



บทที่ 3

### รูปแบบของการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ

การศึกษาวิวัฒนาการของการดำเนินกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ และประโยชน์ของการที่ให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงนโยบายของรัฐที่ต้องการลดบทบาทการพัฒนาทางเศรษฐกิจของรัฐลง และส่งเสริมหรือสนับสนุนบทบาททางเศรษฐกิจของเอกชนเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ เนื่องจากปัญหาประสิทธิภาพการดำเนินกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมโดยองค์กรของรัฐ ทำให้รัฐได้สังเกตเห็นความสำคัญของภาคเอกชนในการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ โดยกำหนดเป็นนโยบายของรัฐอย่างชัดเจน นับแต่แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 4 จนถึงปัจจุบัน

แม้ว่าภาครัฐจะมีนโยบายกำหนดให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐก็ตาม แต่รูปแบบในการให้เอกชนเข้ามีส่วนร่วมหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามนโยบายของรัฐนั้น อาจกระทำได้หลายวิธีหรือหลายรูปแบบ กล่าวคือ อาจเป็นกรณีหรือวิธีที่รัฐถอนตัวจากการให้บริการบางอย่าง (Withdrawal from service) และ/หรือวิธีการขายกิจการของรัฐ ไม่ว่าจะกิจการทั้งหมด หรือบางส่วนโดยการจำหน่ายหุ้น (Divestiture) และ/หรือการให้สัมปทานหรือสิทธิดำเนินการแก่เอกชน (Concession) และ/หรือการว่าจ้างเอกชน (Contract-out) และ/หรือการเข้าร่วมลงทุนกับเอกชน (Joint-Venture) ตลอดจนการให้ดำเนินการอย่างเสรี (Liberalization) อย่างไรก็ตาม รูปแบบของการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐในประเทศไทย โดยทั่วไปมักปรากฏรูปแบบของการทำสัญญาให้สัมปทานและสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ฉะนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในรูปแบบของการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ จึงจำเป็นต้องศึกษา

รูปแบบการทำสัญญาสัมปทาน และรูปแบบสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยศึกษาจาก  
 วิวัฒนาการของรูปแบบและลักษณะของรูปแบบ ตลอดจนปัญหาที่เกิดจากรูปแบบของการเข้าร่วม  
 งานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐของรัฐ เพื่อให้ภาคเอกชนเกิด  
 ความมั่นใจในการลงทุน ดังรายละเอียดต่อไปนี้

### วิวัฒนาการของรูปแบบการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คมนาคมของรัฐ

การแทรกแซงกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมโดยภาครัฐ ในยุคแรกจะเป็นกรณี  
 รัฐมีหน้าที่จัดทำและดำเนินการเองและเข้าควบคุมเอกชน โดยการตรากฎหมายห้ามประกอบ  
 กิจการดังกล่าว เว้นแต่ได้รับสัมปทานหรืออนุญาตจากรัฐเท่านั้น ซึ่งเห็นได้ว่าบทบาทของรัฐใน  
 กรณีนี้ รัฐจะทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลเท่านั้น แต่ต่อมาแนวความคิดที่จะให้เอกชนดำเนินการ  
 เพียงลำพัง และรัฐมีหน้าที่คอยแต่ควบคุมได้เปลี่ยนแปลงไป รัฐจึงเข้าแทรกแซง โดยมีส่วน  
 ในการดำเนินการมากขึ้น รูปแบบการให้เอกชนเข้าดำเนินการจึงได้มีการเปลี่ยนแปลงตาม  
 แนวความคิดที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย กล่าวคือ

ระยะแรก ระบบสัญญาสัมปทาน (Concession) เป็นการให้สิทธิพิเศษโดยเฉพาะ  
 บางอย่าง (Specific privileges) จากรัฐ \* เพื่อให้กระทำการในกิจกรรมใดกิจกรรม  
 หนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งหากไม่ได้รับสิทธิพิเศษดังกล่าวแล้ว การกระทำดังกล่าวจะเป็นการผิด  
 กฎหมาย ซึ่งรูปแบบของการให้สัมปทานบริการสาธารณะหรือกิจการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ  
 ระยะเริ่มแรก อาจเทียบเคียงกับลักษณะการให้สัมปทานทรัพย์สินในรูปของสัญญา  
 สัมปทานแบบดั้งเดิม (traditional concession) ซึ่งกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับกิจการ  
 บริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน เพื่อดำเนินกิจการตามข้อตกลงโดยผู้ได้รับสัมปทานมีหน้าที่  
 และรับผิดชอบการลงทุน รวมทั้งความเสี่ยงโดยตนเองทั้งสิ้น ภายในระยะเวลาของสัมปทาน

\* ความหมายกฎหมายตาม Black's Law Dictionary, p.262.

ที่มีระยะเวลายาวมาก โดยรัฐไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือค่าภาคหลวง เนื่องจากกิจการ โครงสร้างพื้นฐานคมนาคม ถือเป็นกิจการบริการสาธารณะที่รัฐมีหน้าที่จัดทำและเป็นกิจการที่มีความสำคัญเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน มิได้เป็นกิจการที่จัดทำเพื่อหารายได้ให้แก่รัฐ<sup>1</sup> ขณะที่ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเด็ดขาดในกิจการบริการสาธารณะเหนือพื้นที่ที่ได้รับสัมปทานและมีอิสระในการดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทาน โดยรัฐไม่อาจเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินการต่าง ๆ ได้

ต่อมาโดยอาศัยอำนาจต่อรอง (bargaining power) ระหว่างรัฐและเอกชนผู้รับสัมปทาน จึงมีการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงบางอย่างที่รัฐเคยเสียเปรียบ นำไปสู่ระบบสัมปทานที่มีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขแล้ว (Modernized Concession) ซึ่งจะกำหนดให้ระยะเวลาของสัมปทาน (duration) ถูกจำกัดลงและมีข้อตกลงแบ่งปันผลตอบแทนระหว่างกัน โดยที่รัฐไม่ต้องเข้ามารับภาระความเสี่ยงในด้านการเงินที่จะต้องใช้ในการลงทุน เอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้รับผิดชอบด้านการเงินและความเสี่ยงในการลงทุนเอง แต่ทั้งนี้รัฐอาจให้เงินอุดหนุนหรือตกลงให้ใช้พื้นที่ที่ได้รับสัมปทานกิจการบริการสาธารณะ เพื่อหารายได้หรือประโยชน์อื่นรวมทั้งตกลงกำหนดอัตราค่าบริการเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการไว้ล่วงหน้าในสัญญา เพื่อลดความเสี่ยงด้านการเงินแก่ผู้รับสัมปทาน ส่วนการควบคุมผู้รับสัมปทาน จะมีลักษณะเปลี่ยนแปลงจากเดิม โดยรัฐจะใช้อำนาจกำกับดูแลผู้รับสัมปทาน ซึ่งเสมือนตัวแทนของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะมากกว่าควบคุมโดยตรง โดยรัฐจะเข้าควบคุมดูแลในด้านความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบริการสาธารณะและผู้ให้บริการสาธารณะแทน อย่างไรก็ตาม ในการควบคุมผู้รับสัมปทาน มักมีข้อตกลงให้รัฐมีอำนาจทบทวนและควบคุมการตัดสินใจในบางกรณีของผู้รับสัมปทานได้ เช่น การบังคับให้จัดทำแผนงานและรายงานผลการดำเนินการตามโครงการที่ได้รับสัมปทาน เป็นต้น<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 147.

<sup>2</sup> วิบูลย์ กัมมาระบุตร, "สัมปทานบริการสาธารณะ," เอกสารในโครงการอบรมนิติกร หลักกฎหมายเบื้องต้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2529, หน้า 5-16. (อัดสำเนา)



