปโภค สาธารณูปการ และบริการพื้นฐานไว้เหมือนกัน ได้แก่ 1) กิจการผลิตพลังงานไฟฟ้าหรือไอน้ำ 2) กิจการผลิตน้ำประปาหรือน้ำเพื่ออุตสาหกรรม 3) กิจการสัมปทาน 4) กิจการขนถ่ายสินค้าสำหรับเรือเดินทะเล 5) กิจการสถานที่ตรวจปล่อยและบรรจุสินค้าเข้าสู่คอนเทนเนอร์ เพื่อการส่งออก หรือ โรงพักสินค้า เพื่อตรวจปล่อยของขาเข้าและบรรจุของขาออกที่ขนส่งโดยระบบคอนเทนเนอร์นอกเขตท่าเทียบเรือ 6) กิจการสนามบินพาณิชย์ 7) กิจการโทรคมนาคมดาวเทียม 8) กิจการโทรศัพท์ และ 9) กิจการโรงแยกก๊าซ

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะนำกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานใน 4 สาขา คือ สาขาโทรคมนาคมและสื่อสาร สาขาประปา สาขาขนส่ง สาขาพลังงาน มากำหนดเป็นหมวดหมู่หลักๆ ในกฎหมายสัมปทานครั้งนี้

#### 4.3.2 แนวโน้มการให้สัมปทานในอนาคต

ในอดีตกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐาน เช่น ไฟฟ้า ประปา ขนส่ง และสื่อสารเป็น กิจการที่รัฐผูกขาด เนื่องจากเป็นบริการที่มีมิติในเชิงสังคมมากกว่าเชิงพาณิชย์ เนื่องจากบริการเหล่านี้เป็นบริการที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีพของประชาชน การมีบริการที่ทั่วถึงและประชาชนสามารถเข้าถึงบริการได้โดยมีอัตราค่าบริการไม่สูงเกินไปนักจึงเป็นเป้าหมายที่สำคัญมากกว่าการทำกำไร นอกจากนั้นแล้ว บริการเหล่านี้ยังเป็นบริการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูงในการวางโครงข่ายจึงเป็นธุรกิจที่มีความเสี่ยงเชิงพาณิชย์สูง โดยเฉพาะสำหรับผู้ประกอบการในประเทศกำลังพัฒนาที่มีศักยภาพในเชิงธุรกิจและแหล่งเงินทุนที่จำกัด<sup>157</sup>

<sup>157</sup> เดือนเด่น นิคม และ เสาวลักษณ์ ชิวสิทธิยานนท์ “ระบบกำกับดูแลกิจการสาธารณูปโภคไทยมีอะไรน่าเป็นห่วง” ใน *การประชุมสัมมนาประจำปี 2551 เรื่อง ผู้การเจริญเติบโตอย่างมีคุณภาพและยั่งยืน* วันที่ 29-30 พฤศจิกายน 2551 ณ โรงแรมแอมบาสเดอร์ ซิตี้ จอมเทียน ชลบุรี สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ร่วมจัดโดย มูลนิธิชัยพัฒนา สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย หน้า 1

ต่อมาเมื่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศไปถึงระดับหนึ่งที่ประชาชนส่วนมากสามารถเข้าถึงบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานได้แล้ว การผูกขาดกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานโดยภาครัฐเริ่มกลายเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาธุรกิจเหล่านั้นด้วยเหตุผลหลักสองประการ ประการแรก ในตลาดที่ไม่มีการแข่งขัน ผู้ให้บริการย่อมขาดแรงกระตุ้นในการที่จะปรับปรุงประสิทธิภาพเพื่อลดต้นทุน ทำให้ต้นทุนในการให้บริการสูงเกินควร ส่งผลให้อัตราค่าบริการที่ประชาชนต้องแบกรับสูงขึ้นด้วยยกเว้นในกรณีที่รัฐให้การอุดหนุน ประการที่สอง ภาวะที่ไร้คู่แข่งทำให้รัฐวิสาหกิจไม่มีความจำเป็นที่ต้องพัฒนาคุณภาพหรือรูปแบบของบริการ เพื่อตอบสนองความต้องการของลูกค้าเพื่อรักษาส่วนแบ่งตลาดหรือแย่งชิงลูกค้าจากคู่แข่ง โดยเฉพาะสำหรับรัฐวิสาหกิจที่ไม่จำเป็นต้องกังวลเรื่องการสร้างรายได้และการทำกำไรเท่าใดนักโครงสร้างตลาดแบบเดิมที่เน้นการผูกขาดของภาครัฐจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของตลาดบริการสาธารณูปโภคที่ไม่ใช่เป็นบริการที่มีลักษณะ “พื้นฐาน” อีกต่อไป<sup>158</sup>

ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงเกิดแนวนโยบายที่จะลดบทบาทของภาครัฐในกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานโดยการแปรรูปรัฐวิสาหกิจและการเปิดให้เอกชนเข้ามาประกอบกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานในประเทศที่พัฒนาแล้วหลายประเทศ

ภายใต้กระบวนการทัศน์ใหม่ในการบริหารจัดการบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานนั้น บทบาทของภาครัฐได้เปลี่ยนไปจากการเป็นผู้ให้บริการเป็นผู้กำกับดูแลแนวนโยบายในการให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการให้บริการสาธารณูปโภคพื้นฐานมากขึ้น เกิดขึ้นในสมัยที่นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี ในปี พ.ศ. 2534 แต่การเปิดให้เอกชนเข้ามาดำเนินการยังคงอยู่ภายใต้กรอบการผูกขาดของรัฐวิสาหกิจ ตัวอย่างเช่น

ในสาขาการสื่อสาร รัฐบาลมีนโยบายให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการลงทุนเพื่อขายและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการสื่อสาร โดยให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย ซึ่งในขณะนั้นผูกขาดกิจการโทรคมนาคม ตามกฎหมายให้สัมปทานแก่เอกชนหลายราย รวมถึงสัมปทานการสื่อสารผ่านดาวเทียม สัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ สัมปทานโทรศัพท์พื้นฐาน สัมปทานผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISPs) ฯลฯ ซึ่งมีผลทำให้กิจการโทรคมนาคมไทยมีการพัฒนาก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ในสาขาพลังงาน รัฐบาลมีนโยบายให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระรายใหญ่และรายย่อยที่เรียกว่า IPP และ SPP เพื่อที่จะลดการผูกขาดของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ ในธุรกิจการผลิตไฟฟ้า แม้ กฟผ.ยังคงอำนาจผูกขาดในการซื้อและขายไฟฟ้าแต่ผู้เดียว ในสาขาการประปา

<sup>158</sup> เดือนเด่น นิคม และ เสาวลักษณ์ ชิวลิตธิยานนท์, เพิ่งอ้าง, น.1

คณะรัฐมนตรีมีมติให้การประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) จัดตั้งบริษัทลูกที่เป็นบริษัทร่วมทุนกับเอกชน คือ "บริษัทจัดการและพัฒนาทรัพยากรน้ำภาคตะวันออกเฉียงเหนือ จำกัด" เพื่อดำเนินโครงการบริหารและดำเนินกิจการระบบท่อส่งน้ำดิบสายหลักในภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และในสาขาการขนส่ง มีการขายหุ้นการบินไทยเพื่อระดมทุนในตลาดหลักทรัพย์ ฯลฯ<sup>159</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าในอนาคตแนวโน้มในการให้สัมปทานหรือร่วมทุนแก่ภาคเอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ น่าจะมีเพิ่มมากขึ้น สังเกตจากช่วงเวลาที่ผ่านมา โดยเฉพาะหลังจากปี พ.ศ.2534 เป็นต้นมา รัฐบาลไทยมีแนวนโยบายที่ชัดเจนในการส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีบทบาทในการให้บริการสาธารณูปโภคพื้นฐานมากขึ้นภายใต้ระบบสัญญาสัมปทานหรือการร่วมทุนกับรัฐวิสาหกิจ นโยบายดังกล่าวทำให้มีการขยายตัวของบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ มากขึ้น ในขณะที่เดียวกันรัฐวิสาหกิจก็มีแนวทางการดำเนินการในเชิงพาณิชย์มากขึ้น สังเกตจากมีการปรับแก้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกแห่งเพื่อเพิ่มข้อกำหนดให้การลงทุน การกู้ยืมเงิน การออกพันธบัตร ตลอดจนการร่วมทุนกับเอกชนของรัฐวิสาหกิจจะต้องได้รับการอนุมัติจาก คณะรัฐมนตรีทั้งสิ้นเพื่อที่จะให้การดำเนินการของรัฐวิสาหกิจอยู่ภายใต้กรอบนโยบายของภาครัฐ เป็นต้น

