

บทที่ 4

แนวคิดและแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณี ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

จากที่ได้ศึกษาสัญญาสัมปทานในประเทศไทยและสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมาแล้วในบทที่ 1 และบทที่ 2 รวมทั้งสัญญาสัมปทานในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยในบทที่ 3 ในบทนี้จึงเป็นการนำข้อมูลและคำตอบที่ได้รับจากการศึกษาทั้งหมดมาศึกษาวิเคราะห์เพื่อค้นหาคำตอบสุดท้ายของโจทย์วิจัยหลักในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าประเทศไทยควรแก้ไขปัญหาคำตอบเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานอย่างไร และควรมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติหรือไม่ อย่างไร

การที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่ นั้น มีปัจจัยหลายประการที่ต้องคำนึงไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในที่รองรับการลงทุนจากต่างประเทศ สัญญาสัมปทานที่จะจัดทำขึ้น ความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้ารับสัมปทานในประเทศไทย รวมทั้งความคุ้มครองกรณีหากมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเกิดขึ้นในอนาคต แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยจะต้องคำนึงถึงผลดีผลเสียที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยด้วย ทั้งนี้เพราะสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มาจากอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐและหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะของรัฐ ซึ่งรัฐจำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมมิให้ส่งผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน แต่ในขณะเดียวกันรัฐก็ต้องคำนึงถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศในการที่จะดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน อีกทั้งรัฐต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศด้วยเนื่องจากเอกชนผู้ลงทุนเหล่านี้เป็นคนชาติของอีกรัฐหนึ่งที่สามารถขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติของตนเข้ามาให้ความคุ้มครองทางการทูตหากได้รับความเสียหายจากการกระทำของอีกรัฐหนึ่ง การพิจารณาแนวทางแก้ไขปัญหและการให้ข้อเสนอแนะในเรื่องของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ จึงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาทั้งประโยชน์ในการพัฒนาประเทศ ประโยชน์ในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ และประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากสัญญาสัมปทานดังกล่าว ตลอดจนผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อประเทศชาติ ประชาชน ผู้ลงทุนไทย รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วยในขณะเดียวกัน

ดังนั้น โจทย์วิจัยในบทนี้จึงเป็นการศึกษาเพื่อกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยว่าควรเป็นเช่นไร เพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย รวมทั้งเพื่อให้ประเทศไทยสามารถควบคุมกิจการสาธารณูปโภคที่ให้สัมปทานนี้ได้ด้วยว่าจะไม่ส่งผลกระทบในทางเสียหายต่อประเทศชาติประชาชน และผู้ลงทุนไทยในอนาคต โดยคำนึงถึงความจำเป็นและความเป็นไปได้ รวมทั้งความเหมาะสมกับประเทศไทยเป็นสำคัญ ซึ่งผู้เขียนจะได้พิจารณาทั้งในส่วนที่เป็นสาระและรูปแบบ โดยเริ่มต้นจากเหตุผลและความจำเป็นในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ประเด็นที่ควรพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน จากนั้นจึงเป็นการศึกษาแนวทางการปฏิรูปในกระบวนการต่าง ๆ ของสัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทาน การปฏิรูปกระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทาน การปฏิรูปกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทาน การปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน และการปฏิรูปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน โดยจะได้นำแนวทางปฏิบัติที่มีอยู่ในปัจจุบันมาวิเคราะห์ว่ามีข้อบกพร่องหรือมีปัญหาทางปฏิบัติในเรื่องใดบ้างและเสนอแนะแนวคิดและแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยว่าควรจะเป็นอย่างไรต่อไป เพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ โดยแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานที่จะนำเสนอภายใต้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นไปที่สัมปทานบริการสาธารณะเป็นสำคัญ

จากโจทย์วิจัยดังกล่าวทำให้ผู้เขียนแบ่งการศึกษาในบทนี้ออกเป็น 5 ตอนดังนี้ คือ

ตอนที่ 1 เหตุผลและความจำเป็นในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ตอนที่ 2 ประเด็นที่ควรพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน

ตอนที่ 3 แนวทางการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทาน

ตอนที่ 4 แนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานและความเป็นไปได้ในการ

กำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ตอนที่ 5 แนวทางการปฏิรูปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน และความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมายเพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ารับสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย

ตอนที่ 1 เหตุผลและความจำเป็นในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย จำต้องเริ่มจากการพิจารณาก่อนว่ามีเหตุผลและความจำเป็นอย่างไรที่จะต้องมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย โดยก่อนที่จะพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานนั้น มีประเด็นหนึ่งที่น่าจะนำมาพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า แนวโน้มของสัญญาสัมปทานในอนาคตจะยังคงมีอยู่ต่อไปหรือไม่ ซึ่งสำหรับผู้เขียนแล้วมองว่า สัญญาสัมปทานน่าจะยังคงมีอยู่ต่อไป โดยเฉพาะสัมปทานบริการสาธารณะ เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนนั้นเป็นของรัฐ ซึ่งเอกชนย่อมไม่สามารถเข้ามาดำเนินการบริการสาธารณะแทนรัฐได้ หากไม่ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐ เพราะวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการของเอกชนกับรัฐนั้นมีความแตกต่างกัน โดยเอกชนมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร ในขณะที่รัฐมีวัตถุประสงค์ในการให้บริการแก่ประชาชนจากการที่ประชาชนเสียภาษีให้แก่รัฐเพื่อให้รัฐนำเงินภาษีไปทำนุบำรุงประเทศและจัดให้มีบริการสาธารณะแก่ประชาชน อีกทั้งหากพิจารณาจากความคิดหรือทัศนคติของประชาชนชาวไทยแล้วพบว่า ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่มักมีความรู้สึกเคยชินกับการได้รับบริการสาธารณะจากรัฐมากกว่าเอกชน และมีความมั่นใจในการให้บริการสาธารณะที่กระทำโดยรัฐมากกว่าเอกชน ดังนั้น รัฐบาลที่รัฐยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน และรัฐไม่สามารถดำเนินการด้วยตนเองเพียงลำพังแล้ว สัมปทานก็ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องอยู่ต่อไป โดยการที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐนั้น รัฐต้องมีหน้าที่ในการควบคุมการดำเนินการของเอกชนไม่ให้ส่งผลกระทบในทางเสียหายต่อประเทศชาติและประชาชน ซึ่งการควบคุมที่มีผลในทางรูปธรรมและให้ความมั่นใจในการลงทุนก็คือในรูปของสัญญาสัมปทานนั่นเอง

ดังนั้น ในตอนนี้จะเป็นการศึกษาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนขอแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วนดังนี้

1. เหตุผลในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

สาเหตุที่ผู้เขียนคิดว่าสัญญาสัมปทานในประเทศไทยควรที่จะมีการปฏิรูปนั้น เนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

1.1 จากปัญหาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยที่ปรากฏอย่างต่อเนื่อง

นับจากอดีตที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่าปัญหาอันเกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยได้ปรากฏอย่างต่อเนื่องมาโดยตลอด และมักจะมีประเด็นในเรื่องของการทุจริตคอร์รัปชันเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น โครงการขยายบริการโทรศัพท์จำนวน 3 ล้านเลขหมาย โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (โฮปเวลล์) โครงการทางด่วนขั้นที่ 2 เป็นต้น จึงทำให้การลงทุนในรูปแบบของสัญญาสัมปทานไม่อยู่ในฐานะที่ทำให้สื่อมวลชนและประชาชนไว้วางใจเท่าใดนัก ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้วการลงทุนในรูปแบบของสัญญาสัมปทานเป็นทางเลือกที่น่าสนใจ เนื่องจากรัฐไม่ต้องลงทุนด้วยตนเอง อีกทั้งไม่ต้องรับความเสี่ยงใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุน โดยประเทศต่าง ๆ หรือแม้แต่องค์การเพื่อการบูรณะและพัฒนา (World Bank) ต่างยอมรับการลงทุนในรูปแบบนี้ค่อนข้างมากด้วยเหตุนี้ เมื่อสัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบหนึ่งของการลงทุนที่น่าสนใจ แต่จากปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยได้กลายเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนเช่นนี้แล้ว จึงเป็นกรณีควรพิจารณาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นของสัญญาสัมปทานและหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาด้วยการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน เพื่อให้รัฐได้ใช้ประโยชน์จากสัญญาสัมปทานอย่างแท้จริง และเพื่อให้สัญญาสัมปทานเป็นอีกทางเลือกหนึ่งของการลงทุนที่น่าสนใจมากกว่าที่จะไปใช้การลงทุนในรูปแบบอื่นที่รัฐอาจต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากและอาจทำให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันยิ่งกว่าการนำรูปแบบของสัญญาสัมปทานมาใช้เสียอีก

นอกจากนั้น ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันในโครงการสัมปทานยังกลายเป็นมูลเหตุสำคัญของการรัฐประหารในประเทศไทยถึง 2 ครั้ง โดยครั้งแรกเกิดขึ้นเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ.2535 ในสมัยรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ที่ได้มีการรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ซึ่งมูลเหตุประการหนึ่งก็มาจากการทุจริตในโครงการสัมปทานต่าง ๆ อันเป็นที่มาของการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ในเวลาต่อมา ส่วนอีกครั้งหนึ่งเกิดขึ้นเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ที่มีการรัฐประหารโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ภายใต้การนำของพลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ผู้บัญชาการทหารบก โดยเหตุผลหนึ่งของการรัฐประหารคือ การบริหารราชการแผ่นดินส่อไปในทางทุจริต ประพฤติมิชอบ เอื้อประโยชน์ต่อพวกพ้องอย่างกว้างขวาง ซึ่งหากพิจารณาไปถึงมูลเหตุประการหนึ่งที่น่าจะถือได้ว่าเป็นชนวนสำคัญที่นำไปสู่การประท้วงจนทำให้พันธมิตรเพื่อประชาธิปไตย ชินวัตร ต้องประกาศยุบสภาและมีการเลือกตั้งใหม่ จนในที่สุดได้นำไปสู่การรัฐประหาร คือเรื่องของการขายหุ้นชินคอร์ป ที่

เกี่ยวข้องกับสัมปทานดาวเทียมนั่นเอง นอกจากนั้น ในการรัฐประหารดังกล่าว คปค. ยังได้มีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่องการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ให้มีคณะกรรมการตรวจสอบคณะหนึ่ง (คตส.) มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินงานหรือโครงการที่ได้รับอนุมัติหรือเห็นชอบโดยบุคคลใดในคณะรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีซึ่งพ้นจากตำแหน่ง โดยผลของการปฏิรูปการปกครอง ฯ ที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะเป็นไปได้โดยทุจริตหรือประพฤติดมิชอบ ซึ่งอำนาจหน้าที่ประการหนึ่งคือการตรวจสอบสัญญา สัญญาสัมปทาน หรือการจัดซื้อ จัดจ้างของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการกระทำที่เอื้อประโยชน์แก่เอกชนโดยมิชอบ หรือมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีการกระทำที่สุจริตหรือประพฤติดมิชอบ

กรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและปัญหาจากสัญญาสัมปทานยังส่งผลกระทบต่อสถานะของรัฐบาล โดยกลายเป็นมูลเหตุสำคัญของการรัฐประหารในประเทศไทยถึง 2 ครั้ง ทั้ง ๆ ที่ภายหลังจากการรัฐประหารในครั้งแรก ได้มีความพยายามแก้ไขปัญหาในเรื่องของสัญญาสัมปทานมาแล้วครั้งหนึ่งด้วยการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ที่ถือว่าเป็นกฎหมายอันเป็นด้านสำคัญในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากโครงการสัมปทานเพราะมีการกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ไว้อย่างเข้มงวดทุกขั้นตอน¹ แต่ก็ไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในเรื่องของสัมปทานได้อย่างแท้จริง เพราะปัญหาอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานยังคงมีอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็น

¹ ตั้งแต่ขั้นตอนของการเสนอโครงการ ที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำรายการผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ความสอดคล้องกับนโยบายรัฐ ความเหมาะสมทางเศรษฐกิจ การเงิน และผลกระทบของโครงการ อีกทั้งหากเป็นโครงการที่มีมูลค่าลงทุนหรือมีทรัพย์สินเกิน 5,000 ล้านบาท ก็จะต้องว่าจ้างบริษัทที่ปรึกษาขึ้นดำเนินการจัดทำรายงานและวิเคราะห์โครงการ เพื่อนำเสนอต่อกระทรวงการคลังก่อนนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ ขั้นตอนการดำเนินโครงการ ที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งขึ้นมาประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานต่าง ๆ 12 คน เพื่อทำหน้าที่กำหนดเงื่อนไขจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมประมูล หรือเข้าร่วมลงทุน ตลอดจนพิจารณาคัดเลือกและเจรจาต่าง ๆ รวมทั้งขั้นตอนการกำกับและดูแลโครงการ ที่จะจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นกำกับและดูแลโครงการ

คดีทางด่วน คดีไอทีวี จนมาถึงเรื่องของการขายหุ้นชินคอร์ปอันเป็นมูลเหตุหนึ่งที่น่าไปสู่การรัฐประหารในครั้งหลัง

จากเหตุผลดังกล่าว ประเทศไทยจึงควรที่จะมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ อันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน หรือเพื่อช่วยให้ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นน้อยลง

1.2 จากความต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น

เนื่องจากประเทศไทยยังคงต้องการเงินลงทุน ความรู้ เทคโนโลยี และวัสดุอุปกรณ์จากต่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาประเทศและขยายระบบสาธารณูปโภคพื้นฐานที่สำคัญในทุกด้านของประเทศ เพื่อยกระดับสู่ความทัดเทียมในนานาอารยประเทศ ซึ่งจนถึงปัจจุบันคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามีโครงการสาธารณูปโภคใหญ่ ๆ หลายโครงการที่ประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการอย่างเร่งด่วน โดยเฉพาะการขนส่งสาธารณะเพื่อแก้ไขปัญหาให้กับประชาชนอย่างเช่นรถไฟฟ้า ซึ่งโครงการดังกล่าวส่วนใหญ่ล้วนแต่มีมูลค่าการลงทุนสูงและต้องการเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ดังนั้น จึงควรที่จะมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้สัญญาสัมปทานได้เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของรูปแบบการลงทุนจากต่างประเทศ และเพื่อดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น

2. ความจำเป็นในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น การปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยจึงมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เคยเกิดขึ้น ซึ่งน่าจะมุ่งเน้นไปที่ว่าจะทำอย่างไรเพื่อไม่ให้มีการทุจริตคอร์รัปชันในสัญญาสัมปทาน และจะอย่างไรเพื่อไม่ให้เอกชนต่างชาติเข้ามาครอบงำในกิจการที่ให้สัมปทาน เพราะกิจการที่ให้สัมปทานนั้นมักเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน และความมั่นคงของชาติและประชาชน โดยให้เอกชนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ ความจำเป็นในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยจึงเป็นไปโดยมีจุดมุ่งหมายดังนี้

2.1 เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

การปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยจำต้องเริ่มต้นจากการยอมรับก่อนว่าสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเป็นเรื่องที่มีปัญหา ซึ่งปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยส่วนหนึ่งมาจากการขาดความเข้าใจที่ชัดเจนในแนวความคิดพื้นฐานของสัญญาสัมปทาน

ทำให้ไม่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาในทางแพ่ง กับสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นสัญญาในทางปกครองได้ ทำให้หลายโครงการไม่ประสบความสำเร็จ หาเอกชนเข้ามาลงทุนยาก นอกจากนั้น ยังมาจากปัญหาในการบริหารสัญญาสัมปทาน การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด การแสวงหาประโยชน์ในช่วงระหว่างการให้สัมปทาน ทศนคติในเชิงลบที่มีต่อสัญญาสัมปทาน ความไม่ชัดเจนในคู่สัญญา ความไม่ชัดเจนในวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ความไม่เข้าใจในวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญาสัมปทานว่า เป็นเรื่องของบริการสาธารณะที่รัฐต้องจัดให้ประชาชน ไม่ใช่เรื่องของการแสวงหากำไร และปัญหาในการระงับข้อพิพาท กรณีดังกล่าวจึงเป็นความจำเป็นที่ประเทศไทยควรที่จะปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นดังกล่าว

2.2 เพื่อให้สัญญาสัมปทานในประเทศไทยสอดคล้องกับการพัฒนาของสัญญาสัมปทาน

จากการศึกษาในบทที่ 1 ทำให้ทราบว่าสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติมีวัตถุประสงค์หลักในการควบคุมและส่งเสริมการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติโดยรัฐ ส่วนสัมปทานบริการสาธารณะมีลักษณะพิเศษตรงที่มักมีข้อกำหนดในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสงวนอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้เพื่อรักษาและคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งสัญญาสัมปทานในยุคแรก ๆ มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน โดยเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองซึ่งเรียกว่าผู้ให้สัมปทานฝ่ายหนึ่งมอบหมายให้เอกชนซึ่งเรียกว่าผู้รับสัมปทานอีกฝ่ายหนึ่งเข้าจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและด้วยความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ให้ประโยชน์ในกิจการนั้น² ซึ่งกฎหมายไทยที่แสดงแนวความคิดนี้อย่างชัดเจนคือพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเนื่องจากพาณิชย์และอุตสาหกรรมของประเทศไทยได้พัฒนาไปมาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมกิจการค้าขายทั้งหลายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนให้เป็นที่เรียบร้อย กฎหมายนี้จึงมีจุดมุ่งหมายเพื่อควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคที่รัฐเห็นว่าอาจกระทบถึงความปลอดภัยของประชาชน โดยห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคดังกล่าวใน

² ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพ ฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น.111.

ประเทศไทย เว้นแต่จะได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือได้รับสัมปทาน หรือเมื่อพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานที่ได้ไว้นั้นถูกถอนเสียหรือสิ้นอายุลงแล้ว ซึ่งในการพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานนั้น รัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐสามารถควบคุมกำกับดูแลมิให้การดำเนินกิจการค้าขายของเอกชนเช่นนั้นมีผลกระทบต่อประชาชน หรือเป็นการให้บริการสาธารณะที่ไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน ซึ่งจะเห็นได้ว่ากิจการค้าขายอันกระทบถึงความผาสุกปลอดภัยของประชาชนดังกล่าวนี้ไม่ใช่บริการสาธารณะในทางปกครอง แต่เป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะในทางการค้าและอุตสาหกรรม เช่น การรถไฟ รถราง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน ไฟฟ้า เป็นต้น ต่อมาได้มีการก่อตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นจากแนวความคิดที่รัฐต้องการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ด้วยตนเอง และต้องการให้กิจการบริการสาธารณะบางประเภทจัดทำได้ก็แต่โดยหน่วยงานของรัฐเท่านั้น จึงทำให้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในยุคนั้นเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานมาเป็นกรณีให้รัฐวิสาหกิจดำเนินงานเอง แต่มีข้อสังเกตว่ากฎหมายก่อตั้งรัฐวิสาหกิจดังกล่าวมีลักษณะที่ทำให้รัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการเอง โดยไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจรัฐวิสาหกิจในการให้สัมปทานแก่เอกชนแต่อย่างใด เงื่อนไขดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคในการสร้างความเป็นธรรมในการแข่งขันของคู่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งอาจเป็นเพราะรัฐมองว่าตนเองมีความสามารถเพียงพอในการดำเนินกิจการดังกล่าวได้เอง แต่ในทางความเป็นจริงแล้วกลับพบว่าเป็นการยากที่รัฐจะดำเนินการเองเนื่องจากต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง ทำให้ต้องมีการหาทางออกด้วยการแก้ไขให้รัฐวิสาหกิจเข้าดำเนินงานร่วมกับเอกชนได้³ อย่างไรก็ตาม การให้สัมปทานแก่เอกชน ยังคงมีอยู่ภายใต้กฎหมายตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 ที่ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 โดยกฎหมายนี้ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง โดยมีการกำหนดกระทรวงผู้มีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับกิจการนั้นด้วย และให้รัฐมนตรีเป็นผู้ให้สัมปทานในกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน ซึ่งประกาศคณะปฏิวัตินี้ไม่ขัดแย้งกับการประกอบกิจการที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะด้วย เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการ

³โดยกำหนดให้เอกชนแบ่งส่วนแบ่งรายได้ให้กับรัฐวิสาหกิจในลักษณะของ revenue sharing แต่ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงเป็น Licensing Fee โดยมอบให้ผู้ให้สิทธิอนุญาตเป็นบุคคลกลุ่มหนึ่ง เช่น กรณีของ กทข. เป็นต้น แต่กรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็น เรื่องของการอนุญาตจึงทำให้ส่วนแบ่งรายได้เปลี่ยนแปลงจาก revenue sharing เป็น Licensing Fee

รถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 การประปานครหลวง ตามพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ.2510 การไฟฟ้าฝ่ายผลิต ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2511 เป็นต้น และต่อมาได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานหรือการเข้าร่วมการงานในกิจการของรัฐที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

กรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าบริการสาธารณะในประเทศไทยปรากฏใน 2 ลักษณะ คือ ในรูปของสัมปทานโดยกฎหมาย ซึ่งรัฐมอบให้เอกชนจัดทำแทนรัฐ โดยนำสัญญาหรือใบอนุญาตมาใช้เป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการให้สัมปทาน กับในรูปของการออกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อดำเนินการเอง โดยในรูปของสัมปทานนั้นเป็นการที่รัฐหรือฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยรัฐหรือฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น ซึ่งกิจการที่รัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะได้จะต้องมีกฎหมายให้สิทธิหรือให้อำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครองดำเนินการนั้นได้ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 อันเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินการกิจการบริการสาธารณะโดยการให้สัมปทานหรือการให้อนุญาต เป็นต้น

ส่วนในรูปของการออกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น เป็นการออกกฎหมายเป็นการเฉพาะเพื่อให้รัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการเอง ซึ่งจากลักษณะของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนี้ ทำให้แนวความคิดในเรื่องของการให้ผู้รับสัมปทานต้องลงทุนและเสี่ยงภัยด้วยตนเอง โดยมีรายได้จากการเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการเริ่มเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากรัฐวิสาหกิจไม่สามารถดำเนินการได้เองทั้งหมดเพราะกิจการสาธารณูปโภคส่วนใหญ่ต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง จึงทำให้เริ่มมีการหาทางออกด้วยการแก้ไขให้รัฐวิสาหกิจเข้าดำเนินงานร่วมกับเอกชนได้ และกรณีดังกล่าวจึงน่าจะเป็นสิ่งหนึ่งที่ทำให้เริ่มมีลักษณะของการให้เอกชนที่เข้ามาาร่วมดำเนินงานกับรัฐวิสาหกิจนั้น ต้องแบ่งรายได้ให้กับรัฐวิสาหกิจด้วย และในเวลาต่อมาจึงเริ่มปรากฏแนวความคิดในเรื่องของการเสนอผลประโยชน์ที่จะให้แก่รัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ซึ่งกรณีตามเรื่องนี้ทำให้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าความจริงแล้วสัมปทานไม่ได้เป็นเรื่องที่เอกชนต้องเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐ เพราะบริการสาธารณะย่อมเป็นหน้าที่ที่รัฐต้องให้บริการแก่ประชาชนอยู่แล้ว แต่การเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐ

นั้นน่าจะมาจากกรณีของรัฐวิสาหกิจนั่นเอง เนื่องจากรัฐวิสาหกิจเป็นหน่วยงานที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการแทนรัฐ และให้หารายได้จากกิจการที่รัฐให้ดำเนินการเองเพื่อจะได้ไม่ต้องพึ่งพางบประมาณจากรัฐ กรณีจึงมีความแตกต่างไปจากหน่วยงานอื่นของรัฐที่ได้รับเงินงบประมาณสนับสนุนจากรัฐอยู่แล้ว การให้เอกชนเข้ามาทำหน้าที่ให้บริการสาธารณะแทน จึงไม่น่าจะมีการเรียกให้เอกชนเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐอีก ดังนั้น การเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐในสัญญาสัมปทานนั้น จึงน่าจะมีการพิจารณาในประเด็นเรื่องหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานนั้นด้วยว่าเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะและสามารถให้สัมปทานได้ตามกฎหมาย หรือเป็นหน่วยงานของรัฐที่ได้รับอำนาจให้ดำเนินการบริการสาธารณะแทนรัฐอย่างเช่นกรณีของรัฐวิสาหกิจ โดยหากหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะและสามารถให้สัมปทานได้ตามกฎหมาย โดยเป็นหน่วยงานของรัฐที่ได้รับเงินงบประมาณสนับสนุนจากรัฐบาลอยู่แล้วเช่นนี้ ก็ไม่ควรให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวเรียกให้เอกชนผู้รับสัมปทานเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐ แต่หากหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นหน่วยงานที่ไม่ได้รับเงินงบประมาณจากรัฐ แต่ต้องพึ่งพาตัวเองจากกิจการที่ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการเช่นนี้แล้ว ก็อาจพิจารณาในเรื่องของการให้เอกชนเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐแล้วแต่กรณีไป

อย่างไรก็ดี มีข้อที่น่าสังเกตว่า ไม่ว่าจะเป็นการให้สัมปทานโดยนำสัญญามาเป็นเครื่องมือเพื่อดำเนินการตามกฎหมาย หรือในรูปของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจก็ตาม กิจการนั้นก็ยังคงมีลักษณะเป็นกิจการสาธารณูปโภคหรือกิจการในเชิงผูกขาด เช่น กิจการโทรเลขและโทรศัพท์เป็นกิจการผูกขาดของรัฐตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พุทธศักราช 2477 ประกอบกับมาตรา 11 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 เป็นต้น ซึ่งต่อมาสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเริ่มเปลี่ยนแปลงแนวความคิดไปนับตั้งแต่แนวความคิดในเรื่องของ Privatization เข้ามาในประเทศไทย ทำให้แนวนโยบายแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนมาเป็นการส่งเสริมการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม รวมถึงการเปิดเสรีกิจการต่าง ๆ ตามข้อตกลงกับองค์การการค้าโลก ซึ่งทำให้รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ส่งเสริมเอกชนในการประกอบธุรกิจ ไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน และป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดติดต่อน⁴ อันส่งผลกระทบต่อนโยบายของรัฐบาล มติรัฐมนตรี และมีการเปลี่ยนแปลง

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540

มาตรา 87 บัญญัติว่า "รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาดกำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ่มครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดติดต่อนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่

กฎหมายบางฉบับ เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2540 ซึ่งเป็นการให้ความเห็นชอบแผนแม่บทการพัฒนากิจการโทรคมนาคม โดยกำหนดให้มีการแปรรูปร่วมการงานระหว่างกระทรวงคมนาคม กรมไปรษณีย์โทรเลข องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) และการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) กับบริษัทเอกชนคู่สัญญา เพื่อให้บริษัทเอกชนต่าง ๆ และ ทศท. กสท. ซึ่งจะแปรรูปเป็นบริษัทจำกัด สามารถแข่งขันกันได้อย่างเป็นธรรมและมีความเสมอภาค โดยจะต้องพิจารณากำหนดรูปแบบและวิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกัน และเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย อันจะเป็นพื้นฐานสำคัญในการเปิดแข่งขันเสรีต่อไป เป็นต้น ซึ่งทำให้แนวโน้มในการที่รัฐจะมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะมีมากขึ้น และทำให้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมากยิ่งขึ้น โดยรัฐพยายามลดบทบาทของตนลงให้เป็นเพียง regulator เท่านั้น

กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง อันอาจเป็นผลมาจากปรากฏการณ์ทางสังคม การเมือง และเศรษฐกิจ รวมทั้งการรับแนวความคิดมาจากต่างประเทศ จึงทำให้สัญญาสัมปทานในอดีตมีความแตกต่างจากปัจจุบันในประเด็นต่าง ๆ

อย่างไรก็ดี ดูเหมือนว่าสัญญาสัมปทานจะมีการพัฒนาแต่เพียงสัมปทานบริการสาธารณะ ในขณะที่สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติแทบจะไม่มีเปลี่ยนแปลง ไม่ว่าจะเป็นสัมปทานป่าไม้ หรือสัมปทานปิโตรเลียมก็ตาม ซึ่งอาจเป็นเพราะวัตถุประสงค์ของสัมปทานบริการสาธารณะนั้นแตกต่างจากสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ โดยสัมปทานบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ในขณะที่สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติมีวัตถุประสงค์เพื่อสงวนรักษาทรัพยากรของชาติและเพื่อหารายได้เข้ารัฐ

นโยบายในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงโครงสร้างการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ เพื่อเพิ่มศักยภาพการแข่งขันของประเทศ เพิ่มประสิทธิภาพการให้บริการ และลดภาระทางการเงินของภาครัฐ ส่วนรัฐวิสาหกิจประเภทสาธารณูปโภคและสาธารณูปการเป็นกิจการผูกขาดและมีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง ตามแผนแม่บทการปฏิรูปรัฐวิสาหกิจที่ผ่านการอนุมัติจากคณะกรรมการนโยบายด้านรัฐวิสาหกิจ และคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2541 (ตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0205/11132 ลงวันที่

สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค”

4 กันยายน 2541) กำหนดไว้ชัดเจนว่า รัฐจะตั้งองค์กรกำกับรายสาขาทำหน้าที่กำกับดูแลองค์กรของรัฐที่แปลงมาเป็นบริษัทและเอกชนรายอื่นให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและคุ้มครองผู้บริโภค

มีข้อที่น่าสังเกตว่า แม้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 จะแปลงทุนของรัฐวิสาหกิจให้เป็นหุ้นของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่และกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมาจะไม่ได้มีเจตนารมณ์ให้แปรรูปรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจการที่เป็นสิ่งสาธารณูปโภคจำเป็นพื้นฐานต่อการดำรงชีพของประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องให้บริการสาธารณะโดยไม่หวังผลกำไรแต่อย่างใด โดยเจตนารมณ์ในการบังคับใช้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ก็เพื่อให้รัฐมีกฎหมายที่จะใช้เป็นเครื่องมือในการเปลี่ยนสถานะของรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐตามที่มีกฎหมายจัดตั้งให้เป็นรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด โดยมีการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเดิมเป็นทุนของบริษัทที่รัฐถือหุ้นทั้งหมดเท่านั้น นอกจากนั้น ทรัพย์สินของชาติบางอย่างมีลักษณะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน หรือสิทธิบางอย่างมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจมหาชน ไม่สามารถที่จะขายหรือให้มีการครอบครองหรือยึดถือโดยองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร การแปรรูปรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะดังกล่าวจึงอาจเป็นการทำให้เอกชนผู้ถือหุ้นมีสิทธิในทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน และมีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของชาติได้

โดยที่พระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจหลายฉบับมักมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐวิสาหกิจนั้นดำเนินการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจมหาชนของรัฐตามมาตรา 49 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ที่สงวนไว้ให้เป็นอำนาจของรัฐและต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ การออกพระราชกฤษฎีกากำหนดสิทธิ และประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่มีการแปรรูปจึงต้องระมัดระวังให้มีการจำกัดอำนาจมหาชนของรัฐในส่วนนี้ด้วย มิฉะนั้นอาจทำให้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกรณีศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549 เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2549 เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจสิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ.2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2548 ทั้งนี้ เนื่องจากการที่พระราชกฤษฎีกากำหนดให้รัฐวิสาหกิจที่แปรรูปไปเป็นบริษัทยังคงมีอำนาจเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคหนึ่งที่บัญญัติว่าการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นเท่านั้น อีกทั้งการให้รัฐวิสาหกิจที่

แปรรูปมีอำนาจในการดำเนินการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นี้ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจต่อบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งไม่มีอำนาจมหาชนเช่นว่านั้น อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักความเท่าเทียมกันอย่างเป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจตามมาตรา 30 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 26 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 และเป็นการออกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้ การที่พระราชกฤษฎีกาให้สิทธิรัฐวิสาหกิจที่แปรรูปถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่รัฐวิสาหกิจนั้นได้มาโดยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ก่อนการเปลี่ยนสถานะก็เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน เนื่องจากที่ดินที่รัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นองค์การของรัฐได้กรรมสิทธิ์มาโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภคนั้น ย่อมเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1304(3) และถือเป็นที่ราชพัสดุตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518 มาตรา 4 ด้วย จึงทำให้รัฐวิสาหกิจที่แปรรูปนี้เป็นเจ้าของไม่ได้ ต้องกลับมาเป็นของแผ่นดิน

จากพัฒนาการของสัญญาสัมปทานดังกล่าว จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่สัญญาสัมปทานควรมีการปฏิรูปเพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการของสัญญาสัมปทานที่เปลี่ยนแปลงไป

2.3 เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้สัญญาสัมปทานในประเทศไทยมีรูปแบบที่รองรับการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อให้ประเทศไทยสามารถแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้

จากกระแสโลกาภิวัตน์ทำให้โลกในยุคปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการค้าโลกที่มีการแข่งขันทางธุรกิจค่อนข้างสูงและรุนแรงมากขึ้น ประเทศไทยในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของประชาคมโลก จึงจำเป็นต้องมีการปรับตัวเพื่อให้รองรับกับภาวะเศรษฐกิจดังกล่าวและสามารถแข่งขันกับประเทศอื่นได้ กรณีดังกล่าวนี้เองจึงทำให้ต้องมีการศึกษาว่าจะทำอย่างไรเพื่อให้เงินลงทุนจากต่างประเทศไหลเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น จะทำอย่างไรในการดึงดูดเงินลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติให้ได้มากที่สุด ทั้งนี้ เพื่อที่จะนำเงินตราจากต่างประเทศเข้ามาพัฒนาประเทศให้มีศักยภาพ เพื่อพัฒนาเทคโนโลยี และกิจการสาธารณูปโภคต่าง ๆ ในประเทศไทยให้เจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้น แต่จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของประเทศและประโยชน์ของประชาชนด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าเรื่องนี้ก็อยู่ในความสนใจของรัฐบาลเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากโครงการเมกะโปรเจกต์ที่ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาว่าจะใช้การลงทุนในลักษณะใด เนื่องจากการลงทุนอาจมีได้ในหลายลักษณะ โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งไปที่การศึกษาเกี่ยวกับการลงทุนในลักษณะของสัมปทาน เนื่องจากสัมปทานเป็นการลงทุนในโครงการหรือกิจการของรัฐที่ใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูงโดยรัฐไม่ต้องเป็นผู้ลงทุนเอง ด้วยเหตุนี้ หากรัฐต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศด้วยการให้สัมปทานแล้ว

ประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือเรื่องของสัญญาสัมปทานกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั่นเอง

ในอดีตที่ผ่านมา ประเทศผู้รับการลงทุนส่วนใหญ่มักใช้อำนาจในการยึดหรือริบกิจการ (expropriation or nationalization) ของคนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศ และมักมีแนวความคิดว่านักลงทุนต่างชาติต้องการเข้ามาแสวงหาประโยชน์ในประเทศของตน แต่ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวเริ่มเปลี่ยนแปลงไปในเชิงบวกมากยิ่งขึ้นโดยหลายประเทศมองการลงทุนจากต่างชาติเป็นแหล่งเงินทุนอย่างหนึ่งทำให้มีความพยายามในการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศมากยิ่งขึ้น เพราะการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้นไม่เพียงแต่เป็นการนำเงินลงทุนเข้ามาในประเทศเท่านั้น แต่ยังเป็นการนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ จากต่างประเทศเข้ามาอีกด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้น จากปัญหาต่าง ๆ อันเกิดจากสัญญาสัมปทานในประเทศไทยที่ผ่านมาอาจทำให้คนส่วนใหญ่มีทัศนคติในเชิงลบต่อสัญญาสัมปทาน และมองว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่ทำให้ประเทศไทยต้องเสียเปรียบต่างชาติ แต่ผลจากการศึกษาพบว่า ความจริงแล้วปัญหาของสัญญาสัมปทานไม่ได้มีสาเหตุมาจากลักษณะของสัญญาสัมปทาน หรือมาจากการลงทุนของต่างชาติ แต่ปัญหาของสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่มาจากการบริหารสัญญาสัมปทาน และการแสวงหาผลประโยชน์ในช่วงระหว่างการให้สัมปทานมากกว่า เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีลักษณะผูกขาด และค่อนข้างมีระยะเวลาที่ยาวนาน ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงควรปรับเปลี่ยนแนวคิดและทัศนคติที่มีต่อสัญญาสัมปทานและการลงทุนจากต่างชาติให้เป็นไปในเชิงบวกมากยิ่งขึ้น รวมทั้งปรับปรุงสัญญาสัมปทานเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นทั้งฝ่ายรัฐในฐานะผู้ให้สัมปทาน ฝ่ายเอกชนผู้ลงทุนต่างชาติในฐานะผู้รับสัมปทาน ฝ่ายประชาชนในฐานะผู้ได้รับผลกระทบจากสัญญาสัมปทานและฝ่ายธนาคารในฐานะผู้ให้กู้เงิน ซึ่งหากสามารถทำให้เป็นที่ยอมรับของทุกฝ่ายแล้ว สัญญาสัมปทานน่าจะเป็นรูปแบบการลงทุนจากต่างประเทศที่น่าสนใจอย่างหนึ่งเนื่องจากไม่ต้องใช้เงินลงทุนของรัฐเอง เพียงแต่ประเทศไทยจะต้องหาแนวทางในการควบคุมผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไม่ให้ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยเฉพาะในกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ รวมทั้งจะต้องหาแนวทางในการควบคุมไม่ให้เกิดปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน และไม่ให้เกิดการผูกขาดในกิจการที่อาจส่งผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชนได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นเหตุผลและความจำเป็นอย่างหนึ่งในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานด้วยการเตรียมพร้อมให้สามารถรองรับการลงทุนจากต่างประเทศ ทั้งนี้ เพราะหากประเทศไทยไม่มีการเตรียมความพร้อม

ในการรองรับการลงทุนจากต่างประเทศแล้ว ประเทศไทยอาจจะต้องสูญเสียโอกาสในการเป็นศูนย์กลางการลงทุนในภูมิภาคนี้ได้

ในการเตรียมความพร้อมเพื่อให้แข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้นั้น ประเทศไทยควรจะมีการเตรียมความพร้อมในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีการดำเนินการไปแล้วในบางเรื่อง เช่น การจัดทำแผนแม่บทการพัฒนากิจการโทรคมนาคม โดยคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบให้แปรสภาพองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเป็นบริษัทจำกัด โดยในชั้นแรกรัฐถือหุ้นอยู่ร้อยละ 100 ในขั้นต่อไปให้บริษัทจำกัดดังกล่าวหาพันธมิตรร่วมทุน (strategic partner) เข้าถือหุ้นรวมไม่เกินร้อยละ 22 โดยรายใดรายหนึ่งไม่เกินร้อยละ 5 และจัดสรรหุ้นให้ผู้ปฏิบัติงานเดิมขององค์การโทรศัพท์ที่ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 3 ทั้งนี้ รัฐมีสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทจำกัดต่ำกว่าร้อยละ 50 เพื่อให้บริษัทมีสภาพเป็นบริษัทเอกชนจำกัด เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นเหตุผลและความจำเป็นที่ทำให้ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรที่จะมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหา และสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับแนวความคิดและความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน และเพื่อให้สัญญาสัมปทานได้เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของรูปแบบการลงทุนในการรองรับการลงทุนจากต่างชาติ

ตอนที่ 2 ประเด็นที่ควรพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน

ในตอนนี้จะเป็นการศึกษาว่ามีประเด็นบ้างที่ควรนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

จากการศึกษาพบว่า ประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติมีดังต่อไปนี้

1. ความจำเป็นที่ต้องให้สัมปทานและความเป็นไปได้ในการดำเนินการ

ความจำเป็นที่ต้องให้สัมปทานเป็นประเด็นหนึ่ง that ควรนำมาพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน โดยควรพิจารณาจากความจำเป็นในเบื้องต้นก่อนว่ากิจการที่จะให้สัมปทานนั้นรัฐกระทำเองหรือไม่ กิจการนั้นมีความจำเป็นเพียงใดที่ต้องให้สัมปทาน และกิจการนั้นมีความจำเป็นที่ต้องใช้เงินลงทุนจากต่างประเทศหรือไม่ เพียงใด เพื่อจะได้นำมา

กำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานนั้นว่าควรมีการจำกัดขอบเขตของผู้เข้ารับสัมปทานหรือไม่ อย่างไร ซึ่งหากกิจการนั้นรัฐไม่สามารถทำเองได้และมีความจำเป็นต้องใช้เงินลงทุนจากต่างประเทศแล้ว ในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานก็ควรคำนึงถึงการใช้เงินลงทุนจากต่างชาติจะเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยด้วย และอาจจำเป็นต้องให้สิทธิพิเศษบางอย่างเพื่อดึงดูดให้ผู้ลงทุนเข้ามาลงทุน แต่หากเป็นกรณีประเทศไทยไม่มีความจำเป็นต้องใช้เงินลงทุนจากต่างชาติ หรือไม่มีความจำเป็นต้องให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติแล้ว ก็ไม่มีประเด็นให้ต้องพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานแต่อย่างใด

นอกจากนั้น ความเป็นไปได้ในการดำเนินการในกิจการที่ให้สัมปทานเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเช่นกัน โดยควรมีการรับฟังความคิดเห็นจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเพื่อนำความคิดเห็นดังกล่าวมาประมวลและวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมให้กับประเทศไทย ทั้งนี้ ควรคำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับเป็นสำคัญ โดยเป้าหมายที่สำคัญที่สุดคือ เพื่อให้ประชาชนเป็นผู้ได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงในสัญญาสัมปทาน

ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาแล้วว่าเป็นกรณีมีความจำเป็นต้องให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติแล้ว ประเทศไทยควรดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1) การสร้างแรงจูงใจให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น ซึ่งการสร้างแรงจูงใจดังกล่าวอาจเป็นการให้สิทธิพิเศษบางอย่างเพื่อดึงดูดผู้ลงทุนต่างชาติมาลงทุนในประเทศไทย หรือการทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุน การทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติรู้สึกว่าการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยดังกล่าวจะทำให้ได้รับผลประโยชน์เพิ่มขึ้นจากการลงทุน หรือด้วยการออกกฎหมายในระดับที่แก้ไขได้ยาก ไม่ใช่เป็นเพียงนโยบาย เพื่อแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีความจริงจังในเรื่องนี้และได้มีการดำเนินการจริงอย่างเป็นรูปธรรม พร้อมทั้งจัดให้มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์เพื่อให้นานาอารยประเทศทราบถึงเรื่องดังกล่าว

2) การเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันเสรีอย่างเต็มรูปแบบ โดยไม่ต้องมีข้อจำกัดในเรื่องของการจดทะเบียนเป็นเอกชนตามกฎหมายไทย

3) การระมัดระวังไม่ให้ผู้ลงทุนต่างชาติได้รับสิทธิผูกขาดในกิจการที่ได้รับสัมปทาน

4) การนำกลยุทธ์ทางการตลาดเข้ามาผสมผสานกับการให้สัมปทาน

5) การสร้างหลักประกันให้แก่เอกชนผู้ลงทุนต่างชาติในการได้รับอนุญาต

6) การกำหนดเงื่อนไขสัญญาที่ชัดเจนเพื่อสร้างความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย

2. ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อประเทศชาติและประชาชน

เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าดำเนินการแทนรัฐ และมีจุดมุ่งหมายเพื่อควบคุมกิจการค้าขายที่เป็นสาธารณูปโภคอันกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน ดังนั้น การกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงประเด็นในเรื่องนี้ด้วย โดยหากกิจการนั้นเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อประชาชนแล้ว รัฐควรมีมาตรการในการควบคุมที่เคร่งครัดเพื่อมิให้เอกชนผู้รับสัมปทานแสวงหาประโยชน์จากประชาชนโดยมิชอบ

นอกจากนั้น โดยที่โครงการสัมปทานส่วนใหญ่มักมีมูลค่าโครงการค่อนข้างสูง จึงทำให้มีข่าวเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันเสมอ โครงการสัมปทานต่าง ๆ มักเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของนักการเมือง หลายโครงการต้องล่าช้าเพราะไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ และทำให้มีผลต่อเสถียรภาพของรัฐบาลไม่ใช่น้อย เช่น เรื่องค่าโง่ทางด่วน หรือสัมปทานไอทีวี ที่พาดหัวข่าวในหนังสือพิมพ์มาเป็นเวลาแรมเดือน อีกทั้งยังเป็นสาเหตุหนึ่งที่เป็นชนวนนำไปสู่การรัฐประหารถึง 2 ครั้ง คือ ครั้งหนึ่งในสมัยที่พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เป็นนายกรัฐมนตรี ที่สภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) หยิบยกประเด็นในเรื่องของการทุจริตคอร์รัปชันในโครงการสัมปทานต่าง ๆ มาเป็นเหตุแห่งการรัฐประหาร เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ซึ่งในยุคนั้นอาจเรียกได้ว่าเป็นยุคที่มีโครงการสัมปทานต่าง ๆ เกิดขึ้นมากที่สุด และอีกครั้งหนึ่งในสมัยที่พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งได้มีการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ซึ่งแม้ว่าเหตุผลในการรัฐประหารของสภาปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข คือ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ ไม่ให้มีความแตกแยกก็ตาม แต่หากพิจารณาหลังไปถึงต้นตอของความแตกแยกทางความคิดแล้ว สาเหตุสำคัญประการหนึ่งก็มาจากเรื่องที่พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ขายหุ้นของบริษัท ชินคอร์ปอชั่น จำกัด (มหาชน) ให้แก่กองทุนเทมาเสกสิงคโปร์ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับสัมปทานดาวเทียมนั่นเอง

จากเหตุดังกล่าวคงพอเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานนั้นเป็นสัญญาที่มีความสำคัญมาก เพราะส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนโดยตรง ประชาชนชาวไทยนั้นมีความหวงแหนในสมบัติของชาติ และมักจะเกิดการตื่นตัวทุกครั้งหากรู้สึกรู้ว่ามีการ

ทฤษฎีคอร์ปชั่นในโครงการสัมปทานที่ประชาชนคิดว่าเป็นสมบัติของชาติ ดังนั้น เราคงไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่าสัมปทานเป็นเรื่องสำคัญ อันเนื่องมาจากผลประโยชน์อันเนื่องมาจากสัมปทานที่มีมูลค่ามหาศาล และทำให้มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติส่วนหนึ่งทีเดียว ถ้าเช่นนั้นแล้วจะทำอย่างไรเพื่อให้สามารถป้องกันปัญหาในเรื่องของสัมปทานในประเทศไทย และบัดนี้ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่ควรพิจารณาในเรื่องการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ปัญหาต่าง ๆ ที่เคยเกิดขึ้นต้องเกิดขึ้นอีก

