วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง : สะพานสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการ : พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย

ชื่อผู้แต่ง : วรพล มาลสุขุม

การอ้างอิงที่แนะนำ : วรพล มาลสุขุม, 'สะพานสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการ : พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย' (2566) 52(3) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 590.

ผู้สนับสนุนหลัก

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

ptt

SATYAPON & PARTNERS
THAILAND Intellectual Property Law Firm

CHANDLER MHM

ผู้สนับสนุนร่วม

CSBC LAW OFFICES
www.csbc-law.com

วิญญชน

DS&B DOMNERN SOMGIAT & BOONMA

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2109 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

สะพานสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการ : พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย*

Bridges to Success of the Thai Legal System in Resolving Administrative Disputes Occurred from Public-Private Partnership by the Judicature: Considering from the Substance of Law

วรพล มาลสุขุม†

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Voraphol Malsukhum

Assistant Professor, Faculty of Law, Chulalongkorn University

วันที่รับบทความ 12 เมษายน 2566; วันแก้ไขบทความ 19 กรกฎาคม 2566; วันตอบรับบทความ 24 กรกฎาคม 2566

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “การพัฒนาระบบกฎหมายเพื่อสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน” จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในโอกาสนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผศ.ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์ ที่ปรึกษาโครงการ ผศ.ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ นางสาวดุษดี ดุษฎีพาณิชย์ นายชวรัฐ อยู่เปนสุข ผู้วิจัยเนื้อหาส่วนอื่นของโครงการวิจัย และนายธนา นิติวรางกูร นายอภิสิทธิ์ เทียมพันธ์พงศ์ ผู้ช่วยวิจัย ตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยทุกท่าน.

† นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, Magister Juris and Doctor of Philosophy in Law, Corpus Christi College, University of Oxford.

บทคัดย่อ

ระบบกฎหมายที่จะได้รับการพิจารณาว่ามีความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการนั้น พึงต้องมีคุณสมบัติในเชิงเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทสองประการ ได้แก่ การมีเนื้อหาของกฎหมายที่มาจากบ่อเกิดที่ชัดเจนแน่นอน สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตย เป็นไปตามครรลองแห่งลำดับศักดิ์ของกฎหมาย และมีมุมมองของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างสมดุล

คุณสมบัติสองประการนี้มีรากฐานมาจากหลักทั่วไปทางกฎหมายมหาชน และเป็นสะพานสู่ความสำเร็จในการใช้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเพื่อสร้างสาธารณูปโภคและโครงสร้างพื้นฐานที่มีคุณภาพในระบบกฎหมายต่าง ๆ อย่างไรก็ดี จากการสำรวจบทบัญญัติและสถานการณ์การใช้บังคับกฎหมายในระบบกฎหมายไทย พบว่ายังคงมีกรณีพิพาทและข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงการใช้บ่อเกิดกฎหมายที่ไม่มีความเป็นประชาธิปไตย ย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และมีการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนน้อยเกินไปอยู่

บทความนี้นำเสนอหลักการทางกฎหมาย ตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศที่น่าสนใจ การสำรวจบทบัญญัติกฎหมายและสถานการณ์การบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ตลอดจนการประเมินและข้อเสนอแนะเบื้องต้นเกี่ยวกับการพัฒนาคุณสมบัติทั้งสองประการนี้ในระบบกฎหมายไทย

คำสำคัญ : สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน, การระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการ, เนื้อหากฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาท, บ่อเกิดของกฎหมาย, ความสมดุลในการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและเอกชน

Abstract

The legal system considered as having fair court's adjudication of administrative disputes that occurred from public-private partnerships, entails two qualifications relating to the substance of law. First, its sources of law need to be clear, certain, democratic, and valid in the hierarchy of law system. Second, it shall apply with a balanced view of protecting the interests of private and public parties.

These two qualities are rooted in the general principles of public law and adapted as bridges to the successful usage of public-private partnerships in building

quality public utilities in various countries. However, the situation in the Thai legal system seems not to follow such described requirements. The examination reveals that there have been many criticisms of the application of laws that are undemocratic, have a detrimentally retroactive effect, and are insufficient in protecting the private party.

This article presents general principles of law, some interesting foreign laws, a survey of the legal provisions and their implementations in the Thai legal system, as well as preliminary assessments and recommendations on both qualities.

Keywords: Public-Private Partnership, Dispute Resolution by the Judicature, Substance of Law, Source of Law, Balance in Protecting Public and Private Interest

บทนำ

เป็นที่ทราบกันว่ารัฐสมัยใหม่มีหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจกรรมสาธารณะที่เกิดขึ้นในรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภารกิจในการสร้าง ใช้งาน และบำรุงรักษาซึ่งโครงสร้างพื้นฐานเพื่อใช้เป็นสาธารณูปโภคในกิจการสาธารณะต่าง ๆ โดยในปัจจุบัน รัฐได้ปรับเปลี่ยนวิธีการจัดทำสาธารณูปโภคและการบริการสาธารณะจากการทำด้วยตัวเองทั้งหมดมาเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการได้ ทั้งนี้ สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (public-private partnership) (“สัญญาร่วมลงทุนฯ”) ที่ซึ่งรัฐทำสัญญาระยะยาวกับเอกชนเพื่อร่วมลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ ด้วยข้อตกลงในการแบ่งสรรผลตอบแทนและหน้าที่ความรับผิดชอบร่วมกันเป็นรูปแบบหนึ่งของการข้างต้น

ในการนี้ ประเทศต่าง ๆ มากมายประสบผลสำเร็จจากการใช้สัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นเครื่องมือสำคัญเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้เกิดสาธารณูปโภคและการจ้างงานในประเทศ อาทิ การสร้างสาธารณูปโภคในประเทศฮังการี การสร้างเมืองใหม่ในเขตท้องถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการลงทุนในสาธารณูปโภคพื้นฐานหลากหลายแขนง ทั้งในด้านการศึกษา สาธารณสุข คมนาคม ตั้งแต่คริสต์ทศวรรษที่ 1990s ของสหราชอาณาจักร โดยมีโครงการมากกว่า 1,000 โครงการทั้งที่เสร็จสิ้นไปแล้วและที่กำลังดำเนินการอยู่[1] ทว่าสถานการณ์เช่นนี้มิได้เกิดขึ้นในประเทศไทย แม้ว่าจะมีการตรากฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมากว่า 30 ปี ตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาจนถึงพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ในปัจจุบัน แต่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ยังคงปรากฏพบข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนอยู่มากมายทั้งที่จบลงแล้วและที่ยังคงพิพาทกันอยู่ โดยเฉพาะในสัญญาร่วมลงทุนฯ ขนาดใหญ่ อาทิ โครงการระบบการขนส่งรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (โครงการโฮปเวลล์) สัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียมบนแหล่งทรัพยากรเอราวัณ หรือการโต้แย้งคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 (กรณีปิดเหมืองทองชาตรี) เป็นต้น[2]

---

[1] ดู Nikiforos Meletiadis, *Public-Private Partnerships and Constitutional Law Accountability in the United Kingdom and the United States of America* (Routledge 2019) 1, 4–5.

[2] แม้ว่าการแบ่งแยกสัญญาสัมปทานกับสัญญาร่วมลงทุนฯ จะยังมีความไม่ชัดเจน แต่สามารถพิจารณาร่วมกันในบทความนี้ได้ เนื่องจากระบบการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยองค์กรตุลาการที่จะใช้กับสัญญาร่วมลงทุนฯ ก็จะใช้กับสัญญาสัมปทานด้วย (เนื่องจากสัญญาทั้งสองลักษณะล้วนมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง) นอกจากนั้น มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ยังกำหนดให้การ “ร่วมลงทุน” หมายความถึงการ “ร่วมลงทุน

ทั้งหมดนี้ก่อให้เกิดข้อสงสัยและความท้าทายว่าระบบกฎหมายไทยมีคุณสมบัติที่เอื้อต่อความสำเร็จในการใช้สัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นเครื่องมือในการจัดทำสาธารณูปโภคพื้นฐานและบริการสาธารณะหรือไม่ ซึ่งคำตอบของคำถามนี้ต้องพิจารณาในหลายส่วนประกอบกัน ทั้งประสิทธิภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการก่อและบริหารสัญญา ระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกสำหรับการร่วมลงทุนฯ ตลอดจนความเหมาะสมของขอบเขตความรับผิดของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นปัจจัยที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของผู้ที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ คุณสมบัติประการหนึ่งที่สำคัญอย่างยิ่งยวดและจะเป็นสะพานไปสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการใช้สัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ ได้แก่ การมีระบบการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยองค์กรตุลาการที่ดีเพื่อรับรองข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ เพราะหากมีข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนหนึ่ง ๆ เกิดขึ้นในโครงการร่วมลงทุนฯ แต่ระบบกฎหมายมิได้วางระบบการระงับข้อพิพาทไว้ หรือระบบการระงับข้อพิพาทที่วางไว้ไม่มีความเป็นธรรมหรือไร้ประสิทธิภาพ การนี้ย่อมทำให้ไม่สามารถหาข้อยุติให้กับข้อพิพาทนั้น ๆ ได้ หรือข้อยุติที่ระบบกฎหมายกำหนดสำหรับข้อพิพาทเหล่านั้นอาจไม่ได้รับการยอมรับจากคู่กรณีและประชาชน ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้จะนำมาซึ่งความเสียหายอย่างมากโดยเฉพาะต่อคู่กรณีฝ่ายรัฐ ทั้งความเสียหายในทางเศรษฐกิจที่งบประมาณและทรัพยากรถูกใช้ไปอย่างสูญเปล่า ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ดังเป้าประสงค์ ตลอดจนผลเสียหายต่อความน่าเชื่อถือของระบบกฎหมายในการรองรับโครงการร่วมลงทุนอื่นในอนาคต[3]

บทความนี้จึงจะนำเสนอสะพานสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ ภายใต้ขอบเขตสามประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง แม้ว่าประสิทธิภาพของระบบการระงับข้อพิพาทนั้นพึงต้องพิจารณาจากทั้งคุณสมบัติในทางเนื้อหา กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจะต้องมี “เนื้อหากฎหมายที่ใช้เป็นสารัตถะในการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรม” และคุณสมบัติในทางกระบวนการ กล่าวคือ ระบบการระงับข้อพิพาทพึงต้องมี “กระบวนการทางกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ”[4]

กับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด” อีกด้วย.

[3] โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่ประเทศต่าง ๆ ที่กำลังพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานล้วนแล้วแต่ต้องการให้บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ที่มีทุนทรัพย์ องค์ความรู้และความเชี่ยวชาญเลือกที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศของตน. ดู Feyza Basar, ‘Public Private Partnerships in Turkey’ (2008) 3 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 40, 40-41.

[4] พิจารณาตามประเภททั่วไปของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งสอดคล้องกับที่ Julia Streets อธิบายว่า เนื้อหากฎเกณฑ์ (rules) และกระบวนการ (procedures) เป็นองค์ประกอบสำคัญ

แต่ด้วยวัตถุประสงค์ที่ต้องการเจาะลึกการศึกษาคุณสมบัติแต่ละด้านอย่างละเอียด เนื้อหาในบทความนี้จึงจะนำเสนอการวิเคราะห์เฉพาะคุณสมบัติในทางเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทเท่านั้น[5]

ประการที่สอง ขอบเขตของคำว่า "ระบบการระงับข้อพิพาท" ภายใต้บทความนี้ หมายถึงการระงับข้อพิพาท "โดยองค์กรตุลาการ" เท่านั้น[6] ไม่รวมถึงกลไกการพิจารณาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในขั้นการก่อให้เกิดสัญญาและทำความตกลง และในขั้นการบริหารสัญญาให้บรรลุวัตถุประสงค์[7] อย่างไรก็ดี หากข้อพิพาทเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ไม่ถูกระงับไปในชั้นการพิจารณาทางปกครอง หรือคู่กรณีไม่พึงพอใจในผลการพิจารณาและนำข้อพิพาทนี้มาสู่ศาลแล้ว การนี้ก็จะตกอยู่ภายใต้การพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นขอบเขตการศึกษาของของบทความนี้

ประการที่สาม ขอบเขตของคำว่า "ระบบการระงับข้อพิพาท" ภายใต้บทความนี้ หมายถึงการระงับข้อพิพาทในทางกฎหมายปกครองโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น ไม่รวมถึงกลไกการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น ๆ อาทิ การเจรจาไกล่เกลี่ยกัน ฯลฯ

อย่างไรก็ดี ข้อพิพาทที่ใช้การระงับด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการบางข้อพิพาท อาทิ กรณีเหมืองทองชาตรี กรณีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมเอราวัณ และกรณีโครงการโฮปเวลล์ จะอยู่ภายใต้การพิเคราะห์ของบทความนี้ด้วย เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าโดยทั่วไปแล้ว การตกลงให้นำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นความต้องการของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งมุ่งหวังที่ทำให้การระงับข้อพิพาทมีความรวดเร็วและเป็นที่ไว้วางใจต่อฝ่ายตนมากกว่า กล่าวคือพยายามหลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมาย เพราะเกรงว่าศาลจะพิจารณาคดีเข้าข้าง

ในการนำไปสู่ความชอบธรรมที่มีประสิทธิภาพ (Effective Accountability) ในการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน. ดู Julia Streets, *Accountability in Public Policy Partnerships* (Palgrave Macmillan 2010) 24.

[5] สำหรับกระบวนการทางกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการนั้น ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และตีพิมพ์ในบทความอีกชิ้นหนึ่งในโอกาสต่อไปแยกต่างหากจากบทความนี้.

[6] ซึ่งในระบบกฎหมายไทยได้แก่ศาลปกครอง เนื่องจากสัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง และศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 (4) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

[7] อาทิ ในกระบวนการคัดเลือกเอกชนผู้เข้าร่วมลงทุนโครงการร่วมทุน หากมีผู้เข้าร่วมการคัดเลือกรายหนึ่งหยิบยกประเด็นปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้เข้าร่วมการคัดเลือกอีกรายขึ้น เช่นนี้ก็ย่อมถือว่ามีข้อพิพาทโต้แย้งเกิดขึ้น แต่ข้อพิพาทโต้แย้งเหล่านี้จะไม่ถูกระงับโดยองค์กรตุลาการในทันที แต่จะถูกตัดสินในเบื้องต้นโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกลไกและกระบวนการที่กฎหมายกำหนด อาทิ กลไกตามมาตรา 20 (9) พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นต้น.

คู่สัญญาฝ่ายรัฐอย่างไม่เหมาะสม ดังนี้แล้ว การจะวิเคราะห์และพัฒนาเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการไทยให้มีความเป็นธรรมและทำให้นักลงทุนเชื่อมั่นได้นั้น แม้ว่าจะไม่ได้นำเนื้อหากฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมาศึกษาเปรียบเทียบโดยตรง แต่ก็ควรนำข้อพิพาทที่สำคัญและเป็นที่สนใจของประชาชนในวงกว้างบางกรณีมาเป็นตัวอย่างในการพิจารณาด้วย เพื่อที่จะศึกษาว่าหากข้อพิพาทเหล่านี้อยู่ภายใต้การระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการไทยแล้ว เนื้อหาของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทจะตอบสนองให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด

โดยในการวิเคราะห์ “คุณสมบัติในทางเนื้อหาของกฎหมาย” ข้างต้นนี้ บทความนี้จะแบ่งขั้นตอนออกเป็น

(ก) การกล่าวอ้างถึงคุณสมบัติของระบบกฎหมายที่เอื้อให้เกิดการระงับข้อพาททางปกครองสำหรับข้อพิพาทในโครงการร่วมลงทุนฯ ที่เป็นธรรม รวมถึงการพิสูจน์ว่าสะพานสู่ความสำเร็จที่กล่าวอ้างขึ้นนี้มีรากฐานมาจากหลักการทางกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับกันในระดับสากล รวมถึงตัวอย่างบทบัญญัติที่น่าสนใจและถูกปรับใช้ในประเทศต่าง ๆ

(ข) บทบัญญัติกฎหมาย ข้อพิพาท และสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย เพื่อสะท้อนถึงกฎหมายที่มีอยู่ (existence of law) และประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้นในความเป็นจริง (enforcement of law)

(ค) การประเมินผลว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่มีความสอดคล้องกับคุณสมบัติของระบบกฎหมายที่จะเอื้อต่อการเกิดความเป็นธรรมในโครงการร่วมลงทุนมากน้อยเพียงใด และข้อเสนอแนะเบื้องต้นเกี่ยวกับการพัฒนาเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาร่วมทุนฯ ในประเทศไทย

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้เป็นสารัตถะในการระงับข้อพิพาทมีความเป็นธรรมหรือไม่นั้น ผู้เขียนขอเสนอสะพานสู่ความสำเร็จ 2 ประการ ซึ่งสามารถแจกแจงรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

1. เนื้อหากฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทมาจากบ่อเกิดที่ชัดเจนแน่นอน สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตย และเป็นไปตามครรลองแห่งลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

บ่อเกิดของกฎหมายมีความสำคัญต่อระบบการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญาร่วมทุนฯ เป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นแหล่งที่มาของเนื้อหากฎหมายที่จะถูกใช้เป็นสารัตถะแห่งการระงับข้อพิพาทนั้น ๆ

ก. สะพานสู่ความสำเร็จ

ในการนี้ ระบบกฎหมายพึงกำหนดและบังคับให้ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาร่วมลงทุนฯ ถูกระงับไปด้วยเนื้อหากฎหมายที่มาจากบ่อเกิดที่เหมาะสม ได้แก่ บ่อเกิดที่มีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้คู่กรณีทราบถึงสิทธิหน้าที่ของตนเอง สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตย และเป็นไปตามครรลองของลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

คุณสมบัติข้างต้นเป็นการพิจารณามาจากหลักการและตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศที่สำคัญ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง ในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องของความชัดเจนและแน่นอนของบ่อเกิดทางกฎหมายอันจะทำให้คู่กรณีในสัญญาร่วมลงทุนฯ ทราบถึงสิทธิหน้าที่ของตนเองนั้น มีรากฐานมาจากการปกครองระบอบประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ซึ่งมีข้อเรียกร้องที่สำคัญประการหนึ่งว่าระบบกฎหมายจะต้องสร้างความไว้เนื้อเชื่อใจของบุคคลต่อการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งความไว้เนื้อเชื่อใจเช่นว่านี้มิได้หมายว่ารัฐจะใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนมิได้เลยโดยสิ้นเชิง แต่เกิดจากการที่การใช้อำนาจนั้นมีฐานทางกฎหมายที่มีความแน่ชัดและมีสถานะที่มั่นคงแน่นอน เรียกข้อเรียกร้องอันกลายมาเป็นหลักการทั่วไปที่ระบบกฎหมายต่าง ๆ ยึดถือ[8] ว่า “หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ” (legal certainty)[9]

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่จะถูกใช้เป็นสารัตถะในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนฯ จึงต้องมาจากบ่อเกิดทางกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบอยู่ก่อนแล้ว ระบบกฎหมายจะยอมให้มีการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่คู่กรณีฝ่ายเอกชนมิได้ เพราะการนั้นย่อมเป็นการกระทบกระเทือนถึงความไว้เนื้อเชื่อใจต่อการใช้อำนาจรัฐของคู่กรณีฝ่ายเอกชน

---

[8] ระบบกฎหมายเยอรมันได้รับรองหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ โดยถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สืบสานมาจากหลักนิติรัฐ และรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 20 และมาตรา 28. ดู Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective* (Springer 1985) 5; ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (Le principe de sécurité juridique) ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป. ดู Jürgen Schwarze, ‘European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon’ (2012) 2 European Public Law 285; และระบบกฎหมายสหภาพยุโรปได้ยอมรับหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 2005. ดู Case C-110/03 *Kingdom of Belgium v Commission of the European Communities* [2005].

