บทที่ 1

สัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในบทนี้เป็นบทที่ต้องการศึกษาเพื่อค้นหาคำตอบว่าสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเป็นเช่นไร โดยจะได้ศึกษาทั้งแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้ รวมทั้งประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อนำคำตอบที่ได้รับไปศึกษาเปรียบเทียบกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศสำหรับการศึกษาในบทที่ 2 แล้วนำไปศึกษาวิเคราะห์ต่อไปว่าจากสถานการณ์ในปัจจุบันของประเทศไทย ซึ่งมีความเป็นไปได้มากขึ้นที่นักลงทุนต่างชาติจะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั้น หากเป็นกรณีของสัญญาสัมปทานแล้ว การที่นักลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย จะทำให้มีประเด็นในเรื่องใดบ้างที่ต้องนำมาพิจารณาอันเป็นการศึกษาในบทที่ 3 จากนั้นจึงนำผลที่ได้รับจากการศึกษาทั้งหมดไปศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไปว่า ถ้าเช่นนั้นแล้วประเทศไทยควรมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานหรือไม่ และจะกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้รองรับในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

ดังนั้น โจทย์วิจัยในบทที่ 1 จึงเป็นปัญหาว่าสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเป็นอย่างไร ประเทศไทยมีแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้อย่างไร ซึ่งการศึกษาในส่วนของแนวความคิดจะเป็นการศึกษาเพื่อค้นหาความหมาย ลักษณะพิเศษ ขอบเขต และเนื้อหาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย รวมทั้งประเภท กฎหมายที่ใช้บังคับ และแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน ส่วนการศึกษาในแนวทางปฏิบัติ จะเป็นการศึกษานับตั้งแต่กระบวนการให้สัมปทาน กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัญญา กระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทาน เงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในปัจจุบัน และประเด็นปัญหาของสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย

จากโจทย์วิจัยดังกล่าว ผู้เขียนจึงแบ่งการศึกษาในบทที่ 1 ออกเป็น 5 ตอนดังนี้

ตอนที่ 1 แนวความคิดในประเทศไทยเรื่องสัญญาสัมปทาน

ตอนที่ 2 ประเภทของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทย

ตอนที่ 3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ตอนที่ 4 แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ตอนที่ 5 แนวทางปฏิบัติในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน

ตอนที่ 1 แนวความคิดในประเทศไทยเรื่องสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานเกิดขึ้นจากการที่รัฐยังไม่มีความพร้อมในการประกอบกิจการบางอย่างด้วยตนเองและต้องการความรู้และเทคโนโลยีใหม่ ๆ จากต่างประเทศเพื่อนำมาพัฒนาประเทศของตนให้เจริญก้าวหน้า รวมทั้งความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ รัฐจึงส่งเสริมให้มีการลงทุนจากต่างประเทศด้วยการให้สัมปทานแก่ผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อให้เข้ามาลงทุนในประเทศ ซึ่งการให้สัมปทานจำต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการควบคุมดูแลการดำเนินการของเอกชนเพื่อรองรับการให้สัมปทานและเพื่อส่งเสริมการลงทุน กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นทั้งการควบคุมการดำเนินการของเอกชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐ การสร้างแรงจูงใจในการลงทุนจากต่างประเทศ และยังเป็นหลักประกันให้แก่เอกชนที่เข้ามาลงทุน ซึ่งการให้สัมปทานกับเอกชนมักกระทำในรูปของสัญญา

แนวความคิดในประเทศไทยเรื่องสัญญาสัมปทานมีสาเหตุมาจากการที่ประเทศไทยต้องการความรู้ความชำนาญพิเศษ การถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ ๆ การจัดหาวัสดุอุปกรณ์จากต่างประเทศ รวมทั้งความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งในการศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิดในประเทศไทยเรื่องสัญญาสัมปทานนั้น จะเป็นการศึกษาเพื่อค้นหาความหมาย ลักษณะพิเศษ สถานะ ขอบเขตและเนื้อหา รวมทั้งความเป็นมาและพัฒนาการของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ดังนั้น ในตอนนี้จึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ส่วน คือ

1. ความหมายของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย
2. ลักษณะพิเศษและสถานะของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย
3. ความเป็นมาและพัฒนาการของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย
4. ขอบเขตและเนื้อหาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

1. ความหมายของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

1.1 ความหมายของ “สัมปทาน”

ก่อนที่จะศึกษาแนวความคิดเรื่องสัญญาสัมปทานในประเทศไทย คงต้องเริ่มต้นจากการศึกษาก่อนว่า “สัมปทาน” คืออะไร โดยการพิจารณาในประเด็นนี้นับเป็นประเด็นที่สำคัญและเป็นปัญหาข้อกฎหมายประการหนึ่ง เพราะหากสามารถวินิจฉัยได้ว่าสัญญาที่มีข้อพิพาทระหว่างกัน

นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานแล้ว จะมีผลทางกฎหมายตามมาคือทำให้ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาดังกล่าวขึ้นสู่ศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

จากการศึกษาพบว่า ไม่ปรากฏคำนิยามของสัมปทานตามกฎหมายไทย คงมีเพียงตามพจนานุกรมและความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยเท่านั้น

"สัมปทาน" เป็นคำนามที่มีรากศัพท์มาจากภาษาบาลี หมายถึง การให้ การมอบให้ ซึ่งตามความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 หมายถึง การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด เช่น สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน[1]

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล ให้ความหมายของสัมปทานไว้ว่า สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น[2]

คณะกรรมการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้ความหมายของสัมปทานว่า สัมปทานได้แก่สิทธิใด ๆ ที่รัฐมอบให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐหรือเข้าทำกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคที่เป็นหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐให้ความคุ้มครองการหาประโยชน์หรือการทำกิจการดังกล่าวให้แก่เอกชนเป็นพิเศษ[3] สัมปทานเป็นสัญญาชนิดหนึ่งแต่เป็นสัญญาที่แตกต่างจากสัญญาปกติธรรมดาทั่ว ๆ ไป คือ มุ่งแต่เฉพาะการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ[4]

อย่างไรก็ดี แม้จะไม่ปรากฏคำนิยามของสัมปทานตามกฎหมายไทย แต่ในการพิจารณาเพื่อกำหนดความหมายของสัมปทาน อาจเริ่มต้นจากการพิจารณาเนื้อหาและลักษณะ

---

[1] ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์, 2546) น.1169.

[2] ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 146.

[3] ความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายที่ 733/2537.

[4] ความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายที่ 329/2545.

สำคัญของสัมปทาน ซึ่งจากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในประเทศไทยแล้ว ทำให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1) เป็นกิจการที่มีกฎหมายให้สิทธิหรืออำนาจรัฐในการอนุญาตหรือยินยอมให้เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ

เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 ที่กำหนดว่าในกรณีที่รัฐประสงค์จะให้สัมปทานในการสร้างทางหรือบำรุงรักษาทางใด ให้อธิบดีออกประกาศเชิญชวนให้ยื่นข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนด หรือประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ที่ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี หรือพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ที่กำหนดว่าปิโตรเลียมเป็นของรัฐ ผู้ใดสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมในที่ใด ไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือบุคคลอื่นต้องได้รับสัมปทาน เป็นต้น

2) เป็นกรณีที่รัฐผู้ให้สัมปทานมีอำนาจพิเศษบางประการเหนือเอกชนในเรื่องต่าง ๆ

2.1) อำนาจในการควบคุมและกำกับการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนอย่างใกล้ชิด

โดยที่สัมปทานบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่รัฐมอบให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ รัฐจึงต้องมีอำนาจควบคุมและกำกับการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว เช่น อำนาจในการเข้าไปในสถานที่ประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคระหว่างเวลาทำการตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 การให้บรรดาทางหลวงที่ผู้รับสัมปทานสร้างและบำรุงรักษาอยู่ในความตรวจตราดูแลของกรมทางหลวงตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 เป็นต้น

2.2) อำนาจในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพื่อประโยชน์สาธารณะ

เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543[5]

---

[5]ผู้รับสัมปทานต้องยินยอมและให้ความสะดวกแก่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) หรือผู้รับสัมปทานรายอื่นสามารถเชื่อมต่อหรือร่วมใช้กิจการรถไฟฟ้าที่ผู้นั้นได้รับสัมปทาน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดเพื่อประโยชน์ในการจัดโครงข่ายการเดินรถไฟฟ้าและอำนวยความสะดวกในการจราจร (มาตรา 48)

ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่จะต้องกระทำการหรือแก้ไขใด ๆ ตามมติคณะรัฐมนตรีในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ (มาตรา 53(1))

ผู้รับสัมปทานต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของคณะกรรมการว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยและรักษาทรัพย์สินของ รฟม. และกฎกระทรวงเกี่ยวกับความปลอดภัยของระบบรถไฟฟ้า คนโดยสาร และบุคคลอื่นที่อยู่ในเขตระบบรถไฟฟ้า (มาตรา 54)

2.3) อำนาจในการยกเลิกเพิกถอนสัมปทานและการโอนเป็นของรัฐ

โดยหลักแล้วรัฐย่อมไม่มีอำนาจเพิกถอนสัมปทานฝ่ายเดียว แต่ในบางกรณีรัฐมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนสัมปทานและการโอนเป็นของรัฐได้ ดังปรากฏตามพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ.2464[6] พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542[7] พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543[8]

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมได้บัญญัติไว้แตกต่างออกไปโดยกำหนดว่า “รัฐจะไม่บังคับโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมของผู้รับ

---

[6]ในกรณีที่รัฐบาลมีความประสงค์จะเข้าครอบครองการเดินรถไฟสายใดก่อนสิ้นกำหนดอนุญาต รัฐบาลมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองรถไฟได้ในเวลาใดเวลาหนึ่งภายหลังแต่วันที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตล่วงแล้ว 20 ปี เว้นแต่หนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตจะกล่าวไว้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 103 และมาตรา 104)

[7]ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานและบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้โดยได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี โดยรัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทาน ในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดเรื่องค่าทดแทนไว้ ให้ใช้ค่าทดแทนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม (มาตรา 22 และมาตรา 23) นอกจากนั้น รัฐยังมีอำนาจเพิกถอนสัมปทานกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามข้อความที่กำหนดในสัมปทานหรือที่จำต้องปฏิบัติเพื่อความปลอดภัยของประชาชนด้วย (มาตรา 8, 9 และ 11)

[8]มาตรา 51 คณะกรรมการการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยอาจพิจารณาให้เพิกถอนสัมปทานได้เมื่อปรากฏว่าผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ได้รับสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าหรือความเสียหายในการให้บริการแก่ประชาชน หรือผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานวิธีการประกอบกิจการรถไฟฟ้าจนเป็นเหตุให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน

มาตรา 53 (2) ในกรณีมีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ คณะรัฐมนตรีอาจมีมติเพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติดังกล่าว การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีอำนาจเข้าครอบครองกิจการที่ให้สัมปทานได้ และจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามความเป็นจริงแต่ไม่เกินจำนวนเงินค่าทดแทนที่กำหนดในสัมปทาน

สัมปทานมาเป็นของรัฐ เว้นแต่เป็นการโอนตามข้อกำหนดในสัมปทาน"[9] อันเป็นข้อกำหนดยกเว้นการใช้เอกสิทธิ์พิเศษในสัญญาสัมปทานของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

2.4) อำนาจในการออกข้อกำหนดและเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ในการให้สัมปทาน

เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484[10]

2.5) อำนาจในการออกข้อกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ

รัฐอาจออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐในการควบคุมและกำกับการให้บริการสาธารณะของผู้รับสัมปทานอันเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐที่อาจมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดของสัมปทานซึ่งมีผลใช้บังคับได้แม้เอกชนจะไม่ยินยอมก็ตาม ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของสัมปทานบริการสาธารณะที่แตกต่างจากหลักกฎหมายของเอกชน เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58[11] พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464[12]

---

[9]มาตรา 64(1) พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514.

[10]พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484

มาตรา 63 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รัฐบาลมีอำนาจให้สัมปทานในการทำไม้ชนิดใดหรือเก็บหาของป่าอย่างใดในป่าใดโดยมีขอบเขตเพียงใด และในสัมปทานนั้นจะให้มีข้อกำหนดและเงื่อนไขอย่างใดก็ได้"

[11]ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 7 กำหนดว่า ในการอนุญาตหรือให้สัมปทาน รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้ และเงื่อนไขที่กำหนดนั้น รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับ เงื่อนไขที่แก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร

นอกจากนั้น ข้อ 17 ยังกำหนดว่า ผู้ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานตามข้อ 4 หรือผู้รับอนุญาตตามข้อ 5 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามข้อ 7 ต้องระวางปรับโทษไม่เกินสองหมื่นบาท และในกรณีที่เป็นความผิดต่อเนื่องกันให้อีกไม่เกินวันละหนึ่งพันบาทตลอดเวลาที่ยังทำการฝ่าฝืนอยู่

ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดให้รัฐเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาดังกล่าวมีความเข้มงวดกว่ากรณีที่มีการกำหนดในสัญญา เพราะตามประกาศคณะปฏิวัตินี้เป็นสิทธิเด็ดขาดของฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเพื่อความจำเป็นและความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ

พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535[13] พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543[14] เป็นต้น

2.6) อำนาจในการสั่งให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติการหรืองดเว้นการปฏิบัติการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น

เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 55(2)

2.7) อำนาจในการควบคุมการกำหนดหรือปรับอัตราค่าบริการ

เช่น อาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 กำหนดให้เก็บค่าน้ำประปาหรือค่าไฟฟ้า หรือค่าบริการท่าเทียบเรือเดินทะเลจากผู้บริการไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ในหนังสือสัมปทาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี[15]

ได้โดยรัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย และหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามก็อาจได้รับโทษปรับและในกรณีมีความผิดต่อเนื่องก็ต้องรับโทษปรับรายวันด้วย

[12]สภาการรมการรถไฟมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินกิจการของผู้รับสัมปทานอย่างกว้างขวางในเรื่องที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชน ตั้งแต่กำกับตรวจตราดูแลการก่อสร้างรถไฟให้เป็นไปตามหนังสืออนุญาต ให้ความเห็นเมื่อการก่อสร้างแล้วเสร็จว่าการที่จะเปิดทางให้รถเดินนั้นจะมีภยันตรายแก่ประชาชนหรือไม่ ตรวจทางแลกำกับตรวจตราการเดินรถได้ทุกเมื่อเพื่อไม่ให้มีเหตุการณ์อันตรายแก่ประชาชน ให้ทำรั้วกั้นตามทางรถไฟเพื่อความปลอดภัยของประชาชน รวมตลอดถึงการออกกฎข้อบังคับที่จำเป็นเพื่อระงับหรือลดอันตรายอันพึงเกิดแก่กิจการรถไฟ (มาตรา 107-109), อ้างในฤทัย หงส์สิริ, “การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย”, <u>วารสารกฎหมายปกครอง</u>, เล่ม 18, ตอน 1, น. 65 (เมษายน 2542).

[13] ในกรณีเพื่อป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน อธิบดีกรมทางหลวงมีอำนาจเข้าครอบครองทางหลวงสัมปทาน และมีสิทธิและอำนาจสั่งการของผู้รับสัมปทานทั้งหมดจนกว่าภัยพิบัติจะหมดไป (มาตรา 31) อ้างในฤทัย หงส์สิริ, *เพิ่งอ้าง*, น. 66.

[14]มาตรา 54 ผู้รับสัมปทานต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของคณะกรรมการว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยในการใช้และรักษาทรัพย์สินของ รฟม. และกฎกระทรวงเกี่ยวกับความปลอดภัยของระบบรถไฟฟ้า คนโดยสาร และบุคคลอื่นที่อยู่ในเขตระบบรถไฟฟ้า และต้องจัดให้มีการประกันภัยสำหรับความเสียหาย

[15] ฤทัย หงส์สิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น. 66.

ดังนั้น ในการพิจารณาความหมายของสัมปทาน จึงอาจพิจารณาจากเนื้อหาหรือลักษณะของสัมปทานดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งเมื่อทราบถึงความหมายของสัมปทานในประเทศไทยแล้ว ประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาต่อไปคือ รูปแบบของสัมปทานในประเทศไทย

1.2 รูปแบบของสัมปทานในประเทศไทย

จากการศึกษาในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า สัมปทานในประเทศไทยมาจากการที่มีกฎหมายให้อำนาจรัฐในการให้สัมปทาน หรือห้ามมิให้เอกชนดำเนินกิจการบางอย่าง เว้นแต่จะได้รับสัมปทานจากรัฐก่อน ดังปรากฏให้เห็นในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พุทธศักราช 2464 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมประทาน พุทธศักราช 2473 พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พุทธศักราช 2482 ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484, พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540 เป็นต้น และหากพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ หรือกำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะ หรือการห้ามมิให้เอกชนจัดทำกิจการบางอย่าง จึงทำให้สัมปทานเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายเช่นว่านี้ ซึ่งแม้ว่าสัมปทานจะปรากฏให้เห็นในรูปของสัญญาหรือใบอนุญาตด้วย แต่มีข้อสังเกตว่าสัญญาหรือใบอนุญาตดังกล่าวจะมีการอ้างอิงถึงกฎหมายที่ให้อำนาจ เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ที่อ้างอิงถึงการอาศัยอำนาจตามความในข้อ 3 (2) และข้อ 11 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 หรือสัญญาสัมปทานทางหลวง (ดอนเมืองโทลล์เวย์) ที่อ้างอิงถึงพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473 เป็นต้น หรือหากไม่ได้มีการอ้างอิงกฎหมาย ก็จะมีการหารือไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดก่อนทำสัญญาว่าหน่วยงานของรัฐนั้นมีอำนาจในการทำสัญญาหรือไม่ หรือใครจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ให้สัมปทาน เช่น กรณีสัญญาโครงการทางด่วนระยะที่ 2 บางโคล่-แจ้งวัฒนะ ตามสำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดที่ สต.58/2531 หรือกรณีสัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ตามสำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดที่ สต.48/2533 เป็นต้น

ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น จะคำนึงถึงการให้สัมปทานโดยมีกฎหมายให้อำนาจเสมอ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า รูปแบบของสัมปทานในประเทศไทยนั้น โดยแท้ที่จริงแล้วเป็นรูปแบบของสัมปทานโดยกฎหมาย เพียงแต่ในการให้สัมปทานของรัฐเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายนี้ รัฐจะนำเอาสัญญาสัมปทานหรือใบอนุญาต มาใช้เป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการให้สัมปทาน

ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานในประเทศไทยจึงเป็นเครื่องมือหรือวิธีการอย่างหนึ่งที่รัฐนำมาใช้ในการให้สัมปทานแก่เอกชน อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่า เหตุใดบางสัญญาจึงใช้ชื่อ "สัญญาสัมปทาน" ในขณะที่บางสัญญาแม้จะไม่ได้ใช้ชื่อว่าสัญญาสัมปทาน แต่เมื่อมีการกล่าวถึงสัญญานั้น ก็มีความเข้าใจว่ามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน ซึ่งกรณีดังกล่าวมีความเข้าใจที่แตกต่างกันในวงการนิติศาสตร์ไทย จึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปว่าสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมีความหมายเช่นไร

1.3 <u>ความหมายของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย</u>

เมื่อพูดถึงสัญญาสัมปทานในประเทศไทย มีข้อที่น่าสังเกตว่าการเรียกชื่อของสัญญาสัมปทานค่อนข้างมีข้อจำกัด โดยสัญญาที่ใช้ชื่อว่า "สัญญาสัมปทาน" จะเป็นสัญญาที่มีกฎหมายให้อำนาจในการให้สัมปทาน[16] หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการให้สัมปทานแล้ว สัญญานั้นจะไม่ได้ใช้ชื่อว่าสัญญาสัมปทาน แต่อาจใช้ชื่อเป็นอย่างอื่น เช่น สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุน เป็นต้น

---

[16]เช่น สัญญาสัมปทานป่าไม้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม เป็นไปตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 สัญญาสัมปทานทางหลวง เป็นไปตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย เป็นไปตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2473 และพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร เป็นไปตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 อันเป็นการให้สัมปทานโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 3 (2) และข้อ 11 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้อนุญาตให้ กทม. โดยผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นผู้มีอำนาจควบคุมดูแลและดำเนินการ เป็นต้น

จากกรณีดังกล่าวจึงทำให้สัญญาที่ใช้ชื่อว่า "สัญญาสัมปทาน" ในประเทศไทย มีเพียงสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัญญาสัมปทานป่าไม้ สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ส่วนสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ใช้ชื่อว่าสัญญาสัมปทานมีเพียง 4 สัญญาเท่านั้น คือ

(1) สัญญาสัมปทานทางหลวง (ทางหลวงยกระดับวิภาวดี-ดอนเมือง) เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด

(2) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 ระหว่างกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย รวมเรียกว่า "คู่สัญญาฝ่ายรัฐ" กับบริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด

(3) สัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2534 ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด และ

(4) สัญญาสัมปทาน เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2535 ระหว่างกรุงเทพมหานครกับบริษัทขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด

ส่วนสัญญาอื่น ๆ ที่มีลักษณะทำนองเดียวกับสัญญาสัมปทาน แต่มิได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานนั้นมีหลายสัญญา เช่น สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง จำนวน 2 ล้านเลขหมาย สัญญาเข้าร่วมการงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล สัญญาโครงการท่อส่งก๊าซไทย-มาเลเซีย เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้การเรียกชื่อของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยอาจมีข้อจำกัดอยู่บ้าง แต่แนวความคิดในประเทศไทยเรื่องสัญญาสัมปทานถูกเข้าใจในความหมายที่กว้างกว่านั้น กล่าวคือ สัญญาสัมปทานไม่ได้มีความหมายจำกัดเฉพาะสัญญาที่เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงสัญญาที่มีลักษณะของสัญญาสัมปทาน แม้จะไม่ได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานด้วย เช่น การพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดที่เห็นว่า สัญญาที่มีหน่วยงานของรัฐมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างและให้บริการ มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะโดยไม่จำต้องใช้ชื่อว่าสัญญาสัมปทาน[17] เป็นต้น นอกจากนั้น การให้สัมปทานก็เป็น

---

[17]สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นในสำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต. 58/2531 ไว้ว่า แม้ว่าสัญญาโครงการทางด่วนระยะที่ 2 บางโคล่-แจ้งวัฒนะ จะมิได้ใช้คำว่าสัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะ แต่เงื่อนไขสัญญาที่การทาง

ส่วนหนึ่งในความหมายของการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ดังปรากฏตามคำนิยามคำว่า "ร่วมงานหรือดำเนินการ" ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ซึ่งการให้สัมปทานในความหมายของการร่วมงานหรือดำเนินการ เป็นกรณีที่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ และต้องมีการนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

จากข้อสังเกตในเรื่องชื่อของสัญญาสัมปทานดังกล่าว จึงเป็นสิ่งหนึ่งที่อาจมีผลต่อการกำหนดความหมายของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาจากชื่อของสัญญาสัมปทานแล้ว สัญญาสัมปทานในประเทศไทยจึงอาจแบ่งออกได้เป็นสัญญาสัมปทานในความหมายอย่างแคบ กับสัญญาสัมปทานในความหมายอย่างกว้าง โดยสัญญาสัมปทานในความหมายอย่างแคบ ได้แก่ สัญญาสัมปทานที่ใช้ชื่อว่าสัญญาสัมปทาน ส่วนสัญญาสัมปทานในความหมายอย่างกว้าง ได้แก่ สัญญาที่มิได้ใช้ชื่อว่าสัญญาสัมปทานแต่มีลักษณะทำนองเดียวกับสัญญาสัมปทาน

สำหรับความหมายของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น พบว่าไม่อาจให้ความหมายได้โดยเฉพาะเจาะจง แต่อาจจำแนกออกได้เป็นความหมายตามกฎหมายไทย กับความหมายตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยและคำพิพากษาของศาลไทย

1) <u>ความหมายตามกฎหมายไทย</u>

จากการศึกษาพบว่าสัญญาสัมปทานไม่ปรากฏความหมายที่ชัดเจนตามกฎหมายไทย ซึ่งแม้ว่าจะมีกฎหมายไทยหลายฉบับที่กล่าวถึงสัญญาสัมปทาน แต่ก็ไม่มีกฎหมายใดที่ให้คำนิยามของสัญญาสัมปทาน[18] คงมีเพียงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่กำหนดให้สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง กรณีดังกล่าวจึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาเมื่อจัดทำสัญญาหรือเกิดข้อพิพาทขึ้นได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาสัมปทานหรือไม่ เพราะหากเป็นสัญญาสัมปทานก็จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจ

พิเศษแห่งประเทศไทยได้มอบหมายให้บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด เป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างและให้บริการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ก็มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะโดยไม่จำต้องใช้ชื่อว่าเป็นสัญญาสัมปทานแต่อย่างใด

[18]สำหรับพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 แม้จะมีการให้คำนิยามของสัมปทานไว้ด้วย โดยมาตรา 4 บัญญัติว่า "สัมปทาน" หมายความว่า สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม แต่คำนิยามดังกล่าวก็น่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมเท่านั้น

ของศาลปกครอง แต่หากมิใช่สัญญาสัมปทานแล้ว ศาลปกครองก็จะไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว รวมทั้งอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย

อย่างไรก็ดี การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง จึงทำให้อาจกำหนดความหมายประการหนึ่งของสัญญาสัมปทานตามกฎหมายไทยได้ว่า สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

2) <u>ความหมายตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยและคำพิพากษาของศาลไทย</u>

แม้ว่าความหมายของสัญญาสัมปทานตามกฎหมายไทยจะขาดความชัดเจนแน่นอน แต่ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยแล้วก็มีความเข้าใจในสัญญาสัมปทานและมีการให้ความหมายของสัญญาสัมปทานไว้ในลักษณะต่าง ๆ เช่น

อาจารย์คัมภีร์ แก้วเจริญ ได้ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานว่า เป็นสัญญาที่ภาครัฐทำความตกลงกับภาคเอกชน โดยอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิที่จะดำเนินการได้แต่เพียงผู้เดียวไม่ว่าจะเป็นเรื่องกิจการทรัพยากรธรรมชาติหรือกิจการบริการสาธารณะ ส่วนฝ่ายเอกชนซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานมีพันธะที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญารวมทั้งในเรื่องค่าธรรมเนียมหรือผลประโยชน์ตอบแทนที่จะต้องชำระให้แก่ภาครัฐ[19]

อาจารย์จุลสิงห์ วสันต์สิงห์ ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานว่า หมายถึง สัญญาที่รัฐทำกับภาคเอกชน โดยรัฐให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่รัฐมีให้กับเอกชนไปทำแล้วเอกชนก็จะได้รับผลตอบแทน ซึ่งการจะใช้คำว่าสัมปทานได้จะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ ถ้าไม่มีกฎหมายไม่เรียกว่าสัมปทาน[20] และให้ความหมายของสัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะไว้ว่า หมายถึง การที่หน่วยงานภาครัฐซึ่งประกอบด้วยส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้การบริการสาธารณะ มอบหมายให้ภาคเอกชนเป็นผู้ลงทุนในโครงการ และเป็นผู้ให้บริการต่อประชาชนในฐานะที่เป็นผู้ได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยภาคเอกชนจะได้รับผลตอบแทนการลงทุนจากรายได้ที่ประชาชนได้ใช้บริการของโครงการ ซึ่งการที่หน่วยงานภาครัฐจะมอบหมายให้ภาคเอกชนดำเนินการให้บริการต่อสาธารณะได้นั้น จะต้องมีบทกฎหมายให้

---

[19]คัมภีร์ แก้วเจริญ, “สัญญาสัมปทาน” <u>วารสารอัยการ</u>, ฉบับที่ 150, ปีที่ 13, น.201 (สิงหาคม 2533).

[20]สัมภาษณ์ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, รองอัยการสูงสุด, สัมภาษณ์, สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด (อาคารกรุงเทพใต้),1 กันยายน 2547.

อำนาจไว้ มิใช่ว่าหน่วยงานของรัฐจะมอบหมายภารกิจการบริการสาธารณะให้แก่เอกชนได้ตามอำเภอใจ[21]

อาจารย์ไชยวัฒน์ บุนนาค ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานว่า หมายถึง สัญญาที่ให้บริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐเป็นเจ้าของ อาจจะมีลักษณะผูกขาด[22]

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานว่า หมายถึง สัญญาที่รัฐตกลงกับเอกชนให้เอกชนกระทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นการผูกขาดห้ามมิให้เอกชนรายอื่นมาแข่งขันหรือมาทำ เป็นสิทธิหวงกันคนอื่นไม่ให้มาแสวงประโยชน์ที่ตัวเองได้[23]

ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานว่า หมายถึง สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ อีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน และเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ สาธารณูปโภค[24]

อาจารย์ชวลิต อัตถศาสตร์ ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานว่า หมายถึง สิทธิพิเศษอะไรบางอย่างที่รัฐอนุญาตให้เอกชนรายนั้น ๆ เข้ามาทำประโยชน์และเอกชนได้สิทธิพิเศษนั้นจากรัฐ[25]

อาจารย์ชัยเกษม นิติสิริ ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานว่า หมายถึง สัญญาที่รัฐมีสิทธิอะไรบางอย่างที่ต้องทำเองแล้วไม่ทำเอง ไปให้คนอื่นดำเนินการแทนหรือร่วมกับรัฐในการทำ

---

[21]จุลสิงห์ วสันตสิงห์, "สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ (ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ," เอกสารวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2539, น.8-9.

[22]สัมภาษณ์ ไชยวัฒน์ บุนนาค, ทนายความ, สัมภาษณ์, บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล, 4 พฤศจิกายน 2547.

[23]สัมภาษณ์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, สัมภษณ์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 3 กันยายน 2547.

[24]สัมภาษณ์ จุมพต สายสุนทร, ศาสตราจารย์, สัมภาษณ์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 30 สิงหาคม 2547.

[25]สัมภาษณ์ ชวลิต อรรถศาสตร์, ทนายความ, สัมภาษณ์, บริษัทที่ปรึกษากฎหมายสากล, 3 กันยายน 2547.

โดยรัฐได้รับผลประโยชน์จากการนั้น ซึ่งการจะใช้คำว่าสัมปทานได้จะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ ถ้าไม่มีกฎหมายไม่เรียกว่าสัมปทาน[26]

ศาสตราจารย์เข็มชัย ชุติวงศ์ ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานว่า สัญญาสัมปทานมี 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาซึ่งภาครัฐให้เอกชนมีสิทธิเข้ามาทำบริการสาธารณะซึ่งอาจจะเข้ามาทำเองทั้งหมด หรือเข้ามาในลักษณะร่วมงานกับภาครัฐ กับสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามามีสิทธิสำรวจแสวงหาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งสัญญาสัมปทานทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกัน[27]

ส่วนคำพิพากษาของศาลไทยนั้น จากการศึกษาพบว่าศาลไทยไม่เคยให้คำนิยามของคำว่าสัญญาสัมปทาน แม้จะมีหลายคดีที่โจทก์หรือจำเลยเรียกชื่อสัญญานั้นว่าสัญญาสัมปทาน แต่โดยที่ไม่มีประเด็นโต้แย้งว่าเป็นสัญญาสัมปทานหรือไม่ ศาลจึงไม่ได้พิจารณาในประเด็นนี้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4364/2540 อย่างไรก็ดี ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2384/2536 ศาลเคยพิเคราะห์สัมปทานปิโตรเลียมว่า เป็นลักษณะของการอนุญาตให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการสำรวจการปิโตรเลียมภายในขอบเขตที่กำหนดโดยผู้รับสัมปทานจะต้องจ่ายเงินค่าตอบแทนจำนวนหนึ่งให้แก่ผู้ให้สัมปทาน นอกจากนั้น ในปัจจุบันดูเหมือนว่าศาลไทยเริ่มยอมรับสัญญาสัมปทานในความหมายที่กว้างมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2549 ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในสัญญาเข้าร่วมและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ หรือที่รู้จักกันในคดีไอทีวี ที่ศาลเห็นว่า “สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2538 เป็นสัญญาที่รัฐให้สัมปทานแก่บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ในการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์และดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ โดยไอทีวีได้รับมอบหมายและได้รับอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ในการส่งวิทยุโทรทัศน์ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารตามระบบประชาธิปไตย โดยไอทีวีจะต้องให้ผลประโยชน์ตอบแทนรัฐจากการได้รับอนุญาตดังกล่าว ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 40 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็น

---

[26]สัมภาษณ์ ชัยเกษม นิติสิริ, รองอัยการสูงสุด, สัมภาษณ์, สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด (อาคารกรุงเทพใต้),1 กันยายน 2547.

[27]สัมภาษณ์ เข็มชัย ชุติวงศ์, สัมภาษณ์, สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด (อาคารกรุงเทพใต้), 25 กันยายน 2547.

ทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุโทรทัศน์นั้น เป็นทรัพยากรสื่อสารของรัฐที่รัฐจะต้องนำมาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน การจัดให้มีสถานีวิทยุโทรทัศน์และดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน์จึงเป็นบริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรัฐอาจเป็นผู้จัดทำเองหรือรัฐอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทน หรือให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะโดยวิธีการให้สัมปทานแก่เอกชน ซึ่งก็คือการอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวและได้รับอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุโทรทัศน์ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยที่เอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเอง โดยเอกชนผู้รับสัมปทานได้รับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการได้รับสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้น ”

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าศาลไทยยอมรับในความหมายของสัญญาสัมปทานในลักษณะที่กว้างขึ้น โดยการพิจารณาจากสภาพหรือลักษณะของสัญญานั้นว่ามีลักษณะเป็นสัมปทานหรือไม่ ซึ่งทำให้ความหมายของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยหมายรวมทั้งสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐด้วย

จากการศึกษาข้างต้น ผู้เขียนจึงขอให้ความหมายของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อประโยชน์ในการศึกษาภายใต้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ดังนี้

“สัญญาสัมปทาน เป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่า “สัญญาสัมปทาน” หรือไม่ก็ตาม โดยเป็นความตกลงระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในลักษณะของการอนุญาตคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐเท่านั้นมีสิทธิกระทำได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจเป็นผู้จัดทำแทนรัฐทั้งหมด หรือเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเอง และคู่สัญญาฝ่ายรัฐยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการให้มีสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นได้ หรือเป็นความตกลงในลักษณะของการอนุญาตคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการสำรวจ แสวงหา และจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพยากรของรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงจะจ่ายเงินค่าตอบแทนหรือให้ผลประโยชน์แก่

คู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อเป็นการตอบแทนที่ได้รับสิทธินั้น ทั้งนี้ ความตกลงดังกล่าวจะมีอยู่ภายในระยะเวลาหนึ่ง และภายใต้ขอบเขต, พื้นที่, เงื่อนไขที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้กำหนด”

2. ลักษณะพิเศษและสถานะของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ก่อนที่จะศึกษาลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทานควรที่จะทราบถึงลักษณะทั่วไปของสัญญาสัมปทานก่อน โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน สัญญาสัมปทานจึงมีความสัมพันธ์กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่เป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ที่มีลักษณะเป็นการให้อนุญาตจากรัฐหรือเป็นการที่รัฐมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยทำในรูปของสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน ซึ่งมีสาระสำคัญของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนร่วมกัน[28]

ลักษณะของกฎหมายเอกชน คือ มีลักษณะเป็นสัญญาและลักษณะทางพาณิชย์รวมอยู่ด้วย[29] โดยเป็นสัญญาระหว่างรัฐและผู้รับสัมปทานซึ่งได้รับสิทธิพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วผู้รับสัมปทานจะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของทรัพยากรธรรมชาติ เช่น

---

[28]Kaeckenbeek, “The Protection of Vested Rights in International Law”, British Yearbook of International Law 17 (1936) : 11.

[29]สำนักงานอัยการสูงสุดเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานว่าเป็นลักษณะสัญญาที่ไม่เข้าแบบลักษณะที่มีชื่อในเอกเทศสัญญาบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถ้าข้อตกลงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่กฎหมายยอมบังคับให้หากผู้รับสัมปทานผิดสัญญา ผู้ให้สัมปทานย่อมมีสิทธิฟ้องร้อง และกรณีนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความฟ้องร้องไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะ จึงมีอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 โดยเริ่มนับตั้งแต่วันถัดจากวันสิ้นสุดของระยะเวลาที่ป่าไม้เขตกำหนดให้ผู้รับสัมปทานทำการปลูกป่าและบำรุงรักษาป่าอันเป็นระยะเวลาที่อาจบังคับสิทธิเรียกร้องกันได้, คำวินิจฉัยที่ ห.72/2538 อ้างใน สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ.2537-2539, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2536) น.220-231.

สิทธิในการสำรวจ การหา การผลิต การเป็นเจ้าของ การจำหน่าย และการส่งออกในทรัพยากรดังกล่าว หรือสิทธิในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนแล้วแบ่งผลประโยชน์ให้แก่รัฐ

ส่วนลักษณะของกฎหมายมหาชน คือ ในฐานะที่รัฐเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและทรัพยากรธรรมชาติ รัฐจึงเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ แต่ผู้รับสัมปทานย่อมได้กรรมสิทธิ์เมื่อเข้าถือเอาซึ่งทรัพยากรธรรมชาตินั้นตามสัญญา หรือในฐานะที่รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ แต่รัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ[30] ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจบางประการในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบ เงื่อนไข และข้อกำหนดต่าง ๆ รวมทั้งการได้รับสัมปทานจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีก่อน เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้รับสัมปทานยังได้รับอำนาจหรือสิทธิพิเศษจากรัฐ เช่น อำนาจในการใช้ที่ดิน การได้รับประโยชน์จากการเวนคืนที่ดิน การได้รับความสะดวกต่าง ๆ ที่รัฐจะดำเนินการให้เพื่อช่วยเหลือ ในการประกอบกิจการ หรือการได้รับยกเว้นจากการเรียกเก็บภาษีอากรต่าง ๆ

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสัญญาสัมปทานจะเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน แต่สัญญาสัมปทานก็มีลักษณะพิเศษบางประการ กล่าวคือ

2.1 <u>ลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทาน</u>

2.1.1 <u>ลักษณะพิเศษในเรื่องคู่สัญญา</u>

1) เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น

ในสัญญาประเภทอื่น ๆ อาจมีได้ทั้งสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน และสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่กรณีของสัญญาสัมปทาน จะเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น สัญญาสัมปทานจึงเป็นสัญญาที่ทำให้มองเห็นภาพของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนชัดเจนมากที่สุด

นอกจากนั้น หากพิจารณาในส่วนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว ยังมีข้อสังเกตที่น่าสนใจสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยด้วยว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ทำสัญญาสัมปทานกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ส่วนใหญ่จะเป็นเอกชนไทย เนื่องจากในรายละเอียดและเงื่อนไขการเสนอโครงการของรัฐที่ปรากฏในเอกสารประกวดราคา (Tender

---

[30]สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่รัฐบาลอนุญาตให้ทำได้ โดยมอบให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ทำสัญญา การที่หน่วยงานของรัฐได้ทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนก็เป็นไปตามคำสั่งของรัฐบาลที่ให้อำนาจทำได้ หากรัฐบาลไม่ได้สั่งหรือไม่ได้มอบอำนาจให้ทำ หน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ก็ไม่สามารถเข้าทำสัญญากับเอกชนได้, อ้างในคัมภีร์ แก้วเจริญ. “รัฐบาลสั่งเลิกสัมปทานป่าไม้ได้.” <u>วารสารอัยการ</u>,ฉบับที่ 131, ปีที่ 11, น.8 (มีนาคม 2532).

Documents) หรือขอบเขตรายละเอียดของงาน (Terms of Reference) มักมีข้อกำหนดว่า หากเอกชนที่สนใจยื่นข้อเสนอได้รับการคัดเลือก เอกชนนั้นจะต้องไปดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทตามกฎหมายไทยเพื่อรับสัมปทานและทำสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ[31] กรณีดังกล่าวจึงทำให้สัญญาสัมปทานมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไป โดยในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไป เมื่อหน่วยงานของรัฐเลือกเอกชนต่างชาติรายใดเป็นคู่สัญญา เอกชนต่างชาตินั้นจะต้องเป็นผู้ลงนามผูกพันเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ แต่กรณีของสัญญาสัมปทาน เอกชนต่างชาติที่ยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยเพื่อเข้ารับสัมปทาน เมื่อเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐจะต้องไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทไทยเพื่อมาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ เอกชนต่างชาติที่ยื่นข้อเสนอก็ยังคงต้องรับผิดชอบตามสัญญา โดยอาจเป็นลักษณะของการจัดให้มีหนังสือค้ำประกันที่เรียกว่า Parent Company Undertaking หรือให้เอกชนต่างชาตินั้นถือหุ้นอยู่ในบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและรับรองว่าจะคงไว้ซึ่งการถือหุ้นในบริษัทตลอดอายุสัญญา อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทไทยนี้ต้องกำหนดให้ชัดเจนตั้งแต่ต้นในเอกสารรายละเอียดและเงื่อนไขการเสนอโครงการของรัฐ[32] โดยในบางสัญญาผู้เสนอโครงการอาจเป็นคู่สัญญาไป

---

[31]เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2535 ระหว่างกรุงเทพมหานคร กับ บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด โดยในตอนแรกกลุ่ม ธนายง ประกอบด้วยบริษัทธนายง จำกัด และกลุ่มบริษัท Bangkok Transit System Consortium (BTSC) ซึ่งนำโดยบริษัท ธนายง จำกัด ได้ยื่นข้อเสนอการลงทุนก่อสร้างระบบขนส่งมวลชนของกรุงเทพมหานครต่อกรุงเทพมหานคร และเมื่อกลุ่มบริษัท ธนายง ได้รับการคัดเลือกก็ได้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด ขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเป็นคู่สัญญาดำเนินการตามโครงการ โดยในสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับรองว่าจะให้บริษัท ธนายง จำกัด ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดของหุ้นทั้งหมดของบริษัทตั้งแต่วันทำสัญญาจนถึงวันแรกที่ระบบขนส่งมวลชน กทม. เริ่มประกอบธุรกิจ และภายหลังจากวันแรกที่ระบบขนส่งมวลชน กทม. เริ่มประกอบธุรกิจ บริษัทจะดำเนินการให้หุ้นของบริษัทไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดถือโดยประชาชนและบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสัญญานี้ต้องการรักษาสัดส่วนของนิติบุคคลไทยเอาไว้เพื่อมิให้บริษัทกลายเป็นนิติบุคคลต่างชาตินั่นเอง

[32]ตัวอย่างสัญญาที่เอกชนผู้เสนอโครงการไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทใหม่ตามกฎหมายไทยเพื่อเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานและทำสัญญากับคู่สัญญา เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. โดยกลุ่มบริษัทธนายง จำกัด ผู้เสนอโครงการได้จัดตั้งบริษัทระบบขนส่ง

ก่อน โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เสนอโครงการจะตั้งบริษัทขึ้นมาใหม่เป็นผู้รับสัมปทานแทน[33] ซึ่งกรณีดังกล่าว อาจมีสาเหตุมาจากสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่ใช้เงินลงทุนสูงและผู้เสนอโครงการอาจมีอยู่หลายบริษัท การที่จะให้ผู้เสนอโครงการรับผิดชอบตามสัญญาเป็นอันหนึ่งอันเดียวเป็นระยะเวลานานถึง 20-30 ปีนั้น การจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่จะเหมาะสมกว่า อีกทั้งการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่จะสามารถแสดงบัญชีกำไรขาดทุนและงบการเงินเฉพาะโครงการที่ได้รับสัมปทานให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบได้ชัดเจนกว่า[34] และในการที่หน่วยงานของรัฐให้ผู้เสนอโครงการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่มาเป็นคู่สัญญานั้น หน่วยงานของรัฐก็ได้วางมาตรการไว้ด้วยว่า กลุ่มผู้เสนอโครงการจะต้องถือหุ้นส่วนใหญ่ในบริษัทที่ตั้งขึ้นเพื่อรับสัมปทานไประยะหนึ่ง ซึ่งปกติจะไม่สั้นไปกว่าระยะเวลาก่อสร้างและเปิดให้บริการ และอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ด้วยว่าผู้เสนอโครงการจะต้องให้ความช่วยเหลือทั้งด้านเทคนิคและการเงินแก่ผู้รับสัมปทานด้วย กรณีดังกล่าวอาจเป็นผลมาจากกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ที่กำหนดว่า ประกาศเชิญชวนให้เอกชนเข้าร่วมงานจะต้อง

มวลชนกรุงเทพ จำกัด เป็นคู่สัญญา สัญญาสัมปทานระบบขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย โดยกลุ่มบริษัทโฮปเวลล์ฮ่องกง ผู้เสนอโครงการ ได้จัดตั้งบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) เป็นคู่สัญญา สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 โดยกลุ่มบริษัทกูมาไกกูมิ แห่งประเทศญี่ปุ่น ผู้เสนอโครงการ ได้จัดตั้งบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด เป็นคู่สัญญา สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง โดยกลุ่มบริษัทเครือเจริญโภคภัณฑ์ ผู้เสนอโครงการ ได้จัดตั้งบริษัทเอเชียเทเลคอม จำกัด เป็นคู่สัญญา.

[33]ตัวอย่างสัญญาที่เอกชนผู้เสนอโครงการอาจเป็นคู่สัญญาไปก่อน โดยมีเงื่อนไขสัญญาว่าจะตั้งบริษัทขึ้นมาใหม่เพื่อดำเนินงานตามสัญญานี้ เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2534 ระหว่างกระทรวงคมนาคม กับบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด ซึ่งตามเงื่อนไขสัญญา ข้อ 4 ที่กำหนดว่า “บริษัทจะต้องตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินงานตามสัญญานี้ โดยบริษัทจะต้องดำเนินการจัดตั้งบริษัทใหม่ให้แล้วเสร็จภายใน 12 เดือน นับจากวันเริ่มให้บริการวงจรดาวเทียมตามสัญญานี้” ซึ่งทำให้ต่อมาบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด จึงได้จัดตั้งบริษัท ชินวัตร แซทเทลไลท์ จำกัด ขึ้นตามสัญญา และได้ทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 กับกระทรวงคมนาคมเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2535.

[34]จุลสิงห์ วสันตสิงห์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.44.