<sup>159</sup> เตือนเด่น นิคม และ เสาวลักษณ์ ชิวสิทธิยานนท์, เฟิงอ้าง, น.3

## บทที่ 6

### สรุปการวิจัย อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ

ในบทนี้เป็นการสรุปผลที่ได้จากการวิเคราะห์จากบทที่ 4 และ บทที่ 5 ในเรื่อง กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานทั้งในประเทศและต่างประเทศ พร้อมกับการนำสิ่งที่วิเคราะห์ ได้มาจัดทำเป็นข้อเสนอแนะและแนวทางในการศึกษาค้นคว้าต่อไป โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 1. สรุปการวิจัย

จากการวิเคราะห์ในส่วนที่ผ่านมาพบว่า โดยปกติอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาด ข้อพิพาทไปตามหลักการที่กฎหมายกำหนด การเลือกกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการ ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน

กรณีแรก หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) ซึ่งคู่พิพาทต่างเป็นคนสัญชาติไทยด้วยกัน เช่น ระหว่างรัฐบาลไทย (ผู้ให้สัมปทาน) และเอกชนไทย (ผู้รับสัมปทาน) และเรื่องที่พิพาทก็เกี่ยวพันแต่เฉพาะประเทศไทย กล่าวคือ ผู้รับ สัมปทานได้รับสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งในประเทศไทย ปัญหาเรื่อง กฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทก็จะมีไม่มากนัก เพราะกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็จะมีเพียงกฎหมาย ของประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงควรต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมาย ไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใดนั้นเป็นอีกปัญหาหนึ่งซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยจากเนื้อหาของ เรื่องที่พิพาทว่าเป็นเรื่องใดแล้วจึงนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นมาใช้ตัดสิน

กรณีที่สอง หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ซึ่งคู่พิพาทอาจจะมีสัญชาติแตกต่างกัน เช่น ระหว่างรัฐบาลไทย (ผู้ให้สัมปทาน) และ เอกชนต่างชาติ (ผู้รับสัมปทาน) และเรื่องพิพาทอาจจะเกี่ยวพันกันหลายประเทศ กล่าวคือ ผู้รับ สัมปทานได้รับสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การก่อสร้างสะพานข้ามแม่น้ำโขงเชื่อมต่อ ระหว่างประเทศไทยกับประเทศลาว เป็นต้น ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้พิพาทจะมีความซับซ้อน มากขึ้น เนื่องจากประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นประเทศของคู่พิพาทฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง หรือประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทต่างก็มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่างๆ เป็นของตนเองและบทกฎหมายเหล่านั้นอาจจะเหมือนหรือแตกต่างกันได้ ในกรณีที่กฎหมายของ



แต่ละประเทศแตกต่างกัน การที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งก็อาจจะให้ผลอีกอย่างหนึ่ง และหากเลือกใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่งก็อาจจะให้ผลอีกอย่างหนึ่งก็ได้ ส่วนในกรณีที่กฎหมายของประเทศต่างๆ เหมือนกันก็จะไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด เพราะไม่ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดก็จะให้ผลเช่นเดียวกัน

ในกรณีที่ข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยเกี่ยวพันกันหลายประเทศ หากคู่สัญญาได้กำหนด “กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน (Governing Law)” ไว้โดยเฉพาะว่าจะให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศใด อนุญาโตตุลาการก็จะผูกพันให้ต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามบทบัญญัติของประเทศนั้น กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกำหนดไว้นั้น หมายถึง “กฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law)” ของประเทศนั้น ซึ่งจะบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของคู่สัญญาไว้โดยเฉพาะ มิใช่หมายถึง “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws)” ของประเทศที่กำหนดไว้

ในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญอันจะทำให้ผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไป ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใด อนุญาโตตุลาการก็จะต้องไปพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทอีกครั้ง

หากกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทแตกต่างกับกฎหมายของประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจจะทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดมีความแตกต่างกันได้ หากใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ จึงมีปัญหาคำวินิจฉัยชี้ขาดมีความแตกต่างกันได้ในสาระสำคัญอันจะทำให้ผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไป ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใด อนุญาโตตุลาการก็จะต้องไปพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทอีกครั้ง

หากกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทแตกต่างกับกฎหมายของประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจจะทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดมีความแตกต่างกันได้ หากใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ จึงมีปัญหาคำวินิจฉัยชี้ขาดมีความแตกต่างกันได้ในสาระสำคัญอันจะทำให้ผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไป ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใด อนุญาโตตุลาการก็จะต้องไปพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทอีกครั้ง

อนุญาโตตุลาการควรเลือกกฎหมายของประเทศต่างๆ ตาม “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws)” อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวก็ไม่ได้ให้คำตอบทั้งหมดแก่นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่างก็มี “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” ของตนเองเช่นกัน ซึ่งผลที่ได้จากการปรับใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศอาจได้ผลที่แตกต่างกันด้วย ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมในการเลือก ตามปกติหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการอาจพิจารณานำมาปรับใช้อาจแบ่งได้เป็น 2 แนวทาง

แนวทางแรก คือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เป็นที่ตั้งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการไปดำเนิน

กระบวนการพิจารณาในประเทศนั้น อนุญาโตตุลาการมีส่วนในการใช้อำนาจตุลาการของประเทศนั้นด้วย อนุญาโตตุลาการจึงอาจต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นด้วย

แนวทางที่สอง คือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด เนื่องจากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ บ่อยครั้งที่สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงเรื่องที่คู่พิพาทพยายามจะหาสถานที่ที่เป็นกลางซึ่งอาจจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทหรือเรื่องที่พิพาทแต่อย่างใด จึงอาจจะทำให้การนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเป็นการไม่เหมาะสมและอาจก่อให้เกิดผลอันเนื่องมาจากความคาดหมายของคู่พิพาทได้ จึงมีแนวคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการควรต้องใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทและปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีคู่พิพาทอาจจะไม่สามารถตกลงกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานได้ หรือจะเห็นว่าการใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะอาจจะไม่เหมาะสมกับกิจการระหว่างคู่พิพาท คู่พิพาทอาจจะตกลงกันกำหนดให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตาม “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Ex aequo et bono or As amiable compositeur)” หลักดังกล่าวให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องยึดถือบทบัญญัติกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ และสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ตนเห็นว่าเป็นธรรมต่อคู่พิพาทมากที่สุดเมื่อคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่แวดล้อมข้อพิพาทนั้น แม้ว่าคู่พิพาทตกลงอย่างชัดเจนให้อนุญาโตตุลาการตัดสินตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม โดยไม่ต้องตัดสินตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่หากเป็นกรณีของ “กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” อนุญาโตตุลาการไม่สามารถอาศัยหลักดังกล่าวหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายได้ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวถือว่ามีความสำคัญถึงขนาดที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากนั้น การหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจเป็นผลให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอนหรือถูกศาลปฏิเสธการยอมรับและบังคับใช้ อนุญาโตตุลาการจึงต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายดังกล่าว

นอกจากนั้นแล้ว ในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานอาจจะไม่มีความชัดเจนมากนักเนื่องจากถ้อยคำที่คู่พิพาทเลือกใช้มีความเคลือบคลุมหรืออาจจะเป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกำหนดไว้โดยเฉพาะเนื่องจากเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนือจากความคาดหมายของคู่พิพาทในขณะทำสัญญาหรือคู่พิพาทไม่สามารถหาข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวได้ อนุญาโตตุลาการอาจจะต้องพิจารณาว่าใน

เรื่องดังกล่าวมีธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าอย่างไรบ้างและอนุญาโตตุลาการควรจะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยอิงจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าเหล่านั้น

สำหรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในต่างประเทศที่ผ่านมา อนุญาโตตุลาการได้ใช้หลักกฎหมายต่างๆ ในการอ้างอิงประกอบคำชี้ขาดแก่ข้อพิพาทในคดีต่างๆ อาทิเช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ หลักการเคารพสิทธิที่ได้มา หลักการคุ้มครองระหว่างประเทศซึ่งสิทธิที่ได้มา หลักละเมิด หลักลามิควรได้ หลักสิทธิในการเวนคืน หลักการชดใช้ค่าทดแทน หลักข้อตกลงชำระเงินทั้งจำนวน และหลักการชดใช้ค่าเสียหาย เป็นต้น ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวได้กลายเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญในการปรับใช้กฎหมายในเวลาต่อมา

