

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ผลผูกพันเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
ของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นต่อประเทศไทย

ในการศึกษาบทต่อไปนี ผู้เขียนจะขอทำการศึกษาว่าในส่วนของประเทศไทยนั้น ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการเข้าร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้มากน้อยเพียงไร พร้อมทั้งวิเคราะห์เกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในภายหลัง หากว่าประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนี้โดยสมบูรณ์แล้ว ทั้งในส่วนของลักษณะของข้อพิพาทที่หากมีเกิดขึ้นแล้ว รัฐบาลไทยจะต้องยอมให้นำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ มากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะในส่วนของที่จะต้องพิจารณาให้สามารถทราบได้ว่าขอบอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาททางการลงทุนที่มีภาคีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นๆ ซึ่งได้ถูกกำหนดขึ้นโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้จะถือเป็นการซ้อนทับหรือไม่ประการใดกับเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งเป็นองค์ภายในของรัฐที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาททางปกครองซึ่งก็เป็นข้อพิพาทที่มีสาเหตุมาจากการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะเมื่อจะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาในประเทศไทยในช่วงระยะเวลาอันใกล้นี้ การศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้เพื่อการอธิบายเรื่องขอบอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทที่มีรัฐเป็นคู่กรณีอยู่ด้วยดังกล่าว ผู้เขียนจะขอยกเอาแนวความคิดเรื่องกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาใช้เป็นหลักเพื่อการพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่กำลังจะมีขึ้นในประเทศไทย การที่ผู้เขียนเลือกที่จะนำหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ นั้น ก็เนื่องจากหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายที่ได้สร้างกฎเกณฑ์สำหรับการแบ่งแยกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ที่มีฝ่ายปกครองเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยให้แยกออกมาเป็นเอกเทศจากกฎหมายที่บังคับใช้ระหว่างเอกชนทั่วไป โดยมีศาลปกครองเข้ามาทำหน้าที่เป็นองค์กรในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดยเฉพาะ

นอกจากนั้น เมื่อได้ศึกษาถึงขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ กับขอบอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามหลักกฎหมายมหาชนแล้ว ผู้เขียนยังจะได้ทำการศึกษาไปถึงกรณีที่หากประเทศไทยจะดำเนินการในการให้สัตยาบันหรือแสดงความจำนงในการเข้าผูกพันต่ออนุสัญญาโดยสมบูรณ์แล้ว จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อการอนุวัติตามอนุสัญญาฉบับนี้อย่างไร และจะเป็นการจำเป็นหรือไม่เพียงไรที่ประเทศไทยจะต้องยินยอมเข้าผูกพันโดยมีการตั้งเงื่อนไขเป็นการตั้งข้อสงวนตามที่บัญญัติในมาตรา 25(4) แห่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้

อนึ่งในตอนต้นนี้ผู้เขียนจะขอศึกษาถึงประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทที่มีรัฐหรือฝ่ายปกครองเข้ามาเป็นคู่กรณี และแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐที่จะต้องมีต่อการกระทำของตน หากว่าการกระทำอย่างใดๆ ของรัฐอธิปไตยนั้นได้ส่งผลกระทบต่อเอกชน

1. การกระทำของรัฐ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทข้างต้นถึงองค์ประกอบของการเป็นรัฐว่า องค์ประกอบประการหนึ่งที่สำคัญสำหรับการที่จะพิจารณาว่ารัฐใดจะมีสถานะในทางกฎหมายระหว่างประเทศเช่นไรนั้นคือ การที่จะต้องพิจารณาว่ารัฐฯ นั้นมีรัฐบาลของตนที่สามารถทำหน้าที่บริหารงานราชการแผ่นดินหรือไม่ ซึ่งการใช้อำนาจของรัฐบาลเพื่อการบริหารงานรัฐนั้นเป็นการกระทำที่มีขอบเขตที่กว้างขวางมาก หากจะพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำของรัฐที่จัดว่าเป็นการกระทำทางบริหารแล้ว ก็อาจกล่าวได้ว่าการกระทำของรัฐนั้นเป็นการกระทำที่ครอบคลุมไปใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การกระทำทางรัฐบาล (Government) และ การกระทำทางปกครอง (Administrative) (สมยศ เชื้อไทย; หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, 2536, หน้า 195)

- ก. การกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำหรือเป็นอำนาจหน้าที่ที่รัฐบาลจะต้องดำเนินการเพื่อการดำรงความปลอดภัย ความมั่นคง และความเจริญก้าวหน้าของประเทศ เป็นต้นว่าการประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา การริเริ่มนโยบายในการบริหารประเทศ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ ตลอดจนหน้าที่ในการออกกฎหมายลำดับรอง เป็นต้น ซึ่งกิจการเหล่านี้เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองในการวางนโยบายและการบริหารประเทศเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐซึ่งรัฐบาลเองจะต้องคอยควบคุมกำกับให้หน่วยงานราชการต่างๆ ของรัฐบาลให้ปฏิบัติงานเป็นไปตามนโยบายที่วางไว้ด้วย การกระทำตามหน้าที่ประการนี้จึงเป็นสิ่งที่รัฐบาลของรัฐนั้นๆ จะต้องดำเนินการเองโดยแท้ ไม่อาจมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนรับไปดำเนินการแทนได้
- ข. การกระทำทางปกครอง การกระทำลักษณะนี้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐในการจัดการด้านการบริการสาธารณะ (Public Service) เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนภายในรัฐ การจัดทำบริการสาธารณะนั้นนอกจากที่รัฐจะต้องดูแลด้านความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนแล้วรัฐยังจะต้องดำเนินการด้านสาธารณสุข ภารณูปการ สาธารณูปการ สาธารณสุข การสังคมสงเคราะห์ การศึกษาและวัฒนธรรมของประชาชน รวมตลอดไปถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีผลต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน (Public Interest) อีกด้วยการกระทำทางปกครองเพื่อการบริหารงานบริการสาธารณะนี้ รัฐบาลสามารถดำเนินการโดยอาศัยกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานราชการย่อยต่างๆ ของรัฐบาลเอง หรืออาจให้

เอกชนเข้ามาเป็นผู้รับไปดำเนินการโดยรัฐบาลจะคอยให้การสนับสนุนเพื่อให้กิจกรรมดังกล่าวสามารถสำเร็จลุล่วงไปได้

การกระทำในทางปกครองของรัฐนั้นสามารถแบ่งออกได้ในสองลักษณะคือในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Administrative Juristic Act) ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่มุ่งจะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน และในอีกลักษณะหนึ่งเป็นลักษณะของการปฏิบัติการ (Administrative Real Act) ซึ่งเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพของรัฐเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย เป็นต้นว่าการปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน การกระทำของรัฐในลักษณะของการปฏิบัติการนี้ แตกต่างจากการกระทำของรัฐที่เป็นนิติกรรมดังเช่นในลักษณะแรก เพราะการกระทำที่เป็นนิติกรรมอาจเป็นเพียงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐที่ปรากฏออกมาเป็นข้อกำหนดหรือคำสั่งในการบริหารงานโดยทั่วๆ ไปของส่วนราชการหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐหรืออาจเป็นนิติกรรมที่รัฐได้เข้าผูกพันในทางนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอก โดยมีการแลกเปลี่ยนเจตนาและกำหนดสิทธิหน้าที่จากนิติกรรมที่กระทำนั้นจนเกิดเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ร่วมทำนิติกรรมอีกฝ่ายซึ่งทำคำเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกัน และเมื่อเจตนาถูกต้องตรงกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น ในทางกฎหมายมหาชนก็คือสัญญาทางปกครอง (ลมยศ เชื้อไทย; หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, 2536, หน้า 203)

2. ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายในเรื่องของ "สัญญา" (Contract) ตามกฎหมายแพ่งทั่วไปนั้น "สัญญา" ถือเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองระหว่างคู่สัญญานั้นๆ ต้องตรงกันสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย และอยู่ภายใต้หลัก Freedom of Contract ที่คู่สัญญาต่างก็มีเสรีภาพที่จะเลือกทำสัญญาแบบใดก็ได้หากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาส่งผลทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต่อกันและกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกสัญญาโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ตอบตกลงยินยอมด้วยมิได้ แต่สำหรับในกรณีของ "สัญญาทางปกครอง" นั้นเป็นเรื่องที่มีที่มาจากภาษาฝรั่งเศสว่า "Contract administratifs" โดยสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาซึ่งมีนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็น รัฐองค์กรปกครองท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชนอื่นๆ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เฉพาะในเรื่องที่ได้รับมอบหมายจากรัฐให้มาเข้าทำสัญญาโดยมีสถานะเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาของนิติบุคคลมหาชนนั้นอาจเป็นคู่สัญญาที่มีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกันคือเป็นนิติบุคคลมหาชนเช่นเดียวกัน หรืออาจเป็นคู่สัญญาที่มีฐานะทางกฎหมายต่ำกว่า นั่นคือเป็นเพียงเอกชนธรรมดาเท่านั้นก็ได้ ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นจะถือว่า กรณีที่องค์กรมหาชนได้ทำสัญญาเพื่อจัดทำ

บริการสาธารณะ (Public Service) เพื่อประโยชน์ของสาธารณะชนหมู่มากกับเอกชน จะเป็นไปโดยให้สัมปทานที่ดี โดยการร่วมทุนก็ดีนั้น จะถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ; ศาลปกครอง กฎหมายปกครอง และตัวอย่างสัญญาทางด่วน, เอกสารประกอบของคณะกรรมการประชาสัมพันธ์งานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 22-23) การที่ประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้สามารถแยกตัวออกมาจากกรณีของสัญญาทางแพ่งนี้ กฎหมายฝรั่งเศสนั้นก็ถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมลักษณะหนึ่งในทางสัญญาของฝ่ายปกครอง (Contract de l' administration) ที่โดยสภาพแห่งสัญญาแล้วจะต้องบังคับกันตามกฎหมายมหาชน และได้ทำการพิจารณาคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาจากสัญญาทางปกครองในศาลปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสนี้จะมีความแตกต่างจากกรณีของ "สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง" (Contract Prive de l' administration) หรือที่เรียกว่าสัญญาของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำขึ้นโดยเป็นไปตามกฎหมายเอกชน เพราะสัญญาของฝ่ายปกครองในลักษณะประการหลังนี้จะทำการพิจารณาคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาลยุติธรรมที่ใช้สำหรับการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างเอกชนดังเช่นกรณีปกติธรรมดาทั่วไปเท่านั้น การที่ประเทศฝรั่งเศสได้มีหลักกฎหมายในแบ่งแยก "สัญญาทางปกครอง" กับ "สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง" นั้นจึงถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากในทางปฏิบัติ ทั้งนี้เพราะเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในสัญญาประเภทนั้นๆ แล้วกระบวนการเยียวยาข้อพิพาทจะกระทำในศาลที่ต่างกัน และหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณานั้นก็เป็นคนละกรณีกันอีกด้วย ซึ่งเกณฑ์ในการแบ่งแยกลักษณะของสัญญาของฝ่ายปกครองว่าเรื่องใดจะถือเป็น "สัญญาทางปกครอง" และเรื่องใดจะถือว่าเป็น "สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง" ได้นั้น Conseil d' Etat และ Le Tribunal des Conflicts หรือที่เรียกว่าศาลเพื่อการชี้ขาดเขตอำนาจศาลของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาไว้ว่า กรณีที่จะถือเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าสัญญาดังกล่าวประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญดังต่อไปนี้

1. ต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ หากสัญญาใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นบุคคลเอกชนด้วยกัน สัญญานั้นก็ไม่อาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, มานิตย์ วงศ์เสรี : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541, หน้า 59)
2. วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการให้บริการหรืองานที่เกี่ยวข้องกับงานด้านสาธารณะ (Le service public administratifs) การที่จะถือว่า กิจกรรมใดเป็น "กิจกรรมสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง" หรือไม่นั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่สำคัญ คือ กิจกรรมนั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องตามสมควรกับนิติบุคคลมหาชน ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องโดยตรงหรือโดยอ้อม

และยังจะต้องเป็นกิจกรรมที่ได้กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่มุ่งเน้นประโยชน์ของประชาชนเป็นหลัก โดยจะต้องมิใช่เป็นแต่เพียง “บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม” (services publics industriels et commerciaux) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการดำเนินงานคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนเท่านั้น

3. มักจะมีข้อความในสัญญาที่ไม่ค่อยจะพบในสัญญาทางแพ่งธรรมดา กล่าวคือจะมีการกำหนดข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกันภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ระหว่างเอกชนโดยทั่วไป ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวจะมีลักษณะพิเศษที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (ชาญชัย แสวงศักดิ์, มานิตย์ วงศ์เสรี : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541, หน้า 51) เป็นต้นว่ามีข้อกำหนดในการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมากกว่าปกติ หรือที่เรียกว่า Clause of Exorbitant เช่นการกำหนดให้รัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวที่มีอำนาจในการแก้ไขข้อตกลงหรือสามารถยกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนคู่สัญญาอีกฝ่าย เป็นต้น (ไชยวัฒน์ นูนาค, เขาวรัตน์ กุลลาบเพชรทอง ; สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน, วารสารบทบัณฑิตย์, มิถุนายน 2533, หน้า 59)

ส่วนการที่จะพิจารณาว่ากรณีใดจะถือเป็น “สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปในลักษณะทางแพ่ง” ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็ต้องใช้กฎหมายเอกชนเข้าบังคับและจะต้องส่งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าวให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีนั้น มีเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้เพื่อการพิจารณาได้ดังนี้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, มานิตย์ วงศ์เสรี : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541, หน้า 94)

1. การเป็น “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” โดยเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้กำหนดเอาไว้เลยว่า ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นกรณีที่ให้ฝ่ายปกครองทำเป็นสัญญาทางแพ่ง หรืออาจเป็นการกำหนดไว้โดยอ้อมว่าเมื่อมีข้อพิพาทตามสัญญานั้นเกิดขึ้นแล้ว ให้ถือเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมในการเข้ามามีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี
2. การมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยสามารถพิจารณาได้จากข้อความที่ปรากฏอยู่ในสัญญาเอง หรือจากลักษณะของกิจการที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการอยู่ การพิจารณาในกรณีนี้มาจากหลักที่ว่าสัญญาทางปกครองนั้นนอกจากที่จะต้องคู่สัญญาเป็นฝ่ายปกครองแล้ว ยังจะต้องมีสาระในสัญญาที่เป็นการกำหนดให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีข้อความที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง จากการที่กำหนดเอกสิทธิ์

ทางอำนาจมหาชนให้แก่ฝ่ายปกครอง การที่จะพิจารณาว่ากรณีใดที่จะถือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้นจึงจะต้องนำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้พิจารณาไปในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ

ก.) การพิจารณาจากเนื้อหาหรือข้อความที่ปรากฏในสัญญา

ในกรณีที่เนื้อหาของสาระของสัญญานั้นไม่ได้เป็นการกำหนดให้เอกชนสามารถดำเนินการในการให้บริการสาธารณะได้โดยตรง และสัญญาก็มิได้มีข้อความใดที่จะแสดงถึงเอกสิทธิ์ทางอำนาจมหาชนของรัฐไว้ หรือมิได้มีการบัญญัติ Clause of Exorbitant ไว้แล้ว ในกรณีเช่นนี้ก็อาจตีความได้ว่า ฝ่ายปกครองมีเจตนาที่ประสงค์จะเลือกใช้สัญญาทางแพ่ง ฝ่ายปกครองที่ได้ทำสัญญาในลักษณะนี้จึงอาจอยู่ในฐานะแห่งการเป็นบุคคลทางแพ่งที่อาจต้องถูกสัญญาที่ตนได้กระทำขึ้นในทางแพ่งนั้นบังคับเขาได้ ซึ่งการบังคับตามสัญญานี้ จะเป็นไปภายใต้กรอบของกฎหมายแพ่งและได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลยุติธรรม (T.C., 1er fevrier 1873, Blanco, Gr Ar , หน้า 5) อย่างไรก็ตามหากในทางข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญานั้นเป็นการกำหนดให้เอกชนเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการทางบริการสาธารณะได้โดยตรงแล้ว แม้สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไว้จะมีข้อความที่กำหนดให้ข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวเป็นเรื่องในทางแพ่งหรือให้ขึ้นศาลยุติธรรมก็ตาม ก็จะไม่ส่งผลแปรเปลี่ยนที่ทำให้สัญญาเรื่องดังกล่าวนั้นกลายเป็นสัญญาทางแพ่งไปได้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, มานิตย์ วงศ์เสรี : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541, หน้า 100) ทั้งนี้เพราะโดยสภาพแห่งสัญญาเรื่องดังกล่าวถือเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขแห่งการเป็นสัญญาทางปกครองที่ต้องใช้กฎหมายปกครองบังคับแล้ว (C.E., 25 oct 1961, Geronimi, หน้า 592) ซึ่งหลักเกณฑ์ประการนี้สามารถทำให้เข้าใจได้ว่า ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสนั้น หากสัญญาที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐได้กระทำขึ้นกับเอกชนเรื่องใด เป็นไปโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่เป็นการกำหนดให้เอกชนสามารถเข้ามาดำเนินการในการให้บริการสาธารณะได้โดยตรงแล้ว ในบางครั้งรัฐก็สามารถที่จะสละเอกสิทธิ์ในอำนาจทางกฎหมายมหาชนของตนลงมาเพื่อทำสัญญาทางแพ่งกับเอกชนได้

ข.) การพิจารณาจากลักษณะของกิจการที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการอยู่

ข้อยกเว้นประการหนึ่งที่ทำให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐได้กระทำขึ้นกับเอกชนนั้นแม้จะได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะไว้แล้วก็ตาม ก็ยังคงมีผลให้สัญญาดังกล่าวสามารถเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ เมื่อ

เป็นกรณีที่สัญญาตามปกติแล้วหน่วยงานของรัฐนั้นๆ จะมีหน้าที่ในการดำเนินการเพื่อการให้บริการสาธารณะในทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วภาคเอกชนเองก็สามารถที่จะดำเนินการได้ อีกทั้งลักษณะของกิจการก็คล้ายกับการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชนที่มุ่งเน้นในการประกอบการไปในเชิงการค้าเพื่อให้สามารถมีรายได้ที่จะนำมาเลี้ยงองค์กรของตนเองได้โดยไม่ต้องใช้งบประมาณแผ่นดินแล้ว หากการให้บริการสาธารณะขององค์กรของรัฐในลักษณะตามที่กล่าวมานี้ได้ปรากฏว่าองค์กรของรัฐนั้นๆ ได้เข้าทำสัญญากับเอกชนโดยมีลักษณะที่เป็นการมอบหมายให้เอกชนคู่สัญญาเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการเพื่อการให้บริการสาธารณะในทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม หรือให้เข้ามาดำเนินการประกอบการค้าเช่นนั้นแทนองค์กรของรัฐแล้ว ในกรณีเช่นนี้แม้ว่าวัตถุประสงค์ในการจัดทำสัญญาจะมีส่วนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐก็ตาม ก็จะต้องถือว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะมีผลทำให้ข้อพิพาทใดๆ ที่มีประเด็นมาจากสัญญาการบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเช่นนั้น ไม่ว่าจะ เป็นกิจการขนส่งมวลชน การไฟฟ้า หรือการประปา ก็สามารถที่จะกำหนดให้นำเอากฎหมายแพ่งมาใช้บังคับแก่สัญญานั้นๆ ได้ ทั้งนี้เว้นแต่ในกรณีที่สัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการกำหนดให้เอกชนเข้ามาดำเนินการบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมได้ "โดยตรง" หรือ ได้ปรากฏว่ามีการบัญญัติข้อความที่รับรองถึงสิทธิทางอำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาด้วยแล้ว ในกรณีเช่นนี้ ย่อมทำให้สัญญาการให้บริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะต้องกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, มานิตย์ วงศ์เสรี : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541, หน้า 96)

สำหรับกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ทำสัญญาให้เช่าหรือให้เอกชนเช่าหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ฝ่ายปกครองเข้าไปมีกรรมสิทธิ์เหนือในลักษณะที่เหมือนกับสภาพแห่งกรรมสิทธิ์ของเอกชน กล่าวคืออสังหาริมทรัพย์ของฝ่ายปกครองนั้นมิใช่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (domaine public) เพราะเป็นแต่เพียงทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา (domaine prive) เท่านั้น ลักษณะของกิจการที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปตามสัญญากับเอกชนเช่นนี้ ก็มักจะใช้กฎหมายเอกชนมาบังคับเหมือนกับในกรณีสัญญาเช่าระหว่างเอกชน (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ : สัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 5 พ.ศ. 2529, หน้า 113) และก็เช่นเดียวกับกรณีแรกซึ่งหากสัญญานั้นๆ ได้มีข้อความรับรองสิทธิทางอำนาจมหาชนของฝ่ายปกครอง

ครองไว้เป็นพิเศษในสัญญาแล้ว ก็จะถือว่าสัญญาเรื่องนั้นๆ เป็นสัญญาทางปกครองซึ่งจะต้องใช้กฎหมายปกครองมาบังคับใช้กับสัญญาดังกล่าวด้วย

และเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ตามข้างต้นแล้วจะพบว่าสัญญาทางปกครองมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาแพ่งทั่วไป เพราะสัญญาทางปกครองยึดถือตามทฤษฎีอำนาจมหาชน (ไชยวัฒน์ บุนนาค, เยาวรัตน์ กุหลาบเพชรทอง : สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน, วารสารบทบาทนิติศาสตร์, มิถุนายน 2533, หน้า 65) โดยมีหลักการว่ารัฐจะมีหน้าที่ป้องกันรักษาและจัดการประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) การกระทำหน้าที่ของรัฐเพื่อการดังกล่าวเมื่อต้องเข้ามาเกี่ยวเนื่องและสัมพันธ์กับเอกชน รัฐจึงอยู่ในฐานะที่มีสิทธิเหนือกว่าเอกชนเนื่องจากรัฐสามารถอ้างถึงอำนาจในการคุ้มครองและจัดการประโยชน์สาธารณะของตนมาบังคับให้มีการบังคับตามสัญญาได้โดยเด็ดขาด สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับรัฐจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างกันทางด้านสิทธิของคู่สัญญา ซึ่งต่างจากหลักในการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทั่วไปที่จะถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความเสมอภาคและมีเสรีภาพในการทำสัญญาตราบใดที่ความตกลงกันเช่นนั้นของเอกชนจะไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไป อย่างไรก็ตามในความสัมพันธ์บางลักษณะที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนก็อาจมีในบางกรณีที่สัญญาเช่นนั้นค่อนข้างจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับกิจกรรมทางเอกชน กล่าวคือเป็นกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมซึ่งรัฐจำเป็นจะต้องอาศัยความร่วมมือจากเอกชนในการเข้ามาจัดการให้กิจกรรมดังกล่าวนั้นๆสามารถบรรลุผลสำเร็จไปได้โดยที่การดำเนินการดังกล่าวก็ยังคงตั้งอยู่บนวัตถุประสงค์ของการเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะอยู่ดี ดังนั้นจึงอาจสามารถกล่าวได้ว่าเรื่องใดจะถือเป็นสัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) ได้นั้นจะต้องปรากฏว่ามี 2 ลักษณะซ้อนกันอยู่คือ

