



สัญญาสัมปทาน

สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ¹

ความนำ

ถึงแม้ว่าสัญญาสัมปทานจะเกิดขึ้นในประเทศไทยมากกว่า 20 ปีแล้ว แต่พัฒนาการที่เกี่ยวข้องทั้งในด้านรูปแบบและสภาพบังคับทางกฎหมายในกระบวนการทำสัญญาสัมปทานกลับเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดปัญหาการทุจริตและคอร์รัปชันในการทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทย จนก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางวิชาการและในทางปฏิบัติ

สัญญาสัมปทาน เป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542² เป็นสัญญาที่รัฐได้มอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระฝ่ายรัฐ การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม³ โดย “สัมปทาน”⁴ หมายถึง การขออนุญาตแต่ผู้เดียวต่อทางราชการเพื่อทำกิจการบางอย่าง เช่น การทำเหมืองแร่ที่ใดที่หนึ่ง การทำป่าไม้ในเขตใดเขตหนึ่ง การเดินรถสายใดสายหนึ่ง การให้สัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ การให้สัมปทานทางด่วน หรือการให้สัมปทานผลิตไฟฟ้า เป็นต้น ซึ่งสัมปทานที่ยกตัวอย่างมานี้ ห้ามบุคคลใดประกอบกิจการนั้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี ดังนั้น สัญญาสัมปทานจึงเป็นสัญญาที่รัฐ หรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ได้ตกลงทำสัญญากับเอกชนเพื่อมอบหมายให้เอกชนเข้ามา มีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในเวลาที่กำหนดด้วยการลงทุนและความเสี่ยงภัยของฝ่ายเอกชนเอง

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี.

² “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญายาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.

³ หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการ หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนใหญ่ หรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น.

⁴ มานิต มานิตเจริญ, “สัมปทาน,” ใน พจนานุกรมไทย, พิมพ์ครั้งที่ 16.

หลักการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองชนิดหนึ่ง หลักการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานจึงเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งสามารถจำแนกแนวคิดที่เกี่ยวข้องได้ดังนี้

(1) แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเยอรมัน⁵ สามารถดำเนินการทางปกครองโดยฝ่ายรัฐหรือฝ่ายปกครองกระทำได้ในรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง เป็นการดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งฝ่ายรัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการทางปกครองได้โดยวิธีการเจรจาตกลงกับเอกชนหรือประชาชนซึ่งอาจจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาก็ได้ คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างก็มีลักษณะและหน้าที่ของตน ซึ่งในการดำเนินการทางปกครองรัฐหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวในการออกคำสั่งเสมอ สัญญาทางปกครองจึงทำลายหลักเรื่องความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา โดยสัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นมากมายและหลากหลาย คู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าก็จะได้ประโยชน์มากที่สุดจากสัญญาทางปกครองดังกล่าว ความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองต้องดูเนื้อหาสาระของสัญญาว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือส่วนรวมหรือไม่ ซึ่งสัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างน้อยจะต้องเป็นส่วนราชการ (ฝ่ายปกครอง) สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่ง

ของการกระทำทางปกครอง (Verwaltungshandeln) การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่นๆ เช่น การออกกฎทางปกครอง หรือการออกคำสั่งทางปกครอง หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)

(2) แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองมีเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้⁶

(2.1) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย (contrats administratifs par détermination de la loi) คือ เป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า เป็นสัญญาทางปกครองโดยตรงหรือเป็นการกำหนดไว้โดยทางอ้อมว่าให้คดีที่เกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาการโยธาสาธารณะ (marché de travaux publics) หรือสัญญาให้ครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportants occupation du domaine public) เป็นต้น

(2.2) สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ (contrats administratifs par nature) สัญญาทางปกครองประเภทนี้ เป็นสัญญาทางปกครองที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่า เป็นสัญญาทางปกครองแต่เกิดขึ้นจากเมื่อมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองและศาลปกครองเห็นว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง และ

⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2545), หน้า 4-5.

⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 87.

โดยทั่วไปแล้ว ศาลปกครองจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองอยู่
2 ประการ

(2.2.1) สัญญาทางปกครองจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองที่เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่สามารถเป็นคู่สัญญาดังกล่าวได้แก่ รัฐองค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่ (collectivite territoriales) ได้แก่ ภาค (region) จังหวัด (departement) เทศบาล (commune) จังหวัดโพ้นทะเล (departement d' outremer) ดินแดนโพ้นทะเล (territoire d' outre-mer) และองค์กรกระจายอำนาจทางบริการ คือ บรรดาองค์การมหาชน (etablis-sements publics) ทั้งหลายที่ฝ่ายปกครองจัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน
(2.2.2) สัญญาทางปกครองจะต้องมีเนื้อหาสาระของสัญญาที่มีลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้

