

บทที่ 2

สัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

จากที่ได้ศึกษาสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมาแล้วในบทที่ 1 ในบทนี้จึงเป็นการศึกษาถึงสัญญาสัมปทานในต่างประเทศทั้งในส่วนของแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติ เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทยว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกับในต่างประเทศอย่างไร

ในการศึกษาสัญญาสัมปทานในต่างประเทศตามเรื่องนี้ ไม่ได้หมายความว่า เป็นการศึกษสัญญาสัมปทานของทุกประเทศ เพราะคงเป็นไปได้ที่จะทำการศึกษาถึงแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติของทุกประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอศึกษาจากตัวอย่างในบางประเทศเท่านั้น โดยเลือกประเทศที่ปรากฏแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในเรื่องนี้ และจะพยายามให้มีทั้งตัวอย่างของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และตัวอย่างของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย Common Law เพื่อให้สามารถมองเห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างจากแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติของประเทศดังกล่าวทั้งสองระบบ

ดังนั้น โจทย์วิจัยในบทที่ 2 จึงเป็นปัญหาว่าสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่ในต่างประเทศเป็นอย่างไร ในต่างประเทศมีแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้อย่างไร ซึ่งการศึกษาในส่วนของแนวความคิดนั้นจะเป็นการศึกษาเพื่อค้นหาความหมาย ลักษณะพิเศษ ขอบเขต เนื้อหา และความเป็นมาของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ รวมทั้งประเภท กฎหมายที่ใช้บังคับ และแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ ส่วนการศึกษาแนวทางปฏิบัตินั้น จะเป็นการศึกษาเพื่อให้ทราบถึงกระบวนการให้สัมปทาน กระบวนการเจรจา และจัดทำสัญญาสัมปทาน กระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทาน เงื่อนไขสัญญาที่ปรากฏในปัจจุบัน และประเด็นปัญหาของสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อนำคำตอบที่ได้รับมาศึกษาเปรียบเทียบกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน และเพื่อนำไปเป็นข้อมูลประกอบการศึกษาวิเคราะห์สัญญาสัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในบทที่ 3 ก่อนที่จะนำคำตอบทั้งหมดที่ได้รับจากการศึกษาไปใช้ในการวิเคราะห์บทที่ 4 ต่อไปว่าประเทศไทยควรกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

จากโจทย์วิจัยดังกล่าว ผู้เขียนจึงแบ่งการศึกษาในบทที่ 2 ออกเป็น 5 ตอนดังนี้
 ตอนที่ 1 แนวความคิดในต่างประเทศเรื่องสัญญาสัมปทาน
 ตอนที่ 2 ประเภทของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศ
 ตอนที่ 3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
 ตอนที่ 4 แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
 ตอนที่ 5 แนวทางปฏิบัติในต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน

ตอนที่ 1 แนวความคิดในต่างประเทศเรื่องสัญญาสัมปทาน

ในตอนนี้จะเป็นการศึกษาแนวความคิดในต่างประเทศเรื่องสัญญาสัมปทาน อันเป็นการศึกษาในเชิงอธิบาย เพื่อให้ทราบถึงความหมาย ลักษณะพิเศษ ขอบเขตและเนื้อหา รวมทั้งความเป็นมาและพัฒนาการของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศตามลำดับ

ดังนั้น ในตอนนี้จึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ส่วน คือ

1. ความหมายของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
2. ลักษณะพิเศษและสถานะของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
3. ความเป็นมาและพัฒนาการของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
4. ขอบเขตและเนื้อหาของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

1. ความหมายของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

ความหมายของสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่ในต่างประเทศค่อนข้างมีความชัดเจนมากกว่าในประเทศไทย แม้ว่าการเรียกชื่อของสัญญาสัมปทานอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง¹ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วจะใช้ชื่อว่า “Concession Contract” โดยคำว่า “Concession” มาจากคำว่า

¹เช่น concession agreement, economic development agreement, service contract, exploration and production, sharing agreement, mining convention, joint venture agreement, master agreement, technical assistance agreement, agreement on foreign capital investment เป็นต้น, อ้างใน Peter Fischer, “Concessions” in Encyclopedia of Public International Law, Vol.7, p.100

Concede หมายถึง การยอมให้ ซึ่งตามพจนานุกรมได้ให้ความหมายของ Concession² ว่า หมายถึง การให้สิทธิพิเศษที่เฉพาะเจาะจงโดยรัฐบาล หรือการที่รัฐบาล หรือองค์การสาธารณะของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นส่วนกลางหรือส่วนท้องถิ่นให้เอกชนคนเดียวหรือหลายคนดำเนินการจัดทำสาธารณูปโภค หรือการทำงานเกี่ยวกับที่ดิน, การอุตสาหกรรม, การรถไฟ, การชลประทาน เป็นต้น³

สาเหตุที่ความหมายของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมีความชัดเจนมากกว่าในประเทศไทยนั้น อาจเนื่องมาจากการที่หลายประเทศได้มีการกำหนดคำนิยามของสัญญาสัมปทานไว้ในกฎหมายภายในของตน เช่น บัลกาเรีย⁴ โรมาเนีย⁵ รัฐแม็กซิโก สหรัฐอเมริกา⁶

²Black's Law Dictionary, sixth edition, (USA : West Publishing Co., 1990), p.289, Clifford Walsh, The Dictionary of English Law, (London : Sweet & Maxwell Limited, 1959), p.441, Webster's Encyclopedia Unabridged Dictionary of the English Language, p.304.

³American Jurisprudence ได้ให้ความหมายของ Concession ว่ามีทั้งกิจกรรมเกี่ยวกับ Airport, Railroad เช่น เรื่องของ railroads จะเป็น grant of concessions at depot โดย railroad company มีสิทธิในการทำธุรกิจที่ railroad stations และบนรถไฟภายใต้ public policies and governmental regulation และยังสามารถที่จะให้สิทธิได้ นอกจากนั้น American Jurisprudence ยังมีการกล่าวถึง concessionaires ไว้ในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับขน (Carriers) ด้วย โดยในส่วนของการรับขนคนโดยสาร (Carriage of Persons) อาจจะมีผู้รับสัมปทาน (Concessionaires) เข้ามาดำเนินการขนส่งได้ ซึ่งผู้รับสัมปทานนี้หมายถึง บุคคลที่จ่ายเงินเพื่อให้ได้รับสิทธิพิเศษ (privilege) ในการทำธุรกิจเพื่อขนส่งคนโดยสารและการเดินทางเพื่อจุดมุ่งหมายในการทำธุรกิจเกี่ยวกับคนโดยสาร, ดู &739 Concessionaires : news and refreshment venders อ้างใน (14) American Jurisprudence Vol.14, p.177.

⁴ตามรัฐธรรมนูญของบัลกาเรีย ปี ค.ศ.1991 กำหนดว่าสัมปทานสามารถให้ได้สำหรับทรัพย์สินของรัฐและกิจการใด ๆ ที่รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือหรือมีอำนาจผูกขาดในการดำเนินการนั้นทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขและวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายสัมปทานในปี 1995 ซึ่งทรัพย์สินสาธารณะของรัฐ เช่น น้ำ ป่าไม้ อุทยานแห่งชาติ แร่ธาตุ แหล่งพลังงาน นิวเคลียร์ ทรัพยากรธรรมชาติที่อนุรักษ์ เป็นต้น หรือกิจการที่รัฐมีอำนาจผูกขาด เช่น การใช้พลังงาน นิวเคลียร์ โรงงานผลิตอาวุธ ระเบิด กัมมันตภาพรังสี เป็นต้น ซึ่งตามกฎหมายสัมปทานดังกล่าวได้กำหนดความหมายของสัมปทานไว้ว่าหมายถึงการให้สิทธิโดยเฉพาะเจาะจงในการใช้วัตถุ (ซึ่งมักเป็นทรัพย์สินสาธารณะ) และการได้รับอนุญาตให้ดำเนินการกิจการ municipality และกฎหมาย

ดังกล่าวยังได้กำหนดวิธีการให้สัมปทานไว้ว่าประกอบด้วยการตัดสินใจให้สัมปทานโดย Council of Ministers ตามที่รัฐมนตรีเสนอ การแข่งขันหรือประกวดราคาโดยรัฐมนตรีคนหนึ่งที่ได้แต่งตั้งจากการตัดสินใจดังกล่าว การ assignment ของผู้รับสัมปทาน และข้อสรุปของสัญญาสัมปทานกับผู้รับสัมปทาน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้รับสัมปทานอาจถูกกำหนดโดยไม่จำเป็นต้องผ่านการแข่งขันหรือประกวดราคาก็ได้ สัมปทานอาจมีระยะเวลาประมาณ 35 ปีขึ้นไป และอาจขยายต่อไปได้แต่ไม่เกินกว่า 50 ปี เมื่อสัญญาสิ้นอายุก็มีเงื่อนไขให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิพิเศษสำหรับการสรุปสัญญาสัมปทานใหม่ในกิจการเดียวกัน อ้างใน <<http://investbg.government.bg>>

⁵ความหมายของสัมปทานปรากฏใน The Law on Concession ว่าสัมปทานจะเกี่ยวข้องกับอะไรบ้าง เช่น ทรัพย์สินสาธารณะ กิจการหรือบริการสาธารณะ และการบริการในกิจการเกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะ ทางหลวง สะพาน ถนนที่ต้องเสียค่าผ่านทาง infrastructure of roads ทางรถไฟ ท่าเรือ civil airports การก่อสร้างสถานผลิตพลังงานจากน้ำ การให้บริการไปรษณีย์ การขนส่งและการกระจายเครือข่ายเพื่อการสื่อสารคมนาคม กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับกระแสน้ำจากธรรมชาติและกระแสน้ำที่สร้างขึ้น การจัดการเกี่ยวกับน้ำ อุทกศาสตร์ (hydrological) อุตุนิยมวิทยา (meteorological) ที่ดินที่เป็นทรัพย์สินสาธารณะ ชายหาด การขนส่งและการกระจายเครือข่ายเกี่ยวกับน้ำดื่ม การขุดเจาะเหมืองแร่ แหล่งพลังงานธรรมชาติ การให้บริการสาธารณสุข การให้บริการทางการแพทย์ กิจกรรมที่เกี่ยวกับอนุสาวรีย์และพื้นที่ทางประวัติศาสตร์ ตลอดจนกิจการหรือบริการอะไรก็ตามที่ไม่ได้ถูกห้ามภายใต้กฎหมายพิเศษ

⁶ตาม New Mexico State Park and Recreation Commission Regulations ใน Title 19 Natural Resources and Wildlife, Chapter 5 State Parks and Recreation, Part 1 General Provisions ข้อ 1.9.5.1.7 ได้มีการให้คำนิยามของ “Concession” ว่าหมายถึง กิจกรรมทางพาณิชย์ใด ๆ ที่ดำเนินการภายในสวนสาธารณะ หรือพื้นที่นันทนาการและหน่วยงานของรัฐมีการมอบอำนาจเป็นลายลักษณ์อักษร ส่วน “Concession Contract” หมายถึง สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐและบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลหรือกลุ่มที่สนับสนุนสวนสาธารณะซึ่งยอมให้ผู้รับสัมปทานให้บริการ ทำการค้า หรือที่พัก หรือสิ่งอำนวยความสะดวกภายในสวนสาธารณะของรัฐหรือพื้นที่นันทนาการ ผู้รับสัมปทานจะจับจองโครงสร้างถาวรหรือพื้นที่ภายในสวนสาธารณะของรัฐหรือพื้นที่นันทนาการ ขอบเขตของสัญญาสัมปทานจะไม่เกิน 30 ปีตาม Section 16-2-9 ของ NMSA 1978 อ้างใน <<http://www.nmcpr.state.nm.us>>

แคนาดา⁷ อังกฤษ⁸ เป็นต้น ในขณะที่ประเทศไทยไม่ปรากฏคำนิยามของสัญญาสัมปทานในกฎหมายใด นอกจากนั้น ในบางประเทศยังมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับกรณีที่ผู้ลงทุนเป็นชาวต่างชาติไว้ด้วย⁹

⁷ในประเทศแคนาดา เรียกสัญญาสัมปทานของรัฐว่า Government Concession Contracts และตาม Financial Administration Act 2004 ซึ่งเป็น Regulations ของประเทศแคนาดาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานของรัฐบาล ได้ให้คำนิยามของ concession contract ไว้ว่า หมายถึง สัญญาที่ทำโดยรัฐบาลหรือในนามของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในลักษณะเชิงพาณิชย์ในสถานที่หรือแทนที่รัฐบาลและเพื่อให้ได้ค่าภาคหลวงที่จะจ่ายให้กับรัฐบาล ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวกำหนดระยะเวลาของสัญญาไม่เกิน 5 ปี นอกจากนั้น ในสัญญาสัมปทานที่มีมูลค่าสูงจะต้องมีการให้ความเห็นชอบโดย Conseil du trésor ด้วย, ดู BBC News, “Public Private Partnerships and Private Finance Initiative”, <<http://news.bbc.co.uk/1/low/uk/1518523.stm>> , 14 August 2002.

⁸ความหมายของสัญญาสัมปทาน (Concession Contracts) กำหนดไว้ใน The Public Services Contract Regulations 1993 ใน Article 1 (a) ว่า สัมปทานงานบริการสาธารณะ (concession) หมายถึง สัญญาเพื่อประโยชน์ของ pecuniary ที่ได้จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างผู้รับเหมาก่อสร้างกับผู้มีอำนาจทำสัญญา, ดู <http://www.registry-trust.org.uk>

⁹มีข้อที่น่าสังเกตว่าสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมักเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน โดยเฉพาะการคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาทำสัญญาสัมปทาน และหากเป็นประเทศสังคมนิยมด้วยแล้วยิ่งค่อนข้างมีความชัดเจน โดยประเทศเหล่านั้นมักมีกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานที่ให้ความคุ้มครองกับผู้ลงทุนต่างชาติเป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศบัลกาเรีย ที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของชาวต่างชาติ โดยกำหนดว่าชาวต่างชาติหมายถึงนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในบัลกาเรีย หุ่นส่วนที่ไม่ได้นิติบุคคลและจดทะเบียนในต่างประเทศ บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติเป็นชาวต่างชาติและมีถิ่นที่อยู่ถาวรในต่างประเทศ และคนชาติบัลกาเรียซึ่งเป็นคนชาติในอีกประเทศหนึ่งด้วยควรที่จะเลือกที่จะมีสถานะเป็นชาวบัลกาเรียหรือสัญชาติต่างประเทศ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวบัลกาเรียจะคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติให้มีสิทธิดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในประเทศได้เช่นเดียวกับนักลงทุนชาวบัลกาเรีย เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น การให้ความคุ้มครองดังกล่าวนี้ครอบคลุมถึงกระบวนการในการให้เอกชนร่วมลงทุนด้วย

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า สัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศอาจมีใน 2 รูปแบบ คือ สัมปทานโดยกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นรูปของบทบัญญัติ (Legislation) หรือข้อบังคับ (Regulation)¹⁰ กับสัมปทานโดยสัญญา (Concession Contract)¹¹

2. ลักษณะพิเศษและสถานะของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงลักษณะพิเศษและสถานะของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเพื่อให้ทราบว่าสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมีลักษณะพิเศษที่ทำให้แตกต่างจากสัญญาประเภทอื่นหรือไม่ และสถานะของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเป็นอย่างไร

2.1 ลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทาน

ในต่างประเทศได้นำสัญญาสัมปทานมาเป็นเครื่องมือในการจัดทำกิจกรรมทางปกครองหรือให้บริการสาธารณะ รวมทั้งเครื่องมือในการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าสัญญาสัมปทานมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากสัญญาประเภทอื่นดังนี้

1) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ

ลักษณะดังกล่าวเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของสัญญาสัมปทาน เพราะลักษณะ

¹⁰ เช่น ประเทศแคนาดา ตาม Financial Administration Act 2004

¹¹ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส สัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะต้องเป็นบริการสาธารณะที่รัฐมอบหมายให้ผู้อื่น ต้องมีความผูกพันในรูปของสัญญา และทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะมีสิทธิและหน้าที่สัญญาสัมปทานเป็นวิธีการหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง โดยการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในกรณีนี้จึงเป็นนิติสัมพันธ์บนฐานของสัญญา แต่ไม่ได้หมายความว่าไปถึงขนาดที่ว่า นิติสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองที่ตั้งอยู่บนฐานของสัญญานั้น จะต้องบังคับตามหลักกว่าด้วยเรื่องของสัญญาตามกฎหมายแพ่งไปเสียทั้งหมด ซึ่งแม้ฝ่ายปกครองจะเลือกรูปแบบสัญญาเป็นวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ, ดูนันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.450-455 และโกคิน พลกุล, “คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”, เอกสารนำเสนอในการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544.

สำคัญของสัญญาสัมปทาน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐที่มีทั้งสิทธิและอำนาจหน้าที่ที่จะให้สัมปทานได้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) สัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องมีฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง

จากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นรัฐนี้เอง ทำให้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า คำว่า "รัฐ" มีความหมายแคไหน เพียงไร ซึ่งมีการให้ความเห็นว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ย่อมหมายถึง รัฐ (State) และองค์กรของรัฐ (Organ of State)¹² นอกจากนั้น ยังรวมถึงวิสาหกิจของรัฐที่ก่อตั้งโดยกฎหมายและวิสาหกิจมหาชน¹³

องค์ประกอบอย่างหนึ่งของสัญญาสัมปทานคือจะต้องมีการทำสัญญาที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาที่ต้องการก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ซึ่งสัญญาสัมปทานจะมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่สามารถมอบบริการสาธารณะให้ผู้อื่นไปจัดทำได้จะต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ องค์กรปกครองท้องถิ่น หรือองค์การมหาชน ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะเป็นเอกชนหรือนิติบุคคลมหาชนก็ได้

ในเรื่องนี้หากนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างกันบางอย่างตรงที่ว่าในประเทศไทย สัญญาสัมปทานจะเป็นสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชนเท่านั้น จะไม่มีการทำสัญญาสัมปทานระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับนิติบุคคลมหาชน หรือสัญญาสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานของรัฐ โดยหากนิติบุคคลมหาชนหรือหน่วยงานของรัฐใดได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะแล้วจะไม่ได้ดำเนินการในรูปแบบของสัญญา แต่จะเป็นรูปแบบของนิติกรรมฝ่ายเดียว คือ มีกฎหมายก่อตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งในรูปของพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกา รวมทั้งการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹²Jean-Flavien Lalive, "Contrats entre Etats ou Entreprises Etatiques et Personnes Privé Développement Récent," : 28-29, อ้างในมงคล กัลยเกตุ, "สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ (State Contract) ในกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีศึกษาสัญญาสำรวจและแสวงประโยชน์จากปิโตรเลียมในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น.26.

¹³Philippe Leboulanger, Les Contrats entre Etats et Entreprises (Paris : Economica, 1985) pp.36-37, อ้างในมงคล กัลยเกตุ, เพิ่งอ้าง, น.27.

2) เป็นสัญญาที่มีลักษณะในทางกฎหมายร่วมกันระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

จากการที่สัญญาสัมปทานประกอบด้วยสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐและผู้รับสัมปทาน โดยมีลักษณะที่สำคัญ คือ มีการให้สิทธิพิเศษโดยเฉพาะเจาะจงแก่ผู้รับสัมปทาน จึงทำให้สัญญา มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน¹⁴ ดังปรากฏให้เห็นในคดีต่าง ๆ เช่น คดี Lighthouses case between France and Greece¹⁵, คดี Affaire de la Compagnie d'Electricité de Varsovie (Fond) (Principe) (France v. Poland)¹⁶, คดี Société Riale – c. Gouvernement Ethiopia (1929)¹⁷, คดี Letco V. The Government of the Republic of Liberia¹⁸ เป็นต้น

¹⁴ Kaeckenbeek, “The Protection of Vested Rights in International Law”, British Yearbook of International Law 17 (1936) : 11, Kenneth S. Carlston, “Concession Agreements and Nationalization”, American Journal of International Law 52 (April 1958) : 260.

¹⁵ Judgment of March 17, 1934, PCIJ. Publ. Ser. A/B., No.62, 20 ศาลกล่าวว่า “สัญญาซึ่งอนุมัติให้สิทธิเกี่ยวกับสัมปทานการดำเนินงานทางสาธารณูปโภคของรัฐจะไม่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายเอกชน” และศาลยังกล่าวด้วยว่า “เป็นไปไม่ได้ที่จะอนุมัติสัมปทานดังกล่าวโดยวิธีทางของสัญญาเท่านั้น” อ้างใน Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors, (New York : Columbia University Press, 1962), p. 205.

¹⁶ คดีนี้ศาลกล่าวว่า สัญญาสัมปทานมีลักษณะสองประการร่วมกัน คือ สัญญาจะ เกี่ยวเนื่องกับกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกับกฎหมายเอกชน, ใน 3 UNRIAA 1679, 1687, อ้างโดย Fatouros, *Ibid*, p. 205.

¹⁷ อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยคดีนี้ไว้ดังนี้ คือ “สัญญาสัมปทานไม่ได้ประกอบขึ้นจากกฎหมายเอกชนเกี่ยวกับสัญญาเท่านั้น โดยเนื่องจากลักษณะของสัญญานั้นเป็นการเสนอในหลักกฎหมายมหาชนด้วย” อ้างโดย Fatouros, *supra note* 15, p. 205.

¹⁸ คดีนี้อนุญาโตตุลาการได้ให้ความเห็นว่า “ภายใต้สัมปทาน บริษัท Letco มีสิทธิโดย เฉพาะเจาะจงที่จะเก็บเกี่ยวขนส่งและทำการค้า แต่ทั้งนี้เป็นการให้สิทธิโดยเฉพาะเจาะจงภายใน พื้นที่ที่จะได้ระบุไว้โดยชัดแจ้ง และผู้รับสัมปทานได้รับสิทธิพิเศษแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นในพื้นที่ ระบุไว้”, ดู International Centre for Settlement of Investment Dispute Arbitral Tribunal Award in Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) V. The Government of the

3) กิจการที่ให้สัมปทานต้องเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐเท่านั้นสามารถกระทำได้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ถือว่าการให้สัมปทานเป็นการให้เอกชนทำแทน ซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งในการดำเนินบริการสาธารณะโดยทางอ้อม ผู้ที่สามารถมอบบริการสาธารณะให้ผู้อื่นไปจัดทำ จะต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน และบริการสาธารณะที่มอบให้ผู้อื่นไปจัดทำ ผู้รับมอบ จะต้องจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เดียวกับที่ฝ่ายปกครองจัดทำและต้องจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้น การที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนกระทำกิจการทางปกครองแทนฝ่ายปกครองเป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งหมายความว่า การที่ฝ่ายปกครองจะมอบหมายให้เอกชนกระทำกิจการแทนฝ่ายปกครอง จะต้องมีความหมายบัญญัติให้อำนาจหรือได้มีการมอบหมายให้ทำสัญญาทางปกครองได้

4) เป็นสัญญาที่มักมีข้อความให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองค่อนข้างมาก

สัญญาสัมปทานมักมีข้อสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง โดยเป็นข้อสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก และมักมีการกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐ ซึ่งการให้สิทธิของรัฐตามสัญญาไม่เพียงแต่จะถือเป็นหน้าที่ในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น แต่ยังถือเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ข้อกำหนดหน้าที่เช่นนี้มีฐานะเช่นเดียวกับข้อกำหนดอื่น ๆ ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องปฏิบัติตาม¹⁹

เช่น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่า ไม่ว่าสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชนโดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงอาจเข้าแทรกแซงกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องเพิ่มบริการจากที่กำหนดไว้ได้ โดยอาศัยอำนาจไม่เพียงตามข้อสัญญาเท่านั้น แต่โดยอำนาจมหาชนที่เป็นของฝ่ายปกครองตามกฎหมายมหาชนได้ เพื่อให้สนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นหลักของสัญญาทางปกครองในความเปลี่ยนแปลงได้ของข้อ

Republic of Liberia (Recovery of Damages for Breach of a Concession Agreement) March 31, 1986., International Legal Materials 26 (1987) : 647-679 at 659.

¹⁹Kojanec, "Recent Developments in the Law of States", Yearbook of World Affairs (1970): 186 Kuusi, อ้างใน The Host State and Transnational Corporation. (Kettering Northamptonshire, David Green Ltd., 1979), p.87.

สัญญาบริการสาธารณะ แม้จะไม่มีกำหนดให้มีอำนาจเช่นนี้ไว้ในสัญญาก็ตาม²⁰ ทั้งนี้ อำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวจะต้องมีสาเหตุมาจากการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้อง กับความต้องการของส่วนรวม ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตามอำเภอใจไม่ได้²¹ ในขณะเดียวกันฝ่าย ปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษที่เอกชนคู่สัญญาในกฎหมายแพ่งไม่มีเป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญา ของฝ่ายปกครอง โดยหากฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่าย เดียวแล้วทำให้ฐานะทางการเงินในสัญญาของผู้รับสัมปทานเสียไป หรือทำให้เอกชนคู่สัญญามี ภาระหน้าที่ตามสัญญาเพิ่มขึ้นแล้ว เอกชนผู้รับสัมปทานสามารถร้องขอให้ศาลตัดสินว่าการ เปลี่ยนแปลงข้อสัญญาฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อกวนใหม่ให้เอกชนนั้น ทำให้เอกชน เสียหายเพื่อขอให้ผู้ให้สัมปทานชดเชยค่าเสียหายให้ได้ และเมื่อฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ของตน แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยค่าทดแทนเท่ากับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้ให้แก่เอกชนคู่สัญญา เป็นการแลกเปลี่ยนตอบแทน และในกรณีเกิดเหตุการณ์ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้อัน กระทบถึงการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรงและเป็นเหตุอันไม่ปกติ และเป็นเหตุที่นอกเหนือ เจตนาของคู่กรณีแห่งสัญญา รวมทั้งต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตาม สัญญา เอกชนคู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ แต่จะได้รับความเสียหายที่ เกิดขึ้น ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ กรณีดังกล่าวจึงทำให้ แม้สัญญาจะไม่ได้ระบุไว้ ศาลก็สามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับคู่สัญญาเอกชนได้ทันที เมื่อศาลยอมรับว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลก็จะนำหลักเกณฑ์พิเศษที่ใช้บังคับกับสัญญาและ ผลของสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชนในการแก้ไขและเลิกสัญญาฝ่ายเดียว และดำเนินการบังคับให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา

ในขณะที่ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษนั้น หลักการพื้นฐานของสัญญาทาง ปกครองจะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง แต่ก็มีกีดกันนำหลักเกณฑ์พิเศษบางประการมาระบุไว้ใน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของฝ่ายปกครองและระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลาง

²⁰ โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย”, เอกสารประกอบการสัมมนา และการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเรื่อง “สัญญาทางปกครอง : การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่าง ประเทศเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองและบทบาทของศาล”, วันพุธที่ 12 มีนาคม 2546.