3. ความสมดุลย์ของสัญญา

โดยที่สัญญาสัมปทานมีความแตกต่างจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไป เนื่องจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปนั้น เอกชนไม่ได้มีความเสี่ยงภัยอะไรมาก เพราะรัฐเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างให้กับเอกชน แต่ในขณะที่สัญญาสัมปทาน มักเป็นสัญญาในโครงการที่ต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง รัฐไม่มีงบประมาณเพียงพอในการลงทุน จึงให้สัมปทานแก่เอกชน ซึ่งหมายความว่าเอกชนต้องเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดในสัญญา รัฐไม่ได้ต้องลงทุนอะไร ความเสี่ยงภัยทั้งหมดในสัญญาสัมปทานจึงตกอยู่กับเอกชน รวมทั้งธนาคารผู้ให้กู้ ดังนั้น หากรัฐเอาเปรียบเอกชนในการจัดทำสัญญาแล้วยอมไม่มีเอกชนรายใดเข้ามาลงทุน ไม่มีธนาคารโดยยอมให้เอกชนมากู้เงิน หรือหากเอกชนยอมเข้ามาลงทุนก็อาจเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนในอัตราค่อนข้างสูง ทำให้รัฐไม่สามารถยอมรับได้ กรณีดังกล่าวจึงทำให้รัฐต้องให้หลักประกันบางอย่างแก่เอกชน เพื่อให้เอกชนมีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนในโครงการของรัฐ รวมทั้งการทำให้สัญญาสัมปทานมีลักษณะที่ธนาคารผู้ให้กู้พอที่จะยอมรับได้ (bankable) ซึ่งไม่ได้หมายความว่ารัฐทำสัญญาเสียเปรียบเอกชนแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาเพื่อปฏิรูปสัญญาสัมปทานนั้นจึงไม่เพียงแต่พิจารณาในเรื่องประโยชน์ของรัฐและประชาชนเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการของผู้รับสัมปทาน รวมทั้งศักยภาพของผู้รับสัมปทานที่สามารถนำโครงการไปสู่ความสำเร็จด้วย

สำหรับสัญญาสัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานนั้น มักเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนอันเป็นผลมาจากการที่ประเทศไทยต้องการผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินลงทุน เทคโนโลยี อุปกรณ์และเครื่องจักรจากต่างประเทศ รวมทั้งบุคลากรชาวต่างชาติเพื่อมาฝึกอบรมบุคลากรของหน่วยงานของรัฐ อีกทั้งปัจจุบันในทางระหว่างประเทศยังมีสนธิสัญญาที่ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในเรื่องต่าง ๆ ให้กับผู้ลงทุน

ต่างชาติ ซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้น แต่ในขณะเดียวกัน สัญญาสัมปทานก็เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยและบริการสาธารณะที่ประเทศไทย จำเป็นต้องคำนึงถึงตามหลักของสัญญาทางปกครองเช่นกัน กรณีจึงมีประเด็นว่าถ้าเป็นเช่นนั้นแล้ว อะไรคือจุดสมดุลระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ, ความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ และการใช้อำนาจของรัฐเพื่อคุ้มครองทรัพยากรของรัฐและประโยชน์สาธารณะ ตามกฎหมายปกครอง ความสมดุลของสัญญาจึงเป็นประเด็นหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาในการ กำหนดแนวทางปฏิรูปสัมปทานให้แก่ประเทศไทยต่อไป ด้วยเหตุนี้ ในการกำหนดแนวทางการ ปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น จึงควรคำนึงถึงความสมดุลของสัญญา โดยให้มี ลักษณะเป็นการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ และมีการให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ พอสมควร แต่ต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะและความมั่นคงของประเทศไทย ในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนด้วย

4. ปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน

ปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเป็นประเด็นหนึ่ง ที่ควรนำมาพิจารณาก่อนที่จะกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ทั้งนี้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการปฏิรูปสัญญาสัมปทานก็เพื่อแก้ไขปัญหาและสร้างความชัดเจน ให้กับสัญญาสัมปทาน ซึ่งจากกรณีตัวอย่างที่ได้ศึกษาในตอนต้นที่ 5 ของบทที่ 1 เป็นเพียงส่วนหนึ่งของปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานเท่านั้น ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาปัญหาในทางปฏิบัติที่ ผ่านมาจากภาพรวมทั้งหมดของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งประกอบด้วยปัญหาใน ขั้นตอนของการเริ่มดำเนินโครงการ ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการให้สัมปทาน ปัญหาใน ขั้นตอนของกระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทาน ปัญหาในขั้นตอนกระบวนการจัดทำ สัญญาสัมปทาน ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการผูกพันตามสัญญา ปัญหาจากเงื่อนไขสัญญา สัมปทาน ปัญหาจากกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน และ ปัญหาในการกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

จากการศึกษาปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน แล้ว พบว่าในแต่ละขั้นตอนของสัญญาสัมปทานอาจเกิดปัญหาได้ดังนี้

4.1 ปัญหาในขั้นตอนของการเริ่มดำเนินโครงการ

มีโครงการสัมปทานหลายโครงการที่มีปัญหาตั้งแต่ในขั้นตอนของการริเริ่มโครงการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการตัดสินใจในโครงการดังกล่าวว่ารัฐควรดำเนินการเองหรือให้เอกชนดำเนินการ ปัญหาการขออนุญาตดำเนินโครงการ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ ปัญหาการดำเนินโครงการว่าจะต้องดำเนินการตามกฎหมายใด และผู้ใดเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการ ปัญหาจากวงเงินของโครงการที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี หรือคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจ หรือคณะรัฐมนตรีก่อน ปัญหาจากการไม่ได้กลั่นกรองโครงการอย่างรอบคอบก่อนที่จะดำเนินการ ปัญหาการไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 รวมทั้งปัญหาเรื่องรูปแบบการดำเนินโครงการ เป็นต้น ซึ่งพอที่จะจำแนกประเด็นของปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในขั้นตอนของการเริ่มดำเนินโครงการได้ดังนี้

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการขออนุญาตดำเนินโครงการ

ปัญหาการขออนุญาตโครงการคือก่อนที่จะเริ่มดำเนินโครงการสัมปทานจะต้องมีการขออนุญาตดำเนินโครงการจากหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือไม่ ตัวอย่างสัญญาสัมปทานที่เคยมีปัญหา⁵ เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนมวลชน กทม.⁵

⁵ กรุงเทพมหานครได้เคยหารือสำนักงานอัยการสูงสุดในประเด็นเกี่ยวกับการขออนุญาตคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางว่า ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ให้สัมปทานบริษัท ขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด เป็นผู้จัดให้มีการประกอบกระบวนระบบขนส่งมวลชน กทม. โดยอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 3 (2) และข้อ 11 และได้อนุญาตให้ กทม. โดยผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครมีอำนาจควบคุมดูแลและดำเนินการตามข้อกำหนดและเงื่อนไขสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. โดยโครงการระบบขนส่งมวลชน กทม. นี้ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบในหลักการและให้ กทม. ดำเนินการโครงการต่อไปเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2535 ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงและขยายเส้นทาง ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้อนุมัติแล้ว และได้ทำการแก้ไขสัญญาเพิ่มเติมอีก 2 ครั้ง (สัญญาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ลงวันที่ 25 มกราคม 2538 และสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ลงวันที่ 28 มิถุนายน 2538) นั้น การดำเนินการโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครตามสัญญาสัมปทานดังกล่าว ถือเป็นการประกอบกิจการขนส่งตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ซึ่งการออกแบบ ก่อสร้าง ดำเนินการและการกำหนดอัตราค่าโดยสารจะต้องขออนุญาตคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางหรือไม่ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้ตอบข้อหารือ

4.1.2 ปัญหาความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลกับประชาชน หรือปัญหาการต่อต้านโครงการ

ปัญหาในเรื่องนี้มักเกิดขึ้นจากการจัดทำสัญญาสัมปทานโดยรัฐไม่ได้สอบถามความต้องการของประชาชนที่จะได้รับผลกระทบจากสัญญาสัมปทานนั้นก่อน นอกจากนั้น ปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลกับประชาชนก็คือ มุมมองและทัศนคติของภาครัฐที่เคยชินกับการมองประชาชนว่ามีการศึกษาไม่พอ ไม่สามารถเข้าใจรายละเอียดของโครงการได้ จึงไม่ได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการทำความเข้าใจกับประชาชน รวมทั้งการไม่พยายามทำให้เกิดการมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับต้นของการดำเนินโครงการ หรือการเพิกเฉยต่อการพิจารณาพิจารณาโครงการหลังจากที่ได้ตัดสินใจดำเนินโครงการไปแล้ว และเมื่อเกิดความเคลื่อนไหวของชาวบ้านมาคัดค้านโครงการ ชาวบ้านก็ถูกมองว่าเป็นพวกขัดขวางการพัฒนาประเทศ ดังนั้น รัฐจึงควรให้โอกาสแก่ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการเข้าถึงข้อมูล และมีส่วนร่วมในการพิจารณาโครงการของรัฐ ตลอดจนการให้ความคุ้มครองสิทธิในชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชนที่อาจจะได้รับผลกระทบจากโครงการต่าง ๆ ที่รัฐเป็นผู้อนุมัติให้ดำเนินการ โดยเฉพาะผลกระทบต่อคุณภาพของสิ่งแวดล้อมที่รัฐควรให้มีการศึกษาและประเมินผลก่อน เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. สัญญาโครงการก่อสร้างและโรงแยกก๊าซไทย-มาเลเซีย เป็นต้น

สาเหตุของความขัดแย้งดังกล่าวน่าจะมาจากการขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน ตั้งแต่เริ่มแรก ไม่ว่าจะเป็นในระดับของการร่วมรับรู้ ร่วมคิด ร่วมวางแผน และร่วมการตัดสินใจในขั้นตอนต่าง ๆ ของการดำเนินโครงการ โดยรัฐบาลเพิกเฉยต่อการสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมใน

กทม. ตามคำวินิจฉัยที่ หสต.19/2539 ว่า กิจการรถไฟฟ้าตามโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร เป็นกิจการรถรางซึ่งเป็นรถไฟฟ้าประเภทหนึ่งแต่เป็นกิจการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทย ต่างประเภทกับกิจการรถไฟฟ้าของการรถไฟแห่งประเทศไทย ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคมนาคม ดังนั้น รถไฟฟ้าตามโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครจึงไม่เป็น “รถ” ตามความหมายในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 มาตรา 4 (9) และไม้อาจนำพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 มาใช้บังคับแก่กิจการตามโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร ดังนั้น การออกแบบ การก่อสร้าง การดำเนินโครงการและการกำหนดอัตราค่าโดยสารจึงไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง, อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ.2537-2539, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2536), น. 468-470.

การตัดสินใจของชุมชนท้องถิ่น ปิดกั้นกระบวนการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและการประชาสัมพันธ์ นอกจากนั้น การรับรู้ข้อมูลและการชี้แจงจากฝ่ายต่าง ๆ ยังขาดความชัดเจนอยู่มาก จึงทำให้การแสดงความคิดเห็นของประชาชนแตกต่างกันออกไปด้วยความไม่รู้ข้อเท็จจริง ดังนั้น รัฐจึงควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ด้วยการจัดทำประชาสัมพันธ์เพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนนับตั้งแต่เริ่มโครงการ

4.1.3 ปัญหาจากการมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

โดยที่การดำเนินการจัดทำสัญญาสัมปทานจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในเรื่องนั้นด้วย เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการของรัฐ พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติว่าด้วยการรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 เป็นต้น ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือขั้นตอนของกฎหมายดังกล่าวอันถือว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ย่อมทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพัน ดังปรากฏตัวอย่างในคดีระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน)⁶ อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2549 วางหลักที่ชัดเจนในคดีนี้ว่า การเพิ่มเติมสัญญาเข้าร่วมงาน ฯ ข้อ 5 วรรค 4 โดยมีได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เป็นการขัดต่อมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการของรัฐ พ.ศ.2535 สัญญาเข้าร่วมงาน ฯ ข้อ 5 วรรคสี่ จึงไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย

กรณีตามเรื่องนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่สัญญาสัมปทานไม่มีผลผูกพันอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมายนั้น น่าจะเป็นเรื่องที่ไม่ธรรมดาต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเท่าใดนัก เนื่องจากเวลาที่เอกชนจะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐนั้น เอกชนย่อมมีความไว้วางใจเชื่อใจว่าหน่วยงานของรัฐคงจะได้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายแล้ว การที่หน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายในขั้นตอนก่อนที่จะมีการทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนเช่นนี้ อาจถือได้ว่าหน่วยงานของรัฐกระทำผิดหน้าที่ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และอาจมีลักษณะเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ดังนั้น การดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดจึงเป็นเรื่องสำคัญที่หน่วยงานของรัฐพึงต้องใช้ความระมัดระวังและพิจารณาให้

⁶ ดูรายละเอียดข้อพิพาทคดีนี้ในบทที่ 1 ตอนที่ 5.

รอบคอบก่อนจัดทำสัญญาสัมปทานว่าได้ดำเนินการอย่างถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้วหรือไม่ เพราะมีฉะนั้นแล้วหากสัญญาสัมปทานได้ลงนามไปและต่อมาถูกพิจารณาว่าไม่มีผลผูกพันจนทำให้สัญญาต้องเสียไปทั้งฉบับแล้วก็อาจสร้างความเสียหายเป็นอย่างมากทั้งต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชน รวมทั้งประชาชน ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการให้คณะรัฐมนตรีมีมติให้หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบว่าได้ดำเนินการตามขั้นตอนอย่างถูกต้องตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะจัดทำสัญญาสัมปทาน โดยหากหน่วยงานของรัฐไม่แน่ใจในการดำเนินการดังกล่าวก็ควรหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานอัยการสูงสุดก่อน และเพื่อมิให้เป็นการสร้างภาระแก่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานอัยการสูงสุดจนเกินไป ก็อาจมีการจัดทำคู่มือปฏิบัติงานให้กับหน่วยงานของรัฐโดยรวมรวมปัญหาที่เคยมีการหารือบ่อย ๆ มากำหนดเป็นหลักเกณฑ์ไว้ให้ชัดเจน นอกจากนี้ เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับเอกชนผู้รับสัมปทาน ก็อาจมีการกำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนไว้ในสัญญาสัมปทานด้วยว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ดำเนินการอย่างถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมายว่าด้วยสัมปทาน หรือกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในเรื่องนี้แล้ว พร้อมทั้งให้นำหนังสือให้ความเห็นชอบตามมติคณะรัฐมนตรีมาแนบไว้ในสัญญาด้วย ซึ่งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ใช้สำหรับสัญญาสัมปทานที่ยังไม่ได้ลงนาม ส่วนการแก้ไขปัญหากรณีสัญญาสัมปทานที่ได้ลงนามไปแล้วและมีได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายนั้น อาจดำเนินการแก้ไขด้วยการกำหนดให้มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับเพื่อหาทางออกให้กับหน่วยงานของรัฐว่ากรณีเช่นนี้จะให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการอย่างไรได้บ้างจึงจะชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายให้เกิดขึ้นน้อยที่สุด และมีผลกระทบต่อทุกฝ่ายน้อยที่สุด

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐมักหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานอัยการสูงสุด ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการของรัฐ พ.ศ.2535 โดยมักเป็นการหารือว่าจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่ เช่น สัญญาเข้าร่วมการงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอช เอฟ⁷ เป็นต้น ซึ่ง

⁷ โดยคณะรัฐมนตรีได้เคยมีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาประเด็นข้อกฎหมายว่า การดำเนินการให้เอกชนจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์และการดำเนินบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ในระบบ UHF จะต้องดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 หรือไม่ และหากคณะรัฐมนตรีจะมีมติให้มี

การที่หน่วยงานของรัฐมักหาหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานอัยการสูงสุดเช่นนี้ทำให้มีข้อที่น่าสงสัยเกิดว่าเป็นเพราะกฎหมายดังกล่าวขาดความชัดเจน หรือเป็นเพราะหน่วยงานของรัฐไม่ต้องการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ในเรื่องนี้จะกระทำด้วยการสอบถามไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งเอกชนผู้ลงทุนว่า หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนผู้ลงทุนมีปัญหาใด ๆ ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ และเห็นว่าบทบัญญัติใดบ้างของพระราชบัญญัติที่ทำให้หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนผู้ลงทุนมีปัญหาในทางปฏิบัติ เพื่อให้การแก้ไขปัญหาสอดคล้องกับความเป็นจริง มิใช่แก้ปัญหาคู่เฉพาะในทางวิชาการ

คณะกรรมการขึ้นมาเป็นผู้พิจารณาคัดเลือกเพื่อการอนุญาตจะเป็นการขัดกับกฎหมายใดหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาเห็นว่า พระราชบัญญัตินี้มีจุดมุ่งหมายในการจัดให้มีแนวทางการปฏิบัติในการพิจารณาให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าการดำเนินการตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์และการดำเนินการบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ในระบบยู เอช เอฟดังกล่าวเป็นกิจการของรัฐตามนัยมาตรา 5 หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ นร 0601/1030 ลงวันที่ 1 กันยายน 2535 ว่า การดำเนินการให้เอกชนจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟจะต้องดำเนินการไปตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า ความถี่วิทยุคมนาคมเป็นคลื่นที่รัฐได้มาตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการโทรคมนาคม ผู้ใดมีความประสงค์จะใช้ความถี่ดังกล่าวจึงต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐ และผู้รับใบอนุญาตต้องใช้ความถี่คลื่นให้ถูกต้องตามข้อบังคับว่าด้วยวิทยุคมนาคม ความถี่คลื่นวิทยุคมนาคมจึงเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ความถี่คลื่นวิทยุจึงเป็นทรัพย์สินของส่วนราชการ และเมื่อการดำเนินการตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ในระบบ ยู เอช เอฟ เป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของทางราชการแล้ว การดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นกิจการของรัฐตามมาตรา 5 ดังนั้น จึงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเมื่อการให้เอกชนตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว การดำเนินการคัดเลือกเพื่อการอนุญาตจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายนี้กำหนดวิธีการไว้ กล่าวคือ หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งตามมาตรา 13 เพื่อพิจารณาคัดเลือกเพื่อการอนุญาตต่อไป อ้างในจุลสิงห์ วสันตสิงห์, “สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่อำนาจรัฐ ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ”, เอกสารวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, (2539), น. 30-31.

แต่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้ปฏิบัติก็ไม่สามารถกระทำได้นอกจากนั้น ควรกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับปัญหาในประเด็นที่มักมีการหารือบ่อยครั้ง เช่น ปัญหาว่าเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการหรือไม่ ปัญหาว่าหน่วยงานใดที่มีอำนาจลงนามสัญญา ปัญหาว่าจะคิดวงเงินลงทุนอย่างไร ปัญหาว่าการขยายโครงการต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ เป็นต้น

4.1.4 ปัญหาว่าจะต้องดำเนินการตามมติรัฐมนตรีหรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุหรือไม่

เนื่องจากหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่เคยชินกับการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งทำให้ในการจัดทำสัญญาสัมปทานอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติ และมีปัญหาในการตีความว่าจะต้องดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุหรือไม่ ซึ่งความจริงแล้วพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่เดิมนั้นก็เคยอยู่ในสถานะระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีมาก่อน ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนให้แก่หน่วยงานของรัฐว่า หน่วยงานของรัฐควรดำเนินการเช่นไร และหากเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินหรือวงเงินในการลงทุนไม่เกิน 1,000 ล้านบาทแล้ว หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการโดยอาศัยหลักเกณฑ์ใด

นอกจากนั้น จากการที่มีมติคณะรัฐมนตรีบางฉบับที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 ที่ได้วางหลักในเรื่องของภาษาที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน และแนวทางการระบับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทาน ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจสร้างความสับสนให้แก่หน่วยงานของรัฐและเอกชนผู้ลงทุนได้ว่า จำเป็นต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวหรือไม่ หรือในขั้นตอนของการนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัตินั้นสามารถขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้หรือไม่ ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากต้องการความชัดเจนและไม่ให้เกิดปัญหาการตีความแล้ว ควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยจัดทำสัญญาสัมปทานมาตรฐานโดยกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทานในเรื่องดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนเลยว่าเป็นเงื่อนไขสัญญาที่ห้ามเจรจาต่อรอง หรือเป็นเงื่อนไขสัญญาที่ให้เจรจาต่อรองได้

4.1.5 ปัญหาการร้องเรียนจากเอกชนผู้เสนอราคารายอื่นที่ไม่ได้รับการคัดเลือก

ปัญหาการร้องเรียนจากเอกชนผู้เสนอราคารายอื่นที่ไม่ได้รับการคัดเลือก มักเป็นการร้องเรียนว่าการคัดเลือกไม่เป็นธรรมหรือมีเหตุการณ์ที่ส่อไปทางทุจริต ซึ่งปัญหานี้น่าจะเกิดมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคัดเลือกที่ขาดความชัดเจน หรือทำให้เกิดข้อสงสัย ด้วยเหตุนี้ การ

แก้ไขปัญหาก็จะสามารถกระทำโดยหน่วยงานของรัฐควรที่จะมีการชี้แจงขั้นตอนของการพิจารณาคัดเลือกที่ชัดเจน ซึ่งน่าจะช่วยให้ปัญหาดังกล่าวหมดไปหรือลดลงไปได้มาก

4.2 ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการให้สัมปทาน

ขั้นตอนของการให้สัมปทานนับเป็นกระบวนการที่สำคัญเนื่องจากมีผลต่อเอกชนว่าจะได้เข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐหรือไม่ สำหรับปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการให้สัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยนั้น พบว่ามีประเด็นดังนี้

4.2.1 ปัญหาการคัดเลือกคู่สัญญา

ปัญหาการคัดเลือกคู่สัญญาอาจมีได้หลายกรณี เช่น การกีดกันผู้แข่งขันรายอื่น การกำหนดคุณสมบัติและผลงานที่เป็นการเอื้อประโยชน์เฉพาะผู้ประกวดราคาบางราย ที่รัฐควรดำเนินการให้เป็นไปอย่างโปร่งใส ตรวจสอบได้ และการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันที่กว้างขวางและเป็นธรรม ตัวอย่างสัญญาที่เคยเกิดปัญหานี้ เช่น สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง จำนวน 2 ล้านเลขหมาย

4.2.2 ปัญหาความไม่โปร่งใสของการให้สัมปทาน

ปัญหาความไม่โปร่งใสในสัญญาสัมปทานมักเป็นปัญหาที่ถูกนำมาอ้างถึงเสมอ เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร ฯ สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง จำนวน 2 ล้านเลขหมาย

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามระเบียบของฝ่ายบริหาร เช่น มติคณะรัฐมนตรี หรือระเบียบปฏิบัติต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐ

เนื่องจากขั้นตอนของการให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนที่จะเข้ามาร่วมการงานหรือดำเนินการกับหน่วยงานของรัฐนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี และในการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีที่จะตัดสินใจหรือไม่ให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนที่จะเข้าร่วมงานหรือดำเนินการนี้ ต้องมีการเสนอผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผลว่าตามที่ได้มีประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการโดยมีการประกาศขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาร่วมการงานหรือดำเนินการนั้น เอกชนรายที่เสนอตัวเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามโครงการดังกล่าวมีรายใดหรือไม่ที่มีข้อขัดข้องหรือข้อสงวน (deviate) ที่ไม่อาจปฏิบัติตามขอบเขตของโครงการหรือเงื่อนไขสำคัญที่ต้องมีในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการตามโครงการดังกล่าว และจะต้องมีการเสนอด้วยว่าเอกชนรายใดบ้างที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐแตกต่างไปจากที่ได้มีการกำหนดไว้ในประกาศเชิญชวน ซึ่งถ้ามีการเสนอข้อมูลต่อ

คณะรัฐมนตรีว่ามีเอกชนบางรายมีข้อขัดข้องหรือข้อสงวนที่ไม่อาจปฏิบัติตามขอบเขตของโครงการหรือเงื่อนไขสำคัญที่ต้องมีในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการตามโครงการดังกล่าว หรือมีเอกชนบางรายขอเจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในประกาศเชิญชวนหรือมีข้อเสนอเรื่องผลประโยชน์ของรัฐน้อยกว่าข้อเสนอของเอกชนรายอื่นแล้ว เอกชนรายนั้นมักจะไม่ได้รับการพิจารณาคัดเลือก ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้มีเอกชนไม่มากนักสนใจเข้ามาลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานขนาดใหญ่เนื่องจากต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก และหากจะต้องมีข้อเสนอเรื่องผลประโยชน์ของรัฐด้วยแล้ว ก็อาจทำให้เอกชนรู้สึกที่ไม่คุ้มค่าต่อการลงทุน

ตัวอย่างประการหนึ่งที่น่าสนใจ คือ โครงการเมกะโปรเจกต์ในสมัยรัฐบาลพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ที่กำหนดให้นักลงทุนต่างชาติยื่นข้อเสนอขึ้น พบว่ามีลักษณะของการเปิดกว้างให้เอกชนยื่นข้อเสนออย่างไรก็ได้ ซึ่งการกำหนดในลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะใช้แนวทางที่ถูกต้องเท่าใดนักเพราะย่อมทำให้ยากที่จะนำข้อเสนอของเอกชนแต่ละรายมาเปรียบเทียบกัน และน่าจะเป็นมูลเหตุนำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันได้

4.3 ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทาน

จากการศึกษาพบว่าเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่มักไม่ค่อยให้ความสนใจกับการเจรจาต่อรองสัญญาทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องที่สำคัญ โดยเฉพาะหากเอกชนที่จะมาต่อรองกับหน่วยงานของรัฐมีความรู้และมีประสบการณ์สูงด้วยแล้ว การเจรจาต่อรองสัญญาจะเป็นเรื่องที่สำคัญทีเดียว การเจรจาต่อรองสัญญาต้องอาศัยทั้งความรู้ ประสบการณ์ ชันเชิง จิตวิทยา รวมทั้งต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับเอกชนที่จะเจรจาด้วย ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐให้ความสำคัญกับการเจรจาต่อรองสัญญาและมีความรู้เพียงพอในงานที่จะให้สัมปทาน มีความเข้าใจในเนื้อหาของสัญญา รวมทั้งมีเทคนิคในการเจรจาต่อรองแล้วก็จะเป็ประโยชน์ต่อหน่วยงานของรัฐมาก โดยประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาในการเจรจาต่อรองสัญญา เช่น ค่าธรรมเนียมที่เอกชนจะเรียกเก็บจากประชาชนผู้ให้บริการ โดยควรเจรจาต่อรองให้ประชาชนได้รับประโยชน์มากที่สุด อายุสัมปทาน สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน รวมทั้งการยืนยันรูปแบบสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐวางไว้เพื่อประโยชน์ในทางปกครองหรือประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น ซึ่งหน่วยงานของรัฐควรคำนึงถึงเสมอว่าข้อกำหนดทุกรายการในเอกสารประกวดราคานั้น เอกชนจะมีการคำนวณราคาทุกอย่างไว้หมดแม้แต่เงื่อนไขสัญญา ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขสัญญาที่ให้หน่วยงานของรัฐได้เปรียบในทางความเป็นจริงแล้วจึงอาจจะไม่ได้เปรียบจริงอย่างที่เข้าใจ เพราะหากหน่วยงานของรัฐกำหนดเงื่อนไขสัญญาที่เป็นการเอาเปรียบหรือสร้างพันธะให้กับเอกชนมากเกินไปแล้ว เอกชนก็จะนำ

ข้อสัญญานั้นไปคำนวณรวมเป็นความเสี่ยงในราคาที่เสนอด้วยเสมอ ทำให้ราคานั้นอาจสูงขึ้นโดยไม่จำเป็น หรืออาจหาเอกชนมาเป็นคู่สัญญาไม่ได้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่ไม่มีความเข้าใจในหลักการตรงนี้อย่างแท้จริง และมักเข้าใจว่าเอกชนที่ยื่นข้อเสนอในลักษณะที่มีการคัดค้าน (deviate) ข้อกำหนดในเอกสารประกวดราคาต่าง ๆ ไว้ในข้อเสนอเป็นเอกชนที่ไม่ควรพิจารณาคัดเลือก อีกทั้งมักมุ่งเน้นการพิจารณาในเรื่องของราคาแต่เพียงอย่างเดียว เช่น ให้ราคาต่ำสุดหากเป็นสัญญาจ้าง หรือให้ประโยชน์ตอบแทนสูงสุดหากเป็นสัญญาสัมปทาน แต่ไม่ได้พิจารณาในประเด็นอื่น ๆ ที่อาจแฝงอยู่ในข้อเสนอของเอกชน เช่น ราคาถูก แต่อะไหล่และค่าบำรุงรักษาแพง หรือราคาต่ำแต่ไม่มีศักยภาพเพียงพอในการทำงานให้สำเร็จตามเป้าหมาย หรือประโยชน์ตอบแทนที่ให้กับรัฐสูงแต่ก็เรียกเก็บเงินจากประชาชนในราคาสูงด้วย เป็นต้น ดังนั้นการเจรจาต่อรองสัญญาจึงไม่ใช่เรื่องง่าย และเป็นเรื่องที่สำคัญมาก ซึ่งในประเทศไทยแทบจะไม่มีใครให้ความสนใจในเรื่องของการเจรจาต่อรองสัญญาเท่าใดนัก ในขณะที่ในต่างประเทศมีการจัดหลักสูตรในเรื่องของการเจรจาต่อรองกันเลยทีเดียว เรื่องนี้จึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจที่หน่วยงานของรัฐควรมีการพิจารณาว่าจะทำอย่างไรที่จะให้การเจรจาต่อรองสัญญาของรัฐเป็นไปในเชิงรุก โดยคำนึงทั้งเรื่องประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของประชาชน ประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐ และความเป็นไปได้ในทางธุรกิจไปในขณะเดียวกัน

นอกจากนั้น จากการที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 21 กำหนดให้คณะกรรมการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ นำผลการพิจารณาคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญา และเอกสารทั้งหมดเสนอคณะรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาภายใน 90 วัน นับจากวันที่คณะกรรมการตัดสิน กรณีดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าประเด็นที่เจรจาต่อรองและร่างสัญญาเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่มีผลต่อสัญญาสัมปทาน

ตัวอย่างสัญญาที่เคยเกิดปัญหานี้ เช่น สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง จำนวน 2 ล้านเลขหมาย

4.4 ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทาน

ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่มักตกอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐมากกว่าเอกชน และมักเป็นปัญหาการตีความกฎหมาย อันเนื่องมาจากการที่ไม่มี

กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ หรือมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ⁸ สำหรับปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยนั้น พบว่ามีประเด็นดังนี้

4.4.1 ปัญหาว่าหน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการทำสัญญาสัมปทานหรือไม่

ตัวอย่างสัญญาที่เคยเกิดปัญหานี้ เช่น สัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ที่มีปัญหาว่ากระทรวงคมนาคมมีอำนาจในการทำสัญญาให้สัมปทานดาวเทียมได้หรือไม่⁹ สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ที่มีปัญหาว่ากรุงเทพมหานครมี

⁸ โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่มีกฎหมายฉบับหนึ่งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งมีอำนาจในการให้สัมปทาน แต่กฎหมายอีกฉบับหนึ่งก็กำหนดให้อีกหน่วยงานของรัฐอีกหน่วยงานหนึ่งมีอำนาจหน้าที่เช่นกัน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับความสัมปทาน พ.ศ.2473 กำหนดให้กรมทางหลวงมีอำนาจหน้าที่ดูแลบำรุงรักษาทางหลวง และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมีอำนาจอนุมัติเปิดใช้ทางหลวงสัมปทาน แต่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 295 ข้อ 12(2) กำหนดให้เอกชนต้องจดทะเบียนทางหลวงสัมปทานต่อกรมทางหลวง กรณีเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดปัญหาว่าจะให้กรมทางหลวงหรือกระทรวงคมนาคมเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ, อ้างใน คัมภีร์ แก้วเจริญ, “สัญญาสัมปทาน”, วารสารอัยการ, ฉบับที่ 150, 13 (สิงหาคม 2533), น.199.

⁹ กระทรวงคมนาคมได้เคยหารือสำนักงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของกระทรวงคมนาคมว่ามีอำนาจในการทำสัญญาให้สัมปทานดาวเทียมได้หรือไม่ ซึ่งตามสำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต 44/2534 เคยพิจารณาว่าแม้ไม่มีกฎหมายกำหนดอนุญาตกระทรวงคมนาคมเรื่องการให้สัมปทานไว้โดยเฉพาะ แต่สำนักงานอัยการสูงสุดเห็นชอบตามโครงการของกระทรวงคมนาคมที่จะตีความอำนาจหน้าที่ของกระทรวงคมนาคมตามกฎหมายว่า กระทรวงคมนาคมอาจทำสัญญาให้สัมปทานดาวเทียมได้ โดยอาจอนุญาตให้ภาคเอกชนดำเนินกิจการดาวเทียมโดยให้สร้าง บริหารกิจการและให้บริการวงจรรดาวเทียม และให้ภาคเอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าใช้วงจรรดาวเทียมจากผู้ให้บริการดาวเทียม โดยแบ่งรายได้ให้แก่กระทรวงคมนาคมได้ ทั้งนี้ เนื่องจากตามข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐเท่านั้นที่จะเป็นเจ้าของวงจรรดาวเทียมได้ ซึ่งเป็นไปตามข้อบังคับวิทยุ (Radio Regulations) ของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union) ที่วางหลักเกณฑ์การจูงจวงจรรดาวเทียมไว้ว่า เป็นสิทธิของรัฐเท่านั้นที่จะดำเนินการจูงจวงจรรดาวเทียมได้ ดังนั้น กระทรวงคมนาคมจึงต้องเป็นคู่สัญญา นอกจากนั้น กระทรวงคมนาคมยังมีพันธะในฐานะผู้ให้สัมปทานที่จะต้องสนับสนุนกิจการดาวเทียมไทยของบริษัทผู้รับสัมปทานโดยจะดำเนินการให้สถานีดาวเทียมภาคพื้นดินทั้งหมดใช้วงจรรดาวเทียมของบริษัท, อ้างในจุลสิงห์ วสันตสิงห์, อ้างแล้ว

อำนาจหน้าที่ในการดำเนินกิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนหรือไม่ สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุน ขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง จำนวน 2 ล้านเลขหมาย ที่มีปัญหาองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยมีอำนาจทำสัญญาร่วมการทำงานกับเอกชนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง จำนวน 2 ล้านเลขหมายได้หรือไม่¹⁰ สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่สอง ว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีอำนาจในการทำสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 หรือไม่¹¹ เป็นต้น

เชิงอรรถที่ 7, น.19 และตามหนังสือกระทรวงคมนาคมที่ คค 0208/3758 ลงวันที่ 22 เมษายน 2534 ข้อ 2.13.6 ประกอบข้อ 3.2.2 อ้างใน คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหา กฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ.2537-2539, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.138.

¹⁰โดยที่กิจการโทรศัพท์ไม่ใช่กิจการที่ระบุไว้ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความว่า กิจการโทรศัพท์จะมีการให้สัมปทานได้หรือไม่ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุด ได้เคยพิจารณาในประเด็นดังกล่าวแล้วเห็นว่า เนื่องจากตามพระราชบัญญัติองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 ซึ่งเป็นกฎหมายจัดตั้งองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ได้กำหนดไว้ใน ข้อ 9 (6) ให้ ทศท. มีอำนาจร่วมการทำงานหรือสืบทอดกับบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์แห่งกิจการของ ทศท. รวมทั้งการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลใด ๆ ทศท. จึงสามารถทำสัญญาร่วมการทำงานกับเอกชน เพื่อให้เอกชนขยายเครือข่ายการบริการโทรศัพท์โดย ทศท. แบ่งรายได้จากการให้บริการแก่เอกชนผู้ลงทุน รวมทั้งให้เอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชน และแบ่งรายได้ให้แก่ ทศท. ได้

¹¹การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) เคยส่งร่างสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 บางโคล่-แจ้งวัฒนะ มาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา อันมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า กทพ. มีอำนาจในการทำสัญญาดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้พิจารณาตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 แล้วเห็นว่า กทพ. มีวัตถุประสงค์ตามที่ปรากฏในประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าว ข้อ 2 ความว่า “(1) สร้างหรือจัดให้มีด้วยวิธีการใด ๆ ตลอดจนบำรุงรักษาทางพิเศษ” จึงสามารถตีความได้ว่า กทพ. มีสิทธิกระทำในทุกวิธีการที่เห็นสมควรเพื่อให้มีทางพิเศษขึ้นมาได้ ไม่ว่าวิธีการดังกล่าวจะเป็นการจ้างก่อสร้างหรือมอบหมายให้ภาคเอกชนก่อสร้างและแบ่ง ผลประโยชน์ในรายได้ค่าผ่านทางก็ตาม และเห็นว่าแม้สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 จะมีได้ใช้คำว่าสัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะก็ตาม แต่เงื่อนไขสัญญาที่ กทพ. ได้มอบหมายให้บริษัทเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างและให้บริการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ก็มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะโดยไม่จำเป็นต้องใช้ชื่อว่าเป็น

4.4.2 ปัญหาว่าหน่วยงานใดของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการลงนามสัญญาหรือเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ตัวอย่างสัญญาที่เคยเกิดปัญหานี้ เช่น สัญญาโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับใน กทม. และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (โฮปเวลล์) ว่าใครที่จะเป็นผู้มีอำนาจลงนามในนามคู่สัญญาฝ่ายรัฐ¹² สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ¹³ สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม.¹⁴ เป็นต้น

สัญญาสัมปทานแต่อย่างใด, ดูสำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต. 58/2531, อ้างในจุลสิงห์ วสันตสิงห์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.37-38.

¹² สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยพิจารณาตรวจร่างสัญญาและให้ความเห็นไว้ในสำนวนการตรวจร่างสัญญา เลขที่ สต.48/2533 ว่าในสัญญาโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับใน กทม.และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย หรือโครงการโฮปเวลล์นี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายรัฐต้องมีทั้งกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นผู้ลงนาม ทั้งนี้เนื่องจากการก่อสร้างระบบรถไฟชุมชนโดยมีสิทธิเก็บค่าโดยสารจากผู้ให้บริการ (Community Train) นั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นผู้มีอำนาจให้สัมปทานตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 ส่วนการก่อสร้างถนนยกระดับโดยมีสิทธิเรียกเก็บค่าผ่านทางจากผู้ให้บริการ คณะรัฐมนตรีก็เป็นผู้อนุมัติตามข้อเสนอของกระทรวงคมนาคมตามพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ.2473 และสำหรับการก่อสร้างทรัพย์สินเชิงพาณิชย์ในที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทยและเรียกเก็บเงินค่าช่วยค่าก่อสร้างจากผู้ซื้อหรือผู้เช่า ก็อยู่ในอำนาจของการรถไฟแห่งประเทศไทย อ้างในจุลสิงห์ วสันตสิงห์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.42.

¹³ สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยพิจารณาเกี่ยวกับผู้ที่จะเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาเห็นว่า โดยที่กฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวงทบวงกรมมิได้กำหนดให้การจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์และการดำเนินบริการส่งวิทยุโทรทัศน์อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใด ประกอบกับสำนักนายกรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ในราชการ ซึ่งมีได้อยู่ภายในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งโดยเฉพาะ สำนักนายกรัฐมนตรีจึงอาจดำเนินบริการส่งวิทยุโทรทัศน์อันเป็นงานส่วนกลางของรัฐบาล และคณะรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้สำนักปลัดนายกรัฐมนตรีเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการเพื่อการจัดตั้งและดำเนินบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ในระบบ UHF ได้ ดังนั้นสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีจึงเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการอนุญาตให้เอกชนจัดตั้งและดำเนินบริการสถานีโทรทัศน์ระบบ UHF, ดูสำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการ

สูงสุด เลขที่ สต. 18/2538 และหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0601/145 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2536 เรื่อง การดำเนินการเพื่อจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ UHF, อ้างในจุลสิงห์ วสันตสิงห์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.43.

¹⁴ กรุงเทพมหานครได้เคยส่งร่างสัญญาโครงการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้พิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครว่ามีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนหรือไม่ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดเห็นว่าตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 มาตรา 89 (8) กำหนดให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการ "การขนส่ง" มาตรา 89 (15) กำหนดให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการ "การสาธารณูปโภค" และมาตรา 89 (22) กำหนดให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการ "การสาธารณูปการ" ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานฉบับ พ.ศ.2525 แล้ว คำว่า สาธารณูปการหมายถึงการก่อสร้างและบำรุงปฏิบัติสิ่งสาธารณะ และคำว่าสาธารณูปโภคหมายถึงการประกอบบริการเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป เช่น ไฟฟ้า น้ำประปา เมื่อพิจารณามาตรา 89 (8) (15) (22) ดังกล่าวประกอบแล้ว จึงเห็นว่ากรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการก่อสร้างที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งที่เป็นการบริการประชาชนทั่วไป ซึ่งอาจหมายรวมถึงกิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนได้ ส่วนประเด็นเกี่ยวกับกรุงเทพมหานครสามารถร่วมลงทุนหรือดำเนินงานกับภาคเอกชนในกิจการรถไฟฟ้าได้หรือไม่ นั้น สำนักงานอัยการสูงสุดตีความว่า รถไฟฟ้าขนส่งมวลชนเป็นกิจการรกร้างที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกระทรวงมหาดไทย ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถอนุญาตหรือให้สัมปทานแก่บริษัทในการประกอบกิจการรกร้างขนส่งมวลชนได้ ตามข้อ 3 และข้อ 11 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ดังนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดจึงพิจารณาเห็นชอบร่างสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. โดยถือว่ากิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนเป็นรกร้างไฟฟ้า ซึ่งเมื่อบริษัทได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และกระทรวงมหาดไทยได้มอบหมายให้ผู้ว่าราชการจังหวัดกรุงเทพมหานครมีอำนาจควบคุมดูแลโครงการรกร้างไฟฟ้านี้ กรุงเทพมหานครจึงมีสิทธิและอำนาจหน้าที่ในการลงนามในสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกับบริษัทผู้เสนอโครงการได้, ดูสำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต. 15/2535, อ้างในจุลสิงห์ วสันตสิงห์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 37-38.

4.5 ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการผูกพันตามสัญญา

ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการผูกพันตามสัญญาที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยพบว่า มีในประเด็นดังนี้

4.5.1 ปัญหาการตีความสัญญา

ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการผูกพันตามสัญญาที่มีบ่อยที่สุดคือปัญหาการตีความสัญญา โดยตัวอย่างสัญญาที่เคยมีปัญหาได้แก่ สัญญาสัมปทานหลวง สัญญาสัมปทานไฮโปเธค สัญญาสัมปทานดาวเทียม สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง จำนวน 2 ล้านเลขหมาย เป็นต้น ซึ่งปัญหาการตีความสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมักมีในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

- 1) เรื่องหลักประกันสัญญา¹⁵
- 2) เรื่องการโอนสิทธิในการรับค่าสินไหมทดแทน¹⁶
- 3) เรื่องการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา¹⁷
- 4) เรื่องเจตนารมณ์ของสัญญา¹⁸
- 5) เรื่องการแบ่งรายได้¹⁹

¹⁵ คำวินิจฉัยที่ 14/2540 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 7 พ.ศ.2540-2541, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดอุดมศึกษา, 2545), น.480-482.

¹⁶ คำวินิจฉัยที่ หสต.20/2534 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 5 พ.ศ.2534-2536, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2536), น. 202-203.

¹⁷ คำวินิจฉัยที่ หสต. 7/2538 อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ.2537-2539, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.546-551.

¹⁸ ข้อหาหรือสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ หสต. 20/2538 และคำวินิจฉัยที่ หสต. 43/2537, อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ. 2537-2539, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.378-380 และ น.137-140.

6) เรื่องการรับภาระค่าใช้จ่าย²⁰

7) เรื่องภาษีมูลค่าเพิ่ม²¹

8) เรื่องความหมายของรายได้และผลประโยชน์อื่นใด²²

4.5.2 ปัญหาการบริหารสัญญา

ปัญหาการบริหารสัญญามักเกิดขึ้นจากการที่หน่วยงานของรัฐไม่มีประสิทธิภาพในการบริหารสัญญา ขาดความโปร่งใส ไม่ศึกษาเงื่อนไขสัญญาก่อนดำเนินโครงการ อันนำมาซึ่งปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นตามมา โดยเฉพาะปัญหาความล่าช้าในการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อการทำงานตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ²³ จนทำให้มีการส่งเรื่องมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตีความเสมอ และ

¹⁹ คำวินิจฉัยที่ หสต.7/2537 และคำวินิจฉัยที่ 11/2541, อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ.2537-2539, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.101-108 และ น.239-240.

²⁰ คำวินิจฉัยที่ หสต.27/2537, อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 6 พ.ศ.2537-2539, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.115-120.

²¹ คำวินิจฉัยที่ หสต.88/2535, อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 5 พ.ศ.2534-2536, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น. 350-352.

²² คำวินิจฉัยที่ หสต.10/2535, อ้างในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 5 พ.ศ.2534-2536, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น. 392-394.