ลักษณะแรกมีความเป็นสัญญาที่อาศัยความสมัครใจของรัฐและเอกชนเข้าผูกพันกันและโดยหลักเมื่อเข้าผูกพันกันแล้วก็ต้องเคารพสัญญาเว้นแต่จะเลิกสัญญาหรือมีการแก้ไขสัญญาในภายหลัง และในลักษณะที่สองก็คือสัญญานี้ไม่ใช่สัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญาแพ่งและพาณิชย์ทั่วๆ ไปที่มุ่งเน้นกำไรมาแบ่งปันกันส่วนบุคคลแต่เป็นสัญญาที่มีประโยชน์สาธารณะของคนหมู่มากในสังคมเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งนั่นก็คือสัญญาร่วมทุนทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของคนส่วนรวมอันเป็นประโยชน์สาธารณะ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ; ศาลปกครองกฎหมายปกครอง และตัวอย่างสัญญาทางด่วน, เอกสารประกอบของคณะทำงานประชาสัมพันธงานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 22-23) อย่างไรก็ตามแม้จะยอมรับกันโดยทั่วไปว่ารัฐมีความสามารถในการใช้จัดการประโยชน์สาธารณะและมีสถานะในการทำสัญญาที่เหนือกว่าเอกชน แต่การใช้อำนาจดังกล่าวของรัฐก็ต้องดำเนินไปอย่างมีขอบเขตกล่าวคือการกระทำของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้ "หลักนิติธรรม" หรือ Rule of Law ซึ่งตามหลักนี้รัฐจะกระทำการอย่างใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อัน

ขอบธรรมของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเป็นไปตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แม้ว่ากรกระทำดังกล่าวของรัฐจะเป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่นหรือเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม (H.W.R. WADE; Administrative Law, Fourth Edition, Oxford 1980, หน้า 23-24)

3. การเยียวยาข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครอง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม ซึ่งตามหลักนิติธรรมนี้ ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใด ๆ ที่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน โดยปราศจากกฎหมายรองรับมิได้และหากฝ่ายปกครองได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อเอกชนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วฝ่ายปกครองจะต้องเยียวยาความเสียหายนั้นด้วยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้เอกชนรายนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิม และในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองของรัฐนั้นๆ ย่อมไม่มีผลบังคับใช้แก่เอกชนได้แต่ประการใด (วรพจน์ วิศวตพิชญ์; ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง, เอกสารประกอบของคณะกรรมการประสานงานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 4)

การควบคุมให้การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นไปตามหลักนิติธรรมนั้นสามารถดำเนินการได้โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง โดยผู้ใช้อำนาจปกครองที่อยู่ในตำแหน่งที่สูงกว่าจะเป็นผู้ใช้ อำนาจควบคุมบังคับบัญชาและกำกับดูแลให้ผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำการทางปกครอง ให้มีความเหมาะสมและเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนด หรืออาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมโดยองค์กรนิติบัญญัติของรัฐโดยผ่านทางรัฐสภา หรือการควบคุมโดยองค์กรตุลาการโดยผ่านทางศาลยุติธรรม

การควบคุมดูแลการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้เอกชนซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองกรณีใดที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนโดยเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งรัฐผู้ใช้อำนาจปกครองนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เอกชนได้รับ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันแนวคิดในการให้ศาลเป็นผู้เข้ามาควบคุมดูแลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารนี้มีการนำไปใช้ในรูปแบบที่ต่างกันออกไปเป็น 2 ระบบคือ

1. ระบบศาลเดี่ยว

ระบบนี้เป็นระบบที่ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law เช่นอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และประเทศส่วนใหญ่ที่อยู่ในเครือจักรภพอังกฤษ เช่น ออสเตรเลีย แคนาดา

เป็นต้น โดยในประเทศเหล่านี้จะให้ศาลยุติธรรมซึ่งพิจารณาคดีแพ่งตามปกติอยู่แล้ว เป็นผู้พิจารณาคดีที่เอกชนฟ้องร้องรัฐเป็นจำเลยทำนองเดียวกับการพิจารณาคดีทางสัญญา ระหว่างเอกชนกับเอกชนภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป แนวความคิดนี้เห็นว่า คดีปกครองที่มีรัฐเป็นคู่กรณีอยู่นั้นมิได้มีความแตกต่างไปจากคดีข้อพิพาทในทางแพ่ง อาญา หรือคดีอื่นๆ แต่ประการใด (สมคิด เลิศไพฑูรย์: การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ศาลปกครอง, 2538, หน้า 67) ดังนั้นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลางหรือส่วนท้องถิ่นหรือเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีขึ้นกับเอกชนก็สามารถนำข้อพิพาทนั้นเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมทั่วไป โดยไม่มีการแยกเป็นระบบศาลพิเศษออกไป ในระบบกฎหมายนี้จึงไม่มีการบัญญัติกฎหมายพิเศษออกมาใช้เป็นการเฉพาะ สำหรับการพิจารณาข้อพิพาทจากสัญญาทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน โดยกฎหมายที่สามารถจะนำมาปรับใช้สำหรับการพิจารณาคดีทางปกครองในประเทศ Common Law นั้นก็เช่น Crown Proceeding Act 1947 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้วางหลักว่า รัฐหรือฝ่ายปกครองอาจถูกฟ้องได้ในศาลยุติธรรมเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติกันอยู่ระหว่างภาคเอกชนกับเอกชน แม้กฎหมายดังกล่าวจะได้มีการกำหนดเงื่อนไขพิเศษบางประการในการพิจารณาคดีของศาลให้มีความแตกต่างไปจากกระบวนการเยียวยาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน เช่นการกำหนดให้ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งเพื่อให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงต่อรัฐ (specific performance) การที่ศาลจะไม่สามารถออกคำสั่งห้ามการกระทำ (injunction) ให้รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม ตามกฎหมายนี้ศาลยุติธรรมจะสามารถกระทำได้ก็เพียงแต่การพิจารณาเพื่อการมีคำพิพากษาแสดงการมีอยู่ของสิทธิต่างๆ (declaration) ว่ามีอยู่เช่นไร โดยศาลอาจจะมีคำพิพากษา กำหนดค่าเสียหายในคดีนั้นๆ ได้ แต่ศาลก็ไม่สามารถที่จะมีคำสั่งบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องจ่ายเงินค่าเสียหาย หรือมีคำสั่งในการยึด หรืออายัดหรือบังคับขายทอดตลาดทรัพย์สินของแผ่นดินที่อยู่ในความดูแลของฝ่ายปกครองได้แต่อย่างใด เพราะอำนาจดังกล่าวถือเป็นอำนาจของรัฐสภา (ชาญชัย แสงศักดิ์, มานิตย์ วงศ์เสรี : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541, หน้า 139) ส่วนหลักกฎหมายที่ศาลยุติธรรมจะนำมาปรับใช้สำหรับการพิจารณาคดีที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีอยู่ด้วยนั้นก็เริ่มต้นว่า

- ก. หลัก Doctrine of Ultra Vires หลักนี้ถือว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจก็เฉพาะแต่ตามขอบเขตของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น (Statutory Power) การที่จะพิจารณาว่าฝ่ายปกครองดำเนินการเกินกว่าขอบอำนาจที่ได้มีการนิติบัญญัติไว้หรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่ศาลจะเข้ามาใช้ดุลยพินิจพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป (H.W.R. Wade, Administrative Law, 3rd ed., Butterworths, London, 1983, หน้า 38)

ข. หลัก Fetters on Discretion หลักการนี้ถือว่าฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะทำสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นการจำกัดการใช้ดุลยพินิจตามที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ การทำสัญญาที่เป็นการผูกมัดให้รัฐละการใช้อำนาจดังกล่าวจะไม่มีผลใช้บังคับแต่อย่างใด

2. ระบบศาลคู่ (Dualité de juridictions)

แนวความคิดในการควบคุมการกระทำของรัฐในระบบนี้ยอมรับกันในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law ซึ่งมีประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ และมีประเทศอื่นๆ ในทวีปยุโรปที่ถือตามแนวความคิดในการแยกการวินิจฉัยคดีปกครองออกจากศาลยุติธรรม เช่น ประเทศเบลเยียม ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสวีเดน เป็นต้น ตามแนวคิดของประเทศเหล่านี้เห็นว่าความสัมพันธ์ที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยจะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองที่เป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายแพ่งที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ข้อพิพาทที่เกิดจากความสัมพันธ์ที่องค์กรของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองมีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องด้วยนี้จึงจะต้องได้รับการบัญญัติกฎหมายปกครองออกมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่ทำขึ้นในทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนดังกล่าว โดยให้แยกออกจากกฎหมายนิติกรรมสัญญาซึ่งใช้ในทางแพ่งทั่วไป ในระบบศาลคู่นี้จะมีการตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นองค์กรเชี่ยวชาญพิเศษที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครอง (Control of legality) ที่จะส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงโดยการลงวันหรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่รัฐได้ทำไว้กับเอกชน (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ; ศาลปกครอง กฎหมายปกครอง และตัวอย่างสัญญาทางด่วน, เอกสารประกอบของคณะกรรมการประสานงานจัดตั้งศาลปกครอง ตามนโยบายของรัฐบาล, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 20)

ตามแนวคิดของระบบศาลคู่ การที่ลักษณะของคดีปกครองมีความเป็นพิเศษแตกต่างจากข้อพิพาทของเอกชนทั่วไป จากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีฐานะและสิทธิทางกฎหมายไม่เท่าเทียมกัน อีกทั้งสัญญาทางปกครองของรัฐนั้นจะมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองทั่วไปที่สัญญาทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการให้บริการหรืองานที่เกี่ยวข้องกับงานสาธารณะ และจะเป็นสัญญาที่กระทำขึ้นโดยยึดตามทฤษฎีอำนาจมหาชนซึ่งรัฐจะมีเอกสิทธิจากการเป็นผู้ใช้อำนาจมหาชน ทำให้รัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเหนือกว่าเอกชนในอันที่จะสามารถบังคับตามสัญญาหรือแก้ไขข้อตกลงหรือยกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนคู่สัญญา หากว่าการกระทำเช่นนั้นของรัฐเป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมและเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนด การใช้อำนาจของรัฐประการนี้ต่างจากการทำสัญญาระหว่างเอกชน

ชนโดยทั่วไปที่จะตั้งอยู่บนหลักแห่งความเสมอภาคของคู่สัญญา ซึ่งจากลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองนี้เอง ทำให้ในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่มีการแยกศาลออกเป็นสองประเภท กล่าวคือ

- 2.1) ศาลยุติธรรม ซึ่งจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งจะแยกออกเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา
- 2.2) ศาลปกครอง ซึ่งจะมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครอง สำหรับระบบศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้นจะประกอบด้วย ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดซึ่งทำหน้าที่เป็นทั้งที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายบริหารและพิจารณาพิพากษาคดีปกครองด้วย (ชาญชัย แสงวงศ์ดี และ มานิตย์ วงศ์เสรี; ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541, หน้า 18) โดยโครงสร้างของศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส จะมีสภาแห่งรัฐเป็นศาลปกครองสูงสุด โดยมีศาลที่อยู่ภายใต้การปกครองของสภาแห่งรัฐ 2 ประเภท กล่าวคือ ศาลที่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีปกครองโดยทั่วไปและคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวก็อาจได้รับการอุทธรณ์ฎีกาต่อสภาแห่งรัฐได้ต่อไปไม่ว่าจะมีปัญหาในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ศาลปกครองประเภทนี้จะมีอำนาจวินิจฉัยคดีปกครองทั่วไปที่ได้มีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกำหนดให้คดีพิพาททางปกครองนั้น จะต้องอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลปกครองเฉพาะด้าน ศาลปกครองอีกประเภทหนึ่งเป็นศาลปกครองที่เมื่อได้มีคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษาของศาลปกครองประเภทหลังนี้อาจถูกนำไปอุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐได้ก็แต่เฉพาะปัญหาทางด้านข้อกฎหมายเท่านั้น ส่วนปัญหาด้านข้อเท็จจริงจะถือเป็นอันสิ้นสุด ศาลปกครองประเภทหลังนี้เป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองเฉพาะด้าน เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดิน องค์การคณะกรรมการข้าราชการประเภทต่างๆ ที่ได้มีการดำเนินการพิจารณาและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งทางปกครองที่มีลักษณะ "เป็นที่สุด (res judicata) " เป็นต้น (ชาญชัย แสงวงศ์ดี : ระบบศาลปกครองฝรั่งเศส, การจัดตั้งศาลปกครอง, เอกสารคณะทำงานประชาสัมพันธ์งานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 213-214)

จากแนวคิดในการแยกอำนาจในการพิจารณาคดีทางปกครองออกจากคดีแพ่งทั่วไปนี้ ประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่จึงมีการแบ่งแยกอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครองออกมาจากระบบศาลยุติธรรมทั่วไป ศาลปกครองได้รับการตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรศาลเชี่ยวชาญเฉพาะในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของฝ่ายปกครองที่มี

ต่อเอกชนตามสัญญาทางปกครองไม่ว่าในแง่ของรูปแบบของอำนาจหรือวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจหรือวิธีการใช้อำนาจของรัฐ อย่างไรก็ตามก็ดีศาลปกครองนั้นจะไม่ควบคุมไปถึงเรื่องดุลยพินิจและความเหมาะสมของการกระทำของฝ่ายปกครองเพราะมีเช่นนั้นศาลปกครองก็จะกลายเป็น "ผู้บังคับบัญชา" ของฝ่ายปกครองไป (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ; ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง, เอกสารประกอบของคณะกรรมการประสานงานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 20)

การพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลปกครองตามแนวคิดนี้จึงเป็นการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีซึ่งมีความสัมพันธ์ไม่เท่าเทียมกันและเกิดจากข้อขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ของปัจเจกชน (Individual Interest) กับผลประโยชน์มหาชน (Public Interest) การพิจารณาคดีปกครองจึงเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักว่าการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนนั้นๆ จะต้องไม่เป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่การดำเนินงานของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองที่ดำเนินไปเพื่อประโยชน์มหาชนหรืออีกนัยหนึ่งศาลปกครองจะเป็นผู้พิจารณาว่าการรุกรอนสิทธิของปัจเจกชนที่ฝ่ายปกครองได้กระทำลงไปโดยอาศัยกฎหมายนั้นสมดุลงหรือไม่กับผลประโยชน์ที่คนส่วนใหญ่จะพึงได้รับ (พนม เอี่ยมประยูร: การจัดตั้งศาลปกครองไทย, การจัดตั้งศาลปกครอง, เอกสารคณะกรรมการประสานงานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 29) โดยอาศัยหลักกฎหมายปกครองที่มีสภาพพิเศษแตกต่างจากกฎหมายแพ่งทั่วไปมาเป็นเครื่องสร้างดุลยภาพขึ้นระหว่างประสิทธิภาพในการบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐกับสิทธิเสรีภาพตลอดจนผลประโยชน์ของเอกชน เมื่อเป็นดังนี้ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองจึงเป็นสิ่งที่ต้องการเงื่อนไขพิเศษอย่างแท้จริง กล่าวคือ นอกเหนือจากหลักเรื่องความเป็นอิสระขององค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดอันเป็นหลักการพื้นฐานแล้ว ยังจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบประการอื่นด้วยได้แก่

1. ผู้พิพากษาในคดีปกครองจะต้องเป็นผู้มีความรู้ความสามารถเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะทั้งในด้านการบริหารงานราชการแผ่นดินของรัฐ ด้านกฎหมายมหาชน และสามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ได้เหมาะสมด้วย
2. จะต้องมีการบวนการพิจารณาชี้ขาดคดีที่มีความเหมาะสมกับลักษณะของคดีทางปกครอง กล่าวคือการพิจารณาคดีนั้นควรเป็นระบบการไต่สวน (Inquisitorial System) ที่สามารถดำเนินการพิจารณาคดีได้อย่างเปิดเผย (Publicity) และเปิดโอกาสให้สาธารณะชนสามารถเข้าฟังความได้จากทุกฝ่าย (Audi alteram partem) ผู้พิพากษาควรเข้ามามีบทบาทต่อการดำเนินคดีและการแสวงหาความจริงแห่งคดีมาตั้งแต่ต้น และสามารถเข้ามาควบคุมฝ่ายปกครองต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีให้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3. มีหลักกฎหมายปกครองซึ่งเป็นอิสระจากกฎหมายเอกชนที่ได้รับการยอมรับและสามารถนำมาเพื่อปรับใช้บังคับแก่คดีทางปกครองได้อย่างเหมาะสม เช่น มีหลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย, หลักการเรื่องความรับผิดในทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องอยู่ในระดับที่สูงกว่าของเอกชนธรรมดา, หลักเรื่องความต่อเนื่องของสาธารณกิจ และหลักการที่ถือว่าสัญญาทางปกครองนั้นเป็นสิ่งที่ให้อำนาจแก่รัฐในการที่จะแก้ไขสัญญาได้เมื่อเป็นเรื่องของประโยชน์มหาชน แม้ว่าในสัญญานั้นๆ จะมีได้ระบุเรื่องการให้อำนาจนี้ไว้ก็ตาม (พนม เขียมประยูร: การจัดตั้งศาลปกครองไทยจะเดินหน้าหรือหยุดอยู่กับที่, ศาลปกครอง, นิติธรรม 2538, หน้า 85-88)

โดยทั่วไปแล้ว อำนาจหน้าที่ที่สำคัญของศาลปกครองนั้น มีดังต่อไปนี้ คือ การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย, การไม่บังคับตามนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย, การพิพากษาให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในทางแพ่งอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ทั้งนี้ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากนิติกรรมทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครองก็ตาม และศาลปกครองยังจะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดตามสัญญาที่ได้ทำไว้กับเอกชนด้วย (อิสระ นิติทัศน์ประเภท: ระบบศาลปกครองฝรั่งเศส, ศาลปกครอง-บทความและวิเคราะห์ข้อขัดแย้งที่อภิปรายในสถานิติบัญญัติ, หน้า 93) อย่างไรก็ตามก็ดีเกี่ยวกับหน้าที่ของศาลปกครองนี้ ได้มีนักนิติศาสตร์ไทยบางท่านเสนอความคิดเห็นว่า หากจะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย ในช่วงเริ่มต้นควรให้ศาลปกครองของไทยมีอำนาจหน้าที่แต่เพียงกรณีการสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เพราะจะเป็นการเร็วเกินไปหากจะให้ศาลปกครองที่เพิ่งเริ่มจัดตั้งขึ้นต้องวินิจฉัยไปถึงหลักเรื่องความรับผิดของของรัฐด้วย (อมร จันทรมนุญณ์: ศาลปกครอง, ศาลปกครอง-บทความและวิเคราะห์ข้อขัดแย้งที่อภิปรายในสถานิติบัญญัติ, หน้า 17)

4. กระบวนการอนุญาโตตุลาการกับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศฝรั่งเศส

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งนำระบบ "ศาลคู่" มาใช้คือ มีการแบ่งแยกออกเป็นระบบศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาทั่วไป แต่ในส่วนคดีปกครองนั้นจะเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาโดยเด็ดขาดของศาลปกครอง การที่อำนาจพิจารณาคดีปกครองได้ถูกแยกออกมามีดำเนินการโดยองค์กรอิสระ คือศาลปกครองอย่างเด็ดขาด โดยมีการตราเป็นกฎหมาย 16 Fructidor on 3 ปี 1795 บัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวไว้ว่า " ห้ามอีกครั้งหนึ่ง มิให้ศาลยุติธรรมทั้งหลายรับพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะในรูปลักษณะใด หากฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษตาม

กฎหมาย" ซึ่งผลแห่งการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว ทำให้ศาลทั้งหลายหมดอำนาจพิจารณาตี
 ปกครองโดยสิ้นเชิง (สุรพล นิติไกรพจน์ : ทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ กับการห้ามศาลพิจารณาคดีที่ฝ่าย
 ปกครองเป็นจำเลย, การจัดตั้งศาลปกครอง, เอกสารคณะทำงานประชาสัมพันธงานจัดตั้งศาลป
 ครองตามนโยบายของรัฐบาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 60) ปัญหาประการต่อมาที่
 จะต้องพิจารณานั้นก็คือ จากการศึกษาที่ประเทศฝรั่งเศสถือหลักในการแบ่งแยกอำนาจการพิจารณา
 พิพากษาคดีปกครองให้เป็นของศาลปกครองโดยเคร่งครัด การที่คู่สัญญาจะกำหนดให้นำเอา
 กระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการเยียวยาและการพิจารณาคัดสินชี้ขาด
 ข้อพิพาทที่มาจากสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นจะสามารถกระทำได้อหรือไม่

ต่อเรื่องการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายใน
 ของประเทศฝรั่งเศสแล้วจะพบว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการถือเป็นกระบวนการในการระงับข้อ
 พิพาทนอกศาลซึ่งในประเทศฝรั่งเศสได้มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้โดยประมวลกฎหมายวิธี
 พิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ตั้งแต่มาตรา 1033 เป็นต้นไป ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวสามารถสรุป
 ได้ว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นวิธีการที่คู่กรณีพิพาทต้องการการระงับข้อพิพาทได้ทำ
 ความตกลงกันที่จะมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการเข้ามามีอำนาจเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น
 และคู่กรณีจะต้องยอมรับคำชี้ขาดดังกล่าวอย่างจริงจัง (โภคิน พลกุล : ปัญหาชั้นสูงในกฎหมาย
 มหาชน , เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายมหาชน, หน้า 22) ดังนั้นหากพิจารณาจากหลัก
 เกณฑ์หรือคำจำกัดความของคำว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายของของประเทศฝรั่งเศส
 ตามที่กล่าวมาแล้ว ก็อาจแบ่งการพิจารณาออกเป็นองค์ประกอบทางด้านรูปแบบ ที่กฎหมายฝรั่งเศส
 ได้กำหนดว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องมีประสิทธิภาพในการบังคับให้เป็นไปตามคำ
 ชี้ขาด กล่าวคือคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นจะต้องยอมรับและผูกพันตามคำชี้ขาดที่มีขึ้น หากว่าเป็นกรณี
 นั้นๆ เป็นแต่เพียงการทำความเข้าใจในคดีพิพาทโดยผู้เชี่ยวชาญซึ่งหาได้มีผลผูกมัดให้คู่กรณีจะต้อง
 ปฏิบัติตามแล้ว ก็จะไม่ถือว่าการดังกล่าวเช่นนั้นเป็นการอนุญาโตตุลาการแต่ประการใด
 ส่วนองค์ประกอบอีกประการหนึ่งนั่นคือ องค์ประกอบทางด้านเนื้อหา ซึ่งถือว่าการอนุญา
 อนุญาโตตุลาการนั้นจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยข้อพิพาทดังกล่าวอาจเป็นข้อพิพาท
 ในทางกฎหมาย หรืออาจเป็นข้อพิพาทที่ไม่ใช่เพียงข้อกฎหมายก็ได้ และองค์ประกอบประการสุด
 ท้ายคือในด้านองค์กอนุญาโตตุลาการ ที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นถือเป็นวิธีการระงับข้อ
 พิพาทโดยการตัดสินชี้ขาดโดยบุคคลภายนอกที่คู่กรณีได้ตกลงมอบอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อ
 พิพาทให้รับไปดำเนินการ

สำหรับในการเยียวยาข้อพิพาทที่มีฝ่ายปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องนั้น ได้มีคำวินิจฉัยของกอง
 เชย์ เดตาค์ เมื่อวันที่ 8 มีนาคม 1961 ในคดี Soci'et'e Air Couzinet และในคดี Meunier Pierre เมื่อ
 วันที่ 20 พฤษภาคม 1966 ที่ได้วางหลักทั่วไปว่า ฝ่ายปกครองจะไม่สามารถนำเอาวิธีการ

อนุญาตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทของฝ่ายปกครองได้ (โกคิน พลกุล : ปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชน , เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายมหาชน, หน้า 23) ทั้งนี้เว้นแต่ ข้อพิพาทนั้นๆ จะมีลักษณะที่เข้าช้อยกเว้น 2 ประการที่สำคัญ กล่าวคือ

1. เป็นกรณีสัญญาระหว่างประเทศที่ทำตามกฎหมายเอกชนไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าหรือการลงทุนระหว่างประเทศ ที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐบาลฝรั่งเศส ช้อยกเว้นในประการนี้ได้รับการวางหลักเกณฑ์โดยศาลสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1964 และ 1966 ในคดี *Office National interprofessionel des Cereales (Grain Directorate) V. Capitaine du San Carlo* 1964 และในคดี *Tresor Public V. Galakis, Clunet* 1966 ซึ่งผลของคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสได้วางหลักว่า ปัญหาเกี่ยวกับการชำระข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาภาครัฐนั้น ไม่ใช่ปัญหาว่าด้วยสถานภาพและความสามารถของบุคคลในการทำสัญญาและเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 3 (3) ว่า " กฎหมายว่าด้วยสถานภาพ ('etat) และความสามารถของบุคคลนั้นใช้บังคับกับผู้ที่มีสัญชาติฝรั่งเศส (les Francais) แม้ว่าจะมีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศก็ตาม" ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะต้องนำไปใช้บังคับกับคู่สัญญาที่มีสัญชาติฝรั่งเศส ดังนั้นในกรณีของรัฐหรือองค์กรของรัฐได้ทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศซึ่งมีลักษณะของความสัมพันธ์ในเชิงการพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว รัฐสามารถที่จะตกลงให้ความยินยอมให้มีการเสนอข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาดังกล่าวต่ออนุญาตตุลาการได้ (อนันต์ จันทโรภากร : กฎหมายอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538 , หน้า 93-94) ทั้งนี้เนื่องจากศาลสูงสุดประเทศฝรั่งเศส (Cour de Cossation) พิจารณาแล้วเห็นว่า การห้ามเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 83 และมาตรา 1004 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น เป็นเรื่องของนโยบายสาธารณะภายในประเทศเท่านั้น หากได้เป็นเรื่องของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศไม่ ดังนั้นข้อห้ามตามกฎหมายดังกล่าวนี้จึงไม่ถูกนำไปใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศซึ่งทำขึ้นตามความจำเป็น ความถูกต้อง และประเพณีปฏิบัติระหว่างประเทศด้วยแต่ประการใด
2. ได้ปรากฏว่ามีกฎหมายพิเศษที่ออกมาเป็นการเฉพาะที่กำหนดให้นำเอากระบวนการอนุญาตตุลาการมาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการเยียวยาหรือการระงับข้อพิพาทที่มีฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสเข้ามาเป็นคู่กรณีนั้นๆ ได้ เป็นต้นว่า กฎหมายฉบับลงวันที่ 17 เมษายน 1906 ที่บัญญัติให้รัฐ จังหวัด และตำบล (Communes) สามารถนำเอาวิธีการอนุญาตตุลาการมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญญาทางการก่อสร้าง ซื้อขายหรือการจัดซื้อจัดจ้างวัสดุอุปกรณ์ หรือกฎหมายที่

เกี่ยวกับการโอนกิจการเป็นของรัฐหลายฉบับ เช่น กฎหมายฉบับลงวันที่ 8 เมษายน 1946 เรื่องการโอนกิจการไฟฟ้า และแก๊สเป็นของรัฐ เป็นต้น (โกคิน พลกุล : ปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชน , เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายมหาชน, หน้า 23)

5. สัญญาทางปกครองภายในประเทศไทย และวิธีการเยียวยาข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง

ในปัจจุบันประเทศไทยมีโครงการทางสาธารณูปโภคขนาดใหญ่หลายโครงการที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างภาครัฐบาลไทยกับเอกชนต่างประเทศเนื่องมาจากโครงการเหล่านั้นเป็นโครงการที่จำเป็นจะต้องอาศัยเงินลงทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ความร่วมมือกันในโครงการลักษณะดังกล่าวจึงปรากฏออกมาในรูปของสัญญาทางการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากนิติกรรมสัญญาในทางแพ่งโดยทั่วไปที่มีคู่สัญญาเป็นเอกชนกับเอกชน สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทยมีมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว ดังเช่นในคดีที่เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2441 ระหว่างรัฐบาลสยามกับบริษัทอเมริกัน (The Siamese Government v. Estate of Dr. Marion A. Cheek, 1898) โดยในคดีเรื่องนี้ได้รับการตัดสินชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดและข้าหลวงใหญ่ของประเทศอังกฤษประจำเมืองเชียงใหม่ เมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2442 ว่ารัฐบาลสยามไม่สามารถถือว่า Dr. Cheek ผิดสัญญาและรัฐบาลสยามไม่สามารถเข้าทำการยึดกิจการทำไม้ของ Dr. Cheek มาเป็นของรัฐได้ เพราะข้อเท็จจริงนั้นยังฟังไม่ได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีข้อตกลงหรือข้อความโดยนัยที่แสดงว่า Dr. Cheek จะต้องชำระเงินให้แก่รัฐบาลสยามตามวันที่กำหนดไว้ในสัญญาแต่อย่างใด (Marjorie M. Whiteman, Damages in International Law, Vol.3 Washington 1943, หน้า 1674-1652) และแม้ว่าสัญญาที่รัฐบาลไทยได้ทำกับเอกชนต่างชาติในทางแพ่งจะมีมานานแล้ว แต่ในส่วนของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้สำหรับสัญญาลักษณะดังกล่าวแล้วเท่าที่ผ่านมาประเทศไทยจะถือว่าสัญญาทางแพ่งที่รัฐทำไว้กับเอกชนต้องถูกบังคับภายใต้กฎหมายแพ่งทั่วไป ซึ่งหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลแพ่ง ดังเช่นคดีที่เกิดระหว่างเอกชนต่อเอกชนตามธรรมดาโดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 ได้มีคำวินิจฉัยออกมารับรองหลักดังกล่าวว่าสัมปทานก็คือสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนซึ่งต้องบังคับกันตามเงื่อนไขข้อกำหนดที่ปรากฏอยู่ในสัมปทานหากไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวแล้วก็ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแม้ว่าในทางปฏิบัติฝ่ายบริหารจะได้ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 กำหนดให้อำนาจพิเศษบางประการในการนำมาบังคับใช้สำหรับสัญญาทางแพ่งระหว่างรัฐกับเอกชนไว้ แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นเพียงระเบียบภายในของฝ่ายบริหารเท่านั้น (ไชยวัฒน์ บุณนาค และเยาวรัตน์ กุหลาบเพชรทอง ; สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ; บทบัญญัติ เล่ม

46 ตอน 2, มิถุนายน 2533, หน้า 61) ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน ศาลยุติธรรมจึงจะได้รับมอบหมายให้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกชนที่ได้รับความสะดวกเสียหายจากการกระทำหรือการงดเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐนั้นอาจจะเป็นผู้เสนอโดยร้องเป็นคดีขึ้นต่อศาลยุติธรรมได้โดยตรงเมื่อเห็นว่าการกระทำของรัฐเช่นนั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมายเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามที่มีกฎหมายกำหนดไว้ หรือเมื่อเอกชนเห็นว่าฝ่ายปกครองได้กระทำละเมิดต่อตนจนเป็นเหตุให้เอกชนนั้นได้รับความเสียหายในทางแพ่งแล้ว เอกชนก็สามารถฟ้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นได้ ซึ่งศาลก็จะเป็นผู้พิจารณาว่าการกระทำของศาลปกครองดังกล่าวชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายประการใด (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์: ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง, ศาลปกครอง , 2538, หน้า 14-15) อย่างไรก็ตามการที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองที่ผ่านมานั้น ก็มีผู้ชี้ให้เห็นถึงความไม่เหมาะสมที่ได้ปรากฏอยู่บางประการ เช่น ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของไทยนั้นเป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเพื่อใช้สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนเป็นหลัก จึงเน้นหนักไปในการใช้ระบบกล่าวหาที่ผลลัพท์ในการพิสูจน์ให้เป็นหน้าที่ของคู่ความที่ได้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้นๆ เอง การใช้ระบบกล่าวหานี้จึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางปกครอง และไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายเอกชนเพียงพอ ทั้งนี้เพราะคู่กรณีฝ่ายรัฐนั้นจะเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการพิสูจน์ข้อเท็จจริงทางคดีปกครองอยู่แทบทั้งหมด นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับกันว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางปกครองนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้พิพากษาแห่งคดีจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นการพิเศษในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องทางความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน โดยการพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองนั้น ผู้พิพากษาจะต้องเป็นผู้ที่สามารถเข้าใจถึงความคิดและหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนและมีประสบการณ์เพียงพอทางด้านการบริหารรัฐกิจจึงจะสามารถพิจารณาคดีปกครองโดยการใช้และตีความพระราชบัญญัติต่างๆ ได้โดยมิใช่จะเพียงคำนึงถึงแต่ในเรื่อง "ความจำเป็น" ของฝ่ายปกครองจนเป็นการละเลยต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน หรือมิได้คำนึงถึงแต่เพียงการมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตลอดจนประโยชน์ของเอกชนจนกลายเป็นอุปสรรคต่อการจัดทำประโยชน์เพื่อสาธารณะของรัฐ (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์: ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง, ศาลปกครอง , 2538, หน้า 17-20)

อย่างไรก็ดี แนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยได้รับการวิวัฒนาการมาโดยลำดับตั้งแต่ที่ได้มีการตรา "พระราชบัญญัติเคาน์ซิล ออฟ เลตท คือที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน พุทธศักราช 2417" ขึ้นมาบังคับใช้ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 โดยประเด็นเรื่องการจัดตั้งศาลปกครองของประเทศไทยนี้เอง ที่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาได้รับการเสนอแนะและมีข้อถกเถียงเกิดขึ้นมากมายเกี่ยวกับแนวทางที่ประเทศไทยควรที่จะเลือกมาเพื่อใช้ใน

การจัดตั้งศาลปกครอง มีความพยายามในการที่จะจัดตั้งศาลปกครองเพื่อการพิจารณาคดีทางปกครองขึ้นให้สำเร็จหลายครั้งในหลายยุคหลายสมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองของประเทศ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2537 สภาผู้แทนราษฎรก็ได้เล็งเห็นความสำคัญในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นอีกครั้งว่าการจัดตั้งศาลปกครองจะเป็นส่วนหนึ่งที่จะสามารถพัฒนาปฏิรูปการเมืองเพื่อการตรวจสอบและคานอำนาจของฝ่ายบริหาร จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปีพุทธศักราช 2534 ฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2538 และต่อมาเมื่อมีการร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปีพุทธศักราช 2540 มาตรา 276-280 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ก็ได้บัญญัติรับรองหลักการที่จะให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อทำการพิจารณาชี้ขาดคดีข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำของรัฐ โดยศาลปกครองที่จะได้รับการจัดตั้งขึ้นตามนโยบายแห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2540 นี้จะเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ กระทั่งถึงช่วงสิ้นปีพุทธศักราช 2541 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้วนั้นก็ยังคงอยู่ในขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาของสภานิติบัญญัติ

6. เขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองของไทย

สำหรับเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองที่จะได้รับการจัดตั้งขึ้นตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฉบับที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีของรัฐบาลนายชวน หลีกภัย เมื่อช่วงต้นปี พ.ศ. 2541 ให้เสนอเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา โดยร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีหลักการสอดคล้องกับที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้วางไว้ กล่าวคือศาลปกครองจะมีสถานภาพเป็นองค์กรอิสระที่ไม่สังกัดกระทรวง ทบวง กรม ใด โดยศาลปกครองจะมีหน่วยงานตุลาการที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นใหม่เรียกว่า "สำนักงานศาลปกครอง" ซึ่งต่อมาที่ประชุมของสภาผู้แทนราษฎรชุดที่ 20 ปีที่ 2 ครั้งที่ 7 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เมื่อวันพฤหัสบดีที่ 16 กรกฎาคม 2541 ก็ได้ลงมติรับหลักการตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ได้เสนอเข้ามาสู่การพิจารณาดังกล่าว และหลังจากที่ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้ผ่านขั้นตอนการพิจารณาโดยคณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎร และได้ผ่านความเห็นชอบในวาระที่ 2 และวาระที่ 3 ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2542 ตามลำดับแล้ว ร่างพระราชบัญญัตินี้ก็ได้รับการเสนอให้เข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภาต่อไป ซึ่งตามเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎรนั้นได้กำหนดหลักการสำคัญเบื้องต้นเกี่ยวกับคดีพิพาททางปกครองไว้ ซึ่งนิยามของคำที่เกี่ยวข้องกับคดีทางปกครองได้ถูกบัญญัติไว้ใน ร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 3 ดังนี้

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

"หน่วยงานของรัฐ" หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ใช้หรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย

"เจ้าหน้าที่ของรัฐ" หมายความว่า

- (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง และผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ
- (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ
- (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรืออยู่ในกำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

"คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท" หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดตั้งองค์การและวิธีพิจารณาสำหรับวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

"ตุลาการศาลปกครอง" หมายความว่า ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

"คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล" หมายความว่า คณะกรรมการซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลอื่น ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

"ก.ศป." หมายความว่า คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

"คู่กรณี" หมายความว่า ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี และให้หมายความรวมถึงบุคคล หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยการร้องสอด ไม่ว่าโดยความสมัครใจเอง หรือโดยถูกคำสั่งศาลปกครองเรียกเข้ามาในคดี ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้นและเพื่อเป็นประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณา และให้รวมถึงผู้มีสิทธิกระทำการแทนด้วย

"กฎ" หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่สร้างขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล

ตามร่าง พ.ร.บ.ฯ มาตรา 6 ยังได้มีการแบ่งศาลปกครองออกเป็นสองชั้น คือ

1. ศาลปกครองสูงสุด ซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาททาง (มาตรา 10)
 - ปกครองที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด
 - คดีปกครองที่เกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกา หรือกฎหรือคำสั่งที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี
 - คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด
 - คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น
2. ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (มาตรา 9) ซึ่งขอบอำนาจพิจารณาคดีพิพาททางปกครองของศาลปกครองโดยทั่วไปได้ถูกกำหนดไว้ใน มาตรา 8 ของร่างพระราชบัญญัติ ดังนี้

มาตรา 8 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับกฎหรือคำสั่งที่ออกโดยหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเนื่องจากการออกกฎหรือคำสั่งนั้นกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือกระทำไม่ถูกต้องตามแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการออกกฎหรือคำสั่งนั้น หรือกระทำโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบ หรือมีลักษณะในการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนโดยไม่จำเป็น
- (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร
- (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอย่างอื่นของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง

หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

- (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
- (5) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งได้รับการพิจารณาให้ผ่านวาระ 2 และ 3 ของสภาผู้แทนราษฎรเมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2542 และเสนอเข้าสู่การพิจารณาในชั้นต่อไปโดยวุฒิสภามาตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่าศาลปกครองที่จะได้รับการจัดตั้งขึ้นจะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาททาง "สัญญาทางปกครอง" ซึ่งเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ ด้วยเหตุนี้สิ่งหนึ่งที่มีความสำคัญและจำเป็นจะต้องได้รับการหยิบยกมาพิจารณาเพื่อให้ทราบว่าหน้าที่ศาลปกครองจะมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นจะมีขอบข่ายที่ครอบคลุมถึงข้อพิพาทในลักษณะใด จะมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญา และเป็นสัญญาในลักษณะที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือที่รัฐจะต้องควบคุมดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอำนาจพิจารณาดังกล่าวจะครอบคลุมไปถึงสัญญาทั่วไปที่หน่วยงานของรัฐได้ทำขึ้นในฐานะที่ทัดเทียมกับเอกชนด้วยหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดความซ้ำซ้อนกันกับอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอื่น ไม่ว่าจะเป็นศาลแพ่ง ศาลอาญาหรือศาลอื่นๆ ที่ต่อไปจะได้มีการจัดตั้งขึ้น เนื่องจากการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับสัญญาระหว่างรัฐเอกชนตามกฎหมายไทยที่ผ่านมา นั้น ประเทศไทยยังไม่ได้สร้างระบบกฎหมายพิเศษออกมาบังคับใช้ ทำให้การบังคับตามกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจึงเป็นไปตามกฎหมายแพ่งทั่วไปและพิจารณาคดีในศาลธรรมดา (ไชยวัฒน์ บุณนาค, เยาวรัตน์ กุณลาบเพชรทอง ; สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน, วารสารบทบัณฑิตย์, มิถุนายน 2533, หน้า 61) ซึ่งการที่จะสามารถพิจารณาว่ากรณีใดถือเป็น "สัญญาทางปกครอง" ที่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลปกครองให้ได้ชัดเจนยิ่งขึ้นนั้น นอกจากการพิจารณาจากนิยามศัพท์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของร่าง พ.ร.บ.ฯ แล้ว ก็ควรที่จะนำเอาแนวทางในการพิจารณาแบ่งแยกว่ากรณีใดจึงจะถือว่าเป็นข้อพิพาทที่มีที่มาจากสัญญาทางปกครองโดยแท้ที่ได้รับการยอมรับอยู่ในต่างประเทศซึ่งได้กล่าวในรายละเอียดมาแล้วก่อนหน้านี้นี้แล้วมาใช้เพื่อประกอบการพิจารณาต่อไปด้วย

7. กระบวนการอนุญาโตตุลาการกับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทย

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ออกมา มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2530 เพื่อรองรับและเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนกระบวนการในการอนุญาโตตุลาการของประเทศ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากโดยตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาในประเทศไทยยังมิได้มีการบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาใช้นับกับกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นการเฉพาะ ดังนั้นการบังคับตามกฎหมายต่อเรื่องดังกล่าวจึงเป็นไปตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไป ซึ่งการพิจารณาตัดสินคดีนั้นจะกระทำขึ้นโดยอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีสัญญาที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานราชการของประเทศไทยได้ทำสัญญากับเอกชนโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าสัญญาดังกล่าวนั้นได้ระบุว่าหากมีข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นกรณีเกี่ยวกับข้อกำหนดของสัญญาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างคู่สัญญา และคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้แล้วให้เสนอข้อพิพาทดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อทำการพิจารณาชี้ขาด โดยให้คำชี้ขาดดังกล่าวถือเป็นอันเด็ดขาดและถึงที่สุดผูกพันคู่สัญญา กรณีนี้จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า กรณีที่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้กำหนดให้เสนอข้อพิพาทตามสัญญาเช่นนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อทำการพิจารณาชี้ขาดจะมีผลเท่ากับว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงใจที่จะละสิทธิในการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรยุติธรรมที่ใช้อำนาจทางตุลาการของรัฐให้กับอนุญาโตตุลาการแล้วหรือไม่ ต่อเรื่องดังกล่าวได้เคยมีข้อเท็จจริงเช่นนี้เกิดขึ้น และได้รับการเสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อปี 2541 ซึ่งในการพิจารณานั้น ได้มีการทำความเข้าใจของคณะกรรมการฯ โดยสรุปได้ว่า การที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการถือเป็นกระบวนการในการระงับข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยการที่บุคคลเหล่านั้นตกลงกันที่จะมอบอำนาจให้คนกลาง (Arbitrator) ซึ่งอาจมีคนเดียวหรือหลายคนเข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ตกลงกัน ดังนั้นอำนาจของคนกลางหรืออนุญาโตตุลาการในอันที่จะเข้าไปชี้ขาดข้อพิพาทจึงเป็นอำนาจที่มาจากสัญญา และโดยนัยนี้เองที่ทำให้อนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างไปจากองค์กรของรัฐผู้ใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาท เนื่องจากองค์กรตุลาการดังกล่าวมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมาย การที่คู่สัญญาเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการแทนที่จะให้องค์กรของรัฐผู้ใช้อำนาจตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยนั้น ก็สืบเนื่องมาจากเหตุผลหลายประการเช่น วิธีการพิจารณาขององค์กรของรัฐผู้ใช้อำนาจตุลาการมีลักษณะเปิดเผย ซึ่งอาจกระทบต่อความลับหรือข้อมูลทางการค้าและต่อคู่สัญญา นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณาขององค์กรของรัฐยังมีลักษณะเป็นทางการซึ่งค่อนข้างที่จะขัดต่อลักษณะทางการค้าที่ต้องการการประนีประนอมเพื่อประโยชน์ในทางการค้าต่อไปในอนาคต แต่ที่สำคัญก็คือคู่กรณีต้องการให้ผู้ของตนเชื่อถือและเห็นว่าเป็นผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญได้เข้ามาทำหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อ

พิพาทนั้น จากที่การอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างคู่สัญญา หลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาจึงเป็นสิ่งที่จะต้องได้รับการเคารพและถือปฏิบัติ หากเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะต้องให้อนุญาโตตุลาการเข้ามาเป็นผู้ชี้ขาด ดังนั้นหากการที่คู่สัญญาฝ่ายใดได้เกิดเปลี่ยนใจในภายหลังโดยไม่ยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่กลับจะนำข้อพิพาทดังกล่าวไปเสนอต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการของรัฐโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา และฝ่ายที่ไม่เคารพต่อข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นยังมีผู้เสียหายที่จะสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรของรัฐผู้ใช้อำนาจตุลาการได้ในเมื่อตนยังมิได้ปฏิบัติตามข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่สัญญาประสงค์ที่จะใช้เป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหาระหว่างกันโดยมิต้องเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรของรัฐผู้ใช้อำนาจตุลาการก่อน ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองไว้โดยมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530 ดังต่อไปนี้

มาตรา 10 “ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันนัดสืบพยานหรือก่อนมีคำพิพากษา ในกรณีที่ไม่มี การสืบพยานให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุผลประการอื่นหรือมีเหตุที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย”

อย่างไรก็ตาม ยังคงจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า หลักเกณฑ์ตามกรณีดังกล่าวมานี้จะสามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นว่า กรณีที่เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาหรือการจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาทางปกครองแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นรัฐย่อมจะต้องมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญา ทั้งนี้ก็เพื่อให้การจัดหาหรือการจัดทำบริการสาธารณะมีความต่อเนื่อง แต่หากเป็นกรณีที่รัฐได้ทำสัญญาซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์ในการจัดหาหรือการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว รัฐควรจะมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา “เท่าเทียม” กับฝ่ายเอกชน ดังนั้นรัฐจึงไม่ควรที่จะมีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์ในการจัดหาหรือการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวแต่ประการใด

คณะกรรมการฯ ยังได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า ในกรณีที่รัฐได้เข้าทำสัญญากับเอกชนโดยมีการระบุข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) เอาไว้ด้วยนั้น ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐได้แสดงเจตนาที่จะทำสัญญากับเอกชนเสมือนว่ารัฐมีฐานะดังเช่นเอกชนธรรมดา โดยรัฐได้ยินยอมที่จะ “ละสิทธิ” ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองโดยยินยอมให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้เข้ามาเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องเสนอข้อพิพาทดังกล่าวนั้นให้