ทั้งนี้การวินิจฉัยคดีพิพาทโดยอาศัยหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นก็มีได้มีลักษณะการวินิจฉัยที่แยกกันอย่างเด็ดขาด ส่วนใหญ่มักจะมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันอยู่ เช่น หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา(Pacta Sunt Servanda) อันถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยนานาอารยประเทศที่ไม่สามารถโต้แย้งได้ หลักนี้มักจะถูกใช้ประกอบกับหลักสุจริต (Good Faith) อยู่เสมอเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ซึ่งหลักสุจริตถือเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายทุกระบบสาระสำคัญของหลักนี้คือการที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์อันแท้จริงร่วมกันในขณะทำสัญญา และเมื่อมิได้มีการปฏิบัติตามสัญญาผลที่เกิดตามมา มีสองประการ ประการแรกคือถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการผิดกฎหมาย และประการที่สองถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการผิดกฎหมาย (“Unlawful” Non-performance) หรือที่เรียกว่าเป็นการละเมิดที่จะต้องมีการชดเชยความเสียหายก็จะต้องนำหลักการละเมิด(Wrongful Acts) และหลักการชดใช้ค่าทดแทน(Compensation) มาวินิจฉัยต่อไปว่าจะมีการชดเชยความเสียหายอย่างไร กล่าวคือ อาจกระทำในรูปของการกลับสู่สถานะเดิม หรือถ้าการกลับคืนสู่สถานะเดิมเป็นไปได้ การชดเชยความเสียหายอาจกระทำในรูปของค่าเสียหายที่เป็นเงิน เป็นต้น ส่วนการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยพลการ (“Arbitrary” Non-performance) โดยไม่ให้เหตุผลทางด้านสาธารณะประโยชน์หรือเกี่ยวแก่ความจำเป็นของรัฐในทางเศรษฐกิจ และการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติรัฐและคนชาติรัฐอื่นที่เป็นความเสียหายต่อคนชาติรัฐอื่น ก็ต้องอาศัยหลักสิทธิในการเวนคืน(The Right of Expropriation) อันเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะใช้สิทธิเหนือบุคคลทุกคนและทรัพย์สินที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐ หรือที่เรียกว่าสิทธิในการคุ้มครองตนเองของรัฐ ซึ่งยอมให้รัฐส่งเสริมสวัสดิภาพและความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของประชาชนของรัฐได้ จากนั้นจึงนำหลักการชดใช้ค่าทดแทน(Compensation)มาวินิจฉัยต่อไป

ในส่วนของประเทศไทยนั้น หลักกฎหมายที่มาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานยังมีไม่มากนัก แต่ก็มีแนวทางที่เป็นหลักกฎหมายบางส่วนที่คล้ายคลึงกับในต่างประเทศ อาทิเช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา และ หลักสิทธิในการเวนคืน เป็นต้น และในกรณีที่ข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานของรัฐเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ข้อพิพาทดังกล่าวไม่ควรนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ เนื่องจากจะขัดกับหลักกฎหมายมหาชนของไทยที่ถือว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งการวินิจฉัยชี้ขาดควรต้องคำนึงถึงหลักการต่างๆ ในกฎหมายปกครองประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม การที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐจะถูกศาลเพิกถอนโดยวางหลักกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายใหม่ ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายนอกจากอาศัยแนวคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการวางไว้แล้วยังต้องอาศัยหลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือศาลปกครองมาประยุกต์และปรับใช้ รวมถึงอาศัยหลักกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายที่มาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเป็นแบบอย่าง

อย่างไรก็ตามจากการศึกษา ยังพบอีกว่า หากเป็นกรณีที่เอกชนต่างชาติเข้ามารับสัมปทานจากรัฐและได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITs) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสัมปทานการลงทุนใน โครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก ดังเช่น กรณีคดีพิพาทระหว่างรัฐบาลไทยกับ Walter Bau AG (คดีคอนกรีตเมืองโทลส์เวย์) ก็ควรจะคำนึงถึงหลักการภายใต้ความตกลงฯ ดังกล่าวด้วย โดยเฉพาะหลักการเวนคืนและหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันด้วย เนื่องจากการไม่เคารพต่อความตกลงฯ ดังกล่าวอาจส่งผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนของเอกชนต่างชาติได้

## 2. ข้อเสนอแนะ

### 1. แนวทางแก้ไขปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

จากการศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นน่าจะอยู่ที่ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และการปรับใช้กฎหมายทั้งกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือข้อพิพาทในคดี ดังนั้นแนวทางแก้ปัญหาคือ

ควรมีการสร้างกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) ขึ้นมาเพื่อควบคุมดูแลการให้สัมปทานของภาครัฐ โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับแนวทางการใช้กฎหมายระงับข้อพิพาทในสัญญา

สัมปทานให้ชัดเจน เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัมปทานของรัฐ โดยในกฎหมายดังกล่าวต้องมีสาระสำคัญ คือ มีหลักเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ (Applicable Law) เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในกฎหมายสัมปทาน

การค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับไม่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เข้าทำสัญญากับรัฐจะเป็นเอกชนต่างชาติหรือไม่ก็ตาม ควรอาศัยหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายข้อบังคับแห่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นหลักซึ่งมีลักษณะเป็นสากล กล่าวคือ กรณีคู่สัญญากำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกันไว้ในสัญญาสัมปทานก็ให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ หากมิได้ตกลงกันไว้ก็ให้เลือกกฎหมายตาม “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws)” ซึ่งหากกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และคู่สัญญาที่อ้างกฎหมายต่างประเทศนั้นต้องพิสูจน์กฎหมายนั้นในฐานะข้อเท็จจริงให้เป็นที่พอใจแก่ศาล มิฉะนั้น ให้ศาลใช้กฎหมายไทยบังคับแก่กรณี ดังนั้น กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานจะต้องเป็นกฎหมายที่สัญญาสัมปทานมีความเกี่ยวพันมากที่สุด เช่น สัญชาติของคู่สัญญา สถานที่ในการจัดทำสัญญา สถานที่ในการทำสัญญา สถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น ซึ่งการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับอาจจะกำหนดเป็นหลักกว้างๆ ไว้ในกฎหมายสัมปทาน (Concession Law) เพื่อเป็นกรอบใหญ่ในการพิจารณา และกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยตามกิจการสัมปทานแต่ละประเภทไว้ในกฎกระทรวงหรือสัญญาสัมปทานของแต่ละกิจการสัมปทานก็ได้ ดังเช่น กรณีของการทำกิจการปิโตรเลียม มีพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 เป็นกรอบหลักในการทำสัญญา โดยมีการออกกฎกระทรวงกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามในภายหลัง หรือ กรณีของโครงการรถไฟฟ้ามหานคร มีการให้คำนิยามของกฎหมายไว้ในสัญญาโครงการดังกล่าวด้วย เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนได้จำลองแผนผังรายละเอียดการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับไว้ดังแผนภาพที่ 1 และ

นอกจากนั้นแล้วในกฎหมายดังกล่าวควรกำหนดประเภทกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้ผู้ที่เข้ามารับสัมปทานกับภาครัฐเกิดความเข้าใจที่ชัดเจนว่ากิจการประเภทใดที่อยู่ในข่ายที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ควรต้องมีลักษณะ 2 ประการที่สำคัญ คือ เป็นกิจการบริการและสาธารณูปโภคพื้นฐาน และเป็นกิจการที่โครงสร้างอุตสาหกรรมปัจจุบันหรือในอนาคตมีแนวโน้มที่จะให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการดำเนินกิจการดังกล่าวในรูปสัมปทาน ซึ่งกิจการที่มีลักษณะ 2 ประการดังกล่าว ประกอบด้วยกิจการสาธารณูปโภค 4 สาขาหลักๆ ดังนี้



## 1) สาขาโทรคมนาคมและสื่อสาร ได้แก่

- กิจการโทรคมนาคมดาวเทียม
- กิจการวิทยุโทรทัศน์
- กิจการไปรษณีย์

## 2) สาขาประปา

## 3) สาขาขนส่ง ได้แก่

- กิจการขนส่งทางบก
- กิจการขนส่งทางอากาศ
- กิจการขนส่งทางน้ำ

## 4) สาขาพลังงาน ได้แก่

- กิจการไฟฟ้า
- กิจการน้ำมัน
- กิจการก๊าซธรรมชาติ

นอกจากนี้แล้ว กฎหมายดังกล่าวควรจะต้องมีการให้คำนิยามของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ให้ชัดเจน เช่น ประโยชน์สาธารณะ หมายถึง ประโยชน์สำหรับประชาชนส่วนรวม หรือเป็นผลดีแก่คนทั่วไป และ การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หมายถึง การดำเนินการของผู้รับสัมปทานเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมมิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้รับสัมปทานเอง เป็นต้น