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 5 น.99 (2529).

ตลอดจนข้อตกลงมาตรฐานซึ่งเป็นเหมือนกับสัญญาสำเร็จรูปที่ทำกับเอกชน²² แต่การยอมรับถึงข้อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว ก็ไม่ได้เป็นการยอมรับว่าฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญามีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญาในลักษณะที่เป็นอำนาจที่มีอยู่โดยสภาพหรือตามธรรมชาติ กล่าวคือ ในระบบสหรัฐอเมริกาและอังกฤษจะต้องมีการระบุหลักเกณฑ์พิเศษไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญา มิฉะนั้น ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้หลักการเรื่องสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม การยอมรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องเป็นกรณีที่มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการต่าง ๆ ไว้ในสัญญาเท่านั้น หากมิได้มีการบัญญัติให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครองไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจที่จะยกเอกสิทธิ์พิเศษใด ๆ ขึ้นมากล่าวอ้างได้²³

5) เป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบในทางมหาชน ที่เกิดขึ้นจากการให้สิทธิของรัฐและเป็นข้อผูกมัดให้รัฐต้องปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาอันยาวนาน ซึ่งระยะเวลาของสัญญาสัมปทานนี้โดยทั่วไปจะรวมถึงระยะเวลาในการก่อสร้าง การดำเนินการ การบำรุงรักษา จนกระทั่งโอนคืนให้กับผู้ให้สัมปทาน

6) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องจ่ายเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทาน

ผลประโยชน์ตอบแทนที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทานจะได้รับในสัญญาสัมปทาน แตกต่างจากสัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ โดยหากเป็นสัญญาจ้างแล้ว ผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนได้รับจะมาจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐผู้ว่าจ้าง ในขณะที่สัญญาสัมปทาน ผลประโยชน์ตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทานจะมาจากการจัดเก็บจากประชาชนผู้ใช้บริการ

²² ฤทัย หงส์ศิริ, “การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 18, ตอนที่ 1, น.56 (เมษายน 2542).

²³ ขวลิต เสวตสุต, “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์: ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.24.

7) เป็นสัญญาเสี่ยงภัยประเภทหนึ่ง

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาเสี่ยงภัยประเภทหนึ่ง โดยผู้รับสัมปทานดำเนินการบริการด้วยการเสี่ยงภัยเอาเอง ผู้รับสัมปทานไม่แน่ว่าจะได้กำไรเสมอไป อีกทั้งยังอาจถูกปรับจากฝ่ายปกครองด้วยถ้าดำเนินการผิดพลาด อย่างไรก็ตาม ผู้รับสัมปทานอาจได้รับการช่วยเหลือจากฝ่ายปกครอง

8) เป็นสัญญาที่มีลักษณะผูกขาด

โดยรัฐเป็นผู้ให้สัมปทานแก่เอกชน ส่วนเอกชนผู้ได้รับสัมปทานก็เป็นผู้มีสิทธิผูกขาดแต่ผู้เดียว ซึ่งการผูกขาดนี้มีลักษณะผูกขาดตามพื้นที่ ที่เห็นได้ชัดเจนคือสัญญาสัมปทานการทำเหมืองแร่ หรือหากผู้ให้สัมปทานตกลงให้ผู้รับสัมปทานได้รับเอกสิทธิเฉพาะในการจัดทำบริการสาธารณะเรื่องนั้น ๆ แต่เพียงผู้เดียวแล้ว ถ้าผู้ให้สัมปทานไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยให้ผู้อื่นแข่งขันด้วยแล้ว ผู้ให้สัมปทานก็ต้องรับผิดชอบ²⁴

นอกจากเอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้มีสิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว เอกชนยังมีเอกสิทธิต่อสาธารณสมบัติของแผ่นดินและเอกสิทธิต่อทรัพย์สินของเอกชนด้วย กล่าวคือ เอกชนมีสิทธิเข้าไปครอบครองหรือมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเพื่อจัดทำบริการสาธารณะตามสัมปทานนั้น ๆ และยังมีสิทธิได้รับอำนาจจะเข้าไปเวนคืนที่ดินของเอกชนเพื่อจะเอามาจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งอำนาจในการสร้างภาระจำยอม เช่น การวางสายวางท่อ แต่อำนาจนี้ต้องเกิดขึ้นโดยกฎหมายเท่านั้น

9) เป็นสัญญาการลงทุนในลักษณะหนึ่งที่แตกต่างกันไปจากสัญญาการลงทุนโดยทั่วไป ซึ่งระยะเวลาที่ยาวนานนี้ก็เพื่อให้เอกชนผู้ลงทุนได้รับผลประโยชน์ตอบแทนที่คุ้มค่า ดังปรากฏตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในคดี Texaco/Calasiatic v. Libya²⁵ หรือในคดี Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company เป็นต้น²⁶

²⁴ C.E.13 janv 1933, Mironneau : D.1933 ; Lebon, p.50, อ้างใน สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.91.

²⁵ โดยอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ลักษณะของสัญญาสัมปทานถือเป็นสัญญาเกี่ยวกับการพัฒนาเศรษฐกิจ โดยสัญญาดังกล่าวระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีความจำเป็นที่จะเรียกร้องให้มีความมั่นคงในสัญญา, ดูคดี Texaco Overseas Petroleum Company/ California Asiatic Oil Company v. The Libyan Arab Republic 18 (1978), pp.16-18.

2.2 สถานะของความเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

โดยที่สัญญาสัมปทานมักเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน สัญญาสัมปทานจึงมีความสัมพันธ์กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่เป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ที่มีลักษณะเป็นการให้อนุญาตจากรัฐหรือเป็นการที่รัฐมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐโดยทำในรูปของสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน ซึ่งมีลักษณะในทางกฎหมายร่วมกันระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนตามที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยลักษณะของกฎหมายเอกชน คือ สัญญาจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่จะกระทำตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญา ส่วนลักษณะของกฎหมายมหาชน คือ ในฐานะที่รัฐเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและทรัพยากรธรรมชาติ รัฐจึงเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ แต่ผู้รับสัมปทานย่อมได้กรรมสิทธิ์เมื่อเข้าถือเอาซึ่งทรัพยากรธรรมชาตินั้นตามสัญญา หรือในฐานะที่รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ แต่รัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ โดยรัฐอาจใช้อำนาจตามกฎหมายต่อผู้รับสัมปทานแม้จะมีได้กำหนดไว้ในเงื่อนไขสัญญา นอกจากนี้ ผู้รับสัมปทานอาจได้รับอำนาจหรือสิทธิพิเศษจากรัฐ เช่น อำนาจในการใช้ที่ดิน การได้รับประโยชน์จากการเวนคืนที่ดิน การได้รับความสะดวกต่าง ๆ ที่รัฐจะดำเนินการให้เพื่อช่วยเหลือในการประกอบกิจการ หรือการได้รับยกเว้นจากการเรียกเก็บภาษีอากรต่าง ๆ เป็นต้น ทั้งนี้ กรณีของสัมปทานบริการสาธารณะกับสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะมีความแตกต่างกัน โดย

²⁶ คดีนี้อนุญาตตุลาการเห็นว่า สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติเป็นสัญญาที่แตกต่างไปจากสัญญาทางการพาณิชย์โดยทั่วไป เนื่องจากเป็นสัญญาที่กระทำระหว่างบริษัทแห่งชาติหรือบริษัทซึ่งมีสถานภาพเป็นบริษัทของรัฐกับบริษัทเอกชนต่างชาติ ซึ่งมีสถานภาพเป็นเอกชนต่างชาติ และวัตถุประสงค์ก็มีใช้การดำเนินการทางพาณิชย์โดยทั่วไป แต่เป็นการอนุมัติให้สัมปทานในการขุดเจาะสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติในรัฐเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติจะรวมถึงข้อผูกมัดในการลงทุนและการก่อสร้างโรงงาน อันถาวร สัญญานี้กำหนดสิทธิซึ่งมิได้เป็นเพียงแต่สิทธิในทางสัญญา แต่ยังเป็นการอนุมัติสัมปทานให้แก่บริษัทในการที่จะเป็นเจ้าของและมีอำนาจเหนือดินแดนของรัฐตามระยะเวลาในการสัมปทาน, ดู *Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company* อ้างใน Jean-Florien Lalive, “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 (1964): 1011.

กฎหมายฝรั่งเศสไม่ถือว่าสัมปทานให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะในตัวของมันเอง (Sui Generis) ซึ่งใช้กฎหมายธรรมดาไม่ใช่กฎหมายปกครองบังคับ²⁷

อย่างไรก็ดี สำหรับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศนั้น ไม่ได้มีเพียงสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น ยังมีสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับนิติบุคคลมหาชนด้วย แต่หากเป็นสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนแล้ว ส่วนใหญ่มักเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ²⁸ เช่น RWE Dea ซึ่งเป็นบริษัทเยอรมันเข้าทำสัญญากับกระทรวงปิโตรเลียมเพื่อสำรวจและผลิตแก๊สและน้ำมันในประเทศอียิปต์ เป็นต้น และจะใช้ชื่อว่า “Concession Contract” ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า Concession Contract ในต่างประเทศนั้นจะเป็นสัญญาที่แยกออกไปต่างหากโดยไม่ได้จัดอยู่ในประเภทเดียวกับ State Contract

²⁷ Henry Cattani, *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, Paker School of Foreign and Comparative Law, New York : Oceana Publications Inc., 1967, pp.72-86 อ้างใน ไชยวัฒน์ นูนาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน” *วารสารสหภาพนายความ*, ฉบับที่ 24 5 น. 47 (ตุลาคม – พฤศจิกายน 2539).

²⁸ สำหรับประเด็นของผู้ลงทุนต่างชาติหรือเอกชนต่างชาตินั้น มีประเด็นให้ต้องพิจารณาด้วยว่าหมายถึงอะไร ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นไว้หลากหลายดังนี้

- เอกชนต่างชาติหมายถึง เอกชนที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายภายในของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นบริษัทต่างประเทศ, ดู Jean-Lalivie, *supra note 26* : 29-30, อ้างใน มงคล กัลยเกตุ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.29.

- เอกชนต่างชาติ หมายถึง เอกชนที่ไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันกับรัฐอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นคู่สัญญา, อ้างในพรณี วาณิชสรรพ, “ความรับผิดชอบในสัญญาระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไทยกับบริษัทเอกชนต่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), น.40.

- เอกชนต่างชาติ หมายถึง บุคคลทางกฎหมายใด ๆ ที่มีสัญชาติของอีกรัฐหนึ่ง นอกเหนือไปจากสัญชาติของรัฐที่เป็นคู่สัญญาในข้อพิพาท และบุคคลทางกฎหมายใด ๆ ที่ถึงแม้ว่าจะมีสัญชาติเดียวกันกับรัฐที่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่มีการควบคุมโดยต่างประเทศ และมีการตกลงกันว่าจะถือปฏิบัติต่อบุคคลทางกฎหมายนี้, อ้างในข้อ 25(2) (b) ของอนุสัญญา ICSID

2.3 สถานะของความเป็นสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาพบว่า ในต่างประเทศเห็นว่าสัญญาสัมปทานมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ข้อความคิด โครงสร้าง ความหมาย และรูปแบบของสัญญานั้นมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง โดยสัญญาทางปกครองในระบบซีวิลลอว์ โดยเฉพาะประเทศแม่แบบของสัญญาทางปกครองในประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งได้แก่ ฝรั่งเศสและเยอรมัน นั้น ต่างมีข้อความคิด ทฤษฎี และแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกันซึ่งเหตุผลส่วนหนึ่งอาจมาจากประวัติศาสตร์ วิวัฒนาการ และเหตุผลของการออกแบบระบบกฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ²⁹ แต่ก็มีหลักการประการสำคัญที่เหมือนกันประการหนึ่ง คือ การมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าของรัฐในการนำสัญญามาเป็นเครื่องมือในการทำความตกลงกับเอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญาของรัฐ โดยประเทศฝรั่งเศสกับเยอรมันนั้นมีความแตกต่างกันดังนี้

1) ในเรื่องของข้อความคิด

ข้อความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีเนื้อหาที่ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ในระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีข้อความคิดว่า สัญญาทางปกครองหมายถึงสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยเห็นว่าเมื่อเป็นเรื่องของสัญญา คู่สัญญาต้องเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่น่าจะเกิดอันตรายร้ายแรงต่อสาธารณะ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 ซึ่งเป็นกฎหมายเยอรมันที่วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองในการที่จะบอกเลิกสัญญาได้ โดยต้องเป็นการใช้กรณีจำเป็นและเป็นมาตรการสุดท้ายในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นบทยกเว้นหลักความเท่าเทียมกันโดยผลของกฎหมาย³⁰

²⁹เช่น ระบบกฎหมายเยอรมัน เน้นความเท่าเทียมกันของสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ ก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริง ๆ เท่านั้น ในขณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศส ถือว่าไม่ว่าสัญญาจะเป็นเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างเหนือเอกชนโดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ อ้างใน ขวลิขิต เสวตสุด, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.3,8.

³⁰ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29 ฉบับที่ 2 น.276 (มิถุนายน 2542) และ ขวลิขิต เสวตสุด, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23, น.8.

ประเทศเยอรมัน ได้วางหลักของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองให้พิจารณาถึงเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา หากเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นมีข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาตามหลักของกฎหมายปกครอง หรือมีมูลเหตุแห่งหนี้ที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาหรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญาที่มีลักษณะเป็นไปตามกฎหมายปกครองแล้วก็ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนฐานะของคู่สัญญามีใช้สาระสำคัญในการแสดงถึงลักษณะความแตกต่างของสัญญาตามกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง สัญญาระหว่างรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง อาจเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายเอกชน ในทางกลับกัน สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันอาจเป็นสัญญาทางปกครองก็ได้ ถ้าพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระตามกฎหมายมหาชน แต่จะต้องมีกฎหมายพิเศษบัญญัติให้โอกาสเอกชนสามารถดำเนินการดังกล่าวได้ อย่างไรก็ดี สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันนี้ ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน เนื่องจากกฎหมายนี้ใช้บังคับกับกรณีที่เป็นกรดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายปกครองเท่านั้น³¹

สำหรับสัญญาสัมปทาน แนวความคิดของประเทศเยอรมันในสมัยก่อนเคยมองว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว โดยถือว่าสัญญาให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อดำเนินบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ อันเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม ถ้าการบริการสาธารณะต้องติดขัดหรือมีปัญหาขึ้น ส่วนรวมก็จะเดือดร้อน ทำให้การบริการสาธารณะไม่อาจจะปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ได้ เพราะการแก้ไขข้อกำหนดในสัญญาต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองมิอาจกระทำได้โดยลำพัง ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาด้วย

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น มีการแยกสัญญาของฝ่ายปกครองออกเป็นสองประเภท โดยถือหลักว่าสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เป็นสัญญาทาง

³¹ ชาญชัย แสงวงศ์ดี และ มานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), น.111-115, มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), น. 6.

ปกครอง³² แต่สัญญาบางประเภทก็มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นสัญญาทางปกครอง³³ หรือกำหนดว่าสัญญานั้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง³⁴ สำหรับสัญญาสัมปทานนั้นเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญา โดยมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง แต่ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งแม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง แต่โดยที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการมอบให้คู่สัญญาของฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วนจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ โดยบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการเพื่อสนองความต้องการของประชาชนเพียงอย่างเดียว ในขณะที่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมมีวัตถุประสงค์แห่งบริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน

2) ในเรื่องของแนวทางปฏิบัติ

เรื่องการบอกเลิกสัญญา สัญญาสัมปทานในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายปกครองอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยอ้างเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติในด้านสังคมและเศรษฐกิจได้ ในขณะที่สัญญาทางแพ่งจะไม่มีกรอบรับให้อ้างอิงถึงประโยชน์สาธารณะเพื่อการบอกเลิกสัญญาได้ นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ฝ่ายเดียวด้วยถ้ามีความจำเป็นเพื่อบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะ³⁵

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, น.83.

³³ เช่น สัญญาการโยธาสาธารณะ (marche de travaux publics) ซึ่งฝ่ายปกครองว่าจ้างเอกชนให้ดำเนินการก่อสร้างสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ เป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของรัฐบาลบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviöse an VIII อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว, น.78.

³⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส”, ใน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “โครงการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรสัญญาทางปกครอง” ณ ห้องประชุมใหญ่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 28 กันยายน 2531, น.31-32.

³⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, น.75.

ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน นิติสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยสัญญาตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย

สำหรับในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและในระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นกฎหมายระบบคอมมอนลอว์นั้น ต่างมีระเบียบวิธีปฏิบัติในการทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาของหน่วยงานของรัฐ³⁶ รวมทั้งการที่ศาลได้วินิจฉัยวางหลักการในหลายเรื่องเกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาที่เกี่ยวข้องด้วยบริการสาธารณะ ตลอดจนการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายบางฉบับขึ้นเพื่อคุ้มครองเอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญากับรัฐ³⁷ โดยในระบบสหรัฐอเมริกาและอังกฤษนั้น จะต้องมีการระบุเป็นหลักเกณฑ์ไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญา มิฉะนั้นฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้หลักการเรื่องสัญญาทางปกครองได้ กรณีดังกล่าวแสดงถึงหลัก *pacta sunt servanda* อันถือว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ให้ความยินยอมตามหลักเกณฑ์พิเศษที่กำหนดให้รัฐมีสิทธิเหนือกว่าในสัญญาที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ตนได้ให้คำมั่นสัญญาไว้ เป็นการนำหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาซึ่งเป็นแนวความคิดพื้นฐานของกฎหมายแพ่งในหลักกฎหมายสัญญามาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นหลักกฎหมายมหาชน³⁸

จากที่กล่าวมาข้างต้นทำให้เห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครองอันเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ซึ่งนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาเอกชนรวมอยู่ด้วย ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานจึงถือว่ามี 2 ส่วน คือ ส่วนหนึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่รัฐใช้อำนาจ อีกส่วนหนึ่งเป็นสัญญาที่ตกลงกันระหว่างรัฐกับเอกชน โดยส่วนที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวคือส่วนที่เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น เป็นการที่กฎหมายให้ประกันว่าประชาชน

³⁶ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ดังนั้น ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่มีการแบ่งแยกว่าคดีใดเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครอง และศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีจึงมีศาลยุติธรรม หรือที่เรียกว่า “ระบบศาลเดี่ยว”

³⁷ชวลิต เสวตสุต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.9.

³⁸ชวลิต เสวตสุต, เพิ่งอ้าง, น.219.

จะได้รับบริการสาธารณะอย่างทั่วถึงอย่างมีประสิทธิภาพ อีกส่วนหนึ่งเป็นสัญญาที่ตกลงกันกับเอกชน³⁹

จากการที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองนี้เองจึงทำให้คู่สัญญาจะต้องเคารพหลักพื้นฐานของบริการสาธารณะ 4 ประการ คือ⁴⁰

1. หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ซึ่งเอกชนคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองดำเนินบริการสาธารณะอย่างต่อเนื่อง โดยฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนอันเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ นอกจากนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนคู่สัญญาจะอ้างสิทธิไม่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นการตอบโต้การผิดสัญญาตามหลักทั่วไปว่าด้วยสัญญาต่างตอบแทนไม่ได้ เพราะจะทำให้บริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง เอกชนจะต้องปฏิบัติตามสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองเท่านั้น

2. หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอของบริการสาธารณะ ซึ่งเอกชนคู่สัญญาต้องพัฒนาบริการสาธารณะให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงและความต้องการของประชาชนส่วนรวม

3. หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะ ซึ่งเอกชนคู่สัญญาทุกฝ่ายเสมอภาคกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ

4. หลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ อันเป็นผลมาจากการที่ฝ่ายปกครองจะเลือกปฏิบัติไม่ได้

2.4 สถานะของความเป็นสัญญาระหว่างประเทศ

สัญญาสัมปทานที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติมีสถานะเป็นสัญญาระหว่างประเทศ และตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ (International Responsibility) จะเกิดขึ้นต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการเกี่ยวกับสัญญาที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

³⁹ จิรนิติ หรววนนท์, “คำบรรยายกฎหมายปกครอง”, หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 55 ปีการศึกษา 2545, เล่มที่ 6, น.108 (กรกฎาคม 2545).

⁴⁰ Philippe Touquet de Beauregard, ที่ปรึกษาสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส, การบรรยายพิเศษในหัวข้อ “การมอบอำนาจให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐ เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและการควบคุมสัญญาจัดซื้อ จัดจ้าง และสัมปทานบริการสาธารณะ”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 18, ตอนที่ 1, น.34 (เมษายน 2542), บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น.96-97.

(International Delict) เช่น การปฏิเสธต่อความยุติธรรม ซึ่งความรับผิดชอบเหล่านี้ไม่ได้เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่เกิดจากการกระทำละเมิดของรัฐที่มีคนต่างชาติ

3. ความเป็นมาและพัฒนาการของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

สัญญาสัมปทานเกิดขึ้นจากการที่รัฐยังไม่มีความพร้อมในการประกอบกิจการบางอย่างด้วยตนเองและต้องการความรู้และเทคโนโลยีใหม่ ๆ จากต่างประเทศเพื่อมาพัฒนาประเทศของตนให้เจริญก้าวหน้า รวมทั้งความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ รัฐจึงส่งเสริมให้มีการลงทุนจากต่างประเทศด้วยการให้สัมปทานแก่ผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อให้เข้ามาลงทุนในประเทศ ซึ่งการให้สัมปทานกับเอกชนดังกล่าวมักจะกระทำในรูปของสัญญา ที่มองว่าน่าจะได้ผลดีกว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวสั่งการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ เนื่องจากสัญญาจะเป็นเครื่องหมายแห่งความร่วมมือโดยสมัครใจของทุกฝ่าย เป็นผลให้งานบรรลุเป้าหมายดีกว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง

ความเป็นมาของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศส่วนใหญ่มักมีที่มาจากการที่รัฐบาลไม่มีทุนในการลงทุนและใช้จ่ายในกิจการบริการสาธารณะ จึงต้องการเงินลงทุนจากเอกชนเพื่อนำมาพัฒนาประเทศ เช่น ในประเทศฮังการี⁴¹ นอกจากนั้น ยังมาจากการที่ฝ่ายปกครองไม่มีความสามารถในเรื่องเกี่ยวกับกิจการทางด้านอุตสาหกรรมและการค้าอย่างเพียงพอ จึงจำเป็นต้องพึ่งเอกชน

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในต่างประเทศมีจุดเริ่มต้นมาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 13 โดย Crown และได้มีวิวัฒนาการมาจนถึงปัจจุบันโดยเป็นการให้เอกสิทธิ์โดยรัฐบาลกับบุคคลอื่นเพื่อทำการก่อสร้างทางรถไฟ จัดตั้งบริษัทที่ดิน ดำเนินการเหมืองแร่ หรือดำเนินการใด ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้มีการให้สัมปทานจัดหาน้ำดื่มให้กับเมืองในกรุงปารีส หรือสัมปทานที่เป็นการให้สัมปทานโดยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ในการจัดหา

⁴¹ ในช่วงปี ค.ศ. 1990 รัฐบาลฮังการีไม่มีเงินเพียงพอที่จะนำมาพัฒนาทางด่วน (motorway) การลงทุนในช่วงนั้น 20% ของเงินลงทุนจึงมาจากเอกชน และอีก 80% มาจากเงินกู้ ในที่สุดจึงทำให้มีการจัดทำเป็นสัญญาสัมปทาน (concession contract) ขึ้น โดยสัญญาสัมปทานมีการลงนามในปี ค.ศ. 1993 เพื่อสร้างสะพานข้ามแม่น้ำดานูบและเชื่อมต่อกับทางด่วน (expressway) ต่อมารัฐบาลมีการออกเอกสารประกวดราคาระหว่างประเทศ (international tender) เพื่อคัดเลือกผู้รับสัมปทาน,ดู <<http://www1.oecd.org>>

credit line สำหรับการก่อสร้างคลอง Du Mini จนมาถึงคริสต์ศตวรรษที่ 19 ก็ได้มีโครงการขุดคลองสุเอซและสร้างรถไฟข้ามไซบีเรีย โดยให้บริษัทเอกชนเป็นผู้ลงทุนเองทั้งหมดภายใต้สัญญาสัมปทาน แต่ต่อมาจากความเสี่ยงทางการเมืองจึงทำให้สัมปทานในลักษณะเช่นว่านั้นไม่ปรากฏในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยเฉพาะในประเทศในโลกที่สาม โดยเปลี่ยนแปลงมาเป็นการให้จัดตั้งหน่วยงานของรัฐขึ้นเพื่อให้ดำเนินการโครงการดังกล่าวเอง จนกระทั่งหลังปี ค.ศ.1945 รัฐบาลได้แสดงถึงการเพิ่มขึ้นของการก่อสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานต่าง ๆ ที่ได้รับความเสียหาย มีโครงการหลายโครงการที่ถูกรัฐโอนกิจการมาเป็นของรัฐ แต่นักลงทุนต่างชาติก็ยังคงพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการเปิดตลาดในต่างประเทศเพื่อหากำไรมากกว่าการลงทุนในประเทศของตัวเอง จึงทำให้สัญญาสัมปทานในงานก่อสร้างและดำเนินการทางหลวงเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากนับตั้งแต่ปี ค.ศ.1970 เป็นต้นมา โดยเฉพาะในช่วงระหว่างปี ค.ศ.1970 -1980 มีบริษัทต่างชาติจำนวนมากและประเทศกำลังพัฒนาเริ่มต้นทำการสำรวจความเป็นไปได้ในการส่งเสริมการดำเนินโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานภายใต้สัญญาสัมปทาน ขอบเขตของคำว่า BOT ได้เกิดขึ้นในช่วงต้นของปี ค.ศ.1980 โดยนายกรัฐมนตรีชาวตุรกีคือ Turgat Ozal ได้จัดตั้งโครงการ “build, own and transfer” หรือ “build, operate and Transfer” ขึ้น⁴² ต่อมาในช่วงระหว่างปี ค.ศ.1990 ได้มีการลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคในรูปแบบของการให้เอกชนร่วมลงทุนเพิ่มขึ้นเป็น 750 พันล้านดอลลาร์สหรัฐในประเทศกำลังพัฒนา โดยมีสัญญาเกือบ 2500 สัญญาระหว่างรัฐบาลกับเอกชนในโครงการสาธารณูปโภค ซึ่งส่วนมากเป็นสัญญาสัมปทาน โดยบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการเอง ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม นิติบุคคลมหาชนมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีการให้องค์กรตามกฎหมายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองบางอย่าง ในขณะที่นิติบุคคลมหาชนก็ได้หันมาดำเนินการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมด้วยตนเอง อีกทั้งยังมีนิติบุคคลมหาชนที่ดำเนินการบริการสาธารณะทั้งสองประเภท อย่างไรก็ตาม ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 และ 2 มีการให้สัมปทานน้อยลง เนื่องจากแนวความคิดของเศรษฐกิจเสรีนิยมถูกจำกัดไปมาก คือ รัฐต้องเข้ามาจัดการบริการสาธารณะเอง แต่สัมปทานก็เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่จะให้มีการจัดการบริการสาธารณะได้ ซึ่งปัจจุบันแนวความคิดของการให้สัมปทานในต่างประเทศมีการพัฒนาไปในลักษณะของการให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในกิจการของรัฐมากยิ่งขึ้นเพื่อรองรับกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรี หลายประเทศเริ่มมีแนวความคิดในการปฏิรูปหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการสาธารณะโดยยกเลิกกิจกรรม

⁴² Tony Merna, Oriel Group Practice, “Concession Contract”, p. 4-5.