องค์การฝ่ายตุลาการของรัฐเข้ามาเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว ดังนั้นเมื่อรัฐเองก็ได้ตกลงและทราบถึงการมีอยู่ของข้อสัญญาอนุญาตตุลาการมาตั้งแต่แรก แต่เมื่อข้อพิพาทจากสัญญานั้นได้เกิดขึ้นจริงในภายหลัง รัฐจะอ้างอำนาจมหาชนเพื่อการเข้ามาดำเนินการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยองค์การที่ทำหน้าที่ในการตุลาการของรัฐเองโดยไม่ยอมที่จะเสนอข้อพิพาทตามสัญญาให้อনุญาตตุลาการชี้ขาดตามที่ได้ตกลงไว้แต่แรก กรณีเช่นนี้ก็เท่ากับเป็นการแสดงว่ารัฐได้ดำเนินการใช้อำนาจของตนไปโดยเจตนาไม่สุจริตและถือเป็นการฉ้อฉลเพื่อให้เอกชนตกลงใจและยินยอมในการเข้าทำสัญญากับรัฐในตอนแรกแล้วจึงมาบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามในภายหลัง การกระทำลักษณะดังกล่าวนี้จึงเป็นการกระทำที่มีชอบ เมื่อกล่าวโดยสรุปแล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงได้ลงความเห็นไว้ว่า หากว่าสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นได้ปรากฏความตกลงเกี่ยวกับข้อสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญา และต่อมาข้อพิพาทไม่ว่าจะเกี่ยวกับประเด็นของข้อสัญญาหรือเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นๆ ได้มีเกิดขึ้นในภายหลังแล้ว คู่กรณีก็จะต้องเสนอข้อพิพาทดังกล่าวให้อনุญาตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นก่อนตามที่ได้ตกลงไว้มาก่อนหน้าทั้งนี้โดยมีหลักกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พุทธศักราช 2530 มาตรา 10 ได้บัญญัติรับรองไว้ (บันทึกสรุปสำนวนเรื่องร้องทุกข์ โดยเลขานุการประจำคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะที่ 4 ชุดที่ 7) ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2541)

จากข้อสรุปความคิดเห็นที่จัดทำโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้ยกมาข้างต้น ผู้เขียนเข้าใจว่าการสรุปความคิดเห็นในเรื่องดังกล่าวของคณะกรรมการฯ เป็นการสรุปตามแนวความคิดในเรื่อง "สัญญาทางปกครอง" กับ "สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง" ของประเทศฝรั่งเศส จากการศึกษาที่ประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้สามารถแยกตัวออกมาจากกรณีของสัญญาทางแพ่ง ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสนั้นถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมลักษณะหนึ่งของฝ่ายปกครอง (Contract de l' administration) ซึ่งสัญญาทางปกครองนั้นเป็นกรณีที่นิติบุคคลมหาชนของรัฐได้เข้าทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการหรือการให้สัมปทานเพื่อประโยชน์สาธารณะ ที่โดยสภาพแห่งสัญญาประเภทนี้จะต้องได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายมหาชน โดยทำการพิจารณาคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาจากสัญญาทางปกครองในศาลปกครอง ส่วน "สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง" (Contract Prive de l' administration) หรือที่เรียกว่าสัญญาของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำขึ้นโดยเป็นไปตามกฎหมายเอกชนนั้น สัญญาของฝ่ายปกครองในลักษณะประการหลังนี้สามารถที่จะทำการพิจารณาคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาลยุติธรรมที่ใช้สำหรับการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างเอกชนดังเช่นกรณีปกติธรรมดาทั่วไปนั่นเอง

การที่นำทฤษฎีเรื่องอำนาจมหาชนตามกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้กับการที่จะพิจารณาว่าสามารถใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้หรือไม่ ตามที่

คณะกรรมการฯ ได้เสนอมาในรายงานนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยว่าการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้ อาจจะเป็นประโยชน์ที่ทำให้สามารถหาหลักเกณฑ์ทางทฤษฎีในการนำมาใช้แบ่งแยกว่าสัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชนลักษณะใดที่ข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการจะมีผลใช้บังคับต่อรัฐได้ หรือไม่ เพียงใดได้ชัดเจนขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะนำทฤษฎีเรื่องอำนาจมหาชนซึ่งได้รับการ พัฒนาไปมากแล้วในต่างประเทศมาเพื่อใช้กับกรณีของประเทศไทย เรื่องดังกล่าวยังคงต้องอาศัย การเรียนรู้ การพัฒนา และการออกกฎหมายเพื่อรองรับการใช้อำนาจดังกล่าวของรัฐอยู่อีกพอสมควร ทั้งนี้เพราะเมื่อพิจารณาจากอดีตที่ผ่านมาก่อนหน้านี้ประเทศไทยจะได้มีการดำเนินการในการร่าง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ขึ้นมาเพื่อการจัดตั้งศาลปกครองโดยศาลปกครองที่ตั้งขึ้นนี้จะมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเป็นการเฉพาะและ ให้มีฐานะเป็นองค์กรอิสระแยกออกมาจากระบบศาลยุติธรรมโดยทั่วไปนั้น ในประเทศไทยก็มิได้มีการ ฎหมายพิเศษที่จะนำมาเพื่อใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นการเฉพาะดังเช่นกรณีของ ประเทศฝรั่งเศสมาก่อน ซึ่งการไม่มีกฎหมายลักษณะดังกล่าว ทำให้ยึดถือกันมาโดยตลอดว่า กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทยคือประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ทั่วไป ดังนั้นการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อนำมาเป็นเหตุแห่งการ ขอยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาได้นั้น ก็จะต้องมีการออกกฎหมายพิเศษขึ้นมารองรับเพื่อกรณีนั้น ก่อน มิฉะนั้นจะถือว่าการกระทำดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นการผิดสัญญา (ชัยวัฒน์ นูนาค : สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน" วารสารทนายความ ปีที่ 5, ฉบับที่ 24, ตุลาคม-พฤศจิกายน 2539, หน้า 36-38) ทั้งนี้เพราะการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะอ้างถึงเหตุแทรกซ้อน ภายนอกที่จะกระทบถึงความสัมพันธ์ของคู่กรณีในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ดังเช่นหลัก "Fait du Prince" ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส หรือข้ออ้างเกี่ยวกับสาธารณะประโยชน์ของแผ่นดิน (Executive necessity) ตามกฎหมายของอังกฤษนั้น เท่าที่ผ่านมาในประเทศไทย ก็ยังไม่เคยปรากฏว่ามีกรณีใด ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะบอกเลิกสัญญาหรือกระทำการอันมีผลกระทบต่อสัญญาโดยอ้างประโยชน์ สาธารณะโดยที่เรื่องดังกล่าวมิได้มีการระบุไว้ในตัวสัญญาหรือมิได้มีการออกกฎหมายมารองรับ การกระทำของรัฐเช่นนั้นก่อนแต่ประการใด ตัวอย่างของการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ผ่านมาที่มี ผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิของเอกชนดังกล่าวก็เช่น กรณีในการออกคำสั่งนายกรัฐมนตรี ที่ 1/2531 ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2518 หรือในกรณี ของการตราพระราชบัญญัติกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 พ.ศ. 2532 เป็นต้น (ชาญชัย แสงวงศ์ดี และ มานิตย์ วงศ์เสรี; ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและ สัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541, หน้า 144) ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้อง เรียนรู้และเข้าใจถึงทฤษฎีในการแบ่งแยกว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐได้กระทำร่วมกับเอกชน เรื่องใดที่จะจัดได้ว่าเป็นเรื่องของประโยชน์สาธารณะและเรื่องใดที่เป็นเพียงสัญญาในทางแพ่งของ

ฝ่ายปกครองที่สามารถใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมาเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาได้

อย่างไรก็ดี ต่อปัญหาข้างต้น ได้ปรากฏอีกทางเลือกหนึ่งซึ่งได้รับการเสนอเพื่อให้เป็นทางออกสำหรับการแก้ไขปัญหาเรื่องการใช้อำนาจมหาชนหรือการอ้างอำนาจอธิปไตยของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมาเป็นเหตุเพื่อการขอยกเลิกข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน นั่นคือ ในการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ... ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้จะได้รับการร่างขึ้นมาเพื่อให้มีผลใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งยังคงบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยในกระบวนการของการยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ... ฉบับใหม่ ได้มีการเสนอให้มีการบัญญัติบทบัญญัติ มาตรา 13 ทวิ ขึ้นในกฎหมายฉบับดังกล่าว (เอกสารประกอบกรอปรมหลัทธิการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ระหว่างวันที่ 3 มีนาคม -9 เมษายน 2542 : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม) ทั้งนี้เพื่อให้บทบัญญัติมาตรา 13 ทวิ นี้ มีผลในการแก้ไขปัญหาคัดค้านที่อาจมีขึ้นในอนาคตเกี่ยวกับการมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน หลังจากที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยแล้ว โดยมาตรา 13 ทวิ ดังกล่าว ได้รับการเสนอให้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายดังต่อไปนี้

มาตรา 13 ทวิ

ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ รัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตยเพื่อได้รับเอกสิทธิ์มิให้อยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมิได้ และไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะถือเป็นสัญญาปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ข้ออนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทได้

ซึ่งหากข้อเสนอนี้ในการบัญญัติมาตราข้างต้นไว้ในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ... ได้รับการยอมรับและถูกตราออกมาเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับในท้ายที่สุดได้จริงแล้ว ผลของกฎหมายมาตราดังกล่าวก็จะทำให้ข้อถกเถียงเกี่ยวกับปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะกับการมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนหมดไป ทั้งนี้เพราะหากรัฐได้ตกลงใจที่จะทำสัญญากับเอกชน โดยมีการรวมข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญานั้นๆ ด้วยว่าในการดำเนินการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่อาจมีเกิดขึ้นในภายหลังระหว่างคู่สัญญานั้น ให้เป็นไปโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่จะมีอำนาจในการเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นโดยที่องค์กรตุลาการภายในของรัฐไม่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยแต่แรกแล้ว ก็เท่ากับว่ารัฐประสงค์ที่จะทำสัญญาดังกล่าวโดยรัฐหรือฝ่ายปกครองได้ให้ความยินยอมที่จะละอำนาจมหาชนในการเข้ามาดำเนินการเยียวยาข้อพิพาทด้วยองค์กรภายในของรัฐเอง โดยรัฐจะมีฐานะเป็นคู่สัญญาที่มีความเท่าเทียมกับคู่สัญญาเอกชนในเรื่องของการระงับข้อพิพาทตามสัญญามาตั้งแต่ต้น

ดังนั้นหากในภายหลังได้ปรากฏว่าข้อพิพาทจากสัญญาดังกล่าวได้เกิดขึ้น รัฐหรือฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะยกหลักการเกี่ยวอำนาจมหาชนหรืออำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งตนได้สละไปแล้วในตอนต้นเช่นนั้น กลับมาเป็นเครื่องลบล้างข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้อีกในภายหลัง ด้วยเหตุนี้จึงสามารถที่จะกล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์ที่มาตรา 13 ทวิ แห่งร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ซึ่งได้รับการเสนอให้บัญญัติไว้โดยคณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ... นี้ หากได้มีการบัญญัติออกมาจนมีผลใช้บังคับได้จริงในอนาคต ก็จะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาตตุลาการที่สำคัญของประเทศไทย ที่จะมีส่วนเป็นการรองรับหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่เกี่ยวกับการเยียวยาข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองนั่นเอง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

8. ผลผูกพันที่ประเทศไทยมีต่ออนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น

นับแต่ประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ตามที่มาตรา 67 แห่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้ในนามของรัฐที่เป็นสมาชิกของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนาตั้งแต่วันที่ 6 ธันวาคม 2528 (ค.ศ. 1985) จวบจนกระทั่งปี พ.ศ. 2542 ปรากฏว่าประเทศไทยยังคงมิได้ให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือให้ความเห็นชอบเพื่อการเข้าเป็นภาคีสมาชิกและผูกพันตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯ ฉบับดังกล่าวนี้โดยสมบูรณ์ตามขั้นตอนที่อนุสัญญาฯ มาตรา 68(1) ได้บัญญัติไว้คือ " อนุสัญญาฉบับนี้จะต้องอยู่ภายใต้การให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบโดยรัฐที่ลงนามตามขั้นตอนซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐที่ได้ลงนามนั้นได้กำหนดไว้ "

Article 68

(1) This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures.

การที่ประเทศไทยยังมีมิได้ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบต่ออนุสัญญาฯ ดังกล่าวนี้มีผลทำให้ประเทศไทยยังมีต้องเข้าผูกพันต่อพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ อย่างสมบูรณ์ ซึ่งก็เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้กำหนดแบบพิธีไว้สำหรับการแสดงความยินยอมของรัฐในการเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาไว้ อันได้แก่อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในมาตรา 14 ดังนี้

Article 14 Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval

1) The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by ratification when

(a) the treaty provides for such consent to be expressed by means of ratification;

(b)

(c)

(d)

- 2) The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by acceptance or approval under conditions similar to those which apply to ratification.

และในมาตรา 24 (3) ที่กำหนดว่า "เมื่อความยินยอมของรัฐใดรัฐหนึ่งที่จะเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้ดำเนินการไปภายหลังจากวันที่สนธิสัญญาได้ผลบังคับแล้ว สนธิสัญญานี้จะมีผลบังคับต่อรัฐนั้นนับจากวันที่มีการดำเนินการแสดงความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญานั้นเป็นต้นไป ทั้งนี้เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น"

Article 24 Entry into force

(1)

(2)

- (3) When the consent of the State to be bound by a treaty is established on the date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on the date, unless the treaty otherwise provides.

อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศไทยจะยังคงมีต้องเข้าผูกพันต่ออนุสัญญาฉบับนี้โดยสมบูรณ์ตามเหตุผลที่กล่าวมา แต่ก็มิใช่ว่าประเทศไทยจะมีต้องดำเนินการหรือมีข้อผูกมัดในทางระหว่างประเทศต่ออนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นในประการใดๆ เลย การที่ประเทศไทยได้ลงนามต่ออนุสัญญาฯ ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องผูกพันเนื่องมาจากการลงนามเช่นนั้น ซึ่งในบทต่อไปนี้ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาว่า พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นตามมาดังกล่าวมีประการใดบ้าง และประเทศไทยจะต้องดำเนินการหรือวางแผนทางปฏิบัติเช่นไรต่อไปเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศเช่นนั้น

- ก) พันธกรณีในการที่จะต้องไม่กระทำการอันเป็นการทำลายวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา

ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่า แม้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้จะยังไม่มียผลบังคับใช้ต่อประเทศไทยโดยสมบูรณ์เนื่องจากกระบวนการในการให้สัตยาบันของประเทศไทยยังไม่เกิดขึ้น แต่ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้กำหนดให้ประเทศไทยจะต้องผูกพันต่อพันธกรณีในอันที่จะต้องไม่กระทำการใดๆ ที่จะเป็นการส่งผลให้วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ต้องเป็นอันเสื่อมเสียไป ซึ่งความผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศประการ

ดังกล่าวนี้เรียกว่า พันธกรณีที่เกิดจากความประพฤติ (Obligation of Conduct) ของรัฐที่ได้ลงนามต่ออนุสัญญาฯ เป็นไปตามที่ มาตรา 18 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้บัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้

“มาตรา 18 พันธกรณีในการที่จะต้องไม่กระทำการอื่นเป็นการทำลายวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับ

รัฐจะต้องงดเว้นการกระทำใดๆ ที่อาจมีผลเป็นการทำลายวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญา,

(ก) เมื่อรัฐนั้นได้ลงนามในสนธิสัญญาหรือได้แลกเปลี่ยนตราสารก่อตั้งสนธิสัญญาภายใต้เงื่อนไขแห่งการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบ ตราบเท่าที่รัฐนั้นยังมีได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าจะไม่เข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญา ; หรือ

(ข)

(Article 18 Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force

A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when;

- (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty ; or

(b)

พันธกรณีของรัฐที่จะต้องผูกพันตามทีอนุสัญญาเวียนนาฯ มาตรา 18 ได้กำหนดไว้นี้ ถือเป็นผลในทางกฎหมายที่รัฐจะต้องให้ความเคารพต่อหลักเรื่องความสุจริต ที่ถือว่าเมื่อรัฐใดได้ทำการลงนามแก่สนธิสัญญาฉบับใดไปแล้ว แม้ว่าสนธิสัญญาฉบับนั้นจะยังไม่มีผลผูกพันรัฐอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากยังไม่ได้มีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่งแก่สนธิสัญญา แต่การลงนามนั้นก็แสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของรัฐบางประการว่าอย่างน้อยรัฐนั้นก็จะต้องให้ความเห็นชอบด้วยกับวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้น มิเช่นนั้นรัฐนั้นก็คงจะไม่ลงนามในสนธิสัญญา ดังนั้นแม้สนธิสัญญาดังกล่าวจะยังไม่มีผลผูกพันรัฐก็ตาม รัฐที่ได้ลงนามไปแล้วก็ต้องผูกพันตามหลักสุจริต (ประสิทธิ์ เอกบุตร ; กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, สนธิสัญญา, 2538, หน้า 81-82)

พันธกรณีที่เกิดจากความประพฤติของรัฐที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องผูกพันอยู่ด้วยภายใต้เงื่อนไขของการลงนามต่ออนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น แม้ว่าประเทศไทยจะยังมีได้มีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบต่ออนุสัญญา ฉบับนี้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการที่อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้มิได้กำหนดระยะเวลาในการที่รัฐซึ่งได้ลงนามไปแล้วว่ารัฐดังกล่าวจะต้องให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ หรือให้ความเห็นชอบต่ออนุสัญญาไว้เมื่อใด ดังนั้นการแสดงความจำนงค์เพื่อการเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญา โดยสมบูรณ์ของประเทศไทยจึงสามารถจะดำเนินการเมื่อใดก็ได้หลังจากที่ได้มีการลงนาม การที่ประเทศไทยจะแสดงความจำนงค์เพื่อการเข้าผูกพันต่ออนุสัญญา ดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและองค์ประกอบด้านความพร้อมของกฎหมายภายในที่จะสามารถบัญญัติขึ้นเพื่อรองรับหรืออนุวัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญา ตลอดจนทัศนคติและมุมมองของประเทศไทยที่มีต่ออนุสัญญา ฉบับนี้ ว่าการเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาโดยสมบูรณ์นั้น จะมีความเหมาะสมต่อภาวะการณ์ของประเทศในอันที่จะสามารถเป็นปัจจัยบวกที่ส่งผลดีเพื่อเป็นเครื่องมือในการสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเข้ามาทำการลงทุนภายในประเทศไทย หรือสามารถเป็นเครื่องมือในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนชาวไทยที่จะไปลงทุนยังรัฐอื่นในปัจจุบันได้มากน้อยเพียงใด หรือว่าการเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่ง อนุสัญญา นี้จะเป็นแต่เพียงการเพิ่มภาระผูกพันให้แก่ประเทศไทยโดยไม่จำเป็นเท่านั้น

ข) ภาระผูกพันในการออกกฎหมายภายในเพื่อการอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณี

พันธกรณีที่กล่าวมาก่อนหน้าเป็นเพียงพันธกรณีที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาเข้าผูกพันของรัฐเท่านั้น ต่อไปจะได้กล่าวถึงพันธกรณีทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นหลังจากที่รัฐได้แสดงความจำนงค์ในการเข้าผูกพันต่ออนุสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือให้ความเห็นชอบตามที่มาตรา 68 แห่งอนุสัญญา ได้กำหนดไว้แล้ว สิ่งต่อมาที่ประเทศภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญา จะต้องดำเนินการเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญา นั้น เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 69 แห่งอนุสัญญา ซึ่งได้กำหนดให้รัฐที่เป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญา จะต้องจัดให้มีการดำเนินการทางนิติบัญญัติหรือโดยมาตรการอื่นใดที่จำเป็นเพื่อให้บทบัญญัติทั้งหลายแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้สามารถนำมาใช้บังคับได้ในดินแดนของรัฐภาคีสมาชิกรัฐนั้น

Article 69

Each Contracting State shall take such legislative or other measures as may be necessary for making the provisions of this convention effective in its territories.