[9] ดูคำอธิบายทั่วไปเพิ่มเติมใน Heinrich Siedentopf, Karl-Peter Sommermann and Christoph Hauschild, *The Rule of Law in Public Administration: The German Approach* (1993); วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, อ่านกฎหมาย 2564) 211-212; Juha Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law* (Springer 2003).

และประชาชนโดยทั่วไป เนื่องจากการที่คู่กรณีฝ่ายเอกชนไม่อาจคาดเดาได้ว่ารัฐจะใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาร่วมลงทุนของตน ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง[10]

อนึ่ง หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะซึ่งเรียกร้องให้ระบบกฎหมายกำหนดและใช้บ่อเกิดทางกฎหมายที่ชัดเจนและแน่นอนแก่สัญญาร่วมลงทุนฯ นี้ มิได้จะก่อให้เกิดผลดีคือความเป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายเอกชนเท่านั้น แต่ยังเป็นผลดีต่อประโยชน์สาธารณะด้วย เพราะเป็นส่งเสริมให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ การคาดหมายได้ ตลอดจนความเสมอภาคและสม่ำเสมอ (formal equality and consistency) ในการทำสัญญาร่วมทุนฯ[11]

อย่างไรก็ดี หลักการไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังอาจถูกโต้แย้งได้ว่าจะใช้บังคับอย่างเคร่งครัดเฉพาะเพียงแต่ในทางกฎหมายอาญาเท่านั้น เพราะสภาพบังคับในทางกฎหมายอาญามีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่หนักหนาสาหัสกว่าสภาพบังคับในสาขากฎหมายอื่น ๆ ตามหลักการที่ว่า “ยิ่งการตรากฎหมายมีลักษณะเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมากเท่าใด ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนมากขึ้นเท่านั้น”[12] ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้อพิจารณาถกเถียงกันว่าการใช้กฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลในกรณีที่ไม่ใช่กฎหมายอาญา (รวมถึงกรณีที่จะใช้บังคับกับสัญญาร่วมลงทุนฯ) ย่อมทำได้ หากเป็นกรณีจำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ[13]

ประการนี้ Thomas Bingham ได้วิเคราะห์ไว้ในการอธิบาย หลักความเข้าถึงได้ของกฎหมาย (accessibility of law) ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญประการแรกของหลักนิติธรรมตามคำอธิบายของ Bingham ว่า “... ปัจเจกชนทุกคนและอำนาจทุกอย่างในรัฐ ไม่ว่ามีสถานะเป็นเอกชนหรือรัฐ ควรที่จะถูกผูกพันภายใต้กฎหมายที่ตราขึ้นและประกาศสู่สาธารณะ มีผลไปในอนาคตและถูกใช้โดยในการพิจารณาคดีโดยศาล”[14]

แม้ว่า Bingham จะยอมรับว่าหลักการที่เรียกร้องให้กฎหมายต้องสามารถถูกเข้าถึงได้ (accessible) สามารถเข้าใจได้ (intelligible) ชัดเจน (clear) และคาดหมายได้ (predictable) นี้

---

[10] ดู Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford University Press 1979) Chapter 11.

[11] เพิ่งอ้าง.

[12] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 9) 301.

[13] ดู หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 22, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565) 65-66; Yarik Kryvoi and Shaun Matos, ‘Non-Retroactivity as a General Principle of Law’ (2021) 1 Utrecht Law Review 46 <http://doi.org/10.36633/ulr.604> สืบค้นเมื่อ 6 กันยายน 2565.

[14] Thomas Bingham, *The Rule of Law* (Penguin Books 2010) 8.

อาจจะไม่ได้ถูกใช้อย่างสมบูรณ์เสมอไป (universally applicable) แต่ก็วิเคราะห์ไว้ถึงความสำคัญของหลักการดังกล่าวต่อการก่อให้เกิดความสำเร็จของการค้าการลงทุนในรัฐไว้อย่างน่าสนใจว่า

> ... ความสำเร็จของการค้า การลงทุนและธุรกิจย่อมได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่สามารถถูกเข้าถึงได้ เพราะคงไม่มีผู้ใดเลือกจะทำธุรกิจโดยเฉพาะในการลงทุนเม็ดเงินมหาศาลในประเทศที่ระบบกฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้อย่างไม่ชัดเจน[15]

การนี้เป็นไปภายใต้หลักนิติธรรมในทางเศรษฐกิจ (the rule of law in economics) ซึ่งจะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่สังคม (just society) อันจะเป็นผลดีต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาว[16]

จากหลักการข้างต้น ระบบกฎหมายต่าง ๆ จึงพยายามกำหนดให้กฎหมายที่จะใช้เป็นสารัตถะในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนมาจากบ่อเกิดที่ชัดเจนและเข้าถึงได้ อาทิ Anne Davies ได้วิเคราะห์บ่อเกิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของรัฐไว้ 3 ส่วนหลัก ได้แก่ บ่อเกิดในทางคอมมอนลอว์ (common law) บ่อเกิดที่มาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ[17] และบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศ (international law)[18] ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐจะมีอำนาจในการเข้าทำสัญญาหรือดำเนินการภายใต้สัญญาประการใด ย่อมต้องอาศัยอำนาจจากบ่อเกิดเหล่านี้เท่านั้น มิเช่นนั้นจะถือเป็นการกระทำที่เกินขอบเขต (ultra vires) และสัญญาก็จะถูกเพิกถอนไป (void)[19]

---

[15] เพิ่งอ้าง 38 (คำแปลอย่างไม่เป็นทางการโดยตัวผู้เขียนเอง).

[16] ดูเพิ่มเติมใน Terence Lau and Lisa Johnson, *Business and the Legal and Ethical Environment* (Saylor Foundation 2011) 29; The Economist, 'Economics and the Rule of Law: Order in the Jungle' (2008) <https://www.economist.com/briefing/2008/03/13/order-in-the-jungle> สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2566; Tim Cowen, '"Justice Delayed is Justice Denied": The Rule of Law, Economic Development and the Future of the European Community Courts' (2008) 1 European Competition Journal <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/ecj.v4n1.1> สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2565.

[17] เช่น The Deregulation and Contracting Out Act 1994 ในฐานะกฎหมายเฉพาะที่ว่าด้วยเรื่องการมอบอำนาจจากรัฐสู่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน.

[18] Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (Oxford University Press 2008) ซึ่งคล้ายคลึงกับบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกัน กล่าวคือ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาร่วมลงทุนจะมาจากกฎหมายและข้อกำหนดในสัญญาเท่านั้น จะใช้หลักเกณฑ์จากแหล่งกำเนิดอื่นมิได้. ดู Charles Tiefer and William A. Shook, *Government Contract Law* (Carolina Academic Press 1999) 28.

[19] ดู *Crédit Suisse v Allerdale BC* [1997] QB 306 ใน Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 104-106.

อนึ่ง คุณสมบัติของการมีบ่อเกิดของกฎหมายที่ชัดเจนนี้ถูกให้ความสำคัญอย่างมากในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งนี้เป็นผลมาจากการยึดถือหลักการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ สัญญาของรัฐต่าง ๆ รวมถึงสัญญาร่วมลงทุนฯ จะอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะ (own rules adapted to the public sector context)[20] ในลักษณะเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาทางกฎหมายมหาชน (öffentlich – rechtliche vertrage) ไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยเฉพาะ[21]

ประการนี้สัมพันธ์กับ UNCITRAL Guide ในส่วนของหลักความโปร่งใส ซึ่งอธิบายว่าหลักเกณฑ์ที่โปร่งใสจะทำให้คู่กรณีสามารถคาดเดาได้ถึงผลได้และผลเสียในการลงทุนได้ นอกจากนี้ยังจะช่วยป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมิชอบจากการอาศัยช่องว่างของความไม่ชัดเจนบ่อเกิดของกฎหมายได้ด้วย การนี้จะนำมาซึ่งความมั่นใจของภาคเอกชนต่อระบบการร่วมลงทุนของประเทศได้อย่างดี และเป็นสถานการณ์ที่เป็นผลดีต่อคู่สัญญาทุกฝ่าย ดังนั้น ระบบกฎหมายจึงต้องประกันความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ ด้วยการทำให้มีความแน่นอนว่าสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด[22] และเพื่อความโปร่งใสอาจรัฐพึงแจ้งคู่สัญญาไปตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญาว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญาเหล่านี้บ้าง[23]

ในทางกลับกัน การปรับเปลี่ยนกฎหมายโดยอำเภอใจหรือความไม่แน่นอนในบ่อเกิดของกฎหมายที่จะใช้กับสัญญา ย่อมเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจดำเนินงานได้อย่างมั่นคงและมีประสิทธิภาพ และเป็นการทำลายความไว้เนื้อเชื่อใจระหว่างคู่สัญญา (mutual trust basis) หรืออาจทำให้เกิดความล่าช้าและข้อกังวลว่ารัฐจะผูกขาดหรือใช้อำนาจโดยมิชอบและนำไปสู่การพิพาทกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งทั้งหมดนี้ล้วนเป็นผลกระทบในทางลบทั้งสิ้น[24]

---

[20] เพิ่งอ้าง 54-58.

[21] Herman Pünder and Anika Klafki, 'Administrative Law in German' in René Seerden (ed) *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States* (4th edn, Intersentia 2018) 69; Mahendra P. Singh (เชิงอรรถ 8) 50.

[22] ดู United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Legislative Guide on Public-Private Partnerships 2020 ('UNCITRAL Guide') 27-29, 34. ในฐานะตัวอย่างต้นแบบกฎหมาย (model law) และแนวทางที่ UNCITRAL จัดทำขึ้น เพื่อการพัฒนาโครงสร้างกฎหมายที่เอื้อต่อการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศต่าง ๆ.

[23] เพิ่งอ้าง 137.

[24] เพิ่งอ้าง 29, 32.

อนึ่ง ระบบกฎหมายต่าง ๆ ล้วนไม่ยอมรับการใช้กฎหมายย้อนหลังและวางหลักผ่านคำพิพากษาให้การกระทำของรัฐที่อาศัยกฎหมายเหล่านี้เป็นฐานของอำนาจกลายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ มักจะกำหนดเป็นการทั่วไปทั้งในทางกฎหมายอาญาและในทางกฎหมายปกครองด้วย[25] อาทิ การที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีบัญญัติป้องกันการละเมิดสิทธิในทางทรัพย์สินของประชาชนโดยการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังเอาไว้[26] หรือการที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกันห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐตรากฎหมายย้อนหลังหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังไม่ว่าในสาขากฎหมายใด[27]

อย่างไรก็ดี ดังที่ Bingham ได้ตั้งข้อสงวนไว้ หลักเกณฑ์ข้างต้นนี้ก็ยังมีข้อยกเว้นในบางประการ อาทิ หากเป็นไปเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะแล้ว รัฐและคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจประกาศใช้บังคับกฎหมายใหม่ที่อาจเป็นผลในทางลบแก่คู่กรณีฝ่ายเอกชนได้ ข้อยกเว้นประการนี้ถูกอธิบายในระบบกฎหมายฝรั่งเศสภายใต้ “หลักการกระทำของเจ้าชาย” (the doctrine of fait du prince)[28] แต่ในการนี้ กฎหมายจะมิยอมให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับภาระไปแต่ผู้เดียว แต่จะมีการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังกำหนดเงื่อนไขให้หน่วยงานของรัฐที่จะออกกฎเกณฑ์ใหม่ต้องเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาด้วย จะเป็นหน่วยงานของรัฐอื่นมิได้[29] อีกทั้งการกระทำย้อนหลังนั้นจะต้องมีเหตุผลรับรองและกระทำไปอย่างได้สัดส่วน[30]

ตัวอย่างข้อพิพาทที่เป็นบรรทัดฐานในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ได้แก่ คดี *Société Civile des Néo-Polders* ซึ่งบริษัทที่ได้รับสิทธิในการจัดการเกี่ยวท่อระบายน้ำถูกรัฐแก้ไขเปลี่ยนแปลงนโยบายเกี่ยวกับผังเมือง (planning policy) ระหว่างอายุของสัญญา ในสถานการณ์เช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

---

[25] ดู คำพิพากษาคดี *Assemble du contentieux* และคำพิพากษาคดี *Assemblée du contentieux* ใน Jean Massot, ‘The Powers and Duties of The French Administrative Judge’ in Susan Rose-Ackermann and Peter L. Lindseth (eds) *Comparative Administrative Law* (4th edn, Edward Elgar 2010) 423-424; Yarik Kryvoi and Shaun Matos (เชิงอรรถ 13).

[26] The Constitution of the Republic of Korea, Article 13 (2).

[27] ดู The Constitution of the United States, Article 1 § 9; Steve Selinger, ‘The Case Against Civil Ex Post Facto Laws’ (1995) 15 Cato Journal 191; William Winslow Crosskey, ‘The True Meaning of the Constitution Prohibition of Ex-Post-Facto Laws’ (1947) 14 University of Chicago Law Review 539.

[28] Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 55-58.

[29] หลักการนี้ถูกใช้อธิบายการดำเนินการแก้ไขสัญญาของฝ่ายรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย กรณีที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากนี้มักเกิดขึ้นในสาขากฎหมายภาษีอากรทั้งในประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และฝรั่งเศส. ดู Yarik Kryvoi and Shaun Matos (เชิงอรรถ 13).

[30] ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญฮังการี คดี *Decision no. 184/2010* (x.28.) AB (26 October 2010) [§§ 5.2–5.3].

มีอำนาจในการยกเลิกสัญญาโดยการอ้างอิงจากนโยบายใหม่ได้ แต่จำต้องชดใช้ความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย[31]

ประการที่สอง ในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องความสอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตยของบ่อเกิดทางกฎหมายและการเป็นไปตามครรลองของลำดับศักดิ์ของกฎหมายนั้นพึงถูกพิจารณาเป็นสองลำดับ ได้แก่ การพิจารณาตามทฤษฎีบริสุทธิ์กฎหมาย (Pure Theory of Law) ในลำดับที่หนึ่ง ซึ่งอธิบายว่าการกระทำของรัฐและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหนึ่ง ๆ จะดำรงอยู่ในระบบกฎหมายได้ต่อเมื่อมีกฎเกณฑ์ที่เหนือกว่าให้อำนาจไว้[32] กล่าวคือ โดยหลักการทั่วไปแล้ว กฎหมายลำดับรองและการกระทำทางปกครองต่าง ๆ จะเกิดขึ้นและดำรงอยู่ได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายระดับพระราชบัญญัติจะดำรงอยู่ได้โดยอาศัยรัฐธรรมนูญอีกต่อหนึ่ง

ทั้งนี้ ระบบกฎหมายจำเป็นต้องปรับใช้หลักการนี้เพื่อสร้าง “ระบบลำดับศักดิ์กฎหมาย” ขึ้น อาทิ กฎเกณฑ์ที่ให้กฎหมายที่สูงกว่าย่อมตัดกฎหมายที่ต่ำกว่าไม่ให้ใช้บังคับ กฎหมาย (ทั่วไป) ที่ออกมาภายหลังย่อมตัดกฎหมาย (ทั่วไป) ที่ออกมาก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน กฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน เป็นต้น[33] เพื่อให้สามารถตอบได้อย่างเป็นระบบระเบียบและมีเอกภาพว่าหากมีบ่อเกิดในระบบกฎหมายมากกว่าหนึ่งบ่อเกิด เช่นนี้จะใช้บ่อเกิดใดเป็นหลักเป็นฐานในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมทุนฯ

ในลำดับที่สอง เมื่อต้นกำเนิดของห่วงโซ่กฎหมายทั้งปวงมาจากรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกติกาพื้นฐานของประเทศแล้ว ย่อมทำให้บ่อเกิดของกฎหมายต่าง ๆ ทั้งหมดตกอยู่ภายใต้กระบวนการตราตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ตลอดจนมีเนื้อหาที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย และเมื่อเป็นประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว หลักการดังกล่าวย่อมนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ว่าบ่อเกิดทางกฎหมายที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนฯ จะต้องเป็นไปตามครรลองแห่งประชาธิปไตย ไม่เกิดจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือกระบวนการตรากฎหมายอื่น ๆ ที่มิได้ยึดโยงหรือสะท้อนให้เห็นถึงเจตจำนงร่วมกันของประชาชน อาทิ ประกาศของคณะบุคคลที่เข้ายึดอำนาจการปกครองและล้มล้างระบอบประชาธิปไตย เป็นต้น

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ยังสามารถอธิบายได้ผ่านหลักการทางกฎหมายอื่น ๆ ได้ในลักษณะเดียวกัน อาทิ “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ” กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยใช้บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายเท่านั้น จะตัดสินข้อพาทตาม

---

[31] ดู Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 55-58.