²³ สัญญานี้เคยมีปัญหาจากกรณีที่บริษัทขอขยายเวลา แต่หน่วยงานของรัฐไม่กล้าตัดสินใจ โดยต้องมีการแต่งตั้งคณะทำงานศึกษารายละเอียดข้อเท็จจริงและความเป็นไปได้ในการขอขยายเวลาแล้วนำเสนอต่อคณะกรรมการประสานงาน ซึ่งกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความล่าช้าในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ผิดสัญญาหรือมีความเป็นไปได้ที่หน่วยงานของรัฐอาจจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้รับสัมปทานด้วยแล้ว การดำเนินการในเรื่องนั้นจะมีปัญหาในทางปฏิบัติทันที ซึ่งหากผู้รับสัมปทาน

ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนกับหน่วยงานของรัฐอีก โดยเฉพาะคู่สัญญาที่เป็นเอกชนต่างชาติที่ส่วนใหญ่มักยึดถือสัญญาเป็นหลักในการปฏิบัติงาน ซึ่งปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพในการบริหารสัญญานั้นส่วนหนึ่งมาจากความรู้สึกหรือพื้นฐานของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่ไม่กล้าตัดสินใจ ไม่กล้ารับผิดชอบ เนื่องจากหากมีเจ้าหน้าที่ของรัฐคนใดมีความคิดใหม่ ๆ และเสนอแนะความคิดขึ้นมาก็จะถูกโยนให้เป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้น อีกทั้งหากเกิดความผิดพลาดขึ้นก็ต้องเป็นคนรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่แน่ใจในการเสนอแนะความคิดใหม่ ๆ ขึ้นมา ขาดขวัญกำลังใจในการทำงาน และเกิดความไม่มั่นใจในระบบคุณธรรมของผู้ปกครองในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากหน่วยงานใดของรัฐมีการบริหารจัดการที่ดี มีบุคลากรที่มีความตั้งใจในการทำงาน มีความละเอียดรอบคอบ กล้าตัดสินใจ และยึดมั่นในหลักวิชาชีพแล้ว การบริหารสัญญาของหน่วยงานของรัฐนั้นก็ไม่น่าจะมีปัญหา ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานของรัฐจึงควรปรับปรุงหลักการบริหารจัดการภาครัฐเพื่อแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ พัฒนาความรู้และศักยภาพของบุคลากรที่รับผิดชอบให้สามารถบริหารสัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งดำเนินการแก้ไขปัญหาอย่างเป็นระบบด้วยการกำหนดระเบียบ ขั้นตอน และวิธีการปฏิบัติที่ชัดเจนให้กับหน่วยงานของรัฐในการบริหารสัญญา เพื่อจะได้ไม่ต้องมีปัญหาในการตัดสินใจ

4.5.3 ปัญหาการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

ปัญหาการไม่ปฏิบัติตามสัญญา อาจมีได้ทั้งจากกรณีตั้งใจไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือมาจากกรณีไม่ใส่ใจที่จะปฏิบัติตามสัญญา เช่น การไม่ได้อ่านเงื่อนไขสัญญา หรือปฏิบัติตามเข้าใจของตนที่มีอยู่เดิมโดยคิดว่าสัญญาทุกสัญญาคงมีเงื่อนไขสัญญาที่เหมือนกัน การไม่ยอมปรับเปลี่ยนทัศนคติของสัญญาแบบเดิม ๆ ที่คำนึงถึงประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่สนใจว่าเงื่อนไขสัญญาจะกำหนดไว้เช่นไร นอกจากนั้น ยังอาจมาจากปัญหาของการไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้อันเนื่องมาจากหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องหรือจากการคัดค้านของประชาชน ตัวอย่างสัญญาที่เคยมีปัญหา²⁴ เช่น สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ²⁴ สัญญาหอยออนไลน์²⁵ เป็นต้น

เป็นเอกชนต่างชาติก็จะมีผลให้เอกชนต่างชาตินั้นความเชื่อมั่นที่จะเข้ามาลงทุนและเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย

²⁴ สัญญานี้เคยมีปัญหาอันเนื่องมาจากการไม่ได้ประสานงานกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยเงื่อนไขสัญญาข้อ 1.11 กำหนดให้ สปน. ช่วยอำนวยความสะดวกในการที่ผู้เข้าร่วมงานจะดำเนินการจัดหา ขอให้ หรือเช่าเสาอากาศจากทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันของ อสมท. หรือ

4.5.4 ปัญหาความล้มเหลวของโครงการ

ตัวอย่างสัญญาสัมปทานที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาความล้มเหลวของโครงการชัดเจนที่สุดคือ สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย²⁶

สถานีวิทยุโทรทัศน์ช่อง 11 ซึ่งเมื่อถึงเวลาในทางปฏิบัติจริง ช่อง 11 กรมประชาสัมพันธ์กลับโต้แย้งว่าไม่เคยรู้เรื่องนี้มาก่อนและจะยินยอมให้บริษัทไอทีวีใช้อาคาร เสาอากาศ หรืออื่นใดในพื้นที่ซึ่งเป็นที่ตั้งของกรมประชาสัมพันธ์ต่อเมื่อกรมประชาสัมพันธ์ได้รับประโยชน์โดยตรงแล้วเท่านั้น กรณีดังกล่าวจึงทำให้บริษัทไอทีวีไม่สามารถเข้าใช้พื้นที่ของกรมประชาสัมพันธ์ได้ อย่างไรก็ดี ต่อมาปัญหาดังกล่าวได้คลี่คลายเมื่อกรมประชาสัมพันธ์เริ่มอนุญาตให้ไอทีวีใช้พื้นที่ชั่วคราวได้ แต่ก็ทำให้บริษัทไอทีวีอ้างเรื่องการได้รับอนุญาตให้เข้าใช้พื้นที่ของกรมประชาสัมพันธ์ล่าช้ามาเป็นเหตุผลเพื่อร้องขอขยายเวลาและชำระค่าตอบแทน

²⁵ สัญญานี้เป็นตัวอย่างหนึ่งที่หน่วยงานของรัฐต้องตกเป็นผู้แพ้คดีเนื่องจากปฏิบัติผิดสัญญา โดยศาลแพ่งได้มีคำพิพากษาให้สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลชำระค่าเสียหายให้แก่บริษัท จาโก้ จำกัด เป็นเงินจำนวน 2,500 ล้านบาทเศษ คดีนี้สืบเนื่องมาจากสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลได้ทำสัญญากับบริษัท จาโก้ จำกัด ให้เป็นผู้ดำเนินการวางตู้จำหน่ายสลากกินแบ่งอัตโนมัติ (หอบออนไลน์) มีระยะเวลาผูกพัน 10 ปี โดยบริษัท จาโก้ จำกัด จะต้องจัดหาตู้จำหน่าย จำนวน 5,000 ตู้ และผลิตสลากจำหน่ายในตู้งวดละ 14 ล้านใบ ซึ่งสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลได้ตกลงให้ส่วนแบ่งแก่บริษัท จาโก้ จำกัด เป็นจำนวน 9% ของรายได้ ต่อมาเมื่อเสี่ยงคัดค้านจากประชาชน สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลจึงได้ชะลอโครงการนี้เรื่อยมาจนยกเลิกสัญญาในที่สุด การเลิกสัญญาดังกล่าวจึงเป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาทระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลกับบริษัท จาโก้ จำกัด และในที่สุดสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลจึงตกเป็นผู้แพ้คดีเมื่อบริษัท จาโก้ จำกัด นำข้อพิพาทให้อนุญาตศาลปกครองวินิจฉัย โดยอนุญาตศาลปกครองเห็นว่าสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลปฏิบัติผิดสัญญาเพราะเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุแห่งการเลิกสัญญาได้

²⁶ จากปัญหาความล่าช้าในการดำเนินงานโครงการและแรงกดดันของประชาชนที่มีต่อโครงการ ทำให้กระทรวงคมนาคมในสมัยที่นายสุวัจน์ ลิปตพัลลภ เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ตัดสินใจเสนอให้รัฐบาลบอกเลิกสัญญาตามสัญญาข้อ 27 เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2539 โดยระบุสาเหตุว่าสืบเนื่องจากโครงการดังกล่าวใช้ระยะดำเนินการมายาวนานกว่า 6 ปี ผลการก่อสร้างต่ำกว่าเป้าหมายที่กำหนดไว้ในสัญญามาก และเป็นที่คาดหมายได้ว่าบริษัทจะไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จทันกำหนดเวลาที่รัฐบาลและกระทรวงคมนาคมได้ขยายเวลาให้

4.5.5 ปัญหาทางการเมือง

สัญญาสัมปทานมักถูกนำมาเป็นประเด็นทางการเมืองเสมอ โดยเฉพาะสัมปทานในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐที่หากสัญญาสัมปทานเกิดขึ้นในรัฐบาลของฝ่ายหนึ่งแล้ว หากอีกฝ่ายหนึ่งมาเป็นรัฐบาล ก็มีการไปตรวจสอบสัญญาสัมปทานนั้น โดยในทุกรัฐบาลจะต้องมีการตรวจสอบสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นในยุคของอีกรัฐบาลหนึ่งเสมอ วนเวียนไปมาเช่นนี้ไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งแม้ว่าการตรวจสอบจะเป็นสิ่งที่ดี แต่หากต้องเป็นเช่นนี้ต่อไปเรื่อย ๆ ในทุกยุคสมัยของรัฐบาลแล้ว ก็อาจทำให้ดูเหมือนว่าการตรวจสอบนั้นเป็นเพียงกลไกหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมือง และอาจทำให้นักลงทุนต่างชาติขาดความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทย ดังนั้นปัญหาในเรื่องนี้จึงควรแก้ไขด้วยการปฏิรูปสัญญาสัมปทานทั้งในขั้นตอนก่อนการลงนามสัญญาสัมปทานว่าจะทำอย่างไรเพื่อให้สัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นในประเทศไทยสามารถเป็นที่ยอมรับกัน

จึงจำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาสัมปทาน ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเป็นครั้งแรกที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลบอกเลิกสัญญาสัมปทาน แต่การดำเนินการบอกเลิกสัญญาก็เป็นไปด้วยความยืดเยื้อ จนในที่สุดคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญาอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2541 ในสมัยที่นายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี และนายสุเทพ เทือกสุบรรณ เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม โดยนำเสนอเหตุผลของการบอกเลิกสัญญาว่าเพราะบริษัทมีเจตนาไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้สำเร็จตามความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์แห่งสัญญา จึงเสนอให้คณะรัฐมนตรียกเลิกสัญญาสัมปทานดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388 โดยกระทรวงคมนาคมและ รฟท. สงวนสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อศาลเรียกค่าชดเชยความเสียหายจากการที่บริษัทไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างโครงการได้ตามสัญญาจนเป็นเหตุให้รัฐสูญเสียผลประโยชน์ด้วย พร้อมทั้งให้ รฟท. จ่ายเงินผลประโยชน์จำนวน 2,820 ล้านบาทที่บริษัทโฮปเวลล์จ่ายให้รัฐก่อนหน้านี้ รวมทั้งรับเงินค่าประกันโครงการจำนวน 500 ล้านบาทด้วย ขณะเดียวกัน กระทรวงคมนาคมและ รฟท. ได้เสนอแผนรองรับภายหลังการบอกเลิกสัญญาสัมปทานทั้งระยะสั้นและระยะยาว โดยในระยะสั้นได้มอบหมายให้กรมทางหลวงดำเนินการศึกษาการก่อสร้างถนนเลียบพื้นที่สัมปทาน (Local Road) ระยะทาง 38.5 กม. ส่วนแผนรองรับระยะยาวได้ให้ รฟท. ดำเนินการศึกษาแก้ไขรูปแบบการลงทุนของโครงการเดิม เพื่อลดขนาดของโครงการให้เหลือเพียงระบบทางรถไฟยกระดับและรถไฟฟ้ามหานครเท่านั้น และให้กระทรวงคมนาคมศึกษารูปแบบแนวทางการดำเนินโครงการนี้ใหม่ แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีความคืบหน้าในการรื้อฟื้นโครงการนี้ขึ้นมาใหม่ โดยยังคงอยู่ระหว่างการศึกษาปรับปรุงให้สามารถเชื่อมต่อไปในทุกเส้นทาง รวมทั้งเชื่อมต่อกับระบบรถไฟฟ้าใต้ดินบางช่วง

ได้ทุกฝ่าย หรือมีการคัดค้านน้อยที่สุดก่อนที่จะลงนามสัญญา เพื่อจะได้ไม่ต้องมาโต้แย้งกันในเรื่องความเสียเปรียบของสัญญา หรือการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกันอีก ไม่ว่าฝ่ายใดจะมาเป็นรัฐบาลก็ตาม รวมทั้งเพื่อไม่ให้สัญญาสัมปทานถูกนำมาเป็นประเด็นทางการเมือง เพื่อที่ประเทศไทยจะได้มุ่งแก้ปัญหาในเรื่องอื่นให้กับประชาชนและพัฒนาบริการสาธารณะให้ทัดเทียมกับประเทศอื่น มากกว่าที่จะมุ่งตรวจสอบสัญญาสัมปทานที่มีขึ้นในทุกยุคสมัยของรัฐบาล ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าควรกำหนดขั้นตอนของการให้สัมปทานและเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ชัดเจน เช่น การจัดทำสัญญาสัมปทานมาตรฐาน การให้นำหลักฐานการดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายและการทำประชาพิจารณ์มาแนบไว้เป็นเอกสารประกอบสัญญา การเปิดโอกาสให้ฝ่ายค้านส่งผู้แทนเข้ามามีส่วนร่วมกับหน่วยงานของรัฐในการพิจารณาคัดเลือกผู้รับสัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทาน เป็นต้น

4.5.6 ปัญหาการขายหุ้นของเอกชนผู้รับสัมปทาน

ปัญหาการขายหุ้นของเอกชนผู้รับสัมปทาน นับเป็นปัญหาใหม่ที่น่าสนใจในสัญญาสัมปทาน ซึ่งปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่บริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ขายหุ้นให้กับกองทุนเทมาเสก โฮลดิ้งส์ จากประเทศสิงคโปร์ ซึ่งทำให้มีผลกระทบกับสัญญาสัมปทาน 2 ฉบับ คือ สัญญาร่วมการทำงานโทรศัพท์พื้นฐานระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส หรือ เอไอเอส และสัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ระหว่างกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (รับโอนกิจการมาจากกระทรวงคมนาคมตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545) กับบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน) โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ เนื่องจากเงื่อนไขสัญญาข้อ 4.2 ของสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 27 ตุลาคม 2547 กำหนดว่า “บริษัท (ซึ่งหมายถึงบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)) จะต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่ (ซึ่งหมายถึงบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด (มหาชน)) ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบ (40) ของจำนวนหุ้นทั้งหมด” การขายหุ้นของบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) จึงทำให้มีเอกชนต่างชาติเข้ามาถือหุ้นในคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งทำให้เกิดประเด็นที่น่าพิจารณาว่า การโอนหุ้นของเอกชนผู้รับสัมปทานอันเนื่องมาจากกรณีมีเอกชนมาซื้อหุ้นของเอกชนในกิจการที่ได้รับสัมปทานมาจากรัฐนั้นจะมีผลเช่นไร และจะมีผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานหรือไม่

กรณีตามเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่กลุ่มเทมาเสกซื้อหุ้นของบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) นั้น กรณีนี้ไม่ใช่การที่เอกชนมาซื้อหุ้นของรัฐที่อาจถือได้ว่าเป็นการให้เอกชนเข้า

ร่วมลงทุนรูปแบบหนึ่งในกิจการของรัฐ แต่เป็นกรณีที่เอกชนมาซื้อหุ้นในกิจการของเอกชน แต่โดยที่กิจการนั้นเป็นกิจการที่เอกชนได้รับสัมปทานมาจากรัฐ จึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า กิจการที่เอกชนได้รับสัมปทานมาจากรัฐเช่นนั้นจะถือเป็นกิจการของรัฐตามนัยของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 หรือไม่ ซึ่งเรื่องนี้หากพิจารณาตามความหมาย “กิจการของรัฐ” ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าความหมายของกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้หมายถึงเฉพาะกิจการของรัฐที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หน่วยงานราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงานร่วมกันด้วย ดังนั้น กิจการที่รัฐให้สัมปทานไปกับเอกชนนั้นถือเป็นกิจการของรัฐ เนื่องจากสิทธิในวงจรกิจจรดาวเทียมเป็นสิทธิของรัฐที่ได้มาตามความตกลงระหว่างประเทศ จึงถือว่าเป็นทรัพย์สินของรัฐ ด้วยเหตุนี้ การที่บริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ได้รับสัมปทานเกี่ยวกับการใช้วงจรกิจจรดาวเทียมอันเป็นทรัพย์สินของรัฐ จึงถือได้ว่าบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ดำเนินกิจการที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของรัฐ กิจการดังกล่าวจึงเป็นกิจการของรัฐตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ดังนั้น การขายหุ้นของบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ให้แก่กลุ่มเทมาเสกจึงเป็นกรณีที่ทำให้กลุ่มเทมาเสกเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพราะการเข้าซื้อหุ้นของกลุ่มเทมาเสกในบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ทำให้กลุ่มเทมาเสกมีสิทธิในการเข้าร่วมบริหารกิจการของบริษัทชินวัตร ฯ ด้วยเหตุนี้ การขายหุ้นของบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ให้แก่กลุ่มเทมาเสกดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการโอนสิทธิในการดำเนินกิจการและการให้บริการวงจรกิจจรดาวเทียมตามสัญญา ซึ่งไม่อาจกระทำได้ตามเงื่อนไขสัญญาในข้อ 3 อีกทั้งการขายหุ้นดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นการดำเนินการที่มีผลให้เอกชนรายอื่นเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเมื่อหุ้นที่ขายมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป เช่นนี้ จึงเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ด้วย

ส่วนปัญหาว่าการโอนหุ้นของเอกชนผู้รับสัมปทานจะมีผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานหรือไม่นั้น เห็นว่า การที่บริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ได้โอนหุ้นให้กับกลุ่มเทมาเสกจากประเทศสิงคโปร์ ซึ่งการโอนหุ้นดังกล่าวมีการเปลี่ยนตัวผู้ถือหุ้น จึงย่อมส่งผลกระทบต่อสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ในสัญญาสัมปทานต่าง ๆ ด้วย ซึ่ง

แม้ว่าการทำสัญญาโอนหุ้นดังกล่าวจะเป็นไปตามกฎหมายตลาดหลักทรัพย์ และแม้ว่าหุ้นจะถืออยู่โดยบุคคลที่มีสัญชาติไทย คือ บริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ก็ตาม แต่กรณีนี้ผู้ถือหุ้นจริงส่วนใหญ่เป็นนิติบุคคลสัญชาติสิงคโปร์ ส่งผลให้เข้ามามีบทบาทในการแต่งตั้งกรรมการในบริษัท จำกัด (มหาชน) ทำให้กลุ่มทุนที่มาแสวงหากำหนดทิศทางการบริหารบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และกิจการคลื่นความถี่วิทยุโทรทัศน์ได้ ดังนั้น การทำสัญญาโอนหุ้นเช่นว่านี้จึงย่อมมีผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานที่บริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ทำกับรัฐ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าปัญหาการขายหุ้นของเอกชนผู้รับสัมปทานเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและเป็นปัญหาสำคัญที่ประเทศไทยควรที่จะหาแนวทางดำเนินการแก้ไข เช่น การมีเงื่อนไขสัญญาห้ามมิให้ผู้รับสัมปทานโอนหุ้นวันแต่จะได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานของรัฐก่อน โดยเฉพาะการดำเนินการที่มีผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานของรัฐ นอกจากนั้น ยังเป็นปัญหาในประเด็นที่หน่วยงานของรัฐจะต้องใช้ความระมัดระวังให้มากขึ้นในการควบคุมกำกับดูแลการดำเนินการของผู้รับสัมปทานที่อาจสร้างความเสียหายให้แก่รัฐด้วย รวมทั้งการหาแนวทางป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นอีก โดยในส่วนของ การแก้ไขนั้นก็เป็นเรื่อง ที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการให้ถูกต้องต่อไป ส่วนการป้องกันนั้น เห็นว่า แนวทางหนึ่งที่สามารถกระทำได้คือการจัดทำสัญญาสัมปทานมาตรฐาน รวมทั้งจัดทำระเบียบเพื่อให้เกิดความชัดเจนให้มากขึ้น ซึ่งปัจจุบันหลายฝ่ายก็มีการตื่นตัวกับปัญหาในเรื่องนี้และมีดำเนินการในแนวทางต่าง ๆ เช่น การนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง โดยนายศาสตรา โตอ่อน อาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต เป็นผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการทำสัญญาโอนหุ้นมีผลกระทบต่อสัญญาต่าง ๆ ที่บริษัทได้รับจากรัฐ โดยให้อำนาจทุนต่างชาติเข้ามากำหนดทิศทางการบริหารคลื่นความถี่ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้เป็นทรัพยากรของชาติเพื่อสาธารณะ นอกจากนั้น ผู้ฟ้องคดียังเห็นว่า การโอนหุ้นดังกล่าว กระทรวงเทคโนโลยี และกระทรวงคมนาคม ละเลยต่อหน้าที่ในการตรวจสอบและยกเลิกสัญญาสัมปทาน ซึ่งอำนาจในการยกเลิกสัญญาสัมปทานถือเป็นอำนาจมหาชนหรือเอกสิทธิ์ที่หน่วยงานของรัฐมีอยู่เหนือเอกชน แต่หน่วยงานของรัฐดังกล่าวหาได้ใช้เอกสิทธิ์หรืออำนาจมหาชน กลับปล่อยให้นิติบุคคลเอกชนดำเนินการต่าง ๆ บนพื้นฐานผลประโยชน์ของมหาชน เป็นการขัดกับกฎหมายมหาชน ซึ่งเรื่องนี้ปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งคดีไว้แล้วและอยู่ระหว่างการดำเนินการตามรูปคดีต่อไป

4.5.7 ปัญหาการแบ่งผลประโยชน์

ปัญหาการแบ่งผลประโยชน์ที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย มีในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) ปัญหาการแบ่งผลประโยชน์กรณีดำเนินการนอกเหนือจากขอบเขตแห่งสัญญาและเกิดรายได้ขึ้น ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า เมื่อคู่สัญญาร่วมลงทุนได้ดำเนินการนอกเหนือจากขอบเขตแห่งสัญญาและเกิดรายได้ขึ้น ย่อมไม่อาจนำหลักเกณฑ์ส่วนแบ่งรายได้ที่กำหนดไว้ในสัญญามาใช้บังคับได้ ต้องทำความตกลงกันใหม่ และแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาในส่วนนี้²⁷

2) ปัญหาผลประโยชน์ตอบแทนตามสัญญาสัมปทาน²⁸

3) ปัญหาส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาสัมปทาน²⁹

²⁷ คำวินิจฉัยที่ 11/2541, อ้างในสำนักงานที่ปรึกษาทนายความ สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อยกเว้นปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 5 พ.ศ.2534-2536, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น.238-240.

²⁸ คำวินิจฉัยที่ 150/2541 และคำวินิจฉัยที่ 283/2541, อ้างในสำนักงานที่ปรึกษาทนายความ สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อยกเว้นปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 5 พ.ศ.2534-2536, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น.412-415 และ น.582-585.

²⁹ จากกรณีข้อพิพาทระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ที่ทูลขอให้ทีโอทีจ่ายค่าเสียหายและส่วนแบ่งรายได้ให้แก่ทูลจากกรณีที่ทีโอทีนำโครงข่ายของทูลไปให้รายอื่นใช้ และกรณีที่ทีโอทีไม่สามารถผลักดันให้มีการจัดเก็บค่าเชื่อมโยงเครือข่ายแบบอินเตอร์คอนเนกชันชาร์จได้ โดยอนุญาตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2549 ให้บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) จ่ายส่วนแบ่งรายได้จากค่าเชื่อมโยงเครือข่าย (แอ็คเซสชาร์จ) ที่ทีโอทีได้รับจากผู้ให้บริการโทรศัพท์มือถือ ให้แก่บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) คิดเป็นค่าเสียหายมูลค่า 9175.8 ล้านบาท ซึ่งยังไม่นับรวมดอกเบี้ยในอัตรา 7.5% ต่อปี ผลจากคำตัดสินของอนุญาตตุลาการดังกล่าวทำให้บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ไปหารือกับสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อร่วมกันพิจารณายกเลิกสัญญาร่วมการงานสัมปทานกับทูล และทีโอทีได้ออกมาประกาศว่าจะพิจารณายกเลิกสัญญาร่วมการงานสัมปทานโทรศัพท์พื้นฐานกับทูล และยึดทรัพย์สินซึ่งรวมทั้งเครือข่ายมูลค่า 2.6 หมื่นล้าน รวมทั้งลูกค้าทั้งหมด 2 ล้านรายของบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ด้วยเนื่องจากทูลทำผิดเงื่อนไขสัญญาซ้ำซากต่อเนื่อง ในขณะเดียวกันก็จะยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอเพิกถอนคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการภายใน 30 วัน เนื่องจากเห็นว่าคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องและไม่เป็นไปตามกรอบข้อร้องเรียน ซึ่งทูลเห็นว่ากรณีที่หน่วยงานรัฐวิสาหกิจทำเช่นนี้ ย่อมจะส่งผล

4) ปัญหาการแบ่งค่าผ่านทาง³⁰

กระทบต่อภาพพจน์ในสายตาต่างชาติ, อ้างในข่าวเศรษฐกิจ, ไทยรัฐ ปีที่ 57 ฉบับ 17564 (22 กุมภาพันธ์ 2549) : หน้า 9 และปีที่ 57 ฉบับ 17566 (24 กุมภาพันธ์ 2549) : น. 9.

³⁰จากกรณีพิพาทระหว่างทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) กับ บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด เกี่ยวกับวันเริ่มการแบ่งเงินค่าผ่านทาง โดยบริษัทขอแบ่งเงินค่าผ่านทางในวันก่อสร้างพื้นที่ส่วนแรกแล้วเสร็จ แต่ กทพ. จะแบ่งค่าผ่านทางให้ในวันเริ่มเปิดใช้ทางพิเศษ ซึ่งจะมีค่าผ่านทางของทางด่วนขั้นที่ 2 มาแบ่งให้บริษัทได้ และในระหว่างที่มีข้อพิพาทดังกล่าว บริษัทได้ก่อสร้างทางด่วนขั้นที่ 2 แล้วเสร็จบางส่วน และสามารถเปิดให้บริการได้ตามความเป็นจริง โดยในสัญญาข้อ 10 กำหนดขั้นตอนในการเปิดให้บริการทางด่วนไว้ว่าหากทางด่วนขั้นที่ 2 ส่วนหนึ่งส่วนใดแล้วเสร็จเหมาะสมที่จะเปิดใช้เป็นสาธารณะ บริษัทจะต้องทำหนังสือแจ้งวิศวกรอิสระ (ผู้ควบคุมงาน) และ กทพ. จะได้เปิดใช้ทางพิเศษต่อไป แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เมื่อบริษัทและ กทพ. ยังตกลงกันในเรื่องวันเริ่มการแบ่งค่าผ่านทางไม่ได้ และแม้ว่าทางพิเศษจะเสร็จแล้ว บริษัทก็ยังไม่นิยมนำส่งมอบทางพิเศษให้วิศวกรอิสระตามสัญญาข้อ 10 โดยมีข้อแม้ว่าบริษัทจะส่งมอบทางพิเศษก็ต่อเมื่อ กทพ. ได้อยอมแบ่งเงินค่าผ่านทางตามข้อเรียกร้องของบริษัท และเมื่อ กทพ. ได้นำคดีนี้ขึ้นสู่ศาลโดยขอให้ศาลแพ่งมีคำพิพากษาบังคับให้บริษัทส่งมอบทางให้วิศวกรอิสระ และได้ขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา ซึ่งศาลแพ่งได้พิจารณาโดยไม่คำนึงถึงว่าบริษัทยังคงมีข้อเรียกร้องในเรื่องวันเริ่มแบ่งเงินค่าผ่านทางกับ กทพ. อยู่ โดยมีคำพิพากษาศาลชั้นต้น คดีหมายเลขดำที่ 16374/2536 ว่า เนื่องมาจากการที่บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด ซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญาได้ก่อสร้างทางด่วนเสร็จแล้วแต่ไม่ยอมเปิดใช้ทาง กทพ. จึงได้เป็นโจทก์ฟ้องบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด เป็นจำเลย ซึ่งศาลมีคำสั่งว่า “...ทางดังกล่าวมีความปลอดภัยและได้มาตรฐานใช้ได้ เอกชนคู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องทำหนังสือแจ้งวิศวกรอิสระว่าทางดังกล่าวสามารถเปิดใช้การได้แล้ว แต่จำเลยไม่ทำหนังสือแจ้งวิศวกรอิสระและนำสิ่งกีดขวางปิดกั้นทางขึ้นลงทางด่วน อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นเหตุให้ไม่สามารถเปิดใช้ทางด่วนได้ ทำให้ประชาชนซึ่งประสบปัญหาการจราจรชั้นวิกฤตได้รับความเดือดร้อนอย่างยิ่ง และมีประชาชนจำนวนมากออกหนังสือนัดหมายชุมนุมเพื่อทำลายสิ่งกีดขวางและเปิดใช้ทางด่วนโดยไม่เสียค่าผ่านทาง หากจำเลยไม่เปิดให้มีการใช้ทางด่วนดังกล่าว ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ก็จะเกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมืองได้ ความเช่นนี้เห็นว่ากรณีมีเหตุฉุกเฉินที่จะนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 (2), 255, 257 และ 267 มาใช้บังคับ จึงมีคำสั่งให้จำเลยมีหนังสือแจ้งวิศวกรอิสระว่าทางด่วนขั้นที่สองสามารถเปิดใช้การได้ มิฉะนั้นให้ถือ

กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ในขั้นตอนของกระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทาน ซึ่งนับว่าเป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญ โดยเฉพาะในเรื่องของการบริหารสัญญาสัมปทาน ด้วยเหตุนี้การบริหารสัญญาสัมปทานจึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของสัญญาสัมปทาน และจุดมุ่งหมายของการจัดทำสัญญาสัมปทานในเรื่องนั้น เพื่อที่จะได้สามารถกำหนดแนวทางในการบริหารสัญญาสัมปทานให้เป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องต่อไป

4.6 ปัญหาจากเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน

หลายต่อหลายครั้งที่สัญญาสัมปทานมักได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียเปรียบ โดยเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีข้อพิพาทกับเอกชนแล้วตกเป็นฝ่ายแพ้คดี หรือต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเมื่อใด สัญญาสัมปทานนั้นก็มักถูกมองว่าเป็นสัญญาเสียเปรียบ ทั้ง ๆ ที่สัญญาดังกล่าวล้วนแต่ผ่านการตรวจพิจารณาจากสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้วแทบทั้งสิ้น กรณีจึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าสัญญามีความเสียเปรียบจริงหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยบางฉบับมีประเด็นที่น่าสนใจและอาจนำมาซึ่งปัญหาการตีความสัญญา ดังพอจะยกตัวอย่างเงื่อนไขสัญญาที่อาจมีปัญหาได้ดังนี้

1) ระยะเวลาของสัมปทาน

เนื่องจากสัญญาสัมปทานมักมีระยะเวลาของสัมปทานที่ค่อนข้างยาวนาน ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงควรใช้ความระมัดระวังในการกำหนดเงื่อนไขสัญญาที่อาจผูกพันคู่สัญญาฝ่ายรัฐมากเกินไป เช่น สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) กับ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ที่เงื่อนไขสัญญาใน

คำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาและให้จำเลยรื้อถอนสิ่งกีดขวางบริเวณทางขึ้น-ลงทางด่วน...” ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลแพ่งดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการของสัญญาทางปกครอง โดยมีหลักการว่าหน้าที่การส่งมอบทางพิเศษเพื่อให้ กทพ. เปิดใช้เป็นทางสาธารณะนั้น เป็นหนี้ต่อสาธารณะ ซึ่งบริษัทไม่อาจปฏิเสธได้ แม้ กทพ.ยังไม่ยอมชำระค่าผ่านทางตามที่บริษัทเรียกร้องตามสัญญาก็ตาม ดังนั้น ประชาชนจึงสามารถใช้ทางพิเศษ ระยะที่ 2 ได้ โดยไม่ต้องรอให้คู่สัญญายุติข้อเรียกร้องก่อน ซึ่งเป็นหลักการของสัญญาทางปกครอง ส่วนประเด็นวันเริ่มแบ่งค่าผ่านทาง ก็เป็นเรื่องที่ กทพ. กับบริษัทจะต้องหาข้อยุติกันต่อไป ถ้าบริษัทเป็นฝ่ายถูก กทพ. ก็ต้องรับภาระดอกเบี้ยในฐานะที่จ่ายเงินล่าช้าด้วย ซึ่งกรณีเป็นเรื่องธุรกิจที่คู่สัญญาจะตกลงกัน แต่ข้อพิพาทดังกล่าวจะทำให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักและเป็นเหตุให้ประชาชนเดือดร้อนมิได้

ข้อ 5 วรรค 4 กำหนดว่า “หลังจากวันทำสัญญานี้ หากสำนักงานหรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใด ๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์ โดยมีการโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ผู้เข้าร่วมงานได้รับผลกระทบต่อฐานะทางการเงินของผู้เข้าร่วมงานอย่างรุนแรง เมื่อผู้เข้าร่วมงานร้องขอ สำนักงานจะพิจารณาและเจรจากับผู้เข้าร่วมงานโดยเร็วเพื่อหามาตรการชดเชยความเสียหายที่ผู้เข้าร่วมงานได้รับผลกระทบดังกล่าว” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดเงื่อนไขสัญญาในลักษณะดังกล่าวย่อมมีผลให้ สปน. ต้องผูกพันและรับผิดชอบแทนหน่วยงานอื่นของรัฐในอันที่จะไม่ให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใด ๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการในกิจการนี้ การกำหนดเงื่อนไขสัญญาในลักษณะเช่นนี้จึงไม่ควรกระทำอย่างยิ่งเพราะคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐ อีกทั้งยังไม่อาจคาดการณ์ได้เลยว่าระยะเวลาของสัญญาที่ผูกพันกันยาวนานนั้นจะมีเหตุการณ์อะไรเกิดขึ้นบ้าง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะสามารถควบคุมสถานการณ์ได้หรือไม่ ซึ่งแม้หากหน่วยงานอื่นของรัฐจะยินยอมด้วย ก็เป็นการสร้างภาระให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมากเกินไปที่จะต้องไปประสานงานกับหน่วยงานอื่นของรัฐ และระมัดระวังไม่ให้มีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น

2) การจัดตั้งบริษัทใหม่เข้าดำเนินงาน

สัญญาสัมปทานส่วนใหญ่ก็มีข้อกำหนดในขั้นตอนการยื่นข้อเสนอเพื่อเข้ารับสัมปทานของเอกชนว่า หากเอกชนที่สนใจยื่นข้อเสนอได้รับการพิจารณาคัดเลือก ให้เอกชนนั้นไปดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทตามกฎหมายไทยเพื่อเข้ารับสัมปทาน ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมการดำเนินงานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และการบังคับภายใต้กฎหมายไทย โดยเอกชนที่ยื่นข้อเสนอยังคงต้องรับผิดชอบต่อตามสัญญาสัมปทานด้วยการให้คำรับรองว่าจะประกันการปฏิบัติงานของบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่ เช่น การออก Parent Company Undertaking รวมทั้งก็มีข้อกำหนดในเรื่องของการให้เอกชนที่ยื่นข้อเสนอถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่และการดำรงไว้ซึ่งการถือหุ้นขั้นต่ำในบริษัทด้วย

กรณีดังกล่าวอาจทำให้เกิดปัญหาการตีความสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาได้ หากหน่วยงานของรัฐไม่เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการให้เอกชนจัดตั้งบริษัทใหม่เข้าดำเนินงานที่ได้รับสัมปทาน หรือหากเงื่อนไขสัญญาสัมปทานกำหนดในเรื่องนี้ไว้ไม่ชัดเจน เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ที่แม้จะมีเงื่อนไขสัญญาในเรื่องของการตั้งบริษัทขึ้นใหม่ แต่ไม่ได้มีเงื่อนไขสัญญากำหนดให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นเป็นบริษัทตามกฎหมายไทย³¹ กรณีเช่นนี้จึงอาจ

³¹ สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ และสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม

ทำให้เกิดปัญหาในการตีความในอนาคตได้ อีกทั้งยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า เงื่อนไขสัญญาดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่สำหรับสัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ เนื่องจากตามข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐเท่านั้นที่จะเป็นเจ้าของวงจรรดาวเทียมได้ วงจรรดาวเทียมจึงถือเป็นทรัพย์สินของรัฐ โดยรัฐมีสิทธิในการบริหารและให้บริการวงจรรดาวเทียมเพื่อการสื่อสารภายในประเทศ อันอาจถือเป็นทรัพยากรสื่อสารอย่างหนึ่งของรัฐที่รัฐจะต้องนำมาใช้เพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน การที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชน ก็คือการอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ บริษัทที่จะเข้ามาดำเนินกิจการจึงควรเป็นบริษัทที่รัฐสามารถควบคุมกำกับดูแลได้เพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ ก็น่าจะได้แก่นิติบุคคลไทย เป็นต้น

สัญญาสัมปทานนี้จึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่หน่วยงานของรัฐควรทำความเข้าใจถึงวัตถุประสงค์และเหตุผลที่แท้จริงของสัญญาสัมปทานว่า การที่สัญญาสัมปทานมีข้อกำหนดในเรื่องของการจัดตั้งบริษัทใหม่นั้น ก็เพื่อให้ผู้รับสัมปทานไปจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศที่ให้สัมปทาน เพื่อความสะดวกในการกำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน ซึ่งหากเงื่อนไขสัญญาไม่ชัดเจนแล้วยังอาจทำให้เกิดปัญหาการตีความต่อไปได้ด้วยว่า ถ้าบริษัทที่เป็นผู้รับสัมปทานเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นในบริษัทเป็นต่างดาวแต่ยังคงถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ไม่น้อยกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่นนี้แล้วผลจะเป็นเช่นไร ซึ่งแนวทางหนึ่งในการแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ก็อาจกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้การเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือคณะกรรมการประสานงานก่อน

3) ค่าใช้จ่ายในการปรับปรุงระบบ

โดยหลักการผู้รับสัมปทานจะต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายทั้งสิ้นในการปรับปรุงระบบอยู่แล้ว แต่หากสัญญามีเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดว่า “ค่าใช้จ่ายดังกล่าวไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในส่วน

ข้อ 4 “บริษัทจะต้องตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินงานตามสัญญาฉบับนี้ โดยบริษัทจะต้องดำเนินการจัดตั้งบริษัทใหม่ให้เสร็จสิ้นภายในสิบสอง (12) เดือน นับจากวันเริ่มให้บริการวงจรรดาวเทียมตามสัญญานี้ และให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้ตลอดอายุสัญญาดังกล่าว คือ

4.1 บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ต้องมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าหนึ่งพัน (1,000) ล้านบาท

4.2 บริษัทจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบ (40) ของจำนวนหุ้นทั้งหมด

4.3 บริษัทต้องดำเนินการให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่รับผิดชอบตามสัญญาฉบับนี้ต่อกระทรวงร่วมกันและแทนกันกับบริษัท”

ของอุปกรณ์ที่ถึงกำหนดต้องจัดเปลี่ยนตามอายุการใช้งาน” เช่นนี้แล้ว ก็อาจสร้างภาระแก่ผู้ให้สัมปทานได้ เพราะค่าใช้จ่ายในส่วนของอุปกรณ์ที่ถึงกำหนดต้องจัดเปลี่ยนตามอายุการใช้งานนั้น ในบางครั้งพบว่าราคาค่าอะไหล่ของอุปกรณ์ที่ถึงกำหนดต้องจัดเปลี่ยนนั้นมีราคาสูงมาก

4) อัตราค่าใช้บริการ

การกำหนดอัตราค่าบริการนั้น หน่วยงานของรัฐควรมีเกณฑ์ในการกำหนดอัตราค่าบริการดังกล่าว ไม่ใช่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้มีสิทธิกำหนดค่าบริการ เนื่องจากอาจทำให้หน่วยงานของรัฐยากต่อการควบคุมอัตราค่าบริการ เช่น สัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ข้อ 22 ที่กำหนดว่า “บริษัทมีสิทธิกำหนดค่าใช้วงจรรดาวเทียมของดาวเทียมที่บริษัทจัดตั้งขึ้นได้ไม่สูงกว่าอัตราค่าใช้วงจรรดาวเทียมที่กระทรวงกำหนด ซึ่งจะต้องไม่สูงกว่าอัตราในตลาดของดาวเทียมอื่น ๆ ที่มีคุณลักษณะใกล้เคียงกัน...” ซึ่งกรณีดังกล่าวแม้จะมีการกำหนดว่าบริษัทมีสิทธิกำหนดได้ไม่สูงกว่าอัตราค่าใช้วงจรรดาวเทียมที่กระทรวงกำหนดก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วก็อาจมีปัญหาในการกำหนดอัตราค่าใช้วงจรรดาวเทียมได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาว่ากระทรวงจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดราคาเพราะไม่ได้นำอัตราค่าใช้วงจรรดาวเทียมที่กระทรวงกำหนดมาแนบไว้ในสัญญาสัมปทาน หรือปัญหาว่าหากผู้ให้บริการดาวเทียมในตลาดมีการรวมตัวกันเพื่อกำหนดราคาตลาดเช่นนี้แล้วก็อาจทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนได้

5) การปรับอัตราค่าบริการ

การปรับอัตราค่าบริการควรกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ให้ชัดเจนในสัญญาสัมปทาน ทั้งนี้จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายด้วย ซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาพบว่า ส่วนหนึ่งมาจากเงื่อนไขสัญญาแตกต่างจากกฎหมาย เช่น สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ที่มีข้อสัญญากำหนดในเรื่องการปรับราคาโดยसारรถไฟฟ้ามหานครสายให้เอกชนผู้รับสัมปทานสามารถปรับราคาได้ แต่โดยที่พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ระบุว่า การปรับขึ้นค่าโดยสารทุกครั้งจะต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการ รฟม. และเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา กรณีดังกล่าวจึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากบีเอ็มซีแอลเห็นว่าสามารถปรับขึ้นค่าโดยสารโดยอัตโนมัติในทุก ๆ 2 ปีของสัญญาสัมปทาน ซึ่งครบกำหนดในวันที่ 3 กรกฎาคม 2549 จึงได้ปรับอัตราค่าโดยสารใหม่เป็น 15-39 บาท ตั้งแต่วันที่ 3 กรกฎาคม 2549 แต่โดยที่การปรับขึ้นค่าโดยสารดังกล่าวยังไม่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี กรณีดังกล่าวจึงทำให้กระทรวงคมนาคมต้องเสนอร่างประกาศอัตราค่าโดยสารประจำปี 2549 เข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง 1 วันเพื่อให้ปัญหาดังกล่าวได้ข้อยุติ ซึ่งปัญหาในเรื่องนี้น่าจะมาจากความบกพร่องของการจัดเตรียมเอกสาร

ประกาศอัตราค่าโดยสารในอดีตตั้งแต่ปี พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นประกาศที่ให้บีเอ็มซีเอลปรับราคาได้ตามสัญญาโดยไม่ต้องผ่านคณะรัฐมนตรี แต่ต่อมาภายหลังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการด้านกฎหมายขึ้นตรวจสอบซึ่งได้ให้ความเห็นว่า ประกาศฉบับดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้เฉพาะในปี พ.ศ. 2547 เท่านั้น การจะปรับค่าโดยสารโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีจะต้องมีการออกประกาศทั่วไปกำหนดค่าโดยสารขึ้น จึงต้องนำเรื่องดังกล่าวเสนอให้ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเห็นชอบด้วย กรณีดังกล่าวจึงทำให้คณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบการปรับเพิ่มค่าโดยสารของบริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) หรือบีเอ็มซีเอล เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2549 แต่การปรับขึ้นราคาดังกล่าวต้องมีการประกาศให้ประชาชนทราบล่วงหน้า 30 วัน จึงทำให้บีเอ็มซีเอล ต้องใช้อัตราการเก็บค่าโดยสารเดิมไปก่อนจนกว่าการประกาศขึ้นค่าโดยสารจะมีผลบังคับใช้ ส่วนการขึ้นค่าโดยสารในช่วงวันที่ 3-4 กรกฎาคม 2549 ที่ไม่ได้มีการแจ้งให้ประชาชนทราบก่อนนั้น คณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้ รฟม. เจ้าของสัมปทาน และบีเอ็มซีเอล ไปศึกษาหาแนวทางในการชดเชยให้แก่ประชาชนต่อไป

6) การเลิกสัญญา

สัญญาสัมปทานโดยทั่วไปจะมีเงื่อนไขสัญญาในเรื่องของการเลิกสัญญาด้วย ซึ่งสัญญาอาจบอกเลิกโดยผู้ให้สัมปทานหรือผู้รับสัมปทานก็ได้ ซึ่งหากเป็นการเลิกสัญญาที่ไม่ได้มาจากความผิดของอีกฝ่ายหนึ่งแล้วก็มักจะมีการกำหนดเรื่องค่าชดเชยไว้ อย่างไรก็ตาม ในบางสัญญา เช่น สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 กลับมีเงื่อนไขสัญญาที่ค่อนข้างแปลก โดยข้อ 20.2 ที่เป็นการบอกเลิกสัญญาโดย กทพ. นั้น แม้เงื่อนไขสัญญาข้อ 20.2 (ก) จะให้ กทพ. มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีบีอีซีแอลจดทะเบียนเลิกบริษัท ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ใจเจียดสัญญาในสาระสำคัญไม่ชำระเงินตามที่ระบุไว้จริงหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่ข้อ 20.2 (ค) กลับให้บีอีซีแอลได้รับค่าชดเชยจากการบอกเลิกสัญญากฎดังกล่าวด้วย แม้เงื่อนไขสัญญาในตอนท้ายจะให้ กทพ. มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย (ถ้ามี) จากบีอีซีแอลได้ก็ตาม ซึ่งไม่น่าจะมีเงื่อนไขสัญญาการจ่ายชดเชยให้แก่ผู้รับสัมปทานในลักษณะเช่นนี้

7) การต่ออายุสัญญา

บางสัญญามีการกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้ต่ออายุสัญญาได้ด้วย เช่น สัญญาสัมปทานดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ข้อ 40 ที่กำหนดว่า “ก่อนครบกำหนดอายุสัญญาฉบับนี้ หากบริษัทประสงค์จะดำเนินกิจการตามสัญญานี้ต่อไป ให้บริษัทเสนอขอทำความตกลงใหม่กับกระทรวงภายในปีที่ 25 นับตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญาฉบับนี้ ระหว่างวันที่ 11 เดือนกันยายน พ.ศ.2548 ถึงวันที่ 10 เดือนกันยายน พ.ศ.2549” ซึ่งการกำหนดให้ต่ออายุสัญญาเช่นนี้อาจทำให้มี

ประเด็นที่น่าพิจารณาคือเป็นการหลีกเลี่ยงการขออนุมัติต่อคณะรัฐมนตรีหรือไม่ อีกทั้งยังอาจทำให้เกิดปัญหาการตีความได้ว่าหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอต่อสัญญาแล้ว กระทรวงจะไม่ตกลงได้หรือไม่ ดังนั้น จึงไม่ควรมิเงื่อนไขสัญญาให้มีการต่ออายุสัญญาไว้ในสัญญาสัมปทานเพราะเป็นการให้สิทธิแก่เอกชนมากเกินไป

