วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: สะพานสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการ: พิจารณาจากกระบวนการทางกฎหมาย

ชื่อผู้แต่ง: วรพล มาลสุขุม

การอ้างอิงที่แนะนำ: วรพล มาลสุขุม, 'สะพานสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการ: พิจารณาจากกระบวนการทางกฎหมาย'(2566) 52(4) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 877.

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

วิญญูชน

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 : พิจารณาจากกระบวนการทางกฎหมาย*

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

วรพล มาลสุขุม†

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Voraphol Malsukhum

Assistant Professor, Faculty of Law, Chulalongkorn University

วันที่รับบทความ 12 เมษายน 2566; วันแก้ไขบทความ 7 ตุลาคม 2566; วันตอบรับบทความ 12 ตุลาคม 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

การจะถือว่าระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่งมีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการได้ ระบบกฎหมายนั้นพึงต้องมีคุณสมบัติเกี่ยวกับกระบวนการทางกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทห้าประการ ได้แก่ การกำหนดอำนาจในการพิจารณาของศาลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจนและเหมาะสม การกำหนดกระบวนวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เปิดเผย รวดเร็ว เป็นกลางและมีการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและสิทธิในเชิงกระบวนการของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างเหมาะสม การมีคำพิพากษาศาลที่มีการให้เหตุผลและรูปแบบที่ดีและมีสถานะและสภาพบังคับที่มั่นคงแน่นอนในระดับหนึ่ง การมีกลไกระงับข้อพิพาทอื่นนอกจากศาลและมีการพิจารณายอมรับและบังคับ หรือปฏิเสธผลการระงับข้อพิพาทเหล่านั้นอย่างเหมาะสม และการมีองค์กรศาลและตุลาการผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุนที่มีความเป็นกลางและอิสระ และมีความเชี่ยวชาญในข้อกฎหมายและความเข้าใจในบริบทของข้อพิพาทอย่างดี

คุณสมบัติห้าประการนี้ถูกสกัดมาจากหลักทั่วไปทางกฎหมายมหาชนและตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศ ที่ประสบความสำเร็จในการใช้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนสร้างสาธารณูปโภคและโครงสร้างพื้นฐานที่มีคุณภาพ อย่างไรก็ดี จากการสำรวจบทบัญญัติและการใช้บังคับกฎหมายในประเทศไทย พบว่ายังคงมีกรณีพิพาทและข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงการแทรกแซงอำนาจในการพิจารณาของศาลปกครอง กระบวนพิจารณาที่ล่าช้าเกินสมควร ความไม่เป็นที่สุดและมั่นคงแน่นอนของคำพิพากษาศาล ตลอดจนการพิจารณายอมรับและบังคับผลการระงับข้อพิพาทอื่นนอกจากศาลที่ล่าช้าหรือการปฏิเสธผลการระงับข้อพิพาททางเลือกอย่างไม่สมเหตุสมผล

บทความนี้นำเสนอหลักการทางกฎหมาย ตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศที่น่าสนใจ การสำรวจบทบัญญัติกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนการประเมินประสิทธิภาพและข้อเสนอแนะเบื้องต้นเกี่ยวกับคุณสมบัติทั้งห้าประการนี้ในระบบกฎหมายไทย

คำสำคัญ : สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน, การระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการ, กระบวนการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาท, อำนาจในการพิจารณาของศาล, วิธีพิจารณาของศาล, คำพิพากษา, การพิจารณายอมรับและบังคับหรือปฏิเสธผลการระงับข้อพิพาททางเลือก, คุณสมบัติของตุลาการ

Abstract

To assume a legal system as having fair court's adjudication of administrative disputes that occurred from public-private partnerships, five qualifications relating to the process of law shall be entailed. The first is having a clear and appropriate determination of the court's scope of power. Second, clear, open, rapid, impartial, and fair court proceedings are required for the parties. Third, the court's decisions shall be well-reasoned and have a finality. Fourth, if the legal system allows an alternative dispute resolution, it must ensure that the result of which is properly enforced or rejected. Finally, courts and judges responsible for resolving disputes shall be neutral and independent, knowledgeable in legal issues, and have a good understanding of the disputes' context.

These five qualities are extracted from general principles of public law and from the examples of other legal systems that are successful in applying public-private partnerships to build quality utilities in the country. 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 inappropriate intervention in the administrative court's scope of power, the inordinate delays of the proceedings, the uncertainty of judgments, and the postponement in enforcing or unreasonable rejection of the alternative dispute resolution's result.

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

Keywords: public-private partnership, dispute resolution by the judicature, process of law, court's scope of power, court's proceedings, court's decision, recognition and enforcement or rejection of alternative dispute resolution, qualifications of judge

บทนำ

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (public-private partnership)[1] เป็นหนึ่งในเครื่องมือสำคัญที่รัฐสมัยใหม่นิยมใช้ในการสร้างและบำรุงรักษาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ[2] สำหรับประเทศไทยนั้น แม้ว่าจะมีการบังคับใช้กฎหมายการร่วมลงทุนฯ มายาวนาน[3] แต่ก็ยังคงปรากฏข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพของการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ อยู่มากมาย[4] จนดูราวกับว่าระบบกฎหมายไทย “ไม่ประสบความสำเร็จ” ในการใช้สัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นเครื่องมือในการสร้างโครงสร้างพื้นฐานเหมือนดังประเทศอื่น

ทั้งนี้ คุณสมบัติทางกฎหมายประการหนึ่งที่ระบบกฎหมายพึงต้องสร้างขึ้นเพื่อเอื้อต่อความสำเร็จในการใช้สัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นเครื่องมือในการจัดทำสาธารณูปโภคพื้นฐาน ได้แก่ การมีระบบการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยองค์กรตุลาการที่จะสามารถตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ[5] เพราะหากมีข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนเกิดขึ้น แต่ระบบการระงับข้อพิพาทไร้ประสิทธิภาพแล้ว ย่อมทำให้ข้อยุติที่ได้มานั้นไม่ได้รับการยอมรับจากคู่กรณีและสังคมในวงกว้าง ในทางกลับกัน หากการระงับข้อพิพาทในโครงการร่วมลงทุนฯ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ก็ย่อมทำให้ได้รับความเชื่อมั่นและจะยังคงความสามารถในการดึงดูดนักลงทุนที่มีศักยภาพจากทั้งภายในประเทศและต่างประเทศมาลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ ในประเทศต่อไป ด้วยความสำคัญเช่นว่านี้เอง ผู้เขียนจึงจะนำเสนอการศึกษา “สะพานสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการ” ในบทความนี้ ทั้งนี้ ภายใต้ขอบเขตสามประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง แม้ว่า “ประสิทธิภาพ” ของระบบการระงับข้อพิพาทนั้น แท้จริงแล้วพึงต้องพิจารณาจากทั้ง การมีเนื้อหากฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรม และการมีกระบวนการทางกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ แต่ด้วยเหตุที่ผู้เขียนต้องการวิเคราะห์

---

[1] ต่อไปในบทความนี้ เรียกว่า ‘สัญญาร่วมลงทุนฯ’.

[2] Maksym Sysoiev, ‘The Law on Public Private Partnership: Key Changes for Foreign Investors in Ukraine’ (2010) 5 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 237, 237.

[3] ตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาจนถึงพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ในปัจจุบัน.

[4] ดังจะได้ยกกรณีศึกษาต่าง ๆ ขึ้นอภิปรายในบทความนี้ต่อไป.

[5] คุณสมบัติทางกฎหมายประการอื่น อาทิ ความมีอยู่และประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในขั้นการก่อและบริหารสัญญา หรือการกำหนดขอบเขตความรับผิดอย่างเหมาะสมอันอาจส่งผลต่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้อง ฯลฯ.

คุณสมบัติแต่ละด้านอย่างลึกซึ้ง บทความนี้จึงจะนำเสนอเฉพาะ “การวิเคราะห์คุณสมบัติของกระบวนการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาท” เท่านั้น[6] อนึ่ง กระบวนการทางกฎหมายดังที่ว่านี้เป็นคุณสมบัติที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าเกณฑ์ในทางเนื้อหา เพราะแม้เนื้อหากฎหมายที่ใช้เป็นสารัตถะแห่งการระงับข้อพิพาทจะมีความเป็นธรรม แต่หากตกอยู่ภายใต้กระบวนการที่ไร้ประสิทธิภาพแล้ว ก็ย่อมทำให้ผลลัพธ์ถูกบิดเบือนให้ผิดเพี้ยนไปจากเนื้อหาสาระแห่งความยุติธรรมที่พึงจะเป็นได้

ประการที่สอง คำว่า “การระงับข้อพิพาท” ภายใต้บทความนี้หมายถึงการระงับข้อพิพาทในทางกฎหมายปกครองโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่ “วิธีพิจารณาความของศาลปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น ไม่รวมถึงกระบวนการพิจารณาในขั้นการก่อให้เกิดและบริหารสัญญา อาทิ กระบวนการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการคัดเลือกเอกชน ฯลฯ และไม่รวมถึงการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่น อาทิ กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ฯลฯ

อย่างไรก็ดี ข้อพิพาทที่ใช้การระงับด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการบางข้อพิพาท อาทิ กรณีเหมืองทองชาตรี กรณีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมเอราวัณ กรณีโครงการโฮปเวลล์ กรณีแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ (หวยจาโก) กรณีโครงการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ จะอยู่ภายใต้การพิเคราะห์ของบทความนี้ด้วย เนื่องด้วยหลังจากที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว ข้อพิพาททั้งหมดก็จะกลับมาสู่การพิจารณาของศาลปกครองอีกครั้งเพื่อพิจารณายอมรับและบังคับหรือปฏิเสธคำชี้ขาดนั้น จึงถือได้ว่ามีส่วนหนึ่งของกระบวนการที่จะถูกดำเนินการโดยศาลปกครอง และพึงต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการวิเคราะห์ประสิทธิภาพของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการของบทความนี้ด้วย

ประการที่สาม ขอบเขตของกรณีศึกษาและข้อพิพาทที่บทความนี้เลือกนำมาอภิปรายจะมิได้จำกัดเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดจากโครงการร่วมลงทุนฯ ภายใต้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เท่านั้น แต่รวมถึงกรณีศึกษาอื่น ๆ ที่เป็นโครงการร่วมทุนตามกฎหมายเดิม ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (อาทิ กรณีแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ (หวยจาโก) และกรณีโครงการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ) และพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ตลอดจนโครงการที่เกิดก่อนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงาน

---

[6] สำหรับเนื้อหากฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการนั้น ผู้เขียนได้วิเคราะห์และตีพิมพ์ใน วรพล มาลสุขุม, ‘สะพานสู่ความสำเร็จของระบบกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการ : พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย’ (2566) 3 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 590.

หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จะบังคับใช้ (อาทิ กรณีโครงการโฮปเวลล์) และสัญญาสัมปทานและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ (อาทิ กรณีเหมืองทองชาตรี และกรณีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมเอราวัณ) ด้วย ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) หากจำกัดการศึกษาเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดจากโครงการร่วมลงทุนฯ ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 แล้ว จะทำให้มีกรณีศึกษาน้อยมาก เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เพิ่งบังคับใช้

(2) บทความนี้มิได้ศึกษาเนื้อหาและขั้นตอนของการร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 แต่ศึกษา “กระบวนการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยองค์กรตุลาการ” ซึ่งทั้งสัญญาร่วมลงทุนฯ สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ล้วนจะถูกพิจารณาเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองเช่นเดียวกัน[7] นอกจากนี้แล้ว ขอบเขตความหมายของ “การร่วมลงทุน” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ยังให้หมายความถึงการ “ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด” ด้วย

ดังนั้น การจะอภิปรายกระบวนการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ก็พึงสามารถนำข้อพิพาทเหล่านี้มาเป็นกรณีศึกษาได้ กล่าวอย่างง่ายคือเนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ใช้กับข้อพิพาทเหล่านี้ และกระบวนการที่จะใช้หากมีข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาร่วมทุนฯ ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เกิดขึ้นนั้นเป็นกระบวนการเดียวกันนั่นเอง

โดยการวิเคราะห์กระบวนการที่มีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการข้างต้นนี้ แบ่งออกได้เป็น 3 ขั้นตอน ได้แก่

(ก) การศึกษาคุณสมบัติที่จะเอื้อให้เกิดกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ โดยบทความนี้จะชี้ให้เห็นว่าคุณสมบัติเหล่านี้มีรากฐานมาจากหลักการทางกฎหมาย รวมถึงตัวอย่างบทบัญญัติที่น่าสนใจในต่างประเทศ

(ข) บทบัญญัติกฎหมายและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เพื่อสะท้อนให้เห็นว่ากระบวนการทางกฎหมายที่มีอยู่และการบังคับใช้กระบวนการเหล่านั้นเป็นไปอย่างชอบธรรมและมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด

[7] ประการนี้จะได้มีการอภิปรายต่อไปในเนื้อหาบทความ.

(ค) การประเมินความสอดคล้องระหว่างกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงกับคุณสมบัติที่จะเอื้อต่อการเกิดความมีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากโครงการร่วมลงทุนฯ รวมถึงการให้ข้อเสนอแนะเบื้องต้นในการพัฒนากระบวนการทางกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ ในประเทศไทย

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอสะพานสู่ความสำเร็จเกี่ยวกับกระบวนการทางกฎหมายที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการ 5 ประการดังต่อไปนี้

1. ระบบกฎหมายพึงกำหนดอำนาจในการพิจารณาของศาลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจนและเหมาะสม

อำนาจในการพิจารณาของศาลเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญมากต่อระบบวิธีพิจารณาความในประเทศต่าง ๆ เพราะเป็นปราการด่านแรกในการพิจารณาว่าศาลที่คู่กรณีนำข้อพิพาทโต้แย้งไปสู่เป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทนั้น ๆ หรือไม่ ซึ่งหากศาลพิจารณาว่าไม่มีเขตอำนาจ ศาลก็จะปฏิเสธการรับข้อพิพาทนั้นไว้พิจารณา

ก. สะพานสู่ความสำเร็จ

ระบบกฎหมายที่ดีจึงพึงกำหนดและบังคับให้การวินิจฉัยอำนาจในการพิจารณาของศาลที่มีหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนฯ เป็นไปอย่างเหมาะสม ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้แล้วก็ย่อมเป็นหลักประกันได้ในเบื้องต้นว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะได้รับการพิจารณาโดยองค์กรตุลาการซึ่งในเชิงระบบแล้วเป็นบุคคลที่สามซึ่งมีความเป็นกลางในการระงับข้อพิพาท

ในทางกลับกัน หากระบบกฎหมายกำหนดเขตอำนาจและอำนาจในการพิจารณาของศาลที่มีหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนไว้อย่างไม่เหมาะสม ทำให้คู่กรณีผู้ต้องการโต้แย้งสิทธิอันชอบธรรมของตนโดยสุจริตเกิดความสับสน หรือไม่อาจทราบได้ว่าจะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาลใด จนอาจเกิดสถานการณ์ที่ข้อพิพาทไม่ถูกระงับไปหรือระงับไปโดยองค์กรที่ไม่เหมาะสม เช่นนี้ก็ย่อมถือว่าระบบกฎหมายมีคุณสมบัติที่ไม่ดี

คุณสมบัติข้างต้นเป็นการพิจารณามาจากหลักการทางกฎหมายและตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง คุณสมบัติข้างต้นเป็นไปตามหลักความยุติธรรมและภารกิจในการอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในรัฐ กล่าวคือข้อพิพาทใด ๆ จะต้องได้รับการจัดสรรให้อยู่ภายใต้อำนาจในการพิจารณาของศาลใดศาลหนึ่ง รัฐจะปล่อยให้มีข้อพิพาทที่คู่ความไม่อาจนำคดีไปโต้แย้งที่ศาลใด ๆ ได้เลยเกิดขึ้นไม่ได้ เพราะการนั้นย่อมเป็นเสมือนการปฏิเสธและตัดตอนความยุติธรรมตั้งแต่แรกโดยยังมิได้เริ่มพิจารณาที่เนื้อหาแห่งข้อพิพาทแต่อย่างใดเลย หลักการข้างต้นนี้ถูกอธิบายในทาง

กฎหมายมหาชนภายใต้หลักการหลากหลายชื่อ อาทิ หลักการประกันการคุ้มครองสิทธิในทางศาล[8] หรือ Thomas Bingham อธิบายสิทธิประการนี้ในฐานะองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม[9]

ประการที่สอง โดยที่การกระทำทางปกครองมีลักษณะโดยธรรมชาติเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากประชาชน และมีความเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะอย่างยิ่ง ซึ่งมีความแตกต่างจากสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่เป็นเอกชนผู้มีฐานะเท่าเทียมกัน การนี้ทำให้บางระบบกฎหมายใช้หลักการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน[10] และส่งผลให้เกิดการจัดตั้งและกำหนดอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองไว้กับศาลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ อาทิ ศาลปกครองหรือศาลชำนาญการเฉพาะตามการบริหารจัดการสาธารณะในแต่ละสาขา โดยต้นแบบของการดำเนินการดังกล่าวเกิดขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งยึดถือหลักการที่ “ห้ามศาลยุติธรรมตัดสินคดีที่มาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง” และกำหนดอำนาจในการพิจารณาไว้ที่ศาลปกครอง[11] อันมีความเชี่ยวชาญและกระบวนการพิจารณาที่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะ[12] และแพร่หลายไปยังประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศเยอรมนีมีศาลปกครองทั่วไป (general administrative court) และศาลปกครองพิเศษ (special administrative court) ได้แก่ ศาลการคลัง (Finanzgericht) ศาลสังคม (Sozialgericht) ฯลฯ[13]

ประการที่สาม การใช้อำนาจรัฐที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายต่าง ๆ มักมีหลายประเภทและระดับ กล่าวคือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารถูกแบ่งออกเป็นอำนาจในทางการเมืองหรือการกำหนด

---

[8] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ 2554) 285; United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Legislative Guide on Public-Private Partnerships 2020 (‘UNCITRAL Guide’) 223.

[9] Thomas Bingham, *The Rule of Law* (Penguin Books 2010) 90-96.

[10] 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* (4 th edn, Edward Elgar 2010) 515-516, 519-520.

