

บทที่ 3

ลักษณะของสิทธิตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

1. ความหมายของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

คำว่า “สัมปทานบริการสาธารณะ” นั้นไม่มีการจำกัดความไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ซึ่งมีนักนิติศาสตร์บางท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “สัมปทานบริการสาธารณะ” ไว้ดังนี้

(1) ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ให้คำจำกัดความของสัมปทานบริการสาธารณะว่า หมายถึง “การที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุน และด้วยความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน”¹

(2) อาจารย์ จุลสิงห์ วสันตสิงห์ ให้คำจำกัดความว่าสัมปทานนั้นหมายถึง “การที่หน่วยงานภาครัฐซึ่งประกอบด้วยส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะมอบหมายให้ภาคเอกชนเป็นผู้ลงทุนในโครงการและเป็นผู้ให้บริการต่อประชาชนในฐานะที่เป็นผู้ได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาภาครัฐ โดยภาคเอกชนจะได้รับผลตอบแทนการลงทุนจากรายได้ที่ประชาชนได้ใช้บริการของโครงการ”²

ดังนั้น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ อาจกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองโดยหน่วยงานภาครัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะซึ่งเรียกว่า “ผู้ให้สัมปทาน” ฝ่ายหนึ่ง มอบหมายให้เอกชน ซึ่งเรียกว่า “ผู้รับสัมปทาน” อีกฝ่ายหนึ่ง เข้ารับจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งในการรับจัดทำบริการสาธารณะนี้ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุน

¹ ประยูร กาญจนกุล ,คำบรรยายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพ ฯ สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2535) หน้า 108.

² จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แกรัฐ(ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญา สัมปทาน การบริการสาธารณะ) เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38. พ.ศ. 2538-2539. หน้า 1.(เอกสารอัดสำเนา.)

และเสี่ยงภัยด้วยตนเอง โดยจะได้รับผลตอบแทนการลงทุนจากการเก็บค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมจากประชาชนซึ่งใช้บริการ เช่น

ก. สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่าง การทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด โดยบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัดเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างด้วยค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงของบริษัทเอง โดยมีกำหนดระยะเวลา 30 ปีนับแต่วันที่เริ่มก่อสร้าง และมีการตกลงในการแบ่งค่าผ่านทางให้แก่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นจำนวนร้อยละ 40 , 50 , 60 ของอัตราค่าผ่านทางตามลำดับ

ข. สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ระหว่าง กระทรวงคมนาคม และการรถไฟแห่งประเทศไทย กับ บริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด โดยบริษัทโฮปเวลล์(ประเทศไทย) จำกัดเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับ โดยมีกำหนดระยะเวลาสัมปทาน 30 ปีนับแต่สัญญามีผลบังคับ และบริษัทจะต้องชำระค่าตอบแทนให้แก่การรถไฟแห่งประเทศไทยตามระยะเวลาที่กำหนด

ค. สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกทม. ระหว่างกรุงเทพมหานคร กับ บริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด โดยมีบริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัดเป็นผู้รับทำโครงการระบบขนส่งมวลชนกทม. โดยโครงข่ายสายอนุสาวรีย์และสายสุขุมวิท มีกำหนดระยะเวลาสัมปทาน 30 ปีนับแต่วันแรกที่ระบบขนส่งมวลชน กทม.เริ่มประกอบธุรกิจ

2. ลักษณะเฉพาะของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

2.1 สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางธุรกิจที่รวมอยู่ในสัญญาเดียว

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ คือสัญญาที่ฝ่ายปกครอง โดยหน่วยงานของภาครัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ มอบหมายให้เอกชนจัดทำ

บริการสาธารณะ และโดยเหตุที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของมหาชน สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง³

ในขณะที่เดียวกันสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะก็มีข้อตกลงที่กำหนดผลประโยชน์ของเอกชนผู้รับสัมปทาน และฝ่ายเอกชนที่ทำสัญญาก็หวังประโยชน์ในทางธุรกิจเป็นกำไรเป็นสำคัญ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางธุรกิจด้วย ดังนั้น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจึงเป็น สัญญาทางปกครองและสัญญาทางธุรกิจที่รวมอยู่ในสัญญาเดียวกัน⁴

ในกรณีสัญญาทางธุรกิจหรือสัญญาทางแพ่งตามหลักสัญญาต่างตอบแทน หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิไม่ชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ได้ แต่ในกรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ด้วยนั้น แม้คู่สัญญาฝ่ายปกครองคือหน่วยงานภาครัฐจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ทั้งนี้เพราะหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นหนี้ต่อสาธารณะซึ่งหน่วยงานภาครัฐได้มอบหมายมา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงไม่อาจอ้างหลักสัญญาต่างตอบแทนทางแพ่งมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ แต่เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญาชดเชยค่าเสียหายให้คนได้⁵

³ อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง โปรดดู พนม เอี่ยมประยูร, “ผลของสัญญาทางปกครอง”. 60 ปี คร.ปริทัศน์ เกษมทรัพย์ รวบรวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ, 2531 หน้า 157-158.

⁴ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ(ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญา สัมปทาน การบริการสาธารณะ) เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38. พ.ศ. 2538-2539. หน้า 82. (เอกสารอัดสำเนา.)

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 369

⁶ พนม เอี่ยมประยูร “ผลของสัญญาทางปกครอง.” ใน 60 ปี คร.ปริทัศน์ เกษมทรัพย์ รวบรวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ, รวบรวมโดย สมยศ เจือไทย (กรุงเทพมหานคร : ที เค พรินติ้งเฮ้าส์), 2531, หน้า 161.

2.2 การยอมรับหลักการของสัญญาทางปกครอง

เนื่องจากตามระบบกฎหมายของประเทศไทยไม่มีการแยกระบบกฎหมายปกครองออกจากกฎหมายเอกชนและไม่มีการแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม ดังนั้นในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัมปทานคู่อริจะค้ำต้องนำคดีมาฟ้องศาลยุติธรรม ซึ่งก็ก่อให้เกิดปัญหาในการนำหลักกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยที่ศาลยุติธรรมไม่มีแนวความคิดของกฎหมายมหาชน ศาลยุติธรรมก็จะนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับสัมปทานบริการสาธารณะ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1738/2525

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1738/2525 วินิจฉัยว่า สัมปทานเพื่อการลงทุนประกอบ การเกษตรกรรม และอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทย จำเลย ออกให้โจทก์ก็คือสัญญา ระหว่างรัฐกับโจทก์ ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทาน และในส่วนที่มีได้ระบุไว้ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น แม้ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของผู้รับสัมปทานในการที่จะขอยกเลิกสัมปทาน ก็หาใช่ว่าโจทก์จะไม่มีสิทธิบอกเลิกไม่ เมื่อโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัมปทานแล้วคู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 และหากการบอกเลิกเป็นเพราะจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ด้วย

จากฎีกาฉบับนี้ ศาลฎีกาได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า หากไม่มีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัมปทาน ศาลฎีกาก็สามารถนำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้

นอกจากนี้ตามคำวินิจฉัยของกรมการร้องทุกข์ที่ 56/2528 ก็ได้มีการวินิจฉัย สัญญาระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทเอกชนในการสร้างสะพานสมเด็จพระเจ้าตากสินว่าสามารถ มีการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาและคำวินิจฉัยข้างต้น เป็นการแสดงว่าในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง อย่างไรก็ตามในการร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายของภาครัฐ ก็มีการยอมรับหลักการสัญญาทางปกครองโดยระบุหลักการดังกล่าวไว้ในตัวสัญญาสัมปทาน เช่น

ก. สัญญาโครงการให้สิทธิดำเนินการผลิตและจำหน่ายน้ำประปาของการ ประปาส่วนภูมิภาค ซึ่งการประปาส่วนภูมิภาคให้สิทธิบริษัทเอกชนตั้งโรงงานผลิตและจัดส่งน้ำ

ให้การประปาส่วนภูมิภาคในเขตผู้ใช้น้ำรังสิต-ปทุมธานี และบริษัทจะมีรายได้จากส่วนแบ่งค่าขายน้ำประปาที่การประปาส่วนภูมิภาคได้จำหน่ายให้แก่ประชาชน ทั้งนี้ โดยสำนักงานอัยการสูงสุดได้ระบุหลักการของสัญญาทางปกครองไว้ในสัญญาข้อ 14.2.4 ดังนี้

“โดยที่งานของผู้รับสิทธิตามสัญญานี้เป็นงานที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ดังนั้นไม่ว่ากรณีใด ๆ ผู้รับสิทธิจะหยุดการผลิต หรือชะลอการผลิตน้ำประปา หรือลดปริมาณน้ำประปาที่ส่งมอบแก่การประปาเพื่อใช้เป็นข้อต่อรองหรือตอบโต้ในการที่เห็นว่าการประปาไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือจะละเมิดข้อสัญญาไม่ได้ หากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นผู้รับสิทธิจะต้องชดเชยบรรดาค่าใช้จ่ายที่จำเป็นซึ่งการประปาได้เสียไปในการบรรเทาความเดือดร้อนของประชาชนผู้ใช้น้ำประปา ทั้งนี้ภายใน 7 (เจ็ด) วัน นับแต่ได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากการประปา”

ดังนั้น จากผลของข้อสัญญาดังกล่าว แม้การประปาส่วนภูมิภาคจะไม่แบ่งรายได้จากการจำหน่ายน้ำประปาให้แก่บริษัทตามอัตราที่กำหนด บริษัทก็จะหยุดการผลิตน้ำมิได้ โดยบริษัทยังคงต้องผลิตน้ำต่อไปให้ตรงตามสัญญา และโดยฟ้องหรือเรียกร้องค่าเสียหายต่อการประปาส่วนภูมิภาคเอง⁶

ข. ในกรณีสัญญาโครงการทางด่วน ระยะที่ 2 ซึ่งเคยมีข้อพิพาทประมาณปี พ.ศ. 2536 และข้อสรุปของข้อพิพาทดังกล่าว อาจชี้ได้ว่าสัญญาโครงการทางด่วนระยะที่ 2 เป็นสัญญาในทางปกครอง รวมอยู่กับสัญญาในทางธุรกิจ กล่าวคือ การทางพิเศษฯ กับบริษัท มีปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับวันเริ่มการแบ่งเงินค่าผ่านทาง ซึ่งบริษัทขอแบ่งเงินค่าผ่านทางในวันก่อสร้างพื้นที่ส่วนแรกแล้วเสร็จ แต่การทางพิเศษฯ จะแบ่งค่าผ่านทางให้ในวันเริ่มเปิดใช้ทางพิเศษ ซึ่งจะมีค่าผ่านทางของทางด่วนระยะที่ 2 มาแบ่งให้บริษัทได้ และในระหว่างที่มีข้อพิพาทดังกล่าว บริษัทได้ก่อสร้างทางด่วนระยะที่ 2 แล้วเสร็จบางส่วน และสามารถเปิดให้บริการได้ตามความเป็นจริง โดยสัญญาข้อ 10⁷ ได้กำหนดขั้นตอนในการเปิดให้บริการทางด่วนไว้ว่าหากทางด่วนขั้นที่ 2 ส่วนหนึ่ง

⁶ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ(ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญา สัมปทาน การบริการสาธารณะ) เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38. พ.ศ. 2538-2539. หน้า 82-83. (เอกสารอัดสำเนา.)