8) การประกันภัยทรัพย์สิน

จากการที่สัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดให้ตลอดระยะเวลาที่สัญญายังมีผลบังคับ ผู้รับสัมปทานต้องจัดทำประกันภัยทรัพย์สินให้เป็นไปตามเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญา แต่ในทางปฏิบัติแล้วผู้รับสัมปทานต้องไปทำสัญญาเช่าที่ราชพัสดุกับกระทรวงการคลังด้วย และโดยที่พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518 กำหนดให้ทรัพย์สินที่ก่อสร้างบนที่ราชพัสดุนั้นต้องตกเป็นกรรมสิทธิ์ของกระทรวงการคลัง จึงทำให้กระทรวงการคลังนำทรัพย์สินตามสัญญาสัมปทานนั้นไปประกันภัยไว้กับผู้รับประกันภัยโดยให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ชำระเบี้ยประกันภัย และให้กระทรวงการคลังเป็นผู้เอาประกันและผู้รับประกันผลประโยชน์ตลอดอายุสัญญาเช่า ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้การประกันภัยตามสัญญาสัมปทานอาจขัดแย้งกับการประกันภัยตามสัญญาเช่าที่ราชพัสดุได้ โดยเฉพาะในส่วนของผู้เอาประกันและผู้รับประกัน ดังนั้น จึงได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการแยกส่วนทรัพย์สินในการประกันภัย โดยให้แยกเฉพาะอาคารซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ก่อสร้างบนที่ราชพัสดุนั้นทำประกันภัยอัคคีภัยตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาเช่าที่ราชพัสดุ ส่วนทรัพย์สินอื่นที่ไม่ได้ติดตั้งอยู่บนที่ราชพัสดุแล้วก็สามารถทำประกันภัยแบบ All Risks ที่สามารถกำหนดให้ผู้ให้สัมปทานเป็นผู้รับประกันภัยได้ ดังนั้น ในการทำสัญญาสัมปทานจึงอาจเพิ่มเติมถ้อยคำในเงื่อนไขสัญญาลงไปให้ชัดเจนสำหรับสัมปทานที่เกี่ยวข้องกับสัญญาเช่าที่ราชพัสดุนั้น โดยกำหนดให้สามารถแยกการประกันภัยอาคารให้เป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขตามสัญญาเช่าที่ราชพัสดุได้

9) การเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่ที่ตั้งขึ้นเพื่อรับสัญญาสัมปทาน

โดยทั่วไปแล้ว สัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดให้บริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่ที่ตั้งขึ้นเพื่อรับสัมปทานไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด ซึ่งความจริงแล้วการกำหนดเช่นว่านี้ย่อมมีวัตถุประสงค์ไม่ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้บริษัทต้องถือหุ้นในบริษัทใหม่เช่นนี้ ก็อาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้หากต่อมามีบริษัทดังกล่าวได้จดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัด อย่างไรก็ตาม ในบางสัญญา เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียม ฯ กลับแก้ปัญหานี้ด้วยการทำสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 แก้ไขเรื่องการเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทโดยลดสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทลงด้วยการกำหนดให้ “บริษัทจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด” ซึ่งการกำหนดเช่นนี้อาจทำให้ปัญหาได้

เช่นกัน เนื่องจากสัญญาที่กำหนดให้บริษัท ชินคอร์ปอเรชั่นส์ จำกัด (มหาชน) ถือหุ้นในบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด เพียงร้อยละ 40 ซึ่งทำให้แม้บริษัท ชินคอร์ปอเรชั่นส์ จำกัด (มหาชน) จะขายหุ้นให้กับกลุ่ม 테마เสก แต่ก็ไม่มีเงื่อนไขสัญญาใดที่จะมีผลให้บริษัทผิดสัญญา หากบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่นส์ จำกัด (มหาชน) ยังคงถือหุ้นในบริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด ไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 หรือแม้จะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติคนต่างด้าวอันอาจมีผลให้บริษัทชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เป็นนิติบุคคลต่างด้าวเช่นนี้ก็ไม่มีผล เนื่องจากสัญญาไม่ได้มีข้อกำหนดในเรื่องของนิติบุคคลไทยเอาไว้

จากที่กล่าวมาข้างต้นหน่วยงานของรัฐควรใช้ความระมัดระวังในการจัดทำสัญญาสัมปทานเพื่อมิให้เกิดปัญหาจากเงื่อนไขสัญญาได้

4.7 ปัญหาจากกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานและอาจเป็นอุปสรรคในการจัดทำสัญญาสัมปทาน รวมทั้งอาจมีผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชนด้วย ดังนั้น กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน จึงเป็นประเด็นหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน โดยเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาทั้งในแง่ที่ว่ากฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนั้นเป็นเช่นไร และกฎหมายดังกล่าวรองรับในกรณีหากผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในประเทศไทยที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นในเรื่องของสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัมปทานปิโตรเลียม สัมปทานป่าไม้ เป็นต้น ส่วนสัมปทานบริการสาธารณะนั้นคงมีแต่พระราชบัญญัติทางหลวง สัมปทานที่กำหนดเป็นการเฉพาะ ส่วนสัมปทานบริการสาธารณะอื่น ๆ เป็นเพียงการกำหนดหลักการกว้าง ๆ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เท่านั้น ทั้งนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานดังกล่าวมักเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการให้สัมปทาน ซึ่งการให้อำนาจดังกล่าวไม่ได้มีกลไกในการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และไม่ได้เปิดโอกาสให้ประชาชนหรือเอกชนสามารถร้องขอให้มีการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจดังกล่าวไว้ กรณีดังกล่าวจึงอาจทำให้เกิดการใช้ดุลยพินิจที่ไม่ชอบหรือมีการแสวงหาประโยชน์ รวมทั้งการให้อำนาจอันเป็นการช่วยเหลือพรรคพวกหรือเครือญาติได้ นอกจากนี้ ยังเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายต่าง ๆ มักกำหนดแต่เพียง

การดำเนินการก่อนที่จะให้สัมปทาน แต่ไม่ได้มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดในเรื่องของการบริหารสัญญาสัมปทานแต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องสำคัญ

ตัวอย่างของกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานและอาจเป็นอุปสรรคในการจัดทำสัญญาสัมปทาน คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ซึ่งแม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะมีข้อดีในแง่ของการกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ในการคัดเลือกเอกชนเข้ามาลงทุนในโครงการภาครัฐทำให้เกิดความโปร่งใส โดยมีการตรวจสอบและคานอำนาจกันเองในคณะกรรมการพิจารณาโครงการ ไม่เปิดโอกาสให้หน่วยงานเจ้าของโครงการหรือกระทรวงต้นสังกัดใช้อำนาจในการพิจารณาคัดเลือกตามชอบใจได้ แต่ก็มีผลกระทบในแง่ของความล่าช้าในการดำเนินการ เนื่องจากต้องผ่านทั้งขั้นตอนของการเสนอโครงการที่ต้องผ่านขั้นตอนการศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของโครงการและการรายงานผลการศึกษา การดำเนินโครงการที่หน่วยงานของรัฐต้องจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาโครงการตามมาตรา 13 ขึ้นมากำกับดูแลการพิจารณาคัดเลือกเอกชน กรณีดังกล่าวจึงอาจทำให้โครงการที่ดีและจำเป็นเกิดขึ้นได้ยากเช่นกัน เพราะคณะกรรมการที่ประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานต่าง ๆ นั้นอาจพิจารณาแต่เพียงผลประโยชน์สูงสุดที่เอกชนเสนอ มากกว่าที่จะพิจารณาจากความสามารถหรือคุณสมบัติของเอกชนนั้น ๆ เพราะไม่มีความเชี่ยวชาญกิจการที่รับสัมปทานนั้นอย่างแท้จริง อย่างเช่นหน่วยงานเจ้าของโครงการ อีกทั้งการที่คำนึงผลประโยชน์สูงสุดที่รัฐจะได้รับเป็นเกณฑ์นี้อาจทำให้ไม่ได้รับความสนใจจากเอกชนในการเข้าประมูลโครงการ และทำให้หน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานพยายามหลีกเลี่ยงที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวนี้ เช่น การหารูปแบบการลงทุนแบบใหม่จากการให้สัมปทานมาเป็นการลงทุนของหน่วยงานของรัฐเองโดยตรง รวมทั้งรูปแบบการดำเนินการโครงการในลักษณะจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) โดยการว่าจ้างเอกชนเข้ามาลงทุนก่อสร้างโครงการอย่างเบ็ดเสร็จให้แก่รัฐก่อน เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้วจะต้องยกโครงการให้แก่รัฐ แล้วรอรับเงินค่าก่อสร้าง พร้อมอัตราดอกเบี้ยซึ่งรัฐจะค่อยทยอยจ่ายคืนให้ในภายหลัง หรือการดำเนินโครงการด้วยการให้รัฐดำเนินการลงทุนก่อสร้างเอง แล้วจึงว่าจ้างเอกชนเข้ามาดำเนินการบริหารการจัดเก็บค่าบริการในลักษณะของสัญญาจ้าง เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้ไม่ต้องอยู่ภายใต้การดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้นั่นเอง เช่น โครงการก่อสร้างถนนวงแหวนด้านใต้ บางพลี-สุขสวัสดิ์ ระยะทาง 34 กม. ของกรมทางหลวง มูลค่าโครงการ 17,000 ล้านบาท โครงการก่อสร้างทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายกรุงเทพ ฯ – ชลบุรี เป็นต้น ซึ่งการลงทุนในรูปแบบดังกล่าว เอกชนมักมีความพึงพอใจมากกว่าสัญญาสัมปทานเพราะเป็นการลงทุนที่มีหลักประกันการจ่ายคืนที่แน่นอน แตกต่างจากสัญญาสัมปทานที่ความเสี่ยงเป็นของเอกชนผู้

ลงทุนเอง อย่างไรก็ดี การลงทุนแบบ turn key นี้ค่อนข้างจะสร้างภาระทางเงินแก่รัฐมาก อีกทั้งยังทำให้เกิดการทุจริตได้ง่ายเพราะยากแก่การตรวจสอบของรัฐในระหว่างดำเนินการของเอกชน กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีข้อสงสัยเกิดว่า การที่รูปแบบการลงทุนโครงการขนาดใหญ่ในลักษณะของสัญญาสัมปทานลดลงในช่วงระยะเวลาหลัง ๆ นั้นอาจเป็นเพราะความต้องการหลบเลี่ยงพระราชบัญญัติฉบับนี้ หรือเพื่อต้องการแก้ไขปัญหามาจากพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ นอกจากนั้นพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังมีปัญหาทางปฏิบัติในขั้นตอนของการประสานงาน และการที่กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดระยะเวลาในการดำเนินงานในแต่ละขั้นตอนไว้ด้วย จึงทำให้เกิดความล่าช้าในการจัดทำสัญญาสัมปทาน ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่เราควรปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวเพื่อไม่ให้เป็นอุปสรรคต่อการลงทุน และเพื่อให้กฎหมายนี้สามารถใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติ

นอกจากนั้น หากพิจารณาในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนจากต่างประเทศแล้วพบว่า มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ควบคุมนักลงทุนต่างชาติและกฎหมายที่มุ่งใจการลงทุนจากต่างชาติ แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่ให้กับนักลงทุนต่างชาติแต่อย่างใด ดังนั้น ปัญหาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงน่าจะเป็นเรื่องของการไม่มีกฎหมายในเรื่องสัมปทานบริการสาธารณะที่ชัดเจนนั่นเอง

ปัญหาจากกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นได้ในสัญญาสัมปทานอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาในเรื่องหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาสัมปทานว่าหากสัมปทานในเรื่องนั้นไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติเป็นการเฉพาะเช่นนี้แล้ว จะสามารถนำหลักกฎหมายแพ่งที่ใช้บังคับกับสัญญาโดยทั่วไปมาใช้บังคับในสัญญาสัมปทานได้หรือไม่

ดังนั้น ประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานจึงเป็นการค้นหาจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนั้น ก็เป็นปัญหาในทางตีความกฎหมาย โดยเฉพาะพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 นั้นพบว่า หน่วยงานของรัฐมักหาหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานอัยการสูงสุดเสมอ โดยประเด็นที่หาหรือนั้นมักเกี่ยวข้องกับประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

- 1) โครงการดังกล่าวต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่

โดยที่ขั้นตอนตามพระราชบัญญัตินี้ค่อนข้างมีความยุ่งยากและมักใช้เวลาในการดำเนินการนาน จึงทำให้หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เข้าร่วมงานพยายามหลีกเลี่ยงที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เช่น ด้วยการยินยอมให้ผู้เข้าร่วมลงทุนมีการปรับแผนการ

ลงทุนในภายหลัง ซึ่งทำให้ผู้ขอร่วมลงทุนอาจจะเสนอวงเงินลงทุนต่ำไว้ก่อนในครั้งแรก แล้วมาขอปรับปรุงแผนการลงทุนในภายหลังให้สูงขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัตินี้ เป็นต้น

2) ใครคือหน่วยงานที่เป็นเจ้าของโครงการ

3) กิจการที่ดำเนินการเป็นการดำเนินการของกิจการของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 หรือไม่

4) การที่เอกชนมาซื้อหุ้นของหน่วยงานของรัฐมีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนรูปแบบหนึ่งในกิจการของรัฐหรือไม่

ซึ่งในการพิจารณานั้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มักเริ่มต้นจากการพิจารณาว่า โครงการดังกล่าวมีลักษณะเป็นกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 หรือไม่ ซึ่งการใดจะเป็นกิจการของรัฐนั้นได้จำแนกออกได้เป็น 3 กรณี คือ³² คือ

(1) เป็นกิจการซึ่งหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย โดยหากโครงการนั้นเป็นกิจการที่หน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายเมื่อพิจารณาจากกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นแล้ว ก็ถือเป็นกิจการของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ด้วย แม้ว่าเอกชนจะเป็นผู้เริ่มการร่วมลงทุนนั้นเองก็ตาม

(2) เป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือ

(3) เป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐ

นอกจากนั้น การร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐอันจะอยู่ภายใต้บังคับตามพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง การร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน โดยจะเป็นการที่รัฐร่วมลงทุนกับเอกชน หรือมอบให้เอกชนเข้าลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิโดยวิธีใด ๆ หรือโดยร่วมการงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ซึ่งหากเป็นการร่วมการงานระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันแล้วย่อมไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด ส่วนในเรื่องของการคิดวงเงินลงทุน ก็ต้องคิดทั้งในส่วน of the private person กับมูลค่าของทรัพย์สินของรัฐที่เอกชนใช้ในการดำเนินโครงการ

³² เรื่องเสรีที่ 689/2541, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกเรื่อง พันธมิตรร่วมทุนเข้าร่วมถือหุ้นและร่วมบริหารงานในบริษัทจำกัดที่แปรสภาพมาจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย”, วารสารกฎหมายปกครอง, ตอนที่ 1 เล่ม 18 (เมษายน 2542), น.141.

ประเด็นที่น่าสนใจประการหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้ คือ บทเฉพาะกาล ตามมาตรา 25 ที่กำหนดว่า “โครงการใดที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการซึ่งได้กระทำไปแล้วในขั้นตอนใด ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้เป็นอันใช้ได้แต่การดำเนินการในขั้นตอนต่อไปให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้” ซึ่งทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า สัญญาสัมปทานที่ลงนามไปแล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับจะมีผลประการใด การขยายระยะทางหรือขยายบริการของสัญญาสัมปทานถือเป็นโครงการตามสัญญาเดิม หรือถือเป็นโครงการใหม่ที่ทำให้ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

กรณีตามเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะมีสัญญาสัมปทานหลายฉบับที่อาจอ้างว่าได้ดำเนินการมาก่อนที่พระราชบัญญัตินี้จะใช้บังคับ แต่จากบทเฉพาะกาลดังกล่าวทำให้สัญญาสัมปทานที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา หรือขยายอายุสัมปทาน ที่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญาที่ไม่อยู่ในสัญญาสัมปทานเดิมแล้ว จะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัตินี้ด้วย ด้วยเหตุนี้ การขยายระยะทางหรือขยายบริการของสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นภายหลังจากวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ จึงถือเป็นโครงการใหม่ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ เช่น กรณีโครงการทางยกระดับวิภาวดีรังสิต หรือดอนเมืองโทลล์เวย์ ที่กรมทางหลวงเคยมีหนังสือหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขอให้พิจารณาปัญหาในข้อกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการเชื่อมต่อทางสัมปทานสายดินแดง-ดอนเมือง ในส่วนต่อขยาย 5.2 กม. ว่าจะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติ พ.ศ.2535 หรือไม่ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือที่ นร 0601/540 ลงวันที่ 23 สิงหาคม 2537 ตอบข้อหารือมายังกรมทางหลวงและกระทรวงคมนาคม ว่า เนื่องจากเส้นทางส่วนขยายระยะทาง 5.2 กม. มูลค่าลงทุนราว 3400 ล้านบาทดังกล่าวไม่ได้อยู่ในเงื่อนไขสัญญาสัมปทานเดิม จึงเป็นการขยายขอบเขตและเพิ่มเติมเนื้องานอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา และการเปลี่ยนแปลงนั้นได้มีสาเหตุมาจากความจำเป็นที่ไม่อาจปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาสัมปทานได้ และเมื่อปรากฏว่าโครงการใหม่มีวงเงินลงทุนเกิน 1000 ล้านบาท จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และจำเป็นต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือกรณีโครงการขยายบริการโทรศัพท์ส่วนเพิ่มเติมเพื่อขยายขอบข่ายการให้บริการโทรศัพท์อีกจำนวน 1.1 ล้านเลขหมาย ก็ถือเป็นโครงการใหม่ และเมื่อการดำเนินการโครงการนี้มีวงเงินเกิน 1000 ล้านบาท จึงถือเป็นโครงการที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเช่นกัน ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงควรระมัดระวังเสมอ หากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

สัมปทาน เพราะแม้ในตอนเริ่มดำเนินโครงการจะไม่ได้มีการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้มาก่อน แต่ในขั้นตอนของการแก้ไขสัญญาอาจเป็นกรณีที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ด้วยเหตุนี้ หากจะมีการแก้ไขสัญญาใด ๆ และหน่วยงานของรัฐไม่แน่ใจในการดำเนินการแล้ว ก็ควรหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานอัยการสูงสุดก่อนที่จะดำเนินการดังกล่าว

นอกจากนั้น ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐนี้หมายถึงการดำเนินการทุกขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ซึ่งเรื่องนี้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีหนังสือตอบข้อหารือกรมทางหลวงและกระทรวงคมนาคมเกี่ยวกับปัญหาการอนุมัติให้บริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์เข้าไปดำเนินโครงการส่วนขยายระยะทาง 5.2 กม. โดยวิธีพิเศษว่า เนื่องจากโครงการส่วนขยายดังกล่าวเป็นโครงการที่เข้าข่ายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินโครงการเอาไว้อย่างละเอียดอยู่แล้ว ดังนั้น การที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้คณะกรรมการรับไปดำเนินการเจรจาและต่อรองกับผู้รับสัมปทานเดิม จึงไม่เป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

ด้วยเหตุนี้ หากสัญญาใดที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานแล้ว การแก้ไขสัญญาอันมีลักษณะเป็นการแก้ไขสาระสำคัญของสัญญาสัมปทานเดิม และไม่อยู่ในเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานเดิมแล้ว ก็ย่อมเป็นกรณีที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วย โดยการไม่ปฏิบัติตามจะมีผลทำให้สัญญาดังกล่าวไม่ผูกพันคู่สัญญาตามข้อกฎหมาย ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยจึงเป็นกรณีของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้มากกว่า ซึ่งเคยมีกรณีตัวอย่างที่ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องนี้แล้วคือกรณีของบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) โดยศาลพิจารณาเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขสัญญาในข้อ 5 วรรค 4 ที่ระบุว่า หลังจากทำสัญญานี้ หาก สเปน. หรือหน่วยงานของรัฐให้สัมปทานอนุญาต หรือทำสัญญาใด ๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการให้บริการส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ โดยมีโฆษณา หรืออนุญาตให้โทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกมีโฆษณาได้ และเป็นเหตุให้ ไอทีวีได้รับผลกระทบทางการเงินอย่างรุนแรง สามารถมีการเจรจาเพื่อหาข้อชดเชยได้ นั้น ถือเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญาที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี แต่เมื่อมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ดังนั้น ข้อ 5 วรรค 4 ในสัญญานี้จึงไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจอาศัยข้อสัญญาดังกล่าวมีค่าชี้ขาดกำหนดมาตรการชดเชยความเสียหายต่าง ๆ ให้แก่บริษัทไอทีวีได้

นอกจากนั้น สำหรับคำชี้ขาดที่ระบุให้ สปน. คำนวณผลประโยชน์ตอบแทนขั้นต่ำให้แก่ไอทีวีจำนวน 570 ล้านบาทนั้น เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถนำข้อ 5 วรรค 4 มาใช้ได้แล้ว อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจชี้ขาดให้ปรับลดเงินผลประโยชน์ตอบแทนตามสัญญาความร่วมมือ รวมทั้งไม่สามารถชี้ขาดให้ไอทีวีปรับเปลี่ยนผังรายการในช่วงเวลาไพร์มไทม์ โดยลดสัดส่วนรายการความรู้ ข่าวก จากเดิม ร้อยละ 70 เป็นร้อยละ 50 นั้น ซึ่งเป็นการวินิจฉัยเกินคำขอของบริษัท ไอทีวี และส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดบริการสาธารณะขัดต่อข้อสัญญาและวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ไอทีวีไม่ใช่สถานีโทรทัศน์เพื่อการบันเทิง ศาลจึงพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 29/2545 และคดีแดงที่ 4/2547 ทั้งหมด โดยเปิดโอกาสให้มีการยื่นอุทธรณ์ได้ภายใน 30 วัน นับจากที่ศาลมีคำสั่ง ซึ่งต่อศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำพิพากษายืนตามศาลปกครองกลาง กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่น่าสนใจ ซึ่งทำให้ในที่สุดบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ต้องแพ้คดีเนื่องจากในขั้นตอนของการแก้ไขสัญญานั้นมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั่นเอง

กรณีเช่นนี้อาจทำให้มีผลบางประการสำหรับสัญญาบางฉบับ เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร (รถไฟฟ้า) ซึ่งมีข้อที่น่าสังเกตว่า แม้โครงการนี้จะได้รับสัมปทานมาก่อนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จะมีผลใช้บังคับ แต่ขั้นตอนในการดำเนินการหลังจากนั้นจำเป็นต้องดำเนินการบนพื้นฐานของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเหตุนี้ หากจะมีการขยายรถไฟฟ้าแล้วย่อมถือเป็นโครงการใหม่ ซึ่งหากมีมูลค่าลงทุนเกินกว่าหนึ่งพันล้านบาทแล้วก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้มีข้อที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับอัตราค่าโดยสารที่อาจต้องเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากตามสัญญาของรถไฟฟ้าเดิมนั้นไม่ได้กำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนใด ๆ ให้แก่ กทม. คงมีเพียงการยกทรัพย์สินที่ได้ลงทุนนี้ให้แก่ กทม. เมื่อสิ้นสุดสัญญาเท่านั้น แต่หากจะมีการขยายรถไฟฟ้าแล้วเนื่องจากจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ต้องยึดถือผลประโยชน์สูงสุดของรัฐเป็นเกณฑ์ ทำให้ กทม. ต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดที่เอกชนเสนอให้รัฐเป็นเกณฑ์ ซึ่งการที่กำหนดให้เอกชนต้องจ่ายผลประโยชน์แก่รัฐสูงสุดเป็นเกณฑ์นี้เอง ย่อมทำให้เอกชนต้องบวกต้นทุนในเรื่องของผลประโยชน์ที่ต้องจ่ายให้ กทม. ไปด้วย กรณีดังกล่าวจึงเป็นประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจเพราะอาจทำให้มีผลกระทบต่ออัตราค่าโดยสาร และควร

นำมาพิจารณาถึงแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในส่วนของกฎหมายภายในและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันต่อไป

นอกจากกฎหมายภายในและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่ควรนำมาเป็นประเด็นพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากสถานการณ์ในปัจจุบันที่ประเทศไทยเป็นภาคีในอนุสัญญาต่าง ๆ และมีการทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศต่าง ๆ ซึ่งความตกลงเช่นนี้นั้นมักมีข้อกำหนดให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ เช่น การห้ามมิให้ยึดหรือเวนคืนกิจการของคนชาติของรัฐภาคี เป็นต้น ความตกลงเช่นนี้นี้จึงอาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยทำให้ไม่สามารถออกกฎหมายคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติได้ ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรใช้ความระมัดระวังก่อนที่จะทำความตกลงกับต่างประเทศไม่ให้มีลักษณะที่เอื้อประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติเพียงอย่างเดียว และควรคำนึงความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำไว้กับประเทศต่าง ๆ ก่อนที่จะกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน

4.8 ปัญหาในการกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

โดยที่สัญญาสัมปทานมักเป็นสัญญาที่มีวงเงินลงทุนจำนวนมาก ทำให้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญาจึงมักเป็นจำนวนเงินที่มหาศาล ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐต้องตกเป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหายแล้ว ความเสียหายนั้นก็ย่อมมีผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชน ดังนั้น ปัญหาการกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย จึงเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน ซึ่งในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาให้ครอบคลุมถึงกรณีของสัญญาสัมปทานที่มีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานด้วย

การหาแนวทางการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเป็นประเด็นที่ค่อนข้างยากต่อการพิจารณา โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 ให้อยู่อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และแม้ว่าตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 จะกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้ก็ตาม แต่โดยที่หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาสัมปทานแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานเป็น

นิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งแม้ว่าจะมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนระหว่างรัฐกับเอกชน แต่หากพิจารณาจากที่มาและลักษณะของสัญญาสัมปทานแล้วจะเห็นได้ว่า สัมปทานมาจากการที่รัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะแทนรัฐ จึงทำให้หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นควรที่จะคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ ดังนั้น แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานจึงควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง รวมทั้งสัญญาสัมปทานที่ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจได้รับการโต้แย้งว่าแนวทางการระงับข้อพิพาทที่เป็นที่ยอมรับในสายตาของนักลงทุนต่างชาติน่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับประเพณีปฏิบัติในทางธุรกิจระหว่างประเทศ มีการพิจารณาได้อย่างรวดเร็ว และสามารถสร้างความมั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติมากกว่า เพราะอนุญาโตตุลาการย่อมพิจารณาบนพื้นฐานของสัญญา แต่หากเป็นการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในของรัฐแล้ว ผู้ลงทุนต่างชาติอาจไม่มั่นใจว่าศาลนำหลักกฎหมายใดมาใช้ในการพิจารณา โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานที่ยังไม่มีหลักกฎหมายรองรับและอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่อาจทราบได้เลยว่าศาลปกครองใช้หลักกฎหมายใดในการพิจารณา

ในเรื่องนี้เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาจากความเป็นจริงในทางปฏิบัติที่ปรากฏในประเทศไทยด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่า กรณีของประเทศไทยนั้นยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในหลายคดี เช่น คดีค่าโง่ทางด่วน คดีไอทีวี เป็นต้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่า สาเหตุที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกศาลเพิกถอนนั้น มาจากการที่อนุญาโตตุลาการไม่เข้าใจในหน้าที่อันแท้จริง นอกจากนั้น ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยยังมีปัญหาในทางปฏิบัติอันเนื่องมาจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 อีกด้วย กล่าวคือ การที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติช่องทางให้คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีสามารถดำเนินการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้หากเป็นไปเหตุที่กำหนดไว้ กรณีดังกล่าวจึงทำให้หน่วยงานของรัฐยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเฉพาะคดีที่รัฐชนะคดีเท่านั้น แต่หากเป็นคดีที่รัฐแพ้คดีแล้ว หน่วยงานของรัฐก็จะใช้ช่องทางตามบทบัญญัตินี้ในการยื่นคำคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาล เพราะในทางปฏิบัติแล้วคงเป็นไปได้ยากที่หน่วยงานของรัฐจะยอมรับว่าตนเองเป็นผู้แพ้คดี เนื่องจากหากหน่วยงานของรัฐมีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชน ก็จะต้องมีการสอบสวนว่าใครที่เป็นสาเหตุที่ทำให้หน่วยงานของรัฐต้องชดใช้ค่าเสียหาย ทำให้ต้องมีการไต่เบี่ยงความรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐ กรณีดังกล่าวจึงทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ได้ผลจริงในทางปฏิบัติ และยัง

ทำให้เอกชนที่เข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐขาดความมั่นใจเนื่องจากหน่วยงานของรัฐไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีที่หน่วยงานของรัฐแพ้คดีเท่านั้น ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐไม่สามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมที่ไม่สามารถยอมรับในกรณีเป็นผู้แพ้คดีและจะต้องมีการต่อสู้คดีจนกว่าคดีจะถึงที่สุดเช่นนี้แล้ว แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมกับประเทศไทยก็ควรที่จะเป็นการระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครอง เพราะแสดงว่าในเวลานี้ประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่เหมาะสมในสัญญาสัมปทาน แต่หากพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาพสังคมและวัฒนธรรมของคนไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักการบางอย่างแม้จะดี แต่อาจจะไม่สามารถใช้ได้ในประเทศไทย ดังนั้น ในเวลานี้จึงอาจจำเป็นต้องใช้แนวทางการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานโดยศาลปกครองไปก่อนจนกว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นที่ยอมรับในประเทศไทย และจนกว่าแนวความคิดในเรื่องที่ว่าหน่วยงานของรัฐต้องสู้คดีจนถึงที่สุดจะเปลี่ยนไปโดยหน่วยงานของรัฐรู้จักยอมรับในความเป็นจริง และสามารถทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานสามารถมั่นใจได้ว่าหากปฏิบัติงานบนพื้นฐานของความสุจริตแล้ว แม้ในที่สุดผลจะเป็นอย่างไรก็ยังได้รับความคุ้มครองตามความเป็นธรรม

ด้วยเหตุนี้ แนวทางในการแก้ไขปัญหาตามเรื่องนี้จึงควรที่จะมีหลักเกณฑ์หรือระเบียบของทางราชการที่ชัดเจนในเรื่องของการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติรับทราบก่อนที่จะเข้ารับสัมปทานในประเทศไทย และแสดงให้ผู้ลงทุนต่างชาติเห็นถึงความน่าเชื่อถือของการระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครองไทยว่าจะจะเป็นไปตามหลักกฎหมายและหลักความยุติธรรม โดยฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลไม่สามารถใช้อำนาจครอบงำการพิจารณาคดีของศาลได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะทำให้นักลงทุนต่างชาติสามารถยอมรับสำหรับการระงับข้อพิพาทโดยศาลได้มากขึ้น เพราะสามารถทราบได้แน่นอนว่าศาลจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาคดี แต่อาจมีปัญหายูบ้างในเรื่องของระยะเวลาในการพิจารณาคดีตัดสินคดี เพราะศาลมีหลายชั้น ในขณะที่อนุญาโตตุลาการมีเพียงชั้นเดียว อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากผู้ลงทุนต่างชาตินั้นเป็นคนชาติของรัฐภาคีในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nation of other States) แล้ว กรณีนี้ก็ต้องเป็นไปตามพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ให้ไว้ตามสนธิสัญญาดังกล่าว ซึ่งทำให้แนวทางการระงับข้อพิพาทของสัญญาสัมปทานเช่นว่านั้นกระทำโดยอนุญาโตตุลาการ แต่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการดังกล่าวควรกระทำด้วยความระมัดระวัง โดยจะต้องให้

อนุญาตตุลาการมีความเข้าใจว่า อนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจในการพิจารณาเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐ นอกจากนี้ อนุญาตตุลาการจะต้องคำนึงถึงอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายมาด้วยว่า การพิจารณาวินิจฉัยคดีของอนุญาตตุลาการในสัญญาสัมปทานนั้น อนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย (The Rule of Law) หลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน หลักเรื่องผลกระทบต่อบริการสาธารณะด้วย และไม่มีอำนาจในการพิจารณาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะแต่อย่างใด

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ โดยเฉพาะในขั้นตอนของการอนุมัติโครงการ และขั้นตอนของการปฏิบัติตามสัญญา หรือกระบวนการผูกพันตามสัญญา ที่อาจส่งผลเสียหายต่อประเทศชาติได้ ซึ่งจากปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าวและจากความจำเป็นที่ประเทศไทยยังคงต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศนี้เอง จึงทำให้ประเทศไทยน่าที่จะมีการพิจารณาทบทวนสัญญาสัมปทานเพื่อปฏิรูปสัญญาสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับนักลงทุนต่างชาติ

นอกจากนั้น จากการศึกษาปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานพบว่า ปัญหาบางอย่างสามารถแก้ไขได้ด้วยการทำความเข้าใจในแนวคิดของสัญญาสัมปทานและกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้เป็นไปอย่างถูกต้อง เช่น ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการทำสัญญาสัมปทานของหน่วยงานของรัฐ ก็เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาจากกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานของรัฐดังกล่าวว่าให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทานหรือไม่ ซึ่งหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการให้สัมปทานแล้ว หน่วยงานของรัฐนั้นย่อมไม่สามารถให้สัมปทานกับเอกชนได้เพราะย่อมขัดต่อวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้น หรือหากเป็นกรณีรัฐวิสาหกิจก็ต้องพิจารณาจากกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเช่นกัน ซึ่งหากมีกรณีใดที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจได้กำหนดเป็นเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติเสียก่อน หรือจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี กรณีนั้นก็ต้องปฏิบัติให้ครบถ้วนถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องทำความเข้าใจได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เป็นกฎหมายที่กำหนดแนวทางปฏิบัติในการให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ มิใช่กฎหมายให้สัมปทานหรือให้อนุญาต ดังนั้น ในการให้สัมปทานหรือให้อนุญาต หน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาจากกิจการประเภทนั้นก่อนว่าเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทานจากกระทรวงหรือเจ้าหน้าที่ผู้รักษาการหรือไม่ โดยหากเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องขอ

อนุญาตหรือขอสัมปทาน เช่น กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 แล้ว หน่วยงานของรัฐก็ต้องดำเนินการขออนุญาตหรือขอสัมปทานให้ถูกต้องตามกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ด้วย ไม่ว่าโครงการนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 หรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุนี้ หากโครงการใดเป็นโครงการที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน ฯ แล้ว ก็ย่อมเป็นกรณีที่ทำให้หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามทั้งกฎหมายที่กำหนดให้ต้องขอสัมปทาน และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน ฯ

กรณีที่กำลังมาข้างหน้าเป็นตัวอย่างของปัญหาที่สามารถแก้ไขได้ด้วยการทำความเข้าใจให้ชัดเจนเกี่ยวกับแนวความคิดและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยยังมีปัญหาอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานอีกหลายเรื่องที่ไม่อาจแก้ไขได้ง่าย จึงเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหาแนวทางแก้ไขปัญหายังเป็นรูปธรรม เช่น ปัญหาจากเงื่อนไขสัญญา ปัญหาจากความเชื่อมั่นในการลงทุนของเอกชนเพื่อเข้ารับสัมปทาน ปัญหาจากการบริหารสัญญาสัมปทาน เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขปัญหาดังกล่าวควรดำเนินการด้วยการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานโดยละเอียดต่อไปในตอนต่อไป 3

5. สิ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาติคาดหวังจากการเข้ารับสัมปทานในโครงการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ

นอกจากการพิจารณาปัญหาในทางปฏิบัติที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยแล้ว ประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานก็คือ การพิจารณาจากความต้องการหรือความคาดหวังของผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าสิ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาติรวมทั้งผู้ให้กู้คาดหวังที่จะได้รับหากเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานนั้นมีในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้³³

³³United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, (New York : United Nations Publication, Sales No. E.04.V11, 2004) และดู <<http://www.ebrd.com>>

5.1 ความชัดเจนในวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน และความเป็นธรรมในการอนุมัติให้เข้าสัมปทาน

เนื่องจากการดำเนินกิจการโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ เป็นสิ่งที่ต้องใช้งบลงทุนค่อนข้างสูง ผู้ลงทุนต่างชาติจึงต้องการความมั่นใจว่าจะได้รับความเป็นธรรมในการเข้าสัมปทาน ซึ่งสิ่งที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความเป็นธรรมในการเข้าสัมปทาน คือ การมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการให้สัมปทานและวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน มีความโปร่งใส ตลอดจนการมีมาตรการในการให้ความคุ้มครองจากการแทรกแซงของรัฐบาลหรือการทุจริตคอร์รัปชัน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 5 ของ UNCITRAL ที่เห็นว่ารัฐควรมีกฎหมายที่ชัดเจนที่กำหนดวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทานว่าจะมีการดำเนินการอย่างไร ซึ่งควรแสดงให้เห็นถึงกระบวนการที่โปร่งใส และมีประสิทธิภาพในการแข่งขัน

5.2 ความชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจของผู้ให้สัมปทาน

ผู้ลงทุนต่างชาติต้องการความชัดเจนเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการให้สัมปทาน โดยต้องการความมั่นใจว่าหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานนั้นจะมีอิสระในการเข้าทำสัญญาสัมปทานและไม่ถูกคัดค้านในเรื่องของอำนาจในการให้สัมปทาน โดยเฉพาะจากปัญหาความไม่ชัดเจนของกฎหมาย ซึ่งก็สอดคล้องกับ Recommendation 1-5 และ Model provision 3 ของ UNCITRAL ที่เห็นว่า รัฐผู้ให้สัมปทานควรมีกฎหมายที่กำหนดอย่างชัดเจนว่าหน่วยงานของรัฐใดบ้างที่มีอำนาจในการให้สัมปทานและเข้าทำสัญญาสัมปทาน โดยรัฐอาจกำหนดรายชื่อหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจให้สัมปทานหรือมีอำนาจในการเข้าทำสัญญาสัมปทาน รวมทั้งการกำหนดชนิดของกิจการสาธารณูปโภคที่ให้สัมปทานอย่างชัดเจน ดังนั้น การมีกฎหมายสัมปทาน หรือกฎหมายใด ๆ ที่บัญญัติถึงอำนาจที่ชัดเจนของหน่วยงานของรัฐในการเข้าทำสัญญาสัมปทาน ก็ย่อมเป็นสิ่งที่สร้างความมั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ

5.3 ความชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องของใบอนุญาตและภาษี

ผู้ลงทุนต่างชาติต้องการได้รับ ความมั่นใจว่าจะได้รับใบอนุญาตในการเข้ามาก่อสร้างและดำเนินโครงการหากเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน รวมทั้งความชัดเจนในเรื่องของภาษีอากรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญาสัมปทาน ซึ่งกรณีดังกล่าวมักมาจากความไม่ชัดเจนของกฎหมาย หรือมีการตีความกฎหมายที่แตกต่างกันในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งตาม Recommendation 6 ของ UNCITRAL ก็แนะนำให้รัฐควรมีกฎเกณฑ์ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีการประสานงานกันในการให้ความเห็นชอบ การออกใบอนุญาตต่างๆ เพื่อให้ผู้รับสัมปทานดำเนินงานโครงการได้

5.4 ความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิของผู้รับสัมปทาน

ผู้ลงทุนต่างชาติต้องการทราบถึงสิทธิและการได้รับความคุ้มครองของผู้รับสัมปทาน ภายใต้กฎหมายว่าด้วยความชัดเจนเพียงพอหรือไม่ เนื่องจากระบบกฎหมายที่มีประสิทธิภาพย่อมให้ความมั่นใจแก่ผู้ให้กู้ด้วย

5.5 การให้หลักประกันแก่ผู้ให้กู้

โดยที่สัญญาสัมปทานในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ของรัฐนั้น ต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง จึงทำให้ผู้รับสัมปทานมักมีความจำเป็นที่จะต้องกู้เงินจากสถาบันการเงิน กรณีดังกล่าวจึงทำให้สถาบันการเงินผู้ให้กู้ต้องการได้รับหลักประกันที่ให้ความมั่นใจว่าหน่วยงานของรัฐผู้ให้สัมปทานมีการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ให้กู้ โดยเฉพาะในกรณีที่สิ้นสุดสัญญาสัมปทาน เช่น หลักประกันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้รับสัมปทาน ซึ่งรวมทั้งอาคาร วัสดุอุปกรณ์ ผลประโยชน์จากการประกันภัย เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่ ผู้รับสัมปทานไม่สามารถเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเกี่ยวข้องกับสัมปทานได้ แม้ว่าผู้รับสัมปทานจะเป็นเจ้าของวัสดุอุปกรณ์ที่นำมาก่อสร้างก็ตาม จึงทำให้ผู้ให้กู้ไม่สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปจำนองหรือจำนำได้ กรณีดังกล่าวจึงทำให้ผู้ให้กู้ต้องการได้รับหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิในสัญญาสัมปทานและวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ รวมทั้งการเป็นผู้รับประโยชน์ในการประกันภัย เป็นต้น ซึ่งผู้ให้กู้มักมองว่าสัญญาสัมปทานควรเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อส่งเสริมการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศและดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาลงทุน แต่สัญญาสัมปทานส่วนใหญ่ไม่ได้จัดทำขึ้นบนพื้นฐานของหลักการดังกล่าว โดยมีเพียงกฎหมายในเรื่องของกระบวนการคัดเลือกเท่านั้น ไม่มีกฎหมายที่เป็นการให้หลักประกันแก่ผู้ให้กู้และผู้รับสัมปทาน และไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเลยว่าจะเจรจาหรือดำเนินการอย่างไรในทางปฏิบัติ

5.6 การได้รับอนุญาตจากรัฐบาลต่อผู้ให้กู้

ผู้ให้กู้มักต้องการทำสัญญาโดยตรงกับหน่วยงานของรัฐผู้ให้สัมปทาน หรือได้รับความยินยอมในการโอนสิทธิตามสัญญาจากหน่วยงานของรัฐ รวมทั้งการได้รับคืนเงินในอัตราที่เป็นธรรมหากมีการสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน

5.7 การอนุญาตสัมปทานอยู่ภายใต้หลักของการเลือกกฎหมายของผู้ลงทุนและกลไกในการระงับข้อพิพาท

ผู้รับสัมปทานและผู้ให้กู้ต้องการให้สัญญาสัมปทานอยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศและมีการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพเพื่อเป็นการลดความเสี่ยงจากการเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน เนื่องจากสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่มักอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ให้

สัมปทาน ซึ่งกรณีดังกล่าวผู้รับสัมปทานและผู้ให้กู้ อาจไม่มั่นใจในกฎหมายของประเทศที่ให้สัมปทาน โดยต้องการให้สัญญาสัมปทานอยู่ภายใต้กฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอน ไม่มีปัญหาในการตีความ และสามารถบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานได้อย่างมีประสิทธิภาพ สำหรับเรื่องของการระงับข้อพิพาท ก็เช่นกัน โดยหากสัญญาสัมปทานอยู่ภายใต้การระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในของรัฐแล้ว ผู้รับสัมปทานและผู้ให้กู้ อาจรู้สึกไม่ค่อยมั่นใจเหมือนกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่กระทำภายนอกประเทศของผู้ให้สัมปทาน อย่างไรก็ตาม หากระบบการระงับข้อพิพาทนั้นอยู่บนหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับ เช่น UNCITRAL แล้วก็จะทำให้ผู้รับสัมปทานและผู้ให้กู้มีความมั่นใจมากขึ้นได้

5.8 การให้ความมั่นคงทางการเงิน

ผู้รับสัมปทานอาจได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงภาษีหรือระบบทางการเงิน เช่น ผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสกุลเงิน หรือเหตุสุดวิสัย ทำให้สร้างภาระแก่ผู้รับสัมปทานเป็นอย่างมาก กรณีดังกล่าวจึงทำให้ผู้รับสัมปทานต้องการได้รับการชดเชยค่าเสียหายหากมีเหตุการณ์เช่นว่านี้เกิดขึ้น เช่น บทบัญญัติในเรื่องของ financial stabilization provisions เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้รับสัมปทานก็ต้องการได้รับการสนับสนุนทางการเงินหรือความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจจากรัฐผู้ให้สัมปทาน ซึ่งกรณีดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Recommendation 13 ของ UNCITRAL ที่เห็นว่ารัฐควรมีกฎหมายที่กำหนดอย่างชัดเจนว่าหน่วยงานของรัฐจะให้ความช่วยเหลือทางการเงินหรือให้การสนับสนุนทางเศรษฐกิจเพื่อให้ดำเนินโครงการได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยกับผู้ลงทุนต่างชาติมีประเด็นที่ต้องพิจารณามาก และจากความจำเป็นที่ประเทศไทยยังคงต้องการเงินลงทุนจากผู้ลงทุนต่างชาติแล้ว จึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยควรที่จะมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้ประเทศไทยเป็นประเทศเป็นประเทศที่น่าลงทุนในสายตาของนักลงทุนต่างชาติต่อไป

ตอนที่ 3 แนวทางการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทาน

ในตอนนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ โดยนำข้อมูลและคำตอบที่ได้รับจากการศึกษาในตอนต้นที่ 5 ของบทที่ 1 และตอนที่ 2 ของบทนี้มาวิเคราะห์ว่ากระบวนการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยที่มีอยู่ใน

ปัจจุบันมีความเหมาะสมหรือไม่ มีข้อดี ข้อเสียอย่างไร และเคยมีปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร พร้อมทั้งนำข้อมูลและคำตอบที่ได้รับจากการศึกษาในตอนที 5 ของบทที่ 2 ซึ่งเป็นกระบวนการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบกับ จากนั้นจึงนำข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์เพื่อหาข้อสรุปและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวคิดและแนวทางการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยต่อไปว่าประเทศไทยควรมีการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้สามารถรองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ นอกจากนั้น ยังจะได้ทำการศึกษาเพื่อให้ข้อเสนอแนะในการกำหนดประเด็นการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติด้วย ซึ่งการพิจารณากำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานดังกล่าวนี้จะพิจารณาทั้งในแง่มุมมองของการให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย และในแง่มุมมองของการคำนึงถึงผลกระทบอันเกิดขึ้นต่อประเทศชาติและประชาชน เพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยและหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองบริการสาธารณะให้กับประชาชน

1. การปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทาน

กระบวนการให้สัมปทานจัดเป็นขั้นตอนในการจัดหาสัญญา และจากการที่สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน จึงจำต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปในการจัดหาสัญญาของรัฐที่ว่ารัฐต้องเป็นกลาง โปร่งใส ต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ ไม่ว่าจะเป็นการเสียค่าใช้จ่ายที่ต่ำที่สุดหรือประโยชน์ตอบแทนสูงสุดก็ตาม ซึ่งในการคัดเลือกสัญญาของรัฐนั้น รัฐไม่สามารถเลือกสัญญาได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องมีกระบวนการโดยเฉพาะ

จากการศึกษาในบทที่ 1 ทำให้ทราบว่า การให้สัมปทานในประเทศไทยเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในเรื่องนั้น เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การให้สัมปทานในเรื่องนั้น ๆ เป็นการเฉพาะเท่านั้น มิใช่กฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การให้สัมปทานเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด

ในอดีตการให้สัมปทานอยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงที่มีอำนาจในการอนุมัติให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภค และเป็นการทำสัญญาในลักษณะผูกขาด โดยผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐ ซึ่งแม้ว่าต่อมาจะมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 โดยกำหนดแนวทางปฏิบัติและใช้บังคับกับการให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ที่มีลักษณะคล้ายกับเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การให้สัมปทานเป็นการทั่วไป และอาจพอถือได้ว่าประเทศไทยเคยมีการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานมาแล้วครั้งหนึ่งก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ใช่กฎหมายให้อนุญาตหรือให้สัมปทาน โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการอนุมัติโครงการที่หน่วยงานของรัฐประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ และยังมีข้อจำกัดเนื่องจากเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับโครงการของรัฐที่มีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเท่านั้น อีกทั้งยังมีรายละเอียดที่หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าของโครงการจะต้องปฏิบัติในแต่ละขั้นตอนมาก จึงทำให้การดำเนินโครงการต้องใช้ระยะเวลาที่ค่อนข้างมาก นอกจากนั้น หากเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 แล้ว ก็ยังต้องมาขออนุญาตหรือขอสัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวอีกด้วย กรณีดังกล่าวจึงทำให้การให้สัมปทานในบางกิจการมีกระบวนการที่ต้องดำเนินการหลายขั้นตอน ทั้งการขอสัมปทานตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และการดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

จากกรณีดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า กระบวนการให้สัมปทานในประเทศไทยยังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจน โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ที่สามารถรองรับในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งภายหลังจากที่แนวความคิดเรื่องตลาดเสรีเริ่มเกิดขึ้นในกระแสโลก และประเทศไทยเองก็เป็นภาคีขององค์การการค้าโลก (WTO – World Trade Organization) ที่มีพันธกรณีจะต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้รองรับต่อการเปิดตลาดการค้าเสรีดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 87 ที่กำหนดให้ “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ่มครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม...” จึงทำให้หน่วยงานของรัฐไม่มีสิทธิเต็มที่ที่จะใช้ดุลยพินิจเลือกทำสัญญากับบุคคลใดตามใจชอบอีกต่อไป กรณีดังกล่าวเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่กระบวนการให้สัมปทานในประเทศไทยจะต้องมีการปรับเปลี่ยนในวิธีการเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและพันธกรณีระหว่าง

ประเทศ โดยแนวทางในการให้สัมปทานนั้น อาจต้องมีการปรับเปลี่ยนจากเดิมที่เป็นการให้สัญญาผูกขาด มาเป็นการให้สัมปทานในลักษณะที่ไม่ผูกขาดโดยพิจารณาจากลักษณะของสัญญาสัมปทานเป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งทำให้เกิดปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า การให้สัมปทานในลักษณะที่ไม่ผูกขาดนี้จะยังคงเรียกว่าเป็นการให้สัมปทานหรือไม่ และการให้สัมปทานควรจะดำเนินการในลักษณะเช่นไร

ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงควรมีการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานเพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจน โดยให้มีขั้นตอนและเป็นมาตรฐานเดียวกัน มีการกำหนดหลักเกณฑ์โดยเปิดเผยล่วงหน้าถึงคุณสมบัติของผู้ขอรับสัมปทาน และหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานอย่างโปร่งใสและมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น

โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นเรื่องที่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐ และประโยชน์ที่จะได้รับจากการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในขณะเดียวกัน อีกทั้งจากอดีตที่ผ่านมาหลายครั้งที่สัญญาสัมปทานถูกมองว่าทำให้รัฐเสียเปรียบต่างชาติ และโดยที่สัญญาสัมปทานมักเป็นสัญญาที่มีวงเงินลงทุนจำนวนมาก ทำให้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ ค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญาจึงมักเป็นจำนวนเงินที่มหาศาล ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐต้องตกเป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหายแล้ว ความเสียหายนั้นก็ย่อมมีผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชน ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานเพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน ซึ่งผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางการปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานดังนี้

1.1 การเริ่มต้นโครงการ

การปฏิรูปกระบวนการให้สัมปทานควรเริ่มต้นตั้งแต่ขั้นตอนการอนุมัติโครงการ โดยในขั้นตอนของการอนุมัติโครงการนั้น ควรเริ่มจากการศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของโครงการ และความคุ้มค่าของการลงทุน โดยมีการพิจารณาถึงรูปแบบของการลงทุนที่เหมาะสมว่าควรเป็นรูปแบบใด ซึ่งสัมปทานเป็นรูปแบบหนึ่งของการลงทุนที่ควรมีการพิจารณาถึงความเป็นไปได้ของโครงการและความเหมาะสมของโครงการด้วยว่า โครงการดังกล่าวนี้มีความเป็นไปได้เพียงใดในการให้สัมปทาน การให้สัมปทานเป็นรูปแบบที่เหมาะสมหรือไม่ โดยอาจมีการศึกษาเปรียบเทียบด้วยว่า ระหว่างการที่หน่วยงานของรัฐดำเนินกิจการนั้นด้วยตนเอง กับการที่หน่วยงานของรัฐให้สัมปทานแก่เอกชน หรือให้เอกชนเข้ามาร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐนั้น อย่างไหนจะเป็นประโยชน์มากกว่ากัน โดยเฉพาะผลประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ รวมทั้งศึกษาถึงประเภทของผู้ลงทุนด้วยว่าควรให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในโครงการดังกล่าวหรือไม่ จากนั้นก็ควรมีการจัดทำประชาพิจารณ์และรับฟัง

ความคิดเห็นของประชาชนและทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น การจัดให้มีการสัมมนาเวทีประชาประชา
ปรึกษา³⁴ (Public Consultation) โดยเชิญผู้เชี่ยวชาญ นักวิชาการ ผู้แทนเครือข่าย องค์กรประชาชน
กลุ่มคุ้มครองผู้บริโภค ประชาชน ผู้แทนจากหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องทุกหน่วยงาน และผู้เกี่ยวข้องอื่น
เพื่อรับฟังความคิดเห็นจากทุกฝ่าย แสวงหากระบวนการในการแก้ปัญหาหรือหาข้อยุติที่ทุกฝ่าย
ยอมรับได้โดยสันติวิธี และร่วมหาข้อสรุปร่วมกันเท่าที่ทำได้แล้วนำความคิดเห็นต่าง ๆ มาสังเคราะห์
และนำเสนอประกอบการพิจารณาของรัฐบาลต่อไป

สำหรับในขั้นตอนของการพิจารณาโครงการ ก็ไม่ควรปล่อยให้หน่วยงานของรัฐนั้น หรือ
กระทรวงที่กำกับดูแลเป็นผู้มีอำนาจในการอนุมัติฝ่ายเดียว โดยเฉพาะในโครงการสัมปทานที่มี
มูลค่าสูง แต่ควรมีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งโดยเชิญผู้แทนของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
มาร่วมพิจารณาด้วย เช่น กระทรวงการคลัง สำนักงานงบประมาณ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการ
เศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อให้ข้อคิดเห็น ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะถึงความเหมาะสมของการ
ดำเนินโครงการ ซึ่งลักษณะดังกล่าวก็มีคล้ายคลึงกับการแต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา 13 ของ
พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 นั้นเอง
เพียงแค่คณะกรรมการดังกล่าวนี้ควรแต่งตั้งจากบุคคลที่มีความรู้ในโครงการนั้นด้วย ไม่ใช่แต่งตั้ง
จากตำแหน่งของบุคคลดังกล่าว นอกจากนั้น ควรให้ผู้ปฏิบัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสัมปทานใน
เรื่องนั้นเข้ามาร่วมพิจารณาด้วยเพื่อให้ทราบถึงความต้องการที่แท้จริงของหน่วยงานเจ้าของ
โครงการ แล้วเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป ซึ่งแม้ว่าสัมปทานนั้นจะ
เป็นการลงทุนโดยผู้ลงทุนต่างชาติ ก็ควรที่จะส่งเรื่องให้สภาพัฒน์ฯ พิจารณาก่อนกรองด้วย เพื่อมิให้
ต้องมีปัญหาเช่นเดียวกับโครงการโฮปเวลล์ที่เคยมีการอ้างว่าไม่มีความจำเป็นต้องส่งเรื่องให้
สภาพัฒน์ฯ เพราะเป็นการดึงเอกชนเข้ามาลงทุนในในประเทศไทย ไม่ใช่การลงทุนของภาครัฐ
จนทำให้เป็นเหตุหนึ่งแห่งการทำให้รัฐประหารในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 และทำให้เกิด
แนวความคิดในการบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการใน
กิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ในเวลาต่อมา

1.2 การกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทาน

ควรกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานอย่างชัดเจนว่า กิจการประเภทใดที่จำกัด

³⁴ กระบวนการ “ประชาศึกษา” เป็นการประชุมหารือ ให้ข้อมูลที่เป็นจริง และระดม
ความคิดเห็นจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยทุกฝ่ายสามารถเสนอมุมมองความคิดเห็นของตัวเอง
อย่างเป็นอิสระ เพื่อหาแนวทางหรือจุดร่วมที่ตรงกันของที่ประชุมในการคลี่คลายความขัดแย้งที่
เกิดขึ้นโดยสันติวิธี

เฉพาะผู้ลงทุนไทย กิจกรรมประเภทใดที่ให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามารับสัมปทานได้ รวมทั้งกำหนดความหมายที่ชัดเจนของผู้ลงทุนต่างชาติ โดยหากเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแล้วก็ควรที่มีการพิจารณาให้รอบคอบก่อนว่าควรให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนหรือไม่

1.3 การกำหนดรูปแบบการลงทุน

ควรกำหนดรูปแบบการลงทุนให้ชัดเจน ซึ่งสำหรับรูปแบบการลงทุนนั้น สัญญาสัมปทานในประเทศไทยส่วนใหญ่มักเป็นแบบ BTO (Build-transfer-operate) คือ ให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดแล้วโอนสิ่งปลูกสร้าง พร้อมอุปกรณ์ ระบบต่าง ๆ ให้กับหน่วยงานของรัฐเมื่อก่อสร้างเสร็จ ซึ่งรูปแบบการลงทุนประเภทนี้ค่อนข้างเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนหากผู้รับสัมปทานจำเป็นต้องกู้ยืมเงินลงทุนจากธนาคารหรือแหล่งเงินกู้ เพราะทำให้ทรัพย์สินที่นำมาค้ำประกันการลงทุนมีเพียงแค่สัญญาสัมปทานเท่านั้นที่อาจจะไม่เพียงพอ ซึ่งรูปแบบการลงทุนดังกล่าวน่าจะมาจากข้อจำกัดของกฎหมายไทยบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ กรณีดังกล่าวจึงทำให้การทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยไม่เอื้ออำนวยต่อการทำสัญญาสัมปทานในรูปแบบอื่น ดังนั้นประเทศไทยจึงน่าจะมีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้เอื้ออำนวยต่อการลงทุน หรืออาจปรับปรุงรูปแบบสัญญาสัมปทานให้มีลักษณะผสมผสานทั้งรูปแบบของ BTO และ BOT

นอกจากนั้น ในเรื่องของการจัดทำข้อเสนอด้านราคาก็ควรให้ผู้รับสัมปทานคิดเฉพาะค่าบริการ ไม่รวมค่าผลประโยชน์ตอบแทนเพื่อให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาเองว่าจะเรียกค่าผลประโยชน์ตอบแทนจากประชาชนหรือไม่ ซึ่งการคิดค่าบริการในลักษณะเช่นนี้ จะช่วยให้เอกชนสนใจที่จะทำการลงทุนมากขึ้นเพราะไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของเอกชนแต่อย่างใด ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐไม่ต้องการให้ประชาชนแบกรับค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ก็ไม่จำเป็นต้องมีการเรียกค่าผลประโยชน์ในส่วนนี้จากประชาชน อย่างไรก็ตามหน่วยงานของรัฐยังจำเป็นต้องมีการควบคุมการคิดค่าบริการของประชาชนอย่างใกล้ชิดเพื่อให้ค่าบริการอยู่ในระดับที่เหมาะสม เพื่อไม่ให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบประชาชน โดยอาจกำหนดแนวทางโดยให้เอกชนเสนออัตราค่าบริการสูงสุดและต่ำสุดตลอดโครงการมาในข้อเสนอด้วย เพื่อที่หน่วยงานของรัฐจะได้นำมาพิจารณาก่อนล่วงหน้า และกำหนดเงื่อนไขสัญญาไม่ให้เอกชนเรียกเก็บค่าบริการสูงเกินกว่าอัตราสูงสุดหรือต่ำสุดตามที่กำหนดไว้ในสัญญา

1.4 การกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานและวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน

ในการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน หน่วยงานของรัฐควรมีระเบียบกำหนดวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทานให้ชัดเจนว่าจะมีการดำเนินการอย่างไร ซึ่งควรแสดงให้เห็นถึงกระบวนการที่โปร่งใสและมีประสิทธิภาพในการแข่งขัน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 6 ของ UNCITRAL เรื่อง

กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในกระบวนการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน (Rules governing the selection proceedings) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรใช้วิธีการประกวดราคาเนื่องจากเป็นวิธีการที่ทำให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และจากการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศก็พบว่า การให้สัมปทานในต่างประเทศล้วนแต่ดำเนินการด้วยการประกวดราคาแทบทั้งสิ้น³⁵ สำหรับขั้นตอนในการคัดเลือกผู้รับสัมปทานนั้น ควรประกอบด้วยขั้นตอนดังนี้

1.4.1 การเตรียมเอกสารเชิญชวนและกำหนดเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคา

เงื่อนไขที่กำหนดในเอกสารประกวดราคามีวัตถุประสงค์เพื่อให้หน่วยงานของรัฐได้คู่สัญญาที่เหมาะสมและข้อเสนอที่ดีที่สุด โดยหน่วยงานของรัฐควรกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติเบื้องต้น หรือคุณลักษณะเฉพาะของผู้รับสัมปทานที่ต้องการไว้ในประกาศประกวดราคา กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกที่ชัดเจน ทั้งในส่วนของข้อกำหนดการยื่นข้อเสนอทางเทคนิค และข้อกำหนดการยื่นข้อเสนอด้านราคา เพื่อให้ผู้ยื่นข้อเสนอจัดทำข้อเสนอในแนวทางเดียวกันและทำให้สามารถนำมาพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกันได้ เช่น อาจนำแนวทางในการพิจารณาของ Word Bank มาเป็นแนวทางดำเนินการ สำหรับในส่วนของข้อเสนอด้านราคนั้น อาจจะต้องมีการพิจารณาโครงการนั้น ๆ ด้วยว่าเป็นโครงการที่รัฐต้องการให้เป็นเช่นไร โดยหากเป็นโครงการที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนค่อนข้างมาก เช่น การเดินทาง เช่นนี้แล้ว รัฐอาจจะจัดทำข้อกำหนดในการยื่นข้อเสนอด้านราคาโดยไม่เรียกร้องให้เอกชนจ่ายส่วนแบ่งรายได้ให้แก่รัฐ แต่กำหนดว่ารัฐจะพิจารณาจากอัตราค่าบริการที่เอกชนจะเรียกเก็บจากประชาชนเป็นสำคัญ โดยหากเอกชนรายใดคิดค่าบริการค่อนข้างถูกแล้ว รัฐอาจพิจารณาข้อเสนอของเอกชนรายนั้นก่อน เป็นต้น โดยในเอกสารประกวดราคาดังกล่าวจะต้องมีการกำหนดระยะเวลายื่นราคา การสงวนสิทธิที่จะไม่รับราคาต่ำสุด การสงวนสิทธิที่จะลงโทษผู้เสนอราคาให้เป็นผู้ทำงานในกรณีที่เสนอราคาโดยไม่สุจริตหรือมีการสมยอมกันการเสนอราคา และกรณีผู้ได้รับการคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญาไม่ยอมเข้าทำสัญญากับรัฐ อย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานของรัฐมีการ

³⁵ มีหลายประเทศที่มีการกำหนดกระบวนการให้สัมปทานสำหรับชาวต่างชาติเป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศโรมาเนีย มี Law on Concession ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการให้สัมปทานซึ่งกระทำโดยการประกวดราคาหรือการเจรจาโดยตรง, ประเทศ Turkmenistan มี Law of Turkmenistan on Foreign Concessions อันเป็นกฎหมายที่กำหนดในเรื่องของสัมปทานกับชาวต่างชาติเป็นการเฉพาะ และมีการกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ, หรือธนาคารโลกที่มี Guidelines for selecting Concessionaires and Procurement under World Bank Loans กำหนดให้ใช้การแข่งขันโดยวิธีการประกวดราคา เป็นต้น

กำหนดเงื่อนไขเรื่องการให้สิทธิประโยชน์แก่รัฐไว้ในเอกสารประกวดราคาแล้ว เงื่อนไขดังกล่าวควรมีความชัดเจนและมั่นใจว่าได้พิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว เพราะเอกชนที่เข้ามายื่นมาข้อเสนอย่อมเสนออยู่บนเงื่อนไขเช่นนั้น ซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถเจรจาต่อรองเพื่อเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขดังกล่าวได้ในอนาคต

1.4.2 ออกประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้ารับสัมปทานยื่นข้อเสนอ

กฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันบางฉบับก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้³⁶ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวควรมีการกำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานทุกฉบับ เพื่อความชัดเจนว่าหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานจะดำเนินกระบวนการคัดเลือกเบื้องต้นด้วยการกำหนดคุณสมบัติที่เหมาะสมของผู้เข้าประกวดราคาในการดำเนินโครงการ โดยออกประกาศเชิญชวนผู้ที่สนใจให้เข้ารับการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเบื้องต้น โดยหนังสือเชิญชวนจะต้องมีรายละเอียดต่าง ๆ เช่น รายละเอียดโครงการ สิ่งจำเป็นพื้นฐานที่ผู้ยื่นข้อเสนอจะต้องมี สรุปสาระสำคัญของสัญญาสัมปทาน และสถานที่ส่งใบสมัคร รวมทั้งกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้น การจำกัดจำนวนในการรวมกลุ่มบริษัทเพื่อยื่นข้อเสนอ การกำหนดให้ผู้ชนะการประกวดราคาต้องไปจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายของรัฐที่ให้สัมปทาน ซึ่งข้อเสนอแนวดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 6 ของ UNCITRAL ในเรื่องของการยื่นข้อเสนอและกระบวนการคัดเลือกเบื้องต้น (Propose and procedure of pre-selection)

นอกจากนั้น เพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาดำเนินงานร่วมกับเอกชนไทยได้ หน่วยงานของรัฐจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ เพื่อเป็นการยินยอมให้ผู้ประกวดราคารวมกลุ่มบริษัทได้ ซึ่งในการพิจารณาคุณสมบัติ หน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานจะต้องพิจารณาจากความสามารถของแต่ละบริษัทที่รวมกลุ่มและพิจารณาว่ากลุ่มบริษัทมีความสามารถเพียงพอตามความต้องการ

³⁶ เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 7 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่รัฐประสงค์จะให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางสายใด ให้อธิบดีออกประกาศเชิญชวนให้มีการยื่นข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนด

การให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางที่มีขนาดเล็กหรือเป็นการต่อเติมโครงการเดิมตามลักษณะที่กำหนดในกฎกระทรวงจะดำเนินการโดยไม่ต้องออกประกาศเชิญชวนตามวรรคหนึ่งก็ได้

การยื่นคำขอรับสัมปทานและการให้สัมปทาน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้ยื่นคำขอรับสัมปทานต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ของโครงการหรือไม่ ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 8 ของ UNCITRAL ในเรื่องการเข้าร่วมเป็นกลุ่มบริษัท (Participation of consortia)

1.4.3 พิจารณาคุณสมบัติและความเหมาะสมของผู้ยื่นคำขอสัมปทาน

แนวทางปฏิบัติที่ผ่านมา ผู้พิจารณาในเบื้องต้นคือรัฐมนตรี โดยจะต้องรายงานความเห็นไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบ³⁷ ในเรื่องนี้จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาให้ชัดเจนเพื่อมิให้การพิจารณาอยู่ในดุลยพินิจของรัฐมนตรีเพียงผู้เดียว นอกจากนี้หน่วยงานของรัฐควรกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกผู้รับสัมปทานไว้ให้ชัดเจนตั้งแต่ต้น โดยอาจกำหนดไว้ในเอกสารขอบเขตรายละเอียดของงานเพื่อให้การพิจารณาคัดเลือกเป็นไปด้วยความโปร่งใส หรือกำหนดไว้ในระเบียบของหน่วยงานของรัฐเอง โดยอาจจัดทำเป็นคู่มือปฏิบัติงานกำหนดหลักเกณฑ์ Check List ในการประเมิน รวมทั้งจัดทำแผนแสดงขั้นตอนการดำเนินการเพื่อให้สามารถตรวจสอบได้ว่าได้ดำเนินการครบถ้วนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว นอกจากนี้ หากเป็นผู้ลงทุนต่างชาติแล้วก็ควรสร้างความชัดเจนในการกำหนดความหมายของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งกรณีการถือหุ้นแทนด้วย

1.4.4 กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือก

หน่วยงานของรัฐควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกให้ชัดเจนว่า ผู้เข้าประกวดราคาจะต้องผ่านเกณฑ์คัดเลือกในเรื่องใดบ้าง เช่น มีคุณสมบัติทางด้านวิชาชีพและทางเทคนิค มีบุคลากร อุปกรณ์และสิ่งอำนวยความสะดวกที่เพียงพอในการดำเนินงานตลอดโครงการ รวมทั้งในการออกแบบ การก่อสร้าง การดำเนินการ และบำรุงรักษา อีกทั้งต้องมีความสามารถในการเงิน และความสามารถในการจัดองค์กรที่เหมาะสม รวมทั้งควรมีประสบการณ์ในการดำเนินการโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานในงานที่คล้ายคลึงกันมาก่อน ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 7 ของ UNCITRAL ในเรื่องหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้น (Pre-selection criteria) จากนั้นก็กำหนดเกณฑ์ในการคะแนนโดยพิจารณาจากความถูกต้องของเอกสารข้อเสนอ ความน่าเชื่อถือได้ของข้อเสนอ ซึ่งประกอบด้วยแผนทางธุรกิจ แผนการดำเนินโครงการ ประสิทธิภาพของบุคลากรหลัก และประโยชน์ที่รัฐจะได้รับ ตลอดจนคุณภาพของงาน ซึ่งสัดส่วนของคะแนนควรให้น้ำหนักไปที่ความน่าเชื่อถือได้ของข้อเสนอมากกว่าส่วนอื่น

³⁷พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 8 บัญญัติว่า

“เมื่อรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่าผู้ยื่นคำขอรับสัมปทานรายใดสมควรได้รับสัมปทาน ให้รัฐมนตรีรายงานความเห็นในเรื่องการขอรับสัมปทานไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ”

อย่างไรก็ดี ในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานและวิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทานนั้น เพื่อให้แนวทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐสอดคล้องกับกฎหมาย หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำในรูปของระเบียบภายในหรือคู่มือปฏิบัติงานของตนที่ว่าด้วยการให้สัมปทานหรือการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของตนอย่างชัดเจน โดยนำหลักเกณฑ์และขั้นตอนการปฏิบัติจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาเป็นแนวทางในการจัดทำ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ รวมทั้งพระราชบัญญัติจัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้น เป็นต้น ทั้งนี้โดยให้คำนึงถึงความเป็นไปได้ในการปฏิบัติงานจริงด้วย จากนั้นให้นำสละระเบียบหรือคู่มือปฏิบัติงานดังกล่าวให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการ ซึ่งหากแต่ละหน่วยงานของรัฐมีระเบียบหรือคู่มือปฏิบัติงานเช่นนี้แล้วก็จะช่วยทำให้การพิจารณาอนุมัติโครงการเป็นไปอย่างรวดเร็วขึ้น อีกทั้งยังทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนกับหน่วยงานของรัฐนั้นด้วย

1.4.5 การพิจารณาคัดเลือก

หน่วยงานของรัฐควรมีระเบียบที่กำหนดการพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้นให้ชัดเจนว่า หน่วยงานของรัฐจะพิจารณาตัดสินจากคุณสมบัติของผู้ประกวดราคาแต่ละรายที่ส่งใบสมัครเพื่อพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้น โดยในการตัดสิน หน่วยงานของรัฐจะใช้เกณฑ์ที่กำหนดไว้ในเอกสารการพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้น ซึ่งผู้เข้าประกวดราคาที่ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้นจะได้รับเชิญให้ยื่นข้อเสนอ ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐสงวนสิทธิที่จะร้องขอข้อเสนอจากผู้เข้าประกวดราคาในจำนวนที่จำกัดที่มีคุณสมบัติที่ดีที่สุดจากการพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้นก็ได้ ซึ่งข้อเสนอแนวดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 9 ของ UNCITRAL ในเรื่องการตัดสินในการพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้น (Decision on pre-selection)

1.4.6 กระบวนการคัดเลือก

หน่วยงานของรัฐควรมีระเบียบที่กำหนดกระบวนการคัดเลือกอย่างชัดเจน โดยกำหนดว่าหน่วยงานของรัฐจะจัดให้มีเอกสารที่ร้องขอให้ยื่นข้อเสนอ สำหรับการคัดเลือกนั้นหน่วยงานของรัฐควรใช้วิธีการคัดเลือกแบบ 2 ขั้นตอน โดยร้องขอให้ผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นจัดส่งข้อเสนอ และกำหนดรายละเอียดของกระบวนการว่าจะต้องทำเช่นไรบ้าง) โดยในขั้นแรกนั้นจะเป็นการพิจารณาจากข้อเสนอเบื้องต้น (initial proposals) ที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดเฉพาะของโครงการตัวชี้วัดในการดำเนินงาน ข้อกำหนดทางด้านการเงิน ลักษณะเฉพาะของโครงการ และรายละเอียดของสัญญาหลัก โดยหน่วยงานของรัฐอาจมีการจัดประชุมเพื่อชี้แจงและเปิดโอกาสให้มีการซักถามจากผู้ประกวดราคา จากนั้นหน่วยงานของรัฐทำการประเมินจากเกณฑ์การประเมินที่

กำหนดไว้ และเปรียบเทียบข้อเสนอของผู้ประกวดราคาเพื่อคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคา ส่วนในขั้นตอนที่สองนั้น หน่วยงานของรัฐจะเชิญผู้ประกวดราคาให้ส่งข้อเสนอสุดท้าย (final proposals) เกี่ยวกับข้อกำหนดเฉพาะของโครงการ ตัวชี้วัดในการดำเนินงาน ข้อกำหนดทางการเงิน ลักษณะเฉพาะของโครงการ และรายละเอียดของสัญญาหลัก ซึ่งข้อเสนอแนวดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 10 ของ UNCITRAL ในเรื่องกระบวนการคัดเลือกแบบขั้นตอนเดียวและสองขั้นตอนในการร้องขอให้จัดส่งข้อเสนอ (Single-stage and two stage procedures for requesting proposals) จากนั้นหน่วยงานของรัฐก็ต้องจัดทำคำร้องขอในการยื่นข้อเสนอและเอกสารที่เกี่ยวข้องให้กับผู้ที่สนใจเข้าประกวดราคา โดยคำร้องขอดังกล่าวต้องประกอบด้วยข้อมูลทั่วไปในการยื่นข้อเสนอ รายละเอียดของโครงการและตัวชี้วัดในการดำเนินงาน มาตรการทางด้านความปลอดภัยและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เกณฑ์ในการประเมินข้อเสนอ การกำหนดให้มีหลักประกันของ รายละเอียดของสัญญา โดยระบุให้ชัดเจนถึงเงื่อนไขสัญญาที่ห้ามเจรจา ซึ่งข้อเสนอแนวดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 11 และ 12 ของ UNCITRAL ในเรื่องเนื้อหาของเอกสารร้องขอในการยื่นข้อเสนอ (Content of the request for proposals) และหลักประกันของ (Bid Securities)

1.4.7 การชี้แจง (Clarifications)

เนื่องจากบางครั้งเอกสารประกวดราคาอาจมีความจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้เกิดความชัดเจนหรือเพื่อแก้ไขความผิดพลาดในรายละเอียดของเอกสารประกวดราคา ดังนั้น ก่อนวันยื่นข้อเสนอของผู้เข้าประกวดราคา หน่วยงานของรัฐจึงควรจัดให้มีการชี้แจงเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้เข้าประกวดราคาสอบถามข้อสงสัยในเอกสารประกวดราคาและเพื่อให้หน่วยงานของรัฐทบทวนหรือแก้ไขเอกสารประกวดราคาได้ ทั้งนี้ การแก้ไขหรือเพิ่มเติมดังกล่าวจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่เหมาะสมก่อนวันสุดท้ายของการยื่นข้อเสนอซึ่งข้อเสนอแนวดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 13 ของ UNCITRAL ในเรื่องการชี้แจงและการเปลี่ยนแปลง (Clarifications and modifications)

1.4.8 การประเมินข้อเสนอ

หน่วยงานของรัฐควรมีระเบียบที่กำหนดหลักเกณฑ์การประเมินและการเปรียบเทียบข้อเสนอทางด้านเทคนิคให้ชัดเจนว่า หน่วยงานของรัฐจะใช้อะไรเป็นหลักเกณฑ์ในการประเมินข้อเสนอทางด้านเทคนิค และจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ในการประเมินข้อเสนอทางการเงิน ซึ่งข้อเสนอแนวดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 14 ของ UNCITRAL ในเรื่องหลักเกณฑ์การประเมิน (Evaluation criteria) ซึ่งมีข้อที่น่าสังเกตว่าหลักเกณฑ์การประเมินที่ UNCITRAL

เสนอแนะนั้น กำหนดให้ข้อเสนอทางด้านการเงินประกอบด้วยมูลค่าของค่าบริการตลอดระยะเวลาสัมปทาน มูลค่าของราคาที่หน่วยงานของรัฐต้องจ่ายเงินให้โดยตรง (ถ้ามี) ราคาของงานออกแบบและก่อสร้าง ราคาค่าดำเนินการเป็นรายปีและค่าบำรุงรักษา การสนับสนุนทางการเงินที่คาดว่าจะได้รับจากหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน การจัดการทางการเงิน ขอบเขตของสัญญาที่ยอมรับได้ ศักยภาพในการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจ แต่ไม่มีข้อเสนอในเรื่องการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐแต่อย่างใด

1.4.9 การเปรียบเทียบและประเมินข้อเสนอ

ในการประเมินข้อเสนอ หน่วยงานของรัฐจะต้องเปรียบเทียบและประเมินแต่ละข้อเสนอตามเกณฑ์การประเมิน ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดแง่มุมทางคุณภาพ, เทคนิค, การเงินและการดำเนินการ มาประกอบพิจารณาด้วย ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 15 ของ UNCITRAL ในเรื่องการเปรียบเทียบและการประเมินข้อเสนอ (Comparison and evaluation of proposals)

1.4.10 การเจรจา

หน่วยงานของรัฐควรมีระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเจรจาว่าหน่วยงานของรัฐจะจัดลำดับข้อเสนอบนพื้นฐานของเกณฑ์การประเมินและเชิญผู้เข้าประกวดราคาที่มีลำดับที่ดีที่สุดมาเจรจาขั้นสุดท้ายเกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทาน ซึ่งการเจรจาขั้นสุดท้ายนี้จะไม่เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาที่ได้กล่าวไว้ในเอกสารร้องขอให้ยื่นข้อเสนอแล้วว่าจะไม่มีการเจรจา ถ้าการเจรจาไม่เป็นผลไปสู่การจัดทำสัญญาสัมปทานได้ หน่วยงานของรัฐจะแจ้งไปยังผู้เข้าประกวดราคาถึงเจตนาที่จะสิ้นสุดการเจรจาและให้เวลาผู้เข้าประกวดราคายื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดเป็นครั้งสุดท้าย ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าข้อเสนอไม่อาจยอมรับได้ก็จะสิ้นสุดการเจรจา จากนั้นหน่วยงานของรัฐจะเชิญผู้เข้าประกวดราคารายอื่นตามที่ได้จัดลำดับมาเจรจาจนกว่าจะเข้าทำสัญญาสัมปทานได้หรือปฏิเสธข้อเสนอทั้งหมดที่มีอยู่ด้วย ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 17 ของ UNCITRAL ในเรื่องการเจรจาขั้นสุดท้าย (Final negotiations)

1.4.11 การแจ้งผลการพิจารณาคัดเลือก

หน่วยงานของรัฐควรกำหนดเรื่องการแจ้งผลการพิจารณาคัดเลือกไว้ในเอกสารประกวดราคาด้วยว่า หน่วยงานของรัฐจะแจ้งผลการพิจารณาอย่างไร ซึ่งในหนังสือแจ้งนี้จะระบุชื่อผู้รับสัมปทานและเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาสัมปทาน ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 25 ของ UNCITRAL ในเรื่องการแจ้งผลการพิจารณาว่าได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา (Notice of contract award)

1.4.12 การทบทวนกระบวนการพิจารณา

เพื่อให้ผู้เข้าประกวดราคาว่าจะได้รับความเป็นธรรม หน่วยงานของรัฐควรกำหนดเรื่องการทบทวนกระบวนการพิจารณาไว้ในเอกสารประกวดราคาด้วยว่า ผู้เข้าประกวดราคาที่ได้รับ ความเสียหายอันเนื่องมา จากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐที่ให้ สัมปทาน สามารถขอให้พิจารณาทบทวนการกระทำหรือไม่กระทำของหน่วยงานของรัฐที่ ให้สัมปทานนั้นได้ ข้อเสนอแนะดังกล่าวก็สอดคล้องกับ Model provision 27 ของ UNCITRAL ในเรื่องการทบทวนกระบวนการพิจารณา (Review procedures)

1.5 การสร้างความโปร่งใสในกระบวนการประกวดราคาหรือคัดเลือกผู้รับสัมปทาน

เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในกระบวนการประกวดราคาหรือการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน หน่วยงานของรัฐจึงควรดำเนินกระบวนการตั้งแต่ก่อนการคัดเลือกด้วยการเชิญชวนให้เอกชนเข้า ประกวดราคาหรือเข้ารับการคัดเลือก โดยออกประกาศต่อสาธารณะและควรจัดให้มีการ ประชาสัมพันธ์ข้อมูลเกี่ยวกับการเชิญชวนเข้าประกวดราคาและการคัดเลือกผู้รับสัมปทานให้มากขึ้น ในประกาศเชิญชวนดังกล่าวจะต้องมีขอบเขตรายละเอียดของงาน (Terms of Reference) ให้ ครบถ้วน เช่น รายละเอียดโครงการ เงินลงทุนโครงการ ขอบเขตของสัญญาสัมปทาน วิธีการและ สถานที่ในการส่งข้อเสนอ เกณฑ์ในการคัดเลือกเบื้องต้น การจำกัดจำนวนของบริษัทที่เข้าร่วมใน การยื่นข้อเสนอ โดยหน่วยงานของรัฐอาจยอมให้บริษัทเข้าร่วมกันเพื่อยื่นข้อเสนอได้ ทั้งนี้ แต่ละ บริษัทในกลุ่มจะต้องมีคุณสมบัติเพียงพอและมีความสามารถในการดำเนินโครงการได้ ซึ่งก็ สอดคล้องกับ Model provision 8 ของ UNCITRAL การกำหนดให้ผู้ชนะการประกวดราคาต้องไป จัดทะเบียนตั้งบริษัทใหม่ตามกฎหมายของประเทศไทย การกำหนดวิธีการในการยื่นข้อเสนอ เป็นต้น ซึ่งในการจัดทำขอบเขตรายละเอียดของงาน (Terms of Reference) เพื่อให้เอกชนยื่น ข้อเสนอเข้ามาลงทุนนั้น หน่วยงานของรัฐควรกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการคัดเลือก กำหนดหัวข้อที่ต้องการให้เอกชนนำเสนอรายละเอียดโครงการลงทุน และหลักเกณฑ์ในการ ประเมิน (Evaluation Criteria) ที่ชัดเจน เพื่อให้การพิจารณาคัดเลือกเอกชนแต่ละรายอยู่บน พื้นฐานเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดข้อเสนอที่เปิดกว้างนั้นไม่น่าจะเป็นผลดีทั้งต่อผู้ลงทุน โดยอาจทำให้ผู้ลงทุนขาดความมั่นใจเนื่องจากไม่ทราบหลักเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนแน่นอน อีกทั้งยังไม่เป็นผลดีต่อหน่วยงานของรัฐเนื่องจากทำให้ยากในการเปรียบเทียบข้อเสนอของเอกชน แต่ละราย และอาจนำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

1.6 การพิจารณาข้อเสนอของเอกชน

ในการพิจารณาข้อเสนอของเอกชน หน่วยงานของรัฐต้องทำการวิเคราะห์ข้อเสนอทางด้านเทคนิคก่อนว่ามีความน่าเชื่อถือเพียงใด แผนการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนของการดำเนินการมีความเหมาะสมและเป็นไปได้หรือไม่ ข้อเสนอดังกล่าวทำให้สามารถมั่นใจได้หรือไม่ว่าการดำเนินงานของเอกชนจะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนผู้ใช้บริการและบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐได้อย่างแท้จริง จากนั้นจะต้องทำการวิเคราะห์ข้อเสนอทางการเงินต่อไปว่าเอกชนนั้นมีความสามารถทางการเงินอย่างแท้จริงที่จะดำเนินโครงการไปจนแล้วเสร็จได้หรือไม่ เนื่องจากปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยนั้นหลายกรณีมาจากการที่หน่วยงานของรัฐพิจารณาแต่เพียงข้อเสนอของเอกชนในเรื่องของผลประโยชน์ที่เอกชนเสนอให้แก่รัฐ โดยคัดเลือกเอกชนที่เสนอผลประโยชน์สูงสุดให้แก่รัฐเป็นสำคัญ ไม่ได้พิจารณาปัจจัยในเรื่องอื่นเลย เนื่องจากเกรงว่าหากคัดเลือกเอกชนที่เสนอผลประโยชน์ต่ำกว่าแล้วจะไม่สามารถชี้แจงต่อสาธารณชนได้ว่าเหตุใดจึงคัดเลือกเอกชนที่เสนอผลประโยชน์ต่ำกว่าทั้ง ๆ ที่มีเอกชนอีกรายเสนอผลประโยชน์สูงกว่า ซึ่งทำให้หน่วยงานของรัฐไม่ได้วิเคราะห์ไปถึงความสามารถของเอกชนเลยว่า ในความเป็นจริงแล้วเอกชนนั้นจะมีความสามารถในการดำเนินโครงการไปได้โดยตลอดจริงหรือไม่ หรือผลประโยชน์ที่เอกชนเสนอว่าจะให้แก่รัฐนั้นหากนำมาเปรียบเทียบกับค่าบริการที่เอกชนจะได้รับการดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทานแล้วมีความเป็นไปได้จริงหรือไม่ กรณีดังกล่าวจึงอาจกำหนดหลักเกณฑ์โดยทำการวิเคราะห์ลักษณะของกิจการและรายได้ที่คาดว่าจะได้รับบนหลักของความเป็นจริงและสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในช่วงระยะเวลาสัมปทานก่อนเพื่อกำหนดฐานในการพิจารณาความเป็นไปได้ จากนั้นก็ทำการวิเคราะห์สถานะทางการเงินของเอกชนนั้น จากนั้นจึงเคยพิจารณาข้อเสนอของเอกชน

1.7 การพิจารณาเรื่องผลประโยชน์ตอบแทน

ในการพิจารณาเรื่องการเรียกผลประโยชน์ตอบแทนจากเอกชนหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากลักษณะของโครงการว่าเป็นโครงการในลักษณะอย่างไร โดยหากเป็นโครงการที่เป็นไปเพื่อกิจการสาธารณูปโภคที่ให้บริการแก่ประชาชนและมีการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชน โดยรัฐมิได้ร่วมลงทุนกับเอกชนด้วย แต่ให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนแต่ผู้เดียวและให้สิทธิในการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนแล้ว โครงการในลักษณะเช่นนี้ไม่น่าจะคิดค่าผลประโยชน์ตอบแทนจากเอกชน ทั้งนี้เพื่อมิให้เอกชนผลัดภาระในส่วน of ผลประโยชน์ตอบแทนที่ต้องให้แก่รัฐไปตกอยู่กับประชาชน แต่หากเป็นโครงการที่ไม่ใช่กิจการสาธารณูปโภค ไม่ใช่เรื่องการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชน แต่เป็นเรื่องในเชิงกิจกรรมเชิงพาณิชย์ที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากกิจการที่ได้รับสัมปทานแล้ว

โครงการในลักษณะดังกล่าวนี้ก็ควรคิดค่าผลประโยชน์ตอบแทนจากเอกชน เนื่องจากการที่เอกชนได้รับสัมปทานจากรัฐ ย่อมทำให้เอกชนนั้นได้รับผลประโยชน์จากการทำกิจกรรมดังกล่าว

2. การปฏิรูปกระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทาน

กระบวนการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานเป็นสิ่งที่ควรนำมาพิจารณาในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติด้วยแล้ว ยังมีปัญหาในเรื่องของการใช้ภาษาต่างประเทศอีกด้วย ซึ่งจากประสบการณ์ในการปฏิบัติงานของผู้เขียนเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาพบว่า การเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญานับเป็นหัวใจสำคัญของการจัดทำสัญญา โดยหากผู้จัดทำสัญญามีความรู้เกี่ยวกับสัญญาเป็นอย่างดีจะทำให้สามารถเจรจาต่อรองเพื่อให้สัญญาเป็นไปในแนวทางที่ตนต้องการได้

ในการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานควรคำนึงถึงลักษณะของกิจการที่ให้สัมปทานและวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญาสัมปทานนั้น ๆ เพราะหากการเจรจาต่อรองมุ่งแต่เพียงเพื่อรักษาประโยชน์ของตนฝ่ายเดียวแล้วอาจทำให้เกิดข้อขัดแย้งวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญา หรือมีผลกระทบต่อการจัดทำสัญญาได้ นอกจากนั้น เนื่องจากการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานเป็นผลมาจากอำนาจในการต่อรองและความรู้ในเรื่องที่จะเจรจาของผู้เจรจาต่อรองเป็นสำคัญ กรณีดังกล่าวจึงทำให้สัญญาสัมปทานแต่ละสัญญาอาจไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันเพราะย่อมขึ้นอยู่กับสถานการณ์และบุคคลที่เจรจาต่อรองในเวลานั้น ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีการปฏิรูปกระบวนการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานโดยอาจกำหนดเป็นประเด็นและกระบวนการในการเจรจาต่อรอง ตลอดจนบุคคลผู้เจรจาต่อรองโดยควรเป็นบุคลากรที่มีความรู้ ความชำนาญและประสบการณ์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานเรื่องนั้นทุก ๆ ด้าน รวมทั้งเข้าใจในข้อมูลของโครงการ ลักษณะของงาน กิจการที่ให้สัมปทาน และวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทานนั้นเป็นอย่างดี ทั้งนี้ เพื่อช่วยให้การเจรจานำไปสู่การจัดทำสัญญาที่เป็นไปอย่างรอบคอบและสามารถกำหนดเป้าหมายของการเจรจาได้อย่างชัดเจน

สำหรับแนวทางการปฏิรูปกระบวนการเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น ควรดำเนินการดังนี้

- 1) กำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทานให้ชัดเจนและนำมาเป็นหัวข้อในการเจรจาต่อรอง เพื่อให้การจัดทำสัญญาเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

2) ประเด็นในการเจรจาต่อรองให้ชัดเจน ซึ่งการกำหนดประเด็นการเจรจาต่อรองนี้อาจกำหนดเป็นรูปแบบของการเจรจาต่อรองสำหรับโครงการสัมปทานขนาดใหญ่เพื่อเป็นมาตรฐานในการป้องกันความเสี่ยงหรือกระจายความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น

3) กำหนดตัวบุคคลผู้เจรจาต่อรองให้เป็นผู้มีความรู้ความชำนาญและประสบการณ์ในกิจการที่จะให้สัมปทานนั้นอย่างแท้จริง

4) กำหนดมาตรการในการตรวจสอบรายได้ของผู้รับสัมปทานเพื่อความมั่นใจในความสำเร็จของโครงการ

5) หน่วยงานของรัฐไม่ควรเร่งดำเนินโครงการมากเกินไป เพราะอาจมีผลต่อการเจรจาต่อรองได้ เนื่องจากนโยบายของรัฐที่เร่งดำเนินโครงการจนเกินไปมักมีผลกระทบต่อวงเงินในการดำเนินโครงการอันนำมาซึ่งผลเสียต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นตามมา เช่น การทุจริตคอร์รัปชัน การได้ผลงานที่ไม่มีคุณภาพหรือความปลอดภัยอย่างเพียงพอ การคิดค่าบริการที่แพงเกินไป เป็นต้น

6) กำหนดเงื่อนไขในการเจรจาต่อรองให้ชัดเจนว่าเงื่อนไขสัญญาใดที่ห้ามมิให้มีการเจรจาต่อรอง และเงื่อนไขสัญญาใดที่สามารถเจรจาต่อรองได้ โดยเงื่อนไขสัญญาที่ห้ามเจรจาต่อรองควรเป็นเงื่อนไขสัญญาที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ระเบียบ หรือมติคณะรัฐมนตรี รวมทั้งเงื่อนไขสัญญาที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประชาชน ส่วนเงื่อนไขที่สามารถเจรจาต่อรองได้ควรเป็นเงื่อนไขสัญญาส่วนที่เกี่ยวข้องในเชิงธุรกิจ หรือเป็นเงื่อนไขที่มุ่งใจให้เอกชนเข้ามารับสัมปทาน

7) โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นลักษณะหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ในการเจรจาต่อรองควรคำนึงถึงผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นต่อประชาชนและการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะของรัฐ นอกจากนั้น การเจรจาต่อรองควรอยู่ภายใต้หลักของเหตุผล หลักของความเป็นจริง และหลักของความเป็นธรรม ไม่ใช่การเจรจาต่อรองที่มุ่งเอาชนะต่อกัน เพราะความจริงแล้วสัญญาสัมปทานมีจุดมุ่งหมายสำคัญเพื่อให้เอกชนเข้ามาทำหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนแทนรัฐ เอกชนที่เข้ามารับสัมปทานจึงควรมีจิตสำนึกในการให้บริการแก่ประชาชน เพียงแต่การดำเนินการดังกล่าวเอกชนผู้ลงทุนควรจะได้รับกำไรจากการลงทุนบ้าง ในการเจรจาจึงควรคำนึงถึงความเป็นไปได้ในการยอมรับของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรู้สึกว่ามีความเสี่ยงมากเกินไปแล้ว การเจรจาอาจจะไม่ประสบความสำเร็จได้

3. การปฏิรูปกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทาน

โดยที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีระยะเวลาผูกพันกันค่อนข้างยาวนาน การจัดทำสัญญาสัมปทานจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและควรกระทำด้วยความระมัดระวัง เพื่อมิให้สัญญาส่งผลกระทบต่อประชาชนให้ต้องได้รับความเดือดร้อนจากการให้บริการสาธารณะที่กระทำโดยเอกชนผู้รับสัมปทานได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายไทยที่ปรากฏในปัจจุบันเกี่ยวกับสัมปทานมักกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการให้สัมปทานมากกว่าที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาสัมปทาน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จะเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงที่สุดในเรื่องของสัมปทาน แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็เป็นเพียงการกำหนดวิธีการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาเท่านั้น โดยมีได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทานแต่อย่างใด และเป็นที่สังเกตว่าหากกฎหมายใดบัญญัติขึ้นภายหลังจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้วมักจะมีบทบัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายดังกล่าวมาปฏิบัติด้วย³⁸

นอกจากนั้น หากพิจารณาจากระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาของรัฐ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่จะมีตัวอย่างสัญญาต่าง ๆ กำหนดไว้เป็นรูปแบบให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติในการจัดทำสัญญา แต่ก็ไม่ได้ปรากฏตัวอย่างของสัญญาสัมปทานแต่อย่างใด โดยตัวอย่างสัญญาสัมปทานกลับปรากฏให้เห็นในกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการให้สัมปทานในเรื่องนั้น ๆ เท่านั้น

ดังนั้น ในการจัดทำสัญญาสัมปทาน หน่วยงานของรัฐจึงต้องพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับใดบ้างที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานนั้น แล้วดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ผู้มีอำนาจในการให้สัมปทาน และผู้มีอำนาจในการลงนามในสัญญาสัมปทาน จะต้องเป็นไปตามกฎหมายสัมปทานในเรื่องนั้น ๆ นอกจากนั้น ก็จะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดด้วย เช่น การขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน เป็นต้น ส่วนการจัดทำสัญญาสัมปทานนั้น เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่อง

³⁸ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 6 บัญญัติว่า “การให้สัมปทานรายใดถ้าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นด้วย”

ดังกล่าว การจัดทำสัญญาสัมปทานจึงต้องนำหลักทั่วไปในเรื่องของสัญญาที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยอนุโลม แต่หากเป็นสัญญาสัมปทานประเภทที่มีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาไว้ก็จะต้องดำเนินการจัดทำสัญญาให้ถูกต้องตามแบบสัญญาดังกล่าว และหากเป็นสัญญาสัมปทานประเภทที่ไม่ได้มีแบบสัญญากำหนดไว้ก็เป็นกรณีที่จะต้องจัดส่งร่างสัญญาสัมปทานนั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน โดยนัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535³⁹

ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงควรกำหนดแนวทางการปฏิรูปกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทาน ซึ่งควรดำเนินการดังนี้

1) พิจารณาให้รอบคอบถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการจัดทำสัญญาสัมปทาน โดยพิจารณาเปรียบเทียบว่าหากรัฐเป็นผู้ดำเนินการเองแล้ว รัฐจะได้รับอะไรจากการดำเนินการดังกล่าว และการที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐนั้น รัฐจะได้อะไรจากการจัดทำสัญญา เอกชนจะได้อะไรจากการจัดทำสัญญา และประชาชนจะได้ประโยชน์อะไรจากสัญญาดังกล่าว โดยการจัดทำสัญญาสัมปทานควรมุ่งเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐและประชาชนเป็นสำคัญ แต่ก็ไม่ควรเอาเปรียบคู่สัญญาเอกชน โดยคำนึงถึงความเป็นไปได้ในการประกอบธุรกิจและความเป็นธรรมในเชิงธุรกิจระหว่างคู่สัญญาด้วย

2) ในการจัดทำร่างสัญญาสัมปทาน ควรพิจารณาจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของโครงการเป็นสำคัญ และควรกำหนดเงื่อนไขสัญญาในเรื่องของการแก้ไขสัญญาและการปรับอัตราค่าบริการให้ชัดเจนว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน นอกจากนั้น ควรกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำสัญญาสัมปทานด้วยเพื่อไม่ให้มีปัญหาในการประสานงาน

3) ควรมีปรับเปลี่ยนรูปแบบในการตรวจร่างสัญญาสัมปทานบางประการ เช่น จากเดิมที่เคยให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก็อาจปรับเปลี่ยนเป็นให้มีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและผู้เชี่ยวชาญในธุรกิจนั้นมาร่วมพิจารณาให้ความเห็นร่วมกับสำนักงานอัยการสูงสุดด้วยเพื่อให้ร่างสัญญาสัมปทานสอดคล้องกับหลักการของสัญญาทางปกครองและหลักการในการดำเนินธุรกิจของกิจการดังกล่าว ไม่ใช่คำนึงถึงแต่เพียงประเด็นข้อกฎหมายอย่างเดียว

³⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 20 บัญญัติว่า “ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินการก่อนลงนาม”

4) เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับประชาชน จึงควรจัดให้มีการประชาสัมพันธ์สัญญาดังกล่าวเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วย โดยเฉพาะประชาชนในกลุ่มที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากสัญญาสัมปทานนั้น รวมทั้งการจัดส่งสัญญาสัมปทานให้คณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบก่อนลงนามสัญญาด้วย

5) ควรกำหนดระยะเวลาลงนามให้ชัดเจนว่าจะสามารถลงนามสัญญาได้ภายในกี่วันหลังจากที่รัฐบาลให้สัมปทาน

6) สำหรับประเด็นในเรื่องรูปแบบของสัญญาสัมปทานนั้น การจัดทำรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะอาจมีความเป็นไปได้ยาก เนื่องจากลักษณะของสัญญาสัมปทานเองที่มีความแตกต่างกันในเนื้อหารายละเอียดของสัญญา รวมทั้งประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานที่มีความแตกต่างกันไป เว้นแต่เป็นการจัดทำรูปแบบสัญญาสัมปทานเฉพาะเรื่องนั้น ๆ ใดๆ ก็ดี โดยที่บทบัญญัติในบางส่วนของสัญญาสัมปทานเป็นเรื่องที่รัฐจำต้องรักษาไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประชาชน ดังนั้น จึงอาจมีการแบ่งสัญญาสัมปทานออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นเงื่อนไขทั่วไป กับส่วนที่เป็นเงื่อนไขเฉพาะ โดยนำเงื่อนไขสัญญาส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจปกครองของรัฐมาไว้ในส่วนที่เป็นเงื่อนไขทั่วไป ซึ่งส่วนที่เป็นเงื่อนไขทั่วไปนี้เองที่อาจนำมากำหนดเป็นแบบสัญญาไว้ล่วงหน้าได้โดยหน่วยงานของรัฐ และเป็นเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดให้เอกชนคู่สัญญาต้องยอมรับก่อนยื่นข้อเสนอโดยไม่สามารถเจรจาต่อรองใดๆ ได้ ฝ่ายเอกชนเพียงแต่ตัดสินใจว่าจะเข้าเป็นคู่สัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น ซึ่งจะทำให้สัญญาสัมปทานมีความชัดเจนมากขึ้นและไม่ต้องมามีปัญหาว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐทำสัญญาเสียเปรียบเอกชนหรือไม่ เพราะเงื่อนไขสัญญาส่วนที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและประชาชนนั้นมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ว โดยคงไว้เพียงเงื่อนไขเฉพาะของสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะในทางธุรกิจเท่านั้นที่สามารถเจรจาต่อรองกันได้และต้องพิจารณาจากลักษณะของสัมปทานเป็นรายกรณีไป

ตอนที่ 4 แนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัญญาสัมปทานและความเป็นไปได้

ในการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

โดยที่เงื่อนไขสัญญาเป็นปัจจัยประการหนึ่งที่มีผลกระทบต่อการตัดสินใจในการเข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติ อีกทั้งยังมีความผลกระทบต่อความได้เปรียบหรือเสียเปรียบของหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน ดังนั้น ในตอนนี้จึงเป็นการศึกษาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิรูป

เงื่อนไขสัญญาสัมปทาน โดยนำข้อมูลและคำตอบที่ได้รับจากการศึกษาในตอนที 5 ของบทที่ 1 และตอนที่ 2 ของบทนี้ มาวิเคราะห์ว่าเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทยในปัจจุบัน เรื่องใดบ้างที่มีความเหมาะสมอยู่แล้ว และเรื่องใดบ้างควรดำเนินการแก้ไข เพราะเหตุใด มีประเด็นใดบ้างที่ควรนำมาพิจารณา เงื่อนไขสัญญาสัมปทานมีส่วนทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานขึ้นในประเทศไทยหรือไม่ หรือมีเงื่อนไขสัญญาใดบ้างที่อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ สัญญาสัมปทานควรมีการกำหนดเงื่อนไขสัญญาใดเป็นพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนประเภทอื่นหรือไม่ อย่างไร พร้อมทั้งนำข้อมูลและคำตอบที่ได้รับในตอนที 5 ของบทที่ 2 ซึ่งเป็นเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบกับทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวคิดและแนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานในประเทศไทยว่าประเทศไทยควรมีการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานอย่างไร และเป็นกรณีที่มีความเป็นไปได้เพียงใดหากจะมีการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งการพิจารณาและให้ข้อเสนอแนะดังกล่าวนี้ จะพิจารณาทั้งในแง่มุมของการให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย และในแง่มุมของการคำนึงถึงผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นต่อประเทศชาติและประชาชน เพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยและหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองบริการสาธารณะให้กับประชาชน

1. แนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน

เงื่อนไขสัญญาเป็นสิ่งที่มีความผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตาม ความไม่ชัดเจนในเงื่อนไขสัญญา หรือเงื่อนไขสัญญาที่ต้องมีการตีความ อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นสัญญาประเภทที่ไม่มีหลักกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิหรือหน้าที่หรือมาตรการบังคับใช้ไว้ด้วยแล้ว เงื่อนไขสัญญาก็ยังเป็นสาระสำคัญ เพราะหากสัญญาสัมปทานไม่ได้กำหนดเงื่อนไขสัญญาไว้แล้ว ก็ไม่อาจบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ดังนั้น แนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานจึงเป็นการคาดหมายเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต และค้นหาแนวทางที่จะทำให้เงื่อนไขสัญญาสัมปทานมีความชัดเจนรัดกุมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความสัญญา และเพื่อให้สัญญามีความแน่นอน

สำหรับสัญญาสัมปทานที่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบของสัญญาไว้อย่างชัดเจนแล้ว เช่น สัมปทานปิโตรเลียมที่มีการกำหนดแบบของสัญญาโดยกฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจ

พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ.2514 นั้น ไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยแนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่จะพิจารณาในที่นี้มุ่งหมายถึงเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ยังไม่ปรากฏรูปแบบของสัญญาและเป็นกรณีที่ต้องมีการเจรจาตกลงกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับเอกชนเป็นกรณีไปเท่านั้น

ในเบื้องต้นต้องทำความเข้าใจให้ชัดเจนก่อนว่า สัญญาสัมปทานนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานจึงย่อมมีความแตกต่างไปจากเงื่อนไขของสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เช่น ในเรื่องของการประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจอ้างการผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมาต่อรองเพื่อหยุดการให้บริการสาธารณะได้ เป็นต้น ในการกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทานจึงควรสอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในเรื่องนั้น ๆ รวมทั้งระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องด้วย ดังนั้น แนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานจึงต้องพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครอง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน รวมทั้งระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งข้อที่ควรพิจารณาประการหนึ่ง คือ ระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนี้ควรมีความชัดเจนด้วย

ด้วยเหตุนี้ การอ้างเอกสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาสัมปทานจึงเป็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการให้รัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับดูแลการให้บริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด การให้รัฐมีอำนาจออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ หรือการให้รัฐมีอำนาจเลิกหรือเพิกถอนสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องยอมรับในเอกสิทธิของรัฐดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของประชาชนอย่างใดก็ดี เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายในเรื่องของสัมปทานเป็นการเฉพาะ ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องการได้รับเอกสิทธิในการปฏิบัติตามสัญญาแล้วจะต้องกำหนดเงื่อนไขที่ให้เอกสิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในเงื่อนไขสัญญาโดยชัดแจ้ง เว้นแต่ในกรณีที่มิชอบด้วยกฎหมายสัมปทานในเรื่องนั้น ๆ บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว เช่น พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514 ที่ให้ภาครัฐมีอำนาจควบคุมให้เอกชนปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติปีโตรเลียม หรือพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2474 ที่ให้เอกชนต้องมาจดทะเบียนต่อกรมทางหลวงและจะเปิดใช้ทางได้ต่อเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอนุมัติ เป็นต้น

จากการที่สัญญาสัมปทานจัดทำบนพื้นฐานของการผูกขาดโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้กำกับควบคุมดูแลการดำเนินการและประกอบกิจการของคู่สัญญาเอกชน เพื่อไม่ให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบและให้บริการที่ไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน จึงทำให้คู่สัญญาฝ่าย

รัฐจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขสัญญาบางประการเพื่อประโยชน์ในทางปกครองหรือสาธารณะ ในขณะที่ด้วยกันคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ต้องการกำหนดเงื่อนไขสัญญาในลักษณะที่ต้องปกป้องผลประโยชน์ของตนบนสภาวะการผูกขาดกิจการที่รัฐมอบให้ เพื่อมิให้เอกชนรายใหม่หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐประกอบกิจการแข่งขันกับตนเอง เงื่อนไขสัญญาดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันทำให้เกิดการแข่งขันไม่เสรีและไม่เท่าเทียมกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ต้องยอมรับถึงความจำเป็นที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องกำหนดเงื่อนไขสัญญาบางประการเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและความผาสุกปลอดภัยของประชาชน ดังนั้น เงื่อนไขสัญญาที่เป็นอุปสรรคและไม่กระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศจึงควรมีการปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถประกอบการได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ และทำให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมในการแข่งขัน

การที่สัญญาสัมปทานมีลักษณะเป็นสัญญาผูกขาดนี้จึงเป็นข้อเสียประการหนึ่งของสัญญาสัมปทาน ซึ่งจากศึกษาพบว่าในอดีตได้เคยมีการคิดถึงประเด็นปัญหาดังกล่าว เช่น โครงการขยายบริการโทรศัพท์ 3 ล้านเลขหมาย ทำให้มีการแบ่งโครงการออกเป็น 2 โครงการ คือ โครงการขยายบริการโทรศัพท์ 2 ล้านเลขหมายในเขตกรุงเทพและปริมณฑล และโครงการขยายบริการโทรศัพท์ 1 ล้านเลขหมายในส่วนภูมิภาค โดยรัฐบาลได้ให้บริษัท ซีพี เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด ดำเนินการเฉพาะโครงการโทรศัพท์ 2 ล้านเลขหมายเท่านั้น ส่วนโครงการขยายบริการโทรศัพท์ 1 ล้านเลขหมายได้นำออกเปิดประมูลใหม่ และห้ามมิให้กลุ่มซีพีเข้าประมูลเพื่อป้องกันการผูกขาดกิจการโทรศัพท์ของประเทศ กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยคำนึงถึงปัญหาในเรื่องการผูกขาดในกิจการของรัฐอยู่เช่นกัน อีกทั้งในช่วงหนึ่งประเทศไทยก็เคยมีแนวความคิดที่จะแก้ไขสัญญาสัมปทาน เนื่องจากเห็นว่าสัญญาสัมปทานทำให้เอกชนผู้รับสัมปทานมีอำนาจผูกขาด ทำให้ขาดการแข่งขัน ประชาชนไม่มีทางเลือก เช่น สัมปทานโทรศัพท์มือถือ ที่เดิมมีเพียงสัญญาระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) และระหว่างการสื่อสารแห่งประเทศไทยกับบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) จนมีการตั้งคณะทำงานขึ้นมาศึกษาความเหมาะสมและความเป็นไปได้ในเชิงธุรกิจ ความสอดคล้องกับนโยบายรัฐ ผลประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน เป็นต้น

นอกจากนั้น จากการที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหรือระเบียบที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญาสัมปทานไว้อย่างเช่นกรณีสัญญาตามระเบียบพัสดุ จึงทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติอาจสงสัยว่าสำนักงานอัยการสูงสุดหรือคณะรัฐมนตรีใช้หลักเกณฑ์อะไรในการให้ความเห็นว่

หน่วยงานของรัฐควรเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขร่างสัญญาสัมปทานที่ได้มีการตกลงกันไว้แล้วระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ชนะการคัดเลือกในสัญญาสัมปทาน⁴⁰ ซึ่งในเรื่องนี้ทำให้เห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้การจัดทำสัญญาสัมปทานนั้นเป็นส่วนหนึ่งที่มีผลกระทบต่อการตัดสินใจของผู้ลงทุนต่างชาติว่าจะเข้ามาทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ หลักการทั่วไปในการกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทานจึงควรมีรายละเอียดอย่างเพียงพอเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาการตีความสัญญา หรือปัญหาข้อพิพาทได้ในอนาคต อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานแต่ละฉบับอาจมีความแตกต่างกันไปตามลักษณะของสัมปทานนั้น ๆ เช่น หากเป็นสัญญาสัมปทานที่มีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก หรือเป็นกิจการที่มีประชาชนใช้บริการมาแล้ว สัญญานั้นควรมีเงื่อนไขที่เข้มงวดมากกว่าปกติ และควรมีข้อกำหนดพื้นฐานเกี่ยวกับคุณภาพการให้บริการ การให้บริการอย่างทั่วถึง การคุ้มครองผู้บริโภค และการกำหนดอัตราค่าบริการขั้นสูง หรือหากเป็นสัญญาสัมปทานที่มีมูลค่าการลงทุนค่อนข้างสูงและต้องใช้ระยะเวลานานในการคืนทุน สัญญานั้นควรกำหนดอายุสัมปทานให้มีระยะเวลาอย่างเพียงพอที่เอกชนผู้ลงทุนสามารถได้ผลกำไรตอบแทนการลงทุนในอัตราที่เหมาะสม และสามารถรองรับต่อความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ตอบแทนที่รัฐจะได้รับจากเอกชนผู้ลงทุนด้วย ทั้งนี้ รัฐควรควบคุมมิให้เอกชนผู้รับสัมปทานหรือผู้รับอนุญาตเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้รับบริการในอัตราที่ไม่เป็นธรรมหรือเอารัดเอาเปรียบประชาชนผู้ให้บริการ รวมทั้งห้ามมาตรการในการควบคุมมาตรฐานการให้บริการของเอกชนผู้ประกอบการไม่ให้เกิดการผูกขาดการให้บริการหรือกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เกิด แต่ในขณะเดียวกันรัฐต้องคำนึงความเป็นไปได้ในการประกอบธุรกิจของเอกชนผู้ประกอบการที่สามารถดำเนินธุรกิจอยู่ได้และมีผลกำไรตอบแทนจากการดำเนินธุรกิจพอสมควร เพราะมิฉะนั้นเอกชนผู้ประกอบการก็จะต้องหาวิธีการ

⁴⁰ ตัวอย่างที่แสดงถึงความสงสัยของผู้ลงทุนต่างชาติดังกล่าวปรากฏใน Clarification ของงานพิจารณาคัดเลือก Concessionaire for the Concession of the Into-plane Services at Suvarnabhumi Airport ที่ candidates ได้สอบถามว่า “What criteria might be considered by the Office of the Attorney-General or Council of Ministers to recommend that the Airport Authority alter and amend the draft concession agreement agreed between the authority and the successful candidate?” ซึ่ง ทอท. ตอบว่า “The Airport Authority is not in a position is not a position to respond to this question” (อ้างใน Question No.36 Ref Section 1 Ref Clause 1.3.4.2 in Question and Clarification)

ต่าง ๆ เพื่อให้สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ไม่ว่าจะเป็นการเรียกค่าเสียหายจากรัฐด้วยวิธีการต่าง ๆ หรือการสร้างเงื่อนไขขึ้นใหม่เพื่อใช้ในการขอแก้ไขสัญญากับรัฐ เป็นต้น

ในการกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทานนั้นควรกำหนดให้ชัดเจนว่าเงื่อนไขสัญญาใดที่ควรอยู่บนความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา และเงื่อนไขสัญญาใดที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่อยู่บนความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งในความไม่เท่าเทียมกันนี้ต้องมีความชัดเจนว่ามีในเรื่องใดบ้าง โดยสามารถให้เหตุผลได้ว่ามาจากเหตุผลใด และอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมาย ซึ่งหากในส่วนใดอยู่บนความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ไม่ควรกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้เอกชนต้องรับภาระมากเกินไป เพราะมิฉะนั้นแล้วอาจไม่สามารถหาเอกชนเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานได้ หรืออาจทำให้ผลเสียตกอยู่กับประชาชนที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมสูงเกินกว่าที่ควรจะเป็น แทนที่เอกชนจะสามารถลดราคา หรือยอมรับไม่ปรับราคาในระยะเวลาที่ยาวนานมากขึ้นได้

ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยแนวทางในการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานนั้น อาจดำเนินการด้วยการกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทานออกเป็น 2 ประเภท คือ เงื่อนไขทั่วไปของสัญญาสัมปทาน และเงื่อนไขเฉพาะของสัญญาสัมปทาน⁴¹ ดังนี้

1.1 เงื่อนไขทั่วไปของสัญญาสัมปทาน

เงื่อนไขทั่วไปของสัญญาสัมปทานควรประกอบไปด้วยเงื่อนไขสัญญาโดยทั่วไปและเงื่อนไขสัญญาสำหรับสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะ โดยเงื่อนไขสัญญาโดยทั่วไป ประกอบด้วย คำนิยาม สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา การประกันภัย หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาและหลักประกันในระหว่างดำเนินการและบำรุงรักษา เหตุสุดวิสัย การโอนสิทธิ การเลิกสัญญา กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ภาษาของสัญญา การบอกกล่าว เอกสารแนบท้ายสัญญา การ

⁴¹ การกำหนดแนวทางดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะของฝรั่งเศสที่มีการทำเป็นเอกสารสองฉบับ ฉบับหนึ่งเรียกว่า ข้อตกลงของสัญญาสัมปทาน (l'acte des concession) ที่เป็นรายละเอียดข้อตกลงระหว่างผู้ให้สัมปทานกับผู้รับสัมปทาน ส่วนเอกสารอีกฉบับหนึ่งเรียกว่า บันทึกเงื่อนไขทางปกครอง (cahier des charges) ที่เป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา วัตถุประสงค์ของสัมปทาน การปฏิบัติการของสัมปทาน อายุของสัญญา เป็นต้น โดยบันทึกเงื่อนไขทางปกครองนี้จะประกอบด้วยบันทึกเงื่อนไขทางปกครองแบบอย่าง (cahier des charges type) ซึ่งเป็นแม่แบบที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นส่วนสำคัญในสัญญาสัมปทานและสามารถนำมาปรับใช้กับสัมปทานที่กำหนดไว้กับบันทึกเงื่อนไขทางปกครองเฉพาะ (cahier des charges particulier)

ระบับข้อพิพาท การสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน เป็นต้น ส่วนเงื่อนไขสัญญาสำหรับสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะนั้น ประกอบด้วย อำนาจในการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ผู้รับสัมปทานต้องดำเนินการด้วยตนเอง การให้สิทธิแก่เอกชนแต่ผู้เดียวในการเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการ การให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมทั้งการให้สิทธิประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน การสนับสนุนการดำเนินงานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หน้าที่และความรับผิดชอบบริการสาธารณะ การตั้งคณะกรรมการประสานงาน เป็นต้น

โดยที่สัญญาสัมปทาน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ในการสนองความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ จึงจำเป็นต้องมีเงื่อนไขสัญญาบางอย่างเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้ จึงควรกำหนดเงื่อนไขในส่วนนี้ลงไปให้ชัดเจนเลยว่า เงื่อนไขสัญญาใดบ้างที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำเป็นต้องกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ โดยอาจนำมาจากบทบัญญัติของกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งชี้แจงให้เอกชนรับทราบว่าเงื่อนไขสัญญาในส่วนนี้จำเป็นต้องคงไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ ดังนั้น จึงห้ามมิให้มีการเจรจาต่อรองขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขเงื่อนไขสัญญาในส่วนนี้ใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งจะทำให้เอกชนที่สนใจเข้ารับสมัครสามารถรับทราบได้อย่างชัดเจนตั้งแต่ต้นโดยถือเป็นความเสี่ยงหนึ่งที่ต้องยอมรับและไม่ต้องมาโต้แย้งกันภายหลัง และยังไม่ต้องกังวลว่าใครจะเป็นผู้ระงับข้อพิพาทด้วย เนื่องจากเป็นเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้ว ซึ่งเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานควรอยู่บนพื้นฐานของหลักสัญญาทางปกครองดังนี้คือ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะ และหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ สำหรับเงื่อนไขของสัญญาที่ควรกำหนดไว้อย่างชัดเจนและห้ามเจรจาต่อรองนั้น ควรมีเงื่อนไขสัญญาในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

- 1) การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการบริการสาธารณะด้วยตนเอง และรับผิดชอบในการดำเนินการบริการสาธารณะแทนหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน
- 2) การให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมและกำกับดูแลการให้บริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด
- 3) การห้ามมิให้มีการแก้ไขสัญญาสัมปทานได้อย่างอิสระ ในทำนองเดียวกันกับสัญญาตามระเบียบพัสดุที่กำหนดให้สัญญาที่ลงนามไปแล้วไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เว้นแต่เป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้รัฐต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของรัฐ รวมทั้งมีเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจออกข้อกำหนดและมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญา หากมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือความปลอดภัยของประชาชน

4) การให้ความคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนและประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งความมั่นคงของรัฐ เช่น การมีข้อสัญญาให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการออกกฎข้อบังคับเพื่อป้องกันภัยอันตราย ตลอดจนสั่งให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติตามการใด ๆ อันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชน หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน จนกว่าภัยพิบัติจะหมดไป

5) การห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหยุดให้บริการหรือกระทำการใด ๆ อันอาจเกี่ยวข้องกับความสะดวกของประชาชน แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเป็นผู้ผลิตสัญญาก็ตาม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะและเพื่อมิให้เกิดผลกระทบที่ทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน

6) การห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางหรือกระทบกระเทือนในงานที่จะต้องดำเนินการเกี่ยวกับกิจการที่ได้รับสัมปทาน เช่น มีข้อสัญญาว่า “ภายใต้บังคับของข้อสัญญานี้ ผู้รับสัมปทานรับว่าจะไม่กระทำหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่อาจขัดขวางหรือกระทบกระเทือนงานก่อสร้างหรือการดำเนินการ เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของสาธารณชน หรือเพื่อดำเนินการตามหน้าที่ตามกฎหมาย” เป็นต้น

7) การให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการเรียกค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้บริการจากประชาชนได้โดยตรง แต่ทั้งนี้ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจในการควบคุมหรือกำกับดูแลในเรื่องของการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการจากประชาชนดังกล่าว รวมทั้งการขึ้นค่าธรรมเนียมหรือการปรับค่าบริการ อย่างไรก็ดี ในส่วนของอัตราค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการนั้นอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขเฉพาะให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเจรจาต่อรองโดยคำนึงถึงปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจได้

8) การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ความช่วยเหลือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการขออนุญาตและการขอใบอนุญาตต่าง ๆ จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานตามสัญญาสัมปทาน ทั้งนี้เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมักมีความกังวลในเรื่องของการขอใบอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะปัญหาในเรื่องของการทุจริตคอร์รัปชัน อย่างไรก็ดี การกำหนดเงื่อนไขสัญญาเช่นว่านี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำต้องใช้ความระมัดระวังด้วย เพราะหากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่อนุญาตตามที่ขอ จนทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติงานตามสัญญาได้แล้ว ย่อมเป็นกรณีที่มีผลให้การชำระหนี้ของผู้รับสัมปทานกลายเป็นพ้นวิสัย เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังได้ก่อนนี้ ซึ่งทำให้ผู้รับสัมปทานไม่ต้องรับผิดชอบและเป็นเหตุให้ผู้รับสัมปทาน

หลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาจึงควรคำนึงถึงประเด็นนี้ด้วยหากนำมากำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน⁴²

9) การให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะยึดคืนหรือเวนคืนระบบหรือพื้นที่สัมปทานตามสัญญาได้โดยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชน

10) การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในบางกรณี หรือการเพิกถอนสัญญาสัมปทานได้ อย่างไรก็ดี ต้องมีการกำหนดด้วยว่าเอกชนจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างไร

11) ไม่ควรมีเงื่อนไขสัญญาในลักษณะที่เป็นการให้ค้ำประกันแก่เอกชนว่าจะต่อสัญญาให้

12) การกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

13) การกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทให้ชัดเจน โดยการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานควรเป็นการระงับข้อพิพาทโดยศาลปกครอง เว้นแต่เป็นสัญญาสัมปทานที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นคนชาติของรัฐภาคีในอนุสัญญาที่ประเทศไทยมีความผูกพันต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถยอมรับได้ตั้งแต่ต้น โดยหากไม่สามารถยอมรับในแนวทางการระงับข้อพิพาทดังกล่าว ก็ไม่ต้องเข้ามาทำสัญญาสัมปทาน ไม่ใช่ว่ามีเงื่อนไขสัญญากำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ แต่พออนุญาโตตุลาการตัดสิน หน่วยงานของรัฐแพ้คดีก็มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลอีก ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมทำให้เอกชนไม่มั่นใจในการเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยได้

มีข้อที่น่าสังเกตว่า สำหรับประเทศที่มีกฎหมายในเรื่องของสัมปทานหรือสัมปทานกับชาวต่างชาติเป็นการเฉพาะมักมีบทบัญญัติให้ระงับข้อพิพาทโดยศาล เว้นแต่สัญญาสัมปทานจะกำหนดเป็นอย่างอื่น เช่น Turkmenistan⁴³, Federal Republic of Yugoslavia⁴⁴

⁴² อ้างอิงจากคำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 26/2540, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 7 พ.ศ. 2540-2541, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15, น.49-50.

⁴³ The Law of Turkmenistan on Foreign Concessions – Article 19 Procedure for setting disputes “Disputes of a concessionaire with state bodies, enterprises, public organizations, other legal entities and citizens of Turkmenistan as well as disputes between concessionaires with each other related to their activity shall be solved in the courts of Turkmenistan if otherwise not stipulated by international agreement”

14) การสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน โดยอาจกำหนดให้สัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงในกรณีดังต่อไปนี้ เช่น เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน เมื่อผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญา เมื่อผู้รับสัมปทานผิดสัญญา เมื่อผู้รับสัมปทานทำให้เกิดความเสียหายแก่สภาพแวดล้อมหรือสุขภาพอนามัยของประชาชน เมื่อมีการซื้อคืนสัมปทาน เมื่อผู้รับสัมปทานล้มละลาย เมื่อมีการคอร์รัปชันในกระบวนการให้สัมปทาน เป็นต้น

1.2 เงื่อนไขเฉพาะของสัญญาสัมปทาน

เงื่อนไขเฉพาะของสัญญาสัมปทานควรเป็นเงื่อนไขส่วนที่คู่สัญญาสามารถเจรจาตกลงกันได้ เช่น ระยะเวลาของสัญญา ผลประโยชน์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นต้น ซึ่งในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาว่าเงื่อนไขเฉพาะของสัญญาสัมปทานควรประกอบไปด้วยเงื่อนไขสัญญาในเรื่องใดบ้าง และเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวควรมีการปฏิรูปหรือไม่ อย่างไร เช่น ข้อกำหนดของสัมปทาน อายุของสัมปทาน ผลประโยชน์ตอบแทน ข้อกำหนดในการเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐานที่เป็นข้อตกลงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่าจะละเว้นไม่ใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะรัฐอธิปไตยทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนสัญญา⁴⁴ เป็นต้น

สำหรับเงื่อนไขเฉพาะของสัญญาสัมปทานนั้น ควรมีเงื่อนไขสัญญาในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1) รายได้ของผู้รับสัมปทาน (Concession Fee)

โดยที่สัญญาสัมปทานแต่ละฉบับจะกำหนดรายได้ของผู้รับสัมปทานไม่เท่ากัน จึงควรแก้ไขปรับปรุงเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวให้ชัดเจนลงไปเลยว่าเอกชนผู้รับสัมปทานจะได้รับผลประโยชน์หรือรายได้อย่างไรบ้าง รวมทั้งระยะเวลาที่ชัดเจน โดยพิจารณาตามชนิดของกิจการที่ให้สัมปทาน วัตถุประสงค์ ระยะเวลาที่ให้สัมปทาน และความเสี่ยง ทั้งนี้ เพื่อให้เอกชนอยู่บนฐาน

⁴⁴“Foreign Investment Law” – Article 30 “Any dispute arising from a foreign investment shall be dealt with by a competent court in Yugoslavia, unless provisions have been made in the investment contract or the founding contract or decision for such disputes to be settled by the arbitration court attached to the Yugoslavian Chamber of Economy or some other domestic or foreign arbitration court.”

⁴⁵ข้อกำหนดดังกล่าวอาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบในสัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย อ้างใน Christopher Greenwood, “State Contracts in International Law-The Libyan Oil Arbitrations”, *British Yearbook of International Law* 53 (1982) : 53, Peter Fischer, “Concessions”, *Encyclopedia of Public International Law* 8 (1985) : 105.

การแข่งขันที่เท่าเทียมกัน เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและมีประสิทธิภาพมากขึ้น อย่างไรก็ตาม รัฐบาลอาจมีการเจรจาต่อรองเพื่อขอให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียกเก็บค่าบริการต่ำสุด โดยไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนหรือแบ่งส่วนแบ่งรายได้ให้แก่รัฐ หรือรัฐบาลอาจมีการพิจารณาทบทวนในเงื่อนไขการเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐหรือส่วนแบ่งรายได้ให้แก่รัฐมาเป็นการยืนยันที่จะไม่ปรับอัตราค่าบริการสูงขึ้น เป็นต้น

2) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

โดยที่สัญญาสัมปทานแบบ BTO กำหนดให้รัฐมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งหมด⁴⁶ ซึ่งเมื่อเอกชนลงทุนในสินทรัพย์ต่าง ๆ แล้วก็ต้องโอนทรัพย์สินให้แก่รัฐทั้งหมด แล้วจึงค่อยให้บริการแก่ประชาชน กรณีดังกล่าวจึงทำให้เป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้เอกชนมีข้อจำกัดในการบริหารสินทรัพย์ และหากเอกชนมีการลงทุนเพิ่มเติมก็ต้องมอบให้กับรัฐด้วย อันเป็นผลให้เอกชนลังเลใจในการลงทุนสินทรัพย์เพิ่มเติมเนื่องจากไม่มั่นใจในกรรมสิทธิ์ของสินทรัพย์ และอาจมีการชะลอการลงทุนในการพัฒนาอุปกรณ์ต่าง ๆ ในกรณีนี้จึงควรแก้ไขด้วยการให้เอกชนผู้ประกอบการเช่าใช้ทรัพย์สินจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยรัฐยังคงครอบครองทรัพย์สินที่เอกชนโอนมาเป็นของตนเองแล้วนำเอาทรัพย์สินดังกล่าวมาให้เอกชนเช่าใช้ในราคาที่เหมาะสมและเป็นธรรม

3) การโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานให้แก่สถาบันการเงินได้

โดยที่สัญญาสัมปทานในโครงการใหญ่ ๆ ต้องใช้เงินลงทุนสูง จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีความจำเป็นต้องไปกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินต่าง ๆ เพื่อใช้ในการลงทุน จึงควรมีเงื่อนไขสัญญาที่มีความเป็นไปได้ในการยอมรับของสถาบันการเงินหรือธนาคาร โดยให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเจรจาต่อรองเพื่อให้สิทธิตัวแทนของสถาบันการเงินผู้ให้แก่ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเสนอนิติบุคคลเข้าแทนที่ผู้รับสัมปทานและเข้ารับโอนสิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานได้ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานผิดนัดตามสัญญาเงินกู้ หรือมีกรณีที่ผู้ให้สัมปทานจะใช้สิทธิเลิกสัญญา แต่ทั้งนี้ผู้รับสัมปทานยังคงร่วมรับผิดชอบในหน้าที่ที่โอนไปนั้นทุกประการ เช่น มีข้อสัญญาว่า “ถ้าเอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญายังไม่ให้อำนาจเลิกสัญญาทันที แต่ต้องให้เจ้าหน้าที่คือสถาบัน

⁴⁶ เช่น ในบางสัญญา ผู้รับสัมปทานจะถูกกำหนดให้ต้องโอนทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ให้กับกระทรวงการคลังทันทีที่การก่อสร้างแล้วเสร็จ แทนที่จะรอจนจนกว่าสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน ซึ่งกรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นหากพื้นที่สัมปทานนั้นเป็นที่ราชพัสดุ ทั้งนี้เนื่องจากพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518 กำหนดไว้เช่นนั้น

การเงินของฝ่ายเอกชนทราบโดยให้เข้ามาปฏิบัติหรือบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาเสียก่อน หากไม่สามารถทำได้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงจะเลิกสัญญา” เป็นต้น

4) ข้อกำหนดที่เป็นการคุ้มครองการลงทุนของเอกชน

อันข้อกำหนดที่มีผลเป็นหลักประกันทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการลงทุนของเอกชน เช่น ข้อกำหนดเรื่องการเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐานอันเป็นข้อกำหนดที่ให้ความมั่นคง (stabilization clause) และข้อกำหนดที่ไม่เปลี่ยนแปลง (intangibility clause) ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้กับเอกชนว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาแต่ฝ่ายเดียวโดยอาศัยอำนาจจากการบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยการใช้อำนาจในฐานะรัฐผู้มีอำนาจอธิปไตยนำบทบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐที่บัญญัติในภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญากับเอกชนมาบังคับใช้เพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสิทธิหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งข้อสัญญาหน่วยงานของรัฐอาจพิจารณาเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

5) ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการยอมรับข้อผูกพันระหว่างประเทศ

หากสัญญาสัมปทานมีความจำเป็นที่ต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันระหว่างประเทศ ก็อาจมีเงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับการยอมรับในข้อผูกพันระหว่างประเทศด้วย เช่น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียม ฯ ที่มีเงื่อนไขสัญญา ข้อ 47 ข้อบังคับระหว่างประเทศ กำหนดว่า “ในระหว่างอายุสัญญานี้ หากมีข้อบังคับระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาใด ซึ่งมีผลกระทบต่อการดำเนินการตามโครงการนี้ หรืออาจทำให้บริษัทต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมเพื่อปรับปรุงดาวเทียมหรือการให้สัมปทานหรือการบริการวงจรดาวเทียมให้เป็นไปตามข้อบังคับ กฎหมาย หรือสนธิสัญญานั้น ๆ บริษัทยอมรับว่าจะดำเนินการตามข้อบังคับ กฎหมาย หรือสนธิสัญญานั้น ๆ ด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัททั้งสิ้น” ซึ่งเงื่อนไขสัญญาเช่นว่านี้เป็นการแสดงถึงการยอมรับข้อผูกพันระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง

นอกจากแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานด้วยการกำหนดเงื่อนไขทั่วไปของสัญญาสัมปทานและเงื่อนไขสัญญาเฉพาะของสัญญาสัมปทานแล้ว เงื่อนไขสัญญาสัมปทานก็ควรมีการปฏิรูปให้อยู่บนพื้นฐานดังนี้

(1) เงื่อนไขสัญญานั้นต้องไม่เป็นการสร้างอุปสรรคในการที่เอกชนรายใหม่จะเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันกับรายเดิม ในขณะเดียวกันควรเปิดโอกาสในการที่จะให้เอกชนรายใหม่เข้ามาแข่งขันได้ง่ายขึ้น

(2) เงื่อนไขสัญญาไม่ควรมีลักษณะที่อาจทำให้เกิดข้อขัดแย้งหรือการฟ้องร้องระหว่างกัน

(3) ควรกำหนดระยะเวลาของสัมปทานยาวนานเพียงพอที่ทำให้เอกชนสามารถยอมรับความเสี่ยงในการลงทุนได้

(4) ควรมีการกำหนดเงื่อนไขสัญญาที่เป็นการป้องกันไม่ให้เอกชนแต่ละรายมีผลประโยชน์ร่วมกันในรูปแบบของการถือหุ้นในธุรกิจของกันและกันหรือการแบ่งรายได้ เพื่อมิให้เอกชนเหล่านั้นร่วมมือกันกีดกันการแข่งขันหรือร่วมมือกันกำหนดค่าบริการ ทำให้ไม่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง

(5) ควรมีการแก้ไขเงื่อนไขสัญญาที่เป็นอุปสรรคในการให้บริการ การปรับปรุงการให้บริการการดำเนินงาน เพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนอย่างเต็มที่ แต่ต้องไม่เกิดผลกระทบทางด้านคุณภาพการให้บริการ มาตรฐานความปลอดภัย และความมั่นคงของประเทศ

สำหรับแนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทานเพื่อให้รองรับในกรณีที่ได้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาตินั้น ควรมีเงื่อนไขสัญญาที่สร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามารับสัมปทานในประเทศไทยในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

(1) ควรมีเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะคำนึงถึงความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน

(2) ควรมีเงื่อนไขสัญญาที่แสดงถึงหลักความโปร่งใส (Transparency) ในการดำเนินการของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

(3) ควรมีเงื่อนไขสัญญาที่ให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนจากต่างประเทศ

(4) ควรมีเงื่อนไขสัญญาที่ชัดเจนในเรื่องของการโอนหรือยึดกิจการเป็นของรัฐ

(Nationalization) โดยกำหนดว่าหากมีการดำเนินการดังกล่าว รัฐจะจ่ายค่าชดเชย (Compensation) ให้อย่างเป็นธรรม

(5) ควรมีเงื่อนไขสัญญาที่เอื้ออำนวยหรือสนับสนุนในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทย เช่น การให้สิทธิประโยชน์ในการลงทุนต่าง ๆ การให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถนำและส่งเงินกลับประเทศได้ การหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้อน การให้ความมั่นใจในการระบข้อพิพาททางการลงทุน เป็นต้น

(6) ควรมีเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทานให้แก่สถาบันการเงินได้

2. ความเป็นไปได้ในการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

จากการศึกษาเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทยและในต่างประเทศ รวมทั้งปัญหาต่าง ๆ ที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยแล้ว ทำให้ผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบสัญญาสัมปทานเป็นวิธีการหนึ่งในการกระจายความเสี่ยง (allocation of risks) ด้วยการนำมาตรการทางสัญญามาใช้ และยังมีความยืดหยุ่นและมีความเป็นรูปธรรมมากกว่าการใช้มาตรการทางกฎหมาย การกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย (standard form of concession contract) จึงเป็นแนวทางหนึ่งในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทย อันจะนำมาซึ่งความชัดเจนแน่นอนในการจัดทำสัญญาสัมปทาน อีกทั้งแนวทางดังกล่าวยังช่วยสร้างความเชื่อมั่นในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ เพราะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถทราบได้ล่วงหน้าและนำเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวไปประเมินความเสี่ยงก่อนที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย และยังเป็นสิ่งหนึ่งที่น่าจะช่วยป้องกันปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันหรือข้อครหาในเรื่องของการทำสัญญาสัมปทาน ไม่ให้ต้องเกิดความหวาดระแวงจากสังคมว่าจะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือเป็นการทำสัญญาที่เสียเปรียบเอกชนหรือไม่อีกด้วย ซึ่งความจริงแล้วประเทศไทยก็มีการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานมาแล้วครั้งหนึ่งสำหรับสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม ดังปรากฏในแบบ กทธ/ป 2 แบบทำกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ดังนั้น ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาว่าเป็นกรณีมีความเป็นไปได้เพียงใดหากจะมีการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

ข้อดีของการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น นอกจากจะเป็นการสร้างเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามารับสัมปทานในประเทศไทยแล้ว ยังเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับสถาบันการเงินที่เป็นผู้ให้กู้ด้วย เพราะในฐานะผู้ให้กู้ย่อมมีความเสี่ยงและต้องการกำหนดความเสี่ยงที่ชัดเจนแน่นอน ซึ่งปัจจุบันมีสถาบันการเงินระหว่างประเทศหลายแห่งที่ต้องการได้รับความชัดเจนในเรื่องนี้จากประเทศที่ให้สัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นธนาคารโลก หรือ ธนาคารเพื่อการบูรณะและพัฒนาของยุโรป (European Bank for Reconstruction and Development : EBRD) ก็มีความพยายามที่จะศึกษาหาแนวทางในเรื่องนี้มาโดยตลอด

จากการสัมภาษณ์ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์จากหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐพบว่า นักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องค่อนข้างเห็นด้วยกับการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย นอกจากนั้น หากพิจารณาจากประเทศ

เพื่อนบ้านในภูมิภาคนี้แล้วพบว่า ส่วนใหญ่ก็มีการกำหนดเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น การกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานจึงเป็นเรื่องน่าสนใจที่ประเทศไทยควรนำมาพิจารณา อย่างไรก็ตาม รูปแบบสัญญาสัมปทานดังกล่าวควรมีข้อจำกัด โดยให้กระทำเฉพาะในส่วนเงื่อนไขสัญญาที่มีลักษณะทั่วไป เนื่องจากสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมีหลายกิจการที่แตกต่างกันไป การกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานทั้งฉบับเพื่อใช้กับสัญญาสัมปทานทุกสัญญาจึงอาจจะเป็นได้ยากเพราะย่อมขึ้นอยู่กับบริการสาธารณะในแต่ละประเภท ด้วยเหตุนี้ เงื่อนไขสัญญาที่ควรกำหนดให้ชัดเจนจึงน่าจะได้แก่เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับกฎหมายไทยอยู่แล้ว หรือเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติจากประสบการณ์ที่เคยเกิดขึ้นในอดีต ซึ่งผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานดังนี้

2.1 กำหนดสัญญาสัมปทานเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นเงื่อนไขทั่วไป และส่วนที่เป็นเงื่อนไขเฉพาะ

2.2 ส่วนที่เป็นเงื่อนไขทั่วไป กำหนดเงื่อนไขสัญญาที่เป็นมาตรฐาน ห้ามการเจรจาต่อรอง โดยให้เอกชนได้รับทราบก่อนยื่นข้อเสนอ เช่น การระงับข้อพิพาทให้กระทำโดยศาลปกครอง เว้นแต่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

2.3 ส่วนที่เป็นเงื่อนไขเฉพาะ เว้นไว้เพื่อให้มีการเจรจาต่อรอง เช่น พื้นที่สัมปทาน รายละเอียดของสัมปทาน ระยะเวลาของสัมปทาน กรรมสิทธิ์และการโอนทรัพย์สิน รายได้ของผู้รับสัมปทาน ผลประโยชน์ตอบแทนแก่รัฐที่อาจเจรจาไม่ต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้ให้แก่รัฐ แต่ให้เรียกเก็บค่าบริการในอัตราที่ต่ำสุดเพื่อประโยชน์ของประชาชน เป็นต้น