[11] และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบ Commission สาขาต่าง ๆ อาทิ การอพยพย้ายถิ่น การจ่ายสวัสดิการสังคม อันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับ Tribunal ในระบบกฎหมายอังกฤษ. ดู John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law* (2nd edn, Oxford University Press 2008) 41–42.

[12] สุรพล นิติไกรพจน์, *สัญญาทางปกครอง* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 56-59; John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (เชิงอรรถ 11) 38, 40-41; คดีบรรทัดฐานอันเป็นที่มาของหลักการนี้ ได้แก่ คดี *Blanco case* ซึ่งศาลวางหลักไว้ว่าศาลปกครองมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปเหนือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะ. ดู Bernard Schwartz, *French Administrative Law and The Common-Law World* (The Lawbook Exchange 2011) 67-68.

[13] 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) 85.

นโยบาย เรียกการกระทำของฝ่ายบริหารที่อาศัยอำนาจนี้ว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งโดยหลักจะเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบทางการเมืองมากกว่าความรับผิดทางกฎหมาย และอำนาจในการดำเนินกิจการทางปกครองเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะ เรียกการกระทำของฝ่ายบริหารที่อาศัยอำนาจในลักษณะนี้ว่า “การกระทำทางปกครอง”[14]

ดังนั้น การที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ภายใต้หลักการทั้งสามนี้ ระบบกฎหมายพึง

(1) กำหนดให้มีศาลหรือองค์กรระงับข้อพิพาทอย่างน้อยหนึ่งองค์กรเป็นผู้มีเขตอำนาจทั่วไป เพื่อที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะยังคงมีหลักประกันที่จะสามารถใช้สิทธิทางศาลและนำความเดือดร้อนเสียหายเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้

(2) หากมีศาลมากกว่าหนึ่งประเภท[15] ระบบกฎหมายต้องกำหนดเขตอำนาจระหว่างศาลเหล่านั้นให้มีความชัดเจน เพื่อมิให้เกิดสถานการณ์ที่คู่ความเกิดความสับสนว่าจะนำข้อพิพาทไปยังศาลใดอาทิ

- มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจศาลในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ไว้

ประการนี้อาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการกำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร อาทิ ในระบบกฎหมายเยอรมัน เดิมมีข้อถกเถียงว่าสัญญาที่คู่กรณีเป็นรัฐทั้งหลายจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ เนื่องจากเป็นนิติสัมพันธ์ที่เอกชนแสดงเจตนาเข้าร่วมเอง จนกระทั่งมาตรา 54 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดนิยามของ “สัญญามหาชน” ขึ้น การนี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่าข้อพิพาทในสัญญาเหล่านี้ รวมถึงสัญญาร่วมทุนเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง[16]

---

[14] ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 8) 405-407.

[15] ในระบบกฎหมายที่เป็นศาลเดี่ยวก็มีการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาร่วมลงทุนเป็นคดีที่พิพาทกันในทาง “ข้อสัญญา” หรือพิพาทกันเกี่ยวกับ “การใช้อำนาจ” ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมากกว่ากัน ซึ่งหากเป็นกรณีหลัง อาทิ การใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse of power) หรือมีการใช้นโยบายคลาดเคลื่อน ศาลก็จะนำเกณฑ์และคุณค่าในทางกฎหมายมหาชนมาใช้เป็นสารัตถะแห่งการพิจารณาคดี ภายใต้กระบวนการ Judicial Review แม้กรณีเช่นนี้มักจะเกิดขึ้นได้น้อยครั้งก็ตาม อาทิ คดี *R v Servite Houses, ex p Goldsmith* (2001) 33 HLR 35; คดี *R (A) v Partnerships in Care Ltd* [2002] EQHC 529 (Admin), [2002] 1 WLR 2610 ในระบบกฎหมายอังกฤษ. ดู Timothy Endicott, *Administrative Law* (5th edn, Oxford University Press 2021) 620-622; Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (Oxford University Press 2008) 240–241.

[16] สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 12) 62.

มิเช่นนั้นก็อาจเกิดจากการวางหลักการในการพิจารณาไว้โดยศาล อาทิ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสวางองค์ประกอบของการเป็นสัญญาทางปกครองไว้หลายประการ อาทิ การที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง การที่สัญญามีความเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะ[17] หรือความเกี่ยวพันใกล้ชิดหรือเป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ[18] หรือมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจหรือแสดงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เรียกว่า “clauses exorbitantes du droit commun”[19] การนี้ทำให้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (les contrats de partenariat public-privé) ได้รับการพิจารณาเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง[20]

- ระบบกฎหมายควรมีความชัดเจนว่าเขตอำนาจของศาลเหนือสัญญาร่วมลงทุน ฯ นั้นสามารถนำมาซึ่งคำบังคับตามคำพิพากษาได้มากน้อยเพียงใด เพราะมิฉะนั้น แม้เอกชนจะสามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้และศาลพิพากษาให้เป็นฝ่ายที่ชนะคดี แต่ก็อาจจะไม่ได้รับผลลัพธ์ในความเป็นจริงดังที่หวัง ประการนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองเป็น “ศาลที่มีอำนาจเต็มเหนือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” กล่าวคือมีเขตอำนาจในการพิพากษาคดีและกำหนดค่าเสียหายได้ กรณีมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งศาลปกครองมีอำนาจเพียงพิพากษาเนื้อหาแห่งคดีเท่านั้น แต่ค่าเสียหายจะต้องถูกวินิจฉัยโดยศาลยุติธรรม[21]

- มีความชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่ต้องขึ้นศาลปกครอง มิเช่นนั้นจะเกิดกรณีที่การกระทำเป็นการกระทำทางปกครองและสมควรได้รับการพิจารณาโดยศาลปกครอง แต่การนั้นไม่ถูกพิจารณาโดยข้ออ้างว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

- หากไม่อาจแก้ไขปัญหาได้ ก็ต้องมีการกำหนดองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาลไว้เป็นกลไกในการขจัดความสับสนของเขตอำนาจศาล อาทิ the Court of Conflicts ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส[22]

ความชัดเจนและเป็นเอกภาพในส่วนนี้มีความสำคัญมาก เพราะหากระบบกฎหมายไม่สามารถวางหลักเกณฑ์การพิจารณาเขตอำนาจศาลในประการนี้ไว้อย่างเหมาะสม ก็จะทำให้เกิดความเป็น

---

[17] นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2556) 378.

[18] Bernard Schwartz (เชิงอรรถ 12) 69.

[19] Anne Davies, *The Public Law of Government Contracts* (เชิงอรรถ 15) 55.

[20] ดู ชาญชัย แสวงศักดิ์, *สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ* (วิญญูชน 2563) 41; 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) 21.

[21] สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 12) 63-64.

[22] Bernard Schwartz (เชิงอรรถ 12) 69.

สับสนว่าศาลใดจะมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและศาลนั้นจะมีเขตอำนาจเท่าใด ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่นำไปสู่ความเสี่ยงต่อการที่คู่ความไม่สามารถนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาลได้

ข. กฎหมาย ข้อพิพาท และสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในระบบกฎหมาย

ความมีอยู่ของกฎหมาย ประเทศไทยใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบศาลคู่มาตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยมีการแบ่งแยกเขตอำนาจและวิธีพิจารณาคดีระหว่างศาลต่าง ๆ ออกจากกัน โดยศาลปกครองมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 197 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อนึ่ง มีข้อพึงพิจารณาว่าเขตอำนาจศาลปกครองในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองนั้นมีความแตกต่างและแบ่งแยกออกจากเขตอำนาจของศาลอื่น ๆ ได้แก่

(1) ข้อพิพาททางปกครองเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชน กล่าวคือเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีฝ่ายรัฐกับฝ่ายเอกชน หรือระหว่างคู่กรณีฝ่ายรัฐด้วยกันเอง ในลักษณะที่คู่กรณีฝ่ายรัฐมีการใช้อำนาจเหนือ หรือการมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่กรณีฝ่ายเอกชน มิใช่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีที่เป็นเอกชนทั้งสองฝ่ายอันจะเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม[23]

(2) ข้อพิพาททางปกครองเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองอันเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะ ดังนั้น หากมีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำเหล่านี้ การนี้ก็จะตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลปกครอง[24] ประการนี้มีความแตกต่างจากเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งจะมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภาคณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ตลอดจนอำนาจอื่นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้[25]

---

[23] ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550) 3-5, 10–11; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 8, วิญญูชน 2565) 62-64.

[24] ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, อ่านกฎหมาย 2564) 407–413; วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2564) 19–24; ฤทัย หงส์สิริ, *ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2564) 13-14.

[25] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 148, 173, 210, 212, 213 และ 231 (1).

ทั้งนี้ มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองไว้ ซึ่งเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนฯ นั้น ได้แก่ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 (4) ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นใน 2 ลักษณะ ได้แก่

(1) สัญญาทางปกครองโดยนิยามตามกฎหมาย เป็นไปตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ[26]

(2) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ จากการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งกำหนดให้สัญญาทางปกครองรวมถึง “สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง และสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล”

ประการนี้มีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นอีกหนึ่งเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้ในการบริหารจัดการสาธารณะ โดยเป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้เอกสิทธิ์หรืออำนาจทางปกครองเหนือคู่กรณีฝ่ายเอกชน ซึ่งข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองที่อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาเช่นนี้ย่อมตกภายใต้อำนาจในการพิจารณาของศาลยุติธรรม

อนึ่ง เพื่อรองรับปัญหาความทับซ้อนกันของเขตอำนาจระหว่างศาล โดยเฉพาะระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรม มาตรา 192 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงได้จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขึ้น มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่าคดีที่ฟ้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด โดยมีหลักเกณฑ์และวิธีการชี้ขาดเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542

การบังคับใช้กฎหมายในความเป็นจริง แม้ว่าระบบกฎหมายจะได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาอำนาจในการพิจารณาของศาลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาททางปกครองเอาไว้ตามมาตรฐานแต่น่าพิจารณาว่าหลักเกณฑ์เหล่านั้นจะถูกตีความและบังคับใช้กับสัญญาร่วมลงทุนฯ ในความเป็นจริงอย่างเหมาะสมหรือไม่ ได้แก่

---

[26] ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”.

ประเด็นที่หนึ่ง ความเป็นสัญญาทางปกครองและเขตอำนาจศาลปกครองเหนือสัญญาร่วมลงทุนฯ

ประการนี้สำรวจได้ว่าสัญญาร่วมลงทุนฯ ได้รับการวินิจฉัยโดยศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลให้เป็น “สัญญาทางปกครอง” เสมอมา ตั้งแต่เมื่อยังมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 อาทิ คดีสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)[27] คดีสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ[28] และสัญญาร่วมลงทุนจัดตั้งโครงข่ายเคเบิลใยแก้วนำแสงตามเส้นทางรถไฟ[29] และต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 แม้จะยังไม่ปรากฏคดีพิพาทขึ้นมาก แต่สัญญาร่วมลงทุนฯ ที่ทำภายใต้พระราชบัญญัติทั้งสองนี้ก็น่าจะถูกวินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน เนื่องจากเป็นสัญญาที่เข้าลักษณะของการเป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามในมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยสภาพตามที่กำหนดโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เช่น เป็นการลงทุนใน “กิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ” ที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตของประชาชน[30] ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ จะถูกวินิจฉัยให้เป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองอย่างแน่ชัด ประการนี้ไม่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนในเรื่องเขตอำนาจศาลต่อคู่กรณี

ประเด็นที่สอง มีข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการแทรกแซงอำนาจที่พึงเป็นของศาลปกครองโดยองค์กรอื่น

ดังที่ปรากฏในคดีพิพาทโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (โครงการโฮปเวลล์) ซึ่งบริษัทโฮปเวลล์ฯ ในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อ้างว่าได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายรัฐ จึงยื่นเรื่องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ เรียกร้องสิทธิในการได้รับการชดใช้เงินตามสัญญา และคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 4/2550 ว่าบริษัทโฮปเวลล์ฯ มิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงเป็นการเลิกสัญญาโดยมิชอบ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงต้องคืนเงินที่ได้รับไว้และคืนเงินลงทุนให้กับบริษัท ดังนี้แล้ว บริษัทจึงนำคำชี้ขาด

---

[27] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 622/2545.

[28] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 349/2549.

[29] คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 126/2556.

[30] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 7.

ของคณะอนุญาโตตุลาการมาให้ศาลปกครองพิจารณายอมรับและบังคับให้ และศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 221-223/2562 ให้กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยจ่ายค่าชดเชยพร้อมดอกเบี้ย

อย่างไรก็ดี ในวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2563 กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยในฐานะคู่สัญญาของรัฐได้ยื่นเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่ามีการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ โดยอ้างว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 เรื่องปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาฟ้องคดีทางปกครอง ซึ่งได้กำหนดให้ระยะเวลาฟ้องคดีเริ่มนับอายุความตั้งแต่วันที่ศาลปกครองเปิดทำการนั้นเป็นการนับระยะเวลาอายุความที่แตกต่างจากมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่ให้เริ่มนับระยะเวลาอายุความตั้งแต่วันที่ “รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี” การดังกล่าวจึงเป็นการออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 44 ซึ่งต้องดำเนินการประกาศในราชกิจจานุเบกษาและส่งให้สภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบตามมาตรา 5 และมาตรา 6 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น เมื่อไม่มีการดำเนินการดังกล่าว มติที่ประชุมใหญ่ข้างต้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงขอให้เพิกถอนเสีย

ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคำร้องข้างต้นใน 2 ประการ ปรากฏตามคำวินิจฉัยที่ 5/2564 ลงวันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2564 โดยมีสาระสำคัญของเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง วินิจฉัยให้มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่พิพาทเป็น “การออกระเบียบ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เนื่องจากเป็นการขอให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด “กำหนดแนวทางการวินิจฉัยปัญหา” มิใช่ “การพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดี” ที่มีการอภิปรายถึงข้อเท็จจริงในคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังเช่นการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาคดีทั่วไปเพื่อนำไปสู่การพิจารณาชี้ขาดประเด็นแห่งคดีที่มีผลเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งเฉพาะในคดีนั้น ๆ จึงเป็นเสมือนการบัญญัติบทเฉพาะกาลกำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องคดีปกครองเพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไปต่อทุกคดี

ประการที่สอง เมื่อมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้นเป็นการออกระเบียบตามมาตรา 44 แต่มิได้ปฏิบัติตามมาตรา 5 และ 6 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้แก่ การประกาศในราชกิจจานุเบกษาและส่งให้สภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบ จึงเป็นการออกระเบียบโดยไม่ดำเนินการตามขั้นตอน จึงขัดหรือแย้งต่อมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 197 แห่งวรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ภายหลังจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยดังกล่าวแล้ว ในวันที่ 4 มีนาคม 2565 ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งในคำร้องที่ 394 – 396/2564 พิจารณาว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ามติที่ประชุมใหญ่ของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว จึงเป็นกรณีที่ข้อกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดใช้ในการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การนี้จึงเข้าหลักเกณฑ์และองค์ประกอบของการพิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 75 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งให้พิจารณาใหม่ของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นนี้ ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางว่าจะเป็นการตีความที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาของศาลปกครองกับการถูกแทรกแซงโดยศาลอื่น ๆ โดยในด้านหนึ่ง นายพีระพันธ์ สาลีรัฐวิภาค กล่าวอ้างว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยความชอบของมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้นเป็นการดำเนินการที่ถูกต้องสมควรแล้ว เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับอายุความในคดีเป็นปัญหาที่มีความเกี่ยวพันกับสิทธิในการฟ้องคดีของปัจเจกชน จึงต้องถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น ตุลาการผู้ตัดสินคดีไม่อาจมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เหล่านี้ได้ตามอำเภอใจ ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏในบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ว่าจะให้เริ่มนับอายุความในกรณีนี้อย่างไร สิ่งที่พึงดำเนินการคือการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมาย มิใช่การกำหนดการดำเนินการขึ้นเองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด[31]

ในอีกด้านหนึ่ง นักวิชาการกฎหมายมหาชนจำนวนไม่น้อยมีข้อกังขาว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นการแทรกแซงอำนาจในการพิจารณาของศาลปกครองอย่างไม่ชอบด้วยหลักการทางวิชาการ โดยให้เหตุผลไว้ 4 ประการ ได้แก่[32]

ประการที่หนึ่ง หากพิจารณาในเชิงวัตถุแห่งคดีแล้ว จะพบว่ามติที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 เป็นเพียง “การกำหนดแนวทางการวินิจฉัย” ซึ่งศาลปกครองต้องการการตีความในเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องคดีเป็นไปตามแนวเดียวกันเท่านั้น การนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางตุลาการรูปแบบหนึ่ง” และเป็นส่วนหนึ่งของ “การพิจารณาพิพากษา” หรือ “การใช้

---

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

[32] ดู อานนท์ มาเม้า และสุรศักดิ์ บุญญานุกูลกิจ, ‘การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายตุลาการโดยศาลรัฐธรรมนูญและผลที่ตามมา : ศึกษากรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2564 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 81 - 83/2565 (ประชุมใหญ่)’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565); ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ‘เมื่อศาลรัฐธรรมนูญตั้งตนเหนือศาลอื่น : พิทักษ์หรือบั่นทอนรัฐธรรมนูญ?’ (The101.world, 23 มีนาคม 2564) <https://www.the101.world/constitutional-complaint/> สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2565.