มีรายละเอียดตามที่ระบุในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 15 ดังกล่าว ได้แสดงถึงการยอมรับว่าอาจมีการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินงานโครงการตามสัญญาได้ แต่ผู้ยื่นข้อเสนอต้องให้คำรับรองว่าจะประกันการปฏิบัติงานของบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่ด้วย โดยกฎกระทรวง ข้อ 3 ได้กำหนดให้เอกสารประกอบการจัดทำข้อเสนอ อย่างน้อยต้องประกอบด้วย "(4) ในกรณีที่โครงการใดมีการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินงานหลังจากที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้เข้าร่วมงานหรือดำเนินการแล้ว ให้ระบุให้ชัดเจนว่าผู้ยื่นข้อเสนอต้องให้คำรับรองว่าจะค้ำประกันหรือประกันการดำเนินงานของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ด้วย"

นอกจากนั้น การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนว่าต้องเป็นนิติบุคคลไทยในปัจจุบันยิ่งมีความชัดเจนมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2453 มาตรา 44 (1) ที่บัญญัติว่า "ผู้รับสัมปทานต้องเป็นนิติบุคคลไทย" เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่แนวทางปฏิบัติส่วนใหญ่ของหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย มักมีข้อกำหนดในเรื่องของการจัดตั้งเป็นบริษัทไทยขึ้นใหม่เพื่อดำเนินโครงการตามสัญญาสัมปทานนั้น อาจเป็นไปเพื่อให้เกิดความชัดเจนเวลาที่รัฐจะใช้อำนาจของรัฐตามกฎหมายที่มีอยู่เหนือเอกชนคู่สัญญา อีกทั้งหากพิจารณาในแง่กฎหมายระหว่างประเทศแล้ว การดำเนินการดังกล่าวน่าจะเป็นผลดีกับหน่วยงานของรัฐเอง เพราะหากให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นคู่สัญญาโดยตรงเพื่อดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทานในประเทศไทย โดยไม่ได้มีเงื่อนไขให้ไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทไทยแล้ว ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ก็อาจเป็นเรื่องยุ่งยากในการฟ้องร้องดำเนินคดี หรือการใช้อำนาจบังคับตามกฎหมายกับผู้ลงทุนต่างชาตินั้น เนื่องจากหน่วยงานของรัฐอาจต้องนำประเด็นในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณาด้วยว่าจะมีผลเป็นประการอื่นใดหรือไม่ ซึ่งหากมิได้กระทำด้วยความรอบคอบแล้ว ก็อาจมีประเด็นปัญหากฎหมายระหว่างประเทศในอนาคตได้

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ทำสัญญาสัมปทานกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐมักเป็นนิติบุคคลไทย แต่หากพิจารณาจากสภาพที่แท้จริงของเอกชนดังกล่าวแล้วก็ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าเป็นนิติบุคคลไทยจริงหรือไม่ เช่น ในบางสัญญามีข้อน่าสังเกตว่าแม้เอกชนคู่สัญญาจะจดทะเบียนเป็นบริษัทตามกฎหมายไทย แต่กรรมการผู้มีอำนาจกระทำการในนามของบริษัทก็ยังคงเป็นเอกชนต่างชาติอยู่นั่นเอง[35] เป็นต้น

---

[35]เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533

การที่กรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัทหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทเป็นชาวต่างชาติ จึงเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าแม้บริษัทนั้นจะเป็นจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยแต่อำนาจในการกำกับดูแลคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นยังอยู่ภายใต้การครอบงำของเอกชนต่างชาติ

สำหรับสัญญาที่มิได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานก็มีลักษณะทำนองนี้เช่นกันคือ เอกชนที่ยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐเมื่อได้รับการพิจารณาคัดเลือกก็จะต้องไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลใหม่ตามกฎหมายไทย[36]

ระหว่างกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ในนามของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ กับบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด โดยในตอนแรกบริษัทโฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด (ฮ่องกง) ซึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้ยื่นข้อเสนอเข้ารับสัมปทาน และเมื่อบริษัท โฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด (ฮ่องกง) ได้รับการคัดเลือก จึงได้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อเป็นคู่สัญญาในการดำเนินการตามโครงการดังกล่าว จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นบริษัทไทยคือบริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด แต่กรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัทยังคงเป็นชาวต่างประเทศ

หรือกรณีของสัญญาสัมปทานทางหลวง เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ระหว่างกรมทางหลวงกับ บริษัท ดอนเมืองโทล์ลเวย์ จำกัด ก็มีลักษณะทำนองเดียวกัน โดยในตอนแรกกลุ่มบริษัทดิวิดักประกอบด้วย บริษัท ดิคเกอร์ฮอฟฟ แอนด์ วิคมานน์ จำกัด และบริษัท ศรีนครการโยธา จำกัด ซึ่งนำโดยบริษัท ดิคเกอร์ฮอฟฟ แอนด์ วิคมาน์ จำกัด ที่เป็นบริษัทเยอรมัน ได้ยื่นข้อเสนอเป็นผู้ลงทุนออกแบบ ก่อสร้าง ประกอบการและบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานกับกรมทางหลวง โดยข้อเสนอดังกล่าวระบุว่า หากกลุ่มบริษัทดิวิดักได้รับการคัดเลือก กลุ่มบริษัทดิวิดักจะจัดตั้งบริษัทขึ้นเป็นคู่สัญญาเพื่อดำเนินการตามโครงการ ซึ่งเมื่อข้อเสนอของกลุ่มดิวิดักได้รับการคัดเลือก บริษัท ดิคเกอร์ฮอฟฟ แอนด์ วิคมานน์ จำกัด และบริษัท ศรีนครการโยธา จำกัด จึงได้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ดอนเมืองโทล์ลเวย์ จำกัด ขึ้นตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อถือและประกอบการตามสัมปทานทางหลวง จึงทำให้คู่สัญญาสัมปทานฝ่ายเอกชนเป็นบริษัทไทย คือ บริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด เข้าทำสัญญากับกรมทางหลวง อย่างไรก็ดี มีข้อที่น่าสังเกตว่า แม้บริษัท ดอนเมืองโทล์ลเวย์ จำกัด จะเป็นนิติบุคคลไทย แต่กรรมการคนหนึ่งที่มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทก็ยังเป็นชาวต่างประเทศ คือ นายปีเตอร์ มาร์ติน แครมเมอร์ เป็นต้น

[36]เช่น สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2531 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด โดยในตอนแรกกลุ่มบริษัท กูมาไกกูมิแห่งประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้ยื่นข้อเสนอเข้ารับสัมปทาน และเมื่อกลุ่มบริษัท

อย่างไรก็ดี มีข้อที่น่าสังเกตในสัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ที่ทำขึ้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2534 ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด ที่แม้เงื่อนไขสัญญาข้อ 4 จะมีข้อกำหนดว่าบริษัทจะต้องตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินงานตามสัญญานี้ โดยบริษัทจะต้องดำเนินการจัดตั้งบริษัทใหม่ให้เสร็จสิ้นภายในสิบสองเดือนนับจากวันเริ่มให้บริการวงจรดาวเทียมตามสัญญานี้ และให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขสัญญาที่ว่าบริษัทที่จัดตั้งใหม่ต้องมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าหนึ่งพันล้านบาท บริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดของจำนวนหุ้นทั้งหมด และบริษัทต้องดำเนินการให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่รับผิดตามสัญญาฉบับนี้ต่อกระทรวงร่วมกันและแทนกันกับบริษัท ซึ่งทำให้ต่อมาได้มีการจัดตั้งบริษัท ชินวัตรแซทเทลไลท์ จำกัด ขึ้นมาตามสัญญา และได้มีการจัดทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2535 โดยมีบริษัท ชินวัตรแซทเทลไลท์ จำกัด ร่วมลงนามด้วย แต่สัญญาดังกล่าวก็มิได้มีการกำหนดให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้ต้องเป็นนิติบุคคลไทยแต่อย่างใด และแม้ต่อมาบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด และบริษัท ชินวัตรแซทเทลไลท์ จำกัด จะได้จดทะเบียนแปรสภาพจากบริษัทจำกัด เป็นบริษัทมหาชนจำกัด โดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงชื่อเป็นบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท ชินวัตรแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) และได้มีการทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 เมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2536 และสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2543 ก็ตาม แต่ก็มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขสัญญาในเรื่องของความเป็นนิติบุคคลไทย นอกจากนั้น ยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาฉบับที่ 5 เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2547 ให้บริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด (มหาชน) ลดสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัท ชินวัตร

กูมาไกกูมิ ได้รับการคัดเลือก จึงได้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด ขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อเป็นคู่สัญญาในการดำเนินการตามโครงการดังกล่าว จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นบริษัทไทยคือ บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด

หรือสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2534 ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) กับบริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด โดยในตอนแรกกลุ่มบริษัทเครือเจริญโภคภัณฑ์เป็นผู้ยื่นข้อเสนอโครงการต่อ ทศท. แต่เมื่อกลุ่มบริษัทเครือเจริญโภคภัณฑ์ได้รับการพิจารณาคัดเลือกก็ได้ไปจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลใหม่คือบริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด โดยมีบริษัทเครือเจริญโภคภัณฑ์เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่เพื่อเข้าร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ตามโครงการขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวงสองล้านเลขหมาย เป็นต้น

แซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) ให้เหลือไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของจำนวนหุ้นทั้งหมดอีกด้วย สัญญาสัมปทานนี้จึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐควรใช้ระมัดระวังในการจัดทำสัญญา โดยควรกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้ชัดเจนในเรื่องนี้

2) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องมีอำนาจในการทำสัญญาได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจในการให้สัมปทานหรือให้อนุญาตได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจในการทำสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วก็อาจทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพัน ซึ่งกรณีดังกล่าวมีผลกระทบต่อบริการสาธารณะที่จัดทำไปแล้วและสร้างความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือประชาชน

ความจริงแล้วลักษณะดังกล่าวเป็นลักษณะทั่วไปของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน เพียงแต่หากเป็นสัญญาสัมปทานแล้ว ประเด็นนี้นับเป็นประเด็นที่ค่อนข้างสำคัญเพราะจะมีผลต่ออำนาจในการให้สัมปทานด้วย โดยเฉพาะกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ต้องมีทั้งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในกิจการที่ให้สัมปทาน และมีทั้งสิทธิที่จะให้สัมปทานกับเอกชนได้ตามกฎหมาย จึงจะสามารถให้สัมปทานหรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการได้ เนื่องจากหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ทำสัญญาสัมปทานไม่มีอำนาจหน้าที่ในกิจการที่ให้สัมปทาน และไม่มีสิทธิที่จะให้สัมปทานกับเอกชนแล้ว ก็ย่อมทำให้สัญญาสัมปทานนั้นไม่มีผลตามกฎหมาย หรือหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเพียงอำนาจหน้าที่ในการทำกิจการนั้น แต่ไม่มีสิทธิในการให้สัมปทานกับเอกชนแล้ว ก็ไม่อาจให้สัมปทานหรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนได้ ซึ่งกรณีของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็เช่นกัน โดยหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถูกจำกัดอำนาจในการได้รับสัมปทานแล้ว ก็ย่อมมีผลต่อสัญญาสัมปทานเช่นกัน

2.1.2 <u>ลักษณะพิเศษในเรื่ององค์ประกอบของสัญญา</u>

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบในทางมหาชนที่เกิดขึ้นจากการให้สิทธิหรือการให้อนุญาตของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเท่านั้น โดยเอกชนที่จะเข้าดำเนินกิจการต้องได้รับสัมปทานหรือได้รับอนุญาตจากรัฐก่อน ลักษณะสำคัญของสัญญาสัมปทานอยู่ที่การได้รับมอบอำนาจหรือได้รับสิทธิในการประกอบกิจการบางอย่างแทนรัฐ ทำให้เอกชนนั้นมีอำนาจหรือมีสิทธิเหนือบุคคลภายนอกในเรื่องที่ได้รับมอบหมาย และสิทธิที่ได้รับมานั้นเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ในการทำกิจการเช่นว่านั้นแทนรัฐ เพราะกิจการดังกล่าวนั้นความจริงแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ และเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐเท่านั้นเป็นผู้กระทำได้ แต่รัฐไม่ได้ดำเนินการเองโดยมอบอำนาจหรือมอบสิทธินั้นให้เอกชนกระทำการแทน ซึ่งการมอบอำนาจหรือมอบสิทธิดังกล่าวจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ กรณีดังกล่าวจึงทำให้สัญญาสัมปทานมักเป็น

สัญญาที่มีลักษณะผูกขาด โดยรัฐเป็นผู้ให้สัมปทานแก่เอกชน ส่วนเอกชนผู้ได้รับสัมปทานก็เป็นผู้มีสิทธิผูกขาดแต่ผู้เดียว[37] ที่เห็นได้ชัดเจนคือสัญญาสัมปทานการทำเหมืองแร่ ที่เอกชนผู้ได้รับสัมปทานจะได้รับการสนับสนุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) และได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งสิทธิผูกขาดเพียงผู้เดียวในการสำรวจและผลิตแร่ ซึ่งสิทธิผูกขาดที่เอกชนได้รับ ได้แก่ การที่รัฐบาลต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดที่จะมิให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนโดยรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ รัฐบาลจะให้ความช่วยเหลืออย่างที่สุดเพื่ออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของเอกชนผู้ได้รับสัมปทาน และรัฐบาลจะต้องให้ความช่วยเหลือตามสมควร เพื่อให้มีการตกลงกับบุคคลเจ้าของที่ดิน ที่จะขออนุญาตเช่า หรือซื้อที่ดิน หากเอกชนผู้รับสัมปทานไม่สามารถทำได้

2.1.3 <u>ลักษณะพิเศษในเรื่องระยะเวลาของสัญญา</u>

สัญญาสัมปทานมักเป็นสัญญาที่มีระยะเวลาผูกพันยาวนานเพียงพอที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถคืนทุนจากการลงทุนได้

2.1.4 <u>ลักษณะพิเศษในเรื่องเงินลงทุนและการจ่ายค่าตอบแทน</u>

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนประเภทอื่น ๆ ในเรื่องของเงินลงทุน โดยไม่จำต้องใช้เงินงบประมาณหรือเงินลงทุนของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่เป็นการใช้เงินลงทุนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อย่างเช่นกรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เอกชนก็เป็นผู้ลงทุนและเสี่ยงภัยเอง โดยเอกชนได้รับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการได้รับสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้น จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งเรื่องนี้ได้รับการยืนยันตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2549 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า “โดยที่เอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเองโดยเอกชนผู้รับสัมปทานได้รับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการได้รับสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้น” ซึ่งจาก

---

[37] ในการให้สัมปทานของรัฐนั้น ศาสตราจารย์เข็มชัย ชุติวงศ์ เห็นว่า รัฐจะต้องพยายามที่จะไม่ให้สิทธิผูกขาดแก่เอกชนที่เข้ามารับสัมปทาน โดยรัฐจะต้องสงวนสิทธิให้รายอื่นทำด้วย หรือรัฐจะทำเองก็ได้ แต่ถ้าเป็นกิจการบางอย่างซึ่งไม่ดึงดูดใจให้คนเข้ามาลงทุน รัฐไม่สามารถทำเองได้ ต้องใช้เงินมาก และต้องการเวลาที่จะได้คืนเงินทุน รัฐก็อาจจำเป็นที่จะให้สิทธิพิเศษแก่เอกชนเพื่อดึงดูดให้เข้ามาลงทุน ซึ่งอาจารย์ไชยวัฒน์ บุนนาค มีความเห็นที่คล้ายคลึงกันว่าไม่ควรให้เอกชนผูกขาดแบบเบ็ดเสร็จเพราะผลร้ายจะตกแก่ผู้บริโภค ควรให้มีการแข่งขันกัน

ลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทานดังกล่าวจึงทำให้สัญญาสัมปทานเป็นทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจในกรณีที่รัฐต้องการดำเนินโครงการที่มีมูลค่าสูง แต่ไม่มีเงินลงทุนหรือไม่ต้องการนำเงินงบประมาณของรัฐมาลงทุน

2.1.5 ลักษณะพิเศษในเรื่องผลกระทบของสัญญา

สัญญาสัมปทานโดยเฉพาะสัมปทานบริการสาธารณะ ไม่ได้มีผลกระทบต่อคู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อประชาชนและความมั่นคงของรัฐด้วย เนื่องจากเป็นสัญญาที่จัดให้มีขึ้นเพื่อให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน ซึ่งเรื่องนี้ปรากฏให้เห็นตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2549 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า “สัญญาที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นสัญญาระหว่างรัฐผู้ให้สัมปทานกับเอกชนผู้รับสัมปทานโดยมีประชาชนผู้ใช้บริการเป็นผู้ได้รับประโยชน์ หรือในทางกลับกัน หากเอกชนผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาสัมปทานหรือขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะให้ลดน้อยลงไปกว่าเดิม ผู้ได้รับผลกระทบกระเทือนก็คือประชาชน แต่ประชาชนแต่ละคนไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ด้วยตัวเอง จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้ดำเนินการแทนประชาชน โดยมีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ”

นอกจากนั้น ยังมีตัวอย่างคดีอีกเรื่องหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าศาลไทยยอมรับว่าผู้มีสิทธิฟ้องคดีอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานนั้นหมายรวมถึงประชาชนผู้ใช้บริการด้วย ดังปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดหมายเลขคดีดำที่ 465/2549 จากกรณีที่นายศาสตรา โตอ่อน อาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลางขอให้มีคำสั่งให้กระทรวงเทคโนโลยีและสารสนเทศ ยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ทั้งฉบับ ให้กระทรวงคมนาคม ยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) ทั้งฉบับ และให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท ไอทีวีจำกัด (มหาชน) ทั้งฉบับ โดยศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า นายศาสตราไม่ใช่คู่สัญญาสัมปทาน จึงมีคำสั่งไม่รับฟ้องคดี แต่ต่อมานายศาสตรา ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งหมายเลขคดีดำเลขที่ 465/2549 หมายเลขคดีแดงเลขที่ 348/2549 กลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับฟ้องคดีไว้พิจารณาและดำเนินการตามรูปคดีต่อไป เนื่องจากเห็นว่านายศาสตรา ผู้ฟ้องคดีเป็นส่วนหนึ่งของปวงชนชาวไทย ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย[38] และเป็นผู้ใช้บริการจากการดำเนินการของทั้ง 3 บริษัทดังกล่าว แม้จะไม่ปรากฏ

---

[38]ด้วยความเคารพต่อศาลปกครองสูงสุด กรณีตามเรื่องนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดรับฟ้องคดีนี้ไว้โดยเห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นส่วนหนึ่งของปวงชนชาวไทย ซึ่งเป็น

ว่าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในขณะหรือก่อนฟ้องคดีนี้ แต่สัมปทานที่ทั้ง 3 บริษัทรับไปเพื่อดำเนินการสื่อสารนั้น มีโอกาสล่วงรู้ความลับเกี่ยวกับการสื่อสารของผู้ใช้บริการ หากกิจการดังกล่าวตกไปอยู่ในอำนาจบริหารของบุคคลต่างด้าว อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเกิดจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำของหน่วยราชการดังกล่าว จึงเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจรับไว้พิจารณาหรือมีคำสั่งตามมาตรา 9 วรรค 1 (2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

จากตัวอย่างคดีข้างต้นแสดงให้เห็นว่าศาลไทยยอมรับในลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทานว่า เป็นสัญญาที่ไม่ได้มีผลกระทบเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อประชาชนผู้ใช้บริการที่อาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายด้วย ซึ่งทำให้ประชาชนเป็นผู้ฟ้องคดีในสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งผู้เรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า ผลกระทบต่อประชาชนในสัญญาสัมปทานนั้น ควรมีความชัดเจนดังที่ผู้เขียนได้ให้ข้อสังเกตไว้ข้างต้น เพราะมิฉะนั้นอาจเป็นอุปสรรคในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองต่อไปได้

2.1.6 ลักษณะพิเศษในเรื่องเงื่อนไขของสัญญา

เนื่องจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่มีวัตถุแห่งสัญญาเป็นการบริการสาธารณะ จึงทำให้สัญญาสัมปทานมักมีเงื่อนไขสัญญาที่มีลักษณะพิเศษบางประการที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป[39] ดังปรากฏให้เห็นในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

เจ้าของอำนาจอธิปไตยนั้น อาจเป็นเรื่องที่ไกลเกินไป เพราะมิฉะนั้นแล้วก็อาจมีผลให้ประชาชนชาวไทยทุกคนสามารถนำคดีทั้งหมดอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานมาฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทยอยู่แล้วตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่การที่ศาลปกครองสูงสุดรับฟ้องคดีเพราะผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ใช้บริการที่อาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานของรัฐนั้น ประเด็นนี้ต่างหากที่น่าจะเป็นเหตุผลสำคัญ ซึ่งจะเป็นพัฒนาการอีกเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย โดยถือว่าผู้เสียหายที่มีอำนาจฟ้องคดีอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานไม่ได้จำกัดเฉพาะคู่สัญญาสัมปทานเท่านั้น แต่ยังรวมถึงประชาชนผู้ใช้บริการที่ได้รับผลกระทบโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ด้วย

[39] ฤทัย หงส์สิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น. 62-67.

1) การให้ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่เป็นผู้จัดทำหรืออำนวยการให้บริการสาธารณะด้วยตนเอง เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ข้อ 3

2) การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการสั่งผู้รับสัมปทานให้ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวมาจากหลักกฎหมายปกครองที่ว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องมีการพัฒนาและปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในอนาคต โดยเอกชนจะต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงที่อาจเกิดขึ้นแม้ว่าจะได้มีการเข้าทำสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายรัฐแล้วก็ตาม ซึ่งเอกชนจะได้รับการเยียวยาแก้ไขความเสียหายในรูปของค่าทดแทน เช่น สัญญาสัมปทานโครงการระบบขนส่งมวลชน กทม. ข้อ 8.2

3) การให้สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับการให้บริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ข้อ 5

4) การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนสัมปทานและการโอนเป็นของรัฐ ทั้งนี้ ผู้รับสัมปทานมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ข้อ 29.1

5) การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดของสัมปทานได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของผู้ใช้บริการ

6) การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการสั่งให้หยุดการดำเนินการตามสัญญาเป็นการชั่วคราว หรือการให้ผู้รับสัมปทานหยุดชั่วคราวเพื่อประโยชน์และความปลอดภัยของสาธารณชนเช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ข้อ 14

7) การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในบางกรณี

หลักการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจเกิดขึ้นได้บางกรณี อันเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ[40] และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

---

[40] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2545 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า ข้อกำหนดที่เป็นการให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญก็ดี ข้อกำหนดที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายปกครองสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษที่มิได้ระบุในสัญญาเพิ่มเติมได้โดยไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านก็ดี เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ

คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็จะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วค่าเสียหายดังกล่าวจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสัญญา[41]

8) การให้ผู้รับสัมปทานเรียกเก็บค่าบริการไม่เกินอัตราที่กำหนด เนื่องจากการเก็บค่าบริการย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชน ในสัญญาสัมปทานจึงมักมีเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ในสัญญาและจะปรับอัตราค่าบริการได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตเท่านั้น[42] เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ข้อ 20.2

9) การให้ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เช่น สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ข้อ 14.3

2.2 <u>สถานะของความเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน</u>

เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน สัญญาสัมปทานจึงมีความสัมพันธ์กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่เป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

2.3 <u>สถานะของความเป็นสัญญาทางปกครอง</u>

สำหรับประเทศไทยก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง การเข้าทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา ไม่มีการแบ่งแยกสัญญาที่มีรัฐเป็นคู่สัญญาออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง โดยสัญญาของรัฐในทางมหาชนมีผลทางกฎหมายทำนองเดียวกับสัญญาของรัฐในทางแพ่ง เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเฉพาะกรณีไป จึงทำให้กฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาสัมปทานได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[43]

---

[41] เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (สัญญาโฮปเวลล์) ข้อ 29.1 กำหนดว่า "ในกรณีที่รัฐบาลยึดคืนหรือเวนคืนระบบหรือพื้นที่สัมปทานภายใต้สัญญานี้ ให้สัญญานี้เป็นอันสิ้นสุดลง และในกรณีนี้ให้บริษัทได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ"

[42] ฤทัย หงส์สิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น. 66.

[43] คำพิพากษาฎีกาที่ 1738/2525 (เนติ) น. 1362.

อย่างไรก็ดี ศาลยุติธรรมของไทยเคยยอมรับว่าสัมปทานไม่ใช่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[44] และยังเคยมีคำพิพากษาที่ศาลนำหลักสัญญาทางปกครองในเรื่องของการให้บริการสาธารณะที่ต้องกระทำโดยต่อเนื่องมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีด้วย[45] อีกทั้งสัญญาสัมปทานยังได้รับการยอมรับว่าเป็นสัญญาทางปกครองดังปรากฏในบันทึกของสำนักงาน

[44]คำพิพากษาฎีกาที่ 9937/2539 (ส่งเสริม) ล.12, น.401.

[45]คดีนี้ศาลแพ่งได้พิจารณาโดยไม่คำนึงถึงว่าบริษัทยังคงมีข้อเรียกร้องในเรื่องวันเริ่มแบ่งค่าผ่านทางกับการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) อยู่ โดยมีคำพิพากษาศาลชั้นต้น คดีหมายเลขดำที่ 16374/2536 ว่า เนื่องมาจากการที่บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด ซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญาได้ก่อสร้างทางด่วนเสร็จแล้วแต่ไม่ยอมเปิดใช้ทาง กทพ. จึงได้เป็นโจทก์ฟ้องบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด เป็นจำเลย ซึ่งศาลมีคำสั่งว่า “...ทางดังกล่าวมีความปลอดภัยและได้มาตรฐานใช้ได้ เอกชนคู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องทำหนังสือแจ้งวิศวกรอิสระว่าทางดังกล่าวสามารถเปิดใช้การได้แล้ว แต่จำเลยไม่ทำหนังสือแจ้งวิศวกรอิสระและนำสิ่งกีดขวางปิดกั้นทางขึ้นลงทางด่วน อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นเหตุให้ไม่สามารถเปิดใช้ทางด่วนได้ ทำให้ประชาชนซึ่งประสบปัญหาการจราจรขั้นวิกฤตได้รับความเดือดร้อนอย่างยิ่ง และมีประชาชนจำนวนมากออกหนังสือนัดหมายชุมนุมเพื่อทำลายสิ่งกีดขวางและเปิดใช้ทางด่วนโดยไม่เสียค่าผ่านทาง หากจำเลยไม่เปิดให้มีการใช้ทางด่วนดังกล่าว ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ก็จะเกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมืองได้ ความเห็นนี้เห็นว่ากรณีมีเหตุฉุกเฉินที่จะนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา มาตรา 254(2), 255, 257 และ 267 มาใช้บังคับ จึงมีคำสั่งให้จำเลยมีหนังสือแจ้งวิศวกรอิสระว่าทางด่วนขั้นที่สองสามารถเปิดใช้การได้ มิฉะนั้นให้ถือคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาและให้จำเลยรื้อถอนสิ่งกีดขวางบริเวณทางขึ้น-ลงทางด่วน” ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลแพ่งดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการของสัญญาทางปกครอง โดยมีหลักการว่าหน้าที่การส่งมอบทางพิเศษเพื่อให้ กทพ. เปิดใช้เป็นทางสาธารณะนั้น เป็นหนี้ต่อสาธารณะ ซึ่งบริษัทไม่อาจปฏิเสธได้ แม้ กทพ. ยังไม่ยอมชำระค่าผ่านทางตามที่บริษัทเรียกร้องตามสัญญาก็ตาม ดังนั้น ประชาชนจึงสามารถใช้ทางพิเศษ ระยะที่ 2 ได้ โดยไม่ต้องรอให้คู่สัญญายุติข้อเรียกร้องก่อน ซึ่งเป็นหลักการของสัญญาทางปกครอง ส่วนประเด็นวันเริ่มแบ่งค่าผ่านทางก็เป็นเรื่องที่ กทพ. กับบริษัทต้องหาข้อยุติกันต่อไป ถ้าบริษัทเป็นฝ่ายถูก กทพ. ก็ต้องรับภาระดอกเบี้ยในฐานะที่จ่ายเงินค่าจ้างล่าช้าด้วย ซึ่งกรณีเป็นเรื่องธุรกิจที่คู่สัญญาจะตกลงกัน แต่ข้อพิพาทดังกล่าวจะทำให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักและเป็นเหตุให้ประชาชนเดือดร้อนมิได้

คณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบบันทึกของคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) เรื่องสิทธิการทำไม้ในพื้นที่เปิดทำประโยชน์ในเขตป่าสัมปทาน[46] เป็นต้น

ต่อมานับตั้งแต่ที่มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในปี พ.ศ.2542 สัญญาสัมปทานในประเทศไทยจึงมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวได้ให้คำนิยามของสัญญาทางปกครองไว้ว่า "สัญญาทางปกครองหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ" ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานจึงเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง และทำให้ปัจจุบันนี้ไม่มีปัญหาให้ต้องตีความอีกแล้วว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ แต่ปัญหาที่อาจจะยังคงต้องมีการตีความต่อไปคือปัญหาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาสัมปทานหรือไม่ หรือมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องของสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาทางปกครอง และไม่มีกฎหมายสารบัญญัติใดที่ให้ความหมายของสัญญา

---

[46]สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) ซึ่งรัฐในฐานะผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติได้ให้ "สิทธิพิเศษ" แก่เอกชนบางคนในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัมปทานตามกฎหมายป่าไม้มีบทบัญญัติที่แสดงออกให้เห็นถึงลักษณะของ "สัญญาทางปกครอง" ตามทฤษฎีของกฎหมายปกครองอยู่ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 63 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติป่าไม้ซึ่งกำหนดว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รัฐบาลมีอำนาจให้สัมปทานในการทำไม้ชนิดใดหรือเก็บของป่าอย่างใดในป่าใดมีขอบเขตเพียงใด และในสัมปทานนั้นจะให้มีข้อกำหนดและเงื่อนไขอย่างใดก็ได้" และนอกจากนั้น ในสัญญาสัมปทานนั้นเอง ข้อ 7 ของสัญญาสัมปทานก็ได้ระบุไว้ด้วยว่า "สัมปทานนี้อยู่ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมาย กฎ และข้อบังคับทั้งปวงที่ประกาศใช้บังคับอยู่แล้วในขณะนี้และที่จะได้ประกาศใช้บังคับต่อไปในภายหน้า ผู้รับสัมปทานจะอ้างเอาข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใด ๆ ในสัมปทานนี้เป็นข้อยกเว้นมิให้ต้องถูกบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับนั้น ๆ หรือจะอ้างเหตุที่ได้รับหรือจะได้รับโทษตามกฎหมายมาเป็นเหตุไม่ต้องถูกบังคับตามสัมปทานนี้หาได้ไม่" ทั้งบทบัญญัติของกฎหมายและข้อกำหนดของสัญญาสัมปทานได้แสดงให้เห็นถึงอำนาจของรัฐในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจฝ่ายเดียวในการให้สัมปทานไว้โดยชัดแจ้ง", โปรดดู คณะกรรมการกฤษฎีกา, <u>วารสารกฎหมายปกครอง</u> เล่ม 1, ตอน 3, น.852-869 (2525).

สัมปทานไว้ จึงทำให้ศาลปกครองต้องเป็นผู้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เองว่ากรณีใดที่จะถือว่าเป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาทางปกครอง เช่น กรณีที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 พิจารณาวางหลักว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปครองต้องมีลักษณะประการใด

ด้วยเหตุนี้ ในปัจจุบันสัญญาสัมปทานในประเทศไทยจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และจากการที่สัญญาสัมปทานมีสถานะของความเป็นสัญญาทางปกครองนี้เอง จึงเป็นผลให้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ศาลปกครองย่อมมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี แต่โดยที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายปกครองที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองอาจนำหลักกฎหมายปกครองเข้ามาพิจารณาในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองหรือศาลอาจสร้างหลักกฎหมายในทำนองเดียวกับ common law approach เข้ามาพิจารณาบนพื้นฐานของทฤษฎีทางปกครอง กรณีดังกล่าวจึงเป็นสิ่งหนึ่งที่อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่มั่นใจที่เข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทย เนื่องจากไม่แน่ใจว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ศาลปกครองจะนำกฎหมายใดมาใช้ในการพิจารณาคดี กรณีดังกล่าวจึงเป็นจุดมุ่งหมายที่สำคัญของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่จะเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหา ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอต่อไปในบทที่ 3 และ 4

2.4 <u>สถานะของความเป็นสัญญาระหว่างประเทศ</u>

สัญญาสัมปทานอาจมีสถานะเป็นสัญญาระหว่างประเทศ (International Contract) หากมีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ (International Element) เช่น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ การที่ผู้ลงทุนต่างชาติทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐถือเป็นนิติสัมพันธ์ที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหนึ่งกับคนชาติของอีกรัฐหนึ่ง โดยนิติสัมพันธ์นี้มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมาย 2 ประเทศ คือ ประเทศของรัฐที่ให้สัมปทาน กับประเทศของเอกชนที่ได้รับสัมปทาน สัญญาสัมปทานในลักษณะเช่นนี้จึงจัดเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งทำให้ต้องนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์กับสัญญาอย่างใกล้ชิดที่สุด หลังจากนั้นจึงนำเอากฎหมายสารบัญญัติของประเทศดังกล่าวมาใช้บังคับกับสัญญาในเรื่องนั้นต่อไป[47] หลักเกณฑ์นี้เองที่อนุญาตให้ศาลใช้

---

[47] สำหรับประเทศไทย หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ซึ่งตามมาตรา 13 บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของ

กฎหมายต่างประเทศในการตัดสินคดีได้ แต่ก็มิได้หมายความว่าศาลจะต้องนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้โดยไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใด กล่าวคือ หากเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[48] หรือมีกฎหมายพึงใช้บังคับทันทีของรัฐในเรื่องนั้นอันเป็นเรื่องของการใช้กฎหมายเหนือดินแดนของรัฐ เพราะเป็นกรณีที่เกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับโครงสร้างหรือระบบงานของรัฐหรือที่รัฐต้องการควบคุมเพื่อประโยชน์ของรัฐเองอย่างใกล้ชิดแล้ว ศาลก็ไม่จำต้องนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้ โดยสามารถปฏิเสธกฎหมายต่างชาติและนำเอากฎหมายของตนมาใช้ได้ รวมทั้งหากรัฐมีกฎหมายสารบัญญัติพิเศษสำหรับเรื่องนั้นเป็นการเฉพาะหรือมีอนุสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องนั้น ศาลก็สามารถนำกฎหมายสารบัญญัติพิเศษหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมาใช้โดยไม่จำต้องพิจารณากฎหมายขัดกันเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติและการให้บริการสาธารณะของรัฐ จึงเป็นเรื่องของการใช้กฎหมายเหนือดินแดนของรัฐเพราะเป็นกรณีที่รัฐต้องการควบคุมเพื่อประโยชน์ของรัฐ กฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาจึงเป็นกฎหมายของรัฐที่ให้สัมปทาน ซึ่งทำให้ศาลไม่จำต้องพิจารณากฎหมายขัดกันแต่อย่างใด โดยศาลสามารถปฏิเสธกฎหมายต่างชาติและนำเอากฎหมายของตนมาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่พึงบังคับใช้ได้ทันที

3. <u>ความเป็นมาและพัฒนาการของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย</u>

3.1 <u>ความเป็นมาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย</u>

จากการศึกษาหลักฐานทางประวัติศาสตร์ของประเทศไทยพบว่า สัญญาสัมปทานในประเทศไทยมีมาเป็นเวลานานแล้ว โดยเริ่มต้นจากสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติก่อน ส่วน

คู่กรณี ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกันกับกฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น”

[48]ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม”

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับความเป็นมาของสัญญาสัมปทานแต่ละประเภทในประเทศไทยพอจะสรุปได้ดังนี้

3.1.1 ความเป็นมาของสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ

ความเป็นมาของสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทยน่าจะมีจุดเริ่มต้นมาจากการผูกขาดสินค้าต้องห้ามในสมัยกรุงศรีอยุธยา[49] ก่อนที่จะพัฒนามาเป็นการมีหนังสืออนุญาตให้เอกชนทำการค้าขายในสินค้าต้องห้ามบางอย่างในเวลาต่อมา

ในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์มหาราช (พ.ศ.2199 - 2231) ประเทศไทยได้ทำหนังสือสัญญาลงวันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ.2207 ให้ฮอลันดาผูกขาดสินค้าหนังกวางและหนังโค และในปี พ.ศ.2211 ได้เพิ่มข้อความในสัญญาอีกข้อหนึ่งให้ฮอลันดามีสิทธิซื้อดีบุกทั้งหมดออกนอกประเทศได้ ซึ่งภายหลังฮอลันดายังได้รับการผูกขาดไม้ กลำพัก และรังนกอีก[50] หนังสือสัญญาที่ประเทศไทยทำกับฮอลันดาดังกล่าวจึงอาจจะถือได้ว่าเป็นสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศไทย

ต่อมาในปี พ.ศ.2228 ก็ปรากฏหลักฐานว่าประเทศไทยได้ทำหนังสือสัญญาอนุญาตให้บริษัทอิสต์อินเดียฝรั่งเศสเข้ามาทำการค้าขายในเมืองไทยโดยไม่ต้องเสียภาษี แต่มีข้อจำกัดให้บริษัทต้องไปซื้อสินค้าต่าง ๆ ที่คลังหลวงแห่งเดียว นอกจากนี้ บริษัทยังได้รับอนุญาตให้ทำการค้าขายดีบุกในเมืองถลางได้แต่ผู้เดียว ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ.2230 ได้มีการแก้ไขสัญญาให้ซื้อสินค้าได้ทั่วไป เว้นแต่สินค้าต้องห้ามบางอย่างที่ต้องซื้อขายกับพระคลังสินค้าแห่งเดียว กับอนุญาตให้ผูกขาดดีบุกเมืองถลางกับบางพลี[51] จนมาถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ในปี พ.ศ.2398 ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาบาวริ่งกับประเทศอังกฤษ จึงได้เปิดการ

---

[49] ในแผ่นดินสมเด็จพระมหาจักรพรรดิ (พ.ศ.2091 - 2111) มีการควบคุมสินค้าขาเข้าขาออกที่หายาก เช่น ดีบุก โดยกำหนดให้เป็นสินค้าต้องห้าม และมีการออกกฎหมายลักษณะอาญาหลวงห้ามมิให้ซื้อขายสิ่งของต้องห้ามแก่ผู้มาต่างเมืองต่างแดน “มาตราหนึ่ง พระเจ้าหยู่หัวท่านห้ามมิให้ซื้อขายสิ่งของต้องห้ามแก่ผู้มาต่างเมืองต่างแดน ถ้าผู้ไดทำองอาดขึนซื้อขายทำเหมืองพระราชกำหนดท่านให้ลงโทสผู้นั้นด้วยไม้หวาย 50 ที แล้วประจานรอบตลาดกลับมาจำไส่ขื่อไว้สามวัน แล้วให้ไหมจัตุรคุณ แล้วอายัดไปแก่นายมัน...” อ้างในสำนักนายกรัฐมนตรี, <u>วัธนธัมไทย เรื่อง ประวัติการค้าขายของไทย</u> (2481), น.152-159.

[50] *เพิ่งอ้าง*, น.234-235.

[51] *เพิ่งอ้าง*, น.247-248.

ค้าขายแก่นานาประเทศโดยไม่มีการผูกขาดสินค้าใด ๆ เป็นของหลวงหรือไม่มีสินค้าต้องห้ามใด ๆ เหมือนแต่ก่อน[52]

ต่อมาจึงเป็นการพระราชทานพระบรมราชานุญาตและการจัดทำข้อตกลงให้อำนาจ โดยในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ในปี พ.ศ.2431 ได้ปรากฏหลักฐานร่างข้อตกลงการทำเหมืองแร่ในจังหวัดสงขลา พัทลุง และชุมพร เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ.2431 ที่จัดทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ โดยสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาเทววงศ์วโรปการซึ่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในสมัยนั้น ในร่างข้อตกลงนี้กำหนดให้พระมหากษัตริย์ (His Majesty the King of Siam) เป็นผู้ให้สัญญาเรียกว่า "Grantor" ส่วนผู้รับสัญญาเรียกว่า "Concessionary" [53] ร่างข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์สำคัญอันเป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยรู้จัก "Concession Contract" สำหรับสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติแล้วเพียงยังไม่ได้เรียกเป็นภาษาไทยว่า "สัญญาสัมปทาน" เท่านั้น อีกทั้งในช่วงเวลาใกล้เคียงกันยังปรากฏหลักฐานการจัดทำร่างพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่เมื่อ ร.ศ.119 ด้วย ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า การจัดทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัมปทานในประเทศไทยนั้นมักจะดำเนินการควบคู่ไปกับสัมปทานโดยกฎหมายเสมอ

ในปี พ.ศ.2457 (ร.ศ.116) ได้มีพระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก ห้ามมิให้ผู้ใดตัดต้นไม้สักโดยไม่ได้รับสัญญาอนุญาตของรัฐบาลหรือไม่ได้รับใบอนุญาตของเจ้าพนักงานกรมป่าไม้ กฎหมายฉบับนี้น่าจะเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ปรากฏแนวความคิดในเรื่องสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ

ในปี พ.ศ.2461 ประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461 ซึ่งกฎหมายนี้ได้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นแบบแผนของการทำเหมืองแร่ในประเทศไทย[54] ในกฎหมายนี้มีการ

---

[52]ชูสิริ จามรมาน และอดิศร หมวกพิมาย, เก้าร้อยปีพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สยามเจเนอรัลแฟคเตอริ่ง จำกัด, 2537) น.174.

[53]หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "เอกสารส่วนพระองค์สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาเทววงศ์วโรปการ เล่ม 1", สบ.16-3/1 เรื่อง ร่างข้อตกลงการทำเหมืองแร่ในจังหวัดสงขลา พัทลุง และชุมพร (มกราคม 2431).

[54]"มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ดำรัสเหนือเกล้า ฯ ให้ประกาศจงทราบทั่วกันว่า การแร่โลหธาตุต่าง ๆ อันเกิดมีอยู่ในพระราชอาณาเขตร์ทุกวันนี้ มีผู้ขออนุญาตทำการมากขึ้นกว่าแต่ก่อน ทรงพระราชดำริห์เห็นว่าการแร่โลหธาตุเกิดมีขึ้นเปนประโยชน์บ้านเมืองก็เจริญยิ่งขึ้นด้วยเหมือนกัน

อ้างถึงพระบรมราชานุญาตและประทานบัตร แต่ยังไม่ปรากฏคำว่า “สัมปทาน” โดยปรากฏแต่คำว่า “ประทานบัตร์ทำเหมืองแร่ หรือประทานบัตร์สำหรับหนังสือสัญญาที่ให้อำนาจทำเหมืองแร่” ดังนั้น “ประทานบัตร์” ตามความหมายนี้จึงน่าจะเทียบเคียงได้กับสัญญาสัมปทาน ต่อมาในปี พ.ศ.2510 มีการออกพระราชบัญญัติแร่ โดยยกเลิกพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ตามกฎหมายนี้ความหมายของประทานบัตรได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเดิมหมายถึงหนังสือซึ่งกรมราชโลหะกิจทำกับผู้หนึ่งผู้ใดเพื่อให้ผู้นั้นมีอำนาจทำเหมืองแร่ได้ แต่ความหมายของประทานบัตรตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 จะหมายถึงหนังสือที่ออกให้เพื่อทำเหมืองภายในเขตที่กำหนดในหนังสือสำคัญเท่านั้น และแร่ในส่วนของปิโตรเลียมก็ได้พัฒนามาเป็นการให้สัมปทานตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ส่วนแร่อย่างอื่นนอกจากปิโตรเลียมนั้นยังคงเป็นการให้ประทานบัตรเช่นเดิม โดยรัฐมนตรีเป็นผู้ออกประทานบัตร

ในปี พ.ศ.2467 ประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติอากรรังนกขึ้น ซึ่งนับเป็นการให้สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติในอีกลักษณะหนึ่ง แต่พระราชบัญญัตินี้ก็มิได้ปรากฏคำว่าสัมปทานแต่อย่างใด ต่อมาพระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2482 และพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540 ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เก็บรังนกอีแอ่นโดยมีสัญญาที่ทำไว้ก่อนพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 มีผลใช้บังคับ และสัญญาดังกล่าวไม่สิ้นอายุ สามารถเก็บรังนกอีแอ่นตามสัญญานั้นต่อไปได้จนกว่าสัญญาจะสิ้นอายุ

จึงเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติในยุคแรกของประเทศไทยถูกเรียกว่า “การให้อนุญาต” โดยมีการทำหนังสือสัญญาให้อนุญาตจากรัฐบาล และหนังสือนั้นมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปตามประเภททรัพยากรธรรมชาติ เช่น หนังสืออนุญาตให้ตัดไม้สัก เรียกว่า “สัญญาอนุญาต” ตามพระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก ร.ศ.114 (ปี พ.ศ.2457) ส่วนหนังสือให้อำนาจในการทำเหมืองแร่ เรียกว่า “ประทานบัตร์ทำเหมืองแร่หรือประทานบัตร์” ตามพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461 เป็นต้น

แต่การแร่โลหธาตุนั้นจะวัฒนายิ่งขึ้นได้ก็ต้องอาไศรยความบำรุงอุดหนุนในทางจัดระเบียบที่ดินทำนองแลอาการอันเปนข้อบังคับ สำหรับปกครองรักษาทุนที่จะได้ใช้จ่ายในแรงงานทำแร่ แลผลประโยชน์ของผู้รับอนุญาตที่จะได้รับจากการแร่โลหธาตุด้วย ระเบียบแลข้อบังคับเดิม อันมีอยู่ในพระบรมราชานุญาตยังหาพอเพียงแก่การทำแร่โลหธาตุในสมัยนี้ไม่ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ ให้ตราพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ขึ้น เพื่อเปนแบบแผนแห่งการทำแร่ในพระราชอาณาเขตร์ สืบไปดังนี้ว่า...”

คำว่า “สัมปทาน” สำหรับการให้สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติปรากฏในกฎหมายไทยเป็นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติป่าไม้ ในปี พ.ศ.2484 ที่ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก ร.ศ.116 กฎหมายนี้ให้อำนาจรัฐบาลในการให้สัมปทานทำไม้หวงห้าม รวมทั้งการเก็บของป่าหวงห้ามจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือได้รับสัมปทาน ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานนี้จะต้องเสียค่าภาคหลวงแก่รัฐบาล ต่อมาก็ปรากฏคำว่า “สัมปทาน” สำหรับการให้สัมปทานปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 อันเป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นจากนโยบายของรัฐบาลที่ส่งเสริมให้สำรวจและผลิตปิโตรเลียม เพื่ออำนวยประโยชน์แก่รัฐ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องของสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ คือ ปิโตรเลียมมากที่สุด เช่น สิทธิในการถือสัมปทานไม่อยู่ในความรับผิดแห่งการบังคับคดี การให้สัมปทาน การเพิกถอนสัมปทาน และแสดงถึงความชัดเจนในการให้สัมปทานว่าเป็นการให้แก่เอกชน เพราะไม่ใช้บังคับแก่กระทรวง ทบวง กรมที่มีหน้าที่เกี่ยวกับกิจการปิโตรเลียม โดยกฎหมายนี้กำหนดชัดเจนว่าปิโตรเลียมเป็นของรัฐ ผู้ใดสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมในที่ใดไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือของบุคคลอื่นต้องได้รับสัมปทาน โดยการขอสัมปทานให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจให้สัมปทาน อันเป็นการแสดงหลักเกณฑ์ให้เห็นชัดเจนว่าการให้สัมปทานจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ส่วนแร่อย่างอื่นยังคงเป็นการให้ประทานบัตรตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510

ต่อมาในปี พ.ศ.2542 ได้มีการออกพระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542 โดยยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการเก็บน้ำมันเชื้อเพลิง ตามกฎหมายนี้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีอาจอนุมัติให้เอกชนรายใดเป็นผู้รับสัมปทานในการจัดให้มีคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบการขนส่งทางน้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อก็ได้ โดยการขอสัมปทานให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการให้สัมปทานในเรื่องนี้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี และกฎหมายนี้ยังกำหนดเกี่ยวกับการให้รัฐมีอำนาจยึดถือครอบครองกิจการที่ได้รับสัมปทานในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย แต่รัฐต้องค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน

ดังนั้น สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทยในปัจจุบันจึงอาจแยกเป็นการให้สัมปทานตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540 และการออกประทานบัตรสำหรับแร่ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510

รูปแบบของสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติแต่เดิมนั้นอยู่ในรูปของความตกลงในการให้สัมปทานโดยตรง เป็นการอนุญาตจากรัฐบาลที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของ

รัฐอนุมัติให้ผู้ลงทุนต่างชาติทำการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติและนำมาใช้ประโยชน์โดยบริษัทต่างชาติเหล่านี้ให้ค่าตอบแทนหรือค่าภาคหลวง (Royalty) แต่ปัจจุบันรูปแบบของสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติหรือกลุ่มนักลงทุนต่างประเทศ[55]

3.1.2 ความเป็นมาของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

ความเป็นมาของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทยน่าจะมีจุดเริ่มต้นตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 จากการที่ประเทศไทยได้มีพัฒนาการวิทยาการในหลายด้าน มีการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ด้วยการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ โดยการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการสิ่งสาธารณูปโภค แล้วจึงเข้าทำสัญญากับรัฐบาลเพียงแต่ยังไม่ได้เรียกว่าสัมปทาน โดยรัฐจะให้ผลตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคที่ถูกจัดทำขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งค่อนข้างยาวนาน และหากรัฐบาลประสงค์จะยึดกิจการคืนก่อนสิ้นกำหนดอนุญาตก็สามารถกระทำได้ อันเป็นเอกสิทธิของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือเอกชนคู่สัญญา การพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้าจัดให้มีและดำเนินการสิ่งสาธารณูปโภคในยุคแรกเป็นสัญญาที่ทำระหว่างรัฐกับชาวต่างชาติ ซึ่งในยุคนั้นเรียกว่า สัญญาปับลิก (public contract) โดยกิจการที่จะต้องทำเป็นสัญญาปับลิก ได้แก่ การทำไม้ ขุดแร่ ดีบุก ขุดคลอง ทำทาง เป็นต้น ทำให้มีการออกพระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองซึ่งจะทำสัญญากับชาวต่างประเทศ พ.ศ.2417 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการทำสัญญาระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติ ส่วนในกิจการบริการสาธารณะปรากฏหลักฐานในปี พ.ศ.2429 โดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้บริษัทเดนมาร์คสร้างทางรถไฟเอกชนสายแรกระหว่างกรุงเทพ ฯ ถึงสมุทรปราการ และในปีศักราช 1250[56] ได้ทรงมีหนังสือสัญญาพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้คอมปนีขุดคลองแลคูนาสยาม โดยทำสัญญาระหว่างผู้แทนพระองค์

---

[55]Nwogugu, The Legal Problems of Foreign Investments in Developing Countries, (New York : Oceana Publications, Inc., 1965), p. 167.

[56]ศิริบูรณ์ เนาวถิ่นสุข, "การวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์ "การรถไฟแห่งประเทศไทย", รัฐวิสาหกิจ : อดีต ปัจจุบันและอนาคต", สัมมนาวิชาการ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2526 อ้างในสุรพงศ์ กลั่นประชา, "สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.108-110.

(พระวรวงษ์เธอพระองค์เจ้าสายสนิทวงษ์พระนาพิพิธภาษี (ชื่น)) ผู้อนุญาต กับนายโยวากิม แครซี และนายยม ที่เข้าหุ้นส่วนเป็นคอมปนีขุดคลอง เป็นผู้รับอนุญาต เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ประเทศไทยน่าจะรู้จักสัญญาสัมปทานมานานแล้วเพียงแต่ยังมิได้เรียกเป็นภาษาไทยว่า "สัญญาสัมปทาน" เท่านั้น เพราะปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์ในปี พ.ศ. 2444 ว่าประเทศไทยมีการทำหนังสือสัญญาอนุญาตทำทางรถไฟตั้งแต่กรุงเทพมหานครไปถึงบ้านมหาไชย ร.ศ.120 (The Bangkok 3 Mahajai Railway Concession 1901) ระหว่างพระเจ้าน้องยาเธอนริศรานุวัติวงษ เสนาบดีกระทรวงโยธาธิการ ผู้แทนรัฐบาลสยาม ผู้ให้อนุญาต กับ ขุนภาษาปริวัติ (เซนเยอร์ หลุยมาเรียซาเวีย) ผู้รับอนุญาต มีกำหนดระยะเวลา 40 ปี[57] โดยหนังสือสัญญานี้ทำขึ้นเป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของสัญญาที่เป็นภาษาอังกฤษแล้วพบว่า ได้มีการใช้ถ้อยคำว่า "Concession" เมื่อหมายถึงหนังสืออนุญาต "Concessionaire" เมื่อหมายถึงผู้รับอนุญาต และ "Grantor" เมื่อหมายถึงผู้ให้อนุญาต โดยหนังสืออนุญาตนี้มีผลเมื่อพระเจ้าอยู่หัวพระราชทานพระบรมราชานุญาต หนังสือสัญญาฉบับนี้จึงเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์ชิ้นหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการใช้คำว่า "Concession" ในประเทศไทย อันเป็นหลักฐานที่แสดงว่าประเทศไทยเข้าใจในแนวความคิดของการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแล้ว เพียงแต่ในขณะนั้นยังมิได้เรียกชื่อเป็นภาษาไทยว่า "สัญญาสัมปทาน" เท่านั้น และยังมีข้อสังเกตจากหนังสือสัญญาฉบับนี้ด้วยว่าเป็นหนังสือสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้แทนรัฐบาลสยามกับชาวต่างชาติ คือ ระหว่างพระเจ้าน้องยาเธอนริศรานุวัติวงษ เสนาบดีกระทรวงโยธาธิการ กับ ขุนภาษาปริวัติ (เซนเยอร์ หลุยมาเรียซาเวีย) ซึ่งเป็นคนต่างชาติ

จากหนังสือสัญญาอนุญาตทำทางรถไฟดังกล่าว ผู้เขียนมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าหนังสือสัญญาฉบับนี้ได้จัดทำขึ้นในปี พ.ศ.2444 ซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวงในปี พ.ศ.2464 จึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า เหตุใดหนังสือสัญญาอนุญาตซึ่งมีลักษณะของสัมปทานในยุคนั้นจึงสามารถกระทำได้ทั้ง ๆ ที่ยังไม่มีกฎหมายให้อำนาจดังที่ผู้เขียนได้พิจารณามาแล้วในตอนต้นว่า รูปแบบสัมปทานในประเทศไทยเป็นไปโดยผลของกฎหมาย ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนพิจารณาเห็นว่า การที่มีหนังสือสัญญาอนุญาตทั้ง ๆ ที่ยังไม่มีกฎหมายให้อำนาจรัฐในการให้สัมปทานนั้น น่าจะมาจากสาเหตุของการปกครอง เนื่องจากในยุคนั้นเป็นสมัยสมบูรณาสิทธิราช ที่อำนาจทั้งปวงเป็นของพระมหากษัตริย์โดยเด็ดขาด และพระมหากษัตริย์

---

[57] หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารรัชกาลที่ 5 กระทรวงนครบาล ร.5 น.46.2/55 เรื่อง หนังสือสัญญาอนุญาตทำทางรถไฟแต่กรุงเทพมหานครไปบ้านมหาไชย รัตนโกสินทรศก 120 THE BANGKOK – MAHAJAI RAILWAY CONCESSION 1901(ร.ศ.120).

เป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดนั้น การมีหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตของพระมหากษัตริย์ หรือหนังสือสัญญาให้อนุญาตเช่นว่านี้ จึงอาจเป็นคนละกรณีกับการให้สัมปทาน เพราะความคิดเรื่องสัมปทานบริการสาธารณะน่าจะเป็นแนวคิดของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่รัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชนและต้องใช้อำนาจนั้นเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ โดยรัฐมีหน้าที่ต้องให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน และรัฐได้อนุญาตให้เอกชนมาดำเนินการแทนรัฐ ด้วยเหตุนี้ หนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือหนังสือสัญญาอนุญาตดังกล่าวจึงมีพื้นฐานของการให้อนุญาตที่แตกต่างจากสัมปทาน อย่างไรก็ดี การที่หนังสือสัญญานี้ได้ใช้ถ้อยคำว่า Concession จึงอาจถือได้ว่าแนวความคิดในเรื่องของสัมปทานในประเทศไทยได้เริ่มปรากฏขึ้นตั้งแต่ในยุคนั้นแล้ว

สำหรับหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่เป็นกฎหมายในส่วนของสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทยนั้น ปรากฏให้เห็นจากเอกสารส่วนพระองค์ของสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาเทววงศ์วโรปการซึ่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในสมัยรัชกาลที่ 5 ว่า เมื่อเดือนเมษายน ปี พ.ศ. 2433 พระองค์ได้จัดทำร่างกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทานทางรถไฟสำหรับประเทศไทยขึ้น คือ "Railway Concession Law for the Kingdom of Siam"[58] แล้วนำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายต่อรัชกาลที่ 5 ซึ่งพระองค์กล่าวถึงร่างกฎหมายนี้ว่าได้จัดทำขึ้นโดยดัดแปลงมาจากกฎหมายสัมปทานของออสเตรีย-ฮังกาเรียน (the Austro – Hungarian railway – concession – law) และมีจุดมุ่งหมายที่จะใช้เป็นร่างกฎหมายที่นำไปสู่การจัดทำกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานทางรถไฟของประเทศไทยต่อไป อีกทั้งพระองค์ยังได้จัดทำคำแปลกฎหมาย ปรัสเซียน (Prussian Law) ที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานทางรถไฟเป็นภาษาอังกฤษเพื่อพิจารณาควบคู่กับร่างกฎหมายดังกล่าวด้วย[59]

รูปแบบของพระบรมราชานุญาตได้พัฒนาต่อมาเป็นระบบการให้สัมปทานในภายหลัง โดยในสมัยรัชกาลที่ 6 ประเทศไทยมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการมอบให้เอกชนดำเนินกิจการบริการสาธารณะเป็นครั้งแรก คือ พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464 ที่ห้าม

---

[58]หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "เอกสารส่วนพระองค์ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาเทววงศ์วโรปการ เล่ม 1." ส.16 - 3/3 <u>เรื่อง RAILWAY CONCESSION LAW FOR THE KINGDOM OF SIAM</u>, (เมษายน 2433).

[59]หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "เอกสารส่วนพระองค์ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาเทววงศ์วโรปการ เล่ม 1." สบ.16 - 3/2 <u>เรื่อง PRUSSIAN LAW CONCERNING THE RAILWAY UNDERTAKING</u>, (16 เมษายน 2433).