## 2. แนวทางสร้างกฎหมายให้อนุญาตอุตสาหกรรมใช้เป็นแนวทางการพิจารณาคดีเมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานของรัฐ

ควรมีการนำแนวทางหลักกฎหมายที่สำคัญที่ได้จากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานต่างประเทศที่ผ่านมาที่มีการพัฒนาอย่างยาวนาน รวมถึงที่ได้จากการระงับข้อพิพาทในประเทศมาใช้ประกอบกัน โดยหลักกฎหมายที่สำคัญควรมีการนำมาบัญญัติ ได้แก่ หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักสัญญาที่ทำนอกเหนือขอบเขตอำนาจ หลักการเคารพสิทธิที่ได้มา หลักการคุ้มครองระหว่างประเทศซึ่งสิทธิที่ได้มา หลักละเมิด หลักลาภมิควรได้ หลักสิทธิในการเวนคืน หลักการชดเชยค่าทดแทน หลักการชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น มาบัญญัติไว้ในกฎหมายสัมปทาน(Concession Law) ดังกล่าวในข้อ 1

อนึ่ง สำหรับหลักกฎหมายบางประการ อาทิเช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หลักสัญญาที่ทำนอกเหนือขอบเขตอำนาจ เหล่านี้ อาจจะไม่จำเป็นต้องนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายสัมปทาน(Concession Law) แต่สามารถนำมากำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน

(Concession Contract) ของกิจการแต่ละประเภทแทนก็ได้ เพื่อความเหมาะสมและสะดวกต่อการนำไปปฏิบัติ

และเนื่องจากสัญญาสัมปทานจะมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ การสร้างกฎหมายควรนำหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติไว้ด้วยเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ได้แก่ การบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น เรื่องการสิ้นสุดสัญญาเมื่อการดำเนินธุรกิจตามสัญญาสัมปทานมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน หรือเมื่อผู้รับสัมปทานไม่ใส่ใจดูแลธุรกิจของตนเป็นเหตุให้ธุรกิจล้มเหลวส่งผลกระทบต่อประชาชนรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ เป็นต้น หรือในบางกรณีการดำเนินงานของผู้รับสัมปทานมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศและความสงบเรียบร้อยของประชาชนรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้เช่นเดียวกัน การบัญญัติหลักกฎหมายเหล่านี้ไว้มีลักษณะคล้ายกับกลุ่มประเทศยุโรปตะวันออกทั้งหลายดังที่ได้ศึกษามาแล้ว

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้ร่างกฎหมายสัมปทาน(Concession Law) เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามขอบเขตที่ทำการศึกษาในครั้งนี้ไว้เพื่อเป็นแนวความคิดเบื้องต้น (first idea) ไว้ในภาคผนวกที่ 1

3. แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานของรัฐ

ควรมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ให้มีความชัดเจนในเรื่องการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1) ประเภทข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากมาตรา 11 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้กำหนดว่าข้อพิพาทใดบ้างสามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อพิพาททุกเรื่องสามารถให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดคัดค้านได้ แต่สัญญาสัมปทานเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อควบคุมเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะตามนโยบายของรัฐบาล อันถือว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายบริหาร ไม่สามารถสละอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบโดยข้อตกลงในสัญญาได้

ในสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่ก็มีข้อตกลงที่กระทบต่อประโยชน์มหาชนโดยอยู่เสมออย่างน้อยที่สุดการกำหนดข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ จึงไม่ควรกระทบอำนาจรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง

ดังนั้น ควรมีการแยกข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะและข้อสัญญาทั่วไปออกจากกัน และควรกำหนดให้รัฐสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะข้อสัญญา

ในทางแพ่งทั่วไป แต่หากเป็นข้อสัญญาอันเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ รัฐย่อมมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามสัญญา เพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ โดยในข้อสัญญาในทางแพ่งทั่วไป ได้แก่ สัญญาที่กระทำโดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่กำหนดให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดังกล่าว เป็นผู้เข้ารับเอาประโยชน์ที่มีได้มุ่งประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจัดซื้ออุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินงานของหน่วยงานดังกล่าว เป็นต้น

สำหรับข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้น สมควรแยกออกเป็น 2 ส่วน ระหว่างข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางตรง และข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางอ้อม และกำหนดให้รัฐสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางอ้อม แต่หากเป็นข้อสัญญาอันเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางตรง รัฐย่อมมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามสัญญา เพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ เท่านั้น โดยในข้อสัญญาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทางอ้อม ได้แก่ ข้อพิพาทซึ่งเมื่อผู้รับสัมปทานกระทำหรือไม่กระทำการในการจัดทำกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้นๆ แล้ว ไม่ไปกระทบสิทธิของประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคนั้นโดยตรง เช่น ข้อพิพาทเรื่องค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา อันเป็นเงื่อนไขในการกำหนดค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา และค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น

การแยกข้อสัญญาที่รัฐสามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้และไม่ได้นอกจากเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนเลือกช่องทางในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเหมาะสมแล้ว ยังเป็นการรักษาไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐไว้ด้วย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับการทำความเข้าใจความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) ของประเทศไทยในอนาคตว่าควรจะต้องมีความระมัดระวังเป็นพิเศษ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งอาจจะต้องมีการทำความเข้าใจระหว่างรัฐที่เข้าร่วมทำข้อตกลงดังกล่าวให้ชัดเจนก่อน เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต

## 2) ข้อพิพาทที่เป็นข้อห้ามใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ

ได้แก่ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ รวมถึงข้อพิพาทที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การตัดสินข้อพิพาทลักษณะนี้ควรเป็นหน้าที่ของศาลปกครองเท่านั้น

ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะข้างต้น เป็นข้อพิพาทที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง กล่าวคือ ข้อพิพาทที่เมื่อผู้รับสัมปทานกระทำหรือไม่กระทำการในการจัดทำ

กิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้นๆ แล้วไปกระทบสิทธิของประชาชนซึ่งเป็นผู้ใช้ประโยชน์ จากบริการสาธารณะนั้นๆ โดยตรง เช่น กรณีการปรับผังรายการของไอทีวีโดยลดสัดส่วนการ ออกอากาศรายการประเภทข่าว สารคดี และสารประโยชน์ส่งผลให้ประชาชนผู้ชมได้รับชม รายการประเภทนี้น้อยลง ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของบริการสาธารณะโดย ปราศจากการตรวจสอบจากรัฐอย่างสิ้นเชิง อันมีวัตถุประสงค์ขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนและขัด ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น กรณีนี้ไม่สามารถดำเนินการโดย อนุญาโตตุลาการได้ แต่ควรเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง

### 3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

การที่กฎหมายเพียงแต่กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ ไว้อย่างกว้างๆ เท่านั้น ว่า อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและอิสระ หากเป็นการให้บริการสำนักงาน อนุญาโตตุลาการ ก็ต้องมีคุณสมบัติตามที่สำนักงานนั้นกำหนด คู่สัญญาจึงมีอิสระในการคัดเลือก อนุญาโตตุลาการ จึงอาจไม่เพียงพอที่จะพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะได้

ดังนั้น ควรกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ในสัญญาสัมปทานดังนี้ คือ ควรเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ จำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน ซึ่งคณะ อนุญาโตตุลาการดังกล่าวต้องประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการหนึ่งคนที่มีความรู้หรือ ประสบการณ์เกี่ยวกับกิจการบริการและสาธารณูปโภคพื้นฐานขนาดใหญ่ในสาขาที่ตนเองจะต้อง วินิจฉัยชี้ขาดนั้น และอนุญาโตตุลาการอีกหนึ่งคนควรเป็นผู้ที่มีความเข้าใจในกฎหมายมหาชนเป็น อย่างดี มีประสบการณ์ในการทำงานสายกฎหมายมหาชนนานพอสมควร(เนื่องจาก อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองที่ผ่านมา เป็นนักกฎหมายเอกชนเป็นส่วน ใหญ่ ซึ่งอาจไม่เข้าใจหลักกฎหมายมหาชนไม่เท่ากับผู้ที่ เป็นนักกฎหมายมหาชนโดยตรง) ส่วนอีก คนหนึ่งมีคุณสมบัติตามที่คู่สัญญาเห็นควร และอนุญาโตตุลาการทั้งหมดต้องไม่ปรากฏว่ามี ผลประโยชน์ทับซ้อนในคดี (คู่สัญญาอาจจะมีการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติม โดยละเอียดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการอีกก็ได้ เช่น ในสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการก่อสร้างทาง ค่วน คู่สัญญาอาจกำหนดให้อนุญาโตตุลาการคนที่สาม (ประธาน) เป็นวิศวกรก็ได้ เป็นต้น)