[32] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี* (นิติธรรม 2538) 38.

[33] เพิ่งอ้าง 38; Han Kelsen, *Pure Theory of Law* (University of California Press 1970) 5-9.

อำเภอใจหรือใช้บรรทัดฐานอื่น ๆ ตลอดจนกระแสของสังคมในการวินิจฉัยมิได้[34] หรือ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กล่าวคือตุลาการจะต้องตัดสินข้อพิพาทตามอำนาจที่กฎหมายให้ไว้กับตนและตัดสินภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น[35]

ข. กฎหมาย ข้อพิพาทและสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในระบบกฎหมาย

ความมีอยู่ของกฎหมาย ในเชิงระบบแล้ว ระบบกฎหมายไทยมีการวางโครงสร้างของบ่อเกิดกฎหมายไว้อย่างชัดเจน โดยแบ่งบ่อเกิดกฎหมายลายลักษณ์อักษรออกเป็นประเภทต่าง ๆ ตามองค์กรที่ทำหน้าที่ตราหรือออกกฎหมาย ได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎหมายนิติบัญญัติ กฎหมายบริหารบัญญัติ และกฎหมายองค์การบัญญัติ[36] ส่วนกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ได้รับการยอมรับเป็นบ่อเกิดของกฎหมายและใช้บังคับกับคดีได้นั้น โดยหลักได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป[37]

นอกจากนี้ ระบบกฎหมายยังวางระบบลำดับศักดิ์ของกฎหมายไว้ในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยหากมีการโต้แย้งว่ากฎหมายหรือร่างกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ข้อโต้แย้งนั้นก็จะอยู่ภายใต้การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ[38] และในฐานแห่งเหตุผลเดียวกัน หากกฎหมายลำดับรองและการกระทำทางปกครองอันอาศัยอำนาจตามกฎหมายเป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ศาลปกครองก็จะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นนั้น[39] และหากศาลที่มีเขตอำนาจได้วินิจฉัย/พิพากษาว่าพระราชบัญญัติใดพระราชบัญญัติหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายลำดับรองและการกระทำทางปกครองมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้ว พระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง และการกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่อาจถูกบังคับได้

อีกทั้ง ระบบกฎหมายยังได้มีการวางหลักการเกี่ยวกับความมีผลเป็นการทั่วไปของกฎหมายไว้ด้วย ได้แก่ มาตรา 26 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งวางหลักว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง” รวมถึงความมีผลไปในอนาคตของกฎหมายไว้ในมาตรา 29

---

[34] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 9) 280-281.

[35] ธีระ สุธีวรางกูร, *ระบบศาลและการพิจารณาคดีของศาลในทางกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565) 161.

[36] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 9) 199; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (เชิงอรรถ 32) 14.

[37] ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (เชิงอรรถ 32) 207-249, 252-287.

[38] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 148, 210 และ 212.

[39] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 197 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ความว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ในการนี้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดหลักการมีผลบังคับใช้กฎหมายไปในอนาคตไว้เฉพาะแต่ในบริบทของกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่หลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง (retroactivity) ก็ถูกพิจารณาและยอมรับในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปและบังคับใช้ทั้งในทางกฎหมายเอกชน[40] และกฎหมายมหาชน[41] ด้วย โดยที่หลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง (เป็นโทษแก่บุคคล) นี้จะถูกบังคับใช้อย่างสมบูรณ์โดยไม่มีข้อยกเว้นในทางกฎหมายอาญา[42] แต่สำหรับในทางกฎหมายมหาชนแล้ว ยังคงมีข้อถกเถียงอยู่ว่าหากเป็นการตรากฎหมายย้อนหลังจะสามารถกระทำได้หรือไม่

ทั้งนี้ นักกฎหมายส่วนมากเห็นว่าการตรากฎหมายใช้บังคับย้อนหลังในทางกฎหมายมหาชนสามารถเกิดขึ้นได้แต่เฉพาะกรณีจำเป็นและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และหากบุคคลใดได้รับความเสียหายจะต้องได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย[43] การนี้เป็นไปตามหลักในการชั่งน้ำหนักประโยชน์ของคุณค่าทางกฎหมายตามสมควรแก่กรณี โดยต้องทำการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับจากการมีผลย้อนหลังของกฎหมายว่าก่อให้แก่ประโยชน์มหาชนสูงสุดหรือไม่ และเป็นการได้ประโยชน์มากกว่าประโยชน์บางประการที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วก็มีเหตุผลที่อาจทำการย้อนหลังได้[44]

อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายต่าง ๆ รวมถึงระบบกฎหมายไทยต่างประสบปัญหาการตีความหลักการดังกล่าวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อาทิ ผลลัพธ์ที่เกิดจากการตราหรือการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในหนึ่ง ๆ ที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลเป็นโทษทางอาญา (ซึ่งจะส่งผลให้การใช้กฎหมายย้อนหลังต้องห้ามโดยเด็ดขาด) หรือไม่ หรือการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในกรณีหนึ่ง ๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะมากเพียงพอที่จะทำให้ใช้บังคับกฎหมายย้อนหลังได้หรือไม่ การพิจารณาว่าประโยชน์สาธารณะในข้อเท็จจริงหนึ่งหมายถึงอะไรและพึงมีขอบเขตเช่นใด และการชดใช้เยียวยาจะต้องมี

---

[40] ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 991/2501 วินิจฉัยว่าแม้คู่สมรสจะสมรสกันก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แต่ต้องใช้เหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาบังคับกับคู่สมรสกลุ่มนี้ด้วย เป็นต้น.

[41] ดู จิตติ ติงศภัทย์, อมร จันทรสมบูรณ์ และวิษณุ เครืองาม, ‘กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง’ ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) *การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง* (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 57; วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 9) 302.

[42] ตามหลักการที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และ 3.

[43] ปิยบุตร แสงกนกกุล, ‘บทวิจารณ์คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดียุบพรรค’ ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) *การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง* (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 57.

[44] ณัฐพงษ์ บุปผเวส, ‘ปัญหากฎหมายย้อนหลัง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) 93–94.

ในลักษณะและระดับใด ซึ่งผู้เขียนจะได้ยกตัวอย่างกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยมาพิจารณาต่อไปด้านล่าง

นอกจากหลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและการมีผลบังคับใช้ไปในอนาคตแล้ว ระบบกฎหมายไทยยังกำหนดหลักการที่เกี่ยวข้องกับความเป็นประชาธิปไตยไว้ในการตรากฎหมายด้วย ดังที่ปรากฏในมาตรา 2 มาตรา 3 และมาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 อาทิ บทบัญญัติเหล่านี้ล้วนทำให้หลักการที่เกี่ยวข้องกับความเป็นประชาธิปไตยในการตรากฎหมายมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และหากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติใดมีเนื้อหาหรือกระบวนการตราที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ระบบกฎหมายก็ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและประกาศความไม่มีผลบังคับใช้ของพระราชบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น

การบังคับใช้กฎหมายในความเป็นจริง แม้ว่าระบบกฎหมายจะได้วางโครงสร้างและบทบัญญัติเกี่ยวกับบ่อเกิดของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมทุนฯ เอาไว้ตามมาตรฐาน แต่ก็พึงพิจารณาต่อไปว่ามีข้อพิพาท สถานการณ์ และวิพากษ์วิจารณ์ใดที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงจากการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้บ้าง ทั้งนี้ โดยมีกรณีที่น่าสนใจดังต่อไปนี้

กรณีศึกษาที่หนึ่ง : การโต้แย้งคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 (เหมืองทองชาตรี)

ข้อพิพาทในเรื่องนี้เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากที่รัฐบาลได้เปิดให้มีการประมูลสัญญาสัมปทานการขุดเหมืองทองบริเวณรอยต่อจังหวัดพิจิตร พิษณุโลก และเพชรบูรณ์ ในปี พ.ศ. 2543 ซึ่งในการประมูลครั้งนี้ บริษัทคิงส์เกท จำกัด จากประเทศออสเตรเลียเป็นผู้ชนะและเข้าทำสัญญาสัมปทานกับรัฐบาลไทย โดยมอบหมายให้บริษัทอัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ดำเนินกิจการการขุดเหมืองดังกล่าว[45]

อย่างไรก็ดี ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา ประชาชนที่อาศัยอยู่ในชุมชนรอบเหมืองได้ร้องเรียนต่อรัฐบาลอย่างสม่ำเสมอว่าพวกตนได้รับผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตอย่างมากจากการดำเนินกิจการเหมือง ประชาชนส่วนหนึ่งจึงมีการยื่นฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนประทานบัตรทำเหมืองแร่ทองคำและเงินของบริษัท โดยกล่าวอ้างว่าการออกประทานบัตรดังกล่าวไม่ถูกต้องตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากการขอประทานบัตรในกรณีนี้จะเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิตในชุมชน แต่การออกประทานบัตรไม่ได้เอาความเห็นดังกล่าวมาเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาด้วย

[45] สรุปข้อเท็จจริงมาจากคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 163/2555.

ต่อมา กรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ (กพร.) จึงได้ทำการสุ่มตรวจและพบว่ามีชาวบ้านจำนวนหนึ่งมีโลหะหนักในกระแสเลือด จึงออกคำสั่งในวันที่ 13 มกราคม พ.ศ. 2558 ให้บริษัทอัคราฯ หยุดประกอบกิจการเป็นเวลา 30 วัน[46] และในวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2559 พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ลงนามในคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ทั้งนี้ ข้อ 3 ของคำสั่งฯ ระบุว่า

> ให้ผู้ประกอบการที่ได้รับประทานบัตรและใบอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ระงับการประกอบกิจการไว้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2560 เป็นต้นไป จนกว่าคณะกรรมการจะมีมติเป็นอย่างอื่น แต่ทั้งนี้ ผู้ประกอบการดังกล่าวยังคงมีหน้าที่ในการฟื้นฟูพื้นที่ตามมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่กำหนดไว้ในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ...

การนี้ส่งผลให้การประกอบกิจการของเหมืองทองชาตรีของบริษัทต้องหยุดชะงักลง ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวไม่มีการจ่ายค่าชดเชยใด ๆ บริษัทจึงได้นำเรื่องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ. 2560 เพื่อเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากมาตรการของรัฐบาลไทยที่ละเมิดข้อตกลงการค้าเสรี ไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน Article 912 ซึ่งกำหนดห้ามการกระทำที่มีผลเท่ากับการเวนคืนหรือการโอนกิจการมาเป็นของรัฐ (measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation) เว้นเสียแต่จะกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) ภายใต้กระบวนการที่ชอบธรรม (under due process of law) อย่างไม่มีการเลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) และมีการจ่ายค่าชดเชยที่ชอบธรรมต่อเอกชนผู้ได้รับผลกระทบ (prompt, adequate and effective compensation) ข้อพิพาทนี้ทำให้เกิดข้อถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในสังคม สามารถแจกแจงเป็นประเด็นต่าง ๆ ได้ดังนี้[47]

ประเด็นที่หนึ่ง เป็นที่วิจารณ์ว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 เป็นการใช้อำนาจที่มีฐานอำนาจมาจากบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่ชอบในทางประชาธิปไตย เนื่องจาก

---

[46] หนังสือด่วนที่สุด ที่ อก 0508/133 ลงวันที่ 13 มกราคม 2558 กรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ เรื่อง ให้บริษัท อัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) หยุดประกอบกิจการโลหกรรม.

[47] ดู กมลินทร์ พินิจภูวดล, 'คดีเหมืองทองอัครา : ประเด็นข้อกฎหมายที่ควรรู้' (ThaiPublica, 11 กันยายน 2563) <https://thaipublica.org/2020/09/akara-gold-mining-case-legal-issues-you-should-know/> สืบค้นเมื่อ 1 ธันวาคม 2565; 'เอกสารชี้แจง เหมืองทองมีผลกระทบจริง โดยสามารถใช้กฎหมายปกติสั่งปิดและฟื้นฟูเหมืองได้' (iLaw, 1 กันยายน 2560) <https://ilaw.or.th/node/4617> สืบค้นเมื่อ 1 ธันวาคม 2565.

เป็นการออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีปัญหาความชอบทางประชาธิปไตยและเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักนิติธรรมด้วยหลายเหตุผล ได้แก่[48]

ก. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) เป็นผลโดยตรงมาจากการรัฐประหาร อันเป็นการใช้กำลังเข้าถือครองอำนาจรัฐซึ่งไม่อาจยอมรับได้และไม่เป็นไปตามวิถีทางแห่งประชาธิปไตย

ข. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) เกิดมาจากองค์กร (คณะรักษาความสงบแห่งชาติ) และกระบวนการร่างที่ไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่ “มีจุดเชื่อมโยงกลับไปหาประชาชน” จึงพิจารณาได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ซึ่งขาดการมีส่วนร่วมและเห็นชอบจากผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง

ประเด็นที่สอง เป็นที่วิจารณ์ว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 เป็นการใช้อำนาจที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งนี้แม้ว่าคำสั่งฯ จะไม่ได้ระบุถึงสัมปทานการทำเหมืองของบริษัทอัครา ฯ แต่เพียงกิจการเดียว แต่เมื่อพิจารณาถึงผลลัพธ์ในความเป็นจริงแล้วจะพบว่าบริษัทอัครา ฯ ซึ่งเป็นผู้ประกอบการเหมืองรายใหญ่ย่อมเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งระงับการประกอบกิจการนี้มากที่สุด ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทอัครา ฯ ถูกร้องเรียนเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนมาโดยตลอดและเป็นต้นตอของการพิจารณาออกคำสั่งดังกล่าว จึงดูราวกับว่าคณะรักษาความสงบแห่งชาติมุ่งหมายให้คำสั่งฯ มีผลต่อการทำสัมปทานเหมืองของบริษัทอัครา ฯ โดยตรง

ประเด็นที่สาม เป็นที่วิจารณ์ว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 เป็นการใช้อำนาจที่ไม่อาจคาดหมาย เนื่องจากสัญญาสัมปทานที่รัฐทำกับบริษัทมีการบ่งขั้นตอนและกระบวนการในกรณีที่มีการดำเนินการส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและจำต้องมีการระงับการดำเนินงานไว้อย่างชัดเจนแล้ว ซึ่งขั้นตอนและกระบวนการเหล่านี้ถูกกำหนดไว้ในสัญญาและได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝั่ง ภายใต้ขอบเขตและเงื่อนไขที่กฎหมาย (ณ ขณะเข้าทำสัญญา) กำหนด ดั้งนั้น หากมีการร้องเรียนว่าการทำเหมืองส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม คู่สัญญาก็ย่อมคาดหมายว่าขั้นตอนและกระบวนการที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นไปตามสัญญาสัมปทานหรือกฎหมายที่บังคับใช้เป็นการทั่วไป (อาทิ กฎหมายแร่ กฎหมายสิ่งแวดล้อม) มิใช่การใช้อำนาจอย่างรวบรัดและเพิกเฉยต่อข้อกำหนดในสัญญาที่ทำไว้เช่นนี้

[48] ดู ‘ความเห็นศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชนต่อร่างรัฐธรรมนูญ : ตอนที่ 1 ที่มาและขั้นตอนการยกร่างรัฐธรรมนูญ’ (iLaw, 4 กันยายน 2558) <https://www.ilaw.or.th/node/3830> สืบค้นเมื่อ 1 ธันวาคม 2565.

กรณีศึกษาที่สอง : รถไฟฟ้าสายสีเขียว

กรณีศึกษานี้เป็นกรณีสืบเนื่องมาจากโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวซึ่งกรุงเทพมหานครให้สัมปทานแก่บริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชน สร้างและจัดให้มีระบบขนส่งมวลชนรถไฟฟ้าใน 2 เส้นทาง รวมทั้งสิ้น 23 สถานี โดยที่ฝ่ายเอกชนเป็นผู้ลงทุนเองทั้งหมดและได้รับสัมปทานในการบริหารจัดการเดินรถและเก็บค่าโดยสารตลอดอายุสัมปทานเป็นระยะเวลา 30 ปี ทั้งนี้ เมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จก็มีการเปิดให้บริการครั้งแรก เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ ต่อมา รัฐบาลกำหนดให้มีการก่อสร้างส่วนต่อขยาย 2 เส้นทาง ได้แก่ ส่วนต่อขยายที่ 1 (ช่วงสะพานตากสิน - บางหว้า และอ่อนนุช - แบริ่ง) และส่วนต่อขยายที่ 2 (ช่วงแบริ่ง - สมุทรปราการ และช่วงหมอชิต - สะพานใหม่ - คูคต) โดยกรุงเทพมหานครเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างและติดตั้งงานระบบ แต่ว่าจ้างให้เอกชน ได้แก่ บริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) เป็นผู้เดินรถ[49]

อย่างไรก็ดี การที่ระบบรถไฟฟ้านั้นมีทั้งในส่วนที่เอกชนได้รับสัมปทานและส่วนที่ภาครัฐเป็นผู้ก่อสร้าง ทำให้เกิดปัญหาในการบูรณาการและความเป็นเอกภาพของการให้บริการเดินรถไฟฟ้า รวมทั้งปัญหาในการกำหนดอัตราค่าเดินทางอย่างเหมาะสม ในการนี้ พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ในฐานะหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จึงได้ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 3/2562 ลงวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2562 เรื่อง การดำเนินการโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว กำหนดให้

> ข้อ 3 ... แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง ... มีหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์จากค่าโดยสาร รวมถึงหลักเกณฑ์อื่นเพื่อประโยชน์ในการรวมโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว โครงการส่วนต่อขยายที่ 1 และโครงการส่วนต่อขยายที่ 2 และดำเนินการเจรจาร่วมกับผู้รับสัมปทานโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการ
>
> ข้อ 6 ในกรณีที่มีการดำเนินการตามข้อ 3 หรือข้อ 5 แล้วแต่กรณี จนได้ผลการเจรจาเป็นที่ยุติ และร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขแล้ว ให้ถือว่าเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ในส่วนของการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนแล้ว

ทั้งนี้ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติข้างต้นก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์คล้ายคลึงกับกรณีศึกษาเรื่องเหมืองทองชาตรีว่าเป็นการออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 แห่ง