อย่างไรก็ดี เมื่อรัฐมีนโยบายลดบทบาททางเศรษฐกิจ โดยให้เอกชนมีส่วนร่วม ดำเนินการในกิจการของรัฐ รูปแบบข้อตกลงจึงได้พัฒนาไปสู่กลไกที่มีความเป็นอิสระมากขึ้น ในประเด็นเรื่องการควบคุม และความเสี่ยงในด้านการเงินให้สามารถมีการเจรจาต่อรองกัน ได้ โดยคำนึงถึงความสามารถและอำนาจในการต่อรองของคู่กรณี ซึ่งเป็นไปตามหลักพื้นฐาน ของสัญญา คือ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (autonomic de la volonte) และนำไปสู่ระบบการทำสัญญาจ้างเหมาหรือระบบรับจ้าง (Service Contract) ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชน จะมีฐานะเหมือนคู่สัญญาทั่ว ๆ ไป (general contractor) โดยเอกชนจะเข้าดำเนินการก่อสร้างในนามของรัฐหรือตัวแทนรัฐ ในฐานะผู้รับจ้างตามสัญญา ซึ่งมีหน้าที่ต้องจัดหาเงินทุน เครื่องมือและสัมภาระต่าง ๆ ตลอดจนเทคโนโลยีและความรู้ ความชำนาญในการดำเนินการเอง และมักมีข้อกำหนดให้ออกรวมสิทธิบรรดาสິงก่อสร้างหรือ งานตามสัญญาที่อยู่ ณ สถานที่ทำงานจ้างเป็นของรัฐ ขณะที่ผู้รับจ้างรับภาระความเสี่ยงใน งานที่รับจ้าง และเมื่อก่อสร้างสิ่งก่อสร้างและส่งมอบเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ภาครัฐผู้ว่าจ้างก็จะ นำเอาสิ่งก่อสร้างที่ได้รับตามสัญญาไปใช้ในการดำเนินบริการสาธารณะโดยภาครัฐเอง ในรูปแบบการทำสัญญาจ้างนี้ บทบาทของรัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับการดำเนินการในลักษณะการควบคุมมากกว่าในรูปสัมปทาน โดยรัฐจะเป็นผู้คัดเลือกคู่สัญญากำหนดรูปแบบของสัญญา เงื่อนไข และข้อตกลงในสัญญา ดังเช่นกรณีการทำสัญญาจ้างของส่วนราชการ ซึ่งจะปฏิบัติตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ หรือในกรณีของรัฐวิสาหกิจ แม้ตามกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง โดยมากจะกำหนดให้อำนาจหน้าที่แก่คณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจ ออกระเบียบและข้อบังคับเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ซึ่งรวมถึงอำนาจในการจ้างหรือว่าจ้างก็ตาม แต่หากรัฐวิสาหกิจใดจะนำหลักการตามที่กำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ ไปใช้โดยอนุโลมก็ได้ ซึ่งโดยมากการทำสัญญาจ้างกับรัฐ ไม่ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจก็ตาม สัญญาจ้างดังกล่าวมักเป็นไปตามรูปแบบ เงื่อนไขและข้อตกลงของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ \* ด้วย

\* ปัจจุบัน ระเบียบที่ใช้บังคับคือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ



เนื่องจากรูปแบบการให้สัมปทานและการทำสัญญาจ้างหรือจ้างเหมา มีลักษณะด้อยที่รัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องโดยตรงได้น้อยมาก ไม่ว่าด้านการบริหาร การจัดการในกระบวนการต่าง ๆ เพื่อเป็นโอกาสหรือช่องทางให้ฝึกอบรมแก่บุคลากรที่จะเรียนรู้เทคนิคและวิชาการต่าง ๆ จึงนำไปสู่การหาทางออกโดยกำหนดข้อสัมปทานให้รัฐสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินการโดยการร่วมทุน (Joint Venture) กับเอกชน โดยเอกชนมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามแผนภาครัฐในด้านการพัฒนาเทคโนโลยีและบุคลากร ขณะที่ภาครัฐผู้ร่วมลงทุนจะเข้ามีส่วนร่วมในการจัดการด้วย

ในส่วนนี้เห็นได้ว่า รูปแบบของสัญญาสัมปทานเดิมรัฐมีวัตถุประสงค์ในการให้เอกชนเข้ารับสิทธิและจัดดำเนินการบริการสาธารณะแทนรัฐ ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนารูปแบบดังกล่าวจนกระทั่งเกิดรูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ด้วยเหตุผลด้านเทคโนโลยีและวิชาการนอกเหนือจากด้านการเงินการลงทุน ซึ่งรูปแบบสัญญาสัมปทานและสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการระหว่างรัฐและเอกชน ก็มีลักษณะและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันบางประการ ซึ่งอาจศึกษาได้จากรูปแบบของสัญญาดังต่อไปนี้

รูปแบบของการที่เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ

เพื่อให้เกิดความเข้าใจในรูปแบบของการที่เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐโดยชัดแจ้ง การศึกษารูปแบบตลอดจนปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากการร่วมงานหรือดำเนินการภายในขอบเขตการศึกษา อาจพิจารณาลักษณะของรูปแบบของสัญญาสัมปทานและรูปแบบของสัญญาร่วมลงทุนดังต่อไปนี้

### 1. สัญญาสัมปทาน (Concession Agreements)

แม้ว่าบทบัญญัติกฎหมายจะมีได้นิยาม "สัมปทาน" ในกฎหมายฉบับใดเลย แต่อาจศึกษาความหมายของคำว่า "สัญญาสัมปทาน" หรือ "Concession" ได้ดังต่อไปนี้

สัญญาสัมปทาน (concession) หมายถึง การอนุญาตหรือให้สิทธิพิเศษโดยเฉพาะบางอย่างจากรัฐ \*

การให้สัมปทานบริการสาธารณะ เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน ด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ได้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น <sup>3</sup>

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ หมายถึง สัญญาที่ฝ่ายปกครองซึ่งเรียกว่า "ผู้ให้สัมปทาน" ฝ่ายหนึ่ง มอบหมายให้เอกชน (อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล) ซึ่งเรียกว่า "ผู้รับสัมปทาน" อีกฝ่ายหนึ่ง เข้ารับจัดทำบริการสาธารณะ ในการรับจัดทำบริการสาธารณะนี้ ผู้รับสัมปทานลงทุนและเสี่ยงภัยด้วยตนเอง โดยมีรายได้จากการเก็บค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ <sup>4</sup>

ฉะนั้น สัญญาสัมปทานกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ ซึ่งเป็นกิจการบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง ในที่นี้จึงหมายถึง ผู้มีอำนาจให้สัมปทานหรือภาครัฐ มอบหมายให้เอกชนจัดทำและดำเนินกิจการด้านโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ โดยได้รับค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการเป็นการตอบแทน ขณะที่ภาครัฐมีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการดังกล่าว และอาจได้รับส่วนแบ่งกำไรหรือค่าตอบแทนจากการให้สัมปทานด้วย

\* Black's Law Dictionary, p.262.

<sup>3</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 146.

<sup>4</sup> ไชยวัฒน์ บุณาค และเสาวรัตน์ กุหลาบเพชรทอง, "สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," บทบัญญัติ 46 (มิถุนายน 2533) : 66.

ลักษณะของข้อตกลงตามสัญญาสัมปทานกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ อาจพิจารณา ดังนี้

(1) ข้อตกลงมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำและดำเนินกิจการการให้บริการ สาธารณะเกี่ยวกับกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมที่ได้รับสัมปทาน เช่น การจัดหาให้มีและ ประกอบกิจการระบบขนส่งมวลชน ไม่ว่าโดยรถไฟหรือรถราง การก่อสร้าง บำรุงรักษาและ ประกอบการทางหลวง หรือทางด่วนที่ได้รับสัมปทาน

(2) พื้นที่สัมปทาน เพื่อกำหนดเขตหรือพื้นที่ที่จะได้รับสิทธิจากการประกอบ กิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมที่ได้รับสัมปทาน

(3) ระยะเวลาของสัมปทาน (duration) โดยทั่วไปจะถูกจำกัดมีระยะเวลา ไม่เกิน 30 ปี แต่ถ้าระยะเวลาที่กำหนดไว้จำกัดนั้นสิ้นสุดลง อาจขอขยายระยะเวลา ออกไปได้

(4) ผลตอบแทนที่เป็นตัวเงินและ/หรือผลตอบแทนอื่นที่มีใช้ตัวเงิน โดยผล ตอบแทนที่มีลักษณะเป็นตัวเงิน (financial benefit) อาจเป็นการแบ่งผลกำไรหรือค่า ตอบแทนระหว่างภาครัฐและเอกชน ซึ่งอาจตกลงแบบอัตราตายตัว (flate rate) และ/ หรืออัตราขึ้นบันได (sliding scale) ตามส่วนแบ่งผลกำไรก็ได้

(5) บทบาทในการทบทวนและควบคุมการตัดสินใจในบางกรณี เช่น รัฐมี สิทธิหรือบังคับให้เอกชนผู้รับสัมปทานจัดทำแผนงานและรายงานผลการดำเนินการได้ เป็นต้น

ลักษณะของรูปแบบการให้สัมปทาน คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้อยู่ในฐานที่เท่าเทียม กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรืออาจเรียกได้ว่ามีลักษณะเป็นสัญญาเชิงปกครอง ซึ่งกฎหมายที่ใช้ บังคับกับสัญญาดังกล่าว อาจศึกษาจากแนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ดังต่อไปนี้

#### กรณีของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส มีการแยกกฎหมายที่ใช้กับสัญญาธรรมดาออกจากกฎหมายที่ใช้ บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ประเภทสัญญาทางปกครอง (Contracts