อนึ่ง อนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทแทนการไปศาล เหตุผล หนึ่งที่ทำให้อนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมก็คือ คู่พิพาทอาจเลือกผู้ตัดสินข้อพิพาทที่มีความชำนาญ เฉพาะด้านซึ่งไม่สามารถจะทำได้ในกรณีของการไปฟ้องร้องในศาล ดังนั้น ผู้ที่จะทำหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรจำกัดอยู่เพียงนักกฎหมายเท่านั้นแต่อาจเป็น วิศวกร สถาปนิก นักธุรกิจ หรือบุคคลในสาขาอาชีพอื่นๆ ที่มีความชำนาญมีประสบการณ์เกี่ยวกับปัญหาข้อพิพาทก็ได้

### 4) วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน

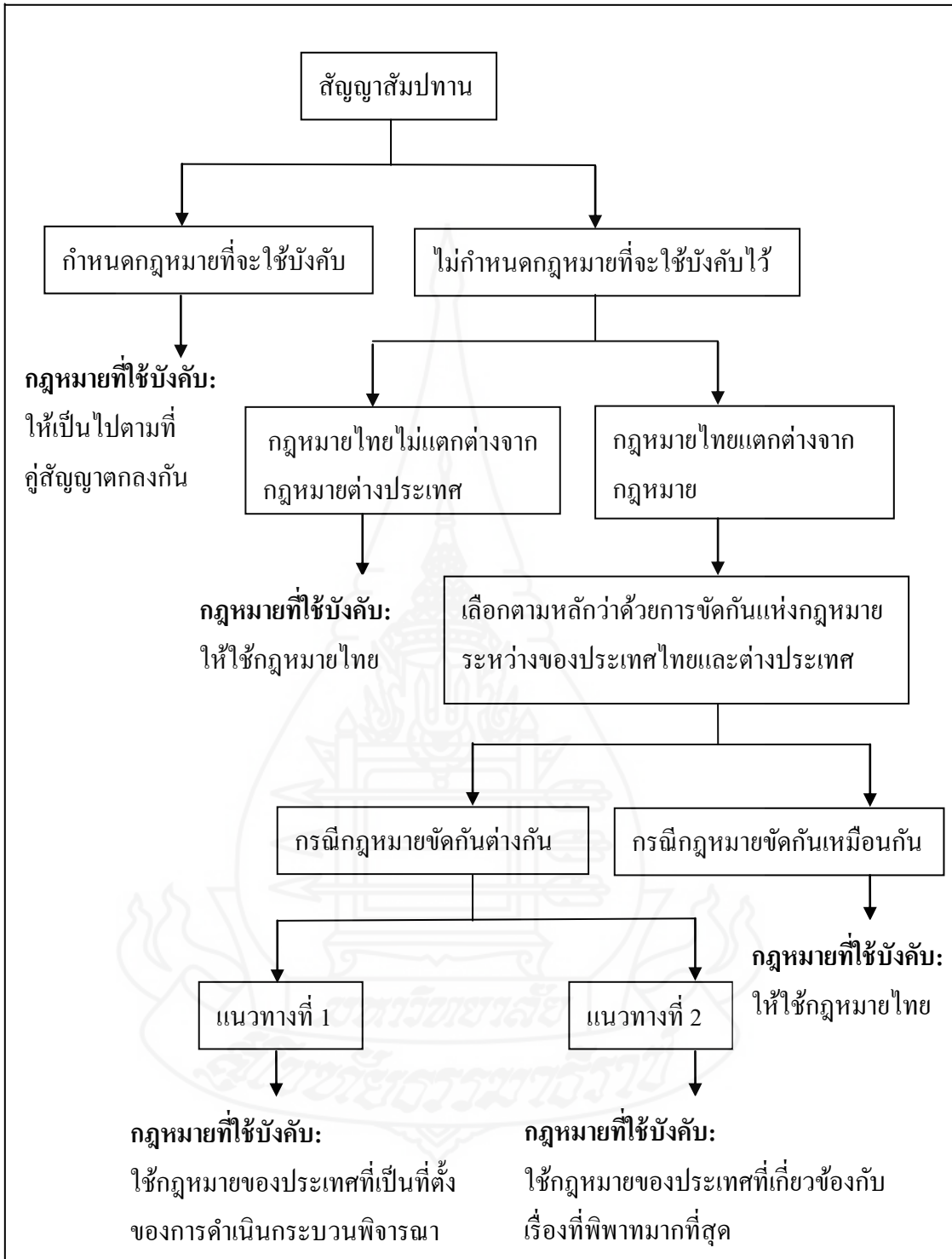
การพิจารณาโดยลับและห้ามเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นการขัดลักษณะทั่วไปของสัญญาทางปกครอง ซึ่งต้องมีความโปร่งใส สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ทุกระบวนการเมื่อสัญญาสัมปทานดังกล่าวกระทบประโยชน์สาธารณะ ประชาชนควรมีสิทธิตรวจสอบการพิจารณาคดีได้

ในเรื่องกระบวนการนำเสนอพยานหลักฐานที่ให้ผู้กล่าวอ้างนำสืบประกอบการกล่าวอ้างของตนนั้น เอกชนซึ่งมีฐานะด้อยกว่าฝ่ายปกครองอยู่ในภาวะเสียเปรียบในการแสวงหาพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองควบคุมของฝ่ายปกครองมายืนยันข้อกล่าวอ้างของตน ดังนั้น ควรมีการเปิดโอกาสให้อนุญาโตตุลาการแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นระบบที่ศาลปกครองยึดถือในการพิจารณาคดี