ต่าง ๆ ที่ภาครัฐทำ และให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนถ้าสามารถทำได้ดีกว่า เช่น ในประเทศนิวซีแลนด์⁴³

กรณีดังกล่าวหากนำมาเปรียบเทียบกับวิวัฒนาการในประเทศไทยแล้วก็จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าสัญญาสัมปทานที่มีการวิวัฒนาการดังกล่าวเป็นสัญญาสัมปทานที่แท้จริงหรือไม่ และอะไรคือลักษณะอันแท้จริงของสัญญาสัมปทาน

ในสมัยก่อน สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะหมายถึง สัญญาที่ฝ่ายปกครองซึ่งเรียกว่าผู้ให้สัมปทานฝ่ายหนึ่งมอบหมายให้เอกชนซึ่งเรียกว่าผู้รับสัมปทานอีกฝ่ายหนึ่งเข้าจัดทำบริการสาธารณะ ในการจัดทำบริการสาธารณะนี้ ผู้รับสัมปทานลงทุนและเสี่ยงภัยด้วยตนเอง โดยมีรายได้จากการเก็บค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ ซึ่งทำให้ไม่ว่าผู้รับสัมปทานจะขาดทุนหรือกำไรก็เป็นเรื่องของผู้รับสัมปทานเอง ฝ่ายปกครองไม่มีหน้าที่เข้ามารับผิดชอบในการขาดทุนของเอกชนด้วย แต่ต่อมาสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเริ่มเปลี่ยนแปลงไปโดยมีวิวัฒนาการในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้คือ

1) เรื่องคู่สัญญา

ในอดีตผู้ให้สัมปทานต้องเป็นรัฐเท่านั้น แต่ต่อมาผู้ให้สัมปทานอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนผู้รับสัมปทาน ก็ได้มีไม่เพียงเอกชนเท่านั้นที่เข้าทำสัญญาสัมปทานกับฝ่ายปกครอง โดยหน่วยงานของรัฐอาจเป็นผู้รับสัมปทานได้ เช่น รัฐวิสาหกิจ เทศบาล หรือองค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ที่เข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทาน จึงทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้สัมปทานกับผู้รับสัมปทานเปลี่ยนไป โดยผู้ให้สัมปทานไม่ได้เป็นผู้ควบคุมสัมปทานอย่างใกล้ชิดอีกต่อไปแล้ว ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานเป็นนิติบุคคลมหาชน เพียงแต่จะเข้ามาเป็นตัวกลางระหว่างผู้รับสัมปทานกับผู้ให้บริการ อีกทั้งการควบคุมกำกับดูแลก็เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐเท่านั้น แทนที่จะเป็นระหว่างผู้ให้สัมปทานกับผู้รับสัมปทาน

2) เรื่องการให้สัมปทาน

ในสมัยก่อนผู้ให้สัมปทานจะมีสิทธิเลือกผู้รับสัมปทานได้โดยเสรี แต่ต่อมาผู้ให้สัมปทานถูกจำกัดไม่สามารถที่จะเลือกผู้รับสัมปทานได้อย่างเสรี เพราะมีกฎหมายกำหนดให้

⁴³จากการที่รัฐดำเนินกิจการเองแล้วขาดทุนจึงทำให้กิจการเหล่านี้เปลี่ยนแปลงจากกิจการที่รัฐทำเองมาเป็นรัฐวิสาหกิจ ซึ่งต่อมาก็ได้เกิดการปฏิรูปในธุรกิจของรัฐ ทั้งโดยการแปรรูปให้เป็นรูปบริษัท (Corporatization) การแก้ไขกฎระเบียบ (Deregulation) และการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการ (Privatization)

กิจการบริการสาธารณะบางประเภทจะจัดทำได้ก็โดยนิติบุคคลมหาชนเท่านั้น เช่น ในการให้สัมปทานก๊าซและไฟฟ้า การไฟฟ้าและก๊าซแห่งฝรั่งเศสเท่านั้นที่จะเป็นผู้รับสัมปทานได้

3) เรื่องกิจการที่ให้สัมปทาน

ในสมัยก่อน กิจการที่ให้สัมปทานจะเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้าเท่านั้น แต่ต่อมาฝ่ายปกครองยอมให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง อันได้แก่ ถนน ทางด่วน สะพาน ที่จอดรถ ได้

4) เรื่องความรับผิดชอบของผู้รับสัมปทาน

ในสมัยก่อน ผู้รับสัมปทานต้องลงทุนและเสี่ยงภัยเอง ฝ่ายปกครองไม่มีหน้าที่รับผิดชอบด้วย เช่น ศาลปกครองของฝรั่งเศสในสมัยก่อนเคยมีแนวความคิดเช่นนี้และตัดสินใจว่า สัญญาระหว่างผู้รับสัมปทานกับผู้ให้สัมปทานไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่สมัยปัจจุบัน ศาลได้ตัดสินใจว่า ในสัญญาสัมปทานบางชนิดผู้รับสัมปทานไม่มีหน้าที่กระทำการโดยตนเองอีกแล้ว และที่เข้ามาดำเนินการนี้ก็เป็นเพียงตัวกลางของฝ่ายปกครองเท่านั้น ซึ่งฝ่ายปกครองจะมีหน้าที่โดยตรงและรับผิดชอบในเรื่องการบริการสาธารณะ ผู้รับสัมปทานจึงมีสภาพใกล้เคียงกับการเป็นตัวแทนของฝ่ายปกครองเท่านั้น⁴⁴ ดังจะเห็นได้จากการมีเงื่อนไขสัญญากำหนดให้หลักประกันแก่ผู้รับสัมปทานว่าจะชดเชยค่าเสียหายจำนวนหนึ่งให้

5) เรื่องภาระการลงทุนและเสี่ยงภัย

ในสมัยก่อน ผู้รับสัมปทานดำเนินการในกิจการที่ได้รับสัมปทานด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยด้วยตนเอง ซึ่งมีรายได้ของผู้รับสัมปทานคือค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ใช้บริการ แต่ปัจจุบัน ฝ่ายปกครองได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับสัมปทานมากขึ้น เช่น การให้คำรับรองเพื่อแก้ไขปัญหาการขาดทุนของผู้รับสัมปทาน โดยสัญญาสัมปทานบางฉบับให้หลักประกันแก่ผู้รับสัมปทานในเรื่องรายได้จากที่ผู้รับสัมปทานลงทุนไปด้วยการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ใช้บริการไว้ก่อนเลย จึงทำให้ความไม่แน่นอนหรือความเสี่ยงของผู้รับสัมปทานทางด้านการเงินในสัญญาสัมปทานสมัยแรก ๆ จึงหมดไป กลายเป็นเรื่องสมานฉันท์ช่วยเหลือทางด้านการเงินระหว่างผู้รับสัมปทานกับผู้ให้สัมปทาน ซึ่งการที่รัฐเข้ามาให้ความช่วยเหลือผู้รับสัมปทานเช่นนี้ก็ด้วยเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจและการเมือง โดยรัฐเห็นว่าสัมปทานเหล่านี้เป็นบริการสาธารณะ ถ้าให้มีการเก็บค่าใช้บริการสูงแล้วก็จะทำให้ประชาชนเดือดร้อน และเมื่อประชาชน

⁴⁴ วิบูลย์ สัมมาระบุตร, “สัมปทานบริการสาธารณะ” ใน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, โครงการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรสัญญาทางปกครอง ณ ห้องประชุมใหญ่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 28 กันยายน 2531, น.7-8.

เดือดร้อนก็อาจส่งผลกระทบต่อทางด้านการเมืองขึ้นได้ แต่ถ้าให้เก็บค่าบริการต่ำ ผู้รับสัมปทานก็จะขาดทุนและอยู่ไม่ได้ ต่อไปก็จะมีเอกชนมาลงทุนอีก ดังนั้น รัฐจึงพยายามช่วยเหลือให้การสนับสนุนผู้รับสัมปทานในด้านต่าง ๆ เพื่อให้ผู้รับสัมปทานอยู่ได้และมีกำไร ขณะเดียวกันค่าธรรมเนียมที่เก็บจากจากผู้ให้บริการก็ไม่ได้เป็นเพียงรายได้โดยตรงของผู้รับสัมปทานอีกต่อไป โดยผู้รับสัมปทานยังมีรายได้อื่นที่ไม่ได้มาจากผู้ให้บริการด้วย เช่น รายได้ที่ผู้รับสัมปทานได้รับจากการโฆษณาสินค้าที่เจ้าของสินค้ามาขอติดป้ายโฆษณาภายในสถานีรถไฟหรือบนตัวรถ เป็นต้น เช่น ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองเมื่อวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ.1986 ในคดี Compagnie luxembourgeoise de télédiffusions et autres ศาลปกครองได้วางหลักไว้ว่าสัญญาให้บริการแพร่ภาพโทรทัศน์ทางคลื่นอากาศซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการแพร่ภาพต่อสาธารณชนโดยไม่เก็บค่าบริการจากประชาชน แต่ผู้ดำเนินการแพร่ภาพมีรายได้มาจากค่าโฆษณานั้นถือเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ⁴⁵

ในเรื่องนี้หากนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ปัจจุบันดูเหมือนว่าแนวความคิดนี้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลง โดยรัฐมีการเรียกให้เอกชนจ่ายค่าตอบแทนจากการที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชนด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้มีผลกระทบต่อค่าบริการที่เอกชนเรียกเก็บจากประชาชน ทำให้แทนที่ประชาชนจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงจากการให้บริการ ผู้ได้รับประโยชน์กลับเป็นรัฐผู้ให้สัมปทาน

6) เรื่องระยะเวลาสัมปทาน

สมัยก่อนระยะเวลาในการให้สัมปทานนั้นค่อนข้างมีระยะเวลายาวนานถึง 70-75ปี ทำให้ประสบปัญหาความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ต่อมาในช่วงหลัง ๆ สัญญาสัมปทานจึงมีอายุสั้นลงกว่าเดิม

4. ขอบเขตและเนื้อหาของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

โดยที่สัญญาสัมปทานมีลักษณะเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง จึงย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญา คือ จะต้องเป็นสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายในการจัดทำสัญญาได้ จะต้องมิวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ไม่เป็นการฝ่าฝืน หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁴⁵ Jean-Marie PONTIER, (Les services publics, Hachette, Paris, 1996), p.67, อ้างในนันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น.452.

สัญญาสัมปทานมีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายมหาชนที่สร้างขึ้นเพื่อให้รัฐสามารถควบคุมการใช้ทรัพยากรและการบริการสาธารณะได้ โดยในส่วนของบริการสาธารณะมาจากทฤษฎีการบริการสาธารณะที่มีแนวความคิดว่าจะต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับแก่กิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ โดยถือว่าสัญญาใดมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะโดยตรงแล้ว สัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ ได้แก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ⁴⁶

เนื้อหาของสัญญาสัมปทานจะต้องมีเนื้อหาเป็นสัญญาทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการให้อนุญาตคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำรวจหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะได้รับค่าภาคหลวงเป็นการตอบแทนจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมอบอำนาจหน้าที่ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปดำเนินบริการสาธารณะแทนรัฐ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกค่าบริการจากประชาชนผู้ได้ประโยชน์จากการใช้บริการสาธารณะนั้น ซึ่งในระหว่างระยะเวลาตามสัญญาสัมปทานคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเคารพสิทธิของเอกชนตามสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบได้⁴⁷ นอกจากนี้ หากสัญญาสัมปทานมีผลเป็นการละเมิดสิทธิของเอกชนที่ได้รับมาจากสัญญาสัมปทานแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องมีความรับผิดชอบในความเสียหายนั้น⁴⁸

⁴⁶ สุรพงศ์ กลั่นประชา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น.51.

⁴⁷ ตัวอย่างเช่นในคดี General Company of the Orinoco case (France v. Venezuela) คดีนี้เป็นกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานที่มีระยะเวลาสัมปทาน 35 ปี แต่ในระหว่างที่สัมปทานยังมีอายุอยู่ รัฐบาลได้ทำการยึดทรัพย์สิน ทำลาย หรืออายัดทรัพย์สิน และทำการขายทรัพย์สินที่เหลือของ บริษัทไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลแห่งเวเนซุเอลายังได้ออกคำสั่งบังคับให้บริษัททำการชดเชยค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ด้วยเหตุนี้ กรณีพิพาทดังกล่าวจึงฟ้องร้องให้รัฐบาลมีความรับผิดชอบได้ เนื่องจากการปฏิบัติของรัฐเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะการกระทำของรัฐเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศเพราะการกระทำของรัฐบาลเป็นการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย, อ้างใน Ralston's Report of the French Venezuelan Mixed Claims Commission, 190, p.244.

⁴⁸ ในการประชุมของสันนิบาตชาติในปี ค.ศ.1929 มีการเสนอ Basic of Discussion หมายเลข 3 ที่มีข้อความว่า “รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดแก่คน

ตอนที่ 2 ประเภทของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศ

สัญญาสัมปทานในต่างประเทศมีการแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ เช่นเดียวกับประเทศไทย คือ

1. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเกิดขึ้นจากการที่รัฐมีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ แต่รัฐมอบหมายให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งแทนรัฐภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนทรัพย์และความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นกิจการสาธารณูปโภค และโดยที่กิจการดังกล่าวมักจะมีกฎหมายห้ามมิให้เอกชนจัดทำ ด้วยเหตุนี้เมื่อเอกชนจะจัดทำจึงต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐเสียก่อน โดยรัฐจะมีอำนาจบางประการในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบ เงื่อนไข และข้อกำหนดต่าง ๆ ในการอนุญาตหรือให้สัมปทาน เช่น จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีก่อน เป็นต้น ดังนั้นรัฐจึงไม่ได้จ่ายค่าจ้างให้แก่เอกชนในสัญญาสัมปทาน แต่จะให้ผลประโยชน์แก่เอกชนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการในกิจการนั้น ๆ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจึงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อสนองต่อความต้องการส่วนรวมของประชาชน

ในประเทศฝรั่งเศสเห็นว่า สัมปทานบริการสาธารณะคือวิธีการบริหารบริการสาธารณะประเภทที่ฝ่ายปกครองมิได้เป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเอง แต่มอบให้บุคคลอื่นเป็นผู้ดำเนินการแทน โดยบุคคลผู้ดำเนินการแทนได้รับผลตอบแทนด้วยการได้รับสิทธิที่จะเรียกเก็บจากผู้ใช้บริการได้ จึงให้ความหมายของสัมปทานบริการสาธารณะว่าหมายถึง ข้อตกลงซึ่งนิติบุคคลมหาชนที่เป็นผู้ให้สัมปทานมอบบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการของตนให้แก่บุคคลอื่นที่เป็นผู้รับสัมปทานเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ โดยลงทุนและเสี่ยงภัยด้วยตนเองและ

ต่างชาติ อันเป็นผลมาจากการตราบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ที่จะมีผลเป็นการละเมิดสิทธิต่าง ๆ ของคนต่างชาติที่ได้รับมาจากสัญญาสัมปทานหรือสัญญาใด ๆ ที่รัฐได้ให้ไว้, Basic of Discussion No.3, 2d. para., 24 AJIL Supp. 50 (1930) Fatours, Government Guarantees to Foreign Investors",p.279, อ้างในพรณี วาณิชสรรพ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น.112.

สามารถเรียกเก็บค่าบริการจากผู้รับสัมปทานได้⁴⁹ ซึ่งถ้าเป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐหรือรัฐมาร่วมกับเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ใช่เป็นการมอบให้เอกชนจัดทำในนามของตัวเองจะไม่มีลักษณะเป็นสัมปทาน เพราะไม่มีลักษณะเป็นข้อบังคับฝ่ายเดียว แต่คู่สัญญาที่ร่วมกันในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะนั้นจะมีลักษณะที่เท่าเทียมกัน⁵⁰ และทำให้ไม่ถือว่าการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนทำ เนื่องจากถือว่าการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นการโอนสภาพความเป็นเจ้าของรัฐวิสาหกิจของรัฐมาเป็นวิสาหกิจเอกชน จึงมีความแตกต่างจากการมอบบริการสาธารณะให้ไปจัดทำ คือ เรื่องกรรมสิทธิ์ โดยการมอบบริการสาธารณะให้จัดทำนั้นเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมอบให้ผู้อื่นไปจัดทำในนามของฝ่ายปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ในขณะที่การแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นการเปลี่ยนสภาพบริการสาธารณะจากของฝ่ายปกครองไปเป็นของเอกชน

กรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า ประเด็นในเรื่องคู่สัญญานั้นมีความแตกต่างจากสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย ที่หากเป็นรูปของสัญญาสัมปทานแล้ว ผู้รับสัมปทานจะเป็นเอกชนเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่ให้หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการนั้น จะไม่ได้กระทำในรูปของสัญญา แต่จะเป็นในรูปของการออกพระราชบัญญัติจัดตั้งให้หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจดำเนินการนั้นด้วยตนเอง และโดยส่วนใหญ่แล้วรัฐวิสาหกิจจะไม่สามารถให้สัมปทานกับเอกชนได้อีก โดยกระทำได้ก็แต่เพียงการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับรัฐวิสาหกิจ หรือหากจะมีกรณีที่รัฐวิสาหกิจสามารถให้เอกชนมาดำเนินการแทนได้ ก็จะไม่ได้อีกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน ซึ่งประเด็นในเรื่องนี้อาจจะมีความสอดคล้องกับประเทศฝรั่งเศสที่เห็นว่าไม่มีลักษณะเป็นสัมปทาน อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจในประเทศไทยก็ยังคงขาดความชัดเจนในเรื่องนี้นอกจากนั้น ความเข้าใจในประเทศไทยเรื่องความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ก็ดูเหมือนจะมีความแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส โดยประเทศไทยเข้าใจว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน กรณีดังกล่าวจึงทำให้การแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยยังคงเป็นสิ่งที่ทำให้ประชาชนขาดความมั่นใจ และมักจะมีการคัดค้านหรือต่อต้านในเรื่องของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเสมอ เนื่องจากขาดการศึกษาวิเคราะห์อย่างแท้จริงบริการสาธารณะประเภทใดที่รัฐควรดำเนินการเอง บริการสาธารณะประเภทใดที่รัฐควรเปลี่ยนสภาพของบริการสาธารณะจากฝ่ายปกครองไปเป็นของ

⁴⁹ André de Laubadère, François Moderne, Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs Tome 1, 2 Editions, Paris, L.G.D.J., 1983, p.285 อ้างใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 11, น. 453.

⁵⁰ สุรพงศ์ กลั่นประชา, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 24, น.119.

เอกชน ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวควรที่จะต้องพิจารณาจากสภาพของสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไทย รวมทั้งที่มาของบริการสาธารณะนั้นด้วยที่อาจมีความแตกต่างกันไปจากในต่างประเทศ

นอกจากนั้น ยังมีนักนิติศาสตร์ชาวต่างประเทศที่ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานไว้ในลักษณะต่าง ๆ เช่น

Charles Bettinger ได้ให้คำจำกัดความของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะว่าเป็น “วิธีการทางสัญญาซึ่งนิติบุคคลมหาชนที่เรียกว่าผู้มีอำนาจให้สัมปทานมอบหมายให้นิติบุคคลมหาชนอื่นหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนจัดทำบริการสาธารณะเพียงลำพังในช่วงเวลาที่สั้นหรือบริหารงานบริการสาธารณะโดยการร่วมมือกับผู้รับสัมปทาน ภายใต้การควบคุมของผู้ให้สัมปทานและผู้ให้สัมปทานตกลงที่จะให้ความช่วยเหลืออันเป็นเงินจากงบประมาณเพื่อสับทบกับค่าธรรมเนียมที่เก็บจากผู้ใช้บริการซึ่งไม่เพียงพอ”⁵¹

De Laubadère ได้ให้คำจำกัดความของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะว่าเป็น “สัญญาซึ่งนิติบุคคลมหาชนมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดดำเนินการบริการสาธารณะโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนอันกำหนดจากผลทางการเงินของการดำเนินงาน”⁵²

ศาสตราจารย์เดอ โลบาแดร์ เห็นว่าสัมปทานบริการสาธารณะแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่มีลักษณะเป็นสัญญา อันได้แก่ “l’acte de concession” และ “cahier des charges particulier” ส่วนที่กำหนดผลประโยชน์ตอบแทนและหลักประกันต่าง ๆ ให้แก่ผู้รับสัมปทานและกำหนดเวลาของสัมปทานนั้น กับอีกส่วนหนึ่งอันได้แก่เงื่อนไขใน “cahier des charges particulier” ที่กำหนดการจัดระบบและการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ ซึ่งเงื่อนไขในส่วนนี้จะ มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์หรือข้อกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทาน

⁵¹ Charles Bettinger, La concession de service public et de travaux publics, (coll. L’Administration nouvelle, Berger-Levrault, 1978), p.24 อ้างใน วิบูลย์ สัมมาระบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น.15.

⁵² André de Laubadère, François Moderne, Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome 1, 2 Editions, Paris, (L.G.D.J., 1983), p.297, อ้างใน วิบูลย์ สัมมาระบุตร, เพิ่งอ้าง, น.16.

มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เพียงฝ่ายเดียวก็ต่อเมื่อ "l'acte de concession" มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว⁵³

สัมปทานบริการสาธารณะมาจากทฤษฎีบริการสาธารณะที่แบ่งออกเป็นสองประเภท คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง กับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองเป็นกิจกรรมที่เป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้ประชาชนโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน และเนื่องจากเป็นหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น เป็นกิจการที่รัฐจัดทำแต่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งบริการที่เน้นด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน มีวิธีปฏิบัติงานที่สร้างขึ้นมาจากเองเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ มีแหล่งรายได้จากค่าตอบแทนของผู้ใช้บริการ ซึ่งบริการสาธารณะดังกล่าวนี้รวมถึงทางด้านสื่อสารด้วย⁵⁴

กิจการที่ให้สัมปทานอย่างหนึ่งในต่างประเทศที่แตกต่างจากในประเทศไทย คือ การให้สัมปทานทางด้านโรงพยาบาล ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในต่างประเทศนั้นเห็นว่าการโรงพยาบาลนั้นเป็นกิจการบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครอง แต่ในขณะที่ประเทศไทยมีความแตกต่างกัน

ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส บริการสาธารณะอาจแบ่งออกได้เป็น 2 จำพวกใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะในทางปกครอง เช่น กิจการที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย กับบริการสาธารณะที่มีลักษณะเป็นการค้าและอุตสาหกรรม ซึ่งบริการสาธารณะที่มีลักษณะเป็น

⁵³ André de Laubadère, Francois, Moderne, Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs Tome I, 2 Editions, Paris, (L.G.D.J.,1983), pp.100-109 อ้างในชาญชัย แสวงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 68-69.

⁵⁴ บริการสาธารณะทางด้านสื่อสารนี้เป็นที่ยอมรับกันในประเทศต่าง ๆ เช่น มาเก๊า จะมีสัญญาสัมปทานทางด้านสื่อสาร เช่น Concession Contract of the Public Telecommunication Services อันเป็นสัญญาที่มาเก๊าให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวกับ Companhia de Telecomunicações de Macau, S.A.R.L. ในการดำเนินการให้บริการสื่อสารสาธารณะและการติดตั้งระบบสื่อสารและอุปกรณ์ในฐานะผู้รับสัมปทาน เป็นต้น, ดู <<http://www.gdtti.gov.mo/eng/laws/concession>>

การค้าและอุตสาหกรรมนี้เองที่ฝ่ายปกครองให้สัมปทานแก่เอกชน ซึ่งสัญญาสัมปทานดังกล่าวก็ยังแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สัญญาสัมปทานโยธาสาธารณะ (la concession de travaux) กับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (la concession de service public) โดยสัญญาสัมปทานโยธาสาธารณะเป็นการมอบการดำเนินการก่อสร้างให้แก่นิติบุคคลมหาชนอื่นหรือนิติบุคคลเอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง ส่วนสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นการมอบการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่นิติบุคคลมหาชนอื่นหรือนิติบุคคลเอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์ของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะไว้ 3 ประการ คือ ต้องเป็นบริการสาธารณะที่รัฐสามารถมอบหมายให้ผู้อื่นจัดทำแทนได้ ต้องมีความผูกพันในรูปของสัญญา โดยผู้รับสัมปทานไม่จำเป็นต้องเป็นเอกชน นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนบางประเภท เช่น องค์การมหาชน อาจเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้จัดทำบริการสาธารณะได้นอกจากนั้น สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะต้องมีทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญา โดยสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองของความต้องการของส่วนรวม⁵⁵

2. สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติเกิดขึ้นจากการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) เหนือดินแดนและทรัพยากรธรรมชาติ รัฐจึงเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ และโดยที่ในดินแดนของรัฐมีทรัพยากรบางอย่างที่มีค่าและมีจำนวนจำกัด รัฐจึงวางแผนเป็นเจ้าของและห้ามมิให้บุคคลอื่นขุดค้นหรือทำประโยชน์ในทรัพยากรดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐก่อน ซึ่งทรัพยากรเหล่านี้ ได้แก่ ป่าไม้ แร่ ปิโตรเลียม เป็นต้น

สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นที่แพร่หลาย คือ สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม อันเป็นสัญญาที่มีลักษณะทั้งสัญญาตามกฎหมายเอกชนและตามกฎหมายมหาชน กล่าวคือ ในส่วนของข้อสัญญาที่มีลักษณะตามกฎหมายเอกชนก็คือการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และการกำหนดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้และให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ส่วนข้อสัญญาที่มีลักษณะตามกฎหมายมหาชนคือ รัฐมีกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียม การสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมต้องได้รับสัมปทานจากรัฐ การอนุมัติให้สิทธิ

⁵⁵ ดูบันทึกความเห็น บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11.

พิเศษบางประการแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าสงวน ค่าภาคหลวง ภาษีเงินได้ และส่วนลด ข้อสัญญาดังกล่าวล้วนเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงที่มาจากการให้อำนาจของรัฐตามกฎหมายมหาชน กล่าวคือ ปิโตรเลียมในดินแดนของรัฐถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นทรัพย์สินของรัฐ ที่รัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนของรัฐตามหลักอำนาจเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction) ดังนั้น การสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมจึงต้องได้รับสัมปทานจากรัฐก่อน และการที่ปิโตรเลียมเป็นทรัพย์สินของรัฐนี้เอง การได้รับสิทธิจากการสัมปทานดังกล่าวจึงไม่อาจทำให้เอกชนผู้ได้รับสัมปทานมีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นในลักษณะของกรรมสิทธิ์ ด้วยเหตุนี้ สิทธิในการถือสัมปทานจึงไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี นอกจากนั้น ผู้ได้รับสัมปทานยังได้รับสิทธิพิเศษบางประการ เช่น การให้ความสะดวกในการดำเนินงานและการให้ความช่วยเหลือในการใช้ที่ดินของผู้รับสัมปทาน การยกเว้นในด้านภาษีอากรแก่ผู้รับสัมปทาน ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่รัฐยอมจำกัดการเข้าทบทวนนิติกฎหมายแก่เอกชนต่างชาติ อันเป็นอำนาจของรัฐตามกฎหมายมหาชนนั่นเอง

สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (contract jure imperie) ตามที่ปรากฏในหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำของรัฐ โดยการให้สัมปทานมักเป็นการกระทำของบุคคลผู้เป็นตัวแทนของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ และในสัญญาก็มักมีข้อกำหนดการเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐานให้การรับรองแก่เอกชนต่างชาติว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่นำบทบัญญัติกฎหมายที่แก้ไข เปลี่ยนแปลงไปบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้คำรับรองโดยข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำสัญญา (contract jure imperii) ซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้คำมั่นของรัฐ (state promise) อย่างหนึ่ง

การให้คำมั่นของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of state) ประเภทหนึ่ง และเป็นข้อผูกพันที่มีอำนาจผูกมัดคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศให้รัฐจำต้องปฏิบัติตาม การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาซึ่งมีสถานะภาพเป็นการให้คำมั่นของรัฐจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (international responsibility) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และโดยที่รูปแบบของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐไม่ได้จำกัดรูปแบบของการแสดงเจตนาไว้ รัฐจึงอาจให้คำมั่นในสัญญาได้⁵⁶

⁵⁶ หลักดังกล่าวได้รับการยืนยันในคดี Temple of Preah Vihear Case คือ “...โดยทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการแสดงเจตนาของคู่กรณีใดโดยเฉพาะ กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบเป็นพิเศษแต่ประการใด คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือก

มีข้อที่น่าสังเกตสำหรับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ คือ ในบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ถือว่าสัญญาสัมปทานน้ำมันเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะในตัวของมันเอง (Sui generis) ซึ่งใช้กฎหมายธรรมดาไม่ใช่กฎหมายปกครองบังคับ⁵⁷

หรือในประเทศเปรู ก็มีสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการขนส่งแก๊สธรรมชาติทางท่อ อันเป็นสัญญาระหว่างกระทรวงพลังงานและเหมืองแร่ กับ Consortium ระหว่าง Tecgas N.V., Pluspetrol Resources Corporation, Hunt Pipeline Company of Peru L.L.C., S.K. Corporation, L'Entreprise Nationale Sonatrach and Granay Montero S.A.A. ซึ่งมีข้อที่น่าสังเกตว่าแม้สัญญาดังกล่าวจะใช้ชื่อว่า Concession Contract แต่โดยสภาพของสัญญาเป็นการออกแบบ จัดหาสินค้าและบริการ ก่อสร้าง ดำเนินการ และบำรุงรักษาระบบของการขนส่งแก๊สธรรมชาติโดย pipeline จาก Camisia ถึง City Gate เป็นต้น

ตอนที่ 3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานนั้น มักเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานโดยชัดแจ้ง หรือสัญญาสัมปทานไม่ได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งจากการศึกษาแนวทางปฏิบัติส่วนใหญ่ในต่างประเทศพบว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาตินั้น มีทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ และมีทั้งการบังคับใช้ร่วมกัน โดยกฎหมายภายในที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานมักเป็นกฎหมายภายในของรัฐที่ให้สัมปทาน⁵⁸

รูปแบบการแสดงเจตนาโดยรูปแบบใดก็ได้ตามที่สามารถจะแสดงให้เห็นถึงเจตนาดังกล่าว”, ดู Temple of Preah Vihear Case (I.C.J.Reports 1961), pp.31.

⁵⁷ Henry Cattani, The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa Parker School of Foreign and Comparative Law, (New York : Oceana Publication, Inc., 1967), pp.72-86.

⁵⁸ เรื่องนี้สหประชาชาติก็มีความเห็นเช่นเดียวกัน เช่น ในการประชุมเกี่ยวกับ Draft Addendum to the UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects ของสหประชาชาติ เคยมีการให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับกฎหมายของ Republic of Belarus ว่า สัญญาสัมปทานควรอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่ให้สัมปทาน เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่นใน

ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานมักเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งปัญหานี้ได้เคยมีการวินิจฉัยไว้ในคดีต่าง ๆ เช่น คดี AMCO. Asia v. The Government of Indonesia⁵⁹ คดี Lena Goldfields⁶⁰ คดี Kingdom of Saudi Arabia v. Arabia American Oil Company (1958)⁶¹ คดี Serbian and Brazilian Loans Case (1929)⁶² เป็นต้น

สัญญาสัมปทาน, ดู <<http://www.uncitral.org>> นอกจากนั้น ใน UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects ที่จัดทำโดย United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) กำหนดไว้ใน Model Provision 29 Governing Law เช่นกันว่า The concession contract is governed by the law of (the enacting State) unless otherwise provided in the concession contract, อ้างใน United Nations, UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, Sales No. E04.V11, ISBN 92-1-133583-3, p.22.

⁵⁹ คดีนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในที่ศาลจะใช้คือกฎหมายภายในของรัฐที่มีเนื้อหากำหนดในเรื่องที่เป็นข้อพิพาทนั่นเอง มิใช่กฎหมายขัดกันของรัฐนั้น ๆ และในขณะเดียวกันก็ย่อมต้องพิจารณากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย กล่าวคือ หลักกฎหมายภายในของรัฐจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ, อ้างใน International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on the Merits in Arbitration between AMCO Asia Corporation et Al and Indonesia, November 21, 1984, International Legal Materials, 24 (1985) : 1023 para 147, 148.

⁶⁰ คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่างรัฐบาลไซเวียตและบริษัท Lena Goldfields ในสัญญาสัมปทานแร่ธาตุ ต่อมารัฐบาลไซเวียตได้ใช้มาตรการทางการบริหารและนิติบัญญัติทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทดังกล่าว บริษัทได้เรียกร้องให้รัฐบาลไซเวียตชดเชยค่าเสียหายแก่บริษัท ปัญหาที่ถกเถียงกัน คือ สัญญาสัมปทานไม่ได้กำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา เพียงแต่ข้อ 58 ของสัญญาสัมปทานกำหนดว่า คู่สัญญากำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานเป็นไปตามหลักเจตนาอันดีงามและหลักความสุจริตในการตีความข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญา ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยปัญหาข้อนี้ โดยกล่าวว่า “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่น (domestic matters) จะบังคับโดยกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา คือ กฎหมายแห่งสหภาพไซเวียต เว้นไว้เสียแต่ว่าจะได้มีการกำหนดใดในสัญญามีให้นำมาบังคับใช้ ด้วยเหตุนี้การปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาภายในสหภาพไซเวียตนั้น กฎหมายรัสเซียจะนำมาบังคับใช้

โดยมีฐานะเป็นกฎหมายของสัญญา ซึ่งจะนำมาบังคับใช้ในการตีความสัญญา แต่ดังที่ได้เสนอ โดยที่ปรึกษากฎหมายของบริษัท Lena Goldfields ว่า ในกรณีอื่นนั้นหลักกฎหมายทั่วไปดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ณ กรุงเฮก จะนำมาบังคับใช้ โดยถือเป็นกฎหมายของสัญญา และข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญานี้ พิจารณาแล้วย่อมเห็นได้ว่าสมควรที่จะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้มากกว่าที่จะนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้” คดีนี้แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการยอมรับหลักการนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ในกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับท้องถิ่น แต่ในกรณีอื่นแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้, อ้างใน Lord Mc Nair Q.C., “The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations,” British Yearbook of International Law (1957) : 11, Annual Digest, 1929 – 1930.

⁶¹ คดีนี้เป็นกรณีพิพาทระหว่างรัฐบาลซาอุดีอาระเบียกับบริษัทน้ำมัน Arabian American Oil โดยบริษัทได้โต้แย้งรัฐบาลในกรณีที่รัฐบาลซาอุดีอาระเบียอนุมัติสัมปทานโดยพระราชกฤษฎีกา ณ วันที่ 20 มกราคม ค.ศ.1954 ให้แก่ Mr. A.S.Omassis ได้รับสิทธิการขนส่งผลิตภัณฑ์น้ำมัน การอนุมัติให้สัมปทานแก่ Mr. A.S.Omassis จะขัดแย้งกับสิทธิที่ได้อนุมัติให้กับบริษัทโดยสัญญาสัมปทาน ณ วันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ.1933 บริษัท Arabian American Oil ได้เสนอกรณีพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การอนุมัติให้สัมปทานในสัญญาสัมปทานฉบับที่ 2 นี้ เป็นการละเมิดสิทธิของบริษัท คดีนี้มีปัญหาต้องวินิจฉัยว่า กฎหมายอะไรที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานเนื่องจากคู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายประการใดที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยชัดแจ้ง ในเรื่องนี้อนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายทั่วไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเนื่องจากเห็นว่าข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานไม่อาจนำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ได้ กล่าวคือ บทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐจะไม่นำมาบังคับใช้กับข้อกำหนดที่อยู่นอกเหนือจากอำนาจบังคับของกฎหมายภายใน จึงต้องนำระบบกฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ ซึ่งได้แก่หลักกฎหมายระหว่างประเทศ, อ้างในชุมพร บัณฑิตานนท์, , “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน”, วารสารกฎหมาย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2527), น. 68-69.

⁶² คดีนี้ศาลได้วางหลักไว้ว่า สัญญาที่มีใช้สัญญาระหว่างรัฐในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมมีรากฐานมาจากกฎหมายภายใน ปัญหาที่มีอยู่ว่าจะอะไรคือกฎหมายประเภทนี้ ซึ่งปัจจุบันรู้จักกันในนามของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หรือ ทฤษฎีว่า

ในตอนนี้อาจเป็นการศึกษาเพื่อค้นหาว่าในต่างประเทศใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทาน, คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายใช้บังคับได้หรือไม่ และในกรณีหากคู่สัญญาเลือกกฎหมายระหว่างประเทศบังคับกับสัญญาเช่นนี้ จะมีผลประการใด โดยจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วนคือ

1. กฎหมายภายในของรัฐนั่นเอง

กฎหมายภายในของรัฐย่อมเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน ในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งท้องถิ่น (domestic matters) แต่บทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐจะไม่นำมาบังคับใช้กับข้อกำหนดที่อยู่นอกเหนือจากอำนาจบังคับของกฎหมายภายใน อันได้แก่หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁶³ อย่างไรก็ดี แม้ว่าสัญญาสัมปทานจะกำหนดให้นำกฎหมายภายในของรัฐมาบังคับใช้ ก็ไม่ได้หมายความว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่มีผลผูกพันต่อรัฐของผู้ลงทุนต่างชาติ ถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญา ด้วยเหตุนี้ หากรัฐได้รับรองไว้ในข้อกำหนดในสัญญาว่า รัฐจะเว้นที่จะใช้อำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายของรัฐแล้ว ถ้ารัฐไม่ปฏิบัติตามความตกลงที่รัฐได้ให้ไว้ รัฐก็จะต้องรับผิดชอบต่อผู้ลงทุนต่างชาติ และบางกรณีอาจถือเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศที่รัฐอาจต้องรับผิดชอบต่อรัฐที่ผู้ลงทุนต่างชาติมีสัญชาติ⁶⁴

สำหรับกฎหมายภายในของรัฐที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานนั้น อาจมีได้ทั้งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ

ด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจจะเหมือนกันในระบบกฎหมายของหลาย ๆ รัฐ หรืออาจสร้างขึ้นโดยอนุสัญญาระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณี และในกรณีหลังนี้ดูเหมือนว่าจะมีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริง เพื่อวางความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ มีข้อพึงสังเกตว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน, อ้างใน Serbian Loans, P C I J. Series A, No.20, pp.41-42.

⁶³ อันเป็นทางปฏิบัติระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และมีความเชื่อโดยรัฐที่เกี่ยวข้องว่าเป็นกฎหมาย (Opinio Juris)

⁶⁴ เช่น Jean-Flavien Lalive เห็นว่า สัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายข้ามชาติว่าด้วยสัญญา ดู Jean-Flavien Lalive, *supra* note 26 : 30-31, อ้างในมงคล กัลยภักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น.29.

1.1 กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

จากการศึกษาพบว่า มีหลายประเทศที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องของสัมปทานโดยตรง และส่วนใหญ่มักเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ เช่น

ประเทศโปรตุเกส

มี Degree-Law no. 31/2003, of 17 February 2003 (Published in the D.R. no. 40 (Series I-A), of 17 of February⁶⁵ ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ concession telecommunications public services โดยผู้ให้สัมปทานจะเป็น Portuguese State ส่วน Concessionaire คือ PT Communicates, S.A.

ประเทศโรมาเนีย⁶⁶

ตาม Laws and Decrees The Parliament of Romania ของประเทศโรมาเนียมีกฎหมายว่าด้วยสัมปทาน (The Law on Concession) อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทานในทรัพย์สินของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินสาธารณะ (public property) หรือทรัพย์สินส่วนตัว (private property) ของรัฐ และการให้สัมปทานในกิจการหรือการให้บริการสาธารณะของชาติ หรือเพื่อผลประโยชน์แห่งท้องถิ่น (Article 11) กฎหมายดังกล่าวแบ่งเป็น 4 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 เป็นบทบัญญัติทั่วไป, ส่วนที่ 2 เป็น Initiation of a concession ส่วนที่ 3 เป็น Concession procedures ส่วนที่ 4 เป็น Provisions regarding the concession contract ส่วนที่ 5 เป็น Provisions on existing control rights ส่วนที่ 6 เป็น Sanctions ส่วนที่ 7 เป็น Final Provisions ตามกฎหมายดังกล่าวการให้สัมปทานจะอยู่บนพื้นฐานของสัญญาฉบับหนึ่งโดยบุคคลหนึ่งที่เรียกว่า concedant โอนสิทธิและหน้าที่ในการใช้ทรัพย์สิน, กิจการหรือบริการสาธารณะให้อีกบุคคลหนึ่งที่เรียกว่า concessionaire ภายในระยะเวลาที่จำกัดสูงสุดไม่เกิน 49 ปี และจะได้รับเงินจำนวนหนึ่งที่เรียกว่า rent เป็นค่าตอบแทน (Article 1 (1)) การให้สัมปทานในทรัพย์สิน กิจการหรือบริการที่เป็นทรัพย์สินส่วนตัวของรัฐจะกระทำโดยรัฐบาล county หรือสภาแห่งท้องถิ่นจะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ (Article 3) ส่วนการให้สัมปทานในทรัพย์สินสาธารณะของรัฐจะกระทำในนามของรัฐ county เมืองหรือหมู่บ้าน รัฐมนตรีหรือผู้มีอำนาจพิเศษในการบริหารสาธารณะส่วนกลาง (Article 5) และการให้ความเห็นชอบในการกำหนดพื้นฐานข้อกำหนดเฉพาะของสัมปทานก็จะอยู่ภายใต้การตัดสินใจของรัฐบาล, สภาแห่งเมือง หรือสภาหมู่บ้าน (Article 8) ซึ่งในกฎหมาย

⁶⁵ ดู <<http://www.icp.pt>>

⁶⁶ ดู <<http://www.urban.org>>

ดังกล่าวมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนด้วยว่าผู้รับสัมปทานอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือบุคคลตามกฎหมาย และอาจเป็นชาวโรมาเนียหรือชาวต่างชาติก็ได้ (Article 5 2))

ตาม Law on Concession ดังกล่าว ใน Chapter IV มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการผูกพันตามสัญญาสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ เช่น เรื่องหลักประกัน (Article 34) การสิ้นสุดสัญญา (Article 35) การควบคุมให้เป็นไปตามสัญญา (Article 36) ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้ควบคุมพันธกรณีของสัญญาสัมปทานเพื่อประโยชน์ของชาติและสำนักงานบริหารภาษีอากรเป็นผู้ควบคุมสิทธิเพื่อประโยชน์ของสัมปทาน การบังคับกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย (Article 37–38) จะมีโทษในทางอาญา ทั้ง infringement และโทษปรับ ซึ่งโทษปรับนี้ยังมีการเพิ่มขึ้นตามอัตราเงินเฟ้อด้วย

ประเทศเซอร์เบีย

รัฐบาลของประเทศเซอร์เบียได้ยอมรับพระราชบัญญัติสัมปทาน (Concession Act) เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2546 และประกาศในราชกิจจานุเบกษาของสาธารณรัฐเซอร์เบีย (Official Gazette of the Republic of Serbia) กฎหมายนี้จะรับรองสัมปทานในรูปแบบ BOT ซึ่งกฎหมายฉบับนี้จะกำหนดระยะเวลาสัมปทานโดยกำหนดระยะเวลาสูงสุด 30 ปี วิธีการให้สัมปทาน เงื่อนไขและวิธีการในสัมปทาน เงื่อนไขในเรื่องของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม วิธีการจ่ายเงินค่าธรรมเนียมสัมปทาน เป็นต้น สำหรับการให้สัมปทานนั้นกำหนดให้กระทำโดยวิธีการประกวดราคา (public tender) สัญญาสัมปทานจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้รับสัมปทานจะได้รับการรับประกันสิทธิโดยกฎหมายและสัญญาสัมปทาน สำหรับชาวต่างชาตินั้นจะได้รับสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศและการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ ส่วนการระงับข้อพิพาทนั้น กฎหมายฉบับนี้อ่อนุญาตให้สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้เว้นแต่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์⁶⁷

ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในส่วนของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐบาลกลาง ที่เรียกว่า Federal Law กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐที่เรียกว่า State Law สำหรับสัญญาของฝ่ายปกครองซึ่งแยกตามประเภทของคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายปกครองนั้นก็อาจแยกออกได้เป็น 3 ประเภท คือ สัญญาของรัฐบาลกลาง ที่เรียกว่า Federal Government Contracts สัญญาของมลรัฐ ที่เรียกว่า State Contracts และสัญญาขององค์กรส่วนท้องถิ่น ที่เรียกว่า Local Government Contract

⁶⁷ <<http://www.siepa.sr.gov.yu>>

สำหรับสัญญาสัมปทานในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1) สัญญาการอนุญาต (Grant Agreement) อันเป็นเครื่องมือทางกฎหมายรูปแบบหนึ่งที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลสหรัฐกับมลรัฐ รัฐบาลสหรัฐกับรัฐบาลท้องถิ่น หรือรัฐบาลกับคู่สัญญาอื่นใด โดยมีวัตถุประสงค์หลักของการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์เพื่อที่อนุญาตให้เอกชนคู่สัญญาได้สิทธิในการดำเนินการใด ๆ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์กับสาธารณะชนโดยฝ่ายปกครองมิได้มุ่งที่จะแสวงหาประโยชน์จากการมีไว้ในครอบครอง หรือการแสวงหาประโยชน์ใด ๆ จากทรัพย์สินหรือบริการต่าง ๆ ดังเช่นที่ฝ่ายปกครองได้กำหนดให้มีในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง⁶⁸

หลักการที่สำคัญเพื่อมุ่งที่จะก่อให้เกิดการดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ลุล่วงถึงประโยชน์สาธารณะตามโครงการที่ระบุไว้ในสัญญามากกว่าลักษณะของความร่วมมือกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพราะโดยเนื้อหาของสัญญาแล้ว รัฐบาลกลางจะนำรูปแบบสัญญาแบบการอนุญาตมาใช้ก็เพื่อลดภาระในการลงทุนโดยจะไม่เข้าไปเป็นตัวจักรสำคัญในการบริหารโครงการ แต่จะทำหน้าที่คอยสนับสนุนขอบเขตโครงข่ายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ผู้ได้รับการอนุญาตหรือผู้รับสัมปทานดำเนินการใด ๆ เป็นไปได้โดยสะดวกรวดเร็วเท่านั้น⁶⁹

2) สัญญาการร่วมทุน (Cooperative Agreement) เป็นเครื่องมืออีกรูปแบบหนึ่งที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างตนกับคู่สัญญา เช่น มลรัฐ รัฐบาลท้องถิ่น หรือเอกชนคู่สัญญาอื่นใด โดยที่วัตถุประสงค์หลักของการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ดังกล่าวมีความมุ่งหมายที่จะอนุญาตให้คู่สัญญาได้สิทธิในการดำเนินการใด ๆ เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยมิได้มุ่งที่จะก่อให้เกิดประโยชน์จากการมีไว้ในครอบครองหรือการแสวงหาประโยชน์ใดจาก

⁶⁸ ประมวลกฎหมายสหรัฐ ลักษณะ (Title) 31 ลักษณะย่อย (Subtitle) (Section) 5 มาตรา 6304. Source : Legal Information Institute, Law School of Cornell University. "U.S. Code Collection." <<http://www4.law.cornell.edu/uscode/31/6304.html>>, December 2001, อ้างในชวลิต เศวตสุต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.49.

⁶⁹ Association of Schools of Public Health, "What is a Cooperative Agreement?," <<http://www.asph.org/facsaction.cfm/68/78#CA>>, March 2002, อ้างในชวลิต เศวตสุต, เพิ่งอ้าง, น.49.

ทรัพย์สินหรือบริการต่าง ๆ ดังเช่นที่ฝ่ายบริหารได้กำหนดให้มีการจัดซื้อจัดจ้าง⁷⁰ สัญญาประเภทนี้ให้ความสำคัญกับการยึดถือปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างมาก เพื่อที่จะนำไปสู่การดำเนินการเพื่อให้ลุล่วงถึงประโยชน์สาธารณะตามโครงการที่ระบุไว้ในสัญญา สัญญาลักษณะการร่วมทุน รัฐบาลมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าแบ่งเบาภาระทางด้านการลงทุนและแรงงานในการสร้างโครงการใด ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะในลักษณะที่เป็นหุ้นส่วนกัน โดยที่รัฐบาลกลางยังคงเป็นตัวจักรสำคัญในการบริหารและกำกับดูแลโครงการตามสัญญา มิใช่แต่เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น โดยเฉพาะภารกิจพื้นฐานของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะต่าง ๆ

ทั้งนี้ เกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่าง Grant Agreement หรือ Cooperative Agreement และการนำรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งไปใช้ในโครงการของหน่วยงานทางปกครอง ผลของการพิจารณาจะมาจากการพิจารณาร่วมกันของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่เรียกว่า “Extramural Program Management Committee” และ “Grant Management Office”⁷¹

ประเทศอังกฤษ

สำหรับสัญญาสัมปทานในประเทศอังกฤษนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

- 1) สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ (PPP : Public Private Partnership) การเข้าร่วมงานระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนเป็นความพยายามอย่างยิ่งของรัฐบาลในการที่จะฟื้นฟูการจัดให้มีบริการสาธารณะของประเทศอังกฤษ ฝ่ายบริหารพยายามที่จะขยายขอบข่ายของการให้ความร่วมมือในการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เนื่องจากเห็นว่าเป็นแนวทางที่ดีที่สุดในการที่จะปรับปรุงบริการสาธารณะให้ดียิ่งขึ้น

⁷⁰ ประมวลกฎหมายสหรัฐ ลักษณะ (Title) 31 ลักษณะย่อย (Subtitle) (Section) 5 หมวด (Chapter) 63 มาตรา 6305. Source : Legal Information Institute, Law School of Cornell University. “United States Code Collection.” <<http://www4.law.cornell.edu/uscode/31/6305.html>>, December 2001, อ้างในชวลิต เศวตสุด, เพิ่งอ้าง, น.50.

⁷¹ U.S. Department of Health and Human Services. “NIH Staff Involvement on extramural Awards-Cooperative Agreements.” <<http://www.1.od.nih.gov/oir/sourcebook/ethic-conduct/coop-agr.htm>>, March 2002, อ้างในชวลิต เศวตสุด, เพิ่งอ้าง, น.51.

2) สัญญาให้เอกชนดำเนินการในกิจการของรัฐ (PFI : Private Finance Initiative) ในระบบกฎหมายอังกฤษ ฝ่ายปกครองและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้มอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการก่อสร้างถนน โรงเรียน สถานักกัน และโรงพยาบาล โดยไม่ได้ใช้เงินภาษีอากรแต่อย่างใด⁷² โดยเฉพาะในปี พ.ศ.2545 ภายใต้กระบวนการให้เอกชนเข้าดำเนินงานในกิจการของรัฐ เอกชนคู่สัญญาจะเป็นผู้ลงทุนสำหรับค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างและให้องค์กรภาครัฐเข้าใช้ประโยชน์จากโครงการที่ดำเนินการแล้วเสร็จนั้น

จะเห็นได้ว่าสัญญาให้เอกชนดำเนินการในกิจการของรัฐนี้มีลักษณะของสัญญาสัมปทาน ไม่ว่าจะพิจารณาจากลักษณะของสัญญา หรือระยะเวลาของสัญญาที่ค่อนข้างยาวนาน เช่น สัญญาโครงการบริหารสถานักกัน อันเป็นโครงการที่รัฐอนุมัติการเข้าร่วมงานของรัฐ ซึ่งเป็นสถานักกันที่มีการออกแบบ ก่อสร้าง บริหารจัดการ และการสนับสนุนทางการเงินภายใต้โครงการให้เอกชนดำเนินการในกิจการของรัฐ ระยะเวลาของสัญญา 25 ปี เป็นต้น⁷³

สัญญาสัมปทานในประเทศอังกฤษเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ The Public Services Contract Regulations 1993⁷⁴

ประเทศนอร์เวย์

มี Act relating to concession in the acquisition of real property (Concession Act) 31 May 1974⁷⁵

ประเทศแคนาดา⁷⁶

ประเทศแคนาดามี Regulations ที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานของรัฐบาล คือ Financial Administration Act 2004 ตามกฎหมายดังกล่าวจะใช้กับ departments และ bodies ที่ใช้เงินงบประมาณซึ่งออกเสียงโดย National Assembly เท่านั้น กฎหมายฉบับนี้เรียกสัญญาสัมปทานที่จัดทำโดยรัฐบาลว่า government concession โดยมีการกำหนดวิธีการในการให้สัมปทานไว้ด้วยว่า การให้สัมปทานนั้นจะดำเนินการโดยวิธีการประกวดราคา ด้วยการออกประกาศเชิญชวนทาง

⁷²BBC News, "Public Private Partnerships and Private Finance Initiative", <<http://news.bbc.co.uk/1/low/uk/1518523.stm>>, 14 August 2002, อ้างในขวลิต เศวตสุต, เพิ่งอ้าง, น.128.