มิให้ผู้ใดสร้างรถไฟราษฎร์ขึ้นในพระราชอาณาจักร เว้นแต่จะได้มีประกาศพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ แต่การให้เอกชนเข้ามาดำเนินการตามกฎหมายนี้เป็นการเข้ามาด้วยการได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ ไม่ใช่ด้วยการทำสัญญา โดยให้อำนาจกรมรถไฟมีหน้าที่ให้สัมปทานสร้างรถไฟราษฎร์ และมีอำนาจในการเข้าทำสัญญากับผู้รับอนุญาตให้สร้างทางรถไฟ โดยในมาตรา 95 กำหนดให้กิจการรถไฟเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ เอกชนผู้ประสงค์จะทำกิจการรถไฟจะต้องได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ

กฎหมายนี้จึงเป็นกฎหมายที่มีการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการในกิจการที่รัฐเป็นผู้ผูกขาด โดยการเข้ามาของเอกชนนั้นไม่ได้เข้ามาด้วยวิธีการทำสัญญาเช่นปัจจุบัน แต่เข้ามาด้วยการได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ เมื่อเอกชนเข้ามาดำเนินกิจการดังกล่าวก็จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ นอกจากนั้น กฎหมายนี้ยังมีบทบัญญัติที่เป็นการให้เอกสิทธิแก่ฝ่ายปกครองเหนือเอกชนในกิจการที่ได้รับพระบรมราชานุญาตให้ดำเนินการอีกด้วย

คำว่า “สัมปทาน” อันเกี่ยวกับสัมปทานบริการสาธารณะปรากฏในกฎหมายไทยเป็นครั้งแรกโดยเรียกว่า “สัมประทาน” ในพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเนื่องมาจากพาณิชย์และอุตสาหกรรมของประเทศได้พัฒนาไปมาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมกิจการค้าขายทั้งหลายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน เพื่อคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของประชาชนให้เป็นที่เรียบร้อย โดยห้ามมิให้บุคคลผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในประเทศ เว้นแต่จะได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือได้รับสัมประทานแล้ว หรือเมื่อพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานที่ได้ไว้นั้นถูกถอนเสียหรือสิ้นอายุลงแล้ว ซึ่งในการพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมประทานนั้น รัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนก็ได้ กฎหมายนี้เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ให้ความหมายของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ คือ การรถไฟ รถราง ขุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ต่อมาพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอีก 2 ครั้ง และพัฒนามาเป็นการให้สัมปทานสำหรับกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ในปี พ.ศ.2515

กฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานบริการสาธารณะที่ค่อนข้างมีความชัดเจนในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานคือ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมประทาน พ.ศ.2473 อันเป็นกฎหมายที่กำหนดให้การสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงเป็นกิจการที่รัฐผูกขาด ห้ามมิให้เอกชนสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงในพระราชอาณาจักร เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งสัมประทานที่ได้รับจากรัฐบาล นอกจากนั้น พระราชบัญญัตินี้ยังให้อำนาจรัฐบาลเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสายใดก่อนสัมประทานสิ้นอายุ และรัฐบาลยังมีอำนาจสั่งให้ผู้รับสัมประทานปฏิบัติการใด ๆ อันเกี่ยวกับความปลอดภัยแห่งประชาชนได้ ซึ่งการกระทำของรัฐดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐที่เรียกว่า การโอนเป็นของรัฐหรือยึดเป็นของรัฐ (Nationalization) อันเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเพื่อประโยชน์ของมหาชน ทั้งนี้ รัฐบาลต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับสัมประทาน

กฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบบประชาธิปไตย โดยเป็นจุดเริ่มต้นของแนวความคิดในการที่รัฐเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐโดยรัฐได้ตอบแทนเอกชนด้วยการให้เก็บผลประโยชน์จากกิจการของรัฐที่ทำขึ้นในช่วงระยะเวลาหนึ่งและนำผลประโยชน์ดังกล่าวมาแบ่งปันระหว่างรัฐกับเอกชน โดยผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกันด้วยสัญญาสัมปทาน กฎหมายนี้ห้ามมิให้ผู้รับสัมประทานโอนให้แก่บุคคลภายนอกโดยมิได้รับอนุญาตจากเสนาบดีกระทรวงพาณิชย์และคมนาคม กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่มีการกำหนดเกณฑ์ในการให้เอกชนเข้ามารับสัมประทานและยังมีการกล่าวถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่มีอยู่เหนือเอกชนคู่สัญญา ตลอดจนการมอบอำนาจรัฐบางประการให้แก่เอกชนคู่สัญญาซึ่งส่งผลให้เอกชนคู่สัญญามีอำนาจเหนือกว่าเอกชนอื่น

อย่างไรก็ดี ในปี พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 อันเป็นพระราชบัญญัติที่ให้ความหมายของทางหลวงสัมปทานว่าหมายถึงทางที่รัฐให้สัมปทานแก่บุคคลใด ๆ ในการสร้างหรือบำรุงรักษา โดยเก็บค่าใช้ทาง ไม่ว่าในระดับพื้นดิน ใต้ หรือเหนือพื้นดิน หรือใต้หรือเหนืออสังหาริมทรัพย์อื่น พร้อมทั้งกำหนดวิธีการในการให้สัมปทานทางหลวงไว้ แต่ถ้าการให้สัมปทานใดอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นด้วย และให้อำนาจรัฐเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้ โดยต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน แต่รัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน นอกจากนั้น ยังให้อำนาจรัฐเพิกถอนสัมปทานได้ หากผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามข้อกำหนดใน

สัมปทาน ไม่บำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดภยันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน ซึ่งการเพิกถอนสัมปทานมีผลทำให้อุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดตกเป็นของรัฐ

ในปี พ.ศ. 2485 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 เพื่อให้อำนาจรัฐบาลดำเนินการได้โดยไม่ต้องนำความกราบบังคมทูล โดยมีการแก้ไขมาตรา 4 ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับสัมปทานแล้ว หรือเมื่อสัมปทานที่ได้ไว้นั้นถูกถอนเสียหรือสิ้นอายุลงแล้วและแก้ไขมาตรา 6 ว่า ในการออกสัมปทานนั้นรัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนลงไว้ด้วยก็ได้ พร้อมทั้งกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตราธิการ รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

ในปี พ.ศ.2515 ได้มีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ประกาศ ณ วันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมต่าง ๆ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้เกิดขึ้นมาจากคณะปฏิวัติที่ต้องการจะรวมกฎหมายควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนกับกฎหมายที่กำหนดกระทรวง เจ้าหน้าที่รักษาการไว้ด้วยกัน และต้องการที่จะควบคุมกิจการเพิ่มเติมบางอย่างเกี่ยวกับตั๋วเงิน,การซื้อขาย/แลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ กฎหมายนี้แสดงถึงแนวคิดในการให้ภาคเอกชนดำเนินกิจการแทนรัฐด้วยการให้สัมปทานประกอบกิจการและเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค กำหนดให้กิจการหลาย ๆ ประเภทที่เป็นบริการสาธารณะว่าเป็น “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” และกำหนดให้รัฐเป็นเจ้าของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค โดยห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง โดยมีการกำหนดกระทรวงผู้มีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับกิจการนั้นด้วย และให้รัฐมนตรีเป็นผู้ให้สัมปทานกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับการประกอบกิจการที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ

กฎหมายฉบับนี้มีการแยกประเภทของกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตและกิจการที่ต้องได้รับสัมปทาน โดยกำหนดให้กิจการที่ต้องขอสัมปทานจากรัฐ คือ กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ และกิจการ

อื่นที่จะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา แต่ถ้าเป็นการประกอบกิจการบางอย่างที่กำหนดไว้ก็ให้เป็นเรื่องการอนุญาต ในการให้สัมปทานนั้นรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร อย่างไรก็ดี แม้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้จะกำหนดประเภทของกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานก่อนจึงจะดำเนินการจัดทำได้ก็ตาม แต่ก็ได้มีการกำหนดยกเว้นกิจการที่ไม่ต้องขออนุญาตหรือสัมปทานก่อน คือ ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะในกิจการดังกล่าวเอาไว้ การประกอบกิจการดังกล่าวก็ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกิจการนั้น[60] ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีผลใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน

ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าว จึงทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเจ้าสังกัดของกิจการที่เป็นสาธารณูปโภค มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวที่จะอนุมัติการให้สัมปทาน สิทธิ หรือการร่วมลงทุนแก่เอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภค อย่างไรก็ดี เนื่องจากการอนุญาตหรือได้สัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มิได้กำหนดแนวทางปฏิบัติในการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาผู้รับสัมปทานไว้ จึงทำให้การพิจารณาให้สัมปทานแก่เอกชนเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือวิธีปฏิบัติที่แน่นอน ประกอบกับในขณะนั้นยังไม่มีองค์กรตรวจสอบและกำกับดูแลการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐที่มีประสิทธิภาพอย่างเต็มที่ จึงทำให้การแสวงหาประโยชน์จากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นไปได้โดยง่าย ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติที่แน่นอนชัดเจนและเพื่อป้องกันและแก้ไขการทุจริตคอรัปชั่นในภาครัฐในขณะนั้น ในปี พ.ศ.2535 จึงได้มีการออกกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 อันเป็นกฎหมายที่มีความมุ่งหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์แนวทางปฏิบัติในการให้สัมปทานบริการสาธารณะและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ สำหรับโครงการซึ่งมีการลงทุนในวงเงินหรือมีทรัพย์สิน

---

[60]เช่น กรณีการไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค การประปานครหลวง และการประปาส่วนภูมิภาค เนื่องจากเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายจัดตั้งและให้อำนาจในการดำเนินงานการไฟฟ้า ฯ และการประปา ฯ ไว้โดยตรงอยู่แล้ว คือ พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ.2510 และพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ.2522 จึงไม่จำต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 อีกแต่อย่างใด ตามนัยความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายที่ 257/2531

ตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรในกฎหมายแร่

กฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่นที่มอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐกระทำอย่างโปร่งใส มีขั้นตอนปฏิบัติที่ชัดเจน รอบคอบ รัดกุม มีการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวได้ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสร้างความมั่นใจให้แก่เอกชนที่เข้ามาร่วมงาน และเพื่อเป็นการควบคุมให้โครงการสำเร็จตามเป้าประสงค์และเกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติ โดยกำหนดให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยให้มีหน่วยงานกลางหลายหน่วยงานเข้ามาช่วยวิเคราะห์และคัดเลือกเอกชนซึ่งจะเข้ามาร่วมดำเนินโครงการอันเป็นกิจการของรัฐในทุกขั้นตอนแทนการพิจารณาของรัฐมนตรีหรือกระทรวงเจ้าสังกัดเพียงอย่างเดียว หลักสำคัญของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้โครงการของรัฐที่เปิดให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนหากมีมูลค่าโครงการตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการเสนอโครงการ การดำเนินโครงการและการกำกับดูแลและติดตามผล ทั้งนี้ การร่วมงานหรือดำเนินการนั้นอาจเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดก็ตาม โดยจะมีคณะกรรมการพิจารณาการร่วมลงทุนเป็นผู้พิจารณาแนวทางการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อไม่เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลยพินิจจากกระทรวงเจ้าของโครงการกับคณะรัฐมนตรี ซึ่งส่วนใหญ่จะมาจากพรรคการเมืองพิจารณาดำเนินการจนเกิดปัญหาทุจริตคอรัปชั่นขึ้นมาเหมือนก่อนหน้านั้น

ข้อสังเกตประการหนึ่งของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 คือ พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดวิธีปฏิบัติให้หน่วยราชการและรัฐวิสาหกิจร่วมกันพิจารณาโครงการที่มีการลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปในการอนุมัติโครงการที่หน่วยงานของรัฐประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐต่อไปในอนาคต ไม่ใช่กฎหมายให้อนุญาตหรือให้สัมปทาน ส่วนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 เป็นกฎหมายที่บังคับให้บุคคลที่จะประกอบกิจการบางประเภทต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานจากกระทรวงหรือเจ้าหน้าที่ผู้รักษาการเสียก่อน ดังนั้น การให้เอกชนเข้ามาร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐจึงต้องพิจารณาด้วยว่า กิจการนั้นเป็นการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 หรือไม่ หากเป็นแล้วก็จะต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับ

ดังกล่าวด้วย แม้ว่าโครงการนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ก็ตาม

อย่างไรก็ดี โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ไม่สอดคล้องกับสภาวการณ์ในปัจจุบันและส่งผลกระทบต่อการลงทุนของประเทศโดยรวม อีกทั้งมีประเด็นปัญหาหลายประการ จึงทำให้กระทรวงการคลังแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันและยกร่างกฎหมายใหม่[61] จนถึงปัจจุบัน ร่างพระราชบัญญัตินี้ยังอยู่ในขั้นตอนของการดำเนินการแก้ไข โดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้มีหนังสือแจ้งกระทรวงต่าง ๆ ให้เสนอความเห็น[62] ซึ่งคาดว่าจะใช้บังคับในอนาคตอันใกล้นี้ต่อไป

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงพอจะสรุปได้ว่าแนวความคิดเรื่องสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมีมาเป็นเวลานานแล้ว โดยการให้สัมปทานมีจุดเริ่มต้นมาจากสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติจากการผูกขาดสินค้าต้องห้ามในสมัยกรุงศรีอยุธยา แล้วพัฒนามาเป็นการมีหนังสืออนุญาตให้เอกชนทำการค้าขายในสินค้าต้องห้ามบางอย่าง ต่อมาจึงเป็นการพระราชทานพระบรมราชานุญาตและมีการจัดทำข้อตกลงให้อำนาจ โดยปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนในสมัยรัชกาลที่ 5 จากร่างข้อตกลงการทำเหมืองแร่ที่จัดทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ โดยพระมหากษัตริย์เป็นผู้ให้สัญญาเรียกว่า “Grantor” ส่วนผู้รับสัญญาเรียกว่า “Concessionary” ร่างข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นหลักฐานสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยเข้าใจในแนวความคิดของการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทานแล้ว เพียงแต่ยังไม่ได้มีการเรียกเป็นภาษาไทยว่า “สัมปทาน” เท่านั้น การให้สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติในยุคแรกของประเทศไทยถูกเรียกว่าการให้อนุญาต โดยมีการทำหนังสือสัญญาให้อนุญาตจากรัฐบาล และหนังสือนั้นมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปตามประเภท

---

[61] หนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนที่สุด ที่ กค 0409.2/15449 ลงวันที่ 23 ลงวันที่ 29 สิงหาคม 2548.

[62]สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว(ล)11744 ลงวันที่ 29 สิงหาคม 2548 ขอให้กระทรวงคมนาคมพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ....ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ เพื่อปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ในประเด็นที่เกี่ยวข้องหรือประเด็นอื่นที่เห็นสมควร แล้วแจ้งผลการพิจารณาให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีทราบ.

ทรัพยากรธรรมชาติ เช่น หนังสืออนุญาตให้ตัดไม้สัก เรียกว่า “สัญญาอนุญาต” ส่วนหนังสือให้อำนาจในการทำเหมืองแร่ เรียกว่า “ประทานบัตร์ทำเหมืองแร่หรือประทานบัตร์” คำว่า “สัมปทาน” สำหรับการให้สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติปรากฏให้เห็นเป็นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติป่าไม้ ในปี พ.ศ.2484 และต่อมาก็ปรากฏคำว่า “สัมปทาน” สำหรับการให้สัมปทานปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ปัจจุบันสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทยจึงแยกเป็นการให้สัมปทานตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น และการออกประทานบัตรสำหรับแร่ตามพระราชบัญญัติแร่

ส่วนสัมปทานบริการสาธารณะเริ่มต้นจากการพระราชทานพระบรมราชานุญาตในการสร้างทางรถไฟและขุดคลองโดยปรากฏหลักฐานในสมัยรัชกาลที่ 5 และปรากฏแนวความคิดในการควบคุมการประกอบกิจการที่อาจกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน ซึ่งได้พัฒนามาเป็นการให้สัมปทานสำหรับกิจการสาธารณูปโภคในเวลาต่อมา และต่อมาสัญญาสัมปทานได้ถูกกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

เมื่อพิจารณาจากความเป็นมาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยแล้วเป็นที่น่าสังเกตว่า สัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นในยุคหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้น การจัดทำสัญญาสัมปทานล้วนเป็นผลมาจากกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการให้สัมปทานแทบทั้งสิ้น ซึ่งก็เป็นการยืนยันรูปแบบของสัมปทานในประเทศไทยว่าเป็นไปโดยกฎหมาย เพียงแต่รัฐนำเอาสัญญาสัมปทานหรือใบอนุญาต มาใช้เป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการให้สัมปทาน ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

3.2 <u>พัฒนาการของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย</u>

สัญญาสัมปทานในประเทศไทยได้มีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง โดยอาจแบ่งออกได้เป็น 5 ระยะดังนี้

<u>ระยะที่ 1</u> เป็นการผูกขาดโดยรัฐ ซึ่งค่อนข้างจะมีลักษณะเคร่งครัด โดยเริ่มต้นจากการพระราชทานพระบรมราชานุญาตโดยพระมหากษัตริย์ มาเป็นการให้สัมปทานหรือให้อนุญาตโดยรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงต่าง ๆ ซึ่งในอดีตสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นสัญญาผูกขาด อันเป็นกรณีที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินกิจการบางอย่างแทนรัฐแต่เพียงผู้เดียวในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยเอกชนเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดและเสี่ยงภัยเอง ซึ่งรัฐไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่เอกชน แต่ให้เอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนแทนรัฐได้ เช่น พระราชบัญญัติจัดวาง

การรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464 มาตรา 94 กำหนดให้กิจการรถไฟเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ เอกชนผู้ประสงค์จะทำกิจการรถไฟจะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ เป็นต้น

ระยะที่ 2 เป็นการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ โดยรัฐได้ออกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นเพื่อให้เข้ามาดำเนินกิจการให้บริการสาธารณูปโภคแก่ประชาชนแทนรัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐมีความคล่องตัวมากขึ้น โดยบริการสาธารณะที่ให้รัฐวิสาหกิจดำเนินการนี้มักเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ซึ่งกิจการที่รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ดำเนินการจะเป็นกิจการผูกขาดที่มีผู้ให้บริการเพียงรายเดียวหรือน้อยราย รัฐจึงจัดตั้งรัฐวิสาหกิจให้เข้ามาดำเนินการแทนที่จะให้เอกชนเข้าดำเนินการเพื่อมิให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชน ซึ่งกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในยุคแรก ๆ มักมีแนวคิดจำกัดให้รัฐวิสาหกิจนั้นเป็นผู้ลงทุนและให้บริการแต่เพียงรายเดียว แต่ก็มีกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจบางฉบับที่ให้อำนาจรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ ในการให้สัมปทานหรือร่วมการงานกับเอกชนได้ ทั้งนี้ เพื่อควบคุม ดูแลการดำเนินการและการประกอบกิจการของคู่สัญญาเอกชน โดยมุ่งหวังที่จะไม่ให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบและให้บริการที่ไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญา[63] ดังนั้น ในกรณีที่รัฐได้จัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมา รัฐวิสาหกิจนั้นจะมีอำนาจให้สัมปทานได้หรือไม่นั้นจึงย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายจัดตั้ง หากกฎหมายให้อำนาจรัฐวิสาหกิจนั้น

---

[63] เช่น ในปี พ.ศ.2497 มีการออกพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย อันเป็นกฎหมายที่ให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยมีอำนาจร่วมการงานกับบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์แห่งกิจการขององค์การโทรศัพท์ รวมทั้งการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลใด ๆ ดังนั้น องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยจึงสามารถทำสัญญาร่วมการงานกับเอกชน เพื่อให้เอกชนขยายเครือข่ายการบริการโทรศัพท์ โดยองค์การโทรศัพท์แบ่งรายได้จากการให้บริการให้แก่ผู้ลงทุน หรือในปี พ.ศ.2515 มีการออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 อันเป็นกฎหมายจัดตั้งการทางพิเศษแห่งประเทศไทย โดยให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่สร้างหรือจัดให้มีด้วยวิธีใด ๆ ตลอดจนบำรุงและรักษาทางพิเศษที่จัดให้มีด้วยวิธีใด ๆ ซึ่งทางพิเศษดังกล่าวย่อมหมายรวมถึงการร่วมดำเนินการกับภาคเอกชนโดยให้เอกชนลงทุนก่อสร้างทางพิเศษ และมีการแบ่งรายได้ค่าผ่านทางระหว่างคู่สัญญาได้ หรือในปี พ.ศ. 2521 มีการออกพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยอันเป็นกฎหมายจัดตั้งการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (ปตท.) เป็นรัฐวิสาหกิจเพื่อดำเนินธุรกิจปิโตรเลียม โดยกำหนดให้เป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์ในการประกอบและส่งเสริมธุรกิจปิโตรเลียม และกำหนดอำนาจต่าง ๆ ของ ปตท. ซึ่งอำนาจดังกล่าวไม่ได้พูดถึงการให้สัมปทาน แต่กลับมีการพูดถึง ปตท. ชัดเจนว่า ปตท. มีหน้าที่สิทธิประโยชน์เสมือนผู้รับสัมปทาน เป็นต้น

ให้สามารถให้สัมปทานได้ รัฐวิสาหกิจนั้นก็สามารถให้สัมปทานได้ เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 9 (10) ที่กำหนดให้ รฟม. มีอำนาจกระทำกิจการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา 7 และอำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึงให้สัมปทานกิจการรถไฟฟ้าทั้งหมดหรือบางส่วนแก่เอกชน และมาตรา 43 ที่กำหนดให้การดำเนินกิจการรถไฟฟ้าตามพระราชบัญญัตินี้ รฟม. โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอาจให้สัมปทานกิจการรถไฟฟ้าทั้งหมดหรือบางส่วนแก่เอกชนก็ได้ เป็นต้น

<u>ระยะที่ 3</u> เป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนหรือมาร่วมการงานกับหน่วยงานของรัฐเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องเงินลงทุนและข้อจำกัดทางด้านงบประมาณของรัฐ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ได้มีการออกระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ.2528 โดยกำหนดเพดานของเงินกู้จากต่างประเทศของรัฐบาลเมื่อเทียบสัดส่วนกับรายได้ที่เป็นเงินตราต่างประเทศที่คาดว่าจะหาได้จากการขายสินค้าและบริการ จะต้องมีอัตราส่วนไม่เกินกว่าร้อยละ 9 ทำให้หน่วยงานของรัฐไม่อาจดำเนินโครงการโดยใช้เงินกู้จากต่างประเทศอย่างไม่มีข้อจำกัดได้อีกต่อไป รัฐจึงเริ่มหาหนทางที่ให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะมากขึ้น เพื่อไม่ต้องใช้เงินทุนของตนเองและไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเพดานเงินกู้ ทำให้เกิดความจำเป็นในการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในกิจการของรัฐวิสาหกิจ อันมีผลให้หลังจากปี พ.ศ.2528 จึงเกิดโครงการที่หน่วยราชการหรือรัฐวิสาหกิจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการในรูปของสัญญาร่วมการงานหรือสัญญาสัมปทานขึ้นเป็นจำนวนมาก

นอกจากนั้น จากการที่ภาครัฐมีขีดจำกัดที่ไม่สามารถลงทุนในกิจการบางอย่างได้ รัฐจึงจำเป็นต้องให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุน แต่โดยที่กฎหมายไม่ได้รองรับกรณีดังกล่าว รัฐจึงหาทางเลี่ยงด้วยวิธีการร่วมการงานกับภาคเอกชนในรูปของการให้สัมปทานแบบ BTO (Build-Transfer-Operate) คือ เอกชนสร้าง แล้วโอนทรัพย์สินให้รัฐ และเอกชนบริหารตามระยะเวลาสัมปทานโดยการแสวงหาผลประโยชน์ร่วมกันด้วยการแบ่งรายได้ระหว่างรัฐผู้ให้สัมปทานและเอกชนผู้สร้างและให้บริการ โดยรัฐผู้ให้สัมปทานยังคงความเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในบริการตามกฎหมาย

พัฒนาการของสัญญาสัมปทานในระยะนี้ได้มีการพัฒนามาอีกขั้นหนึ่งเมื่อมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ซึ่งทำให้สัมปทานบริการสาธารณะมิได้มีความหมายเพียงการที่รัฐอนุญาตหรือให้สิทธิแก่เอกชนในการเข้ามาดำเนินการแทนรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็นลักษณะหนึ่งของการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือ

ดำเนินการกับหน่วยงานของรัฐ[64] และทำให้นับแต่นั้นมาสัมปทานมักถูกนำมาใช้ในความเข้าใจเดียวกันกับการให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ นอกจากนั้น พระราชบัญญัตินี้ยังทำให้อำนาจในการให้สัมปทานกระจายไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐแทนที่จะให้อยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีเพียงผู้เดียว ด้วยการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกตามมาตรา 13 ที่ประกอบไปด้วยผู้แทนจากหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ เพื่อทำหน้าที่พิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงาน อีกทั้งจากการที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เอกสารข้อเสนอการร่วมงานจะต้องมีรายละเอียดอย่างน้อยที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยมีการกำหนดเรื่องการเสนอผลประโยชน์ที่จะให้แก่รัฐเป็นเงื่อนไขสำคัญในการเข้าร่วมงานด้วย[65] จึงทำให้สัญญาสัมปทานเริ่มเปลี่ยนแปลงแนวความคิดจากเดิมที่เป็นการให้สิทธิของรัฐแก่เอกชนในการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนแทนรัฐ มาเป็นการบังคับให้เอกชนจะต้องเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐด้วย ซึ่งทำให้เอกชนที่ยื่นข้อเสนอเข้ารับสัมปทานต้องนำผลประโยชน์ที่จะให้แก่รัฐมาคำนวณรวมเข้าไว้เป็นต้นทุนของการดำเนินการก่อนที่จะกำหนดผลตอบแทนทางการเงินจากการลงทุน ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เองทำให้มีผลกระทบต่อโครงการของรัฐหลายโครงการในเวลาต่อมาที่ต้องล้มเลิกไปเพราะไม่มีเอกชนสนใจเข้าร่วมลงทุนเนื่องจากวงเงินลงทุนค่อนข้างสูง เช่น โครงการก่อสร้างโรงกำจัดขยะของกรุงเทพมหานคร เป็นต้น และทำให้หลายโครงการต้องเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการลงทุนมาเป็นโครงการแบบ Turn Key

<u>ระยะที่ 4</u> เป็นการเพิ่มบทบาทของเอกชนและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ในระยะนี้สัญญาสัมปทานเริ่มมีลักษณะที่ผ่อนคลายลงโดยมีแนวโน้มที่จะพัฒนาจากการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำในลักษณะของสัมปทาน มาเป็นการให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการ

---

[64] พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

มาตรา 3 วรรค 2 “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่”

มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด”

[65]เป็นไปตามกฎกระทรวง (พ.ศ.2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ข้อ 2 (8 ค.), ข้อ 3 (6), ข้อ 3 (7 ก.)

ลงทุนและให้บริการในกิจการของรัฐมากยิ่งขึ้น และได้มีการพัฒนาเพื่อรองรับกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้ “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ้มครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอน” ซึ่งแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐดังกล่าวนี้เองที่ทำให้สภาวะแวดล้อมของสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะผูกขาดเริ่มเปลี่ยนแปลงไป โดยการทำสัญญาร่วมการงานหรือร่วมลงทุนกับเอกชนกลายเป็นความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนที่จะเข้าจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน ซึ่งในบางกรณีก็มิใช่เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง แต่เป็นไปในลักษณะเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจด้วย ในระยะนี้แนวความคิดในการบริการสาธารณะของรัฐเริ่มเปลี่ยนไป โดยรัฐมิได้คำนึงถึงการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนอย่างเดียว แต่ยังคำนึงถึงประโยชน์ในเชิงธุรกิจด้วย เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 7 ที่กำหนดวัตถุประสงค์ประการหนึ่งให้ดำเนินธุรกิจเพื่อประโยชน์แก่ รฟม. และประชาชน เป็นต้น นอกจากนั้น จากการที่สัญญาร่วมการงานระหว่างรัฐกับเอกชนอาจขัดกับหลักการแข่งขันเสรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จึงทำให้เริ่มมีแนวความคิดในการปรับเปลี่ยนสัญญาร่วมการงานกับเอกชน เช่น การแปรสัญญาร่วมการงาน หรือการยกเลิกสัญญาร่วมการงานกับเอกชนที่ขัดกับหลักการแข่งขันอย่างเสรีและเสมอภาคกัน ทั้งนี้ เพื่อเปลี่ยนสถานภาพของเอกชนคู่สัญญาให้เป็นคู่แข่งขันอย่างเท่าเทียมกันกับหน่วยงานของรัฐ และเพื่อให้เอกชนมีส่วนร่วมเพิ่มขึ้นในการเข้ามาลงทุนเพื่อสนองความต้องการของประชาชน อีกทั้งยังเป็นการกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันเพิ่มขึ้นอันจะนำมาซึ่งประโยชน์ต่อผู้บริโภคและการพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจของประเทศต่อไป

จากการที่รัฐมีนโยบายที่จะปรับเปลี่ยนการดำเนินธุรกิจแบบผูกขาดโดยหน่วยงานของรัฐไปสู่การดำเนินธุรกิจแบบเสรี ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2543 และมีนโยบายในการเพิ่มบทบาทให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการของรัฐและในการจัดทำบริการสาธารณะกับหน่วยงานของรัฐเพิ่มมากขึ้นจนนำไปสู่การพัฒนากฎหมายเพื่อส่งเสริมบทบาทภาคเอกชน อีกทั้งแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 8 (พ.ศ.2540-2544) ที่เน้นการลดบทบาทของรัฐในการเป็นเจ้าของรัฐวิสาหกิจและเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ ทำให้จากเดิมกิจการสาธารณูปโภคที่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องจัดทำ ส่วนเอกชนจะจัดทำกิจการสาธารณูปโภคถือเป็นเพียงข้อยกเว้น เปลี่ยนแปลงมาเป็นการลดบทบาทของรัฐในการประกอบกิจการสาธารณูปโภค โดยให้เป็นหน้าที่ของเอกชน การที่รัฐจะประกอบกิจการจะถือเป็นเพียงข้อยกเว้นด้วยความจำเป็นทางกฎหมายเท่านั้น โดยรัฐจะลดบทบาทจากการเป็นผู้ลงทุน

และผู้ประกอบการมาเป็นเพียงผู้ควบคุมเพียงเท่านั้น โดยส่งเสริมให้มีองค์กรอิสระคุ้มครองผู้ใช้บริการและผู้ประกอบการ และส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมในกิจการที่เอกชนให้บริการได้ ดังจะเห็นได้จากนโยบายในการแปรสภาพรัฐวิสาหกิจให้เป็นเอกชน[66] ด้วยการระดมทุนจากภาคเอกชนให้มาซื้อกิจการหรือทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจไปดำเนินการในรูปแบบของเอกชน และมีการเปิดโอกาสให้มีการลงทุนจากต่างชาติมากขึ้น ซึ่งเรื่องนี้รัฐจะต้องคำนึงถึงความเสี่ยงจากอิทธิพลจากต่างชาติในกิจการสาธารณูปโภคที่ถือว่าสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนด้วย

กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า รัฐอาจมีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนแปลงการให้สัมปทานมาเป็นการแปรสภาพเป็นเอกชนหรือไม่ โดยเฉพาะหากเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชนหรืออาจกระทบต่อความมั่นคงของประเทศแล้ว รัฐจะสามารถกระทำได้แค่ไหน เพียงไร นอกจากนั้น หากพิจารณาจากกฎหมายไทยหลายฉบับที่เกิดขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เช่น กฎหมายก่อตั้งรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ที่มักกำหนดให้รัฐวิสาหกิจนั้น ๆ เป็นผู้ลงทุนและให้บริการแต่เพียงรายเดียวแล้วก็เป็นเรื่องที่รัฐต้องพิจารณาต่อไปว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องให้มีรัฐวิสาหกิจในกิจการสาธารณูปโภคต่าง ๆ ไว้หรือไม่ หรือควรมีการปรับเปลี่ยนเป็นเช่นไร ซึ่งหาก

---

[66]นโยบายการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเริ่มต้นด้วยการออกกฎหมายว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจ คือ พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 อันเป็นกฎหมายที่จัดให้มีขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐเมื่อมีความจำเป็นต้องเปลี่ยนสถานะของรัฐวิสาหกิจจากรูปแบบเดิมซึ่งเป็นองค์การของรัฐบาลให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีรูปแบบเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด การปรับเปลี่ยนโครงสร้างของทุนดังกล่าวจะทำให้ทุนของรัฐวิสาหกิจแต่เดิมกลายมาเป็นหุ้นเพื่อเข้าสู่กระบวนการแปรรูปรัฐวิสาหกิจต่อไป ซึ่งรัฐวิสาหกิจเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นในรูปแบบของบริษัทแล้ว มาตรา 22 วรรคสาม กำหนดให้กระทรวงการคลังถือหุ้นดังกล่าวไว้ทั้งหมด บริษัทนั้นจึงยังคงสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจในรูปของบริษัทซึ่งเป็นกิจการของรัฐอยู่ แต่ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจในรูปแบบขององค์การของรัฐ อีกทั้งยังคงมีอำนาจรัฐบางประการเพื่อจัดทำบริการสาธารณะได้ อย่างไรก็ดี อำนาจดังกล่าวจะสิ้นสุดลงเมื่อมีการตรากฎหมายว่าด้วยการดำเนินกิจการที่บริษัทดำเนินการอยู่ โดยกิจการของบริษัทต้องอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายนั้นตามหลักการแห่งความเทียมเทียมกันอย่างเป็นธรรมในการดำเนินธุรกิจ หรือเมื่อบริษัทนั้นสิ้นสภาพการเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ คือ รัฐนำหุ้นของรัฐวิสาหกิจนั้นมาจำหน่ายจนกระทั่งสัดส่วนความเป็นเจ้าของของรัฐลดน้อยไปกว่าร้อยละห้าสิบ รัฐวิสาหกิจนั้นก็จะพ้นสภาพจากการเป็นรัฐวิสาหกิจ

เป็นกรณีที่รัฐเห็นควรให้มีการปรับเปลี่ยนต่อไปแล้ว รัฐก็อาจจำต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกันต่อไป ซึ่งกรณีตามเรื่องนี้รัฐอาจต้องพิจารณาจากแนวทางต่าง ๆ ดังนี้คือ

1) หากเป็นกิจการที่รัฐให้บริการผูกขาดโดยธรรมชาติ หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ประโยชน์สาธารณะ หรือที่มีผลกระทบด้านสังคมแล้ว รัฐอาจกระทำได้เพียงการปรับโครงสร้างตลาด แต่รัฐยังคงต้องเป็นผู้ดำเนินการในกิจการดังกล่าว

2) รัฐอาจให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนแต่รัฐจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและรัฐวิสาหกิจเข้ามากำกับดูแล กำหนดกฎกติกาในการแข่งขันในตลาดที่เป็นธรรมต่อเอกชนผู้ลงทุนทุกราย และกำหนดเงื่อนไขการให้บริการที่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและประชาชน

3) หากเป็นกิจการที่เอกชนให้บริการได้ รัฐควรทบทวนสิทธิพิเศษที่รัฐวิสาหกิจได้รับหรืออาจยกเลิกอำนาจแห่งรัฐที่รัฐวิสาหกิจมีอยู่ เช่น อำนาจในการให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชน และให้เอกชนเข้ามาประกอบการเพื่อให้เกิดการแข่งขันเป็นธรรมกับผู้ประกอบการทุกราย

4) หากเป็นกิจการที่เอกชนให้บริการได้ รัฐควรทบทวนสิทธิพิเศษที่รัฐวิสาหกิจได้รับหรืออาจยกเลิกอำนาจแห่งรัฐที่รัฐวิสาหกิจมีอยู่ เช่น อำนาจในการให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชน และให้เอกชนเข้ามาประกอบการเพื่อให้เกิดการแข่งขันเป็นธรรมกับผู้ประกอบการทุกราย

5) หากเป็นรัฐวิสาหกิจที่ควรดำเนินการต่อไป รัฐอาจปรับปรุงประสิทธิภาพประสิทธิผลของรัฐวิสาหกิจมากขึ้น และจัดให้กระบวนการสรรหาและคัดเลือกกรรมการและผู้บริหารรัฐวิสาหกิจมีความโปร่งใส รวมทั้งให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการรับรู้ แสดงความคิดเห็นและตรวจสอบการบริหารงานของรัฐวิสาหกิจ

6) รัฐควรคำนึงถึงความพร้อมของรัฐวิสาหกิจในการดำเนินการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเพื่อรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งการแปรรูปรัฐวิสาหกิจนี้จะมีผลต่อการให้สัมปทานด้วย โดยรัฐวิสาหกิจนั้นจะยังคงให้สัมปทานได้ตราบเท่าที่ยังคงสภาพของความเป็นรัฐวิสาหกิจเท่านั้น แต่หากได้มีการแปรสภาพเป็นเอกชนและไม่อยู่ในความหมายของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติงบประมาณแล้ว ย่อมทำให้ไม่สามารถให้สัมปทานได้อีก

<u>ระยะปัจจุบัน</u> รัฐเริ่มเพิ่มความระมัดระวังในการให้เอกชนดำเนินกิจการสาธารณูปโภคที่มีผลกระทบต่อประชาชนและความมั่นคงของรัฐ โดยเฉพาะความเกี่ยวข้องกับเอกชนต่างชาติ ดังจะเห็นจากการที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาในคดีการแปรรูปการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย และการที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งรับฟ้องคดีของนายศาตรา โตอ่อน หมายเลขคดีแดงเลขที่ 348/2549 ทำให้ดูเหมือนว่าสัญญาสัมปทานในประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงกลับมาสู่ในยุค

แรกอีกครั้งหนึ่ง แต่รัฐก็ยังคงมีความต้องการให้เอกชนต่างชาติเข้ามาลงทุนในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ ดังจะเห็นได้จากโครงการเมกะโปรเจกต์

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานมีการพัฒนาจากเดิมที่ผู้รับสัมปทานต้องดำเนินกิจการด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยด้วยตนเอง โดยผู้รับสัมปทานต้องรับผิดชอบทั้งหมด ซึ่งการลงทุนดังกล่าวนี้ทำให้ผู้รับสัมปทานอาจได้รับกำไรหรือขาดทุนก็ได้ เพราะรายได้ที่ผู้รับสัมปทานได้รับคือค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ แต่ในปัจจุบันผู้รับสัมปทานเข้ามาดำเนินการเป็นเพียงตัวกลางของฝ่ายปกครองเสมือนเป็นตัวแทนของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองมีหน้าที่โดยตรงและรับผิดชอบในเรื่องบริการสาธารณะ ไม่ได้เป็นเรื่องที่เอกชนคู่สัญญาจะดำเนินการดูแลรับผิดชอบบริการ แต่เป็นเพียงรูปแบบหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะโดยมีการอุดหนุนทางด้านการเงินจากเอกชน นอกจากนั้น เอกชนมิได้ต้องเสี่ยงภัยทั้งหมดเสมอไป โดยฝ่ายปกครองเข้ามาช่วยเหลือผู้รับสัมปทานมากขึ้น เช่น ช่วยเหลือทางด้านการเงินแก่ผู้รับสัมปทาน คุ้มครองการร่วมการงานและร่วมลงทุน มีการแยกสัญญาออกเป็นส่วน ๆ เป็นต้น ซึ่งอาจเป็นเพราะปัจจุบันรัฐไม่ได้มองว่าการให้บริการสาธารณะเป็นเพียงการให้บริการของรัฐแก่ประชาชนแต่อย่างเดียว แต่ยังมองเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ ด้วย การจัดให้มีบริการสาธารณะที่ดีย่อมทำให้ประเทศชาติสามารถแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้ จึงทำให้รัฐให้ความคุ้มครองกับเอกชนมากขึ้นเพื่อดึงดูดให้เอกชนสนใจเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการของรัฐ ซึ่งในบางสัญญาอาจมีข้อกำหนดด้วยว่าหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือรัฐบาลดำเนินการใด ๆ ที่อาจมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และมีผลให้เอกชนได้รับรายได้ลดลงแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยรายได้ที่ขาดหายไปนั้นให้กับเอกชน

นอกจากนั้น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะยังได้เปลี่ยนไปจากสัญญาสัมปทานในลักษณะที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะรับมาดำเนินการทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นการลงทุน ออกแบบก่อสร้าง ประกอบการและบำรุงรักษา ตลอดจนเรียกเก็บค่าใช้จ่ายจากประชาชนผู้ใช้บริการ โดยกำหนดระยะสัมปทานในช่วงระยะเวลาหนึ่ง มาเป็นลักษณะของการแบ่งแยกงานออกเป็นส่วน ๆ แล้วให้เอกชนดำเนินงานในแต่ละส่วนต่างกันไป แทนที่จะให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดดังเช่นแต่ก่อนเอกชนจะเข้ามารับสัมปทานเมื่องานก่อสร้างเสร็จเรียบร้อยแล้วโดยไม่ต้องเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างเองทั้งหมดเหมือนกับในสมัยก่อน[67] จะเห็นได้ว่านโยบายการลงทุนของรัฐมีผลต่อการกำหนดรูปแบบของสัญญา เช่น โครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ที่ในตอนแรกจะให้รัฐเป็นผู้

---

[67]มีข้อที่น่าสังเกตว่าสัญญาสัมปทานที่ยังคงมีลักษณะของการให้ผู้รับสัมปทานทำการสำรวจ ออกแบบ และก่อสร้างจนแล้วเสร็จ คือ สัญญาสัมปทานทางหลวง

ลงทุนโครงการเองทั้งหมด ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายการลงทุน โดยให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนโครงการทั้งหมด จนในที่สุดคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 12 กันยายน 2538 ให้ภาครัฐเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานงานโยธา และเอกชนลงทุนระบบรถไฟฟ้า กำหนดระยะเวลาดำเนินกิจการ 25 ปี ทั้งนี้ ให้ รฟม. ดำเนินการจ้างผู้รับเหมาให้ทำการออกแบบและก่อสร้างไปพร้อมกัน (Design & Build) โดยในส่วนของเงินลงทุนภาครัฐให้กระทรวงการคลังและสำนักงบประมาณรับไปพิจารณาจัดหาเงินทุนตามประมาณการที่กำหนดจากแหล่งเงินกู้เงื่อนไขผ่อนปรน กรณีดังกล่าวทำให้แบ่งงานโครงการออกเป็น 5 สัญญาก่อสร้างกับ 1 สัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าสัญญาในส่วนของการก่อสร้างนั้น เอกชนคู่สัญญามักเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ แต่ในส่วนของสัญญาสัมปทานนั้น บริษัทผู้รับสัมปทาน คือ บริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด ซึ่งเป็นเอกชนไทย การเข้ารับสัมปทานของเอกชนในยุคปัจจุบันจึงดูเหมือนว่ามีลักษณะของสัญญาตัวแทนมากกว่าการให้สัมปทาน และทำให้งานบริการสาธารณะของรัฐงานเดียวแต่มีเอกชนหลายรายเข้ามาดำเนินการ โดยขั้นตอนการดำเนินการมักเริ่มจากการเปิดประกวดราคาเพื่อให้เอกชนเข้ามาประมูลการก่อสร้างก่อน เมื่อก่อสร้างเสร็จก็จะมีการเปิดประกวดราคาให้เอกชนรายใหม่เข้ามาประมูลเพื่อรับสัมปทาน สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในรูปแบบการร่วมการงานต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น BTO (Build-Transfer-Operate)[68], BOT (Build-Operate-Transfer)[69] หรือ BOO (Build-Own-Operate)[70] จึงแทบจะไม่ปรากฏให้เห็นในปัจจุบัน

จากการที่ประเทศไทยอยู่ในสภาวะที่ต้องเตรียมความพร้อมสำหรับการเปิดตลาดการค้าเสรี ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิก “ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัด

---

[68]เป็นรูปแบบที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ลงทุน ออกแบบ และดำเนินการก่อสร้างในโครงการทั้งหมด และเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จเอกชนก็จะโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมดรวมทั้งสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินในโครงการให้กับรัฐ หลังจากนั้นจึงให้เอกชนเป็นผู้บริหารโครงการตลอดอายุสัมปทาน โดยรัฐจะยินยอมให้เอกชนนำสิทธิตามสัญญาไปเป็นหลักประกันต่อแหล่งเงินกู้ได้

[69]เป็นรูปแบบที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ลงทุน ออกแบบ ก่อสร้าง และบริหารจัดการ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้ว เอกชนยังคงถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการและดำเนินการบริหารงานต่อไปจนครบอายุสัญญา แล้วเอกชนจึงโอนทรัพย์สินและกิจการทั้งหมดให้แก่รัฐ

[70] เป็นรูปแบบที่ให้เอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ลงทุนดำเนินการและเป็นเจ้าของกิจการ โดยไม่มีการโอนทรัพย์สินให้แก่รัฐ แต่รัฐรัฐซื้อผลผลิต โดยเปิดโอกาสให้เอกชนประมูลแข่งขันเพื่อดำเนินกิจกรรมของรัฐวิสาหกิจ

อัตราศุลกากรและการค้า" เมื่อปี ค.ศ.1982 และมีพันธกรณีกับองค์การการค้าโลก (World Trade Organization :WTO) ทำให้ประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกมีความผูกพันต้องปฏิบัติตามหลายกรณี โดยเฉพาะในเรื่องของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services :GATS) ซึ่งภายใต้ความตกลงดังกล่าวมีการระบุถึงการให้บริการต่าง ๆ เช่น โทรคมนาคม การขนส่งทางอากาศ การขนส่งทางเรือ ทำให้ประเทศไทยต้องดำเนินการเปิดตลาดการค้าเสรีเพื่อให้นักลงทุนจากประเทศสมาชิกของ WTO สามารถเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ โดยในการเปิดเสรีทางการค้าของไทยนั้นจะต้องวางอยู่บนหลักการของ GATS ด้วย คือ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันระหว่างคนชาติของภาคีใดกับคนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุน คือ การประติบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) โดยให้หลักประกันว่า คนต่างชาติหรือคนชาติจะได้รับการปฏิบัติภายใต้เงื่อนไขหรือข้อกำหนดอย่างเดียวกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจมีผลต่อสัญญาสัมปทานได้ และทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า หากรัฐเจ้าของสัญชาติของเอกชนผู้รับสัมปทานให้การปฏิบัติต่อเอกชนไทยที่เข้าไปรับสัมปทานในรัฐนั้นแล้ว ประเทศไทยจำต้องให้การปฏิบัติเช่นว่านั้นด้วยหรือไม่ในลักษณะของ MFN[71]

ตัวอย่างข้อตกลงประการหนึ่งในการเปิดเสรีทางการค้า คือ การเปิดเสรีทางด้านอุตสาหกรรมโทรคมนาคม โดยตามพันธกรณีประเทศไทยจะต้องดำเนินการเปิดเสรีให้ประเทศสมาชิกของ WTO สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจโทรคมนาคมพื้นฐานในประเทศไทยได้ภายในปี พ.ศ.2549 ซึ่งทำให้ประเทศไทยต้องปรับเปลี่ยนนโยบาย และกฎหมายเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม และทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของอุตสาหกรรมโทรคมนาคมไทยจากเดิมที่มีลักษณะเป็นการผูกขาด (Monopoly) โดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) และการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.)[72] ที่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการโดยการให้สัมปทาน (Concession) หรือร่วมการงาน มาเป็นกรณีที่รัฐจะต้องจัดตั้งองค์กรอิสระ

---

[71]MFN หรือ Most Favored Nation เป็นหลักการประติบัดเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง ซึ่งหมายความว่าประเทศไทยจะต้องให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ค้าบริการทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลของประเทศสมาชิกทุกประเทศ โดยรัฐจะต้องกำกับดูแลมิให้มีการเลือกปฏิบัติของผู้ใช้บริการในประเทศต่อผู้ให้บริการของประเทศอื่น ๆ

[72]ตามพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ.2477 พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 และพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2519 ที่ให้อำนาจผูกขาดในการดูแลการใช้คลื่นวิทยุและช่องทางการสื่อสารโทรคมนาคมต่าง ๆ แก่กรมไปรษณีย์โทรเลข องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทย

คือ คณะกรรมการกำกับกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) เพื่อทำหน้าที่จัดสรรคลื่นวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม อันเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 40[73] โดยผลของมาตรา 40 นี้ ทำให้มีการตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543 ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) เพื่อทำหน้าที่ในการกำกับ ดูแล การประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศ แทนองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) และการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) และมีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 เพื่อใช้ในการเปิดเสรีสาขาโทรคมนาคมในอนาคต และให้มีการเปิดเสรีสำหรับผู้ประกอบการภายในประเทศก่อนเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้แก่ผู้ประกอบการในประเทศสำหรับการแข่งขันระดับโลก นอกจากนั้น รัฐยังต้องดำเนินการแปรสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนระหว่าง ทศท./ กสท. กับเอกชน[74] เพื่อให้สอดคล้องกับการเปิด

---

[73] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มาตรา 40 “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามกฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสอง ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคง และประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม”

[74] สาเหตุที่ต้องมีการแปรสัญญาสัมปทานนั้น เนื่องจากเงื่อนไขของสัญญา สิทธิประโยชน์ หรือข้อจำกัดของสัญญาสัมปทานที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สอดรับกับหลักการของการเปิดตลาดแข่งขันเสรี จึงมีความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนหรือยกเลิกข้อตกลงบางประการเช่นว่านั้นในสัญญาสัมปทาน ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้บริษัทผู้รับสัมปทานมีสิทธิเลือกที่จะแปรหรือไม่แปรสัญญาสัมปทาน โดยบริษัทเอกชนและ ทศท./กสท. จะมีการตกลงในเงื่อนไขต่าง ๆ ในการแปรสัญญาสัมปทาน สาระสำคัญของการแปรรูปสัญญาสัมปทาน คือ การรักษาผลประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐที่จะได้รับตามสัญญาสัมปทาน ในขณะเดียวกันก็ต้องให้เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการและความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ

เสรีและการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 และเพื่อนำไปสู่การแข่งขันอย่างเสรีที่เท่าเทียมกัน อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมของประเทศ รวมทั้งการแปรรูป ทศท. และ กสท. จากที่เคยเป็นผู้ให้สัมปทานทางด้านโทรคมนาคมและผู้กำกับดูแลมาเป็นผู้ประกอบการเช่นเดียวกับผู้ประกอบการเอกชนรายอื่น ๆ โดยแปรรูป ทศท. เป็นบริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด และแปรรูป กสท. เป็นบริษัท กสท. โทรคมนาคม จำกัด และบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด เพื่อให้มีความคล่องตัวในการดำเนินงานและสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการเอกชนทั้งในและต่างประเทศได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าสภาวการณ์ต่าง ๆ ทั้งจากปัจจัยภายในประเทศและสภาวการณ์ของโลกที่ปรับเปลี่ยนไป มีผลต่อแนวความคิดของภาครัฐในเรื่องของสัมปทาน นอกจากนั้น ความรู้สึกของประชาชนก็มีผลกระทบต่อพัฒนาการของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ดังจะเห็นได้จากในยุคหนึ่งเมื่อสัญญาสัมปทานถูกมองว่าเป็นสัญญาที่มีประโยชน์แอบแฝง ก็ทำให้หน่วยงานของรัฐปรับเปลี่ยนรูปแบบจากการทำสัญญาสัมปทานมาเป็นสัญญาแบบจ้างเหมาเบ็ดเสร็จ (Turn Key) ที่ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างแล้วยกให้รัฐดำเนินการ โดยรัฐจะทยอยจ่ายเงินคืนและค่าก่อสร้างให้ ซึ่งสัญญาในลักษณะนี้เป็นสัญญาที่ใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง อีกทั้งยังอาจมีความเสี่ยงจากการประกอบการด้วย เช่น สัญญาโครงการระบบขนส่งทางรถไฟเชื่อมท่าอากาศยานสุวรรณภูมิและสถานีรับส่งผู้โดยสารอากาศยานในเมือง เป็นต้น หรือจากสถานการณ์ในปัจจุบันที่ประชาชนมีความตื่นตัวจากการที่บริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ขายหุ้นให้แก่กลุ่มทุนเทมาเสกจากสิงคโปร์ ก็ทำให้ประชาชนมีความไม่พอใจและเข้าใจว่าต่างชาติมาซื้อดาวเทียมของไทยไปและต้องการทวงคืนสัมปทาน ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้วดาวเทียมและวงจรโคจรดาวเทียมยังคงเป็นทรัพย์สินของรัฐ เพียงแต่เอกชนมีสิทธิในการบริหารกิจการและการให้บริการวงจรดาวเทียม (Transponder) เพื่อการสื่อสารภายในประเทศจากการที่รัฐได้ทำสัญญาสัมปทานให้สิทธิแก่เอกชน และทำให้เอกชนมีสิทธิเก็บค่าใช้วงจรดาวเทียมจากผู้ใช้วงจรดาวเทียมเท่านั้น การที่รัฐจะเรียกคืนดังกล่าวจึงไม่ใช่การเรียกคืนดาวเทียมดังที่เข้าใจกัน แต่ย่อมเป็นเรื่องของการยกเลิกหรือเพิกถอนสัมปทานในสิทธิการบริการกิจการและการให้บริการวงจรดาวเทียมนั่นเอง ซึ่งการที่จะกระทำได้หรือไม่นั้นก็เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาจากเงื่อนไขสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ดี ความรู้สึกของประชาชนเช่นว่านี้อาจเป็นเรื่องยากต่อการทำความเข้าใจและอาจมีผลกระทบต่อการให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติในอนาคตได้ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นได้ว่าแนวความคิดในเรื่องของสัมปทานจะมีการพัฒนาไปในรูปแบบต่าง ๆ แต่การให้สัมปทานของรัฐก็ยังคงต้องมีอยู่ต่อไปตราบใดที่รัฐไม่ได้เป็นผู้ดำเนินกิจการนั้นเอง ทั้งนี้เพื่อที่รัฐจะได้ควบคุมการใช้

ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน และดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะมิให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนจากการใช้บริการสาธารณะ ประเด็นปัญหาประการหนึ่งที่น่าสนใจจึงคือปัญหาว่าถ้าเช่นนั้นแล้วสัญญาสัมปทานควรมีการปฏิรูปอย่างไรเพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดและสภาวการณ์ต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป การปฏิรูปดังกล่าวจะมีผลให้หลักกฎหมายอันเป็นพื้นฐานของการให้สัมปทานต้องเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน ประเทศไทยจึงควรที่จะมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อให้สามารถรองรับกับสภาวการณ์ในปัจจุบัน แต่จะต้องอยู่บนพื้นฐานของสภาพสังคมไทยที่สามารถปฏิบัติได้จริงด้วย ซึ่งรายละเอียดในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เพื่อให้ได้คำตอบต่อไปในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

4. <u>ขอบเขตและเนื้อหาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย</u>

ปัญหาเรื่องขอบเขตของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาว่าสัญญาสัมปทานมีขอบเขตแค่ไหน เพียงไร ซึ่งปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่กฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตของสัญญาสัมปทาน ทำให้มีปัญหาว่าอย่างไรที่เรียกว่าเป็นการให้สัมปทาน อย่างไรที่เรียกว่าเป็นการให้อนุญาตหรือให้สิทธิ การที่เอกชนได้รับสิทธิในการดำเนินกิจกรรมใด ๆ แทนรัฐหรือเข้าร่วมดำเนินงานกับรัฐนั้นจะเรียกว่า “สัมปทาน” ทั้งหมดหรือไม่ รัฐที่สามารถให้สัมปทานกับเอกชนได้มีขอบเขตแค่ไหน เพียงไร ทั้งนี้เพราะลักษณะสำคัญของสัญญาสัมปทาน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐที่มีทั้งสิทธิและอำนาจหน้าที่ที่จะให้สัมปทานได้

ในเรื่องนี้หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้วจะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัตินี้ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง โดยให้หมายรวมถึงสัญญาสัมปทานด้วย แต่เมื่อพิจารณาคำนิยามของหน่วยงานทางปกครองแล้วพบว่า มีการจำกัดหน่วยงานทางปกครองไว้ว่าไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่ไม่ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ จึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า รัฐวิสาหกิจดังกล่าวสามารถทำสัญญาสัมปทานได้หรือไม่ และหากรัฐวิสาหกิจดังกล่าวไปจัดทำสัญญาที่มีลักษณะของสัญญาสัมปทานแล้ว สัญญานั้นจะเรียกว่าสัญญาสัมปทานหรือไม่ เช่น คดีหมายเลขแดงที่ 25/2544 ศาลปกครองเคยมีคำสั่งไม่รับฟ้องเพราะผู้ถูกฟ้องไม่ใช่รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ กฎหมายไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานทางปกครอง เป็นต้น

นอกจากนั้น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ซึ่งแม้ว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวดูเหมือนว่าจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานมากที่สุด แต่ก็มิได้มีการกำหนดขอบเขตของการให้สัมปทาน หรือหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานแต่อย่างใด โดยเพียงแต่ให้ความหมายของคำว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการที่สามารถให้เอกชนเข้าร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐไว้เท่านั้น[75]

กรณีตามเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า สาเหตุที่หน่วยงานทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่ไม่ได้จัดตั้งตามพระราชบัญญัตินั้น น่าจะเป็นเพราะว่าในทางกฎหมายมหาชนนั้น ไม่ถือว่ารัฐวิสาหกิจที่ไม่ได้จัดตั้งตามพระราชบัญญัติเป็นรัฐวิสาหกิจ ซึ่งกรณีอาจจะมีความแตกต่างกับกฎหมายบางฉบับที่รัฐวิสาหกิจอาจหมายรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่มิได้จัดตั้งตามพระราชบัญญัติด้วย เช่น รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติงบประมาณ เป็นต้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นคนละประเด็นกับเรื่องของสัญญาสัมปทาน เนื่องจากย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นว่าได้ให้อำนาจรัฐวิสาหกิจในการให้สัมปทานได้หรือไม่ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะมิได้ให้อำนาจรัฐวิสาหกิจในการสัมปทาน คงมีแต่เพียงพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 เท่านั้น ที่ให้อำนาจ รฟม. ให้สัมปทานได้ ดังนั้น ปัญหาเรื่องอำนาจในการให้สัมปทาน จึงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นรายกรณีไป นอกจากนั้น จะต้องแยกพิจารณากับประเด็นในเรื่องอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาสัญญาทางปกครองด้วย เพราะแม้ว่าหน่วยงานของรัฐนั้นอาจไม่มีอำนาจให้สัมปทานตามกฎหมาย แต่เนื่องจากสัญญาทางปกครองหมายรวมทั้งสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานด้วย กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาจากลักษณะ (nature) ของสัญญานั้นว่ามีลักษณะของสัมปทานหรือไม่ ซึ่งหากศาล

---

[75]พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

"หน่วยงานเจ้าของโครงการ" หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของโครงการ

มาตรา 10 ในกรณีที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐหรือราชการส่วนท้องถิ่นใดจะกระทำกิจการของรัฐ และคณะรัฐมนตรีมีมติให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ให้หน่วยงานดังกล่าวดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีและปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

พิจารณาแล้วเห็นว่ามีลักษณะของสัมปทานเช่นนี้ก็ย่อมทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง

ส่วนกรณีเรื่องของการกำหนดขอบเขตของสัญญาสัมปทานนั้น เห็นว่า แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 จะมิได้กำหนดขอบเขตของการให้สัมปทาน หรือหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน แต่ขอบเขตของสัญญาสัมปทานก็ควรที่จะครอบคลุมถึงสัญญาที่หน่วยงานของรัฐให้อนุญาตหรือให้สิทธิแก่เอกชนในการเข้าร่วมหรือดำเนินการในกิจการของรัฐด้วย เพียงแต่การให้อนุญาตหรือการให้สิทธินี้ต้องเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเท่านั้นมีสิทธิที่จะกระทำได้ ซึ่งหน่วยงานของรัฐอาจหมายรวมทั้งรัฐวิสาหกิจที่ไม่ได้จัดตั้งตามพระราชบัญญัติ แต่จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจรัฐวิสาหกิจนั้นให้มีสิทธิในการทำกิจการนั้นได้ในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐด้วย

ส่วนเนื้อหาของสัญญาสัมปทานนั้น จากการศึกษาพบว่าเนื้อหาของสัญญาสัมปทานจะมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังนี้

1) เป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำรวจหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยใช้ทุนและเทคโนโลยีของเอกชนในการดำเนินการ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะได้รับค่าภาคหลวงเป็นการตอบแทนจากเอกชน[76] หรือ

2) เป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมอบอำนาจหน้าที่ในการบริการสาธารณะแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับไปดำเนินการแทนรัฐ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงของเอกชนเอง โดยให้สิทธิแก่เอกชนในการเรียกค่าบริการจากประชาชนผู้ได้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น

ซึ่งไม่ว่าเนื้อหาของสัญญาจะเป็นในลักษณะใด ก็ประกอบไปด้วย 2 ส่วน คือ ส่วนหนึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่รัฐใช้อำนาจ อีกส่วนหนึ่งเป็นสัญญาที่ตกลงกันระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเนื้อหาทั้งสองส่วนนี้โดยสภาพแล้วคงไม่อาจแยกออกจากกันได้ อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีทำสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาตินั้นควรมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีผลเป็นหลักประกันทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ เช่น ข้อกำหนดเรื่องการเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐานอันเป็นข้อกำหนดที่ให้ประกันความมั่นคง (stabilization clause) และข้อกำหนดที่ไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ไว้กับผู้ลงทุนต่างชาติว่าจะไม่เปลี่ยนแปลง แก้ไขสัญญาแต่ฝ่ายเดียวโดยอาศัยอำนาจจากการบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายผู้ลงทุนต่างชาติโดยการใช้อำนาจในฐานะรัฐผู้มีอำนาจอธิปไตยนำบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐที่บัญญัติใน

---

[76]ประยูร กาญจนดุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, หน้าเดียวกัน.

ภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญากับผู้ลงทุนต่างชาติมาบังคับใช้เพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงแก่สิทธิหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายผู้ลงทุนต่างชาติ

ดังนั้น เนื้อหาของสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่จึงมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการที่รัฐอนุญาตให้เอกชนสำรวจหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือกิจการที่รัฐมีอำนาจหน้าที่ให้บริการสาธารณะ และรัฐได้มอบให้เอกชนไปดำเนินการแทนรัฐ โดยกิจการดังกล่าวมักเป็นกิจการที่มีผลกระทบหรือเกี่ยวข้องกับประชาชน ซึ่งสัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาลักษณะพิเศษที่อาจเกิดจากการกำหนดข้อสัญญานั้นเอง[77]

ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาสัมปทานหรือไม่ จึงไม่ได้พิจารณาแต่เพียงชื่อของสัญญาเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาด้วย ซึ่งเนื้อหาของสัญญาที่จะถือว่าเป็นสัญญาสัมปทานนั้น จะต้องประกอบไปด้วย เป็นกิจการที่รัฐเท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิในการดำเนินการ ซึ่งการที่รัฐเป็นผู้มีสิทธิดำเนินการนี้ อาจเป็นเรื่องที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย หรือเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจก็ได้ เพราะรัฐวิสาหกิจโดยส่วนใหญ่ถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินการของรัฐ รัฐวิสาหกิจดังกล่าวเท่านั้นที่จะมีสิทธิในการดำเนินการได้

ตอนที่ 2 ประเภทของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทย

แนวความคิดในการจัดแบ่งประเภทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยปรากฏให้เห็นดังนี้

---

[77]เช่น สัญญาสัมปทานระหว่างกระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย และบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ข้อ 29 ให้สิทธิรัฐบาลที่จะยึดคืนหรือเวนคืนระบบหรือพื้นที่สัมปทานตามสัญญาได้โดยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท หรืออาจเกิดโดยกฎหมายบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473 มาตรา 16-31 ให้อำนาจแก่กรมทางหลวงในการออกกฎข้อบังคับเพื่อป้องกันภยันตรายตลอดจนสั่งให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติการใด ๆ อันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชน หรือพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 มาตรา 31 ให้อธิบดีกรมทางหลวงมีอำนาจเข้าครอบครองทางหลวงสัมปทาน และมีสิทธิและอำนาจสั่งการของผู้รับสัมปทานทั้งหมดในกรณีเพื่อป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน จนกว่าภัยพิบัติจะหมดไป เป็นต้น

1. <u>การแบ่งประเภทของสัญญาสัมปทานตามกฎหมายไทย กฎ และระเบียบของรัฐ</u>

ตามความหมายของสัมปทานในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานสามารถแบ่งสัญญาสัมปทานออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

ส่วนตามกฎหมายไทย กฎ และระเบียบของรัฐนั้น แม้จะไม่ปรากฏว่ามีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาสัมปทานให้เห็นได้ชัดเจน แต่หากพิจารณาจากกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง คือ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540 พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้วอาจแบ่งแยกประเภทของสัญญาสัมปทานออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ เช่นกัน คือ สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ กล่าวคือ

1.1 <u>สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ</u>

สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติที่พบในประเทศไทยในปัจจุบันประกอบด้วยสัมปทานปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2522 สัมปทานแร่ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 สัมปทานป่าไม้ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 และสัมปทานรังนกอีแอ่นตามพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540 ซึ่งเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้รัฐสามารถควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและสงวนรักษาทรัพยากรของชาติไม่ให้ถูกทำลายไปโดยไม่ได้รับประโยชน์คุ้มค่า แต่เนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้ประโยชน์โดยตรงแก่ผู้รับสัมปทาน มิได้เป็นการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ผู้รับสัมปทานจึงต้องจ่ายเงินค่าตอบแทนให้แก่รัฐเสมอตามที่กำหนดไว้ในสัมปทาน

ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ จึงหมายถึง สัญญาที่ฝ่ายปกครองซึ่งเรียกว่าผู้ให้สัมปทานฝ่ายหนึ่งอนุญาตให้เอกชนซึ่งเรียกว่าผู้รับสัมปทานอีกฝ่ายหนึ่งสำรวจหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยใช้ทุนและเทคโนโลยีของเอกชนในการดำเนินการ แล้วคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะได้รับค่าภาคหลวงเป็นการตอบแทนจากเอกชนผู้รับสัมปทาน

1.2 สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมอบอำนาจหน้าที่ในการบริการสาธารณะแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับไปดำเนินการแทนรัฐภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยให้สิทธิเอกชนในการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ได้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะตามกฎหมายไทยเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะตามที่กำหนดในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 หรือไม่ ซึ่งหากเป็นกิจการดังกล่าวแล้ว การให้สัมปทานก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าว และหากเป็นโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปก็จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ด้วย

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่พบในประเทศไทยนั้น ประกอบด้วยสัมปทานทางหลวง สัมปทานทางรถไฟ สัมปทานขุดคลอง สัมปทานการประปา สัมปทานชลประทาน สัมปทานไฟฟ้า และสัมปทานการจัดให้มีคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบการขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อ ซึ่งเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ดังนั้น โดยหลักการแล้ว ผู้รับสัมปทานจึงไม่จำต้องจ่ายเงินค่าสิทธิเป็นการตอบแทนให้แก่รัฐ เพราะบริการสาธารณะที่ให้สัมปทานเป็นกิจการที่จำเป็นแก่ประชาชน มิได้เป็นกิจการที่จัดทำเพื่อหารายได้ให้แก่รัฐ แต่ปัจจุบันแนวความคิดนี้อาจเปลี่ยนแปลงไปในประเทศไทย โดยรัฐมักเรียกให้เอกชนเสนอผลประโยชน์แก่รัฐด้วยการมีข้อผูกพันว่าต้องแบ่งรายได้บางส่วนให้รัฐเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับสิทธิที่ได้รับจากรัฐในการดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทานในช่วงเวลาหนึ่งโดยขึ้นอยู่กับเงื่อนไขสัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวน่าจะมาจากกรณีของรัฐวิสาหกิจ โดยเฉพาะในช่วงที่รัฐวิสาหกิจเริ่มหาหนทางให้เอกชนเข้ามาร่วมการงานเพื่อจะได้ไม่ต้องใช้เงินทุนของตนเองในการดำเนินบริการสาธารณะที่ได้มอบหมายจากรัฐ จึงทำให้การมอบหมายให้เอกชนเข้ามาร่วมการงานนี้มีการเรียกให้เอกชนเสนอผลประโยชน์ให้ด้วย กรณีดังกล่าวจึงอาจทำให้หน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐเกิดแนวความคิดว่าน่าจะมีการเรียกผลประโยชน์ตอบแทนจากเอกชนที่ได้รับสัมปทานบ้าง

นอกจากนั้น ยังปรากฏว่ามีกิจการอื่น ๆ ที่รัฐมอบหมายให้เอกชนไปดำเนินการแทนรัฐ ซึ่งกิจการเช่นว่านี้เป็นกิจการนอกเหนือไปจากกิจการสาธารณูปโภคที่กำหนดไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 สำหรับกิจการเช่นว่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากไม่ใช่กิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐเท่านั้นมีอำนาจทำได้แล้ว ก็ไม่ถือเป็นสัมปทานแต่อย่างใด

2. <u>การแบ่งประเภทของสัญญาสัมปทานตามเหตุผลและความจำเป็นในการให้สัมปทาน</u>

จากการศึกษาพบว่าเหตุผลและความจำเป็นในการให้สัมปทานมาจากมูลเหตุดังต่อไปนี้คือ

2.1 <u>จากอำนาจอธิปไตยของรัฐ</u>

สัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมาจากหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและทรัพยากรธรรมชาติ สิทธิเหนือทรัพยากรธรรมชาติจึงย่อมเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของรัฐที่จะกระทำการใด ๆ เหนือทรัพยากรธรรมชาตินั้น ด้วยเหตุนี้ หากเอกชนจะทำหรือแสวงหาประโยชน์ใด ๆ ในทรัพยากรธรรมชาติ จึงจำเป็นต้องได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากรัฐก่อน[78] หลักดังกล่าวได้รับการรับรองจากสหประชาชาติโดยมติของสมัชชาใหญ่ที่ 1803 (XVII) เมื่อ ค.ศ. 1962 และโดยที่การทำหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในบางกรณีจะต้องใช้เงินทุนจำนวนมหาศาลและความรู้ความสามารถทางเทคโนโลยีใหม่ ๆ ซึ่งรัฐอาจมีเงินทุนไม่เพียงพอหรือไม่มีความชำนาญเป็นพิเศษในทางเทคโนโลยี รัฐจึงจำเป็นต้องอาศัยทุนและเทคโนโลยีของเอกชนต่างชาติมาช่วยดำเนินการและเพื่อถ่ายทอดเทคโนโลยี ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดแนวความคิดว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิของรัฐที่มีอยู่เหนือทรัพยากรธรรมชาติแก่เอกชนด้วยการให้สัมปทานอันเป็นพื้นฐานของแนวความคิดว่าด้วยการให้สัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐให้สัมปทานกับเอกชน ได้แก่ ปิโตรเลียม แร่ธาตุ ป่าไม้ แก๊สธรรมชาติ และรัฐก็จะได้รับค่าภาคหลวง (Royalties) เป็นการตอบแทนที่ให้สัมปทานแก่เอกชนภายในเวลาที่กำหนด โดยรัฐจะออกใบสัมปทานเพื่อให้สิทธิในการดำเนินการแก่เอกชน ซึ่งสิทธิในสัมปทานดังกล่าวเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่กฎหมายรับรองว่าเป็นทรัพย์สิน เมื่อเป็นทรัพย์สินแล้วก็อาจจะมีการโอน ยกให้ จำหน่ายแก่กันได้ รวมทั้งอาจมีการยึดมาบังคับชำระหนี้กันได้ เว้นแต่สัมปทานนั้นจะมีเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะว่าเป็นการเฉพาะตัวให้แก่ผู้รับสัมปทานเท่านั้น การให้สัมปทาน

---

[78]ปรากฏหลักการนี้ให้เห็นอย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461

มาตรา 4 “เพราะเหตุว่าที่ดินและแร่โลหธาตุทั้งหลายในพระราชอาณาจักร์ ย่อมเปนของหลวงโดยพระบรมเดชานุภาพ ถึงผู้หนึ่งผู้ใดได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหวงห้ามที่ดินได้กรรมสิทธิ์เพื่อทำการเพาะปลูกสร้างบ้านเรือน หรือเพาะปลูกพืชน์พรรณไม้ หรือเพื่อการอย่างอื่นประการใด ถ้ามิได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ทำเหมืองแร่ หรือตรวจหาแร่ในที่นั้นแล้ว กรรมสิทธิ์ซึ่งหวงห้ามที่ดินไว้ได้นั้น ไม่มีอำนาจตลอดไปถึงที่จะขุดหา หรือทำเหมืองแร่ในที่ซึ่งตนหวงห้ามไว้นั้นเลย”

ทรัพยากรธรรมชาติจึงเป็นการที่รัฐมอบสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้แก่ผู้รับสัมปทานไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวโดยผู้รับสัมปทานจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ

ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญของสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ คือ รัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ และเป็นการนำเอาทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ โดยรัฐให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนในการดำเนินการนั้นแทนรัฐ

นอกจากรัฐจะมีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติแล้ว ยังมีทรัพยากรของรัฐบางประเภทที่รัฐเท่านั้นเป็นเจ้าของได้ เช่น วงจรดาวเทียม และคลื่นความถี่ ทั้งนี้ เนื่องจากทรัพยากรดังกล่าวเป็นทรัพยากรที่มีอยู่จำกัด ดังนั้น สิทธิเหนือทรัพยากรของรัฐเช่นว่านั้นจึงย่อมเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของรัฐ ซึ่งหากเอกชนจะใช้หรือให้บริการในทรัพยากรของรัฐเช่นว่านั้นก็จำต้องได้รับความยินยอมของรัฐก่อนเช่นกัน

2.2 <u>จากอำนาจหน้าที่ของรัฐในการบริการสาธารณะ</u>

เนื่องจากรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ (Public Service) เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน[79] ซึ่งในอดีตนั้นรัฐจะดำเนินการให้บริการสาธารณะเองทั้งหมด และต่อมารัฐได้เพิ่มวิธีการจัดทำบริการสาธารณะโดยจัดตั้งเป็นองค์การของรัฐประเภทพิเศษขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะประเภท แต่ต่อมาจากการที่รัฐมีภารกิจมากและมีเงินงบประมาณที่จำกัดในขณะที่การให้บริการสาธารณะมีเป็นจำนวนมาก และกิจการบางอย่างจำเป็นต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากและเทคโนโลยีใหม่ ๆ จากต่างประเทศเพื่อพัฒนาการบริการสาธารณะให้มีความก้าวหน้าทัดเทียมกับประเทศอื่นใดในโลก รัฐจึงใช้วิธีมอบอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่เอกชนรับไปดำเนินการแทนทั้งหมดหรือบางส่วน และโดยที่กิจการบริการสาธารณะดังกล่าวนี้มักจะมีกฎหมายห้ามมิให้เอกชนจัดทำ เมื่อเอกชนจะจัดทำจึงต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐเสียก่อน เมื่อรัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนจึงสามารถเข้ามาดำเนินการได้ทั้งโดยวิธีการตามกฎหมายเอกชนและตามกฎหมายมหาชน[80] ซึ่งหากเป็นการทำตามวิธีการในกฎหมายมหาชนแล้ว ก็จะเป็นเรื่องของการให้สัมปทานบริการสาธารณะ (Concession of Public Service) อัน

---

[79] บริการสาธารณะ หมายความถึง กิจการที่อยู่ในความอำนวยการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน, อ้างในประยูร กาญจนดุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.31, 37, 108.

[80] ประยูร กาญจนดุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.145.

เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและด้วยความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ได้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้นได้[81] ซึ่งเป็นข้อดีของการให้สัมปทานบริการสาธารณะ คือ เป็นการประหยัดเงินของรัฐที่ทำให้รัฐไม่ต้องนำเงินงบประมาณแผ่นดินมาลงทุนและเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินกิจการที่ให้สัมปทานนั้นเพราะเอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนแทนรัฐ และรัฐยังไม่ต้องเสี่ยงภัยในการลงทุนสำหรับกิจการทางเศรษฐกิจ เพราะเอกชนผู้รับสัมปทานต้องทำกิจการด้วยความเสี่ยงภัยของตนเอง นอกจากนั้น รัฐยังสามารถนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ มาจากต่างประเทศได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายด้วยตนเองอีกด้วย ซึ่งข้อกำหนดที่เป็นไปตามกฎหมายมหาชนนี้ เป็นการวางระเบียบเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองและผู้รับสัมปทานจะตกลงแก้ไขเป็นอย่างอื่นให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายที่กำหนดไว้ไม่ได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าประชาชนจะได้รับบริการสาธารณะอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ ส่วนข้อกำหนดที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนซึ่งกำหนดผลประโยชน์สิทธิและหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้รับสัมปทานที่อาจมีการต่อรองกันได้[82]

องค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งของสัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะ คือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีทั้งสิทธิและอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการให้บริการสาธารณะเช่นว่านั้นแก่ประชาชน จึงจะสามารถให้สัมปทาน หรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนได้ หากหน่วยงานของรัฐนั้นมีเพียงอำนาจหน้าที่แต่ไม่มีสิทธิให้สัมปทานแล้ว ก็ไม่สามารถมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนได้

"บริการสาธารณะ" มีลักษณะสำคัญคือ เป็นกิจการที่อยู่ในความอำนวยการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง มีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน การจัดระเบียบและวิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยบทกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ บริการสาธารณะจะต้องดำเนินการอยู่เป็นนิจและสม่ำเสมอโดยไม่มีการหยุดชะงัก และเอกชนย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน[83] จึงเป็นพื้นฐานของแนวความคิดว่าด้วยการให้สัมปทานบริการสาธารณะ

---

[81] *เพิ่งอ้าง*, น.146.

[82] *เพิ่งอ้าง*, น.148.

[83] *เพิ่งอ้าง*, น.110-115.

สัมปทานบริการสาธารณะมีทั้งสัมปทานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง และสัมปทานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชกรรม

โดยที่การจัดทำบริการสาธารณะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และเพียงเท่าที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น และเนื่องจากบริการสาธารณะที่ให้สัมปทานส่วนใหญ่มักเป็นกิจการสาธารณูปโภคที่กฎหมายห้ามมิให้เอกชนทำได้เองอย่างอิสระเหมือนกับธุรกิจทั่วไป ใครจะทำต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากฝ่ายปกครองก่อน ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองต้องคอยป้องกันรักษาประโยชน์ของประชาชนไม่ให้เอกชนผู้ใดทำความเดือดร้อนแก่ประชาชน หรือทำให้ประโยชน์สาธารณะเสื่อมเสียไป[84] ซึ่งเมื่อรัฐให้สัมปทานแก่เอกชนไปจัดทำแทนแล้วก็อาจจะมีข้อเสียบางประการได้ เช่น ทำให้เป็นภาระหนักแก่ประชาชนผู้ใช้บริการที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าที่ฝ่ายปกครองจะจัดทำเอง เพราะค่าบริการที่ฝ่ายปกครองยอมให้ผู้รับสัมปทานเรียกเก็บนั้นย่อมบวกกำไรเข้าไว้ด้วย ไม่เหมือนกับบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเอง ซึ่งมิได้มุ่งหากำไรเป็นที่ตั้งเหมือนกับเอกชนผู้รับสัมปทาน นอกจากนั้น หากเกิดเหตุการณ์ที่ผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้เพราะถูกกระทบกระเทือนจากเหตุการณ์อันมิได้เกิดจากความผิดของผู้รับสัมปทาน รัฐก็จำเป็นต้องเข้าค้ำจุนไว้ไม่ให้กิจการนั้นต้องล้มเลิกไปเพราะจะทำให้ประชาชนเดือดร้อนและไม่ได้รับความสะดวก ดังนั้น รัฐจึงต้องระมัดระวังในการให้สัมปทานบริการสาธารณะ และต้องพยายามเลือกสรรบุคคลที่จะเป็นผู้รับสัมปทานให้ได้ผู้ที่มีความสามารถและมีเงินทุนอย่างเพียงพอที่จะดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทานให้เป็นประโยชน์แก่ประชาชนได้อย่างสมบูรณ์

จากเหตุผลและความจำเป็นในการให้สัมปทานดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงอาจแยกประเภทของสัญญาสัมปทานเป็น 2 ประเภทเช่นเดียวกัน คือ สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

3. <u>การแบ่งประเภทของสัญญาสัมปทานตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทย</u>

จากการศึกษาพบว่านักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่แบ่งสัญญาสัมปทานออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ[85]เช่น

---

[84]*เพิ่งอ้าง*, น.148.

[85]ไชยวัฒน์ บุนนาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน”, <u>วารสารสภาทนายความ</u>, ฉบับที่ 24, น.45 (ตุลาคม – พฤศจิกายน 2539).

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล ได้แบ่งแยกประเภทของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและสัญญาสัมปทานการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ[86]

อาจารย์คัมภีร์ แก้วเจริญ ได้แบ่งสัญญาสัมปทานออกเป็น 2 กลุ่ม คือ สัญญาทรัพยากรธรรมชาติ และสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ[87]

อาจารย์ไชยวัฒน์ บุนนาค เห็นว่า สัมปทานที่พบในกฎหมายไทยเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งพอแบ่งออกได้เป็นประเภท คือ สัมปทานบริการสาธารณะ กับสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

ศาสตราจารย์เข็มชัย ชุติวงศ์ เห็นว่า สัญญาสัมปทานมี 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะอันเป็นสัญญาซึ่งภาครัฐให้เอกชนมีสิทธิเข้ามาทำบริการสาธารณะซึ่งอาจจะเข้ามาทำเองทั้งหมด หรือเข้ามาในลักษณะร่วมงานกับภาครัฐก็ได้ กับสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามามีสิทธิสำรวจ แสวงหาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งสัญญาสัมปทานทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกัน[88]

4. <u>การแบ่งประเภทของสัญญาสัมปทานตามที่ปรากฏอยู่จริงในปัจจุบัน</u>

หากพิจารณาจากประเภทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยตามที่ปรากฏอยู่จริงในปัจจุบันแล้วก็มีการแบ่งเป็น 2 ประเภทเช่นกัน เพียงแต่ในแต่ละประเภทอาจแบ่งออกได้เป็นหลายรูปแบบดังนี้

4.1 <u>สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ และสัญญาสัมปทานทรัพยากรของรัฐ</u>

นอกเหนือจากทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐเป็นเจ้าของแล้ว ยังมีทรัพยากรของรัฐบางประเภทที่รัฐเท่านั้นเป็นเจ้าของได้ เช่น วงจรดาวเทียม, คลื่นความถี่ ดังนั้น การที่เอกชนจะใช้หรือให้บริการใด ๆ จึงต้องได้รับสัมปทานจากรัฐก่อน

4.2 <u>สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ</u>

รูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเริ่มต้นมาจากหนังสือสัญญาอนุญาต (Concession) ที่จะมีผลต่อเมื่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวพระราชทานพระบรมราชานุญาต ซึ่งทำให้สัญญาสัมปทานประกอบไปด้วยสัญญาพระบรมราชานุญาตและพระราชหัตถเลขา

---

[86]ประยูร กาญนดุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, หน้าเดียวกัน.

[87] คัมภีร์ แก้วเจริญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.193-194.

[88] เข็มชัย ชุติวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27.*

พระราชทานพระบรมราชานุญาต อันเป็นสัญญาที่อนุญาตให้ผู้รับอนุญาตมีอำนาจสิทธิขาดแต่ฝ่ายเดียวในการดำเนินกิจการที่ได้รับอนุญาตในระยะเวลาหนึ่ง และให้อำนาจผู้รับสัญญากำหนดอัตราค่าบริการได้ ต่อมาหนังสือสัญญาอนุญาตดังกล่าวได้พัฒนามาเป็นสัมปทาน โดยมีการนำสัญญามาเป็นเครื่องมือในการให้สัมปทานด้วยการจัดทำในรูปแบบของสัญญาสัมปทาน และต่อมาก็หมายรวมถึงการให้เอกชนเข้ามาร่วมการงานและดำเนินกิจการของรัฐด้วย หากกิจการที่เอกชนเข้ามาร่วมงานกับรัฐนั้นเป็นกิจการบริการสาธารณะที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการ ซึ่งรัฐอาจเป็นผู้จัดทำเองหรืออนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะโดยการให้สัมปทานหรือให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น อย่างไรก็ดี ต่อมาผลจากการที่มีโครงการของรัฐหลายโครงการ ไม่สามารถหาเอกชนเข้ารับสัมปทานได้ ซึ่งก็น่าจะมาจากการที่รัฐให้เอกชนเสนอผลประโยชน์ให้ก่รัฐจนทำให้มูลค่าของการลงทุนสูงจนไม่คุ้มค่ากับการลงทุน จึงได้นำไปสู่การแก้ไขปัญหาด้วยการจัดทำสัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) ซึ่งกรณีสัญญาจ้างเหมาเบ็ดเสร็จนี้ มิใช่สัญญาสัมปทาน แต่มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาสัมปทานในบางส่วน คือ เอกชนหาแหล่งเงินทุนเอง ออกแบบก่อสร้างดำเนินโครงการจนแล้วเสร็จ แต่รัฐต้องจ่ายเงินคืน ในขณะที่สัญญาสัมปทาน ไม่ต้องใช้เงินของรัฐ

ปัจจุบันสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะอาจแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบดังนี้

4.2.1 รูปแบบ BTO (Build Transfer Operate) อันเป็นรูปแบบที่เอกชนคู่สัญญาจะเป็นผู้ลงทุน ออกแบบ และดำเนินการก่อสร้างในโครงสร้างทั้งหมด และเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จเอกชนก็จะโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้าง รวมทั้งสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินในโครงการให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หลังจากนั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะให้เอกชนคู่สัญญาเป็นผู้บริหารโครงการตลอดอายุสัมปทาน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมักจะยินยอมให้เอกชนนำสิทธิตามสัญญาไปเป็นหลักประกันต่อแหล่งเงินกู้ได้[89] ข้อดีของการทำสัญญาในรูปแบบนี้คือจะทำให้มีหลักประกันว่า

---

[89]รูปแบบสัญญาสัมปทานนี้มักใช้กันโดยส่วนใหญ่ในปัจจุบัน ซึ่งกระทรวงคมนาคมเคยมีหนังสือด่วนที่สุดที่ คค 0207/1502 หารือสำนักงานอัยการสูงสุดว่า การร่วมลงทุนในรูปแบบของการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเพื่อดำเนินธุรกิจด้วยการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศตามโครงการจัดตั้งเขตประมวลและบริการสารสนเทศ (Data Processing Zone หรือ DPZ) มีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องใช้รูปแบบการร่วมลงทุนแบบ BTO เฉพาะที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านโทรคมนาคม และสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นตามหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ อส 0017/6364 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2538 ว่า การให้เอกชนเข้าร่วมการงานกับภาครัฐในกิจการโทรคมนาคมนั้น ไม่มีกฎหมายบังคับว่าจะต้องทำสัญญาร่วมการงานที่ให้เอกชนคู่สัญญา

สิ่งก่อสร้างและทรัพย์สินในโครงการซึ่งจะต้องนำมาใช้เพื่อให้บริการแก่ประชาชนจะปลอดจากความเสี่ยงภัยที่จะถูกบังคับคดีจากเจ้าหนี้ของเอกชนคู่สัญญา และป้องกันข้อขัดแย้งเรื่องสิทธิในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ตัวอย่างของสัญญาสัมปทานรูปแบบนี้ เช่น สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 เป็นต้น

4.2.2 รูปแบบ BOT (Build Operate Transfer) อันเป็นรูปแบบที่เอกชนคู่สัญญาจะเป็นผู้ลงทุน ออกแบบ ก่อสร้าง และบริหารจัดการ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้ว เอกชนยังคงถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการและดำเนินการบริหารงานต่อไปจนครบอายุสัญญา แล้วเอกชนจึงโอนทรัพย์สินและกิจการทั้งหมดให้แก่รัฐ เช่น โครงการเอกชนร่วมลงทุนขยายการประปาปทุมธานี-รังสิตของการประปาส่วนภูมิภาค

4.2.3 รูปแบบ BOO (Build Own Operate) อันเป็นรูปแบบที่เอกชนคู่สัญญาจะเป็นผู้ลงทุนดำเนินการและเป็นเจ้าของกิจการและดำเนินการบริหารงานต่อไปจนครบอายุสัญญา โดยไม่มีการโอนทรัพย์สินให้แก่รัฐ แต่รัฐรับซื้อผลผลิตโดยเปิดโอกาสให้เอกชนประมูลแข่งขันเพื่อดำเนินกิจกรรมของรัฐวิสาหกิจ

จัดหาแหล่งเงินทุนและก่อสร้างในโครงการแล้วโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างให้ภาครัฐ โดยภาครัฐจะให้เอกชนคู่สัญญาบริหารโครงการต่อไปตามกำหนดเวลาเท่านั้น เพียงแต่การทำสัญญาในรูปแบบนี้ จะทำให้มีหลักประกันว่า สิ่งก่อสร้างและทรัพย์สินในโครงการจะต้องนำมาใช้เพื่อให้บริการแก่ประชาชนจะปลอดจากความเสี่ยงภัยที่จะต้องถูกบังคับจากเจ้าหนี้ของเอกชนคู่สัญญาและป้องกันข้อขัดแย้งเรื่องสิทธิในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย, คำวินิจฉัยที่ 196/2541 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 7 พ.ศ. 2540-2541, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดอุดมศึกษา, 2545), น.480-482.

นอกจากนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดเคยตอบข้อหารือของสัญญาแบบ BTO ว่า การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน โดยการทำสัญญาแบบ BTO เป็นเรื่องเจตนาของคู่สัญญาซึ่งมีสิทธิกระทำได้โดยชอบ ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือการแข่งขันโดยเสรีอย่างไม่เป็นธรรมตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ประการใดได้, คำวินิจฉัยที่ 196/2541 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 7 พ.ศ.2540-2541, *เพิ่งอ้าง*, น. 480-482.

การทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยไม่มีกฎหมายบังคับว่าจะต้องทำในรูปแบบใด จึงเป็นดุลยพินิจของหน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของโครงการ แต่รูปแบบ BOT และ BOO จะมีลักษณะดึงดูดเอกชนเข้ามาร่วมโครงการได้มาก เพราะการที่เอกชนยังคงถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการตลอดระยะเวลาสัญญา ทำให้เอกชนสามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปเป็นประกันในการกู้ยืมเงินเพื่อลงทุนในโครงการได้ ทำให้สามารถหาแหล่งเงินทุนได้ง่ายและไม่เป็นภาระแก่เอกชนมากเกินไป ในขณะที่รูปแบบ BTO จะมีความดึงดูดน้อยกว่า เพราะเอกชนผู้ลงทุนไม่สามารถจะใช้ทรัพย์สินในโครงการเป็นหลักประกันเงินกู้ได้ ทำให้ต้องระดมทุนจากแหล่งอื่น ซึ่งในโครงการที่มีความเสี่ยงมาก ๆ รัฐอาจต้องร่วมลงทุนในโครงการด้วย จึงจะทำให้โครงการเกิดความดึงดูดเพียงพอที่จะมีเอกชนเข้าร่วมลงทุน อย่างไรก็ดี โดยที่รูปแบบ BOT และ BOO ทำให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ฐานะของทรัพย์สินในโครงการ เพราะหากเอกชนดำเนินงานผิดพลาดจนประสบภาวะขาดทุน และถูกเจ้าหนี้ฟ้องบังคับคดีหรือฟ้องล้มละลาย เจ้าหนี้อาจเข้ามาบังคับยึดทรัพย์ในโครงการ ทำให้การดำเนินงานตามโครงการอาจต้องหยุดชะงักและก่อความเสียหายแก่ประชาชนได้ สำนักงานอัยการสูงสุดจึงมีแนวทางที่จะให้รูปแบบสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมการงานของเอกชนในโครงการบริการสาธารณะต่าง ๆ เป็นแบบ BTO ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงและต่อเนื่องของการดำเนินการโครงการ และเพื่อให้ทรัพย์สินในโครงการไม่ต้องเสี่ยงต่อการถูกบังคับคดีหากเอกชนถูกฟ้องร้อง แต่ในสัญญาบางโครงการที่ทรัพย์สินในโครงการมีทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ก็อาจใช้รูปแบบผสมผสานกันระหว่าง BTO และ BOT แต่หากเป็นโครงการที่ต้องลงทุนมากและคาดว่าจะมีเอกชนให้ความสนใจน้อยก็อาจจะใช้รูปแบบ BOT แต่จะแก้ไขเพิ่มเติมในสัญญาข้ออื่นเพื่อมิให้โครงการดังกล่าวต้องเสี่ยงจากการถูกยึดทรัพย์บังคับคดี เช่น หากจะต้องมีการบังคับชำระหนี้เอากับหลักประกันแล้ว เอกชนจะต้องจัดให้โครงการสามารถให้บริการเพื่อประโยชน์แก่สาธารณชนต่อไปได้ตลอดระยะเวลาสัญญา เป็นต้น[90]

สำหรับสัญญาที่ไม่ได้เรียกชื่อว่าเป็นสัญญาสัมปทาน แต่อยู่ในความหมายของสัญญาสัมปทานนั้น จะต้องเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่จัดทำขึ้นเพื่อดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งทำนองเดียวกับสัมปทาน และเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเช่นเดียวกับสัญญาสัมปทาน เช่น มีการให้สิทธิบางประการแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน มีการแบ่งผลประโยชน์ร่วมกัน[91] มีระยะเวลาของ

---

[90] จุลสิงห์ วสันตสิงห์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.46-51.

[91] กรณีสัญญาร่วมทุนนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดเคยได้วินิจฉัยไว้ว่า จะต้องเป็นเรื่องที่มีการร่วมลงทุนหรือให้สิทธิบางประการแก่คู่สัญญา และมีการแบ่งผลประโยชน์กัน, คำวินิจฉัยที่ ห. 21/2538 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, <u>คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการ</u>

สัญญาที่ค่อนข้างยาวนาน โดยในการพิจารณาอาจพิจารณาจากมูลเหตุของการจัดทำสัญญาดังกล่าวว่ามาจากกรณีที่รัฐต้องการให้สัมปทานกับเอกชน แต่ไม่สามารถให้สัมปทานได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ โดยกฎหมายให้รัฐนั้นเป็นผู้ดำเนินการเอง รัฐจึงต้องจัดทำสัญญาในรูปแบบอื่นเพื่อให้เอกชนเข้ามาลงทุนกับรัฐใช่หรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว สัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้ก็อาจจัดได้ว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานในรูปแบบหนึ่ง เช่น สัญญาที่เรียกตามชื่อของโครงการนั้น ๆ สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนกับบริษัทเอกชน สัญญาอนุญาตให้เอกชนดำเนินกิจการ[92] เป็นต้น

สูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ.2537-2539, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.179.

[92]เช่น สัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการให้บริการโทรศัพท์สาธารณะแบบใช้บัตร (Cardphone) ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท แอ๊ดว๊านซ์ อินฟอร์เมชั่น ซิสเต็มส์ จำกัด ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยว่า "เห็นว่าสัญญาระหว่าง ทศท. กับ AIS เป็นสัญญาที่ภาครัฐให้สัมปทานหรืออนุญาตให้เอกชนมีสิทธิให้บริการโทรศัพท์สาธารณะแบบใช้บัตรแก่ประชาชน การที่จะถือว่าภาครัฐให้สัมปทานแก่เอกชนคู่สัญญาเป็นการผูกขาดหรือมีสิทธิแต่ผู้เดียว (โดยผู้อื่นจะเข้ามาให้บริการแข่งขันมิได้) หรือไม่นั้น จำต้องดูจากข้อความในสัญญาเป็นหลัก ในกรณีหากภาครัฐประสงค์จะให้สัมปทานในลักษณะผูกขาด จำต้องระบุในสัญญาอย่างชัดแจ้ง เนื่องจากกิจการให้บริการโทรศัพท์เป็น "กิจการขั้นพื้นฐาน" ที่ภาครัฐจะต้องให้เป็นประโยชน์แก่ประชาชนผู้รับบริการ การที่ภาครัฐไม่ดำเนินการเองแต่ให้ภาคเอกชนเข้ามีส่วนร่วม ซึ่งหากเป็นการเข้าร่วมโดยเอกชนหลายราย ย่อมอำนวยประโยชน์แก่ประชาชนมากกว่า เพราะจะเกิดการแข่งขันและประชาชนอาจใช้บริการได้ในราคาค่าใช้จ่ายที่ต่ำลง...ดังนั้น การที่ ทศท. ...ประกาศเงื่อนไขการพิจารณาคัดเลือกใหม่....มีเงื่อนไขใหม่ความว่า เพื่อให้สิทธิบริการเครื่องโทรศัพท์สาธารณะแบบใช้บัตรทั่วราชอาณาจักรเป็นเวลาสิบปี..ไม่มีข้อความให้ AIS มีสิทธิดำเนินการแต่เพียงผู้เดียวทั่วราชอาณาจักร กรณีจึงต้องถือว่าเงื่อนไขการพิจารณาของเดิมที่อนุญาตให้ AIS มีสิทธิดำเนินการแต่เพียงผู้เดียวได้ถูกยกเลิกแล้ว...เมื่อสัญญาอนุญาต ฯ ข้อ 1 ซึ่งกำหนดขอบเขตของสิทธิที่ให้อนุญาต AIS มิได้กำหนดว่าเป็นสิทธิผูกขาดเพียงผู้เดียว (exclusive right) ....สิทธิอนุญาตดำเนินกิจการโทรศัพท์แบบใช้บัตรที่ ทศท. ให้แก่ AIS จึงมิใช่ผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว และ ทศท. ย่อมมีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นดำเนินกิจการโทรศัพท์สาธารณะแบบใช้บัตรได้", คำวินิจฉัยที่ หสต. 4/2539 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงาน

ตอนที่ 3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น อาจเป็นได้ดังนี้

1. กฎหมายไทย

หากพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น ไม่ว่าผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ลงทุนไทยหรือผู้ลงทุนต่างชาติก็ตาม มักกำหนดให้นำกฎหมายไทยมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งน่ามาจากสัมปทานในประเทศไทยเป็นไปโดยกฎหมายและมาจากอำนาจในการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีอำนาจมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และส่วนใหญ่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเป็นผู้กำหนดสัญญาไว้ล่วงหน้าก่อนทำสัญญาอยู่แล้วว่าจะใช้กฎหมายไทย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายไทยที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานนั้น จึงอาจนำมาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หรือในฐานะที่เป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาสัมปทานได้จัดทำขึ้น สำหรับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานนั้น ปรากฏให้เห็นดังนี้

1.1 กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานดังนี้

1.1.1 พระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก ร.ศ.116 (พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484)

กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ใดตัดต้นไม้สักโดยไม่ได้รับสัญญาอนุญาตของรัฐบาล หรือไม่ได้รับใบอนุญาตของเจ้าพนักงานของกรมป่าไม้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้สัมปทานนั่นเองแต่ยังมิได้ใช้คำว่าสัมปทาน

1.1.2 พระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461 (พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510)

กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนการทำเหมืองแร่ในประเทศไทย โดยผู้ใดจะทำการตรวจหาแร่ หรือขุดแร่มิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐบาล ซึ่งกฎหมายนี้มิได้ใช้คำว่า "สัมปทาน" แต่จะใช้คำว่า "ประทานบัตร" สำหรับหนังสือสัญญาที่ให้อำนาจทำเหมืองแร่ และ

<u>อัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ. 2537-2539</u>, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.430-434.

“อาชยาบัตร” สำหรับหนังสือที่ให้ตรวจหาแร่ ซึ่งประทานบัตรนั้นกำหนดว่าต้องให้รัฐมนตรีลงนามก่อนจึงจะใช้ได้ตามกฎหมาย

1.1.3 พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟแลทางหลวง พ.ศ.2464 (พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494)

กฎหมายนี้กำหนดให้รถไฟแผ่นดินเป็นสมบัติของแผ่นดิน และห้ามมิให้สร้างรถไฟราษฎร์ขึ้นในพระราชอาณาจักร เว้นแต่จะมีประกาศพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ โดยให้อำนาจกรมรถไฟมีหน้าที่ให้สัมปทานสร้างรถไฟราษฎร์ และมีอำนาจในการเข้าทำสัญญากับผู้รับอนุญาตให้สร้างทางรถไฟ โดยมาตรา 94 กำหนดให้กิจการรถไฟเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ เอกชนผู้ประสงค์จะทำกิจการรถไฟจะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ

1.1.4 พระราชบัญญัติอากรรังนก พ.ศ.2467 (พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540)

สืบเนื่องจากรังนกอีแอ่นซึ่งมีอยู่ตามเกาะต่าง ๆ ในพระราชอาณาเขตต์เป็นประเพณีที่รัฐบาลหวงห้ามไว้เป็นของแผ่นดิน และกระทรวงพระคลังมหาสมบัติได้จัดการประมูลให้มีผู้รับผูกขาดเก็บรังนกจำหน่ายได้เงินเป็นผลประโยชน์แก่แผ่นดิน แต่ยังไม่มีพระราชบัญญัติชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาที่เมื่อจับผู้ร้ายได้ ศาลก็ไม่ลงโทษ เพราะถือว่าเป็นของที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ และไม่มีหลักฐานอันชอบด้วยกฎหมายว่ารัฐบาลหวงห้ามไว้ กระทรวงพระคลังมหาสมบัติจึงเห็นว่าจำเป็นต้องมีกฎหมายเป็นหลักฐาน และได้ร่างกฎหมายอากรรังนก

1.1.5 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 (พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ประกาศ ณ วันที่ 26 มกราคม 2515)

คำว่า “สัมปทาน” อันเกี่ยวกับสัมปทานบริการสาธารณะปรากฏเป็นในกฎหมายไทยเป็นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยเรียกว่า “สัมประทาน” กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเนื่องมาจากพาณิชย์และอุตสาหกรรมของประเทศได้พัฒนาไปมาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมกิจการค้าขายทั้งหลายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน เพื่อคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของประชาชนให้เป็นที่เรียบร้อย โดยมาตรา 4 กำหนดห้ามมิให้บุคคลผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในประเทศไทย เว้นแต่จะได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือได้รับสัมประทานแล้ว หรือเมื่อพระบรมราชานุญาตหรือสัมประทานที่ได้ไว้นั้นถูกถอนเสียหรือสิ้นอายุลงแล้ว ซึ่งในการพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมประทานนั้นรัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็น เพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน

ก็ได้ กฎหมายนี้เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ให้ความหมายของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ ซึ่งในปัจจุบันกิจการเหล่านี้เรียกว่าบริการสาธารณะ คือ การรถไฟ รถราง ขุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน

1.1.6 พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473 (พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542)

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายฉบับแรกเกี่ยวกับการให้สัมปทานการบริการสาธารณะ อันเป็นกฎหมายที่กำหนดให้การสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงเป็นกิจการที่รัฐผูกขาด ห้ามมิให้เอกชนสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงในพระราชอาณาจักร เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจแห่งสัมประทานที่ได้รับจากรัฐบาล

1.1.7 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484

กฎหมายฉบับนี้ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติรักษาต้นไม้สัก ร.ศ.116 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐบาลในการให้สัมปทานทำไม้หวงห้าม รวมทั้งการเก็บของป่าหวงห้ามจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือได้รับสัมปทาน ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตนี้จะต้องเสียค่าภาคหลวงแก่รัฐบาล กฎหมายนี้จึงเป็นกฎหมายที่ปรากฏคำว่า “สัมปทาน” สำหรับการให้สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ คือ ป่าไม้ เป็นครั้งแรก โดยกำหนดไว้ในมาตรา 63 ให้รัฐบาลมีอำนาจในการให้สัมปทานทำไม้หรือเก็บของป่า

1.1.8 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510

กฎหมายนี้ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ. 2461 ร.ศ.120 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมต่าง ๆ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 43 ห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมืองแร่ในที่ใดไม่ว่าที่ทำเหมืองแร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับประทานบัตร

1.1.9 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

กฎหมายนี้ได้ถูกตราขึ้นจากความจำเป็นในทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ และจากนโยบายของรัฐบาลที่จะส่งเสริมให้สำรวจและผลิตปิโตรเลียมเพื่ออำนวยประโยชน์แก่รัฐ ซึ่งเป็นกฎหมายที่นับว่ามีรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องของสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ คือ ปิโตรเลียมมากที่สุด เช่น สิทธิในการถือสัมปทานไม่อยู่ในความรับผิดแห่งการบังคับคดี การให้สัมปทาน การเพิกถอนสัมปทาน และแสดงถึงความชัดเจนในการให้สัมปทานว่าเป็นการให้แก่เอกชน เพราะไม่ใช้บังคับแก่กระทรวง ทบวง กรม ที่มีหน้าที่เกี่ยวกับกิจการปิโตรเลียม โดยกำหนดชัดเจนว่า ปิโตรเลียมเป็นของรัฐ ผู้ใดสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมในที่

ใดไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือของบุคคลอื่นต้องได้รับสัมปทาน[93] ตามกฎหมายนี้ รัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจให้สัมปทาน ซึ่งเป็นการแสดงหลักเกณฑ์ให้เห็นชัดว่าการให้สัมปทานจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ

1.1.10 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ประกาศ ณ วันที่ 26 มกราคม 2515

ในปี พ.ศ. 2515 ได้มีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 โดยได้ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 กฎหมายนี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน และกำหนดให้รัฐเป็นเจ้าของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค โดยให้ความหมายของ “กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค” ว่าหมายถึงกิจการดังต่อไปนี้ คือ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา กฎหมายนี้ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง โดยมีการกำหนดกระทรวงผู้มีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับกิจการนั้นด้วย และให้รัฐมนตรีเป็นผู้ให้สัมปทานกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน นอกจากนั้น ยังกำหนดกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี 8 ประเภท คือ ประกันภัย คลังสินค้า ธนาคาร, ออมสิน เครดิตฟองซิเอออร์ การรับรอง/รับซื้อตั๋วเงิน การซื้อลดตั๋วเงิน การซื้อขายตราสารแสดงสิทธิในหนี้สิน/ทรัพย์สิน กฎหมายฉบับนี้จึงมีทั้งกรณีที่ต้องได้รับสัมปทานและกรณีที่ต้องได้รับอนุญาต โดยหากเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคก็ให้เป็นรูปของ “สัมปทาน” แต่ถ้าเป็นการประกอบกิจการบางอย่างที่กำหนดไว้ก็ให้เป็นเรื่องของการ “อนุญาต” ในการให้สัมปทานนั้น รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้ และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขดังกล่าวก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นี้ก็ไม่ใช้บังคับกับการประกอบกิจการที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ

1.1.11 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

แม้กฎหมายนี้จะไม่ได้บัญญัติในเรื่องของสัมปทานโดยตรง แต่หากสัญญาสัมปทานใดมีเงื่อนไขสัญญาในเรื่องของการส่งเสริมลงทุนแล้ว ย่อมทำให้สัญญานั้นอยู่ภายใต้

---

[93]มาตรา 23 วรรค 1 ปิโตรเลียมเป็นของรัฐ ผู้ใดสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมในที่ใด ไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือของบุคคลอื่นต้องได้รับสัมปทาน

พระราชบัญญัตินี้ ซึ่งจะทำให้ผู้รับสัมปทานได้รับการคุ้มครองในเรื่องต่าง ๆ เช่น การไม่โอนกิจการเป็นของรัฐ[94], การที่รัฐไม่ประกอบกิจการแข่งขัน[95] เป็นต้น

1.1.12 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการในการที่หน่วยงานของรัฐจะให้สัมปทานหรือเข้าร่วมลงทุนหรือร่วมการงานกับเอกชน เพื่อให้โครงการให้บริการสาธารณะเกิดขึ้นอย่างมีระบบ มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยกำหนดขอบเขตเฉพาะโครงการลงทุนของรัฐที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายแร่ กฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อให้ส่วนราชการรัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่นที่มอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐกระทำอย่างโปร่งใส มีขั้นตอนปฏิบัติที่ชัดเจน รอบคอบ รัดกุม มีการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสร้างความมั่นใจให้แก่เอกชนที่เข้ามาร่วมงาน และเพื่อเป็นการควบคุมให้โครงการสำเร็จตามเป้าประสงค์และเกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติ โดยกำหนดให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยให้มีหน่วยงานกลางหลายหน่วยงานเข้ามาช่วยวิเคราะห์และคัดเลือกเอกชนซึ่งจะเข้ามาร่วมดำเนินโครงการอันเป็นกิจการของรัฐในทุกขั้นตอนแทนการพิจารณาของรัฐมนตรีหรือกระทรวงเจ้าสังกัดเพียงอย่างเดียว หลักสำคัญของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้โครงการของรัฐที่เปิดให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนหากมีมูลค่าโครงการตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ และการกำกับดูแลและติดตามผล ทั้งนี้ การร่วมงานหรือดำเนินการนั้นอาจเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดก็ตาม โดยจะมีคณะกรรมการพิจารณาการร่วมลงทุนเป็นผู้พิจารณาแนวทางการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อไม่เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลยพินิจจากกระทรวงเจ้าของโครงการกับคณะรัฐมนตรี ซึ่งส่วนใหญ่จะมาจากพรรคการเมืองพิจารณาดำเนินการจนเกิดปัญหาทุจริตคอรัปชั่นขึ้นมาเหมือนก่อนหน้านั้น

---

[94] พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

มาตรา 43 “รัฐจะไม่โอนกิจการของผู้ได้รับการส่งเสริมมาเป็นของรัฐ”

[95] พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

มาตรา 44 “รัฐจะไม่ประกอบกิจการขึ้นใหม่แข่งขันกับผู้ได้รับส่งเสริม”

ข้อสังเกตประการหนึ่งของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 คือ พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดวิธีปฏิบัติให้หน่วยราชการและรัฐวิสาหกิจร่วมกันพิจารณาโครงการที่มีการลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปในการอนุมัติโครงการที่หน่วยงานของรัฐประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐต่อไปในอนาคต ไม่ใช่กฎหมายให้อนุญาตหรือให้สัมปทาน ส่วนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 เป็นกฎหมายที่บังคับให้บุคคลที่จะประกอบกิจการบางประเภทต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานจากกระทรวงหรือเจ้าหน้าที่ผู้รักษาการเสียก่อน ดังนั้น การให้เอกชนเข้ามาร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐจึงต้องพิจารณาด้วยว่า กิจการนั้นเป็นการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 หรือไม่ หากเป็นแล้วก็จะต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวด้วย แม้ว่าโครงการนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ก็ตาม

1.1.13 พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540

กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการให้สัมปทานเก็บรังนกนางแอ่น โดยมาตรา 14 ห้ามมิให้ผู้ใดเก็บรังนกที่มีอยู่ตามธรรมชาติบนเกาะหรือในที่สาธารณสมบัติแผ่นดินโดยไม่ได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติ

1.1.14 พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542

ในปี พ.ศ.2542 ได้มีการออกกฎหมายควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง โดยยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการเก็บรักษาน้ำมันเชื้อเพลิง ซึ่งตามกฎหมายนี้กำหนดว่า คณะรัฐมนตรีอาจอนุมัติให้เอกชนรายใดเป็นผู้รับสัมปทานในการจัดให้มีคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบการขนส่งทางน้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อก็ได้ โดยการขอสัมปทานให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

1.1.15 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

โดยที่สัญญาสัมปทานจัดเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ดังนั้น จึงอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

1.1.16 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 (ยกเลิกพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมประทาน พ.ศ.2473)

พระราชบัญญัตินี้ให้ความหมายของทางหลวงสัมปทานว่าทางที่รัฐให้สัมปทานแก่บุคคลใด ๆ ในการสร้างหรือบำรุงรักษา โดยเก็บค่าใช้ทางไม่ว่าในระดับพื้นดิน ใต้หรือเหนือพื้นดินหรือใต้หรือเหนืออสังหาริมทรัพย์อื่น และให้หมายความรวมถึงอุโมงค์ สะพาน เรือ หรือ

ยานพาหนะสำหรับขนส่งข้ามฟาก และท่าเรือสำหรับขึ้นหรือลงรถ ที่จัดไว้เพื่อประโยชน์แก่ทางหลวงสัมปทานด้วย พร้อมทั้งกำหนดวิธีการในการให้สัมปทานทางหลวงไว้ แต่ถ้าการให้สัมปทานใดอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น

1.1.17 พระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่อนุญาตให้รัฐวิสาหกิจสามารถเข้าร่วมการงานกับภาคเอกชนได้ เช่น พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2519 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2521 พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 เป็นต้น

1.2 กฎหมายในระดับระเบียบ รวมทั้งมติคณะรัฐมนตรี

โดยที่สัญญาสัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาภาครัฐที่การดำเนินการต้องเป็นไปภายใต้กฎเกณฑ์ของรัฐด้วย ดังนั้น นอกจากการพิจารณากฎหมายแล้ว ยังต้องพิจารณาจากกฎ ระเบียบของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีกฎ ระเบียบของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติและสัญญาสัมปทานดังนี้

1.2.1 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ พ.ศ.2549[96]

ระเบียบนี้ได้จัดให้มีขึ้นจากนโยบายของรัฐเกี่ยวกับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ (Mega Project) เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนโครงการพื้นฐาน ระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการที่สำคัญ โดยจัดให้โครงการลงทุนขนาดใหญ่เป็นโครงการพิเศษ ตามนโยบายแสวงหาพันธมิตรเพื่อการพัฒนาการระดมปัญหาเพื่อการสร้างความเจริญ โดยมีวิธีการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารจัดการพิเศษแตกต่างจากโครงการทั่วไป[97] อย่างไรก็ดี มีข้อที่น่าสังเกตว่า ระเบียบนี้ได้มีการ

---

[96] ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 17 ง., 2 กุมภาพันธ์ 2549.