(2.2.2.1) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะทางด้านการขนส่งมวลชนประเภทต่าง ๆ

(2.2.2.2) เป็นสัญญาที่มีข้อความที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (les cluses exorbitantes du droit commun) ได้แก่ การให้สิทธิต่างๆ แก่ฝ่ายปกครอง เหนือเอกชนที่เป็นคู่สัญญา ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะซึ่งต้องมีการใช้อำนาจมหาชน (puissance publique) เพื่อจัดทำ

บริการสาธารณะให้เกิดผลตรงตามวัตถุประสงค์ ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองทำสัญญามอบการคงอำนาจมหาชนดังกล่าวเอาไว้ ก็สามารถทำได้โดยการเขียนข้อสัญญาให้มีข้อความที่รักษอำนาจพิเศษเอาไว้ ข้อความที่มีอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองได้แก่ ข้อความที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องมีเหตุผิดสัญญา หรือสิทธิพิเศษในการแก้ไขปรับปรุงสัญญาฝ่ายเดียวได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

(3) แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทย⁷ สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะหรือมีข้อกำหนดในสัญญาให้อำนาจรัฐยิ่งไปกว่าสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญาประเภทนี้อยู่ในบังคับของกฎหมายปกครองและเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง โดยสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนและสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมีลักษณะพอสรุปได้ดังนี้⁸

(ก) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจก็ได้

(ข) อำนาจในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ สามารถตรวจสอบได้จากกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานดังกล่าว ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทราบว่าเนื้อหาสาระของสัญญาที่จะทำอยู่ในขอบเขตวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นหรือไม่ รวมถึงอำนาจของผู้แทนของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการทำสัญญาผูกพันคู่สัญญาฝ่ายนั้น มีข้อจำกัดในอำนาจหน้าที่อย่างใด หรือไม่

ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนมักจะเป็นเรื่อง

⁷ ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 44-46.

⁸ ไชยวัฒน์ บุนนาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน,” วารสารสหภาพนายความ, 5 (ตุลาคม - พฤศจิกายน 2539) : 36-38.

เกี่ยวกับสาธารณประโยชน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการที่รัฐให้ออกชนเข้ามามีการกระทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งปกติรัฐจะสงวนไว้เป็นอำนาจของตนที่จะทำแต่ผู้เดียว เช่น การให้บริการสาธารณะในรูปของการขนส่งมวลชน การผลิตไฟฟ้า น้ำประปา เป็นต้น การมีหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง จึงเนื่องมาจากความจำเป็นที่ว่ากิจการของรัฐในปัจจุบันขยายตัวมากขึ้น ทำให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ไม่อาจดำเนินการสนองตอบความต้องการของประชาชนได้อย่างเพียงพอ จึงได้ทำสัญญามอบหมายหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะบางส่วนให้แก่เอกชน โดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐยังมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับ และควบคุมการจัดทำกิจการดังกล่าวอย่างใกล้ชิด มีลักษณะคล้ายกับเป็นกิจการที่รัฐจัดทำเองเพื่อให้บริการสาธารณะนั้นมีการจัดทำอย่างต่อเนื่อง สม่าเสมอ สามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของรัฐและประชาชนโดยส่วนรวม จึงทำให้ต้องใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่พิเศษ หรือแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่สัญญาทางแพ่งทั่วไปซึ่งโดยปกติเป็นเรื่องประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน สัญญาทางปกครองสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

(ก) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ สัญญาทางปกครองประเภทนี้คล้ายหลักเกณฑ์ในกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง หรือบริการสาธารณะบรรลุผล

(ข) สัญญาทางปกครองที่กฎหมายเฉพาะกำหนด สัญญาทางปกครองประเภทนี้เป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราช

บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งพิจารณาจากองค์ประกอบ 2 ประการ ได้แก่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายรัฐหรือเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และสัญญาทางปกครองที่ประเภทหรือเนื้อหาเป็นสัญญาที่จัดอยู่ใน 4 ประเภทดังนี้

(ข.1) สัญญาสัมปทาน เช่น สัญญาสัมปทานรถไฟฟ้ามหานคร ระหว่างกรุงเทพมหานครและบริษัทรถไฟฟ้าบีทีเอส เป็นต้น

(ข.2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างเอกชนปลูกป่า สัญญาให้บริการทางการแพทย์ซึ่งสำนักงานประกันสังคมทำกับโรงพยาบาลเอกชนเพื่อให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสังคม เป็นต้น

(ข.3) สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างสะพาน โรงเรียน โรงพยาบาล ถนน เขื่อน เป็นต้น

(ข.4) สัญญาที่แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัญญาให้ออกชนทำไม้เหมืองแร่ หรือหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอื่น

ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น ไม่ได้พิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ว่า เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นตามแบบตัวอย่างสัญญาท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2539 หรือไม่ แต่ต้องพิจารณาจากคู่สัญญาและประเภทหรือเนื้อหาของสัญญานั้นว่า เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วหรือไม่

แนวความคิดเกี่ยวกับสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย⁹

ประเทศไทยได้มีการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่รูปแบบของการมอบบริการสาธารณะให้กับเอกชนยังมิได้เป็นรูปแบบของการทำสัญญา ดังนั้น แนวความคิดเรื่องสัมปทานในช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองจึงจัดทำโดยรัฐเป็นส่วนใหญ่

ในปี พ.ศ. 2429 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้พระราชทานสัมปทานให้บริษัทเดนมาร์กสร้างทางรถไฟสายกรุงเทพฯ-สมุทรปราการ และเมื่อวันที่ 5 เดือน 2 แรมหนึ่งค่ำ ปีชวด สัมฤทธิศก ศักราช 1250 พระองค์ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตชุดคลอง โดยทำสัญญาระหว่างผู้แทนพระองค์ กับนายโยวากิม แครซี และนายยม โดยเข้าหุ้นส่วนเป็นคอมปนีชุดคลอง และการอนุญาตให้คอมปนีชุดคลองและดูนาสยาม เป็นต้น

ต่อมาได้มีการออกกฎหมายฉบับแรกเพื่อให้อำนาจในการอนุญาตให้เอกชนดำเนินกิจการรถไฟตามพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464 โดยกำหนดให้กิจการหลายประเภทที่ถูกควบคุมนั้นต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานก่อนจึงจะดำเนินการให้ ซึ่งการให้สัมปทานต่างๆ เหล่านี้มิได้เรียกชื่อว่าเป็น “สัมปทาน” แต่เรียกว่า “การพระราชทานพระบรมราชานุญาต” ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือ ให้ผู้รับอนุญาตมีสิทธิแต่ผู้เดียวและต้องลงทุนในการดำเนินการด้วยตนเอง แต่มีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากการบริการนั้นๆ และผู้รับอนุญาตจะต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นการตอบแทนที่รัฐให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับอนุญาต ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับการให้สัมปทานในปัจจุบัน

ซึ่งไม่มีกฎหมายควบคุมการให้สัมปทาน

ปี พ.ศ. 2464 สมัยรัชกาลที่ 6 ได้มีพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตไว้โดยห้ามมิให้ผู้ใดสร้างรถไฟราษฎร์ขึ้นในพระราชอาณาจักร เว้นแต่จะมีพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ และในการให้อนุญาตนั้นรัฐบาลมีอำนาจเข้าปกครองยึดถือรถไฟสายใดก่อนสิ้นกำหนดอนุญาตได้แต่จะต้องเป็นไปตามหนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาต ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในหนังสือพระบรมราชานุญาต รัฐบาลมีอำนาจยึดถือปกครองได้ภายหลังวันที่ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว 20 ปี และเมื่อเข้าถือปกครองแล้ว ให้ยึดถือปกครองบรรดาสสิ่งปลูกสร้าง รถ เครื่องจักร พัสตุ และวัตถุอย่างอื่นด้วย ส่วนที่ดินให้คิดเงินค่าทำขวัญให้ไม่เกินราคาที่ได้รับอนุญาตได้ซื้อไว้ และยังให้อำนาจแก่รัฐบาลในการกำกับตรวจตราโดยให้อยู่ในกำกับตรวจตราดูแลของกรมรถไฟแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็นการเข้าตรวจตราทางรถไฟ ที่ดินรถไฟ สิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักรของผู้รับอนุญาต

ปี พ.ศ. 2471 สมัยรัชกาลที่ 7 ได้มีพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณะชน พุทธศักราช 2471 ซึ่งได้ให้ความหมายของกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ คือ การรถไฟ รถราง ชุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณะชน ซึ่งจะได้ออกพระราชกฤษฎีการะบุไว้ตามกาลอันควร พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณะชน เว้นแต่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานแล้วซึ่งรัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุก

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 223-226

แห่งสาธารณชนลงไว้ด้วยก็ได้ และมีพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พุทธศักราช 2473 โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ เอกชนจะสร้างหรือบำรุงรักษาทางหลวงในราชอาณาจักรได้โดยอาศัยอำนาจแห่งสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาล ซึ่งให้ยื่นเรื่องราวขอสัมปทานต่อเสนาบดีกระทรวงพาณิชย์และคมนาคม รัฐบาลมีอำนาจที่จะเพิกถอนสัมปทานก่อนสิ้นอายุสัมปทานได้ถ้าปรากฏว่าผู้รับสัมปทานล้มละลายหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทานหรือหากมีข้อความในสัญญาสัมปทานให้อำนาจไว้ รัฐบาลสามารถเข้าครอบครองทางหลวงสายใดก่อนสิ้นอายุได้ และเมื่อเข้าครอบครองทางหลวงสายใดแล้ว รัฐบาลต้องเข้ายึดถือครอบครองสิ่งปลูกสร้างและของใช้ในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางด้วย แต่มีเงื่อนไขในการเข้าครอบครองทางหลวงก่อนสิ้นอายุสัมปทาน คือ รัฐบาลจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้ จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับตรวจตราของรัฐบาลอย่างใกล้ชิด

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 การให้สัมปทานแก่เอกชนยังคงดำเนินการตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักทั่วไปไว้ ต่อมาใน พ.ศ. 2482 ได้มีการตราพระราชบัญญัติชลประทานราษฎร์ พุทธศักราช 2482 กำหนดการควบคุมการให้สัมปทานแก่เอกชนเรื่องการชลประทานเพื่อการค้าโดยให้ยื่นขอสัมปทานต่อกระทรวงเกษตรธิการ ไม่ต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตดังเช่นสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทานในการเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์มหาชน แต่ให้อำนาจศาลในการสั่งบังคับผู้ฝ่าฝืน

พระราชบัญญัตินี้ให้หรือ ถอน ทำลาย หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งที่ได้ทำไปแล้วได้

อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินการกิจการสาธารณูปโภคบางอย่าง เช่น การเดินอากาศ กรมการบินพาณิชย์ได้อนุญาตแก่ผู้ประกอบการในรูปของ “การอนุญาต” ไม่ได้ให้ในรูปของ “การสัมปทาน” ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศ

ปัจจุบันนี้การจัดทำบริการสาธารณะจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การจัดทำบริการสาธารณะโดยมีกฎหมายกำหนดไว้ และการจัดทำบริการสาธารณะโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง¹⁰

ลักษณะที่หนึ่ง ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งองค์กรใดโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 ให้อำนาจการไฟฟ้านครหลวง ดำเนินการผลิตพลังงานไฟฟ้า และดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย มีอำนาจดำเนินการกิจการบริการสาธารณะเกี่ยวกับเรื่องไฟฟ้าอย่างกว้างขวางภายในขอบวัตถุประสงค์ นอกจากมีอำนาจทำเองแล้วยังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่เอกชนที่จะสร้างโรงไฟฟ้าเพื่อผลิตและจำหน่ายกระแสไฟฟ้าอีกด้วย

ลักษณะที่สอง ในกรณีโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง ผู้ประสงค์จะดำเนินการกิจการบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอสัมปทานจากรัฐ ซึ่งหากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในกิจการนั้นเห็นชอบก็จะเข้าทำสัญญากันโดยผลของสัญญาสัมปทาน โดยมีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจใน

¹⁰ สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ - มหบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 110 - 112.

การดำเนินการบริการสาธารณะโดยการให้สัมปทาน หรือการขออนุญาต และยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัย หรือมาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ประกาศของคณะปฏิวัตินี้ ได้แยกความแตกต่างของกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตและต้องได้รับสัมปทานอยู่ที่ลักษณะของการผูกขาดกิจการ หากไม่มีลักษณะของการผูกขาดก็จะอยู่ในรูปของการอนุญาต ผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็มีสิทธิขออนุญาตได้ เช่น การประกันภัย การคลังสินค้า การธนาคาร การออมสิน เครดิตฟองซิเอร์ การรับรองหรือรับซื้อตัวเงิน หากมีลักษณะในเชิงผูกขาดหรือกิจการสาธารณูปโภค ก็จะอยู่ในรูปของการสัมปทาน เช่น การรถไฟ การธราง การชุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิต และการจำหน่ายก๊าซโดยระบบท่อไปยังอาคารต่างๆ

จากการอนุญาตหรือการได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นี้ ยังไม่มีแนวทางปฏิบัติหรือมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ทำให้การแสวงหาผลประโยชน์จากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นไปได้ง่าย ดังนั้น ภายหลังจากที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ได้ทำการรัฐประหารโค่นล้มรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 รัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน จึงได้จัดทำพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชนหรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในปัจจุบันส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว โดยเฉพาะในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ

ให้สัมปทานตามประกาศคณะปฏิวัติลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ส่วนใหญ่จะไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้นเพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงาน หรือการดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป จึงสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดแนวทางในการคัดเลือกคู่สัญญาผู้รับสัมปทานโดยจะบังคับใช้ในโครงการที่มีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาท ขึ้นไป ให้เสนอโครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ในกรณีที่มีการเสนอโครงการใหม่ ถ้าคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติไม่เห็นด้วยกับโครงการ เจ้าของโครงการอาจเสนอโครงการให้คณะรัฐมนตรีตัดสิน ในกรณีที่โครงการนั้นมีทรัพย์สินอยู่แล้ว เมื่อมีการเสนอให้กระทรวงการคลังพิจารณา ถ้ากระทรวงการคลังไม่เห็นด้วยกับโครงการ เจ้าของโครงการอาจเสนอโครงการให้คณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาตัดสิน ส่วนการจัดหาคู่สัญญาให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ ร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงาน และจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบวิธีการประมูลและเจ้าของโครงการเห็นชอบด้วย ก็ให้รายงานสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลัง ถ้าสองหน่วยงานนี้เห็นพ้องด้วย ก็ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ ถ้าสองหน่วยงานดังกล่าวเห็นต่างกันก็ให้ใช้วิธีการประมูล ซึ่งโครงการต่างๆ ที่เข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ได้แก่ โครงการก่อสร้างทางหลวงพิเศษระหว่างเมืองสายกรุงเทพฯ - ชลบุรี (สายใหม่)

โครงการแปรรูปบริการการบินไทย จำกัด (มหาชน)
โครงการพัฒนาการก่อสร้างท่าอากาศยานสากล
กรุงเทพแห่งใหม่ เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสัญญา สัมปทานบริการสาธารณะ

(1) ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่เป็นผู้จัดทำหรือ
อำนวยความสะดวกให้บริการสาธารณะนั้นด้วยตนเอง
และจะโอนสิทธิตามหนังสืออนุญาตให้แก่ผู้อื่น
ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากราชการก่อน
เนื่องจากการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน
นั้นโดยทั่วไปเป็นเรื่องเฉพาะตัว ผู้รับอนุญาตไม่
อาจโอนแก่ผู้อื่นได้แม้บริษัทเอกชนจะมีสิทธิ
จ้างผู้รับเหมาช่วงเพื่อทำงานอื่นของโครงการ
ได้ แต่บริษัทยังคงรับผิดชอบอย่างเต็มที่สำหรับการ
ปฏิบัติงานของผู้รับเหมาช่วงนั้น

(2) รัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับให้การให้
บริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด เนื่องจากอำนาจ
ดังกล่าวเป็นลักษณะที่สำคัญของสัญญาสัมปทาน
บริการสาธารณะ ซึ่งถือเป็นเรื่องที่รัฐมอบให้เอกชน
ไปจัดทำแทนรัฐ รัฐจึงต้องมีอำนาจควบคุมและ
กำกับการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวให้แก่
ประชาชน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับ
สัมปทาน พ.ศ. 2473 ได้มีบทบัญญัติคุ้มครอง
ประโยชน์ของประชาชนโดยห้ามมิให้ผู้รับสัมปทาน
โอนหรือให้เช่า หรือก่อภาระขึ้นบนทางหลวงให้
แก่บุคคลภายนอกโดยมิได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี
และห้ามมิให้ยึดทางหลวงและสิ่งปลูกสร้าง หรือ
วัตถุอย่างอื่นซึ่งใช้สำหรับบำรุงรักษาทางหลวง
เมื่อได้เปิดทางหลวงทั้งสาย หรือส่วนใดส่วนหนึ่ง
ให้ประชาชนใช้แล้ว

(3) รัฐมีอำนาจควบคุมการกำหนดหรือการ
ปรับอัตราค่าบริการ เนื่องจากการเก็บค่าบริการ
จากผู้ใช้บริการย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์
ของประชาชนโดยรวม ดังนั้น โดยปกติแล้ว

รัฐจึงกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับสัมปทานเรียกค่า
บริการ ค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินอัตราที่กำหนด
หรือที่ขออนุญาตไว้ และจะปรับอัตราค่าบริการ
ดังกล่าวได้เมื่อได้รับอนุญาต เช่น อาศัยอำนาจ
ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 กำหนดให้
เก็บค่าน้ำประปา หรือค่าไฟฟ้า หรือค่าบริการ
ท่าเทียบเรือเดินทะเลจากผู้รับบริการไม่เกิน
อัตราที่กำหนดไว้ในหนังสือสัมปทาน เว้นแต่จะ
ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี

(4) รัฐมีอำนาจออกข้อกำหนดและแก้ไข
เปลี่ยนแปลงได้ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัย
ของผู้ใช้บริการ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ
ฉบับที่ 58 ข้อ 7 ที่ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีที่จะกำหนด
เงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัย
หรือผาสักของประชาชนได้แต่ต้องกำหนดระยะ
เวลาในการบังคับใช้เงื่อนไขที่เปลี่ยนแปลงหรือ
เพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร โดยรัฐไม่ต้อง
ชดเชยให้แก่เอกชนแม้เอกชนจะมีภาระเพิ่มขึ้น
ก็ตาม และหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว
ก็อาจต้องรับโทษปรับและในกรณีที่เป็นการผิด
ต่อเนื่องกัน ก็ต้องรับโทษเป็นรายวันอีกโสดหนึ่ง
นอกจากนั้นในกรณีเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ
อันมีมาเป็นการฉุกเฉิน อธิบดีกรมทางหลวงมี
อำนาจเข้าครอบครองทางหลวงสัมปทานและ
มีสิทธิและอำนาจสั่งการของผู้รับสัมปทาน
ทั้งหมด จนกว่าภัยพิบัติจะหมดไป

(5) รัฐมีอำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในบาง
กรณี เช่น กรณีที่รัฐบาลประสงค์จะเข้ายึดถือ
ครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทาน
สิ้นอายุโดยใช้คำสั่งใหม่ทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน
หรือการเพิกถอนสัมปทาน กรณีที่ผู้รับสัมปทาน
ไม่ปฏิบัติตามข้อความที่กำหนดไว้ในสัมปทาน
หรือที่จำต้องปฏิบัติเพื่อความปลอดภัยของ
ประชาชนซึ่งเมื่อเพิกถอนแล้ว ทางหลวงและ
อุปกรณ์ทั้งปวงตกเป็นของรัฐบาล หรือกรณีการ
ถอนคืนสัมปทานรถเมล์ในเขตกรุงเทพมหานคร

เพื่อมาจัดทำโดยองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ หรือกรณีใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสิ้นสุดลง นับแต่วันถัดจากวันที่มีคำสั่งเป็นหนังสือให้แก้ไข หรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนดในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว

สถานะทางกฎหมายของสัญญาสัมปทาน

เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง ดังนั้นการฟ้องเพิกถอน นิติกรรมทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานที่ ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรที่มีสถานะสูงกว่า หรือหลัก กฎหมายทั่วไปย่อมทำได้ภายใต้บทบัญญัติของ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และมาตรา 11 (2) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาสัมปทานนั้นอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ซึ่งเป็นกรณีที่ มีการฟ้องร้องขอให้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา สัมปทานอันมีผลเป็นการเฉพาะรายเฉพาะกรณี ดังนั้น ผลของคำวินิจฉัยในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา สัมปทานจะไม่มีผลเป็นการทั่วไปเหมือนกรณีการ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทาง ปกครองอื่นๆ แต่มีผลบังคับเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น และโดยหลักย่อมมีเพียงคู่สัญญาเท่านั้น ที่มีสิทธิ ฟ้องคดีให้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ได้ นอกจากนี้ สัญญาสัมปทานมิได้มีสถานะทาง กฎหมายเหมือนสัญญาทางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นการให้ เอกสิทธิ์แต่ฝ่ายปกครองหรือการทำสัญญาซึ่ง ต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด และถ้าหากเป็นการทำสัญญาทางปกครองบาง ประเภทซึ่งเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เช่า หรือให้เช่า ต้องดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

ว่าด้วยการพัสดุ หรือถ้าหากเป็นสัญญาการ มอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้ดำเนินการ จัดทำบริการสาธารณะหรือร่วมดำเนินการบริการ สาธารณะก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายที่กำหนด ไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วม งานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ตามหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่กำหนดไว้เกี่ยวกับ ทำสัญญาไว้ในสัญญาทางปกครองประเภทต่างๆ นอกจากนี้ สัญญาสัมปทานยังเป็นการก่อให้เกิด นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทั้งในกระบวนการก่อน และภายหลังการทำสัญญา ทั้งยังมีผลกระทบ กับบุคคลภายนอกด้วย เช่น ในการประกวดราคา ผู้มีสิทธิยื่นซองประกวดราคาย่อมเป็นผู้มีส่วน ได้เสีย หากมีการทำสัญญา หรือการคัดเลือก คู่สัญญาโดยไม่ชอบ