#### 5) การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

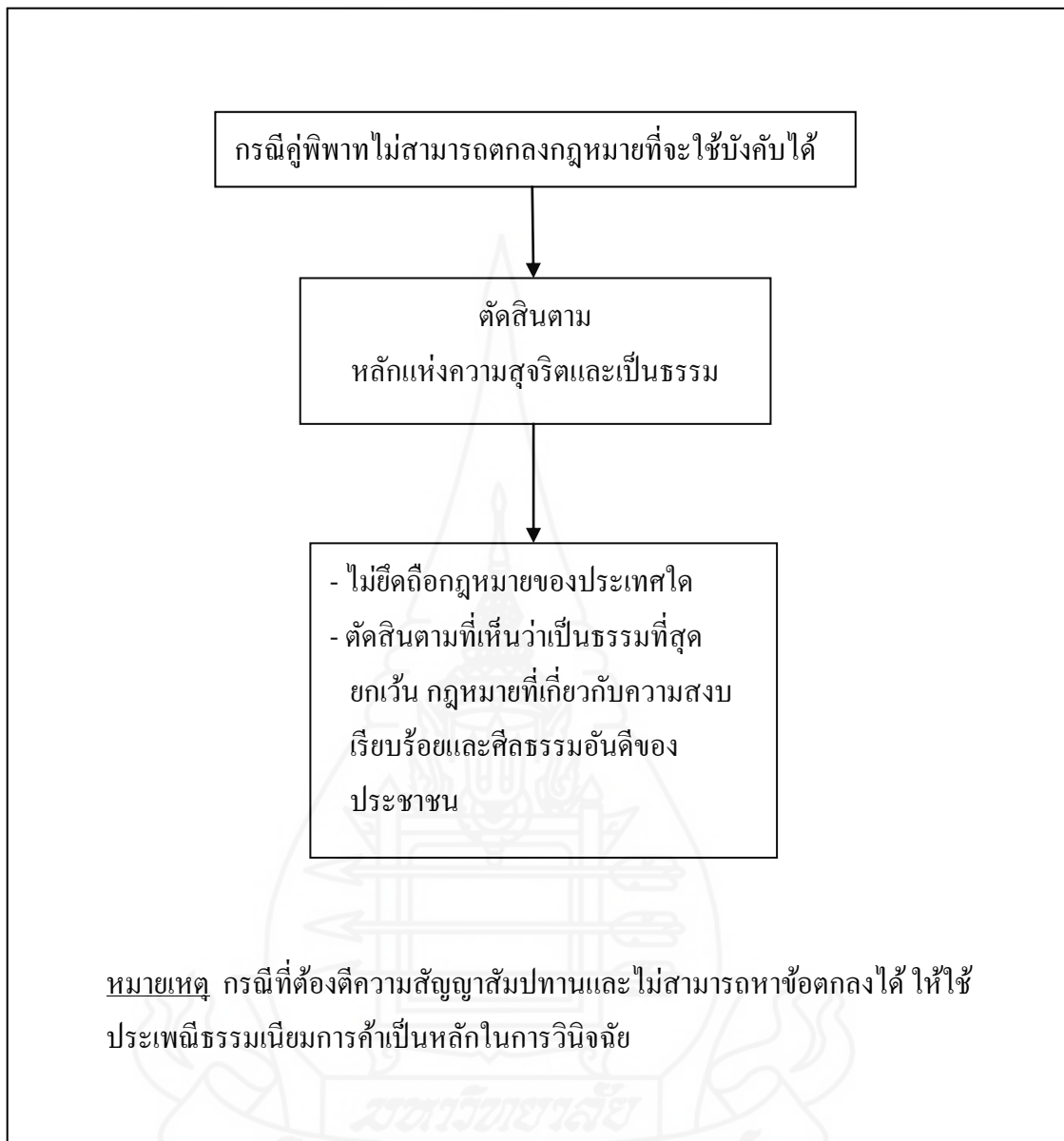
หากพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมา จะเห็นว่า กฎหมายเปิดช่องให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถถูกเพิกถอน โดยองค์กรตุลาการได้ แต่ศาลที่จะมาทำหน้าที่ตรวจสอบหรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น กฎหมายกำหนดให้อำนาจศาลในแต่ละระบบเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการในเรื่องนี้เห็นว่าไม่น่าจะถูกต้องเท่าไรนัก เนื่องจากการเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมิได้อาศัยความเชี่ยวชาญในเนื้อหาสาระแห่งคดีที่พิพาท ศาลเพียงแต่เข้ามากำกับดูแลว่า การบังคับคดีต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการพิจารณาอย่างถูกต้องและครบองค์คณะ ดังนั้น เงื่อนไขในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ จึงอาศัยแต่เพียงความรู้ความเข้าใจถึงปรัชญาของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ องค์กรตุลาการจะต้องไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาคุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมีอยู่ค่อนข้างจำกัด ซึ่งกฎหมายก็บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อการกระจายอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไปให้ศาลในแต่ละระบบเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณา โดยมีได้กำหนดวิธีพิจารณาในการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ ทำให้ศาลในแต่ละระบบนำวิธีพิจารณาในระบบศาลของตนมาใช้ ซึ่งเห็นว่าไม่น่าจะสอดคล้องกับปรัชญาของการตรวจสอบในการเพิกถอนคำชี้ขาดเท่าไรนัก ดังนั้น สมควรที่จะกำหนดวิธีพิจารณาตรวจสอบในการเพิกถอนคำชี้ขาดอย่างเป็นเอกภาพ รวมทั้งควรมีศาลเฉพาะที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ เพิกถอน หรือบังคับตามคำชี้ขาด หรือให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ การยึดหลักระบบศาลแบบคู่ขนาน เป็นผลทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการปั่นป่วน นอกจากนั้น ยังก่อให้เกิดปัญหาพิพาทอีกว่าคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ดังนั้น ระบบการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการสมควรที่จะได้รับการเสริมสร้างและพัฒนาให้เกิดความเป็นเอกภาพมากขึ้น





ภาพที่ 6.1 การบังคับใช้กฎหมายแก่สัญญาสัมปทาน

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา



ภาพที่ 6.2 กฎหมายที่บังคับใช้กรณีไม่สามารถตกลงกฎหมายที่จะใช้บังคับได้

หมายเหตุ: จากผลการศึกษา

บรรณานุกรม



## บรรณานุกรม

- กมล สนธิเกษตริณ (2521) *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* กรุงเทพมหานคร  
โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์
- กิตติชัย พิชัยเดชพงศ์ (2546) *อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็น  
เอกชนต่างชาติ* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546 หน้า
- แก้วตา จิตตวิสุทธิกุล (2543) *ผลของการบังคับใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ: ศึกษากรณีที่มีบุคคล  
หลายฝ่ายผูกพันสัญญาธุรกิจ* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (2555) “การกำหนดราคาและปริมาณผลิตของสินค้า  
เอกชนและสินค้าสาธารณะ” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 18 มีนาคม 2555 จาก  
<http://e-book-ram.edu/e-book/e/EC211/chapter13.pdf>
- คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ (2555) “ทฤษฎีสินค้าและบริการสาธารณะ” (ออนไลน์)  
ค้นคืนวันที่ 9 เมษายน 2555 จาก <http://www.econ.cmu.ac.th/fil+es/4publicgoods.doc>
- คัมภีร์ แก้วเจริญ (2540) “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยหน่วยงานภาครัฐ,”  
ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาฎีกา  
อนุญาโตตุลาการ เล่ม 2* กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม
- จุมพต สายสุนทร (2539) *กฎหมายระหว่างประเทศ* กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์เดือนตุลา
- ฉันทชัย โรจนสโรช (2552) “รัฐกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ” *วารสารอนุญาโตตุลาการ* ปีที่ 4  
ประจำปี 2552: 90-92
- ชวลิต เสวตสุด (2547) *สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณี  
ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย*  
วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ชุมพร บัจจุสานนท์ (2527) “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญา  
ระหว่างรัฐกับเอกชน” *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*  
ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2527): 68-69
- ณัฐพร บุญออก (2555) “การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่าง  
ประเทศและกฎหมายภายใน” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2555 จาก  
<http://www.learners.in.th/blogs/posts/497782>

เดือนเด่น นิคม และ เสาวลักษณ์ ชีวสิทธิยานนท์ (2551) “ระบบกำกับดูแลกิจการสาธารณูปโภคไทยมีอะไรน่าเป็นห่วง” ใน *การประชุมสัมมนาประจำปี 2551 เรื่อง ผู้การเจริญเติบโตอย่างมีคุณภาพและยั่งยืน* วันที่ 29-30 พฤศจิกายน 2551 ณ โรงแรมแอมบาสเดอร์ ซิตี้ จอมเทียน ชลบุรี สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ร่วมจัดโดย มูลนิธิชัยพัฒนา สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย

ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย (2547) “เหตุที่ไอทีวี ไม่มีสิทธิร้องขอค่าชดเชย” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 8 มิถุนายน 2554 จาก

<http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2004q1/article2004march03p4.htm>

ธวัชชัย สุวรรณพานิช (2540) “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจของตนเอง” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาฎีกา เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ* เล่ม 2 หน้า 52-53 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม

นิรันดร์ บุญจิต (2526) *การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เนติมา คงแคว์ (2555). “การระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนผ่านกระบวนการของ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Others States: ICSID” ค้นคืนวันที่ 15 พฤษภาคม 2555 จาก

<http://www.learners.in.th/blogs/posts/475822>

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (2529) “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส” *วารสารกฎหมายปกครอง* เล่ม 5 : 99

พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร (2540) *รวมข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า* กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา

\_\_\_\_\_. (2555) “การตั้งข้อสงวนที่ควรทำในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965” ค้นคืนวันที่ 4 เมษายน 2555 จาก

<http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q3/article2005sep16p2.htm>

พิเศษฐ์ คงศิลา (2548) *พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545: ศึกษาเฉพาะกรณี มาตรา 15 การระงับข้อพิพาท* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