2.4 ควรมีเงื่อนไขที่จูงใจการลงทุน เช่น การส่งเสริมการลงทุน การให้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษี การกำหนดเงื่อนไขบังคับก่อนว่ารัฐได้มีการทำประชาพิจารณ์และเรื่องของสิ่งแวดล้อมแล้ว การที่รัฐให้ความช่วยเหลือผู้รับสัมปทานในเรื่องของการขอใบอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย เป็นต้น

จากการศึกษาข้างต้นทำให้ผู้เขียนเห็นว่ามีความเป็นไปได้ในการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย แม้ว่าลักษณะของสัมปทานบริการสาธารณะอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเภทของกิจการ แต่สำหรับกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) นั้น เนื่องจากเป็นกิจการที่ใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง และจากความจำเป็นในการพัฒนาประเทศ ประกอบกับความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ การกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานที่ชัดเจนจึงน่าจะเป็นสิ่งหนึ่งที่ช่วยสร้างความมั่นใจ

ในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติได้ อีกทั้งปัจจุบันหลายประเทศต่างก็มีความพยายามที่จะปรับปรุงรูปแบบสัญญาสัมปทานดังกล่าวในรูปแบบของสัญญามาตรฐานสำหรับโครงการ BOT รวมทั้ง UNCITRAL หรือคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) ที่ได้มีการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ (Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects) โดยเชื่อว่ากฎหมายแม่แบบที่จัดทำขึ้นนี้จะช่วยเหลือรัฐต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาในการส่งเสริมหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี (good governance) และจัดทำโครงร่างของกฎหมายในเรื่องนี้ได้ โดย UNCITRAL แนะนำให้ประเทศสมาชิกนำบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่แบบ (Model Legislative Provisions) และ Legislative Guide มาเป็นแนวทางในการพัฒนาและให้บริการโครงสร้างสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน ด้วยเหตุนี้ การกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานที่ผู้เขียนจะนำเสนอในที่นี้ ผู้เขียนจึงได้นำหลักการในส่วนที่เป็นเนื้อหาของสัญญาสัมปทานที่ UNCITRAL นำเสนอไว้ในส่วนที่ 3 Contents and implementation of the concession contract ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ (Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects) ตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบ (Model provision) ที่ 28 - 42 และส่วนที่ 4 Duration, extension and termination of the concession contract ตาม Model provision ที่ 43 - 51 และตัวอย่างเงื่อนไขสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ รวมทั้งพิจารณาจากตัวอย่างสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในโครงการขนาดใหญ่ที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย จำนวน 3 สัญญา มาเป็นแนวทางในการนำเสนอ โดยมุ่งหมายเฉพาะการเสนอแนะรูปแบบสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานในโครงการลงทุนขนาดใหญ่เท่านั้น (Infrastructure Development on Mega Project) เนื่องจากเป็นสัญญาสัมปทานในรูปแบบที่รัฐยังคงต้องการการลงทุนจากต่างประเทศ และมีความซับซ้อน โดยองค์ประกอบของสัญญาดังกล่าวจะประกอบไปด้วยทั้งงานก่อสร้าง (Build) งานดำเนินการ (Operate) และการโอนให้แก่รัฐ (Transfer) จึงทำให้เนื้อหาของสัญญามีทั้งสัญญาจ้างก่อสร้าง (Construction Contract) สัญญาประกอบการและบำรุงรักษา (Operating & Maintenance Agreement) นอกจากนั้น ยังมีสัญญาประเภทอื่นรวมอยู่ด้วย เช่น สัญญาหุ้นส่วน (Shareholder Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างผู้ลงทุนด้วยตนเอง สัญญาให้เช่าพื้นที่ (Site Lease) สัญญาออกแบบ (Design

Agreement) ระหว่างผู้รับสัมปทานกับผู้ออกแบบ สัญญาซื้ออุปกรณ์ (Equipment Supply Agreements) เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานสำหรับกิจการสาธารณูปโภคในโครงการขนาดใหญ่จึงเป็นสัญญาที่มีความเสี่ยงสูง การกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาที่ชัดเจนแน่นอนจึงน่าจะเป็นแนวทางหนึ่งที่จะช่วยทำให้นักลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น อีกทั้งรัฐยังสามารถควบคุมการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในกิจการสัมปทานในประเทศไทยได้อีกด้วย ซึ่งจากการศึกษาเงื่อนไขสัญญาสัมปทานโครงการขนาดใหญ่ในประเทศไทยแล้วพบว่า เงื่อนไขของสัญญาสัมปทานบางส่วนยังมีข้อบกพร่องบางประการ ทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ อันเป็นผลให้เอกชนไม่สนใจในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเท่าที่ควร ทั้ง ๆ ที่ประเทศไทยยังมีความจำเป็นที่ต้องการให้มีการลงทุนดังกล่าว ดังนั้น ประเทศไทยจึงน่าที่จะมีการปรับปรุงเงื่อนไขสัญญาสัมปทานในประเด็นต่าง ๆ ซึ่งผู้เขียนได้นำหลักการจากส่วนที่เป็นเนื้อหาสัญญาสัมปทานที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มากำหนดเป็นโครงสร้างของสัญญาสัมปทานให้กับประเทศไทยว่า ในการจัดทำสัญญาสัมปทานสำหรับกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานนั้น ควรที่จะมีเงื่อนไขสัญญาที่ประกอบไปด้วยเนื้อหาในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1) แนวความคิดพื้นฐานของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

ในเบื้องต้นของการจัดทำเงื่อนไขสัญญาสัมปทานนั้น ควรเริ่มต้นจากการทำความเข้าใจแนวความคิดพื้นฐานของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะก่อนว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นเครื่องมือทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่รัฐนำมาใช้ในการให้สิทธิหรือให้อนุญาตแก่ผู้รับสัมปทานในการดำเนินกิจการแทนรัฐ เนื่องจากกิจการนั้นเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการได้ การให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจึงต้องกระทำด้วยการให้ผู้รับสัมปทาน ซึ่งจุดมุ่งหมายเบื้องต้นของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะก็คือการอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ หรือการให้เอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเอกชนเป็นผู้ลงทุนในการดำเนินการเอง จึงทำให้เอกชนผู้รับสัมปทานที่เข้ามาเป็นผู้ลงทุนในกิจการที่รับสัมปทานต้องดำเนินการด้วยค่าใช้จ่ายทั้งหมดและด้วยความเสี่ยงภัยของผู้รับสัมปทานเอง เพียงแต่ผู้รับสัมปทานจะได้รับสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่แน่นอน ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะยังคงมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินการของผู้รับสัมปทาน เพราะการให้บริการสาธารณะดังกล่าวความจริงแล้วเป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแม้ว่าปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปบ้างในรูปแบบของการให้เอกชนเข้ามาร่วมการทำงานหรือร่วม

ลงทุนกับรัฐ หรือการให้เอกชนมีการเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐ แต่หลักพื้นฐานของสัมปทานก็ยังคงมีอยู่ ดังนั้น เงื่อนไขสัญญาสัมปทานจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดดังกล่าว รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งยังต้องพิจารณาจากลักษณะของกิจการที่ให้สัมปทานด้วยว่าเป็นกิจการที่ผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากกิจการนั้น หรือเป็นกิจการที่ผู้รับสัมปทานไม่ได้รับผลประโยชน์โดยตรงแต่ประชาชนจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากกิจการนั้น เพราะเป็นสิ่งที่ควรนำมาพิจารณาเกี่ยวกับการเรียกผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐด้วยว่าควรมีหรือไม่ นอกจากนั้น จากการที่ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ที่เข้ามาลงทุนด้วยค่าใช้จ่ายทั้งหมดของตนเอง จึงทำให้สัญญาสัมปทานเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการตัดสินใจในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติด้วยว่าจะสามารถดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่ ซึ่งหากเป็นกิจการสาธารณูปโภคสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่ประเทศไทยยังคงต้องการเงินและเทคโนโลยีจากต่างประเทศเช่นนี้แล้ว ก็เป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่ประเทศไทยน่าจะมีการกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่ชัดเจนแน่นอนเพื่อสร้างความมั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติดังกล่าว และโดยที่กิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานเป็นกิจการที่ประชาชนจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรง จึงควรเป็นสัญญาสัมปทานที่ไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐ แต่น่าจะเป็นการเสนอประโยชน์ให้แก่ประชาชน เช่น การคงไว้ซึ่งอัตราค่าบริการ หรือมีการลดราคาค่าบริการเป็นพิเศษให้แก่ประชาชนที่ใช้บริการอย่างต่อเนื่องหรือให้แก่นักเรียน ผู้สูงอายุ คนพิการ เป็นต้น

2) เงื่อนไขบังคับก่อน

มีปัจจัยบางประการที่เป็นสาระสำคัญต่อการดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทาน โดยอาจมีผลต่อความสำเร็จหรือความล้มเหลวของโครงการได้ในอนาคต ดังนั้น จึงควรนำปัจจัยที่อาจมีผลกระทบต่อการดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทานหรืออาจส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการมากำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนของสัญญาสัมปทาน เช่น การจัดให้มีหนังสือยืนยันจากผู้สนับสนุนทางการเงิน การจัดหาพื้นที่สัมปทานให้กับผู้รับสัมปทาน การสนับสนุนการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (บีโอไอ) การได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี การจัดให้มีการประชาพิจารณ์ การศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

3) การจัดตั้งองค์กรของผู้รับสัมปทาน

การกำหนดให้ผู้รับสัมปทานไปจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในประเทศของผู้ให้สัมปทาน และการกำหนดทุนขั้นต่ำของนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นนั้น สอดคล้องกับ Model provision 30 ของ UNCITRAL ที่เสนอแนะว่าหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานอาจกำหนดให้ผู้ชนะการประกวดราคา

จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทภายใต้กฎหมายของรัฐที่ให้สัมปทาน ทั้งนี้ จะต้องมีการกำหนดไว้ในเอกสารการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเบื้องต้นหรือหนังสือร้องขอให้ส่งข้อเสนอ เพื่อให้ผู้รับสัมปทานสามารถระดมเงินทุนที่สอดคล้องกับการดำเนินงานในขั้นตอนของการบริหารสัญญาสัมปทาน และควรมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการกำหนดทุนขั้นต่ำของนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นโดยหากมีการเปลี่ยนแปลงต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ให้สัมปทาน อีกทั้งการเปลี่ยนแปลงอันเป็นสาระสำคัญ เช่น ข้อบังคับ จำนวนหุ้น ผู้บริหารระดับสูง ก็ต้องกำหนดให้ได้รับความยินยอมจากผู้ให้สัมปทานด้วย ซึ่งหากเปรียบเทียบกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยและสัญญาสัมปทานในต่างประเทศแล้วจะพบว่ามีความคล้ายคลึงกัน ในทำนองเดียวกัน อีกทั้งปัจจุบันยังมีกฎหมายไทยบางฉบับที่กำหนดอย่างชัดเจนให้ผู้รับสัมปทานเป็นนิติบุคคลไทย เช่น มาตรา 44 ของพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 เป็นต้น นอกจากนี้ ควรให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิในการทบทวนและให้ความเห็นชอบในสัญญาต่าง ๆ ของผู้รับสัมปทาน โดยเฉพาะสัญญาเกี่ยวกับการถือหุ้นหรือการประกอบกิจการร่วมกันของบริษัทด้วย ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 28 (L) ของ UNCITRAL นอกจากนี้ เนื่องจากเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จึงเป็นกรณีที่ต้องมีการกำหนดค่านิยมของคนต่างด้าวให้สอดคล้องกันด้วยเพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความในอนาคต

4) สิทธิของผู้รับสัมปทานในการให้บริการแต่ผู้เดียวและสิทธิในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการให้บริการ

สัญญาสัมปทานควรมีเงื่อนไขการให้บริการในขอบเขตที่เป็นการดำเนินการแต่ผู้เดียว (exclusively) อันเป็นสิทธิของผู้รับสัมปทานภายใต้สัญญาสัมปทาน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 28 (b) ของ UNCITRAL ทั้งนี้ ควรระบุความชัดเจนว่าด้วยสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิครอบครอง การใช้ประโยชน์ อย่างไรก็ดี ไม่ควรกำหนดว่าผู้ให้สัมปทานจะไม่ให้สิทธิหรือหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตามสัญญานี้แก่บุคคลใด ยกเว้นเพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์สาธารณะเป็นครั้งคราว เพราะการกำหนดเช่นนี้อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติโดยหน่วยงานของรัฐอาจอาศัยข้อยกเว้นนี้มาเป็นเหตุในการให้สิทธิแก่บุคคลอื่นโดยไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงก็ได้ อีกทั้งเงื่อนไขในลักษณะเช่นนี้ยังเป็นความเสี่ยงที่ผู้ลงทุนนำมาใช้ในการพิจารณาตัดสินใจเพื่อเข้ามาลงทุนด้วย นอกจากนี้ สัญญาสัมปทานควรกำหนดให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการให้บริการตามสัญญา ซึ่งจะต้องมีการกำหนดวิธีการและสูตรในการคิดราคาและปรับอัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ ผู้ให้สัมปทานอาจตกลงที่จะจ่ายเงินโดยตรงให้แก่ผู้รับ

สัมปทานเพื่อเป็นการทดแทนการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการให้บริการก็ได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 34 ของ UNCITRAL นอกจากนั้น จะต้องมีการตรวจสอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจนก่อนว่ามีบทบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการจัดเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการหรือไม่ และกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทานให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว

5) การให้ความช่วยเหลือผู้รับสัมปทานในการได้รับใบอนุญาตที่จำเป็นเพื่อดำเนินโครงการ

สัญญาสัมปทานควรมีข้อสัญญาเกี่ยวกับการให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐช่วยเหลือผู้รับสัมปทานในการได้รับใบอนุญาตที่จำเป็นเพื่อดำเนินโครงการ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 28 (C) ของ UNCITRAL ที่เสนอแนะว่า สัญญาสัมปทานต้องมีเนื้อหาที่ให้ผู้ให้สัมปทานให้ความช่วยเหลือผู้รับสัมปทานในการได้รับใบอนุญาตในขอบเขตที่จำเป็นเพื่อดำเนินโครงการ นอกจากนั้น ตาม Recommendation 6 ของ UN ใน General legislative and institutional framework ยังเสนอแนะให้รัฐกำหนดกลไกในการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐในการให้ความเห็นชอบ การออกใบอนุญาตต่าง ๆ ไว้ในกฎหมายหรือข้อบังคับเพื่อให้เอกชนสามารถดำเนินโครงการสาธารณูปโภคได้ด้วย อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดความผูกพันไปยังหน่วยงานอื่นของรัฐ ควรกำหนดให้นำหนังสือแสดงความยินยอมหรือการให้ความร่วมมือของหน่วยงานอื่นของรัฐมาแนบไว้เป็นภาคผนวกของสัญญา หรือใช้มาตรการทางกฎหมาย เช่น กำหนดระเบียบปฏิบัติให้ชัดเจน เพราะการกำหนดแต่เพียงเงื่อนไขสัญญาว่าหน่วยงานของรัฐจะให้ความช่วยเหลือนั้น ในทางปฏิบัติอาจไม่สามารถกระทำได้ หรือค่อนข้างมีความยุ่งยากในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น

6) การให้ความช่วยเหลือผู้รับสัมปทานในการได้ใช้พื้นที่เพื่อดำเนินโครงการ

สัญญาสัมปทานควรมีข้อสัญญาเกี่ยวกับการให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐช่วยเหลือผู้รับสัมปทานในการได้ใช้พื้นที่เพื่อดำเนินโครงการ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 32 และ 28 (e) ของ UNCITRAL ที่เสนอแนะว่า ผู้ให้สัมปทานหรือหน่วยงานของรัฐจะช่วยเหลือผู้รับสัมปทานให้ได้รับสิทธิเกี่ยวกับพื้นที่โครงการเท่าที่จำเป็นเพื่อดำเนินโครงการสาธารณูปโภค และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติในประเทศไทย ที่หน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้แก่ผู้รับสัมปทานได้ จึงอาจกำหนดมาตรการอื่นในทางกฎหมาย เช่น การออกระเบียบต่าง ๆ เพื่อให้สิทธิในการใช้พื้นที่เป็นของหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานได้ หรืออาจ

กำหนดให้หน่วยงานของรัฐขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี และนำความเห็นชอบดังกล่าวไปขอหนังสือยินยอมในการใช้พื้นที่ของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องมาแนบไว้ในสัญญาสัมปทานด้วย

7) ระยะเวลาสัมปทานและการขยายเวลาของสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานควรมีข้อสัญญากำหนดระยะเวลาสัมปทานและการขยายเวลาของสัญญาสัมปทานให้ชัดเจน ซึ่งตาม Model provision 43 ของ UNCITRAL ก็เสนอแนะว่าสัญญาสัมปทานต้องมีเนื้อหาเกี่ยวกับระยะเวลาของสัญญา ซึ่งผู้ให้สัมปทานอาจไม่ตกลงให้มีการขยายเวลา เว้นแต่เป็นผลมาจากเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ เช่น ความล่าช้าในความแล้วเสร็จของงานหรือมีการขัดขวางการให้บริการนั้นเป็นผลมาจากเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีการระงับชั่วคราวของโครงการโดยผู้ให้สัมปทานหรือหน่วยงานของรัฐ การเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายที่เกิดมาจากความต้องการของผู้ให้สัมปทานที่ไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา เป็นต้น ซึ่งในการจัดทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้นควรกำหนดเหตุแห่งการขยายเวลาให้ชัดเจน

8) การเปลี่ยนแปลงงาน (variations) และเปลี่ยนแปลงการให้บริการ (modification of the services)

สัญญาสัมปทานควรมีข้อสัญญาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงการให้บริการเพื่อให้เป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงของการให้บริการและภายใต้ความจำเป็นในเงื่อนไขเดียวกันกับผู้ใช้งานได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 28 (h) และ provision 38 (a) (c) ของ UNCITRAL และ Model provision 28 (i) ของ UNCITRAL ยังเสนอแนะว่า ผู้ให้สัมปทานควรมีสติในการติดตามงานที่ผู้รับสัมปทานดำเนินการ (monitor the works) อีกทั้งผู้ให้สัมปทานอาจสั่งเปลี่ยนแปลงงานเพื่อให้ระบบสาธารณูปโภคเป็นไปตามกฎหมายและข้อกำหนดของสัญญานอกจากนั้น ควรกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้ผู้สัญญาสามารถเสนอให้มีการเปลี่ยนแปลงการให้บริการอันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีด้วย เช่น เปลี่ยนแปลงจากการให้บริการโดยคนมาเป็นโดยเครื่องจักร เป็นต้น ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาในเรื่องของความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นด้วย

9) การทบทวนและให้ความเห็นชอบในการออกแบบและก่อสร้างโดยผู้ให้สัมปทาน

สัญญาสัมปทานควรมีเนื้อหาเกี่ยวกับกระบวนการทบทวนและการให้ความเห็นชอบในแบบวิศวกรรม รวมทั้งการทดสอบและตรวจงานขั้นสุดท้ายด้วย ซึ่งก็สอดคล้องตาม Model provision 28 (g) ของ UNCITRAL นอกจากนั้น อาจมีข้อกำหนดเพิ่มเติมโดยคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีในช่วงระยะเวลาของสัญญาด้วย เช่น แม้ว่าแบบก่อสร้างจะให้ความ

เห็นชอบไปแล้ว แต่หากคู่สัญญาพบว่ามีเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีที่เป็นประโยชน์ก็ต้องให้มีการปรับเปลี่ยนได้

10) การเสนอรายงานและข้อมูลประกอบการ

สัญญาสัมปทานควรมีเนื้อหาเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในการเสนอรายงาน และข้อมูลในการประกอบการให้แก่ผู้ให้สัมปทานด้วย ซึ่งก็สอดคล้องตาม Model provision 28 (j) ของ UNCITRAL นอกจากนี้ สัญญาควรกำหนดให้มีการตกลงกันในเรื่องรูปแบบ (format) ของรายงานที่ต้องดำเนินการด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้คู่สัญญาสามารถบริหารข้อมูลได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้ผู้ให้สัมปทานได้รับทราบข้อมูลสำหรับนำไปใช้ในการวางแผนเพื่อดำเนินการและบริหาร ภายหลังจากรับมอบโครงการจากผู้รับสัมปทานในอนาคต

11) การเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

สัญญาสัมปทานควรระบุถึงทรัพย์สินที่เป็นของสาธารณะและทรัพย์สินที่เป็นของ เอกชนผู้รับสัมปทาน โดยอาจแบ่งเป็นหมวดหมู่สำหรับทรัพย์สินที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องคืน หรือโอนให้ผู้ให้สัมปทาน ทรัพย์สินที่ผู้ให้สัมปทานอาจซื้อจากผู้รับสัมปทาน และทรัพย์สินที่ผู้รับ สัมปทานอาจเก็บรักษาไว้หรือจำหน่ายเมื่อสิ้นสุดหรือเลิกสัญญาสัมปทาน ซึ่งก็สอดคล้องตาม Model provision 31 และ provision 28 (e) ของ UNCITRAL โดยควรกำหนดกรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์สินให้ชัดเจนเพื่อให้ผู้รับสัมปทานรับทราบตั้งแต่ต้น

12) การประกันภัย

สัญญาสัมปทานควรมีเนื้อหาเกี่ยวกับการให้ผู้รับสัมปทานจัดให้มีการประกันการ ปฏิบัติตามสัญญาและการประกันภัยโดยผู้รับสัมปทานตลอดโครงการ โดยผู้รับสัมปทานจะต้อง เสนอหลักประกันและกรรมธรรม์ประกันภัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการสาธารณูปโภค ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 28 (M) ของ UNCITRAL นอกจากนี้ ควรมีการกำหนด กรอบ Master Insurance Policy ไว้ในสัญญาด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นกรอบสำหรับงานที่ต่างนิติบุคคลกัน และเพื่อให้การประกันภัยมีความเกี่ยวเนื่องในกิจกรรมที่เกี่ยวข้องระหว่างกัน รวมทั้งในส่วนของ งานออกแบบก็ควรกำหนดเงื่อนไขในการรับผิดชอบในการออกแบบให้ชัดเจน และให้ผู้รับ สัมปทานจัดให้มี Professional Indemnity Insurance ด้วย

13) ค่าปรับ

สัญญาสัมปทานควรมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ผิวนัด เช่น ค่าปรับ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 28 (n) ของ UNCITRAL นอกจากนั้น ควรกำหนด Milestone ในกิจกรรมหลักที่สำคัญเพื่อกำหนด Key Date ของค่าปรับในแต่ละ ขั้นตอน ทั้งในขั้นตอนการก่อสร้าง การเตรียมการให้บริการ

14) เหตุสุดวิสัย และความเสี่ยงที่เป็นข้อยกเว้น

สัญญาสัมปทานควรมีเนื้อหาเกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดสำหรับความล้มเหลวหรือ ความล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาสำหรับเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุม เช่น เหตุ สุดวิสัย หรือความเสี่ยงที่เป็นข้อยกเว้น ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 28 (o) ของ UNCITRAL ทั้งนี้ เงื่อนไขสัญญาดังกล่าวควรระบุเหตุที่ชัดเจนในการยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้รับ สัมปทาน

15) การรักษาความลับ

สัญญาสัมปทานควรมีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในการเก็บรักษา ข้อมูลอันเป็นความลับในระหว่างอายุสัญญา และจะใช้ข้อมูลที่เป็นความลับเพื่อวัตถุประสงค์ใน การปฏิบัติหน้าที่ของตนภายใต้สัญญาเท่านั้น ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 28 (s) ของ UNCITRAL

16) การซื้อคืนสัมปทาน

สัญญาสัมปทานควรมีการกำหนดในการชดเชยความเสียหายที่ผู้รับสัมปทานอาจจะ ได้รับในการโอนทรัพย์สินให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือผู้รับสัมปทานรายใหม่หรือโดยการซื้อคืน สัมปทานโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

17) การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

สัญญาสัมปทานจะต้องมีข้อสัญญากำหนดให้ผู้รับสัมปทานรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ สาธารณะ รวมทั้งความรับผิดชอบต่อบริการสาธารณะ เพื่อมิให้การดำเนินงานของผู้รับสัมปทาน สร้างความเสียหายต่อบริการสาธารณะ

18) สิทธิของผู้รับสัมปทานในการสร้างหลักประกันดอกเบี้ย (Security interests)

สัญญาสัมปทานควรให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิสร้างหลักประกันดอกเบี้ยเหนือทรัพย์สิน สิทธิหรือประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับโครงการสาธารณูปโภค เพื่อสร้างความมั่นใจทางการเงิน เช่น การมีหลักประกันเหนือสิ่งหามทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้รับสัมปทานเป็นเจ้าของ การจำนำ ในทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานนำมาใช้ในการให้บริการ แต่ทั้งนี้ผู้รับสัมปทานจะไม่มีสร้าง หลักประกันในทรัพย์สินสาธารณะหรือทรัพย์สินที่ใช้เพื่อการให้บริการสาธารณะที่ถูกห้ามไว้โดย กฎหมาย ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 35 ของ UNCITRAL นอกจากนั้น ควรกำหนด

เงื่อนไขสัญญาให้ชัดเจนด้วยว่าทรัพย์สินประเภทใดบ้างที่ผู้รับสัมปทานมีสิทธิจำหน่ายหรือสร้างหลักประกัน และทรัพย์สินใดบ้างที่ถือเป็นทรัพย์สินสาธารณะที่ไม่สามารถจำหน่ายหรือสร้างหลักประกันได้

19) การโอนสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานควรกำหนดว่า สิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานไม่อาจโอนไปยังบุคคลที่สามโดยปราศจากความยินยอมของหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน ทั้งนี้ สัญญาสัมปทานจะกำหนดความยินยอมของรัฐในการโอนสิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานภายใต้สัญญาสัมปทาน รวมทั้งการยอมรับผู้รับสัมปทานรายใหม่ก็ได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 36 ของ UNCITRAL

20) การโอนและการควบคุมประโยชน์ของผู้รับสัมปทาน

สัญญาสัมปทานควรกำหนดว่า การควบคุมประโยชน์ของผู้รับสัมปทานไม่อาจโอนไปยังบุคคลที่สามได้โดยปราศจากความยินยอมของผู้ให้สัมปทาน ทั้งนี้ สัญญาสัมปทานจะกำหนดเงื่อนไขในการให้ความยินยอมไว้ในสัญญาก็ได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 37 ของ UNCITRAL อย่างไรก็ดี หากหน่วยงานของรัฐจะให้ความยินยอมแล้ว ควรกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้ชัดเจนไปเลยว่า จะให้ความยินยอมในการโอนหรือไม่ และจะให้ความยินยอมจนถึงระดับใด

21) การถ่ายทอดเทคโนโลยี

สัญญาสัมปทานควรมีข้อกำหนดในเรื่องของการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการประกอบการให้แก่ผู้ให้สัมปทานด้วย ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 48 (c) ของ UNCITRAL ทั้งนี้ ควรกำหนดวิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้ชัดเจนในสัญญาสัมปทาน เช่น ให้มีการจัดตั้งสถาบันจัดหลักสูตรทั้งในภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติ เป็นต้น

22) การฝึกอบรมบุคลากรของรัฐหรือผู้สืบสิทธิสัมปทานในการประกอบการและบำรุงรักษา

สัญญาสัมปทานควรกำหนดให้มีการฝึกอบรมบุคลากรของรัฐหรือผู้สืบสิทธิในสัมปทานในการประกอบการและบำรุงรักษาด้วย ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 48 (d) ของ UNCITRAL ทั้งนี้ ควรกำหนดวิธีการฝึกอบรมให้ชัดเจนในสัญญาด้วย

23) หน้าที่ในการประกอบกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐาน

สัญญาสัมปทานควรกำหนดหน้าที่ของผู้รับสัมปทานเพื่อให้มั่นใจได้ว่าการเปลี่ยนแปลงการให้บริการจะเป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงของการให้บริการ และภายใต้ความจำเป็นในเงื่อนไขเดียวกันกับผู้ใช้งาน นอกจากนั้น การให้บริการของผู้รับสัมปทานจะต้อง

เป็นไปอย่างต่อเนื่องและไม่มีทางเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ ผู้รับสัมปทานมีสิทธิออกกฎเกี่ยวกับการให้บริการโดยต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ให้สัมปทานก่อน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 38 ของ UNCITRAL

24) การชดเชยจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

สัญญาสัมปทานควรกำหนดให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิได้รับค่าชดเชย หากค่าใช้จ่ายในการให้บริการของผู้รับสัมปทานเพิ่มขึ้นในสาระสำคัญ หรือมูลค่าที่ผู้รับสัมปทานได้รับในการดำเนินการตามสัญญาลดลงในสาระสำคัญ อันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับสิ่งอำนวยความสะดวกหรือการให้บริการสาธารณูปโภค หากเปรียบเทียบกับค่าใช้จ่ายหรือมูลค่าของการให้บริการที่คาดเห็นได้ในตอนแรก ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 39 ของ UNCITRAL โดยการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวควรให้รวมถึงผลกระทบจากมติคณะรัฐมนตรีด้วย ทั้งนี้ ให้นำผลกระทบทางการเงินมาเป็นส่วนในการพิจารณาค่าชดเชยและให้เป็นราคาที่เหมาะสม

25) การแก้ไขสัญญา

สัญญาสัมปทานควรกำหนดให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิแก้ไขสัญญาสัมปทานเพื่อเป็นการชดเชยในกรณีที่ค่าใช้จ่ายในการให้บริการของผู้รับสัมปทานเพิ่มขึ้นในสาระสำคัญหรือมูลค่าที่ผู้รับสัมปทานได้รับในการดำเนินการตามสัญญาลดลงเมื่อเปรียบเทียบกับค่าใช้จ่ายหรือมูลค่าของการให้บริการที่คาดเห็นได้ในตอนแรก อันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขทางเศรษฐกิจหรือการเงิน การเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับสิ่งอำนวยความสะดวกหรือการให้บริการสาธารณูปโภค ทั้งนี้การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ การเงิน หรือกฎข้อบังคับดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นหลังจากสัญญาสัมปทาน หรือนอกเหนือการควบคุมของผู้รับสัมปทาน และกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่สามารถคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นในระหว่างการเจรจาสัญญาสัมปทาน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 40 ของ UNCITRAL ทั้งนี้ ควรกำหนดเงื่อนไขและวิธีการชดเชยให้ชัดเจนส่วนเรื่องการแก้ไขสัญญานั้น เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งในบางครั้งหน่วยงานของรัฐอาจมีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงควรมีข้อกำหนดเพิ่มเติมในสัญญาด้วยว่า หน่วยงานของรัฐในฐานะผู้ให้สัมปทานมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประชาชน หรือเพื่อให้บริการสาธารณะสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำให้ผู้รับสัมปทานได้รับความเสียหายแล้ว ผู้ให้สัมปทานจะพิจารณาจ่ายค่าชดเชยให้ตามความเสียหายที่แท้จริงเนื่องจากการลงทุน แต่ไม่รวมถึงความเสียหายจากการขาดกำไร

26) การรับมอบงานโครงการสาธารณูปโภคโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

สัญญาสัมปทานควรกำหนดให้ผู้ให้สัมปทานมีสิทธิรับมอบการให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกเป็นการชั่วคราวได้เพื่อวัตถุประสงค์ให้มั่นใจในประสิทธิภาพและการส่งมอบการให้บริการว่าจะไม่ถูกขัดขวางการการส่งมอบการให้บริการของผู้รับสัมปทานในกรณีที่มีความล้มเหลวที่สำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 41 ของ UNCITRAL ทั้งนี้ ควรกำหนดรายละเอียดในเรื่องของระยะเวลารับประกันความชำรุดบกพร่องและการรับประกันอย่างชัดเจน

27) การบริการที่ต่อเนื่องหลังการโอน

สัญญาสัมปทานควรกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องให้บริการอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งจัดหาอะไหล่ในช่วงระยะเวลาหลังจากโอนสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ให้สัมปทานแล้ว ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 48 (e) ของ UNCITRAL

28) การเข้าแทนที่ของผู้รับสัมปทาน

ผู้ให้สัมปทานอาจตกลงกับผู้สนับสนุนทางการเงินของโครงการ และผู้รับสัมปทานให้เสนอผู้เข้าแทนที่ผู้รับสัมปทาน ซึ่งเป็นบุคคลใหม่ที่ได้รับแต่งตั้งให้เข้าดำเนินงานในสัญญาสัมปทานหากผู้รับสัมปทานผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือมีเหตุการณ์ที่เป็นการสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 42 ของ UNCITRAL

29) การเลิกสัญญาสัมปทานโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

สัญญาสัมปทานควรกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจเลิกสัญญาสัมปทานได้ในกรณีไม่อาจคาดหมายได้เลยว่าผู้รับสัมปทานจะสามารถหรือเต็มใจในการปฏิบัติงาน หรือมีหนี้สินจนล้มละลาย หรือมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือเพื่อเหตุผลของประโยชน์สาธารณะภายใต้การจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้รับสัมปทาน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 44 ของ UNCITRAL อย่างไรก็ตาม กรณีการเลิกสัญญาสัมปทานที่มาจากการคาดหมายว่าผู้รับสัมปทานไม่สามารถปฏิบัติงานได้นั้น จะต้องกำหนดเงื่อนไขสัญญาด้วยความระมัดระวังเพราะอาจทำให้การเมืองเข้ามาแทรกแซงได้

30) การเลิกสัญญาสัมปทานโดยผู้รับสัมปทาน

สัญญาสัมปทานควรกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการเลิกสัญญาโดยผู้รับสัมปทานจะไม่เลิกสัญญาสัมปทาน เว้นแต่มีเหตุการณ์ต่อไปนี้เกิดขึ้น คือ คู่สัญญาผิดสัญญาอันเป็นสาระสำคัญในพันธะหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน มีเหตุแห่งการแก้ไขสัญญาสัมปทานแต่คู่สัญญาไม่อาจตกลงกันได้ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามสัญญาสัมปทานสูงขึ้นในสาระสำคัญหรือมูลค่าที่

ผู้รับสัมปทานจะได้รับลดลงในสาระสำคัญอันเป็นผลมาจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำการของ คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และคู่สัญญาไม่สามารถตกลงแก้ไขสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 45 ของ UNCITRAL นอกจากนี้ สัญญาควรกำหนด เงื่อนไขสัญญาให้ผู้รับสัมปทานสามารถบอกเลิกสัญญาในกรณีที่ผู้ให้สัมปทานไม่สามารถส่งมอบ พื้นที่ได้จนเป็นเหตุให้การดำเนินการคลาดเคลื่อนไป ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ยอมอนุมัติใน สัญญาอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งในกรณีที่ผู้รับสัมปทานยอมรับว่าตนขาดสภาพคล่องจนเชื่อได้ว่าไม่ สามารถดำเนินงานต่อไปได้ ทั้งนี้ การเลิกสัญญาดังกล่าวผู้รับสัมปทานไม่มีสิทธิเรียกร้อง ค่าใช้จ่ายคืนจากรัฐ

31) การเลิกสัญญาสัมปทานโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

สัมปทานควรกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดย คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาสัมปทานได้ในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาไม่อาจ เป็นไปได้โดยพฤติการณ์ที่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาจะมีสิทธิเลิก สัญญาสัมปทานด้วยความยินยอมระหว่างกัน ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 46 ของ UNCITRAL

32) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเมื่อมีการเลิกสัญญาสัมปทาน หรือการชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานควรกำหนดสิทธิและหน้าที่ของสัญญาเมื่อสัญญาสิ้นสุดหรือเมื่อมี การเลิกสัญญา ตลอดจนการชดเชยความเสียหายในกรณีที่มีการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งจะถูกคำนวณให้ได้รับค่าชดเชยในมูลค่าของงานที่เป็นธรรมในการปฏิบัติตามสัญญา สัมปทานและราคาที่เกิดขึ้นหรือสูญเสียโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 47 และ 28 (p) ของ UNCITRAL ทั้งนี้ ควรกำหนดสูตรในการคำนวณค่าชดเชยไว้ให้ชัดเจน ในสัญญาด้วย

33) การระงับข้อพิพาท

สัญญาสัมปทานควรกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมที่สุดสำหรับโครงการ ซึ่งก็สอดคล้องกับ Model provision 49 ของ UNCITRAL โดย UNCITRAL ที่แนะนำให้รัฐที่ ให้ สัมปทานอาจจะบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับกลไกในการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมที่สุดสำหรับ โครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานที่ให้เอกชนเข้ามาลงทุน ทั้งนี้ ผู้รับสัมปทานมีอิสระที่จะตกลงใน การเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมระหว่างผู้รับสัมปทานกับผู้ให้กู้หรือผู้รับเหมาหรือ ผู้ขายหรือคู่สัญญาทางธุรกิจอื่น ๆ อย่างไรก็ดี สำหรับสัญญาสัมปทานของประเทศไทยในเวลานี้ เนื่องจากยังมีปัญหาในทางปฏิบัติในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จึงเห็นควร

กำหนดให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยศาลปกครองไปก่อนจนกว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยจะมีการพัฒนาจนเป็นที่น่าเชื่อถือมากกว่านี้ และจนกว่าอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยจะเข้าใจถึงหลักที่ควรนำพิจารณาหากเป็นสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและประชาชน

34) ผลประโยชน์ตอบแทน

เนื่องจากสัญญาสัมปทานโครงสร้างพื้นฐานเป็นสัญญาที่ใช้เงินลงทุนสูง การให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดจึงไม่ควรมีเงื่อนไขสัญญากำหนดให้เอกชนต้องเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐด้วย เพราะจากประสบการณ์ของประเทศไทยที่ผ่านมาในอดีต มีหลายโครงการที่ต้องล้มเลิกไปเนื่องจากความไม่คุ้มค่าในการลงทุน หรือไม่มีสถาบันการเงินให้การสนับสนุนทางการเงิน หรือเกิดปัญหาในการบริหารสัญญา ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขสัญญาในเรื่องนี้จึงควรนึกถึงลักษณะของสัญญาสัมปทานความเป็นไปได้ในทางธุรกิจ ตลอดจนความเป็นไปได้ในการยอมรับของสถาบันการเงินด้วย

เป็นที่น่าสังเกตว่าแบบสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ รวมทั้ง Model ของ UNCITRAL ไม่ได้มีการเสนอแนะในเรื่องของการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาสัมปทานโครงสร้างพื้นฐานแต่อย่างใด

35) การกำหนดรูปแบบของสัญญาสัมปทาน

รูปแบบของสัญญาสัมปทานที่น่าจะเป็นประโยชน์และเป็นที่ยอมรับของเอกชนผู้ลงทุนมากที่สุด คือ BOT ซึ่งหมายความว่าให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน ประกอบการ จากนั้นจึงค่อยส่งมอบให้กับหน่วยงานของรัฐ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยมีกฎหมายบางฉบับที่ทำให้ไม่สามารถกำหนดรูปแบบสัญญาสัมปทานในลักษณะดังกล่าวได้ จึงอาจกำหนดรูปแบบสัญญาสัมปทานให้มีลักษณะผสมผสานทั้ง BOT และ BTO อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นสัญญาในรูปแบบ BOT หรือ BTO ต่างก็เป็นสัญญาในลักษณะที่รัฐไม่ต้องลงทุนด้วยค่าใช้จ่ายของตนเองเช่นเดียวกัน เพียงแต่หากเป็นสัญญาในรูปแบบ BOT แล้วจะทำให้รัฐสามารถเรียนรู้เทคโนโลยีจากเอกชนได้ในระหว่างประกอบการ เพียงแต่รัฐจะต้องควบคุมในระหว่างการประกอบการของเอกชนไม่ให้มีผลกระทบต่อประชาชน ซึ่งหากรัฐเปลี่ยนแปลงจากการเรียกให้เอกชนจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐมาเป็นการลดค่าบริการให้แก่ประชาชนแล้ว ผลประโยชน์ที่แท้จริงก็จะตกอยู่กับประชาชน แต่กรณีดังกล่าวนี้ รัฐต้องยอมรับว่ารัฐจะไม่ได้รับรายได้ใด ๆ ในระหว่างการประกอบการของเอกชน ซึ่งในกิจการบางอย่างอาจไม่สามารถคาดการณ์ถึงความเป็นไปได้ในอนาคต รัฐจึงอาจใช้วิธีกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้มีการเจรจาระหว่างกันเป็นรายปีได้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย

36) กฎหมายที่ใช้บังคับ

สัญญาสัมปทานควรอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่จัดทำสัญญาสัมปทาน ซึ่งหลักดังกล่าวสอดคล้องกับ Model provision 29 ของ UNCITRAL เนื่องจากระบบกฎหมายในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกัน โดยบางประเทศสัญญาสัมปทานอาจอยู่ภายใต้กฎหมายปกครอง ในขณะที่บางประเทศสัญญาสัมปทานอาจอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน สำหรับประเทศไทยนั้น สัญญาสัมปทานควรกำหนดให้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งแม้ว่าปัจจุบันประเทศไทยจะยังไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนในเรื่องสัญญาทางปกครอง แต่ประเทศไทยก็มีกฎหมายสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ เป็นการเฉพาะพอที่จะนำมาใช้ได้ เพียงแต่เพื่อความชัดเจนในสัญญา ควรที่จะนำบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาบัญญัติไว้เป็นเงื่อนไขสัญญาด้วย เพื่อให้ผู้รับสัมปทานมีความมั่นใจในการเข้าทำสัญญามากขึ้น

เพื่อให้สามารถเห็นข้อเสนอแนะโครงสร้างเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน ผู้เขียนจึงได้นำมาจัดทำเป็นตารางเสนอแนะโครงสร้างเงื่อนไขสัญญาสัมปทานสำหรับประเทศไทยไว้ในเอกสารภาคผนวก ข. ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งตารางดังกล่าวจะแสดงถึงองค์ประกอบของสัญญาสัมปทานตามแนวทางที่ UNCITRAL เสนอแนะไว้ในส่วนที่ 3 ของ Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects และมีการนำมาเปรียบเทียบกับตัวอย่างเงื่อนไขสัญญาสัมปทานในประเทศไทยบางฉบับ นอกจากนั้น เพื่อให้เห็นข้อเสนอแนะของผู้เขียนในการจัดทำแบบสัญญาสัมปทาน ผู้เขียนจึงได้เสนอแนะตัวอย่างร่างสัญญาสัมปทานโครงสร้างสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานสำหรับประเทศไทย (Draft Concession Contract for Infrastructure Project) ไว้ด้วย ดังรายละเอียดปรากฏตามเอกสารในภาคผนวก ค. ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ตอนที่ 5 แนวทางการปฏิรูปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานและความเป็นไปได้ในการพัฒนามาตรฐานเพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ารับสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย

1. แนวทางการปฏิรูปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน

การปฏิรูปกฎหมายคือการทำให้กฎหมายสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน รวมทั้งการทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมีความชัดเจนมากขึ้นเพื่อป้องกันปัญหาการ

ตีความ ซึ่งความจริงแล้วแนวความคิดในการปฏิรูปกฎหมายเรื่องสัมปทานนั้นมืออย่างต่อเนื่องมาโดยตลอด ไม่ว่าจะเป็นในรูปของการแก้ไขกฎหมายหรือการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ก็ตาม โดยในการแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่ผ่านมามักจะให้เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายว่าเป็นการปรับแก้ไขเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เอกชนจะเข้ามาลงทุนในสาธารณูปโภค⁴⁷ หรือเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน⁴⁸ กรณีดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในประเทศไทยว่ามีความพยายามที่จะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้รองรับกับสภาพการณ์ที่เอกชนจะเข้ามาลงทุนในกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคมาโดยตลอด รวมทั้งการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้การให้สัมปทานกระทำด้วยความโปร่งใส มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดำเนินการคัดเลือกที่ชัดเจนแน่นอน ด้วยเหตุนี้ แนวความคิดในการปฏิรูปกฎหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการพัฒนาประเทศต่อไป อย่างไรก็ตาม การปฏิรูปกฎหมายจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักวิชาการและสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมไทย มิใช่เพียงแต่คัดลอกกฎหมายมาจากต่างประเทศหรือการบัญญัติกฎหมายตามกระแสสังคม

⁴⁷พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 ให้เหตุผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พุทธศักราช 2473 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติบางมาตราไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เอกชนจะเข้ามาลงทุนในกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค และบทกำหนดโทษไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้นำมาใช้บังคับได้ถูกยกเลิกไปแล้ว สมควรปรับปรุงให้เหมาะสมกับภาวะทางเศรษฐกิจและสภาพสังคมปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

⁴⁸พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ได้เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า “เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในปัจจุบัน ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปโดยไม่หลักเกณฑ์แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมทุนหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป สมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เท่านั้น ดังปรัชญาในเรื่องของ spirit of laws ที่เชื่อว่ากฎหมายจะมีความเหมาะสมในแต่ละประเทศแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานจึงควรที่จะสอดคล้องกับสถานการณ์ของประเทศไทยเป็นเกณฑ์ โดยหากประเทศไทยยังคงมีขีดจำกัดในเรื่องงบประมาณและต้องการการลงทุนจากภาคเอกชนแล้ว กฎหมายก็ควรเอื้ออำนวยต่อการลงทุนเพื่อดึงดูดให้นักลงทุนทั้งในและต่างประเทศเข้ามาลงทุนด้วยความมั่นใจ แต่หากประเทศไทยไม่มีปัญหาในเรื่องของงบประมาณ แต่ยังคงต้องการเทคโนโลยีจากต่างประเทศแล้ว อาจปรับเปลี่ยนรูปแบบการลงทุนจากการให้สัมปทาน เป็นการลงทุนในรูปแบบอื่น เป็นต้น ดังจะเห็นได้จากประเทศที่เป็นสังคมนิยมส่วนใหญ่มักจะมีกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องของสัมปทาน เพื่อให้ให้นักลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้ารับสัมปทาน

จากการศึกษากฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่มีอยู่ในปัจจุบันพบว่า มีกฎหมายบางฉบับที่อาจทำให้เกิดปัญหาในการตีความ โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ยกตัวอย่างเช่น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ที่กำหนดประเภทของกิจการสาธารณูปโภคไว้ ในขณะที่ที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของกิจการสาธารณูปโภคเป็นที่ราชพัสดุที่อยู่ในความดูแลของกรมธนารักษ์ กระทรวงการคลัง ตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ ทำให้เกิดปัญหาว่าจะให้หน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2473 ที่กำหนดให้กรมทางหลวงมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลบำรุงรักษาทางหลวง และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมีอำนาจอนุมัติเปิดใช้ทางหลวงสัมปทาน ในขณะที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 295 ข้อ 12(2) กำหนดเอกชนต้องจดทะเบียนทางหลวงสัมปทานต่อกรมทางหลวง ทำให้เกิดปัญหาว่าจะให้กรมทางหลวงหรือกระทรวงคมนาคมเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นต้น