นอกจากนี้ในข้อกำหนดของสัญญาเองก็มัก จะมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ของบุคคลภายนอก โดยเฉพาะในสัญญาเกี่ยวกับการมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดในเรื่องการรักษาความ ปลอดภัยสาธารณะ หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับอัตรา ค่าใช้บริการล้วนมีผลกระทบโดยตรงต่อบุคคล ภายนอกซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญา ซึ่งหากนำหลัก กฎหมายของสัญญาทั่วไปมาปรับใช้สิทธิการฟ้อง คดี ย่อมเกิดจากกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นในสัญญา ซึ่งการฟ้องบังคับให้เป็นไปตามข้อกำหนดใน สัญญาเป็นสิทธิเฉพาะของคู่สัญญา ส่วนสิทธิของ บุคคลภายนอกนั้น คู่สัญญาไม่มีสิทธิที่จะกำหนด หน้าที่หรือภาระให้แก่บุคคลภายนอกได้ แต่อาจ กำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีสิทธิได้รับ ประโยชน์จากสัญญาได้ ดังนั้น ในขั้นตอนหรือ กระบวนการทำสัญญาสัมปทานนอกจากจะมี วิธีการเฉพาะที่กำหนดโดยกฎหมายแล้ว ยังมีแบบ ของสัญญาตามที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ อันเป็นรูปแบบ ของสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งสัญญาสำเร็จรูปนี้จะมี

สภาพบังคับอย่างน้อยในแง่ทางปฏิบัติต่อทั้งผู้
ที่เสนอตัวเข้ามาทำสัญญากับรัฐและฝ่ายปกครอง
ที่เป็นหน่วยงานต้นเรื่องที่จะทำสัญญากับเอกชน
นอกจากนี้ในเนื้อหาของสัญญาอาจมีการ
กำหนดข้อสัญญาที่เป็นกำหนัดหน้าหรือ
หรือมีผลบังคับต่อบุคคลภายนอกสัญญาได้
โดยตรงและมีผลบังคับเป็นการทั่วไปได้ เช่น การ
กำหนดอัตราค่าใช้บริการ หรือข้อกำหนดในสัญญา
ทางปกครองหรือสัญญาสัมปทานที่เป็นการ
มอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะ
ได้ และถ้าหากรัฐดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ
เองแล้ว เนื้อหาของข้อกำหนดในสัญญาส่วนนี้รัฐ
จะออกเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

กล่าวได้ว่าสถานะทางกฎหมายของข้อกำหนด
ในสัญญาสัมปทานมิได้มีลักษณะเป็นเรื่องของ
ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น แต่มีลักษณะ
บางประการที่ทำให้เห็นลักษณะทั่วไปของ
ข้อสัญญาดังกล่าว ทำให้นำมาสู่ประเด็นปัญหาใน
เรื่องการฟ้องเพิกถอนสัญญาสัมปทานหรือสัญญา
ทางปกครองที่ทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้
การที่จะพิจารณาว่า สัญญาใดเป็นสัญญาสัมปทาน
ที่ต้องขึ้นศาลปกครองหรือไม่ นอกจากจะพิจารณา
จากหลักคำวินิจฉัยของศาลแล้ว จะต้องพิจารณา
ถึงอำนาจหน้าที่ขององค์กรซึ่งขาดอำนาจหน้าที่
ระหว่างศาลด้วยมาตรการทางกฎหมายของสัญญา
สัมปทานจึงพิจารณาจากสถานะของกฎหมาย
และคู่สัญญาเป็นหลัก ตลอดจนคู่สัญญาภาครัฐ
ย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าฝ่ายเอกชน

วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายอันเกิด จากสัญญาสัมปทานของไทย

สภาพปัญหาอันเกี่ยวข้องกับมาตรการทาง
กฎหมายภายหลังจากเกิดกรณีพิพาทในสัญญา
สัมปทานของไทย คือ ความไม่ชัดเจนเหมือนกับ

สัญญาทางแพ่งตามหลักกฎหมายเอกชน ความมี
เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายเอกชน
จะไม่สามารถควบคุมการตามหลักความเท่าเทียม
กันของคู่กรณีในการทำสัญญา นอกจากนี้ ยังมี
คำถามที่สงสัยเกี่ยวกับขั้นตอนหรือกระบวนการ
ของการจัดทำสัญญาสัมปทานว่า มีความเป็น
สัญญาจริงๆ หรือไม่ หรือเป็นเพียงกระบวนการ
ที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้บังคับเพื่อให้เอกชนปฏิบัติ
ตามความประสงค์ของฝ่ายปกครองเท่านั้น
เนื่องจากในทางปฏิบัติไม่ว่าสัญญาจะมีข้อกำหนด
อย่างไร ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้อำนาจพิเศษของ
ตนแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว
ได้ ไม่ว่าในสัญญานั้นจะมีข้อกำหนดไว้อย่างไร
หรือไม่ก็ตาม

ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 3 พระราชบัญญัติ
จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง
พ.ศ. 2542 บัญญัติหลักการว่า สัญญาใดจะเป็น
สัญญาทางปกครองได้นั้น

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง
ต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคล
ซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ¹¹

ประการที่สอง วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น
ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัด
ทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือ
บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญา
อีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ
บริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อ
กำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึง
เอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทาง
ปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง คือ
บริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้น ในการแสดงเจตนารมณ์ของการทำ
สัญญาสัมปทานในเบื้องต้นจะต้องสำรวจว่า สัญญา

¹¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2544.

เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากต่อมาเมื่อมีเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็จะเป็นเรื่องของขั้นตอนในการจัดทำสัมปทานบริการสาธารณะ โดยมีหลักพิจารณาว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมย่อมเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เมื่อเกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานย่อมดำเนินการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

(1) ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับคดีดังกล่าวได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4)

(2) ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ตาม มาตรา 42 โดยการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อน หรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีค่า บังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72

(3) การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้ยื่นฟ้องภายในห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 51

(4) ในการพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับ โดยสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่นๆ ไว้ด้วยก็ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)

มีกรณีตัวอย่างคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยประเด็นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายเกี่ยวกับสัญญา

สัมปทานดังนี้

คำสั่งที่ 93/2544¹² ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างใน คำฟ้องว่า สัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) กับโรงไฟฟ้าเอกชน ใจความว่า (1) หากกระแสไฟฟ้าเกินความต้องการของประเทศ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยต้องหยุดผลิตกระแสไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าของตนเอง แล้วหันไปซื้อไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าเอกชน (2) แม้กระแสไฟฟ้าที่ซื้อจากโรงไฟฟ้าเอกชนจะมีราคาแพงกว่าไฟฟ้าที่ฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยผลิตเอง การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยก็ต้องซื้อไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าเอกชน เป็นผลให้ค่าไฟฟ้าที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยขายให้ประชาชนมีราคาแพงกว่าที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยผลิตเอง... (3) เมื่อค่าเงินสกุลบาทตกต่ำลงเมื่อเปรียบเทียบกับเงินสกุลดอลลาร์สหรัฐ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยต้องควักเนื้อแบกภาระการขาดทุนไว้โดยจ่ายค่าชดเชยให้โรงไฟฟ้าเอกชน (4) การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยต้องซื้อไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าเอกชนเป็นเวลา 25 ปี คดีจึงมีปัญหว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ เห็นว่า ข้อสัญญาตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมาในคำฟ้อง มีเงื่อนไขข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาซึ่งมีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคลที่เป็นคู่สัญญา ดังนั้น บุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากข้อสัญญาดังกล่าวย่อมมีเพียงผู้ที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น ผู้ที่มีได้เข้าเป็นคู่สัญญาหาได้เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดย

¹² สำนักงานศาลปกครอง, รวมคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดปีที่ 1 เล่มที่ 1 (มีนาคม - ธันวาคม 2544), (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2544), หน้า 424-426.

มีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือ องค์เว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ แม้ผู้ฟ้องคดีจะ กล่าวอ้างว่า สัญญาซื้อขายไฟฟ้าเป็นสัญญาที่ ประเทศชาติ ประชาชน การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่ง ประเทศไทย และราษฎรผู้ใช้ไฟฟ้าเดือดร้อนหรือ เสียหาย รวมทั้งแผ่นดินเป็นผู้เสียหาย แต่ผู้ฟ้อง คดีเป็นเพียงผู้ใช้ไฟฟ้า จึงมิใช่ผู้ได้รับความ เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือ เสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ตามบทบัญญัติ กฎหมายที่กล่าวอ้าง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้อง คดีนี้ต่อศาลปกครอง

สรุป

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นจึงต้องพิจารณา ถึงความเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่เกิดจากสัญญาโดยตรง กล่าวคือ คู่สัญญาที่ได้มีการตกลงทำสัญญาต่อกัน ตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ซึ่งต้องเป็นผู้ได้รับความ เดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อน หรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจาก ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานหรือสัญญาทาง ปกครองนั้นๆ จึงสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ได้ตามมาตรา 42 โดยการแก้ไขหรือบรรเทาความ เดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72

บรรณานุกรม

เกษมชเทพ ทองสิน. “สัญญาทางปกครอง ในประเทศไทย : ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของ ความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัย-

รามคำแหง, 2541.

อุทัย หงส์ศิริ. ศาลปกครองและการดำเนิน คดีในศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2545.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครอง กับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการ สาธารณะ. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

_____. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและ สัญญาทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2541.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544.

มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา ทางปกครองของประเทศเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2545.

สุรพงศ์ กลั่นประชา. “สัญญาเกี่ยวกับบริการ สาธารณะในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

สุภาวิณี จิตต์สุวรรณ. “สัญญาสัมปทาน.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัย รามคำแหง, 2546.

สำนักงานศาลปกครอง. รวมคำพิพากษาและ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดปีที่ 1 เล่มที่ 1 (มีนาคม - ธันวาคม 2544). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ คุรุสภาลาดพร้าว, 2544.