⁷ สัญญาโครงการทางด่วน ระยะที่ 2 ข้อ 10 ระบุว่า “ข้อ 10 การตรวจสอบและการเปิดใช้งาน

ส่วนใดแล้วเสร็จเหมาะสมที่จะเปิดใช้เป็นสาธารณะ บริษัทจะต้องทำหนังสือแจ้งวิศวกรอิสระ (ผู้ควบคุมงาน) และการทางพิเศษจะได้เปิดใช้ทางพิเศษต่อไป

แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เมื่อบริษัทและการทางพิเศษฯ ยังตกลงกันในเรื่องวันเริ่มการแบ่งเงินค่าผ่านทางมิได้ และแม้ว่าทางพิเศษจะเสร็จแล้ว บริษัทก็ยังไม่ยินยอมส่งมอบทางพิเศษให้วิศวกรอิสระตามสัญญาข้อ 10 โดยมีข้อแม้ว่าบริษัทจะส่งมอบทางพิเศษก็ต่อเมื่อการทางพิเศษได้ยอมแบ่งเงินค่าผ่านทางตามข้อเรียกร้องของบริษัท และเมื่อการทางได้นำคดีนี้ขึ้นสู่ศาลโดยขอให้ศาลแพ่งมีคำพิพากษาบังคับให้บริษัทส่งมอบทางให้วิศวกรอิสระ และได้ขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา ศาลแพ่ง⁷ ได้มีคำสั่งคุ้มครองการทางพิเศษ โดยบังคับให้บริษัทส่งมอบทางพิเศษแก่วิศวกรอิสระเพื่อให้การทางสามารถเปิดใช้เป็นบริการสาธารณะได้ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าบริษัทจะยังคงมีข้อเรียกร้องในเรื่องวันเริ่มแบ่งเงินค่าผ่านทางกับการทางพิเศษอยู่ ซึ่งคำพิพากษาของศาลแพ่งดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการของสัญญาทางปกครอง โดยมีหลักการว่าหน้าที่การส่งมอบทางพิเศษ เพื่อให้การทางพิเศษฯ เปิดใช้ทางเป็นหนี้สาธารณะ ซึ่งบริษัทไม่อาจปฏิเสธได้ แม้การทางพิเศษยังไม่ยอมชำระค่าผ่านทางตามที่บริษัทเรียกร้อง (หรือตามสัญญา) ก็ตาม ดังนั้นประชาชนจึงสามารถได้ใช้ทางพิเศษ ชั้นที่ 2 ได้ โดยไม่ต้องรอให้ผู้สัญญาข้อเรียกร้องกันก่อน ซึ่งเป็นหลักของสัญญาทางปกครอง ส่วนในประเด็นวันเริ่มแบ่งค่าผ่านทางก็เป็นเรื่องที่การทางพิเศษกับบริษัทจะต้องหาข้อยุติต่อกันไป ถ้าบริษัทเป็นฝ่ายถูก การทางพิเศษก็ต้องรับภาระดอกเบี้ยในฐานะที่จ่ายเงินล่าช้าด้วย ซึ่งกรณีเป็นเรื่องธุรกิจที่คู่สัญญาจะตกลงกัน แต่ข้อพิพาทดังกล่าวจะทำให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักและเป็นเหตุให้ประชาชนเดือดร้อนมิได้⁸

เมื่อ “บีอีซีแอล” เห็นว่า “เอสอีเอส” ทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งส่วนใดเหมาะสมที่จะใช้เป็นทางสาธารณะ “บีอีซีแอล” จะทำหนังสือแจ้ง “วิศวกรอิสระ” ว่าทางดังกล่าวสามารถเปิดใช้การได้ และ “กทพ.” จะต้องดำเนินการจำเป็นเพื่อให้มีการเปิดใช้ทางเว้นแต่ “วิศวกรอิสระ” (ระบบทางด่วนชั้นที่ 2) โดยการปรึกษากับ “วิศวกรของ กทพ.” ได้แจ้งเป็นหนังสือว่าทางดังกล่าวยังไม่พร้อมที่จะใช้เป็นทางสาธารณะโดยเหตุผลที่เกี่ยวกับความปลอดภัยพื้นฐานภายใน 14 วันนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งมากกว่า “บีอีซีแอล” เพื่อขอเปิดใช้ทางดังกล่าว

⁷ ศาลแพ่งในคดีหมายเลขคำที่ 16374/2536 วันที่ 31 สิงหาคม 2536

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 83-84.

2.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ภายใต้หลักสัญญาทางปกครอง

2.3.1 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาภาครัฐ

2.3.1.1 สิทธิในการกำกับดูแล และบังคับให้เป็นไปตามสัญญา

การให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ นั้นแม้ว่าจะเป็นที่ที่รัฐมอบให้เอกชนจัดทำก็ตาม แต่เอกชนผู้รับสัมปทานก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งหลักสำคัญประการหนึ่ง คือความต่อเนื่องของบริการ สาธารณะ ดังนั้น ในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา ของเอกชน ผู้รับสัมปทาน คู่สัญญาภาครัฐจึงมีอำนาจและหน้าที่คอยควบคุม กำกับดูแล การจัดการบริการสาธารณะที่เอกชนผู้รับสัมปทาน ดำเนินการให้เป็นไปโดยต่อเนื่อง เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ใช้บริการมากที่สุด

ดังนั้นหากเอกชนผู้สัมปทานไม่ลงมือปฏิบัติงานหรือปฏิบัติงานล่าช้า ไม่ทันกำหนดหรือปฏิบัติบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญาหรือโอนงานไปให้บุคคลภายนอกดำเนินการแทนโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาภาครัฐ คู่สัญญาภาครัฐย่อมมีอำนาจอย่างกว้างขวาง ในการสั่งให้มีการกำกับดูแล และบังคับให้เป็นไปตาม สัญญาสัมปทานแล้วแต่กรณีดังนี้คือ

- (1) สั่งให้มีการปรับ
- (2) สั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย
- (3) จัดหาบุคคลอื่นเข้ามาดำเนินการแทน
- (4) บอกลเลิกสัญญา

ตามหลักกฎหมายปกครองการที่จะใช้อำนาจต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น คู่สัญญาภาครัฐ สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้เอง โดยไม่ต้องนำคดีมาสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลวินิจฉัย สั่งการดังเช่นสัญญาทางแพ่งทั่วไป แต่คู่สัญญาภาครัฐ จะต้องมีการเตือนให้เอกชน ผู้รับสัมปทาน ปฏิบัติตามสัญญาเสียก่อน อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของคู่สัญญาภาครัฐยังจะคงอยู่ภายใต้

ได้การควบคุมดูแลของศาลและคู่สัญญาภาครัฐจะมีคำสั่งในทางอาญา มิได้จะเห็นได้ว่าแม้อำนาจต่าง ๆ ดังกล่าวจะมีได้ระบุในสัญญาสัมปทาน แต่คู่สัญญาภาครัฐก็ยังสามารถใช้อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาได้⁹

ในประเทศไทย สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ทำกันเกือบทุกประเภทนั้น ส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาภาครัฐที่จะทำการตรวจสอบ กำกับ ควบคุมดูแลสัมปทานได้ แต่คู่สัญญาภาครัฐจะต้องใช้สิทธิและอำนาจดังกล่าว เท่าที่จำเป็นเท่านั้น คู่สัญญาภาครัฐมีอำนาจในการตรวจสอบอย่างใกล้ชิด ในกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ ให้บริการไม่เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน ผู้รับบริการ หรือให้บริการในปริมาณที่ต่ำกว่า ที่กำหนดไว้ในสัญญา คู่สัญญาภาครัฐมีสิทธิเตือนให้เอกชนผู้รับสัมปทาน ปฏิบัติการให้ครบถ้วน ตามกำหนด ได้ถ้าเอกชนผู้รับสัมปทานยังไม่ดำเนินการ คู่สัญญาภาครัฐย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาหรือเข้าไปดำเนินบริการสาธารณะเองได้¹⁰ ทั้งนี้เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะดังกล่าว และในกรณีนี้ผลประโยชน์ที่เก็บได้ย่อมตกเป็นของคู่สัญญาภาครัฐแต่ฝ่ายเดียว

2.3.1.2 สิทธิในการยกเลิกและแก้ไขข้อกำหนด แห่งสัญญาแต่ฝ่ายเดียว

เอกสิทธิของหน่วยงาน ของรัฐหรือคู่สัญญาภาครัฐ ที่สามารถยกเลิก แก้ไข ข้อกำหนด ในสัญญาแต่ฝ่ายเดียวจะพบได้แต่ในสัญญาทางปกครองเท่านั้น ซึ่งจะมี ความแตกต่างจากสัญญา ทางแพ่งที่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือยกเลิกสัญญาจะต้องอาศัย ความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองโดยเนื้อหาแห่ง สัญญาเป็นเรื่องของการบริการสาธารณะ อันจะต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้สอดคล้องกับสาธารณะประโยชน์ อยู่เสมอ หลักกฎหมายปกครองจึงได้ยอมรับอำนาจในการยกเลิก แก้ไขข้อกำหนดแห่งสัญญาดังกล่าว เช่นว่านี่ของคู่สัญญาภาครัฐ

⁹ พนม เอี่ยมประยูร “ผลของสัญญาทางปกครอง” ใน 60 ปี คร.ปริทัศน์ เกษมทรัพย์ รวบรวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ รวบรวมโดยสมยศ เชื้อไทย (กรุงเทพมหานคร : พิ.เค.พรินติ้งเฮ้าส์) 2531 หน้า 157-165

¹⁰ สัญญาให้ ประกอบการเดินทางโดยสารประจำทางลงวันที่ 18 ธันวาคม 2530 ข้อ 4

อย่างไรก็ตาม อำนาจแต่ฝ่ายเดียวนี้ มิใช่เป็นอำนาจตามอำเภอใจของภาครัฐที่จะใช้อย่างไรก็ได้ หากแต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการกล่าวคือ คู่สัญญาภาครัฐจะใช้อำนาจดังกล่าวนี้ ได้ก็ต่อเมื่อมีมูลเหตุมาจากความจำเป็นในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับผลประโยชน์ของมหาชนเท่านั้นและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้น จะต้องไม่เกินขนาดซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้น เป็นการเพิ่มภาระให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทาน คู่สัญญาภาครัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทน หรือชดเชยเวลา ในการดำเนินการให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทาน นอกจากนี้คู่สัญญาภาครัฐจะอาศัยอำนาจในการตรวจแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาใช้ลดผลประโยชน์ตอบแทนของเอกชนผู้รับสัมปทานหาได้ไม่ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวดังกล่าว ต้องเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อให้การบริการสาธารณะสนองสอดคล้องกับผลประโยชน์ของมหาชน เท่านั้นซึ่งหลักการดังกล่าว สอดคล้องกับข้อ 136 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งระหว่าง “สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไขนั้น จะเป็นความจำเป็น โดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของทางราชการ”

นอกจากนั้นในบางกรณีคู่สัญญาภาครัฐยังมีสิทธิที่จะเข้ายึดถือครอบครองกิจการตาม สัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะที่รัฐให้สัมปทานเอกชนจัดทำก่อนครบอายุสัญญา ก็ได้ ดังจะเห็นได้จากสัญญาสัมปทานทางหลวง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ซึ่งกำหนดว่าผู้ให้สัมปทาน มีสิทธิที่จะยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนครบอายุสัมปทานได้ แต่ผู้รับสัมปทานจะต้องได้รับค่าสินไหมทดแทน

สรุปแล้วในประเทศไทยเอกสิทธิ์ของรัฐ ในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือ ชกเลิกสัญญามักจะมีการกำหนดไว้ในข้อสัญญา เสมอทั้งนี้เพราะปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มียกเว้นของกฎหมายที่ให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเช่นนี้

2.3.1.3 หน้าที่ของภาครัฐ ที่จะให้ความช่วยเหลือเอกชนผู้รับสัมปทาน ในการจัดทำบริการตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะที่คู่สัญญาภาครัฐมอบให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทานจัด คู่สัญญาภาครัฐยังคงหน้าที่ ในการควบคุมดูแลเพื่อให้การบริการสาธารณะเป็นไปด้วย

ความต่อเนื่อง ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครอง ของฝรั่งเศสบริการสาธารณะที่มีความสำคัญ ต้องการความมั่นคงทางการจัดการและทางการเงิน ของเอกชนผู้รับสัมปทาน ภาครัฐผู้ให้สัมปทาน ก็ยังจะให้หลักประกัน ในหลาย ๆ ด้านแก่เอกชนผู้รับสัมปทานเช่น รัฐเข้ามาค้ำประกันผลกำไรให้ ความช่วยเหลือเมื่อผู้รับสัมปทานขาดทุนและเมื่อมีเหตุสุดวิสัยรัฐจะเข้ามาชดเชยค่าเสียหายในส่วน นี้ให้นอกจากนั้นรัฐผู้ให้สัมปทานยังจะให้การสนับสนุนเกี่ยวกับเครื่องมือ, เครื่องใช้ ในการจัดทำ บริการสาธารณะด้วย

ในประเทศไทย สัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะที่ทำกันรัฐก็มี การให้ความช่วยเหลือ แก่เอกชนผู้รับสัมปทาน หลาย ๆ ด้าน ดังเช่นการที่สัญญาสัมปทานบริการ สาธารณะที่กำหนดให้ผู้ให้สัมปทาน จะต้องจัดหาที่ดิน หรือพื้นที่ ให้แก่ผู้รับสัมปทาน โดยที่ดิน หรือพื้นที่นั้นจะต้องปลอดภัย จากภาระผูกพันและการครอบครองหรือสิทธิเรียกร้องอื่น ๆ ที่บุคคล ภายนอก อาจจะมีอยู่ซึ่งเป็นการขัดขวางหรือรบกวนการดำเนินงานกิจการบริการสาธารณะของผู้รับ สัมปทาน และผู้ให้สัมปทานจะต้องให้ความร่วมมือ กับผู้รับสัมปทาน ในการนำสิทธิในการครอบ ครองใช้ประโยชน์ไปจดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมายโดยผู้รับสัมปทานจะต้องเป็นผู้รับภาระ ในค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนแก่ฝ่ายเดียว และในกรณีที่ผู้รับสัมปทานร้องขอให้จัดหาที่ดินเพิ่ม เดิม ผู้ให้สัมปทานก็ต้องจัดหาที่ดินเพิ่มเติมให้โดยผู้รับสัมปทานจนเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเอง นอก จากนี้ผู้ให้สัมปทาน จะต้องดำเนินการให้ผู้รับสัมปทาน มีและใช้สิทธิในการครอบครองการเข้า ออกและใช้ที่ดินสาธารณะที่เกี่ยวข้องได้ด้วย และเพื่อประโยชน์ของการทำงานนอกจากผู้ให้ สัมปทาน จะต้องส่งมอบพื้นที่ให้แก่ผู้รับสัมปทานแล้ว ผู้ให้สัมปทาน หรือคู่สัญญาภาครัฐจะต้อง จัดการติดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้จัดเตรียมสาธารณูปโภค ภายในเวลาที่เหมาะสม และจัดให้มี อุปกรณ์ติดต่อสื่อสาร โทรคมนาคมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานแก่ผู้รับสัมปทาน พร้อมทั้งจะต้องจัด เตรียมหนังสืออนุญาต ใบอนุญาต ความยินยอม การให้อำนาจยกเว้น จากรัฐบาล ที่จำเป็นเพื่อให การดำเนินงาน ดำเนินไปได้โดยคู่สัญญาภาครัฐจะต้องประสานงานให้และให้ความพยายามอย่าง เต็มที่ เพื่อสนับสนุนการประสานงานดังกล่าว กับส่วนราชการในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับงาน สาธารณูปโภค ซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