การตีความ การอุดช่องว่างของกฎหมาย หรือ การตระเตรียมการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการเป็นไปโดยชอบ" เท่านั้น มิใช่การออกระเบียบซึ่งเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ที่เป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปขึ้นมาใหม่ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว มติที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่พิพาทก็มิใช่วัตถุที่จะถูกโต้แย้งในศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ เพราะเป็น "เรื่องที่อยู่ระหว่างการพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น" ตามความในมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

ประการที่สอง ในเชิงผู้ใช้สิทธินั้น พิจารณาได้ว่ามาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็น "การให้บทบาทศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน" และเป็นช่องทางให้ประชาชนสามารถฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าผู้ร้องจะต้องสามารถอธิบายได้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของผู้ร้องอย่างไร ดังนั้น หน่วยงานของรัฐอย่างผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่อาจเป็น "ผู้ทรงสิทธิในการร้องทุกข์ในทางรัฐธรรมนูญ" ได้

ประการที่สาม การตีความของศาลรัฐธรรมนูญจะเกิดผลลัพธ์เชิงลบในทางปฏิบัติ เนื่องจากในระบบกฎหมายมีมติที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดและศาลยุติธรรมอื่น ๆ นอกจากมติที่ประชุมใหญ่ที่พิพาทกันในคดีจำนวนมาก คำวินิจฉัยของศาลที่ให้มติที่ประชุมใหญ่ที่มีลักษณะเป็นแนวทางการตีความสามารถเป็นวัตถุแห่งคดีตามมาตรา 213 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้นี้ จะทำให้เกิดการโต้แย้งมติที่ประชุมใหญ่อื่น ๆ อีกจำนวนมาก

ประการที่สี่ การตีความให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมมติที่ประชุมใหญ่ที่กำหนด "แนวทางการวินิจฉัยตีความของศาลอื่น" ย่อมเป็นการขยายบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไปสู่ "การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของการกระทำเป็นการทั่วไป" ซึ่งเป็นก้าวล่วงเข้าไปยังอำนาจในการพิจารณาและความเป็นอิสระของศาลอื่น การนี้ย่อมขัดแย้งกับหลักการในทางวิชาการหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ศาลควรจะจำกัดอำนาจของตนเองให้อยู่ภายใต้อำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาดุลยภาพระหว่างการใช้อำนาจของศาลในระบบกฎหมาย ซึ่งหากไม่สามารถทำให้เกิดขึ้นได้ดังเช่นการที่ศาลรัฐธรรมนูญสร้างบทบาทให้ตัวเองเป็น "ศาลลำดับชั้นสูงสุดที่มีอำนาจกลับแก้หรือตรวจสอบคำวินิจฉัยของบรรดาศาลสูงสุดในสาขาต่าง ๆ" ในกรณีนี้แล้ว ย่อมก่อให้เกิดความทับซ้อนและไม่เป็นที่สุดของอำนาจศาล ตลอดจนการเสื่อมความเชื่อถือต่อศาลในท้ายที่สุด[33]

[33] ประการนี้มีปัญหาในการกระทบต่อความเป็นที่สุดของคำพิพากษาศาลปกครองด้วย ซึ่งจะได้พิจารณาในรายละเอียดต่อไป.

ค. ประเมินประสิทธิภาพของระบบกฎหมายไทยและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าระบบกฎหมายไทยจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยอำนาจในการพิจารณาของศาลไว้ตามมาตรฐาน ได้แก่ การกำหนดและแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง และระหว่างศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ การแจกแจงรายละเอียดประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง การกำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดอำนาจระหว่างศาล ตลอดจนการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งทำให้ในความเป็นจริงจะไม่เกิดความสับสนในการวินิจฉัยอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ใน “ขาเข้า” เนื่องจากสัญญาร่วมลงทุนฯ จะถูกพิจารณาเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ภายใต้เขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครองอย่างแน่นอน อย่างไรก็ดี การที่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดินในคดีพิพาทโครงการโฮปเวลล์ ตามมาตรา 213 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ย่อมมีประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ถึงการแทรกแซงอำนาจการพิจารณาใน “ขาออก” ของศาลปกครองขึ้น

อนึ่ง การนี้เป็นประเด็นสำคัญที่จะก่อให้เกิดความไม่แน่ชัดของอำนาจขององค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนฯ อันอาจทำให้ความยุติธรรมที่คู่สัญญาจะได้รับถูกทำให้ล่าช้าออกไป (เนื่องจากเคยได้รับการพิจารณาเสร็จสิ้นไปแล้ว แต่ต้องกลับมาถูกพิจารณาใหม่จากการแทรกแซงอำนาจศาลปกครอง) และอาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทั้งที่ทำสัญญาร่วมลงทุนฯ แล้วและกำลังจะเข้ามาทำสัญญาเกิดความกังวลว่าหากสัญญาที่ทำเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว ข้อพิพาทเหล่านี้จะถูกแทรกแซงโดยศาลอื่นจนไม่ได้รับการระงับลงไปอย่างเป็นธรรม สถานการณ์เช่นนี้อาจเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้พัฒนาคุณสมบัติของระบบกฎหมายในส่วนนี้ โดยเฉพาะในส่วนของการบังคับใช้กฎหมายดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ตุลาการหรือองค์กรอื่นต้องพยายามหลีกเลี่ยงการพิพากษาที่จะทำให้เกิดความทับซ้อนหรือแทรกแซงกันระหว่างอำนาจศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการกระทำทางปกครองซึ่งควรอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง แต่กลับถูกแทรกแซงโดยศาลอื่น อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญพึงคำนึงถึงการรักษาดุลยภาพระหว่างการใช้อำนาจของศาลต่าง ๆ และใช้ความระมัดระวังในการตีความอำนาจของตนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพื่อมิให้ก้าวล่วงไปแทรกแซงอำนาจในการพิจารณาของศาลอื่นและทำให้การระงับข้อพิพาทถูกปฏิเสธหรือทำให้ล่าช้าออกไป

2. ระบบกฎหมายพึงกำหนดกระบวนวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ชัดเจน เปิดเผย รวดเร็ว เป็นกลาง และมีการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและสิทธิในเชิงกระบวนการของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างเหมาะสม

หลังจากที่ผ่านการพิจารณาเรื่องอำนาจในการพิจารณาของศาลมาแล้ว ข้อพิพาทก็จะเข้าสู่กระบวนวิธีพิจารณาของศาล ซึ่งประกอบด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ได้แก่ การแสวงหาข้อเท็จจริง การสรุปสำนวนโดยตุลาการเจ้าของสำนวน การนั่งพิจารณา การได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ตลอดจนการจัดการคดี อาทิ การร้องสอด การรวมคดี การแยกคดี การโอนคดี การทิ้งฟ้อง และการอุทธรณ์ ทุเลาการบังคับหรือขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ฯลฯ

ก. สะพานสู่ความสำเร็จ

> กระบวนพิจารณาคดีของศาลผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสัญญาร่วมลงทุนฯ ทั้งหมดก็พึงต้องมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เปิดเผย ดำเนินไปอย่างไม่ชักช้า เป็นกลาง และมีการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและสิทธิในเชิงกระบวนการของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างเหมาะสม

คุณสมบัติข้างต้นเป็นการพิจารณามาจากหลักการทางกฎหมายและตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง กระบวนวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เหมาะสมเป็นองค์ประกอบที่มิอาจขาดไปได้ในสังคมประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ ได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมที่สุด โดยเนื้อหาของความคุ้มครองในเชิงกระบวนการที่คู่ความพึงได้รับมีหลายประการ อาทิ การแจ้งให้คู่ความทราบล่วงหน้าถึงการดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ การให้โอกาสคู่ความชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ การให้โอกาสแก่คู่ความในการอุทธรณ์ การอนุญาตให้คู่ความเข้าถึงพยานหลักฐานต่าง ๆ ตลอดจนการส่งเสริมการพิจารณาที่มีความรวดเร็ว[34]

ทั้งนี้ ข้อเรียกร้องเหล่านี้ถูกอธิบายโดยหลักทั่วไปในทางกฎหมายได้อย่างหลากหลายในระบบกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักศุภนิติกระบวน[35] หลักความเป็นธรรมในเชิงกระบวนการ (procedural fairness) สิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมในฐานะที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม แนวคิดการบริหารงานยุติธรรมแบบเสรีนิยม หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

---

[34] Jean-Bernard Auby (เชิงอรรถ 10) 511-514; สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 12) 43, 93-94; ธีระ สุธีวรางกูร, *ระบบศาลและการพิจารณาคดีของศาลในทางกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565) 27-28, 31.

[35] มานิตย์ จุมปา, 'ศุภนิติกระบวน (Due Process of Law) ในประเทศสหรัฐอเมริกา' ใน ไกรพล อรัญรัตน์ (บรรณาธิการ) *รพี'55* (บพิธการพิมพ์ 2555) 110-111.

สิทธิในการต่อสู้ป้องกันตนเอง (droit de la défense)[36] หรือหลักความมีประสิทธิภาพภายใต้หลักความชอบธรรม[37] เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีหลักการที่ใช้อธิบายข้อเรียกร้องข้อใดข้อหนึ่งโดยเฉพาะด้วย อาทิ ข้อเรียกร้องในส่วนของกระบวนการพิจารณาที่รวดเร็วนั้น เป็นผลมาจากคำกล่าวที่โด่งดังของ Gladstone ที่ว่า “Justice delayed is justice denied” และถูกจารึกใน Magna Carta ว่า “กษัตริย์จะไม่ปฏิเสธหรือทำให้ความยุติธรรมนั้นล่าช้า”[38] โดยเฉพาะในทางสัญญาร่วมลงทุนฯ ความล่าช้าอย่างผิดปกติจะเป็นประเด็นที่ควรระวังเป็นอย่างมาก เพราะโครงการร่วมลงทุนฯ เหล่านี้มีความซับซ้อนและเกี่ยวพันกับการดำเนินการทางเทคนิคหลายขั้นตอน การดำเนินการระงับข้อพิพาทเหล่านี้อย่างล่าช้าจึงนำมาซึ่งความยุ่งเหยิงในการก่อสร้างหรือการให้บริการสาธารณะและใช้โครงสร้างพื้นฐานได้ง่าย[39]

สำหรับข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนพิจารณาที่เปิดเผยและโปร่งใสนั้น ก็มาจากหลักความเปิดเผยและความโปร่งใส ซึ่งปรากฏในข้อ 14 (1) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิการเมือง (ICCPR) ทั้งในระดับการพิจารณาของเจ้าหน้าที่และระดับการระงับข้อพิพาทโดยศาล อันเป็นส่วนสำคัญของโครงสร้างทางกฎหมายที่ทำให้โครงการร่วมลงทุนฯ ประสบความสำเร็จ เพราะทำให้นักลงทุนมั่นใจได้ว่าข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในสัญญาร่วมลงทุนฯ จะได้รับการระงับไปอย่างยุติธรรม[40]

ในการนี้ ประเทศต่าง ๆ ล้วนพยายามสร้างกระบวนพิจารณาตามข้อเรียกร้องเหล่านี้ อาทิ ในสหรัฐอเมริกา หลักศุภนิติกระบวนได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 และฉบับที่ 14 หรือในระบบกฎหมายฝรั่งเศส นอกจากจะรับรองไว้ในคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานว่า “การต่อสู้คดีเป็นหลักกฎหมายธรรมชาติอย่างหนึ่ง บุคคลทุกคนไม่ควรถูกคำพิพากษาโดยไม่ถูกซักถาม หรือไม่มีโอกาสต่อสู้คดี” แล้ว[41] การที่เคยประสบปัญหาว่าข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองมีการพิจารณาที่ล่าช้า เนื่องจากศาลปกครองมีคดีที่จะต้องพิจารณาจำนวนมากและข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา

---

[36] ธีระ สุธีวรางกูร (เชิงอรรถ 34) 27, 183.

[37] Christopher Bovis, ‘The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public-Private Partnerships Regulation’ (2009) 4 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 19.

[38] Thomas Bingham (เชิงอรรถ 9) 88.

[39] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 8) 242.

[40] เพิ่งอ้าง 85, 223; ในทางกลับกัน ความไม่โปร่งใสในกระบวนพิจารณาย่อมทำให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือแก่นักลงทุนในระบบยุติธรรมทางการศาลของประเทศ (ดูตัวอย่างใน Malik Al Jabor, ‘Conflicts, Protests and Bad Management: Is There a Way Out for Iraq's Public Procurement Problems?’ (2021) 16 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 260.).

[41] เพิ่งอ้าง 183; และดู John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (เชิงอรรถ 11) 123-125.

ทางปกครองยังมีรายละเอียดที่ซับซ้อนและเอกสารจำนวนมาก[42] ทำให้มีการปฏิรูปกระบวนการพิจารณาหลายประการเพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการพิจารณามากขึ้น อาทิ การปฏิรูปจำนวนผู้พิพากษาในองค์คณะที่พิจารณาคดีหนึ่ง ๆ ให้น้อยลง[43] และการกำหนดวิธีการชั่วคราวเพื่อรับมือกับเหตุฉุกเฉิน และมีการใช้อย่างแพร่หลายในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง[44] เป็นต้น การปฏิรูปข้างต้นนี้ส่งผลให้ในปี ค.ศ. 2008 ศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถพิจารณาคดี (ทั่วไป) หนึ่ง ๆ ในแต่ละชั้นศาลโดยใช้ระยะเวลาเฉลี่ยลดลงเป็น 18 เดือนสำหรับศาล Conseil d'Etat และ 16 เดือนสำหรับ Cours administratives d'appel[45]

ประการที่สอง หากพิจารณาอย่างละเอียดแล้ว จะพบว่าข้อเรียกร้องในเชิงกระบวนการต่าง ๆ ที่ได้อภิปรายไปด้านบนมีความสัมพันธ์ที่ส่งเสริมหรือขัดแย้งกันอยู่บ้าง ในส่วนที่ส่งเสริมกัน คือ การพิจารณาอย่างเปิดเผยและโปร่งใสย่อมเป็นการประกันและเอื้อให้เกิดสถานการณ์ที่ศาลจะพิจารณาอย่างเที่ยงธรรมไม่เอนเอียงไปยังคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การนี้ย่อมทำให้ผลการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่มีผลต่อสาธารณะในวงกว้างได้รับการยอมรับจากสังคม นอกจากนี้ การให้โอกาสในการโต้แย้งแสดงหลักฐานอย่างเต็มที่ยังนำมาซึ่งข้อเท็จจริงที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาคดีอย่างครบถ้วนตามไปด้วย แต่ในส่วนที่มีความขัดแย้งกันคือหากให้การคุ้มครองในเชิงกระบวนการแก่คู่ความมากจนเกินไป เช่น การให้เวลาคู่ความในการโต้แย้งแสดงหลักฐานอย่างยาวนานเกินไป การนี้ก็ย่อมนำมาซึ่งความล่าช้าในกระบวนการพิจารณาอย่างมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ในการนี้ ระบบกฎหมายที่เอื้อต่อความเป็นธรรมจึงต้องมีการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและสิทธิในเชิงกระบวนการของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างสมดุลนั่นเอง

ด้วยลักษณะทั่วไปของข้อพิพาททางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนฯ ซึ่งมีความเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะอย่างยิ่งยวดเช่นนี้ กระบวนพิจารณาของศาลจึงมิอาจดำเนินการในลักษณะของการเป็นกรรมการกลาง (le juge-arbitre) เหมือนดังเช่นการที่

---

[42] 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) 422-423; นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง* (เชิงอรรถ 17) 431.

[43] เพิ่งอ้าง.

[44] ดู เอกสิทธิ์ จันต๊ะมา, 'หลักเกณฑ์การพิจารณากรณีฉุกเฉินในวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา : ศึกษาวิธีพิจารณาคดีปกครองไทยและฝรั่งเศส' (2560) 17 วารสารวิชาการศาลปกครอง 69.

[45] ในเยอรมนี คดีศาลปกครองชั้นต้นใช้เวลาเฉลี่ยประมาณ 17.8 เดือน ศาลปกครองสูงสุดที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีดั่งศาลชั้นต้นใช้เวลาประมาณ 21 เดือน ศาลปกครองสูงสุดที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีดั่งศาลที่รับอุทธรณ์ใช้เวลาประมาณ 8.6 เดือน. ดู The Association of European Administrative Judges, 'Efficiency of Administrative Justice in Germany' (2007) <https://www.aeaj.org/page/Efficiency-of-administrative-justice-in-Germany> สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2565.

คู่ความทั้งสองถือเพียงประโยชน์และความต้องการส่วนตนตามหลักความประสงค์ของคู่ความ (principle of party disposition) ในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้[46] ดังนั้น ระบบกฎหมายหลายระบบจึงใช้ระบบการพิจารณาคดีที่เรียกว่า “ระบบไต่สวน” กับคดีในลักษณะนี้ ซึ่งเป็นระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีปกครองมากขึ้น อาทิ อำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ด้วยตนเอง อำนาจในการให้หรือไม่ให้ถอนฟ้อง การเข้ามามีส่วนร่วมของศาลเพื่อประโยชน์สาธารณะ[47] เช่น ศาลปกครองเยอรมัน[48] เป็นต้น

ข. กฎหมาย ข้อพิพาท และสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในระบบกฎหมาย

ระบบกฎหมายไทยได้กำหนดให้มีวิธีพิจารณาคดีทางปกครองเพื่อใช้กับการระงับข้อพิพาททางปกครองในศาลปกครอง (ครอบคลุมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ อันถูกพิจารณาเป็นสัญญาทางปกครอง) แยกไว้ต่างหากจากวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้ มีการวางหลักเกณฑ์การประกันความเป็นธรรมในเชิงกระบวนการแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ความมีอยู่ของกฎหมาย พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดหลักการและวิธีการพิจารณาคดีที่มุ่งเน้นให้เกิดความเป็นธรรมต่อประโยชน์สาธารณะและปัจเจกชนที่สำคัญ 4 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง กำหนดให้มีการใช้ระบบการพิจารณาแบบไต่สวนอันเป็นระบบที่ศาลมีบทบาทดำเนินการเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและปัจเจกชนในขั้นตอนต่าง ๆ[49] อาทิ การเริ่มกระบวนพิจารณาคดีได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องมีการร้องขอจากคู่ความ[50] อำนาจควบคุมขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนพิจารณาคดี อาทิ การกำหนดประเด็น การส่งคำคู่ความ การส่งเอกสาร ฯลฯ ดุลพินิจในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีเพิ่มจากที่คู่ความนำมาเสนอต่อศาลได้ด้วยตนเอง[51] รวมถึงอำนาจในการพิจารณายุติหรือไม่ยุติกระบวนพิจารณา แม้คู่ความจะขอยุติคดีไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม[52]

---

[46] ธีระ สุธีวรางกูร (เชิงอรรถ 34) 170-171.

[47] เพิ่งอ้าง 170.

[48] Pünder and Klafki (เชิงอรรถ 13) 85-86.