สำหรับในกรณีของประเทศไทย จากการที่ประเทศไทยถือแนวปฏิบัติว่าในการที่ฝ่ายบริหารจะเข้าทำสนธิสัญญาในทางกฎหมายระหว่างประเทศใดๆ โดยที่สนธิสัญญานั้นจะสามารถมีผลใช้บังคับได้ภายในราชอาณาจักรนั้น จะต้องเป็นไปตามแนวทางตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ซึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในมาตรา 224 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า

“ มาตรา 224

พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญข้างต้น แสดงให้เห็นว่าโดยทั่วไปแล้ว การทำสนธิสัญญาของประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นการทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศนั้นไม่จำเป็นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ทำสนธิสัญญานั้นจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขต หรือเขตอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย หรือเป็นกรณีที่จะต้องมีการตราพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญานั้น การทำข้อตกลงดังกล่าวของฝ่ายบริหารจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วย (สมปอง สุจริตกุล ; กฎหมายระหว่างประเทศ, สัตยาบัน และผลบังคับของสนธิสัญญา, หน้า 580)

ประเด็นต่อไปที่สมควรจะต้องนำมาพิจารณาคือ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้ จะถือเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศกรณีที่ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนหรือไม่ กล่าวคืออนุสัญญาฯ ฉบับนี้มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐหรือไม่ และในการอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาฯ นี้ จำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องดำเนินการให้มีการตราพระราชบัญญัติเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วยหรือไม่ สำหรับในประเด็นที่กล่าวมาทั้งสองเรื่องนั้นได้เคยถูกหยิบยกศึกษาและกล่าวไว้แล้วในวิทยานิพนธ์ของนางสาวสุรางคณา แก้วจำนงค์ ในการศึกษาในระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวได้ให้ทัศนะว่าอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้ ถือเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่จำเป็นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน เนื่องจากมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาที่จะต้องมีการตรากฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาฯ จากการที่ในตัวของอนุสัญญาฯ นั้น มีบทบัญญัติในหลายประการที่ปรากฏว่าเป็นสิ่งที่ขัดหรือแย้งอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐ เช่น ผลผูกพันและการบังคับตามคำชี้ขาด หรือข้อกำหนดในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ

เป็นต้น (สุรางคนา แก้วจำนงค์: ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538, หน้า 162) นอกจากนั้น การที่อนุสัญญาฯ ได้มีผลเป็นการก่อตั้งศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นซึ่งเป็นองค์กระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นองค์กฤษฎีกรขึ้นมาใหม่ และเนื่องจากการที่ศูนย์ฯ ยังมิได้เข้าเป็นสมาชิกของ Convention on the Privileges and Immunities of the specialized Agencies approved by the General Assembly of the United Nations ทำให้ยังไม่อาจถือได้ว่าศูนย์ฯ มีสถานะเป็นทบวงชำนาญพิเศษ ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงชำนาญการพิเศษแห่งสหประชาชาติ พุทธศักราช 2498 ซึ่งใช้สำหรับรองรับนิติฐานะและให้ความคุ้มกันทางการทูตแก่องค์การสหประชาชาติและทบวงชำนาญพิเศษของสหประชาชาติที่มีมาแต่เดิมจึงไม่น่าที่จะสามารถครอบคลุมมาถึงการให้ความคุ้มกันทางการทูตแก่ศูนย์ฯ หรือเจ้าหน้าที่ของศูนย์ฯ ด้วย

นอกจากนั้นเหตุผลอีกประการหนึ่งที่จะนำมาเป็นเหตุผลสนับสนุนว่าอนุสัญญาฯ ฉบับนี้จำเป็นจะต้องได้รับการตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่เพื่อรองรับในการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญาฯ ภายในประเทศไทยคือ การที่แนวคิดในการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีทฤษฎีอันเป็นที่ยอมรับเป็นหลักอยู่สองทฤษฎีคือทฤษฎีเอกนิยม (Monism) และทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ซึ่งทฤษฎีเอกนิยมนั้น เป็นทฤษฎีที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศสามารถที่จะได้รับการนำมาบังคับใช้ภายในรัฐได้โดยตรงโดยไม่จำเป็นจะต้องแปลงกฎหมายระหว่างประเทศให้มาเป็นกฎหมายภายในโดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐนั้นๆ อีก แต่ในส่วนของทฤษฎีทวินิยมนั้นจะมีความเห็นตรงกันข้ามกับทฤษฎีเอกนิยม โดยทฤษฎีทวินิยมจะถือว่าหากจะนำกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องใดมาเพื่อให้มีผลบังคับใช้ได้โดยสมบูรณ์ภายในรัฐนั้นๆ แล้ว ก็จะต้องมีการแปรสภาพ (Transformation) กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศดังกล่าวให้มาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจึงจะสามารถใช้บังคับภายในรัฐได้ (ประสิทธิ์ เอกบุตร ; กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 1 สนธิสัญญา, 2538, หน้า 25) ซึ่งในส่วนของประเทศไทยนั้นยึดถือตามทฤษฎีทวินิยม ที่ถือว่าสนธิสัญญาใดๆ จะไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในได้โดยตรง การที่กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับในราชอาณาจักรได้นั้น จะต้องปรากฏว่ามีกฎหมายภายในที่สามารถรองรับตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้น ๆ ขึ้นเสียก่อน ซึ่งหากว่าก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาที่จะเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาเรื่องนั้นๆ ได้ปรากฏว่าประเทศไทยมีกฎหมายภายในที่สามารถจะรองรับตามพันธกรณีต่างๆ ที่จะมีขึ้นตามสนธิสัญญาดังกล่าวได้อยู่แล้ว ในทางปฏิบัติประเทศไทยก็จะถือว่ากฎหมายที่มีอยู่ก่อนเช่นนั้นก็มีผลบังคับใช้ได้โดยไม่ต้องมีการอนุวัติการหรือการตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาใช้บังคับอีก แต่หากเป็นไปในทางตรงกันข้าม กล่าวคือในระยะเวลาก่อนที่รัฐจะได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาใด ก็มีได้มีกฎหมายภายในที่สามารถจะรองรับต่อพันธกรณีที่เกิดขึ้นตามมาจากการเข้าผูก

พันของรัฐต่อสนธิสัญญาเรื่องนั้นได้แล้ว ก็จำเป็นที่รัฐจะต้องมีการดำเนินการเพื่อให้มีการตรวจพระราชบัญญัติอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญานั้นขึ้นมาใช้บังคับเสียก่อนด้วย

สำหรับในกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนั้น การที่ขณะนี้ประเทศไทยมีแต่เพียง "พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530" ซึ่งถือเป็นกฎหมายหลักที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อการบังคับเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้โดยตรงแต่เพียงฉบับเดียวในปัจจุบัน และหากได้พิจารณาแล้วจะพบว่า นอกจากเหตุผลในการที่กระบวนการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการสร้างขึ้นโดยอนุสัญญา นั้นจะมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากระบบการระงับข้อพิพาทที่มีมาแต่เดิมซึ่งเป็นเพียงเรื่องของการใช้ระบบการอนุญาโตตุลาการมาเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่มีสถานะเท่าเทียมกันกล่าวคือเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันเองเท่านั้นตามรายละเอียดที่ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 1 จากลักษณะพิเศษต่างๆ ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นตามอนุสัญญา เหล่านี้นั่นเอง ที่ทำให้ไม่สามารถที่จะนำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530 มาใช้บังคับในฐานะเป็นกฎหมายภายในเพื่อรองรับการอนุวัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญา ได้ ยิ่งไปกว่านั้นในส่วนของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530 เองก็ได้มีบทบัญญัติและหลักการหลายประเด็นที่มีความแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่จัดขึ้นตามอนุสัญญา อย่างชัดเจนจากการที่ระบบการอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530 นี้ เป็นระบบอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการไปภายใต้การควบคุมดูแลของศาลยุติธรรม และเป็นระบบที่ต้องพึ่งพาอาศัยศาลยุติธรรมให้ช่วยประดับประดาและดำเนินการเพื่อการเยียวยาข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีหากว่าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น จากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530 ศาลยุติธรรมภายในของรัฐจึงยังคงเข้ามามีบทบาทหน้าที่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาโตตุลาการอยู่ค่อนข้างมาก ซึ่งอาจจะสรุปหน้าที่หลักของศาลต่อการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เป็น 3 ประการคือ

1. หน้าที่ในการช่วยบังคับให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการเมื่อปรากฏว่ามีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่คู่กรณีกลับนำคดีมาฟ้องต่อศาล ศาลก็จะต้องสั่งจำหน่ายคดีก่อน
2. หน้าที่ในการสนับสนุนการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ
3. หน้าที่ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

และบทบัญญัติที่สามารถยืนยันถึงการที่ระบบอนุญาโตตุลาการตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530 ยังคงให้ความสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรมอยู่เป็นอย่างมากก็คือ ในมาตรา 24 ที่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในเข้ามาใช้ดุลยพินิจในการพิจารณา

เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ศาลเห็นว่าไม่ถูกต้องได้ ด้วยสาเหตุที่กล่าวมานี้ จึงสรุปได้ว่า ในส่วนของประเทศไทยนั้น ไม่สามารถที่จะนำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530 มาใช้เพื่อเป็นกฎหมายรองรับตามพันธกรณีที่จะเกิดขึ้นตามอนุสัญญาฯ ได้ และจากการที่ประเทศไทยยังคงขาดกฎหมายภายในที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อการอนุวัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้เอง เมื่อยึดตามทฤษฎีทวินิยมแล้ว ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องดำเนินกระบวนการทางนิติบัญญัติให้มีกฎหมายที่สามารถรองรับตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาฯ ออกมาใช้บังคับให้ได้เสียก่อน ซึ่งในขณะนี้ก็ได้มีการศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการที่ประเทศไทยจะเข้าผูกพันตามหลักเกณฑ์ที่อนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้โดยการตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นมาบังคับใช้เพื่อรองรับตามพันธกรณีที่จะเกิดขึ้นตามอนุสัญญาฯ โดยการพิจารณานั้นกำลังอยู่ในขั้นตอนของกระบวนการร่างพระราชบัญญัติเพื่อการอนุวัติการตามสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ซึ่งกระบวนการดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบดูแลของกองนโยบายการออมและการลงทุน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง

ส่วนประเด็นที่ว่า อนุสัญญาฯ ฉบับนี้จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจรัฐตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่นั้น การพิจารณาเรื่องดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องนำหลักเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐมาเพื่อเป็นหลักในการพิจารณา ดังที่จะพิจารณาเป็นหัวข้อต่อไป

9. หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ของรัฐ

เมื่อพิจารณาในทางกฎหมายมหาชนโดยทั่วไปแล้ว มักจะมีความเห็นว่า "อำนาจอธิปไตย" นั้น ถือเป็นอำนาจสูงสุดเด็ดขาดของรัฐ ในอันที่รัฐฯ นั้นจะไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจอื่นใด แต่เมื่อนำแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวมาพิจารณาโดยแยกออกเป็น 2 ขอบเขตแล้ว อาจสามารถแบ่งการพิจารณาเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐได้เป็นกรณีในทางขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศและในทางกฎหมายมหาชนภายในของรัฐ ซึ่งจะในแนวทางทั้งสองจะมีความแตกต่างกันอยู่ตามลักษณะของอำนาจอธิปไตยของรัฐดังนี้

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อำนาจอธิปไตยหมายถึงอำนาจที่เป็นอิสระของรัฐในอันที่รัฐสามารถจะมีเจตจำนงค์เป็นของตนเองในการที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับกิจการทั้งภายในและภายนอกได้ด้วยตัวของรัฐนั้นๆ เอง และในทางระหว่างประเทศจะถือว่ารัฐทุกรัฐต่างก็มีความเสมอภาคกันทางอธิปไตย อย่างไรก็ตามแนวความคิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศนี้ ได้มองเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐไปในทางที่มีได้เคร่งครัดตามความหมายเดิมซึ่งเข้าใจว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐหนึ่งๆ นั้นถือเป็นอำนาจสูงสุดที่สมบูรณ์อย่างเด็ดขาดอีกต่อไปแล้ว ทั้งนี้เพราะว่าเมื่อพิจารณาด้านความเป็นจริงในระบบทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่นับวันจะมีแต่ความซับซ้อน มีความแตกต่างกันทั้งทาง

เศรษฐกิจ การเมือง สังคม และเทคโนโลยีระหว่างกันมากยิ่งขึ้นนับตั้งแต่ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา จากปัจจัยเช่นนี้ทำให้รัฐหนึ่งๆ ไม่สามารถที่จะอยู่ในสังคมระหว่างประเทศได้แต่โดยลำพังผู้เดียวโดยโดดเดี่ยวจากการพึ่งพาอาศัยรัฐอื่น รัฐส่วนใหญ่จึงมีแนวโน้มในลักษณะที่จะถูกจำกัดขอบเขตในการใช้อำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยของตนเองลง (สมยศ เชื้อไทย ; หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, 2536, หน้า 124)

อำนาจอธิปไตยตามขอบเขตของกฎหมายมหาชนภายในรัฐนั้น หมายถึง อำนาจการตัดสินใจสูงสุดภายในรัฐ กล่าวคือ รัฐมีอำนาจในการบังคับบัญชาบุคคล คณะบุคคล หรือองค์การต่างๆ ที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้นได้ และรัฐสามารถมอบอำนาจของตนที่มีอยู่ไปให้แก่องค์การต่างๆ ให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองภายในรัฐอีกทอดหนึ่งได้ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงสามารถที่จะจำกัดหรือขยายการใช้อำนาจอธิปไตยด้วยตัวรัฐเองได้ อำนาจอธิปไตยของรัฐตามความหมายนี้จึงเป็นเพียงลักษณะของการใช้อำนาจของรัฐประการหนึ่งเท่านั้น และจากการที่อำนาจรัฐถือเป็นอำนาจที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวและเป็นอำนาจดั้งเดิม (origin) ของรัฐโดยแท้ที่หนึ่ง ทำให้ในแง่ของกฎหมายมหาชนภายในรัฐแล้ว รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยจึงเป็นรัฐที่สามารถจะใช้อำนาจบังคับบัญชาภายในรัฐตนได้โดยอิสระ สามารถกำหนดสิทธิและผูกมัดตนเองได้ไม่ว่าจะเป็นกิจการภายนอกหรือภายในรัฐ โดยไม่จำเป็นต้องถูกจำกัดจากอำนาจอื่นใด (สมยศ เชื้อไทย ; หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น , 2536, หน้า 123)

เท่าที่ผ่านมาอาจเคยมีข้อถกเถียงกันว่ากรณีที่ประเทศไทยจะยอมรับตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนั้น จะถือเป็นสิ่งที่กระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยทางการศาลซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐประการหนึ่งหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากมีบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ หลายประการที่สร้างกฎเกณฑ์พิเศษขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นที่กำหนดให้การดำเนินการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ มีความเป็นอิสระแตกต่างไปจากระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งมีมาแต่เดิมทั้งหมด เป็นต้นว่ากรณีที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาได้ตามมาตรา 47, การบัญญัติห้ามมิให้มีการนำวิธีการเยียวยาข้อพิพาทโดยประการอื่นมาใช้ในระหว่างที่คู่กรณีได้ให้ความยินยอมในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ไว้แล้ว ตามมาตรา 26, การกำหนดให้รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาจะต้องให้การยอมรับต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังเช่นเป็นคำตัดสินของศาลภายในรัฐนั่นเองตามบทบัญญัติของอนุสัญญามาตรา 53 และ 54, การห้ามมิให้มีการใช้ความคุ้มกันทางการทูตหรือการเรียกร้องประการอื่นใดในทางระหว่างประเทศ ตามมาตรา 27 หรือการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ สามารถดำเนินการเพื่อการเยียวยาคำชี้ขาดได้ด้วยตนเอง ไม่ว่าจะเป็นการตีความคำชี้ขาด การพิจารณาใหม่ หรือการพิจารณายกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก่อนหน้าได้โดยไม่ต้องพึ่งพาระบบกฎหมายภายในรัฐ

ดังรายละเอียดที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 เป็นต้น แต่เมื่อนำหลักเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐตามแนวคิดทางกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันตามที่ได้ยกมาข้างต้นมาพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ในเมื่อแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐในปัจจุบันมิใช่เป็นเรื่องของการที่รัฐจะสามารถใช้อำนาจสูงสุดเด็ดขาดโดยมิอาจมีข้อจำกัดได้อีกต่อไปแล้ว ยิ่งไปกว่านั้นยังเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐประการหนึ่งนั่นก็คือความสามารถของรัฐในการที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิทั้งหมดที่จะสามารถขยายหรือจำกัดสิทธิของตนได้อย่างอิสระ ดังนั้นเมื่อการลงนามและการแสดงเจตนาในการเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งบทบัญญัติต่างๆ ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้ล้วนแต่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความยินยอมของรัฐที่จะเข้าเป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ เองอย่างแท้จริงตามหลักเกณฑ์ที่อนุสัญญาฯ ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 67 และ 68 ด้วยเหตุนี้การที่รัฐใดได้ลงนามต่ออนุสัญญาฯ ได้ให้สัตยาบัน ให้ความเห็นชอบหรือให้การยอมรับต่ออนุสัญญาฯ นั้น จึงมีน่าจะเป็นเรื่องของการรื้อถอนอำนาจอธิปไตยทางการศาลของรัฐแต่ประการใด การเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ นำที่จะเป็นแต่เพียงการที่รัฐฯ นั้นใช้อำนาจอธิปไตยของตนในการยินยอมที่จะเข้าผูกพันและยอมรับที่จะจำกัดสิทธิบางประการของตนลงเพื่อประโยชน์ในการอยู่ร่วมกันในทางสังคมระหว่างประเทศ แนวคิดนี้จึงมีความสอดคล้องกับหลักการในเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้หาได้เป็นสนธิสัญญาที่มีข้อบทอันจะเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐตามนัยยะของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ในมาตรา 224 จากเหตุผลตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

อย่างไรก็ดีการที่กำลังจะได้มีศาลปกครองเกิดขึ้นในประเทศไทยตามบทบัญญัติแห่งร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ดังที่กล่าวในรายละเอียดมาแล้วในเรื่องศาลปกครองตอนต้น การที่ศาลปกครองเป็นศาลที่จะมีอำนาจในการพิจารณาเหนือคดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครองกับเอกชน จะทำให้การที่ประเทศไทยให้การยอมรับตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ซึ่งบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ เองก็ได้สร้างองค์ระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่ในการเยียวยาและระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนได้ อำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาฯ จึงมีความใกล้เคียงกับอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทที่ตามปกติแล้วข้อพิพาทเช่นนั้นจะต้องได้รับการเสนอเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง ด้วยปัจจัยที่กล่าวมา จะถือเป็นสาเหตุได้หรือไม่ว่าการที่อนุสัญญาฯ กำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นเช่นนี้ได้ส่งผลอันให้เป็นการเปลี่ยนแปลงและรื้อถอนต่ออำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ต่อกรณีดังกล่าว เมื่อได้พิจารณาแล้วผู้เขียนมีทัศนะว่า ในการให้การยอมรับเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาฯ ไม่น่าที่จะมีผลอันเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือกระทบกระเทือนต่ออำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองแต่ประการใด ทั้งนี้เพราะอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทซึ่งมีฝ่ายปกครองของไทยเป็นคู่กรณีกับเอกชนนั้น ไม่น่าที่จะ

ถือว่าเป็นอำนาจสูงสุดเด็ดขาดที่ไม่ว่าในกรณีใดๆ ก็ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลปกครองโดยเด็ดขาด โดยที่ไม่อาจจะทำความตกลงเป็นประการอื่นเพื่อให้ไปใช้กลไกการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นได้เลย ซึ่งผู้เขียนจะขอยกเหตุผลประกอบดังต่อไปนี้

1. หากจะพิจารณาเรื่องขอบอำนาจพิจารณาของศาลปกครองแล้ว แม้ว่าศาลปกครองที่จะได้รับการจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยจะมีความมุ่งหมายให้เป็นศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาททาง "สัญญาทางปกครอง" ทั้งปวง ตามนัยยะซึ่งกำหนดไว้โดยมาตรา 3 ของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ที่ว่า "สัญญาทางปกครอง" นั้น ให้นำหมายถึง "สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่สร้างขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล" ซึ่งหากพิจารณาคำว่า "สัญญาทางปกครอง" ตามนัยยะดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีการให้คำนิยามต่อ "สัญญาทางปกครอง" ไว้เช่นนั้น ก็ไม่น่าที่จะตีความความหมายไปได้ว่า ในทุกๆ กรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเมื่อมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง โดยที่สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานหรือสัญญาที่ให้คู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือที่สร้างขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผลดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาเช่นนั้นเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองโดยไม่มีข้อยกเว้นหรือไม่มีทางเลือกอื่นใดเลยที่คู่สัญญาอาจตกลงให้นำมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากศาลปกครองนั้นถือเป็นระบบศาลแบบใหม่ที่เพิ่งจะถูกริเริ่มให้นำมาใช้กับประเทศไทย โดยที่ก่อนหน้านี้ประเทศไทยเองก็ถือหลักในการยอมรับว่าอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทซึ่งมีรัฐหรือฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีอยู่กับเอกชนนั้นให้เป็นไปตามระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไป และการที่ระบบกฎหมายเกี่ยวกับศาลปกครองของประเทศไทยเพิ่งจะอยู่ในขั้นเริ่มต้นนี้เอง ทำให้การที่จะตีความว่ากรณีใดเป็น "สัญญาทางปกครอง" จึงยังนำที่จะต้องอาศัยระยะเวลาในการพัฒนาหลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้เพื่อการแบ่งแยกองค์ประกอบว่ากรณีใดที่จะถือเป็น "สัญญาทางปกครอง" โดยแท้ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลปกครองเป็นการเฉพาะ และกรณีใดที่จะมีองค์ประกอบแห่งสัญญานั้นๆ เพียงพอที่จะเข้าข้อยกเว้นที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไปเข้าสู่กระบวนการเยียวยาโดยองค์การระงับข้อพิพาทอื่นนอกจากศาลปก

ครองได้ ดังเช่นที่ได้มีการสร้างกฎเกณฑ์ในการแบ่งแยกประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง (contrats de l'Administration) ไว้ค่อนข้างชัดเจนในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ว่าสัญญานั้นกรณีใดที่เป็น "สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs)" กรณีใดเป็น "สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (contrats prive de l'admistration)" หรือเป็น "สัญญาบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม (contrats services publics industriels et commerciaux)" ดังนั้นแม้จะนำแนวทางตามกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสซึ่งค่อนข้างที่จะให้ความสำคัญกับอำนาจพิจารณาของศาลปกครองมาพิจารณาแล้ว ก็ยังจะพบว่าเมื่อเกิดกรณีข้อพิพาทจากสัญญาซึ่งมีรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีอยู่ด้วยฝ่ายหนึ่งขึ้น ก็มีไม่ว่าทุกๆ กรณีพิพาทตามสัญญาดังกล่าวนั้นจะต้องเสนอข้อพิพาทไปยังศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาพิพากษาในทุกๆ กรณี เพราะตามแนวความคิดในการแบ่งแยกลักษณะของสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็น "สัญญาทางปกครอง" กับ "สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง" ตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสนั้น หากนิติกรรมที่กระทำขึ้นโดยฝ่ายปกครองนั้นเป็นแต่เพียงเรื่องของสัญญาที่ฝ่ายปกครองได้กระทำลงไปในทางแพ่งโดยมีเจตนาที่จะให้บังคับไปตามกฎหมายเอกชนธรรมดาแล้ว ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็จะสามารถนำมาพิจารณาตัดสินกันในศาลยุติธรรมทั่วไปที่มีศาลปกครองได้อยู่ดี ดังนั้นคำว่า "สัญญาทางปกครอง" ตามมาตรา 3 ของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของประเทศไทยจึงน่าที่จะต้องการรายละเอียดอยู่อีกมากมาเพื่อใช้ในการแบ่งแยก

2. หากจะพิจารณาต่อไปว่า กรณีของการตกลงให้นำเอากระบวนการอนุญาโตตุลาการมาเพื่อใช้สำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองซึ่งตามธรรมดาแล้วจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองนั้นจะสามารถกระทำได้หรือไม่เพียงไร จะพบว่าในเรื่องข้อห้ามในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมาเพื่อเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทซึ่งมีฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเองนั้น ก็ได้มีปรากฏว่าข้อยกเว้นไว้สำหรับกรณีที่ข้อพิพาทดังกล่าวมีที่มาจากสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าหรือการลงทุนระหว่างประเทศ หรือเป็นกรณีที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายพิเศษออกมาเพื่อยกเว้นอำนาจพิจารณาของศาลปกครองไว้เป็นการเฉพาะดังที่ผู้เขียนได้เคยอธิบายมาแล้วก่อนหน้านี้ ฉะนั้นการที่รัฐหรือฝ่ายปกครองของไทยจะไปทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญาที่เป็นนักลงทุนเอกชนต่างประเทศเพื่อให้มีการดำเนินการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นจึงไม่น่าที่จะกระทบต่ออำนาจของศาลปกครอง

แต่ประการใด ทั้งนี้จะต้องไม่ลืมว่า ความตกลงในการทำข้อสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่นนั้นก็ล้วนแต่ตั้งอยู่บนพื้นฐานในการให้ความยินยอมโดยสมัครใจ (Voluntary) ของ คู่สัญญา (Consent of the parties) ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดที่กำหนด ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติ ของรัฐอื่นไว้นั่นเอง

3. เมื่อได้นำหลักทางความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐอันเป็นที่ยอมรับกันใน ปัจจุบันว่า รัฐสามารถที่จะสละหรือจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยบางส่วนบางประการของตนลง ได้ หากการกระทำเช่นนั้นจะเป็นไปเพื่อหลักทางสันถวไมตรีระหว่างประเทศ หลักถ้อย ที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ หรือหลักอรรถศาสตร์ไมตรีระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับ ต่อการปฏิบัติตอบแทนในลักษณะเดียวกัน หลักการที่ยึดถือมาแต่เดิมว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นถือเป็นสิ่งที่มีความเด็ดขาดและมีสถานะสูงสุดที่จะถูกจำกัดมิได้ จึงไม่น่าที่จะสอดคล้องกับภาวะความเป็นจริงในสังคมระหว่างประเทศอีกต่อไปแล้ว ในปัจจุบัน ดังนั้นการที่รัฐหรือฝ่ายปกครองของประเทศไทยจะแสดงความจำนงในการเข้าผูกพันต่ออนุสัญญาฯ หรือดำเนินการเพื่อทำความตกลงหรือให้ยินยอมต่อการ เสนอข้อพิพาททางการลงทุนตามสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่าง ประเทศเพื่อให้ไปดำเนินการพิจารณาหรือระงับข้อพิพาทได้โดยกระบวนการ อนุญาโตตุลาการของศูนย์การระงับข้อพิพาทที่ตั้งขึ้นตามอนุสัญญาฯ นั้น จึงเป็นกรณี ที่รัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถที่จะกระทำได้โดยหาได้มีผลอันจะเป็นการเปลี่ยนแปลง หรือกระทบกระเทือนต่อเขตอำนาจของศาลปกครองแต่ประการใด

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

10. ความผูกพันของประเทศไทยภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น

ประเด็นหนึ่งที่มีความสำคัญ และจะได้นำมาพิจารณาต่อไปนั่นคือ ในกรณีที่ต่อไปหากปรากฏว่าประเทศไทยได้แสดงความจำนงในการเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญา ไม่ว่าจะโดยการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบต่ออนุสัญญา โดยสมบูรณ์แล้ว พันธกรณีเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นตามที่อนุสัญญา ได้กำหนดไว้ นั้น ประเทศไทยจะต้องยอมรับและเข้าผูกพันต่อเรื่องดังกล่าวในลักษณะใด มากน้อยเพียงใด และความผูกพันตามพันธกรณีเช่นนั้นจะส่งผลอย่างไรหรือไม่ต่อระบบการอำนวยความสะดวกการยุติธรรมภายในของประเทศ

สิ่งหนึ่งที่มีความสำคัญและจะต้องทำความเข้าใจให้ได้อย่างชัดเจนเป็นประเด็นแรกเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนั่นคือ ในกรณีที่ประเทศไทยได้แสดงความจำนงในการเข้าผูกพันต่ออนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้โดยสมบูรณ์แล้ว ผลของการแสดงเจตนาเข้าผูกพันดังกล่าวจะยังคงไม่มีผลที่ทำให้ถือได้ว่า ประเทศไทยได้แสดงเจตนาอันเป็นการยอมรับถึงขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ ที่ทำให้ศูนย์ จะสามารถเข้ามาดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญา ได้แล้วแต่ประการใด ทั้งนี้เพราะจากบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา ในมาตรา 72 ได้บัญญัติเป็นหลักไว้ดังต่อไปนี้

Article 72

Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 and 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.