ในการส่งมอบที่ดินหรือพื้นที่คู่สัญญาภาครัฐ จะต้องจัดการให้ เอกชนผู้รับสัมปทาน มีสิทธิหรือถอน ทำลายแก้ไขเปลี่ยนแปลง สิ่งปลูกสร้างที่ยังคงเหลืออยู่ในเวลาส่ง มอบ และจะต้องหารือกับเอกชน ผู้รับสัมปทาน เพื่อกำหนดวิธีการในการอนุญาตติดตั้ง แก้ไข ดัด

แปลง หรือย้ายตำแหน่งของสาธารณูปโภค เพื่อไม่ให้ขัดขวางต่อการดำเนินกิจการบริการสาธารณะ

ในบางกรณี คู่สัญญาภาครัฐมีหน้าที่ ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือแก่เอกชนผู้รับสัมปทานเช่น ถ้าผู้รับสัมปทาน มีความประสงค์ จะตั้งสถานีไฟฟ้าเพื่อที่จะดำเนินกิจการบริการสาธารณะ คู่สัญญาภาครัฐจะต้องทำการประสานงานและอำนวยความสะดวก โดยอนุญาตให้ทางฝ่ายผู้รับสัมปทานตั้งสถานีไฟฟ้า โดยที่ผู้รับสัมปทานไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย หรือค่าเช่า¹¹ นอกจากนี้เอกชน ผู้รับสัมปทาน จะได้รับการช่วยเหลือ จากคู่สัญญาภาครัฐในเรื่อง ของการช่วยเหลือ แนะนำทางด้านเทคนิค และวิชาการเกี่ยวกับระบบการผลิต การจำหน่ายต่าง ๆ และ ยังได้รับการพิจารณาการเก็บค่าบริการในอัตราที่เป็นธรรมต่อประชาชนด้วย ดังปรากฏตามสัญญาสัมปทาน การไฟฟ้าและสัมปทานการประปา

นอกจากนี้คู่สัญญาภาครัฐจะต้องมีหน้าที่ ในการกระทำการอันเป็นการช่วยเหลือ คู่สัญญาเอกชน ผู้รับสัมปทาน ดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาภาครัฐ ยังมีหน้าที่สำคัญในการรณรงค์การกระทำการด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาภาครัฐจะต้องใช้ความพยายาม อย่างที่สุดเพื่อให้แน่ใจว่า รัฐบาลหรือ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือบุคคลอื่นใด จะไม่กระทำการอันเป็นการรบกวน, ขัดสิทธิในการดำเนินการของเอกชนผู้รับสัมปทาน และสิ่งสำคัญที่สุดคู่สัญญาภาครัฐ จะต้องไม่เวนคืนส่วนหนึ่งส่วนใดของกิจการที่ได้ให้สัมปทานให้เอกชนจัดทำด้วย

2.3.2 สิทธิและหน้าที่ของเอกชนคู่สัญญาผู้รับสัมปทาน

2.3.2.1 หน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข ที่กำหนดในสัมปทาน

เนื่องจากสัญญาเกี่ยวกับสัมปทาน การบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์ เพื่อจัดการบริการสาธารณะ ดังนั้นในการปฏิบัติตามสัญญา นอกจากเอกชน ผู้รับสัมปทาน จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข ข้อกำหนดตามที่ได้ตกลงกันแล้ว ยังจะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมาย ในเรื่องการจัดการบริการสาธารณะด้วยเช่น หลักความต่อเนื่องของการจัดบริการสาธารณะ หลักที่ต้องปรับปรุงการบริการสาธารณะให้สนองตอบต่อความต้องการและผลประโยชน์ของมหาชน เอกชนผู้รับสัมปทาน จึงมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้ตกลงกันไว้ให้ได้ เว้นแต่จะมี

¹¹ สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 9 เมษายน 2525 ข้อ 12

เหตุสุดวิสัย หรือมีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ อันเนื่องมาจากคู่สัญญาภาครัฐ เอกชนผู้รับสัมปทาน ไม่มีสิทธิหน่วงเหนี่ยว หรือทำให้ล่าช้าด้วยประการใด ๆ โดยอ้างว่า การจัดทำบริการสาธารณะเป็นข้อยุ่งยาก

เมื่อพิจารณาสัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะ ในประเทศไทย เอกชนผู้รับสัมปทาน จะต้องดำเนินงานและให้บริการตลอดจนต้องบำรุงรักษาอุปกรณ์ต่าง ๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย โดยค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงภัยของเอกชนผู้รับสัมปทานเอง โดยไม่มีสิทธิเรียกร้องหลักประกันหรือการค้ำประกันจากรัฐบาล และมีสิทธิตามสัญญาคือการออกแบบ การจัดหาทุน การก่อสร้างการดูแลบำรุงรักษาการดำเนินการจัดเก็บค่าบริการจากประชาชน ได้โดยมีผลผูกพันโดยไม่ต้องจดทะเบียนดังจะเห็นได้จากข้อ 2.1 ของสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2532 และเอกชนผู้รับสัมปทาน จะต้องก่อสร้างบรรดาสสิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง และจะต้องจัดสร้างส่วนประกอบและเครื่องอำนวยความสะดวก เช่น คูระบายน้ำ เสาไฟฟ้า ที่ถูกรื้อถอนออกไปชั่วคราว หรือได้รับความเสียหาย ด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง และการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่กีดขวางเปลี่ยนแปลงหรือทำให้เสียหายซึ่งทรัพย์สิน และเครื่องอำนวยความสะดวก ของส่วนราชการที่มีอยู่เดิม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคู่สัญญาภาครัฐนั้นก็คือ เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะรื้อถอนเสาไฟฟ้า ป้ายจราจร ไฟจราจรฯ ได้แต่จะต้องก่อสร้างขึ้นมาใหม่หรือนำมาติดตั้งตามสภาพเดิม โดยเสียค่าใช้จ่ายเอง เว้นแต่การติดตั้ง สาธารณูปโภค ให้มีมาตรฐานสูงกว่าระบบที่เป็นอยู่ กรณีเช่นนี้คู่สัญญา ภาครัฐ จะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในส่วนนี้

ในการดำเนินกิจการสัมปทาน นั้นเอกชนผู้รับสัมปทาน จะดำเนินกิจการอื่นใดนอกเหนือจากกิจการสัมปทาน หรือที่เกี่ยวข้องกับระบบสัมปทาน ไม่ให้เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาภาครัฐก่อน ผู้รับสัมปทานจึงจะมีสิทธิที่จะดำเนินกิจการพาณิชย์อื่น ที่เกี่ยวข้องกับระบบกิจการที่ได้รับสัมปทานได้ เช่น ถ้าเป็นกิจการ ระบบขนส่งมวลชน มีการโฆษณาภายในระบบได้ และอาจทำสัญญาผูกพันบุคคลที่สามได้ แต่จะทำสัญญานานเกินกว่าอายุสัมปทานไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ให้สัมปทานภาครัฐ ในกรณีนี้เอกชนผู้รับสัมปทานมีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินงานและบำรุงรักษาระบบกิจการบริการสาธารณะ ตลอดอายุสัญญาสัมปทาน และจะต้องรับประกัน ต่อความชำรุดบกพร่องภายในเวลาที่กำหนดในสัญญาและจะต้องมีอะไหล่ในชนิดและปริมาณที่เหมาะสมกับกิจการที่ได้รับสัมปทาน และจะต้องจัดเตรียมอะไหล่ไว้ให้แก่คู่

สัญญาภาครัฐในปริมาณที่เคยมีไว้ในช่วง 2 ปี สุดท้ายของสัญญา เพื่อที่จะให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินกิจการบริการสาธารณะต่อไปได้ภายหลังจากสัญญาสิ้นสุด¹²

การดำเนินกิจการบริการสาธารณะโดยเอกชนผู้รับสัมปทาน เอกชนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ ในด้านความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชน โดยรัฐสัญญาภาครัฐอาจจะจัดกำลังเจ้าหน้าที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะ โดยเอกชนคู่สัญญาจะต้องยินยอมอนุญาตให้ทางราชการ เข้าไปปฏิบัติการกฎหมายได้ และเอกชนคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบต่อ ในความเสียหายทั้งปวง ที่เกิดแก่ชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลใด ๆ อันเนื่องมาจาก กิจการของเอกชนผู้รับสัมปทาน โดยข้อตกลงประเภทนี้จะปรากฏในสัญญา สัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและ ถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย นอกจากนี้เอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องจัดให้มีการชำระไว้ซึ่งการประกันภัยระบบรวมทั้งอุปกรณ์และระบบสนับสนุนทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง กับจะต้องจัดให้มีการเข้าประกันวินาศภัยเพื่อความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามด้วย โดยเอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องนำเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการประกันภัยมาใช้ฟื้นฟูกิจการที่ได้รับสัมปทาน

ในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะโดยเอกชนผู้รับสัมปทานนั้น เอกชนผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยเคร่งครัด และต้องดำเนินการให้เสร็จภายในเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัย (Force majeure) หรือเกิดจากการกระทำ หรือละเว้นกระทำอันเนื่องมาจากฝ่ายรัฐบาล หรือส่วนราชการ ก็อาจจะมีการขยายระยะเวลาออกไปได้เท่ากับระยะเวลาของความล่าช้าที่เกิดขึ้น แต่ระยะเวลาที่ขยายออกไปนั้น ไม่เป็นเหตุให้ขยายอายุสัมปทาน

เหตุสุดวิสัย และเหตุการณ์ที่จะเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบต่อความล่าช้าของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ มีดังนี้

ก. ความผันผวนในทางเศรษฐกิจมีภาวะเงินเฟ้อ หรือภาวะดอกเบี้ยสูงเป็นเวลานาน ซึ่งในกรณีนี้ เอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องรับภาระเสียดอกเบี้ยให้แก่เจ้าหนี้ผู้สนับสนุนทางการเงิน หรือสินเชื่อแก่โครงการ

¹² สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กรุงเทพฯ ลงวันที่ 4 เมษายน 2535 ข้อ 10

ข. การกระทำ หรือเว้นกระทำของคู่สัญญาภาครัฐ เช่น การที่รัฐไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ที่กำหนดในสัญญาให้ หรือการปรับปรุงแก้ไข เปลี่ยนแปลง แบบแปลน แผนผัง หรือรายละเอียดที่ให้ตกลงกันแล้ว รวมทั้งการประกาศใช้ หรือเปลี่ยนแปลงพิคคภาณิ กฎหมายศุลกากร หรือระเบียบที่รัฐบาล หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจงใจ หรือเจตนาให้มีผลกระทบ โดยตรงต่อสัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะดังกล่าว

ค. สภาพทางธรณีวิทยา ซึ่งมีผลกระทบอย่างร้ายแรง และไม่อาจคาดหมายต่องานได้ หรือมีการขาดแคลนวัสดุก่อสร้างอย่างร้ายแรง ในอุตสาหกรรมก่อสร้าง หรือในสาธารณูปโภคที่จำเป็น¹³

การจะอ้างเหตุสุดวิสัย ดังกล่าวได้นั้นจะต้องมีการแจ้งเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด มิฉะนั้นจะยกเหตุดังกล่าวมาเป็นข้อแก้ตัวมิได้ นอกจากนี้เอกชนผู้รับสัมปทานจะมีสิทธิยกเหตุสุดวิสัยดังกล่าวข้างต้น หรือเหตุการณ์อันเป็นข้อยกเว้นมาขวางระยะเวลาได้แล้ว หากเหตุสุดวิสัย หรือเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุให้เอกชนผู้รับสัมปทาน ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงทางการเงิน เอกชนผู้รับสัมปทานย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยด้วยข้อเสนอ และวิธีการชดเชยที่เหมาะสมต่อไป

2.3.2.2 หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยตนเอง

ตามหลักกฎหมายปกครองบุคคลที่ฝ่ายปกครองมอบให้จัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครองจะต้องเป็นบุคคลซึ่งฝ่ายปกครองพิจารณาคัดเลือกแล้วว่า สามารถจัดการบริการสาธารณะได้ และสิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสิทธิเฉพาะตัว เอกชนผู้รับสัมปทานคู่สัญญาจึงต้องจัดการบริการสาธารณะด้วยตนเอง และสัญญาเกี่ยวกับสัมปทานบริการสาธารณะที่ทำกันในประเทศไทยก็ยึดถือหลักการนี้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ การปฏิบัติหน้าที่ตามสัมปทาน ผู้รับสัมปทานจะต้องดำเนินการด้วยตนเองจะโอนสิทธิไปให้ใครไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาภาครัฐ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวงและสัมปทานระบบขนส่งทางรถไฟ เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะจ้างผู้รับเหมาช่วงเพื่อทำงานอื่น

¹³ สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2531 ข้อ 9.