[49] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 55 วรรคสาม และดูคำอธิบายเกี่ยวกับระบบไต่สวนใน ธีระ สุธีวรางกูร (เชิงอรรถ 34) 170–182; ฤทัย หงส์ศิริ (เชิงอรรถ 24) 140-147, 204–208.

[50] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 66 วรรคหนึ่ง.

[51] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 55 วรรคสาม และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 65.

[52] ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 82 วรรคสี่.

อนึ่ง แม้ศาลจะมีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานด้วย แต่ก็จะยังเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถใช้สิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และจะรับฟังพยานหลักฐานของคู่ความได้ด้วยอย่างคู่ขนานกันไป ดังนั้นแล้ว คู่ความที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ๆ ก็ยังคงมีหน้าที่เสนอพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงอยู่เช่นเดิม[53]

ประการที่สอง กำหนดให้องค์คณะตุลาการศาลปกครองต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยเปิดเผย เว้นแต่เป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ[54]

ประการที่สาม กำหนดให้วิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองต้องมีความรวดเร็วเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมของคดี[55] ทั้งนี้ โดยกำหนดกลไกต่าง ๆ เพื่อให้ส่งเสริมให้เกิดความรวดเร็วในการพิจารณาไว้ อาทิ การออกคำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุดในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีปกครองประเภทต่าง ๆ ให้เกิดความเรียบร้อย รวดเร็วและเป็นระเบียบ[56] กลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองเพื่อส่งเสริมให้คู่กรณีมีทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางปกครองได้อย่างรวดเร็วและเป็นไปโดยความสมัครใจของคู่กรณี[57] ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นหนึ่งในประเภทคดีที่สามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยได้[58] การประกาศใช้ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2559 ซึ่งเพิ่มเติมการดำเนินการเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษากรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน[59] การบังคับใช้พระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. 2565 เพื่อให้ประชาชนได้รับความยุติธรรมโดยโปร่งใสและไม่ล่าช้า ตลอดจนการกำหนดว่าหากเป็น “กรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดี หรือโดยลักษณะแห่งคดีมีความจำเป็นที่ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาคดี

---

[53] ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 64.

[54] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 55 วรรคสอง และมาตรา 60 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 17.

[55] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 55 วรรคหนึ่ง.

[56] อาศัยอำนาจตาม ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ประธานศาลปกครองสูงสุด และอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นและการบริหารงานศาลปกครอง พ.ศ. 2544 ข้อ 6 ตัวอย่างเช่น คำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 ข้อ 7 กำหนดว่า “ในการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเพื่อเป็นการเร่งรัดการดำเนินคดีและมิให้กระบวนพิจารณาคดีล่าช้าเกินสมควรในกรณีที่มีการขอขยายระยะเวลาทำคำให้การ ศาลพึงพิจารณาอนุญาตให้เท่าที่จำเป็น”.

[57] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หมวด 4 วิธีพิจารณาคดีปกครอง ส่วนที่ 2/1 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท; ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง พ.ศ. 2562.

[58] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 66/2 วรรคหนึ่ง (3).

[59] เอกสิทธิ์ จันต๊ะมา (เชิงอรรถ 44).

เป็นการเร่งด่วน หรือเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม" แล้ว "การส่งสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนให้คู่กรณีทราบ ... จะส่งล่วงหน้าเป็นเวลาอันสมควรแต่ไม่ถึงเจ็ดวันก็ได้" *ทั้งนี้* เพื่อให้การดำเนินกระบวนพิจารณามีความรวดเร็ว อย่างไรก็ดี การนี้ก็พึงต้อง "คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีด้วย"[60]

ประการที่สี่ กำหนดให้ขั้นตอนต่าง ๆ ของการพิจารณามีการให้สิทธิเชิงกระบวนการแก่คู่ความอย่างเพียงพอ ได้แก่ สิทธิในการรับฟังคู่ความ กล่าวคือการที่คู่ความมีสิทธิรับทราบข้อเท็จจริงในคดีทุกขั้นตอน[61] สิทธิในการได้รับการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการค้นหาของศาล[62] สิทธิในการได้รับสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนก่อนการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก[63] สิทธิโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง[64] ฯลฯ

การบังคับใช้กฎหมายในความเป็นจริง สำหรับการสำรวจการบังคับใช้กระบวนพิจารณาคดีตามที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น มีประเด็นพึงพิจารณาดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรวดเร็วในการพิจารณาคดีนั้น รายงานประจำปี พ.ศ. 2564 ของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ระบุว่าศาลปกครองต้องรับผิดชอบคดีทั้งหมดจำนวน 37,701 คดี โดยพิจารณาพิพากษาคดีได้แล้วเสร็จจำนวน 10,815 คดี คิดเป็นร้อยละ 28.69 และมีคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณา ณ วันที่ 30 กันยายน 2564 จำนวน 26,886 คดี โดยแบ่งเป็นคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดจำนวน 11,496 คดี และเป็นคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้นจำนวน 15,390 คดี และปรากฏต่อไปว่ามีคดีที่แล้วเสร็จในศาลปกครองสูงสุดแต่ใช้ระยะเวลายาวนานกว่า 4 ปี เป็นจำนวนทั้งสิ้น 1,395 คดี จากจำนวนคดีที่แล้วเสร็จในศาลปกครองสูงสุดในปีงบประมาณ พ.ศ. 2564 จำนวน 4,441 คดี[65]

ประเด็นที่สอง ในคดีสัญญาร่วมลงทุนฯ ซึ่งพึงใช้เวลาพิจารณาที่รวดเร็ว เพื่อให้คู่กรณีสามารถทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนตามผลลัพธ์แห่งการพิจารณาและสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้อย่างไม่ติดขัด กลับมีระยะเวลาการพิจารณาที่ค่อนข้างนานกว่าคดีปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณายอมรับและบังคับหรือปฏิเสธคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ สรุปได้ดังนี้

---

[60] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 59 วรรคสาม.

[61] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 55 วรรคหนึ่ง และ 57 วรรคสอง.

[62] ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 65.

[63] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 59.

[64] ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 42 และ 44.

[65] ดู ศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง, รายงานประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2564, 44-45<https://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/ReportYear/ReportYear_220822_152906.pdf> สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2566.

คดีพิพาท	ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาท
คดีพิพาทโครงการโฮปเวลล์	รวมระยะเวลากว่า 18 ปีและยังไม่สิ้นสุดในปัจจุบัน ตั้งแต่บริษัทโฮปเวลล์ฯ ยื่นอนุญาโตตุลาการเรียกค่าเสียหายจากกระทรวงคมนาคม ในวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547
คดีพิพาทโครงการระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียจังหวัดสมุทรปราการ (คดีคลองด่าน)	รวมระยะเวลากว่า 19 ปี ตั้งแต่กิจการร่วมค้า NVPSKG ยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการเรียกร้องให้รัฐบาลไทยจ่ายเงินที่เหลืออยู่ ในวันที่ 5 กันยายน พ.ศ. 2546 จนถึงศาลปกครองสูงสุดพิพากษากลับศาลปกครองชั้นต้น ให้ยกคำร้องขอพิจารณาคดีใหม่และพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในวันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2565
การพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในโครงการก่อสร้างทางด่วนยกระดับสายบางนา - บางพลี - บางปะกง	รวมระยะเวลากว่า 6 ปี ตั้งแต่กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 30/2543 ในวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2543 จนกระทั่งศาลฎีกามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 ไม่รับบังคับให้ตามคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในวันที่ 24 ตุลาคม พ.ศ. 2549
คดีสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ	รวมระยะเวลากว่า 10 ปี ตั้งแต่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดข้อพิพาทหมายเลขคดีแดงที่ 63/2543 ให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลเป็นผู้ผิดสัญญาและชดใช้ค่าเสียหาย ในวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2543 จนถึงศาลฎีกามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552 ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
การพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีสัญญาสัมปทานวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอชเอฟ (กรณีไอทีวี)	รวมระยะเวลากว่า 4 ปี ตั้งแต่บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) ได้นำคดีเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการในวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2545 จนกระทั่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 349/2549 วินิจฉัยไม่รับบังคับให้ตามคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ
การพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีทางด่วนปากเกร็ด – บางปะอิน	รวมระยะเวลากว่า 10 ปี ตั้งแต่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดข้อพิพาทให้ กทพ. ชำระเงินค่าชดเชยรายได้ที่ลดลงจากประมาณการ เพราะเหตุที่ก่อสร้างทางแข่งขัน ในวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2551 จนถึงศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.932/2561 และ อ.933/2561 วินิจฉัยให้บังคับตามคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นที่สาม ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในประเด็นอื่น ๆ อาทิ คำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้คดีมีความรวดเร็วนั้น มีการประกาศใช้เพียงแค่กับคดีบางประเภทเท่านั้น ซึ่งไม่ปรากฏคำแนะนำในการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง[66] หรือการที่พระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. 2565 เพิ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2566 รวมถึงจากการสำรวจพบการไกล่เกลี่ยคดีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นในความเป็นจริงค่อนข้างน้อย ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในการตีความคำว่า “กรณีที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ” อันเป็นข้อห้ามในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามมาตรา 66/3 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง[67]

ค. ประเมินประสิทธิภาพของระบบกฎหมายไทยและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะได้กำหนดหลักการและวิธีการพิจารณาคดีที่มุ่งเน้นให้เกิดความเป็นธรรมต่อประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกชนไว้ในกรณีต่าง ๆ แต่สถานการณ์ในความเป็นจริงชัดเจนว่าข้อพิพาทในโครงการร่วมลงทุนฯ ที่เกิดขึ้นถูกระงับไปด้วยความล่าช้าเกินสมควร พิจารณาได้จากทั้งสถิติคดีจำนวนมากทั้งคดีทั่วไปและคดีสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่ใช้ระยะเวลาการพิจารณาในศาลปกครองที่ยาวนานเกินไป ข้อเท็จจริงในเชิงประจักษ์นี้ทำให้เห็นว่าการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ในระบบกฎหมายไทยมีโอกาสสูงที่จะเข้าลักษณะของคำกล่าวที่ว่า “Justice delayed is justice denied” เพราะคู่สัญญาเอกชนต้อง “ติดจั่น” อยู่ในกระบวนการระงับข้อพิพาท ไม่อาจทราบผลลัพธ์อันจะส่งผลต่อความเป็นไปแห่งสิทธิและหน้าที่ของตนเองในเวลาอันสมควร การนี้น่ากังวลว่าจะเป็นอุปสรรคและสถานการณ์ที่ร้ายแรงต่อการดึงดูดนักลงทุนจากต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ

ในการนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้พัฒนาคุณสมบัติของระบบกฎหมายในส่วนนี้ ที่สำคัญที่สุดคือการสร้างความรวดเร็วให้เกิดขึ้นกับกระบวนวิธีพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมากขึ้น ทั้งนี้โดยอาจใช้วิธีที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส อาทิ การกำหนดคำขอฉุกเฉิน การพิจารณาเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายที่สำคัญในศาลสูง การปรับจำนวนผู้พิพากษาในองค์คณะให้น้อยลง ฯลฯ เป็นตัวอย่างในการปฏิรูป

---

[66] ดู คำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุด (ศาลปกครอง) <https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/08indexlist-13.html> สืบค้นเมื่อ 30 พฤศจิกายน 2565.

[67] ดู บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, ‘การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง’ (2564) 2 วารสารกฎหมายปกครอง <https://www.krisdika.go.th/data/ebook/Law_Journal/Administrative_Law_Journal-33-2.pdf> สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2565.

3. คำพิพากษาศาลอันเป็นผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทพึงมีการให้เหตุผลและรูปแบบที่ดีและมีสถานะและสภาพบังคับที่มั่นคงแน่นอนในระดับหนึ่ง

หลังจากศาลได้พิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุน ฯ แล้ว ผลลัพธ์สุดท้ายของการพิจารณาจะปรากฏในรูปแบบของคำพิพากษาศาล ซึ่งจะมีผลผูกพันคู่ความและปรากฏเป็นที่ประจักษ์แก่สังคมโดยทั่วไป

ก. สะพานสู่ความสำเร็จ

ในการนี้ ระบบกฎหมายจำเป็นที่จะต้องกำหนดกฎหมายวิธีสบัญญัติในส่วนของการทำคำพิพากษาของศาลไว้ เพื่อให้ได้มาซึ่งคำพิพากษาศาลที่มีองค์ประกอบที่สมบูรณ์ กล่าวคือมีเนื้อหาข้อเท็จจริง กฎหมายและเหตุผลที่ใช้ในการวินิจฉัยอย่างครบถ้วนและชัดเจน ตลอดจนคำพิพากษามีสถานะและสภาพบังคับที่แน่นอนในระดับหนึ่ง

คุณสมบัติข้างต้นเป็นการพิจารณามาจากหลักการทางกฎหมายและตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง สำหรับคุณสมบัติในแง่เนื้อหาของคำพิพากษานั้น คำพิพากษาที่ดีจำต้องมีข้อเท็จจริงจากคู่ความทั้งสองฝ่าย กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณา รวมถึงเหตุผลที่ใช้ในการวินิจฉัยที่ชัดเจนและสมเหตุสมผล ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันว่าคำพิพากษามิได้มาจากการพิจารณาตามอำเภอใจของศาล แต่เกิดจากเหตุผลอันไตร่ตรองมาเป็นอย่างดี โปร่งใสและเป็นที่ยอมรับได้สำหรับคู่ความในคดี นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลที่ดียังทำให้ศาลได้รับความมั่นใจจากสังคมและประชาชนโดยทั่วไปในการทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรมแก่ข้อพิพาทต่าง ๆ ด้วย[68]

คุณสมบัติในแง่เนื้อหาของคำพิพากษาข้างต้นนี้ทวีความสำคัญสำหรับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาร่วมลงทุนฯ เพราะจะเป็นการแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาของศาลมีการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตัวของคู่สัญญาอย่างเหมาะสมแล้ว[69] ซึ่งการนี้จะทำให้เกิดความเชื่อมั่นถึงความเป็นธรรมของกระบวนการระงับข้อพิพาทในระบบกฎหมาย และก่อให้เกิดแรงจูงใจในการเข้ามาลงทุนอย่างต่อเนื่องและยั่งยืน ดังที่ UNCITRAL Guide อธิบายไว้[70]

ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายต่าง ๆ จึงพยายามวางหลักเกณฑ์การเขียนคำพิพากษาไว้เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ ถูกระงับไปด้วยคำพิพากษาที่มีเนื้อหาที่ดี อาทิ หลักการเขียนคำพิพากษาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ต้องการให้ผู้อ่านเข้าใจเหตุผลของคำพิพากษาโดยปราศจาก

---

[68] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 8) 85.

[69] Jean-Bernard Auby (เชิงอรรถ 10) 516.

[70] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 8) 85.

ข้อกังขา[71] แนวทางการเขียนคำพิพากษาในระบบกฎหมายเยอรมันที่ต้องการให้คำพิพากษาชัดเจน กระชับตรงประเด็น และเข้าใจง่าย[72] สุนทรพจน์ของผู้พิพากษาของอังกฤษที่แนะนำการเขียนคำพิพากษาให้พึงชัดเจนและสม่ำเสมอเพื่อแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษานั้นมีคุณภาพ[73] เป็นต้น

ประการที่สอง สำหรับคุณสมบัติในแง่สถานะของคำพิพากษานั้น อธิบายภายใต้ “หลักคำพิพากษาของศาลจะต้องเป็นที่สุด” (*res judicata*) กล่าวคือคำพิพากษาที่ดีพึงมีสถานะและผลผูกพันที่มั่นคงแน่นอน ทั้งนี้ เพื่อให้คู่ความได้ทราบว่าเมื่อข้อพิพาทยุติแล้วสิทธิและหน้าที่ของตนจะเป็นเช่นไรในท้ายที่สุด หากคำพิพากษาอยู่ในสถานะที่จะถูกกลับหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ ย่อมทำให้คู่ความสับสนในสิ่งที่จำต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาจนหาจุดสิ้นสุด (finality) ไม่ได้ ซึ่งจะเป็นการบั่นทอนหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะอย่างมาก[74] ทั้งนี้ คุณสมบัตินี้มีความสำคัญมากขึ้นสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ เช่นกัน เนื่องจากเป็นข้อพิพาทที่มีมูลค่าการลงทุนสูง คู่สัญญาอาจต้องนำสินทรัพย์ที่พิพาทไปหมุนเวียนทำธุรกิจต่าง ๆ การที่คำพิพากษามีสถานะที่ไม่มั่นคงและเกิดการเปลี่ยนแปลงไปมา ย่อมทำให้คู่ความมิอาจคาดการณ์ได้ว่าตนจะต้องชดใช้หรือได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างไร และผลกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะก็จะถูกยกระดับขึ้นไปเป็นความไม่มั่นใจที่นักลงทุนมีต่อระบบกฎหมาย

อย่างไรก็ดี สถานะที่มั่นคงแน่นอนดังที่ได้กล่าวมานี้ย่อมมีข้อยกเว้นในบางกรณี อาทิ กรณีการกลับหรือแก้ไขคำพิพากษาโดยศาลในลำดับที่สูงกว่าตามระบบการอุทธรณ์หรือฎีกา กรณีมีเหตุในการขอให้พิจารณาคดีใหม่เนื่องจากพบพยานหลักฐานใหม่ที่เป็นสาระสำคัญและอาจส่งผลต่อการพิจารณาคดี และกรณีมีการพิจารณาเพิ่มเติมในประเด็นที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น เช่น หากมีประเด็นพิพาทเพิ่มเติมว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องมีความผิดทางอาญา[75] เป็นต้น อนึ่ง นอกเหนือจากข้อยกเว้นทั้งสามประการนี้ ไม่ว่าบุคคลหรือองค์กรใด

---

[71] ดู John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (เชิงอรรถ 11) 125.

[72] Walter O Weyrauch, ‘The Art of Drafting Judgments: A Modified German Case Method’ (1957) 3 Journal of Legal Education 311, 317.

[73] Andrew Burrows, Justice of the Supreme Court of the United Kingdom, ‘Judgment-Writing: A Personal Perspective’ (Annual Conference of Judges of the Superior Courts in Ireland, 20 May 2021). <https://www.supremecourt.uk/docs/judgment-writing-a-personal-perspective-lord-burrows.pdf> สืบค้นเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2565.

[74] ธีระ สุธีวรางกูร (เชิงอรรถ 34) 31-32; พีรพิชญ์ วงศ์วัฒนศานต์, ‘หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554) 194.

[75] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 24) 281-283.

ก็มิอาจเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษาได้ มิเช่นนั้นจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความเป็นอิสระของศาล เพราะถือว่าองค์กรเหล่านั้นสามารถแทรกแซงผลของคำพิพากษาได้[76]

นอกจากนี้ ระบบกฎหมายต่าง ๆ ก็จะวางระบบและกลไกในการใช้ข้อยกเว้นข้างต้นอย่างระมัดระวัง อาทิ การกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนเวลาในการขอพิจารณาใหม่ไว้อย่างจำกัด เพราะมิเช่นนั้นคู่ความก็จะอาศัยเหตุแห่งการขอพิจารณาใหม่เป็นเสมือนหนึ่งในการอุทธรณ์คดีอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งมิถูกต้องตามหลักการของการขอให้พิจารณาคดีใหม่ อาทิ มาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเยอรมันวางหลักให้การขอพิจารณาคดีใหม่ซึ่งต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติเงื่อนไขแห่งการขอให้พิจารณาใหม่ ทั้งเพื่อเพิกถอนคำพิพากษา (action for annulment) ในกรณีที่ศาลใช้ตัวบทกฎหมายคลาดเคลื่อน มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้พิพากษา ฯลฯ และเพื่อให้มีการพิจารณาคดีใหม่ (action for retrial of the case) ในกรณีที่พบข้อผิดพลาดหรือความเท็จในข้อเท็จจริงที่ใช้ในการตัดสินคดีไว้ อย่างไรก็ดี การขอพิจารณาคดีใหม่จะกระทำไม่ได้หากเกินระยะเวลา 5 ปี หลังจากที่คำพิพากษามีผลบังคับใช้[77]

ในทำนองเดียวกัน ระบบกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดรูปแบบและระยะเวลาสำหรับการคัดค้านคำพิพากษาไว้ 4 รูปแบบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้แก่ (1) การคัดค้านคำวินิจฉัย (l'opposition) โดยบุคคลที่ถูกศาลชั้นอุทธรณ์เรียกเข้ามาในคดีและไม่ได้ต่อสู้คดีตามปกติ สามารถคัดค้านได้ใน 2 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งผลคดี (2) การคัดค้านคำวินิจฉัยโดยบุคคลภายนอก (la tierce opposition) โดยผู้ที่ถูกเรียกเข้ามาในคดีและมิใช่ฝ่ายเดียวกับคู่กรณี แต่สิทธิถูกกระทบ สามารถคัดค้านคำพิพากษาได้ใน 2 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำพิพากษา (3) การร้องขอให้แก้ไขข้อผิดพลาดหรือผิดหลงอันเป็นสาระสำคัญในคำวินิจฉัย (le recours en rectification d'erreur materielle) โดยคู่ความอาจดำเนินการได้ใน 2 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งผลคดี และ (4) การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ (le recours en révision) ในกรณีที่คำพิพากษาถูกทำขึ้นโดยเอกสารเท็จหรือมีปัญหาเรื่ององค์คณะของตุลาการที่วินิจฉัยคดี ทั้งนี้ โดยต้องยื่นคำร้องภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่คู่กรณีรู้ถึงเหตุแห่งการร้องขอหรือภายใน 2 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งผลคดี กรณีเป็นปัญหาในเรื่ององค์คณะตุลาการ[78]

---

[76] เพิ่งอ้าง 281.

[77] Mahendra P Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective* (Springer 1985) 240-241.

[78] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และคณะ, 'วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ' (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง 2549) 267-270.

ข. กฎหมาย ข้อพิพาท และสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในระบบกฎหมาย

ความมีอยู่ของกฎหมาย สำหรับเรื่องเนื้อหาของคำพิพากษานั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นกฎหมายที่กำหนดให้คำพิพากษาของศาลปกครองต้องมีองค์ประกอบต่าง ๆ ได้แก่ ชื่อคู่ความ เหตุแห่งการฟ้องคดี ข้อเท็จจริงของเรื่องที่ฟ้อง เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย คำวินิจฉัยของศาลในประเด็นแห่งคดี ตลอดจนคำบังคับของศาล[79] ซึ่งในคดีเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ อันเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ศาลปกครองอาจกำหนดคำบังคับให้คู่ความ “สั่งให้ใช้เงิน หรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ” โดยอาจกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ประกอบการออกคำบังคับไว้ด้วยก็ได้[80] ทั้งนี้ นอกจากองค์ประกอบหลักอย่างข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและเหตุผลในการพิพากษาแล้ว ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ยังได้กำหนดองค์ประกอบอื่นที่คำพิพากษาต้องแจกแจงไว้เพิ่มเติมเพื่อแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสในการพิพากษาคดี ได้แก่ จำนวนค่าธรรมเนียมศาลที่คู่กรณีจะได้รับคืน ชื่อตุลาการเจ้าของสำนวนและตุลาการผู้แถลงคดี[81] ด้วย

อนึ่ง แม้ว่าความสมเหตุสมผลของการพิพากษาในแต่ละคดีนั้นจะเป็นข้อพิจารณาที่เป็นอัตวิสัย กล่าวคือ คู่ความหรือปัจเจกชนแต่ละคนอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันไปได้ว่าคำพิพากษาหนึ่ง ๆ มีการให้เหตุผลทางกฎหมายที่ดี สมเหตุสมผลและน่าเชื่อถือยอมรับเพียงใด อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายก็ได้พยายามวางกลไกต่าง ๆ เพื่อเอื้อให้เนื้อหาเหตุผลของการพิพากษาเป็นไปอย่างรอบด้านมากที่สุด อาทิ กลไกของตุลาการผู้แถลงคดี กลไกการทำความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อย กลไกของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด นอกจากนี้แล้ว ระบบกฎหมายยังกำหนดกลไกที่จะทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งมีความเปิดเผยและโปร่งใสไว้ด้วย อาทิ การแจ้งให้คู่กรณีทราบกำหนดวันอ่านผลแห่งคำพิพากษาล่วงหน้า และการจัดพิมพ์และเผยแพร่คำพิพากษาและการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้ เป็นต้น ซึ่งต่างล้วนแล้วแต่เป็นคุณสมบัติที่จะส่งเสริมความน่าเชื่อถือของคำพิพากษาได้[82]

สำหรับเรื่องสถานะความมั่นคงแน่นอนของคำพิพากษานั้น โดยหลักแล้ว กฎหมายกำหนดให้ “คำพิพากษาศาลปกครองผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำบังคับจนกว่าคำพิพากษานั้นถูก

---

[79] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 69.

[80] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3).

[81] ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 90.

[82] ดู พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 58, 67-68, 69 วรรคสาม และ 77; ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และค่าธรรมเนียมการตรวจดู การคัดสำเนา และการรับรองสำเนาคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครอง พ.ศ. 2561.

เปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ หรืองด" และอาจมีผลผูกพันบุคคลภายนอกได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้[83] การถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ หรืองดคำพิพากษานั้น โดยหลักจะเกิดขึ้นจากกระบวนการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นไปยังคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด[84] และเมื่อศาลปกครองสูงสุดพิจารณาพิพากษาเช่นไร คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดนั้นก็จะเป็นที่สุด[85]

อย่างไรก็ดี หลังจากที่คำพิพากษามีผลเสร็จเด็ดขาดแล้ว ไม่ว่าด้วยเหตุที่เป็นคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดหรือเหตุที่ไม่มีการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น และควรจะมีสถานะที่มั่นคงแน่นอนและมีการบังคับตามคำพิพากษาต่อไป ระบบกฎหมายก็ยังกำหนดให้มีการขอพิจารณาคดีใหม่ได้ ทั้งนี้ โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการไว้ในมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งได้ถูกแจกแจงองค์ประกอบไว้ 4 ข้อ ได้แก่[86]

องค์ประกอบในด้านผู้มีสิทธิขอให้พิจารณาใหม่ ได้แก่ การต้องเป็นคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีเท่านั้น

องค์ประกอบในด้านวัตถุแห่งการขอพิจารณาใหม่ ได้แก่ คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เสร็จเด็ดขาดแล้ว กล่าวคือ เป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ศาลได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีแล้ว โดยไม่จำต้องเป็นกรณีที่คดีถึงที่สุด

องค์ประกอบในด้านกรณีที่ขอให้พิจารณาใหม่ ได้แก่ การเข้าเหตุแห่งการพิจารณาใหม่ประการใดประการหนึ่งดังต่อไปนี้ (1) ศาลปกครองฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดหรือมีพยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ (2) คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีหรือได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนพิจารณา (3) มีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม หรือ (4) คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใด และต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

---

[83] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 70-71.

[84] ดู พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หมวด 4 วิธีพิจารณาคดีปกครอง ส่วนที่ 3 คำพิพากษาหรือคำสั่งคดีปกครอง และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ภาค 3 วิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุด.

[85] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 73 วรรคสี่; หรือหากไม่มีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุทธรณ์คำพิพากษาในระยะเวลาที่กำหนด คำพิพากษาก็จะถือเป็นที่สุดในศาลปกครองชั้นต้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 73 วรรคหนึ่ง.

[86] ดู ฤทัย หงส์ศิริ (เชิงอรรถ 24) 238; อานนท์ มาเม้า และสุรศักดิ์ บุญญานุกูลกิจ (เชิงอรรถ 32) 54–56.

องค์ประกอบในด้านเงื่อนไขในการขอพิจารณาใหม่ ได้แก่ กรณีที่ (1) คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกไม่ทราบถึงเหตุแห่งการขอพิจารณาคดีใหม่ และการไม่ทราบนั้นมิใช่ความผิดของคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้นั้น หรือ (2) คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกยื่นคำขอให้พิจารณาใหม่หรือมีคำสั่งใหม่ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ผู้นั้นได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ แต่ต้องไม่เกิน 5 ปีนับแต่ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด

หากการยื่นคำขอเข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 4 องค์ประกอบข้างต้นแล้ว ศาลปกครองก็จะมีคำสั่งให้รับคำขอพิจารณาใหม่นั้นไว้พิจารณาตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาใหม่เป็นไปตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

การบังคับใช้กฎหมายในความเป็นจริง การสำรวจพึงดำเนินการต่อไปถึงสถานการณ์ในความเป็นจริงว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ไล่เรียงมานี้มีการบังคับใช้อย่างเหมาะสมหรือไม่ โดยมีกรณีศึกษาที่สำคัญสองกรณีดังต่อไปนี้

กรณีศึกษาที่หนึ่ง : คดีพิพาทโครงการโฮปเวลล์

จากที่ได้ไล่เรียงข้อเท็จจริงมาแล้วว่าบริษัท โฮปเวลล์ฯ ได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยชำระเงินจำนวน 1.2 หมื่นล้านบาท ให้บริษัทฯ แต่ศาลปกครองยังไม่มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้ เนื่องจากมีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญและทำให้ในปัจจุบันคดีกลับมาอยู่ในการพิจารณาใหม่ การนี้นำมาสู่การวิพากษ์วิจารณ์ถึงความถูกต้องเหมาะสมทางวิชาการของคำสั่งรับคดีไว้พิจารณาใหม่ของศาลปกครองสูงสุด โดยมีรายละเอียดที่น่าสนใจดังต่อไปนี้[87]

ประการที่หนึ่ง แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเป็นการออกระเบียบ ซึ่งเมื่อไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ย่อมเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่การนี้ย่อมไม่ส่งผลต่อข้อพิพาทที่พิจารณาไปแล้วในศาลปกครอง เพราะคำพิพากษาของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดไม่ได้อ้างมติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีแต่อย่างใด อันที่จริงแล้วเครื่องมือที่แท้จริงในการทำคำพิพากษา ได้แก่ มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 18/2545 จึงมิใช่ “ข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำ

[87] อานนท์ มาเม้า และสุรศักดิ์ บุญญานุกูลกิจ (เชิงอรรถ 32).

ให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น” อันจะเป็นเหตุผลและเงื่อนไขที่จะทำให้ขอพิจารณาคดีใหม่ตามนัยของมาตรา 75 (4) ได้[88]

ประการที่สอง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ให้มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อมาตรา 47 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เพราะเป็นการวินิจฉัย “เรื่องที่ศาลอื่นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว”

ประการที่สาม มีการตั้งข้อสังเกตว่าในการพิจารณาคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ของศาลปกครองชั้นต้นนั้น มีการกำหนดประเด็น แยกแยะและอธิบายองค์ประกอบตามมาตรา 75 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไว้อย่างละเอียดและชัดเจน แต่เมื่อคดีขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดกลับไม่มีการแจกแจงโดยละเอียดเป็นลำดับ แต่รวบรัดชี้ขาดว่าคำร้องของฝ่ายรัฐเข้าหลักเกณฑ์แล้ว[89]

ประการที่สี่ ผลลัพธ์จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและการอนุญาตให้พิจารณาใหม่ของศาลปกครองที่เกิดขึ้นนี้จะก่อให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนของคำพิพากษาทั้งต่อคดีนี้ และคดีในอดีตจำนวนมากที่เคยได้พิจารณาพิพากษาโดยใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องอายุความเช่นเดียวกันกับคดีนี้ (อาจมีการขอพิจารณาคดีใหม่เกิดขึ้นจำนวนมาก) อันเป็นการละเมิดต่อหลักความเด็ดขาดถึงที่สุดของคำพิพากษาและกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ[90]

กรณีศึกษาที่สอง : คดีทุจริตจัดซื้อที่ดินและโครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน

กรณีศึกษานี้เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากโครงการก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียในเขตควบคุมมลพิษในพื้นที่ตำบลคลองด่าน จังหวัดสมุทรปราการ ซึ่งกรมควบคุมมลพิษดำเนินการคัดเลือกเอกชนผู้รับเหมาโครงการในปี พ.ศ. 2539 และกิจการร่วมค้า NVPSKG ชนะการประมูล มีการลงนามในสัญญาเมื่อวันที่ 20 สิงหาคม พ.ศ. 2540 อย่างไรก็ดี ภายหลังเกิดข้อพิพาทขึ้นเนื่องจากบริษัท นอร์ธเวสต์ วอเตอร์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด หนึ่งในบริษัทที่เข้าร่วมกิจการร่วมค้าได้ถอนตัวออกจากโครงการทั้งที่เป็นเพียงบริษัทเดียวในกลุ่มกิจการร่วมค้าที่มีประสบการณ์ในการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียมาก่อนอันเป็นคุณสมบัติที่กำหนดไว้สำหรับการยื่นซองประมูลราคา การนี้จึงเท่ากับว่ากิจการร่วมค้าซึ่งไม่มีบริษัท นอร์ธเวสต์ฯ เข้าร่วมอาจเป็นผู้ขาดคุณสมบัติที่จะเข้าเป็นคู่สัญญาได้ ด้วยเหตุนี้ กระทรวง

---

[88] เพิ่งอ้าง 90.

[89] เพิ่งอ้าง 89-90.

[90] หลักการเหล่านี้ถูกแสดงว่าใช้กับการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 212 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติให้ “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว ...”

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจึงสั่งให้กิจการร่วมค้า NVPSKG ยุติการดำเนินโครงการและระงับการจ่ายเงินกว่า 2 หมื่นล้านบาท ทั้งที่มีการดำเนินก่อสร้างไปแล้วกว่า 95% ของโครงการ กิจการร่วมค้า NVPSKG จึงได้ยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการเมื่อปี 2554 เรียกร้องให้รัฐบาลไทยจ่ายเงินในส่วนที่เหลืออยู่[91]

ในการนี้ อนุญาโตตุลาการในคดีข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 2/2554 ตัดสินให้กรมควบคุมมลพิษเป็นผู้ผิดสัญญาและต้องจ่ายเงินที่ค้างอยู่ ดอกเบี้ยและค่าเสียหายอื่น ๆ ให้กับกิจการร่วมค้า NVPSKG และในเวลาต่อมา ศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 487 - 488/2557 ก็ได้พิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้ อย่างไรก็ดี ปรากฏต่อมาว่ากรมควบคุมมลพิษได้มาร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่เพื่อเพิกถอนคำบังคับนั้น โดยอ้างข้อเท็จจริงในคดีอาญาที่ตัดสินว่ามีการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาที่พิพาท การนี้ทำให้คำพิพากษาของศาลปกครองมีการบังคับตามสัญญาที่มีกระบวนการมิชอบและเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งศาลปกครองกลางก็ได้มีคำสั่งให้พิจารณาคดีใหม่ตามที่กรมควบคุมมลพิษร้องขอ แม้ว่าในท้ายที่สุดแล้ว ศาลปกครองสูงสุดจะวินิจฉัยให้การขอพิจารณาคดีใหม่ตกไป แต่การนี้ก็ทำให้เกิดข้อถกเถียงกันในวงกว้างว่าระยะเวลาในกระบวนการขอพิจารณาใหม่มีความยาวนานเกินไปและส่งผลเสียต่อความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาทหรือไม่[92]

ค. ประเมินประสิทธิภาพของระบบกฎหมายไทยและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าระบบกฎหมายไทยจะวางระบบที่พึงจะก่อให้เกิดคำพิพากษาที่ดีไว้ตามมาตรฐาน ได้แก่ การทำให้ได้มาซึ่งคำพิพากษาศาลที่มีเนื้อหาข้อเท็จจริง กฎหมาย และเหตุผลในการวินิจฉัยอย่างครบถ้วนและชัดเจน และการทำให้ได้มาซึ่งคำพิพากษาศาลที่มีสถานะและสภาพบังคับที่แน่นอนในระดับหนึ่ง แต่ในสถานการณ์ในความเป็นจริงพบปัญหาและข้อกังขาเกี่ยวกับการที่คำพิพากษาไม่มีสถานะและสภาพบังคับที่ชัดเจนจำนวนหนึ่ง โดยเฉพาะในกรณีข้อพิพาทโครงการโฮปเวลล์ซึ่งมีประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ว่าคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดมีการพิจารณาเงื่อนไขของการขอให้พิจารณาใหม่ที่คลาดเคลื่อน เนื่องจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 18/2545 มิใช่ข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น และไม่มีการแจกแจงการพิจารณาเงื่อนไขการขอพิจารณาใหม่โดยละเอียดเป็นลำดับ

---

[91] ดูข้อเท็จจริงเพิ่มเติมใน ข่าวศาลปกครอง, ‘สำนักงานศาลปกครองชี้แจงคดีคลองด่านตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดยืนยันว่าไม่มีเหตุให้ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการฯ’ (ศาลปกครอง, 2559) <https://admincourt.go.th/admincourt/site/08news_detail.php?ids=14612> สืบค้นเมื่อ 29 พฤศจิกายน 2565.