ในการพิจารณาว่ากฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานควรมีการปฏิรูปหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายดังกล่าวเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันหรือไม่ หรือมีการครอบคลุมประเด็นใหม่ ๆ ของสัญญาสัมปทานหรือไม่ ทั้งนี้เพราะหากกฎหมายไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน หรือไม่ครอบคลุมประเด็นใหม่ ๆ ของสัญญาสัมปทานอย่างเพียงพอแล้วอาจเป็นเหตุของการอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการหาประโยชน์ได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นอาจไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยที่เปลี่ยนแปลงไป ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของแนวความคิดในเรื่องของการผูกขาดที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นแบบเสรี หรือการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนมากขึ้น กรณีดังกล่าวจึงทำให้ไม่สามารถตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม และการแข่งขันทางการค้า

ระหว่างประเทศได้ นอกจากนั้น กฎหมายบางฉบับอาจเป็นอุปสรรคต่อผู้ลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยได้

สาเหตุที่ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันอาจไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยในปัจจุบันนั้นเนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องสัมปทาน เช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นั้นได้ตราขึ้นในสมัยที่ประเทศไทยต้องการให้สัมปทานแก่เอกชน ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ก็ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการทุจริตในโครงการสัมปทาน จึงทำให้มีการกำหนดขั้นตอนการให้สัมปทานและการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐเอาไว้อย่างรัดกุม ซึ่งเมื่อปัจจุบันการทุจริตในสัญญาสัมปทานก็ยังคงมีอยู่เช่นนี้ กฎหมายดังกล่าวจึงยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้บังคับอยู่ต่อไป อย่างไรก็ตาม เราอาจจะต้องมาพิจารณาทบทวนว่าเหตุใดการทุจริตยังคงมีอยู่ ทั้ง ๆ ที่มีกฎหมายช่วยป้องกันอยู่แล้วในระดับหนึ่ง รวมทั้งพิจารณาถึงปัญหาและอุปสรรคในการใช้กฎหมายดังกล่าวที่ผ่านมาว่ามีปัญหาในเรื่องใดบ้าง เพื่อหาทางแก้ไขปัญหานั้นต่อไป

จะเห็นได้ว่าปัญหาและอุปสรรคของกฎหมายฉบับนี้น่าจะอยู่ที่ขั้นตอนที่ยุงยากทำให้หน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานไม่ต้องการปฏิบัติตามกฎหมายนี้ โดยอาจมิได้มีเจตนาที่จะทุจริตก็เป็นได้ ด้วยเหตุนี้ แนวทางในการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวจึงอาจแก้ไขในเรื่องของคณะกรรมการพิจารณาคัดเลือก โดยการส่งผู้แทนจากหน่วยงานอื่น ๆ เข้าร่วมด้วยนั้นควรมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การพิจารณาเบ็ดเสร็จภายในขั้นตอนเดียว และจะต้องเน้นที่ความรู้ของผู้แทนนั้นยิ่งกว่าตำแหน่ง โดยควรเป็นบุคคลที่มีความรู้ในกิจการที่ให้สัมปทานด้วย เพื่อให้เข้าใจถึงพื้นฐานของสัมปทานในเรื่องนั้น ๆ อย่างแท้จริง และอาจเพิ่มสัดส่วนของกรรมการที่เป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการ เรื่องของการเสนอผลประโยชน์สูงสุดให้แก่รัฐ เรื่องของการกำหนดกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนในการศึกษาโครงการและการพิจารณาของคณะกรรมการ ฯ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าปัจจุบันก็อยู่ระหว่างการดำเนินการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้ เพราะหากรัฐไม่หาแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวแล้ว ในที่สุดกฎหมายฉบับนี้ก็อาจไม่สามารถมาใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ และอาจมีความพยายามหลีกเลี่ยงการดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าวด้วยวิธีการต่าง ๆ ซึ่งน่าจะเป็นผลเสียยิ่งกว่าการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าว

นอกจากนั้น พระราชบัญญัตินี้ยังมีข้อจำกัดบางประการ โดยการจะอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 นั้นต้องเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการ โดยเป็นการลงทุนในกิจการของรัฐ

ตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ซึ่งการใดจะเป็นกิจการของรัฐนั้นอาจจำแนกได้เป็น 3 กรณี คือ 1) เป็นกิจการซึ่งหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย 2) เป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือ 3) เป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากกิจการที่ดำเนินการนั้นเป็นกิจการผูกขาดของรัฐตามกฎหมายแล้ว จะมีผลให้กิจการนั้นเป็นกิจการที่หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายอันเป็นกิจการของรัฐประเภทหนึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ แต่หากมีการตรากฎหมายยกเลิกการผูกขาดกิจการดังกล่าวแล้ว ก็จะทำให้กิจการนั้นไม่เป็นกิจการผูกขาดของรัฐอีกต่อไป ซึ่งเอกชนคนใดสามารถขออนุญาตดำเนินการดังกล่าวได้ จึงทำให้กิจการดังกล่าวไม่ใช่กิจการที่รัฐมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในขณะที่ยังดำเนินการในปัจจุบันนั้นการดำเนินการใด ๆ ย่อมต้องการความรวดเร็ว ต้องการไม่ให้เกิดการผูกขาด ต้องการให้มีการแข่งขันโดยเสรี ดังนั้น กฎหมายที่มีอยู่จึงอาจไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน

ดังนั้น ในตอนนี้จึงเป็นการศึกษาเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน โดยนำข้อมูลและคำตอบที่ได้รับจากการศึกษาในตอนที่ 3 ของบทที่ 1 ตอนที่ 2 ของบทที่ 3 และตอนที่ 2 ของบทนี้ มาวิเคราะห์ว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานที่มีอยู่ในปัจจุบันมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบันหรือไม่ หรือควรมีการปรับปรุงแก้ไขอย่างไร กฎหมายไทยที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในปัจจุบันมีข้อดีข้อเสียอย่างไร กฎหมายดังกล่าวมีส่วนทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานขึ้นในประเทศไทยหรือไม่ อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยด้วยแล้วจะทำให้มีปัญหาใด ๆ เกิดขึ้นหรือไม่ พร้อมทั้งนำข้อมูลและคำตอบที่ได้รับจากการศึกษาในตอนที่ 3 ของบทที่ 2 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบด้วย จากนั้นจึงนำข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์เพื่อหาข้อสรุปและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวคิดและแนวทางการปฏิรูปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานว่าประเทศไทยควรมีการปฏิรูปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานอย่างไร เพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นส่วนใหญ่มักจะเป็นกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนของการให้สัมปทานและการดำเนินการมากกว่า โดยเฉพาะสัมปทานบริการสาธารณะ แต่ไม่ได้เป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พ.ศ.2535 ที่ประกอบไปด้วยขั้นตอนการเสนอโครงการ ขั้นตอนการเสนอโครงการ ขั้นตอนการดำเนินโครงการ และขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล เป็นต้น กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินงานต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาว่าจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐหรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวมักเป็นคำถามที่หน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐสอบถามมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานอัยการสูงสุดเสมอ⁴⁹

ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 จึงเป็นตัวอย่างหนึ่ง ที่ควรได้รับการปฏิรูปในประเด็นต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของคณะกรรมการประสานงาน ที่ควรมีกำหนดกรอบเวลาที่ชัดเจนในการพิจารณาของคณะกรรมการ เพื่อไม่ให้เป็นไปอย่างล่าช้า และควรให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นทางด้านเทคนิคในเบื้องต้นก่อน นอกจากนั้น ควรกำหนดกรอบความคิดในเรื่องของผลประโยชน์ของรัฐให้ครอบคลุมไปถึงผลประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับด้วยเพื่อไม่ให้เกิดการสร้างภาระแก่ประชาชน รวมทั้งพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่เอกชนจะสามารถยอมรับเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานได้ด้วย

ประเด็นที่น่าพิจารณาประการหนึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ คือ มาตรา 23 ที่กำหนดให้คณะกรรมการนำผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณานั้น ทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า ประเด็นในการเจรจาต่อรองประการหนึ่งที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดไว้คือต้องมีการเจรจาต่อรองในเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ นั้นทำให้เกิดข้อสงสัยว่าหากเอกชนไม่ได้เสนอผลประโยชน์ของรัฐ แต่ตกลงว่าจะคิดค่าบริการจากประชาชนในอัตราที่ต่ำเช่นนี้แล้ว จะถือว่าเป็นผลประโยชน์ของรัฐหรือไม่ บทบัญญัติดังกล่าวทำให้เป็นบทบังคับให้เอกชนต้องเสนอผลประโยชน์ของรัฐหรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติส่วนนี้น่าที่จะมีการปฏิรูปด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายดังกล่าว โดยอาจแก้ไขถ้อยคำเป็น “..ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ หรือประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ..” ทั้งนี้ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐสามารถนำประเด็นในเรื่องของการเก็บค่าบริการที่ต่ำเพื่อประโยชน์ของประชาชน มาพิจารณาได้

⁴⁹เรื่องเสร็จที่ 291/2536 (ประชุมใหญ่) บันทึกเรื่อง การต่ออายุสัญญาของโครงการที่มีอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ใช้บังคับ, รวบรวมโดยกาญจรัตน์ ลีวิโรจน์ และศรัณยู โพธิ์ธวัชกุล, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 12, ตอน 3, น.643-656 (ธันวาคม 2541).

ซึ่งน่าจะเป็นผลดีมากกว่าที่จะคำนึงถึงแต่ผลประโยชน์ของรัฐเท่านั้น ซึ่งความจริงแล้ว รัฐเองก็เคยมีนโยบายในการเรียกเก็บค่าบริการที่ต่ำ ไม่พิจารณาจากข้อเสนอผลประโยชน์สูงสุดเป็นเกณฑ์ เช่น โครงการเปิดสัมปทานโทรศัพท์มือถือรายใหม่ ในคลื่นความถี่ 1500 และ 1900 เมกะเฮิรตซ์ (MHz) แต่โดยที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวขัดแย้งกับขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เนื่องจากเกณฑ์การพิจารณาต้องพิจารณาจากผลประโยชน์สูงสุดของรัฐตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความตามมาตรา 8 และ 15 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จึงทำให้ไม่สามารถกระทำได้ หรือกรณีโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง (มอเตอร์เวย์) สายบางใหญ่-บ้านโป่ง ที่คณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเคยวางหลักการในอันที่จะให้บริษัทที่ได้รับสัมปทานไม่ต้องแบ่งปันรายได้ในโครงการให้แก่รัฐหรือกรมทางหลวง เพื่อให้สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน 2541 ในเรื่องของการกำหนดหลักเกณฑ์ในการส่งเสริมกิจการสัมปทานที่เอกชนดำเนินการและต้องโอนสิทธิให้รัฐ ซึ่งหมายความว่าในการพิจารณาให้สัมปทานโครงการดังกล่าวไม่ต้องพิจารณาเกณฑ์เงื่อนไขการคิดผลประโยชน์ตอบแทนของรัฐสูงสุดเป็นเกณฑ์ แต่ผู้แทนของหน่วยงานอื่น ๆ ที่อยู่ในคณะกรรมการพิจารณาการดำเนินโครงการตามมาตรา 13 ก็ไม่ยินยอม ยังคงยืนยันที่จะต้องถือเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกจากวงเงินผลประโยชน์สูงสุดที่เอกชนเสนอเป็นเกณฑ์ จึงทำให้ไม่สามารถกระทำได้ กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าถ้าเช่นนั้นแล้วหลักเกณฑ์ในเรื่องของผลประโยชน์ตอบแทนของรัฐนี้ควรที่จะมีการพิจารณาทบทวนหรือปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนมากกว่าหรือไม่

จากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่า กฎหมายที่อาจเป็นอุปสรรคต่อผู้ลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เนื่องจากมีขั้นตอนการดำเนินการที่ยาวนาน จึงอาจทำให้ไม่ดึงดูดผู้ลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนเท่าใดนัก พระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่มีการจำกัดหรือห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการบางอย่างที่อาจถือเป็นอุปสรรคประการหนึ่งในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ ประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ห้ามคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จึงอาจเป็นอุปสรรคในการเข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติที่ทำให้ไม่สามารถนำทรัพย์สินที่ก่อสร้างบนที่ดินไปจำนองกับสถาบันการเงินที่ให้เงินกู้ได้ พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมดให้กับกระทรวงการคลังที่ก่อสร้างแล้วเสร็จ ทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่มั่นใจในการ

ลงทุนเหมือนกับกรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 ที่กำหนดให้สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความชัดเจนในแนวทางการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทาน เป็นต้น

กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งของปัญหาและอุปสรรคในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีการปฏิรูปกฎหมาย โดยแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายแนวทางหนึ่ง คือ การบัญญัติกฎหมายหรือการแก้ไขกฎหมาย ซึ่งการบัญญัติกฎหมายนับเป็นมาตรการหนึ่งในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ กรณีดังกล่าวนี้รัฐจึงอาจบัญญัติกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้รองรับการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ เช่น พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง เพื่อให้ผู้รับสัมปทานสามารถนำผู้เชี่ยวชาญต่างชาติเข้ามาในราชอาณาจักรตามความจำเป็นในการประกอบกิจการที่ได้รับสัมปทานได้ ประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อให้ผู้รับสัมปทานถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เท่าที่จำเป็น กฎหมายว่าด้วยการศุลกากร โดยให้ได้รับยกเว้นเรื่องอากรนำเข้าต่าง ๆ ในลักษณะของการให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ประกอบการเพื่อจูงใจให้มีการลงทุนกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร โดยให้ได้รับยกเว้นการเสียภาษีอากรหรือได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีอากร พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 เพื่อให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเก็บรักษาเงินตราต่างประเทศและนำหรือส่งเงินออกนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ลงทุนมีความมั่นใจในการนำกำไรกลับประเทศ รวมทั้งการมีบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานให้ชัดเจนโดยเฉพาะในเรื่องของการยึดหรือริบกิจการของนักลงทุนต่างชาติ ด้วยการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติว่ารัฐจะไม่ออกกฎหมายหรือระเบียบใด ๆ เพื่อยึดหรือริบคืนกิจการของนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนรับสัมปทานในประเทศไทย เว้นแต่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ แต่ทั้งนี้รัฐจะกระทำการโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ด้วยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายและจะมีการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ เป็นธรรม และไม่ชักช้าให้กับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งกรณีดังกล่าวนอกจากการบัญญัติกฎหมายแล้ว ก็ควรที่จะกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานเพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนต่างชาติด้วย เป็นต้น

อย่างไรก็ดี นอกจากการบัญญัติกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายเพื่อส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศแล้ว รัฐจะต้องคำนึงถึงผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นต่อประเทศชาติและประชาชนด้วย เพราะแม้ว่าสัญญาสัมปทานอาจเป็นสัญญาการลงทุนประเภทหนึ่ง แต่จุดมุ่งหมายของสัญญาสัมปทานมีความแตกต่างไปจากสัญญาการลงทุนประเภทอื่น โดยสัญญาสัมปทานมี

พื้นฐานมาจากการควบคุมดูแลทรัพยากรของรัฐ และการควบคุมกิจการค้าขายที่เป็นสาธารณูปโภคอันกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานจึงควรคำนึงประเด็นดังกล่าวนี้ด้วย ซึ่งทำให้ควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศด้วย โดยรัฐจะต้องพิจารณาว่ากิจการใดที่รัฐควรจำกัดหรือห้ามการลงทุนจากต่างประเทศอย่างเด็ดขาด โดยเฉพาะในกิจการที่อาจมีกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ หรือรัฐอาจอนุญาตให้เอกชนต่างชาติมาลงทุนแต่มีการออกกฎหมายหรือระเบียบต่าง ๆ ในการควบคุมการลงทุนของต่างชาติเพื่อสงวนอำนาจอธิปไตยของรัฐและเพื่อป้องกันความเสี่ยงต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศและประชาชน

สำหรับกฎหมายกลางในเรื่องของสัมปทานในประเทศไทยนั้น จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยเคยมีแนวความคิดในการร่างกฎหมายกลางมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ดังนั้น แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายกลางในเรื่องของสัญญาสัมปทานจึงไม่ใช่เรื่องใหม่สำหรับประเทศไทยแต่อย่างใด เพียงแต่ขึ้นอยู่กับว่ามีความจำเป็นเพียงใดในการทำสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาสัมปทานในเรื่องนั้น ๆ ยังคงมีความจำเป็นอยู่หรือไม่

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศพบว่า บางประเทศมีการบัญญัติกฎหมายสัมปทานเป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศบัลแกเรีย มี Concession Law ที่ยอมรับทั้งชาวบัลแกเรียและชาวต่างชาติเข้าแข่งขันหรือประกวดราคาเพื่อเข้ารับสัมปทานได้ ซึ่งระยะเวลาสัมปทานส่วนใหญ่ประมาณ 35 ปี แต่ก็ยังอาจมีการขยายออกไปได้ถึง 50 ปี ประเทศโรมาเนีย มี The Law on Concession อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทานในทรัพย์สินของรัฐ ประเทศเซอร์เบีย มี Concession Act ที่รัฐสภาแห่งเซอร์เบียเพิ่งให้ความเห็นชอบเมื่อเดือนพฤษภาคม 2546 ที่ผ่านมา และประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาของสาธารณรัฐเซอร์เบีย ซึ่งกฎหมายนี้ก็มีการกำหนดเงื่อนไขและกระบวนการได้รับสัมปทานในรูปแบบ BOT เป็นต้น

สำหรับในบางประเทศนั้น การให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในภายใต้กฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Investment Law) เช่น สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย ที่กำหนดให้ชาวต่างชาติอาจจะได้รับสัมปทานเป็นเวลาไม่เกิน 30 ปี โดยการให้สัมปทานจะดำเนินการด้วยการประกวดราคา และมีการกำหนดเงื่อนไขสัญญาว่าจะประกอบด้วย คู่สัญญาเนื้อหาของสัมปทาน ระยะเวลาของสัมปทาน วิธีและเวลาที่จำกัดสำหรับผู้ให้กู้ การชดเชยค่าเสียหาย สิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการเพื่อความคุ้มครองความปลอดภัยและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เงื่อนไขในการสิ้นสุดสัญญา การระงับข้อพิพาท และเงื่อนไขอื่น ๆ ที่คู่สัญญาดตกลงกัน ทั้งนี้ สัมปทานอาจโอนไปยังชาวต่างชาติบางส่วนหรือทั้งหมดโดยได้รับความเห็นชอบก่อน

หากสัญญาสัมปทานใดโดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบก่อนแล้ว ย่อมทำให้สัญญาสัมปทานนั้นเป็นโมฆะ กฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดถึงการให้ความเห็นชอบของรัฐมนตรีด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยศาลในยูโกสลาเวีย เว้นแต่สัญญากำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

สำหรับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่อยู่ปัจจุบันนั้น อาจแยกออกได้เป็น 3 ส่วน คือ ข้อกฎหมายที่รัฐยังจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบการดำเนินการของเอกชน ข้อกฎหมายที่รัฐทำหน้าที่เพียงกำกับดูแล และข้อกฎหมายที่รัฐควรสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เอกชนในการดำเนินการที่ได้รับสัมปทาน ซึ่งผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานดังนี้

1) ในเบื้องต้นรัฐอาจต้องกำหนดก่อนว่ากิจการใดที่รัฐยังจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบการดำเนินการของเอกชน ซึ่งกิจการดังกล่าวนี้ รัฐควรให้เอกชนเข้ามาลงทุนด้วยการให้สัมปทานเพื่อที่รัฐจะสามารถควบคุมการดำเนินการของเอกชนได้อย่างเต็มที่

2) ควรกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน กลไกในการบริหารสัญญาสัมปทานให้ชัดเจน เช่น ในรูปของระเบียบปฏิบัติ คู่มือปฏิบัติงาน การให้หน่วยงานของรัฐจัดตั้งส่วนงานบริหารสัญญาสัมปทานขึ้นเป็นการเฉพาะ โดยพัฒนาบุคลากรให้มีความรู้ คุณธรรม และรับผิดชอบเพื่อมาทำงานในส่วนงานดังกล่าว โดยมีสำนักงานอัยการสูงสุดและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นที่ปรึกษา

3) สำหรับการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานโดยตรงนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในเวลาประเทศไทยอาจยังไม่มี ความจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายในเรื่องของสัมปทาน เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันน่าจะเพียงพอต่อการนำมาใช้อยู่แล้ว เพียงแต่มีกฎหมายหลายฉบับที่ไม่เป็นจริงในทางปฏิบัติ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการตีความหรือการปฏิบัติตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยจึงควรมีแนวทางที่ชัดเจนในเรื่องของสัมปทานให้กับหน่วยงานของรัฐในทำนองเดียวกับระเบียบพัสดุเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการดำเนินการและสร้างความเชื่อมั่นให้แก่เอกชนที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย เช่น การกำหนดแนวทางดำเนินการในลักษณะของ guideline หรือระเบียบภายใน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดแนวทางดำเนินการในลักษณะของ guideline หรือระเบียบภายในนั้น อาจไม่ได้ผลในทางปฏิบัติเนื่องจากความไม่กล้าตัดสินใจของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งจากประสบการณ์ของผู้เขียนเองเมื่อครั้งที่เป็นการพิจารณาในเรื่องหนึ่งเรื่องใดพบว่า หลายครั้งเมื่อมีปัญหาในการพิจารณาเรื่องใด มักจะมีการหยิบยกกฎหมายหรือระเบียบนั้นขึ้นมาตีความกันตามถ้อยคำ และส่วนใหญ่มักจะมองว่าการปฏิบัติตามกฎหมายเป็นเรื่องที่ปลอดภัยที่สุด จึงทำให้

เป็นการยากที่จะมีผู้กล้าตีความเพื่อให้ดำเนินการได้จริงในทางปฏิบัติ ดังนั้น ในที่สุดแล้วการแก้ไข ปัญหาในประเทศไทยด้วยวิธีการบัญญัติกฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ จึงอาจจะเป็นการ แก้ไขปัญหาที่ได้ผลมากที่สุด เพียงกฎหมายที่บัญญัติออกมานั้นต้องสามารถปฏิบัติได้จริงในทาง ปฏิบัติด้วย

4) รัฐควรใช้มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการลงทุนในเรื่องต่าง ๆ เช่น การให้ หลักประกันแก่เอกชนว่ารัฐจะไม่อำนาจอรัฐในการบังคับโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการ สัมปทานมาเป็นของรัฐ การให้สิทธิพิเศษด้านคนเข้าเมืองแก่บุคลากรของผู้รับสัมปทาน การให้สิทธิ พิเศษทางด้านศุลกากรและภาษีอากร การให้สิทธิพิเศษในการนำเข้าและส่งออกเงินตราต่างประเทศ เป็นต้น

5) โดยที่สัญญาสัมปทานมักมีความเกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อประชาชน ซึ่งในบาง โครงการอาจมีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชน เป็นการทำลายวิถีชีวิตหรือโอกาสในการ ประกอบอาชีพของประชาชนด้วย ดังนั้น การปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานจึง จำต้องพิจารณาจากประโยชน์ของรัฐและประชาชนเป็นสำคัญ และควรมีการรับฟังความคิดเห็นของ ประชาชนหรือให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาโครงการนั้นด้วยในฐานะที่สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาที่มีผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการบัญญัติกฎหมายอาจเป็นแนวทางหนึ่งในการปฏิรูปกฎหมาย แต่ก็ ไม่ได้หมายความว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาเสมอไป ทั้งนี้เพราะการ บัญญัติกฎหมายนั้นบางครั้งก็ไม่สามารถแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติได้ หากผู้ปฏิบัติไม่เข้าใจถึง ปัญหาที่แท้จริงของสัญญาสัมปทาน อีกทั้งการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ในประเทศไทยก็ไม่ใช่ว่าเรื่อง ที่กระทำได้โดยง่ายเนื่องจากกระบวนการนิติบัญญัติค่อนข้างจะมีความล่าช้าซึ่งอาจไม่ทันต่อการ เปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งความต้องการประชาชนและการแก้ไขของประเทศได้ อย่างทันทั่วถึง

นอกจากนั้น แม้ว่าการปฏิรูปกฎหมายจะเป็นแนวทางหนึ่งในการแก้ไขปัญหของ สัญญาสัมปทาน แต่ต้องเข้าใจว่ากฎหมายเป็นเพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งในการรักษาและอำนวย ความยุติธรรมเท่านั้น ดังที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้เคยพระราชทานพระบรมราโชวาทใน พืธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สอบไล่ได้วิชาความรู้ชั้นนิติบัณฑิต สมัยที่ 33 ปีการศึกษา 2523 เมื่อวันพฤหัสบดีที่ 29 ตุลาคม 2534 ซึ่งจะขอน้อมเกล้าอัญเชิญพระบรมราโชวาทดังกล่าว ในบางตอนความว่า “.....ฯลฯ.....ควรจะทำความเข้าใจให้แน่ชัดว่ากฎหมายนั้นไม่ใช่ตัวความ ยุติธรรม เป็นแต่เพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งสำหรับใช้ในการรักษาและอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น

การใช้กฎหมายจึงต้องมุ่งหมายใช้เพื่อรักษาความยุติธรรมไม่ใช่เพื่อรักษาตัวบทของกฎหมาย และการรักษาความยุติธรรมในแผ่นดิน ก็ได้มีวงแคบอยู่เพียงแค่ขอบเขตของกฎหมาย หากต้องขยายออกไปให้ถึงศีลธรรมจรรยาตลอดจนเหตุและผลความเป็นจริงด้วย....ฯลฯ....”

ดังนั้น การนำมาตรากฎทางด้านการกฎหมายมาเพื่อแก้ไขปัญหาก็ต้องคำนึงถึงความยุติธรรมเป็นสำคัญ โดยนำเหตุและผลความเป็นจริงมาพิจารณาด้วย มิใช่มุ่งแต่เพียงประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น เพราะมิฉะนั้นแล้ว แนวความคิดในการปฏิรูปกฎหมายคงไม่อาจนำไปใช้ในการแก้ไขปัญหได้อย่างแท้จริง สำหรับกรณีของสัญญาสัมปทานนั้น คงต้องพิจารณาไปที่รากหรือแก่นแท้ของสัมปทานก่อนว่ามาจากอะไร ซึ่งจะเห็นได้ว่าแก่นแท้ของสัมปทานนั้นมาจากการที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ให้บริการสาธารณะแทนรัฐ ด้วยเหตุนี้ แม้วิวัฒนาการทางการค้าระหว่างประเทศจะได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว จนทำให้สัญญาสัมปทานดูเหมือนว่าจะมีการแปรรูปไปจากหลักของสัญญาสัมปทานแบบดั้งเดิม มาเป็นลักษณะของสัญญาที่มีความเป็นธุรกิจค่อนข้างมากในปัจจุบันก็ตาม แต่ความจริงแล้ว เราต้องคำนึงถึงเสมอว่ารากหรือแก่นแท้ของสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะสัมปทานบริการสาธารณะนั้นมีเป้าหมายสำคัญในการบริการสาธารณะแก่ประชาชน ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นของรัฐแต่รัฐมอบให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐเพื่อประโยชน์ในแง่ของเงินลงทุนและเทคโนโลยี ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงควรมุ่งเน้นการบริการสาธารณะแก่ประชาชนและคำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับเป็นสำคัญ ไม่ใช่คำนึงถึงผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับจากการให้สัมปทานแก่เอกชนอย่างที่เป็นอยู่ในทุกวันนี้ ซึ่งหากรัฐคำนึงถึงแต่ประโยชน์ที่รัฐจะได้รับแล้วก็คงจะเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทานไปอย่างแน่แท้ เพราะความจริงแล้ววัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญาสัมปทาน คือ การให้บริการแก่ประชาชนที่รัฐไม่ต้องลงทุนเอง แต่รัฐได้มอบหมายให้เอกชนที่มีความเชี่ยวชาญทางเทคโนโลยีมาดำเนินการแทนรัฐ ดังนั้น ในอนาคตการให้สัมปทานจึงอาจจะไม่ได้พิจารณาจากผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนเสนอให้กับหน่วยงานของรัฐ แต่อาจจะพิจารณาจากเงื่อนไขว่าหากเอกชนเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานแล้ว ประชาชนจะได้รับประโยชน์อะไรตอบแทนมากกว่ากัน และเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาว่าเอกชนได้รับประโยชน์ในเวลาที่ยาวนานเกินไป ก็อาจต้องมีการพิจารณาถึงระยะเวลาของสัญญาสัมปทานที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงความเสี่ยงของเอกชนในการลงทุน โครงการด้วยว่าโครงการนี้มีความเสี่ยงในการลงทุนมากน้อยเพียงไร จำนวนเงินเท่าไรที่เอกชนต้องใช้ในการลงทุน และระยะเวลาในการคืนเงินลงทุนและผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับการลงทุน โดยพิจารณาทุกด้านมิใช่เพียงรายได้ที่จะได้รับการเก็บจากประชาชนเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึง

รายได้อื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้น เช่น รายได้จากการโฆษณา ซึ่งหากรัฐสามารถดำเนินการไปในแนวทางดังกล่าวได้แล้ว ผลประโยชน์ที่แท้จริงก็น่าจะตกแก่ประชาชน

2. ความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมายเพื่อให้รองรับในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ารับสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย

จากการศึกษาวิจัยพบว่ามาตรการในการกระจายความเสี่ยงสำหรับการลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ของรัฐที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมมากที่สุดและดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศมากที่สุด คือ การนำมาตรการทางกฎหมาย และมาตรการทางสัญญามาใช้ ดังนั้น ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาว่ากรณีจะมีความเป็นไปได้เพียงใดในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเพื่อให้รองรับในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ารับสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย ซึ่งการพัฒนากฎหมายดังกล่าวก็เพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย และเพื่อมิให้ส่งผลกระทบในทางเสียหายต่อประเทศชาติและประชาชน ตลอดจนผู้ลงทุนไทยหากผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

ในการพิจารณาความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมายเพื่อให้รองรับในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้น สามารถพิจารณาได้ทั้งการพัฒนากฎหมายโดยการออกกฎหมายใหม่ และการพัฒนากฎหมายโดยการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แล้ว

2.1 การพัฒนากฎหมายโดยการออกกฎหมายใหม่

สำหรับการพัฒนากฎหมายโดยออกกฎหมายใหม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ความจริงแล้วกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้ก็มีความเกี่ยวข้องกับสัมปทานในเรื่องต่าง ๆ และน่าจะเพียงพอต่อการรองรับการลงทุนเพื่อเข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติอยู่แล้ว เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ที่บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องของการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้สัมปทานทางหลวง พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ที่สามารถให้ความมั่นใจกับผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามารับสัมปทานในประเทศไทยได้ว่า รัฐจะไม่โอนกิจการมาเป็นของรัฐ⁵⁰ และจะไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับผู้รับสัมปทาน⁵¹ เป็นต้น ซึ่งจาก

⁵⁰พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

มาตรา 43 “รัฐจะไม่โอนกิจการของผู้ได้รับการส่งเสริมมาเป็นของรัฐ”

บทบัญญัติของกฎหมายเช่นว่านี้เอง จึงทำให้ผู้เขียนเห็นว่าในขณะนี้ประเทศไทยอาจยังไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายที่มีอยู่อาจเพียงพอที่จะรองรับการลงทุน แต่อาจไม่เพียงพอต่อการจูงใจผู้ลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุน ดังนั้น ประเทศไทยจึงน่าจะเริ่มต้นจากการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ

2.2 การพัฒนากฎหมายโดยการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แล้ว

ประเทศไทยควรมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แล้วให้มีความชัดเจนมากขึ้น เพื่อให้มีมาตรฐานเป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ เช่น ตามข้อเสนอแนะของ UNCITRAL เป็นต้น นอกจากนั้น จากการศึกษากฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นพบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานบางฉบับที่อาจเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนในรูปแบบของสัมปทาน เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ที่มีความไม่ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการตีความและปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ เช่น การตีความคำว่ากิจการของรัฐ ร่วมงานหรือดำเนินการ ลักษณะของกิจการใดที่เข้าข่ายที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ส่งผลให้มีการหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รวมทั้งสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นจำนวนมาก อีกทั้งกฎกระทรวง (พ.ศ.2537) ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็ยังมีบทบังคับให้เอกชนเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐ ซึ่งแสดงถึงการยึดผลประโยชน์สูงสุดของรัฐเป็นเกณฑ์ ที่อาจไม่ใช่ผลประโยชน์ที่เป็นธรรมสำหรับประชาชน ทำให้เงินลงทุนผลประโยชน์ที่เอกชนผู้รับสัมปทานต้องจ่ายให้แก่รัฐ รวมทั้งดอกผล กำไร ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เอกชนผู้รับสัมปทานต้องลงทุนลงไป สิ่งเหล่านี้จะสะท้อนลงไปยังต้นทุนอัตราค่าบริการที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะไปเรียกเก็บจากประชาชนผู้ใช้บริการโดยตรง หรืออาจทำให้เอกชนมองว่าไม่คุ้มค่ากับการลงทุน เนื่องจากการกำหนดให้เอกชนต้องเสนอผลประโยชน์ที่จะให้แก่อำนาจรัฐทั้งในรูปตัวเงิน และผลประโยชน์อื่น ๆ โดยชัดเจนนั้น ย่อมทำให้เป็นการเพิ่มต้นทุนการลงทุนให้แก่เอกชนที่สนใจเข้ารับสัมปทาน จึงทำให้การลงทุนในรูปแบบสัมปทานไม่เป็นที่สนใจของเอกชนและไม่มีเอกชนมาลงทุน นอกจากนั้น ยังเป็นการผลักภาระค่าบริการที่สูงขึ้นแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็น อันน่าจะเป็นการขัดต่อหลักการของบริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐอยู่แล้วในการบริการแก่ประชาชน แต่รัฐกลับนึกถึงผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับยิ่งกว่าผลประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ ด้วยเหตุนี้ จึงควรแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องนี้เพื่อให้เอื้ออำนวยต่อการลงทุน

⁵¹พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

มาตรา 44 “รัฐจะไม่ประกอบกิจการขึ้นใหม่แข่งขันกับผู้ได้รับส่งเสริม”

ดังนั้น ความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมายเพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติ เข้ารับสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยนี้ จึงควรเริ่มต้นจากการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ ในปัจจุบันในประเด็นต่าง ๆ ให้มีความชัดเจนขึ้นเพื่อให้เอื้ออำนวยต่อการลงทุน และผลประโยชน์ ตกอยู่กับประชาชนอย่างแท้จริง เช่น

2.2.1 แก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ ของรัฐ

โดยที่เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้มาจากความต้องการกำหนด แนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในการให้สัมปทานและการร่วมการงานของเอกชนในกิจการของรัฐ จึงทำ ให้กฎหมายนี้มุ่งเน้นไปที่ความโปร่งใสในการดำเนินการโครงการสัมปทานมากกว่าการส่งเสริม การลงทุนในโครงการของรัฐ กรณีดังกล่าวจึงทำให้กฎหมายนี้มีบางประเด็นที่อาจเป็นอุปสรรคต่อ การลงทุน ซึ่งน่าจะมีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) แก้ไขกฎกระทรวงเรื่องการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนของรัฐ

จากการที่กฎหมายนี้มีบทบัญญัติให้เอกชนต้องเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐ จึงทำให้หลายโครงการไม่สามารถดำเนินการได้เนื่องจากไม่มีเอกชนสนใจเข้ามารับสมัครงาน เพราะเกรงว่าไม่คุ้มค่ากับการลงทุน ซึ่งนับว่าเป็นสิ่งหนึ่งที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุน ดังนั้น จึงควร มีการแก้ไขกฎกระทรวงในเรื่องของการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐ มาเป็นการคิด ค่าบริการในอัตราที่เป็นธรรมเพื่อให้ประโยชน์ที่แท้จริงตกอยู่กับประชาชน หรือหากโครงการใด เมื่อได้ศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการแล้วพบว่าผลตอบแทนต่ำ แต่มีความจำเป็นที่ต้อง ดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนให้แก่ประชาชน หน่วยงานของรัฐก็อาจเข้าร่วมลงทุน กับเอกชนในโครงการนั้นด้วยเพื่อให้โครงการดังกล่าวสำเร็จลุล่วงตามจุดมุ่งหมายที่ตั้งไว้

2) กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของระยะเวลาของการดำเนินการให้สัมปทานให้ชัดเจน

จากการที่สัญญาสัมปทานมักประสบปัญหาจากการเข้ามาแสวงหาประโยชน์ของ นักการเมือง ความล่าช้าของโครงการส่วนใหญ่เกิดขึ้นมาจากผลประโยชน์ที่ยังไม่ลงตัวระหว่างกัน จนทำให้การเริ่มต้นโครงการเป็นไปอย่างล่าช้า แต่ไปเร่งงานในส่วนของการออกแบบและก่อสร้าง จนทำให้งานได้รับความเสียหาย หรือทำให้ประเทศชาติต้องเสียหายจากความล่าช้าในการ ดำเนินงาน เช่น มูลค่าของโครงการสูงขึ้น หรือประชาชนได้รับความเดือดร้อน เป็นต้น ดังนั้น การ ดำเนินการให้สัมปทานจึงควรกำหนดระยะเวลาอย่างชัดเจนในแต่ละขั้นตอน โดยหากหน่วยงานใด ไม่สามารถกระทำได้ภายในกำหนดเวลา ก็อาจปรับเปลี่ยนให้หน่วยงานอื่นเป็นเจ้าของโครงการแทน

3) แก้ไขคำนิยามของ “โครงการ” ตามมาตรา 5 โดยให้รวมถึงการลงทุนจากต่างชาติ หรือโครงการที่ต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนด้วย

4) กำหนดระยะเวลาในการตรวจร่างสัญญาสัมปทานให้ชัดเจน และกำหนดให้หน่วยงานที่ตรวจร่างสัญญาสัมปทานกระทำได้ทั้งสำนักงานอัยการสูงสุด หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

5) กำหนดให้การแก้ไขสัญญาสัมปทานที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาในสาระสำคัญต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน

6) แก้ไของค์ประกอบของคณะกรรมการประสานงาน ให้มีผู้เชี่ยวชาญในกิจการสัมปทานนั้นรวมอยู่ด้วย และให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการเป็นกรรมการและเลขานุการ

2.2.2 แก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นยอมรับสภาพความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามหลักการจดทะเบียน (Incorporate) ซึ่งในส่วนของสัญญาสัมปทานนั้น อาจทำให้เกิดความเข้าใจว่าผู้รับสัมปทานในประเทศไทยมีเฉพาะนิติบุคคลไทย อันเนื่องมาจากการที่ข้อกำหนดในเอกสารเชิญชวนให้เอกชนยื่นข้อเสนอเพื่อเข้ารับสัมปทาน หรือเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน มักมีการกำหนดให้ผู้รับสัมปทานไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทใหม่ตามกฎหมายไทยเพื่อเข้ารับสัมปทาน แต่ข้อกำหนดเช่นว่านี้ มิได้หมายความว่าประเทศไทยไม่ยอมรับการเข้ามาลงทุนของนิติบุคคลต่างด้าวแต่อย่างใด ซึ่งทำให้นิติบุคคลต่างด้าวอาจเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานได้โดยไปจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าแม้ผู้รับสัมปทานจะไปจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่แล้ว แต่องค์ประกอบต่างชาติก็ยังถูกพบในสัญญาสัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นในรูปของกรรมการผู้มีอำนาจที่เป็นเอกชนต่างชาติ หรือการกำหนดให้นำเทคโนโลยีมาจากต่างประเทศ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม จากสถานการณ์ในปัจจุบันพบว่าผู้รับสัมปทานในบางสัญญามีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นเป็นเอกชนต่างชาติ กรณีดังกล่าวจึงทำให้เกิดประเด็นที่น่าพิจารณาว่า สัญญาสัมปทานสามารถยอมรับผู้รับสัมปทานที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่ผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานได้หรือไม่ ซึ่งปัจจุบันปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องที่เร่งพิจารณาเนื่องจากปัจจุบันพบว่ามีเข้ามาลงทุนของกองทุนต่างชาติและการลงทุนในรูปแบบของการถือหุ้นแทน (Nominee) ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐได้ ดังนั้น จึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ด้วยการกำหนดคำนิยามของคนต่างด้าว รวมทั้งกรณีการถือหุ้นแทนให้ชัดเจน และเพิ่มเติมกิจการเกี่ยวกับสัมปทานเข้าไว้ด้วย ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยได้เริ่มมีการดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไปแล้วบางส่วน โดยให้รวมถึงการให้คนไทยถือ

หุ้นแทน และกรณีที่คนต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 แต่ใช้สิทธิออกเสียงเกินร้อยละ 50 ด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะเป็นแนวทางดำเนินการที่ถูกต้องเพราะแม้อาจจะดูเหมือนว่าเป็นการกีดกันการลงทุนจากต่างชาติและอาจทำให้คนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยน้อยลง แต่ความจริงแล้วการแก้ไขกฎหมายเช่นนี้ไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยไม่ต้องการเงินลงทุนจากต่างชาติ แต่ต้องการสร้างความชัดเจนในกฎหมายไทย และความถูกต้องในทางปฏิบัติด้วย ไม่ใช่เพื่อใช้ช่องว่างของกฎหมายมาหลบเลี่ยงกฎหมายและอาจทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหาประโยชน์จากกรณีดังกล่าวได้ ดังนั้น การสร้างความชัดเจนในกฎหมายจึงน่าจะเป็นสิ่งที่สร้างความมั่นใจในการลงทุนให้กับนักลงทุนต่างชาติมากกว่า และยังทำให้นักลงทุนต่างชาติสามารถคำนวณความเสี่ยงในการลงทุนได้อย่างชัดเจน เพียงแต่รัฐบาลควรกำหนดประเภทของกิจการที่จะให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยให้ชัดเจน โดยเฉพาะในกิจการที่เกี่ยวกับสัมปทาน

2.2.3 แก้ไขพระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน

ควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการส่งเสริมการลงทุนที่ชัดเจนสำหรับผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามารับสัมปทานในประเทศไทย

2.2.4 แก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาทองปกครอง

1) กำหนดคำนิยามผู้เสียหายที่มีสิทธิฟ้องคดีในสัญญาทางปกครองว่าโดยให้รวมถึงประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยตรงจากการใช้บริการสาธารณูปโภคในกิจการของรัฐที่ให้สัมปทาน

2) กำหนดคำนิยามของสัญญาทางปกครองให้รวมถึงสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐด้วย

3) กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาทางปกครองว่า ถ้าไม่มีกฎหมายบังคับเป็นการเฉพาะ ให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม

4) กำหนดให้ศาลปกครองใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาหากเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อประชาชน

สรุป

จากการศึกษาในบทที่ 4 ทำให้ได้ข้อสรุปว่า ปัญหาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งความไว้วางใจของประชาชน ในขณะที่ประเทศไทยยังคงต้องการให้มีการลงทุนจากต่างประเทศ และต้องการดำเนิน

โครงการขนาดใหญ่ของรัฐ เพื่อการพัฒนาประเทศและสนองต่อความต้องการของประชาชน แต่ติดขัดกับปัญหาเงินงบประมาณในการลงทุนที่อาจมีไม่เพียงพอ

ดังนั้น ขณะนี้จึงน่าจะถึงเวลาแล้วที่ประเทศไทยควรจะดำเนินการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ของสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย และเพื่อให้สัญญาสัมปทานได้เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของรูปแบบการลงทุนที่สนใจ โดยเฉพาะสำหรับการดำเนินโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ ที่ต้องการความรู้ เทคโนโลยี และเงินลงทุนจากต่างประเทศ

ในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น มีประเด็นที่ต้องนำมาพิจารณาหลายประการ เช่น ความจำเป็นที่ต้องให้สัมปทานและความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อประเทศชาติและประชาชน ปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน และสิ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาติคาดหวังจะได้รับจากการเข้าร่วมสัมปทาน

เนื่องจากปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ได้ปรากฏอย่างต่อเนื่องในขั้นตอนและมิติต่าง ๆ ทั้งปัญหาในขั้นตอนของการอนุมัติโครงการ ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการให้สัมปทาน ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการจัดทำสัญญาสัมปทาน ปัญหาในขั้นตอนของกระบวนการผูกพันตามสัญญาปัญหาจากเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน ปัญหาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน และปัญหาในการกำหนดแนวทางการระบับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับสัญญาสัมปทาน ดังนั้น ในการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานจึงควรพิจารณาจากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว และดำเนินการปฏิรูปในกระบวนการต่าง ๆ ของสัญญาสัมปทาน ตลอดจนเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในขั้นตอนต่าง ๆ โดยพิจารณาทั้งในแง่มุมของการสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย เพื่อให้การเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาตินำมาซึ่งการพัฒนาประเทศไทยให้เจริญก้าวหน้าทัดเทียมประเทศอื่นใดในโลก และพิจารณาทั้งในแง่มุมของการคำนึงถึงผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นต่อประเทศชาติและประชาชน เพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยและหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองบริการสาธารณะให้กับประชาชน นอกจากนั้น ผู้เขียนยังเสนอแนะให้มีการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน ด้วยการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

สำหรับแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นไปได้มากที่สุดคือ การกำหนดรูปแบบสัญญาสัมปทานมาตรฐานในประเทศไทย โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานสำหรับกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ ซึ่งรูปแบบของสัญญาสัมปทานดังกล่าวนี้ ผู้เขียนได้เสนอแนะให้นำหลักการจากส่วนที่เป็นเนื้อหาสัญญาสัมปทานที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ (Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects) มากำหนดเป็นโครงสร้างของสัญญาสัมปทานให้กับประเทศไทย และเพื่อให้ได้ข้อเสนอแนะที่เป็นรูปธรรม ผู้เขียนจึงได้จัดทำเงื่อนไขสัญญาสัมปทานสำหรับกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานให้กับประเทศไทย โดยนำตัวอย่างเงื่อนไขสัญญาสัมปทานในโครงการขนาดใหญ่บางฉบับมาศึกษาเปรียบเทียบ และพิจารณาประกอบกับปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้สัญญาดังกล่าวเป็นมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศและมีความเหมาะสมกับประเทศไทยเป็นสำคัญ

จ่านักหอสมุด



ต้นฉบับไม่มีหน้านี้

NO THIS PAGE IN ORIGINAL

เจ้าพนักงานหอสมุด