

มาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

อนุกุล ดันติมาสน์¹ สุขสมัย สุทธิบัติ² ไชยา ยัมวิไล³

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาแนวคิดทฤษฎีในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับเอกชน (2) ศึกษาสภาพปัญหาเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของประเทศไทย (3) ศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของต่างประเทศ และ (4) ปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายให้บริการสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนในประเทศไทย โดยใช้รูปแบบการวิจัยเชิงคุณภาพและเก็บรวบรวมข้อมูล 2 วิธีการ ได้แก่ การวิจัยเชิงเอกสาร การสัมภาษณ์เจาะลึก และวิเคราะห์ข้อมูลโดยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหาและแปลความหมายจากเปรียบเทียบ

ผลการวิจัย พบว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจำเป็นต้องพิจารณาทำร่างสัญญาในสาระสำคัญที่เป็นส่วนหนึ่งของ TOR ตั้งแต่เริ่มเปิดประมูลโครงการ เพื่อทำให้เกิดความโปร่งใส และมีความชัดเจนในการปฏิบัติตามสัญญา และเป็นการสร้างความเข้าใจที่ตรงกันในเรื่องเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของงานระหว่างคู่สัญญา รวมถึงมีการกำหนดคุณสมบัติ พร้อมระบุขอบเขตการทำงานและมาตรฐานให้ชัดเจน เพื่อลดปัญหาในการผิดสัญญา นอกจากนี้ การพิจารณาตรวจร่างก่อนลงนามในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ โดยสำนักงานอัยการสูงสุดจำเป็นต้องกำหนดผู้ที่มีความเชี่ยวชาญและที่เหมาะสมในการตรวจร่างสัญญา และกำหนดให้เรียกคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าชี้แจงข้อเท็จจริงในรายละเอียดของสัญญา และต้องพิจารณาเฉพาะแต่ข้อกำหนดในสัญญาเท่านั้น ไม่ควรรวมถึงรายละเอียดที่เกี่ยวกับการเงินและผลประโยชน์ตอบแทนในสัญญา และเมื่อสัญญามีปัญหาในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการผลการชี้ขาดควรให้ถือเป็นอันสิ้นสุด

คำสำคัญ: สัญญาทางปกครอง; สัญญาสัมปทาน; ร่วมลงทุน; บริการสาธารณะ

ประเภทบทความ: บทความวิจัย

การอ้างอิง:

อนุกุล ดันติมาสน์, สุขสมัย สุทธิบัติ และไชยา ยัมวิไล. (2565). มาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ. *วารสารดุสิตบัณฑิตทางสังคมศาสตร์*, 12(2), 548-560.

¹ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240, ประเทศไทย
อีเมล: anukool.t@ckplc.com

² คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

³ วิทยาลัยบัณฑิตศึกษาด้านการจัดการ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

Legal Measures Applicable to Public Service Concessions

Anukool Tuntimas¹ Suksmai Sutthibodee² Chaiya Yimwilai³

Abstract

This research article aims to study to (1) the concepts, theories in the contract of public service concession between the government and private. (2) the problems and conditions regarding the granting of public service concessions to private sectors in Thailand. (3) the legal measures regarding the granting of public service concessions to foreign private entities. (4) To improve the legal measures for providing public service concession services to private individuals in Thailand. The researchers used the qualitative research methodology by using 2 methods of data collection, namely documentary research and in-depth interviews and analyzed the data by using content analysis techniques and comparison interpretation.

The result of the research shows that the public service concession agreement should consider the draft of the contract which is an integral part of TOR since the bidding for the project. To make it transparent and is clear in the implementation of the contract and creating a mutual understanding of the content and objectives of the work between the parties. Including specifications Including specifying the scope of work and standards clearly. To reduce problems in breach of contract. In addition, the draft check before signing the contract for public service. By the Office of the Attorney General should specify a person who has expertise and suitable for drafting the contract and requiring both parties to call to inform the parties of the details of the contract and should consider only the legal conditions in the contract only should not include financial details and benefits in the contract and when the contract has a dispute in arbitration, the result should be final.

Keywords: Administrative Contract; Concession Contract; Investment; Public Service

Type of Article: Research Article

Cite this article as:

Tuntimas, A., Sutthibodee, S., & Yimwilai, C. (2022). Legal measures applicable to public service concessions. *Ph.D. in Social Sciences Journal*, 12(2), 548-560.

¹ Doctor of Laws Program, Ramkhamhaeng University
2086 Ramkhamhaeng Road, Huamak, Bangkapi, Bangkok, 10240, Thailand
Email: anukool.t@ckplc.com

² Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

³ Graduate College of Management, Sripatum University

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ เป็นนโยบายในการบริหารประเทศของภาครัฐ แต่เดิมเป็นการดำเนินการโดยหน่วยงานราชการและหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ ต่อมารัฐมีนโยบายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในงานของรัฐบาลมากขึ้น การให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐและมีการแบ่งรายได้กันภายในเวลาที่กำหนด โดยใช้ชื่อว่า “การให้ภาคเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” และได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินงานในกิจการของรัฐขึ้นมาใน พ.ศ. 2535 และต่อมาได้มีการกำหนดกระบวนการที่ชัดเจนและรัดกุมขึ้น อีกทั้งกฎหมายฉบับดังกล่าวยังไม่อาจจูงใจเอกชนให้มาร่วมลงทุนกับภาครัฐในโครงการต่างๆ ได้มากนัก เนื่องมาจากข้อจำกัดบางประการ ดังนั้น จึงได้เสนอพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และฉบับปรับปรุงใหม่ คือ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เพื่อบังคับใช้แทนกฎหมายฉบับเดิม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ตอบสนองต่อนโยบายของภาครัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ การมีกลไกเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนที่สามารถสร้างแรงจูงใจให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนโครงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากขึ้น ตามนโยบายของรัฐบาล ปัจจุบันสัญญาสัมปทานมีความชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นผลมาจากการที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E. 2542, 1999) กำหนดให้สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง โดยที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายสารบัญญัติในเรื่อง

ของสัญญาทางปกครอง และไม่มีกฎหมายสารบัญญัติใดที่ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานไว้ จึงทำให้สัญญาสัมปทานยังคงมีความไม่ชัดเจน และการตีความว่าการระบุข้อสัญญาแบบลักษณะใดจึงจะถือว่าเป็นสัญญา สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชน อันเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐในที่นี้หมายรวมทั้งรัฐ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นใดของรัฐ แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะมีการตรากฎหมายหลักที่เข้ามารองรับกำกับดูแลในเรื่องการที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐหลายฉบับ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2562 (Public-Private Partnership Act B.E. 2562, 2009) แต่ยังคงมีการใช้ดุลยพินิจเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการพิจารณา แนวทางการตัดสินใจ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะยังไม่ชัดเจน นอกจากนี้ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะยังเป็นสัญญาที่มีผลกระทบโดยตรงต่อประชาชนผู้ใช้บริการ ดังนั้น จึงควรมีการศึกษาย่างจริงจังเพื่อพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชน เพื่อให้ได้มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่เป็นธรรมกับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น จึงแบ่งสภาพของปัญหาได้ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับหลักการทำสัญญาการตรวจร่างสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ โดยผู้ให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะต้องพิจารณาว่าหลักการร่างสัญญาในสาระสำคัญเป็นส่วนหนึ่งตาม TOR ผู้ให้สัมปทานและเอกชนผู้รับสัมปทานควรเจรจากันในรายละเอียดตามร่างสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะตามแนบท้าย TOR เท่านั้น และทั้งในชั้นตรวจร่างสัญญา

สำนักงานอัยการสูงสุดควรเรียกคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าไปชี้แจงข้อเท็จจริงประกอบ และพิจารณาได้เฉพาะข้อกฎหมายเท่านั้น โดยไม่ควรแก้ไขเรื่องของการเงินหรือผลประโยชน์ตอบแทน

2. ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะด้วยวิธีการโดยอนุญาโตตุลาการของระบบกฎหมายไทยยังไม่มี ความชัดเจน

3. ปัญหามาตรการทางกฎหมายในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2562 ยังไม่มีหลักเกณฑ์ใดในการคุ้มครองความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐแต่อย่างใด รับประกันความโปร่งใสเป็นธรรมได้

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับเอกชน

2. เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของประเทศไทย

3. เพื่อศึกษามาตรการกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของต่างประเทศ

4. เพื่อปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายให้สัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนในประเทศไทย

สมมุติฐานของการวิจัย

กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญาบริการสาธารณะของประเทศไทย ในปัจจุบันยังไม่เหมาะสม และยังไม่เพียงพอที่จะจูงใจภาคเอกชนและต่างประเทศเข้ามาร่วมลงทุนกับรัฐจึงสมควรที่จะดำเนินการวิจัยเพื่อหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป

ขอบเขตของการวิจัย

1. ขอบเขตด้านเนื้อหา ผู้วิจัยศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งจากการศึกษาดังกล่าวผู้ศึกษาวิจัยจึงกำหนดขอบเขตของการวิจัยในการศึกษาครั้งนี้เป็น 3 เรื่อง กล่าวคือ แนวคิดทฤษฎีในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับเอกชน ศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชน และศึกษามาตรการกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของต่างประเทศ

2. ขอบเขตด้านผู้ให้ข้อมูลสำคัญ ผู้วิจัยเลือกตัวอย่างแบบเจาะจง (purposive sampling) จากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชน

ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบแนวคิดทฤษฎีในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับเอกชน

2. ทำให้ทราบปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของประเทศไทย

3. ทำให้ทราบมาตรการกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของต่างประเทศ

4. ทำให้สามารถปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายให้สัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ทฤษฎีบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่ดำเนินการจัดทำขึ้นโดยบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือ โดยเอกชนซึ่งฝ่าย

ปกครองต้องใช้อำนาจกำกับดูแลบางประการและอยู่ภายใต้ระบบพิเศษ (Boramanan, 2012) กฎหมายของบริการสาธารณะ หรือหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะนี้ประกอบด้วยหลัก 4 ประการ (Akarapiman, 2002) คือ (1) หลักว่าด้วยความเสมอภาคในบริการสาธารณะ (2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริหารสาธารณะ (3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงบริการสาธารณะอยู่เสมอมีหลักว่าบริการสาธารณะต้องพัฒนาให้สอดคล้องกับความต้องการส่วนรวมของประชาชน และ (4) หลักการว่าด้วยความเป็นกลางของบริการสาธารณะ

แนวคิดสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง (administrative contracts) ถือได้ว่าเป็นหัวใจของการกระทำของฝ่ายปกครอง (administrative action) เนื่องจากเป็นเครื่องมือสำคัญของทางฝ่ายปกครองในการมอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้แก่เอกชน คำว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายถึงสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐ กับนิติบุคคล หรือบุคคลธรรมดา อีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยทั่วไปแล้วสัญญาทางปกครองจะมีบทยกเว้นหรือเงื่อนไขของสัญญาที่แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่ง (clauses exorbitantes du droit commun) ซึ่งสัญญาทางปกครองที่รู้จักกันโดยแพร่หลาย คือ สัญญาว่าด้วยระเบียบพัสดุและสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ นอกจากนี้ ยังมีสัญญาประเภทอื่นที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองอีก เช่น สัญญาจ้างบุคคลทำงานให้กับภาครัฐซึ่งมีลักษณะคล้ายกับสัญญาว่าจ้างลูกจ้างหรือสัญญาให้เอกชนเช่าสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่รัฐเป็นเจ้าของหรือสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของก็ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน

(De Beauregard, 1999) ดังนั้น สัญญาสัมปทานถือเป็นสัญญาทางปกครอง โดยเหตุที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐ โดยเอกชนเก็บเงินหรือผลประโยชน์และจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ ซึ่งรัฐใช้อำนาจเหนือเอกชน โดยรัฐกำหนดและเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขได้เอง

แนวความคิดเกี่ยวกับสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่รูปแบบของการมอบบริการสาธารณะให้กับเอกชนยังมิได้เป็นรูปแบบของการทำสัญญา ดังนั้น แนวความคิดเรื่องสัมปทานในช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง จึงจัดทำโดยรัฐเป็นส่วนใหญ่ ปัจจุบันนี้ การจัดทำบริการสาธารณะจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การจัดทำบริการสาธารณะโดยมีกฎหมายกำหนดไว้ และการจัดทำบริการสาธารณะโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง ลักษณะที่หนึ่ง ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้จัดทำบริการสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งองค์กรใดโดยตรง ลักษณะที่สอง ในกรณีโดยความเห็นชอบของฝ่ายปกครอง ผู้ประสงค์จะดำเนินกิจการบริการสาธารณะจะต้องยื่นคำขอสัมปทานจากรัฐ ซึ่งหากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในกิจการนั้นเห็นชอบก็จะเข้าทำสัญญากันโดยผลของสัญญาสัมปทานโดยมีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ. 2515 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะโดยการให้สัมปทาน หรือการขออนุญาต จากการอนุญาตหรือการได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ฯ นี้ ยังไม่มีแนวทางปฏิบัติหรือมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ทำให้การแสวงหาผลประโยชน์จากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นไปได้ง่าย ต่อมาจึงได้จัดทำพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ

ของรัฐ พ.ศ. 2535 และมีการพัฒนาปรับปรุงมาเป็นกฎหมายพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ตามลำดับ (Amornjitsuwan, 2011)

หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (Amornjitsuwan, 2011) คือ (1) ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่เป็นผู้จัดทำหรืออำนวยการให้บริการสาธารณะนั้นด้วยตนเอง และจะโอนสิทธิตามหนังสืออนุญาตให้แก่ผู้อื่นมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากราชการก่อน (2) รัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับการให้บริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด (3) รัฐมีอำนาจควบคุมการกำหนดหรือการปรับอัตราค่าบริการ (4) รัฐมีอำนาจออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยของ (5) รัฐมีอำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในบางกรณี ปัจจุบันการให้สัมปทานหรือให้เอกชนร่วมลงทุนหรือดำเนินการในโครงการของรัฐเป็นจำนวนมาก จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชนหรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนให้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน เพื่อป้องกันมิให้มีการให้ประโยชน์แก่เอกชนรายหนึ่งรายใดโดยเฉพาะและโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องมาจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชนหรือการร่วมทุนระหว่างภาครัฐกับเอกชนในปัจจุบัน ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานหน่วยเดียว และในเรื่องสำคัญๆ จะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ. 2515 ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้นเพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้

บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐให้เป็นที่น่าเชื่อถือชัดเจน จึงได้มีการกำหนดขั้นตอนในการศึกษาวิเคราะห์และกำหนดวิธีปฏิบัติในการให้สัมปทานของโครงการไว้ในพระราชบัญญัตินี้เพื่อให้มีการตรวจสอบและกลั่นกรองอย่างรัดกุมก่อนที่จะลงมือและหลังจากที่ได้ดำเนินการตามโครงการนั้นๆ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ

สาธารณรัฐฝรั่งเศส

มีการกำหนดให้สัญญาทางปกครองจำต้องมีหลักกฎหมายเป็นพิเศษแยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่ง เพราะเหตุว่าสัญญาทางปกครองนั้น รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการเพื่อให้ภารกิจของตนบรรลุผลซึ่งภารกิจของรัฐ คือ การบริการสาธารณะ โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง การเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองก็เช่นเดียวกันกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ ต้องมีเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน แต่ในสัญญาทางปกครองจะต้องจำกัดหลักเสรีภาพและหลักความเสมอภาคในการทำสัญญาของคู่สัญญา

2. การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษ 2 ประการ คือ (1) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองมีที่มาทั้งข้อกำหนดในสัญญาและจากหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กับสัญญาทางปกครองทุกประเภท ในฐานะที่สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง และถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวรวมอยู่ในตัวสัญญา เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าว จะปรากฏให้เห็นทั้งในการปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ และในมาตรการที่ใช้บังคับกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา หรือกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาไม่ถูกต้อง และ (2) หลักว่าด้วย

ดุลยภาพทางการเงินของสัญญา อันเป็นหน้าที่พิเศษของฝ่ายปกครอง

3. การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง ซึ่งโดยปกติเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองแล้ว สัญญาก็จะสิ้นสุดไปหรือสัญญานั้นจะสิ้นสุดไปตามข้อตกลงในสัญญานั้น หรืออาจสิ้นสุดไปเพราะคู่สัญญาพร้อมใจกันเลิกสัญญา ซึ่งการเลิกสัญญาที่เป็นหลักเฉพาะของสัญญาทางปกครอง

4. ประเภทของสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นแม้จะมีอยู่อย่างหลากหลายแต่ก็อาจจะจัดกลุ่มได้เป็นสองประเภท คือ สัญญาทางปกครองทั่วไปและสัญญาที่อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการปกครอง ค.ศ. 1976 โดยมีใจความว่า “สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์” องค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาทางปกครอง มีดังนี้ (Wongsaree, 2002) (1) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง (2) สัญญาทางปกครองมีความแตกต่างไปจากสัญญาประเภทอื่นที่เนื้อหาของสาระของตัวสัญญานั้น (3) สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ต้องพิจารณาเนื้อหาของสาระของสัญญาว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมหรือไม่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างน้อยจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง (Ratanasakawong, 2000) นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองของเยอรมันมีการแบ่งได้ 2 แบบ กล่าวคือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนและสัญญาที่ใช้ทางราชการหรือฝ่ายปกครองด้วยกันทำกันเอง หลักการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาตามกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54

วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้พิจารณาจากพื้นฐาน หรือตามธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้น โดยการตรวจสอบจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุแห่งสัญญา (Gegenstand des Vertrags)

หลักกฎหมายสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะบัญญัติไว้เป็นระบบในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตั้งแต่การก่อให้เกิดสัญญาจนกระทั่งสิ้นสุดของสัญญา ดังต่อไปนี้

1. การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครอง

การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองนั้น ประกอบด้วยเงื่อนไขและขอบเขต การตกลงทำสัญญาการเลือกคู่สัญญารูปแบบของสัญญาการให้ความเห็นชอบของบุคคลที่สาม การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น

2. ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง จะต้องมียุติประกอบ 2 ประการคือ

2.1 ความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นเท่านั้น

2.2 ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครองในเรื่องรูปแบบของสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ต้องลงทำสัญญาทางปกครองต้องมิอำนาจในการทำสัญญาทางปกครองได้ดำเนินการตามขั้นตอน กระบวนการที่กำหนดไว้ และสัญญาทางปกครองนั้นได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดที่มีอำนาจในทางเนื้อหา

3. ผลทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในเยอรมันนั้นได้มีการยอมรับกันว่า สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีผลเป็นโมฆะต่อมา มาตรา 59 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติให้สัญญาทาง

ปกครองตกเป็นโมฆะ ต่อเมื่อมีเหตุตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 59 เท่านั้น

4. ผลของความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง เมื่อสัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ จะไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด กล่าวคือ สัญญาทางปกครองนั้น ไม่มีเหตุแห่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาและ ไม่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิใดๆ ตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนสามารถฟ้องร้องขอให้ศาล พิพากษาให้สัญญาทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะได้

5. การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองและการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

5.1 การไม่อาจชำระหนี้ได้ตามสัญญา หมายความว่า พฤติการณ์ทั้งหลายที่เข้ามาขัดขวาง ทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้จนเสร็จสิ้น

5.2 การสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง มีดังนี้ (1) การทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามสัญญา (2) การหักกลบลบหนี้ (3) การยกหนี้ (4) การยกเลิกสัญญา (5) การขอลอนตัวจากสัญญา

สหราชอาณาจักร

สัญญาทางการปกครองเกิดขึ้นได้ด้วยการแลกเปลี่ยนความยินยอมซึ่งกันและกันในการร่างสัญญา ทำให้ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นเดียวกับเอกชน (1) อำนาจในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ส่วนกลาง (2) อำนาจในการทำสัญญาฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่น (3) อำนาจในการทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจนับเป็นองค์กรบริหารในรูปแบบใหม่ ที่จัดตั้งขึ้นในภายหลัง เพื่อให้มีสภาพเหมาะสมกับการดำเนินงานที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการจัดตั้ง รัฐวิสาหกิจในอังกฤษอาจจัดตั้งได้หลายรูปแบบ ได้แก่ (1) ตั้งโดยกฎหมายเฉพาะและมีฐานะเป็นนิติบุคคล (2) ตั้งโดยกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองส่วนกลาง หรือส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องไปพิจารณาและจัดตั้งเป็นนิติบุคคล เช่น Location of Office ที่กระทรวงการ

เคหะและการปกครองส่วนท้องถิ่นตั้งขึ้น และ (3) ตั้งขึ้นโดยพระบรมราชานุญาต Royal Charter และระบุ อำนาจหน้าที่ให้เป็นนิติบุคคล เช่น Bank of England เป็นต้น

งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

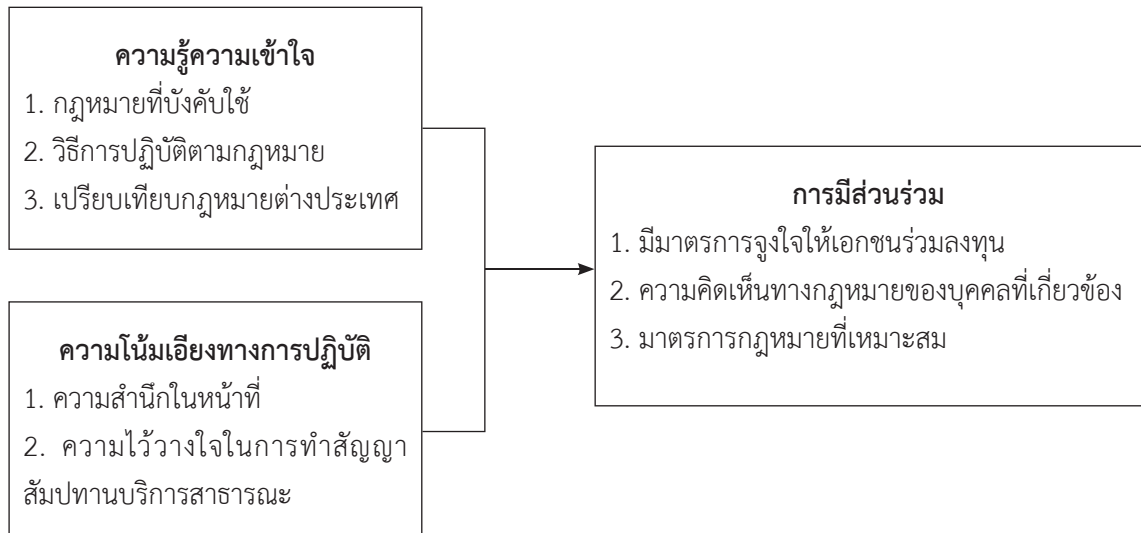
Teevakul (2016) ได้ศึกษาเรื่อง “Administration Contracts: A Comparative Study on EU Public Contracts, French and Thai Administration Contracts” พบว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” (administration contracts) ในระบบกฎหมาย ฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายไทย ซึ่งพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาทางปกครอง” (administrative contracts) เป็นพิเศษ เปรียบเทียบกับข้อความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาภาครัฐ” (public contracts) ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นข้อความคิดที่สร้าง “มาตรฐานกลาง” เกี่ยวกับการทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการตรวจสอบสัญญา อันบังคับใช้กับ รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป เพื่อให้เกิดการแข่งขันการค้าที่เสรี เป็นธรรม และโปร่งใส ในตลาดร่วมของสัญญาของฝ่ายปกครองภายในสหภาพยุโรป

Prachonpachanuk (2015) ได้ศึกษาเรื่อง “Legal Problem Concerning Arbitration in Administrative Contracts” พบว่า ความจำเป็นต้อง มีการระงับข้อพิพาทในสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเข้ามาตัดสินข้อพิพาทควรจะประกอบด้วยบุคคลที่มีความรู้ความเข้าใจกฎหมายปกครองด้วย จึงจะสามารถปกป้องผลประโยชน์สาธารณะได้อย่างแท้จริง นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองควรสนใจมาตรการป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนการร่างสัญญา เพื่อให้ได้ สัญญาที่ตรงกับเจตนาของคู่สัญญาที่สุดและมีปัญหา ในทาง ปฏิบัติน้อยที่สุด รวมทั้งขั้นตอนในการบริหาร สัญญา นอกจากนั้น ควรจะมีการจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับ

สัญญาทางปกครองโดยเร็วเพื่อลดความไม่แน่นอนของหลักกฎหมายต่างๆ ที่ศาลจะนำมาใช้ตัดสินคดี ข้อพิพาทต่างๆ

กรอบแนวความคิดที่ใช้ในการวิจัย

ในการวิจัยมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ มีกรอบแนวความคิดที่ใช้ในการวิจัยดังนี้



ภาพ 1 กรอบแนวความคิดที่ใช้ในการวิจัย

สมมุติฐานของการวิจัย

เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญาบริการสาธารณะของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่เหมาะสมและยังไม่เพียงพอที่จะจูงใจภาคเอกชนและต่างประเทศเข้ามาร่วมลงทุนกับรัฐจึงสมควรที่จะดำเนินการวิจัยเพื่อหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป

ระเบียบวิธีวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (qualitative research) และเก็บรวบรวมข้อมูล 2 วิธีการ ได้แก่ การวิจัยเชิงเอกสาร การสัมภาษณ์เจาะลึก และวิเคราะห์ข้อมูลโดยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหาและแปลความหมายจากเปรียบเทียบ โดยการค้นคว้าและ

รวบรวมข้อมูลจากเอกสารข้อมูลต่างๆ (documentary research) จากหนังสือและบทความ เอกสารทางวิชาการต่างๆ คำพิพากษาของศาล คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้งที่ปรากฏในรูปของเอกสารและข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และศึกษาด้วยการวิเคราะห์ปัญหาจากข้อเท็จจริง โดยพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย รวมทั้งการศึกษาปัญหาจากกรณีตัวอย่าง (case study) ของสัญญาสัมปทานเฉพาะกรณีในประเทศไทย และเปรียบเทียบ (comparative) กับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ และใช้วิธีการศึกษาโดยการหาข้อเท็จจริงจากสถานการณ์ (fact research) โดยการสัมภาษณ์เป็นรายบุคคล (individual interview) ซึ่งรูปแบบการ

สัมภาษณ์แบบมีโครงสร้าง (structured interview) โดยใช้เครื่องมือ คือ แบบสัมภาษณ์ (interview form) โดยกำหนดประเด็นสัมภาษณ์ (interview issue) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชน

สำหรับรูปแบบของการนำเสนอ นั้น จะเป็นการนำเสนอตามลำดับของเหตุผลเพื่อนำเข้าสู่ปัญหา และแนวทางในการแก้ไขปัญหา อันเป็นลักษณะของวิธีการให้เหตุผลแบบนิรนัย (deductive methods of reasoning) ซึ่งเป็นการให้เหตุผลโดยเริ่มจากทฤษฎี (theory) ไปสู่สมมติฐาน (hypothesis) ที่สามารถทำการทดสอบได้ จากนั้นจึงทำการสำรวจสังเกต (observation) เพื่อยืนยัน (confirmation) สมมติฐาน และเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อให้สามารถนำผลของการศึกษาไปใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

ผลการวิจัย

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับเอกชน สภาพปัญหาเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของประเทศไทย มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนของต่างประเทศ และแนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายให้บริการสัมปทานบริการสาธารณะแก่เอกชนในประเทศไทย ทำให้ผู้วิจัยได้ผลการวิจัย ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับหลักการทำสัญญาการตรวจร่างสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับเอกชน พบว่า การทำร่างสัญญาที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานสาธารณะควรยึดหลักการของ TOR เป็นสำคัญ ตั้งแต่การเริ่มเปิดประมูลโครงการสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เพื่อความโปร่งใสสร้างความมั่นใจแก่เอกชนผู้ลงทุน และมีความชัดเจนในการปฏิบัติตาม

สัญญาฯ อีกทั้งเป็นการสร้างความเข้าใจที่ตรงกันในเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของงานระหว่างคู่สัญญา รวมถึงมีการกำหนดคุณสมบัติ เพื่อลดปัญหาของการผิดสัญญา นอกจากนั้นยังสามารถสร้างความเชื่อมั่นระหว่างคู่สัญญาอีกด้วย และในตรวจสอบร่างสัญญาโดยสำนักงานอัยการสูงสุดก่อนมีการลงนาม ถือเป็นหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญและมีองค์ความรู้ทางด้านกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อทั้งสองฝ่าย และที่สำคัญอีกประการคือ เพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากที่สุด และควรเรียกคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าไปชี้แจงข้อเท็จจริงนั้น ถือเป็น การสร้างให้เกิดความชัดเจน ทำให้มีความเข้าใจที่ตรงกัน อีกทั้งเกิดความเท่าเทียม ลดการได้เปรียบเสียเปรียบของคู่สัญญา นอกจากนั้นการแก้ไขร่างสัญญาจะมีผลกระทบไม่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรืออาจเกิดทั้งสองฝ่าย ดังนั้นการชี้แจงจะช่วยให้มีการปรับร่างสัญญาให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อีกทั้งหากมีข้อสงสัย หรือต้องการปรับแก้ข้อความในสัญญาสามารถทำได้อย่างรวดเร็ว แต่ในเรื่องผลประโยชน์ตอบแทนกันในสัญญานั้น ถือเป็นเรื่องการตกลงกันของคู่สัญญาควรให้ตกลงกันเอง ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดไม่ควรเข้าไปแทรกแซง เพราะเรื่องการเงินเพื่อผลประโยชน์ตอบแทนนั้นได้พิจารณาในขั้นตอนการประมูลและเจรจาต่อรองจนถึงขั้นจัดทำเป็นร่างสัญญาแล้วโดยมีคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 พิจารณาเห็นชอบแล้ว

2. ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะด้วยวิธีการโดยอนุญาโตตุลาการ พบว่า คณะอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้เป็นผู้ชี้ขาดตามสัญญาสัมปทาน ควรดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ให้แก่คู่พิพาทอย่างเท่าเทียมเสมอภาคกัน ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และคณะ

อนุญาตตุลาการก็ต้องพิจารณาตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และควรดูตามกฎหมายสากลประกอบด้วย เพื่อเป็นการรักษาลประโยชน์ของรัฐ โดยตามพระราชบัญญัติองค์การ และการพนักงานอัยการนั้น พนักงานอัยการปฏิบัติเป็นทนายของรัฐ และพนักงานรัฐ สามารถแก้ต่างหรือฟ้องร้องให้กับรัฐ และพนักงานของรัฐ ทั้งนี้กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการควรมาจากผู้เชี่ยวชาญในเรื่องเฉพาะทางโดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นด้านกฎหมาย และควรได้รับความสนใจของคู่สัญญา เพื่อความเป็นธรรมกับคู่สัญญา และดำเนินการชี้ขาดด้วย และบางครั้งตามเจตนารมณ์ของการใช้วิธีชี้ขาดโดยคณะอนุญาตตุลาการด้วย

ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 คู่พิพาทไม่สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อคณะอนุญาตตุลาการต่อศาลหรือองค์กรใด ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการใช้สิทธิทางศาลที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดหรือบังคับตามคำชี้ขาด เพราะคำชี้ขาดคณะอนุญาตตุลาการถือเป็นสิ้นสุด

3. ปัญหามาตรการทางกฎหมายในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2562 พบว่า

สัมปทานสาธารณะควรมีกฎหมายเฉพาะเรื่อง โดยการออกกฎหมายบังคับโดยตรงกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในแต่ละประเภท เพื่อประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและให้เกิดความชัดเจนในขั้นตอนการพิจารณาทำสัญญาบริหารสัญญาให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จึงควรมีกฎหมายที่ควบคุมเรื่องนี้ โดยเฉพาะรวมถึงจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ นอกจากนี้ ควรมีการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ กล่าวโดยสรุป เนื่องจากปัจจุบันสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปมากจึงควรปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทันต่อ

เหตุการณ์การเปลี่ยนแปลง เพื่อให้เกิดความชัดเจน มีความเป็นธรรม และคำนึงถึงปัญหาที่เคยเกิดขึ้น นอกจากนั้นกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public Private Partnership--PPP) ยังไม่ชัดเจนครอบคลุมมากพอ เพราะพระราชบัญญัติร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่ได้กำหนดคำนิยามของสัญญาสัมปทานและบริการสาธารณะไว้อย่างตรง มีเพียงระบุคำนิยามของการร่วมลงทุน ว่าวิธีการทำอย่างไร มีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน ตามมาตรา 4 และถึงแม้ว่าจะมีมาตรา 7 ที่กำหนดโครงการประเภทใดบ้างที่มีโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะต้องปฏิบัติตาม พระราชบัญญัตินี้ ซึ่งระบุแก่หน่วยงานของรัฐเท่านั้น จึงเห็นได้ว่าตัวพระราชบัญญัติฉบับใหม่นี้ยังขาดเรื่องคำนิยามของสัญญาสัมปทานและบริการสาธารณะอยู่ และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐและเอกชน ก็ยังคงต้องใช้ตัวบทกฎหมายช่วยในการตีความต่อไปว่าจะเข้าปรับใช้กับกระบวนการพิจารณาแบบไหนในรูปแบบเฉพาะของแต่ละประเภทสัญญา ซึ่งควรมีการออกกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในแต่ละประเภทเพื่อความชัดเจนและสร้างความมั่นใจให้แก่เอกชนผู้ลงทุนในอนาคตอีกด้วย

การอภิปรายผล

1. จากการศึกษาปัญหาหลักการทำสัญญาการตรวจร่างสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ โดยผู้ให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะต้องพิจารณาว่าหลักการร่างสัญญาในสาระสำคัญเป็นส่วนหนึ่งตาม TOR ผู้ให้สัมปทานและเอกชนผู้รับสัมปทานควรเจรจากันในรายละเอียดตามร่างสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะตามแนบท้าย TOR เท่านั้น และทั้งในขั้นตรวจร่างสัญญา สำนักงานอัยการสูงสุดควรเรียกคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าไปชี้แจงข้อเท็จจริงประกอบ

และพิจารณาได้เฉพาะข้อกฎหมายเท่านั้น โดยไม่ควรแก้ไขเรื่องของการเงินหรือผลประโยชน์ตอบแทน

2. จากการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะด้วยวิธีการโดยอนุญาโตตุลาการ จากการศึกษาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของระบบกฎหมายไทย ยังไม่มีความชัดเจน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และคณะอนุญาโตตุลาการก็จะต้องพิจารณาตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และควรดูตามกฎหมายสากลประกอบด้วยเพื่อเป็นการรักษาสถิติประโยชน์ของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบของการควบคุมและการใช้ดุลยพินิจในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสหราชอาณาจักร ที่กำหนดบทบัญญัติให้เป็นช่องทางในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย หรือการยอมรับให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ เกี่ยวกับการควบคุมคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยกำหนดให้มีบทบัญญัติที่ขยายความเพิ่มเติมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งต่างกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมทั้งประเทศไทย ที่กำหนดให้อำนาจศาลเข้ามาพิจารณาตรวจสอบและทบทวนความถูกต้องในประเด็นข้อกฎหมายได้อีก

3. จากการศึกษาปัญหามาตรการทางกฎหมายในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2562 ยังไม่มีหลักเกณฑ์ใดในการคุ้มครองความเสมอภาค ในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐแต่อย่างใด รับประกันความโปร่งใสเป็นธรรมได้

ข้อเสนอแนะ

1. ควรมีการเร่งรัดกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดในชั้นอนุญาโตตุลาการให้มีความรวดเร็ว เพื่อให้ทันต่อเหตุการณ์ซึ่งไม่ควรจะล่าช้ากว่าการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง

2. ควรมีการกำหนดขั้นตอนและรายละเอียดของโครงการที่จะต้องดำเนินการตามกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ให้มีความชัดเจนแน่นอน เพื่อสร้างความมั่นใจในการเข้าลงทุนในกิจการสัมปทานให้แก่ผู้ลงทุน

3. หน่วยงานของรัฐควรมีการกำหนดวิธีการขั้นตอน กฎระเบียบ ข้อบังคับ รวมถึงกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานที่จะให้แก่เอกชนว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมีอะไรบ้างที่ภาคเอกชนจะต้องใช้ในการพิจารณา ตรวจสอบก่อนเข้ามาทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐ

4. รัฐจะต้องดำเนินการปรับปรุง สร้างมาตรการต่างๆ ในการให้สัมปทานเพื่อเพิ่มความชัดเจน โปร่งใส เพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้ลงทุน

5. รัฐควรมีการกำหนดนโยบาย ระเบียบ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานสาธารณะในแต่ละประเภทให้มีความชัดเจน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาการบริหารสัญญาสัมปทานในอนาคต

6. เนื่องจากสัญญาสัมปทานแต่ละสัญญาย่อมมีสาระสำคัญที่แตกต่างกันไปอีกทั้งกฎหมายในแต่ละประเภทในเรื่องสัมปทานก็ยังไม่ปรากฏในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการเฉพาะในสัมปทานบริการสาธารณะในแต่ละประเภท ซึ่งอาจมีการวิวัฒนาการไปกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งการสร้างหลักกฎหมายของศาลปกครอง ด้วยเหตุนี้จึงยังคงมีพื้นที่ให้ผู้ศึกษาต่อจากเอกสารส่วนบุคคลฉบับนี้สามารถนำไปวิจัยเพื่อจัดทำกฎหมายสำหรับสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรที่มีความชัดเจนและเหมาะสมต่อไปได้

References

- Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E. 2542. (1999). *Royal Thai Government Gazette*, 116(94 A), 1-40. [In Thai]
- Akarapiman, B. (2002). *Administrative contract: Concepts and legal principles of France and Thailand*. Office of the Administrative Courts. [In Thai]
- Amornjitsuan, S. (2011). Concession contract. *Journal of Thai Justice System*, 4(1), 47-58. [In Thai]
- Boramanan, N. (2012). *Administrative law* (3rd ed.). Winyuchon. [In Thai]
- De Beauregard, M. P. T. (1999). Administrative contracts, supplies contracts and public service concession contracts in French law. *Administrative Law Journal*, 18(1), 1-54. [In Thai]
- Prachonpachanuk, S. (2015). *Legal problem concerning arbitrage in administrative contracts*. Doctoral Dissertation of Laws, Thammasat University. [In Thai]
- Public-Private Partnership Act B.E. 2562. (2009). *Royal Thai Government Gazette*, 136(29 A), 1-29. [In Thai]
- Ratanasakawong, K. (2000). *Administrative law*. Winyuchon. [In Thai]
- Teevakul, S. (2016). *Administration contracts: A comparative study on EU public contracts, French and Thai administration contracts*. Master Thesis of Laws, Thammasat University. [In Thai]
- Wongsaree, M. (2002). *Principles of law on administrative contracts of Germany*. Kurusapa Printing Ladphrao. [In Thai]