---

[49] ดูข้อเท็จจริงใน มติชน, 'เปิดไทม์ไลน์รถไฟฟ้าสายสีเขียว ก่อนเกิดสงครามเย็นในครม.!' (Matichon, 10 กุมภาพันธ์ 2565) <https://www.matichon.co.th/economy/news_3176462> สืบค้นเมื่อ 29 พฤศจิกายน 2565.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นบ่อเกิดที่ไม่เป็นไปในวิถีทางแห่งประชาธิปไตยเช่นเดียวกัน และนอกเหนือจากข้อวิจารณ์ข้างต้นแล้ว ยังมีข้อวิจารณ์อื่นอีก ได้แก่

ประการที่หนึ่ง นายยุทธพงศ์ จรัสเสถียร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดมหาสารคาม พรรคเพื่อไทย ได้แถลงในการอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 ว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นการกระทำที่เอื้อประโยชน์แก่เอกชนเพียงรายเดียวเป็นการเฉพาะเจาะจง[50]

ประการที่สอง คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งกำหนดให้ผลการเจรจาเป็นที่ยุติและร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขแล้วให้ถือว่าเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 แล้ว เป็นการหลีกเลี่ยงการดำเนินการตามพระราชบัญญัติร่วมลงทุนฯ ใช้อำนาจตามกฎหมายพิเศษที่ไม่มีความเป็นประชาธิปไตยมายกเว้นการบังคับใช้กฎหมายที่มีผลเป็นการทั่วไป[51]

ประการที่สาม คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งแต่งตั้งและมอบอำนาจให้แก่คณะกรรมการชุดหนึ่งทำการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์จากค่าโดยสาร เป็นการสถาปนาอำนาจทางปกครองให้สามารถกระทำการอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้โดยไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นฐาน

ประการที่สี่ เมื่อคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติแต่งตั้งและมอบอำนาจให้คณะกรรมการที่ตั้งเป็นการเฉพาะเป็นผู้ดำเนินการแล้ว การนี้ย่อมส่งผลให้เกิดการขัดกันกับอำนาจของกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอำนาจในการรับโอนทรัพย์สินและภาระทางการเงินในส่วนของโครงการต่อขยายที่ 2 ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน พ.ศ. 2561[52]

ทั้งนี้ พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้ทำการโต้แย้งข้อวิพากษ์วิจารณ์ในประเด็นข้างต้นในโอกาสต่าง ๆ รวมถึงการชี้แจงในการอภิปรายไม่ไว้วางใจ เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 ทั้งนี้โดยมีสาระสำคัญเป็นเรื่องของความจำเป็นเร่งด่วนและการป้องกันปัญหา “ช่วงฟันหลอ 1 กิโลเมตร”

---

[50] Isranews, ‘หนี้ กม.ร่วมทุน! อัด ‘บิ๊กตู่’ ต่อสัมปทาน ‘สายสีเขียว’ ‘ข้ามศตวรรษ’-‘บิ๊กป๊อก’ ยันไร้ทุจริต’ (Isranews, 17 กุมภาพันธ์ 2564) <https://www.isranews.org/article/isranews-news/96105-gov-green-line-concession-Distrust-debate-new.html> สืบค้นเมื่อ 29 พฤศจิกายน 2565.

[51] เพิ่งอ้าง.

[52] ดู สภาองค์กรของผู้บริโภค, ‘จี้ ‘ผู้ว่าฯ – สภากทม.’ ยกเลิกคำสั่ง คสช. เคาะค่ารถไฟฟ้าราคาถูก’ (TCC, 13 กันยายน 2565) <https://www.tcc.or.th/cancel-greenlineorder/> สืบค้นเมื่อ 29 พฤศจิกายน 2565.

(ดังที่เกิดขึ้นในอดีตระหว่างสถานีเตาปูนและสถานีบางซื่อ) นอกจากนี้ ยังชี้แจงว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีองค์ประกอบที่คล้ายคลึงกับองค์ประกอบของพระราชบัญญัติการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 อยู่แล้ว[53]

กรณีศึกษาที่สาม : กรณีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมเอราวัณ

สืบเนื่องจากการที่บริษัทเชฟรอนประเทศไทยสำรวจและผลิต จำกัด เป็นผู้ได้รับสัมปทานการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมเอราวัณกำหนดระยะเวลาการให้สัมปทาน 50 ปี ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 จนถึง พ.ศ. 2565 และเมื่อสัมปทานดังกล่าวของบริษัทเชฟรอนฯ จะสิ้นอายุลง กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ กระทรวงพลังงาน จึงได้มีการเปิดประมูลเพื่อคัดเลือกผู้รับสิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในทะเลอ่าวไทยหมายเลข G1/61 (เอราวัณ) รายใหม่ในปี พ.ศ. 2561 ซึ่งจะเข้ามารับช่วงต่อจากบริษัทเชฟรอนฯ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2565 เป็นต้นไป ทั้งนี้ ผลการประมูลปรากฏว่า บริษัท ปตท.สผ. เอนเนอร์ยี่ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด (PTTEP ED) ซึ่งเป็นบริษัทย่อยของ บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) หรือ ปตท.สผ. เป็นผู้ชนะการประมูล

อย่างไรก็ดี กลับพบประเด็นปัญหาการเปลี่ยนถ่ายการดำเนินการระหว่างผู้รับสัมปทานเดิมกับผู้รับสิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมใหม่ เนื่องจากกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติยืนยันและทำหนังสือสั่งให้บริษัทเชฟรอนฯ เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการวางหลักประกันการรื้อถอนแท่นผลิตปิโตรเลียมทั้งหมด ทั้งในส่วนที่รัฐรับโอนเพื่อใช้ประโยชน์ จำนวน 142 แท่น และส่วนที่รัฐไม่ได้รับโอนอีก 49 แท่น (แต่นำไปใช้ทำปะการังเทียม 7 แท่น จึงคงเหลือที่รื้อถอนจริง จำนวน 42 แท่น) ทั้งนี้ ตามมาตรา 80/1 และ 80/2 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 ซึ่งได้มีการบังคับใช้เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2560 ประกอบกับกฎกระทรวง เรื่องกำหนดแผนงาน ประมาณการค่าใช้จ่ายและหลักประกันในการรื้อถอนสิ่งติดตั้งที่ใช้ในกิจการปิโตรเลียม พ.ศ. 2559

การนี้ทำให้บริษัทเชฟรอนฯ จะต้องวางเงินหลักประกันค่ารื้อถอนแท่นขุดเจาะน้ำมันทั้งหมดเป็นจำนวนเงินหลายหมื่นล้านบาท ซึ่งบริษัทเชฟรอนฯ ยืนยันว่าจะรับภาระค่าใช้จ่ายการรื้อถอนเฉพาะแท่นที่รัฐไม่ได้รับโอนเท่านั้น ข้อพิพาทข้างต้นนี้ทำให้เกิดข้อถกเถียงและวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการที่คำสั่งออกโดยอาศัยอำนาจมาจากบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ สามารถแจกแจงได้ดังต่อไปนี้[54]

---

[53] สรุปสาระสำคัญของข้อโต้แย้งมาจาก ประชาชาติธุรกิจ, 'ฝ่ายค้านไม่ไว้วางใจ สัมปทานรถไฟฟ้าสายสีเขียว "ประยุทธ์" ตอบยาว' (Prachachat, 18 กุมภาพันธ์ 2564) <https://www.prachachat.net/property/news-615919> สืบค้นเมื่อ 29 พฤศจิกายน 2565.

[54] ดู เดลินิวส์, 'ถ้าแพ้ "อัครา-เชฟรอน" งามไส้! ปัญหา "บังคับใช้ ก.ม." ยุคคสช' (Dailynews, 3 ตุลาคม 2563) <https://d.dailynews.co.th/article/827065/> สืบค้นเมื่อ 1 ธันวาคม 2565.

ประเด็นที่หนึ่ง คำสั่งของกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 80/1 และมาตรา 80/2 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 ประกอบกับกฎกระทรวง เรื่อง กำหนดแผนงาน ประมาณการค่าใช้จ่ายและหลักประกันในการรื้อถอนสิ่งติดตั้งที่ใช้ในกิจการปิโตรเลียม พ.ศ. 2559 ที่ให้บริษัทเชฟรอนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการวางหลักประกันการรื้อถอนแท่นผลิตปิโตรเลียมทั้งหมด เป็นการตราและใช้กฎหมายย้อนหลัง เพราะเป็นการบังคับให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัตินอกเงื่อนไขหรือข้อตกลงแห่งสัญญาสัมปทานที่ตกลงกันไว้

ประเด็นที่สอง พระราชบัญญัติปิโตรเลียม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2550 ประกอบกับกฎกระทรวงฯ พ.ศ. 2559 ซึ่งเป็นฐานที่มาของอำนาจในการออกคำสั่งของกรมเชื้อเพลิงให้บริษัทเชฟรอนประเทศไทยสำรวจและผลิต จำกัด เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการวางหลักประกันการรื้อถอนแท่นผลิตปิโตรเลียมทั้งหมด ตราขึ้นและบังคับใช้ก่อนการเปิดประมูลเพื่อคัดเลือกผู้รับสิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในทะเลอ่าวไทยหมายเลข G1/61 (เอราวัณ) รายใหม่ในปี พ.ศ. 2561 ในเวลาไม่นาน การนี้จึงดูราวกับว่าจะเป็นความพยายามของรัฐบาลที่จะตราและใช้บังคับดังกล่าวกับบริษัทเชฟรอนประเทศไทยสำรวจและผลิต จำกัด เป็นการเฉพาะ

นอกจากกรณีศึกษาทั้ง 3 กรณีที่ได้พิจารณาไปข้างต้นแล้ว ยังพึงสำรวจสถานการณ์ในภาพรวมของความมีผลเป็นการทั่วไปไปในอนาคตและความเป็นประชาธิปไตยไว้ในการตรากฎหมายด้วย ดังนี้

การยอมรับการกระทำของคณะปฏิวัติรัฐประหารให้เป็นกฎหมาย สำหรับเรื่องผลบังคับใช้ของบ่อเกิดของกฎหมายที่มาจากประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัตินั้น มีบรรทัดฐานโดยทั่วไป คือ ศาลไทยยอมรับประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารหลายฉบับให้เป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ และ/หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ทำให้ประกาศหรือคำสั่งเหล่านั้นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทย แม้คณะรัฐประหารจะสิ้นอำนาจไปแล้ว[55]

นอกจากนี้ ยังมีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (ข้อ 7) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดสถานการณ์ที่หน่วยงานของรัฐอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา (ในที่นี้คือรัฐมนตรี) มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาโดยที่ไม่มีข้อกำหนดให้รัฐต้องชดใช้ความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ และประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นี้ก็ยังมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน มากยิ่งไปกว่านั้น หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามก็อาจได้รับโทษปรับรายวันด้วย[56] ประการนี้จึงมีข้อสงสัยว่าประกาศคณะปฏิวัตินี้เป็นบ่อเกิดกฎหมายที่มีความเป็นประชาธิปไตยและสมควรถูกบังคับใช้ในระบบกฎหมายได้หรือไม่

---

[55] ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505; คำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6411/2534; คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550.

[56] โภคิน พลกุล, 'สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย' (Public Law Net, 6 มกราคม 2548) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=692&Page=4> สืบค้นเมื่อ 4 ธันวาคม 2565.

อย่างไรก็ดี ยังคงคำพิพากษาศาลอีกจำนวนหนึ่งที่กำหนดเงื่อนไขว่ากฎหมายที่มาจากคณะปฏิวัติจะต้องไม่มีเนื้อหาขัดต่อความเป็นประชาธิปไตย หรือประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 และ 1131/2536[57]

การตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว หลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังมีปัญหาการตีความเกิดขึ้นได้หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าการย้อนหลังที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดโทษทางอาญาหรือไม่ หรือเป็นผลดีต่อประโยชน์สาธารณะเพียงใด ในการนี้ จึงพึงสำรวจคำพิพากษาศาลที่น่าสนใจ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 คำพิพากษานี้มีการรับรองหลักการบังคับใช้กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังไว้ ในกรณีพิพาทที่สำนักงานส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นจังหวัดต้องการจะออกประกาศที่ใช้เป็นกรอบและแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันฉบับใหม่และให้ประกาศฉบับนี้มีผลย้อนหลังเป็นการกระทบสิทธิบุคคลที่ได้สอบแข่งขันไปภายใต้หลักเกณฑ์ตามประกาศฉบับเดิม ซึ่งศาลปกครองยืนยันในคำพิพากษาว่าการออกและใช้บังคับซึ่งประกาศย้อนหลังเช่นนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 732/2555 ศาลปกครองรับรองหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งในกรณีพิพาทเกี่ยวกับการผิดสัญญาให้ทุนการศึกษาว่าหน่วยงานทางปกครองไม่อาจบังคับใช้กฎที่มีผลเป็นการเพิ่มเบี้ยปรับกับสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีผิดสัญญาอันเป็นผลร้ายแก่ผู้ฟ้องคดีได้[58]

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6411/2534 ศาลฎีกาพิพากษาให้ประกาศคณะปฏิวัติที่ 337 สามารถใช้บังคับย้อนหลังไปเพิกถอนจำเลยซึ่งมีบิดามารดาเป็นคนญวนอพยพ และได้สัญชาติตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 จากการเกิดในราชอาณาจักรไทย เมื่อปี พ.ศ. 2489 ได้ ทั้งนี้ โดยให้เหตุผลว่า “คำสั่งของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 มิใช่เป็นคำสั่งที่มีผลทำให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญา แต่เป็นเรื่องของการให้ถอนสัญชาติไทยของบุคคลบางจำพวก แม้จะมีผลย้อนหลังกระทบถึงสิทธิของจำเลยและประชาชน ก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40-41/2546 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามาตรการยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ไม่ใช่การดำเนินการในทางอาญา แต่เป็นมาตรการพิเศษที่รัฐกำหนดให้ใช้ในการดำเนินการทางแพ่งต่อทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอันเป็นความผิดมูลฐาน ทั้งนี้ “โดยมีเหตุผลมาจากหลักของการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ” จึงสามารถใช้บังคับย้อนหลังได้โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

---

[57] เช่นเดียวกันกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2563 ลงวันที่ 2 ธันวาคม 2563.

[58] ดูคำพิพากษาที่มีผลลัพธ์ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันนี้ อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 และ 1131/2536.

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 เป็นคดีวินิจฉัยเกี่ยวกับการนำประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 มาใช้ย้อนหลังเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ถูกยุบทั้งสามพรรคเป็นเวลาห้าปี เพราะเหตุกระทำการต้องห้ามตามมาตรา 66 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 โดยตุลาการเสียงข้างมากในคดีดังกล่าวได้ให้ความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนว่าการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งไม่ใช่โทษในในทางอาญา จึงอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ย้อนหลังได้ ประการนี้สอดคล้องกับความเห็นทางวิชาการบางส่วนซึ่งได้แสดงความเห็นว่าการนี้เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากมีผลเป็นการลงโทษผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ทุจริต[59]

อย่างไรก็ดี ตุลาการเสียงข้างน้อยในคดีดังกล่าวให้ความเห็นว่าการใช้ประกาศคณะกรรมการปฏิรูปเป็นการกระทบต่อหลักนิติรัฐที่ประกันความไว้เนื้อเชื่อใจของบุคคลที่มีต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐ และการใช้กฎหมายย้อนหลังจึงไม่จำกัดเฉพาะความผิดและโทษทางอาญาเท่านั้น หากแต่รวมถึงกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทุกประเภทด้วย ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นทางวิชาการหลายท่านที่เห็นไปในทางเดียวกัน[60]

นอกจากประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 แล้ว ยังมีกฎหมายอื่น ๆ ที่บัญญัติถึงเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่ทำไว้ได้ หากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน เพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ เพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อม ได้แก่ มาตรา 68 ทวิ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 9 ตรี พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 และมาตรา 22 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 อนึ่ง การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐแก้ไขหรือบอกเลิกสัญญาภายใต้อำนาจของกฎหมายเหล่านี้ ย่อมเป็นการใช้บังคับกฎหมายย้อนหลังไปผูกพันข้อกำหนดในสัญญาซึ่งรัฐทำไว้กับเอกชนก่อนที่จะมีกฎหมายเหล่านี้ จึงเป็นการใช้บังคับกฎหมายย้อนหลังโดยสภาพ

---

[59] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 'ตัดสิทธิเลือกตั้ง....ย้อนหลังได้' และ 'หลักนิติรัฐกับคนเนรคุณ' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) *การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง* (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 24-27.

[60] ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งย้อนหลัง หลักนิติรัฐ และศักดิ์ศรีนักกฎหมายไทย', ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 'ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ' และปิยบุตร แสงกนกกุล, 'บทวิจารณ์คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดียุบพรรค' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) *การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง* (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) หน้า 14-23, 35-63.