[97] อาศัยอำนาจตามมาตรา 11(6) (8) และ (9) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 กำหนดระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ พ.ศ. 2549 แทนระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างโครงการลงทุนขนาดใหญ่ภาครัฐ

กำหนดไว้ด้วยว่า ข้อเสนอของผู้ยื่นเสนอโครงการต้องไม่เป็นการเข้าร่วมทุน ร่วมการงาน หรือขอรับสัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ (ข้อ 14) ซึ่งการกำหนดไว้เช่นนี้ทำให้ดูเหมือนว่าจะเป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการให้โครงการสัมฤทธิ์ผลโดยไม่เป็นภาระของรัฐ และอาจทำให้เกิดข้อสงสัยในวิธีการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาได้ เนื่องจากระเบียบดังกล่าวก็มิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการพิจารณาคัดเลือกที่ชัดเจนแต่อย่างใด

1.2.2 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

ระเบียบนี้เป็นระเบียบของรัฐที่ใช้บังคับแก่ส่วนราชการ คือ กระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ซึ่งออกตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2534 แจ้งตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0203/ว13 ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2535 โดยเป็นระเบียบที่ปรับปรุงจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2521 ที่มีการนำระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา ภายใต้โครงการที่ดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศ พ.ศ.2527 และระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการพัสดุมารวมกันไว้ให้เป็นระเบียบเดียวกัน เพื่อสะดวกในการปฏิบัติยิ่งขึ้น ซึ่งระเบียบนี้นอกจากจะกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการแล้วยังกำหนดตัวอย่างเอกสารประกวดราคาและตัวอย่างสัญญาต่าง ๆ ด้วย

1.2.3 ระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ.2528

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดเพดานวงเงินกู้ (Debt Ceiling) ในแต่ละปีเพื่อป้องกันมิให้หน่วยงานของรัฐก่อหนี้สูงขึ้นเรื่อย ๆ และกฎหมายดังกล่าวนี้เองทำให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถกู้เงินมาลงทุนเพื่อให้บริการแก่ประชาชนได้ตามความต้องการ ประกอบกับรัฐบาลมีนโยบายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในงานของรัฐมากขึ้น จึงทำให้เกิดโครงการสัญญาสัมปทานต่าง ๆ และโครงการให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อที่รัฐจะได้ไม่ต้องใช้เงินทุนของตนเองและไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเพดานเงินกู้

1.2.4 มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535

ที่กำหนดให้ส่วนราชการต่าง ๆ และรัฐวิสาหกิจทุกประเภทส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามสัญญา ซึ่งนำไปสู่การกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ฯ ในเวลาต่อมา

1.2.5 มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547

ที่กำหนดให้นำคดีพิพาทจากสัญญาสัมปทานซึ่งในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทาง

ปกครอง ส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม และเห็นว่าสัญญาสัมปทานที่รัฐทำเอกชนในประเทศไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป นอกจากนั้น ยังกำหนดให้สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น รวมทั้งกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา

สำหรับปัญหาว่าจะนำกฎหมายใดมาบังคับใช้กับสัญญานั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าสัมปทานในเรื่องนั้นมีบทบัญญัติของกฎหมายไทยกำหนดไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ โดยหากเป็นสัมปทานที่มีกฎหมายเป็นการเฉพาะแล้วก็จะต้องนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ เช่น กรณีของสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม โดยที่กฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียมกำหนดให้นำบทบัญญัติกฎหมายไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม จึงเป็นการกำหนดให้นำกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาดังกล่าว ในกรณีนี้จึงย่อมขึ้นอยู่กับศาลหรืออนุญาโตตุลาการว่าจะนำหลักกฎหมายใดจากข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายภายในจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 (ค) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั่นเอง

ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาจึงคือปัญหาว่าหากเป็นสัมปทานที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะจะทำเช่นไร

เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทยแล้วพบว่า ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับสัมปทานในเรื่องนั้นแล้ว สัญญาสัมปทานจะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นสัญญาภายใต้ระบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลจะนำเอาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับคดีดังกล่าว[98] อย่างไรก็ดี ต่อมาแนวคำพิพากษาฎีกาเริ่มเปลี่ยนไปในทาง

---

[98] คำพิพากษาฎีกาที่ 1738/2525, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43* และคำพิพากษาฎีกาที่ 2384/2536.

ยอมรับมากขึ้นว่า สัญญาสัมปทานไม่ใช่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[99] แต่ก็ไม่เป็นที่ชัดเจนว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาตามกฎหมายใด และศาลจะนำหลักกฎหมายใดมาปรับแก่คดี

ต่อมาแม้จะมีการออกพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ขึ้นใช้บังคับ ซึ่งตามกฎหมายนี้กำหนดให้สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาก็ตาม แต่ก็ยังไม่เป็นที่ชัดเจนอยู่ดีว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาตามกฎหมายใด เพราะประเทศไทยไม่มีกฎหมายกลางที่บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญาสัมปทานหรือสัญญาทางปกครองไว้ กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า หากมีปัญหาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานแล้ว จะใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาดังกล่าว

ปัญหาในเรื่องนี้นับเป็นปัญหาที่สำคัญและเป็นที่ถกเถียงกันมาในทางวิชาการว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ หรือควรให้ศาลปกครองสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวเอง และหากประเทศไทยควรมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วควรนำหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศใดมาเป็นต้นแบบในการจัดทำ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนขอจำกัดการศึกษาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับวิทยานิพนธ์ คือ สัญญาสัมปทาน โดยมุ่งเน้นเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาในส่วนดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ต้องนำหลักกฎหมายขัดกันตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาพิจารณาเนื่องจากเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ ซึ่งตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 อนุญาตให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญา หลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้เองจึงเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญาก็ได้ แม้ว่าจะเป็นหลักกฎหมายต่างชาติ หรือหลักกฎหมายอื่นใดที่นอกเหนือจากกฎหมายภายในของรัฐก็สามารถนำมาบังคับใช้กับสัญญาตามเจตนาของคู่สัญญา

อย่างไรก็ดี โดยที่สัญญาสัมปทานระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย เป็นสัญญาที่อำนาจต่อรองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายผู้

---

[99] “สัมปทานทำไม้เป็นเรื่องที่รัฐบาลอนุญาตให้ผู้รับสัมปทานเข้าดำเนินการทำไม้ได้ภายใต้ระเบียบและกฎหมาย มิใช่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” อ้างในคำพิพากษาฎีกาที่ 8363/2538 และ 9933/2539.

ลงทุนต่างชาติ กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาจึงได้แก่กฎหมายไทย ซึ่งกรณีจะแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติบางประเภท เช่น สัญญาเงินกู้ โดยสัญญาประเภทนี้เนื่องจากหน่วยงานของรัฐเป็นผู้กู้ เอกชนต่างชาติเป็นผู้ให้กู้ ดังนั้น อำนาจในการต่อรองของผู้ให้กู้จึงย่อมเหนือกว่าผู้กู้ และทำให้กฎหมายที่บังคับกับสัญญาในกรณีดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายต่างประเทศอันเป็นกฎหมายภายในของรัฐที่เอกชนต่างชาตินั้นมีสัญชาติ

ดังนั้น ปัญหาว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทย จึงย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งโดยปกติก็คือกฎหมายไทย อย่างไรก็ดี กฎหมายไทยดังกล่าวก็ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าหมายถึงกฎหมายใด จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานจะต้องใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาต่อไปว่าควรนำหลักกฎหมายใดมาปรับแก่คดี หรือควรจะวินิจฉัยคดีดังกล่าวอย่างไร

สำหรับประเด็นปัญหาว่า ประเทศไทยควรมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติในเรื่องของสัญญาสัมปทานหรือไม่ และควรนำกฎหมายจากประเทศใดมาเป็นแนวทางนั้น ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ต่อไป ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นในเบื้องต้นว่า ในการพิจารณาหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองนั้นเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายปกครองของประเทศนั้นเอง เพราะหลักกฎหมายปกครองของประเทศใดก็ย่อมเหมาะที่จะแก้ปัญหาในทางปกครองของประเทศนั้น เนื่องจากหลักกฎหมายปกครองของแต่ละประเทศจะได้รับการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงโดยการใช้ดุลยพินิจในทางปกครองควบคู่ไปกับสภาพการณ์บริหารประเทศ การนำหลักกฎหมายปกครองของประเทศอื่นมาใช้ในประเทศหนึ่งโดยปราศจากการปรับปรุงให้สอดคล้องกับการบริหารราชแผ่นดินของประเทศนั้นอาจทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างถูกต้องแท้จริง

2. <u>กฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศ</u>

สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติอาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งได้ตามหลักการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา (choice of law) กรณีดังกล่าวจึงทำให้ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาคือปัญหาว่าอะไรคือกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศ

ดังกล่าวหมายรวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เช่น D.P.O'Connell[100], F.A.Mann[101], F.V.Garcia-Amador[102], Jimenez de Arechaga[103] และความคิดนี้ยังได้รับการสนับสนุนในคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดี Texaco V. The Government of Libyan Arab Republic[104] อีกด้วย ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าไม่รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เว้นแต่ในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญา[105] หรือหลักกฎหมายทั่วไป[106], กฎหมายข้ามชาติ[107] หรือ Lex mercatoria เช่น Jean-Flavien Lalieve, Loard Mcnair, Philip C.Jessup, D.W.Bowett[108] ซึ่งความคิดนี้ได้รับการ

---

[100] D.P.O'Connell, International Law, Vol.12, pp.976, 976 and 990.

[101] F.A.Mann, "The Proper Law in Contracts Concluded by International Persons," British Yearbook of International Law 35, (1959) : 43 and 46.

[102] F.V.Garcia Amador, International Law Commission, (1959), p.32.

[103] Jimenez de Arechaga, "International Law in the Third Past Century", Recueil des Cours de Droit International (1978 I) : 1, 308.

[104] คดีนี้ Jean Rene Dupuy ได้ตัดสินว่าสัญญาสัมปทานอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, อ้างใน International Arbitral Tribunal, Award on the Merits in Disputes between Texaco Overseas Petroluem Company/ California Asiatic Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic, (Compensation of Nationalized Property) International Legal Materials, 17 (1978), : 1-37, at 15 para 40.

[105] Jean-Flavien Lalieve, "Contracts Between a State or a State Agency and a Foreign Company Theory and Practice : Choice of Law in a New Arbitration Case", International and Comparative Law Quarterly, 13 (July 1964) : 1006, 1008-1009.

[106] Lord Mcnair, Q.C., "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", British Yearbook of International (1957) : 6 and 10.

[107] Philip C. Jessup, Transnational Law, p.202., G.R.Delaume, Transnational Contracts : Law and Practice (Dobbs Ferry : Oceana Publications, 1983), pp.15-16.

[108] D.W.Bowett, "State Contract with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach", British Yearbook of International Law 59 (1988) : 54.

สนับสนุนในคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดี Aramco V. The Government of Saudi Arabia Judge Sauser Hall[109]

สำหรับสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างชาติ ศาลที่พิจารณาพิพากษาก็จะนำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันของประเทศที่ศาลกำลังพิจารณาตัดสินคดี ค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเพื่อมาใช้บังคับกับคดีนั้น โดยพื้นฐานของการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญามาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามทฤษฎีกฎหมายที่คู่กรณีเลือกหรือกฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี (La Loi Choisie ou La Loi D'autonomie) เนื่องจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับใช้ในสัญญาจะรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้อย่างดีที่สุดประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม การเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาของคู่สัญญาดังกล่าวจะต้องกระทำโดยหลักสุจริตและถูกต้องตามกฎหมาย เช่น การเลือกกฎหมายที่มีความเกี่ยวพันกับนิติสัมพันธ์ของสัญญาในประการใดประการหนึ่ง มิใช่เลือกกฎหมายที่มิได้มีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญาแต่อย่างใดเลย เพราะถือว่าเป็นการเลือกกฎหมายที่ไม่อยู่ในวัตถุประสงค์ทางกฎหมาย[110]

โดยหลักทั่วไปแล้ว กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา และสำหรับกรณีของสัญญาที่มีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลก็กำหนดไว้เช่นเดียวกันว่า กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างประเทศ (international contracts) ซึ่งมีองค์ประกอบต่างชาติ (foreign elements) ย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี[111] อย่างไรก็ดี สัญญาจะต้องมีระบบกฎหมายที่มีอำนาจบังคับ

---

[109]คดีนี้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า เนื่องจากสัมปทานไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ หากแต่เป็นเพียงข้อตกลงระหว่างรัฐกับบริษัทอเมริกัน ดังนั้น จึงไม่แน่ว่าจะอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้ อ้างใน F.A.Mann, *supra note 101*, p. 43.

[110]Dicey, A.V., Dicey & Moris on the Conflict of Law, (London : Stevens & Sons Ltd., 1980), pp. 755-756.

[111] ชุมพร ปัจจุสานนท์, "กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," วารสารกฎหมาย, น.78 (2527).

เป็นพื้นฐานรองรับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาเสมอ สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาจะมีอยู่ในสัญญาโดยไม่มีกฎหมายเป็นพื้นฐานรองรับไม่ได้[112]

การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ย่อมต้องอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ในกรณีเช่นนี้จึงได้แก่หลักกฎหมายขัดกัน เนื่องจากหลักกฎหมายขัดกันเป็นหลักกฎหมายที่อนุญาตให้คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่เห็นว่าเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา กฎหมายขัดกันจึงเป็นพื้นฐานของสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งในกฎหมายขัดกันของประเทศต่าง ๆ ยอมรับว่า ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาระหว่างประเทศได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมายนั้นจะได้รับการยอมรับและยึดถือตามอยู่เสมอ[113] ดังนั้น เมื่อหลักกฎหมายขัดกันให้อำนาจคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใดก็ได้มาบังคับใช้กับสัญญา สัญญาสัมปทานที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติจึงอาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งก็ได้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา ทั้งนี้ การเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาดังกล่าวจะต้องไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อย นโยบายสาธารณะ และการเลือกจะต้องกระทำโดยหลักสุจริต ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาจึงเป็นกฎหมายที่สัญญามีความเกี่ยวพันมากที่สุด เช่น สัญชาติของคู่สัญญา สถานที่ในการจัดทำสัญญา สถานที่ในการทำสัญญา สถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น สำหรับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น เนื่องจากสัญญาจะกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยบังคับกับสัญญาอยู่แล้ว ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติจึงเป็นกฎหมายไทยตามเจตนาของคู่สัญญา อย่างไรก็ดี การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้นก็อาจมีความเป็นไปได้เช่นกันหากสัญญากำหนดไว้ดังกล่าว เช่น สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคลที่ให้คำนิยามของ “กฎหมาย” รวมถึงอนุสัญญาด้วย เป็นต้น

---

[112] F.A.Mann, *supra note 101*, pp. 49-50, Jean-Flavien Lalive, *supra note 105*, p. 988.

[113] Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, (New York : Oveana Publications Inc., 1978), p.71.

ตอนที่ 4 แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในตอนนี้จะเป็นการศึกษาถึงแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน เพื่อให้ทราบว่าแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้เป็นอย่างไรในประเทศไทย และผลกระทบจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นที่อาจมีต่อแนวทางการระงับพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยต่อไปในอนาคต ทั้งนี้ เพื่อนำผลของการศึกษาไปเปรียบเทียบกับในต่างประเทศในบทที่ 2 แล้ววิเคราะห์ให้ได้ข้อสรุปในบทที่ 4 ต่อไปว่าแนวทางการระงับข้อพิพาทแบบใดที่เหมาะสมกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย[114] ดังนั้นในตอนนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วนดังนี้

1. แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

เนื่องจากสัญญาสัมปทานมักเป็นสัญญาที่มีวงเงินลงทุนจำนวนมาก ทำให้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญาจึงมักเป็นจำนวนเงินที่มหาศาล ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐต้องตกเป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหายแล้ว ความเสียหายนั้นก็ย่อมมีผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชน ซึ่งจากการศึกษาพบว่าข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทานอาจมีได้ทั้งข้อพิพาทที่เกี่ยวกับข้อสัญญา ข้อพิพาทจากการตีความสัญญา และข้อพิพาทจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

---

[114] การระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญามิได้มีเพียงการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลเท่านั้น แต่ยังมีในวิธีการอื่นที่เรียกว่า ADR (Alternative Dispute Resolution) อีกด้วย ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหนึ่งใน ADR ที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากโดยเฉพาะในข้อพิพาททางธุรกิจการค้าทั้งภายในและระหว่างประเทศ เนื่องจากมีขั้นตอนที่ไม่ยุ่งยาก ใช้ระยะเวลาในการพิจารณาสั้นกว่าทางศาล การดำเนินกระบวนพิจารณามีลักษณะค่อนข้างยืดหยุ่นและกระทำโดยลับ ซึ่งการตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีนี้อาจกระทำได้โดยกำหนดไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักหรือทำเป็นสัญญาแยกต่างหากก็ได้ โดยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 สำหรับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปนั้นมักใช้วิธีการระงับข้อพิพาทเพียงสองลักษณะ คือ การระงับข้อพิพาทโดยทางศาลและการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจึงขอศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลและโดยอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

การระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในปัจจุบันมีทั้งการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล สำหรับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น ปัจจุบันการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเป็นไปตามหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทยส่วนใหญ่มักมีข้อกำหนดในสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดในสัญญาต่าง ๆ เป็นการแต่งตั้งโดยความสมัครใจของคู่สัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เมื่อเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่สัญญาก็ต้องผูกพันตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ตนตั้งขึ้น และต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ เว้นแต่มีเหตุเฉพาะบางกรณีที่กฎหมายกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น จึงจะสามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น โดยปกติแล้วเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยเป็นอย่างใดแล้วย่อมถือเป็นคำวินิจฉัยที่เด็ดขาด และไม่อาจโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้

อย่างไรก็ดี หากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดบริการสาธารณะหรือเป็นขัดต่อข้อสัญญาและวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทาน หรือเป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ศาลปกครองย่อมสามารถมีคำพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีไอทีวีที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษายืนตามศาลปกครองกลางเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 40 (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2535 อีกทั้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวยังมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งไม่ใช่อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นเพียงเอกชนที่รับแต่งตั้งมาให้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญา การยอมรับ หรือการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

จากการศึกษาพบว่าได้มีการนำแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาสัมปทานมาตั้งแต่หนังสือสัญญาอนุญาตทำทางรถไฟแล้ว โดยคำตัดสินให้เป็นไปตาม

วิธีพิจารณาความแพ่ง และมีการตัดสิทธิของคนต่างชาติ แม้จะถูกปฏิเสธความยุติธรรมก็มิให้มีสิทธิเกินไปกว่าที่กฎหมายสยามกำหนด

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมี 2 ประเภท คือ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) และการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institutional arbitrations) ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันพบว่า สำหรับสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กำหนดให้การระงับข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมกระทำโดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจเพราะเป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทจากสัญญาเป็นกรณีไป และหากพิจารณาจากสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยจัดทำขึ้นก็มักมีข้อสัญญากำหนดให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แต่โดยส่วนใหญ่มักเป็นการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยได้มีการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปโดยถูกต้อง เหมาะสม เป็นธรรม ซึ่งคดีพิพาทลักษณะหนึ่งที่ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีคือ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาอื่นที่มีลักษณะตามที่กฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้วจะเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง กรณีจึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานควรเป็นไปในแนวทางใด ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2. <u>ปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน</u>

ปัญหาเกี่ยวกับแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนรวมทั้งสัญญาสัมปทานในประเทศไทยดูจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายยุคหลายสมัย โดยระยะแรกการระงับข้อพิพาทในสัญญาดังกล่าวเป็นการระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม รวมทั้ง

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ แต่ต่อมาหลังจากที่มีการออกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 และ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเริ่มเข้ามามีบทบาทและมีความชัดเจนขึ้น ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างสัญญาจ้างท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ที่มีข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ซึ่งแม้ว่าตัวอย่างสัญญาจ้างท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว จะมิได้กำหนดเป็นการบังคับเอาไว้ว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจะต้องมีอนุญาโตตุลาการ โดยกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของหน่วยงานที่จะกำหนดไว้ในสัญญาจ้างของตนก็ตาม แต่ก็มีผลให้การจัดทำสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนรวมทั้งสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่มักมีข้อสัญญากำหนดให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

ต่อมาภายหลังจากที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครอง ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้สัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง จึงทำให้เกิดปัญหาว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานจะยังคงใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งแม้ว่าปัจจุบันปัญหาดังกล่าวดูเหมือนจะเป็นที่ยุติแล้วจากการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 กำหนดให้สามารถนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองได้[115] เพื่อเป็นการแก้ไขความไม่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสภาพบังคับของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง จึงมีผลให้สัญญาสัมปทานอันเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครองสามารถกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ อย่างไรก็ดีโดยที่พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดรายละเอียดของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติบางประการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการนำข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาสัมปทาน ขอบอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ประเภทของข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน กระบวนการในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ขอบอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ หลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะ

[115]มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

นำมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งขอบเขตของศาลในการเข้ามามีบทบาทต่อการดำเนินกระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

โดยส่วนใหญ่แล้วปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานมักเป็นปัญหาเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มีประเด็นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แม้ว่าสัญญาจะกำหนดอย่างชัดเจนให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีข้อพิพาทตามสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) กับบริษัท สยามอินโฟเทนเมนท์ จำกัด (หรือปัจจุบัน คือ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน))[116] หรือกรณีปัญหาข้อพิพาทตามโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) กับกลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี[117] เป็นต้น

กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นดังกล่าวทำให้มีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาว่า แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานควรเป็นเช่นไร การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการควรมีหรือไม่ในสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะกรณีปัญหาข้อพิพาทตามโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ซึ่งภายหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทย

---

[116] สัญญาเข้าร่วมการงาน ฯ ข้อ 15 กำหนดว่า หากมีข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งใด ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาระหว่าง สปน. กับไอทีวี คู่สัญญาตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทำการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยให้คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุด และผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้คำชี้ขาดจะมีผลผูกพันคู่พิพาทกันนับแต่วันที่สำเนาคำชี้ขาดนั้นไปถึงคู่พิพาท

[117] ความจริงแล้วสัญญานี้เป็นสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้าง (Turn Key) มิใช่สัญญาสัมปทาน เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้มีการให้บริการหลังจากก่อสร้าง แต่ในช่วงระหว่างที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น สัญญานี้ได้มีการนำมาอ้างอิงในลักษณะของสัญญาสัมปทาน ดังจะเห็นได้จากหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 5042/ว7 ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ที่แจ้งไปยังส่วนราชการต่าง ๆ ว่า “ด้วยในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 รองนายกรัฐมนตรี (นายวิษณุ เครืองาม) ได้เสนอเรื่อง การดำเนินการในคดี “ทางด่วน” มาเพื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณา โดยมีประเด็นเกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ดังนี้....” จนทำให้มีความเข้าใจกันโดยทั่วไปว่าสัญญานี้เป็นสัญญาสัมปทาน ผู้เขียนจึงได้นำมาพิจารณาในที่นี้ด้วย อย่างไรก็ดี สัญญานี้ถือเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีทางพิเศษอันเป็นบริการสาธารณะด้านการคมนาคม โดยนัยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2546 เมื่อวันที่ 21 มกราคม 2546

(กทพ.) ที่เป็นหน่วยงานของรัฐแพ้คดีและต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดีในปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาระหว่าง กทพ. กับกลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 กำหนดให้ “สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด...” ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้สร้างความสับสนในการปฏิบัติงานและการตีความของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐเป็นอย่างมากในช่วงนั้น โดยมีการตีความรวมไปถึงสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนทั้งหมดด้วย จนทำให้หน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานประสบปัญหาในการทำสัญญากับผู้ลงทุนต่างชาติที่ไม่อาจยอมรับการไม่ให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ จนในที่สุดคณะรัฐมนตรีจึงต้องมีมติอีกครั้งหนึ่งเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2547 เพื่อยืนยันว่ามติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 มีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำสัญญาสัมปทานเท่านั้น ปัญหาดังกล่าวจึงเป็นที่ยุติไปในระดับหนึ่ง แต่ก็มีผลให้การกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น ถูกห้ามมิให้ใช้อนุญาโตตุลาการ โดยนัยของมติคณะรัฐมนตรีฉบับนี้ เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน

เป็นที่น่าสังเกตว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีความแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการสามารถมีในสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเป็นการสร้างปัญหาในทางปฏิบัติให้กับผู้ปฏิบัติงานได้ เพราะแม้รัฐบาลอาจอ้างว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่ได้บังคับเด็ดขาด หากหน่วยงานใดมีความจำเป็นที่จะต้องมีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็สามารถกระทำได้ด้วยการขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเป็นรายกรณีก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติจริง ๆ แล้ว สิ่งที่เกิดขึ้นน่าจะเป็นเช่นนี้ คือ เมื่อหน่วยงานของรัฐออกเอกสารประกวดราคาก็จะไม่ใส่ข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการลงไปเนื่องจากเกรงว่าจะเป็นการขัดต่อมติคณะรัฐมนตรี และไม่ต้องการที่จะเป็นผู้ชี้แจงเหตุผลต่อคณะรัฐมนตรีด้วยตนเอง อีกทั้งยังคิดว่าเป็นการยากที่ต้องอธิบายกับสาธารณะชนหรือสื่อมวลชน ดังนั้น จึงตัดปัญหาด้วยการออกเอกสารประกวดราคาให้สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีไปก่อนแล้วค่อยรอให้เอกชนเป็นผู้ต่อรองเอาเองในระหว่างจัดทำสัญญา จากนั้นจึงค่อยขออนุมัติคณะรัฐมนตรีในภายหลังเพื่อที่จะได้มีข้ออ้างว่าเอกชนเป็นคนขอเข้ามาเอง ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ผลที่จะเกิดขึ้นตามมาก็คือ ทำให้เกิดการแข่งขันน้อยลง โดยจำนวนผู้เข้าประกวดราคาจะมีน้อยราย โดยเฉพาะผู้เข้าประกวดราคาที่เป็นผู้ลงทุนต่างชาติเนื่องจากไม่มั่นใจในวิธีการระงับข้อพิพาทตามที่ปรากฏในเอกสารประกวดราคาส่วนที่เป็นร่างสัญญา ซึ่งการมีผู้เข้าแข่งขันน้อยรายนี้ก็อาจจะเป็นช่องทางให้เกิดการสมยอมในการเสนอราคาขึ้นได้ อีกทั้งราคาที่เสนอเข้ามานั้นอาจมี

ราคาสูงเกินกว่าที่ควรจะเป็นโดยเป็นราคาที่มีการคำนวณความเสี่ยงจากข้อสัญญาในเรื่องของการระงับข้อพิพาทไว้ด้วย นอกจากนั้น เวลาที่มีการเจรจาต่อรองสัญญา เอกชนก็อาจขอให้แก้ไขข้อสัญญาในเรื่องนี้แต่ไม่ยอมปรับแก้ไขราคาที่เสนอให้สอดคล้องกัน เป็นต้น

นอกจากนั้น การที่มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เห็นว่าสัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ยังทำให้เกิดประเด็นด้วยว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนี้เป็นการโอนข้อพิพาทสัญญาสัมปทานไปขึ้นศาลปกครอง ซึ่งเรื่องนี้ได้รับการคัดค้านทั้งจากนักลงทุนไทยและนักลงทุนต่างชาติค่อนข้างมาก และมีความเห็นที่หลากหลาย[118] ซึ่งแม้ว่าต่อมาจะได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2547 ยืนยันว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับการทำสัญญาสัมปทานเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้มีความชัดเจนเกี่ยวกับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทานว่าจะมีผลให้สัญญาสัมปทานที่กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอยู่ก่อนแล้วนั้นมีผลเป็นเช่นไร

ปัญหาดังกล่าวนับเป็นประเด็นที่น่าสนใจประการหนึ่ง เพราะหากพิจารณาจากมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้แล้วอาจทำให้เกิดประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการยังคงมีต่อไปได้ในสัญญาทางปกครอง ยกเว้นสัญญาสัมปทานหรือไม่ และกรณีดังกล่าวจะนำมาใช้ได้จริงในทางปฏิบัติหรือไม่ อีกทั้งยังทำให้เกิดข้อที่น่าพิจารณาว่า เหตุใดปัญหาการระงับข้อพิพาทจึงไม่เป็นที่ยุติทั้ง ๆ ที่ประเทศไทยมีกฎหมายภายในคือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 บัญญัติอย่างชัดเจนอยู่แล้วว่าให้สามารถนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองได้ อีกทั้งสัญญาในเรื่องนี้ก็มีข้อสัญญาอย่างชัดเจนให้ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท หรือเป็นเพราะกรณีนี้หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีจึงทำให้รัฐไม่อาจยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งทำให้มีข้อน่าคิดว่าหากอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐชนะคดีแล้ว ปัญหาดังกล่าวจะเกิดขึ้นหรือไม่ หรือเป็นเพราะหลักการในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองดังกล่าวจะไม่ใช่หลักการที่ถูกต้องอย่างแท้จริง ซึ่งไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตามแต่การที่ประเทศไทยใช้วิธีการแก้ปัญหาเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อ

---

[118] เช่น นายสุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ เห็นว่าไม่ควรที่จะให้สัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ต้องไปฟ้องให้ศาลปกครองตัดสิน เพราะจะเป็นการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง อันจะทำให้นักลงทุนขาดความมั่นใจเพราะไม่รู้ว่าอนาคตจะเกิดกฎหมายอะไรออกมาเปลี่ยนแปลงสัญญาที่ลงนามไว้ในปัจจุบันอีก

ความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นระบบที่ยอมรับกันในระดับสากลและใช้กันอย่างแพร่หลายในธุรกิจและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐบาลเองต้องการให้ประเทศไทยมีการพัฒนาทางด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแต่กลับมีนโยบายมิให้มีข้อสัญญาระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน เรื่องดังกล่าวมีการถกเถียงกันมากในวงการวิชาการ ประเด็นปัญหาดังกล่าวจึงเป็นเรื่องน่าคิดว่าการพิจารณาปัญหาในเรื่องนี้คงไม่อาจนำเฉพาะหลักกฎหมายมาพิจารณาเท่านั้น แต่ควรนำหลักจากทางปฏิบัติหรือความเป็นจริงของสังคมไทยในปัจจุบันมาพิจารณาด้วย เพราะมุมมองของนักกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐ และผู้ประกอบการเอกชนบางครั้งก็ไม่อาจไปด้วยกันได้ ในการพิจารณาปัญหาจึงควรมองในมุมที่เป็นกลางเพื่อให้ทุกฝ่ายได้รับความพึงพอใจในระดับหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็จะต้องไม่เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายด้วยในขณะเดียวกัน

กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ถ้าเช่นนั้นแล้วจะมีผลให้สัญญาสัมปทานไม่ควรมีข้อสัญญาที่กำหนดให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดใช่หรือไม่ ซึ่งสำหรับความเห็นของผู้เขียนแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่สืบเนื่องมาจากกฎหมายแพ่งดังปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่มาจากหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งหากนำมาพิจารณากับกรณีของสัญญาสัมปทานที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง อันเป็นกรณีของหลักกฎหมายมหาชนที่รัฐย่อมมีอำนาจดำเนินการในทางปกครอง มีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ ตลอดจนต้องดูแลรับผิดชอบไม่ให้ประชาชนต้องได้รับความเดือดร้อนจากการให้บริการสาธารณะของรัฐแล้ว จึงไม่น่าที่จะให้มีข้อสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานได้ เพราะมิฉะนั้นแล้วก็อาจจะเป็นการขัดกับแนวความคิดของสัญญาสัมปทานอันเป็นกรณีที่รัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐและตามวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนด อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดให้สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้แล้วเช่นนี้ กรณีจึงเป็นที่ยุติว่าสัญญาสัมปทานสามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ด้วยเหตุนี้ การที่คณะรัฐมนตรีมีมติออกมาดังกล่าวจึงไม่อาจทำให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการตัดข้อสัญญาดังกล่าวออกจากร่างสัญญาแล้วแจ้งให้เอกชนทราบล่วงหน้าก่อนที่จะ

จัดทำสัญญาสัมปทานกับเอกชน แต่การใช้อำนาจของรัฐในลักษณะดังกล่าวอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติเกิดความไม่มั่นใจในการลงทุนได้

การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มีบทบัญญัติดังกล่าว จึงทำให้ดูเหมือนว่าประเทศไทยเริ่มเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนไปในลักษณะที่อ่อนลงหรือไม่ ซึ่งปัญหาว่าการกำหนดเช่นนี้จะดีหรือไม่นั้น คงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาว่า หากประเทศไทยจะเปิดรับการลงทุนจากต่างชาติโดยยอมสละอำนาจของตนบางส่วนเช่นนี้ ประเทศไทยมีความพร้อมแล้วหรือไม่ ซึ่งการที่คณะรัฐมนตรีมีมติในลักษณะดังกล่าวจึงอาจเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการเปิดรับการลงทุนจากต่างชาติอย่างแท้จริง และยังไม่มีความพร้อมที่จะสละอำนาจของตนแต่อย่างใด

จากเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยอันเนื่องมาจากประเด็นปัญหาการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทำให้เป็นกรณีควรที่จะต้องมีการพิจารณาต่อไปว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานนี้มีความเหมาะสมกับประเทศไทยหรือไม่ และแนวทางการระงับข้อพิพาทอย่างไรที่จะเหมาะสมกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย อันจะนำไปสู่แนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยต่อไป แต่ทั้งนี้แนวทางการระงับข้อพิพาทดังกล่าวควรที่จะสามารถรองรับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์สำหรับประเด็นนี้ในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ต่อไป

3. <u>ผลกระทบจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นที่อาจมีต่อแนวทางการระงับพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย</u>

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงผลกระทบจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นว่าจะมีผลต่อการกำหนดแนวทางการระงับพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในอนาคตหรือไม่

อนุสัญญา ICSID หรืออนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 เป็นอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) ที่จัดทำขึ้นที่กรุงวอชิงตัน เมื่อปี ค.ศ.1965 ซึ่งเกิดขึ้นโดยความริเริ่มและสนับสนุนของธนาคารโลก (World Bank) ที่เห็นควรจัดให้มีอนุสัญญาเพื่อให้ความมั่นใจว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นระหว่างรัฐบาล

ท้องถิ่นและนักลงทุนต่างชาติด้วยความสมัครใจนั้นจะได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม อนุสัญญานี้ได้มีการจัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for Settlement of Investment Disputes : ICSID) เพื่อทำหน้าที่ในการจัดการและอำนวยความสะดวกในการประนอมข้อพิพาท (Conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เมื่อเกิดข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น โดย ICSID ไม่ได้เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการ การประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการกระทำโดยผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณีตามความในอนุสัญญา เพียงแต่หากคู่กรณีได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือว่าจะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID แล้วก็จะเกิดผลเป็นการยกระดับสัญญาที่รัฐทำกับนักลงทุนต่างชาติให้เป็นความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศในการที่จะต้องเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID และคำชี้ขาดที่ทำขึ้นภายใต้ ICSID ให้ถือว่าเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี[119] และรัฐภาคีทั้งหลายไม่ว่าจะมีส่วนเกี่ยวข้องในข้อพิพาทนั้นหรือไม่ก็ตามจะต้องยอมรับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID นั้นมีผลผูกพันตามหนังสือรับรองของเลขาธิการ ICSID ในสถานะเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลของประเทศตนซึ่งถึงที่สุดแล้ว และจะต้องบังคับคำชี้ขาดนั้นเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลประเทศนั้นซึ่งถึงที่สุดแล้ว[120]

ดังนั้น การระงับข้อพิพาทที่จะอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาและอยู่ภายใต้การดูแลจัดการของ ICSID ได้ จึงต้องประกอบด้วยเงื่อนไขหลัก 3 ประการ คือ 1) ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายและเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคีกับคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง[121] 2) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐภาคี และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นคนชาติของอีกรัฐภาคีหนึ่ง และ 3) คู่กรณีได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือว่าจะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID

กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้การจัดการดูแลของ ICSID จึงเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือว่าจะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ในด้านของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีในข้อพิพาท ความยินยอมดังกล่าวจึงอาจปรากฏอยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุรวมไว้ในสัญญาการลงทุน หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำแยกต่างหากจากสัญญาการลงทุน หรืออาจปรากฏอยู่ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนหรือสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนหรือการคุ้มครองการลงทุน ส่วนความยินยอมของทางด้านเอกชนซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติก็อาจปรากฏอยู่ใน

---

[119] Article 53.

[120] Article 54.

[121] Article 25.

สัญญาที่ทำกับรัฐ เอกสารต่าง ๆ ที่ตนได้ยื่นไว้กับรัฐ หรืออาจให้ความยินยอมไว้ในคำร้องเพื่อเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ก็ได้ และเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายได้ให้ความยินยอมแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเพิกถอนความยินยอมนั้นโดยลำพังไม่ได้ ดังนั้น หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้ความยินยอมไปแล้ว แต่ตราบใดที่คู่กรณีอีกฝ่ายยังไม่ได้ให้ความยินยอม คู่กรณีฝ่ายนั้นย่อมเพิกถอนความยินยอมของตนได้เสมอ เหตุผลที่อนุสัญญาบัญญัติว่าเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายได้ให้ความยินยอมแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเพิกถอนความยินยอมโดยลำพังไม่ได้ ก็เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนยกเลิกสัญญาการลงทุนหรือสัญญาสัมปทานที่ได้ทำไว้กับนักลงทุนต่างชาติแล้วกล่าวอ้างด้วยว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำไว้ก็เป็นอันถูกยกเลิกไปด้วย เช่น กรณีสัมปทานที่รัฐบาลอิหร่านได้ทำไว้กับบริษัทแองโกลอิราเนียนออยล์ จำกัด เมื่อปี ค.ศ. 1933 และได้มีการเพิกถอนสัมปทานเมื่อปี ค.ศ.1951[122] เป็นต้น

มีข้อที่น่าสังเกตว่าโดยที่อนุสัญญา ICSID กำหนดว่า เมื่อเลขาธิการของ ICSID ได้รับลงทะเบียนคำร้องขออนุญาโตตุลาการข้อพิพาทและมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นตามบทบัญญัติในอนุสัญญาแล้ว การแต่งตั้งดังกล่าวถือว่าเป็นการแต่งตั้งที่ชอบกฎหมาย และทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจ แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของ ICSID แตกต่างไปจากการอนุญาโตตุลาการในกรณีทั่วไป โดยการอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปนั้น อำนาจของอนุญาโตตุลาการมาจากข้อตกลงของคู่กรณี แต่ ICSID Convention ได้นำสถาบันมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาท ดังนั้น เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยผ่านกลไกของ ICSID แล้ว อำนาจของอนุญาโตตุลาการก็มาจากอนุสัญญาโดยตรง

สำหรับนโยบายของประเทศไทยเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ปรากฏชัดเจนในมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2528 ที่เห็นชอบด้วยกับมติของคณะกรรมการรัฐมนตรีฝ่ายเศรษฐกิจที่จะให้ประเทศไทยเป็นภาคี และได้มอบหมายให้กระทรวงการคลังเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ ในวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2528 ประเทศไทยก็ได้ลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้ แต่ยังไม่มีการให้สัตยาบัน จึงยังไม่เป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว อย่างไรก็ดี การที่ประเทศไทยไปลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้ก็มีผลให้ประเทศไทยต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อการให้สัตยาบันของอนุสัญญาฉบับนี้ และเพื่อให้เกิดความพร้อมก่อนที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ICSID กระทรวงการคลังจึงได้มีคำสั่งที่

---

[122] Schwebel and Wetter, 60 American Journal International Law (1966) : 490-493, 497-498 (1966) และ Anglo-Iranian Oil Co. Case (1952) ICJ Report, p.93

145/2536 ลงวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ.2536 แต่งตั้งคณะทำงานยกร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังปฏิบัติการเกี่ยวกับศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากการเข้าเป็นสมาชิกโดยสมบูรณ์ของ ICSID ประเทศไทยจะต้องมีการพิจารณาการออกกฎหมายรองรับอนุสัญญาดังกล่าว เช่น ร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น เป็นต้น กระทรวงการคลังจึงได้มีคำสั่งที่ 511/2547 ลงวันที่ 27 ตุลาคม 2547 แต่งตั้งคณะทำงานยกร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังปฏิบัติการเกี่ยวกับศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) ซึ่งเป็นการปรับปรุงคณะทำงาน ฯ เดิม และได้มีการแต่งตั้งคณะทำงานย่อยเพื่อจัดทำคำแปลอนุสัญญา ICSID และพิจารณาร่างกฎหมายรองรับพันธกรณีของการเป็นสมาชิก ICSID ซึ่งต่อมากระทรวงการคลังได้มีหนังสือด่วนมากที่ กค 1012/5700 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2538 จัดส่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น พร้อมร่างคำแปลให้หน่วยราชการและรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ พิจารณาเพื่อนำมาเป็นข้อมูลประกอบการจัดทำร่างกฎหมายรองรับพันธกรณีของการเป็นสมาชิก ICSID และกำหนดข้อสงวนต่อไป

ด้วยเหตุนี้ หากพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับใช้เมื่อใดก็ย่อมมีผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยที่จะพัฒนาไปในระดับระหว่างประเทศ รวมทั้งมีผลกระทบต่อกฎหมายไทยที่ต้องมีการตราขึ้นเพื่อรองรับพันธกรณีตามอนุสัญญา ICSID ทั้งนี้เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดว่า หากมีคำชี้ขาดของ ICSID แล้ว รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องยอมรับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นว่ามีผลผูกพันและต้องบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้ว โดยไม่มีสิทธิทบทวนความถูกต้อง ความชอบด้วยกฎหมาย หรือผลต่อความสงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นจากคำชี้ขาด ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ศาลภายในมีอิทธิพลในทางทำลายคำชี้ขาดโดยการไม่บังคับใช้

นอกจากนั้น การที่ประเทศไทยไปเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยขอให้หน่วยงานของรัฐกำหนดในสัญญาว่าจะนำระบบของ ICSID มาใช้ในการระงับข้อพิพาท ดังนั้น ประเทศไทยและหน่วยงานของรัฐจึงควรมีการเตรียมความพร้อมทั้งในเรื่องของคน ระบบ และองค์กร เพื่อพัฒนาบุคลากรให้มีความรู้ความสามารถในระดับระหว่างประเทศ เพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของไทยให้ทันกับนานาชาติ และเพื่อพัฒนาองค์กรให้มีความเข้าใจและยอมรับในระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริง ทั้งนี้ เพื่อให้ต่างชาติมีความเชื่อมั่นมากขึ้นในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย

ประเด็นหนึ่งที่เป็นข้อสังเกตสำหรับความเกี่ยวพันในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ (state immunity) กับสัญญาสัมปทาน กล่าวคือ โดยที่สัญญาสัมปทานอาจมีประเด็นในเรื่องความคุ้มกันของรัฐว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถอ้างความคุ้มกันในสัญญาสัมปทานได้หรือไม่ หากสัญญาสัมปทานนั้นถูกมองว่าเป็นการดำเนินกิจการที่เป็น jure imperii ในกรณีเช่นว่านี้ หากเป็นอนุสัญญา ICSID แล้ว จะไม่มีประเด็นในเรื่องความคุ้มกันของรัฐให้ต้องพิจารณาแต่อย่างใด เนื่องจากอนุสัญญา ICSID กำหนดว่าเมื่อมีการตกลงกันว่าให้ใช้อนุสัญญาภายใต้ ICSID แล้ว รัฐซึ่งเป็นคู่กรณีในข้อพิพาทจะยกเรื่องความคุ้มกันจากเขตอำนาจในการพิจารณาคดี (immunity for jurisdiction) ขึ้นอ้างไม่ได้[123]

ข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ มักเป็นกรณีที่เกิดจากการลงทุนของเอกชนที่เข้ามาลงทุน หากรัฐนั้นเป็นสมาชิกของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 กรณีก็จะไปสู่ระบบของ ICSID (International Centre for Settlement of Investment Dispute) ถ้ารัฐนั้นยังไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 ก็อาจต้องระงับข้อพิพาททางระบบกฎหมายปกครองโดยพิจารณาว่าเป็นสัญญาปกครองหรือโดยระงับข้อพิพาทในทางแพ่ง หรือถึงแม้ว่าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตันแล้วก็ตาม ถ้ารัฐนั้นไม่ได้ตกลงให้ใช้ระบบของ ICSID ในการระงับข้อพิพาทในขั้นเข้าทำสัญญาต่างประเทศ กรณีก็ยังต้องอยู่ใต้ระบบกฎหมายปกครองโดยถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หรือใต้ระบบกฎหมายแพ่ง

อนุสัญญา ICSID จึงเป็นอนุสัญญาที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติที่เป็นคนชาติของรัฐภาคีสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้หากมีข้อพิพาททางด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน ดังนั้น การที่รัฐไปลงนามในอนุสัญญา ICSID รัฐจึงย่อมมีความผูกพันตามอนุสัญญาที่ได้ลงนามแล้วว่ากรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ คู่สัญญาที่เป็นผู้ลงทุนต่างชาติสามารถนำข้อพิพาททางด้านการลงทุนเสนอต่อ ICSID ได้ และคำชี้ขาดที่ ICSID ทำขึ้นก็สามารถที่จะไปบังคับในประเทศของคู่กรณีได้เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลในประเทศนั้น ๆ ซึ่งในส่วนของรัฐก็สามารถมั่นใจได้ด้วยว่า เมื่อตนได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID แล้ว หากตนชนะคดี คำชี้ขาดที่ทำขึ้นภายใต้ ICSID ย่อมสามารถนำไปบังคับในประเทศของผู้ลงทุนต่างชาติได้เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาซึ่งถึงที่สุดแล้วของประเทศนั้นเช่นกัน และหากเป็นกรณีที่รัฐกำหนดให้ผู้ลงทุนต่างชาติไปจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายภายในของประเทศตนเช่นนี้ อนุสัญญานี้ก็ยังคงให้ความคุ้มครองหากรัฐที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทและนิติบุคคล

[123] Article 55.