Administratifs) อย่างชัดเจน เนื่องจากระบบของฝรั่งเศสได้แยกกฎหมายปกครอง (Droit Administratif) ออกมาเด็ดขาดจากกฎหมายภายในอื่น ๆ โดยศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง รวมทั้งข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

เมื่อกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาทางปกครองและสัญญาธรรมดาแตกต่างกัน โดยสัญญาทางปกครองจะใช้กฎหมายปกครองบังคับ ส่วนสัญญาธรรมดาใช้ประมวลกฎหมายแพ่งบังคับ ฉะนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองที่จะบังคับและมีผลตามกฎหมายปกครอง ซึ่ง Conseil d'Etat และ The Tribunal des Conflicts ได้วางหลักการพิจารณาแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองไว้ 3 ประการ กล่าวคือ<sup>5</sup>

1. คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ
2. วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการให้บริการหรืองานที่เกี่ยวข้องกับงานด้านบริการสาธารณะ หรือ
3. มักจะมีข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งธรรมดา กล่าวคือ จะมีการให้สิทธิแก่รัฐมากกว่าปกติ เช่น สัญญาที่มีข้อความให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ฝ่ายปกครอง) บังคับคดีได้เองโดยไม่ต้องผ่านศาล หรือข้อกำหนดให้รัฐอาจดำเนินการเปลี่ยนแปลงหรือเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่มีเหตุผิดสัญญาได้ หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่เอกชนด้วยตนเองทำไม่ได้ เช่น ในสัญญานั้น ฝ่ายรัฐให้ สิทธิพิเศษในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม (เช่น ให้เอกชนทำทางด่วนและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้) หรือการให้สิทธิผูกขาดในกิจการนั้นแต่ผู้เดียว เป็นต้น<sup>6</sup> ซึ่งข้อสัญญาลักษณะนี้ เรียกว่า Clauses Exorbitantes

<sup>5</sup> ไชยวัฒน์ บุนนาค และเฮวาร์ตน์ กุหลาบเพชรทอง, "สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน," บทบัญญัติ 46 : 59.

<sup>6</sup> บวรศักดิ์ อวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 5 (2529) : 88.

ส่วนการก่อให้เกิดสัญญา โดยทั่วไปหลักเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญาของสัญญา  
 ธรรมดา กับสัญญาทางปกครองนั้นเหมือนกัน แต่สัญญาทางปกครองอาจมีข้อจำกัดทางกฎหมาย  
 บางประการ กล่าวคือ

(1) ด้านอำนาจในการทำสัญญา ฝ่ายปกครองหรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ต้องเป็น  
 นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนและผู้ที่จะทำแทนนิติบุคคลมหาชน จะต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย  
 ที่จะทำสัญญาแทนนิติบุคคลนั้นเท่านั้น <sup>7</sup>

(2) วิธีการเลือกคู่สัญญา โดยปกติวิธีการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง จะ  
 ต้องทำตามกฎหมาย ซึ่งจะกำหนดวิธีการที่เป็นกลางและให้ได้ประโยชน์กับส่วนรวมมากที่สุด  
 กล่าวคือ ใช้วิธีการประมูลประกวดราคา (adjudication publique) เพื่อให้เกิดความ  
 เป็นกลาง และฝ่ายรัฐหรือฝ่ายปกครองต้องเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด หรือได้รับประโยชน์มากที่สุด  
 เป็นเกณฑ์ จึงอาจใช้วิธีอื่น ๆ เช่น วิธีสืบราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ ซึ่งจะใช้ได้กรณีที่  
 กฎหมายอนุญาตเท่านั้น จะเลือกคู่สัญญาตามใจชอบไม่ได้ <sup>8</sup>

อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างที่สำคัญของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาระหว่าง  
 รัฐกับเอกชนและสัญญาธรรมดา อยู่ที่การบังคับตามสัญญา ซึ่งสัญญาทางปกครองจะเป็นสัญญาที่มี  
 วัตถุประสงค์ด้านบริการสาธารณะหรือสาธารณะประโยชน์ของแผ่นดินเป็นหลัก ฉะนั้นประโยชน์  
 ของสาธารณชนจึงมีความสำคัญว่าการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยเฉพาะอำนาจแก้อสัญญา  
 ฝ่ายเดียว ขณะเดียวกันฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่พิเศษ เป็นการทดแทนเอกชนคู่สัญญาของฝ่าย  
 ปกครองด้วย ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากทฤษฎีบริการสาธารณะ โดยทฤษฎีดังกล่าวประกอบด้วย  
 หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอ หลักความ  
 เสมอภาคและความเป็นกลางของบริการสาธารณะ

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

ทั้งนี้ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาอันเป็นผลมาจากทฤษฎีบริการสาธารณะนั้น อาจพิจารณา ดังนี้<sup>๑</sup>

(1) เอกสิทธิ์ฝ่ายปกครอง - หน้าที่ของเอกชนในสัญญา

นอกเหนือจากการปฏิบัติตามหน้าที่ของคู่สัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนี้

ก) เอกสิทธิ์ในกรณีปฏิบัติตามสัญญาปกติ แม้มิได้กำหนดในสัญญา ฝ่ายปกครองก็มีสิทธิกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิดในทุกสัญญา และมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา เพื่อปรับปรุงบริการสาธารณะให้ทันต่อความต้องการของส่วนรวม โดยหลักแก้ไขสัญญานี้จะใช้กับสัญญาทางปกครองทุกประเภท รวมทั้งสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะด้วย แต่ฝ่ายปกครองจะลดค่าตอบแทนตัวเงินที่ตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวไม่ได้ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา จะต้องไม่เกินขนาด (exceder certaines limites) มิฉะนั้น เอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ นอกจากนี้ เมื่อฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขข้อสัญญาแล้ว จะต้องชดเชยค่าทดแทนความเสียหายแก่เอกชนด้วย

ข) เอกสิทธิ์กรณีผิดสัญญา แม้ฝ่ายปกครองจะผิดสัญญาก่อน เอกชนก็ต้องทำตามสัญญาต่อไป เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แต่อาจขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้ และถ้าร้ายแรงก็อาจขอต่อศาลเพื่อเลิกสัญญาได้ แต่ไม่อาจเลิกสัญญาเอง ส่วนกรณีเอกชนผิดสัญญา นอกจากการเรียกค่าเสียหายแล้ว ฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์พิเศษบังคับให้เอกชนทำตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องมาสู่ศาลก่อน แม้จะไม่มีข้อตกลงดังกล่าวในสัญญาก็ตาม นอกจากนี้ หากฝ่ายปกครองได้เตือนให้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว แต่เอกชนไม่ทำตาม ฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจโดยไม่ต้องมาศาล และถ้าจำเป็นอาจเข้าทำการแทนเอกชนหรือให้บุคคลอื่นทำการแทนโดยให้เอกชนผู้ผิดสัญญาเสียค่าใช้จ่าย และฝ่ายปกครองจะใช้สิทธิเลิกสัญญาก็ได้ แต่การผิดสัญญาอย่างร้ายแรงถึงขั้นเลิกสัญญา ต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัย เนื่องจากความเสียหายอาจเกิดกับเอกชนเป็นอย่างมาก

<sup>๑</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 97-107.



## (2) หน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง - สิทธิพิเศษของเอกชน

นอกจากสิทธิของเอกชนในกรณีปกติ เช่น สิทธิเก็บค่าธรรมเนียมค่าใช้  
บริการหรือสิทธิผูกขาดแต่ผู้เดียวแล้ว เอกชนมีสิทธิตามหลักคุณลักษณะทางการเงินในสัญญา อัน  
เป็นหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง ดังนี้

ก) ฝ่ายปกครองใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว  
ทำให้เอกชนคู่สัญญามีภาระเพิ่มขึ้น ฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าทดแทน (indemnity) ในภาระ  
ที่เพิ่มขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมสัญญา โดยค่าทดแทนนี้จะมีค่าเสียหายจากการผิด  
สัญญาของฝ่ายปกครอง

ข) เหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง เป็นกรณีความเสียหาย  
ของเอกชนคู่สัญญา เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น โดยการใช้อำนาจ  
ของตนทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่เอกชนคู่สัญญาเท่านั้น หรือหากเป็นการใช้อำนาจออก  
มาตรการเป็นการทั่วไป จะต้องกระทบโดยตรงต่อองค์ประกอบสำคัญของสัญญา เช่น การเก็บ  
ภาษีสินค้าที่จำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาเพิ่มขึ้น เป็นต้น โดยคำสั่งดังกล่าวมิใช่การใช้อำนาจ  
แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยตรง และมีใช้กรณีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้แล้ว หากมาตรการ  
ดังกล่าวทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญายากขึ้น หรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น ฝ่ายปกครอง  
ต้องชดเชยค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