พรพิมล บุญทวีเวช (2547) *ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



- พิศุทธิ์ อรรถกมล (2554) “บทเรียนจากคดี Walter Bau AG ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทของ  
นักลงทุนในกรุงเทพฯธุรกิจ” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 2 สิงหาคม 2554  
จาก <http://www.oknation.net/blog/attawut08/2011/08/02/entry-1>
- โกคิน พลกุล (2546) “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย” ใน *เอกสารประกอบการสัมมนา  
และการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเรื่อง “สัญญาทางปกครอง : การแลกเปลี่ยน  
ประสบการณ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล”  
วันพุธที่ 12 มีนาคม 2546*
- มูจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์ (2553) “ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการ  
ลงทุนของไทย (BITs): พันธะและนัยเชิงนโยบาย” (จุลสาร)
- มณเฑียร กุลธำรง (2549) “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ศึกษา  
เฉพาะกรณี: ความเหมาะสมในการกำหนดให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทโดย  
อนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครอง” วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนา  
ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม (เอกสารวิชาการ)
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช (2552) “แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการ  
อนุญาโตตุลาการ” ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร  
หน่วยที่ 1-8 พิมพ์ครั้งที่ 16* หน้า 396 นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช  
สาขาวิชานิติศาสตร์
- \_\_\_\_\_. (2555) “หลักสุจริต” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 4 มกราคม 2555 จาก  
<http://www.stou.ac.th/schools/slwt/upload/ex40701-1.pdf>
- ฤทัย หงส์ศิริ (2542) “การนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่  
สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย” *วารสารกฎหมายปกครอง* เล่มที่  
18 ตอนที่ 1 (เมษายน 2542) : 56
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2548) “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกรณีไอทีวีกับผลผูกพันที่มีต่อคู่สัญญา”  
(ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 8 มิถุนายน 2554  
จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=706>
- วรนนท์ ชมบุญ (2546) *การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในสัญญา  
ทางปกครองไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาก่อสร้างทางด่วน* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติ-  
ศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- วรวิทย์ กังศศิเทียม (2544) *ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาทางปกครอง  
วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง*

- สุรพล นิติไกรพจน์ (2548) “ทัศนะต่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกรณีสัญญาสัมปทาน ITV” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 8 มิถุนายน 2554  
จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=696>
- สรวิศ ลิ้มปรีงยี (ม.ป.ป.) “คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ” (ออนไลน์) ค้นคืนวันที่ 11 พฤษภาคม 2554 จาก <http://elib.coj.go.th/Article/data/arbitration1.pdf>
- อนันต์ จันทโรภากร (2537) *กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล* กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม
- อารยา กิตติเวช (2550) *สัญญาสัมปทาน: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย* คุยฎีนิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- เอกชัย อัครธีรานุภาพ (2548) *การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีรัฐเป็นคู่กรณีกับเอกชน* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Ago, (1970). *Secound Report on State Responsibility*, Document A/CN. 4/233, Y.I.L.C, vol II.
- Amerasinhe, (1969). *Studies in International Law*. Colombo: Ceylon.
- Bin Cheng, (1953). *General Principle of Law as applied by International Courts and Tribunals* London: Stevens & Sons Li. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต (2526) *การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Dacey, (1980). *A.V. Dacey & Morris on the Conflict of Laws*. London: Stevens & Sons Ltd.
- Eduardo Jimener de Arechage, (1980). *Application of the Rules of State Responsibility to the Nationlization of Foreign-Owned Property* London: Frances Pinter, New York: Nichols Pub. อ้างถึงใน นิรันดร์ บุญจิต (2526) *การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Edwin J. Cosford Jr., “The Continental Shefe and The Abu Dhabi Award”. Retrieved April 9, 2012 from : <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/1.2.Cosford.pdf>
- Francioni and Scovazzi, ed. (1991). *International Responsibility for Environmental Harm*. Great Britain: Graham and Trotman.

- F.V.Garcia Amador. (1959). "State Responsibility." *Yearbook of International Law Commission* 1958 Volume II.
- \_\_\_\_\_. (1960). "State Responsibility" *Yearbook of the International Law Commission* 1959 Volume II.
- \_\_\_\_\_. (1962). "State Responsibility" *Yearbook of The International Law Commission* 1961 volume II.
- F.V. Garcia Amador, Louis B.Sohn, R.R.Baxter, (1974). *Recent Condification of the Law of State Responsibility for injuries to Aliens* New York: Oceana, Dobbs Ferry; Leiden: Sijthoff.
- G.R.Delaume, (1983). *Transnational Contracts: Law and Practice*. Dobbs Ferry: Oceana Publications.
- Hasan S.Zakariya, (1980). *Changed Circumstances and the Continue Validity of Mineral Development Contracts* London: Frances Printer; New York: Nichols Pub.
- Jean-Flavien Lalieue, (1964). "Contracts Between a State or a State Agency and a Foreign Company Theory and Practice: Choice of Law in a New Arbitration Case." *International and Comparative Law Quarterly* 13(July 1964): 1006, 1008-1009.
- Legislation.gov.uk. (2012) "Channel Tunnel Act 1987" Retrived January 25, 2012 from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/53>
- Lord Macnair, Q.C. (1957) "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations." *British Yearbook of International: 6 and 10.*
- Nicholson, Walter. (1998). *Microeconomic Theory Basic Principles and Extension*. the United States of American: the Dryden Press.
- Roberto Ago, (1969). "State Responsibility" *Yearbook of the International Law Commission* 1967 Volume II (1969).
- Strake, (1984). *Introduction to International Law*. London: Butterworth.
- United Nation, Economic and Social Council, (1978). *Transnational Coporations in World Development, A Re-Exammination, Commision on Transnation Corporation, Forth-Session 15-26 May.*

ร่างกฎหมายสัมปทานบางส่วนเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

## กฎหมายสัมปทาน (Concession Law)

### หมวด 1 : คำนิยาม

“สัญญาสัมปทาน (Concession Contract)” หมายถึง สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน อันเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายรวมถึง รัฐ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ซึ่งเป็นสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ และหมายถึงเฉพาะสัญญาที่หน่วยงานของรัฐให้เอกชนเข้าดำเนินงานในกิจการของรัฐเท่านั้นเป็นผู้กระทำได้ เช่น กิจการสาธารณูปโภค ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 โดยอาจเป็นในรูปของการให้สัมปทาน เนื่องจากมีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทาน ทำให้สัญญานั้นเรียกชื่อว่า สัญญาสัมปทาน หรืออาจเป็นในรูปของการมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินงานแทนหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นให้อำนาจหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่ได้ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐนั้นจึงต้องมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินงานแทนหรือให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐแทนที่ในการให้สัมปทานทำให้สัญญานั้นไม่ได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน โดยอาจเรียกชื่อเป็นอย่างอื่น เช่น สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินงาน หรือสัญญาให้สิทธิในการดำเนินงานแก่เอกชน เป็นต้น

“ประโยชน์สาธารณะ” หมายความว่า ประโยชน์สำหรับประชาชนส่วนรวม หรือเป็นผลดีแก่คนทั่วไป

“กิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะ 2 ประการ คือ เป็นกิจการบริการและสาธารณูปโภคพื้นฐาน และเป็นกิจการที่โครงสร้างอุตสาหกรรมปัจจุบันหรือในอนาคตมีแนวโน้มที่จะให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการดำเนินกิจการดังกล่าวในรูปสัมปทาน ซึ่งกิจการที่มีลักษณะ 2 ประการดังกล่าว ประกอบด้วย

(1) สาขาโทรคมนาคมและสื่อสาร ได้แก่

- กิจการโทรคมนาคมดาวเทียม
- กิจการวิทยุโทรทัศน์
- กิจการไปรษณีย์

(2) สาขาประปา

(3) สาขาขนส่ง ได้แก่

- กิจการขนส่งทางบก
- กิจการขนส่งทางอากาศ
- กิจการขนส่งทางน้ำ

(4) สาขาพลังงาน ได้แก่

- กิจการไฟฟ้า
- กิจการน้ำมัน
- กิจการก๊าซธรรมชาติ

“การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ” หมายความว่า การดำเนินการของผู้รับสัมปทาน เพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมมิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้รับสัมปทานเอง เป็นต้น

## หมวด 2 : การเพิกถอนสัมปทาน

1. ผู้ให้สัมปทานภายใต้ความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี มีอำนาจเพิกถอนสัมปทาน เมื่อผู้รับสัมปทาน

- (1) ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ได้รับสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าหรือความเสียหายแก่รัฐหรือประชาชน
- (2) ไม่ปฏิบัติตามวิธีการปฏิบัติงานที่จัดเป็นเหตุให้รัฐหรือประชาชนได้รับความเดือดร้อน
- (3) ไม่ชำระผลประโยชน์ตามสัญญาสัมปทานให้แก่ผู้ให้สัมปทาน
- (4) ผ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทานว่าเป็นเหตุเพิกถอนสัมปทานได้ เช่น เมื่อการดำเนินงานตามสัญญาสัมปทานมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน หรือเมื่อผู้รับสัมปทานไม่ใส่ใจดูแลธุรกิจของตนเป็นเหตุให้ธุรกิจล้มเหลวส่งผลกระทบต่อประชาชน เป็นต้น