นั้นได้ตกลงกันว่าให้ถือว่านิติบุคคลดังกล่าวมีสัญชาติของอีกรัฐภาคีหนึ่งเพื่อประโยชน์แห่งอนุสัญญานี้[124]

ด้วยเหตุนี้ ประเด็นเรื่อง ICSID จึงเป็นประเด็นหนึ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อการกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในอนาคต โดยเฉพาะสำหรับสัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน นอกจากนั้น จากการที่คณะรัฐมนตรีได้เคยมีมติเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนว่า "...ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นราย ๆ ไป"นั้น ทำให้มีข้อที่น่าสังเกตว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อการออกกฎหมายเพื่อรองรับอนุสัญญา ICSID อีกทั้งยังอาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติด้วย เนื่องจากผู้ลงทุนต่างชาติอาจไม่มั่นใจว่า ประเทศไทยจะมีแนวทางในการกำหนดเงื่อนไขสัญญาในเรื่องของการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานอย่างไร และแม้ว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะเปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐสามารถนำเสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นราย ๆ ไปได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว หากผู้ลงทุนต่างชาติยื่นข้อเรียกร้องขอให้กำหนดเงื่อนไขสัญญาว่าจะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID มาในข้อเสนอเพื่อเข้ารับสัมปทานต่อหน่วยงานของรัฐ ผู้ลงทุนต่างชาตินั้นก็อาจไม่ได้รับการพิจารณาข้อเสนอจากหน่วยงานของรัฐ เพราะหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่มักไม่ต้องการที่จะรับผิดชอบต่อการที่จะต้องมาชี้แจงต่อสาธารณะชนว่า ทำไมจึงพิจารณาคัดเลือกผู้ลงทุนต่างชาติรายนี้เข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน แม้ว่ากรณีดังกล่าวอาจเป็นเหตุให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถคิดอัตราค่าบริการที่ถูกลงได้ก็ตาม ซึ่งกรณีเช่นว่านี้ก็จะทำให้หน่วยงานของรัฐยืนยันที่จะยึดถือตามแนวทางของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวและยังอาจนำเป็นเกณฑ์ในการประเมินจนทำให้ผู้ลงทุนต่างชาตินั้นไม่ผ่านการพิจารณาตั้งแต่ในขั้นของการพิจารณาคัดเลือกแล้ว คงไม่มีโอกาสที่จะได้มาร้องขอให้หน่วยงานของรัฐยื่นเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เป็นต้น

ดังนั้น รัฐบาลจึงควรมีนโยบายในเรื่องนี้ให้ชัดเจน โดยพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นในทางปฏิบัติด้วย ซึ่งหากรัฐบาลเห็นว่าไม่ควรให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานแล้ว ก็ควรที่จะจัดทำข้อสงวนกำหนดประเภทของสัญญาที่จะไม่ผูกพันตามพันธกรณีให้ชัดเจน รวมทั้งร่างกฎหมายที่จะออกมารองรับอนุสัญญานี้ก็จะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันด้วย

---

[124] อนันต์ จันทรโอภากร, "อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น", วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 27, น.111-112 (มกราคม 2540).

ในการนี้จึงทำให้ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการเตรียมพร้อมเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานด้วยการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาเพื่อให้รองรับพันธกรณีตาม ICSID Convention หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว

ตอนที่ 5 แนวทางปฏิบัติในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน

โจทย์วิจัยในตอนนี้เป็นการศึกษาแนวทางปฏิบัติในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน เพื่อนำคำตอบที่ได้รับมาใช้เป็นข้อมูลสำหรับการวิเคราะห์ในบทที่ 3 ต่อไปว่าแนวทางปฏิบัติดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาหรืออุปสรรคกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่ และเพื่อค้นหาคำตอบให้กับบทที่ 4 ต่อไปว่าประเทศไทยควรกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

จากโจทย์วิจัยดังกล่าว ผู้เขียนจึงแบ่งการศึกษาในตอนนี้ออกเป็น 5 ส่วนคือ

1. กระบวนการให้สัมปทานในประเทศไทย
2. กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทย
3. กระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานในประเทศไทย
4. เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทย
5. ตัวอย่างกรณีศึกษาจากปัญหาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย

1. กระบวนการให้สัมปทานในประเทศไทย

ก่อนมีกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทาน กระบวนการให้สัมปทานเริ่มต้นจากการมีพระบรมราชานุญาตโดยเอกชนต้องขออนุญาตต่อกระทรวง จากนั้นกระทรวงจะนำความกราบบังคมทูลขอพระบรมราชานุญาตและนำร่างสัญญาพระบรมราชานุญาตทูลเกล้า ซึ่งจะมีการเรียกดูทุนของเอกชน แล้วจึงมีพระราชหัตถเลขาพระราชทานพระบรมราชานุญาต สัญญาสัมปทานจึงมีผลใช้บังคับ ต่อมาเมื่อมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน กระบวนการให้สัมปทานก็จะเป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานในเรื่องนั้น ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังนี้

1) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 ที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการให้สัมปทานป่าไม้แก่เอกชน

2) พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการให้สัมปทานปิโตรเลียมแก่เอกชน

3) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ประกาศ ณ วันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 ที่กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี กฎหมายนี้กำหนดให้รัฐมนตรีเป็นผู้ให้สัมปทานกิจการที่อยู่ในความดูแลรับผิดชอบของตน โดยในการให้สัมปทานนั้นรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้ และจะแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขดังกล่าวก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร[125]

4) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการดำเนินการของรัฐในการให้สัมปทานและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐสำหรับโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

5) พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 ที่ให้ความหมายของทางหลวงสัมปทานและกำหนดหลักเกณฑ์การให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางหลวงไว้อย่างชัดเจน

6) พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542 ที่กำหนดให้คณะรัฐมนตรีอาจอนุมัติให้เอกชนรายใดเป็นผู้รับสัมปทานในการจัดให้มีคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบการขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อก็ได้ โดยการขอสัมปทานให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

อย่างไรก็ดี กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การให้สัมปทานในเรื่องนั้น ๆ เป็นการเฉพาะเท่านั้น มิใช่กฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การให้สัมปทานเป็นการทั่วไป ส่วนประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 พ.ศ.2515 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 นั้น แม้จะมีลักษณะคล้าย ๆ กับเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การให้สัมปทานเป็นการทั่วไป แต่กฎหมายดังกล่าวก็ยังมีข้อบกพร่องหรือข้อจำกัดบางประการ โดยความแตกต่างระหว่างประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ.2515 กับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 อยู่ตรงที่ว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ.2515 เป็นกฎหมายที่กำหนดว่ากิจการใดบ้างที่

[125] ข้อ 7 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515

จะต้องมีการสัมปทาน โดยให้อำนาจในการให้สัมปทานขึ้นอยู่กับรัฐมนตรีเพียงผู้เดียว แต่ไม่ได้กำหนดวิธีการในการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาไว้ ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 แม้จะเป็นกฎหมายที่กำหนดวิธีการในการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญา อันเป็นแนวทางปฏิบัติในการให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ แต่ก็เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับโครงการของรัฐที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเท่านั้น เป็นต้น กรณีดังกล่าวจึงมีผลให้ในปัจจุบันการที่เอกชนจะขอสัมปทานบริการสาธารณะจึงต้องปฏิบัติตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ. 2515 โดยทำตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า กระบวนการให้สัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทยยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ที่สามารถรองรับในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรที่จะมีการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานในอนาคต ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ต่อไป

2. <u>กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทย</u>

ก่อนที่จะจัดทำสัญญา คู่สัญญามักจะมีการเจรจาต่อรองกันเพื่อให้ได้สัญญาที่มีความเป็นธรรมมากที่สุดระหว่างคู่สัญญาโดยไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องได้เปรียบหรือเสียเปรียบจนเกินไป แต่ในทางปฏิบัติมักไม่เป็นเช่นนั้น โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่าก็มักใช้อำนาจของตนทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องยินยอมทำสัญญาแม้ว่าอาจต้องเสียเปรียบบ้างก็ตามเพราะมิฉะนั้นก็จะไม่ได้เข้าทำสัญญา ซึ่งสัญญาของภาครัฐส่วนใหญ่มักมีแนวโน้มเป็นเช่นนั้น

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทย เพื่อให้ทราบว่ากระบวนการหรือแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยในการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทาน และกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทานเป็นเช่นไร กระบวนการดังกล่าวมีความแตกต่างกันหรือไม่ระหว่างผู้ลงทุนไทยกับผู้ลงทุนต่างชาติ

2.1 <u>กระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทย</u>

กระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศอาจเกิดขึ้นได้ในสองช่วงเวลา คือ ช่วงแรกระหว่างที่เอกชนยื่นข้อเสนอเพื่อรับการคัดเลือกเป็นผู้รับสัมปทาน และช่วงที่สองคือหลังจากที่เอกชนได้ทราบว่าตนได้รับการคัดเลือกเป็นผู้รับสัมปทาน ซึ่งในการจัดทำสัญญาสัมปทานจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามผลการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชนด้วย ดังนั้น การเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาจึงเป็นกระบวนการหนึ่งที่มีความสำคัญและมีผลต่อการกำหนดข้อสัญญาสัมปทาน

ปัจจัยที่มีผลต่อการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานนั้นมีหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นความต้องการของรัฐในการได้ผู้รับสัมปทาน ระยะเวลาในการดำเนินการสัมปทาน ขอบเขตของงานที่ให้สัมปทาน และช่วงเวลาในการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทาน ฯลฯ ปัจจัยดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ควรนำมาพิจารณากำหนดเป็นแนวทางในการเจรจาต่อรอง เช่น หากเป็นกรณีที่รัฐมีความต้องการสูงในการได้ผู้รับสัมปทาน หรือเป็นกรณีที่ระยะเวลาในการดำเนินการสัมปทานจะต้องกระทำโดยเร่งด่วนแล้ว รัฐควรต้องรู้ว่าตนอาจอยู่ในฐานะเสียเปรียบระหว่างการเจรจาต่อรอง ดังนั้น รัฐจึงไม่ควรนำเอาความต้องการของตนหรือระยะเวลาที่ต้องเร่งดำเนินการให้ได้ผู้รับสัมปทานมาเป็นตัวกำหนดการได้ผู้รับสัมปทานจนเกินไป เพราะหากรัฐไม่รีบร้อนในการเจรจาจนเกินไปแล้วรัฐอาจได้รับผลประโยชน์ที่ดีกว่าหรืออาจได้รับผู้รับสัมปทานที่ดีกว่าก็ได้ หรือในกรณีของขอบเขตของงานที่ให้สัมปทานนั้น รัฐก็จะต้องคำนึงถึงด้วยว่างานที่รัฐจะให้สัมปทานกับเอกชนนั้นเป็นงานประเภทใด รัฐต้องการได้รับผลประโยชน์จากเอกชนเป็นหลักหรือต้องการให้ประชาชนได้รับผลประโยชน์เป็นหลัก โดยหากรัฐต้องการให้ประชาชนได้รับผลประโยชน์เป็นหลักแล้ว รัฐก็ไม่ควรนำเอาจำนวนผลประโยชน์ตอบแทนที่จะได้รับจากเอกชนมาเป็นตัวกำหนดการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน โดยรัฐควรพิจารณาจากงานที่ผู้รับสัมปทานจะเข้ามาดำเนินการยิ่งกว่าจำนวนผลประโยชน์ที่จะได้รับจากผู้รับสัมปทาน ซึ่งหากงานนั้นจะมีประโยชน์ต่อประชาชนอย่างมากแล้ว รัฐอาจให้การสนับสนุนด้านอื่น ๆ ต่อเอกชนนั้นด้วยเพื่อเป็นการจูงใจให้เอกชนเข้ามาดำเนินการเป็นผู้รับสัมปทาน เช่น การส่งเสริมการลงทุน หรือมาตรการทางด้านภาษี เป็นต้น

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จึงเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากกรณีของการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไป การเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานจึงไม่ควรกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ตายตัวโดยเฉพาะในเรื่องของผลประโยชน์ตอบแทนที่รัฐจะได้รับจากผู้รับสัมปทาน แต่ก็ควรมีแนวทางกว้าง ๆ กำหนดไว้ เช่น ในเรื่องของช่วงเวลาการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทาน ซึ่งเรื่องนี้จะเห็นได้ว่าเป็นหลักทั่วไปที่สามารถกำหนดได้โดยช่วงเวลาที่ดีที่สุดในการเจรจาต่อรอง คือ ช่วงเวลาที่

อยู่ระหว่างการพิจารณาคัดเลือกเพราะระหว่างนั้นรัฐจะมีอำนาจในการเจรจาต่อรองสูงเนื่องจากยังมีเอกชนรายอื่นที่เสนอเข้ารับการคัดเลือก เป็นต้น

ปัจจุบันโครงการต่าง ๆ ของรัฐมิได้เป็นเพียงการให้บริการแก่ประชาชนเท่านั้น แต่เริ่มมีแนวโน้มไปในลักษณะของการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศมากขึ้นด้วย ซึ่งแสดงว่ารัฐมิได้มองว่าการให้บริการสาธารณะเป็นเพียงการให้บริการของรัฐแก่ประชาชนแต่อย่างเดียว แต่ยังมองเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ ด้วยว่าการให้บริการดังกล่าวจะต้องมีลักษณะที่ทัดเทียมกัน เพราะโลกในยุคปัจจุบันเป็นยุคของการแข่งขัน การจัดให้มีบริการสาธารณะที่ดีย่อมทำให้ประเทศชาติสามารถแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้ ดังนั้น ในการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ รัฐจึงควรดำเนินการด้วยความระมัดระวังเพราะสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นทั้งสัญญาทางปกครอง สัญญาทางธุรกิจและสัญญาระหว่างประเทศ

จุดแข็งในกระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยคือ อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เอกชนส่วนใหญ่มักให้ความยินยอมหากไม่เป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อเอกชนมากจนเกินไป ดังนั้น รัฐจึงควรใช้จุดแข็งเป็นปัจจัยในการเจรจาต่อรอง โดยกำหนดประเด็นเจรจาต่อรองให้มีความเป็นไปได้ในการยอมรับของเอกชนคู่สัญญา แต่จุดอ่อนของการเจรจาอยู่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ส่งมาเจรจาต่อรองนั้น ในบางครั้งอาจไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้ในกิจการนั้นอย่างเพียงพอ เพราะส่วนใหญ่ในการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญา รัฐมักให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายเป็นผู้เจรจาต่อรอง ซึ่งต้องยอมรับว่าแม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายจะมีความรู้ทางด้านกฎหมายและมีความรอบคอบในการเจรจาต่อรอง แต่ก็อาจจะไม่เข้าใจในเรื่องเทคนิคของกิจการ เรื่องของผลประโยชน์ หรือข้อเสียเปรียบในการดำเนินกิจการได้อย่างลึกซึ้งเหมือนกับผู้เชี่ยวชาญในกิจการนั้นโดยตรง ดังนั้น รัฐจึงควรให้บุคลากรที่มีความรู้ในกิจการโดยตรงมาเป็นผู้เจรจาต่อรองร่วมกับนักกฎหมาย นอกจากนั้น จุดอ่อนของการเจรจายังอาจมาจากนโยบายของรัฐเองด้วย เช่น หากเป็นโครงการที่รัฐเร่งดำเนินการจนเกินไปแล้วก็อาจมีผลต่อการเจรจาต่อรองได้ เพราะจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมุ่งที่จะให้โครงการเกิดขึ้นและแล้วเสร็จโดยเร็วตามนโยบาย โดยอาจจะไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบต่าง ๆ ที่จะอาจเกิดขึ้นตามมาในระยะยาว

ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงควรที่จะมีการปฏิรูปกระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานในอนาคต เพื่อแก้ไขจุดอ่อนและข้อบกพร่องของการเจรจาที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพื่อให้สามารถรองรับกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับการปฏิรูปกระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ต่อไป

2.2 กระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

หลักเกณฑ์การจัดทำสัญญาในประเทศไทยโดยทั่วไปจะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนแล้วจะต้องเป็นไปตามกฎ ระเบียบ ข้อบังคับของหน่วยงานของรัฐนั้นเองด้วย และรัฐจะเข้ามากำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 84 และหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการค้าต่างตอบแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการค้าต่างตอบแทนก็จะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามระเบียบดังกล่าว หรือหากเป็นการจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากต่างประเทศก็จะต้องดำเนินการตามระเบียบการก่อหนี้ของประเทศ พ.ศ.2528 และตามเงื่อนไขสัญญาเงินกู้ หรือความตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลต่างประเทศหรือแหล่งเงินกู้ของเอกชนในต่างประเทศนั้น หรือสัญญาให้ความช่วยเหลือดังกล่าวด้วย

การจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยไม่ปรากฏว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ฯ เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ฯ หรือระเบียบว่าด้วยการพัสดุของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ จะเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐนั้นเท่านั้น จึงเป็นกรณีที่ไม่อาจนำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ฯ หรือระเบียบว่าด้วยการพัสดุ ฯ ดังกล่าวมาใช้ได้กับการจัดทำสัญญาสัมปทาน

โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีระยะเวลาผูกพันกันค่อนข้างยาวนาน การจัดทำสัญญาสัมปทานจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและจำต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง โดยเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายรัฐทั้งนี้ เพื่อมิให้เป็นหน่วยงานของรัฐต้องเสียเปรียบเอกชน และเพื่อไม่ให้สัญญาส่งผลกระทบต่อประชาชนในลักษณะที่ทำให้ประชาชนต้องได้รับความเดือดร้อนจากการใช้บริการสาธารณะที่กระทำโดยเอกชนผู้ได้รับสัมปทาน อย่างไรก็ดี สัญญาสัมปทานนั้นก็ต้องไม่มีความเสี่ยงต่อการลงทุนของเอกชนมากเกินไป เพราะมิฉะนั้นแล้วเอกชนคงไม่สามารถยอมรับได้เนื่องจากเป็นสัญญาที่ต้องใช้วงเงินลงทุนค่อนข้างสูง

การจัดทำสัญญาสัมปทานมีความแตกต่างจากการจัดทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไป อันเนื่องมาจากลักษณะพิเศษของสัญญาที่รัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับการให้บริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด และมีอำนาจออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ รวมทั้งมีอำนาจเลิกหรือเพิกถอนสัญญาฝ่ายเดียวบางกรณี อันเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐ

สำหรับประเด็นปัญหาว่าการจัดทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะควรดำเนินการอย่างไรนั้น จากการศึกษาพบว่าแม้ประเทศไทยจะไม่มีกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะไว้โดยตรง แต่โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง แม้จะมีลักษณะของสัญญาทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดคำนิยามไว้ แต่โดยที่ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การจัดทำสัญญาสัมปทานในปัจจุบันจึงจำต้องนำหลักทั่วไปในเรื่องของสัญญาที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยอนุโลม หากไม่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบของหน่วยงานของรัฐใดกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการจัดทำสัญญาสัมปทานนั้นเป็นการเฉพาะ ซึ่งหลักทั่วไปในการจัดทำสัญญาที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ หลักเรื่องความสามารถของคู่สัญญา หลักเรื่องแบบของนิติกรรม หลักความชอบด้วยกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรม และหลักความไม่บกพร่องในเรื่องเจตนา

ดังนั้น หากนำหลักทั่วไปในการจัดทำสัญญามาใช้กับสัญญาสัมปทานแล้ว การจัดทำสัญญาสัมปทานจึงอยู่บนพื้นฐานดังนี้คือ

1) ผู้จัดทำสัญญาสัมปทานจะต้องมีความสามารถในการจัดทำสัญญา

ผู้จัดทำสัญญาสัมปทานจะต้องมีความสามารถในการจัดทำสัญญาทั้งคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยอำนาจในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเป็นไปตามกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐนั้นที่ปรากฏตามกฎหมายจัดตั้ง ซึ่งความสามารถดังกล่าวรวมถึงอำนาจในการจัดทำสัญญาสัมปทานตามที่กฎหมาย กฎ หรือระเบียบของรัฐกำหนดไว้ด้วย กล่าวคือต้องเป็นผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือหากเป็นการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำแทนก็จะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน เป็นต้น และโดยที่สัญญาสัมปทานมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาจัดจัดจ้างตามระเบียบพัสดุ ฯ การจัดทำสัญญาจึงต้องได้รับอนุมัติจากอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นกรณีพิเศษ รวมทั้งหากเป็นกรณีสัญญาสัมปทานหรือสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐในโครงการที่มีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปก็จะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 กฎหมายที่ว่าด้วยสัมปทานในเรื่องนั้น และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เป็นต้น

2) สัญญาสัมปทานต้องเป็นไปตามแบบและขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ

หากสัญญาสัมปทานใดมีรูปแบบที่กำหนดไว้ในสัญญา การจัดทำสัญญาก็ต้องเป็นไปตามแบบที่กำหนด เช่น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ต้องจัดทำตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นต้น

3) วัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายโดยชัดแจ้ง ไม่เป็นการพ้นวิสัย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

4) ผู้จัดทำสัญญาจะต้องไม่บกพร่องในการแสดงเจตนา คือ ไม่ถูกฉ้อฉล ไม่สำคัญผิด ไม่ถูกข่มขู่ และการใช้ดุลยพินิจต้องเป็นดุลยพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในการอนุมัติให้สัมปทาน หากผู้มีอำนาจอนุมัติได้รับข้อมูลมาไม่ถูกต้องแล้วได้มีคำสั่งอนุมัติให้สัมปทานไปเช่นนี้ ก็เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

นอกจากการจัดทำสัญญาสัมปทานจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการจัดทำสัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้ว การจัดทำสัญญาสัมปทานยังต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์พิเศษบางประการด้วย กล่าวคือ

1) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐและมีอำนาจหน้าที่ในกิจการที่ให้สัมปทานและมีสิทธิที่จะให้สัมปทานกับเอกชนได้ตามกฎหมาย

สัญญาสัมปทานจะต้องเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำสัญญาได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีลักษณะพิเศษจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปตรงที่ว่า คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นรัฐจะต้องมีอำนาจหน้าที่ในกิจการที่ให้สัมปทานและมีสิทธิที่จะให้สัมปทานกับเอกชนได้ตามกฎหมาย โดยพิจารณาจากกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นและกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐนั้นให้สัมปทานแก่เอกชนได้ ซึ่งหมายความว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีทั้งอำนาจหน้าที่ในกิจการที่ให้สัมปทาน และมีทั้งสิทธิที่จะให้สัมปทานกับเอกชนได้ตามกฎหมาย หากมีเพียงอำนาจหน้าที่ แต่ไม่มีสิทธิในการให้สัมปทานแล้วก็ไม่อาจให้สัมปทานกับเอกชนได้ นอกจากนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีอำนาจในการจัดทำสัญญาสัมปทานตามที่กฎหมาย กฎ หรือระเบียบของรัฐกำหนดไว้ด้วย กล่าวคือ ต้องเป็นผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือหากเป็นกรณีที่มีผู้กระทำการแทนหน่วยงานของรัฐแล้ว ก็จะต้องเป็นผู้มีอำนาจในการลงนามแทนนิติบุคคลนั้นตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย หรือหากเป็นการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำแทนก็จะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย

2) จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางราชการ

เช่น หลักเกณฑ์เรื่องความเสมอภาคในการเข้าเสนอราคาหรือทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างที่เปิดโอกาสให้บุคคลต่าง ๆ สามารถเข้าแข่งขันราคากันได้อย่างเสมอภาค ด้วยเหตุนี้ การทำสัญญาสัมปทานจึงมีความแตกต่างจากการทำสัญญาโดยทั่วไปตรงที่การทำสัญญาสัมปทานนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจเลือกเอกชนที่จะมาเป็นคู่สัญญาของตนได้โดยอิสระ เนื่องจากหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาของทางราชการกำหนดเรื่องความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติเอาไว้ โดยจะต้องใช้วิธีการในการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาที่โปร่งใส เป็นกลาง มีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม และตอบสนองผลประโยชน์สาธารณะมากที่สุด เช่น หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เป็นต้น

3) กิจการที่ให้สัมปทานต้องเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐเท่านั้นสามารถกระทำได้

4) เนื้อหาของสัญญาสัมปทานจะต้องมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังนี้คือ

4.1 เป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำรวจหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยใช้ทุนและเทคโนโลยีของเอกชนในการดำเนินการ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะได้รับค่าภาคหลวงเป็นการตอบแทนจากเอกชน[126] หรือ

4.2 เป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมอบอำนาจหน้าที่ในการบริการสาธารณะแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับไปดำเนินการแทนรัฐ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงของเอกชนเอง โดยให้สิทธิแก่เอกชนในการเรียกค่าบริการจากประชาชนผู้ได้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น ซึ่งเอกชนผู้รับสัมปทานมีหน้าที่เป็นผู้จัดทำหรืออำนวยให้บริการสาธารณะด้วยตนเองและจะโอนสิทธิตามหนังสืออนุญาตให้แก่ผู้อื่นไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากราชการก่อน

ซึ่งไม่ว่าเนื้อหาของสัญญาจะเป็นในลักษณะใด ก็ประกอบไปด้วย 2 ส่วน คือ ส่วนหนึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่รัฐใช้อำนาจ อีกส่วนหนึ่งเป็นสัญญาที่ตกลงกันระหว่างรัฐกับเอกชน

5) คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ให้สัมปทานจะมีสิทธิและหน้าที่พิเศษบางประการที่แตกต่างจากสัญญาทั่วไป ซึ่งสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวมักถูกกำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานในเรื่องนั้น เช่น

5.1) สิทธิในการกำกับดูแลและบังคับให้เป็นไปตามสัญญา

โดยที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่รัฐมอบให้เอกชนไปจัดทำแทนรัฐ รัฐจึงต้องมีอำนาจควบคุมและกำกับการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวให้แก่ประชาชนเพื่อให้การ

---

[126] ประยูร กาญจนดุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, หน้าเดียวกัน.

จัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ซึ่งมาจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง หากรัฐไม่ควบคุมดูแล ประชาชนผู้ใช้บริการที่ได้รับความเสียหายย่อมสามารถร้องขอให้รัฐบังคับให้เอกชนผู้รับสัมปทานปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งหากรัฐไม่ปฏิบัติตาม ประชาชนก็สามารถฟ้องศาลปกครองได้ด้วย[127] แม้ว่าประชาชนจะไม่ได้มีฐานะเป็นคู่สัญญาสัมปทานก็ตาม นอกจากนั้น สิทธิของรัฐในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญายังรวมถึงการกำหนดให้สัมปทานตกเป็นของรัฐเมื่อสิ้นอายุสัมปทานด้วย ซึ่งหากผู้รับสัมปทานไม่ดำเนินการสัญญา นอกจากจะเป็นการผิดสัญญาแล้ว ผู้รับสัมปทานยังอาจถูกลงโทษทางอาญาได้หากไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่แตกต่างไปจากสัญญาโดยทั่วไป ที่หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้วก็จะมีผลเฉพาะเป็นการผิดสัญญาทางแพ่งเท่านั้น แต่กรณีของสัญญาสัมปทานนี้เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของประเทศและความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายจึงมีบทกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งทำให้การทำสัญญาสัมปทานแม้จะเป็นเรื่องระหว่างคู่สัญญา แต่หากผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้วจะไม่ได้มีผลเพียงเป็นการผิดสัญญาเท่านั้น แต่ยังอาจเป็นการผิดกฎหมายและต้องถูกลงโทษในทางอาญาได้ด้วย

5.2) สิทธิในการยกเลิก แก้ไขข้อกำหนดแห่งสัญญาฝ่ายเดียว

กฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานส่วนใหญ่มักมีข้อกำหนดที่ให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีดังกล่าวดังนี้

5.2.1) การให้รัฐมีอำนาจยึดถือครอบครองก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ[128] แต่ทั้งนี้รัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทาน [129]

---

[127] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดหมายเลขคดีดำที่ 465/2549.

[128] เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 22 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้ และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ด้วย”

[129] เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 23 บัญญัติว่า “ในการยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานและอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานตามมาตรา 22 รัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทาน ในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดเรื่องค่าทดแทนไว้ ให้ใช้ค่าทดแทนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม”

5.2.2) การให้อำนาจอธิบดีอนุมัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบรูปและรายการละเอียดทางเทคนิคในการก่อสร้างให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัมปทาน แต่ยังคงอยู่ในขอบเขตการดำเนินการตามสัมปทาน หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐในการออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ การกำหนดและแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการนี้เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐที่อาจมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดของสัมปทาน ซึ่งมีผลใช้บังคับได้แม้ว่าเอกชนจะไม่ยินยอมก็ตาม

5.3) สิทธิในการมีอำนาจควบคุมการกำหนดหรือการปรับอัตราค่าบริการ

เนื่องจากการเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม ดังนั้น โดยปกติแล้วรัฐจึงมักกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับสัมปทานเรียกเก็บค่าบริการได้ไม่เกินอัตราที่กำหนดหรือที่ขออนุญาตไว้ และจะปรับอัตราค่าบริการดังกล่าวได้เมื่อได้รับอนุญาต

5.4) หน้าที่ในการปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาสัมปทาน

หากรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญา เช่น มีการเปลี่ยนแปลงอัตราค่าธรรมเนียม หรือหยุดดำเนินสัมปทานชั่วคราวเช่นนี้ ผู้รับสัมปทานจะต้องฟ้องศาลเพื่อให้พิพากษาให้ประกาศบอกเลิกสัญญา พร้อมเรียกค่าเสียหายต่อการขาดทุนและไม่ได้ผลกำไร หรืออาจขอให้ชดใช้ค่าเสียหายโดยไม่บอกเลิกสัญญาก็ได้

5.5) หน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือเอกชนคู่สัญญา

จากที่กล่าวมาข้างต้น ในการจัดทำสัญญาสัมปทานจึงต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของการจัดทำสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง รวมทั้งคำนึงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทานด้วย ดังนั้น การจัดทำสัญญาสัมปทานจึงควรนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมาพิจารณาเพื่อให้สัญญามีความครอบคลุมและชัดเจน เช่น ควรมีการกำหนดค่าทดแทนลงในสัญญาให้ชัดเจนในกรณีที่รัฐเข้ายึดถือครอบครองก่อนสัมปทานสิ้นอายุ ทั้งนี้ เพราะการกำหนดจำนวนค่าทดแทนที่ชัดเจนแน่นอนไว้ในสัญญาย่อมแสดงว่าคู่สัญญาต่างยอมรับว่าจำนวน

ซึ่งบทบัญญัติเช่นว่านี้มีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญทำให้การบัญญัติกฎหมายจะต้องกำหนดไว้ในตอนต้นด้วยว่า “พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

ดังกล่าวมีความเหมาะสมแล้วตั้งแต่ต้น ซึ่งเมื่อเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นก็ไม่จำต้องมาพิจารณาเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนต่อกันอีกอันเป็นการป้องกันมิให้เกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างกันได้ในทางหนึ่ง

จากหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาสัมปทานดังกล่าวจึงสามารถสรุปขั้นตอนการจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยออกได้เป็น 3 ขั้นตอนดังนี้

2.2.1 <u>ขั้นตอนก่อนการจัดทำสัญญา</u>

ก่อนการจัดทำสัญญาสัมปทาน หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับของรัฐที่กำหนดแนวทางปฏิบัติหรือข้อจำกัดในการทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนให้ครบถ้วนก่อนเข้าทำสัญญากับเอกชนดังต่อไปนี้คือ

2.2.1.1 การดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ในการจัดทำสัญญาสัมปทานจำต้องเริ่มต้นจากการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายก่อนว่ามีบทบัญญัติกฎหมายใดที่กำหนดขั้นตอนของการจัดทำสัญญาสัมปทานนั้นไว้หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า กฎหมายไทยที่ปรากฏในปัจจุบันเกี่ยวกับสัมปทานมักเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดในเรื่องของการให้สัมปทานมากกว่าที่จะเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาสัมปทาน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จะเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงที่สุดในเรื่องของสัมปทาน แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวก็เป็นเพียงการกำหนดวิธีการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาเท่านั้น โดยมิได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการในการจัดทำสัญญาสัมปทานแต่อย่างใด และเป็นที่สังเกตว่าหากกฎหมายใดบัญญัติขึ้นภายหลังจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้วก็มักจะมีบทบัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายดังกล่าวมาปฏิบัติด้วย[130]

โดยที่การจัดทำสัญญาสัมปทานจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจรัฐในการสัมปทานโดยตรง ดังนั้น ในขั้นตอนก่อนการจัดทำสัญญาสัมปทาน หน่วยงานของรัฐจึงต้องพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับใดบ้างหรือไม่ที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานนั้น แล้วดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้เสียก่อนจึงค่อยพิจารณาเกี่ยวกับ

---

[130] พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 6 บัญญัติว่า "การให้สัมปทานรายใดถ้าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นด้วย"

การจัดทำสัญญาสัมปทาน เช่น หากเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับกิจการการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามที่กำหนดในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ที่มิได้มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการนั้นกำหนดยกเว้นไว้แล้ว ก็จะต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานตามประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าว หรือหากเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐในโครงการที่มีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปก็จะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เป็นต้น

นอกจากนั้น หากเป็นการให้สัมปทานตามประเภทที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เช่น สัมปทานปิโตรเลียม ก็ต้องดำเนินการตามดำเนินการตามกฎหมายปิโตรเลียม คือ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 และกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว รวมทั้งการใช้สัญญาสัมปทานตามรูปแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง[131], สัมปทานป่าไม้ก็ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติป่าไม้ เป็นต้น

สำหรับในทางปฏิบัติ การดำเนินการก่อนจัดทำสัญญาสัมปทานมีลักษณะดังนี้คือ

1) หน่วยงานของรัฐจะออกขอบเขตรายละเอียดของโครงการ (Term of Reference : TOR) หรือเอกสารประกวดราคา (Tender Documents) อันเป็นเอกสารที่เชิญชวนให้เอกชนยื่นข้อเสนอเพื่อเข้ารับสัมปทานหรือเข้าร่วมลงทุนกับหน่วยงานของรัฐ ซึ่ง TOR หรือ Tender Documents จะมีรายละเอียดต่าง ๆ กำหนดเงื่อนไขของการเข้าสัมปทานหรือการร่วมลงทุน

2) เอกชนที่สนใจจะยื่นข้อเสนอ (Proposals) เข้ารับสัมปทานหรือเข้าร่วมการงานและร่วมลงทุนกับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวจะต้องมีรายละเอียดต่าง ๆ ครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดใน TOR หรือ Tender Documents ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวส่วนมากมักแยกออกเป็น 2 ข้อเสนอ คือข้อเสนอทางด้านเทคนิค (Technical Proposal) และข้อเสนอทางด้านราคา (Financial Proposal) โดยข้อเสนอทางราคาก็จะเป็นการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐ

---

[131] พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 23 บัญญัติว่า “แบบของสัญญาสัมปทานให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” กฎกระทรวงในที่นี้คือ กฎกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติ ฉบับที่ 4 พ.ศ.2514 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียมดังกล่าว คู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติจะทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญา ตลอดจนข้อความในสัญญาให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงไม่ได้ เว้นแต่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงดังกล่าว

3) การประเมิน (evaluate) ข้อเสนอของเอกชนโดยหน่วยงานของรัฐ ภายหลังจากได้รับข้อเสนอจากเอกชนแล้ว หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการประเมินผลจากข้อเสนอที่เอกชนจัดส่งมาให้ โดยหน่วยงานของรัฐจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์การประเมิน (evaluation criteria) ก่อนที่จะเปิดซองข้อเสนอของเอกชนเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการประเมิน ซึ่งในการพิจารณาข้อเสนอนั้น หน่วยงานของรัฐมักจะพิจารณาข้อเสนอทางด้านเทคนิคก่อนว่าครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ใน TOR หรือ Tender Documents หรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาข้อเสนอนี้ หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบให้ละเอียดด้วยว่า เอกชนมีการตั้งเงื่อนไขหรือข้อสงวนสิทธิใด ๆ ไว้หรือไม่ ซึ่งหากมี เอกชนก็มักจะกำหนดไว้ใน Deviation อันเป็นข้อสงวนสิทธิหรือการตั้งเงื่อนไขบางประการซึ่งกรณีเช่นว่านี้หน่วยงานของรัฐจะต้องนำประเด็นดังกล่าวมาใช้ในการเจรจาต่อรองก่อนการจัดทำสัญญาด้วย

4) การพิจารณาคัดเลือก เมื่อหน่วยงานของรัฐทำการประเมินข้อเสนอทางด้านเทคนิคของเอกชนเรียบร้อยแล้ว จะมาจัดลำดับคะแนนของบริษัทที่ผ่านการคัดเลือก ซึ่งโดยปกติหากเอกชนรายใดที่ผ่านการประเมินทางด้านเทคนิคและเสนอผลประโยชน์ตอบแทนดีที่สุดจะได้รับการเชิญมาเจรจาต่อรองเป็นรายแรก

5) การเจรจาต่อรอง ในการเจรจาต่อรองหน่วยงานของรัฐมักจะเริ่มจากการให้เอกชนชี้แจง (Clarification) รายละเอียดในรายการที่มีข้อสงสัยเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจน และนำข้อสงวนสิทธิที่เอกชนตั้งไว้ (deviation) มาเจรจาต่อรองด้วย ซึ่งโดยปกติหน่วยงานของรัฐมักขอให้เอกชนถอนข้อสงวนสิทธินั้นออกไปหรือแก้ไขให้เป็นที่ยอมรับกันได้ทั้งสองฝ่าย ในขั้นตอนนี้อาจรวมถึงการเจรจาเกี่ยวกับร่างสัญญาด้วย โดยหน่วยงานของรัฐจะจัดส่งร่างสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบก่อนว่าตรงกับขอบเขตและวัตถุประสงค์ของโครงการหรือไม่ และเพื่อไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องเสียเปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการจัดทำสัญญา

6) ขั้นตอนการอนุมัติให้สัมปทานและให้จัดทำสัญญากับเอกชน ภายหลังจากการเจรจาต่อรองแล้วก็จะถึงขั้นตอนของการพิจารณาอนุมัติให้เอกชนที่ผ่านการพิจารณาเป็นผู้ได้รับสัมปทานหรือได้เข้าร่วมลงทุนกับหน่วยงานของรัฐ โดยหน่วยงานของรัฐจะนำรายละเอียดของเรื่องทั้งหมดนำเรียนคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติให้สัมปทานและให้หน่วยงานของรัฐจัดทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนต่อไป

2.2.1.2 การดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้โดยมติคณะรัฐมนตรี

แม้ว่ามติคณะรัฐมนตรีจะมิใช่กฎหมาย แต่ก็มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เนื่องจากมีสภาพ

บังคับเป็นการทั่วไปกับหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐที่ต้องปฏิบัติ หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามย่อมมีความผิดตามกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ ดังนั้น นอกจากการดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับของรัฐแล้ว หน่วยงานของรัฐจึงจำต้องพิจารณาด้วยว่ามีหลักเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร เช่น มติคณะรัฐมนตรี กำหนดแบบของสัญญาและวิธีการเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาสัมปทาน หรือมีการวางหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาสัมปทานไว้หรือไม่ อย่างไร เช่น มติคณะรัฐมนตรีแจ้งตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร 0205/ว138 ลงวันที่ 9 กันยายน 2535 กำหนดหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา และกำหนดข้อยกเว้นของสัญญาที่ได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องส่งสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา หรือมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนว่า ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด และให้สัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น รวมทั้งให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา หรือมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ต้องการจัดทำสัญญาจ้างเหมาเบ็ดเสร็จ (Turn Key) ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนและต้องดำเนินการตามคู่มือการพิจารณาโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ เป็นต้น

2.2.1.3 การจัดทำร่างสัญญา

ในการจัดทำร่างสัญญาสัมปทานนั้นมีหลักเกณฑ์ดังนี้

2.2.1.3.1 จะต้องเป็นไปตามแบบที่กำหนด

ในการจัดทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำสัญญาสัมปทานตามแบบสัญญาที่กำหนดโดยหากเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาไว้ก็จะต้องทำตามนั้น เช่น สัญญาสัมปทานป่าไม้ก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติป่าไม้ สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม[132] เป็นต้น

---

[132] พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 23 บัญญัติว่า “แบบของสัญญาสัมปทานให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” ซึ่งกฎกระทรวงในที่นี้ คือ กฎกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติ ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2514 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ดังกล่าว ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลหรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญา ตลอดจนข้อความในสัญญาให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงไม่ได้ เว้นแต่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงดังกล่าว ในกฎกระทรวงได้มีการกำหนดข้อกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิและหน้าที่ ประโยชน์ระหว่างคู่สัญญา

2.2.1.3.2 จะต้องจัดส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน

เนื่องจากแบบสัญญาสัมปทานที่กำหนดไว้ในกฎหมายมีเพียงสัญญาบางประเภทเท่านั้น ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐต้องการจัดทำสัญญาสัมปทานประเภทอื่น ก็ต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 20 ที่กำหนดว่า “ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินการก่อนลงนาม”[133]

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติต้องยอมรับตามข้อกำหนด เงื่อนไขดังกล่าว ยกเว้นแต่ในกรณีที่กำหนดไว้ในข้อ 12 “ผลประโยชน์พิเศษ” นั้นจะเป็นการเสนอของคู่สัญญาฝ่ายบริษัทเอกชนต่างชาติแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลว่า บริษัทจะให้ผลประโยชน์พิเศษประการใดแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งคณะกรรมการปิโตรเลียมจะเป็นผู้พิจารณาว่าผลประโยชน์พิเศษดังกล่าวที่เสนอให้นั้นสมควรที่จะอนุมัติให้สัมปทานหรือไม่ (มาตรา 16) เพื่อนำเสนอรัฐมนตรี ฯ ให้ขออนุมัติคณะรัฐมนตรีออกสัมปทานปิโตรเลียมให้กับบริษัทเอกชนต่างชาติ (มาตรา 22) เป็นต้น

[133]หลักเกณฑ์การจัดส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้นมีที่มาจากมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2491 (แจ้งตามหนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรีด่วนที่ นว 33/2491 ลงวันที่ 1 เมษายน 2491 ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีนี้เป็นมติคณะรัฐมนตรีฉบับแรกที่กำหนดข้อผูกพันส่วนราชการต้องส่งสัญญาไปให้กรมอัยการตรวจพิจารณาก่อน) ที่คณะรัฐมนตรีเห็นว่าการจัดทำสัญญาระหว่างส่วนราชการกับเอกชนมีข้อบกพร่องไม่เรียบร้อยสมบูรณ์ เป็นเหตุให้รัฐบาลต้องเสียเปรียบเนื่องจากสัญญานั้น ๆ จึงมีมติเห็นควรให้ส่วนราชการส่งร่างสัญญาไปให้กรมอัยการตรวจพิจารณาก่อน ถ้าส่วนราชการจะต้องทำสัญญากับเอกชนที่เป็นสัญญาสำคัญหรือเป็นสัญญารายใหญ่ ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมาเพื่อกำหนดให้ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องดุลยพินิจของหน่วยงานของรัฐที่จะส่งร่างสัญญาไปให้อัยการตรวจ เรื่องการชี้แจงข้อเท็จจริงประกอบร่างสัญญา เรื่องภาษาของสัญญาและเรื่องเอกสารประกวดราคา จนถึงปี พ.ศ.2535 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 วางหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา แจ้งตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0205/ว 138 ลงวันที่ 9 กันยายน 2535 ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ยังมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน, อ้างในจุลสิงห์ วสันตสิงห์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.2-3.

อย่างไรก็ดี การจัดส่งร่างสัญญาสัมปทานไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนนั้น ในบางครั้งก็ไม่อาจแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติได้ โดยสัญญาบางฉบับที่เมื่อผ่านการพิจารณาจากสำนักงานอัยการสูงสุดไปแล้ว แต่คู่สัญญาไม่อาจลงนามได้เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือธนาคารผู้ให้กู้ไม่ยอมรับข้อความในสัญญา ทำให้ต้องเสียเวลาในการเจรจาร่างสัญญาต่อไปอีก และอาจต้องส่งร่างสัญญากลับมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจแก้ไขปัญหาด้วยการให้เอกชนคู่สัญญาและธนาคารผู้ให้กู้มีโอกาสเข้าชี้แจงเพื่อแสดงข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะต่ออัยการผู้ตรวจร่างสัญญาในระหว่างการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด แต่กรณีดังกล่าวก็มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าจะมีการมองว่าสำนักงานอัยการสูงสุดเข้าไปก้าวล่วงการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ เพราะหากในอนาคตเกิดมีปัญหาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน หน่วยงานของรัฐก็อาจอ้างว่ามาจากการตรวจแก้ไขของสำนักงานอัยการสูงสุดกับเอกชนคู่สัญญา ซึ่งเรื่องนี้เป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่ควรมีการพิจารณาตกลงร่วมกันก่อนระหว่างหน่วยงานของรัฐกับสำนักงานอัยการสูงสุด อีกทั้งสำนักงานอัยการสูงสุดอาจจะต้องจัดให้มีอัยการที่มีความความรู้เชี่ยวชาญพิเศษในแต่ละลักษณะของสัญญาเพื่อให้การตรวจพิจารณาสัญญามาจากพื้นความรู้ที่ถูกต้องตามหลักวิชาการ

สำหรับประเด็นข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการจัดทำสัญญานั้น อาจมีได้ดังนี้

- ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการไม่ดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่ประกาศไว้
- ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติ เงื่อนไข หรือรายละเอียดคุณลักษณะที่เอื้อประโยชน์แก่บุคคลบางราย
- ประเด็นปัญหาความไม่ถูกต้องตามคุณสมบัติเงื่อนไขหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ
- ประเด็นปัญหาการยกเลิกการประกวดราคาที่ไม่ชอบ
- ประเด็นปัญหาการกำหนดเงื่อนไขของสัญญา
- ปัญหาว่าควรมีข้อสัญญา Stabilization Clause ในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐ

กับผู้ลงทุนต่างชาติ อันเป็นข้อสัญญาที่ให้ประกันความมั่นคงว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในโดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่มีต่อคู่สัญญาฝ่ายผู้ลงทุนต่างชาติหรือไม่[134]

- ปัญหาว่าควรมีข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (Intangibility Clause) ในสัญญาสัมปทานอันเป็นข้อกำหนดที่จำกัดห้ามการแก้ไข เปลี่ยนแปลง สิทธิและหน้าที่ในทางสัญญาระหว่างคู่สัญญา โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาหรือไม่[135]

ข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลง (Intangibility Clause) ในสัญญาสัมปทานทั่วไป หมายถึง ข้อกำหนดที่จำกัดห้ามการแก้ไข เปลี่ยนแปลง สิทธิและหน้าที่ในทางสัญญาระหว่างคู่สัญญา โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญา

---

[134] ข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคง (Stabilization Clause) หมายถึง ข้อกำหนดที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ความมั่นคงหรือเสถียรภาพแก่ข้อกำหนดต่าง ๆ ที่สำคัญในสัญญา โดยเป็นการจำกัดห้ามไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐนำบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐที่บัญญัติในภายหลังจากที่มีได้มีการทำสัญญากับเอกชนต่างชาติมาบังคับใช้สัญญาสัมปทาน เช่น การขึ้นอัตราภาษี การตราบทบัญญัติกฎหมายเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในทางการเงิน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทกฎหมายต่าง ๆ การเวนคืนทรัพย์สิน การโอนเป็นของชาติ การดำเนินมาตรการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางการประกอบกิจการของผู้ลงทุนต่างชาติ ปัญหาทางกฎหมายของข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงขึ้นอยู่กับผลทางกฎหมาย ซึ่งผลทางกฎหมายของข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญา ดังนั้น ข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงจึงเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามไม่ให้ใช้กฎหมายบางฉบับมาบังคับใช้กับสัญญาอย่างเด็ดขาด

เนื่องจากสัญญาสัมปทานมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาอันยาวนาน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงต้องการความมั่นใจในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งทำให้เกิดข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลงขึ้น เพื่อเป็นข้อกำหนดที่เป็นการให้ประกันแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่นำบทบัญญัติกฎหมายที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไปมาเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติ

[135]เนื่องจากสัญญาสัมปทานมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาอันยาวนาน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงต้องการความมั่นใจในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งทำให้เกิดข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงและข้อกำหนดที่จะไม่เปลี่ยนแปลงขึ้น เพื่อเป็นข้อกำหนดที่เป็นการให้ประกันแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่นำบทบัญญัติกฎหมายที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไปมาเปลี่ยนแปลงสิทธิ หน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติ

2.2.2 ขั้นตอนในระหว่างการจัดทำสัญญา

2.2.2.1 การจัดทำสัญญาสัมปทานต้องทำเป็นหนังสือและเป็นไปตามแบบที่กำหนด

หลักเกณฑ์นี้มีความแตกต่างจากสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทั่วไปที่หากไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือแล้วก็ไม่จำต้องทำเป็นหนังสือแต่ประการใด แต่สำหรับสัญญาสัมปทานนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือเสมอแม้ในเรื่องนั้นกฎหมายจะมิได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือก็ตาม เนื่องจากมีกฎ ระเบียบของหน่วยงานของรัฐ กำหนดให้สัญญาของรัฐต้องทำเป็นหนังสือเพื่อเป็นหลักฐานของทางราชการ และหากมีการแก้ไขสัญญาก็จะต้องทำเป็นหนังสือด้วยจึงจะมีผลบังคับได้โดยนัยตามมาตรา 366 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น จึงมีผลให้สัญญาสัมปทานจะต้องจัดทำเป็นหนังสือ

อย่างไรก็ดี การจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยจะแตกต่างจากการจัดทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปที่จัดทำตามตัวอย่างสัญญาที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 โดยการจัดทำสัญญาสัมปทานจะเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานนั้น กรณีจึงต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายใดที่กำหนดแบบและขั้นตอนการจัดทำสัญญาสัมปทานไว้หรือไม่ เช่น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 กำหนดให้การลงทุนของภาครัฐที่มีมูลค่าเกินหนึ่งพันล้านบาทจะต้องวิเคราะห์โครงการและศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อน รวมทั้งต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ และในการจัดทำสัญญาจะต้องจัดส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน ก็จะต้องทำตามที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้ หรือกรณีตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ที่กำหนดให้การยื่นคำขอสัมปทานและการให้สัมปทานให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งในกฎกระทรวงมีการกำหนดแบบของสัญญาสัมปทานไว้อย่างชัดเจนเช่นนี้ ก็ต้องดำเนินการจัดทำสัญญาสัมปทานตามแบบที่กำหนดไว้ดังกล่าว เป็นต้น

ดังนั้น รูปแบบการจัดทำสัญญาสัมปทานของหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ การจัดทำสัญญาสัมปทานตามแบบสัญญาที่แนบท้ายกฎกระทรวงประกอบพระราชบัญญัติ กับการจัดทำสัญญาสัมปทานขึ้นใหม่แล้วจัดส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

นอกจากการดำเนินการจัดทำสัญญาตามแบบร่างสัญญาสัมปทานที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือตามแบบสัญญาที่ผ่านการตรวจพิจารณาจากสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ยังต้องดำเนินการให้เป็นไปตามผลการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชนด้วย

2.2.2.2 คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถและมีอำนาจในการทำสัญญาได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องจากผู้ที่สามารถลงนามสัญญาให้มีผลผูกพันได้จะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจลงนามตามกฎหมาย ดังนั้น ในการทำสัญญาสัมปทานจึงต้องพิจารณาถึงสถานะและอำนาจในการทำสัญญาของทั้งสองฝ่ายดังนี้คือ

2.2.2.2.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

1) ต้องเป็นนิติบุคคล

สิ่งสำคัญประการของความเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คือ จะต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ดังนั้น หากส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานใดของรัฐที่ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลแล้ว ก็ย่อมไม่สามารถเข้าทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนได้ ซึ่งความเป็นนิติบุคคลของรัฐสามารถพิจารณาได้จากกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้น ซึ่งอาจเป็นพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้[136]

2) ต้องมีอำนาจหน้าที่ในการทำสัญญานั้นได้

ในการจัดทำสัญญาสัมปทานจะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจหน้าที่รัฐให้สามารถจัดทำสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งอาจเป็นกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายพิเศษที่จัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นก็ได้[137] โดยจะต้องพิจารณาว่ากิจการที่จะทำตามสัญญาอยู่ในขอบแห่งวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐที่บัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นหรือไม่ เพียงใด [138] อีกทั้งต้องพิจารณาด้วยว่าผู้แทนของหน่วยงานของรัฐนั้นมีอำนาจตามกฎหมายในการลงนาม

---

[136] เช่น กรณีรัฐวิสาหกิจบางแห่งที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับบริษัทเอกชนโดยทั่วไป

[137] ซึ่งเป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการซึ่งขัดต่อกฎหมาย และจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการนั้น

[138] ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2521 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตมีอำนาจกระทำกิจการภายในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา 6 อำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง......”

ผูกพันในสัญญาสัมปทานได้หรือไม่ หรือมีข้อจำกัดอำนาจประการใด และในกรณีที่มีการมอบอำนาจก็จะต้องกระทำโดยถูกต้องตามกฎ ระเบียบของหน่วยงานของรัฐนั้นด้วย กล่าวคือ ต้องปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจหน้าที่ในกิจการที่ให้สัมปทานโดยพิจารณาจากกฎหมายที่ก่อตั้งหน่วยงานของรัฐนั้น และคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิตามกฎหมายที่จะให้สัมปทานแก่เอกชนโดยมีกฎหมายที่ให้หน่วยงานของรัฐนั้นให้สัมปทานแก่เอกชนได้ ส่วนความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นอาจพิจารณาได้จากกฎหมายที่เกี่ยวกับสัมปทานในเรื่องนั้นเอง

2.2.2.2.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ทำสัญญากับรัฐนั้นโดยปกติมักเป็นนิติบุคคล ซึ่งอาจมีทั้งนิติบุคคลตามกฎหมายไทย หรือนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ[139] และโดยที่นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ดังได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ตามกฎหมายข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง ดังนั้น การที่เอกชนจะเข้าทำสัญญาในเรื่องใด ๆ กับรัฐจึงต้องมีอำนาจตามวัตถุประสงค์ของเอกชนที่เป็นนิติบุคคลนั้น

2.2.2.3 วัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง ไม่เป็นการพ้นวิสัย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.2.2.4 ถ้อยคำของสัญญาต้องมีความชัดเจน

การจัดทำสัญญาสัมปทานต้องมีความชัดเจนว่าคู่สัญญาตกลงกันที่จะทำอะไร และพยายามให้ข้อสัญญามีความชัดเจนมากที่สุดเพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความในอนาคต

พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2521 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ให้การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย มีอำนาจกระทำกิจการต่าง ๆ ภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา 5 และอำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง.....”