ค) เหตุที่มีอาจคาดหมายได้ เป็นกรณีเหตุนอกเหนือเจตนาของคู่  
สัญญา และคู่สัญญาไม่อาจป้องกันขัดขวางได้ โดยเหตุดังกล่าวต้องเป็นการชั่วคราวเท่านั้นและ  
คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุที่เกิดขึ้น อันกระทบถึงการปฏิบัติตามสัญญาอย่าง  
รุนแรง และเหตุนี้ต้องเป็นเหตุไม่ปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤติการณ์เศรษฐกิจ  
ร้ายแรงและการลดค่าเงิน เป็นต้น ทั้งนี้ เหตุดังกล่าวต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้าย  
แรงในการปฏิบัติตามสัญญา ถึงขนาดทำให้คู่สัญญาเอกชนขาดทุนย่อยยับและนานเกินกว่าบุคคล  
ธรรมดาจะคาดหมายได้ด้วย ผลทางกฎหมายของเหตุนี้ แม้เอกชนคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม  
สัญญาตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะก็ตาม แต่ก็ได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่  
เกิดขึ้น โดยศาลจะคำนวณให้นับแต่วันเริ่มเกิดเหตุ และจะให้ค่าทดแทนการ "ขาดทุน" ใน  
ส่วนที่เกินจากอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนธรรมดาเท่านั้น

ฉะนั้น ในกรณีประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีกฎหมายปกครองแยกออกจากกฎหมายภายในอื่น ๆ เห็นได้ว่ากิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมจัดเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่งซึ่งหากองค์ประกอบครบถ้วนตามหลักเกณฑ์เป็นสัญญาปกครองแล้ว จะต้องนำกฎหมายปกครองมาบังคับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนด้วย แม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงกำหนดในสัญญาก็ตาม รัฐก็มีสิทธิเหนือกว่าเอกชนคู่สัญญาบางประการ

### กรณีของประเทศอังกฤษ

ในอังกฤษไม่มีกฎหมายลักษณะสัญญาปกครองโดยเฉพาะเช่นอย่างในฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ที่ใช้ในสัญญาระหว่างองค์กรของรัฐและเอกชน จะเป็นไปตามกฎหมายทั่ว ๆ ไป ลักษณะเดียวกับที่ใช้กันระหว่างเอกชนกับเอกชน ฉะนั้น ข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ต่างอาจถูกฟ้องในศาลธรรมดา โดยไม่มีการแยกระบบศาลพิเศษออกไป อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่จะต้องคำนึงในการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน อาจพิจารณา ดังนี้

1. อำนาจในการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐหากเป็นราชการส่วนกลาง รัฐมนตรีกระทรวงต่าง ๆ อาจมีอำนาจตามกฎหมายเฉพาะที่จะมีหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยตรง ขณะเดียวกันรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นผู้กระทำการแทนรัฐ (Crown) ก็อาจมีอำนาจเช่นอย่าง Crown ด้วย โดยตามหลักใน Common Law สอมรับว่า Crown อาจทำสัญญาเรื่องใด ๆ อันจำเป็นในการบริหารประเทศตามหน้าที่ได้ แม้ว่าจะเป็นการทำสัญญาทางการค้าหรือการอื่นใดที่แตกต่างไปจากที่เคยทำกันตามประเพณีก็ตาม ส่วนคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เป็นรัฐวิสาหกิจ อาจเข้าทำสัญญาได้ 2 ประการ โดยทำแทนรัฐก็ได้หรือทำในฐานะของรัฐวิสาหกิจก็ได้ ภายในขอบวัตถุประสงค์ที่ให้อำนาจในกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ หากมีการกระทำเกินขอบอำนาจหน้าที่ สัญญาจะตกเป็นโมฆะ<sup>10</sup> ฉะนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีอำนาจเข้าทำสัญญาภายในขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรที่จัดตั้งด้วย

<sup>10</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "สัญญาปกครองในกฎหมายอังกฤษ," วารสารกฎหมายปกครอง 6 (เมษายน 2530) : 1-2.

2. การกระทำเพื่อสาธารณประโยชน์ (Executive Necessity or Public Policy Defence) แม้ว่าการทำสัญญากับเอกชนโดยทั่วไปจะมีอยู่ แต่บางกรณีศาลอาจวินิจฉัยว่า ความสัมพันธ์ในการบริการสาธารณะบางประเภท มิใช่เรื่องของสัญญาปกติตามกฎหมายเอกชน เช่น การให้บริการขนส่ง การให้บริการโทรศัพท์ เป็นต้น ใน *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corporation*, (1971) W.L.R. 204 ศาลตัดสินว่าการทำสัญญาใด ๆ ให้มีผลเป็นการผูกมัดการใช้อำนาจหน้าที่ตามความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐที่มีต่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ เสมือนไม่มีสัญญาต่อกัน<sup>11</sup> นอกจากนี้ศาลอังกฤษเคยวางหลักว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ หากเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะกระทำเช่นนั้นเพื่อสาธารณประโยชน์<sup>12</sup>

3. ข้ออ้างเกี่ยวกับงบประมาณ (Availability of Funds) โดยที่การจ่ายเงินของรัฐ จะต้องได้รับการอนุมัติงบประมาณจากรัฐสภาเสียก่อน ในปี ค.ศ. 1865 ศาลสูงอังกฤษตัดสินว่า หากขณะที่รัฐทำสัญญากับเอกชนไม่มีการอนุมัติเงินงบประมาณที่จะดำเนินการตามสัญญา สัญญานั้นจะไม่เกิดขึ้น แต่หลักกฎหมายที่ปรากฏต่อมาเห็นว่าหากขณะทำสัญญารัฐไม่มีงบประมาณ สัญญาก็จะเกิดขึ้น เพียงแต่จะบังคับไม่ได้จนกว่าจะมีการจัดสรรงบประมาณเท่านั้น<sup>13</sup>

4. แนวการตีความสัญญา หากข้อความในสัญญามีความเคลือบคลุมแล้ว จะต้องตีความไปในทางให้รัฐเป็นผู้รับภาระ ทั้งนี้เพราะรัฐเป็นผู้จัดทำร่างสัญญาต่าง ๆ ที่นำมาใช้บังคับ ซึ่งโอกาสและสิทธิที่จะทำให้ข้อความในสัญญามีความหมายแจ้งชัดอยู่ในการควบคุมของรัฐ แต่หลักดังกล่าวนี้ไม่นำมาใช้บังคับในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า การเข้าทำสัญญาระหว่างกันมีการเจรจาโดยเท่าเทียมกันในรายละเอียดของเนื้อหาในสัญญา และในกรณีของ

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

<sup>12</sup> ไชยวัฒน์ บุณาค, "สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน," ในรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ (ม.ป.ท., ม.ป.ป.), หน้า 132.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 133.



การให้สิทธิ (grants) นั้น จะใช้ได้เฉพาะที่มีความหมายจำกัดเท่านั้น และต้องไม่ตีความ ขยายข้อความที่เคลือบคลุมไปในทางให้สิทธิเพิ่มขึ้น<sup>14</sup>

5. อำนาจพิเศษในความสัมพันธ์ทางสัญญา แม้ว่าอังกฤษจะไม่มีหลักกฎหมาย เฉพาะเช่นเดียวกับประเทศที่มีระบบกฎหมายสัญญาปกครองเฉพาะก็ตาม แต่หากเป็นประโยชน์ สาธารณะที่จะต้องดำเนินการแล้ว กระทรวงการคลังจะมีฐานะเป็นผู้ควบคุมการใช้จ่ายเงิน และเป็นองค์กลางในการควบคุมด้วยวิธีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาเพิ่มขึ้นให้คู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่งต้องยอมรับที่จะปฏิบัติตาม โดยมีการกำหนดแบบฟอร์มและข้อความในสัญญาทางราชการ ทำให้เกิดผลปฏิบัติทำนองเดียวกับประเทศที่มีหลักสัญญาปกครอง และในอังกฤษจะมีการออก คำสั่งควบคุมคู่สัญญา การเปลี่ยนสัญญาแต่ฝ่ายเดียว การบังคับให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป และการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวด้วย ตลอดจนการบังคับให้ปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>15</sup>

6. ค่าเสียหายในสัญญาปกครอง เงื่อนไขการฟ้องร้องคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จะ แตกต่างจากการฟ้องร้องระหว่างเอกชน กล่าวคือ จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไข Crown Proceedings Act, 1947 ซึ่งศาลไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้โดย เฉพาะเจาะจง (specific performance) และจะมีคำสั่งบังคับในทางทรัพย์สินของแผ่นดิน ไม่ได้โดยจะให้ยึดอายัดหรือสิ่งให้ต้องขายไม่ได้ รวมทั้งไม่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามการกระทำ (injunction) แก่องค์กรของรัฐ โดยศาลมีคำพิพากษาแสดงความมีอยู่ของสิทธิเท่านั้นว่า

- ศาลเห็นว่าตามกฎหมาย สิทธิต่าง ๆ เป็นอยู่อย่างไร (มาตรา 21) และ
- ศาลมีสิทธิที่จะพิพากษาให้ค่าเสียหายได้ แต่จะมีคำสั่งบังคับให้ต้อง จ่ายเงินไม่ได้ (มาตรา 26 (4))<sup>16</sup>

<sup>14</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "สัญญาปกครองในกฎหมายอังกฤษ," วารสารกฎหมายปกครอง 6 : 4

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-6.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

ฉะนั้น ในอังกฤษกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างรัฐและเอกชน มีพื้นฐานจากหลักที่ว่ารัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้กับบุคคลทั่วไป ซึ่งโดยทั่วไปจะใช้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาบังคับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน เว้นแต่ในกรณีกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีสิทธิพิเศษบางประการเหนือคู่สัญญาเอกชน และมีเอกสิทธิ์ที่จะทำให้ตนหลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งการนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาแทรกในหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป ในอังกฤษสามารถกระทำได้โดยอาศัยกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของศาล (Case Law) ซึ่งต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร รวมทั้งประเทศไทยด้วย

### กรณีของประเทศไทย

การศึกษาแนวความคิดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน หรือสัญญาสัมปทาน ตามกรณีประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ เห็นได้ว่าระบบกฎหมายของไทยมีลักษณะคล้ายกับประเทศอังกฤษกล่าวคือ ไม่มีกฎหมายพิเศษที่จะใช้บังคับแก่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรงและต่างจากกรณีของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีกฎหมายปกครองแยกต่างหากจากกฎหมายอื่น และมีศาลปกครองทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองโดยเฉพาะ ฉะนั้นกรณีของประเทศไทย อาจพิจารณากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาสัมปทานได้ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

สัญญาสัมปทาน จัดเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง แม้จะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนก็ตาม แต่สัญญาก็เกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลักพื้นฐานสำคัญ เช่นเดียวกับนิติกรรมสัญญาทั่วไปและจัดเป็นสัญญาต่างตอบแทนประเภทหนึ่งด้วย เนื่องจากคู่สัญญาต่างมีหน้าที่หรือสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องชำระตอบแทนกันตามที่ตกลงในสัญญา เช่น ผู้ให้สัมปทานหรือรัฐ มีหน้าที่ส่งมอบพื้นที่สัมปทานให้แก่ผู้รับสัมปทาน และผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ดำเนินการก่อสร้างและให้บริการกิจการโครงสร้างพื้นฐานตามที่ได้รับสัมปทาน เป็นต้น ฉะนั้นสิทธิและหน้าที่ที่จะนำมาบังคับใช้กับคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน จึงต้องพิจารณาจากข้อตกลงของคู่

สัญญาในสัญญาสัมปทานเป็นสำคัญ ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา \* หากมิได้กำหนดข้อตกลงใดในสัญญา แต่มีกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เช่นใด ก็ต้องบังคับตามบทบัญญัติกฎหมายเช่นนั้น ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐในการมอบหมายให้เอกชนเข้าทำสัญญาสัมปทานกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคม มักจะมีบทบัญญัติควบคุมและกำกับผู้รับสัมปทานด้วย โดยให้อำนาจพิเศษบางประการแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือรัฐ อาทิเช่น อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาสัมปทานกิจการรถไฟ และกิจการรถราง หรือการเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงก่อนสิ้นอายุสัมปทาน \*\* เป็นต้น ส่วนการบังคับตามสิทธิหน้าที่ประการอื่นที่ไม่ได้กำหนดในสัญญาและนอกเหนือจากที่มีบทบัญญัติกฎหมายพิเศษบัญญัติไว้แล้ว ต้องบังคับตามหลักทั่วไปของสัญญา ไม่ว่าผลแห่งสัญญาตาม มาตรา 369-376 และการเลิกสัญญาตาม มาตรา 386-394 รวมทั้งการตีความตามสัญญาด้วย เป็นต้น เนื่องจากสัญญาสัมปทานจัดเป็นสัญญาต่างตอบแทนประเภทหนึ่งดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจอ้างเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยอ้างเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยมิได้กำหนดข้อตกลงดังกล่าวในสัญญา และไม่มีกฎหมายพิเศษบัญญัติไว้ ดังเช่นกรณีประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น และไม่อาจเทียบเคียงหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและอังกฤษมาบังคับใช้ เนื่องจากมิใช่บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตาม มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายถึงบทบัญญัติกฎหมายไทยเท่านั้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149.

\*\* ดูประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน



นอกจากนี้ แม้ว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน รวมทั้งสัญญาสัมปทานประเภท บริการสาธารณะนั้น โดยทั่วไปจะต้องยึดถือและปฏิบัติตามกฎระเบียบหรือมติของฝ่ายบริหาร หรือมติของคณะรัฐมนตรีเป็นเกณฑ์ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐก็ตาม แต่กฎระเบียบหรือมติ ของคณะรัฐมนตรีก็มีใช้กฎหมาย และไม่อยู่ในฐานะที่อาจไปปล้ำล้างหรือเหนือกว่าบทบัญญัติ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่สถานะเสมือนเป็นข้อบังคับภายในของฝ่ายรัฐที่มีผลผูกพันบังคับเฉพาะต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาของฝ่ายรัฐให้ต้องปฏิบัติตามเท่านั้น ห้ามมีผลกระทบ กระเทือนต่อความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของสัญญาที่สร้างขึ้นแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสัญญาสัมปทานจะจัดเป็นสัญญาปกครองประเภทหนึ่ง แต่ การบังคับให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ของตนนั้น จะต้องเป็นไปตามข้อตกลงที่กำหนด ไว้ในสัญญาสัมปทานเป็นสำคัญ หากมิได้ตกลงกันในเรื่องใด แต่มีกฎหมายพิเศษหรือกฎหมาย เฉพาะบัญญัติไว้เช่นใด จะต้องบังคับตามนั้น หากไม่มีกฎหมายเฉพาะดังกล่าว จะต้องนำบท บัญญัติทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ดังกล่าวมาแล้ว ฉะนั้น การทำ สัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน จึงต้องกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาให้ชัดเจนและ ครอบคลุมทุกเรื่อง หากไม่ประสงค์ให้สิทธิหน้าที่ประการใด ต้องบังคับตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีผลให้ข้อตกลงที่กำหนดในสัญญา ถ้าไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัด ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและการแสดงเจตนาอันไม่บกพร่อง หรือ ถูกข่มขู่หรือกลฉ้อฉลแล้ว แม้มีลักษณะข้อความที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือเป็นการเอาเปรียบ เปรียบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ก็สามารถบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ แห่งการแสดงเจตนา ซึ่งให้ความอิสระแก่บุคคลในการที่จะทำสัญญาให้เป็นไปตามที่ต้องการ โดยไม่คำนึงถึงเรื่องอำนาจต่อรองระหว่างคู่สัญญา โดยเฉพาะสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนใน เชิงปกครอง อาทิเช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกิจการโครงสร้าง พื้นฐานคมนาคมของรัฐ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐมักจะมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เนื่องจากเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนจัดทำและดำเนินการแทนรัฐ โดยอาศัยอำนาจตาม กฎหมายที่มุ่งหมายจะคุ้มครองประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ ฉะนั้น แม้ข้อตกลงที่ กำหนดในสัญญา อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม ข้อตกลงนั้นก็ สามารถบังคับได้

## 2) สัญญาร่วมทุน (Joint Venture)

วิวัฒนาการมาจากวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการให้เอกชนเข้าร่วมทุนกับรัฐ เพื่อพัฒนาเทคโนโลยีและวิชาการ รวมทั้งอบรมบุคลากรให้มีความรู้เชี่ยวชาญในการดำเนินกิจการต่อไปได้ ซึ่งการร่วมทุนอาจตั้งเป็นบริษัทร่วมทุนขึ้นใหม่ระหว่างรัฐและเอกชน (Joint-stock company) หรือในรูปสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (Contractual joint venture) ซึ่งในที่นี้จะศึกษาเฉพาะรูปแบบของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเท่านั้น

สัญญาร่วมลงทุน (Joint Venture) นี้ เป็นการจัดการโดยกำหนดสัดส่วนของการร่วมประกอบกิจการโดยรัฐฝ่ายหนึ่งและเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งสัดส่วนการร่วมลงทุนจะใช้เป็นวิธีการกำหนดแบ่งส่วนของกำไรระหว่างคู่สัญญา

วัตถุประสงค์ของรัฐในการเข้าร่วมลงทุน อาจสรุปได้ดังนี้

1. ต้องการเพิ่มผลประโยชน์ส่วนได้ของรัฐ (Increased Government Take) ในการเพิ่มอัตราค่าตอบแทนหรือค่าภาคหลวง ภาษีเงินได้ หรือการที่เอกชนจะต้องชำระเป็นค่าใด ๆ ตามที่รัฐกำหนด สิ่งต่าง ๆ นี้ หากนำวิธีการเข้ามีส่วนร่วมลงทุนในกิจการด้วย จะมีผลให้รัฐได้รับส่วนแบ่งหรือผลประโยชน์ตามส่วนที่เข้าร่วมลงทุน ซึ่งจะให้ผลประโยชน์ส่วนได้ของรัฐเพิ่มขึ้น ซึ่งในแง่ของเอกชนมักจะยินดีจ่ายผลประโยชน์ส่วนได้ของรัฐ โดยวิธีการเพิ่มภาษีมากกว่าวิธีการให้รัฐเข้ามาร่วมลงทุนในการประกอบกิจการ
2. วัตถุประสงค์เพื่อการควบคุมการปฏิบัติการทั้งหลาย (Control Over Operations) และเป็นวิธีการที่จะทำให้ได้มาซึ่งเทคนิคและความชำนาญ ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการ (Acquisition of Technical and Managerial Skills) ซึ่งการที่รัฐเข้ามีส่วนร่วมในการควบคุมปฏิบัติการหรือเข้ามีส่วนร่วมโดยตรงในแต่ละขั้นตอนของการดำเนินการ จะช่วยให้เกิดความชำนาญเพิ่มมากขึ้น รวมทั้งเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบและคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐที่จะมีในการปฏิบัติการในขั้นต่อ ๆ ไป และสามารถเข้าดำเนินการแทนเอกชนผู้ร่วมงานหรือดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ ได้

ฉะนั้น การศึกษาวิวัฒนาการของรูปแบบการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการและวัตถุประสงค์ของรัฐที่ต้องการให้เอกชนร่วมลงทุน อาจกำหนดลักษณะของการร่วมงานหรือดำเนินการระหว่างรัฐและเอกชนได้ ในลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้มีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่มีฐานะเท่าเทียมกันในลักษณะนิติบุคคลหรือองค์กรทั่วไปเช่นเดียวกับฐานะของเอกชนเข้าทำสัญญาร่วมทุนกัน

เมื่อฐานะของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ต้องการร่วมลงทุนกับเอกชน มีฐานะเท่าเทียมกัน การทำสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการระหว่างรัฐและเอกชน จึงมีสิทธิและหน้าที่โดยทั่วไปลักษณะเดียวกับการทำสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการของภาคเอกชน ซึ่งอาจศึกษาความหมายและลักษณะของสัญญาร่วมลงทุนได้ดังนี้

การร่วมลงทุน คือ การรวมตัวของบุคคลหรือบริษัทตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป เพื่อดำเนินกิจการธุรกิจอย่างหนึ่งเพื่อหากำไร โดยทั่วไปการรวมตัวเกิดจากทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่เพียงพอในการดำเนินการตามโครงการ ความสัมพันธ์ร่วมกันจะสิ้นสุดเมื่อโครงการเสร็จสิ้น<sup>17</sup>

การร่วมลงทุน คือ การรวมตัวของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ร่วมกันดำเนินกิจการธุรกิจอย่างหนึ่งหรือดำเนินงานเดี่ยว โดยตกลงแบ่งผลกำไรหรือขาดทุนของกิจการ . . .<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Charles F. Hemphill, Jr., Basic Business Law (New Jersey : Prentice-Hall Inc., 1984), p.307.

<sup>18</sup> John R. Griffith, The Legal Environment of Business (New York : John Wiley & Sons, 1984), p.119.



ส่วนกฎหมายไทยได้กล่าวถึง "การร่วมลงทุน" (Joint Venture) โดยใช้คำว่า "กิจการร่วมค้า" ในประมวลรัษฎากร ซึ่งมีใช้นิยาม "กิจการร่วมค้า" แต่เป็นการกำหนดให้กิจการร่วมค้าเป็นหน่วยของกิจการที่อยู่ในความหมายของ "บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล" เพื่อมีภาระในด้านภาษีอากร โดยระบุว่า "กิจการร่วมค้า" \* ได้แก่ กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือระหว่างบริษัท/และหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดาคนละบุคคลที่มีใช้นิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น

นอกจากนี้ กรมสรรพากรได้วางหลักการพิจารณาความหมายของกิจการร่วมค้า ตามประมวลรัษฎากร ในหนังสือตอบข้อหารือที่ กค.0802/7882 <sup>10</sup> ว่า กิจการร่วมค้า ต้องมีการตกลงเข้าร่วมทุนและร่วมกันในผลกำไรหรือขาดทุนตามสัญญาที่ทำกับคู่สัญญาฝ่ายที่สาม แม้การที่สัญญานั้นจะได้กำหนดให้บริษัททั้งสอง (ผู้ร่วมลงทุน) ร่วมรับผิดชอบต่อคู่สัญญาฝ่ายที่สาม ก็ไม่ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้า ถ้าไม่มีการร่วมทุนแบ่งปันผลกำไรขาดทุนกัน

ฉะนั้น คำว่า "ร่วมลงทุน" (Joint Venture) หมายถึง ความผูกพันของผู้ร่วมลงทุน ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาที่ได้ตกลงร่วมกัน เพื่อหากำไรร่วมกัน โดยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ มีลักษณะทางเทคนิคในการกำหนดทักษะเกี่ยวกับประโยชน์ของกิจการ และลักษณะจิตวิทยา โดยถือว่าคู่สัญญาอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันทางกฎหมาย เพื่อให้เกิดความไว้วางใจในการทำงานร่วมกัน และการร่วมงานของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย จะอยู่บนพื้นฐานแห่งความสำคัญของคู่สัญญา

\* ประมวลรัษฎากร มาตรา 39.

<sup>10</sup> กรมสรรพากร, "หนังสือตอบข้อหารือที่ กค.0802/7882," สรรพากรสาร

ส่วนบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ เนื่องจากสัญญาร่วมลงทุนเป็นการตกลง โดยมีได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นองค์กร (Unincorporated Joint Venture) และเกิดจากสัญญาที่ผูกพันคู่สัญญาจะนั้น สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา จึงเป็นไปตามสัญญาร่วมลงทุนที่ตกลงกัน ในส่วนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาที่นอกเหนือจากข้อตกลงตามสัญญา จะบังคับตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยถือว่าคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย ดังกล่าวข้างต้น เว้นแต่ข้อเท็จจริงของการร่วมลงทุนในกรณีนั้นจะเข้าเงื่อนไขเป็นห้างหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะทำให้บทบัญญัติเรื่องห้างหุ้นส่วนดังกล่าวเข้ามามีบทบาทหรือส่งผลกระทบต่อนิติสัมพันธ์ของผู้ร่วมลงทุน<sup>20</sup>

อย่างไรก็ตาม สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะร่วมลงทุนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ตามขอบแห่งวัตถุประสงค์ที่บัญญัติ โดยกฎหมายจัดตั้งองค์กรของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น และการทำสัญญาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับที่ใช้กับองค์กรนั้นด้วย กล่าวคือ สัญญาอาจต้องได้รับการอนุมัติโดยคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรนั้น หรือรัฐมนตรีของกระทรวงเจ้าสังกัดในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินขององค์กร จะต้องมีการตีราคาโดยคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจำหน่ายกิจการหรือหุ้นที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นเจ้าของ พ.ศ. 2504 หรือกรณีที่องค์กรของรัฐจะต้องลงทุนด้วยเงินหรือทรัพย์สิน ซึ่งมีมูลค่าตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วย เป็นต้น เพื่อให้สัญญามีผลบังคับโดยชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบและสาระของสัญญา

<sup>20</sup> ปิยะดา สุจริตกุล และมานิดา ชิมเมอร์แมน, "กิจการร่วมค้าในประเทศไทย : มุมมองจากนักลงทุนฝ่ายไทย," ใน รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ (ม.ป.ท., ม.ป.ป.), หน้า 207.

ฉะนั้น สัญญาร่วมลงทุน (Joint Venture) ระหว่างรัฐกับเอกชน จึงเป็น ความผูกพันของผู้ร่วมลงทุนในฐานะเท่าเทียมกัน เพื่อหากำไรร่วมกัน โดยการบังคับตามสัญญา จะเป็นไปตามข้อตกลงที่คู่สัญญาแสดงเจตนาร่วมกัน ส่วนสิทธิหน้าที่นอกเหนือจากสัญญา จะ บังคับตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีข้อ จำกัดบางประการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อให้สัญญามีผล บังคับได้

การศึกษาลักษณะของรูปแบบการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ โครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ เห็นได้ว่าความหมายและลักษณะทางกฎหมายของรูปแบบ ตลอดจนกฎหมายที่บังคับใช้กับคู่สัญญาของการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการกับรัฐ ระหว่างรูปแบบสัญญาสัมปทานและรูปแบบสัญญาร่วมร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น มีความ แตกต่างกันบางประการดังที่กล่าวมาแล้ว แม้ว่าจะเป็นการที่มีวัตถุประสงค์และสาระของ สัญญาเพื่อการให้บริการสาธารณะและมีข้อจำกัดความเป็นอิสระด้านเงื่อนไขของการก่อให้เกิด สัญญาเช่นเดียวกันก็ตาม

#### ปัญหาและข้อจำกัดของรูปแบบการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้าง พื้นฐานคมนาคมของรัฐ

การศึกษารูปแบบของการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้าง พื้นฐานคมนาคมของรัฐ เห็นได้ว่าอาจให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในรูปแบบสัญญา สัมปทาน และในรูปแบบของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งมีลักษณะและวัตถุประสงค์ ของรูปแบบแตกต่างกันดังที่กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม รูปแบบการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ดังกล่าว มีปัญหาและข้อจำกัดบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ และอาจทำให้เอกชนขาดความมั่นใจ ในการลงทุน ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้



(1) อำนาจในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ไม่ว่าจะ ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ต่างมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกันและมีอำนาจหน้าที่อยู่ในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ตามบทบัญญัติกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานนั้น ฉะนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการทำสัญญาได้ตามขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จัดตั้งดังกล่าว และในบางกรณีอาจปรากฏว่ากิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐประเภทหนึ่ง อาจมีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจมากกว่าหนึ่งหน่วยที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำกิจการดังกล่าว ซึ่งรวมถึงอำนาจและหน้าที่ในการให้สัมปทานและร่วมลงทุนกับเอกชนด้วย อาทิเช่น องค์กรที่มีอำนาจให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินกิจการระบบขนส่งมวลชนโดยรถไฟฟ้า \* ได้แก่ กรุงเทพมหานคร กระทรวงมหาดไทย กระทรวงคมนาคม การรถไฟแห่งประเทศไทย และองค์การรถไฟฟ้ามหานคร เป็นต้น ส่วนองค์กรที่มีอำนาจให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินกิจการทางยกระดับ เช่น กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม และการทางพิเศษแห่งประเทศไทย เป็นต้น ซึ่งกรณีปัญหาอาจทำให้มีการดำเนินการโดยให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ไม่ว่าจะรูปแบบใดเกิดขึ้นในพื้นที่เดียวกัน โดยองค์กรของรัฐที่แยกต่างหากจากกันได้ และแม้ว่าในข้อสัญญาจะตกลงให้สิทธิผูกขาดในการดำเนินการแต่ผู้เดียวภายในระยะเวลาของสัญญา หากปรากฏว่าต่อมาหน่วยงานหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจเช่นเดียวกันให้อำนาจแก่เอกชนรายอื่นดำเนินกิจการประเภทเดียวกันและพื้นที่เดียวกันแล้ว เอกชนคู่สัญญาก็ไม่อาจเรียกร้องสิทธิใด ๆ จากคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ เนื่องจากสัญญาจะผูกพันเฉพาะคู่กรณีและ

\* กิจการระบบขนส่งมวลชนโดยรถไฟฟ้าตามสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. จัดเป็นกิจการประเภทรถราง ส่วนสัญญาสัมปทานระบบขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับใน กทม. และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของ รฟท. จัดกิจการขนส่งโดยรถไฟฟ้างดงกล่าวเป็นประเภทรถราง ตามาประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ซึ่งหากศึกษาจากพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ได้บัญญัตินิยามคำว่า "รถไฟ" และ "รถราง" จะเห็นว่าความแตกต่างของ "รถไฟ" และ "รถราง" ขึ้นอยู่กับกิจการที่จัดทำขึ้น ได้รับอนุญาตให้สร้างขึ้นหรือประกอบกิจการตลอดทั้งสายหรือเพียงบางส่วนเท่านั้น มิได้เกี่ยวข้องกับวิธีหรือวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการขนส่ง ฉะนั้น การจัดสร้างและประกอบกิจการขนส่งผู้โดยสารโดยรถไฟฟ้างดงอาจเป็นประเภทรถรางหรือรถไฟได้แล้วแต่กรณี

การดำเนินการภายหลังของเอกชนรายอื่นนั้น ก็มีได้เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญา ประกอบกับหน่วยงานของรัฐแต่ละองค์กร ต่างมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากกัน และมีกฎหมายรับรองอำนาจหน้าที่ไว้ด้วย ฉะนั้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นปัญหาด้านอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมที่เข้าซ้อนกันในการประเภทเดียวกันที่ ก่อให้เกิดอุปสรรค และเป็นปัญหาล่าช้าต่อการดำเนินการของเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐนั้น และมีผลให้ข้อตกลงด้านสิทธิในการดำเนินการแต่ผู้เดียวภายในระยะเวลาตามข้อตกลงในสัญญา ไม่มีผลบังคับจริงจังในทางปฏิบัติ ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้เพียงพอจากข้อตกลงในสัญญา

นอกเหนือจากปัญหาความซ้ำซ้อนขององค์กรดังกล่าวข้างต้นแล้ว อาจศึกษาปัญหาด้านอำนาจในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอีก 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก การตีความด้านอำนาจหน้าที่ขององค์กร อาทิเช่น กรณีอำนาจหน้าที่ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยในการดำเนินการระบบขนส่งมวลชน ปรากฏว่า การตีความของสำนักงานอัยการสูงสุด แตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการ

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กฤษฎีกา \* ซึ่งปัญหาดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ลงทุน และอาจมีผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของภาคเอกชนต่อภาครัฐด้วย

\* คณะรัฐมนตรีมีมติมอบหมายให้ กทพ. ดำเนินการจัดหาเอกชนมาลงทุนและบริหารกิจการระบบขนส่งมวลชน ส่วนที่ 1 ชั้น 1 ปัญหา คือ กทพ. มีอำนาจดำเนินการระบบขนส่งมวลชน ซึ่งเป็นระบบวิ่งบนรางคู่ และมีเส้นทางเป็นเส้นทางยกระดับ 35 km. และเป็นทางใต้ดิน 1 km. หรือไม่ สรุปได้ดังนี้

สำนักงานอัยการสูงสุด เห็นว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ข้อ 1 นิยาม "ทางพิเศษ" ประกอบข้อ 2(2), 6(4) และ 12(11) นั้น มิได้ประสงค์ให้ กทพ. ดำเนินการขนส่งประเภทใดก็ได้ กทพ. มีอำนาจหน้าที่เฉพาะที่เกี่ยวกับระบบขนส่งมวลชนประเภทรางเดี่ยวหรือรถใต้ดิน ทั้งนี้ เพื่อให้เข้าช้อย้อนกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานอื่นที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการขนส่งมวลชนโดยรถที่วิ่งบนรางคู่เหนือพื้นดินอยู่แล้ว ฉะนั้น เมื่อเกิดความไม่ชัดเจนทางกฎหมายดังกล่าว กทพ. จึงไม่ควรเสี่ยงดำเนินการต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า ระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนที่ กทพ. จะดำเนินการนี้ เป็นระบบเดียวกับระบบใต้ดิน และอยู่ในอำนาจหน้าที่ กทพ. ด้วย เนื่องจากนิยาม "ทางพิเศษ" ตามข้อ 1 "...และหมายความรวมถึงทางซึ่งใช้สำหรับรถรางเดี่ยวหรือรถใต้ดิน ฯลฯ" เป็นเพียงการอธิบายขยายความหมายข้อความในส่วนแรกเท่านั้น มิได้ต้องการจำกัดความหมาย "ทางพิเศษ" ประกอบกับข้อเท็จจริงโครงการระบบขนส่งมวลชนเป็นระบบรถวิ่งบนรางคู่ ขับเคลื่อนด้วยพลังงานไฟฟ้า มีลักษณะและวิธีการของระบบเป็นรถไฟฟ้าที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับรถใต้ดินทุกประการ เพียงแต่สามารถขับเคลื่อนได้ทั้งทางยกระดับเหนือพื้นดินและใต้พื้นดิน จึงต้องถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นรถใต้ดินประเภทหนึ่ง ตามความหมายของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ด้วย เนื่องจากกฎหมายดังกล่าว มิได้จำกัดว่าต้องเป็นการเดินรถที่อยู่ใต้ดินตลอดเส้นทางเพียงอย่างเดียว ฉะนั้น กทพ. จึงมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการระบบขนส่งมวลชนได้



ประการที่สอง กรณีการแปรรูปองค์กรของรัฐ (Privatization) หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยเฉพาะส่วนรัฐวิสาหกิจได้แปรรูปรัฐวิสาหกิจ ย่อมทำให้สภาพองค์กรไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจอีกต่อไป แต่แปรสภาพเป็นบริษัทที่จัดตั้งใหม่ ซึ่งเป็นนิติบุคคลใหม่แยกต่างหากจากกัน ฉะนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิหน้าที่ที่กำหนดในสัญญา เว้นแต่จะทำสัญญาระหว่างเจ้าหน้าที่ (คู่สัญญาฝ่ายเอกชน) กับลูกหนี้คนใหม่ (บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่) อันเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตาม มาตรา 350 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดความมั่นใจในการลงทุน ประกอบกับการแปลงหนี้ใหม่ไม่อาจเปลี่ยนไปโดยอัตโนมัติ ฉะนั้น เพื่อให้เกิดความมั่นใจต่อการลงทุน จึงอาจกำหนดข้อตกลงกรณีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจหรือองค์กรของรัฐ โดยตกลงให้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้หรือการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการด้วย นอกจากนี้ หากมิได้ตกลงในลักษณะดังกล่าว ก่อนการแปรรูปฯ ส่วนรัฐวิสาหกิจอาจทำการเจรจากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือดำเนินการแปรรูป โดยกำหนดในกฎหมายให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่เดิมรวมถึงคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แสดงความยินยอมหรือคัดค้านการแปรรูปด้วย หากไม่มีผู้ใดคัดค้าน ก็ให้โอนความผูกพันไปยังนิติบุคคลใหม่ แต่หากมีผู้คัดค้าน ก็ต้องจัดการชำระหนี้หรือหาประกันให้ไว้ เป็นต้น

ฉะนั้น เพื่อสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุน นอกจากกฎหมายที่ชัดเจนและสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต้องกำหนดข้อตกลงเพื่อป้องกันแก้ไขปัญหาแล้ว ปัญหาอาจไม่เกิดขึ้นหากได้รับความร่วมมือจากองค์กรของรัฐและผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย

(2) ด้านรูปแบบของการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ การที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ อาจดำเนินการโดยรูปแบบการทำสัญญาสัมปทาน (Concession) และ/หรือโดยการทำสัญญาร่วมลงทุน (Joint Venture) ระหว่างรัฐกับเอกชน ปัญหาด้านรูปแบบของการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ปรากฏว่าบทบัญญัติกฎหมายมิได้รับรองให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจทำสัญญาสัมปทานและสัญญาร่วมลงทุน ระหว่างรัฐกับเอกชนได้ทุกประเภทกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคม ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นข้อจำกัดหรืออุปสรรคประการหนึ่งของรูปแบบการที่เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ อาทิเช่น กรณีสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2531 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย หรือ "กทพ." ฝ่ายหนึ่ง กับ บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ

จำกัด หรือ "บีอีซีแอล" อีกฝ่ายหนึ่ง ปรากฏว่า เมื่อพิจารณานิยามศัพท์และข้อตกลงในสัญญาฉบับนี้พิจารณาได้ว่า สัญญาฉบับนี้เกี่ยวข้องกับการจัดให้มีและดำเนินกิจการเกี่ยวกับระบบทางด่วน ซึ่งเป็นกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐและเป็นกิจการบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง โดย "กทพ." ผู้มีอำนาจทำสัญญาภาครัฐได้มอบหมายให้บริษัทหรือ "บีอีซีแอล" ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จัดทำและดำเนินกิจการดังกล่าวภายในพื้นที่ก่อสร้าง ซึ่ง "กทพ." ได้จัดหาหรือจะจัดหาและส่งมอบให้ "บีอีซีแอล" ตามนิยามศัพท์ "พื้นที่ก่อสร้าง" และภายในระยะเวลา 30 ปี นับจาก "วันเริ่มการก่อสร้าง" หรือระยะเวลาอื่นใดตามเงื่อนไขของสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน โดย "บีอีซีแอล" ได้รับ "สิทธิตามสัญญา" ซึ่งรวมถึงการจัดเก็บค่าผ่านทางเป็นค่าตอบแทน แต่ทั้งนี้ "บีอีซีแอล" จะต้องจัดเก็บและแบ่งค่าผ่านทางหรือส่วนแบ่งกำไรให้แก่ "กทพ." ในอัตราที่กำหนดตาม ข้อ 11.4 เพื่อเป็นการตอบแทนการได้สิทธิและหน้าที่ในการดำเนินกิจการดังกล่าวตาม ข้อ 2 ของสัญญา

ฉะนั้น แม้สัญญาฉบับนี้จะมีได้กำหนดชื่อของสัญญา โดยใช้คำว่า "สัญญาสัมปทาน" ก็ตาม แต่โดยเนื้อหาและสาระของสัญญานั้น มีลักษณะเป็นรูปแบบสัญญาสัมปทานตามกฎหมายดังกล่าวมาแล้วเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ข้อ (2)(ก) ของสัญญาฉบับนี้ ได้กำหนดข้อความว่า "รัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย มีความประสงค์จะให้ภาคเอกชนเข้ามีส่วนร่วมและลงทุน..." ประกอบกับ ข้อ 8.4 ของสัญญา กำหนดให้ "ส่วนซี" จะต้องเชื่อมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับ "เอฟอีเอส" หรือระบบทางด่วนขั้นที่ 1 โดยผ่าน "ส่วนเอ" และถือเป็นส่วนหนึ่งของ "พื้นที่ส่วนแรก" ซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงเก็บและแบ่งส่วนค่าผ่านทางระหว่างกันตาม ข้อ 11.4 ของสัญญา ก็ตาม อาจพิจารณาได้ว่า ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะการร่วมลงทุนโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐรวมอยู่ด้วย เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้มีส่วนลงทุนหรือเกี่ยวข้องกับระบบทางด่วนขั้นที่ 1 จึงทำให้สัญญาฉบับนี้มีองค์ประกอบตามสัญญาร่วมลงทุน (Joint Venture) ดังกล่าว

ฉะนั้น สัญญาฉบับนี้เห็นได้ว่า มีองค์ประกอบตามสัญญาสัมปทานและสัญญาร่วมลงทุนด้วย อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงของสัญญาฉบับนี้ โดยทั่วไปจะมีองค์ประกอบและสาระสำคัญตามสัญญาสัมปทานเป็นสำคัญ ส่วนข้อตกลงบางประการดังกล่าว ซึ่งทำให้สัญญาฉบับนี้มีลักษณะเป็นสัญญาร่วมลงทุน อาจสืบเนื่องมาจากอำนาจหน้าที่ของ กทพ. ตามขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ซึ่งจำกัดให้ กทพ. มีอำนาจ "ลงทุน" ในงานทางพิเศษเท่านั้น ไม่ว่าจะลงทุนทั้งหมด

หรือลงทุนเพียงบางส่วนโดยร่วมลงทุน แต่ไม่มีอำนาจให้สัมปทานแก่ผู้ใด ฉะนั้น องค์ประกอบตามสัญญาร่วมลงทุนข้างต้น จึงมีลักษณะเป็นการเล็งหรือกำหนดข้อตกลงให้ครบถ้วนตามกฎหมายเท่านั้น โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาเทียบกับข้อตกลง ข้อ 2.1 ที่กำหนดให้ "บีอีซีแอล" จัดให้มีและดำเนินการด้วยค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงของ "บีอีซีแอล" ทั้งสิ้น เป็นต้น

ฉะนั้น หากกฎหมายมิได้ให้อำนาจรับรองรูปแบบการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ ไม่ว่าจะรูปแบบตามสัญญาสัมปทานและ/หรือสัญญาร่วมลงทุนแก่องค์กรของรัฐครบถ้วนหรือเพียงพอแล้ว อาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องหรือความไม่ชัดเจนของรูปแบบ โดยเฉพาะข้อกำหนดเพื่อให้มีองค์ประกอบครบถ้วนตามกฎหมาย โดยสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา มิได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของคู่สัญญา จึงควรมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้องค์กรของรัฐด้านกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมมีอำนาจให้เอกชนเข้าร่วมงานและดำเนินการได้โดยการให้สัมปทานและการร่วมลงทุนด้วย

การศึกษารูปแบบของการที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐ เห็นได้ว่า ลักษณะและวัตถุประสงค์ของรูปแบบสัญญาสัมปทานนั้น มีความแตกต่างจากสัญญาร่วมลงทุน ฉะนั้น เพื่อให้เอกชนเกิดความมั่นใจในการลงทุน นโยบายของรัฐจึงควรกำหนดรูปแบบที่ชัดเจนแก่การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ โดยพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามกฎหมายรวมทั้งการประสานงานขององค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการทำสัญญาหรือผู้ใช้กฎหมายด้วย มิให้เกิดความซ้ำซ้อนและสับสนต่อการลงทุน เพื่อให้เอกชนเกิดความมั่นใจต่อการลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมของรัฐด้วย