[92] ดู ไทยพับลิก้า, ‘ย้อนรอย “ค่าโง่คลองด่าน” บทเรียน 3 หมื่นล้าน ราคาที่คนไทยต้องจ่าย’ (Thaipublica, 22 พฤศจิกายน 2558) <https://thaipublica.org/2015/11/klongdan-21-11-2558/> สืบค้นเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2565.

นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าเคยมีการขอพิจารณาใหม่ไปยังศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดครั้งหนึ่งแล้ว ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาแทรกแซง ย่อมทำให้เห็นชัดเจนถึงกระบวนการที่มีความซ้ำซ้อนและสถานะของคำพิพากษาของศาลที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและประชาชนอาจไม่เชื่อถือในความมั่นคงและศักดิ์สิทธิ์ได้ สถานการณ์ทั้งหมดนี้ส่งผลให้เกิดข้อกังวลว่าคู่ความฝ่ายรัฐอาจอาศัยกลไกการพิจารณาใหม่เป็นเสมือนการอุทธรณ์คดีอีกชั้นหนึ่ง หรือหน่วงเวลาให้การพิจารณาคดีเนิ่นช้าออกไป อันเป็นกรณีที่ไม่ควรเกิดขึ้นอย่างยิ่งและขัดแย้งต่อหลักคำพิพากษาของศาลจะต้องเป็นที่สุดและหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ

ในการนี้ ผู้เขียนขอเสนอให้พัฒนาคุณสมบัติของระบบกฎหมายในส่วนนี้ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ต้องใช้ความระมัดระวังในการตีความการขอพิจารณาใหม่ในฐานะ “ข้อยกเว้น” ของหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาเท่านั้น

ประการที่สอง ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ต้องให้เหตุผลประกอบการอนุญาตให้พิจารณาใหม่อย่างละเอียดและต้องพิจารณาการขอให้พิจารณาใหม่อย่างไม่ล่าช้าเกินสมควร

ประการที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญพึงระมัดระวังและเคร่งครัดในการตีความอำนาจในการพิจารณาของตนตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อมิให้ก้าวล่วงไปแทรกแซงอำนาจในการพิจารณาและกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งคำพิพากษาของศาลอื่น

4. ระบบกฎหมายพึงกำหนดให้มีกลไกระงับข้อพิพาทอื่นนอกจากศาล และมีการพิจารณายอมรับและบังคับ หรือปฏิเสธผลการระงับข้อพิพาทเหล่านั้นอย่างเหมาะสม

ด้วยลักษณะตามธรรมชาติของสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่บริษัทเอกชนจะต้องใช้เม็ดเงินจำนวนมหาศาลเพื่อสร้างสาธารณูปโภคและโครงสร้างขนาดใหญ่ การนี้ย่อมทำให้เกิดข้อกังวลขึ้นได้ในลักษณะที่ว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ข้อพิพาทดังกล่าวอาจมิได้ถูกพิจารณาอย่างเป็นธรรมโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายภายใน ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกขึ้นเพื่อให้เป็นตัวเลือกให้แก่คู่กรณีฝ่ายเอกชนได้แสดงเจตนาให้ข้อพิพาทของตนถูกระงับไปด้วยวิธีการอื่นแทน ทั้งนี้ สำหรับคู่กรณีฝ่ายรัฐในบางครั้งก็มีความจำเป็นที่จะต้องยอมให้ข้อพิพาทถูกพิจารณา (ในเชิงเนื้อหาคดี) โดยวิธีการอื่นนอกจากศาล เนื่องจากคู่สัญญาเอกชนอาจเป็นผู้เพียบพร้อมไปด้วยทุนทรัพย์ ความรู้ความเชี่ยวชาญและเป็นที่ต้องการในหมู่ประเทศที่กำลังพัฒนาสาธารณูปโภคและโครงสร้างพื้นฐานอยู่

ก. สะพานสู่ความสำเร็จ

> หากระบบกฎหมายยอมให้ใช้ระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยเฉพาะในกรณีของอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็พึงวางระบบการพิจารณายอมรับและบังคับ หรือปฏิเสธผลการระงับข้อพิพาททางเลือกเหล่านั้นอย่างเหมาะสม กล่าวคือมีเงื่อนไขการพิจารณายอมรับและบังคับ หรือปฏิเสธที่สมเหตุสมผล มิก่อให้เกิดการปฏิเสธตามอำเภอใจหรือยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอย่างล่าช้าเกินสมควร

คุณสมบัติข้างต้นนี้ถูกเริ่มพิจารณามาจากประโยชน์ของการเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาททางเลือก กล่าวคือโดยปกติแล้ว ถูกมุ่งหวังให้มีความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่ายและเป็นที่ไว้วางใจต่อคู่กรณีฝ่ายเอกชนมากกว่า เพราะต้องยอมรับว่าในเชิงภาวะวิสัย ศาลภายในประเทศก็ยังคงเป็นหน่วยงานของรัฐประเภทหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงอาจมีความกังวลว่าในการพิจารณาคดี ศาลภายในประเทศจะเข้าข้างคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายของบางประเทศที่ต้องการดึงดูดนักลงทุนเข้ามาลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของประเทศจึงมักจะเสนอระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกให้แก่คู่สัญญา ภายใต้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา กล่าวคือคู่ความควรที่จะมีอิสระในการสร้างความผูกพันตามสัญญาได้ตามที่ตนเห็นสมควรและพอใจได้[93]

ทั้งนี้ โดยอาจเป็นการยินยอมให้เลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นนอกจากศาลเป็นการทั่วไป[94] หรือมีกำหนดเงื่อนไขบางประการในการพิจารณายอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลภายในเอาไว้ก็ได้[95] แต่ส่วนที่สำคัญ คือ หากระบบกฎหมายยินยอมให้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกแล้ว ระบบกฎหมายก็ต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำชี้ขาดที่ได้มาจากการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้นอย่างเหมาะสมด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ระบบกฎหมายอนุญาตใช้งานได้จริง[96] เพราะหากมิได้เป็นเช่นนั้น อาทิ ระบบกฎหมายเปิดช่องให้คู่สัญญาเลือกระบบการระงับพิพาทนอกเหนือจากศาลได้ แต่ไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณายอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดที่เป็นธรรมและเหมาะสม หรือปฏิเสธคำชี้ขาดนั้นตามอำเภอใจ เสรีภาพในการเลือกระบบการระงับ

---

[93] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 8) 223; Abdulhay Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2004) 159.

[94] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 8) 226.

[95] ประการนี้เป็นเพราะบางประเทศเห็นว่าสัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะอย่างยิ่งยวด ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจึงต้องระงับโดยองค์กรที่เป็นศาลภายในเท่านั้น ศาลและฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในฐานะที่จะต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินกิจการสาธารณะไม่อาจปลดเปลื้องภารกิจร่วมกันนี้ไปให้ผู้อื่นได้. ดู สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 12) 90–91.)

[96] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 8) 226, 240.

ข้อพิพาทอื่นที่มิใช่ศาลก็จะเป็นเพียงภาพลวงตาที่ระบบกฎหมายสร้างขึ้นหลอกลวงนักลงทุนฝ่ายเอกชนเท่านั้น ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและความน่าเชื่อถือของศาลและระบบกฎหมายอย่างมาก จนทำให้นักลงทุนเกิดความสงสัยในความใช้การได้จริงของระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกเหล่านั้น[97] ซึ่งความบกพร่องในเรื่องนี้ถูกจัดอันดับให้เป็นปัจจัยด้านลบที่สำคัญที่สุดเป็นอันดับต้น ๆ ของการที่นักลงทุนจะตัดสินใจไม่เข้าไปลงทุนในประเทศหนึ่ง ๆ[98]

ดังนั้นแล้ว ระบบกฎหมายที่ยินยอมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทนั้นจะกำหนดหลักเกณฑ์การยอมรับและบังคับหรือปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยมากศาลจะพิจารณาว่าเนื้อหาในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ อาทิ

ระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยหลักแล้วไม่ยอมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในคดีปกครอง ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปจากการตีความของศาลในคดีต่าง ๆ และดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 2060[99] อย่างไรก็ดี ในภายหลังมีการบัญญัติข้อยกเว้นขึ้นในมาตรา 2060 วรรคสอง ซึ่งอนุญาตให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ในกรณีที่เป็นองค์การมหาชนที่ดำเนินกิจการด้านอุตสาหกรรมหรือการค้า (Etablissements Publics Industriels et Commerciaux) ตามที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา อาทิ รัฐบัญญัติลงวันที่ 19 สิงหาคม ค.ศ. 1986 ซึ่งอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการสำหรับสัญญาสร้าง Euro Disneyland ได้[100] อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดก็ยังคงเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ก่อนที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้[101]

อนึ่ง บรรทัดฐานกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ ได้แก่ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิเสธ

---

[97] เพิ่งอ้าง.

[98] Queen Mary University of London and White & Case LLP, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2565.

[99] ตัวอย่าง คดี *Société nationale de Vente des Surplus*, Conseil d'État, 13 décembre 1957 อ้างถึงใน สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 12) 102–107.

[100] ดู สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 12) 102-107.

[101] ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น การเสนอข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองแก่อนุญาโตตุลาการ โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้เช่นกัน เว้นแต่เป็นกรณีที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทมีความสามารถและสถานะเท่าเทียมกันและกฎหมายยอมรับได้ แม้กระนั้น ศาลปกครองก็ยังมีอำนาจในการพิจารณาว่าจะยอมรับคำชี้ขาดนั้นหรือไม่ (เพิ่งอ้าง 101-102).

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เป็นมาตรฐานไว้ และประเทศที่ร่วมลงนามในอนุสัญญาดังกล่าวก็จะต้องทำให้กฎหมายของตนเป็นไปตามมาตรฐานเช่นว่านั้น ดังนั้น โดยมากแล้วเหตุแห่งการปฏิเสธจะเป็นไปในลักษณะเดียวกัน ได้แก่ ความสอดคล้องระหว่างคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกับกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน[102]

อย่างไรก็ดี ส่วนที่มีความแตกต่างกันในแต่ละระบบกฎหมายและส่งผลต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เห็นจะเป็นการตีความหลักเกณฑ์เหล่านี้ในความเป็นจริง กล่าวคือระบบกฎหมายที่ดีจะตีความบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันนี้อย่างเคร่งครัดและเป็นธรรม อาทิ คดี *KG Schifffahrtsgesellschaft MS Pacific Winter MBH & CO. v. Safesea Transport, Inc.* หรือคดี *De Rendon v. Ventura* ซึ่งศาล U.S. District Court ปฏิเสธคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการบนพื้นฐานที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ในอำนาจที่ตนมีแล้ว การที่ศาลไปก้าวล่วงย่อมทำให้วัตถุประสงค์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการถูกล่วงละเมิด[103] นอกจากนี้ระบบกฎหมายที่ดีมักจะมีกำหนดเวลาการบังคับตามคำชี้ขาดไว้ด้วย เพื่อมิให้เกิดสถานะที่ไม่แน่นอนหรือล่าช้าในการบังคับหรือเพิกถอนคำชี้ขาด อาทิ กำหนด 3 ปีนับแต่มีคำชี้ขาดในสหรัฐอเมริกา หรือ 6 ปีนับแต่เหตุแห่งข้อพิพาทเกิดขึ้นในอังกฤษ สิงคโปร์ และฮ่องกง[104] เป็นต้น

ในขณะที่ระบบกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อความเป็นธรรมจะตีความขยายฐานแห่งการปฏิเสธอย่างกว้างขวางโดยปราศเหตุผลที่ดี หรือใช้ระยะเวลาที่นานเกินสมควรในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด หรือสถานะของการยอมรับและบังคับมีความไม่มั่นคงและถูกเปลี่ยนแปลงไปมาโดยไม่อาจหาข้อยุติได้ ซึ่งสถานการณ์ในลักษณะข้างต้นนี้ล้วนนำไปสู่การไม่มีผลบังคับจริงของระบบระงับข้อพิพาททางเลือก สถานการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นในอินเดียซึ่งมีข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไปแล้วใน ค.ศ. 1992

---

[102] ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า “กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสที่เป็นบทบังคับ” (les règles impératives dudroit public français). ดู ชาญชัย แสวงศักดิ์, *สัญญาของทางราชการ* (เชิงอรรถ 20) 66-67); ในระบบกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “ความสอดคล้องของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองกับหลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน”. ดู มานิตย์ วงศ์เสรี, *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (สำนักงานศาลปกครอง 2545) 49–56.

[103] Timothy G Nelson and Lea Haber Kuck, ‘Enforcing International Arbitration Awards: US Courts Achieve Prompt and Efficient Enforcement, With Safeguards’ (Skadden, 21 January 2020) <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/01/2020-insights/enforcing-international-arbitration-awards> สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2565.

[104] Anna Stier, ‘Don’t Be Late - The Risk of Arbitral Awards Becoming Unenforceable Due to Limitation Periods’ (Lexology, 24 February 2021) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=17beea3e-8ab9-4129-a05f-418af457ba6e> สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2565.

และมีการยื่นขอรับรองคำชี้ขาดดังกล่าวใน ค.ศ. 2003 แต่ปัจจุบันศาลก็ยังไม่มีการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดดังกล่าวให้ เนื่องจากปัญหาทางเทคนิคภายในของระบบกฎหมาย สถานการณ์เช่นนี้นำไปสู่การวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักหน่วง แม้กระทั่งศาลเองก็ยังยอมรับว่าการนี้เป็นการเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศอย่างร้ายแรง[105]

ข. กฎหมาย ข้อพิพาท และสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในระบบกฎหมาย

ความมีอยู่ของกฎหมาย การระงับข้อพิพาททางเลือกที่เป็นที่นิยมสำหรับสัญญาร่วมลงทุนฯ ได้แก่ กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนสามารถตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และเมื่อมีการตกลงเช่นว่านั้นแล้ว สัญญาอนุญาโตตุลาการก็จะมีผลผูกพันคู่สัญญา อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแล้ว มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2558[106] กำหนดเป็นหลักทั่วไปไว้ว่า “หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” ทั้งนี้ เมื่ออนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดแล้ว ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนจะเป็นศาลที่พิจารณายอมรับและบังคับ หรือปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นต่อไป[107]

การบังคับใช้กฎหมายในความเป็นจริง สำหรับสถานการณ์ที่ผ่านมานั้น แม้ว่าจะมีกรณีศึกษาอยู่บ้างที่คู่กรณีตกลงเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับสัญญาระหว่าง

---

[105] Kamini Sharma, ‘Non-Execution of Arbitration Award Even After 30 Years-long Delay: SC Slams Allahabad High Court; U.P. Government to Consider Constituting Four Additional Commercial Courts’ (SCC Online, 31 May 2022) <https://www.scconline.com/blog/post/2022/05/31/non-execution-of-arbitration-award-even-after-30-years-long-delay-sc-slams-allahabad-high-court-u-p-government-to-consider-constituting-four-additional-commercial-courts/> สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2565; ประเทศที่ประสบปัญหาในลักษณะเดียวกัน คือ ไนจีเรีย. ดู Alice Lawrence-Nemi, ‘Review of problems with enforcing international arbitral awards in Nigeria’ (The Guardian, 1 June 2021) <https://guardian.ng/features/review-of-problems-with-enforcing-international-arbitral-awards-in-nigeria/> สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2565.

[106] ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาจากมติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การดำเนินการในคดี ‘ทางด่วน’ (การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน) นร.0504/ว31 (27 มกราคม 2547) และมติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน นร.0506/ว155 (28 กรกฎาคม 2552) ตามลำดับ.

[107] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40, 43, 44.

รัฐและเอกชน และสามารถนำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมาให้ศาลยอมรับและบังคับได้[108] แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่ายังมีกรณีศึกษาอีกจำนวนไม่น้อยที่ศาลปฏิเสธคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการหรือดำเนินกระบวนการล่าช้าจนเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง นอกจากคดีทุจริตจัดซื้อที่ดินและโครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียคลองด่าน และคดีพิพาทโครงการโฮปเวลล์ดังที่ได้อภิปรายไปแล้ว ยังมี

กรณีศึกษาที่หนึ่ง : คดีสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ

กรณีศึกษานี้สืบเนื่องมาจากสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติ ระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล และบริษัท จาโก จำกัด มีกำหนดเวลา 10 ปี นับแต่วันเริ่มจำหน่ายสลาก (สัญญาลงวันที่ 3 ธันวาคม พ.ศ. 2539) อย่างไรก็ดี ภายหลังเกิดข้อพิพาทว่าสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือไม่ยอมให้เอกชนเข้าดำเนินการและบอกเลิกสัญญากับบริษัท จาโกฯ ในเวลาต่อมาบริษัทจึงยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการเรียกร้องค่าเสียหายตามสัญญา และอนุญาโตตุลาการก็ได้มีคำชี้ขาดข้อพิพาทหมายเลขคดีแดงที่ 63/2543 เมื่อวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2543 ให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลเป็นผู้ผิดสัญญาและชดใช้ค่าเสียหายจำนวนกว่า 2,500 ล้านบาท[109]

เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเช่นนี้แล้ว บริษัทฯ จึงได้นำคำชี้ขาดเสนอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาด อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552 ได้ปฏิเสธคำชี้ขาดดังกล่าว โดยวินิจฉัยว่ากิจการจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติเป็นกิจการของรัฐที่เข้าเกณฑ์เป็นโครงการตามนัยของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ดังนั้น เมื่อการทำสัญญาฉบับนี้มิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงกระทำขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน กรณีย่อมเข้าเกณฑ์ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ที่ศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้[110]

---

[108] อาทิ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.912/2561 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่พิพากษายืนตามศาลปกครองกลางที่ให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตัดสินให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระเงินค่าชดเชยรายได้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เนื่องจากการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.

[109] ข้อเท็จจริงสรุปมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552.

[110] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552.

ทั้งนี้ กรณีที่เกิดขึ้นนี้ แม้ในเชิงผลลัพธ์แล้วจะทำให้รัฐบาลไทยไม่ต้องนำเงินไปจ่ายค่าเสียหาย ซึ่งคำนวณได้เป็นจำนวนเงินกว่า 4,000 ล้านบาท แต่ก็มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าอาจเป็น “ผลการตัดสินถูกใจ แต่อาจไม่ถูกต้อง” เพราะการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ นี้ เกิดจากความเข้าใจที่ผิดพลาดของหน่วยงานของรัฐเอง แต่ผลของความผิดพลาดนี้กลับตกอยู่ที่เอกชน การนี้ย่อมทำให้เอกชนขาดความเชื่อมั่นที่จะลงทุนกับรัฐ[111] ดังที่ ธีรวัฒน์ ว่องแก้ว วิจารณ์ไว้ว่า “การทำตามพระราชบัญญัติร่วมทุนฯ เป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น จึงเป็นการไม่ยุติธรรม หากความบกพร่องของรัฐทำให้เอกชนเป็นผู้รับบาป”[112]

กรณีศึกษาที่สอง : สัญญาสัมปทานวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ (กรณีไอทีวี)

กรณีศึกษานี้เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากโครงการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ซึ่งเป็นโครงการที่ต้องดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยเป็นการทำสัญญาระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและบริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) มีข้อกำหนดในสัญญาให้ทางสถานีวิทยุโทรทัศน์นำเสนอรายการประเภทรายการข่าว สารคดีและสารประโยชน์ที่รัฐบาลต้องการให้นำเสนอรวมกันไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 ของเวลาออกอากาศทั้งหมดของสถานี ส่วนอีกร้อยละ 30 ของเวลาออกอากาศที่เหลือ สถานีสามารถนำไปเป็นช่วงเวลาโฆษณาเสนอขายแก่ผู้ประกอบการเอกชนรายอื่นได้[113]

ในเวลาต่อมา สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีกลับเสนอขายช่วงเวลาโฆษณาในการออกอากาศของสถานีวิทยุโทรทัศน์อื่นที่ตนควบคุมดูแลอยู่แก่ผู้ประกอบการเอกชนด้วย บริษัทไอทีวีฯ

---

[111] ดู กิตติพงศ์ อุรพีพัฒนพงศ์, ‘ผลกระทบต่อธุรกิจของ พ.ร.บ. ร่วมทุนฯ พ.ศ. 2535 : โมฆะหรือไม่ผูกพัน : กรณีศึกษาคำพิพากษาจากคดีจาโก้และคดีขายหุ้นชินคอร์ปอเรชั่น?’ (2554) 1 วารสารวิชาการหอกฎหมาย 20; จุลสิงห์ วสันตสิงห์, ‘สัญญาไม่ผูกพัน : ผลของการไม่ปฏิบัติตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535’ ใน ชัชพล ไชยพร (บรรณาธิการ) *วารสารกฎหมาย ฉบับพิเศษ จัดพิมพ์เนื่องในโอกาสสัตตมวัฏมงคล ฉลองอายุ 7 รอบนักษัตริย์ ศาสตราจารย์พิเศษธานินทร์ กรัยวิเชียร* (โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2554).

[112] ธีรวัฒน์ ว่องแก้ว, ‘อนาคตของการใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในประเทศไทย : ร่อนเร่พเนจรบนถนนสายเมฆหมอก’ ใน ณรงค์เดช สรุโฆษิต (บรรณาธิการ) *แทนดอกไม้ไหว้ครู* (บริษัท ส.เจริญ การพิมพ์ จำกัด 2554).

[113] สรุปข้อเท็จจริงมาจาก สุวิมล เจียมวงศ์แพทย์, ‘คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ. 349/2549 วันที่ 8 ธันวาคม พ.ศ. 2549 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ (อุทธรณ์คำพิพากษา)’ (วุฒิสภา, 3 กันยายน 2562) <https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/7con/ad11.pdf> สืบค้นเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2565. ข่าวศาลปกครอง, ‘คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีไอทีวี’ (ศาลปกครอง, 2549) <https://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Oldnews/attach/news_attach/december/press/press131249.pdf> สืบค้นเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2565.

อ้างว่าการนี้ส่งผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของบริษัทอย่างรุนแรง จึงเจรจาขอเพิ่มเติมแก้ไขข้อสัญญาข้อ 5 วรรคสี่ ในระหว่างการจัดทำร่างสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีก็มีการขายช่วงเวลาโฆษณาในการออกอากาศของสถานีวิทยุโทรทัศน์อื่นที่ตนควบคุมดูแลอยู่แก่ผู้ประกอบการเอกชนตามที่คาดการณ์ไว้ บริษัท ฯ จึงได้ขอให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐพิจารณาหามาตรการเพื่อชดเชยความเสียหายแก่ตน เนื่องจากการทำผิดสัญญาข้างต้น แต่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยและทำการปฏิเสธ บริษัท ฯ จึงเสนอเรื่องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 4/2547 ลงวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2547 วินิจฉัยให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีและใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญาเอกชนตามข้อสัญญา

อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ อ. 349/2549 วินิจฉัยไม่รับบังคับให้ตามคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 40 วรรคสาม (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2544 เนื่องจากการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาในข้อ 5 วรรคสี่ ไม่ได้เป็นไปตามหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นไว้แล้วในสาระสำคัญและมิได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี จึงไม่ได้เป็นการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ข้อสัญญาดังกล่าวจึงขัดต่อกฎหมายและไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจนำข้อสัญญาดังกล่าวมาชี้ขาดว่าผู้ร้องปฏิบัติผิดสัญญาได้

กรณีที่เกิดขึ้นนี้มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ไว้อย่างกว้างขวางคล้ายคลึงกับกรณีหวยจาโก โดยสรวิศ ลิมปรังษี ได้กล่าวว่า “ผลประการหนึ่งที่ในอนาคตอาจจะเกิดขึ้นได้ คือ ในโอกาสต่อไปหน่วยงานของรัฐแห่งใดแห่งหนึ่งที่มีข้อบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่จะต้องทำ สามารถยกข้อบกพร่องของตนนั้นขึ้นต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดหรือข้อผูกพันที่ตนทำขึ้นกับภาคเอกชนได้ ในนามของประโยชน์สาธารณะ”[114] ซึ่งการนี้ “อาจไม่เป็นธรรมนัก หากเอกชนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อผลการบกพร่องในหน้าที่ (ของหน่วยงานของรัฐ)”[115]

---

[114] สรวิศ ลิมปรังษี, ‘บทบรรณาธิการ : อนาคตอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน’ 4 (2552) วารสารอนุญาโตตุลาการ 7.

[115] ธีรวัฒน์ ว่องแก้ว (เชิงอรรถ 112).

ค. ประเมินประสิทธิภาพของระบบกฎหมายไทยและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าระบบกฎหมายไทยจะกำหนดกลไกการพิจารณายอมรับและบังคับหรือปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างเป็นมาตรฐาน แต่ผลลัพธ์ในทางปฏิบัติกลับปรากฏว่าศาลปกครองมักจะปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างไม่เหมาะสม หรือเกิดความล่าช้าในกระบวนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเหล่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำชี้ขาดที่เป็นคุณแก่คู่สัญญาเอกชนและเป็นผลร้ายแก่หน่วยงานรัฐ นอกจากนี้ ผลลัพธ์ของการปฏิเสธคำชี้ขาดที่แม้เกิดขึ้นจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่ผลเสียกลับตกแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่สุจริต (อาทิ คดีหวยจาโก และคดีไอทีวี) ยังแสดงออกถึงความไม่แน่นอนและไม่มีประสิทธิภาพของระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกอย่างชัดเจน เพราะศาลมิได้ปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลอันสมควร แต่ดูเสมือนว่าเป็นไปเพื่อไม่ให้รัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากกว่า

การนี้ก่อให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงประสิทธิภาพและความน่าเชื่อถือของระบบการพิจารณาผลการระงับข้อพิพาททางเลือก เป็นการเพิกเฉยต่อผลลัพธ์ในระยะยาวจากการที่ความน่าเชื่อถือของระบบกฎหมายไทยในการรองรับการค้าการลงทุนระหว่างประเทศถูกบั่นทอนลงอย่างไม่อาจแก้ไขได้ เป็นการเชิญชวนให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนโดยสัญญาว่าจะให้ใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา แต่ในความเป็นจริง มีการบิดพลิ้วและปฏิเสธผลการระงับข้อพิพาททางเลือกที่รัฐเสียเปรียบ เท่ากับเสมือนว่าระบบการระงับข้อพิพาทไม่ได้ถูกกำหนดไว้ตั้งแต่ต้น ประการนี้ย่อมขัดต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและความน่าเชื่อถือของศาลและระบบกฎหมายอย่างมาก ซึ่งน่ากังวลว่าความบกพร่องเช่นนี้จะเป็นปัจจัยด้านลบที่ทำให้นักลงทุนตัดสินใจไม่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย เช่นเดียวกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศอินเดียและประเทศไนจีเรีย

ในการนี้ ผู้เขียนขอเสนอให้พัฒนาคุณสมบัติของระบบกฎหมายในส่วนนี้ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง พึงมีข้อกำหนดเพื่อเร่งรัดมิให้การพิจารณายอมรับและบังคับหรือปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างล่าช้าเกินสมควร อาทิ การกำหนดระยะเวลาในประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ สิงคโปร์ และฮ่องกง

ประการที่สอง ข้อกังขาหรือวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการที่ศาลปกครองปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือดำเนินกระบวนการล่าช้าเกินสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เหตุแห่งการปฏิเสธเกิดขึ้นจากความบกพร่องของเจ้าหน้าที่รัฐเองไม่ควรเกิดขึ้นอีก เพราะจะเป็นการทำลายประสิทธิภาพและความเชื่อมั่นในระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกอย่างร้ายแรง อันเป็นปัจจัยทางลบที่สำคัญที่มีผลต่อการตัดสินใจของนักลงทุนต่างชาติในการไม่เลือกที่จะเข้ามาทำสัญญาร่วมลงทุนฯ ในประเทศไทย

5. ศาลและตุลาการผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุนพึงมีความเป็นกลางและอิสระ และมีความเชี่ยวชาญในข้อกฎหมายและความเข้าใจในบริบทของข้อพิพาทอย่างดี

ก. สะพานสู่ความสำเร็จ

องค์ประกอบข้อสุดท้ายของเกณฑ์ในทางกระบวนการ คือการมีศาลและตุลาการผู้ตัดสินคดีที่มีความเป็นกลางและอิสระ ไม่หมิ่นเหม่ต่อการถูกแทรกแซงจากบุคคลหรือองค์กรอื่น มีความรู้ความเชี่ยวชาญในข้อกฎหมาย และมีความเข้าใจในสภาพแวดล้อมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในทางสัญญาร่วมลงทุนฯ

คุณสมบัติข้างต้นเป็นการพิจารณามาจากหลักการทางกฎหมายและตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่

หลักประการที่หนึ่ง คุณสมบัติในด้านความเป็นกลางนั้น เกิดจากหลักการความยุติธรรมตามธรรมชาติ[116] ซึ่งเรียกร้องให้ผู้ที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่มีอคติหรือส่วนได้เสียกับการพิจารณา เพราะมิเช่นนั้นแล้วย่อมเท่ากับว่าศาลกำลังพิจารณาข้อพิพาทของตนเอง ซึ่งทำให้ไม่สามารถประกันความเป็นธรรมให้แก่คู่ความในคดีได้ ส่วนความเป็นอิสระของศาลนั้นเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญของหลักนิติธรรม[117] ที่เรียกร้องให้ศาลและตุลาการสามารถทำหน้าที่ได้อย่างไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้ใด[118] ทั้งนี้ เพราะหากมิเป็นเช่นนั้นแล้ว ศาลและตุลาการก็มิอาจทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการทำงานของหน่วยงานรัฐอื่นและไม่สามารถทำให้หลักการแบ่งแยกอำนาจเกิดผลสำเร็จได้[119] อนึ่ง การคุ้มครองหลักความเป็นอิสระนั้นพึงดำเนินการใน 2 ลักษณะ ได้แก่

(1) การคุ้มครองความเป็นอิสระของศาลในเชิงสถาบัน ซึ่งมุ่งประกันมิให้มีบุคคลหรือองค์กรใดสามารถสั่งการหรือแทรกแซงกระบวนพิจารณาคดีของศาลได้ ทั้งนี้ อาจเกิดขึ้นได้ในรูปแบบต่าง ๆ อาทิ การที่ผู้บริหารศาลแทรกแซงการใช้ดุลพินิจของตุลาการเจ้าของสำนวน การที่สำนวนคดีถูกส่งไปยังองค์คณะที่ไม่มีความเป็นกลางเพื่อให้ผลแห่งคดีเป็นไปตามที่ผู้แทรกแซงคาดหมาย การกดดันจากฝ่ายการเมืองเพื่อให้ตุลาการพิพากษาไปในทางที่ฝ่ายบริหารต้องการ หรือการกดดันผู้พิพากษาในลักษณะอื่น อาทิ การให้ทำคำพิพากษาในเวลาที่จำกัด ตลอดจนการที่องค์กรอื่นที่มิใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษา[120]

---

[116] ธีระ สุธีวรางกูร (เชิงอรรถ 34) 29.

[117] Thomas Bingham (เชิงอรรถ 9) 91.

[118] John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (เชิงอรรถ 11) 56.

[119] เพิ่งอ้าง.

[120] ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 24) 281, 284; ธีระ สุธีวรางกูร (เชิงอรรถ 34) 30.

(2) การคุ้มครองความเป็นอิสระของศาลในเชิงบุคคล ซึ่งมุ่งคุ้มครองตัวตุลาการผู้ทำหน้าที่พิจารณาระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ เพื่อมิให้ตุลาการเกิดความกังวลว่าหากตนพิจารณาไปแล้วอาจก่อให้เกิดการกลั่นแกล้งหรือเป็นผลลบต่อการดำรงตำแหน่งหน้าที่ของตนได้ อาทิ ถูกให้หยุดปฏิบัติหน้าที่พ้นตำแหน่ง หรือเกษียณอายุราชการก่อนกำหนด เว้นแต่จะเป็นการดำเนินการทางวินัยโดยภาวะวิสัยอันชอบด้วยกฎหมายหรือการโยกย้ายตามวาระปกติ[121]

สำหรับความเป็นกลางนั้น พึงทำให้เกิดขึ้นโดยกระบวนพิจารณาที่เปิดช่องให้คู่ความสามารถคัดค้านตุลาการที่ตนเคลือบแคลงสงสัยได้ ส่วนความเป็นอิสระในเชิงสถาบัน ระบบกฎหมายมีหน้าที่ทำให้เกิดความเป็นอิสระทางการเงินและทรัพยากรให้แก่องค์กรตุลาการอย่างเพียงพอ เพื่อให้ฝ่ายตุลาการมิต้องถูกกดดันทางอ้อมในเชิงงบประมาณจากฝ่ายนิติบัญญัติและบริหาร และความเป็นอิสระในเชิงบุคคลนั้น ระบบกฎหมายก็พึงวางกลไกมิให้ตุลาการต้องถูกโยกย้ายหรือพ้นจากตำแหน่งโดยมิชอบ

อาทิ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็มีการบัญญัติรับรองหลักความเป็นอิสระและการที่ตุลาการต้องมิถูกโยกย้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามหลัก Inamovibilité เอาไว้ในมาตรา 64 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยตีความว่าหลักการข้างต้นนี้ให้ใช้กับตุลาการศาลปกครองด้วย[122] นอกจากนี้ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ ยังวางโครงสร้างและกลไกมากมายเพื่อทำให้แน่ใจว่าหลักการดังกล่าวจะเกิดผลในความเป็นจริง อาทิ หลักเกณฑ์ในการเลื่อนตำแหน่งที่เป็นไปตามระบบอาวุโส การห้ามดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือตำแหน่งอื่นในฝ่ายบริหารระหว่างดำรงตำแหน่งตุลาการ การห้ามนั่งพิจารณาในศาลเดียวกันกับสามีหรือภริยาหรือญาติพี่น้องหรือประจำอยู่ที่ศาลที่มีเขตอำนาจในพื้นที่ที่สามีหรือภริยาเป็นผู้แทน หรือการให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านตุลาการ หากเกิดการเคลือบแคลงในความเป็นกลางและอิสระ ฯลฯ[123]

ในสหราชอาณาจักรนั้น การคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการเริ่มต้นมาตั้งแต่ Act of Settlement 1701 ซึ่งคุ้มครองมิให้ผู้พิพากษาถูกถอดถอนโดยรัฐบาลอย่างไม่มีเหตุผล และพัฒนาการล่าสุดเกิดขึ้นใน Constitutional Reform Act 2005 ซึ่งรับรองหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการไว้ในมาตรา 3 (5) นอกจากนี้ ในเชิงโครงสร้างแล้ว ยังมีการปรับเปลี่ยนบทบาทหน้าที่ของ Lord Chancellor ให้เป็นเพียง Secretary of State for Justice ดูแลระบบยุติธรรมของประเทศเท่านั้น ไม่ได้ควบตำแหน่งประมุขของฝ่ายตุลาการและมีอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาไปด้วยเหมือนใน

---

[121] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 24) 281, 284; ธีระ สุธีวรางกูร (เชิงอรรถ 34) 30.

[122] John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (เชิงอรรถ 11) 57.

[123] เพิ่งอ้าง 69-71; Jean Massot (เชิงอรรถ 42) 416.