ค. ประเมินความเป็นธรรมของระบบกฎหมายไทยและข้อเสนอแนะ

ในการนี้ แม้ว่าระบบกฎหมายไทยจะมีการวางโครงสร้างเพื่อให้บ่อเกิดทางกฎหมายที่ใช้เป็นหลักเป็นฐานในการระงับข้อพิพาทในโครงการร่วมลงทุนฯ มีความชัดเจนและแน่นอน สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตย และเป็นไปตามครรลองของลำดับศักดิ์กฎหมายเอาไว้ตามมาตรฐานเฉกเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอื่น ๆ แต่สถานการณ์ในความจริงที่เกิดขึ้นนั้น พบว่าระบบกฎหมายไทยยังปรากฏ

(1) ข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการยอมรับและใช้บังคับบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่มีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้คู่กรณีทราบถึงสิทธิหน้าที่ของตนเอง โดยเฉพาะการใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และการไม่ชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิด ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ไม่อาจก่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและความไว้เนื้อเชื่อใจของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐได้

(2) ข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการเจาะจงใช้กฎหมายให้เป็นผลเสียหรือเอื้อประโยชน์ต่อเอกชนรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ แทนที่ความมีผลเป็นการทั่วไปของกฎหมาย

(3) การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้บ่อเกิดกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตย โดยเฉพาะการกระทำที่มีฐานมาจากมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เช่นนี้ ย่อมไม่ใช่องค์ประกอบที่มีความสอดคล้องเข้ากันกับหลักนิติธรรมในทางเศรษฐกิจโดยสิ้นเชิง

(4) การมีอยู่ของกฎหมายที่วางหลักการใช้กฎหมายย้อนหลังเพื่อความมั่นคงไว้อย่างกว้างขวางหรือให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียวที่ชัดเจน ได้แก่ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

แม้ว่าประเด็นเหล่านี้บางประเด็นจะยังไม่ได้รับการพิสูจน์ในชั้นศาล แต่การถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักหน่วงถึงบังคับใช้กฎหมายที่เลือกปฏิบัติและไม่อาจคาดหมายได้เช่นนี้ ย่อมทำให้เกิดข้อกังวลว่าการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจเกิดขึ้นได้อย่างไม่สมบูรณ์ ซึ่งการนี้จะเป็นผลเสียและอุปสรรคต่อความสำเร็จของของการค้าการลงทุนของประเทศไทย เนื่องจากโดยสามัญสำนึกแล้ว คู่สัญญาเอกชนย่อมไม่เลือกที่จะรับความเสี่ยงลงทุนมหาศาลในสัญญาที่การระงับข้อพิพาทตั้งอยู่บนเนื้อหาสาระกฎหมายที่ไม่ชัดเจนและแน่นอน เปลี่ยนแปลงย้อนหลังตามอำเภอใจอย่างไม่อาจคาดหมายได้ หรือมีที่มาที่ไม่สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตยได้

ในการนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้พัฒนาคุณสมบัติของระบบกฎหมายในส่วนนี้ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายรัฐและตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทสัญญาร่วมลงทุนฯ ต้องหลีกเลี่ยงการบังคับใช้หรือตีความกฎหมายย้อนหลังอันจะก่อให้เกิดผลเสียต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แม้การนั้นจะมิใช่โทษหรือสภาพบังคับในทางอาญาก็ตาม หรือหากจำเป็นต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องมีการชดใช้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างเป็นธรรม รวดเร็ว และสม่ำเสมอ

ประการที่สอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐและตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทสัญญาร่วมลงทุนฯ ต้องหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายพิเศษ (ยกเว้นกฎหมายทั่วไป) และไม่ตีความกฎหมายในลักษณะที่จะก่อให้เกิดผลต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายใดรายหนึ่งแต่เพียงรายเดียว เพราะการนั้นจะก่อให้เกิดกังขาและทำลายความไว้เนื้อเชื่อใจของปัจเจกชนจากการบังคับใช้กฎหมายอย่างเลือกปฏิบัติ รวมถึงหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายตามอำเภอใจและไม่อาจคาดเดาได้

ประการที่สาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐและตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทสัญญาร่วมลงทุนฯ ต้องไม่บังคับใช้บ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มาจากคณะปฏิวัติรัฐประหาร และควรยกเลิกกฎหมายที่ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวได้อย่างกว้างขวางเกินไปและไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทั้งหมด ในทางกลับกัน คู่สัญญาฝ่ายรัฐและตุลาการพึงต้องเคารพข้อตกลงตามสัญญาที่รัฐทำไว้กับเอกชนเป็นส่วนหนึ่งของการตีความและบังคับใช้กฎหมายด้วย

2. เนื้อหาของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทมีมุมมองของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างสมดุล

เนื่องจากโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีวัตถุประสงค์โดยทั่วไปที่จะทำให้เกิดขึ้นซึ่ง “สถานการณ์ที่ทุกฝ่ายชนะ” (win-win situation) กล่าวคือคู่สัญญาได้ประโยชน์ร่วมกัน ทั้งฝ่ายรัฐในประการที่จะได้เม็ดเงินลงทุน องค์ความรู้ ประสิทธิภาพและความคล่องตัวในการดำเนินงาน เทคโนโลยี และความเชี่ยวชาญจากบริษัทเอกชนมา แบ่งเบาภาระและลดความเสี่ยงในการสร้างหรือดูแลรักษา สาธารณูปโภคและโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ หรือมาช่วยจัดทำบริการสาธารณะ อันจะทำให้ประชาชนในประเทศได้ใช้สาธารณูปโภคที่มีคุณภาพ และในขณะเดียวกันก็เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะแสวงหาผลกำไรจากการประกอบกิจการอย่างเหมาะสม[61]

[61] ดูวัตถุประสงค์และความสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนฯ ใน Yseult Marique, *Public – Private Partnerships and the Law* (Edward Elgar Publishing Limited 2014) 1; Stephen P Osborne, ‘Understanding Public-Private Partnerships in International Perspective: Globally Convergent or Nationally Divergent Phenomena?’ in Stephen P. Osborne (ed) *Public-Private Partnerships Theory and Practice International Perspective* (Routledge 2000)

ก. สะพานสู่ความสำเร็จ

ด้วยเหตุนี้ เนื้อหาของกฎหมายที่ใช้เป็นสารัตถะในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในโครงการร่วมลงทุนฯ จึงต้องมีมุมมองและข้อคำนึงถึงทั้งประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนอย่างสมดุล กล่าวคือ ข้อพิพาทจะต้องไม่ถูกระงับไปอย่างไม่มีการคำนึงประโยชน์สาธารณะ หรือโดยไม่มีการคุ้มครองสิทธิตามสัญญาของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างใดอย่างหนึ่งโดยสิ้นเชิง

คุณสมบัติข้างต้นเป็นการพิจารณามาจากหลักการทางกฎหมายและตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง ในส่วนของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้นมีรากฐานมาจากลักษณะตามธรรมชาติที่มีความเกี่ยวพันกับสังคมส่วนรวมของสัญญาร่วมลงทุนฯ 2 ประการ ได้แก่

(1) แม้เม็ดเงินส่วนใหญ่ของโครงการร่วมลงทุนฯ จะมาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ส่วนหนึ่งของทรัพยากรที่เอามาใช้ในสัญญาร่วมลงทุนฯ นั้น ก็ยังมาจากเงินและทรัพยากรส่วนรวมของประเทศ อันเป็นเงินที่ได้มาจากภาษีของประชาชน (tax-payers' money)[62] อย่างน้อยที่สุดคือค่าจ้างบุคลากรของรัฐที่มีหน้าที่ดำเนินสัญญาร่วมลงทุนฯ หรือการใช้ที่ดิน ทรัพย์สิน หรือทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นทรัพยากรส่วนหนึ่งของการลงทุน ด้วยเหตุนี้ จึงต้องพิจารณาว่าเงินภาษีของประชาชนข้างต้นถูกใช้ในสัญญาร่วมลงทุนไปอย่างคุ้มค่าหรือไม่[63]

(2) การร่วมลงทุนมีวัตถุประสงค์หลักในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ และด้วยความที่สัญญาร่วมลงทุนฯ ที่เกิดขึ้นโดยหลักคือการสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานและบริการสาธารณะที่มีคุณภาพให้แก่ประชาชนในวงกว้าง[64] จึงเป็นกิจการที่มีความเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะอย่างยิ่งยวด[65] โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเชิงเศรษฐกิจมหภาคอันส่งผลต่อการพัฒนาโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศโดยตรง ทำให้สัญญาร่วมลงทุนมีสถานะเป็น "เครื่องมือในการสร้างและกำหนดทิศทางชีวิตในทาง

1-2; Ronald W. McQuaid, 'The Theory of Partnership: Why have partnerships?' in Stephen P. Osborne (ed) *Public-Private Partnerships Theory and Practice International Perspective* (Routledge 2000) 19-22.

[62] Nikiforos Meletiadis (เชิงอรรถ 1) 5-6.

[63] Yseult Marique (เชิงอรรถ 61) 160; Nikiforos Meletiadis (เชิงอรรถ 1) 7.

[64] Bernard Schwartz, *French Administrative Law and The Common-Law World* (The Lawbook Exchange 2011) 68.

[65] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 22) 225.

เศรษฐกิจของประเทศ”[66] และทำให้โครงสร้างทางกฎหมายจำเป็นที่จะต้องกำหนดการควบคุม ตรวจสอบว่าประโยชน์สาธารณะได้รับการจัดสรรอย่างเหมาะสมหรือไม่[67]

จึงกล่าวได้ว่าผู้ลงทุนฝ่ายหนึ่งในสัญญา ก็คือ “สังคมส่วนรวม” และเป็นการลงทุนเพื่อ “ประโยชน์ส่วนรวม” นั่นเอง ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในสัญญาร่วมลงทุน กฎหมายที่ใช้เป็นสารัตถะในการระงับข้อพิพาทจึงจะต้องมีมุมมองที่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะอย่างมิอาจหลีกเลี่ยงได้

ทั้งนี้ คำว่าประโยชน์สาธารณะนั้น มีความหมายที่กว้างขวางและถูกพิจารณาได้ในหลากหลายมิติ โดย UNCITRAL Guide ได้แจกแจงส่วนประกอบของประโยชน์สาธารณะในมิติของสัญญาร่วมลงทุนฯ ไว้หลายประการ อาทิ ระยะเวลา ความต่อเนื่อง คุณภาพของสาธารณูปโภคที่ได้มาจากการลงทุน ความยั่งยืนและความสามารถทางการเงินในการบริหารโครงการในระยะยาว การบริหารโครงการโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย ความปลอดภัยและคุณภาพชีวิตของประชาชน ตลอดจนราคาที่เหมาะสมเป็นธรรมที่ประชาชนจะสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะอันเกิดจากโครงการร่วมลงทุนได้[68] นอกจากนี้ UNCITRAL Guide ยังได้เชื่อมโยงความจำเป็นในการพัฒนาสาธารณูปโภคที่มีคุณภาพ ยั่งยืน พึ่งพิงได้และยืดหยุ่น โดยอาศัยสัญญาร่วมลงทุนฯ ในฐานะส่วนหนึ่งของการสนับสนุนการพัฒนาทางเศรษฐกิจและคุณภาพชีวิตของมนุษย์ ภายใต้เป้าหมายการพัฒนายั่งยืนที่สหประชาชาติกำหนดด้วย[69]

อนึ่ง การพิจารณาว่าสัญญาร่วมลงทุนตอบสนองประโยชน์สาธารณะ ภายใต้องค์ประกอบและมุมมองที่หลากหลายเหล่านี้ได้ดีเพียงใด อาจดำเนินการภายใต้ “หลักความคุ้มค่าของสัญญาร่วมลงทุน” (value for money) ซึ่งพิจารณาบนความสัมพันธ์ในภาพรวมระหว่างเม็ดเงินที่ลงทุนไป ระยะเวลาและทรัพยากรที่เสียไป และคุณภาพของโครงการที่จะได้มาจากการลงทุนนั้น ตลอดจนความสำเร็จของโครงการตามวัตถุประสงค์ที่จัดตั้งขึ้น นอกจากนี้ ยังพึงคำนึงถึงความจำเป็นเร่งด่วนของกิจการและสาธารณูปโภคที่โครงสร้างลงทุนด้วย อาทิ การลงทุนในสาธารณูปโภคที่เกี่ยวข้องกับชีวิตของประชาชน

---

[66] Nikiforos Meletiadis (เชิงอรรถ 1) 8.

[67] Yseult Marique (เชิงอรรถ 61) 157-159.

[68] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 22) 2.

[69] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 22) 26; ดูประกอบ Irina Zapatrina, ‘Sustainable Development Goals for Developing Economies and Public-Private Partnership’ (2016) 11 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 39; Iryna Zapatrina, ‘State Support under PPP: New Challenges in the Context of the UN Sustainable Development Goals’ (2018) 13 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 326.

โดยตรงและใช้ประโยชน์ได้ในวงกว้าง เช่น โรงพยาบาล ระบบคมนาคม การอนุรักษ์พลังงาน อาจจะมีความสำคัญและต้องลงทุนมากกว่าโครงการร่วมทุนที่อาจจะจำเป็นน้อยกว่า เช่น เรือนจำ ฯลฯ[70]

จากหลักการดังกล่าว ระบบกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จึงมักจะกำหนดและบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ให้มีมุมมองที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และศาลก็ยอมรับและใช้กฎหมายเหล่านั้นเป็นสารัตถะแห่งการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อาทิ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การบริหารสัญญาร่วมลงทุนฯ ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งจะต้องคำนึงถึงหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (principe de continuité) และหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ (le principe d'adaptabilité du service public) อันเป็นหลักการทั่วไปภายใต้แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะ (les principles généraux du service public)[71] ดังนั้น เมื่อมีความจำเป็นที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาให้แตกต่างไปจากที่ตกลงกันไว้ เพื่อปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่องและสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน ก็ย่อมสามารถทำได้ ทั้งนี้ เพราะความจำเป็นที่จะต้องทำให้เกิดสภาวะที่บริการสาธารณะมีอยู่ตลอดและสม่ำเสมอ จะปล่อยให้บริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ได้ เช่น หลักการในเรื่องตลาดมหาชนซึ่งอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ เนื่องจากสภาพการแข่งขันของกิจการนั้นมีการเปลี่ยนแปลงไป[72] หรือเมื่อเกิดความเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์โดย “ไม่อาจคาดหมาย” ได้มาก่อน และจะเกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะในวงกว้าง ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิอาจปฏิบัติตามสัญญาได้ เช่นนี้ รัฐก็สามารถดำเนินการให้แตกต่างไปจากสัญญาได้ภายใต้หลักการ

[70] ดู Anne Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract* (Oxford University Press 2001) 3; UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 22) 207, 259; Christina D. Tvarno, ‘The Value of the Value for Money Principle: From a Public Private Partnership Perspective’ (2020) 15 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 282; Annalisa Aschiovi, ‘Non-Financial Benefits: Another Reason to Foster the Promotion of PPPs as a Viable Alternative for Public Service Delivery’ (2014) 9 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 240.

[71] John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law* (2nd edn, Oxford University Press 2008) 168-169.

[72] ดู Jean Massot (เชิงอรรถ 25) 419-420; Jean-Bernard Auby, Lucie Cluzel – Metayer and Lamprini Xenou, ‘Administrative Law in France’ in René Seerden (ed) *Comparative Administrative Law: Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States* (4th edn, Intersentia 2018) 19.

กระทำของเจ้าชาย[73] และศาลปกครองสูงสุดก็วินิจฉัยรองรับการดำเนินการดังกล่าวในคดีต่าง ๆ มากมาย[74]

ในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็สามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองเช่นกัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 60 วรรคแรกของรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976[75]

ประการที่สอง ข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนฯ จะถูกระงับไปโดยกฎหมายที่คำนึงถึงเพียงแต่ประโยชน์สาธารณะมิได้ แต่ต้องมีส่วนที่คำนึงถึงประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายเอกชนด้วย เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็เป็นผู้ที่ลงทุนไปกับการเข้าทำสัญญาเช่นกัน และการลงทุนนี้ก็ไม่ควรอยู่ภายใต้หลักการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องรับภาระอย่างไม่เป็นธรรมแต่ฝ่ายเดียว ทั้งนี้ UNCITRAL Guide ได้แจกแจงส่วนประกอบของประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่พึงถูกคุ้มครองในมิติของสัญญาร่วมลงทุนฯ ไว้หลายประการ อาทิ ความสามารถในการอ้างและบังคับได้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สิน ความสามารถที่จะตกลงข้อสัญญาที่ตนเห็นว่าคุ้มค่าต่อการลงทุน การดำเนินการของคู่กรณีฝ่ายรัฐจะต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ ตลอดจนการบังคับตามสิ่งที่ตกลงกันไว้ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *(pacta sunt servanda)* และการได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่กระทำการโดยอำเภอใจ มีความรับผิดชอบ มีเหตุผล โปร่งใส และเป็นประชาธิปไตยจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ไม่ว่าในทางเนื้อหาหรือกระบวนการ[76]

---

[73] สุรพล นิติไกรพจน์, *สัญญาทางปกครอง* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 95-97.

[74] ตัวอย่าง คำพิพากษาคดี *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-Les-Rouen*; คำพิพากษาคดี *Tramway de Marseille*; คำพิพากษาคดี *Compagnie générale des eaux*; คำพิพากษาคดี *Compagnie générale française des Tramways*; คำพิพากษาคดี *Marelli*. ดู สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 73) 84-88; John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (เชิงอรรถ 71) 195–196, 198.

[75] Section 60 Adaptation and termination in special cases.

[76] เกณฑ์เหล่านี้ถูกอธิบายไว้ด้วยคำอธิบายที่หลากหลาย แต่มีเนื้อหาเป็นไปในประการเดียวกัน อาทิ Jean-Bernard Auby อธิบายในเชิงคุณค่าในทางกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาของรัฐ อาทิ หลักการเคารพสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักความโปร่งใส หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักความได้สัดส่วน หลักศุภนิติกระบวน ฯลฯ. ดู Jean-Bernard Auby, 'Contracting Out and 'Public Values': A Theoretical and Comparative Approach' in Susan Rose-Ackermann and Peter L. Lindseth (eds) *Comparative Administrative Law* (4th edn, Edward Elgar 2010) 511-516; Slavica Jokovic แจกแจงหลักการที่จำเป็นต่อโครงสร้างทางกฎหมายสำหรับการร่วมลงทุนไว้ อาทิ The Principle of Equal Treatment และ The Principle of Open Market. ดู Slavica Jokovic, 'Characteristics of Legal Framework for Serbian PPPs' (2018) 13 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 113; ดูประกอบ W. Noel Keyes, *Government Contracts in a Nutshell* (2nd edn, West Publishing Co. 1990) 282; Nikiforos Meletiadis (เชิงอรรถ 1) 10-12.

ทั้งนี้ ระบบกฎหมายในสังคมประชาธิปไตยทั้งหลายล้วนมีการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาร่วมลงทุนฯ จำต้องมีมุมมองที่คุ้มครองเอกชนเช่นว่านี้ แต่รูปแบบและรายละเอียดอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง อาทิในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีการย่อมรับหลักการเรื่อง “สัญญาต้องเป็นสัญญา” หรือที่เรียกว่า “สัญญาที่ตกลงไว้อย่างใดย่อมผูกพันตามที่ได้ตกลงไว้” ใช้สำหรับสัญญาร่วมลงทุนฯ อยู่[77]

ส่วนในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น โดยหลักแล้ว การพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของรัฐจะอยู่ภายใต้ข้อสัญญาและหลักการในทางกฎหมายเอกชนมากกว่า[78] แต่ในปัจจุบันก็เริ่มมีมุมมองการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนภายใต้ระบบของกฎหมายมหาชนมากขึ้น โดยถูกอภิปรายในหลากหลายคำอธิบาย อาทิ หลักการกระทำเกินเขตอำนาจ[79] สิทธิมนุษยชน[80] หลักความชอบธรรม[81] หรือแนวคิดรัฐธรรมนูญทางเศรษฐกิจ (economic constitution)[82] ฯลฯ ทั้งนี้ สิ่งที่ควรเกิดขึ้นในเพื่อการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ได้แก่

(1) การกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐควรจะมีความเหมาะสมในเชิงกระบวนการภายใต้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) เฉกเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น[83]

---

[77] สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 73) 136-137.