จากบทบัญญัติที่ยกมาข้างต้นนั้นจึงทำให้เห็นได้อย่างเด่นชัดว่า แม้จะได้มีการแสดงเจตจำนงเพื่อการเข้าผูกพันโดยสมบูรณ์ต่ออนุสัญญา ตามแบบและวิธีการที่อนุสัญญา ได้กำหนดไว้แล้ว การแสดงเจตนาดังกล่าวหาได้เป็นการผูกมัดให้รัฐหรือคนชาติของรัฐผู้ได้แสดงเจตจำนงเข้าผูกพันต่ออนุสัญญา เช่นนั้น ให้จะต้องเสนอข้อพิพาทใดๆ ให้ศูนย์ พิจารณาเป็นอันเด็ดขาดไม่ ทั้งนี้เพราะการที่ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ จะเกิดมีขึ้นเหนือข้อพิพาทนั้นๆ ได้ จะต้องปรากฏว่าได้มีการแจ้งความประสงค์ร่วมกันของคู่กรณีนั้นๆ เป็นลายลักษณ์อักษรไปยังศูนย์ ในการที่จะเสนอข้อ

พิพาทให้เข้าสู่การพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา ดังที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 25 (1) อีกครั้งหนึ่งก่อน

และต่อกรณีเรื่ององค์ประกอบของการมีขอบอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทของศูนย์ฯ นี้ ก็ เป็นดังที่ได้กล่าวมาโดยตลอดว่า การกำหนดองค์ประกอบเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ตาม เงื่อนไขซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 25 นั้น ถือเป็นลักษณะพิเศษประการหนึ่งที่สำคัญที่ทำให้กระบวนการ กระทบข้อพิพาทของศูนย์ฯ กระทบข้อพิพาทตามอนุสัญญา มีความแตกต่างจากระบบการระงับ ข้อพิพาทอื่นๆ ซึ่งหลักการตามบทบัญญัติเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณา "Jurisdiction" ในอนุสัญญา นั้น มีดังนี้

1. เมื่อปรากฏความยินยอมของคู่กรณีในอันที่จะเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้เข้าสู่กระบวนการระงับ ข้อพิพาทของศูนย์ฯ แล้ว การถอนความยินยอมโดยอำเภอใจของคู่กรณีแต่เพียงฝ่ายเดียวนั้นจะ ไม่สามารถกระทำได้
2. หลักเรื่องขอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของพิพาท หรือ "Ratione Materiae" ซึ่งข้อพิพาทดัง กล่าวจะต้องเป็นข้อพิพาทที่มีประเด็นในทางกฎหมายเฉพาะที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนเท่านั้น
3. หลักเรื่องขอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของคู่กรณี หรือ "Ratione Personae" ซึ่งคู่กรณีแห่ง ข้อพิพาทฝ่ายหนึ่งจะต้องมีฐานะเป็นรัฐที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญา และคู่กรณีอีกฝ่าย หนึ่งจะต้องเป็นบุคคลที่มาจากรัฐอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นภาคีแห่งอนุสัญญา ดังกล่าวนี้อาจเช่นเดียวกัน

ก. การให้ความยินยอม : ประเทศไทยกับรูปแบบในการให้ความยินยอมที่จะนำเสนอข้อพิพาท เข้าสู่ขอบอำนาจพิจารณาโดยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ

เงื่อนไขเรื่องความยินยอมหรือความสมัครใจ (Voluntary) ในการที่จะมอบหมายให้ อนุญาโตตุลาการของของศูนย์ฯ ให้สามารถเข้ามาทำการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ต่างชาตินี้ ถือเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญที่สุดที่จะเป็นเครื่องกำหนดว่าข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นดังกล่าวนั้นจะสามารถเข้าสู่ขอบอำนาจพิจารณาโดยการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา ได้ หรือไม่ เพราะหากปราศจากความยินยอมแล้ว ก็ไม่มีทางที่จะนำเอากระบวนการระงับข้อพิพาทตาม อนุสัญญา มาใช้เพื่อการเยียวยาข้อพิพาทได้เลย และการที่อนุสัญญา ในมาตรา 25 (1) ได้ กำหนดแบบวิธีในการให้ความยินยอมที่รัฐจะให้ความยินยอมดังกล่าวว่าให้ความยินยอมของคู่กรณี ที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre) ดังนั้นแม้ว่าประเทศไทยได้

แสดงความจำนงในการเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาฯ ตามแบบที่มาตรา 68 กำหนดไว้แล้ว แต่ถ้ายังมีได้มีการให้ความยินยอมไว้โดยชัดแจ้งโดยการทำเป็นแจ้งเป็นหนังสือไปยังศูนย์ฯ ว่าประเทศไทยให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทกรณีใดให้อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ แล้ว ประเทศไทยก็จะยังคงไม่ต้องเสนอข้อพิพาทนั้นๆ ให้ศูนย์ฯ ดำเนินการพิจารณาแต่อย่างใด การที่อนุสัญญาฯ กำหนดแต่เพียงว่าให้แจ้งถึงความยินยอมเป็นหนังสือโดยมิได้กำหนดแบบวิธีที่แน่นอนไว้ว่าต้องทำความยินยอมออกมาในลักษณะใด และยังมีได้กำหนดระยะเวลาไว้ด้วยว่าในการให้ความยินยอมนั้นจะต้องให้ ณ เวลาใด การที่อนุสัญญาฯ มิได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้เช่นนี้ สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อมาก็คือหลักเกณฑ์และวิธีการในลักษณะใดที่ประเทศไทยควรจะนำมาใช้สำหรับการให้ความยินยอม และในการให้ความยินยอมควรจะทำ ณ ช่วงเวลาใด

โดยทั่วไปเมื่อพิจารณาจากข้อ 24 ของ Report of the Executive Directors on the Convention ซึ่งได้กล่าววกตัวอย่างถึงรูปแบบในการให้ความยินยอมไว้ว่า ความยินยอมอาจจะปรากฏอยู่ในรูปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาการลงทุนที่กำหนดให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ สำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจมีขึ้นในอนาคต ซึ่งการให้ความยินยอมเช่นนี้จะเป็นการให้ไว้เป็นการล่วงหน้า หรืออาจเป็นกรณีที่มีการให้ความยินยอมดังกล่าวจะปรากฏออกมาในรูปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Compromis) ซึ่งได้กระทำขึ้นภายหลังจากที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้นมาแล้ว หรืออาจเป็นในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนจะได้ทำการระงับความยินยอมของตนในการที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐของตนกับนักลงทุนต่างชาติให้เข้าสู่การพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ เป็นการล่วงหน้าไว้โดยการบัญญัติถึงความยินยอมเช่นนั้นไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนภายในรัฐของตน นอกจากนั้นการให้ความยินยอมของรัฐก็อาจปรากฏออกมาในรูปของการที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ไปทำความตกลงเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศขึ้นกับรัฐของผู้ลงทุนรัฐอื่นว่าจะให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ สำหรับการระงับข้อพิพาทด้วย (J.H. Barton & B.S. Fisher : International Trade and Investment, 1986, หน้า 4)

การที่จะพิจารณาว่าวิธีการเช่นไรที่ประเทศไทยควรจะนำมาใช้เป็นหลักในการให้ความยินยอมจากลักษณะที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนั้น สิ่งหนึ่งที่จะต้องคำนึงเป็นประการสำคัญนั้นคือ เมื่อได้ให้ความยินยอมแล้ว ผู้ให้ความยินยอมจะต้องถูกผูกมัดให้ไม่สามารถที่จะทำการเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวแต่ฝ่ายเดียว (When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally) ซึ่งลักษณะของการให้ความยินยอมต่อการเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่การระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ นั้นอาจจะแบ่งลักษณะในการให้ความยินยอมออกได้เป็น

- (ก) การให้ความยินยอมเป็นการล่วงหน้าก่อนที่จะมีการทำสัญญาทางการลงทุนกับเอกชนหรือก่อนที่จะมีข้อพิพาททางการลงทุนเกิดขึ้น

- (ข) การให้ความยินยอม ณ เวลาที่ได้ตกลงใจทำสัญญาทางการลงทุนกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ หรือการให้ความยินยอมหลังจากที่ข้อพิพาทได้มีเกิดขึ้นมาแล้วและต้องการที่จะเสนอข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นไปให้ศูนย์ฯ ดำเนินกระบวนการพิจารณา

ในการที่จะพิจารณาว่าประเทศไทยควรที่จะให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ตามลักษณะใดตามข้างต้นนั้น หากพิจารณาตามความเห็นของคณะทำงานเพื่อการยกร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง แล้ว ได้มีความเห็นร่วมกันว่า ในการให้ความยินยอมนั้น ประเทศไทยไม่ควรที่จะให้ความยินยอมเป็นการล่วงหน้า (รายงานการประชุมการยกร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น : สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, วันอังคารที่ 24 พฤศจิกายน 2541, หน้า 4) ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพราะการที่ อนุสัญญาฯ มาตรา 25(1) ได้กำหนดให้คู่สัญญาที่ได้ให้ความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ แล้ว จะเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวแต่โดยฝ่ายเดียวไม่ได้ (When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally) ทำให้การที่รัฐจะให้ความยินยอมไว้ก่อนเป็นการล่วงหน้าไม่ว่าจะโดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนดังเช่นที่ ข้อ 25 ของ Report of the Executive Directors on the Convention ได้กล่าวยกตัวอย่างมานั้น นอกจากจะเป็นการผูกมัดให้รัฐต้องเข้าผูกพันกับพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ในการที่จะต้องเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่อศูนย์ฯ เมื่อนักลงทุนต่างประเทศซึ่งเป็นคนชาติของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ อีกรัฐหนึ่งได้ร้องขอโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ซึ่งเท่ากับเป็นการสร้างภาระและข้อผูกมัดให้กับประเทศเกินไปโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังจะก่อให้เกิดปัญหาตามมาอีกว่า หากต่อมาประเทศไทยประสงค์ที่จะดำเนินการแก้ไขกฎหมายภายในเรื่องดังกล่าวแล้ว การแก้ไขกฎหมายภายในเรื่องดังกล่าวจะถือเป็นการถอนความยินยอมแต่เพียงฝ่ายเดียวซึ่งประเทศไทยจะสามารถกระทำได้หรือไม่ภายใต้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ มาตรา 25 (1) ด้วยเหตุผลดังกล่าว การให้ความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์ฯ นั้น สิ่งที่ประเทศไทยควรจะหลีกเลี่ยงที่จะนำมาใช้ก็คือการให้ความยินยอมเป็นการล่วงหน้าโดยวิธีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายใน ในทางกลับกัน จากความเห็นของคณะทำงานเพื่อการยกร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง นั้น ได้เสนอว่า จะเป็นการสมควรกว่าหากประเทศไทยจะให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนใดๆ ให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ โดยปรากฏออกมาในรูปของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางการลงทุนที่รัฐได้ทำขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาอนุมัติ

ของคณะรัฐมนตรีในแต่ละกรณีเป็นคราวๆ ไป โดยมีขั้นตอนในการดำเนินการคือ รัฐหรือหน่วยงานใดๆของรัฐจะสามารถทำสัญญาทางการลงทุนไปกับเอกชนต่างชาติโดยมีข้อสัญญาอนุญาตใตตุลาการดังกล่าวได้นั้น สัญญาทางการลงทุนจะต้องผ่านการตรวจสอบของสำนักงานอัยการสูงสุดและได้รับการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีในการทำสัญญาเรื่องดังกล่าวให้เป็นที่ยอมรับโดยเสียก่อน หากขั้นตอนทั้งหมดได้กระทำขึ้นโดยถูกต้องครบถ้วนและต่อมาได้ปรากฏว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาทางการลงทุนเรื่องนั้นๆแล้ว คู่สัญญาตามสัญญาทางการลงทุนก็สามารถที่จะเสนอข้อพิพาทนั้นให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาเพื่อการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ ได้ทันที โดยไม่จำเป็นที่จะต้องผ่านขั้นตอนในการขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่งแต่ประการใด (มาตรา 4 แห่งร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น , รายงานการประชุมการยกร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น : สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, วันอังคารที่ 24 พฤศจิกายน 2541 , หน้า 4)

ปัญหาต่อมาในเรื่องการให้ความยินยอมของรัฐ คือ หากเป็นกรณีที่ประเทศไทยได้เคยทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศอื่นๆ ไว้ โดยการทำความตกลงดังกล่าว ได้กำหนดให้มีการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางการลงทุนของศูนย์ฯ มาเพื่อการเยียวยาข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจมีเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างนักลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐคู่สัญญานั้นๆ กับประเทศไทยไว้ ในกรณีเช่นนี้ ประเทศไทยจะต้องผูกพันในการยินยอมให้มีการเสนอข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจมีเกิดขึ้นในอนาคตมากน้อยเพียงไร ซึ่งจากการศึกษากรณีดังกล่าว ผู้เขียนพบว่า ตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2504 เป็นต้นมากระทั่งปัจจุบัน ประเทศไทยได้ทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไว้กับประเทศต่างๆ จำนวน 24 ฉบับ โดยในจำนวนนี้ 18 ฉบับได้มีผลบังคับใช้แล้ว

และจากการที่การให้ความยินยอมในอันที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นอาจปรากฏอยู่ในรูปของความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ทำความตกลงทางการลงทุนไว้กับรัฐอื่น ข้อตกลงที่เกี่ยวกับการลงทุนที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นกับรัฐอื่น โดยประเทศไทยได้ตกลงที่จะให้การสนับสนุนและให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และในบรรดาข้อตกลงทางการลงทุนที่ทำขึ้นเหล่านั้นมีความตกลงบางฉบับที่ได้กำหนดให้ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นเข้ามามีบทบาทในการดำเนินการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนรัฐหนึ่งกับนักลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐคู่สัญญาแห่งความตกลงนั้นๆ อีกรัฐหนึ่ง โดยความตกลงในการระงับข้อพิพาทที่ปรากฏอยู่ดังกล่าวนั้นได้อ้างถึงกระบวนการอนุญาตใตตุลาการของศูนย์ฯ โดยมากมักจะเป็นความตกลงโดยปราศจากเงื่อนไขว่าจะต้องให้ประเทศไทยเห็นชอบด้วยกับการที่จะยินยอมให้มีการนำข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจเกิดขึ้น

ในโอกาสระหว่างประเทศไทยกับนักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น ให้นำไปเสนอเพื่อเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น การทำความเข้าใจในลักษณะนี้เช่นนี้ ท่านรองศาสตราจารย์อนันต์ จันทโรภากร ได้ให้ความเห็นว่าความตกลงนี้ถือเป็นการที่ประเทศไทยได้ให้ความไว้อินยอมล่วงหน้าที่จะเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นแล้ว การทำข้อตกลงตามลักษณะที่กล่าวมาก็จะมีผลเท่ากับเป็นการที่ประเทศไทยได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะเสนอข้อพิพาทให้ศูนย์ฯ พิจารณาชี้ขาดไปก่อนหน้าอย่างชัดแจ้งแล้ว เมื่อปรากฏว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นในภายหลังและเมื่อนักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สัญญาตามความตกลงนั้นได้แจ้งความยินยอมของตนไปยังศูนย์ฯ ก็พอเพียงที่ศูนย์ฯ จะถือว่าศูนย์ฯ ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีแห่งข้อพิพาทโดยครบถ้วนตามที่อนุสัญญาฯ มาตรา 25 (1) กำหนดไว้แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม จากการที่ความตกลงในลักษณะเช่นนี้มักจะถูกกำหนดให้มีผลใช้บังคับก็ต่อเมื่อรัฐคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐโดยสมบูรณ์แล้วเท่านั้น ดังนั้นตราบเท่าที่ประเทศไทยยังมีได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาฯ โดยสมบูรณ์ ข้อตกลงดังกล่าวก็ยังไม่จะมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย ในความตกลงเพื่อการคุ้มครองและการส่งเสริมทางการลงทุนที่รัฐบาลได้กระทำไว้ซึ่งได้มีการอ้างถึงความยินยอมให้นำเอากระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ มาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนนั้น มีดังเช่นที่ปรากฏในข้อตกลงต่อไปนี้ (ข้อมูลจากกองส่งเสริมเศรษฐกิจสัมพันธ์ กระทรวงการต่างประเทศ)

- Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Belgo-Luxemburg-Economic Union on the Promotion and Protection of Investments 1986 ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 12 (2) แห่งความตกลงดังกล่าวไว้ดังนี้ " ถ้าไม่อาจจะระงับข้อพิพาทได้ด้วยวิธีการดังกล่าว ภาคีผู้ทำสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยินยอมให้เสนอข้อพิพาทดังกล่าวเพื่อการไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการเมื่อคนชาติหรือบริษัทเช่นว่านั้นร้องขอตามบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ทำ ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 " (ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย กับ the Belgo-Luxemburg-Economic Union ฉบับนี้ในปัจจุบันยังไม่จะมีผลใช้บังคับเนื่องจากการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารยังไม่สมบูรณ์)
- ในข้อ 10 (2) ของ Agreement among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments 1987 ได้บัญญัติไว้ดังนี้ "หากความขัดแย้งเช่นว่านี้ไม่สามารถระงับด้วยวิธีการเช่นว่าได้ภายใน 6 เดือนนับแต่ได้มีการหยิบยกขึ้น คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเลือกที่จะเสนอข้อขัดแย้งเพื่อการประนีประนอมหรือการอนุญาโตตุลาการ และการเลือกเช่นนั้นจะมีผลผูกพันคู่ภาคีอีกฝ่าย

หนึ่ง ข้อขัดแย้งอาจเสนอไปยังศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับกรณีพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ไอ.ซี.เอส.ไอ.ดี.) คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (ยู.เอ็น.ซี.ไอ.ที.อาร์.เอ.แอล.) ศูนย์อนุญาโตตุลาการแห่งภูมิภาค ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์ หรือศูนย์อนุญาโตตุลาการอื่นๆ ในอาเซียน องค์กรใดองค์กรหนึ่งก็ได้ ซึ่งภาคีที่มีข้อขัดแย้งเห็นชอบร่วมกันที่จะแต่งตั้งเพื่อความมุ่งประสงค์ในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ” (ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย กับ the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, the Republic of the Philippines และ the Republic of Singapore นี้ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 12 เมษายน 2532)

- ในข้อ 11 ของ Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of Korea for the Promotion and Protection of Investments 1989 และในข้อ 11 ของ Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of Hungary for the Promotion and Protection of Investments 1991 ซึ่งได้ระบุว่าเช่นเดียวกันว่า “ในกรณีที่ภาคีผู้ทำสัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นรัฐภาคีผู้ทำสัญญาของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ทำ ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 ภาคีผู้ทำสัญญาแต่ละฝ่ายจะยินยอมให้เสนอข้อพิพาททางกฎหมายใดๆ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการลงทุนซึ่งกระทำโดยคนชาติหรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้มีการไกล่เกลี่ยหรือเพื่อให้มีการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่อคนชาติหรือบริษัทเช่นว่านั้นร้องขอ ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าว” (ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย กับ the Government of the Republic of Korea และระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย กับ the Government of the Republic of Hungary นี้ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 กันยายน 2532 และเมื่อวันที่ 18 ตุลาคม 2534 ตามลำดับ)
- ในข้อ 10 ของ Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments 1991 ก็ได้บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่ภาคีผู้ทำสัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นรัฐภาคีผู้ทำสัญญาของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ทำ ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 และไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยฉันทมิตรหรือด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทอื่นๆ ภาคีผู้ทำสัญญาแต่ละฝ่ายจะยินยอมให้เสนอข้อพิพาททางกฎหมายซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการลงทุนที่กระทำโดยคนชาติหรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยหรือโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่อคนชาติหรือบริษัทเช่นว่านั้นร้องขอ ทั้งนี้ โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าว” (ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย กับ the Government of the

Republic of Peru นี้ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2534) ซึ่งก็คล้ายกับที่บัญญัติไว้ในข้อ 10 ของ Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Czech Republic for the Promotion and Protection of Investments 1994 ว่า "ในกรณีที่ภาคีผู้ทำสัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นรัฐภาคีผู้ทำสัญญาของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ทำ ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 และไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยฉันมิตรหรือด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทอื่นๆ ภาคีผู้ทำสัญญาแต่ละฝ่ายจะยินยอมให้เสนอข้อพิพาททางกฎหมายซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการลงทุนที่กระทำโดยนักลงทุนของรัฐภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยหรือโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่อนักลงทุนเช่นว่านั้นร้องขอ ทั้งนี้ โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าว" (ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย กับ the Government of the Czech Republic นี้ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2538)

- ในข้อ 8 (2) (บี) ของ Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of Finland for the Promotion and Protection of Investments 1994 ซึ่งได้บัญญัติไว้ดังนี้

(2) " หากการปรึกษาหารือเหล่านี้ไม่สามารถบรรลุผลภายในระยะเวลาสามเดือนนับจากวันที่มีการขอให้ระงับข้อพิพาท คนชาติหรือบริษัทอาจเลือกในการเสนอข้อพิพาทเช่นว่านั้น เพื่อการระงับ ณ

(เอ) ศาลภายในที่มีอำนาจของรัฐภาคีซึ่งการลงทุนนั้นได้กระทำขึ้น

(บี) ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนในกรณีที่ภาคีผู้ทำสัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นรัฐภาคีผู้ทำสัญญาของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ซึ่งเปิดให้ลงนาม ณ กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965" (ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย กับ the Government of the Republic of Finland นี้ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2539)

เมื่อพิจารณาจากข้อบัญญัติในความตกลงทางการลงทุนที่กล่าวมาตามข้างต้น จะเห็นได้ว่าความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยได้กระทำไปในลักษณะที่เป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สัญญาแห่งความตกลงอีกรัฐหนึ่งนั้นได้มีโอกาสในเลือกการที่จะขอให้กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยที่เมื่อมีการร้องขอเช่นนั้นรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งกรณีนี้

จะหมายถึงประเทศไทยก็จะต้องให้ความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทไปให้ศูนย์ฯ ดำเนินการเพื่อการเยียวยาต่อไป ผลของความตกลงดังกล่าวอาจจะดูเป็นกรณีที่น่าตกใจที่หากว่าประเทศได้ให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือให้ความเห็นชอบเพื่อการเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาโดยสมบูรณ์แล้ว ประเทศไทยก็ต้องถูกผูกมัดโดยพันธกรณีที่เกิดขึ้นตามความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ได้ทำไว้ทั้งหลายเหล่านั้นโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้เลยหรือไม่ ต่อปัญหาดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่า การจะพิจารณาเรื่องดังกล่าวให้ได้เป็นอย่างดีจำเป็นต้องเข้าใจ และสามารถนำเอาหลักเกณฑ์ที่แท้จริงที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นที่ว่าด้วยหลักในเรื่องความยินยอม (Consent) โดยสมัครใจของคู่สัญญา ในการที่จะตกลงใจทำความตกลงระหว่างกันในส่วนที่จะมอบหมายให้องค์กรอำนวยความสะดวกอื่นเข้ามาทำหน้าที่ในการเยียวยาและดำเนินการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น ซึ่งตามนัยยะแห่งอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ก็จะหมายถึงการประนีประนอมหรือการอนุญาโตตุลาการโดยศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนั่นเอง การศึกษาในรายละเอียดเรื่ององค์ประกอบและหลักเกณฑ์ในพิจารณารูปแบบทั้งในเรื่องการให้ความยินยอมและการถอนความยินยอมของคู่กรณีนั้น ผู้เขียนได้ดำเนินการศึกษาผ่านมาแล้วในบทที่สอง จึงจะไม่ขอขยายอธิบายในรายละเอียดซ้ำใหม่ทั้งหมดอีก แต่ผู้เขียนจะขอสรุปหลักการสำคัญของเรื่องดังกล่าวที่อาจจะสามารถนำมาใช้เพื่อให้เข้าใจได้อย่างเด่นชัดว่า จากการศึกษาในประเทศไทยได้เคยทำความตกลงในการที่จะความยินยอมในการเสนอข้อพิพาททางการลงทุนไว้ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับรัฐคู่สัญญาอื่นดังกล่าวจะทำให้ประเทศไทยมีภาระผูกพันมากเช่นไรและจะมีทางออกในประการอื่นเช่นใดหรือไม่ที่จะสามารถผ่อนคลายนข้อผูกมัดเช่นนั้น หากว่าประเทศไทยประสงค์ที่จะให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฉบับนี้ต่อไปในอนาคต

ดังที่ทราบมาแล้วว่า มาตรา 25 แห่งอนุสัญญาฯ และในรายงานของคณะกรรมการบริหารข้อ 24 นั้นถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สำคัญที่สุดที่เกี่ยวข้องกับการวางหลักเกณฑ์ที่ในการให้ความยินยอมของคู่กรณีที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ไว้ โดยความตกลงดังกล่าวจะต้องมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรแจ้งไปยังศูนย์ฯ หรืออาจจะปรากฏออกมาในรูปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาการลงทุนที่มีการกำหนดให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ไว้เป็นการล่วงหน้า หรืออาจเป็นกรณีที่การให้ความยินยอมดังกล่าว ปรากฏออกมาในรูปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Compromis) ซึ่งได้ทำขึ้นภายหลังจากที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้นมาแล้วก็ได้ นอกจากนั้นรัฐผู้รับการลงทุนก็อาจจะทำการระงับความยินยอมเช่นนั้นของตนเป็นการล่วงหน้าไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนภายในของรัฐตน และการให้ความยินยอมดังกล่าวของคู่กรณีเช่นนั้น ก็ยังไม่จำเป็นต้องปรากฏอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันแต่อย่างใดด้วยแต่เมื่อคู่สัญญาได้ให้ความยินยอมแล้วจะเพิกถอนความยินยอมดังกล่าว

กล่าวแต่โดยฝ่ายเดียวไม่ได้ และคู่กรณีก็จะกระทำการใดๆ ให้ขัดต่อเจตจำนงเดิมที่ฝ่ายตนได้ให้ความยินยอมไว้โดยผลการฝ่ายเดียวก็ไม่ได้เช่นกัน การเพิกถอนความยินยอมแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยเฉพาะในส่วนของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นอาจปรากฏออกมาในรูปของ

1. การเพิกถอนความยินยอมโดยการใช้สิทธิในการตั้งข้อสงวนตามมาตรา 25 (4)
2. การเพิกถอนความยินยอมโดยการยกเลิกสัญญาฉบับหลักหรือการที่ถือว่าสัญญาฉบับหลักไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งการยกเลิกสัญญาหลักหรือการอ้างความสมบูรณ์ของสัญญาหลักว่าสัญญาหลักไม่มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายอีกต่อไปแล้วเช่นนี้ข้อตกลงทางอนุญาโตตุลาการจะยังสมบูรณ์และใช้บังคับได้อยู่ตราบเท่าที่ข้อตกลงนั้นมิได้ถูกยกเลิกไปโดยเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย
3. การเพิกถอนความยินยอมโดยการแก้ไขกฎหมายภายในของรัฐที่รัฐฯ นั้นได้บัญญัติให้ความยินยอมไว้เองแต่แรก
4. การเพิกถอนความยินยอมโดยการยกเลิกสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทางการลงทุนระหว่างรัฐซึ่งได้บัญญัติให้รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้ความยินยอมที่เกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ เมื่อนักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สนธิสัญญาอีกรัฐหนึ่งร้องขอ

หลักเกณฑ์และรูปแบบในการให้ความยินยอมและการถอนความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ยกมาข้างต้นนั้น ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า การให้ความยินยอมเป็นการล่วงหน้าที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนต่อศูนย์ฯ ตามอนุสัญญานั้น ได้มีปรากฏขึ้นจริงจากการที่ประเทศไทยได้ทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อการส่งเสริมการลงทุนหลายต่อหลายฉบับที่มีข้อกำหนดดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนโดยไร้ข้อโต้แย้ง ซึ่งการกระทำดังกล่าวไว้เช่นนั้น ประเทศไทยก็ควรจะต้องยอมรับในข้อผูกมัดในความตกลงดังกล่าวที่อาจจะเกิดขึ้นเมื่อนักลงทุนที่มาจากรัฐภาคีแห่งความตกลงนั้นได้ร้องขอ ซึ่งในทางทฤษฎีประเทศไทยก็จำเป็นต้องยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นไปให้ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นทำการพิจารณา

และจากในทัศนะของผู้เขียน ผู้เขียนเองค่อนข้างจะเห็นด้วยกับการที่ประเทศไทยสมควรที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ได้เคยทำไว้โดยสุจริต และเคารพต่อหลักการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นชาติสมาชิกที่มีเกียรติมีศักดิ์ศรีและถือเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมโลกอยู่ ประเทศไทยจึงควรที่จะเคารพต่อวัตถุประสงค์ที่ได้รับการวางไว้โดยอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น และจะต้องไม่พยายามทำการอย่างใดๆ โดยไม่สุจริตที่จะมีผลเป็นละเมิดต่อข้อสัญญาดังกล่าว แต่ถ้าจะต้องตอบคำถามว่าประเทศไทยก็จะยอมรับและต้องถูกผูกมัดโดยพันธกรณีที่เกิดขึ้นตามความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ได้ทำไว้ดังที่กล่าวมาเหล่านั้นโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้เลยหรือไม่ ต่อปัญหาในประการนี้ผู้เขียนเห็น

ว่าไม่จำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องผูกพันถึงขนาดนั้น ทั้งนี้เพราะสิ่งหนึ่งที่จะต้องไม่ลืมในการนำมาพิจารณาประกอบนั้นก็คือหลักกฎหมายที่สำคัญที่สุดของการมีเกิดขึ้นของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพราะกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของความตกลงร่วมกันโดยแท้ (Consensual element) ของคู่สัญญาที่ได้กำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันนั้นเข้าสู่กระบวนการในการระงับข้อพิพาท โดยประการที่คู่สัญญาได้มีเจตนาเห็นพ้องต้องกันนอกจากระบบในการอำนวยความสะดวกโดยศาลภายในของรัฐตามปกติ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลประกอบการตัดสินใจที่ได้เล็งเห็นผลดีหรือโดยที่เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดความสะดวก รวดเร็วในการระงับข้อพิพาทมากกว่ากรณีปกติอย่างไรก็ตาม การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่มีลักษณะของสัญญาซึ่งหลักของความยินยอมของคู่กรณีจะต้องได้รับการเคารพด้วยเช่นกัน ดังนั้นการที่จะบังคับให้ต้องดำเนินการพิจารณาหรือเยียวยาข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการที่เป็นไปโดยการบังคับหรือไม่ได้เกิดจากความเต็มใจจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมาตั้งแต่แรกของการทำสัญญานั้นๆ แล้ว ก็ย่อมเท่ากับเป็นการที่ทำให้ประโยชน์ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะได้รับจากลักษณะพิเศษของการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้กลับต้องเสื่อมเสียลงไปจากเดิมซึ่งตั้งอยู่บนหลักแห่งความตกลงร่วมกันของคู่สัญญา เมื่อพิจารณาจากเหตุผลดังกล่าวมา แม้ว่าจะมีการทำข้อตกลงทางการลงทุนระหว่างประเทศเช่นนั้นไว้ ประเทศไทยก็ไม่ควรที่จะต้องเข้าผูกมัดโดยเคร่งครัดจนถึงกลับขนาดที่ไม่ว่าการณ์ใดรัฐก็คงยังจะต้องยินยอมให้มีการเสนอข้อพิพาทจากสัญญาทางการลงทุนเรื่องนั้นไปให้อนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ดำเนินการพิจารณาทุกกรณีไป แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าโดยสภาพและองค์ประกอบของสัญญาทางการลงทุนเรื่องนั้นไม่จำเป็นในประการใดเลยที่จะต้องนำไปให้ศูนย์ฯ จัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณา และจากปัจจัยที่ผลจากการบังคับใช้ของความตกลงระหว่างประเทศในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐคู่สัญญานี้มักจะดำเนินไปเป็นระยะเวลาช้านาน ทำให้ในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวนั้นปัจจัยด้านสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง อาจเปลี่ยนแปลงไป และอาจส่งผลต่อภาวะการลงทุน ตลอดจนความสัมพันธ์ทางการทูตระหว่างรัฐคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้ต้องเปลี่ยนแปลงไปได้ตามระยะเวลานั้นได้ จากการเปลี่ยนแปลงทางสภาพแวดล้อมดังกล่าวนี้เองที่อาจส่งผลให้ความตกลงที่ได้ทำกันไว้เมื่อระยะเวลาที่นานมาแล้วนั้นไม่มีความเหมาะสม หรือไม่มี ความจำเป็นที่จะนำมาใช้ระหว่างกันอีกต่อไป ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากรัฐบาลไทยไม่ประสงค์ที่จะให้นำข้อพิพาทจากสัญญาทางการลงทุนเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ ตามที่ถูกผูกมัดไว้โดยข้อตกลงทางการลงทุนเช่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หนทางออกในเรื่องนี้ประการหนึ่ง คือในช่วงก่อนที่จะได้มีการทำสัญญาทางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นๆ ในขั้นของการเจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ยังคงมีอำนาจที่ใช้โอกาสจากการเจรจาต่อรองเพื่อการขอให้เอกชนต่างชาติที่จะเข้ามาทำสัญญาทางการลงทุนและประสงค์จะให้มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยอ้างถึงการให้ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้ โดยรัฐอาจเจรจาต่อ

รองให้เอกชนรายนั้นยินยอมที่จะเปลี่ยนแปลงหรือมีข้อตกลงในประการใดที่มีผลให้ถือได้ว่าเป็นการยกเลิกการให้ความยินยอมของรัฐที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนดังกล่าวต่อขออำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ไว้ในสัญญาทางการลงทุนฉบับนั้นอย่างชัดเจน การบัญญัติข้อตกลงเพื่อการเพิกถอนความยินยอมของรัฐเช่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสามารถตกลงกระทำได้ เพราะไม่ถือเป็นการเพิกถอนความยินยอมแต่โดยฝ่ายเดียวของรัฐ แต่เกิดจากความตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จึงไม่ต้องห้ามตามที่มาตรา 25 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นได้วางไว้ อย่างไรก็ตามการทำข้อตกลงเพื่อขอเพิกถอนความยินยอมของรัฐตามที่กล่าวมานี้ จะต้องเป็นไปโดยความตกลงร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วยความสมเหตุสมผลและตั้งอยู่บนหลักแห่งความสุจริตด้วย

อย่างไรก็ดี จากการที่รูปแบบในการบัญญัติถึงให้การยอมรับถึงอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ที่ประเทศไทยได้ทำเป็นความตกลงเพื่อการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนไว้กับประเทศอื่นตามตัวอย่างที่ผู้เขียนได้ยกมาข้างต้น การปรากฏข้อสัญญาเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีจะนำมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทซึ่งข้อตกลงเพื่อการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนเช่นนั้นได้ระบุให้มีลักษณะที่เป็นขั้นเป็นตอน กล่าวคือ ก่อนที่จะนำกรณีพิพาทไปสู่การอนุญาโตตุลาการได้นั้นจะต้องมีการดำเนินการระงับข้อพิพาทดังกล่าวลงโดยการปรึกษาหารือหรือการเจรจา ก่อน แต่หากเมื่อพ้นจากระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามข้อตกลงแล้วปรากฏว่า คู่กรณียังไม่สามารถระงับข้อพิพาทระหว่างกันลงได้แล้ว จึงจะค่อยเสนอข้อพิพาทดังกล่าวไปให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการพิจารณาต่อไป อย่างไรก็ตาม การที่จะทำความตกลงการระงับข้อพิพาทตามรูปแบบที่ปรากฏอยู่ในข้อตกลงเพื่อการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนเช่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการที่ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนดังกล่าวโดยมากจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนักลงทุนต่างชาติเป็นฝ่ายที่มีโอกาสเลือกในการที่จะเสนอข้อพิพาทไปให้ศูนย์ฯ ดำเนินการพิจารณาหรือไม่แต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งในข้อตกลงทางการลงทุนระหว่างประเทศลักษณะเช่นนี้ รัฐบาลไทยกลับจะต้องเป็นฝ่ายที่ถูกกำหนดว่าจะต้องให้ความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทนั้นๆ ต่อศูนย์ฯ ด้วย เมื่อนักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้นได้ร้องขอ การทำความตกลงระหว่างประเทศไว้เช่นนี้ก็เท่ากับเป็นการที่รัฐได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่การพิจารณาของศูนย์ฯ ไว้เป็นการล่วงหน้า เพียงแต่รอว่าเมื่อไหร่ที่ฝ่ายนักลงทุนเอกชนจะแสดงเจตนาเรียกร้องให้รัฐต้องให้ความยินยอมไปอีกครั้งหนึ่งเท่านั้น ลักษณะในการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นแต่เพียงฝ่ายที่จะต้องให้ความยินยอมตามข้อเรียกร้องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะแจ้งมายังรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวเช่นนี้ ก็เท่ากับเป็นการผูกมัดให้รัฐจะต้องให้ความยินยอมแก่เอกชนเมื่อเอกชนได้ร้องขอเท่านั้นโดยที่รัฐจะไม่สามารถเสนอทางเลือกอื่นได้ เว้นไว้แต่จะเป็นกรณีที่รัฐสามารถจะนำวิธีการเจรจาต่อรองในชั้นของการทำสัญญาทางการลงทุนกับเอกชนรายนั้นมาใช้ เพื่อขอให้มีการระงับความตกลงร่วมกันไว้ในสัญญาทางการลงทุนฉบับนั้นๆ ซึ่งมีผลเป็นการเพิกถอนความยินยอมล่วงหน้าเพียงฝ่ายเดียวของรัฐ ตามความตกลงร่วมกันของคู่สัญญาดังที่กล่าว

มาแล้วข้างต้น ดังนั้นหากมีการทำข้อตกลงเพื่อการส่งเสริมการค้าการลงทุนไว้กับต่างประเทศใน ลักษณะผูกมัดให้รัฐบาลไทยจะต้องให้ความยินยอมต่อขออำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ เมื่อนักลงทุน ต่างชาตินั้นร้องขอแต่เพียงฝ่ายเดียวดังกล่าวเช่นนั้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีกฎหมายภายในที่ กำหนดว่าในการให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาททางสัญญาทางการลงทุนใดเข้าสู่การพิจารณา ของศูนย์ฯ ได้นั้นให้เป็นไปโดยดุลยพินิจและการอนุมัติของคณะกรรมการเป็นคราวๆ ไป สิ่งหนึ่งที่จะ เกิดเป็นปัญหาตามมานั้นคือ หากคณะกรรมการจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาที่จะไม่อนุมัติให้มีระบូ ถึงความยินยอมในการที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ฯ เมื่อได้เกิดข้อพิพาทขึ้นกับนักลงทุนนั้นๆ ไว้ใน สัญญาทางการลงทุนดังกล่าว ก็จะทำให้เห็นว่า คณะรัฐมนตรีได้ใช้ดุลยพินิจไปในทางที่ขัดกับพันธกรณี และความตกลงระหว่างประเทศที่ตนได้ไปทำสัญญาไว้กับรัฐอื่นอยู่ก่อนแล้วนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ผู้เขียน จึงเห็นด้วยว่า ในระดับของข้อตกลงระหว่างประเทศ การที่ประเทศไทยจะเข้าทำความตกลงทางการ ลงทุนใดๆ ต่อไปกับรัฐอื่นนั้น ไม่ควรที่จะกำหนดข้อบัญญัติการอนุญาตตุลาการในลักษณะที่เป็น การบังคับให้รัฐจะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมเมื่อถูกเรียกร้องจากฝ่ายนักลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียว ข้อ สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นควรจะต้องอยู่บนหลักแห่งเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสอง ฝ่ายในระหว่างการเจรจาต่อรองเพื่อการทำสัญญาทางการลงทุนระหว่างกัน ดังนั้น การที่จะให้คณะ รัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาให้ความยินยอมในการยอมรับขออำนาจพิจารณาของศูนย์ การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น โดยสามารถพิจารณาไปตามเหตุผล และความเหมาะสมตามลักษณะและข้อเท็จจริงแห่งสัญญาทางการลงทุนนั้นๆ ว่าการให้ความยิน ยอมเกี่ยวกับข้อสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาทางการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่าง ชาติดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อให้เกิดประโยชน์สามารถสร้างบรรยากาศที่ดีทางการลงทุนขึ้น หรือทำให้คู่ สัญญาทั้งสองฝ่ายเกิดความมั่นใจว่าจะสามารถใช้กระบวนการเยียวยาข้อพิพาทที่เป็นกลาง และไม่ มีลักษณะของความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องโดยจะไม่เกิดผลกระทบ ประการอื่นที่จะก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่า ได้อย่างแท้จริงแล้ว การหลีกเลี่ยงในการบัญญัติให้ ความยินยอมของรัฐนั้นเป็นไปโดยลักษณะของการถูกผูกมัดให้ต้องเสนอความยินยอมเมื่อถูกร้องขอ แต่เพียงฝ่ายเดียวดังกล่าวจึงเป็นสิ่งจำเป็น และดังที่กล่าวมาแล้วว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศใน ปัจจุบันให้การยอมรับว่า ข้อตกลงอนุญาตตุลาการนั้นมีสถานะเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นเอก เทศที่สามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้ ดังนั้นการตกลงเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงเกี่ยวกับ อนุญาตตุลาการดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่สามารถจะกระทำได้ แต่สิ่งสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงด้วยนั่นก็ คือ หากประสงค์ที่จะดำเนินการแก้ไขข้อสัญญาอนุญาตตุลาการแล้วก็ต้องดำเนินการแก้ไขไปที่ ข้อสัญญาดังกล่าวโดยตรง การที่เพียงแต่จะตกลงให้สัญญาฉบับหลักหรือการให้ถือว่าสัญญาฉบับ หลักไม่มีผลบังคับใช้ไปเท่านั้น การยกเลิกสัญญาหลักหรือการอ้างความไม่สมบูรณ์ของสัญญาฉบับ หลักว่าสัญญาหลักไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายอีกต่อไปแล้วดังกล่าว จะไม่มีผลทำให้ข้อตกลงทาง การอนุญาตตุลาการขาดความสมบูรณ์หรือไม่สามารถบังคับใช้ได้แต่ประการใด เพราะข้อสัญญา

อนุญาโตตุลาการนั้นจะยังมีผลบังคับใช้อยู่ได้อยู่ตราบเท่าที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นมีได้ถูกยกเลิกหรือแก้ไขในสาระสำคัญไปโดยเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ข. ขอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของพิพาท หรือ "Ratione Materiae" : ประเทศไทยกับการกำหนดประเภทของข้อพิพาทที่สามารถเสนอเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์

อนุสัญญาในมาตรา 25 (1) ได้กำหนดเงื่อนไขอีกประการหนึ่งในการที่ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ จะสามารถครอบคลุมไปพิจารณาเหนือข้อพิพาทนั้นๆ ได้ กล่าวคือข้อพิพาทดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน (any legal dispute arising directly out of an investment) แต่อย่างไรก็ดีหลักกฎหมายในเรื่องที่มาแห่งอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นถือว่าข้อกำหนดในการใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีนั้นเป็นเรื่องมีลักษณะในทางสัญญา (Contractual nature) ซึ่งข้อตกลงหรือความยินยอมโดยสมัครใจของคู่กรณีที่จะให้ใช้การอนุญาโตตุลาการมาเป็นเครื่องมือเพื่อการระงับข้อพิพาทกรณีนั้นๆ จะเป็นสิ่งที่กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเรื่องนั้นหรือไม่ เพียงใดก็เป็นไปตามสภาพแห่งความยินยอมของคู่สัญญานั้นเอง และเมื่อถือว่าความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดขอบอำนาจพิจารณาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังที่กล่าวมาแล้ว ในอนุสัญญา มาตรา 25 (4) ก็ได้บัญญัติให้รัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้สามารถใช้สิทธิในการกำหนดประเภทแห่งข้อพิพาทที่รัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญารัฐนั้นจะ "ถือ" หรือ "ไม่ถือ" ว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ การใช้สิทธิในประการนี้ถือเป็นการตั้งข้อสงวนเพื่อเป็นการบรรเทาพันธกรณีที่รัฐจะต้องเข้าผูกพันตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา นั้นเอง

สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อมาในเรื่องของการตั้งข้อสงวนนั้นคือหากประเทศไทยจะแสดงความจำนงในการเข้าผูกพันต่ออนุสัญญา นั้น จะเป็นการแสดงความจำนงโดยมีการตั้งข้อสงวนไว้หรือไม่ และหากจะเป็นการแสดงความจำนงในการเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาโดยมีการตั้งข้อสงวนไว้ด้วยแล้ว ข้อพิพาททางกฎหมายอันเนื่องมาจากการลงทุนในกรณีใดบ้างที่ประเทศไทยจะกำหนดให้ "ถือ" หรือ "ไม่ถือ" ว่าเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์

ตามทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า เมื่อคณะทำงานที่เกี่ยวข้องในการยกร่างพระราชบัญญัติเพื่อการอนุวัติการตามอนุสัญญา ต่างก็ได้มีความเห็นร่วมกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการให้ "ความยินยอม" ในตอนต้นแล้วว่า ลักษณะของการให้ความยินยอมของประเทศไทยนั้น ไม่ควรจะเป็นการให้ความยินยอมล่วงหน้า แต่ควรจะเป็นการให้ความยินยอมเป็นรายกรณีไป และเป็นไปโดยการความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี (รายงานการประชุมการยกร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตาม

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น : สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง , วันอังคารที่ 24 พฤศจิกายน 2541 , หน้า 5) ดังนั้นการตั้งข้อสงวนจึงอาจจะไม่จำเป็นที่จะต้องกระทำ ทั้งนี้เพราะสามารถที่จะพิจารณาได้ในขั้นก่อนที่จะมีการให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทนั้นๆ ให้เข้าสู่การพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ได้อยู่แล้วว่า ในสัญญาทางการลงทุนที่ภาคีรัฐของไทยจะได้ตกลงทำไว้กับเอกชนนักลงทุนต่างประเทศในเรื่องนั้นๆ ว่าหากมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการลงทุนตามสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นมา รัฐบาลไทยจะยินยอมให้มีการเสนอข้อพิพาทเรื่องนั้นเข้าสู่การพิจารณาโดยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ หรือไม่ ยิ่งกว่านั้นเมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะในการตั้งข้อสงวนของประเทศอื่นๆ ที่ผ่านมาจะพบว่าในบางครั้งการตั้งข้อสงวนไว้เป็นการล่วงหน้านั้นกลับเป็นการไม่สอดคล้องวัตถุประสงค์ในการที่รัฐผู้รับการลงทุนจะได้นำกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ดำเนินการขึ้นตามอนุสัญญาฯ มาใช้เป็นเครื่องมือส่งเสริมให้เกิดบรรยากาศที่ดีทางการลงทุนขึ้นในรัฐของตน ทั้งนี้เพราะการตั้งข้อสงวนดังกล่าวของรัฐภาคีสมาชิกบางรัฐกลับตั้งไปในลักษณะที่กำกวม ไม่ชัดเจน จนดูเหมือนกับรัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้นมิได้แสดงความประสงค์ในการที่จะจำกัดการเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาฯ แต่ประการใดเลย เช่นในกรณีการตั้งข้อสงวนของประเทศปาปัวนิวกินี ที่มีเนื้อความในการตั้งข้อสงวนไว้ดังนี้

"ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 25(4) แห่งอนุสัญญาฯ ประเทศคู่สัญญาใดๆ อาจประกาศต่อศูนย์ฯ ณ เวลาที่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าวเกี่ยวกับประเภทของข้อพิพาทที่จะถือหรือไม่ถือว่าเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้ ดังนั้น ณ บัดนี้ รัฐบาลแห่งประเทศปาปัวนิวกินีขอประกาศว่า ข้อพิพาทที่จะได้รับการเสนอให้เข้าสู่การพิจารณาโดยศูนย์ฯ ได้นั้น ได้แก่ข้อพิพาทที่มีพื้นฐานมาจากการลงทุนดังกล่าว "

หรือในบางกรณีการตั้งข้อสงวนก็เป็นไปในลักษณะที่เปิดโอกาสให้รัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้นสามารถเข้ามาใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในภายหลังจนในบางครั้งอาจทำให้เข้าใจไปได้เลยว่า รัฐที่ตั้งข้อสงวนเช่นนั้นได้อาศัยการตั้งข้อสงวนมาเป็นเครื่องมือในการที่ตนจะไม่ต้องเข้าผูกพันในการที่จะต้องเสนอข้อพิพาททางการลงทุนใดๆ ที่เกิดขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติให้เข้าสู่การพิจารณาโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ แต่ประการใดเลย เป็นต้นว่า ข้อสงวนของประเทศซาอุดีอาระเบียซึ่งได้มีเนื้อความในการตั้งข้อสงวนตอนหนึ่งที่ระบุว่า

"ราชอาณาจักรขอสงวนสิทธิในอันที่จะไม่ส่งข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับน้ำมัน และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐไปยังศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการประนอมข้อพิพาทหรือโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ"

หรือในกรณีของการตั้งข้อสงวนของประเทศตุรกี ซึ่งได้มีเนื้อความในการตั้งข้อสงวนตอนหนึ่งดังนี้ "ภายใต้มาตรา 25(4) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นที่เกี่ยวกับประเภทของข้อพิพาทที่จะได้รับการพิจารณาว่ามีความสมควรหรือไม่สำหรับการส่งข้อพิพาทให้เข้าไปอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ นั้น ข้าพเจ้าขอประกาศว่าเฉพาะแต่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยตรงจากกิจกรรมทางการลงทุนซึ่งได้รับการอนุมัติที่มีความสอดคล้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยเงินทุนต่างประเทศของสาธารณรัฐตุรกี และกิจกรรมทางการลงทุนดังกล่าวนั้นได้เริ่มดำเนินการไปแล้วเท่านั้นที่จะอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ อย่างไรก็ตาม หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน หรือ ทรัพย์สินที่เหนือทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจโดยเด็ดขาดของศาลตุรกีแล้ว ในกรณีเช่นนั้น ข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวจะไม่ได้รับการส่ง เพื่อไปให้ศูนย์ฯ ดำเนินการพิจารณา"

จากตัวอย่างของข้อสงวนที่ได้ยกมาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าการตั้งข้อสงวนในบางครั้ง รัฐผู้ตั้งข้อสงวนนั้นยังคงมีความกังวลต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ได้เนิ่นการโดยศูนย์ฯ จึงยังคงมุ่งที่จะให้ความสำคัญกับการรักษาอำนาจอธิปไตยของรัฐตนอยู่มาก เพราะยังคงมีทัศนะว่าการที่รัฐให้ความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทให้ศูนย์ฯ สามารถเข้ามาดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทได้นั้นถือเป็นการที่รัฐได้ยินยอมที่จะเสียอำนาจอธิปไตยของตนไปมากกว่าที่จะมองว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาฯ นี้ ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้มีองค์ประกอบสำหรับการสร้างให้เกิดความสมดุลย์ขึ้นต่อกระบวนการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจมีเกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและผู้ลงทุนเอกชนจากต่างประเทศ อันจะเป็นเครื่องนำไปสู่การสร้างบรรยากาศที่ดีให้เกิดขึ้นกับภาวะทางการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นจุดมุ่งหมายหลักอันแท้จริงของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ แนวทางที่ถูกต้องสำหรับการตั้งข้อสงวนที่รัฐภาคีสมาชิกสมควรจะต้องนำมาใช้นั้นคือ การตั้งข้อสงวนดังกล่าวจะต้องดำเนินการไปตามพันธกรณีของรัฐฯ นั้นจะต้องให้ความเคารพต่อหลักเกณฑ์ตามที่อนุสัญญาเวียนนาเรื่องสนธิสัญญาฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ กล่าวคือในการตั้งข้อสงวนดังกล่าว นั้น จะต้องเป็นไปโดยสุจริตและไม่เป็นการกระทำที่จะส่งผลให้กระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฯ ทั้งนี้เพราะการที่รัฐใดจะได้ลงนามและยินยอมที่จะเข้าผูกพันกับอนุสัญญาฯ แล้วนั้น ก็ย่อมเป็นเครื่องที่แสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของรัฐนั้นว่า อย่างน้อยรัฐฯ นั้นก็ต้องเห็นชอบด้วยกับวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญของอนุสัญญาฯ อยู่ด้วย มิเช่นนั้นรัฐนั้นก็คงจะไม่ขอเข้าเป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ ด้วยเหตุนี้แม้อนุสัญญาฯ จะอนุญาตให้มีการตั้งข้อสงวนได้ก็ตาม รัฐที่จะทำการตั้งข้อสงวนก็จะต้องดำเนินการโดยไปตามหลักสุจริต อีกทั้งยังจะต้องระมัดระวังไม่ให้การตั้งข้อสงวนดังกล่าว มีผลเท่ากับเป็นการเพิกถอนความยินยอมที่รัฐได้ให้ไว้ก่อนหน้านี้ไปแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีพิพาทระหว่าง *Aloca v. Jamaica* ซึ่งได้เคยกล่าวมาแล้วในบทก่อนหน้านี้ว่า ในการตั้งข้อสงวนตามมาตรา 25 (4) นั้น จะไม่มีผลเป็นการเพิกถอนความยินยอมที่รัฐได้ทำความตกลงไว้กับนักลงทุนก่อนหน้านี้ที่จะได้มีการตั้งข้อสงวน ว่ารัฐยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้

เข้าสู่การพิจารณาโดยการอนุญาตโตตุลาการของศูนย์ฯ หากรัฐได้กระทำการตั้งข้อสงวนซึ่งเป็นการยกเลิกความตกลงดังกล่าวในภายหลังเช่นนั้น ก็จะทำให้เกิดปัญหาเรื่องการเพิกถอนความยินยอมฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามตามอนุสัญญาฯ ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ตามความคิดเห็นของผู้เขียนจึงเห็นว่าการตั้งข้อสงวนโดยการแจ้งไปยังศูนย์ฯ ณ เวลาที่ได้ให้สัตยาบัน ความเห็นชอบ หรือการยอมรับต่อพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ นั้น เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นที่จะต้องกระทำ เพราะลักษณะของการให้คณะรัฐมนตรีเข้ามาใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาอนุมัติเป็นคราวๆ ไปนั้นก็เป็นสิ่งที่ยืดหยุ่นและสามารถปรับได้ตามเวลาและสถานการณ์ที่เหมาะสม ณ ช่วงเวลานั้นได้เพียงพออยู่แล้ว ประกอบกับเหตุผลประกอบอื่นๆ ตามที่ได้กล่าวมา อย่างไรก็ดีหากว่าประเทศไทยยังคงจะต้องดำเนินการตั้งข้อสงวนตามที่มาตรา 25 (4) แห่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้แล้ว การตั้งข้อสงวนดังกล่าว ก็ควรจะเป็นไปในลักษณะที่จะต้องระบุถึงประเภทของข้อพิพาททางการลงทุนที่มีความชัดเจนว่าข้อพิพาทกรณีใดที่จะ “ถือ” หรือ “ไม่ถือ” ว่าเป็นเรื่องที่สามารถจะเสนอให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศูนย์ฯ ได้ ไม่เป็นไปในลักษณะกำกวม ขาดความชัดเจน หรือบัญญัติในลักษณะที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการตั้งข้อสงวนโดยประสงค์จะให้เป็นที่หลีกเลี่ยงที่จะต้องเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ หรือมีผลให้เป็นการเพิกถอนความยินยอมที่รัฐได้เคยให้ไปก่อนหน้านี้โดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในการพิจารณาเพื่อการตั้งข้อสงวนดังกล่าวนี้ จึงควรที่มองไปที่ผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ มาใช้เพื่อเป็นเครื่องสร้างบรรยากาศที่ดีทางการลงทุนของประเทศมากกว่าที่จะมองว่าเป็นเรื่องของการกีดกันอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพราะในความเป็นจริงแล้ว มุมมองในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในภาวะทางสังคมระหว่างประเทศปัจจุบันก็ได้แปรเปลี่ยนไป อีกทั้งจากภาวะการณ์ในปัจจุบันที่นักลงทุนของไทยก็ได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐให้ขยายฐานการลงทุนออกไปยังต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น ซึ่งนักลงทุนของไทยเหล่านั้นก็จะมีส่วนที่จะได้รับประโยชน์จากอนุสัญญาฯ ต่อไปด้วยเช่นกัน

ค. หลักเรื่องชอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของคู่กรณี หรือ "Ratione Personae" : ประเทศไทยกับการเข้าเป็นคู่กรณีในข้อพิพาททางการลงทุนกับเอกชนที่เป็นนักลงทุนจากรัฐอื่น

จากการที่ในปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีโครงการที่เป็นการดำเนินการทางสาธารณูปโภคขนาดใหญ่หลายโครงการที่เป็นความร่วมมือในการดำเนินการโดยทำเป็นสัญญาระหว่างรัฐบาลไทยกับนักลงทุนเอกชนต่างประเทศ เนื่องมาจากโครงการเหล่านั้นเป็นโครงการที่จำเป็นจะต้องอาศัยเงินลงทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ความร่วมมือกันในโครงการลักษณะดังกล่าวจึงปรากฏออกมาในรูปของสัญญาทางการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศซึ่งมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากนิติกรรมสัญญาในทางแพ่งโดยทั่วไปที่มีคู่สัญญาเป็นเอกชนกับเอกชน โดยในส่วนของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้สำหรับสัญญาลักษณะดังกล่าวจะถือว่าสัญญาทางแพ่งที่รัฐทำไว้กับเอกชนต้องถูกบังคับภายใต้กฎหมายแพ่งทั่วไป อย่างไรก็ตามเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปีพุทธศักราช

2540 ได้กำหนดให้ศาลปกครองจะต้องได้รับการจัดตั้งขึ้นภายใน 2 ปี นับแต่ที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกประกาศใช้ ทำให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีของรัฐบาลนายชวน หลีกภัย นายกรัฐมนตรี ในการให้เสนอเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา เมื่อ ช่วงต้น ปี พ.ศ. 2541 ซึ่งตามเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งได้ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎรนั้นได้กำหนดหลักการสำคัญเบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินคดีพิพาททางปกครองไว้ว่า ให้ "หน่วยงานของรัฐ" หรือ "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" สามารถเข้ามาเป็น "คู่กรณี" ในการเป็นผู้ฟ้องคดี หรือเป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่มีมูลเหตุเกี่ยวกับ "สัญญาทางปกครอง" ซึ่งสัญญาทางปกครองนั้นกฎหมายฉบับนี้ได้ให้ความหมายว่าหมายถึงสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเป็นบุคคลที่ได้กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือจัดให้เข้าทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาที่ได้ทำขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผลได้

ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฉบับดังกล่าวนี้ถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทยที่ได้กำหนดให้รัฐสามารถเข้ามาเป็นคู่กรณีในการฟ้องหรือถูกฟ้องในคดีข้อพิพาทที่รัฐมีอยู่ได้ หากจะพิจารณาในหลักการทั่วไปในเรื่องการเยียวยาคดีข้อพิพาทที่มีรัฐเป็นคู่กรณีอยู่ด้วยแล้ว อาจจะทำให้เข้าใจไปได้ว่า เมื่อมีศาลปกครองเกิดขึ้นมาภายในประเทศไทย และหากเกิดมีประเด็นข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างประเทศขึ้นแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาททางการลงทุนตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้เพื่อนำมาใช้บังคับอีกต่อไป ซึ่งในกรณีนี้ตามทัศนะของผู้เขียนแล้วเห็นว่าแม้จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นใช้บังคับภายในประเทศไทยแล้วก็ตาม กระบวนการเพื่อการระงับข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้ก็ยังคงมีประโยชน์และสามารถนำมาใช้ได้เป็นอย่างดีและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพราะ

1. ลักษณะพิเศษของอนุสัญญาฯ ที่ได้รับการกรสร้างขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับเอกชนผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งตามระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่มีมาแต่เดิมนั้น เอกชนจะไม่ได้รับการถือว่าสามารถที่จะเข้ามาทำการฟ้องร้องเป็นคู่ความกับรัฐต่างชาติได้โดยตรง เอกชนหรือนักลงทุนเป็นคนชาติของรัฐหนึ่งที่ประสงค์จะขอให้มีการจัดการเยียวยาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างตนกับรัฐต่างชาติอีกรัฐหนึ่งได้นั้น จะต้องดำเนินการไปตามแบบที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้คือ เอกชนจะต้องดำเนินการขอให้มีการเยียวยาข้อพิพาทภายในรัฐผู้รับการลงทุนให้ถึงที่สุดเสียก่อน และหากในภายหลังปรากฏว่า เอกชนรายนั้นยังคงไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการเยียวยาภายในของรัฐดังกล่าว เอกชนนักลงทุนต่างชาติจึงจะสามารถขอให้รัฐแม่ของตนเข้ามาให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) แก่ตนได้

แต่จากการที่อนุสัญญา ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้นำเอากระบวนการระงับข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นการประนีประนอมข้อพิพาท หรือว่าการอนุญาโตตุลาการมาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นได้โดยตรงนี้ นอกจากสิ่งดังกล่าวจะเป็นการสร้างความมั่นใจให้เกิดขึ้นกับด้านของนักลงทุนว่า นักลงทุนต่างชาติจะสามารถมีองค์ระหว่างประเทศที่มีความเป็นกลางและน่าเชื่อถือมากกว่าที่จะให้องค์กรยุติธรรมภายในของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นๆ เองมาเป็นผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทของรัฐตัวเอง อีกทั้งกระบวนการพิจารณาคดีโดยการประนีประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการก็ยังมีลักษณะพิเศษที่สอดคล้องกับความต้องการในทางธุรกิจมากกว่าทั้งในด้านความคล่องตัวในการดำเนินคดีที่มีความรวดเร็ว และยังสามารถเก็บรักษาความลับในทางธุรกิจได้มากกว่าการที่จะไปดำเนินกระบวนการพิจารณากันโดยทางศาลภายใน ส่วนความมั่นใจหรือประโยชน์ที่รัฐผู้รับการลงทุนจะได้รับจากการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ นั้นก็คือ เมื่อมีการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ เกิดขึ้นแล้ว ข้อพิพาทในทางการลงทุนจะถูกแยกออกมาจากปัญหาทางการเมืองระหว่างประเทศได้อย่างชัดเจน เพราะรัฐแม่ของนักลงทุนเอกชนรายนั้นจะไม่สามารถเข้ามาอ้างสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของรัฐตนนั้นได้อีกต่อไป และจากแนวคิดในการสร้างให้ศูนย์ฯ สามารถที่จะเข้ามาเป็นตัวกลางในการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างประเทศนี้เองที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ในการส่งเสริมบรรยากาศทางการลงทุนระหว่างประเทศ ให้เกิดมีความสมดุลย์กันทั้งในด้านประโยชน์ของผู้ลงทุนและประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุน ด้วยเหตุนี้แม้จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาในประเทศไทยแล้วก็ตาม แต่การที่รัฐจะไปดำเนินการทำสัญญาทางการลงทุนกับเอกชนต่างประเทศซึ่งสัญญาเรื่องนั้นมีประเด็นคาบเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะหรือการให้สัมปทานซึ่งเป็นกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามนัยยะของร่างพระราชบัญญัติฯ แต่หากจะกำหนดให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาดังกล่าวให้เข้าไปดำเนินการพิจารณาเพื่อการระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองซึ่งประเทศไทยมีฐานะเป็นคู่สัญญาในฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว ก็จะเท่ากับว่าเป็นการย้อนกลับไปใช้หลักการสำหรับวิธีการเยียวยาและระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติแบบเดิมอยู่ดี จะมีข้อแตกต่างกันอยู่บ้างก็ตรงที่แต่เดิมซึ่งยังไม่ได้มีการตั้งศาลปกครองขึ้นมานั้น ประเทศไทยจะมอบอำนาจให้ศาลยุติธรรมที่ตัดสินคดีระหว่างเอกชนกับเอกชนให้เข้ามาเป็นองค์กรในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น

2. อาจมีสัญญาทางการลงทุนที่รัฐทำไว้กับเอกชนต่างประเทศในบางกรณีเท่านั้นที่จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง กล่าวคือในคดีข้อพิพาทที่มีมูลเหตุเกี่ยวกับ "สัญญาทางปกครอง" ที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือจัดให้เข้าทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ (ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... มาตรา 3) ด้วยเหตุนี้หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติที่มีลักษณะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง

(Contract Prive de l' administration) ตามแนวคิดของกฎหมายประเทศฝรั่งเศสแล้ว เช่นนี้ก็ย่อมมิใช่ข้อพิพาทประเภทที่จะสามารถเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลปกครองได้อยู่ดี สัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้ก็เช่น สัญญาให้เช่าหรือหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา (Contrats d' occupation du domaine prive') เป็นต้น

นอกจากประเด็นในเรื่องการเข้าเป็นคู่ความกับนักลงทุนต่างประเทศของประเทศไทยตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การที่มาตรา 25 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นยังได้บัญญัติให้รัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ จะต้องแจ้งรายชื่อของหน่วยงานหรือส่วนราชการ (Constituent subdivision or agency) ของรัฐที่จะสามารถเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์ฯ ภายใต้บังคับประกอบเรื่องขออำนาจพิจารณาตามประเภทของคู่กรณี (Jurisdiction ratione personae) นี้ โดยในประเด็นนี้ หากข้อเสนอกที่จะให้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นซึ่งจะได้จัดทำขึ้น โดยการกำหนดให้หน่วยงานหรือส่วนราชการของรัฐรายใดที่มีความจำเป็นและเห็นว่าตนจะต้องเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์ฯ แล้วนั้น หน่วยงานหรือส่วนราชการของรัฐรายดังกล่าวก็จะต้องขอความเห็นชอบจากสำนักงานอัยการสูงสุดเสียก่อน และเมื่อได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานอัยการสูงสุดเช่นนั้นแล้ว ก็ให้รัฐมนตรีที่เป็นเจ้าสังกัดของหน่วยงานหรือส่วนราชการที่ได้ขอความเห็นชอบดังกล่าวเป็นผู้นำเรื่องไปเสนอเพื่อขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีอีกครั้ง (รายงานการประชุมการยกร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น : สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง , วันอังคารที่ 24 พฤศจิกายน 2541 , หน้า 4) การที่มีการเสนอให้ดำเนินการเพื่อขอความเห็นชอบก่อนเป็นคราวๆ ไปเช่นนี้ก็เท่ากับว่า ขั้นตอนและวิธีการในการที่รัฐจะกำหนดให้ หน่วยงานหรือส่วนราชการของรัฐรายใดจะเป็นผู้ที่สามารถเข้ามาใช้สิทธิในการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ ได้นั้น จะมีได้กำหนดไว้เป็นการล่วงหน้าตั้งแต่แรก ซึ่งก็เช่นเดียวกันกับวิธีการในการให้ความยินยอมต่อการที่จะเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่ระบบการพิจารณาของศูนย์ฯ ตามที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้วว่า จะได้ทำให้ความเห็นชอบเป็นคราวๆ ตามแต่ละกรณีไปโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ด้วยเหตุนี้จึงสามารถกล่าวได้ว่าสำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น การแจ้งไปยังศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นว่าหน่วยงานหรือส่วนราชการใดของประเทศไทยจะเป็นผู้เสนอและสามารถเข้าเป็นคู่ความแห่งข้อพิพาททางการลงทุนนั้นๆ ตามที่มาตรา 25 (1) กำหนดไว้ได้ จะกระทำขึ้น ณ เวลาที่คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาอนุมัติให้หน่วยงานหรือส่วนราชการรายนั้นสามารถไปทำความตกลงไว้กับนักลงทุนเอกชนต่างชาติในการที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ มาเป็นเครื่องมือสำหรับการเยียวยาข้อพิพาทที่อาจมีเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาทางการลงทุนซึ่งหน่วยงานหรือส่วนราชการของรัฐได้ไปทำไว้กับนักลงทุนต่างชาติในคราวเดียวกันนั้นนั่นเอง