อดีต[124] และในส่วนของความเป็นกลางนั้น มีการบังคับไว้ใน The European Convention on Human Rights 1950 ว่าผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาคดีอย่างเป็นกลางตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ปรากฏต่อหน้าเท่านั้น หากมีความเคลือบแคลงสงสัยในความเป็นกลางแล้ว ผู้พิพากษาก็ควรจะต้องถอนตัวจากการทำหน้าที่นั้นเสีย[125]

หลักประการที่สอง นอกจากความเป็นกลางและอิสระแล้ว คุณสมบัติอีกประการหนึ่งของผู้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่ดีคือการเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาท ได้แก่

(1) ความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมาย เนื่องจากข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนมีสารัตถะ นิติวิธี และกระบวนพิจารณาคดีที่แตกต่างจากคดีทั่วไป ดังนั้น ตุลาการจะพึงเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชน หรือเข้าใจในคุณค่าที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่จะมีผลต่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศ และสามารถชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะต้องรักษาไว้ให้เกิดความสมดุลได้[126]

(ข) ความรู้ความเชี่ยวชาญในทางเทคนิค เนื่องด้วยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นเรื่องราวส่วนหนึ่งของการบริหารจัดการสาธารณะ ดังนั้น ตุลาการผู้ตัดสินข้อพิพาทจึงควรมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการบริหารจัดการสาธารณะควบคู่กันไปกับความเชี่ยวชาญทางกฎหมายด้วย มิเช่นนั้น การบริหารจัดการสาธารณะจะมิอาจสำเร็จลุล่วงลงได้ ดังคำกล่าวที่โด่งดังในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “การพิพากษาคดีเกี่ยวกับการบริหารจัดการก็เป็นการบริหารจัดการอย่างหนึ่ง”[127] อาทิ หากตุลาการมีความเชี่ยวชาญในการบริหารจัดการสาธารณะแล้ว ก็จะเข้าใจและแยกแยะได้ว่าการตัดสินใจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีใดเป็นการดำเนินการภายใต้ความเชี่ยวชาญและไม่ควรถูกแทรกแซงโดยคำพิพากษาของศาล มิเช่นนั้นจะเป็นการเสียประสิทธิภาพในการบริหารจัดการเป็นต้น[128]

นอกจากนี้ การที่สัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นการก่อสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่อันส่งผลกระทบต่อประชาชนในด้านต่าง ๆ ความรู้ความเชี่ยวชาญในการบริหารจัดการสาธารณะที่กำลังอภิปรายอยู่นี้

---

[124] Thomas Bingham (เชิงอรรถ 9) 91-92.

[125] เพิ่งอ้าง 93.

[126] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 8) 241.

[127] “To judge the administration is still to administer”. Susan Rose-Ackermann and Peter L Lindseth, ‘Comparative Administrative Law: An Introduction’ in Susan Rose-Ackermann and Peter L Lindseth (eds) *Comparative Administrative Law* (4th edn, Edward Elgar 2010) 12.

[128] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (เชิงอรรถ 24) 37-39.

จึงต้องครอบคลุมถึงความเข้าใจสภาพแวดล้อมและบริบทของการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุนฯ เหล่านี้ด้วย เพราะการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทนั้นเป็นไปมิได้ที่จะแยกข้อเท็จจริงออกจากข้อกฎหมายอย่างเด็ดขาด อาทิ หากอยู่ในสถานการณ์ที่ตุลาการต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาดำเนินการก่อสร้างครบตามขอบเขตของสัญญาหรือไม่ หรือจะสั่งระงับการดำเนินการตามสัญญาร่วมลงทุนฯ หรือไม่ อย่างน้อยที่สุด ตุลาการก็พึงต้องสามารถเข้าใจสิ่งที่พยานผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นได้ เช่นนี้จึงจะถือว่าตุลาการผู้นั้นพอจะมีความสามารถที่จะอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้[129]

ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายจึงพยายามวางระบบให้ตุลาการผู้พิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ มีความรู้ความเชี่ยวชาญทั้งในทางกฎหมายและในทางเทคนิคดังที่ได้อภิปรายมา อาทิ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส มีการยึดถือหลักการที่ว่าผู้ที่จะพิจารณาพิพากษาคดีปกครองไม่ควรเชี่ยวชาญเพียงแต่ด้านกฎหมายเท่านั้น หากแต่ยังต้องเป็นผู้ที่มี “วิญญาณของนักบริหารงานทางปกครอง” ด้วย[130] การนี้ทำให้วิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองของฝรั่งเศสมีทั้งการที่จะต้องจบการศึกษาจากโรงเรียนแห่งชาติว่าด้วยการบริหาร (École nationale d’administration) หรือการที่เคยเป็นข้ารัฐการ (civil servants) และต่อมาได้รับการคัดเลือกให้มาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครอง (tour extérieur)[131] หรือในสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดตั้งศาล Courts of Appeals for the Federal Circuit (CAFC) ขึ้นให้เป็นศาลอุทธรณ์ระดับรัฐบาลกลางลำดับที่ 13 โดยเป็นศาลที่มีความชำนาญพิเศษกว่าศาลอุทธรณ์ภาคอื่น ๆ เพื่อพิจารณาคดีอันเกี่ยวข้องกับสัญญาของรัฐโดยตรง[132]

ข. กฎหมาย ข้อพิพาท และสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในระบบกฎหมาย

ความมีอยู่ของกฎหมาย ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองต้อง

(1) เป็นผู้มีความสามารถในการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน ครอบคลุมถึงความเข้าใจในนโยบายการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม

---

[129] UNCITRAL Guide (เชิงอรรถ 8) 241; Yseult Marique, *Public – Private Partnerships and the Law* (Edward Elgar Publishing Limited 2014) 17-18.

[130] ชาญชัย แสวงศักดิ์, *คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง* (วิญญูชน 2565) 40.

[131] John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (เชิงอรรถ 11) 66-67.

[132] ทั้งนี้ ในประเด็นเรื่องความรู้ความเชี่ยวชาญในทางเทคนิคนั้น กฎหมายดังกล่าวก็อนุญาตให้ศาลใช้ผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคที่มีความรู้ทางวิทยาศาสตร์หรือวิศวกรรมเข้ามาช่วยเหลือในระหว่างกระบวนพิจารณาได้ (W Noel Keyes, *Government Contracts in a Nutshell* (2nd edn, West Publishing Co. 1990) 288-289, 354–355.)

ของประเทศด้วย ทั้งนี้ โดยกำหนดผ่านคุณสมบัติ วิธีการคัดเลือกและขั้นตอนการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง[133] และการจัดการอบรมตุลาการ[134]

(2) เป็นผู้มีความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีตามที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 188 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมีการกำหนดหลักเกณฑ์และกลไกที่มีขึ้นเพื่อประกันความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองไว้โดยเฉพาะ อาทิ การกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองต้องปฏิญาณตนด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและปราศจากอคติ[135] การห้ามประกอบอาชีพอื่น การกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองต้องปฏิบัติตามวินัยแห่งการเป็นข้าราชการตุลาการศาลปกครอง และหากตุลาการคนใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามวินัยดังกล่าวจะถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัยร้ายแรงซึ่งคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองอาจมีมติไล่ตุลาการศาลปกครองผู้นั้นออกจากราชการได้ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการห้ามมิให้มีการเรียกคืนสำนวนคดีหรือโอนสำนวนคดี เว้นแต่เป็นกรณีตามที่กฎหมายกำหนดการเปิดโอกาสให้คู่ความคัดค้านความเป็นกลางได้ตามเหตุที่บัญญัติไว้[136] การพิจารณาลำดับอาวุโสในการย้ายและสับเปลี่ยนหมุนเวียนตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น[137] ฯลฯ

การบังคับใช้กฎหมายในความเป็นจริง สามารถรวบรวมข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่เกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง มีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงตุลาการศาลปกครองผู้ได้รับการคัดเลือกมาจากการเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาอื่นที่มิใช่นิติศาสตร์ว่าจะมีความรู้ทางกฎหมายมหาชนและสามารถวินิจฉัยคดีปกครองได้ดีเพียงใด[138]

---

[133] ดู พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 13 และ 18 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560

[134] ดู พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 19 วรรคสอง และระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการฝึกอบรมตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2562.

[135] ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 191 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 20.

[136] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 14, 18 วรรคสอง, 22, 23 (2), 56 วรรคสาม, 63.

[137] ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการย้ายและการเลื่อนตำแหน่งของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2558 ข้อ 15 และ 20.

[138] ดู สรธร ธนโชตโภคิน, 'แนวทางการปฏิรูประบบศาลปกครองของประเทศไทย' (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2563) 153–154, 170–172; นันทวัฒน์ บรมานันท์ และคณะ, 'การติดตามและการประเมินผลการทำงานของศาลปกครอง' (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า 2547) 536-538.

ประเด็นที่สอง นักกฎหมายจำนวนหนึ่งได้วิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับกระบวนการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน ตามมาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายการเมืองเข้ามาแทรกแซงการคัดเลือกตุลาการผู้ที่จะมาพิจารณาพิพากษาคดี และก่อให้เกิดคำถามถึงการกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองหรือไม่[139] ตัวอย่างเช่น ที่ผ่านมาเคยมีกรณีที่วุฒิสภาได้ปฏิเสธไม่เห็นชอบให้นายรัชนันท์ ธนานันท์ อดีตข้าราชการท่านหนึ่งดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ปรากฏความตามมติในการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 15 เมื่อวันที่ 19 มกราคม พ.ศ. 2564[140]

ค. ประเมินประสิทธิภาพของระบบกฎหมายไทยและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าระบบกฎหมายไทยจะพยายามกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองผู้มีหน้าที่ระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนฯ มีคุณสมบัติทั้งในด้านความเชี่ยวชาญ และความเป็นกลางและเป็นอิสระ แต่ในสถานการณ์จริงก็ยังคงมีข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของตุลาการผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทปรากฏอยู่ ได้แก่ ข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับความสามารถของตุลาการศาลปกครองที่ได้รับการคัดเลือกมาจากผู้ทรงคุณวุฒิสาขาอื่นที่ไม่ใช่นิติศาสตร์ ระยะเวลาในการได้มาซึ่งตุลาการ และกระบวนการที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน

ในการนี้ ผู้เขียนขอเสนอให้พัฒนาคุณสมบัติของระบบกฎหมายในส่วนนี้ว่า อาจทำการจัดตั้งแผนกในศาลปกครอง ประกอบด้วยตุลาการผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในทางกฎหมาย การบริหารจัดการสาธารณะ และความเข้าใจในสภาพแวดล้อมเกี่ยวกับธุรกิจและการร่วมลงทุนฯ ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยเฉพาะ ดังเช่นศาล Courts of Appeal for the Federal Circuit ลำดับที่ 13 ของสหรัฐอเมริกา และพึงแก้ไขกระบวนการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองให้ไม่ต้องได้รับการเห็นชอบจากวุฒิสภา ทั้งนี้ เพื่อขจัดข้อกังขาในเรื่องความเป็นกลางและการถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง

บทสรุป

การศึกษาทั้งหมดคงปฏิเสธไม่ได้ว่าภายใต้เวทีการแข่งขันที่ประเทศต่าง ๆ ประสงค์จะดึงบริษัทข้ามชาติที่มีเม็ดเงินและศักยภาพเข้ามาสร้างสาธารณูปโภคในประเทศของตนในปัจจุบันนี้ ระบบ

---

[139] วจนา วรรลยางกูร, ‘มุนินทร์ พงศาปาน: นักกฎหมายต้องลั่นระฆัง เมื่อความยุติธรรมถูกล้ำเส้น’ (the101.world, 31 กรกฎาคม 2563) <https://www.the101.world/munin-pongsapan-interview/> สืบค้นเมื่อ 22 พฤศจิกายน 2565.

[140] ด้วยเหตุที่ว่านายรัชนันท์ ธนานันท์ ได้เคยปฏิสัมพันธ์ใกล้ชิดกับนายทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี มาก่อน ในการนี้ นายรัชนันท์ ธนานันท์ จึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง แต่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565).

กฎหมายไทยจำต้องบูรณะระบบการระงับข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยองค์กรตุลาการขนานใหญ่ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถเป็นสะพานทอดไปสู่ความสำเร็จในการใช้สัญญาร่วมลงทุนฯ เป็นเครื่องมือในการสร้างสาธารณูปโภคในประเทศได้ อย่างน้อยที่สุดใน 5 ประการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งสามารถสรุปได้ต่อไปนี้

(1) ระบบกฎหมายพึงกำหนดอำนาจในการพิจารณาของศาลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจนและเหมาะสม	
หลักการทางกฎหมาย	หลักความยุติธรรม หลักการประกันการคุ้มครองสิทธิในทางศาล หลักนิติธรรม
การมีอยู่ของกฎหมาย	มีการกำหนดอำนาจในการพิจารณาของศาลปกครองเหนือสัญญาร่วมลงทุนฯ ไว้
การบังคับใช้กฎหมาย	เป็นที่แน่นอนว่าสัญญาร่วมลงทุนฯ ถูกพิจารณาเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ปรากฏข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการแทรกแซงอำนาจที่พึงเป็นของศาลปกครองโดยองค์กรอื่น
ประเมินผล	อำนาจในการพิจารณาของศาลปกครองที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทไม่มีปัญหาในขาเข้า แต่มีประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ถึงการแทรกแซงอำนาจในขาออก
ข้อเสนอแนะ	ศาลและองค์กรอื่น ๆ พึงรักษาดุลยภาพในการใช้อำนาจมิให้เกิดการแทรกแซงและก้าวล่วงอำนาจในการพิจารณาของศาลปกครอง
(2) เนื้อหาของกฎหมายมีมุมมองของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายเอกชนอย่างสมดุล	
หลักการทางกฎหมาย	หลักความเป็นธรรมในเชิงกระบวนการ หลักนิติธรรม หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ
การมีอยู่ของกฎหมาย	มีการวางหลักการและวิธีพิจารณาคดีที่มุ่งก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งฝ่ายรัฐและเอกชน
การบังคับใช้กฎหมาย	พบสถานการณ์ที่การระงับข้อพิพาทใช้เวลาดำเนินการค่อนข้างนาน
ประเมินผล	ระบบกฎหมายไทยมีโอกาสสูงที่จะเข้าลักษณะของ “Justice delayed is justice denied” เพราะคู่สัญญาเอกชนต้อง “ติดจั่น” อยู่ในกระบวนการระงับข้อพิพาท ไม่อาจทราบผลลัพธ์อันจะส่งผลต่อความเป็นไปแห่งสิทธิและหน้าที่ของตนเองในเวลาอันสมควร

ข้อเสนอแนะ	พึงสร้างความรวดเร็วให้เกิดขึ้นกับกระบวนวิธีพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองมากขึ้น
(3) การที่คำพิพากษาศาลมีการให้เหตุผลและรูปแบบที่ดีและมีสถานะและสภาพบังคับที่มั่นคงแน่นอน ในระดับหนึ่ง	
หลักการทางกฎหมาย	การประกันว่าคำพิพากษามิได้มาจากการพิจารณาตามอำเภอใจ หลักคำพิพากษาจะต้องเป็นที่สุด
การมีอยู่ของกฎหมาย	มีการวางหลักเกณฑ์บังคับให้คำพิพากษาของศาลปกครองมีความสมเหตุสมผลและเป็นที่สุดการขอพิจารณาใหม่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด
การบังคับใช้กฎหมาย	พบกรณีศึกษาการขอพิจารณาใหม่ที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นไปอย่างไม่เหมาะสม และทำให้ระยะเวลาในการพิจารณามีความยาวนานเกินไป
ประเมินผล	กระบวนการขอพิจารณาใหม่ในบางข้อพิพาททำให้เกิดสภาวะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและประชาชนอาจไม่เชื่อถือในความมั่นคงและศักดิ์สิทธิ์ของสถานะของคำพิพากษาของศาลได้
ข้อเสนอแนะ	ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทต้องใช้ความระมัดระวังในการตีความการขอพิจารณาใหม่ในฐานะข้อยกเว้นเท่านั้น และต้องให้เหตุผลประกอบการอนุญาตให้พิจารณาใหม่อย่างละเอียด
(4) การที่ระบบกฎหมายมีการพิจารณายอมรับและบังคับหรือปฏิเสธผลการระงับข้อพิพาทเหล่านั้นอย่างเหมาะสม	
หลักการทางกฎหมาย	ประโยชน์ของการระงับข้อพิพาททางเลือก หลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา
การมีอยู่ของกฎหมาย	มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การยอมรับและบังคับหรือปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
การบังคับใช้กฎหมาย	ปรากฏกรณีศึกษาจำนวนไม่น้อยที่ศาลปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างไม่เหมาะสม หรือดำเนินกระบวนการล่าช้าจนเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง
ประเมินผล	อาจเป็นการเพิกเฉยต่อผลลัพธ์ในระยะยาวที่ความน่าเชื่อถือของระบบกฎหมายไทยในการรองรับการลงทุนระหว่างประเทศถูกบั่นทอนลง

ข้อเสนอแนะ	พึงมีข้อกำหนดเพื่อเร่งรัดมิให้การพิจารณายอมรับและบังคับหรือปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างล่าช้าเกินสมควร และกรณีที่ปฏิเสธคำชี้ขาดไม่ควรเกิดขึ้นจากความบกพร่องของเจ้าหน้าที่รัฐเอง
(5) การที่องค์กรศาลและตุลาการมีความเชี่ยวชาญในข้อกฎหมายและความเข้าใจในบริบทของข้อพิพาทอย่างดี	
หลักการทางกฎหมาย	หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลักความกลางและเป็นอิสระของศาล หลักนิติธรรม
การมีอยู่ของกฎหมาย	มีการกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองมีความเป็นกลางและเชี่ยวชาญ
การบังคับใช้กฎหมาย	มีกรณีที่วิพากษ์วิจารณ์ถึงความเป็นกลางและความเชี่ยวชาญของตุลาการอยู่บ้าง
ประเมินผล	อาทิ ประเด็นเกี่ยวกับความสามารถของตุลาการศาลปกครองที่ได้รับการคัดเลือกมาจากผู้ทรงคุณวุฒิสาขาอื่นที่ไม่ใช่นิติศาสตร์ ระยะเวลาในการได้มาซึ่งตุลาการ และกระบวนการที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน
ข้อเสนอแนะ	อาจจัดตั้งแผนกในศาลปกครองประกอบด้วยตุลาการผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญและความเข้าใจในสภาพแวดล้อมเกี่ยวกับการร่วมลงทุนฯ ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยเฉพาะ และแก้ไขกระบวนการได้มาซึ่งตุลาการให้ไม่ต้องได้รับการเห็นชอบจากวุฒิสภา