[78] ดู Dawn Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide* (Butterworths 1999) และ John Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law* (Clarendon Press 1996) อ้างถึงใน Anne Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract* (เชิงอรรถ 70) 12.

[79] ดู Anne Davies, ‘Ultra Vires Problems in Government Contracts’ (2006) 122 Law Quarterly Review 98; Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 85, 104.

[80] ดู Anne Davies, ‘Ultra Vires Problems in Government Contracts’ (เชิงอรรถ 79).

[81] ดูคำอธิบายของ Mark Bovens. Mark Bovens ‘Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework’ (2007) 13 European Law Journal 447, 449 อ้างถึงใน Nikiforos Meletiadis (เชิงอรรถ 1) 10-12; Mark Freedland, ‘Public Law and Private Finance - Placing the Private Finance Initiative in a Public Frame’ in Peter Cane (ed) *Administrative Law* (Routledge 2002); Christopher Bovis, ‘The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public Private Partnerships Regulations’ (2018) 17 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 19.

[82] ดูคำอธิบายของ Tony Prosser. Tony Prosser, *The Economic Constitution* (Oxford University Press 2014) 8 อ้างถึงใน Nikiforos Meletiadis (เชิงอรรถ 1) 2.

[83] ดู *R v Legal Aid Board, ex p Donn & Co* [1996] 3 All ER 1 ใน Anne Davies, *Accountability A Public Law Analysis of Government by Contract* (เชิงอรรถ 70) 16; Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 69.

(2) ข้อเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการอย่างมีเหตุผลและเป็นประชาธิปไตย เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถใช้สิทธิตามสัญญาของตนได้อย่างเต็มที่[84] และทำให้การกระทำของรัฐมีความชอบธรรมและก่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่ประชาชนและสังคม[85]

(3) คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่พึงละเว้นกระทำการหรือหน่วงดุลพินิจ อันก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมต่อฝ่ายเอกชน[86]

สำหรับระบบกฎหมายอเมริกัน นอกจากหลักการทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ หลักศุภนิติกระบวนในเชิงเนื้อหา อันถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 และ 14 ให้กฎหมายจะต้องมีความเป็นธรรม มีเหตุผล และชอบด้วยกฎหมายแล้ว[87] และ Section 10 แห่ง The Administrative Procedure Act 1946 ที่บัญญัติให้ปัจเจกชนที่ได้รับความเดือดร้อนและได้รับผลกระทบจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่มีสิทธินำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้แล้ว[88] ยังมีการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการกระทำผิดสัญญาโดยเฉพาะจากการแทรกแซงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ชัดเจน (manifest) และส่งผลอย่างร้ายแรง (gross) จนอาจถึงขั้นเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) ให้นำมาซึ่งความรับผิดของรัฐดังกล่าว[89]

ประการที่สาม ในส่วนที่ว่าเนื้อหาของกฎหมายต้องมีการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายเอกชนนั้น เป็นธรรมชาติทั่วไปของข้อพิพาทในทางสัญญาที่เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบ คู่สัญญาอีกฝ่ายก็จะเสียเปรียบ[90] ความขัดแย้งกันในลักษณะเช่นนี้ก็เกิดขึ้นในสัญญาร่วมลงทุนฯ ด้วย กล่าวคือ ความขัดแย้งระหว่างข้อเรียกร้องที่ต้องการให้การบริหารจัดการสาธารณะมีความยืดหยุ่นและความต้องการของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะได้รับการปกป้อง[91]

---

[84] Yseult Marique (เชิงอรรถ 61) 5.

[85] เพิ่งอ้าง 158.

[86] ดู Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 169, 177; Anne Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract* (เชิงอรรถ 70) 11-12, 18-19.

[87] มานิตย์ จุมปา, 'ศุภนิติกระบวน (Due Process of Law) ในประเทศสหรัฐอเมริกา' ใน ไกรพล อรัญรัตน์ (บรรณาธิการ*) รพี'55* (บพิธการพิมพ์ 2555) 111-112.

[88] "A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof".

[89] Jean Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts* (Cambridge University Press 2018) 96-98.

[90] W. Noel Keyes (เชิงอรรถ 76) 284-285.

[91] Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 172.

ในการนี้ ระบบกฎหมายที่ดีจะไม่เลือกข้างว่าจะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยสิ้นเชิง แต่มีการกำหนดกลไกที่จะสร้างการชั่งน้ำหนักอย่างสมดุลระหว่างประโยชน์ทั้งสองด้าน ซึ่งระบบกฎหมายต่าง ๆ ก็พยายามสร้างเครื่องมือในการทำให้เกิดสมดุลนี้ไว้ อาทิ

(1) แม้ประโยชน์สาธารณะอาจจะได้รับการพิจารณาว่าสำคัญกว่าประโยชน์ของสัญญาฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมิติของการที่สัญญามีวัตถุประสงค์หลักเป็นไปเพื่อประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศ การนี้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถเปลี่ยนแปลงหรือบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หากจำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ดี เพื่อมิให้เป็นการหลงลืมมุมมองของการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ก็จำเป็นที่รัฐจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับฝ่ายเอกชน และระบบกฎหมายที่ดีพึงต้องสร้างกลไกการควบคุมให้การเยียวยาเป็นไปอย่างเป็นธรรมด้วย[92]

การสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยวิธีการเยียวยาความเสียหายแก่ฝ่ายเอกชนนี้ ถูกใช้เป็นการทั่วไปในหลายโอกาสในระบบกฎหมายฝรั่งเศส[93] ปรากฏทั้งภายใต้หัวข้อสิทธิในการได้รับค่าเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่เป็นไปตามสัญญา และสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนในกรณีที่เกิดเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ที่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งเอกชนพึงได้รับเนื่องจากการกระทำของฝ่ายรัฐไม่เป็นไปตามที่สัญญาไว้[94] และทั้งในกรณีที่รัฐต้องการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาหรือยกเลิกสัญญาเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ภายใต้หลักการกระทำของเจ้าชายดังที่ได้อธิบายไว้แล้ว หรือแม้ว่าจะเป็นเหตุที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการของภาครัฐ เช่น ภัยธรรมชาติ สงคราม ภาวะเงินเฟ้อ หรือภาวะขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้ในการผลิตอย่างมีนัย ศาลอาจสั่งให้คู่กรณีฝ่ายเอกชนดำเนินการตามสัญญาต่อไป แต่มีการปรับเปลี่ยนข้อสัญญาบางประการ โดยที่หากเกิดค่าจ่ายขึ้น รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบช่วยเหลือทางการเงินแก่เอกชน ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของค่าเสียหาย ค่าจ้างงานที่เพิ่มขึ้น เงินต้นที่ใช้ในการลงทุน ตลอดจนค่าขาดกำไรที่จะได้ ตาม “ทฤษฎีเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้” (la théorie de l’imprévision) ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าการดังกล่าวต้องเกิดจากสิ่งที่เกิด

---

[92] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 22) 253-255; สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 73) 134-135.

[93] ตัวอย่าง คำพิพากษาคดี *Compagnie Générale des Eaux* อ้างถึงใน สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 73) 86-87.

[94] สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 73) 91.

เองตามธรรมชาติอันมิอาจคาดหมายและป้องกันขัดขวางได้[95] ทั้งนี้ เพื่อรักษาความสมดุลทางการเงินของคู่สัญญา (l'équilibre du contrat) ไว้[96]

ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษจะใช้วิธีการระบุหน้าที่ของรัฐที่จะต้องชดใช้เยียวยา หากเกิดความเสียหายขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่การนั้นเกิดจากการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญา หรือยกเลิกสัญญาจากภาครัฐ ไว้ในข้อสัญญาตั้งแต่ต้น[97] ทั้งนี้ แม้ว่ารูปแบบวิธีการในการดำเนินการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐและเอกชนจะมีความแตกต่างกันในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและอังกฤษ แต่ Anne Davies ได้อภิปรายไว้อย่างน่าสนใจว่า

> ในหลายกรณี คู่สัญญาจะได้รับผลลัพธ์ของการปฏิบัติจากรัฐที่เหมือนกันอย่างน่าประหลาดใจ ไม่ว่าจะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสหรืออังกฤษ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีความยืดหยุ่นในการเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เมื่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นมีการเปลี่ยนแปลงไป แต่ทั้งนี้โดยมีการชดใช้ความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะในระยะยาวแล้ว จะมีความชัดเจนว่าคงจะไม่ใช่เรื่องดีนัก หากรัฐบาลปฏิบัติต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างไม่เป็นธรรม[98]

(2) แม้จะใช้เหตุเรื่องประโยชน์สาธารณะมาเป็นข้อกล่าวอ้างในการดำเนินการ คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะดำเนินการต้องเป็นฝ่ายปกครองที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย[99] ก็ต้องกระทำการนั้นอย่างได้สัดส่วนด้วย[100] อาทิ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น การสั่งแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของรัฐจะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดอย่าง "เกินขนาดหรือไปจนถึงระดับที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาเดิม" เลย และจะต้องกระทำเท่าที่ "จำเป็น" เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมี

---

[95] Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 55-58; มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง* (วิญญูชน 2565) 118-122.

[96] แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็จะไม่ได้รับค่าทดแทนเต็มจำนวนเหมือนในกฎหมายเอกชน เพราะก็มีหน้าที่รับความเสี่ยงในการเข้าทำสัญญาด้วยส่วนหนึ่ง. ดู คำพิพากษาคดี *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* อ้างถึงใน สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 73) 98; UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 22) 55-58, 135-144; Anne Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract* (เชิงอรรถ 70) 3; มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง* (เชิงอรรถ 95) 118-122.

[97] Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 58.

[98] เพิ่งอ้าง 57 (คำแปลอย่างไม่เป็นทางการโดยตัวผู้เขียนเอง).

[99] ตามหลัก légalité and responsabilité. ดู Neville Brown and John Bell, *French Administrative Law* (5th edn, Oxford University Press 1998) อ้างถึงใน Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 18) 55-58.

[100] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 22) 28.

ประสิทธิภาพ ภายใต้หลักความได้สัดส่วนของการสั่งการหรือการกระทำทางปกครอง (principe de proportionnalité)[101] เช่นเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งมาตรา 60 วรรคแรกของรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กำหนดให้การดำเนินการจะต้องทำอย่างชัดแจ้งเป็นหนังสือและอธิบายเหตุผลความจำเป็นด้วย และการนั้นจะต้องเป็นมาตรการสุดท้ายในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น[102]

(3) การพิจารณาชั่งน้ำหนักการใช้ดุลพินิจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและใช้รูปแบบและวิธีการที่แตกต่างจากคดีอื่น ๆ หากเป็นข้อพิพาทที่มีความอ่อนไหวทางการเมืองหรือความสามัคคีของคนในชาติ (solidarity) หรือใช้เงินทุนของรัฐจำนวนมาก เช่น โครงการที่สร้างสาธารณูปโภคให้ผู้ด้อยความสามารถในสังคม (vulnerabilities)[103] ดังที่ UNCITRAL Guide ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่าวิธีการและเครื่องมือทางกฎหมายที่แต่ละประเทศใช้อาจไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน แต่มีความแตกต่างกันได้ตามแต่สภาพและบริบทของแต่ละระบบกฎหมาย[104] ดังนั้น การประเมินคุณสมบัติระบบกฎหมายที่ดีที่เอื้อให้เกิดความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนฯ จึงมิได้เรียกร้องให้มีเครื่องมือในการสร้างสมดุลเหล่านี้ทั้งหมด แต่มีข้อเรียกร้องขั้นพื้นฐานว่าพึง “มี” และสามารถ “บังคับใช้” การสร้างสมดุลเช่นนี้ได้เท่านั้น[105]

ข. กฎหมาย ข้อพิพาท และสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในระบบกฎหมาย

ความมีอยู่ของกฎหมาย ระบบกฎหมายไทยได้วางหลักการให้บทบัญญัติของกฎหมายอันถูกใช้เป็นสารัตถะของการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ มีเนื้อหาคุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ สามารถแบ่งพิจารณาจากการคุ้มครองประโยชน์คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ ดังนี้

การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ปรากฏในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 สองลักษณะ ได้แก่

---

[101] สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 73) 81.

[102] ทั้งนี้ การชดใช้เยียวยาจะนำหลักกฎหมายเรื่องการกลับคืนสู่สถานะเดิมอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้. ดู มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง* (เชิงอรรถ 95) 122-124.

[103] Yseult Marique (เชิงอรรถ 61) 181-182.

[104] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 22) 2.

[105] ดังที่ John Gillespie วิเคราะห์ไว้ว่าระบบกฎหมายต้องการให้เกิด “judicially define boundaries between state and private interests”. John Gillespie, ‘The Juridification of Administrative Complaints and Review in Vietnam’ in Tom Ginsburg and Albert H. Y. Chen (eds) *Administrative Law and Governance in Asia Comparative Perspective* (Routledge 2009) 211.

ลักษณะที่หนึ่ง ในฐานะเหตุผลสำหรับการใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน กล่าวคือ หากเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐผู้ทรงอำนาจก็สามารถกระทำการใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ อาทิ

> มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพการจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น[106]

นอกจากนี้ ยังมีมาตรา 3 วรรคสองซึ่งบัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” กำกับในฐานะบททั่วไปด้วย

ลักษณะที่สอง ในฐานะหน้าที่ซึ่งรัฐต้องกระทำตามมาตรา 56 “รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน”

จากบทบัญญัติในสองลักษณะนี้ ทำให้รัฐมีทั้งหน้าที่ในเชิงรุกที่จะต้องก่อให้เกิดสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ และหน้าที่ในเชิงตั้งรับที่จะถูกควบคุมให้การใช้อำนาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น

สำหรับกฎหมายระดับพระราชบัญญัตินั้น พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ได้วางกลไกต่าง ๆ ที่เอื้อต่อการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะในการดำเนินโครงการร่วมลงทุนฯ ไว้ อาทิ มาตรา 41 ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้กับสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบ ประการนี้สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2) และ (3) ซึ่งได้กำหนดเอาไว้ในวรรคสองของมาตราเดียวกันนี้ว่า ในการตรวจร่างสัญญา สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ และรายงานถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ[107]

---

[106] บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ อาทิ มาตรา 32 (สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว) มาตรา 34 (เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น) มาตรา 37 (สิทธิในทรัพย์สิน) มาตรา 42 (เสรีภาพในการรวมกลุ่ม) มาตรา 44 (เสรีภาพในการชุมนุม) ก็ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับ “ประโยชน์สาธารณะ” ในการใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในลักษณะเดียวกันนี้.

[107] พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 วรรคสอง.

นอกจากนี้ ยังมีการกำหนด “หมวด 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ไว้โดยเฉพาะ โดยมาตรา 50 วรรคแรก กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ (โดยความเห็นชอบจากมติคณะรัฐมนตรี) มีอำนาจเข้าดำเนินการแทน แก้ไข หรือบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนฯ ได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากคู่สัญญาเอกชน หากการนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะด้านต่าง ๆ ตามที่ถูกแจกแจงไว้[108]

อนึ่ง กลไกทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเหล่านี้ น่าจะมีพื้นฐานมาจากหลักการทั่วไปในทางกฎหมายปกครองโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ หลักการว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ[109] หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองและความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา[110] และหลักมูลเหตุของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป *(clausula rebus sic stantibus)* ซึ่งว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงไปของข้อตกลง หากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงจากแบบเดิม[111] หลักการทั่วไปทางกฎหมายเหล่านี้เป็นหลักการที่กฎหมายไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน[112] อย่างไรก็ดี การที่หลักการเหล่านี้จะถูกปรับใช้โดยศาลปกครองกับข้อพิพาททางสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงมากน้อยเพียงใด ย่อมเป็นสิ่งที่จะถูกสำรวจต่อไป

การคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปรากฏอย่างชัดเจนในบททั่วไปของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ว่า “การดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ต้องเป็นไปเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน” ซึ่งหมายถึง “ความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงและผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่เอกชนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงความสำเร็จของโครงการร่วมลงทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินโครงการร่วมลงทุน”[113] และในส่วนของรายละเอียดการดำเนินการก็ถูกบัญญัติให้สอดคล้องกับบททั่วไปข้างต้น กล่าวคือหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจเข้าดำเนินการแทน แก้ไข หรือ

---

[108] ประโยชน์ตามนัยนี้พึงหมายความครอบคลุมถึง “สิทธิและประโยชน์ของผู้รับบริการจากโครงการร่วมลงทุน” ดังที่ปรากฏตามความใน พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 6 (6) ด้วย

[109] ดู วรพล มาลสุขุม, ‘ถอดประกอบหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะเพื่อใช้เป็นมาตรวัดการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน’ (2564) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 574.

[110] สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการพัสดุ* (วิญญูชน 2562) 142.

[111] ดู ปารวี พิสิฐเสนากุล, ‘หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ในสัญญาทางปกครอง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553).

[112] วิเคราะห์ไว้โดยนักวิชาการกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับ อาทิ สุรพล นิติไกรพจน์, *สัญญาทางปกครอง* (เชิงอรรถ 73) 124–131; กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 8, วิญญูชน 2554) 264–272, 286–287; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ 2554) 302-303; โภคิน พลกุล (เชิงอรรถ 56).

[113] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 6 (2).

บอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนฝ่ายเดียว เพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว “[หากว่า] กรณีที่เหตุเกิดจากการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม”[114]

ในทำนองเดียวกันกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ กลไกทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนในการร่วมลงทุนฯ เหล่านี้ ก็น่าจะมีพื้นฐานมาจากหลักการทั่วไปในทางกฎหมายปกครอง อาทิ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา *(pacta sunt servanda)*[115] หลักการคุ้มครองความเชื่อถืออันสุจริตและไว้วางใจของปัจเจกชน และหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ[116]

ในลักษณะเดียวกันกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ระบบกฎหมายไทยรับหลักการทั่วไปทางกฎหมายเหล่านี้มาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน[117] และแท้ที่จริงแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ก็มีความสอดคล้องกับหลักการอื่น ๆ อาทิ ทฤษฎีความเป็นประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ ซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายด้วย[118] เช่นเดียวกัน ศาลปกครองจะปรับใช้หลักกฎหมายเหล่านี้กับข้อพิพาททางสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงหรือไม่ จะถูกสำรวจด้านล่างต่อไป

การสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน นอกจากจะคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายเอกชนแล้ว หากมีกรณีที่ประโยชน์ทั้งสองขัดกัน ระบบกฎหมายก็ได้วางกลไกในการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ทั้งสองไว้ ทั้งนี้ ในระดับรัฐธรรมนูญปรากฏในบททั่วไปเกี่ยวสิทธิและเสรีภาพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย ได้แก่ มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 นอกจากนี้ เนื่องจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยทั่วไปมักมีลักษณะเป็นการนำสาธารณูปโภคของรัฐไปให้เอกชนดำเนินการ มาตรา 56 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จึงได้กำหนดหลักการไว้ว่า “การนำสาธารณูปโภคของรัฐไปให้เอกชนดำเนินการทางธุรกิจไม่ว่าด้วยประการใด ๆ รัฐต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงการลงทุนของรัฐ ประโยชน์ที่รัฐและเอกชนจะได้รับและค่าบริการที่จะเรียกเก็บจากประชาชนประกอบกัน” อนึ่ง กลไก

---

[114] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50 วรรคสอง.

[115] สุรพล นิติไกรพจน์, *สัญญาทางปกครอง* (เชิงอรรถ 73) 136–137.

[116] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (เชิงอรรถ 112) 65–67.

[117] วิเคราะห์ไว้โดยนักวิชาการที่เป็นที่ยอมรับ อาทิ การพิจารณาหลักการคุ้มครองความเชื่อถืออันสุจริตและไว้วางใจของปัจเจกชนในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ. ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (เชิงอรรถ 112) 65–66 และ มานิตย์ วงศ์เสรี, *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (สำนักงานศาลปกครอง 2545) 9-10; โภคิน พลกุล (เชิงอรรถ 56); สุรพล นิติไกรพจน์, *สัญญาทางปกครอง* (เชิงอรรถ 73) 136–137.

[118] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2563) 123–133.

ในการสร้างสมดุลให้เกิดขึ้นแก่ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนนี้อาจถูกชั่งน้ำหนักโดยเครื่องมือทางกฎหมายต่าง ๆ อาทิ หลักความได้สัดส่วน เป็นต้น[119]

การบังคับใช้กฎหมายในความเป็นจริง ในการสำรวจการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในความเป็นจริงนั้น จะถูกดำเนินการในสองส่วน ได้แก่

ส่วนที่ 1 คำพิพากษาที่ปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้อง

ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือเหตุจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐในสัญญาทางปกครองเอาไว้ในหลากหลายคดี ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2554 วินิจฉัยรับรองสถานะของ “ข้อกำหนดที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองในการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษที่มิได้ระบุในสัญญาเพิ่มเติม” ในฐานะข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ เพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานที่วางหลักการเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองเอาไว้ โดยวินิจฉัยว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ (องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล) ได้บอกเลิกข้อตกลงที่ให้เอกชนดำเนินการปรับปรุงและบริหารท่าเทียบเรือ (จ่ายค่าตอบแทนให้รัฐ) แต่เรียกเก็บค่าใช้จ่ายจากผู้ใช้บริการท่าเทียบเรือเองนั้น เป็นการบอกเลิกสัญญาโดยอาศัยเหตุการบอกเลิกสัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมิได้กระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อข้อสัญญาก็สามารถทำได้ เพราะ “... เป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ ซึ่งหมายถึง บริการสาธารณะที่ได้จัดทำขึ้นสามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความต้องการของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยหลักการนี้ถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ...”

ในขณะเดียวกัน ศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็วางหลักเรื่องคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเอาไว้ในคดีและข้อพิพาทต่าง ๆ อาทิ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 นอกจากจะวางหลักการเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองเอาไว้ดังที่ปรากฏด้านบนแล้ว ศาลยังให้การคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนควบคู่ไปด้วย โดยวินิจฉัยว่า “... ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจาก

---

[119] ดู ธีระ สุธีวรางกูร, *ระบบศาลและการพิจารณาคดีของศาลในทางกฎหมายมหาชน* (เชิงอรรถ 35) 131; วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 9) 298; วรพล มาลสุขุม (เชิงอรรถ 109).

การยกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ เพราะการเลิกสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติผิดสัญญา ...”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.429/2556 วินิจฉัยว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถบอกเลิกสัญญาได้ เพราะเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้จะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ตาม แต่เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เตรียมการก่อสร้างไปบางส่วนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการใช้เงินตามค่าแห่งการงานที่เกิดขึ้น[120]

สำหรับการสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อพิจารณาว่าการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นไปอย่างสมดุลแล้วหรือไม่ เป็นสิ่งที่นักกฎหมายแต่ละคนอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันได้ แต่อย่างน้อยที่สุดจะต้องเป็นกรณีที่ไม่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะแบบสุดโต่ง ในลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะบอกเลิกหรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวด้วยเหตุผลอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด[121] ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำพิพากษาที่กำหนด “ขอบเขตและเงื่อนไขความชอบธรรมและชอบด้วยกฎหมาย” ในการบอกเลิกหรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นรูปแบบหนึ่งของการสร้างสมดุลแล้ว ทั้งนี้ มีคำพิพากษาจำนวนหนึ่งที่วางหลักไว้ในลักษณะนี้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 148/2554 วินิจฉัยว่าสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิดังกล่าว “ต้องอยู่บนพื้นฐานหลักความจำเป็นและความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาด้วย”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 วางหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการบอกเลิกหรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวกันว่า “... ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะกระทำได้ก็ด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ...”[122]

---

[120] ดูคำพิพากษาอื่น ๆ ที่ยืนยันเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง แต่ก็ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดใช้เยียวยาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 676/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 16/2547 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 5/2545 คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 68/2541 และคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 26/2525.

[121] ดังเช่นการบอกเลิกหรือแก้ไขข้อสัญญาโดยไม่มีการชดใช้เยียวยาคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ตามความในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ข้อ 7 และพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตรี.

[122] ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 483/2551 ซึ่งวินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกันว่า การใช้สิทธิเปลี่ยนแปลงขอสัญญาที่มิใช่การดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล ย่อมเป็น “การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”.

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1622/2545 วินิจฉัยว่าหากมีข้อสัญญากำหนดให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการอย่างอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญา หากการนั้น “อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญา” และมีการจ่ายค่าดำเนินการพิเศษนั้นให้แก่เอกชน ก็ย่อมดำเนินการได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.733/2554 วินิจฉัยว่าแม้ว่าข้อกำหนดในสัญญาจะกำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบล (คู่สัญญาฝ่ายรัฐ) มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่พฤติกรรมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ไม่สำรวจสภาพดินและทดสอบความเหมาะสมของแบบฐานรากของสะพาน ซึ่งเป็นการดำเนินการที่มิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลวิศวกรรมที่เพียงพอ อีกทั้ง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ได้ทดสอบแล้วว่าวิธีการตอกเสาเข็มเป็นวิธีที่ไม่เหมาะสม แต่ อบต. ก็บ่ายเบี่ยงไม่อนุมัติให้แก้ไขสัญญา ดังนั้น การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจึงถือได้ว่าเป็น “การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่สุจริต” และเป็น “การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.91/2557 วินิจฉัยว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ยอมดำเนินการบอกเลิกสัญญาตั้งแต่ทราบว่ามีงบประมาณไม่พอในการก่อสร้าง แต่กลับปล่อยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก่อสร้างงานจนเกือบแล้วเสร็จ แล้วจึงสั่งไม่ตรวจรับงานที่จ้างและปฏิเสธจ่าค่าจ้างนั้น ย่อมเป็น “การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” อันถือว่าเป็น “ความบกพร่อง” ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเอง “มิใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการใด ๆ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะใด ๆ”[123]

ในทางกลับกัน การกำหนด “เงื่อนไขของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการได้รับความคุ้มครอง” จากการบอกเลิกหรือแก้ไขสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ก็เป็นอีกหนึ่งกลไกที่แสดงการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน เพราะการนี้ย่อมหมายความว่าการใช้งบประมาณของรัฐ (ซึ่งได้มาจากภาษีของประชาชนและพึงใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ) ชดเชยความเสียหายให้เอกชนจะเป็นไปเฉพาะกรณีที่สมควรแก่เหตุผลเท่านั้น

ทั้งนี้ มีคำพิพากษาที่กำหนดเงื่อนไขของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการได้รับความคุ้มครองจากการบอกเลิกหรือแก้ไขสัญญาโดยฝ่ายรัฐปรากฏในระบบกฎหมายไทยจำนวนหนึ่ง ได้แก่ การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้อง “ไม่ทราบเหตุ” แห่งการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญามาก่อน อาทิ

---

[123] ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.510/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.626/2555 เพิ่มเติม ซึ่งวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่า การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (พิจารณาได้จากพฤติการณ์ที่ทราบถึง “เหตุแห่งการบอกเลิกสัญญาอยู่แล้ว” แต่กลับปล่อยเวลาให้เนิ่นช้าไป แล้วจึงมาบอกเลิกสัญญาในภายหลัง) เป็นการบอกเลิกสัญญาที่มิชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม.

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 10/2531 หากทราบอยู่แล้วว่าดินในบริเวณก่อสร้างเป็นดินอ่อนและอาจต้องเพิ่มเติมจำนวนเสาเข็ม โดยมีการระบุไว้ในสัญญา คู่สัญญาก็จะไม่อาจเรียกร้องค่าเสาเข็มเพิ่มจากรัฐได้[124]

อนึ่ง ประเด็นที่ว่าการบอกเลิกสัญญาโดยฝ่ายรัฐจะนำมาซึ่งการชดใช้เยียวยาให้แก่ฝ่ายเอกชน เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน “ไม่รู้ หรือไม่อาจคาดหมายได้ถึงข้อเท็จจริงที่อาจเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามสัญญา” และทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับ “ภาระที่หนักเกินกว่าเจตนาในสัญญา” หรือจะเป็นกรณีในทางตรงกันข้ามซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยอมรับสภาพที่ตนอาจ “ประสบปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินการ ได้กำไรน้อยลง หรือ พึงรับความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงไปของสภาพเศรษฐกิจและสังคมเอง”[125] นั้น เป็นประเด็นที่อาจตีความแตกต่างกันได้ อาทิ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.228/2550 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจอ้าง “ความยากลำบาก ปัญหา หรืออุปสรรคในการดำเนินการตามสัญญาที่เกิดขึ้นได้ตามวิสัยอยู่แล้ว” มาเป็นเหตุในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.260/2552 พิพากษาให้ปัญหา “ความไม่สงบที่เกิดขึ้นและมีความรุนแรง จนทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนแรงงานที่จะมาทำงานในพื้นที่” เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ จึงเป็นเหตุสุดวิสัย การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาโดยไม่ขยายระยะเวลาให้จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[126]

ส่วนที่สอง ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่เป็นที่สนใจของสังคม

กรณีศึกษาที่หนึ่ง : การโต้แย้งคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 (เหมืองทองชาตรี)

ดังข้อเท็จจริงที่ได้มีการแจกแจงไปแล้ว รัฐบาลไทยกล่าวอ้างว่าคำสั่งหัวหน้า คสช. ฉบับที่ 72/2559 เรื่องการแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำนั้น มีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาผลกระทบจากการทำเหมืองแร่ทองคำอันเป็นการดำเนินการเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนและสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ “ประโยชน์สาธารณะ” ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุม หรือที่เรียกว่า “right to regulate” หรือการใช้อำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของประชาชน ตลอดจนการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม[127]

---

[124] ดู ความเห็นเสียงข้างน้อยในคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 12/2524.

[125] อาทิ ในกรณีของสัญญาสัมปทานที่มีระยะเวลาตามสัญญาค่อนข้างยาว. ดู โภคิน พลกุล (เชิงอรรถ 56).

[126] ดู คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1481/2549.

[127] ดู กมลินทร์ พินิจภูวดล (เชิงอรรถ 47).

ในทางกลับกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกล่าวอ้างว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เพียงพอ คำสั่งหัวหน้า คสช. เป็นการกระทำที่ละเมิดความตกลงเขตการค้าเสรีไทย – ออสเตรเลีย (TAFTA) ซึ่งวางหลักประกันว่าจะต้องให้การปฏิบัติแก่ผู้ลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ไม่มีการโอนหรือการเวนคืนกิจการ และการทำให้เสียหาย การทำตามอำเภอใจ หรือการเลือกปฏิบัติ หลายประการดังต่อไปนี้[128]

ประการที่หนึ่ง คำสั่งหัวหน้า คสช. ฉบับที่ 72/2559 ถูกกล่าวหาว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายและสัญญาที่รัฐบาลไทยทำไว้กับบริษัทอัครา ฯ เพราะหากมีการร้องเรียนว่าการประกอบกิจการเหมืองส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน รัฐบาลไทยก็พึงดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือกฎหมายที่บังคับใช้เป็นการทั่วไป ได้แก่ กฎหมายแร่และกฎหมายสิ่งแวดล้อม มิใช่เพิกเฉยและไม่เคารพต่อความเชื่อถือและคาดหวังของนักลงทุนที่มีต่อข้อตกลงที่ผูกพันไว้ตามสัญญาและกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป

ประการที่สอง คำสั่งหัวหน้า คสช. ฉบับที่ 72/2559 เป็นการใช้อำนาจทั้งที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ ไม่มีข้อเท็จจริงและข้อสรุปที่ชัดเจนเพียงพอว่าการประกอบกิจการเหมืองเป็นสาเหตุของผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในพื้นที่รอบเหมือง จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจที่กลั่นแกล้งนักลงทุนเอกชนที่เกินแก่เหตุ

ประการที่สาม รัฐบาลถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่มีการชดใช้เยียวยาให้กับภาคเอกชนในความเสียหายที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่ง ฯ รวมทั้งค่าดำเนินการอื่นใดในกรณีที่ต้องกลับมาดำเนินกิจการเหมืองต่อแม้แต่น้อย

โดยสรุปแล้ว บริษัทอัครา โต้แย้งว่าคำสั่งหัวหน้า คสช. ฉบับที่ 72/2559 ก่อให้เกิดความสูญเสียและความเสียหายของนักลงทุน และสร้างความไม่สมดุลระหว่างการใช้อำนาจของรัฐ และการคุ้มครองนักลงทุน

ในทางกลับกัน รัฐบาลโต้แย้งว่าการออกคำสั่งหัวหน้า คสช. ฉบับที่ 72/2559 เป็นการดำเนินการโดยชอบแล้ว บนพื้นฐานของเหตุผล 3 ประการ ได้แก่ การเป็น “ปัญหาเฉพาะหน้า” ด้านสุขภาพและสิ่งแวดล้อม ซึ่งจำเป็นต้องดำเนินการ “อย่างทันท่วงที” ซึ่งได้รับการยอมรับในความตกลงระหว่างประเทศด้านกฎหมายการลงทุน และการกล่าวอ้างว่าคำสั่งมีผลเป็นเพียงการยุติการดำเนินการ

---

[128] สรุปประเด็นโต้แย้งมาจาก ‘Update on Claim against Kingdom of Thailand’ (Kingsgate Consolidated Limited, 18 สิงหาคม 2560) <https://www.kingsgate.com.au/update-on-claim-against-kingdom-of-thailand/> สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2565; อำนาจ ตั้งคีรีพิมาน, ‘คดีอนุญาโตตุลาการเหมืองชาตรี : คิงส์เกตและประเทศไทย Chatree Mine Arbitration: Kingsgate v Thailand’ (2562) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 405; และกมลินทร์ พินิจภูวดล (เชิงอรรถ 47).

ของเหมืองทองเป็นการชั่วคราวเท่านั้น ไม่ได้เป็นการเวนคืนหรือลิดรอนสิทธิตามสัมปทานโดยสิ้นเชิง ทางบริษัทยังสามารถขออนุญาตให้กลับมาเปิดกิจการใหม่ได้ โดยอาศัยช่องทางตามพระราชบัญญัติแร่ ฉบับใหม่ (พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560)[129]

เนื่องจากข้อพิพาทนี้ยังคงอยู่ในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยปรากฏว่ามีการเจรจาเพื่อประนอมข้อพิพาทตามคำแนะนำของอนุญาโตตุลาการ แต่ยังไม่ได้ข้อยุติ[130] อย่างไรก็ดีสามารถสรุปได้ว่ากรณีศึกษานี้มีข้อพิพาทเกี่ยวกับความสมดุลของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเกิดขึ้น

[129] ดู พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 25 ปีที่ 3 ครั้งที่ 32 (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่สอง) เป็นพิเศษ วันที่ 20 ตุลาคม 2564 ใน 'นายกฯ ชี้แจงกรณีเหมืองทองอัครา รัฐบาลคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศ เป็นธรรมกับทุกฝ่าย ย้ำ ไม่ได้ต้องการทำเหมืองหรือยึดเหมืองมาเป็นของรัฐ แก้ไขปัญหาตามกฎหมายและหลักธรรมาภิบาล' (รัฐบาลไทย, 18 กุมภาพันธ์ 2565) <https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/51696?fbclid=IwAR3xesp1oWT5LyYY4A5ZzoxfOnz8TjwIsVX80cHeC141XrmgXBBBZgR1RRo> สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2565.

[130] ดู 'แย้มข่าวดี "คิงส์เกต" จ่ออ่อนข้อ "วิษณุ" ประชุมลับปมพิพาท "เหมืองทองอัครา"' (Thairath, 3 สิงหาคม 2565) <https://www.thairath.co.th/business/economics/2462792> สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2565.

กรณีศึกษาที่สอง : กรณีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมเอราวัณ

ดังข้อเท็จจริงที่ได้มีการแจกแจงไปแล้ว สามารถพิจารณาได้ว่าคำสั่งของกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ กระทรวงพลังงาน ซึ่งสั่งให้ผู้รับสัมปทานจะต้องวางหลักประกันการรื้อถอนสิ่งติดตั้งนี้ เป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากเป็นการก่อให้เกิดหลักประกันว่าผู้รับสัมปทานจะสามารถดำเนินการรื้อถอน ฟื้นฟู ปรับปรุงสภาพพื้นที่ และจัดการสิ่งติดตั้งในการประกอบกิจการปิโตรเลียมที่เลิกใช้งานแล้วอย่างเหมาะสม เพื่อให้สามารถนำพื้นที่กลับมาใช้ประโยชน์ได้ใหม่ อันจะส่งผลให้เกิดการรักษาสิ่งแวดล้อม และเป็นการแสดงความรับผิดชอบที่ดีของผู้รับสัมปทาน[131]

อย่างไรก็ดี บริษัทเชฟรอนฯ ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่คุ้มครองประโยชน์ของตนอย่างเป็นธรรม เพราะเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามสัญญาสัมปทานที่ได้ตกลงไว้ในปี พ.ศ. 2515 แต่อาศัยอำนาจตามมาตรา 80/1 และ 80/2 พระราชบัญญัติปิโตรเลียมฉบับใหม่ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้ย้อนหลัง และสร้างภาระให้แก่บริษัทเชฟรอนฯ อย่างไม่เป็นธรรม[132]

เช่นเดียวกัน กรณีนี้ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและยังไม่ได้ข้อยุติ แต่ก็ทำให้เห็นได้ว่ามีข้อพิพาทระหว่างการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเกิดขึ้น

กรณีศึกษาที่สาม : คดีพิพาทโครงการโฮปเวลล์

สืบเนื่องจากการดำเนินโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (โครงการโฮปเวลล์) ซึ่งเป็นโครงการก่อสร้างถนน ทางรถไฟ และรถไฟฟ้ายกระดับ บนพื้นที่ของการรถไฟแห่งประเทศไทย โดยมี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นผู้ลงนามในสัญญากับบริษัทโฮปเวลล์ จำกัด ในวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2533 และอายุสัมปทาน 30 ปี[133] อย่างไรก็ดี โครงการนี้เกิดข้อพิพาทขึ้นในชั้นการบริหารสัญญา กล่าวคือการรถไฟแห่งประเทศไทยไม่ส่งมอบพื้นที่ให้ทางบริษัทโฮปเวลล์ ทำให้บริษัทฯ ไม่อาจดำเนินการตามโครงการได้ ประกอบกับการที่ประเทศไทยเกิด

---

[131] ‘กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ เปิดเผย ผู้รับสัมปทานปิโตรเลียม พร้อมใจวางหลักประกันการรื้อถอนสิ่งติดตั้งที่ใช้ในการประกอบกิจการปิโตรเลียม แสดงออกถึงความรับผิดชอบที่ดี’ (สำนักข่าว กรมประชาสัมพันธ์, 26 กรกฎาคม 2565) <https://thainews.prd.go.th/th/news/print_news/TCATG220726140026498> สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2565.

[132] ดู ‘ปลัดพลังงานตั้ง “สราวุธ แก้วตาทิพย์” เจรจา “เชฟรอน” เคลียร์ปมค่ารื้อถอนแท่นผลิตปิโตรเลียมแสนล้าน’ (ThaiPublica, 21 ตุลาคม 2562) <https://thaipublica.org/2019/10/dispute-issues-cost-petroleum-drilling-platform/> สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2565.

[133] ดูข้อเท็จจริงใน ‘อวสาน! ตำนานโฮปเวลล์ มหากาพย์คดีกว่า 30 ปี’ (THAC, 24 กรกฎาคม 2563) <https://thac.or.th/th/%E0%B9%82%E0%B8%AE%E0%B8%9B%E0%B9%80%E0%B8%A7%E0%B8%A5%E0%B8%A5%E0%B9%8C/> สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2565.

ปัญหาเศรษฐกิจซบเซา รัฐบาลจึงมีมติคณะรัฐมนตรีให้บอกเลิกสัญญากับบริษัทฯ ในการนี้ บริษัทฯ อ้างว่าได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายรัฐ เพราะหน่วยงานของรัฐเป็นผู้จงใจไม่ส่งมอบพื้นที่การก่อสร้างโครงการให้ครบถ้วนตามข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานเอง มิได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแต่อย่างใด นอกจากนี้ บริษัทฯ ยังไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายใด ๆ จากรัฐบาลไทย ซึ่งขัดต่อข้อ 29 ของสัญญา

แม้ว่าคดีนี้ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีใหม่ของศาลปกครองเพื่อรับรองคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ปรากฏชัดเจนว่ากรณีมีข้อพิพาทระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนเกิดขึ้น ในด้านหนึ่ง นายพีระพันธ์ สาลีรัฐวิภาค กล่าวอ้างว่าการดำเนินการและต่อสู้คดีของรัฐเป็นการกระทำเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอย่างถูกต้องแล้ว การนี้จะช่วยให้ “รัฐประหยัดเงินกว่า 3 หมื่นล้าน ซึ่งจะเป็นผลงานชิ้นโบว์แดงของรัฐบาล” และอ้างว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนี้ แท้ที่จริงแล้วฝ่ายเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาด้วยการก่อสร้างไม่เสร็จ รัฐจึงไม่ควรต้องรับผิด[134]

ในอีกด้านหนึ่ง บริษัทโฮปเวลล์ฯ ยืนยันว่า บริษัทฯ ต้องลงทุนเม็ดเงินไปกับโครงการอย่างมหาศาล ไม่เคยคิดโกงรัฐบาลไทย และยังไม่เคยได้รับผลตอบแทนใด ๆ จากการลงทุนในครั้งนี้ ที่ผ่านมาบริษัทฯ ให้ความร่วมมือในการเจรจาหาข้อยุติที่เป็นธรรมกับภาครัฐมาโดยตลอด การที่โครงสร้างก่อสร้างไม่เป็นไปตามแผนมิได้เกิดจากความผิดของบริษัทฯ แต่เกิดจากข้อเท็จจริงที่การรถไฟแห่งประเทศไทยไม่ส่งมอบพื้นที่ให้บริษัทเข้าดำเนินการก่อสร้าง รวมถึงการอนุมัติแบบก่อสร้างที่ล่าช้า ดังนั้น จึงเป็นรัฐที่เป็นฝ่ายผิดสัญญาและสมควรชดใช้เยียวยาความเสียหาย[135]

กรณีศึกษาที่สี่ : คดีรถไฟฟ้าสายสีเขียว

ดังข้อเท็จจริงที่ได้มีการแจกแจงไปแล้ว กรณีนี้ปรากฏข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าการออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2562 เป็นการกระทำที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะหลายประการ ได้แก่ การทำให้กรุงเทพมหานครไม่อาจดำเนินการชำระหนี้ได้ และเมื่อการชำระหนี้เป็นไปอย่างล่าช้า ก็จะทำให้เกิดภาระดอกเบี้ยจำนวนมากแก่รัฐบาลตามมา[136] และ

---

[134] ดูการให้ความเห็นผ่านข้อเขียนและบทสัมภาษณ์ในสื่อมวลชนสำนักต่าง ๆ อาทิ Nation Online, ‘พีระพันธุ์ เปิดเบื้องหลังต่อสู้รื้อคดี “ค่าโง่โฮปเวลล์” 2.4 หมื่นล้านบาท’ (NationTV, 12 มีนาคม 2565) <https://www.nationtv.tv/news/378866434> สืบค้นเมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

[135] ดู ‘บ.โฮปเวลล์’ โต้ ‘พีระพันธุ์’ แบบ ‘คำต่อคำ' คดีค่าโง่ 2.6 หมื่นล.-ชี้ก้าวล่วงอำนาจศาลฯ’ (Isranews, 16 ธันวาคม 2564) <https://www.isranews.org/article/isranews-short-news/105040-hopewell-expound-Claim-damages-hopewell-news.html> สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2565.

[136] ‘รถไฟฟ้าสายสีเขียว: กทม. ชี้แจงเหตุผลยังไม่ชำระหนี้ หลังบีทีเอสปล่อยคลิป “ติดหนี้ต้องจ่าย”’ (BBC News Thai, 22 พฤศจิกายน 2565) <https://www.bbc.com/thai/articles/cz7lpely4r3o> สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2565.

ข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการเอื้อประโยชน์โดยเฉพาะเจาะจง แก่บริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) เพียงรายเดียว ซึ่งทำให้เกิดข้อกังวลว่าจะเกิดการผลักภาระสู่ประชาชน ผู้ใช้บริการสาธารณูปโภคในรูปแบบของอัตราค่าโดยสารที่แพงขึ้นหรือไม่[137]

ค. ประเมินความเป็นธรรมของระบบกฎหมายไทยและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าระบบกฎหมายไทยจะได้วางหลักการให้บทบัญญัติของกฎหมายอันถูกใช้เป็นสารัตถะของการระงับข้อพิพาทในสัญญาให้มีเนื้อหาคุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างสมดุล แต่ในสถานการณ์จริงในระบบกฎหมายไทยยังพบ

(1) การดำเนินการที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อประชาชนในการที่จะไม่ได้รับการให้บริการสาธารณูปโภคในคุณภาพและราคาที่เหมาะสมเป็นธรรม

(2) ความไม่สำเร็จของโครงการตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ทั้งในเชิงเม็ดเงินที่ลงทุนไป ระยะเวลาและทรัพยากรที่เสียไปและคุณภาพของโครงการที่จะได้มาจากการลงทุน ฯลฯ

(3) ข้อกังขาถึงความเป็นธรรมในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน ซึ่งเกิดขึ้นอยู่เสมอ ทั้งในลักษณะของการบอกเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการไม่ชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชน โดยเฉพาะในข้อพิพาทที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นบริษัทต่างชาติ

(4) ข้อกังขาถึงการให้เอกชนรับภาระฝ่ายเดียวเกินสมควร ทั้งที่มิได้เป็นฝ่ายดำเนินการผิดเงื่อนไขในสัญญา และการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติอย่างไม่เพียงพอและสอดคล้องกับมาตรฐานสากล

สถานการณ์เหล่านี้ล้วนทำให้การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างสมดุล และทำให้สถานการณ์ที่ทุกฝ่ายชนะกลายเป็นเป้าหมายที่ระบบกฎหมายไทยยังคงไม่อาจไปถึงได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้พัฒนาคุณสมบัติของระบบกฎหมายในส่วนนี้ ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ควรเพิ่มมุมมองการตีความ “ประโยชน์สาธารณะ” และ “ความคุ้มค่าเงิน” ให้ละเอียดรอบด้านมากขึ้น ทั้งในมิติของความต่อเนื่อง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และการเข้าถึงได้ของประชาชนในสาธารณูปโภคอันเป็นผลลัพธ์ของโครงการร่วมลงทุน โดยอาจบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนฯ

---

[137] ดู Sondhitalk, ‘หนี้ “สายสีเขียว” ใครต้องรับผิดชอบ? : Sondhitalk (ผู้เฒ่าเล่าเรื่อง) EP.155’ (18 กันยายน 2565) <https://youtu.be/EVwPOvDGvD0> สืบค้นเมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

ประการที่สอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐพึงสามารถเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้อย่างยืดหยุ่น เพื่อให้โครงการร่วมลงทุนดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง มีประสิทธิภาพ และสมประโยชน์สาธารณะมากที่สุด แต่การนั้นต้องไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับภาระหรือเสียประโยชน์ไปเพียงผู้เดียว โดยเฉพาะในกรณีที่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้มีส่วนผิด รัฐจะต้องดำเนินกระบวนการนั้นอย่างโปร่งใสและมีความชอบในเชิงกระบวนการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ได้สัดส่วน ไม่มากเกินไปจนถึงระดับที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาเดิมเลย และมีการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่เป็นไปตามสัญญาอย่างเป็นธรรม อาทิ การกำหนดความช่วยเหลือทางการเงินแก่เอกชนอย่างครอบคลุม ทั้งค่าเสียหาย ค่าจ้างงานที่เพิ่มขึ้น เงินต้นที่ใช้ในการลงทุน ตลอดจนค่าขาดกำไร ทั้งนี้จะบัญญัติหลักการเหล่านี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนฯ (ดังเช่นในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส) ก็ได้

ประการที่สาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐและตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทพึงบังคับใช้และตีความกฎหมายโดยชอบธรรม พอสมควรแก่เหตุ และไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อให้การคุ้มครองเอกชนโดยเฉพาะนักลงทุนต่างชาติเป็นไปอย่างเพียงพอและสอดคล้องกับมาตรฐานสากลมากขึ้น

บทสรุป

จากการศึกษาหลักการทางกฎหมาย ตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับบทบัญญัติกฎหมายและสถานการณ์การบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นจริง แม้ว่าข้อพิพาทในหลายกรณีจะยังไม่ได้ผลลัพธ์เป็นที่ยุติ และผู้เขียนมิใช่ผู้ตัดสินข้อพิพาทเหล่านั้น แต่ในมุมมองทางวิชาการโดยภาพรวมแล้วก็เห็นว่ายังมีความน่ากังวลใจเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายไทยอยู่ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการใช้บ่อเกิดของกฎหมายอย่างเหมาะสม และการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชนอย่างสมดุล ข้อกังวลเหล่านี้อาจจะเป็นส่วนหนึ่งของอุปสรรคที่ทำให้สะพานแห่งความสำเร็จในการใช้สัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะไม่อาจทอดไปได้อย่างสวยงามดังเช่นประเทศอื่น ๆ ทั้งนี้สามารถสรุปผลการศึกษาในภาพรวมได้ดังตารางต่อไปนี้

(1) เนื้อหากฎหมายมาจากบ่อเกิดที่ชัดเจน สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตย เป็นไปตามครรลองแห่งลำดับศักดิ์	
หลักการทางกฎหมาย	หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ ระบบลำดับศักดิ์ของกฎหมาย และระบอบประชาธิปไตย

การมีอยู่ของกฎหมาย	ระบบกฎหมายมีการวางโครงสร้างและประเภทของบ่อเกิดกฎหมายไว้ตามมาตรฐาน ได้แก่ การกำหนดระบบลำดับศักดิ์ของกฎหมายและความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ระบบและองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าสิ้นผลไป หลักการเกี่ยวกับความมีผลเป็นการทั่วไปและความมีผลไปในอนาคตของกฎหมาย ฯลฯ
การบังคับใช้กฎหมาย	ในความเป็นจริงเกิดข้อพิพาทและการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเหมาะสมของการบังคับใช้กฎหมายหลายกรณี เช่น กรณีเหมืองทองคำชาตรี กรณีรถไฟฟ้าสายสีเขียว กรณีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมเอราวัณ รวมถึงคำพิพากษาที่ปรากฏในระบบกฎหมายมีทั้งที่ยอมรับการกระทำของคณะปฏิวัติรัฐประหารให้เป็นกฎหมาย และความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการมีผลย้อนหลังของกฎหมาย
ประเมินผล	การถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักและทำให้เกิดข้อกังวลว่าจะเป็นผลเสียต่อความสำเร็จของของการค้าการลงทุนของประเทศ เพราะเอกชนย่อมไม่เลือกที่จะรับความเสี่ยงลงทุนในสัญญาที่การระงับข้อพิพาทตั้งอยู่บนเนื้อหากฎหมายที่ไม่ชัดเจนและแน่นอน เปลี่ยนแปลงย้อนหลังตามอำเภอใจอย่างไม่อาจคาดหมายได้ หรือมีที่มาที่ไม่สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตยได้
ข้อเสนอแนะ	คู่สัญญาฝ่ายรัฐและตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทสัญญาร่วมลงทุนฯ ต้อง (1) หลีกเลี่ยงการบังคับใช้หรือตีความกฎหมายย้อนหลังอันจะก่อให้เกิดผลเสียต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (2) หลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายพิเศษ (ยกเว้นกฎหมายทั่วไป) และไม่ตีความกฎหมายในลักษณะที่จะก่อให้เกิดผลต่อเอกชนรายใดรายหนึ่งแต่เพียงรายเดียว (3) ต้องไม่บังคับใช้กฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับวิถีทางแห่งประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มาจากคณะปฏิวัติรัฐประหาร
(2) เนื้อหาของกฎหมายมีมุมมองของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างสมดุล	
หลักการทางกฎหมาย	ประโยชน์สาธารณะ หลักความคุ้มค่าของสัญญาร่วมลงทุน หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะสัญญาต้องเป็นสัญญา แนวคิดรัฐธรรมนูญทางเศรษฐกิจ
การมีอยู่ของกฎหมาย	ระบบกฎหมายไทยได้วางหลักการให้บทบัญญัติของกฎหมายอันถูกใช้เป็นสารัตถะของการระงับข้อพิพาทในสัญญาให้มีเนื้อหาคุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ

การบังคับใช้กฎหมาย	ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงยังมีสถานการณ์ที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในเชิงลบอยู่มาก อาทิ กรณีเหมืองทองอัครา กรณีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมเอราวัณ กรณีโฮปเวลล์ คดีการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบริษัททางด่วนและรถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) และคดีรถไฟฟ้าสายสีเขียว
ประเมินผล	สถานการณ์ในระบบกฎหมายไทยทำให้สถานการณ์ที่ทุกฝ่ายชนะกลายเป็นเป้าหมายที่ระบบกฎหมายไทยยังคงไม่อาจไปถึงได้
ข้อเสนอแนะ	ระบบกฎหมายพึง (1) ควรเพิ่มมุมมองการตีความ “ประโยชน์สาธารณะ” และ “ความคุ้มค่าเงิน” ให้ละเอียดรอบด้านมากขึ้น (2) คู่สัญญาฝ่ายรัฐพึงสามารถเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ แต่ต้องไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับภาระหรือเสียประโยชน์ไปเพียงผู้เดียว โดยเฉพาะในกรณีที่หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้มีส่วนผิด (3) ตีความกฎหมายโดยชอบธรรม พอสมควรแก่เหตุ ไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อให้การคุ้มครองเอกชนอย่างเพียงพอและสอดคล้องกับมาตรฐานสากล