⁷³ขวลิต เศวตสุต, เพิ่งอ้าง, น.130-131.

⁷⁴ดู <<http://www.registry-trust.org.uk>>

⁷⁵ดู <<http://odin.dep.no/lmd>>

⁷⁶ดู <<http://www.canlii.org>>

หนังสือพิมพ์ให้ผู้สนใจเข้ารับสัมปทานส่งเอกสารประกวดราคา โดยเรียกรัฐบาลที่เป็นผู้ให้สัมปทานว่า owner และเรียกผู้รับสัมปทานที่เข้าทำสัญญากับ owner ว่า agent และเรียกเงินที่ agent จะจ่ายให้ภายใต้สัญญาว่า royalty

1.2 กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

โดยที่สัมปทานมาจากหลักกฎหมายปกครอง ด้วยเหตุนี้ หากประเทศใดไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานเป็นการเฉพาะแล้ว ก็จะนำหลักกฎหมายปกครองมาใช้บังคับสัญญาสัมปทาน โดยหลักกฎหมายปกครองที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ โดยเฉพาะกรณีของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั้น ได้แก่ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอของบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคของบริการสาธารณะ และหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ

ในประเทศฝรั่งเศสมีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาธรรมดา โดยสัญญาทางปกครองใช้กฎหมายปกครองบังคับ ส่วนสัญญาธรรมดาใช้กฎหมายแพ่งบังคับ ส่วนในประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายพิเศษที่จะมาใช้บังคับกับสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน โดยอังกฤษถือว่ารัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษเคยวางหลักว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ หากเห็นว่ามี ความจำเป็นที่จะกระทำเช่นนั้นเพื่อสาธารณประโยชน์ (Executive Necessity)

2. กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องและใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานนั้น มีความเป็นได้ทั้งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง กล่าวคือ

2.1 ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

การนำสัญญาสัมปทานไปอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีรากฐานมาจากกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เพราะกฎหมายระหว่างประเทศแผนกบุคคลนั้นเองที่อนุญาตให้สัญญาสัมปทานตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่าง

ประเทศได้⁷⁷ โดยการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁷⁸

โดยที่สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ เป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างชาติ ทำให้เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล ศาลที่พิจารณาพิพากษาก็จะนำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันของประเทศที่ศาลกำลังพิจารณาคัดสินคดี ค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเพื่อมาใช้บังคับกับคดีนั้น ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้ว กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา เนื่องจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาจะรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้อย่างดีที่สุดประการหนึ่ง

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจึงเป็นกฎหมายที่อนุญาตให้คู่สัญญาในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาได้ ซึ่งการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญานั้นมาจากหลักการในทฤษฎีที่เกี่ยวกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือก หรือกฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี (La Loi Choisie ou La Loi D'autonomie) อันเป็นที่ยอมรับกันในหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศต่าง ๆ ในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ยอมรับว่า ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาระหว่างประเทศได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมายนั้นจะได้รับการยอมรับและยึดถือตามอยู่เสมอ⁷⁹ ดังนั้น ในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ หลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้เองที่ให้อำนาจคู่สัญญาที่จะเลือกนำกฎหมายใด

⁷⁷ F.A.Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons," British Yearbook of International Law 35, 1959 : 45-46.

⁷⁸ ในคดี Kingdom of Saudi Arabia and the Arabian American Oil Company อนุญาตโตตุลาการได้วินิจฉัยกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ว่า ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ แต่กฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้นี้ มิได้ให้นำมาบังคับใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง แต่นำมาบังคับใช้โดยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, ดู Kingdom of Saudi Arabia and Arabian American Oil Company Award, p.61 อ้างโดย Hyde, "Economic Development Agreements" RCADI (1962 : I) : 316 - 317.

⁷⁹ Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, (New York : Oceana Publications Inc., 1978), p.71.

มาบังคับใช้ในสัญญา แม้ว่าจะเป็นหลักกฎหมายต่างชาติหรือหลักกฎหมายอื่นใดที่นอกเหนือจากหลักกฎหมายภายในของรัฐหรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาก็สามารถกระทำได้ ด้วยเหตุนี้ การที่สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติอาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งจึงเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา (choice of law) นี้เอง อย่างไรก็ตาม การเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาจะต้องกระทำโดยหลักสุจริตและถูกต้องตามกฎหมาย เช่น การเลือกกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ของสัญญาในประการใดประการหนึ่ง มิใช่เลือกกฎหมายที่ไม่ได้มีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญาแต่อย่างใดเลย เพราะถือว่าเป็นการเลือกกฎหมายที่ไม่อยู่ในวัตถุประสงค์ทางกฎหมาย⁸⁰

สำหรับสัญญาที่มีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลก็กำหนดไว้เช่นเดียวกันว่า กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาระหว่างประเทศ (international contracts) ซึ่งมีองค์ประกอบต่างชาติ (foreign elements) ย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี⁸¹ อย่างไรก็ตาม สัญญาจะต้องมีระบบกฎหมายที่มีอำนาจบังคับเป็นพื้นฐานรองรับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาเสมอ สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาจะมีอยู่ในสัญญาโดยไม่มีกฎหมายเป็นพื้นฐานรองรับไม่ได้⁸² ซึ่งหลักดังกล่าวได้รับการยืนยันในคดี ARAMCO⁸³

⁸⁰ Dicey, A.V., Dicey & Morris on the Conflict of Law, (London : Stevens & Sons Ltd., 1980), pp. 755-756.

⁸¹ ชุมพร บัณฑิตานนท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 61*, น.78.

⁸² F.A.Mann, *supra* note 76 : 49-50, Jean-Flavien Lalive, *supra* note 26.

⁸³ โดยอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า “เป็นที่ประจักษ์ชัดว่า สัญญาไม่อาจจะเกิดขึ้นโดยปราศจากระบบกฎหมายที่จะเป็นพื้นฐานรองรับ การทำสัญญาไม่ได้อยู่ภายใต้ดุลยพินิจอันไม่มีข้อจำกัดของผู้เป็นคู่สัญญา สัญญาจำเป็นอย่างยิ่งจะต้องเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายใดที่มีอยู่ เพื่อที่จะเป็นพื้นฐานรองรับเจตนาของคู่สัญญา โดยกฎหมายเหล่านี้จะมีผลบังคับในทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity) ระหว่างคู่สัญญา สัญญาไม่อาจจะถือกำเนิดมาโดยปราศจากกฎหมายที่ก่อให้เกิดสัญญา คู่สัญญามีความสามารถเพียงก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางสัญญา ถ้าระบบกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญายินยอมให้กระทำได้”, ดู Saudi Arabia v. Arabia American Oil Company, (ARAMCO), ILR 27, p.167 อ้างโดย Ijalaye, The

ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ การเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา ย่อมต้องอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ในกรณีเช่นนี้จึงได้แก่หลักกฎหมายขัดกัน เพราะว่ากฎหมายขัดกันเป็นหลักกฎหมายที่อนุญาตให้คู่กรณีเลือกกฎหมายที่เห็นว่าเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา กฎหมายขัดกันจึงเป็นพื้นฐานของสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งในกฎหมายขัดกันของประเทศต่าง ๆ ยอมรับว่า ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาระหว่างประเทศได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสัญญา การเลือกกฎหมายนั้นจะได้รับการยอมรับและยึดถือตามอยู่เสมอ⁸⁴ ดังนั้น เมื่อหลักกฎหมายขัดกันให้อำนาจคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใดก็ได้มาบังคับใช้กับสัญญา สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติจึงอาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายภายในของรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่งก็ได้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา ทั้งนี้ การเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาดังกล่าวจะต้องไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อย, นโยบายสาธารณะ และการเลือกจะต้องกระทำโดยหลักสุจริต ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาจึงเป็นกฎหมายที่สัญญามีความเกี่ยวพันมากที่สุด เช่น สัญชาติของคู่สัญญา สถานที่ในการทำสัญญา สถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น

2.2 ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

มีคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศหลายคดีที่คู่สัญญากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไม่ขัดแย้ง โดยกำหนดเพียงว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญาต่อกันด้วยเจตนาอันดีงาม ด้วยความสุจริต และจะตีความสัญญาอย่างมีเหตุผล เช่น คดี Abu Dhabi Case⁸⁵ คดี Sapphire International Petroleum Ltd. V. National Iranian Oil Company⁸⁶ เป็นต้น ทำให้อนุญาตศาลเลือกหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้กับสัญญา ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปเช่นนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายระหว่าง

Extension of Corporate Personality in International Law, (New York :Oceana Publications, Inc., 1978), p.164.

⁸⁴ Lew, *supra* note 79, p.71.

⁸⁵ เป็นกรณีพิพาทระหว่าง Petroleum Development Ltd. กับ Sheik of Abu Dhabi อ้างใน McNair, "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", British Yearbook of International Law. (1957) :12-13.

⁸⁶ Jean Lalive, *supra* note 26, p.1011.

ประเทศที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาตินั้น จึงอาจเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁸⁷ หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁸⁸ โดยตัวอย่างคดีที่นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น ได้แก่ คดี BP.V.Libra⁸⁹ คดี Liamco Arbitration⁹⁰ คดี Texaco

⁸⁷ เช่น ในคดี Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Oil Company อนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้, ดู Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company อ้างใน Jean-Flavien Lalive, *supra* note 26: 1011.

⁸⁸ องค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศ คือ เป็นทางปฏิบัติระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และมีความเชื่อโดยรัฐที่เกี่ยวข้องว่าเป็นกฎหมาย (Opinio juris)

⁸⁹ คดีนี้อนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาบังคับใช้โดยศาลระหว่างประเทศ ซึ่งก็คือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญามานำมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมระหว่างลิเบียกับบริษัท Libyan American Oil Company ตามสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาไว้ในข้อ 28 (7) ว่า “สัญญาสัมปทานนี้จะกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายลิเบียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายที่สอดคล้องกันเช่นนี้ สัญญาสัมปทานจะกำหนดและตีความโดยหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งศาลระหว่างประเทศพึงนำมาบังคับใช้” ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการไม่อาจจะยอมรับได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองจะนำมาบังคับใช้ในสัญญา โดยเนื่องจากข้อกำหนด 28(7) นั้นมิได้มีความหมายเช่นนี้ หรือว่าสัญญาสัมปทานนั้นถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ระบบกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ คือ กฎหมายที่เป็นไปตามข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่ได้ระบุไว้ ดังเช่น ในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายที่สอดคล้องระหว่างกฎหมายลิเบียและกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะหลักกฎหมายซึ่งนำมาบังคับใช้โดยศาลระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ,ดู 53 I.L.R. 297 at 329 อ้างโดย Greenwood, “State Contracts in International Law in the Libyan Oil Arbitrations”, *British Yearbook of International Law* (1982) : 46.

⁹⁰ คดีนี้อนุญาโตตุลาการได้ตีความข้อกำหนด 28 (7) ว่า หลักกฎหมายแห่งสัญญาสัมปทาน คือ กฎหมายภายในของลิเบียที่ไม่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายลิเบียนี้

Overseas Petroleum and anr v. The Government of the Libran Arab Republic⁹¹ เป็นต้น ส่วนตัวอย่างคดีที่นำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ได้แก่ คดี ARAMCO⁹² เป็นต้น

จึงรวมถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีที่กฎหมายลียและกฎหมายระหว่างประเทศขัดแย้งกัน หลักกฎหมายทั่วไปจะนำมาบังคับใช้โดยถือเป็นกฎหมายประเภทที่สองที่คู่กรณีเลือก, ดู Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic. International Legal Material 20 (1981) : 67.

⁹¹ คดีนี้เป็นกรณีพิพาทจากสัญญาสัมปทานระหว่างบริษัทและรัฐบาลลีย จากการที่ลียได้ประกาศกฤษฎีกาโอนทรัพย์สิน ผลประโยชน์และสิทธิทุกอย่างมาเป็นของรัฐ ซึ่งในกรณีนี้ถือว่าลียได้นำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาใช้กับบริษัท ศาสตราจารย์ Dupuy ได้วินิจฉัยปัญหากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาว่า จากข้อกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา แสดงว่าคู่กรณีมิได้เลือกกฎหมายลียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นการแสดงเจตนารมณ์ที่จะให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในสัญญาอยู่นอกเหนือจากระบบกฎหมายภายใน โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติเช่นนี้จะอยู่ในขอบข่ายของกฎหมายระหว่างประเทศสาขาใหม่ คือ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสัญญา (International law of contract) การโอนเป็นของรัฐบาลลียครั้งนี้จึงเป็นการละเมิดหน้าที่ในทางสัญญาสัมปทานดังกล่าว สัญญาสัมปทานนี้มีผลบังคับโดยหลักข้อตกลงพึงต้องปฏิบัติตาม (Pacta sunt servanda) ซึ่งถือเป็นกฎหมายพื้นฐานของสัญญา นอกจากนั้น อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยข้อกำหนดที่ 28 (7) ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้ในสัญญา ดังนี้ คือ การกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ในสัญญา ในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายลียที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้เช่นนี้ถือเป็นการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองมาบังคับใช้ในสัญญา เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปเป็นแหล่งที่มาประการหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การกำหนดให้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และการกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ ถือเป็นการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา และอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญา, ดู Texaco Overseas Petroleum Company/ California Asiatic Oil Company v. The Libyan Arab Republic. 18 (1978). p.15, para.41.

สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้น มีในหลักต่าง ๆ ดังนี้คือ

1. หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ (Pacta Sunt Servanda) เช่น ในคดี Texaco v. The Government of Libyan Arab Republic อนุญาโตตุลาการ Jean Rene Dupuy ก็ได้นำหลักกฎหมาย Pacta Sunt Servanda มาใช้บังคับด้วยวิธีการเปรียบเทียบกฎหมาย

2. หลักเคารพสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (Acquired Rights) เช่น ในกรณีของสัญญาสัมปทานนั้นจะหมายถึงว่าการที่บริษัทเอกชนต่างชาติได้รับสัมปทานไปนั้น สิทธิต่าง ๆ ที่พึงมีพึงได้ต่อบริษัทนี้ไม่อาจตกไปหรือมีการเพิกถอนใด ๆ ด้วยการเปลี่ยนแปลงโดยการใช้อำนาจรัฐ โดยกฎหมายระหว่างประเทศย่อมปกป้องคุ้มครองสิทธิของเอกชนต่างชาติอันพึงได้รับมาก่อนแล้วให้พ้นจากการใช้อำนาจของรัฐ⁹³

3. หลักกฎหมายว่าด้วยลภามอันมิควรได้ (Unjust Enrichment) เช่น ในคดี The Lena Goldfield Arbitration⁹⁴ คดี Petroleum Developments (Trucial Coast) Limited V. the Ruler of Abu Dhabi

4. หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) อันเป็นหลักที่ว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตามความผูกพันในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ย่อมให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

5. หลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากความมีเหตุผลตามแนวทางปฏิบัติทั่วไปของชาติที่เจริญแล้ว (Modern Law of Nations) เช่น คดี Abu Dhabi

6. หลัก Equity และความสำนึกอันดีงาม เช่น คดี Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Ltd.⁹⁵

⁹² คดีนี้อนุญาโตตุลาการได้นำธรรมเนียมประเพณีและทางปฏิบัติในธุรกิจน้ำมันมาบังคับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจากสัญญา, ดู Aramco award. ILR. 27 p.171 อ้างโดย Lew, *supra* note 79, p.466.

⁹³ D.P.O'Connell, *International Law*, Vol.2, pp.982-983.

⁹⁴ คดีนี้อนุญาโตตุลาการนำหลักลภามอันมิควรได้มาบังคับใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย อ้างใน Lord Mc Nair, Q.C., *supra* note 60: 11-12.

⁹⁵ Arbitration between the Ruler of Qatar and International Marine Oil Company. ILR (1953), p. 534.

ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติ จึงมิใช่หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากการนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในเรื่องนั้น ๆ มาเปรียบเทียบดูว่าอะไรเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนั้นแล้วจะนำหลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากกฎหมายภายในของประเทศที่ศาลยอมรับและเป็นกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาตลอดจนความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างคู่สัญญามาใช้

ตอนที่ 4 แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

ในตอนนี้จะเป็นการศึกษาถึงแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานว่าแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้เป็นอย่างไรในต่างประเทศ โดยจะได้พิจารณาจากแนวทางปฏิบัติที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน และประเด็นปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน

1. แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

โดยที่การระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานในปัจจุบันนั้น มีทั้งการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาถึงแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานว่าแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้เป็นอย่างไรในต่างประเทศ โดยเฉพาะหากเป็นการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้ เพื่อนำผลการศึกษามาเปรียบเทียบกับประเทศไทย และค้นหาแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานที่มีความเหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

จากการศึกษาพบว่า การระงับข้อพิพาทโดยทางศาลนั้นอาจมีได้ 2 ประเภท คือ ศาลแพ่งและศาลปกครอง ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีได้ 2 ประเภท คือ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) กับการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institutional arbitrations)

สำหรับในต่างประเทศ แนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานมักกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจะมีข้อตกลงที่จะให้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเสมอ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติ

ยอมไม่ยินดียี่งที่จะเสนอข้อพิพาทจากสัญญาให้อยู่ในอำนาจวินิจฉัยโดยศาลภายในของรัฐคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง เพราะเกรงว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอาจดำเนินการพิจารณาตัดสินทั้งในฐานะคู่สัญญาและในฐานะผู้พิพากษาในขณะเดียวกัน หากมีการดำเนินการฟ้องร้องกรณีพิพาทจากสัญญาโดยศาลของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งบางประเทศถือเป็นข้อกำหนดตามกฎหมายด้วย เช่น

- ประเทศโปรตุเกส การระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานกำหนดให้ใช้ voluntary arbitration under the terms of Law no.31 enacted on August 29th 1986 โดยให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 ฝ่าย แต่ละฝ่ายให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ 1 คน ส่วนอนุญาโตตุลาการคนที่สามจะ ถูกแต่งตั้งโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายนั้น
- ประเทศโรมาเนีย ในกฎหมายสัมปทาน (Law on concession) กำหนดให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยให้มีข้อสัญญาเกี่ยวกับการประนีประนอม (compromise clause) (Clause 30)
- ประเทศยูโกสลาเวีย มีกฎหมาย (Concession Act) กำหนดอย่างชัดเจนว่าการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนต่างชาติจะระงับข้อพิพาทโดยศาลยูโกสลาเวีย

อย่างไรก็ดี สำหรับในบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน การระงับข้อพิพาทอาจมีความแตกต่างออกไป โดยตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน กำหนดห้ามมิให้ทำข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ โดยอำนาจในการระงับข้อพิพาททางปกครองเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น เว้นแต่เป็นเรื่องอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองมิได้อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของคู่กรณีดังเช่นข้อพิพาทในสัญญาตามระบบกฎหมายเอกชน อีกทั้งข้อพิพาทในทางปกครองมิได้เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของเอกชน คู่สัญญาแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะต้องรักษาเพื่อประชาชนโดยรวมอีกด้วย ดังนั้น ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นหลักประกันในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะดังกล่าวจึงควรเป็นองค์กรตุลาการซึ่งก็คือศาลเท่านั้น

นอกจากนั้น ประเทศฝรั่งเศสยังกำหนดในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะไว้ด้วยว่า สัญญาทางปกครองโดยเฉพาะข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะต้องขึ้นศาลปกครอง ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว โดยศาลปกครองมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้คือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และการจัดทำบริการสาธารณะ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายในกรณีที่มีการ

อ้างทฤษฎี Imprevison ข้อพิพาทเรื่องสิทธิของผู้รับสัมปทาน การเลิกสัมปทาน และในกรณีที่มีการกระทำที่เกินอำนาจของผู้ให้สัมปทาน ศาลปกครองก็มีอำนาจพิจารณาเช่นกัน เว้นแต่ในกรณีองค์การของรัฐที่จัดทำบริการสาธารณะเชิงพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมบางอย่างซึ่งมีรายชื่อกำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกาเท่านั้นตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ.1975 มาตรา 7⁹⁶ ซึ่งกรณีนี้จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม โดยเฉพาะกรณีที่ผู้รับสัมปทานเป็นนิติบุคคลเอกชน แต่ถ้าผู้รับสัมปทานเป็นนิติบุคคลมหาชน เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง และถ้ามีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบหรือไม่ชอบของนิติกรรมทางปกครองก็ต้องขึ้นศาลปกครอง

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าแนวทางการระงับข้อพิพาทในต่างประเทศนั้นมีทั้งการระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองและโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากเป็นการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานแล้วส่วนใหญ่มักเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ยกเว้นในประเทศฝรั่งเศสที่ห้ามมิให้ทำข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

2. ปัญหาที่เกิดจากแนวการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน

ประเด็นปัญหาที่เกิดจากแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานว่าในต่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่มักเป็นปัญหาในเรื่องของการนำกฎหมายที่จะนำมาปรับแก้เรื่องที่พิพาท อย่างไรก็ดี ในบางประเทศได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน ทำให้ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาปรับแก้เรื่องที่พิพาท เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยระบบกฎหมายสหรัฐได้กำหนดการเยียวยาแก้ไขไว้ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งสูตรในการคำนวณค่าเสียหายไว้โดยชัดเจน ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายของไทยที่ไม่มีเกณฑ์มาตรฐานในการพิจารณา ทำให้เกิดปัญหาเมื่อคดีไปสู่การอนุญาโตตุลาการ⁹⁷

⁹⁶ C.E. 13 dec, 1957, Société nationale de vente des surplus, Rec., p.678 อ้างในฤทัย หงส์ศิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.73.

⁹⁷ ขวาลิต เสวตสุด, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.153.

ตอนที่ 5 แนวทางปฏิบัติในต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาแนวความคิดในต่างประเทศเรื่องสัญญาสัมปทาน ประเภทของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน และแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานมาแล้วในตอนที่ 1 ถึงตอนที่ 4 ในตอนนี้จึงเป็นศึกษาถึงแนวทางปฏิบัติในต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานว่าเป็นเช่นไร แนวทางปฏิบัติดังกล่าวมีการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติ กับสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนที่เป็นคนต่างชาติหรือไม่ อย่างไร และในต่างประเทศมีปัญหาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในเรื่องใดบ้าง รวมทั้งเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศว่ามีลักษณะเช่นใด

ดังนั้น โจทย์วิจัยในตอนนี้จึงเป็นปัญหาว่าแนวทางปฏิบัติในต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเป็นอย่างไร โดยเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทาน มีกฎหมายที่กำหนดหรือวางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้หรือไม่ อย่างไร โดยจะพิจารณานับตั้งแต่กระบวนการให้สัมปทาน กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทาน และกระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทาน นอกจากนั้น ยังจะได้ทำการศึกษาดูว่าในต่างประเทศมีปัญหาของสัญญาสัมปทานในเรื่องใดบ้าง และปัญหาส่วนใหญ่มักเป็นในเรื่องใด ทั้งนี้ โดยจะได้นำตัวอย่างของปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ รวมทั้งตัวอย่างสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมาศึกษาเงื่อนไขของสัญญาด้วยว่ามีลักษณะเช่นใด จากนั้นจึงนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย เพื่อวิเคราะห์ผลดีผลเสียและแนวทางในการแก้ไขปัญหา แล้วนำผลของการศึกษาไปเป็นข้อมูลประกอบการศึกษาวิเคราะห์สัญญาสัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยในบทที่ 3 ก่อนที่จะนำคำตอบทั้งหมดที่ได้รับจากการศึกษาไปใช้ในการวิเคราะห์เพื่อหาคำตอบให้กับบทที่ 4 ต่อไปว่าประเทศไทยควรกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

ในการศึกษาแนวทางปฏิบัติและประสบการณ์ในต่างประเทศตามเรื่องนี้ ผู้เขียนขอศึกษาจากตัวอย่างในบางประเทศเท่านั้น โดยจะพยายามให้มีทั้งตัวอย่างของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่น การศึกษาจากแนวทางปฏิบัติของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศภาคพื้นยุโรป และตัวอย่างของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย Common Law เพื่อให้สามารถมองเห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างจากแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยดังกล่าวได้ทั้งสองระบบ

จากโจทย์วิจัยดังกล่าว ผู้เขียนจึงแบ่งการศึกษาในบทนี้ออกเป็น 6 ส่วนดังนี้คือ

1. กระบวนการให้สัมปทานในต่างประเทศ
2. กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
3. กระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
4. เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศ
5. ปัญหาของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

1. กระบวนการให้สัมปทานในต่างประเทศ

ในต่างประเทศยอมรับแนวความคิดในการให้สัมปทานมาเป็นเวลานานแล้ว เช่น ประเทศฝรั่งเศส สัมปทานบริการสาธารณะจัดเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครองที่มีตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 14 ที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างคลองและทางรถไฟโดยมีแนวคิดว่ายเอกชนสามารถเข้ามาจัดทำและดูแลกิจการของฝ่ายปกครองบางอย่าง ซึ่งนอกจากจะเป็นการประหยัดเวลาและงานของฝ่ายปกครองแล้วยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมของเอกชนในกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ โดยแต่เดิมนั้นสัมปทานบริการสาธารณะจะมอบให้แก่เอกชนเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมาในภายหลังจึงได้มีการมอบให้นิติบุคคลมหาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำด้วย ในส่วนที่เกี่ยวกับการคัดเลือกผู้รับสัมปทานนั้น ผู้ให้สัมปทานจะดำเนินการตามหลักการแข่งขันอย่างเสรี แต่มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่า สัมปทานบริการสาธารณะบางประเภทจะให้สัมปทานได้ก็เฉพาะแต่นิติบุคคลมหาชนเท่านั้น โดยจะมีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนนั้นเป็นผู้ผูกขาดในกิจการนั้น ซึ่งถือว่าการผูกขาดโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายให้เป็นคู่สัญญาโดยการบังคับตามกฎหมาย สำหรับระยะเวลาในการให้สัมปทานบริการสาธารณะจะขึ้นกับผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทานที่ตกลงกันก่อนทำสัญญา แต่โดยทั่วไประยะเวลาจะค่อนข้างยาวเพื่อให้ผู้รับสัมปทานซึ่งต้องลงทุนเป็นจำนวนมากได้ดำเนินการไปในระยะเวลาดังกล่าวจะได้ทุนที่ลงไปกลับคืน ในระหว่างระยะเวลาดังกล่าว ผู้รับสัมปทานจะได้รับหลักประกันจากฝ่ายปกครองในกรณีที่เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะสิ้นสุดลงในกรณีที่ไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือสิ้นสุดเป็นกรณีพิเศษหากเกิดเหตุการณ์ต่าง ๆ เป็นต้น

ส่วนการให้สัมปทานปิโตรเลียมนั้น ส่วนใหญ่เป็นการอนุมัติให้สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติของรัฐแก่เอกชนต่างชาติ การอนุมัติให้สิทธิเช่นนี้แก่เอกชนกระทำโดยบทบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะของรัฐ ในบางประเทศจะต้องได้รับการอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร

การให้สัมปทานในต่างประเทศนั้นอาจกระทำได้ 2 แนวทาง คือ การให้สัมปทานโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย (by statute) กับการให้สัมปทานโดยการจัดทำสัญญา (by contract) ซึ่งกรณีการให้สัมปทานโดยการจัดทำสัญญานั้นก็อาจเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ด้วยก็ได้ ในบางประเทศกำหนดให้การให้สัมปทานเป็นสิทธิหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศอังกฤษจะมี Concession Act และยังมีกฎหมายแยกไปตามชนิดของสัมปทานด้วย เช่น By law No.XXXIX, 1992 on Transport Related Concessions และกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลท้องถิ่นอังกฤษในการให้สัมปทานกับบริษัทเอกชนภายใต้ขอบเขตและเงื่อนไขที่ตกลงกันตามสัญญาสัมปทานที่จะมีการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน และด้วยวิธีการประกวดราคา ระหว่างประเทศ (international public tender) เป็นต้น⁹⁸ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการให้สัมปทานในต่างประเทศมักดำเนินการด้วยวิธีการประกวดราคา (tender/bid) โดยเชิญชวนเอกชนผู้สนใจให้ยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐ และจะมีการประเมินข้อเสนอ (evaluate) ซึ่งหากผู้เข้ารับการประกวดราคายกยอชนะการประกวดราคาก็จะได้รับหนังสือรับรองการประกวดราคา (Letter of Acceptance : LOA) จากหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้มาลงนามในสัญญาสัมปทาน ซึ่งในข้อกำหนดของเอกสารประกวดราคาอาจกำหนดให้ผู้ชนะการประกวดราคาต้องไปจดทะเบียนเป็นบริษัทในประเทศของผู้รับสัมปทานก่อนที่จะมาลงนามในสัญญาสัมปทานด้วย

นอกจากนั้น ในบางประเทศยังมีกฎหมายที่กำหนดวิธีการให้สัมปทานโดยเฉพาะด้วย เช่น

- ประเทศโรมาเนีย

ตาม Law on Concession ใน Chapter III มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการให้สัมปทาน (Concession procedures) ว่าการให้สัมปทานในทรัพย์สิน กิจการสาธารณะ หรือบริการสาธารณะ จะกระทำโดยการประกวดราคา (public bidding) หรือการเจรจาโดยตรง (direct negotiation) ตามบทบัญญัติของกฎหมายในขณะนั้น (Article 10) โดยการประกวดราคามีทั้ง open public bidding หรือ open public bidding with pre-selection (Article 11) ที่เปิดให้

⁹⁸Helen Payne, Barrister, Masons and Consultant to Oriel Group Practice, "Concession Agreements", p.75.