[139]ในเรื่องเกี่ยวกับผู้มีอำนาจลงนามสัญญานี้ สำนักงานอัยการสูงสุดเคยพิจารณาว่า หากเอกชนต่างชาติมีการมอบอำนาจให้บริษัทในประเทศไทยเป็นผู้เข้ายื่นซองประกวดราคาแล้วย่อมถือว่าเอกชนไทยเป็นเพียงตัวแทนของเอกชนต่างชาติเท่านั้น หากมีการลงนามในสัญญา ผู้ที่มีอำนาจลงนามสัญญาย่อมได้แก่เอกชนต่างชาติ อ้างในคำวินิจฉัยที่ 153/2527, สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 3 พ.ศ.2526-2529, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพาณิช จำกัด, 2536) น.427-428.

และจากการที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องของสัญญาปกครอง ทำให้ศาลต้องตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งหากกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ให้เอกสิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐแล้วและไม่มีข้อตกลงที่ให้อำนาจกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐแล้ว ก็ย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถใช้เอกสิทธิใด ๆ เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ดังนั้น ในการจัดทำสัญญาหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องการให้ตนมีเอกสิทธิเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้วก็จะต้องใส่ไว้ในขั้นตอนของการจัดทำสัญญา เช่น เอกสิทธิในการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญา การปิดทางหลวงสัมปทานชั่วคราวในสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นต้น

2.2.2.5 ภาษาของสัญญาสัมปทานจะต้องเป็นภาษาไทย

สัญญาสัมปทานจะต้องจัดทำเป็นสัญญาภาษาไทย แต่ในกรณีมีความจำเป็นต้องจัดทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศ ให้จัดทำเป็นภาษาอังกฤษ และจะต้องมีคำแปลภาษาไทยไว้ด้วย แต่ให้ถือสัญญาฉบับภาษาไทยเป็นสำคัญ เช่น ในข้อ 28.2 ของสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กระทรวงมหาดไทย กับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด เป็นต้น ซึ่งสาเหตุที่เปิดช่องให้จัดทำเป็นภาษาอังกฤษได้ก็เพื่อความเหมาะสมในกรณีสัญญาที่ทำกับเอกชนต่างชาตินั่นเอง

สำหรับประเด็นข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนระหว่างการจัดทำสัญญานั้น อาจมีได้ดังนี้

- ประเด็นปัญหาที่มาจากการเจรจาต่อรองในระหว่างจัดทำสัญญา
- ประเด็นปัญหาที่มาจากการวิพากษ์วิจารณ์โดยสื่อมวลชน
- ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผู้มีอำนาจลงนามสัญญาว่าหน่วยงานของรัฐใดที่จะเป็นผู้จัดทำสัญญากับเอกชน และใครที่จะเป็นผู้มีอำนาจลงนามสัญญาในนามของฝ่ายรัฐ

2.2.3 <u>ขั้นตอนหลังจากทำสัญญาสัมปทาน</u>

2.2.3.1 ภายหลังจากลงนามในสัญญาสัมปทานแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานเพิ่มเติมเพื่อติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา และรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขปัญหาต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 อย่างไรก็ดี ในเรื่องนี้โดยที่ปัจจุบันพระราชบัญญัติดังกล่าวอยู่ระหว่างการแก้ไข ซึ่งหากพิจารณาตามร่างพระราชบัญญัติที่จะจัดทำขึ้นใหม่แล้วจะไม่มีคณะกรรมการประสานงานดังกล่าวอีกต่อไป กรณีจึงมีประเด็นที่น่าพิจารณา

ว่า แล้วสำหรับสัญญาที่ได้มีข้อสัญญาเช่นว่านั้นจำต้องมีการปรับแก้ไขข้อสัญญาเพื่อให้สอดคล้องตามร่างพระราชบัญญัติที่แก้ไขหรือไม่

2.2.3.2 หากเงื่อนไขสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินงานตามสัญญาเช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องดำเนินการดังกล่าวภายหลังจากคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้เข้าร่วมงานหรือดำเนินการแล้ว ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องให้คำรับรองว่าจะค้ำประกันหรือรับประกันการดำเนินงานของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ด้วย

2.2.3.3 หากมีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา จะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทตามแนวทางและวิธีการที่กำหนดไว้ในสัญญา

สำหรับประเด็นข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนหลังจากทำสัญญานั้น อาจมีได้ดังนี้

- ประเด็นปัญหาจากการตีความสัญญา
- ประเด็นปัญหาจากการที่รัฐใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของรัฐสามารถกระทำได้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยอ้างว่าบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐเปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ การกระทำดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อเอกชนต่างชาติได้ และทำให้รัฐที่เอกชนต่างชาติมีสัญชาติมีสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้ความคุ้มครองคนแห่งชาติของรัฐในดินแดนของรัฐต่างประเทศโดยวิธีการให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection)

- ประเด็นปัญหาการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งรวมทั้งปัญหาว่าหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

หากเป็นสัญญาที่นำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ การผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ทำให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (International Responsibility) แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้[140] เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะกระทำการอันเกี่ยวกับสัญญา

---

[140]หลักดังกล่าวได้รับการรับรองในคดี Anglo Iranian Oil Case โดยศาลได้กล่าวว่า “สัญญานี้มิได้เป็นสัญญาในลักษณะอื่นใด นอกจากสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและบริษัทเอกชนต่างชาติ รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรมิได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาด้วย ไม่มีหน้าที่ในทางสัญญาใดที่จะบังเกิดมีระหว่างรัฐบาลอิหร่านกับรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักร สัญญาสัมปทานดังกล่าว

ที่เป็นการละเมิดในกฎหมายระหว่างประเทศ (international delict) เช่น การปฏิเสธต่อความยุติธรรม (denial of justice), การเลือกปฏิบัติ (discrimination), การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (abuse of right) ซึ่งความรับผิดชอบเหล่านี้ไม่ได้เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่เกิดจากการกระทำละเมิดของรัฐที่มีต่อคนต่างชาติ

- ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาข้อพิพาท

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยส่วนใหญ่จะเป็นไปตามหลักทั่วไปในการเจรจาและจัดทำสัญญา ซึ่งปัจจุบันยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติค่อนข้างมาก อันเนื่องมาจากประเทศไทยยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนในเรื่องนี้และมาจากลักษณะของสัญญาสัมปทานเองที่ผู้เจรจาและจัดทำสัญญาควรที่จะมีความรู้ในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านกฎหมาย สังคม เศรษฐศาสตร์ และเทคโนโลยี แม้ว่าในส่วนของสัญญาสัมปทานจะกำหนดให้ต้องส่งร่างสัญญาสัมปทานให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนก็ตาม แต่โดยที่สัญญาสัมปทานแต่ละสัญญามีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน และสำนักงานอัยการสูงสุดก็ยังมีบุคลากรที่มีความชำนาญงานในด้านดังกล่าวไม่เพียงพอกับปริมาณงาน ประกอบกับมีสัญญาประเภทอื่นที่ต้องตรวจพิจารณาจำนวนมาก อีกทั้งเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่ที่ไปเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานก็มักจะไม่ค่อยมีความรู้ในลักษณะของงานตามสัญญาสัมปทานนั้นอย่างเพียงพอ ทำให้การเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทานต้องใช้ระยะเวลาค่อนข้างมากในการดำเนินการ กรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าประเทศไทยควรที่จะมีการปฏิรูปกระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ต่อไป

จึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อยู่ภายใต้บังคับจากหลักกฎหมายภายใน, Recuil de la C.I.J., 1952, อ้างในพรรณี วาณิชสรรพ์, “ความรับผิดชอบในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), น.117.

3. กระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

กระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานคือขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งย่อมเป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา ระยะเวลาในการให้สัมปทาน และการดำเนินการภายหลังการลงนามสัญญา ซึ่งการปฏิบัติตามสัญญานี้ควรเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาที่อาจทราบได้จากขอบเขตรายละเอียดของโครงการ (TOR) หรือเอกสารประกวดราคา (Tender Documents) ที่หน่วยงานของรัฐจัดทำขึ้นเพื่อเชิญชวนเอกชนให้ยื่นข้อเสนอเพื่อเข้ารับสัมปทาน รวมทั้งคำนึงถึงข้อความในสัญญาประกอบกับปกติประเพณีของธุรกิจแต่ละประเภทที่สัญญานั้นเข้าไปเกี่ยวข้อง

สัญญาสัมปทานที่จัดทำขึ้นย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญาตามหลักทั่วไปของสัญญา แต่ในกรณีที่มีปัญหาการตีความสัญญาสัมปทาน หน่วยงานของรัฐมักส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดในฐานะที่มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาด้านกฎหมายแก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐเป็นผู้พิจารณา ซึ่งจากการศึกษาพบว่า สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยมีการตอบข้อหารือและตรวจร่างสัญญาสัมปทานเป็นจำนวนมากให้แก่ส่วนราชการและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ เช่น

- ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการทำสัญญาโครงการทางด่วนระยะที่ 2 บางโคล่-แจ้งวัฒนะ[141]
- ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจกระทำกิจการรถไฟฟ้าใต้ดิน[142]
- ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการให้สัมปทาน[143]
- ปัญหาเกี่ยวกับใครเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาโฮปเวลล์[144]

---

[141] สำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต 58/2531, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*.

[142] สำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต 14/2534.

[143] สำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต 44/2534 ที่เคยตีความอำนาจหน้าที่ของกระทรวงคมนาคมว่า “กระทรวงคมนาคมอาจทำสัญญาให้สัมปทานดาวเทียมได้ โดยอาจอนุญาตให้ภาคเอกชนดำเนินกิจการดาวเทียมโดยให้สร้าง บริหารกิจการและให้บริการวงจรดาวเทียม และให้ภาคเอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าใช้วงจรดาวเทียมจากผู้ใช้บริการวงจรดาวเทียม โดยแบ่งรายได้ให้แก่กระทรวงคมนาคมได้ ทั้งนี้ เนื่องจากตามข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐเท่านั้นที่จะเป็นเจ้าของวงจรดาวเทียม กระทรวงคมนาคมจึงต้องเป็นคู่สัญญา” อ้างใน จุลสิงห์ วสันตสิงห์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.18-19.

- การตีความสัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ[145]

- การตีความสัญญาร่วมการงานและรวมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตภูมิภาค[146]

- การตีความสัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย[147]

- การตีความสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่สอง[148]

- การตีความการให้บริการตามสัญญาสัมปทาน[149]

นอกจากนั้นแล้ว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็เป็นอีกหน่วยงานหนึ่งในฐานะที่ปรึกษากฎหมายของรัฐที่จะให้ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยพิจารณาร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน ให้ความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายและสัญญาสัมปทานต่าง ๆ เช่น

- ร่างพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473 แก้ไขพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ.2464

---

[144]สำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต 48/2533.

[145]ข้อหารือสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ หสต. 20/2538.

[146] ข้อหารือสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ หสต. 12/2537.

[147]ข้อหารือสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ หสต. 7/2538.

[148]ข้อหารือสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ หสต. 19/2538.

[149]สำนักงานอัยการสูงสุดเคยให้ความเห็นในเรื่องของการให้บริการตามสัญญาสัมปทานว่าอาจเกิดขึ้นได้แม้งานก่อสร้างจะไม่แล้วเสร็จ ดังปรากฏตามคำวินิจฉัยที่ 274/2541 ว่า "หากกรมทางหลวงเห็นว่า งานก่อสร้างทางยกระดับช่วงจากแจ้งวัฒนะไปถึงอนุสรณ์สถาน (กม. 19+891 ถึง กม. 26+597) ซึ่งเป็นงานส่วนหนึ่งของเงื่อนไขสัญญา ข้อ 1.2.1.1 และบริษัทสร้างเสร็จแล้ว มีความจำเป็นต้องเปิดใช้ กรมทางหลวงอาจอนุญาตให้บริษัทเปิดใช้ทางยกระดับส่วนนี้ได้ แต่อัตราค่าผ่านทางนั้น กรมทางหลวงควรเจรจาปรับลดอัตราค่าผ่านทางที่กำหนดไว้ลงตามความเหมาะสม และควรทำบันทึกข้อตกลงการเปิดใช้ทางและการคิดอัตราค่าผ่านทางที่ได้เจรจาตกลงกัน เพื่อใช้ก่อนการก่อสร้างตามสัญญาแล้วเสร็จไว้เป็นหลักฐานด้วย", อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 7 พ.ศ.2540-2541, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 89*, น.563-566.

- ร่างพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2475

- ร่างแบบสัมปทานไฟฟ้า

- ร่างสัญญาสัมปทานป่าไม้ระหว่างรัฐบาลกับบริษัทศรีราชา

- ร่างแบบสัมปทานป่าไม้สัก พ.ศ.2482

- กระทรวงเกษตราธิการขออนุมัติออกสัมปทานป่าไม้สักให้บริษัทและเอกชน

- การตีความเรื่องการขอสัมปทานการบินพาณิชย์

- แก้ไขระเบียบการขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตออกสัมปทานแทนประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค

- ร่างแบบสัมปทานทำไม้สัก

- หารือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับอำนาจของผู้ให้สัมปทานเพื่อที่จะเรียกผู้รับสัมปทานมาเพิ่มหรือลดข้อกำหนดหรือเงื่อนไขตามสัมปทานทำไม้หวงห้ามธรรมดา

- หารือปัญหาว่ารัฐวิสาหกิจเกี่ยวกับการประปาและการไฟฟ้าจะต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 หรือไม่

- ร่างกฎกระทรวง ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กำหนดให้ผู้ขอสัมปทานปิโตรเลียมต้องเสนอให้ผลประโยชน์พิเศษแก่รัฐในการขอสัมปทานปิโตรเลียม

- ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการต่ออายุสัมปทานเก็บรังนกอีแอ่น (ความเห็นที่ 0380/2541)

- การตีความคำว่า “Thai Government” ในสัญญาของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (เรื่องเสร็จที่ 359/2543)

- ร่างแบบสัมปทานทำไม้สวนป่าชายเลน

- หารือเกี่ยวกับการออกสัมปทานปิโตรเลียมให้แก่บริษัทปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยสำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด

- ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทานสร้างทางยกระดับเหนือคลองแสนแสบคลองมหานาค และคลองตัน

- การทำสัญญาอนุญาตเก็บรังนกอีแอ่นตามกฎหมายว่าด้วยอากรรังนกอีแอ่นในเขตท้องที่

- การเสียภาษีโรงเรือนและที่ดินของทางหลวงสัมปทาน (ความเห็นที่ 0396/2540)

- ขอความเห็นการเข้าร่วมลงทุนเพื่อดำเนินการรับ-ส่งสัญญาณโทรทัศน์ผ่านดาวเทียมของการสื่อสารแห่งประเทศไทยกับองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทยและกลุ่มบริษัทร่วมทุน

- ขอความเห็นในการเข้าร่วมลงทุนของรัฐเพื่อดำเนินการกับเอกชน (ความเห็นที่ 0001/2540)

- ขอหารือเรื่องโครงการร่วมลงทุนกับภาคเอกชน (ความเห็นที่ 0703/2540)

- ขอหารือกรณีการดำเนินการจัดหาพันธมิตรการร่วมทุนเข้ามาร่วมบริหารงานกับองค์การโทรศัพท์ (ความเห็นที่ 0689/2541)

- ขอให้พิจารณาตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 (เลขเสร็จที่ 0725/2537)

- ขอหารือเรื่องวงเงินหรือทรัพย์สินในโครงการตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมการงาน (เลขเสร็จที่ 0609/2542)

- ขอหารือปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 (ความเห็นที่ 0088/2541, 0288/2541, 0408/2541, 0462/2541, 0786/2541)

ในการผูกพันตามสัญญาสัมปทานนั้น สัญญาสัมปทานย่อมผูกพันคู่สัญญาจนกว่าจะสิ้นสุดสัมปทาน ซึ่งสัมปทานอาจสิ้นสุดลงได้ด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้ คือ เมื่อสิ้นอายุสัมปทาน เมื่อผู้รับสัมปทานขอเลิกสัมปทาน โดยการเพิกถอนสัมปทาน ซึ่งเป็นในกรณีที่ผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดขั้นมูลฐานในสัมปทานหรือกฎหมาย คู่สัญญาฝ่ายรัฐผู้ให้สัมปทานมีอำนาจเพิกถอนสัมปทานได้ก่อนสิ้นกำหนดเวลา เมื่อสัมปทานถูกเพิกถอนก็ย่อมระงับไป หรือโดยการถอนคืนสัมปทานเพื่อซื้อ ในกรณีนี้ผู้รับสัมปทานไม่ได้ทำผิดข้อกำหนดแต่อย่างใด แต่เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะเข้าทำกิจการนั้นเสียเอง ก็อาจถอนคืนสัมปทานนั้นได้ด้วยการซื้อกิจการ โดยแจ้งล่วงหน้าให้ผู้รับสัมปทานทราบตามกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ในสัมปทาน หรือถ้าไม่ไปกำหนดรัฐก็อาจกำหนดเวลาได้ตามสมควร ซึ่งการถอนคืนสัมปทานดังกล่าวนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถกระทำได้แม้ว่ามิได้ระบุไว้เป็นเงื่อนไขในสัมปทานก็ตาม เป็นต้น

นอกจากเงื่อนไขสัญญาที่มีผลผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามแล้ว กระบวนการผูกพันตามสัญญายังต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในเรื่องนั้นด้วย เช่น การอนุญาตเปิดทางหลวงสัมปทานนั้น นอกเหนือจากการอนุญาตของกรม

ทางหลวงตามสัญญาสัมปทานทางหลวงแล้ว การเปิดหลวงสัมปทานดังกล่าวยังจะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีเสียก่อน[150] เป็นต้น

จากการที่หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยมักมีปัญหาที่ต้องหารือสำนักงานอัยการสูงสุดและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในขั้นตอนของกระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานนี้เอง เป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่ากระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเป็นเรื่องที่มีปัญหาและควรดำเนินการแก้ไข จึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยควรที่จะมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานต่อไป ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ต่อไป

4. <u>เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทย</u>

ในส่วนนี้จะเป็นการนำตัวอย่างของสัญญาสัมปทานบางฉบับในประเทศไทยมาศึกษาเงื่อนไขของสัญญาเพื่อตอบโจทย์วิจัยว่าสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทยนั้นประกอบไปด้วยเงื่อนไขสัญญาในเรื่องใดบ้าง และหากเป็นสัญญาสัมปทานที่มีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทาน เงื่อนไขของสัญญาเหมือนหรือแตกต่างจากเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนไทยหรือไม่ อย่างไร

4.1 <u>เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏตามบทบัญญัติของกฎหมาย</u>

เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏตามกฎหมายไทย คือ สัมปทานปิโตรเลียมและสัมปทานป่าไม้ ตัวอย่างเช่น สัมปทานปิโตรเลียม ที่เป็นไปตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดรูปแบบของสัญญาให้เป็นไปตามกฎกระทรวง ฯ ฉบับที่ 4 ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม

เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานดังกล่าวมีลักษณะเป็นรูปแบบสัญญามาตรฐาน ประกอบไปด้วยเงื่อนไขดังนี้[151]

1) บทนิยาม

---

[150]มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473, คำวินิจฉัยที่ 274/2541 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, <u>คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 7 พ.ศ. 2540-2541</u>, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89*, น.565.

[151] เป็นไปตามแบบมาตรฐานสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม กทธ/ป2 ในกฎกระทรวงแนบท้ายพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

2) แปลงสำรวจ

3) ระยะเวลาสำรวจปิโตรเลียม

4) ข้อผูกพันสำหรับการสำรวจปิโตรเลียม

5) ระยะเวลาผลิตปิโตรเลียม

6) ผลประโยชน์พิเศษ

7) การเก็บรักษาและขนส่งปิโตรเลียม

8) การให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับสัมปทาน

9) ของที่ได้รับยกเว้นการเสียภาษีอากร

10) ค่าสงวนพื้นที่ ค่าภาคหลวง ภาษีเงินได้ และส่วนลด

11) ข้อผูกพันและหน้าที่ผู้รับสัมปทาน

12) การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน

13) การระงับข้อพิพาท

14) การเพิกถอนสัมปทาน

15) การสิ้นอายุสัมปทาน

16) การสละสิทธิ

17) การแจ้งให้ทราบ

18) เบ็ดเตล็ด

เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียมเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงประสบการณ์ที่ผ่านมาของประเทศไทยในความพยายามแก้ไขปัญหาอันเกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งจะมีความแตกต่างไปจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เพราะสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติเป็นการมอบสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้แก่ผู้รับสัมปทานไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวโดยผู้รับสัมปทานจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ ในขณะที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นการที่รัฐมอบบริการสาธารณะให้แก่ผู้รับสัมปทานไปดำเนินการจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยผู้รับสัมปทานสามารถเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้ประโยชน์ได้ กรณีดังกล่าวนี้เองจึงเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติค่อนข้างมีความชัดเจนแน่นอน ทำให้สามารถนำมากำหนดเป็นรูปแบบของสัญญาแนบท้ายพระราชบัญญัติได้ ในขณะที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะมีความแตกต่างกันไปตามกิจการที่ให้สัมปทาน อีกทั้งยังเป็นเรื่องที่มีผลกระทบโดยตรงต่อ

ประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ กรณีดังกล่าวจึงทำให้บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบของสัญญาไว้เพื่อให้คู่สัญญาสามารถเจรจาต่อรองกันได้ตามสภาวการณ์ที่เกิดขึ้น

ดังนั้น เพื่อให้สามารถเปรียบเทียบเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานระหว่างสัญญาที่ปรากฏตามบทบัญญัติของกฎหมาย กับเงื่อนไขสัญญาจากกรณีตัวอย่างสัญญาที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงเงื่อนไขสัญญาสัมปทานจากกรณีตัวอย่างสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันในลำดับต่อไป

4.2 เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานจากกรณีตัวอย่างสัญญาที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน โดยผู้เขียนจะนำตัวอย่างสัญญาสัมปทานบางสัญญามาเป็นกรณีศึกษาคือ

1) สัญญาสัมปทานทางหลวง (ดอนเมืองโทลล์เวย์)[152]

2) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (โฮปเวลล์)[153]

---

[152] สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ระหว่างกรมทางหลวง กับบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด แนวความคิดในการจัดทำสัญญาเรื่องนี้เริ่มต้นในสมัยที่นายมนตรี พงษ์พานิช เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม เพื่อบรรเทาปัญหาการจราจรที่คับคั่งบนถนนวิภาวดีรังสิตไปยังท่าอากาศยานกรุงเทพที่ต้องประสบปัญหาการจราจรติดขัดมาโดยตลอด ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติอนุมัติตามนโยบายรัฐบาลที่จะจัดให้มีระบบทางหลวงสัมปทานในทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง-ดอนเมือง โดยให้บริษัทเอกชนเป็นผู้ลงทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ประกอบการและบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานยกระดับขนาด 6 ช่องจราจร เหนือทางหลวงเดิมจากดินแดงไปดอนเมือง ระยะทาง 20 กม. โดยมีระยะเวลาสัมปทาน 25 ปี ซึ่งกรมทางหลวงได้ออกประกาศลงวันที่ 18 กันยายน 2530 เชิญชวนบริษัทที่มีคุณสมบัติให้ยื่นข้อเสนอเข้ารับสัมปทาน ลงทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ประกอบการและบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานตามพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473 ซึ่งปรากฏว่ากลุ่มบริษัทดิวิดักประกอบด้วยบริษัท ดิคเกอร์ฮอฟฟ แอนด์ วิคมานน์ จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทเยอรมัน และบริษัท ศรีนครการโยธา จำกัด ได้รับการคัดเลือก และไปดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเข้าทำสัญญากับกรมทางหลวง

[153] สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 ระหว่างกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย กับบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด แนวความคิดในการจัดทำ

3) สัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ[154]

สัญญาเรื่องนี้เริ่มต้นในสมัยรัฐบาล พล.อ.ชาติชาย ชุณหะวัณ เป็นนายกรัฐมนตรี และนายมนตรี พงษ์พานิช เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม โดยกระทรวงคมนาคมมีนโยบายที่จะจัดให้มีระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับร่วมกันในกรุงเทพมหานคร เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจรและปัญหาจุดตัดของเส้นทางรถไฟกับถนนในกรุงเทพมหานคร โดยให้บริษัทเอกชนเป็นผู้ลงทุนออกแบบ ก่อสร้างประกอบการและบำรุงรักษา และได้ออกประกาศลงวันที่ 16 ตุลาคม 2532 เชิญชวนบริษัทที่มีคุณสมบัติให้ยื่นคำขอลงทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ประกอบการและบำรุงรักษาเครือข่ายทางรถไฟและถนนยกระดับโดยได้รับสัมปทานในการประกอบการเดินรถไฟชุมชนและระบบการขนส่งทางถนน โดยเก็บค่าผ่านทางบนที่ดินของ รฟท. และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของ รฟท. เป็นระยะเวลา 30 ปี นับแต่วันที่สัญญามีผลใช้บังคับคือตั้งแต่วันที่ 6 ธันวาคม 2534 ซึ่งปรากฏว่าบริษัท โฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด (ฮ่องกง) เป็นผู้ยื่นข้อเสนอแบ่งออกเป็นระยะเพื่อจัดหาเงินลงทุนออกแบบ ก่อสร้าง ประกอบการ และบำรุงรักษา ฯ และเมื่อข้อเสนอของบริษัท โฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด (ฮ่องกง) ได้รับการคัดเลือก ก็ได้ไปดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเข้าทำสัญญากับกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย

[154] สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2534 ระหว่างกระทรวงคมนาคม กับบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด แนวความคิดในการจัดทำสัญญาเรื่องนี้เริ่มต้นมาจากกระทรวงคมนาคมมีนโยบายที่จะให้สัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ เป็น เวลา 30 ปี โดยให้บริษัทผู้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ และให้บริษัทผู้รับสัมปทานมีสิทธิผูกขาดในการบริหารกิจการและการให้บริการวงจรดาวเทียม (Transponder) เพื่อการสื่อสารภายในประเทศ และมีสิทธิเก็บค่าใช้วงจรดาวเทียมจากผู้ใช้วงจรดาวเทียม โดยกระทรวงคมนาคมตกลงจะคุ้มครองไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาดำเนินกิจการแข่งขันกับบริษัทผู้รับสัมปทานเป็นระยะเวลา 8 ปี ในการดำเนินการตามสัญญาบริษัทผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องจัดสร้างและจัดส่งดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศดวงที่หนึ่งขึ้นสู่ตำแหน่งวงโคจร (Orbital Position) พร้อมทั้งจัดให้มีระบบดาวเทียมสำรอง (Back up) ในลักษณะดาวเทียมสำรองภาคพื้นดิน (Ground Back up) ทั้งต้องจัดส่งดาวเทียมสำรองขึ้นสู่ตำแหน่งวงโคจรหลังจากดาวเทียมดวงแรกเริ่มให้บริการแล้วไม่เกิน 12 เดือน โดยกระทรวงคมนาคมได้ออกประกาศเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2533 ให้เอกชนที่สนใจยื่นข้อเสนอแสดงความจำนงที่จะขอรับสัมปทานเพื่อดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ และโดยที่

4) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ (รถไฟฟ้าบีทีเอส)[155]

5) สัญญาโครงการระบบรถไฟมหานครสายเฉลิมรัชมงคล (รถไฟฟ้าใต้ดิน)[156]

คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติโครงการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศเป็นโครงการของประเทศ (National Project) ซึ่งเมื่อรัฐให้สัมปทานแก่บริษัทแล้ว และดาวเทียมที่บริษัทจัดส่งขึ้นไป ตลอดจนสถานีภาคพื้นดินที่บริษัทสร้างขึ้นจะต้องตกเป็นของรัฐทันที ซึ่งปรากฏว่าข้อเสนอของบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด เป็นที่พอใจของกระทรวงคมนาคม ดังนั้น กระทรวงคมนาคมโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีจึงได้คัดเลือกและตกลงให้บริษัทเป็นผู้ได้รับสัมปทานโครงการนี้

[155] สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2535 ระหว่างกรุงเทพมหานคร กับ บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด แนวความคิดในการจัดทำสัญญาเรื่องนี้เริ่มต้นมาจากกรุงเทพมหานครได้ออกประกาศเรื่องรายละเอียดและเงื่อนไขการเสนอโครงการลงทุนก่อสร้างระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2534 ให้เอกชนที่สนใจยื่นรายละเอียดข้อเสนอในการจัดให้มีและประกอบการระบบขนส่งมวลชน กทม. เพื่อขยายการขนส่งมวลชนและเพื่อให้เป็นทางเลือกอื่นแทนการใช้รถยนต์ส่วนบุคคลในการเดินทางไปและกลับจากที่ทำงานและการเดินทางสัญจรไปมาในกรุงเทพมหานคร ลักษณะของโครงการจะเป็นระบบรถไฟฟ้าระบบลอยฟ้ายกระดับที่อาศัยเกาะกลางถนนเป็นแนวเส้นทาง โดยรูปแบบการดำเนินโครงการจะเป็นลักษณะ BTO คือให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการสำรวจออกแบบ ก่อสร้าง โอน และบริหาร ส่วนกรุงเทพมหานครจะได้รับผลประโยชน์เป็นสิ่งปลูกสร้างในโครงการทันที ยกเว้นระบบรถไฟฟ้าจะได้รับหลังจากสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน 30 ปี ซึ่งปรากฏว่ากลุ่มธนายง ประกอบด้วยบริษัท ธนายง จำกัด และกลุ่มบริษัท Bangkok Transit System Consortium จำกัด (BTSC) เป็นผู้ได้รับการคัดเลือก ต่อมากลุ่มธนายงจึงได้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ระบบขนส่งมวลชน กรุงเทพ จำกัด ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเข้าทำสัญญากับกรุงเทพมหานคร ตามข้อเสนอที่กำหนดไว้

[156] สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2543 ระหว่างองค์การรถไฟฟ้ามหานคร กับ บริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด แนวความคิดในการจัดทำสัญญาเรื่องนี้เริ่มต้นมาจากการที่ประเทศไทยเริ่มประสบปัญหาการจราจรติดขัด ทำให้มีการศึกษาเรื่องการนำระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนมาใช้นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2514 รัฐบาลในสมัยนั้นได้รับความช่วยเหลือจากรัฐบาลเยอรมันส่งผู้เชี่ยวชาญมาศึกษา สำรวจ และวางแผนแม่บทสำหรับการจราจรและการขนส่งในกรุงเทพมหานคร โดยผู้เชี่ยวชาญได้เสนอแนะให้รัฐบาลสนับสนุนการขนส่งสาธารณะเป็นหลัก

จากการศึกษาตัวอย่างสัญญาสัมปทานดังกล่าวพบว่า เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานมีความเหมือนและแตกต่างจากเงื่อนไขสัญญาของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอื่น ๆ ดังนี้

และเสนอให้ก่อสร้างระบบขนส่งมวลชน ซึ่งรัฐบาลได้มอบหมายให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นผู้ดำเนินการ แต่เนื่องจากการที่รัฐบาลมี นโยบายที่จะให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการโครงการระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน ทั้งการก่อสร้างและการบริหารกิจการเดินรถ ประกอบกับรัฐบาลสมัยก่อนแต่ละชุดบริหารประเทศในระยะเวลาสั้น และแต่ละรัฐบาลมีนโยบายเรื่องนี้แตกต่างกันไป ทำให้ไม่สามารถดำเนินการเรื่องนี้ได้สำเร็จ จนเมื่อปี พ.ศ. 2535 เมื่อสัญญาระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัทลาวาลินเป็นโมฆะ ในวันที่ 25 กรกฎาคม 2535 คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเห็นชอบให้จัดตั้งองค์การรถไฟฟ้ามหานคร (รฟม.) มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี เพื่อรับผิดชอบดำเนินโครงการระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล และได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรถไฟฟ้ามหานครเมื่อวันที่ 20 สิงหาคม 2535 และต่อมาเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2536 คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติตามมติคณะรัฐมนตรีฝ่ายเศรษฐกิจเสนอ คือ ยังคงให้เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบและบริหารโครงการระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน โดยให้ รฟม. ประกาศเชิญชวนให้เอกชนเสนอข้อเสนอลงทุนดำเนินโครงการรถไฟฟ้ามหานครระยะแรก อย่างไรก็ดี ต่อมาเมื่อวันที่ 12 กันยายน 2538 คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้มีการเปลี่ยนเป็นระบบรถไฟฟ้าใต้ดินตลอดสาย โดยให้ภาครัฐเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานงานโยธาด้วยการให้ รฟม. ดำเนินการจ้างผู้รับเหมา ออกแบบ และก่อสร้างไปพร้อมกัน ส่วนภาคเอกชนให้เป็นผู้ลงทุนในส่วนของอุปกรณ์ ระบบรถไฟฟ้า พร้อมทั้งให้บริการและซ่อมบำรุงรถไฟฟ้าเป็นเวลา 25 ปี ต่อมาโดยที่องค์การรถไฟฟ้ามหานครมีข้อจำกัดในการใช้อำนาจตามกฎหมาย จึงได้ปรับปรุงอำนาจหน้าที่ขององค์การรถไฟฟ้ามหานครใหม่โดยได้ตราพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 เป็นผลให้องค์การรถไฟฟ้ามหานครเปลี่ยนชื่อเป็นการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) โดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล รวมทั้งจังหวัดอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา และย้ายมาสังกัดกระทรวงคมนาคมหลังจากการปฏิรูประบบราชการใหม่ ตั้งแต่วันที่ 9 ตุลาคม 2543 ซึ่งสำหรับในส่วนของงานด้านสัมปทานระบบไฟฟ้าและดำเนินกิจการเดินรถนั้น คณะรัฐมนตีได้มีมีมติเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2543 เห็นชอบให้ รฟม. เข้าทำสัญญากับบริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด โดยมีระยะเวลาตามสัญญาเป็นเวลา 25 ปี

4.2.1 เงื่อนไขสัญญาที่เหมือนกับสัญญาอื่น ๆ ระหว่างรัฐกับเอกชน

เงื่อนไขสัญญาสัมปทานพบว่าเหมือนกับเงื่อนไขสัญญาของสัญญาอื่น ๆ ระหว่างรัฐกับเอกชนมีในเรื่องดังนี้

1) คำนิยาม

2) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

3) กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา[157]

สัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยเช่นเดียวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอื่น ๆ

4) การกำหนดหลักประกันสัญญา

5) การประกันภัย

6) ความคุ้มกัน

7) เหตุสุดวิสัย

8) การขยายระยะเวลา

9) การโอนสิทธิทางการเงิน

10) การระงับข้อพิพาท

11) คำบอกกล่าว

4.2.2 เงื่อนไขสัญญาที่แตกต่างจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอื่น ๆ

เงื่อนไขสัญญาสัมปทานต่าง ๆ ที่ปรากฏในประเทศไทยพบว่ามีความแตกต่างจากเงื่อนไขสัญญาของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอื่น ๆ ดังนี้

1) ข้อกำหนดเกี่ยวกับสัมปทาน และการโอนกรรมสิทธิ์หรือการส่งมอบกิจการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

---

[157] บางสัญญาสัมปทานมีเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดให้นำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับด้วย เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ที่กำหนดว่า ในระหว่างอายุสัญญานี้ หากมีข้อบังคับระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาใด ๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อการดำเนินการตามโครงการนี้ หรืออาจทำให้บริษัทต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมเพื่อปรับปรุงดาวเทียมหรือการบริหารหรือการบริการวงจรดาวเทียมให้เป็นไปตามข้อบังคับ กฎหมาย หรือสนธิสัญญานั้น ๆ บริษัทยอมรับว่าจะดำเนินการตามข้อบังคับ กฎหมาย หรือสนธิสัญญานั้น ๆ ด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัททั้งสิ้น (ข้อ 47)

สัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดเกี่ยวกับสัมปทานเพื่อแสดงถึงการให้อนุญาตของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการอนุญาตให้เอกชนดำเนินการตามโครงการ และการให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการจัดให้มีและเป็นผู้ประกอบการแต่ผู้เดียว ตลอดจนมีสิทธิได้รับรายได้จากการประกอบกิจการที่เกี่ยวกับการให้สัมปทานนั้นแต่ผู้เดียว ภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และกำหนดพื้นที่สัมปทาน นอกจากนั้น สัญญาสัมปทานมักกำหนดให้อาคารและสิ่งปลูกสร้างที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก่อสร้างในพื้นที่สัมปทานตกเป็นกรรมสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก่อสร้างเสร็จ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิและหน้าที่แต่ผู้เดียวในการครอบครอง ใช้สอยและหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่สร้างขึ้นเพื่อการประกอบการ แล้วจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือส่งมอบกิจการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเมื่อสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน เนื่องจากสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่มักเป็นแบบ BTO คือให้เอกชนเป็นผู้สำรวจ ออกแบบ ก่อสร้าง โอน และดำเนินการ[158]

และโดยที่สัญญาสัมปทานมักมีความเกี่ยวพันกับการใช้ที่ดินในพื้นที่สัมปทานคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีหน้าที่ต้องจัดหาที่ดินหรืออำนวยความสะดวกในการใช้พื้นที่ให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทานเพื่อเอกชนจะได้นำมาใช้ในการดำเนินงานโครงการ ซึ่งเอกชนจะมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้และครอบครองที่ดินเช่นว่านั้น[159]

2) ผลกระทบต่อประชาชน

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปจะมีผลกระทบต่อประชาชนค่อนข้างน้อย โดยจะมีผลกระทบโดยตรงต่อหน่วยงานของรัฐและเอกชนที่ทำสัญญา ส่วนสัญญาสัมปทานจะมีผลกระทบต่อประชาชนเป็นส่วนรวม เนื่องจากเป็นการจัดให้มีการบริการสาธารณะต่อประชาชน ซึ่งทำให้สัญญาสัมปทานไม่นำหลักในเรื่องของสัญญาต่างตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่ง

---

[158] เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 3, ข้อ 19) สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 11 ข้อ 15) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 1.1 ข้อ 6.2 ข้อ 24) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 2.1 ข้อ 5.2) สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์

[159] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 2 ข้อ 8) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 2) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 5) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 2.4 ข้อ 5.1)

และพาณิชย์มาใช้ในส่วนที่เกี่ยวกับการบริการประชาชน โดยหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถอ้างสิทธิไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยงดบริการสาธารณะซึ่งเป็นเหตุให้ประชาชนเดือดร้อนได้ เอกชนจะมีสิทธิเพียงเรียกร้องหรือฟ้องเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น และในการตัดสินใจแก้ปัญหาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิบัติทางใดทางหนึ่งเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องได้รับการเยียวยาค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐถ้าพิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย

3) อำนาจในการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นเรื่องรัฐมอบให้เอกชนไปไปจัดทำแทนรัฐ รัฐจึงต้องมีอำนาจควบคุมและกำกับการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว จึงทำให้สัญญาสัมปทานมักมีเงื่อนไขสัญญาที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมสัมปทาน[160]

4) อายุของสัญญาหรือระยะเวลาของสัญญา

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปจะมีอายุสัญญาหรือระยะเวลาของสัญญาและความรับผิดชอบค่อนข้างสั้นเพียงเท่าที่ผู้รับจ้างจะรับผิดในการประกันความชำรุดบกพร่องเท่านั้น ในขณะที่สัญญาสัมปทานจะมีระยะเวลาสัมปทานหรืออายุสัมปทานที่มีความผูกพันต่อกันยาวนานประมาณ 20-30 ปี นอกจากนั้น การขยายอายุเวลาของสัญญายังเป็นกรณีที่ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีก่อนด้วย ซึ่งแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปที่การขยายอายุของสัญญาจะเป็นเรื่องระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น[161]

---

[160]เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 5.1 ข้อ 5.2 ข้อ 5.5), สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 5.1)

[161]เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 23.1 ข้อ 24.1) สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ที่กำหนดให้บริษัทมีสิทธิในการดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 2 ข้อ 40) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 23) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 3 ข้อ 27.1) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล

5) ลักษณะของนิติสัมพันธ์

นิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานและสัญญาร่วมลงทุนนั้นมีลักษณะพิเศษ โดยไม่ถือเป็นการจ้างทำของหรือจ้างแรงงานแต่อย่างใด ซึ่งบางสัญญาจะมีข้อสัญญาในเรื่องนี้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งเพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความสัญญาในอนาคต[162]

6) ผู้รับสัมปทานต้องดำเนินการด้วยตนเอง

สัญญาสัมปทานค่อนข้างจะให้ความสำคัญกับผู้ที่ได้รับสัมปทานมาก การได้รับสัมปทานถือเป็นสิทธิเฉพาะตัว ดังนั้น ผู้รับสัมปทานจะต้องดำเนินการด้วยตนเอง และจะโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทานให้แก่ผู้อื่นมิได้ เนื่องจากคุณสมบัติของคู่สัญญาถือว่าเป็นสาระสำคัญ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อน[163]

7) การให้สิทธิแก่เอกชนแต่ผู้เดียวในการเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการ และการปรับอัตราค่าบริการ

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญากำหนดเกี่ยวกับอัตราค่าบริการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการได้ รวมทั้งข้อกำหนดเกี่ยวกับการปรับอัตราบริการ อันเป็นลักษณะของการควบคุมอัตราค่าบริการ โดยการกำหนดอัตราและโครงสร้างค่าบริการของสัญญาสัมปทานจะต้องดำเนินการขออนุมัติต่อหน่วยงานของรัฐและคณะรัฐมนตรีก่อน และในการเพิ่มหรือการลดอัตราค่าบริการนั้นจะต้องได้รับอนุมัติจากหน่วยงานของรัฐก่อน ทั้งนี้เนื่องจากอัตราค่าบริการเป็นสิ่งที่มีผลกระทบต่อประชาชน ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะปรับอัตราค่าบริการโดยมิได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้ เว้นแต่เป็นไปตามอัตราที่กำหนดไว้ในสัญญาอย่างชัดแจ้ง[164]

---

[162] เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 32) สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ (ข้อ 3)

[163] เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 3) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 17.2)

[164] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 20.1 ข้อ 21 ข้อ 25.1 ข้อ 25.2) หรือสัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 1 ข้อ 22) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 20.1 ข้อ 20.2 ข้อ 21 และ ข้อ 25) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 3 ข้อ 13) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 2.1)

8) การให้ค่าตอบแทน หรือผลประโยชน์ที่จะให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

สัญญาสัมปทานแตกต่างจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปตรงที่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปเป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจ่ายเงินให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่สัญญาสัมปทานเป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้จ่ายเงินให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชนผู้ใช้บริการ หรือในบางสัญญาอาจกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจ่ายค่าตอบแทนหรือแบ่งรายได้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐด้วย เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับการได้มาซึ่งสัมปทานตลอดอายุสัมปทาน การแบ่งรายได้สัมปทานนี้ (Concession Fee) นี้อาจเป็นในรูปของส่วนแบ่งรายได้ (Revenue Sharing) หรือส่วนแบ่งขั้นต่ำ (Fixed) โดยไม่คำนึงผลกำไรหรือขาดทุนสุทธิของกิจการนั้น ๆ เลย นอกจากนั้น ในเรื่องของการให้ผลประโยชน์กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ยังอาจมีทั้งการแบ่งจากเปอร์เซนต์ของรายได้เป็นรายเดือนด้วย[165]

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนของ กทม. ไม่ได้มีเงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจ่ายค่าตอบแทนหรือแบ่งรายได้ให้แก่ กทม. แต่อย่างใด

9) การให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สัญญาสัมปทานและ/หรือสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐนั้น มักมีข้อกำหนดเป็นพิเศษที่ให้ความคุ้มครองแก่เอกชนว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ดำเนินการใด ๆ ที่เป็นการขัดขวางหรือกระทบกระเทือนต่อการดำเนินงานของเอกชนคู่สัญญา รวมทั้งไม่ให้บุคคลอื่นมาดำเนินการแข่งขัน นอกจากนั้น บางสัญญาอาจมีข้อกำหนดด้วยว่าหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือรัฐบาลดำเนินการใด ๆ ที่อาจมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และมีผลให้เอกชนได้รับรายได้ลดลงแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยรายได้ที่ขาดหายไปนั้นให้กับเอกชน[166]

---

[165] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 26.1) สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 23) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 26) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 8.5 และข้อ 8.6)

[166] เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 2 และข้อ 41), สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 22.6) (ข้อ 7.2) สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ (ข้อ 4) สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กระทรวงมหาดไทย กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (ข้อ 16)

ซึ่งการให้ความคุ้มครองดังกล่าวนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐควรระมัดระวังในการเขียนสัญญา หรือจะต้องมั่นใจว่าสามารถดำเนินการได้อย่างที่เขียนไว้ในสัญญาจริง ๆ มิฉะนั้นอาจจะเกิดปัญหาอย่างเช่นกรณีของสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ ที่ข้อพิพาทส่วนหนึ่งมาจากข้อสัญญาดังกล่าวนี้

10) การส่งเสริมการลงทุน

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญากำหนดเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐรับจะประสานงานกับเอกชนในการขอสิทธิและประโยชน์จากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน[167]

นอกจากนั้น ในบางสัญญายังกำหนดเรื่องของการส่งเสริมลงทุนเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนด้วยว่าพันธะหน้าที่ของเอกชนผู้รับสัมปทานจะเริ่มต่อเมื่อเอกชนได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนแล้ว[168]

11) หน้าที่และความรับผิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

สัญญาสัมปทานจะแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปตรงที่สัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อบริการสาธารณะ และต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะด้วย[169]

12) การส่งเงินตราต่างประเทศออกไปจากประเทศไทย

สัญญาสัมปทานจะแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปตรงที่สัญญามักมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิส่งเงินตราต่างประเทศจากรายได้ออกไปจากประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวกับการชำระต้นเงินกู้ ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เอกชนกู้มาเป็นเงินตราต่างประเทศในเวลาใดก็ได้ระหว่างอายุสัมปทาน เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามภาระผูกพันในการชำระเงินเป็นเงินตราต่างประเทศได้ ทั้งนี้ เมื่อได้รับอนุมัติจากธนาคารแห่งประเทศไทยแล้ว[170]

---

[167]เช่น สัญญาสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนของ กทม. (ข้อ 25)

[168]เช่น สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 (ข้อ 3)

[169] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 15) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 15)

[170]เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 17) สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 17.2)

13) การจัดตั้งองค์กรของบริษัท

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาที่กำหนดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ขอบเขตรายละเอียดของโครงการกำหนดเงื่อนไขในเรื่องของการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายไทยไว้ว่า หากเอกชนที่สนใจยื่นรายละเอียดข้อเสนอได้รับการคัดเลือก เอกชนนั้นจะต้องไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทตามกฎหมายไทยเพื่อรับสัมปทาน[171]

14) การดำรงไว้ซึ่งทุนจดทะเบียน

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำรงไว้ซึ่งทุนจดทะเบียนตลอดอายุสัมปทาน อีกทั้งยังมีข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกชนคู่สัญญารับรองว่าจะใช้นิติบุคคลไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 นับตั้งแต่วันลงนามสัญญาจนสิ้นสุดสัญญา[172]

15) การยึดคืนสัมปทานและการได้รับการช่วยเหลือโดยการชดใช้ค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจยึดคืนหรือเวนคืนระบบหรือพื้นที่สัมปทานได้ในเวลาใด ๆ อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีการยึดคืนสัมปทานหรือมีการเลิกสัญญาก่อนสิ้นอายุสัมปทานอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ผู้รับสัมปทานจะได้รับการช่วยเหลือโดยการชดใช้ค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิที่จะยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนครบอายุสัมปทาน แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องได้รับค่าสินไหมทดแทน หรือในกรณีที่รัฐบาลยึดคืนหรือเวนคืนระบบหรือพื้นที่สัมปทาน สัญญาสัมปทานจะสิ้นสุดลง แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ[173]

---

[171] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 6) สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 4) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 2.3)

[172] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 6) สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 4) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 6.6.) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 22.1, ข้อ 22.2, ข้อ 22.4) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 2.3)

[173] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 29) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 29)

16) การฝึกอบรมบุคลากรของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

โดยที่สัญญาสัมปทานส่วนใหญ่มักเป็นการดำเนินการในกิจการที่จะต้องใช้เทคโนโลยี ความรู้ความชำนาญและความก้าวหน้าที่ดีที่สุด เทคโนโลยีส่วนใหญ่จึงนำมาจากต่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานจึงมักมีข้อกำหนดให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่หน่วยงานของรัฐ รวมทั้งการฝึกอบรม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดให้มีการฝึกอบรมแก่เจ้าหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ[174]

17) การประกันการปฏิบัติตามสัญญา

เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง ที่กำหนดให้บริษัทอาจมอบอำนาจการจัดการและการดำเนินการทั้งหมดตามสัญญาสัมปทาน ตลอดจนการจัดเก็บและการใช้รายได้ค่าผ่านทางให้แก่บุคคลที่สามซึ่งดำเนินการแทนผู้ให้กู้เงินได้ในกรณีที่บริษัทไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาตามที่คาดหมายไว้ แต่แม้จะมีการมอบอำนาจ บริษัทก็ยังคงรับผิดชอบข้อผูกพันของตนตามสัญญาสัมปทานต่อกรมทางหลวงต่อไป (ข้อ 33)

18) การเลิกสัญญา

การเลิกสัญญาสัมปทานอาจเกิดขึ้นได้โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีที่มีการผิดสัญญา หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกสัมปทานหรือการให้อนุญาตแก่เอกชน ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชน[175]

19) สิทธิก่อนผู้อื่นในกรณีที่มีการเลิกสัญญาก่อนครบกำหนด

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาที่กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อนผู้อื่นในการซื้อวัสดุที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน หากมีการเลิกสัญญาสัมปทานก่อนกำหนด[176]

---

[174]เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 33) สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 26) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 9.3) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 5.7)

[175] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 27 และข้อ 28) สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 24 ข้อ 38) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 27 ข้อ 28) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 21.1 ข้อ 21.2) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 12.1 ข้อ 12.3 ข้อ 12.4)

20) การกำหนดบัญชีสำรองเพื่อแก้ไขปัญหาความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยน (Reserve Account for Exchange Rate Fluctuations)

สัญญาสัมปทานจะแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปตรงที่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปไม่มีเงื่อนไขสัญญานี้ แต่สัญญาสัมปทานนั้นเนื่องจากมีระยะเวลายาวนานจึงมีจำเป็นต้องมีการกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเพื่อแก้ไขปัญหาความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนของค่าเงินบาท[177]

21) การตั้งคณะกรรมการประสานงาน

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาที่กำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการประสานงานภายหลังจากลงนามสัญญาแล้ว ซึ่งกรณีดังกล่าวก็เพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 นั่นเอง[178]

22) ความเสี่ยงที่เป็นข้อยกเว้น

ความเสี่ยงที่เป็นข้อยกเว้นนี้มีลักษณะคล้ายกับเรื่องเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) หรือความเสี่ยงของผู้ว่าจ้าง (Employer's Risks) ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไป แต่จะแตกต่างจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปตรงที่ว่า สัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องรับผิดชอบจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำการของรัฐบาลหรือหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย และให้ถือว่าการกระทำหรืองดเว้นกระทำการของรัฐบาลหรือหน่วยงานอื่นของรัฐเป็นความเสี่ยงที่เป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งที่เป็นเหตุให้เอกชนคู่สัญญาไม่จำต้องรับผิดในความล่าช้าหรือความเสียหายที่มาจากความเสี่ยงที่เป็นข้อยกเว้นนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วหน่วยงานของรัฐควรระมัดระวังหากกำหนดเงื่อนไขสัญญาในลักษณะเช่นว่านี้เพราะอาจเกิดปัญหาต่อหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาเพราะไม่สามารถควบคุมหน่วยงานของรัฐอื่นได้ แม้ว่าจะได้มีการแก้ปัญหาด้วยการให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญานำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้หน่วยงานของ

---

[176]เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 30) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 30)

[177]เช่น สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 8.9)

[178] เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 39) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 7.4) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 14) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 15)

รัฐที่เกี่ยวข้องทุกหน่วยให้การสนับสนุนการดำเนินงานตามโครงการก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องที่ทำได้ยากในทางปฏิบัติ[179]

23) การสนับสนุนการดำเนินงานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในเรื่องต่าง ๆ

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาที่กำหนดให้มีการสนับสนุนการดำเนินงานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การประสานงานกับหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้มาซึ่งความยินยอม ใบอนุญาต และใบรับรองการจดทะเบียนต่าง ๆ ที่จำเป็น กรณีดังกล่าวจึงทำให้สัญญาสัมปทานมักจะมีการกำหนดหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไว้ด้วย[180]

24) การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐแต่งตั้งผู้แทนเข้าเป็นที่ปรึกษาหรือกรรมการบริษัทของเอกชนคู่สัญญา

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดตั้งบริษัทใหม่หลังจากลงนามสัญญาสัมปทาน และมักมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐแต่งตั้งผู้แทนเข้ามาเป็นที่ปรึกษาหรือกรรมการของบริษัทที่เอกชนคู่สัญญาได้จัดตั้งขึ้นใหม่ด้วย[181]

25) การโอนพนักงานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปด้วยเมื่อมีการโอนกิจการให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ในบางสัญญาสัมปทานอาจมีข้อสัญญากำหนดให้มีการโอนพนักงานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐด้วยเมื่อสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน ซึ่งกรณีดังกล่าวมักมีเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่ในเวลาเข้ารับสัมปทาน[182]

---

[179] เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 20.1) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 11)

[180] เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 5.2) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 22.1)

[181] เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ข้อ 6.8) สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ข้อ 14) สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 6.7) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 15.2)

[182] เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม.

26) รูปแบบของสัญญา

โดยที่โครงการลงทุนในกิจการของรัฐในลักษณะของสัญญาสัมปทาน อาจแบ่งแยกรูปแบบออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ คือ Build-Transfer-Operate (BTO) Build-Operate-Transfer (BOT) และ Build-Own-Operate (BOO) แต่โดยที่กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติว่าหน่วยงานของรัฐจะต้องกำหนดรูปแบบการให้สัมปทานแบบใด จึงเป็นดุลยพินิจของหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะใช้ดุลยพินิจกำหนดรูปแบบตามที่เห็นสมควร ซึ่งจากแนวทางปฏิบัติที่ผ่านมา สำนักงานอัยการสูงสุดมีแนวทางที่จะให้รูปแบบการร่วมการงานของเอกชนในโครงการบริการสาธารณะต่าง ๆ เป็นแบบ BTO (อันเป็นรูปแบบที่เอกชนผู้ลงทุนจะต้องจัดหาแหล่งเงินทุนและก่อสร้างในโครงการแล้วโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมดรวมทั้งสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินให้แก่หน่วยงานของรัฐ แต่เอกชนจะยังมีสิทธิดำเนินการบริหารโครงการโดยใช้ทรัพย์สินดังกล่าวต่อไปได้จนครบอายุสัญญา) ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงและต่อเนื่องของการดำเนินการโครงการ และเพื่อให้สิ่งก่อสร้างและทรัพย์สินในโครงการไม่ต้องเสี่ยงกับการถูกบังคับคดีจากเจ้าหนี้ของเอกชนคู่สัญญาหากเอกชนผู้รับสิทธิในโครงการถูกฟ้องร้อง[183]

ในเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานจะมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นสัญญาสัมปทานรูปแบบใด แต่เราสามารถทราบรูปแบบของสัญญาได้จากเงื่อนไขสัญญาในเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์ เช่น หากสัญญาใดมีเงื่อนไขสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐทันทีเมื่อก่อสร้างเสร็จ สัญญานั้นก็จัดว่าเป็นสัญญาสัมปทานในรูปแบบ BTO แต่หากสัญญาใดกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลังจากสัญญาสิ้นสุดแล้ว สัญญานั้นก็ย่อมเป็นสัญญาสัมปทานในรูปแบบ BOT เป็นต้น อย่างไรก็ดี บางสัญญาอาจเป็นรูปแบบผสมผสานระหว่าง BTO กับ BOT ก็ได้ เช่น สัญญาสัมปทานขนส่งมวลชน กทม. ที่กำหนดให้บริษัทจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่าง ๆ ให้แก่ กทม. โดยกำหนดให้ทรัพย์สินส่วนที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ตกเป็นของ กทม. ทันทีเมื่อบริษัทก่อสร้างเสร็จ ส่วนอุปกรณ์และเครื่องมือควบคุมยังคงเป็นของบริษัทในระหว่างอายุสัญญา และตกเป็นของ กทม. เมื่อสัญญาสิ้นสุดเช่นนี้แล้วก็ย่อมจัดได้ว่าสัญญานี้มีรูปแบบที่ผสมผสานกันระหว่าง BTO และ BOT

---

[183] ความเห็นตามหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ อส 0017/6364 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2538 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 7 พ.ศ.2540-2541, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89*, น.480-481.

27) วันมีผลใช้บังคับของสัญญา

สัญญาสัมปทานบางฉบับจะมีเงื่อนไขสัญญากำหนดเกี่ยวกับวันมีผลบังคับใช้ของสัญญาหรือวันที่สัญญามีผลผูกพันไว้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนด้วย[184]

28) ภาษาของสัญญา

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปนั้นอาจเป็นได้ทั้งสัญญาที่เป็นภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษ แต่สัญญาสัมปทานจะจัดทำสัญญาเป็นภาษาไทยด้วยเสมอ ซึ่งเรื่องนี้สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยมีความเห็นว่าเนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีผลกระทบต่อสาธารณะประโยชน์แก่ประชาชน จึงเป็นที่สนใจและถูกตรวจสอบโดยประชาชนและองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และประชาชนสามารถทำความเข้าใจได้อย่างถ่องแท้ จึงเห็นควรให้จัดทำสัญญาเป็นภาษาไทยและเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ ซึ่งกรณีของการจัดทำสัญญาสัมปทานเป็นภาษาไทยนี้ก็มีการยืนยันตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมักร้องขอให้มีการจัดทำสัญญาเป็นภาษาอังกฤษด้วย เนื่องจากเป็นสัญญาที่เอกชนต้องกู้เงินมาลงทุนในโครงการทั้งหมด และผู้ให้สินเชื่อก็มักเป็นสถาบันการเงินต่างประเทศ จึงทำให้สัญญาสัมปทานกำหนดให้ภาษาไทยเป็นภาษาที่ใช้บังคับ โดยมีคำแปลเป็นภาษาอังกฤษ

จากที่ได้ศึกษาเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานจากตัวอย่างของสัญญาสัมปทานบางสัญญาที่ปรากฏในประเทศไทยดังกล่าวข้างต้นแล้วจึงพอสรุปได้ว่า สัญญาสัมปทานแต่ละสัญญามีเงื่อนไขที่แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้จัดทำสัญญาและการเจรจาต่อรองระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้ เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานได้มีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาไปในแต่ละยุคสมัย ดังจะเห็นได้จากสัญญาสัมปทานที่จัดทำขึ้นในช่วงระหว่างปี พ.ศ.2532-2533 เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวง (ดอนเมืองโทลลเวย์) และสัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (โฮปเวลล์) จะมีข้อสัญญาที่ค่อนข้างคล้ายคลึงกัน โดยผู้รับสัมปทานจะรับงานมาดำเนินการทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นการออกแบบ ก่อสร้าง ตลอดจนการเรียก

---

[184]เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ข้อ 36) สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. (ข้อ 36) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล (ข้อ 3.1 และข้อ 3.2)

เก็บค่าใช้จ่ายจากประชาชนผู้ใช้บริการ ในขณะที่สัญญาสัมปทานที่จัดทำขึ้นในช่วงตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 เป็นต้นมา สัญญาจะเริ่มมีการแบ่งแยกงานเป็นส่วน โดยสัญญาจ้างออกแบบเป็นสัญญาหนึ่ง สัญญาจ้างก่อสร้างเป็นสัญญาหนึ่ง และสัญญาสัมปทานเป็นอีกสัญญาหนึ่ง นอกจากนั้นยังเป็นที่น่าสังเกตว่าหลังจากปี พ.ศ.2541 ที่รัฐบาลได้บอกเลิกสัญญาสัมปทานโฮปเวลล์แล้ว แทบจะไม่ปรากฏว่ามีการจัดทำสัญญาสัมปทานที่ใช้ชื่อว่าสัญญาสัมปทาน คงมีแต่สัญญาร่วมการงานหรือร่วมลงทุนกับเอกชน ซึ่งกรณีดังกล่าวมีความเป็นไปได้ว่าอาจเป็นผลมาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ที่ทำให้หน่วยงานของรัฐเปลี่ยนมาเป็นการทำสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงาน หรืออาจมาจากการที่หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการให้สัมปทานนั้นเริ่มมีการแปรสภาพมาเป็นบริษัทจำกัด ทำให้อำนาจในการให้สัมปทานเปลี่ยนแปลงไป นอกจากนั้น ยังพบว่าสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทยไม่ได้มีการแยกความแตกต่างระหว่างเงื่อนไขสัญญาที่ใช้กับเอกชนไทยกับเงื่อนไขสัญญาที่ใช้กับผู้ลงทุนต่างชาติแต่อย่างใด

จากเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานดังกล่าว ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไปว่าประเทศไทยควรมีการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานหรือไม่ อย่างไร

5. <u>ตัวอย่างกรณีศึกษาจากปัญหาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดในประเทศไทย</u>

มีสัญญาสัมปทานหลายสัญญาที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานกับเอกชนผู้รับสัมปทาน ซึ่งปัญหากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นได้ก่อให้เกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางในสังคมไทย บ้างก็เห็นว่าปัญหาอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเกิดจากข้อสัญญาที่มักเปิดช่องโหว่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหยิบยกมาเป็นเงื่อนไขเรียกร้องความเสียหายหรือค่าชดเชยจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐในภายหลัง บ้างก็เห็นว่ามาจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อาจมีผลประโยชน์ขัดแย้ง (conflict of interst) กับการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น บ้างก็เห็นว่าเป็นเพราะคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่เคยมีการประเมินค่าธุรกิจหรือคิดในเชิงธุรกิจอย่างเช่นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นนี้ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าเหตุใดปัญหาอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมการงานระหว่างรัฐกับเอกชนจึงเกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำเล่า ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจากสาเหตุใด เพราะหากรัฐไม่สามารถทราบสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาหรือมีความเข้าใจที่ผิดพลาดและใช้วิธีการแก้ปัญหาที่ผิดพลาดแล้วก็อาจทำให้ต้องสูญเสียผลประโยชน์ที่ควรจะได้จากเอกชนคู่สัญญาเป็นจำนวนมาก และยังอาจต้องสูญเสียเงินเป็นจำนวนมากหากเกิดข้อพิพาทกับเอกชน

คู่สัญญาแล้วรัฐแพ้คดี นอกจากนั้น ยังอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนจากต่างประเทศในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียโอกาสในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและอาจมีผลต่อการพัฒนาประเทศไทยให้เจริญก้าวหน้าต่อไปได้

จากกรณีดังกล่าวผู้เขียนจึงขอนำเสนอตัวอย่างจากปัญหาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดในประเทศไทยอันอาจมีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติมาเป็นกรณีศึกษาจำนวน 2 สัญญา ดังนี้

5.1) <u>กรณีพิพาทตามสัญญาโครงการทางด่วนสายบางนา-บางปะกงระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) กับกลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี</u>[185]

ความจริงแล้วสัญญานี้เป็นสัญญาจ้างเหมารวม (Turn Key) มิใช่สัญญาสัมปทาน เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้มีการให้บริการหลังจากก่อสร้าง แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อมีข้อพิพาทในสัญญาเกิดขึ้นกลับมีการกล่าวขานกันว่าเป็นสัญญาสัมปทาน รวมทั้งเมื่อมีมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอันสืบเนื่องมาจากสัญญานี้ ก็มีการสรุปว่าให้ใช้เฉพาะสัญญาสัมปทาน จนทำให้ดูเหมือนว่าสัญญานี้เป็นสัญญาสัมปทาน จากกรณีดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอหยิบยกมาเป็นกรณีศึกษาตัวอย่างหนึ่ง ซึ่งแม้ว่าสัญญานี้ไม่น่าจะถือเป็นสัญญาสัมปทานก็ตาม แต่ในเมื่อความเข้าใจโดยทั่วไปเข้าใจว่าเป็นสัญญาสัมปทานแล้ว จึงเป็นกรณีตัวอย่างหนึ่งที่น่าสนใจในการนำมาศึกษาในฐานะที่เป็นสัญญาทางปกครอง

กรณีพิพาทนี้เกิดขึ้นจากการที่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี ประกอบด้วย บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี, บริษัท ช.การช่าง จำกัด (มหาชน) และวัลเทอร์ เบา เอจี ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจากปัญหาการส่งมอบพื้นที่ของฝ่ายรัฐล่าช้า ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้ กทพ. จ่ายเงินค่าชดเชยความเสียหายจากความล่าช้าในการส่งมอบพื้นที่ที่ใช้ในการก่อสร้างทางสายบางนา-บางพลี-บางปะกงให้แก่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดี เป็นเงินจำนวน 6,254,979,470.84 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี แต่โดยที่ กทพ.ไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและเห็นว่าคำชี้ขาดดังกล่าวอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทำให้กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดียื่นคำร้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาและบังคับตามคำชี้ขาดของ

---

[185] ประกอบด้วย บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี (เดิมชื่อบิลฟิงเกอร์ พลัส เบอร์เกอร์ บาวอัคเตียนเกเซลชาวฟท์), บริษัท ช.การช่าง จำกัด (มหาชน) และวัลเทอร์ เบา เอจี (เดิมชื่อดิคเคอร์ฮอฟฟ์ แอนด์ วิดแมนน์ เอจี)

อนุญาโตตุลาการ ซึ่ง กทพ. ก็ได้ยื่นคำร้องคัดค้านว่าคดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เนื่องจากสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ระหว่าง กทพ. กับกิจการร่วมค้าบีบีซีดีเป็นสัญญาทางปกครอง จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ขอให้ศาลแพ่งกรุงเทพใต้จำหน่ายคดี แต่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีเห็นว่าคดีนี้ควรอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม กรณีดังกล่าวจึงทำให้คดีนี้ขึ้นสู่คณะกรรมการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เพื่อพิจารณาว่าการขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดระหว่างยุติธรรมหรือศาลปกครอง ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2546 เมื่อวันที่ 21 มกราคม 2546 ว่า สัญญานี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีทางพิเศษอันเป็นบริการสาธารณะด้านการคมนาคม สัญญาลักษณะนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง การขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้จึงควรอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ดี เนื่องจากขณะที่เริ่มมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ ศาลปกครองยังไม่เปิดทำการ จึงต้องถือว่าศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล ดังนั้น แม้ข้อพิพาทในเรื่องนี้เป็นการขอบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอันเนื่องมาจากศาลปกครอง ก็ต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ คณะกรรมการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คดีนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ได้แก่ ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ซึ่งศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2546 เห็นว่าการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำโดยชอบและถูกต้องแล้ว และพิพากษาให้ กทพ. ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 36/2544 ลงวันที่ 20 กันยายน 2544 โดยให้ กทพ. ชำระเงินแก่กลุ่มกิจการร่วมค้าบีบีซีดีเป็นจำนวน 6,039,893,254 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี รวมทั้งค่าทนายความ แต่ กทพ. ก็ยังคงอุทธรณ์ต่อไปจนกระทั่งถึงศาลฎีกาว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย สัญญาดังกล่าวทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาโดยมีพฤติการณ์ฉ้อฉลหลายประการ ซึ่งในที่สุดศาลฎีกาคณะคดีปกครองได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2550 วินิจฉัยสรุปว่า กทพ. เป็นหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายฝ่ายมหาชน คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 สัญญาจ้างออกแบบเหมารวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่กิจการร่วมค้าบีบีซีดีทำกับ กทพ. นั้น กทพ.ทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองที่เป็นองค์การนิติบุคคล ที่ให้ผู้ว่าการเป็นผู้กระทำการในนาม

กทพ. การใช้อำนาจของผู้ว่าการ กทพ. ซึ่งกระทำในนาม กทพ. จะผูกพัน กทพ. ต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องมิใช่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีการบิดผันอำนาจทางหนึ่งทางใดอีกด้วย ที่ กทพ. อุทธรณ์ในเรื่องดังกล่าวว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จัดตั้ง กทพ. และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงย่อมยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ซึ่งถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการ กทพ. ในขณะนั้นลงนามในสัญญาเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และในการทำสัญญาเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน ฯ จึงเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงไม่มีผลผูกพัน กทพ. หากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น คำพิพากษาของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกาจึงพิพากษากลับให้ยกคำฟ้องของกิจการร่วมค้าบีบีซีดี

จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวแสดงให้ถึงความสำคัญของขั้นตอนก่อนการลงนามสัญญา และขั้นตอนการลงนามสัญญา โดยคดีนี้ศาลได้หยิบยกประเด็นในเรื่องของสัญญาว่าเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพัน กทพ. และทำให้ กทพ. ไม่ต้องชำระค่าชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวแม้อาจดูเหมือนว่าจะส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนของเอกชนต่างชาติเพื่อเข้าทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยและความเชื่อมั่นในระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยหรือไม่ แต่หากพิจารณาให้ลึกซึ้งแล้วจะเห็นได้ว่าความจริงแล้วศาลไม่ได้ไม่ยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และไม่ได้หมายความว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยไม่มีผลใช้บังคับ เพียงแต่ศาลได้มีการสร้างบรรทัดฐานให้กับหน่วยงานของรัฐว่า ในการทำสัญญาโดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทางกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองนั้นจะผูกพันต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและต้องเป็นการใช้อำนาจโดยชอบ ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะช่วยทำให้ลดปัญหาการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาการให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เอกชนสามารถเข้าจัดทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐลดลงได้ นอกจากนั้น ยังอาจถือได้ว่าศาลได้มีการสร้างบรรทัดฐานในการชี้ขาดให้กับอนุญาโตตุลาการด้วยว่า ในชี้ขาดตัดสินคดีจะต้องพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักของ The Rule

of Law ด้วยเหตุนี้ หากประเทศไทยได้มีการประชาสัมพันธ์ให้เอกชนต่างชาติเข้าใจถึงปรัชญาที่แฝงอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้ว ก็น่าจะทำให้เอกชนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐได้มากขึ้นว่านับจากนี้ไปการเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐน่าจะมีแนวโน้มที่จะเป็นไปอย่างโปร่งใสมากขึ้น โดยเอกชนเองก็สามารถช่วยตรวจสอบได้ด้วย หากพบว่ามีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหากเอกชนให้ความร่วมมือด้วยการไม่เสนอผลประโยชน์ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ก็ไม่สามารถมีการทุจริตเกิดขึ้นได้ นอกจากนั้น คำพิพากษาฎีกานี้ยังน่าจะเป็นการกระตุ้นให้การดำเนินการกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมีการพัฒนาไปอีกขั้นหนึ่งด้วยว่า การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ไม่ใช่พิจารณาแต่เพียงปัญหาข้อพิพาทเท่านั้น คดีนี้จึงนับเป็นตัวอย่างหนึ่งของปัญหาสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในขั้นตอนของกระบวนการจัดทำสัญญาว่าหากสัญญาได้จัดทำขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็อาจส่งผลกระทบให้สัญญาไม่มีผลผูกพันได้ กรณีดังกล่าวหน่วยงานของรัฐและเอกชนที่เข้าทำสัญญาจึงต้องมีความระมัดระวังในการเข้าทำสัญญาให้อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเสมอ

5.2) <u>กรณีพิพาทตามสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2538 ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) กับบริษัท สยาม อินโฟเทนเมนท์ จำกัด (หรือปัจจุบันคือบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน))</u>

กรณีพิพาทตามสัญญานี้เกิดขึ้นจากการที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดในข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 4/2547 เมื่อวันที่ 30 มกราคม 2547 ว่า สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ทำผิดสัญญาเข้าร่วมงานและชี้ขาดในประเด็นสำคัญให้บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ปรับลดวงเงินผลประโยชน์ตอบแทนที่ต้องจ่ายให้แก่ สปน. ลงมาจากเดิมปีละ 950 ล้านบาทเหลือขั้นต่ำปีละ 230 ล้านบาท เทียบเท่าอัตราสูงสุดที่ผู้รับสัมปทานช่องอื่น ๆ จ่ายให้แก่คู่สัญญาในปัจจุบัน กับให้ สปน. คืนเงินประโยชน์ตอบแทนแก่ไอทีวีสำหรับงวดปี 2546 ที่ได้ชำระไปแล้ว ทั้งยังให้ไอทีวีสามารถแพร่ภาพออกอากาศโดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์ ในช่วงเวลา 19.00 – 20.30 น. (ไพร์มไทม์) แต่จะต้องมีการนำเสนอรายการเหล่านี้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของเวลาออกอากาศทั้งหมด จากเดิมที่กำหนดไว้ในสัญญาไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 อันเป็นการให้โอกาสไอทีวีปรับผังรายการได้ คำชี้ขาดดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นถกเถียงกันในวงวิชาการว่า คำชี้ขาดดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยหลักเกณฑ์การชี้ขาดข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และเมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดไปแล้วคำชี้ขาดจะมีผลผูกพัน

คู่สัญญามากน้อยเพียงใด โดยนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ไอทีวีสามารถปรับผังรายการใหม่ได้นั้นเป็นคำชี้ขาดซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการเพราะอนุญาโตตุลาการได้ก้าวล่วงไปวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาซึ่งเป็นอำนาจของรัฐ การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาสัมปทาน และจะทำให้ระบบการจัดทำบริการสาธารณะและการควบคุมการดำเนินการในบริการสาธารณะเสียหายทั้งระบบ[186] ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดในขอบอำนาจแล้ว การลดประโยชน์ตอบแทนและการให้สิทธิไอทีวีปรับสัดส่วนการออกอากาศเป็นเพียงมาตรการชดเชยความเสียหายประการหนึ่งที่อนุญาโตตุลาการกำหนดขึ้นตามสัญญา ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนี้ทำให้ สปน. โดยอัยการพิเศษนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2547 ที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำสั่งให้ สปน. ชดใช้ค่าเสียหาย เนื่องจากกรมประชาสัมพันธ์ปล่องให้สถานีวิทยุโทรทัศน์ที่ออกอากาศทางระบบยูเอชเอฟสามารถมีโฆษณาได้เป็นเงิน 20 ล้านบาท และปรับผังรายการจากเดิมให้มีรายการความรู้ ข่าวไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 เป็นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 รวมทั้งให้มีการปรับลดวงเงินผลประโยชน์ตอบแทนที่ต้องจ่ายให้แก่ สปน. ลงเหลือขั้นต่ำปีละ 230 ล้านบาท จากเดิมปีละ 950 ล้านบาท และให้ สปน. จ่ายค่าชดเชยจากค่าสัมปทานจำนวน 570 ล้านบาทแก่บริษัทไอทีวี โดย สปน. เห็นว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่มีอำนาจชี้ขาดในประเด็นค่าเสียหาย แต่เป็นเรื่องระหว่าง สปน.กับไอทีวี โดย สปน. ยืนยันว่าไม่ได้ปฏิบัติผิดสัญญา กรณีที่สถานีโทรทัศน์ช่อง 7 ต่อสัญญาและเสียค่าสัมปทานน้อยกว่าไอทีวี และสถานีโทรทัศน์ยูบีซีและช่อง 11 มีโฆษณาก็ไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของไอทีวี สปน. จึงขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำชี้ขาดทั้งหมดของอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2547 แต่โดยที่ไอทีวีคัดค้านอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ทำให้ต้องชะลอการพิจารณาคดีไว้ก่อน โดยให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ตัดสินว่าคดีนี้อยู่ในอำนาจศาลปกครองหรือไม่ตามพระราชบัญญัติชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งในที่สุดก็ได้มีคำตัดสินออกมาว่าอยู่ในอำนาจที่ศาลปกครองจะพิจารณาได้ และในที่สุดภายหลังจากที่ สปน. ได้ร้องขอต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาว่า จากการพิจารณาข้อเท็จจริงตามสัญญาร่วมการงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ยูเอชเอฟ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2538 และ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

---

[186]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกรณีไอทีวีกับผลผูกพันที่มีต่อคู่สัญญา, <u>วารสารข่าวกฎหมายใหม่</u>, ปีที่ 2 ฉบับที่ 28, 16 น.43 (พฤษภาคม 2547).

ศาลเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในข้อพิพาทคดีดำที่ 29/2545 และข้อพิพาทคดีแดงที่ 4/2547 ลงวันที่ 30 มกราคม 2547 เป็นคำชี้ขาดเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากบริษัทไอทีวีทราบเงื่อนไขตามโครงการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ประกอบกับนายจุลจิตร์ บุณยเกตุ ซึ่งเป็นผู้บริหารของไอทีวีเคยเป็นกรรมการในการดำเนินการโครงการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ และเป็นผู้ขอให้เปิดการเจรจาแก้ไขสัญญา โดยเพิ่มเติมข้อ 5 วรรค 4 ที่ระบุว่า “หลังจากทำสัญญานี้ หาก สปน. หรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาต หรือทำสัญญาใด ๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการให้บริการส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ โดยมีโฆษณา หรืออนุญาตให้โทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกมีโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ไอทีวีได้รับผลกระทบทางการเงินอย่างรุนแรง เมื่อไอทีวีร้องขอ สปน. จะพิจารณาและเจรจากับไอทีวีโดยเร็วเพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหายที่ไอทีวีได้รับผลกระทบดังกล่าว” ลงในสัญญานั้น ศาลเห็นว่าเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญาที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี แต่มิได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น ข้อ 5 วรรค 4 ในสัญญานี้จึงไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจอาศัยข้อสัญญาดังกล่าวมีคำชี้ขาดกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายต่าง ๆ ให้แก่บริษัทไอทีวีได้ สำหรับคำชี้ขาดที่ระบุให้ สปน. คืนค่าผลประโยชน์ตอบแทนขั้นต่ำให้แก่ไอทีวีจำนวน 570 ล้านบาทนั้น เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถนำข้อ 5 วรรค 4 มาใช้ได้แล้ว อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจชี้ขาดให้ปรับลดเงินประโยชน์ตอบแทนตามสัญญาร่วมงาน รวมทั้งไม่สามารถชี้ขาดให้ไอทีวีปรับเปลี่ยนผังรายการในช่วงเวลาไพร์ไทม์ โดยลดสัดส่วนรายการความรู้ ข่าว จากเดิม ร้อยละ 70 เป็นร้อยละ 50 นั้น ซึ่งเป็นการวินิจฉัยเกินคำขอของบริษัท ไอทีวี และส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดบริการสาธารณะขัดต่อข้อสัญญาและวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ไอทีวีไม่ใช่สถานีโทรทัศน์เพื่อการบันเทิง ศาลปกครองกลางจึงได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 29/2545 และคดีแดงที่ 4/2547 ทั้งหมด โดยเปิดโอกาสให้มีการยื่นอุทธรณ์ได้ภายใน 30 วัน นับจากที่ศาลมีคำสั่ง ซึ่งไอทีวีก็ได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลางดังกล่าว และต่อมาศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำพิพากษาที่ อ.349/2549 ยืนตามศาลปกครองกลาง โดยให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่เคยชี้ขาดให้ สปน. ลดค่าสัมปทานให้ไอทีวีจากปีละ 1,000 ล้านบาท เหลือปีละ 230 ล้านบาท และให้ไอทีวีมีผังรายการสารประโยชน์จากร้อยละ 70 เหลือร้อยละ 50 ในช่วงไพร์มไทม์ รวมทั้งให้จ่ายค่าชดเชยไอทีวีอีก 20 ล้านบาท ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวทำให้ ไอทีวีต้องกลับไปปฏิบัติ

ตามสัญญาเดิม คือ ต้องจ่ายค่าสัมปทานให้แก่ สปน. ปีละ 1,000 ล้านบาท (เป็นค่าตอบแทนในปีที่ 9 (2547) ปีที่ 10 (2548) และปีที่ 11 (2549) ที่ค้างชำระอยู่ 2210 ล้านบาท พร้อมดอกเบี้ย 15% ต่อปี และค่าปรับ 10% ของค่าตอบแทนที่ สปน. จะได้รับเป็นรายวัน) พร้อมกับต้องปรับผังรายการให้มีสัดส่วนเหมือนเดิมตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้กับ สปน. คือ สาระข่าวสาร 70% และบันเทิง 30% และยังต้องจ่ายค่าปรับจากการเปลี่ยนผังรายการอีกร้อยละ 10 ของค่าสัมปทานในแต่ละปีให้กับ สปน. คิดเป็นเงินค่าปรับเกือบหนึ่งแสนล้านบาท (เงินค่าปรับกรณีผังรายการไม่เป็นไปตามสัญญาตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2547 ถึงวันที่ 13 ธันวาคม 2549 คิดเป็นเงินค่าปรับ 97,760 ล้านบาท) ซึ่งปัจจุบันอยู่ระหว่าง สปน. ส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการเรียกค่าเสียหายและค่าปรับกรณีไอทีวีผิดสัญญาสัมปทาน ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดจะได้ยื่นคำร้องต่อสำนักระงับข้อพิพาทเพื่อเข้าสู่กระบวนการทางคณะอนุญาโตตุลาการอีกครั้งในการพิจารณาคิดคำนวณค่าเสียหายและค่าปรับ ซึ่งก็มีความเป็นไปได้ทั้งประเด็นการยกเลิกสัญญาสัมปทานเพื่อให้ไอทีวีเป็นหน่วยงานของรัฐ และประเด็นการพิจารณาลดค่าปรับให้กับไอทีวี ในเรื่องนี้หากพิจารณาจากการดำเนินการของไอทีวีที่ผ่านมาแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นสถานีโทรทัศน์ที่มีประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติ จึงน่าที่จะให้คงอยู่ต่อไป แต่การที่ไอทีวีต้องเผชิญกับการจ่ายค่าปรับแสนล้านบาทและค่าสัมปทานเช่นนี้ ก็คงเป็นไปได้ยากที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้ จึงเป็นกรณีที่รัฐบาลและ สปน. ควรที่จะเร่งหาข้อสรุปแนวทางการดำเนินการกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ว่าจะทำอย่างไรต่อไปโดยเร็ว เนื่องจากประเด็นดังกล่าวเป็นที่สนใจของนักลงทุนทั้งไทยและต่างประเทศว่ากิจการที่มีลักษณะเป็นสัมปทานกับภาครัฐจะเกิดปัญหาขึ้นในอนาคตเช่นเดียวกับกรณีของไอทีวีหรือไม่ และอาจทำให้นักลงทุนระมัดระวังในการทำสัญญากับภาครัฐมากขึ้นโดยอาจเข้าใจว่าคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการไม่อาจถือเป็นสิ้นสุดเด็ดขาดได้อีกแล้ว

ปัญหาค่าสัมปทานของไอทีวีนับเป็นตัวอย่างหนึ่งในความผิดพลาดของรัฐบาลที่มุ่งแต่คำนึงถึงรายได้ค่าตอบแทนที่จะได้รับจากเอกชนผู้รับสัมปทานเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงและความเป็นไปได้ในทางธุรกิจ รวมทั้งไม่คำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับอย่างแท้จริง ทั้ง ๆ ที่สถานีโทรทัศน์ไอทีวีถูกจัดตั้งขึ้นมาด้วยความริเริ่มของรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน ที่มุ่งหวังให้เป็นโทรทัศน์เสรีที่เน้นการเสนอข่าวและสารประโยชน์ต่อประชาชนอย่างอิสระ ตรงไปตรงมา ไม่เป็นกระบอกเสียงของผู้มีอำนาจทางการเมืองเหมือนกับการเสนอข่าวเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ เมื่อเดือนพฤษภาคม 2535 ของสถานีโทรทัศน์ช่องต่าง ๆ แต่โดยที่กิจการไอทีวีมีปัญหาการขาดทุนอย่างต่อเนื่อง ผู้ถือหุ้นส่วนหนึ่งจึงขายหุ้นให้แก่บริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และในที่สุดบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ก็กลายเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่และเริ่มมีการปรับเปลี่ยนผัง

รายการเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ จึงทำให้ไอทีวีต้องเผชิญกับวิบากกรรมอยู่ในขณะนี้ เรื่องนี้จึงเป็นกรณีตัวอย่างหนึ่งที่รัฐควรจะมีการพิจารณาทบทวนนโยบายดังกล่าวโดยคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและความเป็นไปได้ในทางธุรกิจที่ทำให้เอกชนสามารถยอมรับในการเข้ามาลงทุนกับรัฐได้ มิใช่คำนึงถึงแต่ผลประโยชน์ของรัฐซึ่งในที่สุดแล้วผลประโยชน์ก็ไม่ได้ตกอยู่กับประชาชนที่แท้จริง และแทนที่จะทำให้รัฐมีทางเลือกในการเข้ามาลงทุนของเอกชนที่มีคุณภาพเพื่อการพัฒนาประเทศ ก็กลับเป็นเอกชนที่อาจไม่มีความสามารถเพียงพอ หรือหากมีความสามารถก็อาจเรียกเก็บค่าตอบแทนจากประชาชนในอัตราที่สูงหรือทำให้ประชาชนไม่ได้รับประโยชน์อย่างแท้จริง และทำให้ประเทศไทยยังคงต้องตกอยู่ในวังวนของปัญหาเดิม ๆ แทนที่จะสามารถนำแนวความคิดของสัมปทานมาใช้ประโยชน์ได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น ในวันนี้รัฐบาลจึงคงตอบตัวเองให้ได้ว่าถึงเวลาแล้วหรือยังที่จะปฏิรูปสัญญาสัมปทานโดยนำแนวความคิดที่เป็นประโยชน์มาใช้ให้ได้ประโยชน์อย่างเต็มที่เพื่อประโยชน์ของประชาชนตามจุดมุ่งหมายที่แท้จริงของสัมปทานบริการสาธารณะที่รัฐมีหน้าที่ต้องตอบสนองการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนอย่างเพียงพอและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชน ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับการบริการสาธารณะที่เป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความผาสุกปลอดภัยของประชาชนอย่างแท้จริง

นอกจากนั้น กรณีไอทีวียังเป็นตัวอย่างที่แสดงถึงการไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดหรือความพยายามหลีกเลี่ยงของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยอุทธรณ์แล้วเห็นว่า สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟเป็นสัญญาที่รัฐให้สัมปทานในการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์และดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ โดยที่การให้สัมปทานแก่เอกชนหรือการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่มีการลงทุนหรือมีหลักทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปนั้น ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ขึ้นมาควบคุม โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนในการดำเนินการไว้หลายขั้นตอน ซึ่งตามมาตรา 21 ต้องมีการนำเสนอร่างสัญญาต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา ซึ่งแม้จะได้มีการเสนอร่างสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้ว แต่เมื่อก่อนลงนามสัญญา คู่สัญญาได้ตกลงให้เพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ในสัญญาดังกล่าว อันเป็นข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นไว้แล้วในสาระสำคัญ ซึ่งนอกจากจะเป็นการขอเพิ่มเติมข้อสัญญาภายหลังจากที่ได้รับการคัดเลือกอันไม่เป็นธรรมแก่เอกชนรายอื่น

ที่เสนอตัวเข้าร่วมงานหรือดำเนินการดังกล่าวแล้วยังเป็นการกำหนดให้ สปน. ซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นคู่สัญญาแทนรัฐ ต้องผูกพันตนและรับผิดชอบแทนหน่วยงานอื่นของรัฐในอันที่จะไม่ให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใด ๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินกิจการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีการโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ การเพิ่มเติมข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการเกินอำนาจของผู้ร้องซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ไม่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐ ซึ่งหากจะให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันกับหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย ก็จะต้องให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อน แต่เมื่อไม่ได้มีการเสนอขอเพิ่มเติมข้อ 5 วรรคสี่ของสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น การเพิ่มเติมข้อสัญญาดังกล่าว จึงไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย ส่วนสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ ในข้ออื่น ๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ความเห็นชอบไว้แล้วย่อมมีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจมีคำชี้ขาดว่า สปน. ปฏิบัติผิดสัญญา ฯ ข้อ 5 วรรคสี่ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 40 (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2535

กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งของปัญหาสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งประเด็นข้างต้นเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การให้สัมปทานแก่เอกชนหรือการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปนั้น ต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 การไม่ดำเนินการย่อมเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติดังกล่าว และไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย[187] อย่างไรก็ดี หากส่วนใด

---

[187] การไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย หรือสัญญาไม่มีผลผูกพันนั้น มีความแตกต่างจากคำว่าโมฆะหรือโมฆียะ ตรงที่ว่า โมฆะกรรมเป็นการกระทำที่เสียเปล่า ไม่เกิดผลอย่างใดในกฎหมาย และไม่อาจให้สัตยาบันได้ การกระทำใดที่เป็นโมฆะหรือโมฆียะนั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ว่าเป็นโมฆะหรือโมฆียะ แม้จะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ก็จะเป็นเพียงนิติกรรมที่ไม่มีผลตามกฎหมาย ซึ่งนิติกรรมที่ไม่มีผลตามกฎหมาย แม้ไม่ใช่โมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรม แต่ผลทั่วไปก็คงเป็นไปในทำนองเดียวกับโมฆะกรรม เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เมื่อนิติกรรมไม่มีผลตามกฎหมายก็ต้องถือว่าเสียเปล่าดุจเดียวกับโมฆะกรรม ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียคนใดอาจกล่าวอ้างได้ และไม่อาจให้สัตยาบันเพื่อให้กลับฟื้นคืนดีได้ การเรียกทรัพย์สินคืนก็ต้องเรียกในฐานลาภไม่ควรได้

ที่ได้ดำเนินการอย่างถูกต้องแล้วก็ย่อมมีผลผูกพันรัฐได้ตามกฎหมาย ซึ่งน่าจะถือได้ว่าศาลปกครองได้นำหลักเรื่องโมฆะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับกรณีนี้นั่นเอง

ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่งที่เห็นได้จากกรณีตัวอย่างของไอทีวี คือ ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ อันเนื่องมาจากการที่อนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้ สปน. ชดเชยความเสียหายโดยให้ไอทีวีสามารถออกอากาศในช่วงเวลาไพร์มไทม์ คือ ช่วงเวลาระหว่างเวลา 19.00 – 21.30 น. ได้โดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์ และให้ปรับสัดส่วนการเสนอรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์ จากเดิมไม่น้อยกว่า 70 เปอร์เซ็นต์ของเวลาออกอากาศทั้งหมด เป็นไม่น้อยกว่า 50 เปอร์เซนต์ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเห็นว่า สัญญาเข้าร่วมงาน ฯ นี้เป็นสัญญาที่รัฐให้สัมปทานแก่ผู้คัดค้านในการจัดให้มีสถานีวิทยุโทรทัศน์และดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน์อันเป็นบริการสาธารณะ โดยมีการกำหนดไว้ในข้อ 11 ของสัญญาว่า ไอทีวีต้องนำเสนอรายการประเภทข่าว สารคดี และสารประโยชน์รวมกันไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 ของเวลาออกอากาศทั้งหมด และระยะเวลาระหว่าง 19.00 – 21.30 น. จะต้องใช้สำหรับรายการประเภทนี้เท่านั้น ซึ่งสัญญาข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะและเป็นวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์นี้ขึ้นมา คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้จึงมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐ มิใช่อยู่ในอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเพียงเอกชนที่ได้รับแต่งตั้งจากคู่สัญญาให้มาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาร่วมการงาน ฯ ซึ่งข้อพิพาทตามสัญญาร่วมการงาน ฯ ระหว่าง สปน. กับไอทีวีเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความเสียหายของไอทีวีและการชดเชยความเสียหายให้แก่ไอทีสี มิใช่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อ11 ของสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ อันเป็นสาระสำคัญของการให้สัมปทานการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องนี้แก่ไอทีวี การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ดังนั้น ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไปแล้วนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406-419 ตลอดจนแยกส่วนที่ไม่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่เป็นโมฆะตามมาตรา 173 และอาจสมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่นตามมาตรา 174 นอกจากนั้น เมื่อนิติกรรมไม่มีผลตามกฎหมายแล้ว บุคคลหนึ่งบุคคลใดย่อมจะอ้างสิทธิหรือถือเอาประโยชน์จากนิติกรรมนั้นไม่ได้

ประเด็นดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นอีกกรณีหนึ่งที่ศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจพิจารณาเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะได้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐ มิใช่อยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

ส่วนประเด็นเกี่ยวกับค่าปรับนั้น ศาลปกครองสูงสุดแถลงว่าประเด็นเกี่ยวกับค่าปรับไม่ใช่ประเด็นพิพาทที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ดังนั้น คำพิพากษาจึงไม่เกี่ยวกับค่าปรับ การที่บริษัทไอทีวีจะเสียค่าปรับหรือไม่นั้น ต้องเป็นไปตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ โดยข้อ 11 วรรค 2 กำหนดว่า “หากผู้เข้าร่วมงานมิได้ดำเนินการตามผังรายการตามที่ระบุในวรรคแรก ผู้เข้าร่วมงานยินยอมชำระค่าปรับในอัตราร้อยละ 10 ของ ค่าตอบแทนที่รัฐจะได้รับในปีนั้น ๆ โดยคิดเป็นรายวัน และสำนักงานมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้” กรณีเกี่ยวกับค่าปรับ คู่สัญญาต้องว่ากล่าวกันเอง หากตกลงกันไม่ได้ต้องเสนอข้อพิพาทตามวิธีการที่ระบุไว้ในสัญญา

จะเห็นได้ว่าปัญหาข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาดังกล่าว มักเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐตกเป็นผู้แพ้คดีตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุน โดยเฉพาะการลงทุนจากต่างประเทศที่อาจทำให้นักลงทุนต่างชาติไม่กล้าตัดสินใจที่จะเข้ามาลงทุนมาในประเทศไทยได้ ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า ผลของคำพิพากษาศาลจากกรณีตัวอย่างดังกล่าวแม้อาจดูเหมือนว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานมีความล้มเหลวในการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่หากพิเคราะห์ในคำพิพากษาจากตัวอย่างปัญหาที่เคยเกิดขึ้นแล้วพบว่า ศาลไม่ได้ปฏิเสธในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ปัญหามาจากการที่อนุญาโตตุลาการอาจจะไม่เข้าใจในอำนาจหน้าที่ของตนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง จึงทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งทำให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น การสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนต่างชาติในเรื่องนี้จึงต้องมีการปรับปรุงระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเพื่อให้ตัวอนุญาโตตุลาการมีความเข้าใจในอำนาจหน้าที่ของตนโดยเฉพาะในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองว่าจะต้องพิจารณาอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (The Rule of Law) หลักว่าด้วย

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การคำนึงถึงผลกระทบที่อาจมีต่อประโยชน์สาธารณะหรือประชาชน และการที่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะได้ เป็นต้น นอกจากนั้น ในระหว่างนี้จะต้องมีการประชาสัมพันธ์ให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้าใจถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยว่าไม่ได้มาจากการที่ประเทศไทยไม่ยอมรับในระบบอนุญาโตตุลาการ แต่มาจากปัญหาในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการเอง รวมทั้งต้องสร้างความเข้าใจให้กับหน่วยงานของรัฐและประชาชนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นการศึกษาปัญหาจากตัวอย่างสัญญาสัมปทานบางสัญญาที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดเคยขึ้นในสัญญาสัมปทานเช่นว่านั้นอาจเป็นอุปสรรคและส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติในการเข้ามาทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยได้ ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงควรเริ่มต้นจากปรับเปลี่ยนตั้งแต่แนวความคิด ทัศนคติในการทำสัญญา ความรู้ในเรื่องที่จะทำสัญญา บุคลากรที่เกี่ยวข้องในงาน ทั้งนี้เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่น่าลงทุนในสายตาของนักลงทุนต่างชาติต่อไป นอกจากนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำสัญญาสัมปทานโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสัญญาสัมปทานเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญด้วยในขณะเดียวกัน ซึ่งรายละเอียดในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาและแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ต่อไป

<u>สรุป</u>

จากการศึกษาสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในบทที่ 1 ทำให้ได้ข้อสรุปว่า ความเข้าใจในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานยังมีความไม่ชัดเจน แต่โดยที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นกรณีมีความจำเป็นที่จะต้องค้นหาความหมายของสัมปทานอันเป็นปัญหาข้อกฎหมายประการแรกที่ต้องนำมาพิจารณา ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่มิได้ให้คำนิยามของสัมปทานไว้ จึงเป็นกรณีที่ต้องค้นหาจากลักษณะและเนื้อหาของสัมปทาน ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในประเทศไทยแล้ว ทำให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของสัมปทานว่า เป็นกิจการที่มีกฎหมายให้สิทธิหรือให้อำนาจรัฐในการอนุญาตหรือยินยอมให้เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ และเป็นกรณีที่ทำให้รัฐผู้ให้สัมปทานมีอำนาจพิเศษบางประการ

เหนือเอกชนในเรื่องต่าง ๆ เช่น อำนาจในการควบคุมและกำกับการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนอย่างใกล้ชิด อำนาจในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพื่อประโยชน์สาธารณะ อำนาจในการยกเลิกเพิกถอนสัมปทานและการโอนเป็นของรัฐ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาว่าเป็นสัมปทานหรือไม่ จึงควรพิจารณาจากลักษณะสำคัญของสัมปทานดังกล่าวข้างต้น

สำหรับรูปแบบของสัมปทานในประเทศไทยนั้น พบว่าเนื่องจากสัมปทานในประเทศไทยมาจากการที่มีกฎหมายให้อำนาจรัฐในการให้สัมปทาน หรือห้ามมิให้เอกชนดำเนินกิจการบางอย่าง เว้นแต่จะได้รับสัมปทานจากรัฐก่อน ดังปรากฏให้เห็นในกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งหากพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ก็เป็นการกำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ หรือกำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะหรือการห้ามมิให้เอกชนจัดทำกิจการบางอย่าง จึงทำให้สัมปทานเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายเช่นว่านี้ และหากไม่มีกฎหมายให้สิทธิหรือให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทานแล้ว หน่วยงานของรัฐก็ไม่สามารถให้สัมปทานได้ ด้วยเหตุนี้ รูปแบบของสัมปทานในประเทศไทยจึงเป็นสัมปทานโดยกฎหมาย เพียงแต่ในการให้สัมปทานของรัฐเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย รัฐจะนำเอาสัญญาสัมปทานหรือใบอนุญาตมาใช้เป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการให้สัมปทาน ดังนั้น สัญญาสัมปทานในประเทศไทยจึงเป็นเครื่องมือหรือวิธีการอย่างหนึ่งที่รัฐนำมาใช้ในการให้สัมปทานแก่เอกชน

โดยที่ยังมีความเข้าใจที่แตกต่างกันเกี่ยวกับความหมายของสัญญาสัมปทาน จึงเป็นกรณีที่ต้องศึกษาเพื่อค้นหาความหมายของสัญญาสัมปทานด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่า สัญญาสัมปทานไม่ได้มีความหมายจำกัดเฉพาะสัญญาที่เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงสัญญาที่มีลักษณะของสัญญาสัมปทาน แม้จะไม่ได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานด้วย ซึ่งปัจจุบันความเข้าใจดังกล่าวเริ่มมีความชัดเจนขึ้นหลังจากที่ได้ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดีไอทีวี อันเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าศาลไทยยอมรับในความหมายของสัญญาสัมปทานในลักษณะที่กว้างขึ้น โดยหมายรวมทั้งสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วย

ดังนั้น จึงอาจให้ความหมายของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยได้ดังนี้

“สัญญาสัมปทาน เป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่า “สัญญาสัมปทาน” หรือไม่ก็ตาม โดยเป็นความตกลงระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในลักษณะของการอนุญาตคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐเท่านั้นมีสิทธิกระทำได้ โดยคู่สัญญา

ฝ่ายเอกชนอาจเป็นผู้จัดทำแทนรัฐทั้งหมด หรือเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเอง และคู่สัญญาฝ่ายรัฐยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการให้มีสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นได้ หรือเป็นความตกลงในลักษณะของการอนุญาตคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการสำรวจ แสวงหา และจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพยากรของรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงจะจ่ายเงินค่าตอบแทนหรือให้ผลประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อเป็นการตอบแทนที่ได้รับสิทธินั้น ทั้งนี้ ความตกลงดังกล่าวจะมีอยู่ภายในระยะเวลาหนึ่ง และภายใต้ขอบเขต พื้นที่ เงื่อนไขที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้กำหนด”

จากลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะในเรื่องเงินลงทุน ที่เป็นการใช้เงินลงทุนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงทำให้สัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบที่น่าสนใจสำหรับการลงทุนในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ ซึ่งการลงทุนในโครงการดังกล่าวมักเป็นกรณีที่ต้องการการลงทุนจากต่างประเทศ แต่โดยที่สัญญาสัมปทานในประเทศไทยมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครองอันเป็นผลมาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จึงเป็นสิ่งหนึ่งที่อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่มั่นใจที่เข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีลักษณะบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองเป็นการทั่วไปในทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับศาลปกครองเพิ่งจัดตั้งขึ้นเป็นเวลาไม่นานจึงอาจยังไม่มีนิติวิธีที่จะสร้างความมั่นใจเพียงพอให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า ความเข้าใจที่ชัดเจนเกี่ยวกับแนวความคิดในเรื่องของสัญญาสัมปทานนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญ หน่วยงานของรัฐจึงควรสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะสัมปทานบริการสาธารณะ เนื่องจากกิจการสาธารณูปโภคอันเป็นที่มาของสัมปทานบริการสาธารณะนั้น มิใช่กิจการอันมีจุดมุ่งหมายของการแสวงหากำไรแต่เป็นกิจการที่รัฐมีหน้าที่ต้องให้บริการแก่ประชาชนเพื่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน ซึ่งแม้ในการดำเนินกิจการดังกล่าว รัฐอาจจะมีการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชน แต่การเรียกเก็บค่าบริการดังกล่าว ความจริงแล้วย่อมเป็นไปเพื่อให้รัฐสามารถนำมาใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการให้บริการเท่านั้น มิได้ให้รัฐอาศัยโอกาสนั้นในการแสวงหากำไรจากการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนแต่อย่างใด ซึ่งจากแนวความคิดพื้นฐานของบริการสาธารณะดังกล่าว เมื่อนำมาผสมผสานกับแนวนโยบายของรัฐแล้ว จึงน่ามีผลเพียงแค่ว่า การให้บริการสาธารณะในกิจการอันมีผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชนนั้น รัฐจะใช้วิธีการใดในการ

ให้บริการดังกล่าว เช่น การดำเนินการเอง หรือการมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทน หรือการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะโดยวิธีการให้สัมปทานแก่เอกชน ซึ่งหากเป็นเรื่องของบริการสาธารณะแล้วก็ไม่ควรรวมไปถึงการให้เอกชนเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด เพราะเอกชนย่อมมีจุดมุ่งหมายในการแสวงหากำไร ซึ่งย่อมเป็นการขัดต่อหลักบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่ของรัฐ อีกทั้งยังทำให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะของรัฐโดยสิ้นเชิงด้วย ซึ่งแม้ว่ารัฐจะเปลี่ยนแปลงบทบาทของตนจากการเป็นผู้ควบคุมมาเป็นผู้ตรวจสอบและกำกับดูแล (Regulator) แต่การตรวจสอบและกำกับดูแลนี้ก็สามารถกระทำได้ในสัญญาสัมปทานเช่นกัน

จากการศึกษาแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยแล้วพบว่าประเทศไทยยังมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่มากเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน โดยปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มักอยู่ในขั้นตอนของการเริ่มดำเนินโครงการและขั้นตอนการผูกพันตามสัญญาสัมปทาน อีกทั้งยังมีปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่มีความแตกต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับหน่วยงานของรัฐที่เป็นจัดทำสัญญาและการเจรจาต่อรองระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนคู่สัญญา จึงอาจทำให้สัญญาสัมปทานมีมาตรฐานที่แตกต่างกันไป นอกจากนั้น จากการศึกษากรณีตัวอย่างปัญหาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย ในคดีทางด่วนและคดีไอทีวีแล้ว พบว่า กรณีพิพาทดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติได้ โดยเฉพาะปัญหาในขั้นตอนก่อนการจัดทำสัญญา ซึ่งเรื่องนี้หน่วยงานของรัฐจึงต้องให้ความสำคัญให้มากขึ้น เพราะหากขั้นตอนดังกล่าวเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพันแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบที่ร้ายแรงต่อการดำเนินโครงการดังกล่าวต่อไปได้

ด้วยเหตุนี้ หากประเทศไทยยังคงมีความต้องการให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเนื่องจากต้องการความรู้และเทคโนโลยีใหม่ ๆ เพื่อนำความรู้และเทคโนโลยีใหม่ ๆ มาปรับปรุงประสิทธิภาพในการบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน และต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศแล้ว จึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยควรพิจารณาถึงประเด็นต่าง ๆ ในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้กับประเทศไทยในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน รวมทั้งสามารถแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ของสัญญาสัมปทานเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ของโลกและประเทศไทยในปัจจุบัน ด้วยการหาแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานให้กับประเทศไทยต่อไป

เพื่อให้การวิเคราะห์ดังกล่าวเป็นไปอย่างรอบคอบและมีมุมมองในภาพกว้าง ผู้เขียนจึงจะได้ศึกษาถึงสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเพื่อเป็นการเปรียบเทียบ โดยจะทำการศึกษาในบทที่ 2

ต่อไป เพื่อให้ทราบว่าในต่างประเทศนั้นมีแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติในเรื่องของสัญญาสัมปทานเป็นอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อนำผลที่ได้รับจากการศึกษาในบทที่ 2 มาศึกษาเปรียบเทียบกับผลที่ได้รับจากการศึกษาสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในบทที่ 1 ก่อนที่จะศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยในบทที่ 3 ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเอาข้อมูลที่ได้รับการศึกษาในบทที่ 2 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในต่างประเทศไปศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 3 ด้วยเพื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย จากนั้นจึงนำผลที่ได้รับจากการศึกษาทั้งหมดไปวิเคราะห์ในบทที่ 4 เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาด้วยการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติต่อไป

ต้นฉบับไม่มีหน้านี้
NO THIS PAGE IN ORIGINAL