ของโครงการได้ แต่เอกชนผู้รับสัมปทานยังคงต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ในการปฏิบัติงานนั้น ๆ เช่น งานบริหารทางการเงิน การดำเนินกิจการทางหลวงและการบำรุงรักษา¹⁴ นอกจากนี้ถ้าเป็นกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการทดสอบกิจการบริการสาธารณะให้เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่า เอกชนผู้รับสัมปทานไม่สามารถจะปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานได้ คู่สัญญาภาครัฐจะแจ้งไปยังตัวแทนกลุ่มเจ้าหน้าที่ของเอกชนผู้รับสัมปทานเพื่อให้หาบุคคลอื่นมารับโอนทั้งสิทธิและหน้าที่จากเอกชนผู้รับสัมปทานได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นข้อยกเว้นของหลักที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องดำเนินการด้วยตนเอง แต่มีข้อสังเกตว่า การที่จะให้บุคคลอื่นเข้ามาดำเนินกิจการแทนเอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาภาครัฐก่อน¹⁵

2.3.2.3 สิทธิของเอกชนผู้รับสัมปทานในการจัดทำบริการสาธารณะ

ก. สิทธิอันเนื่องมาจากการจัดบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนผู้รับสัมปทาน ถ้าคู่สัญญาภาครัฐจัดหาที่ดินหรือพื้นที่ให้เอกชนผู้รับสัมปทานเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนผู้รับสัมปทานจะไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น แต่จะมีสิทธิครอบครองเข้าออกและใช้ที่ดิน ทางน้ำหรือถนนสาธารณะ และการใช้จะต้องใช้เพื่อประโยชน์ของการจัดทำบริการสาธารณะ ในกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานต้องการพื้นที่เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนผู้รับสัมปทานจะไม่มีอำนาจในการเวนคืนที่ดิน แต่จะต้องให้เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาภาครัฐเป็นผู้จัดการเวนคืนโดยเอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย เพียงแต่คู่สัญญาภาครัฐจะต้องจ่ายเงินทรงงไปก่อน และในกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องจัดหาที่ดินเอง จะไม่ได้รับเอกสิทธิใด ๆ และจะต้องดำเนินการให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย เช่น การจัดหาที่ดินหรือทรัพย์สินของผู้อื่นจะต้องกระทำโดยการซื้อ การเช่า แต่จะไม่มีอำนาจในการเวนคืน ที่ดินที่คู่สัญญาภาครัฐจัดหาให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทานนั้น เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้และครอบครองโดยไม่

¹⁴ สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 ข้อ 6.5

¹⁵ สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 ข้อ 33

ต้องเสียค่าใช้จ่าย รวมทั้งที่ดินที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของ ซึ่งคู่สัญญาภาครัฐมีสิทธิใช้ที่ดินนั้นอยู่ก่อน และถ้าคู่สัญญาภาครัฐส่งมอบพื้นที่ที่มีสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ไม่สามารถเคลื่อนย้ายทำลายหรือตัดแปลงซึ่งจะเป็นอุปสรรคหรือขัดขวางต่องานบริการสาธารณะหรือทำให้งานล่าช้า ในกรณีเช่นนี้ เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะปฏิเสธ ไม่รับพื้นที่ที่คู่สัญญาภาครัฐจัดหาให้ได้ และเมื่อเอกชนผู้รับสัมปทานได้รับมอบพื้นที่มาเพื่อการทำบริการสาธารณะแล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะรื้อถอน แก้ไข คัดแปลงสิ่งปลูกสร้างใด ๆ ที่อยู่บนที่ดินเพื่อการจัดการบริการสาธารณะได้ และในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ถ้าเอกชนผู้รับสัมปทานมีความจำเป็นทางด้านเทคนิค เอกชนผู้รับสัมปทานอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นรายการของกิจการที่จัดทำบริการสาธารณะได้ แต่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาภาครัฐก่อน แต่ถ้าการเปลี่ยนแปลงรายการหรือแผนแบบแนวคิดเกิดจากความต้องการของคู่สัญญาภาครัฐ เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยจากคู่สัญญาภาครัฐได้

สิทธิพิเศษของเอกชนผู้รับสัมปทานที่สำคัญประการหนึ่งคือ สิทธิในการจัดเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการ สิทธิในการจัดเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการจะเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของเอกชนผู้รับสัมปทาน และคู่สัญญาภาครัฐจะดำเนินการทั้งปวงเท่าที่จำเป็นเพื่อการจัดเก็บค่าบริการจากผู้ให้บริการเป็นไปตามข้อกำหนดของสัญญา อัตราค่าผ่านทางจะเป็นไปตามที่ได้ตกลงกันระหว่างคู่สัญญาภาครัฐและเอกชนผู้ได้รับสัมปทาน การจัดเก็บค่าบริการจะต้องไม่เกินเพดานอัตราสูงสุดที่เรียกเก็บได้ การปรับเพดานอัตราค่าบริการจะต้องมีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ถ้าตกลงกันไม่ได้ในสัญญาสัมปทานบางฉบับ เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. จะกำหนดให้มีการเสนอปัญหาต่อคณะกรรมการที่ปรึกษา (Advisory Committee) ซึ่งแต่งตั้งจากราชการจากหน่วยงานต่างๆ ที่คู่สัญญาตกลงกัน การปรับเพดานขั้นสูงสุดจะมีกรณีทั่วไป และกรณีพิเศษ โดยกรณีพิเศษจะกระทำได้เมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นตามที่ได้ระบุในสัญญา เช่น ผู้รับสัมปทานต้องลงทุนเพิ่มขึ้นนอกเหนือขอบเขตของงาน และอัตราค่าบริการจะต้องมีการเปิดเผยแสดงไว้ ณ สถานที่จัดเก็บ และจะต้องโฆษณาเผยแพร่ในหนังสือพิมพ์ที่จัดจำหน่ายทั่วประเทศด้วย¹⁶ รายได้ทั้งหมดที่ได้จากหรือเกี่ยวข้องกับกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะใช้รายได้นั้น และเมื่อเอกชนผู้รับสัมปทานได้ดำเนินกิจการบริการสาธารณะไปแล้ว เอกชนผู้รับสัมปทานอาจแก้ไข คัดแปลงโครงสร้างและเครื่องอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ภายหลังจากที่เปิดใช้งานแล้ว แต่จะต้องได้

¹⁶ สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 ข้อ 21.

รับอนุมัติจากคู่สัญญาภาครัฐก่อนและในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย หรือเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้น ซึ่งจำเป็นอย่างซึ่งจะต้องทำการบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมกิจการสัมปทานให้เป็นไปโดยปลอดภัย เอกชนผู้รับสัมปทานมีอำนาจที่จะปิดการใช้งานหรือปิดชั่วคราวได้ แต่ต้องแจ้งให้คู่สัญญาภาครัฐทราบก่อน แม้ว่าการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนจะต้องอยู่ภายใต้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะก็ตาม การดำเนินกิจการบริการสาธารณะของผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัมปทานจะต้องปฏิบัติตามกฎและข้อบังคับทั้งหลายทั้งปวงไม่ได้รับเอกสิทธิ์ยกเว้นตามกฎหมายต่างๆ โดยเฉพาะเกี่ยวกับปฏิบัติหน้าที่ของกรมตำรวจ หน่วยงานเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคง การบรรเทาสาธารณภัย การป้องกันประเทศ แม้กระทั่งความรับผิดชอบในเรื่องภาษีอากร ผู้รับสัมปทานก็ต้องมีหน้าที่รับผิดชอบ เช่น ภาษีป้าย ภาษีอากร¹⁷

สรุปแล้ว เอกชนผู้รับสัมปทานแม้จะถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐก็ตามแต่เอกชนผู้รับสัมปทานไม่อาจอ้างเอกสิทธิ์ใด ๆ ได้เหมือนการจัดทำบริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครอง เช่น การจัดหาพื้นที่เพื่อดำเนินกิจการบริการสาธารณะ เอกชนผู้รับสัมปทานไม่มีอำนาจในการเวนคืนที่ดินแต่ต้องให้คู่สัญญาภาครัฐเป็นผู้ดำเนินการเวนคืน

ข. สิทธิที่จะได้รับเงินทดแทนพิเศษจากคู่สัญญาภาครัฐ

หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองนั้น ถ้าหน่วยงานของรัฐคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ และเอกชนผู้รับสัมปทานยังมีสิทธิได้รับเงินทดแทนพิเศษสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากเหตุอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Fait du Prince) และเหตุอันไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ (L' imprevision) กล่าวคือ ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา หากเอกชนผู้รับสัมปทานได้รับความเสียหาย เนื่องจากการปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้น หรือค่าใช้จ่ายมากขึ้น อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญาได้กระทำลง เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายจากส่วนราชการคู่สัญญา โดยเหตุอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญาโดยตรงจะไม่รวมถึงเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองหน่วยอื่นและเหตุดังกล่าวจะต้องเกิดจาก

¹⁷ สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 ข้อ 58.

คำสั่งที่มีลักษณะเจาะจงเพื่อบังคับแก่เอกชนผู้รับสัมปทานเท่านั้น ส่วนคำสั่งหรือมาตรการที่มีลักษณะทั่วไปนั้น แม้จะมีผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าทดแทนแก่เอกชนผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักความเสมอภาค ในการแบกรับภาระหน้าที่ที่มีต่อรัฐ เว้นแต่มาตรการที่มีลักษณะทั่วไปจะมีผลกระทบโดยตรงต่อข้อกำหนดอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา เช่น คำสั่งเพิ่มภาษีสินค้าประเภทวัสดุก่อสร้างที่ใช้ในการดำเนินการบริการสาธารณะของเอกชนผู้รับสัมปทาน เหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งจะเป็นผลให้เอกชนผู้รับสัมปทานใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนได้จะเป็นเหตุหนักเบาแค่ไหนเพียงใดก็ได้ และค่าเสียหายที่เอกชนได้รับค่าทดแทนเต็มจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนเหตุอีกประการหนึ่งที่เป็นเหตุให้มีการเรียกค่าทดแทนได้คือ เหตุอันมิอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ (L' imprevision) ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความยากลำบาก เพราะเอกชนผู้รับสัมปทานอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงมาก เกิดขนาด เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือเรื่องค่าทดแทนความเสียหายจากคู่สัญญาภาครัฐได้ แต่เหตุอันมิอาจคาดหมายล่วงหน้าได้จะต้องมีลักษณะดังนี้ กล่าวคือ เหตุที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นเหตุที่คู่กรณีไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ และต้องเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ เช่น สงครามวิฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ นอกจากนั้น เหตุนั้นจะต้องเป็นเหตุซึ่งไม่ได้เกิดจากการกระทำของเอกชนผู้รับสัมปทาน และเหตุที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากฝ่ายปกครองอื่นนอกจากฝ่ายปกครองคู่สัญญาก็ได้ที่สำคัญเหตุที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องก่อผลร้ายแรงในทางเศรษฐกิจของเอกชนผู้รับสัมปทานในการปฏิบัติตามสัญญา เช่นเอกชนผู้รับสัมปทานจะปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็จะต้องขาดทุนอย่างมหาศาลมิใช่แต่ขาดกำไร ผลทางกฎหมายในกรณีที่เกิดเหตุอันไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ คือ เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญา มีข้อสังเกตว่าค่าทดแทนในกรณีนี้จะไม่ใช่ค่าทดแทนเต็มจำนวนเหมือนในกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา

การทำสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในประเทศไทยได้กำหนดให้คู่เอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าทดแทนจากคู่สัญญาภาครัฐได้ โดยกรณีแรกได้แก่ ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองคู่สัญญา ซึ่งเป็นกรณีคู่สัญญาภาครัฐจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญา ซึ่งเอกชนผู้รับสัมปทานย่อมมีสิทธิที่จะเลิกสัญญา และคู่สัญญาภาครัฐจะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทาน ซึ่งจะรวมถึงกรณีที่มีการขีตสิน เว้นคืนระบบก่อนสิ้นอายุสัญญา เอกชนผู้รับสัมปทานย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากคู่สัญญาภาครัฐได้ และถ้าคู่สัญญาภาครัฐมีความต้องการที่จะปรับปรุงการจัดการบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำก็มีอำนาจที่จะกระทำได้ แต่จะต้องมีการชดเชยค่าเสียหาย

ให้แก่เอกชนผู้รับสัมปทาน กรณีที่สอง ได้แก่ กรณีเกิดเหตุสุดวิสัย หรือ เหตุการณ์อันเป็นข้อยกเว้นทำให้เอกชนผู้รับสัมปทานไม่สามารถที่จะประกอบกิจการบริการสาธารณะได้ตามปกติ ซึ่งอาจเป็นการกระทำของหน่วยราชการอื่น เช่น หน่วยราชการอื่นได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นเหตุให้กระทบต่อผลประโยชน์ของเอกชนผู้รับสัมปทาน หรือ รัฐบาลได้เปลี่ยนแปลงกฎหมายออกกฎหมายใหม่ซึ่งเป็นผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายของเอกชนผู้รับสัมปทาน กรณีเช่นนี้คู่สัญญาภาครัฐจะต้องจัดหาวิธีการชดเชยความเสียหายที่เหมาะสม ซึ่งอาจจะเป็นการตกลงให้เอกชนผู้รับสัมปทานปรับอัตราค่าใช้บริการของประชาชน และถ้ามีเหตุสุดวิสัย หรือ เหตุการณ์อันเป็นข้อยกเว้นเกิดขึ้นเป็นเวลานาน ทำให้เอกชนผู้รับสัมปทานไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ซึ่งรวมถึงการได้รับผลกระทบทางการเงินที่ร้ายแรงด้วย เอกชนผู้รับสัมปทานอาจบอกเลิกสัญญาและมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจากคู่สัญญาภาครัฐได้

3. ประเภทของสัญญาสัมปทานแยกตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

3.1 พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473

พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานนี้ถือได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานบริการสาธารณะของประเทศไทย โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญในการเปิดโอกาสให้เอกชนนั้นมีส่วนในการสร้างและบำรุงทางหลวง¹⁸ ซึ่งโดยปกติแล้ว กิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคอาทิ ถนน ไฟฟ้า น้ำประปา ฯลฯ รัฐจะเป็นผู้ผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการในกิจการดังกล่าว แต่ด้วยปัญหาการลงทุนในกิจการสาธารณูปโภคในแต่ละแห่งนั้นต้องใช้เงินค่าใช้จ่ายอันมหาศาลซึ่งหากให้รัฐแต่ผู้เดียวในการพัฒนาแล้วเป็นการยากที่จะพัฒนาโครงสร้างทางกิจการสาธารณูปโภคให้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึง ด้วยเหตุนี้รัฐจึงเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนดำเนินการ โดยรัฐจะให้ผลประโยชน์แก่เอกชนผู้ลงทุนนั้นในการเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ตอบแทนในกิจการนั้นในช่วงระยะเวลาหนึ่งและนำผลประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับนั้นมาแบ่งปันกันระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น โดยผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกันด้วยสัญญาสัมปทาน ซึ่ง

¹⁸ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 ส่วนอารัมภบท “พระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล พระอัฐมรามาธิบดินทร เสด็จอยู่หัว มีพระบรมราชโองการเหนือเกล้าฯ สั่งว่า โดยที่พระราชดำริเห็นสมควรอนุญาตให้เอกชนสร้างและบำรุงรักษาทางหลวง”

สัญญาสัมปทานตามกฎหมายฉบับนี้จัดอยู่ในประเภทสัมปทานการบริการสาธารณะ(Public Service Concession)¹⁹

หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 มีดังนี้

- ก. การขอรับสัมปทานสร้างและบำรุงรักษาทางหลวง ต้องยื่นเรื่องราวต่อเสนาบดี กระทรวงพาณิชย์ และคมนาคม (มาตรา 5)
- ข. รัฐมีสิทธิเพิกถอนสัมปทานในกรณีที่ผู้รับสัมปทานตกเป็นคนล้มละลายหรือไม่บำรุงรักษาทางหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดสัมปทานหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอันเกี่ยวแก่รัฐประศาสนโยบาย หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในกรณีเช่นนี้ให้ทางหลวงและอุปกรณ์ที่พึ่งตกเป็นของรัฐ (มาตรา 8)
- ค. รัฐมีสิทธิเข้ายึดทางหลวงก่อนสิ้นอายุสัมปทาน แต่รัฐต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน (มาตรา 9,11)
- ง. รัฐมีอำนาจสั่งให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติภารกิจใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยแห่งประชาชนได้ (มาตรา 31)

โครงการทางหลวงที่ได้รับสัมปทานตาม พระราชบัญญัตินี้ได้แก่ สัญญาสัมปทานทางหลวง ระหว่าง กรมทางหลวง กับบริษัท คอนมืองโทลเวย์ จำกัด ซึ่งเป็นการสัมปทานทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ถนนดินแดง-คอนมือง หรือที่เรียกกันว่า ทางยกระดับโทลเวย์ โดยมีกำหนดอายุสัมปทาน 25 ปีนับแต่วันที่สัญญามีผลบังคับ

¹⁹ ไชยวัฒน์ นูนานาค “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน” รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2536 หน้า 127.

3.2 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบต่อความปลอดภัย หรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2485 และ พ.ศ. 2497 โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นี้ได้กำหนดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีก่อน

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ได้กำหนดสาระสำคัญไว้ในข้อ 3 และข้อ 4 ดังนี้

“ข้อ 3 กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

- (1) การรถไฟ
- (2) การรถราง
- (3) การขุดคลอง
- (4) การเดินอากาศ
- (5) การประปา
- (6) การชลประทาน
- (7) การไฟฟ้า
- (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ
- (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของ

ประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา

การตราพระราชกฤษฎีกาตาม (9) ให้กำหนดกระทรวงผู้มีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับกิจการนั้นด้วย

ข้อ 4 ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะ “ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรี”

ในกิจการสาธารณูปโภคไม่ว่าจะเป็น กิจการรถไฟ รถราง การประปา การไฟฟ้า และกิจการอื่นๆ ดังที่ระบุในข้อ 3 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 นั้นจึงเป็นกิจการที่ภาคเอกชนจะกระทำไม่ได้

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยทั่วไปแต่จะไม่ใช้บังคับกับการประกอบกิจการที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะดังปรากฏตามความข้อ 6 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 .. การประกอบกิจการดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกิจการนั้น” เช่น

- การรถไฟแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494
- การไฟฟ้านครหลวง ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501
- การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503
- การประปานครหลวง ตามพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510
- การไฟฟ้าฝ่ายผลิต ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.

2511

3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พ.ศ. 2535

การให้สัมปทานตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้มีการกำหนดสาระสำคัญไว้กล่าวคือ เมื่อโครงการใดที่เป็นกิจการของรัฐ หรือซึ่งรัฐมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของรัฐแล้วหากมีเงินลงทุนเกินกว่า 1,000 ล้านบาท กฎหมายได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการไว้ ดังนี้

ก. โครงการที่จะร่วมทุนนี้จะต้องมีการลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป (มาตรา 5) โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องจัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ โดยละเอียดตามประเด็นหัวข้อที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติกำหนด โดยผลการศึกษาและวิเคราะห์นี้ต้องเสนอต่อกระทรวงเจ้าสังกัด แต่หากโครงการนี้มีการลงทุนถึงห้า

พินด้านบาท หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องมีการจ้างที่ปรึกษาโครงการ (มาตรา 7) ทั้งนี้ที่ปรึกษาโครงการนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะเป็นผู้กำหนดคุณสมบัติโดยการประกาศไว้ในราชกิจจานุเบกษา (มาตรา 7 วรรค 2)

ข. เมื่อกระทรวงเข้าสังกัดได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการจากหน่วยงานเจ้าของโครงการแล้วจะต้องพิจารณาเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์ดังกล่าว ดังต่อไปนี้ (มาตรา 8)

- หากเป็นโครงการใหม่ ให้เสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเพื่อพิจารณาต่อ
- หากเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว ให้เสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อกระทรวงการคลังเพื่อพิจารณาต่อ

ค. เมื่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหรือกระทรวงการคลังได้พิจารณาแล้วเห็นชอบกับโครงการก็ให้เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการ (มาตรา 9) หากสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหรือกระทรวงการคลังไม่เห็นชอบกับโครงการดังกล่าว ก็จะแจ้งให้หน่วยงานเจ้าของโครงการทราบ

ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่เห็นด้วยกับความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหรือกระทรวงการคลังแล้วแต่กรณี หน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถเสนอความเห็นหรือคำชี้แจงเพิ่มเติมต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อตัดสินใจต่อไปได้

การพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหรือกระทรวงการคลัง กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาไว้ว่าต้องไม่เกิน 60 วันนับแต่วันได้รับโครงการ หากพ้นกำหนดดังกล่าวแล้ว การพิจารณายังไม่เสร็จสิ้น ให้ถือว่า สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเห็นชอบด้วยกับโครงการนั้น

ง. เมื่อคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบกับโครงการใดแล้วในขั้นตอนต่อไปจะต้องมีการร่างประกาศเชิญชวนเข้าร่วมงานและกำหนดเงื่อนไขที่สำคัญ ๆ ที่จะต้องมีในสัญญา ร่วมงานนั้น โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ(มาตรา 12) โดยในร่างประกาศเชิญชวนการร่วมงาน ขอบ

เขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่ต้องมีในสัญญาร่วมการงานนั้นหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการประกอบด้วยหน่วยงานต่าง ๆ (มาตรา 13) ซึ่งคณะกรรมการนี้จะมีอำนาจและหน้าที่ตามมาตรา 14 คือ

- เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวน ขอบเขตของ โครงการและเงื่อนไขสำคัญที่ต้องมีในสัญญาร่วมการงาน

- กำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา
- พิจารณาคัดเลือกเอกชนผู้เข้าร่วมงาน
- ดำเนินการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการตามที่เห็นสมควร

จ. เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาร่างสัญญาแล้วให้ส่งสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาตรวจร่างก่อนลงนาม (มาตรา 17) และเมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาเอกชนรายใดแล้วต้องเสนอผลการเสนอผลการพิจารณาพร้อมร่างสัญญาไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาภายใน 90 วันนับแต่วันตัดสินใจ โดยต้องแสดงเหตุผลต่าง ๆ ในการเลือกเอกชนรายนั้นโดยละเอียด หากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยจะส่งเรื่องคืนคณะกรรมการเพื่อทบทวนแล้วส่งให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจขาด (มาตรา 21)

ฉ. การกำกับดูแลโครงการ เมื่อได้มีการลงนามสัญญาแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานเพื่อคอยติดตามดูแลให้มีการดำเนินงานตามสัญญาและรายงานผลการดำเนินการต่างๆ รวมทั้งปัญหาและแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีเข้าสังกัดเพื่อทราบ (มาตรา 22 และ 23)

3.4 กฎหมายอื่น

กฎหมายที่อนุญาตให้หน่วยงานของรัฐสามารถร่วมงานกับเอกชนได้ซึ่งถือเป็นกาทำให้สัมปทานบริการสาธารณะได้มีหลายฉบับด้วยกัน คือ

ก. พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497 มาตรา 9(6)กำหนดให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยมีอำนาจ “ร่วมการงานหรือสมทบกับบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์แห่งกิจการขององค์การโทรศัพท์ รวมทั้งการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลใดๆ” เช่น สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัทซี พี เทเลมิวนิเคชั่น เพื่อขยายบริการโทรศัพท์พื้นฐานในเขตโทรศัพท์นครหลวงจำนวนสองล้านเลขหมาย

ข. พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย มาตรา 10 (6) กำหนดให้การสื่อสารแห่งประเทศไทยมีอำนาจ “ร่วมการงานหรือสมทบกับบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์แห่งกิจการของการสื่อสารแห่งประเทศไทย รวมทั้งการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลใดๆ” เช่น การเข้าทำสัญญาร่วมการงานระหว่าง การสื่อสารแห่งประเทศไทย(กสท.) กับ บริษัท โทเทิลแอนด์เซลล์ คอมมูนิเคชั่น จำกัด (TAC) เพื่อสร้างเครือข่ายและให้บริการโทรศัพท์มือถือระบบ 800

ค. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 ซึ่งเป็นกฎหมาย จัดตั้งการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้กำหนดไว้ในข้อ 2(1) ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่ “สร้างหรือจัดให้มีด้วยวิธีใดๆตลอดจนบำรุง และรักษาทางพิเศษ” ซึ่งคำว่า “จัดให้มีวิธีใดๆ” ย่อมหมายความรวมถึงการร่วมดำเนินการกับเอกชนโดยให้เอกชนลงทุนก่อสร้างทางพิเศษและมีการแบ่งรายได้ค่าผ่านทางระหว่างคู่สัญญาได้ เช่น สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่าง การทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด โดยบริษัททางด่วนกรุงเทพจำกัดเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างด้วยค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงภัยของบริษัทเองโดยมีกำหนดระยะเวลา 30 ปีนับแต่วันที่เริ่มก่อสร้าง และมีการตกลง ในการแบ่งค่าผ่านทางให้แก่การทางพิเศษแห่งประเทศไทย

ง. ส่วนราชการ เช่นกระทรวงคมนาคม ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับการคมนาคม การสื่อสาร แม้ไม่มีกฎหมายที่กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าสามารถให้ สัมปทานได้ก็ตาม แต่โดยอำนาจหน้าที่เช่น การทำสัญญาสัมปทานคาวเทียมโดยอาจอนุญาตให้เอกชนดำเนินการคาวเทียมโดยให้สร้าง บริหารกิจการและให้บริการวงจรรดาวเทียมและให้เอกชนนั้นมีสิทธิเรียกเก็บค่าใช้จ่ายจรรดาวเทียมจากผู้ ใช้บริการคาวเทียม ซึ่งตามข้อตกลงระหว่างประเทศเรื่องข้อบังคับวิทยุ (Radio Regulations)ของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication

Union) ได้วางหลักเกณฑ์การจูงจูงจรวทวมไว้ว่าเป็น สิทธิของรัฐ (Administration) รัฐเท่านั้นที่จะเป็นเจ้าของจรวทวม กระทบคมนาคนจึงต้องเป็นคู่สัญญา²⁰

4. ประเภทของสัญญาสัมปทานแยกตามการกำหนดให้ทรัพย์สินในโครงการตกเป็นของรัฐ

การลงทุนพัฒนาในกิจการของรัฐที่ให้เอกชนเข้าร่วมงาน หรือร่วมลงทุนนั้น การกำหนดรูปแบบของการร่วมงานโดยกำหนดให้ทรัพย์สินในโครงการตกเป็นของรัฐแบ่งเป็น 3 ประเภท คือ

4.1 ประเภท BTO ซึ่งย่อมาจาก Build-Transfer-Operate โครงการในรูปแบบนี้ เอกชนผู้ลงทุนจะต้องจัดหาเงินทุนและก่อสร้างถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่าง ๆ ใน โครงการ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้ว เอกชนผู้ลงทุนจะโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมดรวมทั้งสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินให้แก่หน่วยงานของรัฐ แต่จะยังมีสิทธิดำเนินการบริหาร โดยใช้ทรัพย์สินดังกล่าวต่อไปได้จนครบอายุสัญญา เช่น

ก. สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ระหว่าง กระทรวงคมนาคม และการรถไฟแห่งประเทศไทย กับ บริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด กำหนดให้บรรดาอาคารและสิ่งปลูกสร้างทั้งหลายที่บริษัทก่อสร้างขึ้นในพื้นที่สัมปทานรวมถึงทางรถไฟ ถนนยกระดับ และทางเชื่อมกับถนนที่มีอยู่เดิมตามสัญญานี้ ให้ตกเป็นทรัพย์สินของการรถไฟแห่งประเทศไทยทันทีที่ก่อสร้าง

ข. สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ระหว่าง การทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับ บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด โดยบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด กำหนดให้บรรดางานที่ก่อสร้าง

²⁰ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ(ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญา สัมปทาน การบริการสาธารณะ) เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38. พ.ศ. 2538-2539. หน้า 19. (เอกสารอัดสำเนา.)

และสิ่งก่อสร้างถาวรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือใช้ประโยชน์จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในทันทีเมื่อได้เปิดใช้งานแล้ว

โครงการทางด่วนขั้นที่ 2 นี้ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องการผ่อนภาระการลงทุนในการจัดสร้างทางด่วนเพื่อแก้ไขปัญหาการจราจร จึงเปิดประมูลให้เอกชนลงทุนสร้างทางด่วนบนที่ดินที่การทางพิเศษฯ เว้นคืนมา เมื่อเอกชนลงทุนสร้างทางด่วนขั้นแล้วก็โอนกรรมสิทธิ์ในทางด่วนนั้นให้แก่การทางพิเศษฯ เพื่อใช้เชื่อมเข้าเป็นระบบเดียวกันกับระบบทางด่วนเดิมของการทางพิเศษฯ เมื่อเอกชนกู้ยืมเงินมาจัดสร้างและติดตั้งอุปกรณ์ต่างๆ ของทางด่วนแล้ว ก็โอนกรรมสิทธิ์ให้การทางพิเศษฯ โดยในสัญญาจะระบุว่า เมื่อการทางพิเศษฯ เก็บค่าผ่านทางได้ก็นำมาแบ่งให้แก่เอกชนผู้ลงทุน เอกชนผู้ลงทุนจึงเหลือแต่ทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดอย่างเดียวที่จะใช้เป็นหลักประกันได้ก็คือสิทธิในการรับค่าส่วนแบ่งจากการทางพิเศษฯ

ค. สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ระหว่าง องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย กับ บริษัทซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด โดยบริษัทตกลงที่ดำเนินการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินและอาคารดังกล่าวโอนให้แก่ ทศท. ในโอกาสแรกที่สามารถทำได้ ในการร่วมการทำงานและร่วมลงทุนตามสัญญานี้ บริษัทจะเป็นผู้ลงทุนแต่ผู้เดียวซึ่งอุปกรณ์ในระบบทั้งหมดและจะโอนกรรมสิทธิ์ในอุปกรณ์ในระบบดังกล่าว ตลอดจนที่ดินและอาคารที่บริษัทเป็นผู้จัดหาและติดตั้งให้แก่ ทศท. และเพื่อเป็นการตอบแทน ทศท. จะจัดให้บริษัทมีสิทธิใช้ครอบครอง (เว้นแต่กรณีต้องห้ามตามกฎหมาย) และให้บริษัทได้ผลประโยชน์จากอุปกรณ์ในระบบดังกล่าวตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ รวมทั้งได้รับส่วนแบ่งที่เกี่ยวข้องตามอัตราส่วนที่ได้ตกลงกันตลอดอายุของสัญญา

ในสัญญาบางโครงการ อาจใช้รูปแบบผสมผสานกัน BTO และ BOT คือให้ทรัพย์สินบางส่วนตกเป็นของรัฐ แต่บางส่วนก็ยังเป็นของเอกชนผู้รับสิทธิเงินครบระยะเวลาตามสัญญาจึงจะตกแก่รัฐ ในรูปแบบนี้ส่วนมากจะใช้ในโครงการที่ทรัพย์สินในโครงการมีทั้งอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ โดยมีแนวคิดว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ควรตกเป็นของรัฐทันที ส่วนสังหาริมทรัพย์อาจยอมให้เอกชนถือกรรมสิทธิ์ไว้ก่อนได้ ต่อเมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง แล้วจึงให้ตกเป็นของรัฐ ตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กรุงเทพมหานคร (รถไฟฟ้าชานชาลา) กำหนดให้ทรัพย์สินส่วนที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ คือ สิ่งก่อสร้างถาวร เสาตอม่อ รางรถไฟฟ้า ตกเป็นของ กทม. ทันทีเมื่อบริษัทก่อสร้างเสร็จ ส่วนอุปกรณ์และเครื่องมือควบคุม เช่น ตู้รถไฟฟ้า ระบบ

ควบคุมต่าง ๆ ยังคงเป็นของบริษัทในระหว่างอายุสัญญา และจะตกเป็นของ กทม. เมื่อสัญญาสิ้นสุด²¹

4.2 ประเภท BOT ซึ่งย่อมาจาก Build-Operate-Transfer โครงการในรูปแบบนี้ เอกชนผู้ลงทุนจะจัดหาแหล่งเงินทุนก่อสร้างอาคารวัตถุและอุปกรณ์ต่างๆ ในโครงการ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้ว เอกชนจะยังคงถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการและดำเนินการบริหารต่อไปจนครบอายุสัญญา แล้วจึงโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมดให้แก่หน่วยงานของรัฐ เช่น โครงการเอกชนร่วมลงทุนปรับปรุงขยายการประปาปทุมธานี-รังสิต กำหนดให้เอกชนผู้ลงทุนต้องโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินในโครงการในสภาพที่ดีให้การประปาส่วนภูมิภาคเมื่อสิ้นสุดโครงการ²²

วิธีการ BOT พัฒนารับมาสมัยปลายช่วงปี ค.ศ. 1970 เพื่อตอบสนองเรื่องงบประมาณแผ่นดินอันจำกัดของประเทศกำลังพัฒนา และตอบสนองภาวะถดถอยของปริมาณงานก่อสร้างระหว่างประเทศ ปัจจุบันบริษัทผู้รับงานก่อสร้างไม่ผู้สนใจสนับสนุนโครงการ BOT เหมือนเช่นในสมัยเริ่มแรก ในประเทศกำลังพัฒนามีผู้เสนอโครงการ BOT ไว้หลายโครงการ แต่ได้นำไปใช้ไม่มากนัก

Mark Augenblick และ Scott Custer²³ ได้วิเคราะห์โครงการ BOT และให้ความหมายไว้พอสรุปได้ดังนี้

ในโครงการ BOT ผู้ลงทุนภาคเอกชน (ซึ่งปกติได้แก่ผู้รับเหมาก่อสร้างระหว่างประเทศ หรือผู้ผลิตเครื่องอุปกรณ์ขนาดใหญ่ ผู้ปฏิบัติการหรือผู้บริหารระบบหรือโรงงาน รวมทั้งหมดส่วนในประเทศด้วย) จะลงทุนถือหุ้น (equity investments) (ปกติร้อยละ 10-30 ของมูลค่าโครงการทั้งหมด) ในบริษัทเจ้าของโครงการภาคเอกชน (private project company) ซึ่งจะเป็นผู้ก่อสร้างโครงการ เปิดบริการและบริหารโครงการในระยะยาวเพียงพอที่จะได้ชำระเงินคืนหนี้ของโครงการ

²¹ สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ข้อ 19

²² Term of Reference for Submission of the Investment Proposal for Pathumthani-Rangsit Water Supply Project ข้อ 3(2)

²³ Mark Augenblick and Scott B. Custer, The Build, Operate, and Transfer ("BOT") approach to infrastructure projects in developing countries (The World Bank, 1990) pp. V, 38-45.

และย้ายคืนผู้ถือหุ้น หลังจากนั้นก็จะโอนโครงการไปให้แก่รัฐบาลของประเทศที่รับการลงทุน (host government)

Augenblick และ Custer กล่าวว่าโครงการ BOT ซึ่งเป็นวิธีการก่อสร้างและจัดหาเงินทุนแก่โครงการสาธารณูปโภคต่างๆ ในประเทศกำลังพัฒนา เช่น โรงไฟฟ้า ทางพิเศษ (เก็บเงินค่าผ่านทาง) ท่าเรือ สายส่งถ่ายทอดสัญญาณ และระบบน้ำประปา และยังให้ความเห็นด้วยว่าโครงการสาธารณูปโภคแบบ BOT ไม่ใช่ขั้ววิเศษรักษาโรคได้ครอบจักรวาล โครงการ BOT มีความซับซ้อนมากทั้งในแง่การเงินและแง่กฎหมาย หากประเทศใดสามารถบริหารโครงการอย่างเดียวกันได้โดยใช้วิธีการดั้งเดิม (traditional way) กล่าวคือกู้ยืมเงินแบบฝ่ายรัฐเป็นผู้กู้ยืมเงิน (sovereign borrowings) มาจัดหาเงินทุนแก่สัญญาก่อสร้างแบบ turnkey ก็จะทำให้ประหยัดเวลาและประกันความแน่นอนว่าโครงการนั้น ๆ จะดำเนินไปได้

แต่บางประเทศใดไม่สามารถจัดหาเงินทุนแก่สาธารณูปโภคได้จากแหล่งงบประมาณแผ่นดินหรือจากการกู้ยืมเงินแบบ sovereign borrowings ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุเกี่ยวกับงบประมาณเองหรือมีนโยบายว่าไม่ประสงค์จะทำเช่นนั้น วิธีการ BOT ก็เป็นทางเลือกหนึ่งซึ่งหากดำเนินการอย่างถูกต้องเหมาะสมแล้วจะประสบความสำเร็จ

แต่รัฐบาลเจ้าบ้านซึ่งประสงค์จะส่งเสริมโครงการ BOT ต้องเข้าใจและเต็มใจยอมรับว่ากระบวนการ BOT มีลักษณะซับซ้อนและใช้เวลามาก ทั้งโครงการ BOT ต้องได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลเจ้าบ้านอย่างเต็มที่ นอกจากนี้รัฐบาลเจ้าบ้านยังต้องเข้าใจและเต็มใจยอมรับเรื่องอัตราผลตอบแทนซึ่งผู้ให้กู้เชิงพาณิชย์ และผู้ลงทุนถือหุ้น ได้คาดหมายเอาไว้ด้วย

ในบางโอกาส โครงการ BOT ถูกมองว่าเป็นการแปรรูปกิจการรัฐวิสาหกิจ (Privatisation) แบบหนึ่ง แต่การวิเคราะห์เช่นนี้จะเป็นการเข้าใจที่ถูกต้องเฉพาะในกรณีที่อยู่สัมปทานใกล้เคียงกับระยะเวลาที่คาดหวังว่าจะได้ประโยชน์จากโครงการ องค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของโครงการ BOT ก็ได้แก่ การโอนโครงการที่พร้อมจะดำเนินการบริหารได้ (Operational project) ให้กลับคืนไปสู่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น บางทีน่าจะเป็นการดีกว่าหากถือว่าโครงการ BOT เป็นวิธีการหนึ่งซึ่งใช้ส่งมอบเรื่องการพัฒนาและการบริหารเริ่มต้น (Development and Initial Operation) ให้ไปอยู่ในความควบคุมของภาคเอกชน โดยมีระยะเวลา

จำกัด ซึ่งถ้าไม่ใช่โครงการ BOT แล้ว เรื่องดังกล่าวจะกลายเป็นของโครงการภาครัฐ (Public Sector Project) ไป

เหตุผลที่หน่วยงานของรัฐยอมรับโครงการ BOT อาจมีแตกต่างกันได้หลายประการ แต่ก็มีมูลเหตุจูงใจเพื่อวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

- ลดผลกระทบต่อบรรณภาพ ซึ่งจากมูลเหตุนี้ จะทำให้รัฐบาลมีศักยภาพดำเนินการตามโครงการใดโครงการหนึ่งได้ ณ เวลาที่ไม่สามารถจัดหาเงินทุนได้ หรือซึ่งจะทำให้รัฐบาลมีอิสระในการใช้ทรัพยากรของตนเพื่อโครงการอื่นๆ ซึ่งไม่ค่อขเป็นที่สนใจของภาคเอกชน
- นำการเพิ่มประสิทธิภาพจากภาคเอกชนมาใช้
- กระตุ้นให้มีการลงทุนจากต่างประเทศ และนำเทคโนโลยีใหม่ๆ มาใช้ในประเทศกำลังพัฒนา

ปกติโครงการ BOT จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับบริษัทเจ้าของโครงการ ซึ่งเป็นบริษัทที่ผู้ลงทุนเป็นผู้ก่อตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการก่อสร้างและเปิดบริการและบริหารโครงการ

เอกชนผู้ลงทุนมักจะต้องความมั่นใจว่า หน่วยงานของรัฐในฐานะคู่สัญญาได้ยอมรับที่จะเป็นผู้สนับสนุนอย่างต่อเนื่องในบางกรณีด้วย เช่น ภาครัฐอาจจะต้องจัดเตรียมเรื่องสาธารณูปโภคที่เกี่ยวข้อง และอาจต้องชำระเงินเพื่อแลกกับผลประโยชน์ที่ได้รับจากโครงการในทันทีที่โครงการนั้นพร้อมที่จะเปิดให้บริการได้

เอกชนผู้ลงทุนมักประสงค์ จะได้ ความมั่นคงเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาล (a government's intentions) ในเรื่องซึ่งอาจมีผลกระทบต่อโครงการ อย่างไรก็ตาม ขณะที่ภาครัฐค่อนข้างจะไม่เต็มใจเพราะอาจมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลในอนาคตได้ ผู้ลงทุนอาจพยายามขอความมั่นใจว่าจะมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนอย่างเพียงพอในกรณีที่ภาครัฐกระทำการใดๆ ในเวลาต่อมาซึ่งไม่สอดคล้องกับนโยบายที่ประกาศไว้และเป็นอันตรายต่อโครงการนั้น

ในมุมมองของภาครัฐ โครงการ BOT จะเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อให้ความมั่นใจว่า

- บริษัทผู้รับสัมปทานได้จัดการให้บริการอย่างเพียงพอตลอดอายุสัมปทาน
- บริษัทผู้รับสัมปทานได้ปฏิบัติตามมาตรฐานการป้องกันด้านสิ่งแวดล้อม และด้านความปลอดภัยที่เกี่ยวข้อง
- ค่าบริการที่จะเก็บจากผู้บริโภคผู้ให้บริการ เป็นไปอย่างสมเหตุผล
- งานบำรุงรักษาและซ่อมแซมได้ดำเนินไปโดยเหมาะสม เพื่อให้การบริการได้อย่างต่อเนื่องเพียงพอ สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านความปลอดภัยและด้านอื่นๆ ที่จำเป็น ทั้งให้ความมั่นใจว่าหลังจากการโอนเมื่อสิ้นสุดอายุสัมปทานแล้วภาครัฐจะรับช่วง (inherits) โครงการที่พร้อมจะดำเนินการได้ (operational project)

ซึ่งในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นนี้ภาครัฐมักจะใช้วิธีการวางข้อกำหนดเหล่านี้ไว้ในสัญญา²⁴

สิ่งที่สำคัญสำหรับการจัดหาเงินทุนของโครงการ BOT ในมุมมองของเอกชนผู้ลงทุน จะต้องการให้มีการรับรองและให้ความสะดวกแก่ผู้ให้กู้ยืม ตัวสัญญาสัมปทานเองก็อาจมีผลกระทบต่อการจัดสรรความเสี่ยงของโครงการ (a substantial degree of the project risk allocation) และในการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในประเด็นเหล่านี้ ควรจะคำนึงถึงการจัดสรรความเสี่ยง (allocation of risk) ของผู้ให้กู้ด้วย และเนื่องจากผลประโยชน์ส่วนได้เสียของภาครัฐกับผู้ให้กู้ยืมในหลายกรณีอาจไม่สอดคล้องกัน ผู้ลงทุนและที่ปรึกษาของผู้ลงทุนในโครงการ BOT จึงจำเป็นต้องให้ความสำคัญต่อข้อกำหนดเฉพาะของคู่กรณีทุกๆ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างเต็มที่ด้วย²⁵

เมื่อพิจารณาจากการเป็นเจ้าของทรัพย์สินในโครงการแล้วอาจกล่าวได้ว่า ผู้รับสัมปทานในโครงการ BOT มีปัญหาในการจัดหาเงินทุนน้อยกว่าผู้รับสัมปทานในโครงการ BTO อย่างไรก็ตาม โครงการ BTO หรือ BOO ก็มีปัญหาในการระดมเงินทุน จากผู้ให้กู้เช่นกัน และนับเป็นปัญหาใหญ่ที่เฉียดโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาในการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอให้แก่ผู้ให้

²⁴ Ibid

²⁵ Ibid

การจัดหาเงินทุนสำหรับโครงการ BOT บางโครงการดูเหมือนจะรับรองข้อเท็จจริงที่ว่า โครงการ BOT ทั้งหมดมีช่วงที่แตกต่างกันด้านความเสี่ยงอยู่สองช่วง คือ (1) ช่วงก่อสร้างจะมีความเสี่ยงสูง (a high risk construction phase) และ (2) ช่วงดำเนินการบริหารโครงการใช้สาธารณูปโภคจะมีความเสี่ยงต่ำ (a lower risk , “public utility” operating phase)

โครงการ BOT : ข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้ง

จากการศึกษาพบว่าโครงการ BOT มีข้อดีหลายประการเป็นข้อสนับสนุน ขณะเดียวกันก็มีข้อโต้แย้งอย่างน้อยสองประการดังต่อไปนี้

ข้อสนับสนุนที่ 1 การจัดหาเงินลงทุน ในกรณีภาครัฐไม่มีแหล่งเงินงบประมาณแผ่นดิน หรือไม่มีศักยภาพในการกู้ยืมเงิน มาจัดหาทุนให้โครงการสาธารณูปโภคอย่างโครงการภาครัฐได้ โครงการ BOT จะอำนวยความสะดวกทำให้โครงการนั้น ๆ เป็นจริงขึ้นมาได้โดยจัดหาเงินทุนในรูปการลงทุนถือหุ้นของผู้ลงทุน และในรูปการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินมีหลายกรณีที่สถาบันการเงินเต็มใจให้สินเชื่อแก่โครงการ BOT ด้วยหลักประกันพิเศษที่กำหนดไว้ แต่สถาบันการเงินนั้นอาจไม่เต็มใจให้สินเชื่อแก่ภาครัฐโดยตรง

ข้อสนับสนุนที่ 2 ความน่าเชื่อถือ การที่ผู้ลงทุนถือหุ้น (equity investors) และผู้ให้กู้เต็มใจยอมรับความเสี่ยงต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับโครงการ BOT และทุ่มเททุกอย่างแก่โครงการ BOT ในระยะยาว เป็นเครื่องบ่งชี้ว่าผู้ชำนาญการด้านต่าง ๆ ได้พิจารณาเห็นว่าโครงการ BOT สามารถดำเนินการไปได้ด้วยดี ผู้สังเกตการณ์หลายคนเชื่อว่าภาคเอกชนมีศักยภาพมากกว่าภาครัฐในการประเมินว่าโครงการใดโครงการหนึ่งควรจะก่อสร้างหรือไม่อย่างไร ดังนั้นวิธีการ BOT จึงช่วยให้ประเทศกำลังพัฒนารอดพ้นจากโครงการ “ช้างเผือก (white elephant project)” (โครงการซึ่งดำเนินการโดยภาครัฐที่ต้องใช้เงินทุนจำนวนมหาศาล) อย่างไรก็ตาม ข้อคิดดังกล่าวอาจสูญไปได้หากโครงการ BOT ได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐมากเกินไปจนกระทั่งผู้ลงทุนไม่ต้องเสี่ยงกับจริง ๆ เลย

ข้อสนับสนุนที่ 3 ประสิทธิภาพ ข้อนี้เป็นผลมาจากข้อสนับสนุนที่ 2 การที่ผู้ลงทุนภาคเอกชน เป็นผู้ควบคุมและมีส่วนได้เสียทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องในด้านการออกแบบการก่อสร้าง

สร้าง และการเปิดบริการและบริหารโครงการ จะทำให้เกิดประสิทธิภาพด้านต้นทุน(significant cost efficiencies) ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่ภาครัฐมาก

ข้อสนับสนุนที่ 4 มาตรฐาน มีที่ปรึกษาและผู้ทำหน้าที่ให้ความเห็นแก่ภาครัฐหลายคน กล่าวอ้างว่าภาครัฐจะได้รับประโยชน์จากการใช้โครงการภาคเอกชนนี้ (private sector project) เป็นมาตรฐาน (benchmark) วัดประสิทธิภาพของโครงการภาครัฐ (public sector projects) ทั้งหลายซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกันภายในประเทศเดียวกัน

ข้อสนับสนุนที่ 5 การถ่ายทอดเทคโนโลยีและการฝึกอบรม การที่ผู้ลงทุนภาคเอกชน มีความเกี่ยวข้องโดยตรงอย่างต่อเนื่องกับโครงการ BOT แม้พ้นอายุสัมปทานแล้ว อาจเป็นสิ่งที่ส่งเสริมให้เทคโนโลยีได้ถ่ายทอดไปอย่างต่อเนื่องจากผู้รับเหมา (contractor) ผู้ผลิตวัสดุอุปกรณ์ (equipment suppliers) และผู้ปฏิบัติการ (operator) ไปสู่บริษัทเจ้าของโครงการ (project company) และไปสู่ภาครัฐได้ดียิ่งกว่าที่เป็นอยู่ในโครงการภาครัฐ (public sector project) นอกจากนี้โดยปกติโครงการ BOT มักจะบูรณวงโครงการฝึกอบรมที่เข้มข้น (strong training program) ไว้ด้วยเพื่อให้พนักงานท้องถิ่นได้รับการฝึกอบรมอย่างเต็มที่ (fully trained local staff) พร้อมทั้งจะปฏิบัติการต่อไป ได้เมื่อหมดอายุสัมปทานแล้ว

ข้อสนับสนุนที่ 6 การแปรรูปกิจการรัฐวิสาหกิจ โครงการ BOT เป็นรูปแบบหนึ่งของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization) หากหนึ่งในเป้าหมายทางเศรษฐกิจและสังคมของภาครัฐ คือการแปรรูปกิจการรัฐวิสาหกิจให้กลายเป็นของภาคเอกชนให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้แล้ว โครง BOT จะเป็นที่ยอมรับและกล่าวขวัญถึงมาก กว่าโครงการที่ภาครัฐต้องจัดหาเงินทุนหรือบริหารโครงการเอง

ข้อโต้แย้งที่ 1 ความซับซ้อน สิ่งที่ไม่สามารถโต้แย้งหรือปฏิเสธได้ก็คือโครงการ BOT เป็นงานที่มีความซับซ้อนสูงมากต้องอุทิศทั้งเงิน เวลา ความอดทนและความละเอียดอ่อน ในการเจรจาต่อรองเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ ยกตัวอย่างประวัติการเจรจาต่อรองที่ประเทศตุรกี เพื่อก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังถ่านหินโรงหนึ่ง (a major coal fired power plant) ปรากฏว่าเป็นกระบวนการที่ใช้เวลามาก (a time consuming process) หากนับการสูญเสียโอกาสทางเศรษฐกิจรวมเข้าด้วยแล้ว ความสูญเสียของกระบวนการนี้ก็มีมูลค่าสูงมาก มีผู้แนะนำว่า หากประเทศกำลังพัฒนาประเทศใด

มีแหล่งงบประมาณแผ่นดิน หรือมีศักยภาพในการกู้ยืมเงิน (borrowing capacity) ก็ให้ดำเนินโครงการนั้นไปอย่างโครงการที่ภาครัฐเป็นผู้จัดหาเงินทุนจะดีกว่า

ข้อโต้แย้งที่ 2 ต้นทุน ต้นทุนทั้งหมดของโครงการ BOT ที่ภาครัฐจะต้องใช้จ่ายนั้นมีจำนวนสูงมากกว่าโครงการภาครัฐอื่น ๆ ซึ่งทำกันโดยวิธีการดั้งเดิมทั่วไป (a traditional public sector project)

4.3 ประเภท BOO ซึ่งย่อมาจาก Build- Own- Operate โครงการในรูปแบบนี้ เอกชนผู้ลงทุนจะจัดหาแหล่งเงินทุน ก่อสร้างถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่างๆ ในโครงการ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้ว เอกชนผู้ลงทุนจะ คงเป็นเจ้าของและดำเนินการบริหารงานต่อไปจนครบอายุสัญญา โดยไม่มีการโอนทรัพย์สินให้แก่หน่วยงานของรัฐ เช่นโครงการท่อขนส่งผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยโดยอาศัยสิทธิการระจำยอมในการวางท่อน้ำมันของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายที่เป็นหลักในเรื่องการให้เอกชนเข้าร่วมการงานในกิจการของรัฐ หรือรับสัมปทานสิทธิดำเนินการในกิจการของรัฐแล้ว พบว่า ไม่มีบทบัญญัติใดที่ระบุว่า รัฐต้องกำหนดรูปแบบการร่วมการงาน หรือการให้สัมปทานว่า ต้องเป็นแบบ BTO หรือ BOT แม้แต่ในกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขการลงทุนและการคัดเลือกเอกชนก็ได้ระบุเรื่องนี้ จึงเป็นดุลพินิจของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือรัฐบาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดรูปแบบตามที่เห็นสมควร ดังมีตัวอย่างดังนี้²⁶

ก. ในข้อกำหนดของโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ตามเอกสารหมายเลข 2 ของประกาศการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเรื่อง การประกวดข้อเสนอขอรับสัมปทานโครงการระบบทางด่วน ขั้นที่ 2 ในกรุงเทพมหานคร และปริมณฑล, ข้อ 2.14 ระบุว่า ผู้รับสัมปทานมีสิทธิในการเก็บค่าผ่านทางและรายได้อื่น ๆ จากการดำเนินกิจการภายในกำหนดเวลา 30 ปี นับตั้งแต่วันลงนามในสัญญาการให้สัมปทาน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วทรัพย์สินทั้งหมดให้ตกเป็นของรัฐบาลทันที โดย

²⁶ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ(ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญา สัมปทาน การบริการสาธารณะ) เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38. พ.ศ. 2538-2539. หน้า 47. (เอกสารอัดสำเนา.)

สภาพของระบบทางควันทันปทานและอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องจะต้องอยู่ในสภาพที่เรียบร้อย ใช้งานได้อย่างปลอดภัยตามมาตรฐานสากล แสดงว่าในชั้นประกาศข้อกำหนดโครงการ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้กำหนดรูปแบบการลงทุนเป็น BOT แต่ต่อมาในชั้นเจรจาสัญญา การทางพิเศษแห่งประเทศไทยและกรมอัยการ(ชื่อในขณะนั้น) ได้ขอต่อรองแก้ไขเป็นแบบ BTO และกำหนดไว้ในสัญญา

ข. ในข้อกำหนด (Term of Reference) ของโครงการเอกชนร่วมลงทุนปรับปรุงขยายการประปาปทุมธานี-รังสิต กำหนดให้เอกชนผู้ลงทุนต้องโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินในโครงการในสภาพที่ดีให้การประปาส่วนภูมิภาคเมื่อสิ้นสุดโครงการ

ค. ในโครงการจัดตั้งเขตประมวล และบริการสารสนเทศ (Data Processing Zone) หรือ DPZ คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ดำเนินการด้านคมนาคมในโครงการ DPZ ด้วยวิธีร่วมการทำงานที่ให้เอกชนผู้รับสัมปทานจัดหาแหล่งเงินทุน และก่อสร้างในโครงการแล้วโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างให้ภาครัฐ

ข้อเปรียบเทียบระหว่างโครงการ BOT กับโครงการ BOO

มีปัญหาประการแรกว่าลักษณะการ “โอน” ตามโครงการ BOT เป็นลักษณะที่จำเป็นต้องการบรรลุมูลค่าประสงคของประเทศเจ้าบ้านผู้รับการลงทุนหรือไม่ ปัญหาประการที่สองคือโครงการ BOO บางกรณีมีความเหมาะสมที่จะเป็นทางเลือกหนึ่งหรือไม่ ยกตัวอย่างประเทศฟิลิปปินส์ได้ขอให้บรรดาข้อเสนอก่อสร้างโรงไฟฟ้าขึ้นมาแบบสองทางเลือกคือทั้งแบบโครงการ BOT และโครงการ BOO ข้อเสนอแบบหลัง (แบบโครงการ BOO) อาจทำให้รัฐบาลเจ้าบ้าน (host government) ได้เงินมากกว่ามากในช่วงเวลาเริ่มต้น (over the initial period) เนื่องจากตามทฤษฎีแล้วผู้ลงทุนจะต้องได้รับทุนคืนและได้รับผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลตลอดไป อย่างไรก็ตามผู้ลงทุนภาคเอกชนส่วนใหญ่มักให้ความสำคัญน้อยมากกับผลตอบแทนซึ่งมีระยะเวลาห่างออกไป 15 ถึง 20 ปี ดังนั้นผู้ลงทุนในโครงการ BOT อาจต้องการให้ผลตอบแทนมีมูลค่าเกือบเท่าเทียมกับผลตอบแทนทั้งหมดในช่วง 20 ปีแรกตามโครงการ BOO ด้วย ซึ่งในกรณีนี้รัฐบาลเจ้าบ้านก็อาจไม่ต้องการประหยัดเงินมากนักจากวิธีการ BOO

ยิ่งกว่านั้นคงได้กล่าวมาแล้วว่า ตามโครงการ BOT รัฐบาลเข้าบ้าน ควรได้ประโยชน์จากการฝึกอบรมพนักงานและการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งเป็นผลโดยปริยาย ข้อเท็จจริงที่ว่าโครงการนั้น ๆ ต้องโอนไปอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลเมื่อสิ้นอายุสัมปทานแล้ว และด้วยเหตุนี้ในสัญญาที่ทำกับบริษัทเจ้าของโครงการ BOT ภาครัฐจึงควรเพิ่มข้อตกลงหรือข้อสัญญาเพื่อเป็นประกันว่าภาครัฐจะมีพนักงานซึ่งได้รับการฝึกอบรมอย่างเพียงพอและจะได้รับเทคโนโลยีซึ่งจะใช้ดำเนินโครงการนั้น ได้หลังจากสิ้นอายุสัมปทานแล้ว ผลประโยชน์ดังกล่าวอาจหาไม่ได้ในโครงการ BOO แต่ในทางตรงกันข้ามโครงการ BOO อาจเป็นสิ่งจูงใจให้เจ้าของโครงการ ได้บำรุงรักษาและปรับปรุงโรงงานหรืออุปกรณ์ติดตั้งอื่นๆ ในช่วงระหว่างอายุสัมปทาน ซึ่งมีผลช่วยให้รัฐบาลเข้าบ้านไม่ต้องรับผิดชอบภาระดังกล่าวเมื่อโครงการสิ้นสุดลง ส่วนกรณีฝึกอบรมพนักงานและถ่ายทอดเทคโนโลยี และกรณีบำรุงรักษาปรับปรุงรัฐบาลเข้าบ้านก็ยังสามารถปกป้องผลประโยชน์ส่วนได้เสียของตนได้เสมอ และเพียงพอโดยอาศัยตัวสัญญาเอง โดยไม่ต้องคำนึงว่าการลงทุนจะอยู่ในรูปแบบใด

ประการสุดท้าย กรณีโครงการ BOT มีโอกาสเป็นไปได้ว่ารัฐบาลเข้าบ้าน (host government) อาจเจรจากับบริษัทเจ้าของโครงการ (project company) เพื่อต่อรองเรื่องข้อตกลงเกี่ยวกับการบริหารโครงการและการบำรุงรักษา (operating and maintenance agreement) โดยเจรจาลงจากช่วงเริ่มต้นอายุสัมปทานแล้ว (after the initial concession period) ปกติการเจรจาดูเหมือนต่อรองข้อตกลงใหม่ ๆ เกี่ยวกับการปฏิบัติหรือบริหารต่อเนื่องออกไปนั้นรัฐบาลเข้าบ้านน่าจะเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการต่ออายุสัมปทานออกไปทั้งหมด

โดยสรุปแล้ว การร่วมลงทุนหรือร่วมการทำงานทั้ง 3 แบบนั้น ต่างมีข้อดีข้อเสียที่แตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

ก. การระดมเงินลงทุนในโครงการ

รูปแบบของ BOT และ BOO นั้น จะให้เอกชนเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการตลอดระยะเวลาของสัญญาสัมปทานทำให้เอกชนสามารถนำทรัพย์สินของโครงการนั้นไปเป็นประกันในการกู้ยืมเงินเพื่อนำมาลงทุนในโครงการนั้นๆ ได้ เนื่องจากมูลค่าโครงการตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในแต่ละโครงการนั้นมีมูลค่ามหาศาล เช่น โครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 หรือ โครงการขยายหมายเลขโทรศัพท์ เป็นต้น หากไม่สามารถนำสินทรัพย์ในโครงการนำออกไปให้แก่เจ้าหนี้เพื่อใช้เป็นหลักประกันแล้ว เอกชนผู้ลงทุนจะต้องนำสินทรัพย์

นอกโครงการในลักษณะอื่นมอบให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นหลักประกันในการปล่อยสินเชื่อ ซึ่งถือเป็นภาระให้แก่เอกชนเป็นอย่างมาก

ในส่วนรูปแบบ BTO กรรมสิทธิ์ในโครงการข้อมดกเป็นของรัฐในทันทีที่มีการก่อสร้างเสร็จสิ้น จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินต่างๆ ของโครงการนั้นเมื่อตกเป็นของรัฐแล้วย่อมไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันในโครงการได้ ซึ่งสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้นั้นจะมีเพียงสิทธิในการใช้ประโยชน์ของทรัพย์สินตามสัญญาสัมปทานทำให้เอกชนได้รับความยากลำบากในการที่ระดมเงินมาลงทุนในโครงการได้ หากมองในแง่ของทางบัญชีอย่างง่ายแล้วจะเห็นได้ว่าในรูปแบบของ BTO สิทธิทรัพย์สินประเภททุนนั้นจะมีมูลค่าเป็น 0 (ศูนย์) ซึ่งไม่อาจนำไปเป็นหลักประกันได้จึงเหลือเพียงสิทธิตามสัญญาสัมปทานซึ่งจะมีมูลค่าก็ต่อได้มีการเปิดให้บริการสาธารณะแล้ว ทำให้เจ้าหนี้ผู้ปล่อยสินเชื่อจะปล่อยสินเชื่อในโครงการประเภทรูปแบบ BTO นั้นเป็นจำนวนไม่มากเพียงพอต่อโครงการนั้นๆ กรณีจะแตกต่างจาก BOT และ BOO ซึ่งทรัพย์สินในโครงการเป็นของเอกชน หากมองมูลค่าทรัพย์สินประเภททุนในทางบัญชีแล้ว จะมีทรัพย์สินในโครงการร่วมอยู่ด้วยซึ่งมีมูลค่ามหาศาล ทำให้การระดมเงินในการลงทุนนั้นย่อมง่ายกว่ามากและไม่เป็นภาระแก่เอกชนมากจนเกินไป

ข. ภาระความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินของโครงการ

รูปแบบของ BOT และ BOO ภาระความเสี่ยงภัยทั้งหลายในทรัพย์สินของโครงการนั้นจะเป็นของเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของความเสียหายในความสูญหายหรือเสียหายอันอาจเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินในโครงการ การบำรุงรักษา ภาษีในทรัพย์สิน เช่น ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีบำรุงท้องที่ เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้เอกชนนั้นจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

ในส่วนรูปแบบของ BTO นั้นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามโครงการก็คือรัฐหรือหน่วยงานราชการ ดังนั้นภาระความเสี่ยงภัยทั้งหลายในทรัพย์สินของโครงการข้อมดกอยู่แก่รัฐในฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว รัฐหรือหน่วยงานราชการที่ให้สัมปทานแก่เอกชนนั้นมักจะมีการเจรจาต่อรองโดยกำหนดในเรื่องของความเสียหายในทรัพย์สิน หรือในการบำรุงรักษาซ่อมแซมนั้นให้เอกชนผู้รับสัมปทานนั้นเป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมด

ค. ความเสี่ยงต่อการบังคับคดี

รูปแบบ BOT และ BOO ซึ่งกรรมสิทธิ์ยังเป็นของเอกชนนั้นทำให้รัฐนั้นมีความเสี่ยงต่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินในระหว่างดำเนินการอยู่มาก เนื่องจากในกรณีที่เอกชนผู้ลงทุนนั้นดำเนินงานผิดพลาดเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของเอกชนรายนั้นฟ้องร้องบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์สินในโครงการ หรือถูกฟ้องล้มละลาย เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาเข้ามาบังคับและยึดทรัพย์สินในโครงการได้ ทั้งนี้ในกรณีที่ถูกเจ้าหน้าที่ฟ้องร้องนั้นมิได้จำกัดเฉพาะเจ้าหน้าที่ในโครงการเท่านั้น แต่อาจจะเป็นเจ้าหน้าที่รายอื่นซึ่งอยู่นอกโครงการนี้ก็ได้ ในส่วนรูปแบบของ BTO ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของรัฐ ย่อมไม่มีความเสี่ยงต่อการถูกบังคับคดีเนื่องจากทรัพย์สินของรัฐนั้นไม่อยู่ในความรับผิดชอบของการบังคับคดีแม้หน่วยงานของรัฐจะเป็นรัฐวิสาหกิจ แต่รัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการสาธารณูปโภคทั้งหลายจะมีกฎหมายคุ้มครองมิให้ทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจนั้นต้องถูกบังคับคดี ซึ่งทำให้แน่ใจได้ว่าบริการสาธารณะจะดำเนินต่อไปไม่หยุดชะงักแม้เอกชนผู้ลงทุนจะถูกฟ้องบังคับคดีหรือถูกฟ้องล้มละลายก็ตาม²⁷ ทำให้โครงการของรัฐนั้นไม่ถูกกระทบกระเทือนในกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานถูกเจ้าหน้าที่รายหนึ่งรายใดฟ้องร้องบังคับคดีหรือฟ้องล้มละลายแล้วแต่กรณี

²⁷ ดูพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ.2510 มาตรา 14 พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 มาตรา 15

²⁷ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ(ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทาน การบริการสาธารณะ) เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38. พ.ศ. 2538-2539. หน้า 47. (เอกสารอัดสำเนา.)