บุคคลธรรมดาหรือบุคคลตามกฎหมายทั้งชาวโรมาเนียและชาวต่างชาติเข้าประกวดราคา ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดวิธีการในการประกวดราคาโดยละเอียดว่าจะกระทำอย่างไรบ้าง (Article 13 – 25) เช่น การประกาศใน Official Gazette ของโรมาเนีย หรือโดยหนังสือเวียนของประเทศหรือของท้องถิ่น การส่งซองประกวดราคา 2 ซอง การตั้งคณะกรรมการพิจารณา สำหรับการประกวดราคาโดยวิธี open public bidding เป็นต้น ส่วนการเจรจาโดยตรงจะกำหนดให้ใช้เฉพาะกรณีการประกวดราคาสาธารณะที่ไม่สามารถคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาได้ (Article 26) (กรณีนี้ของประเทศไทยเรียกว่าการเจรจาในกรณีที่การประกวดราคาไม่เป็นผลดี) ซึ่งวิธีการดังกล่าวใช้ได้ทั้งกับชาวโรมาเนียและชาวต่างชาติ

- ประเทศ Belarus

ในการประชุมคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) ใน session ที่ 36 ระหว่างวันที่ 30 มิถุนายน – 11 กรกฎาคม 2546⁹⁹ ได้มีการจัดทำ Draft Addendum to the UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects ซึ่งตาม Draft Addendum ดังกล่าวได้มี compilation of comments ในรัฐ Belarus ว่า ลักษณะเฉพาะของกิจกรรมการลงทุนเกิดขึ้นบนพื้นฐานของสัมปทานในสาธารณรัฐ Belarus ซึ่งปกครองภายใต้ Investment Code ของ Republic of Belarus ซึ่งตามมาตรา 49 ของ Code ดังกล่าวกำหนดว่ากิจกรรมการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ subsoil, water, forests, land และ assets ที่รัฐเป็นเจ้าของทั้งหมดและกิจการที่ดำเนินโดยรัฐเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะดำเนินการบนพื้นฐานของการให้สัมปทานตามกฎหมายของ Republic of Belarus ตามมาตรา 50 ของ Code สัมปทานถือเป็นสัญญาที่ concluded โดย Belarus กับนักลงทุนให้ดำเนินการในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยไม่มีสิทธิในการดำเนินการภายในดินแดนของ Belarus โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจกรรมซึ่งรัฐเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินการหรือในทรัพย์สินที่ Republic of Belarus เป็นเจ้าของ

กระบวนการให้สัมปทานในต่างประเทศที่น่าสนใจคือ ข้อเสนอแนะของ UNCITRAL หรือ คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) ที่ได้มีการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ (Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects) เสนอแนะให้รัฐต่าง ๆ มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับ การให้สัมปทานในโครงการสาธารณูปโภค

⁹⁹ ดู <<http://www.uncitral.org>>

โครงสร้างพื้นฐาน โดย Model ดังกล่าวได้เสนอแนะขั้นตอนต่าง ๆ ของการให้สัมปทานไว้ใน Model Provisions 1 – 27

นอกจากนั้น หากเป็นกรณีที่สัญญาสัมปทานนั้นอยู่ภายใต้การกู้เงินแล้ว กระบวนการให้สัมปทานยังต้องเป็นไปตามแนวทางที่ผู้ให้เงินกู้กำหนดไว้ด้วย เช่น ธนาคารโลก ได้กำหนด Guidelines for selecting Concessionaires and Procurement under World Bank Loans โดยในเดือนมกราคม 1995 ธนาคารโลกได้ยอมรับหลักเกณฑ์ใหม่ในการให้เงินกู้ในโครงการสาธารณูปโภคหรือสัญญาสัมปทานไว้ โดยกำหนดให้ใช้การแข่งขันโดยวิธีการประกวดราคา ซึ่งจะมีกระบวนการกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้น (Prequalification procedure) การกำหนดเกณฑ์ทางด้านเทคนิค (Technical Criteria) และราคา (Financial Criteria) ด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าการให้สัมปทานในต่างประเทศนั้นมีขั้นตอนของการอนุมัติให้สัมปทานเช่นเดียวกับในประเทศไทย และในต่างประเทศไม่ได้มีการแบ่งแยกหลักเกณฑ์การให้สัมปทานระหว่างผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติกับผู้ลงทุนที่เป็นคนต่างชาติเช่นเดียวกับในประเทศไทย

อย่างไรก็ดี การให้สัมปทานในต่างประเทศอาจมีความแตกต่างจากประเทศไทยตรงที่ว่า การให้สัมปทานในประเทศไทยนั้น เป็นไปโดยกฎหมาย และจะมีการนำสัญญาหรือใบอนุญาตมาเป็นเครื่องมือในการให้สัมปทาน จึงเป็นการให้สัมปทานที่ต้องมีกฎหมายรองรับและให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทานก่อน หน่วยงานของรัฐนั้นจึงสามารถทำสัญญาสัมปทานได้ ส่วนกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทานนั้น ประเทศไทยก็ไม่ได้มีกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์โดยตรงในเรื่องของการให้สัมปทาน โดยกฎหมายที่มีเป็นเพียงกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในเรื่องนั้น ๆ เท่านั้น

2. กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

สำหรับกระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานในต่างประเทศนั้น ในบางประเทศมีการกำหนดกระบวนการเจรจาในลักษณะของ Model เช่น ประเทศญี่ปุ่น¹⁰⁰ มีการศึกษาเกี่ยวกับรูปแบบของการเจรจาต่อรองสำหรับโครงการสัมปทานขนาดใหญ่ เพื่อเป็นมาตรฐานป้องกันความเสี่ยงอันอาจเกิดขึ้นจากการให้สัมปทานในโครงการขนาดใหญ่ โดยภาครัฐมีการเชิญให้ฝ่ายเอกชนเข้าร่วมในโครงการ BOT (Build-Operate-Transfer) เพื่อกระจายความเสี่ยงที่

¹⁰⁰ ดู <<http://www.eu-tokyo.ac.jp>>

เกิดขึ้นในโครงการ การเจรจาสัญญาสัมปทานจะถูกจัดให้มีขึ้นโดยผ่านทางทีมเจรจาต่อรองของ BOT (BOT negotiation team) และทีมเจรจาต่อรองฝ่ายรัฐบาล (government negotiation team) โดยที่กระบวนการในการเจรจาต่อรองสัญญาสัมปทาน BOT นั้นจะรวมทั้งการมีส่วนร่วมในบริการสาธารณะและในกิจการส่วนตัว และจะมีการอภิปรายกันหลายครั้งก่อนที่จะเจรจา กลุ่มในการเจรจาทั้งจากฝ่ายบริษัทผู้รับสัมปทานและฝ่ายรัฐบาลจะร่วมกันกำหนดมาตรการความเสี่ยงภายในที่มีปัจจัยที่ไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นในสัญญา มาตรการความเสี่ยงภายในเช่นว่านั้นจะเป็นผลมาจากประสบการณ์และข้อมูลที่ได้รับ ก่อนที่จะลงนามสัญญาสัมปทาน รัฐบาลและบริษัทผู้รับสัมปทานจะต้องร่วมกันเจรจาในขั้นตอนของการกำหนดความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นตามสัญญา ก่อน ในกระบวนการเจรจา ถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถยอมรับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นก็จะเป็นผลให้เรื่องนั้นถูกกำหนดเป็นหัวข้อในการเจรจาในการประชุมคราวต่อไป แต่ถ้าผู้เจรจากำหนด มาตรการความเสี่ยงของเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นได้ กลุ่มของผู้เจรจาจะอภิปรายกันในประเด็นเกี่ยวกับระดับของความเสี่ยงในเหตุแห่งความเสี่ยง การกำหนดความเสี่ยงดังกล่าวมีการจัดทำ เป็นสูตรในการพิจารณาด้วย

สำหรับสัมปทานที่ใช้เงินกู้ของ World Bank นั้น World Bank ได้กำหนดเรื่องของการเจรจา (Negotiations) ไว้เป็นขั้นตอนหนึ่งของการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน โดยให้รัฐบาลเจรจา โดยตรงกับผู้ชนะการประกวดราคาโดยชี้แจงในประเด็นเกี่ยวกับร่างสัญญาสัมปทาน ทั้งนี้ โดยจะ ไม่มีการเจรจาในประเด็นที่กำหนดไว้ชัดเจนแล้วในเอกสารประกวดราคา

ส่วนกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทานนั้น พบว่าในบางประเทศมีการกำหนด กระบวนการจัดทำเช่นเดียวกับประเทศไทย เช่น

- รัฐพลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา

การจัดทำ Concession Contract จะต้องขอความเห็นชอบจาก County Council หรือ Martin County ก่อน

- ประเทศโปรตุเกส

ผู้มีอำนาจลงนามในสัญญาสัมปทานจะเป็นรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงเช่นเดียวกับประเทศไทย โดยรัฐมนตรีถือเป็นตัวแทนของรัฐบาลที่มีอำนาจในการให้สัมปทาน ซึ่งเป็นไปตาม article 2 of Decree-law no. 448/99 on November 4 และถือว่าผู้ให้สัมปทานคือ the Portuguese State อย่างไรก็ตาม รัฐมนตรีผู้ให้สัมปทานอาจให้ร่วมกันกับบริษัทที่เป็นองค์กรของรัฐก็ได้ เช่น

Concession Contract of the Universal Postal Service ที่ลงนามเมื่อวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 2000¹⁰¹

- ประเทศเยอรมัน

กฎหมายปกครองเยอรมันกำหนดให้สัญญาทางปกครองจะต้องจัดทำเป็นหนังสือ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น¹⁰²

- ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวล (Civil Law) เช่นเดียวกับประเทศไทย และยังเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่โดยมีการแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรมเช่นเดียวกับประเทศไทยในปัจจุบัน สำหรับขั้นตอนการจัดทำสัญญาในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะมีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดไว้ เรียกว่าการพัสดุ และมีการจัดทำสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานขึ้นเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติราชการและเป็นแบบเดียวกัน สำหรับสัญญาที่ได้จัดทำขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุนั้น ในประเทศฝรั่งเศสถือเป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด¹⁰³ ซึ่งจะแตกต่างกับประเทศเยอรมันที่เห็นว่าการที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาลักษณะนี้กับเอกชนเป็นสัญญาทางแพ่งธรรมดา

ในการตัดสินใจทำสัญญาสัมปทานจะต้องมีการขออนุญาตจากรัฐมนตรีซึ่งควบคุมดูแลเสียก่อน ซึ่งสัมปทานที่ทำในนามของรัฐ รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องจะมีอำนาจในการลงนาม แต่ถ้าเป็นในระดับเทศบาล ผู้มีอำนาจลงนามคือนายกเทศมนตรี ซึ่งทำให้เอกสารสัญญาสัมปทานจะต้องมีหนังสืออนุญาตให้ทำสัมปทานจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องประกอบอยู่ด้วย ทั้งนี้ สัญญาสัมปทานที่เกิดจากการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องย่อมทำให้สัญญาสัมปทานเป็นโมฆะ เช่น ในกรณีที่ไม่มี การลงชื่อในสัญญาสัมปทาน¹⁰⁴ กรณีที่ไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐมนตรี

¹⁰¹ ดู <<http://www.icp.pt>>

¹⁰² มาตรา 57 Verwaltungsverfahrensgesetz 1976, อ้างในกมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความพยายามในการนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 17, ตอน 3, น.30 (ธันวาคม 2541).

¹⁰³ โภคิน พลกุล, “การประชุมพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล”, อาคารศาลฎีกา 2 มกราคม 2545 ครั้งที่ 2/2545.

¹⁰⁴ C.E.22 janv 1930, Vuittion : Lebon, p.811 อ้างในสุรพงศ์ กลั่นประชา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24, น.80.

ผู้รับผิดชอบ หรือกรณีคำอนุญาตไม่มีเหตุผล สัญญานั้นอาจไม่เป็นโมฆะ แต่จะเป็นสัญญาซึ่งไม่สมบูรณ์ ไม่สามารถบังคับกันได้¹⁰⁵

นอกจากนั้น ในบางประเทศมีกฎหมายที่กำหนดวิธีการจัดทำสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะเช่น ประเทศโรมาเนีย ตาม Law on Concession ใน Chapter IV มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการจัดทำสัญญาสัมปทานว่า สัญญาสัมปทานจะต้องจัดทำให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับจากวันที่ผู้รับสัมปทานได้รับแจ้งว่าเป็นผู้เข้าประกวดราคาที่ได้รับการยอมรับในข้อเสนอ โดยข้อสัญญาสัมปทานจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคาและตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของสัมปทานที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา ในตอนท้ายของสัญญาสัมปทานจะต้องมีข้อสัญญาเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญา (contract terminate) ซึ่งข้อสัญญานี้อาจนำไปรวมไว้ใน specific clauses ที่อ้างถึงการยกเลิกสัญญา (unilateral termination) หรือการชดเชยค่าเสียหาย (compensation) สัญญาสัมปทานจะต้องมีการอ้างว่าเพื่อประโยชน์ของสัมปทานห้ามมิให้มีการสัมปทานกับบุคคลที่สามไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน นอกจากนี้ ยังต้องมีข้อสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้รับสัมปทานต่อสิ่งแวดล้อมและประโยชน์ของสัมปทาน (Article 28) ในตอนท้ายของสัญญาสัมปทานจะต้องมีข้อกำหนดเพื่อประโยชน์ของสัมปทานโดยให้ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องคืนความเป็นเจ้าของรวมทั้งการลงทุนทั้งหมดที่ได้กระทำลงไปให้กับผู้ให้สัมปทานโดยปราศจากเงื่อนไข (Article 29) สัญญาสัมปทานจะอยู่ภายใต้กฎหมายของโรมาเนียในส่วนของคนชาติหรือพลเมืองโรมาเนีย และหากเป็นสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับที่ดินก็จะต้องนำไปจดทะเบียนภายใน 30 วันด้วย (Article 39)

สำหรับรูปแบบของสัญญาสัมปทานนั้น แต่เดิมจะอยู่ในรูปของความตกลงในการให้สัมปทานโดยตรง เป็นการอนุญาตจากรัฐบาลที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ อนุมัติให้ผู้ลงทุนต่างชาติทำการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติและนำมาใช้ประโยชน์โดยบริษัทต่างชาติเหล่านี้ให้ค่าตอบแทนหรือค่าภาคหลวง (Royalty) แต่ปัจจุบันรูปแบบของสัญญาสัมปทานได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐและผู้ลงทุนต่างชาติหรือกลุ่มนักลงทุนต่างประเทศ ในบางครั้งอาจเป็นการร่วมลงทุนระหว่างประเทศ (international consortium) โดยเป็นการร่วมลงทุนระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติ รัฐบาล และสถาบันต่าง ๆ

รูปแบบของสัญญาสัมปทานนี้ อาจเป็นได้ทั้งในรูปแบบของสัญญาโดยทั่วไป หรือสัญญาที่มีการกำหนดรูปแบบโดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรือรูปแบบมาตรฐานที่กำหนดโดยคู่สัญญาฝ่าย

¹⁰⁵ อ้างในสุรพงษ์ กลั่นประชา, เพิ่งอ้าง, หน้าเดียวกัน.

รัฐ ซึ่งในกรณีหลังนี้ รูปแบบเงื่อนไข ข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาจะกำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย เว้นแต่ในกรณีที่เกี่ยวกับประโยชน์ทางการเงิน หรือการให้ผลประโยชน์ในด้านอื่น ๆ จะเป็นการเสนอโดยผู้รับสัมปทานแก่รัฐผู้อนุมัติสัมปทาน เช่น

- ประเทศสหรัฐอเมริกา

สัญญาของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะเป็นข้อตกลงมาตรฐาน (Standard Terms and Conditions – Unique to Government Contracts) ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องและระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลกลางโดยคู่สัญญาไม่สามารถที่จะเจรจาต่อรองเพื่อเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขดังกล่าวได้ (Non-negotiable) ซึ่งเงื่อนไขของสัญญาดังกล่าวมักปรากฏถึงความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายเอกชน เช่น ข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวเพื่อความสะดวกของฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องมีการผิดสัญญา แต่ก็จะมีการเยียวยาแก้ไขและชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม (Equitable adjustment) ข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว ข้อกำหนดที่ให้เอกชนคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปเพื่อมิให้กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น รูปแบบของสัญญาดังกล่าวจะมีรูปแบบเดียวกัน ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีมูลค่าเพียงใดก็ตาม และไม่ว่าเอกชนคู่สัญญาจะมีฐานะทางเศรษฐกิจเช่นใดก็ตาม หน่วยงานคู่สัญญาจะใช้แบบของสัญญาที่เป็นมาตรฐานนั้นกับทุกกรณี ซึ่งรูปแบบของสัญญาดังกล่าวได้เปิดเผยอยู่ในเอกสารการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของทางราชการด้วยเพื่อให้เอกชนผู้ประสงค์ที่จะเข้าทำสัญญาได้ทราบล่วงหน้าถึงภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาก่อนที่จะเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง¹⁰⁶

สำหรับสัญญาสัมปทานนั้น สหรัฐอเมริกามี Standard Concession Contract โดยบทบัญญัติที่มักจะถูกอ้างถึงเสมอปรากฏตาม section 3 (a) of the Standard Concession Contract ใน 65 Fed.Reg.26,052, 26,063, 26,064 (May 4,2000)¹⁰⁷ ที่กำหนดให้สัญญามีความจำเป็นและความเหมาะสมสำหรับการใช้ประโยชน์สาธารณะและ enjoyment of the Area และใน Section 10(a) of the Standard Concession Contract ก็กำหนดให้ Concessionaires จะต้องรับผิดชอบในการบำรุงรักษาโดยลำพัง (shall be solely responsible for maintenance) หรือใน Section 9 (a) ใน 65 Fed.Reg. 26,058 ก็กำหนดให้ concessionaire construct or install upon lands assigned to the Contractor

¹⁰⁶ ขวลิต เศวตสุต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.51-71.

¹⁰⁷ เป็นเอกสารที่ถูกตีพิมพ์ใน Federal Register on May 4,2000.

- ประเทศอังกฤษ

สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีรูปแบบมาตรฐาน (Standardized Conditions of Contract) จะมีเพียง 2 รูปแบบ คือ สัญญาจ้างก่อสร้าง (Construction Contracts) และสัญญาจัดซื้อจัดหา (Supply Contract) และเมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ.2005 ได้มีการจัดทำแบบสัญญามาตรฐานสำหรับการจัดจ้าง (Model Terms and Conditions of Contract for Goods) และแบบสัญญามาตรฐานการบริการ (Model Terms and Conditions of Contract for Services) โดยมี Office of Government Commerce หน่วยงานที่รับผิดชอบในการเผยแพร่รูปแบบดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ¹⁰⁸

ในประเทศระบบคอมมอนลอว์นั้น มีข้อที่น่าสังเกตว่าข้อตกลงในสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนคู่สัญญา ฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิของเอกชนคู่สัญญาโดยไม่มีกฎหมายหรือข้อตกลงใด ๆ ในสัญญารองรับให้อำนาจไว้ไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว การกระทำนั้น ๆ ก็จะได้รับกรยอมรับโดยองค์กรตุลาการหรือองค์กรนิติบัญญัติที่เกี่ยวข้อง แม้ในความเป็นจริง ฝ่ายบริหารอาจจำเป็นต้องเสนอแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิแก่เอกชนคู่สัญญาในการเรียกร้องจากรัฐหรือผ่อนคลายความเข้มงวดของรัฐบัญญัติลงในบางกรณี

- ประเทศฝรั่งเศส

สัญญาสัมปทานในประเทศฝรั่งเศสมีการทำในหลายรูปแบบ บางครั้งจะเป็นเพียงเอกสารฉบับเดียว บางครั้งจะเป็นเอกสาร 2 ฉบับ ฉบับหนึ่งเรียกว่า ข้อตกลงของสัญญาสัมปทานที่เรียกว่า “l’acte de concession” ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ระบุตัวผู้รับสัมปทานและมอบสัมปทานนั้นให้แก่ผู้รับสัมปทาน ประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทาน โดยนิติกรรมเช่นนี้จะโยงไปถึงเอกสารอีกฉบับหนึ่งที่เรียกว่า “cahier des charges particulier” ซึ่งเป็นเอกสารต่อท้ายสัมปทาน โดยฝ่ายปกครองจะให้สัมปทานแก่เอกชนในการดำเนินการบริการสาธารณะและผู้รับสัมปทานผูกพันที่จะดำเนินการตามข้อกำหนดของบันทึกเงื่อนไขทางปกครองหรือเงื่อนไขประกอบสัมปทานที่ต่อท้ายกับสัญญาที่ตกลงนี้ อีกฉบับหนึ่งเรียกว่า บันทึกเงื่อนไขทางปกครองหรือเงื่อนไขประกอบสัมปทาน (cahier des charges)

¹⁰⁸ Office of Government Commerce, “New Model Terms and Conditions of Contracts) General Goods and Services (Non-IT), ii) IT Contracts.”, 2005, <http://www.ogc.gov.uk/sdtkdev/new_content/decisionmap/tcintro.html>, 31 March 2005.

อันมีรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ทำสัมปทานอะไร และวิธีการดำเนินการให้ดำเนินการอย่างไร รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับสัมปทานกับผู้ให้บริการ บันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองนี้จะอยู่ต่อท้ายสัญญาที่ตกลงกันระหว่างผู้ให้สัมปทานกับผู้รับสัมปทาน บันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองเป็นเอกสารที่สำคัญที่สุดและเป็นเอกสารที่ยาวมาก โดยจะกำหนดวัตถุประสงค์ของสัมปทาน, เงื่อนไขในการปฏิบัติการของสัมปทาน ระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินการ อายุของสัญญา เป็นต้น บันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองที่ต่อท้ายสัญญานี้จะเรียกว่า บันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองเฉพาะ (cahier des charges particulier) โดยเอกสารฉบับนี้จะอ้างถึง cahier des charges type อันเป็นข้อกำหนดฉบับที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้าแบบอย่างที่ได้ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วเป็นหลัก เว้นแต่ในเรื่องที่ผู้ให้สัมปทานเห็นควรกำหนดไว้ในสัมปทานนั้นเป็นพิเศษ¹⁰⁹ ซึ่งบันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองเฉพาะจะต้องสอดคล้องกับบันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองแบบอย่าง ทั้งนี้ บันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองเฉพาะของสัญญาสัมปทานสามารถมีข้อยกเว้นหรือการเปลี่ยนแปลงไปจากบันทึกลงเงื่อนไขทางปกครองแบบอย่างได้ แต่ข้อยกเว้นหรือการเปลี่ยนแปลงนี้จะต้องได้รับการอนุมัติที่เป็นไปตามข้อบังคับเฉพาะของความสามารถและวิธีการด้วย¹¹⁰

นอกจากนั้น ก็ยังมีโครงสร้างสัญญาสัมปทานที่จัดทำโดย UNICITRAL หรือ คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) ที่ได้มีการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ (Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects) ซึ่งในกฎหมายแม่แบบนี้ได้เสนอแนะเนื้อหาและการตีความสัญญาสัมปทานไว้ในหมวดที่ 3 ของ Part 2 Model Legislative Provisions ตาม Model provisions 28-51¹¹¹ อีกทั้งยังปรากฏร่างแบบสัญญามาตรฐานสำหรับโครงการ BOT ที่อยู่ระหว่างการจัดทำโดย FIDIC (The International Federation of Consulting Engineers) ซึ่ง FIDIC พยายามที่จะนำแบบสัญญา Conditions of Contract for EPC (Engineer, Procurement, Construction) Turnkey Project 1999 หรือที่รู้จักกันในชื่อ Silver Book มาเป็นแนวทางในการดำเนินการ¹¹² หรือในบางประเทศก็มีความพยายาม

¹⁰⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 68-69.