2. เมื่อมีเหตุที่จะเพิกถอนสัมปทานเกิดขึ้นและเหตุนั้นผู้ให้สัมปทานเห็นว่าอาจแก้ไขได้และเป็นประโยชน์ต่อรัฐหรือประชาชน ผู้ให้สัมปทานอาจแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้รับสัมปทานทราบถึงเหตุนั้นและกำหนดให้ผู้รับสัมปทานแก้ไขภายในเวลาที่เห็นสมควร ถ้าผู้รับสัมปทานไม่สามารถแก้ไขได้ภายในเวลาที่กำหนดโดยมีเหตุอันสมควร ให้ขออนุญาตขยายเวลาออกไปได้เท่าที่จำเป็นก่อนครบกำหนดเวลานั้นไม่น้อยกว่า 7 วัน ถ้าผู้ให้สัมปทานเห็นสมควรให้มีอำนาจขยายเวลาออกไปได้ไม่เกินระยะเวลาที่ผู้รับสัมปทานขอขยาย ถ้าผู้รับสัมปทานไม่แก้ไขภายในเวลาที่กำหนด



หรือไม่สามารถแก้ไขภายในเวลาที่ขยายออกไป ให้ผู้ให้สัมปทานมีคำสั่งเพิกถอนสัมปทานโดยไม่ชักช้า

ในกรณีที่มีเหตุที่จะเพิกถอนสัมปทานเกิดขึ้นและเหตุนั้น ผู้ให้สัมปทานเห็นว่าไม่อาจแก้ไขได้ ให้ผู้ให้สัมปทานมีคำสั่งให้รัฐมีคำสั่งเพิกถอนสัมปทานโดยไม่ต้องปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง

คำสั่งเพิกถอนสัมปทานให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้น 30 วัน นับแต่วันที่ผู้รับสัมปทานได้รับคำสั่ง เว้นแต่ผู้รับสัมปทานจะดำเนินการตามข้อ 3

### หมวด 3 : สิทธิพิเศษของผู้ให้สัมปทาน

3. ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ คณะรัฐมนตรีอาจมีมติดังต่อไปนี้

(1) ให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไขการใด

(2) เพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้

เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติตาม (1) ให้ผู้ให้สัมปทานแจ้งให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไขการนั้น ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่กระทำการหรือแก้ไขการนั้น ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งให้ผู้ให้สัมปทานเป็นผู้กระทำหรือแก้ไขการนั้น โดยให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติตาม (2) ให้ผู้ให้สัมปทานมีอำนาจเข้าครอบครองกิจการที่ให้สัมปทานได้ และให้ผู้ให้สัมปทานจ่ายเงินค่าทดแทน ให้แก่ผู้รับสัมปทานตามความเป็นจริงแต่ไม่เกินจำนวนเงินค่าทดแทนที่กำหนดในสัมปทาน

ในกรณีที่จะต้องจ่ายเงินค่าทดแทนตามวรรคสาม หรือในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนไว้ ให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่งเพื่อกำหนดเงินค่าทดแทนที่จะจ่ายให้แก่ผู้รับสัมปทาน ประกอบด้วยผู้แทนของผู้รับสัมปทาน ผู้แทนของผู้ให้สัมปทาน ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการประเมินราคาทรัพย์สิน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคนเป็นผู้พิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัยให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว การกำหนดเงินค่าทดแทนของคณะกรรมการอาจกำหนดค่าเสียโอกาสให้ด้วยก็ได้

### หมวด 4 : การระงับข้อพิพาท

4. ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐสั่งให้ผู้รับสัมปทานแก้ไขเหตุที่จะสั่งให้เพิกถอนสัมปทานตามข้อ 1 หรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามสัมปทานหรือไม่เกิดขึ้น ในชั้นแรกให้คู่กรณีพยายามหาทางตกลงกันด้วยดี ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามวิธีการดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการให้ คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกัน แต่งตั้งผู้ชี้ขาดหนึ่งคน

(2) ให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแจ้งชื่ออนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ทราบภายใน 60 วัน นับแต่วันที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หาก คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แจ้งชื่ออนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาดังกล่าว คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจ ร้องขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายแรก

(3) ให้อนุญาโตตุลาการแต่งตั้งผู้ชี้ขาดภายใน 60 วัน นับแต่วันที่แต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการครบ 2 คนแล้ว ถ้าอนุญาโตตุลาการไม่แต่งตั้งหรือไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งผู้ชี้ ขาดภายในกำหนดเวลาดังกล่าว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายอาจร้องขอให้ศาลที่มีเขต อำนาจแต่งตั้งผู้ชี้ขาดแทน

(4) ถ้าอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดถึงแก่กรรม ลาออก ปฏิเสธ หรือ ไม่สามารถที่จะ ทำการก่อนที่จะให้คำวินิจฉัย ให้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้ใน (2) หรือ (3) แล้วแต่กรณี

(5) ค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายใด ให้คู่กรณีฝ่ายนั้นทรงจ่าย ไปก่อนไม่ว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นจะเป็นผู้แต่งตั้งหรือไม่ ส่วนค่าใช้จ่ายของผู้ชี้ขาดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทรงจ่ายไปฝ่ายละเท่าๆ กันก่อนด้วย

(6) สถานที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นกรุงเทพมหานคร ประเทศไทย เว้นแต่กรณีทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

(7) ผู้ชี้ขาดพึงกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ ดังนี้ กรณีที่ข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยเกี่ยวพันกันหลายประเทศ หาก คู่สัญญาได้กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานไว้โดยเฉพาะว่าจะให้เป็นไปตาม บทบัญญัติของกฎหมายประเทศใด ให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดตามบทบัญญัติของประเทศ นั้น กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกำหนดไว้นั้นให้หมายถึง “กฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law)” ของประเทศนั้น มิใช่หมายถึง “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws)” ของ ประเทศที่กำหนดไว้

กรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานไว้ โดยเฉพาะและกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีความ แตกต่างกันในสาระสำคัญอันจะทำให้ผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไป ให้ อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไปตามกฎหมายไทย โดยให้เป็นดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการที่จะเลือก กฎหมายที่เหมาะสมมาปรับใช้กับข้อพิพาท

หากกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องพิพาทแตกต่างกับกฎหมายของประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจจะทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดมีความแตกต่างกันได้ หากใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ ให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ตามหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) อย่างไม่อย่างหนึ่งตาม 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก คือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เป็นที่ตั้งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ

แนวทางที่สอง คือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องพิพาทมากที่สุด

(8) ในการให้คำวินิจฉัย อนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี จะต้องวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมายไทย และคำนึงถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะพืงนำมาใช้บังคับด้วย และให้กำหนดจำนวนเงินค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาดที่จะให้คู่กรณีฝ่ายใดเป็นผู้เสียแต่ฝ่ายเดียว หรือ ให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นผู้เสียตามส่วนที่เห็นสมควรไว้ในคำวินิจฉัยด้วย

(9) คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการหรือคำวินิจฉัยของผู้ชี้ขาดในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความเห็นแตกต่างกัน ให้เป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

(10) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง มิให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

ข้อพิพาทที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง ได้แก่ ข้อพิพาทซึ่งเมื่อผู้รับสัมปทานกระทำ หรือไม่กระทำการในการจัดทำกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้นๆ แล้วไปกระทบสิทธิของประชาชนซึ่งเป็นผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคนั้นโดยตรง ข้อพิพาทดังกล่าวให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

(11) ข้อพิพาทที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มิให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

(12) เรื่องดังต่อไปนี้ มิให้บังคับโดยอนุญาโตตุลาการ

(ก) ความผิดทางอาญาที่เกิดจากการดำเนินงานตามสัญญาสัมปทาน  
(ข) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินงานตามสัมปทานที่ผู้รับสัมปทานได้ยื่นฟ้องต่อศาลไทยแล้ว

(ค) ข้อพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยหรือคำสั่งที่ให้เป็นที่สุดท้ายตามสัญญาสัมปทาน

ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่กำหนด ให้รัฐมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิหรือประโยชน์ทั้งหมดหรือบางส่วนหรือเพิกถอนสัมปทานได้



ภาคผนวก





## ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	นายพัฒนชัย แสนกล้า
วัน เดือน ปีเกิด	4 ธันวาคม 2510
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดนนทบุรี
ประวัติการศึกษา	น.บ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ.2550 ศ.ม. มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ พ.ศ.2548 วท.บ.(เศรษฐศาสตร์เกษตร) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ พ.ศ.2532
สถานที่ทำงาน	ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย
ตำแหน่ง	เจ้าหน้าที่วิเคราะห์สินเชื่อ