¹¹⁰ วิบูลย์ สัมมาระบุต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น. 16-18.

¹¹¹ ได้รับความเห็นชอบจาก Commission ในระหว่างการประชุมครั้งที่ 36 ที่กรุงเวียนนาเมื่อเดือนกรกฎาคม 2546, ดู <<http://www.uncitral.org>>

¹¹² ดู <<http://www1.fidic.org/reconference/2005>>

ที่จะจัดทำแบบของสัญญาสัมปทาน เช่น ประเทศอินเดีย¹¹³ อีกทั้งในบางประเทศก็อาจมีกฎหมายกำหนดอย่างชัดเจนว่าสัญญาสัมปทานที่ทำกับผู้ลงทุนต่างชาติจะมีเงื่อนไขสัญญาในเรื่องใดบ้าง เช่น ยูโกสลาเวีย Turkmenistan เป็นต้น

จุดมุ่งหมายหลักของการจัดทำแบบสัญญาสัมปทานมาตรฐานในต่างประเทศนั้นมาจากความต้องการที่จะแบ่งความเสี่ยงระหว่างผู้รับการลงทุนกับผู้ให้การลงทุน โดยเฉพาะในโครงการ BOT ที่ค่อนข้างมีความเสี่ยงสูงสำหรับผู้ลงทุน ซึ่งหากประสบความสำเร็จก็จะเป็นผลดีต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

3. กระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

กระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานในต่างประเทศเป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่กำหนดไว้ และสัญญาสัมปทานมักจะกำหนดระยะเวลาของสัญญาที่ยาวนานพอสมควร เช่น 30 ปี เป็นต้น

ในประเทศฝรั่งเศส ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัมปทานและในบันทึกเงื่อนไขประกอบสัมปทาน ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ หรือไม่ทำตามเงื่อนไขที่สัมปทานกำหนด จะมีบทบังคับแก่ผู้รับสัมปทานอยู่ 2 ประเภท คือ บทบังคับเกี่ยวกับการเงิน เช่น เบี้ยปรับ การชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งเป็นผลบังคับของสัญญาทางแพ่งทั่วไป และบทบังคับเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะ เช่น การยึดหรือเข้า

¹¹³ ประเทศอินเดียมี Model Concession Agreement for Annuity Based Project ซึ่งเป็นแบบสัญญาสัมปทานที่จัดทำขึ้นโดย National Highway Authority of India ในปี พ.ศ.2544 แบบสัญญาสัมปทานดังกล่าวถูกนำมาใช้ในสัมปทานทางหลวง ซึ่งมีลักษณะเป็นสัมปทานในรูปแบบ BOT (Build Operate Transfer) เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานดังกล่าวค่อนข้างคล้ายคลึงกับสัญญาจ้างก่อสร้าง เพียงแต่จะมีเงื่อนไขบางอย่างที่เกี่ยวกับสัมปทานเป็นการเฉพาะ เช่น การให้สัมปทาน (Grant of Concession) ระยะเวลาสัมปทาน (Concession Period) การยอมรับสัมปทาน (Acceptance of Concession) เป็นต้น อ้างใน <<http://www.nhai.org/annuity.pdf>> นอกจากนี้ ก็ยังมี Model Concession Agreement for Small Road Projects ซึ่งเป็นแบบสัญญาสัมปทานที่จัดทำขึ้นโดยรัฐบาลอินเดีย อ้างใน <<http://www.nhai.org/sca.pdf>>

ดำเนินการแทนผู้รับสัมปทาน และการบอกเลิกสัญญา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มาตรการที่จะใช้ลงโทษแก่ผู้รับสัมปทานจะกำหนดโทษทางอาญาไม่ได้ และไม่อาจกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้รับสัมปทานได้ ส่วนในกรณีที่ผู้ให้สัมปทานไม่ปฏิบัติตามหน้าที่นั้น ผู้รับสัมปทานจะบังคับการให้ผู้ให้สัมปทานปฏิบัติตามสัญญาด้วยตัวเองไม่ได้¹¹⁴ แต่ผู้รับสัมปทานจะต้องฟ้องศาลเพื่อให้ผู้พิพากษาประกาศบอกเลิกสัญญาหรือให้ผู้ให้สัมปทานชดเชยค่าเสียหายโดยไม่ต้องมีการเลิกสัญญา

กระบวนการผูกพันของสัญญาสัมปทานจะสิ้นสุดได้ใน 2 กรณีคือ เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขข้อบังคับในสัญญาสัมปทาน เช่น สัมปทานสิ้นอายุ กับเมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นทำให้สัญญาสัมปทานต้องเลิกไป เช่น การซื้อคืน หรือการบอกเลิกสัญญา

4. เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศ

เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของสัมปทาน อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วโครงสร้างของสัญญาสัมปทานจะประกอบไปด้วยข้อสัญญาทางด้านกฎหมาย (Legal Agreements) ที่อาจมีทั้ง general terms, specific terms, common terms และข้อสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินโครงการ

สำหรับ General Terms of Concession Agreement จะเกี่ยวข้องกับการตีความ คำนิยาม วัตถุประสงค์ของสัญญา การเริ่มต้นและระยะเวลาสัมปทาน การให้สัมปทาน ความเป็นเจ้าของและการคืนเมื่อสิ้นสุดอายุสัมปทาน เป็นต้น ส่วน Specific Terms นั้นจะแตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ ลักษณะ และระยะเวลาของสัมปทานโครงการนั้น ๆ ซึ่งจะเกี่ยวกับการก่อสร้าง การดำเนินการและการบำรุงรักษา การเงินและรายได้ เช่น assignment of concession, terms of payment, commercial freedom, adjustment to concession, purchase of facility, exclusively, compensation, taxes and duties, special insurances, transfer of existing facilities, etc.

ส่วน common terms จะเป็นเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา การประกันภัย การสิ้นสุดสัญญา เหตุสุดวิสัย การระงับข้อพิพาท เป็นต้น

เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศส่วนใหญ่จะประกอบไปด้วยเงื่อนไขสัญญาหลัก ๆ ในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

¹¹⁴ C.E.19 mars. 1930, Ste la Fusion des gaz : Lebon, p.311. – 7 janv. 1976, Ville d'Amiens, p.94 อ้างในสุรพงษ์ กลั่นประชา, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 24, น.89.

Article 1 Definitions and Interpretation ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับคำนิยามและการตีความ

Article 2 Concession ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาในเรื่องของสัมปทาน ประกอบด้วย การให้สัมปทานโดยหน่วยงานของรัฐ (Grant of Concession) ระยะเวลาสัมปทาน (Concession Period) การยอมรับสัมปทาน (Acceptance of Concession)

Article 3 Project Site ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับพื้นที่สัมปทานและการส่งมอบพื้นที่ให้ผู้รับสัมปทานเข้าไปครอบครองและดำเนินการที่ได้รับสัมปทาน ในส่วนนี้มีข้อที่น่าสังเกตด้วยว่าสัญญาสัมปทานในบางประเทศนั้นกำหนดให้นำหนังสือที่ได้รับความเห็นชอบในเรื่องของผลกระทบสิ่งแวดล้อมมาแนบไว้ในสัญญาด้วย

Article 4 Independent Engineer ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาที่ให้มีการแต่งตั้ง Independent Engineer เพื่อควบคุมงานและติดตามงานที่ได้รับสัมปทาน โดยกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ Independent Engineer

Article 5 Concessionaire's Obligations เป็นเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดพันธะแก่ผู้รับสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ เช่น เงื่อนไขทั่วไป (General Obligations) ที่ให้ผู้รับสัมปทานต้องรับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมด การจัดให้มีหลักประกันสัญญา (Performance Security) การจัดการทางการเงิน (Financial Arrangement) การดำเนินงานก่อสร้าง การประกอบและการบำรุงรักษา (Operation and Maintenance) การประกันภัย (Insurance) ที่ต้องจัดให้มีทั้งในช่วงก่อสร้างและประกอบการ การถือหุ้น (Shareholding) ที่มักกำหนดให้บริษัทที่เป็น Lead Firm คงไว้ซึ่งการถือหุ้นในบริษัทผู้รับสัมปทานไม่น้อยกว่า 51%

Article 6 Grantor's Obligations ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดพันธะแก่ผู้ให้สัมปทานในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งจะมีพันธะเฉพาะเจาะจง (Specific obligations) เกี่ยวกับการลงนามสัญญาและการให้สัมปทาน และพันธะทั่วไป (General obligations) เกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือผู้รับสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ

Article 7 Fee ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาที่ให้สิทธิผู้รับสัมปทานในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชนผู้ใช้บริการ โดยผู้ให้สัมปทานจะปิดประกาศรายละเอียดของค่าธรรมเนียมให้ประชาชนรับทราบล่วงหน้า ส่วนการปรับอัตราค่าธรรมเนียมนั้นจะมีการกำหนดอย่างชัดเจนว่าเป็นเช่นไร ซึ่งมักจะมีเอกสารแนบท้ายสัญญาที่กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในแต่ละปีไว้ด้วย

Article 8 Change in Law ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาที่รับรองสิทธิของผู้รับสัมปทานหากมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในประเทศของผู้ให้สัมปทาน

Article 9 Scope Changes/ Variations ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาในการเปลี่ยนแปลงงาน

Article 10 Force Majeure เป็นเงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับเหตุสุดวิสัย ซึ่งในบางประเทศเงื่อนไขสัญญาอาจครอบคลุมไปถึงเหตุการณ์ทางการเมือง (Political Events) ด้วยเพื่อเป็นการให้ความมั่นใจแก่ผู้รับสัมปทานว่าจะไม่ได้รับผลกระทบจากกรณีดังกล่าว

Article 10 Events of Default and Termination ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับการผิดนัดและการสิ้นสุดสัญญา

Article 11 Dispute Resolution ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยส่วนใหญ่มักเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ที่มีความชัดเจนทั้งกระบวนการ สถานที่ระงับข้อพิพาท ภาษาที่ใช้ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยในบางสัญญาอาจรวมถึงการระงับข้อพิพาทโดยฉันมิตร (Amicable Resolution) ด้วย

Article 12 Miscellaneous บทเบ็ดเตล็ด ซึ่งเกี่ยวกับการโอนสิทธิ (Assignments) การเรียกค่าเสียหาย (Indemnity) กฎหมายที่ใช้บังคับและเขตอำนาจ (Governing Law and Jurisdiction) การสละสิทธิ (Waiver) การแก้ไขสัญญา (Amendments) การบอกกล่าว (Notice), ภาษาที่ใช้บังคับ เป็นต้น

ทั้งนี้ จะมีการแนบเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น หนังสือตอบรับการเป็นผู้ผ่านการพิจารณาคัดเลือก (Letter of Acceptance) จากหน่วยงานของรัฐ พื้นที่โครงการ (Project Site) สิ่งอำนวยความสะดวกของโครงการ (Project Facilities) กำหนดระยะเวลาส่งมอบงาน ปริมาณงาน (Bill of Quantities) แบบรูป (Drawings) รายละเอียดทางเทคนิค (Specifications) ข้อกำหนดเรื่องการออกแบบ (Design Requirements) ข้อกำหนดเรื่องการก่อสร้าง (Construction Requirements) ข้อกำหนดเรื่องการบำรุงรักษา (Operation and Maintenance Requirements) ข้อเสนอทางการเงิน (Financial Proposal) แบบหนังสือค้ำประกันสัญญา (Performance Security) เป็นต้น นอกจากนี้ ในบางสัญญาอาจมี State Support Agreement¹¹⁵ ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างรัฐบาลกับหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทาน สัญญาดังกล่าวนอกจากจะเป็นการให้ความมั่นใจกับผู้รับสัมปทานว่าจะได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล และรัฐบาลจะไม่อ้างความคุ้มกันของรัฐกับผู้รับสัมปทาน รวมทั้งจะมีการ

¹¹⁵ Model Concession Agreement for Annuity Based Project, *supra* note 113.

ชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้รับสัมปทานหากรัฐบาลละเมิดสัญญาแล้ว ยังเป็นการให้ความมั่นใจกับรัฐบาลในการดำเนินโครงการของผู้รับสัมปทาน

สัญญาสัมปทานในต่างประเทศอาจสรุปออกเป็นประเด็นต่าง ๆ ได้ดังนี้

1. สัญญาสัมปทานในต่างประเทศส่วนใหญ่เรียกชื่อว่า “Concession Contract” หรือ “Concession Agreement”

2. สัญญาสัมปทานในต่างประเทศส่วนใหญ่จะเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจเป็นตัวรัฐโดยตรง หรืออาจเป็นหน่วยงานของรัฐก็ได้ เช่น Concession Contract for Towle & Leavil Historic Retail Shop¹¹⁶, Model Concession Agreement for Small Road Projects¹¹⁷ เป็นต้น

3. สัญญาสัมปทานในต่างประเทศจะกระทำได้อาจต้องมีกฎหมายให้อำนาจ เช่น Concession Contract for Towle & Leavil Historic Retail Shop กฎหมายที่ให้อำนาจ Department of Parks and Recreation ในการเข้าทำสัญญาคือ California Public Resources Code, Concession Agreement for Annuity Based Project กฎหมายที่ให้อำนาจ National Highway Authority of India ในการเข้าทำสัญญาคือ National Highways Authority of India Act 1988 เป็นต้น

4. รูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในต่างประเทศมีหลายรูปแบบ แต่ส่วนใหญ่มักเป็นแบบ BOT คือ Build Operate Transfer

5. ระยะเวลาของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศส่วนใหญ่จะเป็นเวลาประมาณ 5 ปี หรือมากกว่า เช่น Concession Contract for Towle & Leavil Historic Retail Shop กำหนด

¹¹⁶ เป็นสัญญาสัมปทานของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา อันเป็นสัญญาเกี่ยวกับการให้สิทธิและหน้าที่แก่ผู้รับสัมปทาน เพื่อการพัฒนา ดำเนินการและดูแล nonexclusive concession ใน California State Historic Park สัญญานี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐคือ State of California แต่เป็นการทำสัญญาโดยผ่านทาง Department of Parks and Recreation ซึ่งในสัญญาเรียกว่า “State” ฝ่ายหนึ่ง กับ DBA Concession Name of Concession City, State ซึ่งในสัญญาเรียกว่า “Concessionaire” อีกฝ่ายหนึ่ง, ดู <<http://www.parks.ca.gov>>

¹¹⁷ เป็นแบบสัญญาสัมปทานของประเทศอินเดีย ซึ่งสัญญานี้กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ คือ The President of India กระทำการในนามของรัฐบาลอินเดีย ดู <<http://www.nhai.org/sca.pdf>>

ระยะเวลาของสัญญา 5 ปีแต่อาจมีการขยายเวลาออกไปอีก 5 ปี โดยกำหนดเริ่มสัญญาตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ.2005 หรือในวันแรกของเดือนหลังจากที่ได้รับความเห็นชอบจาก Department of General Services แล้ว

6. สัญญาสัมปทานในต่างประเทศมีข้อกำหนดให้ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐหรือสำนักงานอัยการสูงสุดเช่นเดียวกับประเทศไทย เช่น Contract for Towle & Leavil Historic Retail Shop ในข้อ 5 ของสัญญามีข้อกำหนดอย่างชัดเจนว่า สัญญานี้จะไม่มีผลจนกว่าจะได้รับความเห็นชอบจากรัฐ (State) และ/หรือสำนักงานอัยการสูงสุด (Office of the Attorney General) และ/หรือ Department of General Services ซึ่งในสัญญาจะมีการลงนามให้ความเห็นชอบโดย Deputy Attorney General ด้วย

7. สัญญาสัมปทานในต่างประเทศส่วนใหญ่มีการกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องไปจดทะเบียนเป็นบริษัทในประเทศของผู้ให้สัมปทานเช่นกัน

8. สัญญาสัมปทานในต่างประเทศมีทั้งสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานจะต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับรัฐ และสัญญาสัมปทานที่ไม่ได้ให้ผู้รับสัมปทานต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ

9. สัญญาสัมปทานในบางประเทศอาจมีหลักประกันสัญญา (Performance Bond หรือ Performance Security) โดยผู้รับสัมปทานจะต้องจัดให้มีหลักประกันสัญญาก่อนวันเริ่มงาน และก่อนที่จะเข้ารับสัมปทาน และหลักประกันดังกล่าวจะคงอยู่จนกระทั่งสิ้นสุดสัญญา โดยเป็นหลักประกันสัญญาที่มีจำนวนแน่นอน

นอกจากหลักประกันสัญญาแล้วก็อาจมี Construction Payment Bond ซึ่งเป็นหลักประกันการจ่ายเงินเกี่ยวกับการก่อสร้างเพื่อไม่ให้รัฐต้องรับผิดชอบจากกรณีดังกล่าว โดยผู้รับสัมปทานจะต้องจัดให้มีก่อนที่จะเริ่มงานก่อสร้าง ในจำนวนไม่น้อยกว่า 100% ของค่าจ้างก่อสร้างตามสัญญานี้ และยังมี Construction Performance Bond อันเป็นหลักประกันการปฏิบัติงานก่อสร้างที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานจัดให้มีก่อนที่จะเริ่มงานก่อสร้าง ในจำนวนไม่น้อยกว่า 100% ของค่าจ้างก่อสร้างตามสัญญานี้

10. การประกันภัย (Insurance) สัญญาสัมปทานในต่างประเทศมักมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการประกันภัยในสัญญาด้วย โดยเป็นการประกันภัยเกี่ยวกับ Liability Insurance, Workers Compensative Insurance, Fire Insurance นอกจากนั้น ยังมีประกันความเสี่ยงเกี่ยวกับ Builders Risk / Installation Floater ด้วย

11. สำหรับเงื่อนไขสัญญานั้น จะมีเงื่อนไขสัญญาในเรื่องต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่าในต่างประเทศไม่ได้มีการแยกความแตกต่างระหว่างสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติ กับสัญญาสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติแต่อย่างใด

5. ปัญหาของสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศ

ปัญหาส่วนใหญ่ของสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้น มีทั้งปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานและปัญหาจากการกระทำของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวทำให้เกิดการละเมิดสัญญา ซึ่งพอจะยกตัวอย่างได้ดังนี้คือ

5.1 ปัญหาจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐ

5.1.1 ปัญหาอันเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐ

มาตรการโอนเป็นของรัฐนั้นเกิดขึ้นมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนของรัฐ ในการนำมาตราต่าง ๆ ตามที่รัฐมีความประสงค์มาบังคับใช้เพื่อผลประโยชน์ของรัฐในทางเศรษฐกิจ ซึ่งสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้คำนิยามการโอนเป็นของรัฐว่า คือ การโอนทรัพย์สินหรือสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชนใด ๆ อันมีขึ้นเพื่อการใดการหนึ่งโดยเฉพาะมาเป็นของรัฐ โดยอาศัยอำนาจในทางนิติบัญญัติ โดยเหตุผลเนื่องมาจากผลประโยชน์ของรัฐเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อที่จะให้การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติอยู่ภายใต้การควบคุมโดยรัฐซึ่งมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่มีอยู่ของรัฐ¹¹⁸ เช่น การใช้อำนาจรัฐในการยกเลิกสัญญา หรือเป็นการใช้สิทธิของรัฐในฐานะคู่สัญญาเพื่อบอกเลิกสัญญา และยังรวมถึงการริบทรัพย์สินได้ด้วย (confiscation)

นอกจากนั้น ข้อมติสหประชาชาติที่ 1803 (X VII) of 14 Dec., 1962 ได้อธิบายเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐว่าต้องวางอยู่บนรากฐานแห่งเหตุผลเพื่อสาธารณะประโยชน์ เพื่อความมั่นคง หรือเพื่อประโยชน์แห่งชาติอันยอมรับกันว่าเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชนใด ๆ ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้เป็นเจ้าของจักได้ค่าชดเชยตอบแทนอย่างเหมาะสม และสอดคล้องกับหลักการ

¹¹⁸ Annuaire de l'institute de Droit International (1952 II) : 279 อ้างใน Kenneth S. Carlston, *supra* note 14 : 272, พรณี วาณิชสรรพ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น.212.

อันมีผลบังคับในรัฐที่ใช้มาตรการดังกล่าว ซึ่งการกระทำดังกล่าวเกิดจากการใช้อำนาจอธิปไตย และรัฐจะต้องกระทำขึ้นอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹⁹

การโอนเป็นของรัฐนี้อาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ การโอนเป็นของรัฐจะกระทำได้อีกด้วยการอาศัยสิทธิตามสัญญาของรัฐ หรือมิฉะนั้นก็เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจอธิปไตย¹²⁰ และการโอนเป็นของรัฐมีทั้งการโอนเป็นของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ กับ การโอนเป็นของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ¹²¹ ดังนั้น การโอนเป็นของรัฐจึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐ

การโอนเป็นของรัฐจึงเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบการของบริษัทเอกชนต่างประเทศเกี่ยวกับทรัพยากรของรัฐ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ หรือมอบหมายให้เอกชนหรือหน่วยงานใดดำเนินการกิจการเหล่านี้แทน การกระทำดังกล่าวของรัฐเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อประโยชน์ของรัฐ การนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของผู้ลงทุนต่างชาติ ถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนของรัฐ

การโอนเป็นของรัฐเป็นสิทธิที่รัฐมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพราะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้รัฐทุกรัฐมีสิทธิที่จะทำการโอนเป็นของรัฐได้ ถ้าหากว่าการโอนเป็นของรัฐนั้นเป็นการกระทำโดยหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับ และจะต้องมีเหตุผลอันเป็นที่ยอมรับในหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นหลักประโยชน์ในทางมหาชน (Public Utility) คือ มีเหตุผลมาจากความจำเป็นในทางมหาชน และต้องเป็นการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – discrimination) คือ ไม่เลือกปฏิบัติระหว่างคนของรัฐกับคนต่างชาติ และจะต้องมีการชดเชยค่าทดแทนความเสียหาย (Compensation) คือ รัฐที่ทำการโอนเป็นของรัฐจะต้องทำการชดเชยค่าทดแทนให้แก่ผู้ลงทุน

¹¹⁹ UN.G.A. Res. 1803 (X VII) of 14 Dec., 1962, International Legal Materials 2 (1963) : 223.

¹²⁰ Kenneth S. Carlston, *supra* note 14, p. 267.

¹²¹ D.W.Bowett, "State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach", British Yearbook of International Law 59 (1988): 49 – 74.

ต่างชาติ ซึ่งประกอบด้วยการชดเช้ค่าทดแทนสำหรับความสูญเสียทุกประการจากการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติ นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ผู้ลงทุนต่างชาติได้รับก่อนที่จะมีการโอนเป็นของรัฐ ซึ่งหลักนี้ก็ได้รับการยอมรับตามมติของสมัชชาแห่งสหประชาชาติ 1803 (XVII) of 14 Dec., 1962 เกี่ยวกับอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (U.N. General Assembly Resolution 1803 (XVII) on the Permanent Sovereignty Over Natural Resources) ว่าการโอนเป็นของรัฐ การยึดทรัพย์ หรือการจำกัดการใช้สิทธิในทรัพย์สิน จะกระทำได้โดยมีเหตุผลมาจากประโยชน์ในทางมหาชน เพื่อความมั่นคง หรือประโยชน์ของรัฐที่รับรองว่าอยู่เหนือประโยชน์ของบุคคลหรือเอกชนใด ๆ อย่างแท้จริง ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ภายในของรัฐหรือในต่างประเทศ การนำมาตราการเหล่านี้มาบังคับใช้จะต้องมีการชดเช้ค่าทดแทนที่เหมาะสมโดยเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับของรัฐ ซึ่งนำมาตราการเหล่านี้มาบังคับใช้ในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ”¹²²

ในคดี *Letco v. The Government of the Republic of Liberia*¹²³ และคดี *AMCO. Asia v. The Government of Indonesia*¹²⁴ อนุญาโตตุลาการได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐไว้ว่าสามารถกระทำได้ แต่รัฐจะต้องกระทำโดยเจตนาสุจริต เพื่อสาธารณประโยชน์ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และมีการจ่ายค่าชดเชยให้แก่เอกชน

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติจึงเป็นปัญหาว่าการโอนเป็นของรัฐกระทบต่อสิทธิตามสัญญาประการใด ถือเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ลงทุนต่างชาติตามสัญญา หรือเป็นการละเมิดข้อผูกพันตามสัญญาหรือไม่ รัฐจะมีสิทธิโอนเป็นของรัฐได้ในกรณีใดบ้าง และรัฐสามารถทำความตกลงจำกัดห้ามการนำมาตราการ

¹²² UN.G.A. Res. 1803 (XVII) of 14 Dec., 1962, International Legal Materials 2 (1963) : 223, พรณีย์ วาณิชสรรพ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 28, น. 223.

¹²³ International Centre for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal Award in *Liberian Eastern Timber Corporation (LETICO) v. The Government of the Republic of Liberia*. (Recovery of Damages for Breach of a Concession Agreement) March 31, 1986, International Legal Materials 26 (1987) : 665.

¹²⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on the Merits in Arbitration between AMCO. Asia Corporation et Al and Indonesia, November 21 1984, International Legal Materials 24 (1985) : 1022 – 1039 at 1029 para 188, 189.

โอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่ เป็นต้น ซึ่งปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นมาจากการที่ประโยชน์ของเอกชนต่างชาติขัดกับประโยชน์ของชาติ

Kenneth S. Carlston ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติไว้ว่า หากการยกเลิกสิทธิตามสัญญาของรัฐเกิดขึ้นจากเจตนาโดยสุจริตที่จะใช้สิทธิอันอาจเรียกร้องได้ตามข้อสัญญา ก็จะต้องว่ารัฐกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า (an act of jure gestionis) อันเป็นเรื่องปกติวิสัยที่คู่สัญญาอาจคาดหมายได้อยู่ก่อนแล้ว แต่หากการยกเลิกนั้นเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยโดยไม่ได้อิงกับสิทธิตามสัญญาเลย อันเป็นการกระทำในลักษณะของการใช้อำนาจรัฐ (act jure imperii) แล้ว การยกเลิกสัญญาในลักษณะเช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดหน้าที่ที่รัฐพึงปฏิบัติตามความผูกพันของสัญญา¹²⁵

ดังนั้น การโอนเป็นของรัฐในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจึงอาจเป็นได้ทั้งการละเมิดสิทธิของเอกชนต่างชาติตามสัญญา และเป็นการละเมิดข้อผูกพันตามสัญญา ซึ่งหากเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยรัฐแล้ว รัฐก็ต้องรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของคนต่างชาติ หรือหากเป็นการกระทำที่ละเมิดสัญญาอันอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากข้อผูกพันตามสัญญา รัฐก็ต้องรับผิดชอบเช่นกัน เช่น ในคดี AMCO Asia v. The Government of Indonesia ที่มีประเด็นพิจารณาทั้งเรื่องการโอนเป็นของรัฐ และการละเมิดสัญญา ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่า การที่ P.T. Wisma พาทหารเข้ายึดโรงแรมนี้อาจพิจารณาได้ว่า เนื่องจากรัฐมีหน้าที่คุ้มครองคนต่างชาติและการลงทุนให้พ้นจากการกระทำใด ๆ อันไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าการกระทำนั้น องค์การของรัฐจะเป็นผู้กระทำก็ตาม ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ และบังคับให้รัฐบาลอินโดนีเซียต้องรับผิดชอบ¹²⁶ ส่วนประเด็นการละเมิดสัญญานั้น อนุญาโตตุลาการเห็นว่า ใบอนุญาตการลงทุนเป็นสัญญาเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เนื่องจากใบอนุญาตการลงทุนเป็นข้อตกลงอย่างหนึ่งซึ่งมุ่งให้มีผลทางกฎหมายด้านเศรษฐกิจระหว่างผู้ถือใบอนุญาตนี้กับรัฐ ดังนั้น ข้อตกลงนี้จึงมีเงื่อนไข แต่ก็ไม่ได้แตกต่างกันกับสัญญาที่มีการต่างตอบแทน และการเลิกสัญญาก็เป็นสิ่งที่ยอมรับว่าทำได้ในทุก

¹²⁵ Kenneth S. Carlston, *supra* note 14: 267.

¹²⁶ International Center for Settlement of Investment Disputes, Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on the Merits in Arbitration between AMCO. Asia Corporation et Al and Indonesia, November 21 1984, *International Legal Materials* 24 (1985) : 1025 – 1026.

ระบบกฎหมาย เพียงแต่ในคดีนี้ข้อตกลงดังกล่าวได้กำหนดขั้นตอนพิธีการซึ่งรัฐบาลอินโดนีเซียจะต้องดำเนินการตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น¹²⁷ ดังนั้น ในเมื่อปรากฏว่าการยกเลิกใบอนุญาตการลงทุนกิจการของ AMCO Asia ไม่ได้เป็นไปตามที่กฎหมายอินโดนีเซียกำหนด อนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่า คดีนี้เป็นการละเมิดสัญญา กล่าวคือ ถือว่ารัฐบาลอินโดนีเซียไม่เคารพขั้นตอนของการเลิกสัญญานั้นเอง

ส่วนในคดี *Letco v. The Government of the Republic of Liberia* อนุญาโตตุลาการได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการโอนเป็นของรัฐไว้ แต่ไม่มีการชี้ขาดในประเด็นว่าด้วยการโอนเป็นของรัฐ โดยตัดสินว่าการกระทำของรัฐบาลไลบีเรียเป็นการละเมิดสัญญาและย่อมต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเท่านั้น¹²⁸

และสำหรับคดี *AGIP v. Popular of the Congo* แม้อนุญาโตตุลาการจะรับรองว่าการโอนเป็นของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจะสามารถกระทำได้ แต่ศาลเห็นว่า เนื่องจากรัฐบาลคองโกมีสัญญาอยู่กับบริษัท AGIP อยู่ก่อน และเมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่เป็นสัญญาแล้ว รัฐบาลคองโกจะออกกฎหมายเพื่อโอนเป็นของชาติในกิจการของบริษัท AGIP ไม่ได้เพราะถ้ารัฐร่วมทุนกับบริษัทในกิจการทางพาณิชย์ก็คือรัฐกระทำการทางพาณิชย์เช่นกันกับเอกชนก็เท่าๆกัน เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์รัฐทางพาณิชย์ ซึ่งรัฐก็ต้องรับผิดชอบ ด้วยเหตุนี้ หากรัฐโอนเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์ของรัฐในฐานะผู้ถือหุ้นเช่นนี้ จะถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทั่วไปของชาติ¹²⁹

ดังนั้น การโอนเป็นของรัฐในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติจึงเป็นทั้งการใช้อำนาจรัฐทำการโอนเป็นของรัฐและเป็นการละเมิดความผูกพันตามสัญญาโดยรัฐ ซึ่งปัญหาว่ารัฐจะมีสิทธิโอนเป็นของรัฐได้ในทุกกรณีหรือไม่นั้นก็ย่อมขึ้นอยู่กับว่าเป็นการโอนเป็นของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

¹²⁷ *Ibid*, pp.1027, 1029., para 179, 188, 189.

¹²⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal Award in *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*. (Recovery of Damages for Breach of a Concession Agreement) March 31, 1986, *International Legal Materials* 26 (1987) : 666-667.

¹²⁹ International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal : Award in the Case of *AGIP Company v. Popular Republic of the Congo*. November 30, 1979, *International Legal Materials* 21 (1982) : 726-739, at 732-733, para 75, 76, 80.

ในการพิจารณาว่าการโอนเป็นของรัฐเป็นการโอนที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

- 1) ต้องปรากฏว่ามีการตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการโอนเป็นของรัฐ
- 2) การกระทำได้กล่าวต้องเกิดจากเจตนาโดยสุจริต เป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และจะต้องมีการจ่ายค่าเสียหายชดเชยอย่างเหมาะสม ซึ่งหากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ย่อมเป็นการโอนเป็นของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักเกณฑ์นี้ได้รับการยืนยันในคดี *Letco v. The Government of the Republic of Liberia*

อย่างไรก็ดี การโอนเป็นของรัฐนี้มีประเด็นที่น่าสนใจว่า รัฐสามารถทำความตกลงจำกัดห้ามการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ได้หรือไม่ จะเป็นการขัดแย้งกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติหรือไม่ ซึ่งนักกฎหมายจากประเทศกำลังพัฒนามีความคิดเห็นว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคงไม่อาจจำกัดสิทธิในการที่รัฐจะทำการโอนเป็นของรัฐได้ แต่มีคำวินิจฉัยในคดีต่าง ๆ หลายคดีโดยอนุญาโตตุลาการว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคงสามารถจำกัดการนำมาตรการการโอนเป็นของรัฐมาใช้ได้ เช่น คดี *Texaco Calasiatic v. The Government of Libyan Arab Republic* ที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐมีสิทธิที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้กับทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการของเอกชนต่างชาติในสัญญาที่จริง แต่สิทธิดังกล่าวนั้น รัฐได้ตกลงดเว้นที่จะนำมาบังคับใช้โดยข้อตกลงในสัญญาซึ่งได้แก่ข้อกำหนดให้ความมั่นคงภายในระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา มาตรการโอนเป็นของรัฐไม่อาจที่จะอยู่เหนือหน้าที่ในสัญญาซึ่งบังคับโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹³⁰ และยังมีความเห็นว่าการทำสัญญากับเอกชนไม่ถือว่าเป็นการมอบอำนาจอธิปไตยของรัฐให้แก่เอกชนต่างชาติ แต่เป็นการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบางประการภายในเวลาที่กำหนด รัฐจึงยังคงมีอาจในการควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ของผู้รับสัมปทาน และยังคงสามารถใช้อำนาจอธิปไตยในกิจการต่าง ๆ ข้อกำหนดที่รัฐดเว้นที่จะนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ในสัญญากับเอกชนต่างชาติ จึงมีความผูกมัดที่จะต้องปฏิบัติตามโดยหลักข้อตกลงพึงต้องได้รับการปฏิบัติ (*pacta sunt servanda*) และในคดี *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company* อนุญาโตตุลาการ *Reuter* เห็นว่า อธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติได้ถือเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับโดยถือเป็น *jus cogens* ที่ห้ามไม่ให้รัฐทำความตกลงใด ๆ ซึ่งมีผลขัดแย้งกับการใช้อำนาจของรัฐในกรณีเกี่ยวกับความมั่นคงในทรัพยากรธรรมชาติของรัฐได้หรือไม่ ข้อโต้แย้งนี้ขาดเหตุผลสนับสนุน ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีอำนาจให้คำมั่นแก่เอกชนต่างชาติว่าจะไม่นำมาตรการ

¹³⁰ TOPCO/ CALASIATIC. Award on the Merits, paras. 71.

การโอนเป็นของรัฐมาบังคับใช้ โดยรัฐได้แสดงความประสงค์ที่จะไม่ทำการโอนเป็นของรัฐแก่บริษัทต่างชาติภายในระยะเวลาที่กำหนด รัฐจึงต้องผูกมัดตามความตกลงที่รัฐให้ไว้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วยภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และไม่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองใด ห้ามไม่ให้รัฐทำความตกลงดังกล่าวนี้¹³¹

5.1.2 ปัญหาอันเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของรัฐ

จากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐอธิปไตยที่มีอำนาจเหนือดินแดนในการตราบทบัญญัติกฎหมาย จึงอาจเกิดกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ใช้อำนาจอธิปไตยในการตราบทบัญญัติกฎหมายอันมีผลบังคับแก่บุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในดินแดนของรัฐ ซึ่งหากบทบัญญัติของกฎหมายนี้มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงประโยชน์สิทธิ และหน้าที่ในสัญญา หรือเพิกถอนสัญญาสัมปทานนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานเช่นนี้แล้ว จะมีผลประการใด นอกจากนั้น หากใช้วิธีการแก้ไขปัญหาด้วยการกำหนดข้อตกลงให้ประกันความมั่นคง (Stabilization Clause) ในสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติว่ารัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในโดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เป็นผู้ลงทุนต่างชาติเช่นนี้แล้ว จะสามารถกระทำได้หรือไม่ อย่างไร

ข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงเป็นตัวอย่างหนึ่งของการแสดงเจตนาของรัฐที่จะผูกพันตนเองด้วยสัญญา ซึ่งมีผู้ให้คำนิยามของข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงไว้ดังนี้

Georges Van Hecke เห็นว่า ข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงเป็นกรณีที่รัฐอยู่ในฐานะเป็นฝ่ายหนึ่งในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายใน โดยเฉพาะกฎหมายภายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เป็นเอกชนต่างชาติ¹³²

¹³¹ คดีนี้อนุญาโตตุลาการได้นำหลักกฎหมายทั่วไปที่จะก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนในอนาคตมาบังคับใช้ในสัญญา, ดู The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL), *International Legal Material* 21 (1982) : 1000, 1021-1022.

¹³² Georges Van Hecke, "Contract Between States and Foreign Private Law Persons" : 57.

Esa Paasivirta เห็นว่า เป็นการให้เพื่อประกันความมั่นคงของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่จะไม่ใช้บังคับกฎหมายของรัฐอันกระทบต่อสิทธิของเอกชนต่างชาติ โดยอาจใช้วิธีการกฎหมายด้วยการเขียนข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงลงไปในสัญญาด้วย¹³³

G.R.Delaume เห็นว่า ข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงมุ่งที่จะให้เป็นการประนีประนอมระหว่างการใช้อำนาจรัฐผู้เป็นองค์อธิปัตย์กับการร้องขอจากคู่สัญญาผู้เป็นเอกชนต่างชาติถึงสถานภาพทางธุรกิจที่มั่นคงอันจะพึงได้¹³⁴

ดังนั้น ข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงจึงมีผลทางกฎหมาย หากแต่ไม่สามารถห้ามการโอนเป็นของชาติ และข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคงเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดจำนวนค่าชดเชยเป็นเงินแก่สิทธิของคู่สัญญาที่เป็นของเอกชนต่างชาติในกรณีที่มีการโอนเป็นของชาติ กล่าวคือ หากสัญญามีข้อกำหนดให้ประกันความมั่นคง การบอกเลิกสัญญาย่อมก่อให้เกิดสิทธิในค่าชดเชยสูงกว่ากรณีอื่น ด้วยเหตุนี้ ในการกำหนดค่าทดแทนที่เหมาะสมจึงต้องพิจารณาจากข้อตกลงประกันความมั่นคงด้วย¹³⁵

ข้อตกลงประกันความมั่นคงจึงเป็นข้อตกลงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะละเว้นไม่ใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะรัฐอธิปไตยทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนสัญญา¹³⁶ ข้อตกลงประกันความมั่นคงมักพบเสมอในสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ข้อตกลงนี้มีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำตามอำเภอใจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ในคดี Texaco / California Asiatic Oil Co., Libyan Arab Republic อนุญาโตตุลาการ Depuy ได้ให้ความเห็นว่า ข้อกำหนดให้ความมั่นคง (Stabilization Clause) เป็นข้อกำหนดในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ความมั่นใจแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติว่ารัฐจะไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของตน ข้อกำหนดดังกล่าวจึงมีผลผูกพันตามสัญญา และ

¹³³ Esa Paasivirta, "Internationalization and Stabilization of Contracts Versus State Responsibility", British Yearbook of International Law 60 (1989) : 323.

¹³⁴ G.R. Delaume, Transnational Contracts : Law and Practice Vol.8 (Dobbs Ferry : Oceana Publications Inc., 1983), p.39.

¹³⁵ Jimenez de Arechaga, "International Law in the Third Past Centuries, : 33.

¹³⁶ Christopher Greenwood, "State Contracts in International Law - The Libyan Oil Arbitrations", The British Yearbook of International Law 53 (1982) : 53, Peter Fisher, "Concessions", Encyclopedia of Public International Law 8 (1985) : 105.

ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติดีสามารถอ้างอิงข้อสัญญานี้ต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ เนื่องจากสัญญาดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งทำการรับรองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติในสถานภาพทางกฎหมายและสถานภาพทางเศรษฐกิจภายในระยะเวลาที่กำหนด¹³⁷

ในประเทศฝรั่งเศส หากฝ่ายปกครองใช้สิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวเป็นเหตุให้เอกชนคู่สัญญาจะต้องรับภาระเพิ่มขึ้นแล้ว สภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักว่าฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าตอบแทนในภาระที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อสัญญานั้น แต่ค่าตอบแทนที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจ่ายให้จะไม่ใช่ค่าเสียหาย เพราะกรณีนี้ไม่ใช่เป็นเพราะความผิดของฝ่ายปกครอง แต่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องทำเพื่อบริการสาธารณะมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงสนองต่อความต้องการของส่วนรวมเสมอ

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นปัญหาที่เกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาว่า การปฏิบัติของคู่สัญญาฝ่ายรัฐดังกล่าวจะถือเป็นการไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญา ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีความรับผิดชอบในสัญญาได้หรือไม่ และความรับผิดชอบดังกล่าวจะเป็นเพียงความรับผิดชอบในสัญญาเท่านั้น หรือเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศอันเป็นถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจแยกพิจารณาเป็น 4 ประเด็นหลัก ๆ คือ ปัญหาความรับผิดชอบจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทาน ปัญหาความรับผิดชอบจากการนำมาตรการโอนเป็นของรัฐมาบังคับกับผู้ลงทุนต่างชาติ ปัญหาข้อยกเว้นความรับผิดชอบจากการละเมิดข้อกำหนดหน้าที่ในเรื่องของการเคารพต่อสิทธิขั้นสิทธิมูลฐาน และปัญหาความรับผิดชอบในกรณีมีการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนกับรัฐอื่น

จากการศึกษาพบว่า ในต่างประเทศสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐบาลกับเอกชนต่างชาติถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนสองฝ่าย (synallagmatic contract) ที่คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ตอบแทนซึ่งกันและกัน (reciprocity) การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดย่อมให้เกิดความรับผิดชอบในสัญญาแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และโดยที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาถือได้ว่าเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศตามบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมา

¹³⁷Texaco/ California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic. International

บังคับใช้ในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงต้องทำการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เอกชนต่างชาติ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

5.2 ปัญหาว่าจะนำหลัก Rebus sic stantibus มาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานได้หรือไม่

หลัก Rebus sic stantibus เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากศาลภายในของรัฐและศาลระหว่างประเทศ อันเป็นหลักที่มาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ถือว่าพันธกรณีต่าง ๆ ในสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันตราบเท่าที่ภาวการณ์ต่าง ๆ ดำเนินอยู่เช่นเดิม สนธิสัญญาจะหมดสภาพบังคับ ถ้าหากว่าเงื่อนไขที่มีอยู่ในขณะลงนามในสนธิสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไป และการเปลี่ยนแปลงนี้มีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างภาคีในสนธิสัญญา ซึ่งทำให้เกิดข้อสงสัยว่าหลักดังกล่าวนี้จะนำมาบังคับใช้ในสัญญาสัมปทานได้หรือไม่

ในคดี Tunnel Indemnity case (Hellenic Electric Railways Ltd. V. Government of Greece) ศาลได้วินิจฉัยว่า ศาลไม่สามารถจะนำหลัก Rebus sic stantibus มาบังคับใช้ในสัญญาเพื่อทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่มีต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นตัวอย่างของปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ซึ่งประเด็นปัญหาที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือปัญหาในเรื่องของการคอร์รัปชัน โดยในต่างประเทศได้มีการศึกษาว่าสัญญาสัมปทานที่เป็นการผูกขาดในการจัดให้มีบริการสำคัญในระยะเวลายาวนานและงานสาธารณูปโภคต่าง ๆ นั้น มักมีปัญหาในเรื่องของการคอร์รัปชันกรณีดังกล่าวจึงเป็นผลให้เกิดแนวความคิดในเรื่องของความพยายามในการลดบทบาทของรัฐจากการดำเนินการให้บริการสาธารณะด้วยตนเอง หรือในการให้สัมปทาน มาเป็นเพียงการควบคุมบริการสาธารณะแทน ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนมีการแข่งขันกันอย่างเสรีอันจะนำมาซึ่งผลประโยชน์ที่จะตกแก่ประชาชนต่อไป

สรุป

จากการศึกษาสัญญาสัมปทานในต่างประเทศในบทที่ 2 นี้ ทำให้ได้ข้อสรุปว่า แนวความคิดเรื่องสัมปทานในต่างประเทศค่อนข้างจะมีความชัดเจนมากกว่าในประเทศไทย โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศส โดยสัมปทานในต่างประเทศอาจมีได้ 2 รูปแบบ คือ สัมปทานโดยกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นรูปของบทบัญญัติ (Legislation) หรือข้อบังคับ (Regulation) และสัมปทานโดยสัญญา ดังนั้น สัญญาสัมปทานจึงเป็นรูปแบบหนึ่งของสัมปทาน และมีลักษณะพิเศษของสัญญาที่เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองค่อนข้างมาก และมักมีการกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องจ่ายเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เป็นผู้รับสัมปทานเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่

เป็นผู้รับสัมปทาน มีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ให้บริการแทนรัฐ ทั้งนี้ ภายใต้การควบคุมของรัฐ

สัญญาสัมปทานในต่างประเทศอาจมีความแตกต่างกันระหว่างประเทศ Common Law และประเทศ Civil Law อันเนื่องมาจากความแตกต่างกันของระบบกฎหมาย¹³⁸ โดยประเทศ Common Law จะไม่ได้มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง ในขณะที่ประเทศ Civil Law ส่วนใหญ่จะมีการแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครอง โดยสัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น ถือว่าฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์พิเศษบางอย่างอยู่เหนือเอกชนโดยสภาพของกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอำนาจแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งการมีเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองนี้ไม่เพียงแต่อาศัยตามข้อสัญญาเท่านั้น แต่ยังอาศัยอำนาจมหาชนที่เป็นของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายมหาชนด้วยเพื่อให้สนองต่อความเปลี่ยนแปลงของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นหลักของสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ อำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวนี้อาจต้องมีสาเหตุมาจากการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวม ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ตามอำเภอใจไม่ได้ และหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจนี้จนทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยค่าทดแทนให้ ส่วนประเทศ Common Law นั้น เนื่องจากไม่ได้มีการแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครอง จึงทำให้หลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครองจะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง แต่ก็ได้มีการนำหลักเกณฑ์พิเศษบางประการมาระบุไว้ในกฎหมายบางฉบับ ตลอดจนข้อตกลงในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นเหมือนกับสัญญาสำเร็จรูปที่ทำกับเอกชน แต่การยอมรับดังกล่าวไม่ได้เป็นการยอมรับว่าฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญามีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชน โดยจะต้องมีการระบุหลักเกณฑ์พิเศษไว้ในสัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำกับเอกชนคู่สัญญา มิฉะนั้น ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในการที่จะบังคับใช้หลักการเรื่องสัญญาทางปกครองดังกล่าวได้แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม การยอมรับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงเป็นกรณีที่มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการต่าง ๆ ไว้ในสัญญาเท่านั้น

สำหรับแนวทางปฏิบัติในการให้สัมปทานในต่างประเทศอาจทำได้ 2 วิธี คือ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย กับการจัดทำสัญญา โดยแนวทางปฏิบัติในการจัดทำสัญญา อาจมีทั้งรูปแบบของสัญญาทั่วไป รูปแบบของสัญญาโดยกฎหมาย หรือรูปแบบมาตรฐานที่กำหนดโดย

¹³⁸ เหตุผลสำคัญประการหนึ่งอาจมาจากความแตกต่างในทางประวัติศาสตร์ของการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน

คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งเดิมจะเป็นรูปของความตกลงในการให้สัมปทานโดยตรง แต่ปัจจุบันรูปแบบของสัญญาสัมปทานได้เปลี่ยนแปลงไปโดยเป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐและผู้ลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะหากเป็นประเทศ Common Law มักจะมีการจัดทำเป็นข้อตกลงมาตรฐาน

เนื่องจากประเทศต่าง ๆ ยังคงมีความต้องการเทคโนโลยีและเงินลงทุนจากต่างประเทศ จึงทำให้หลายประเทศเริ่มมีการออกกฎหมายกลางในเรื่องของสัมปทาน เพื่อเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน รวมทั้งการจัดทำแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทาน ซึ่งแนวความคิดในการดำเนินการดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจาก UNCITRAL ที่ต้องการให้ประเทศต่าง ๆ ได้มีการจัดทำกฎหมายในเรื่องนี้ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน จึงได้มีการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ (Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects) เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ นำไปเป็นรูปแบบในการจัดทำกฎหมายภายในของตนเพื่อใช้ในการดำเนินโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานของรัฐ ซึ่ง Model ดังกล่าวได้มีการเสนอแนะเนื้อหาที่ควรนำมากำหนดไว้ในไว้ในสัญญาสัมปทานด้วย นอกจากนั้น แนวความคิดเช่นว่านี้ยังได้รับการสนับสนุนจากสถาบันเงินกู้ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น World Bank ที่ได้มีการจัดทำ Procurements in Privately Provided Infrastructure Projects Financed ที่จัดทำโดย World Bank หรือ European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) ที่ได้มีการจัดทำ Procurement เช่นกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายแม่แบบและข้อเสนอแนะต่าง ๆ เช่นว่านี้น่าจะมีการนำมาพิจารณา โดยเฉพาะกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL เพราะเป็นรูปแบบที่เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศ

เมื่อได้นำสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมาเปรียบเทียบกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยแล้วพบว่า รูปแบบของสัมปทานในต่างประเทศมีความแตกต่างจากประเทศไทยตรงที่ว่า รูปแบบสัมปทานในประเทศไทย เป็นรูปแบบโดยกฎหมาย และมีการนำเอาสัญญาหรือใบอนุญาตมาเป็นเครื่องมือในการให้สัมปทาน จึงเป็นการให้สัมปทานที่ต้องมีกฎหมายรองรับและให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทานก่อน หน่วยงานของรัฐจึงจะสามารถทำสัญญาสัมปทานได้ ในขณะที่สัมปทานในต่างประเทศมีทั้งในรูปแบบโดยกฎหมาย และรูปแบบโดยสัญญา ซึ่งหมายความว่าฝ่ายปกครองอาจทำสัญญาสัมปทานได้แม้จะไม่มีกฎหมายให้อำนาจ

นอกจากนั้น ในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทาน ในต่างประเทศก็มีความแตกต่างกับประเทศไทยตรงที่ว่า ในประเทศไทยไม่ได้มีกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์โดยตรงในเรื่องของสัมปทาน โดยกฎหมายที่มีเป็นเพียงกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับสัมปทานในเรื่องนั้น ๆ เท่านั้น ซึ่ง

แม้ว่าอาจมีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการในการให้สัมปทาน เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ใช่มิใช่กฎหมายกลางในเรื่องของสัมปทาน ในขณะที่ในต่างประเทศพบว่า หลายประเทศมีกฎหมายในเรื่องของสัมปทานโดยเฉพาะ อีกทั้งบางประเทศยังอาจมีกฎหมายสัมปทานเกี่ยวกับผู้ลงทุนต่างชาติด้วย โดยมีปรากฏในกฎหมายส่งเสริมการลงทุน

สำหรับเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศนั้น พบว่าค่อนข้างจะมีความคล้ายคลึงกับในประเทศไทย โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ เช่น เงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับงานออกแบบและก่อสร้างในเรื่อง Design Requirements เงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับการควบคุมงาน โดยให้มี Independent Engineer เป็นผู้ควบคุมและติดตามการทำงานของผู้รับสัมปทาน เงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับงานบำรุงรักษา (O & M Contract) เงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สัญญาสัมปทานในต่างประเทศค่อนข้างให้ความสำคัญในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในลักษณะของการคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติมากกว่าในประเทศไทย กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีประเด็นที่น่าสนใจว่าการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้นจะมีประเด็นพิจารณาในเรื่องใดบ้าง ดังนั้น เพื่อให้ได้คำตอบในเรื่องนี้ ผู้เขียนจึงจะได้ทำการศึกษาสัญญาสัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยต่อไปในบทที่ 3 โดยนำเอาข้อมูลที่ได้รับจากการศึกษาในบทที่ 2 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในต่างประเทศไปศึกษาวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบกับ ทั้งนี้ เพื่อค้นหาคำตอบให้กับบทที่ 4 ต่อไปว่าประเทศไทยควรกำหนดแนวทาง การปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย