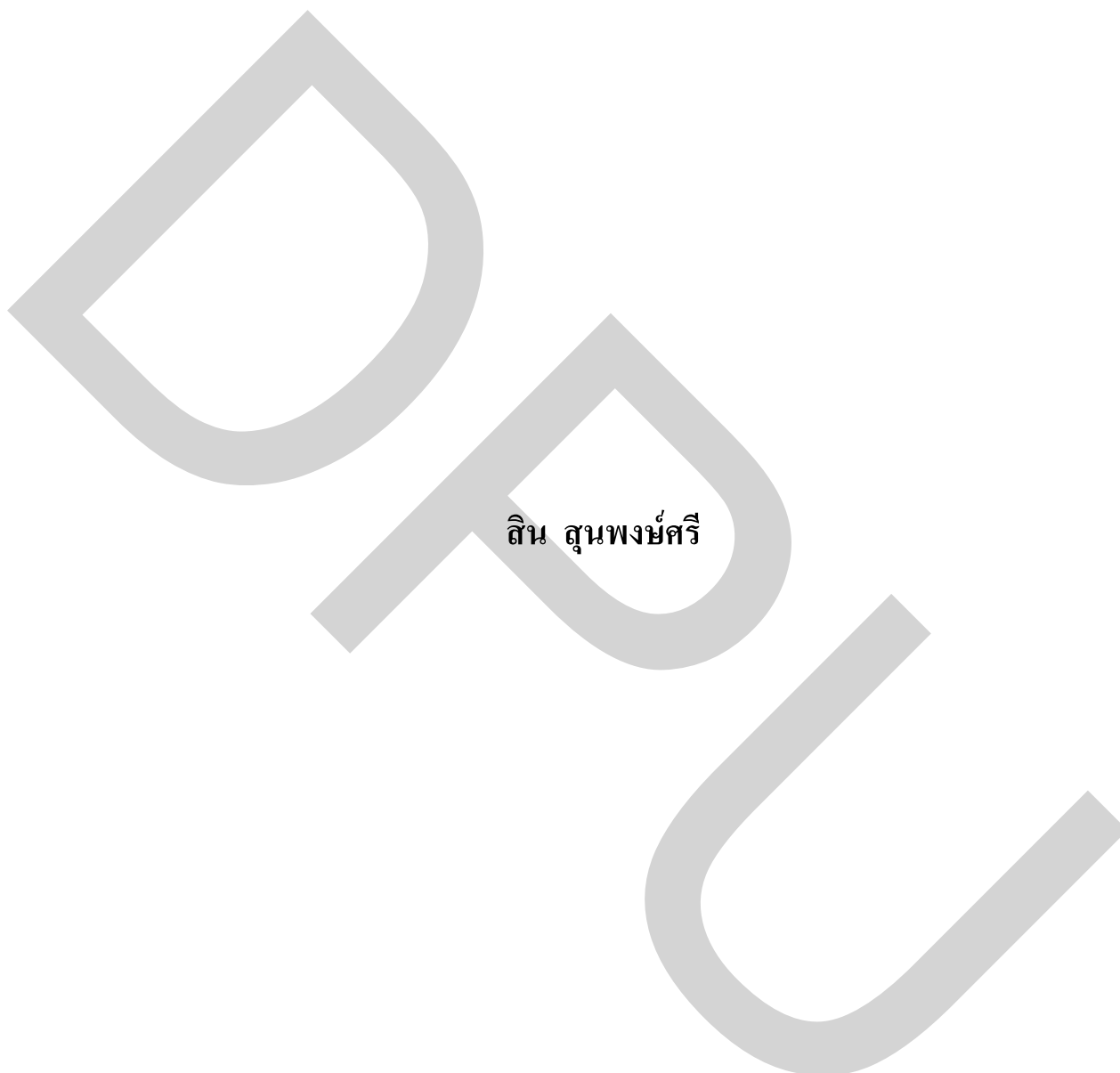


การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง:
ศึกษากรณีโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์



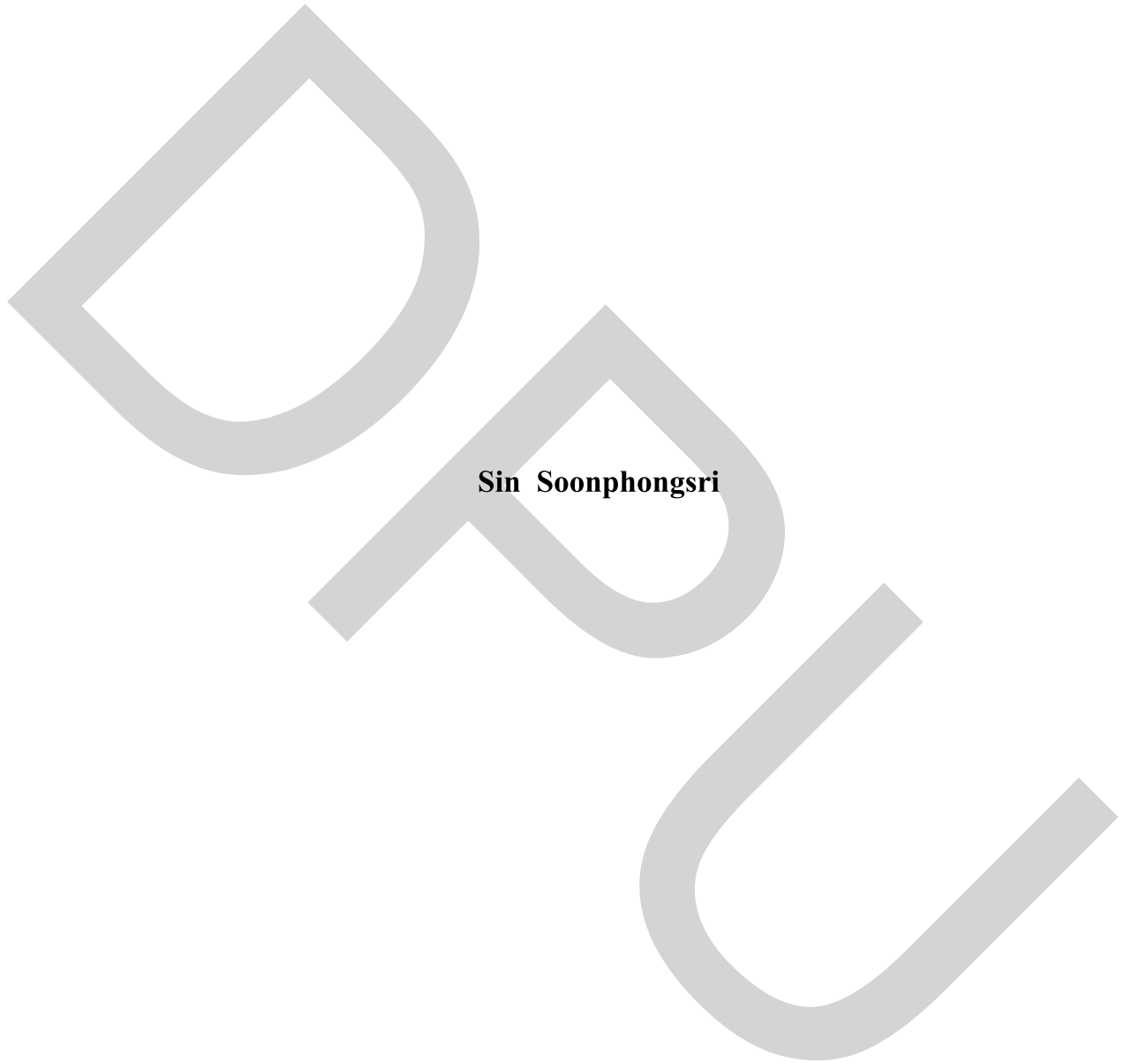
สิน สุณพงษ์ศรี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2550

The Adjustment on Conditions of Highway Concession Contract:

A Case Study on the Don Muang Toll Way Project



Sin Soonphongsri

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2007

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้เนื่องจากผู้เขียนได้รับความกรุณาในการให้คำแนะนำด้านวิชาการจากท่านอาจารย์ กมลมิตร วุฒิจำนงค์ ซึ่งท่านเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาของผู้เขียน นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้รับคำแนะนำเพื่อปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้ดียิ่งขึ้นจากคณะกรรมการทุกท่าน ซึ่งแต่ละท่านมีภารกิจมากมาย แต่ได้กรุณาเสียสละเวลาให้กับผู้เขียนซึ่งเป็นลูกศิษย์ โดยผู้เขียนขออนุญาตน้อมนามถึง ดังนี้คือ ท่านศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ประธานกรรมการ ท่านอาจารย์ ดร.พีรพันธุ์ พาลุสุข กรรมการ ท่านจิตพันธ์ ประกอบพร กรรมการ รวมทั้ง คุณศิริพร เทียนคำ นิตกร 8 ว. ผู้อำนวยการกลุ่มนิตกรรมและกฎหมายทั่วไป กองนิตการ กรมทางหลวง และคุณวิชา เกษสมบูรณ์ นายช่างโยธา 7 สำนักงานทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง กรมทางหลวง ซึ่งท่านได้กรุณาให้คำแนะนำในฐานะผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ที่ปรึกษาและคณะกรรมการทุกท่านที่ได้ให้ความเมตตาต่อผู้เขียนจนผู้เขียนประสบความสำเร็จทางการศึกษาอีกระดับหนึ่ง พร้อมกันนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านของผู้เขียนซึ่งอาจมิได้เอ่ยนามได้ทั้งหมดในที่นี้ ที่ได้ให้ความรู้กับผู้เขียนจนทำให้ผู้เขียนมีความรู้ตราบจนทุกวันนี้

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณผู้ให้กำเนิดทั้งสองท่าน กล่าวคือ บิดาของผู้เขียน นายวิชัย สุนพงษ์ศรี และมารดานางสุวรรณี สุนพงษ์ศรี รวมทั้งพี่ชายของผู้เขียน นายสันต์ สุนพงษ์ศรี ที่ท่านเป็นกำลังใจให้กับผู้เขียนอย่างใกล้ชิดมาโดยตลอด ทั้งยังช่วยสนับสนุนเรื่องกำลังทรัพย์ด้วยโดยท่านทั้งสามเป็นผู้อยู่เบื้องหลังความสำเร็จของผู้เขียนตลอดมา ขอขอบคุณ คุณนันทวุฒิ ศักดิ์วิริยะวัฒน์ ที่คอยให้ความเป็นห่วงและเป็นกำลังใจมาโดยตลอดเช่นเดียวกัน

นอกเหนือจากนั้นผู้เขียนขอขอบคุณญาติพี่น้อง เพื่อนๆ ของผู้เขียนทุกท่าน ที่คอยถามถึงความก้าวหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนมาโดยตลอดซึ่งมีอาจเอ่ยนามถึงได้ทั้งหมด ขอขอบคุณ คุณสุวิชา นิลสุวรรณ เพื่อนของผู้เขียนที่คอยให้คำแนะนำและเป็นกำลังใจ รวมทั้งเป็นผู้พิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่ผู้เขียนมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาในทุกระดับชั้น ที่เห็นความสำคัญของการศึกษาให้การสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด ซึ่งหากไม่มีท่านเหล่านั้นผู้เขียนอาจจะไม่ประสบความสำเร็จด้านการศึกษาเร็วอย่างที่พึงประสงค์

ท้ายที่สุดผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ทุกท่านที่อาจจะมีได้เอนามถึง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์ ประโยชน์แห่งคุณความดีทั้งหมดผู้เขียนขอยกให้กับบิดา มารดา คณาจารย์ผู้มีพระคุณทุกท่าน ตลอดจนผู้ให้กำลังใจทุกท่านที่มอบให้กับผู้เขียนจนประสบความสำเร็จทางการศึกษาระดับปริญญาโท ณ วันนี้

สิน สุนพงษ์ศรี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๙
บทที่	
1 บทนำ.....	1
1.1 สภาพและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
2 สัญญาสัมปทานในกิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย.....	9
2.1 กิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย.....	9
2.1.1 ความหมายและลักษณะของกิจการสัมปทานทางหลวง.....	9
2.1.2 บทบาทและหน้าที่ในกิจการสัมปทานทางหลวง ของภาครัฐและภาคเอกชน.....	12
2.1.2.1 ภาครัฐ.....	13
2.1.2.2 ภาคเอกชน.....	13
2.1.3 การดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย.....	15
2.1.4 การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง.....	18
2.1.4.1 สาเหตุที่จะต้องปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง.....	18
2.1.4.2 วิธีการและการกำกับดูแลภายหลังการปรับเปลี่ยน เงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง.....	20
2.1.4.3 ผลกระทบเมื่อปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง.....	20
2.2 สัญญาสัมปทานกิจการสัมปทานทางหลวง.....	21
2.2.1 ความหมายของสัญญาสัมปทาน.....	21
2.2.2 รูปแบบของสัญญาสัมปทาน.....	22
2.2.3 องค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาสัมปทาน.....	27

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.3.1 ลักษณะของคู่สัญญา.....	27
2.2.3.2 เป็นสัญญาต่างตอบแทน.....	28
2.2.3.3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา.....	29
2.2.4 ข้อแตกต่างของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และสัญญาระหว่างเอกชน.....	30
3 วิเคราะห์สัญญาสัมปทานกิจการสัมปทานทางหลวง ของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน).....	33
3.1 รูปแบบของสัญญา.....	33
3.2 คู่สัญญา.....	38
3.3 สาระสำคัญภายใต้ขอบเขตของสัญญา.....	40
3.3.1 การดำเนินการ.....	40
3.3.2 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน.....	46
3.3.3 อายุสัญญา.....	47
3.3.4 ส่วนแบ่งรายได้.....	52
4 ปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวงและแนวทาง ในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง.....	55
4.1 ปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวง.....	55
4.1.1 ปัญหาเรื่องการปรับอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะ ทุกประเภทที่ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน.....	56
4.1.2 ปัญหาเรื่องการก่อสร้างถนนท้องถิ่น (Local Road) การก่อสร้าง ทางเบี่ยง (Detour Line) บนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้าง สะพานลอยที่ทางแยกลาดพร้าว บนถนนวิภาวดีรังสิต อันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร การก่อสร้างสะพานลอย ที่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดีรังสิตอันเป็นโครงการ ของกรุงเทพมหานคร.....	60
4.1.3 ปัญหาเรื่องการย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ.....	60

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.1.4 ปัญหาเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบภาระภาษีอากร ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีอื่นๆ ทุกประเภท และ ค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกิดจากทางหลวงสัมปทาน.....	60
4.1.5 ปัญหาเรื่องของการขยายอายุสัญญาสัมปทานทางหลวง.....	63
4.2 แนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง.....	64
4.2.1 แนวทางการแปรสัญญาตามข้อเสนอของมูลนิธิสถาบันวิจัย เพื่อการพัฒนาประเทศไทย(The Thailand Development Research Institute :TDRI).....	65
4.2.2 แนวทางการแปรสัญญาตามข้อเสนอของสถาบันทรัพย์สิน ทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.....	71
4.2.3 แนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาตามข้อเสนอ ของผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการและบุคคลที่เกี่ยวข้อง.....	74
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	82
5.1 บทสรุป.....	82
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	88
บรรณานุกรม.....	96
ภาคผนวก.....	100
ภาคผนวก ก. สัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง-ดอนเมือง.....	101
ภาคผนวก ข. บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ ฉบับที่ 1/2538.....	140
ภาคผนวก ค. บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ ฉบับที่ 2/2538.....	149
ประวัติผู้เขียน.....	169

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง:
ชื่อผู้เขียน	ศิษยาภรณ์ โครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์
อาจารย์ที่ปรึกษา	สิน สุนพงษ์ศรี
สาขาวิชา	อาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์
ปีการศึกษา	นิติศาสตร์ (กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ)
	2549

บทคัดย่อ

การให้บริการทางหลวงมีการดำเนินการโดยหน่วยงานภาครัฐโดยไม่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนได้เข้ามาดำเนินการอันเป็นการผูกขาดการดำเนินการโดยหน่วยงานภาครัฐฝ่ายเดียว และหน่วยงานภาครัฐกำกับดูแลภายใต้สัญญา เอกชนจะเข้ามาดำเนินการได้โดยหน่วยงานภาครัฐคัดเลือกเข้ามาเป็นคู่สัญญาโดยการให้สัมปทาน ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้บัญญัติรับรองถึงเรื่องสิทธิเสรีภาพให้ภาคเอกชนสามารถเข้ามาดำเนินการในกิจการของรัฐอันได้แก่ กิจการสัมปทานทางหลวงอันเป็นการให้บริการสาธารณะได้

แต่ปัจจุบันสัญญาสัมปทานทางหลวงโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ยังมีลักษณะที่ภาครัฐเป็นฝ่ายผูกขาดในการควบคุมดูแลภาคเอกชนภายใต้ข้อสัญญา ประกอบกับปัจจุบันการดำเนินการให้บริการทางหลวงสัมปทานมีปัญหาอันเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาขึ้นหลายประการ ได้แก่ การปรับอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะทุกประเภทที่ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน การก่อสร้างถนนท้องถิ่น (Local Road) บนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอยที่สี่แยกลาดพร้าว และที่สี่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดีรังสิตอันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร ซึ่งถือว่าเป็นการที่รัฐดำเนินการที่เป็นการแข่งขันกับบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) และทำให้รายได้ของบริษัทฯ ลดลง การย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ การขยายอายุสัญญาสัมปทานพื้นที่และความรับผิดชอบภาระภาษีอากร ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีอื่นๆ ทุกประเภท และค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกิดจากทางหลวงสัมปทานและยังไม่สามารถแก้ไขได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวทั้งภาครัฐ และภาคเอกชนควรที่จะร่วมมือแก้ไข ดังนั้นด้วยปัญหาดังกล่าว การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงสมควรที่จะมีขึ้นโดยส่งผลกระทบต่อทุกฝ่ายให้น้อยที่สุด

วัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงสัญญาสัมปทานและสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน รวมทั้งศึกษาสัญญาสัมปทานทางหลวงและแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงระหว่าง กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม กับบริษัททางยกระดับดอนเมืองจำกัด (มหาชน) โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกระบวนการแปรสัญญาสัมปทาน โทรคมนาคมของบริษัท AIS ที่มีการวิจัยกันมาก่อน เพื่อให้ได้แนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ทำให้เกิดการแข่งขันทางการพาณิชย์ได้โดยเสรี รวมทั้งเพื่อให้ได้แนวทางในการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวง โดยการศึกษาทางกฎหมายแบบวิจัยทางเอกสาร โดยวิเคราะห์ข้อมูลจากตำรา บทความทางกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยนำข้อมูลต่างๆ มาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่การพิจารณาประเด็นปัญหา

จากการศึกษาพบว่า การวิจัยเรื่องนี้สามารถเทียบเคียงโดยนำแนวทางการแปรสัญญาโทรคมนาคมมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาของสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้ได้ โดยสามารถนำมาเป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงให้เกิดการแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรม รวมทั้งผลการวิจัยเรื่องนี้สามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติตามสัญญา โดยในการแก้ไขปัญหาคควรทำเป็นบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในลักษณะของการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทั้งหมด และมีการชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายภาคเอกชนผู้ได้รับความเสียหาย โดยการอนุมัติให้ปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาตกลงกันเรื่องกรรมสิทธิ์ของทางหลวงสัมปทานให้ชัดเจนว่าเป็นของฝ่ายใดภายใต้ระยะเวลาและเงื่อนไขที่ตกลงกันใหม่ รวมทั้งตกลงกันขยายอายุสัญญาสัมปทานออกไปอีกตามความเหมาะสม

Thesis Title	The Adjustment on Conditions of Highway Concession Contract: A Case Study on the Don Muang Toll Way Project
Author	Sin Soonphongsri
Thesis Advisor	Mr. Kamolmit Wuitichamnong
Department	Law (Private and Business Law)
Academic Year	2006

ABSTRACT

The provision of highway services was operated by government agencies with no granted opportunity for the private sector . The operation was just monopolized by government agencies which have supervised subject to the contract . The private sector who can operate these services shall be selected to be a party of the concession contract by the government agencies through a concession grant. Nowadays, the Constitution law of the Kingdom of Thailand . B.E. 2540 (1997) prescribes to recognize the rights and liberties of the private sector to be able to operate the state project ; that is ,the highway concession services which are the public services.

However, at present the highway concession contract of Don Muang Tollway Project is characterized as the government sector which monopolizes and supervises the private sector subject to the contract. Moreover, the operation of the highway concession services has recently got problems due to the failure of the party to comply with the contract. This is accounted several problems in complying the contract viz. : the adjustment of passage-way rate collected from all types of vehicles using the highway concession services, the local road construction on Vibhavadi Rungsit Road, the flyover construction on Lardphrao intersection and the Suthisarn intersection on Vibhavadi Rungsit Road, which are projects of Bangkok. This is accounted that the government operates the competition with Don Muang Tollway Public Company Limited and causes the decreasing revenues. The problems include the transfer of Don Muang Airport to Suvarnabhumi Airport, the term extension of concession contract, duty and responsibility for paying taxes, house and land tax, all types of taxes and other official fees incurred from the highway concession which are still unable to solve. Regarding these problems, both government sector and private sector should cooperatively find a solution. Therefore, the adjustment of

conditions dealing with the highway concession contract should be operated and provided all parties the least affects.

This thesis aims to study the concession contract and the contracts among private sectors including the highway concession contract and the procedures to adjust the conditions of the highway concession contract between the Department of Highways (DOH) under the Ministry of Transportation and Communication and Don Muang Toll way Publish Company Limited. This study is compared with the procedures of transforming the telecommunication contracts which was researched previously by AIS company . The purpose is to seek the procedures to adjust the highway concession contract to be adequate and fair for the party and causes independent competitions in commerce. Additionally, it also proposes to reach the solution of complying the highway concession contract. The results of this study are gained through the study of law and research documents by analyzing the information from texts and other concerning law articles including interviewing experts, academics and other concerning persons. Then the information is gathered to analyze and make a comparison to reach the consideration for the problems.

According to the study, it is found that this research can be compared with the other by applying the procedures to transform the telecommunication contracts to the procedures to solve problems of the highway concession contract. This means they can apply to adjust the conditions of the highway concession contract in order to cause fair and independent competitions. Furthermore , the results of this study can apply to use as the procedures to solve the problems of complying the contract. In this regard, the solution of the problems should be done as the agreeable record used to adjust the highway concession contract by means of ceasing all disputes and paying compensation to the damaged parties from the private sector. In this case, the permission to adjust the increasing passage – way rate should be provided as the party's purpose which has already been determined in the contract. Moreover, it should make a clear agreement about the ownership of the highway concession as identifying which party it belongs to under the new term and agreed conditions, especially making the agreement to suitably extend the term of concession contract.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 สภาพและความสำคัญของปัญหา

การดำเนินการให้บริการทางหลวงของประเทศไทยในอดีตแต่เดิม เป็นการดำเนินการของภาครัฐโดยถือว่าเป็นบริการสาธารณะอันหนึ่งที่รัฐต้องจัดหาให้กับสังคม โดยมีหน่วยงานหลักคือ กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม เป็นผู้กำกับดูแลการดำเนินการให้บริการทางหลวง โดยอาศัยกลไกและบทบัญญัติทางกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินการ ได้แก่ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 295 และจนถึงปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ส่วนการให้สัมปทานในกิจการทางหลวงที่เปิดโอกาสให้เอกชนเป็นผู้สร้างหรือบำรุงรักษา แล้วเก็บค่าใช้ทางจากผู้สัญจรไปมา นั้น มีมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2473 โดยเส้นทางสัมปทานในอดีตเคยมีมาแล้ว 2 สาย คือ สายเนินหลังเต่า – บ้านทุ่งเหียง ระยะทางยาวประมาณ 15 กิโลเมตร ปัจจุบันเป็นทางหลวงหมายเลข 3246 และอีกสายหนึ่ง คือ สายบูกะสามี่ – ชุขงยอ ระยะทาง 15 กิโลเมตร ปัจจุบันเป็นทางหลวงหมายเลข 4055 หลังจากนั้นมา การประกอบกิจการสัมปทานทางหลวงได้ว่างเว้นมาเป็นเวลานาน จนถึงปี พ.ศ. 2532 ภาครัฐโดยกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ได้เปิดโอกาสและให้สิทธิแก่ภาคเอกชนในการให้บริการทางหลวงจำนวน 1 สาย อันได้แก่ สัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ระหว่าง กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ผู้ให้สัมปทานกับบริษัท คอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด ซึ่งปัจจุบันได้เปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทาน¹ โดยมีกฎหมายที่ให้อำนาจในการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงแก่ภาคเอกชน

¹ พรายพล คุ่มทรัพย์ และคณะ. (2544, สิงหาคม). สัมปทานในกิจการสาธารณูปโภค. หน้า 44 – 45.

ได้แก่ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 ซึ่งต่อมาในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542² ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 295 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 รวมทั้ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจกรมทางหลวงในการให้สัมปทานในกิจการสัมปทานทางหลวงแก่ภาคเอกชน โดยกรมทางหลวงมีหน้าที่กำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินงานกิจการสัมปทานทางหลวงของเอกชนผู้รับสัมปทานด้วยการบริหารสัญญาที่จัดทำขึ้น และโดยที่การดำเนินการสัมปทานทางหลวงนั้นต้องอาศัยความคล่องตัว และความรวดเร็วเพื่อเป็นการให้บริการอันเป็นการตอบสนองความต้องการของประชาชนในการใช้บริการทางหลวงสัมปทานได้อย่างทั่วถึง คุ่มค่า และสะดวก รวดเร็ว รวมทั้งการดำเนินการให้บริการทางหลวงมีความจำเป็นต้องใช้งบประมาณในการก่อสร้าง บำรุงรักษา และการบริหารจัดการเป็นจำนวนมาก เพราะทางหลวงแต่ละสายต้องใช้งบประมาณมหาศาลด้วยเหตุนี้ทางกรมทางหลวงจึงได้อาศัยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมาแล้วข้างต้น เพื่อดึงเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการให้บริการทางหลวง อันได้แก่ สัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง-ดอนเมือง³ โดยให้เข้าร่วมงานหรือร่วมทุนในส่วนของการดำเนินการในรูปแบบของการให้บริการทางหลวงสัมปทาน ทั้งนี้ภาครัฐ อันได้แก่ กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ผู้ให้สัมปทาน และภาคเอกชน อันได้แก่ บริษัท ทางยกระดับ ดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทานจะตกลงร่วมกันในรูปแบบของสัญญาสัมปทานทางหลวง ซึ่งจะต้องดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยสัญญาสัมปทานทางหลวงสายนี้แต่เดิมเป็นการให้สัมปทานในรูปแบบ BOT (Build - Operate - Transfer)³ ต่อมาได้มีการตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงสายนี้

² พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473, มาตรา 4 และปัจจุบันคือพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542, มาตรา 7 มีสาระสำคัญคือในกรณีที่รัฐคือกรมทางหลวงประสงค์ที่จะให้สัมปทานในการก่อสร้างหรือบำรุงรักษาทางสายใดให้อธิบดีกรมทางหลวงออกประกาศเชิญชวนให้มีการยื่นเสนอขอรับสัมปทานได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนด ส่วนการให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางที่มีขนาดเล็กหรือเป็นการต่อเติมโครงการเดิมตามลักษณะที่กำหนดในกฎกระทรวงจะดำเนินการได้โดยไม่ต้องออกประกาศเชิญชวนก็ได้ และการยื่นคำขอรับสัมปทานและการให้สัมปทานให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ที่กำหนดในกฎกระทรวง

³ ตามสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ระหว่างกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม กับบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด. (2532, 21 สิงหาคม).

เป็นการบริหารจัดการในรูปแบบ BTO (Build-Transfer- Operate)⁴ โดยในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวรัฐยังคงมีสิทธิในการกำกับดูแลการดำเนินกิจการอันเปรียบเสมือนว่าภาครัฐยังไม่เปิดโอกาสให้แก่ภาคเอกชนในการให้บริการดำเนินกิจการทางหลวงอันได้แก่สัมปทานทางหลวงได้อย่างเสรี เพราะเอกชนยังไม่สามารถดำเนินการได้เองอย่างเต็มที่อันเนื่องมาจากเงื่อนไขตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและประชาชนผู้ใช้บริการยังไม่ได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงในกิจการสัมปทานทางหลวงนี้ รวมทั้งในปัจจุบันการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้เกิดปัญหาขึ้นอันเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาซึ่งถือว่าเป็นปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาขึ้นในหลายประการ ได้แก่ การปรับอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะทุกประเภทที่ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน การก่อสร้างถนนท้องถิ่น (Local Road) การก่อสร้างทางเบี่ยง (Detour Line) บนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอย ที่ทางแยกลาดพร้าว บนถนนวิภาวดีรังสิตอันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกสุทธิสาร บนถนนวิภาวดีรังสิตอันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร ซึ่งถือว่าเป็นการที่รัฐดำเนินการที่เป็นการแข่งขันกับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) และทำให้รายได้ของบริษัทฯ ลดลง การย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ การขยายอายุสัญญาสัมปทาน หน้าที่และความรับผิดชอบ ภาระภาษีอากร ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีอื่นๆ ทุกประเภท และค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกิดจากทางหลวงสัมปทาน

จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน มีมาตรา 50 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” มาตรา 78 บัญญัติว่า “รัฐต้องกระจายอำนาจให้ท้องถิ่นพึ่งตนเองและตัดสินใจในกิจการท้องถิ่นได้เอง พัฒนาเศรษฐกิจท้องถิ่นและระบบสาธารณสุข โภค และสาธารณสุขการ ตลอดจนโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศในท้องถิ่นให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศ รวมทั้งพัฒนาจังหวัดที่มีความพร้อม

⁴ ตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอน ดินแดง – ดอนเมือง ระหว่างกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม กับ บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จำกัด. (2539, 29 พฤศจิกายน).

ให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในจังหวัดนั้น” และมาตรา 87 บัญญัติว่า “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ค้ำครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมหรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค” แสดงให้เห็นว่ารัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดและต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับภาคเอกชน โดยให้ภาคเอกชนเข้ามาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันทางการค้าได้โดยให้เป็นไปโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม

ด้วยปัญหาในการดำเนินการสัมปทานทางหลวงตามสัญญาสัมปทานทางหลวงและตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นี้เอง จึงเป็นผลให้กรมทางหลวงต้องปฏิบัติตาม โดยต้องปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาและก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งจะต้องเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าดำเนินการให้บริการทางหลวงได้อย่างเสรี ประกอบกับในปัจจุบันที่อาจกล่าวได้ว่าสถานะและสถานการณ์ทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง รวมทั้งระบบกฎหมายของประเทศไทยและของโลกเกิดการเปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากปัจจัยในหลายๆ ด้าน เช่น ด้านการสาธารณสุข ได้เกิดมีโรคไข้หวัดนกระบาดหรือในเรื่องของราคาน้ำมันที่เพิ่มสูงขึ้น เป็นต้น จากปัจจัยดังกล่าวข้างต้นทำให้กระทบถึงเศรษฐกิจของประเทศในด้านค่าครองชีพรวมไปถึงต้นทุนหรือค่าดำเนินการบริการทางหลวงสัมปทานของบริษัทด้วย ดังนั้นการดำเนินการให้บริการทางหลวงในปัจจุบันกรมทางหลวงได้จัดทำสัญญาสัมปทานทางหลวงกับเอกชนโดยสัญญานี้อยู่ในลักษณะที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขของสัญญา รวมทั้งเป็นผู้กำกับดูแลการดำเนินการสัมปทานทางหลวงภายใต้สัญญาโดยไม่เปิดโอกาสให้เอกชนดำเนินการได้โดยสิทธิของตนเอง ถ้าหากปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แล้ว สัญญานี้จะถูกปรับเปลี่ยนเงื่อนไขและไปในลักษณะที่เป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนดำเนินการสัมปทานทางหลวงได้ โดยสิทธิของตนเองอย่างเสรีและทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งภาครัฐอันได้แก่กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ผู้ให้สัมปทาน และบริษัท ยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทาน รวมทั้งก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนผู้ใช้บริการ ซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 50 78 และ 87

สัมปทานที่กรมทางหลวงได้จัดทำกับเอกชนดังกล่าวแล้วข้างต้นนั้นจะเพิ่มสูงขึ้นในอนาคต ซึ่งสัญญาดังกล่าวนี้กรมทางหลวงได้ให้สัมปทานแก่ บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) โดยมีระยะเวลาตามสัญญา 25 ปี และในข้อสัญญาได้กำหนดให้เอกชนดำเนินการสัมปทานทางหลวง โดยใช้สัญญาแบบ BTO (Build-Transfer-Operate) และจากที่ผ่านมา ปรากฏว่า บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เป็นบริษัทเอกชนที่มีความมั่นคงทางการดำเนินการ ทำให้เมื่อถึงกำหนดระยะเวลาที่กรมทางหลวงจะได้รับผลประโยชน์ตามสัญญาแล้ว กรมทางหลวงจะได้รับส่วนแบ่งรายได้จากบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เป็นจำนวนมาก และเพิ่มมากขึ้นตามทีสัญญา กำหนดไว้เป็นขั้นบันได⁶ ดังนั้นถ้าทำการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้ จะเป็นการแก้ไขปัญหาในการดำเนินการตามสัญญาของกลุ่มสัญญาดังกล่าว และเป็นประโยชน์แก่ประชาชน ผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการประกอบกิจการสัมปทานทางหลวงได้อย่างเสรี และเป็นธรรม แต่ในทางกลับกันหากไม่ทำการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานดังกล่าว การดำเนินการตามสัญญาอันเป็นการบริการสาธารณะที่รัฐได้มอบให้เอกชนดำเนินการแทน จะไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและไม่เป็นไปโดยเสรี อันจะส่งผลให้กลุ่มสัญญาทั้งภาครัฐและภาคเอกชน เกิดกรณีพิพาทอันจะส่งผลเสียต่อทั้งสองฝ่ายและมีผลทำให้ผู้ใช้บริการ ได้แก่ ประชาชนไม่ได้รับ บริการสาธารณะที่ดี เหมาะสม คุ่มค่า และในราคาที่เป็นธรรม

⁵ การได้รับผลประโยชน์ เป็นเงินจำนวนมากพิจารณาได้จากสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 หัวข้อ ข. ผลประโยชน์ที่จะให้แก่กรมทางหลวง ข้อ 2.6.1 มีสาระสำคัญคือ บริษัทจะแบ่งรายได้ โดยจ่ายให้แก่กรมทางหลวงเริ่มตั้งแต่ปีที่สี่สิบสองของอายุสัญญาสัมปทานติดต่อกันไปในจำนวนร้อยละ 20 ของรายได้ก่อนหักรายจ่ายประจำเดือนนั้นๆ แต่จำนวนรวมกันทั้งปีของเงินที่จ่ายเป็นรายเดือนในปีหนึ่งๆ จะต้องเท่ากับ ร้อยละ 50 ของกำไรสุทธิประจำปีนั้นๆ

⁶ การได้รับผลประโยชน์ของกรมทางหลวงเป็นขั้นบันไดนั้น ต้องพิจารณาจากสัญญาสัมปทานทางหลวง ในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 หัวข้อ ง. ข้อกำหนดว่าด้วยการเงิน ข้อ 20.3 มีสาระสำคัญ คือ อัตราค่าผ่านทางตามที่ระบุไว้ในข้อ 20.2 นั้น ให้กำหนดใช้เป็น อัตราตายตัวสำหรับระยะเวลา 8 ปีแรกติดต่อกันเริ่มตั้งแต่วันที่สัญญามีผลบังคับ และหลังจากนั้นปีที่ 5 จนถึงปีที่ 13 ให้เพิ่มขึ้น 5 บาทต่อยานพาหนะ 1 คัน และตั้งแต่วันที่ 14 จนถึงตลอดจนอายุสัญญาที่เหลือเพิ่มขึ้นอีก 5 บาทต่อยานพาหนะหนึ่งคัน

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น ทำให้เกิดแนวคิดและแนวทางในการที่จะปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษาการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวว่าจะควรมีแนวทางการดำเนินการ ตลอดจนผลดีและผลเสียอย่างไรบ้าง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอันจะนำไปสู่การแข่งขันอย่างเสรีในการให้บริการทางหลวงสัมปทานในอนาคต

อนึ่ง ปัจจุบันบริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด ได้เปลี่ยนชื่อจากเดิมเป็น “บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน)” ดังนั้น ผู้เขียนจึงใช้คำว่า “บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน)” ตามที่ระบุไว้ในบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2538 และฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 แทนคำว่า “บริษัท ดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด”

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 ศึกษาลักษณะสำคัญของสัญญาสัมปทานและสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน

1.2.2 ศึกษาแนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง เปรียบเทียบกับแนวทางในการแปรสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมของมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย และสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยเฉพาะวิธีการในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา ตลอดจนทั้งผลดีและผลเสีย

1.2.3 ศึกษาถึงสัญญาสัมปทานระหว่างกรมทางหลวง กับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ทั้งสภาพปัญหาและแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินการตามสัญญาของคู่สัญญา รัฐธรรมนูญ กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และสภาพเศรษฐกิจทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เพราะบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) มีความมั่นคงในการดำเนินกิจการ อันส่งผลให้กรมทางหลวงได้รับประโยชน์จากส่วนแบ่งรายได้จำนวนมหาศาล

1.2.4 ศึกษาแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย โดยพิจารณาจากสัญญาของกรมทางหลวง กับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เป็นตัวอย่างในภาพรวม ทั้งนี้เพราะสัญญาสัมปทานฉบับอื่นๆ นั้น มีเงื่อนไขและข้อตกลงสัญญาที่แตกต่างกัน

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

สัญญาสัมปทานทางหลวง โดยเฉพาะสัญญาระหว่างกรมทางหลวง และบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) นั้น ควรจัดให้มีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาทั้งนี้เพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับการดำเนินการและการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาของคู่สัญญา รัฐธรรมนูญ กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และสภาพเศรษฐกิจทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศที่สนับสนุนให้มีการแข่งขันทางการค้ากันอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งวิธีการในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้น จะต้องวิเคราะห์อย่างละเอียดรอบคอบ โดยอาจจะยึดถือแนวทางและหลักการอันเป็นข้อเสนอที่ดี โดยเปรียบเทียบกับแนวการวิจัยสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมของมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มาปรับปรุงเพื่อให้ได้แนวทางที่เหมาะสมต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาเฉพาะสัญญาสัมปทานทางหลวงระหว่างกรมทางหลวง กับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ทั้งนี้เพราะสัญญาฉบับนี้ ทั้งกรมทางหลวงและบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ต่างได้รับตอบแทนในจำนวนมหาศาล และมีแนวโน้มจะเพิ่มสูงขึ้นอีกในอนาคต ซึ่งการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้น จะเป็นการแก้ไขปัญหาในการดำเนินการและการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาของคู่สัญญา รวมทั้งเป็นการนำกิจการสัมปทานทางหลวงไปสู่การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศต่อไปในอนาคต ส่วนกรณีสัญญาสัมปทานกิจการประเภทอื่นๆ นั้น แม้จะมีเงื่อนไขข้อตกลงและรายละเอียดในสัญญาที่แตกต่างกันไป ก็ยังสามารถนำแนวทางการศึกษามาเปรียบเทียบกันได้ เนื่องจากมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนเหมือนกัน

1.5 วิธีการศึกษา

1.5.1 การศึกษาในเรื่องนี้ ใช้การศึกษาทางกฎหมายแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสาร ตำรา บทความทางกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และบุคคลที่เกี่ยวข้อง

1.5.2 การเขียนวิทยานิพนธ์นี้ จะใช้การเขียนเชิงพรรณนาโดยรวบรวมข้อมูลต่างๆ มาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่การพิจารณาประเด็นปัญหา โดยจะได้แสดงความเห็นและเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจในลักษณะสำคัญของสัญญาสัมปทาน และสัญญา ระหว่างเอกชนด้วยกัน

1.6.2 ทำให้ทราบถึงวิธีการในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน ตลอดจนผลดี และผลเสียของวิธีการดังกล่าว โดยเฉพาะแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง ซึ่งเปรียบเทียบกับแนวการวิจัยสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมทั้งของมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา ประเทศไทยและสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1.6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหา และแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน ทางหลวงของกรมทางหลวงและบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ตลอดจนวิธีการ ดำเนินการที่เหมาะสม

บทที่ 2

สัญญาสัมปทานในกิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย

การดำเนินกิจการให้บริการทางหลวงสัมปทานนั้นนับเป็นกิจการที่สำคัญยิ่ง เพราะมีส่วนในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ และทำให้ทราบว่า ประเทศนั้นๆ มีการพัฒนาและมีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจมากน้อยเพียงใด ดังนั้นเมื่อการให้บริการสัมปทานทางหลวงมีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศเช่นนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษากันไปถึงในเรื่องของความหมายและลักษณะของกิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย ตลอดจนถึงการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงในปัจจุบัน

2.1 กิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย

สำหรับกิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทยนั้นได้มีการจำกัดความเพื่อให้ทราบถึงความหมายและลักษณะของกิจการ ตลอดจนการดำเนินการต่าง ๆ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายและลักษณะของกิจการสัมปทานทางหลวง

พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ได้ให้คำจำกัดความคำว่าทางหลวง หมายความว่า ทางหรือถนนซึ่งจัดไว้เพื่อประโยชน์ในการจราจรสาธารณะทางบก ไม่ว่าในระดับพื้นดินใต้หรือเหนือพื้นดิน หรือใต้หรือเหนืออสังหาริมทรัพย์อื่น นอกจากทางรถไฟ และให้หมายความรวมถึง ที่ดิน พืช พันธุ์ไม้ทุกชนิด สะพาน ท่อ หรือรางระบายน้ำ อุโมงค์ ร่องน้ำ กำแพงกันดิน เขื่อน รั้ว หลักสำรวจ หลักเขต หลักระยะป้ายจราจร เครื่องหมายจราจร เครื่องหมายสัญญาณ เครื่องสัญญาณไฟฟ้า เครื่องแสดงสัญญาณ ที่จอดรถ ที่พักคนโดยสาร ที่พักริมทาง เรือหรือพาหนะสำหรับขนส่งข้ามฝาก ท่าเรือสำหรับขึ้นหรือลงรถ และอาคารหรือสิ่งอื่น อันเป็นอุปกรณ์งานทางบรรดาที่มีอยู่หรือที่จัดไว้ในเขตทางหลวงเพื่อประโยชน์แก่งานทางหรือผู้ใช้ทางหลวงนั้นด้วย¹ และยังสามารถได้ว่า

¹ พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535, มาตรา 4.

ทางหลวงสัมปทาน คือ ทางหลวงที่รัฐได้ให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน และได้ลงทะเบียนไว้เป็นทางหลวงสัมปทาน²

พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ได้ให้คำจำกัดความคำว่าทางหลวงสัมปทาน หมายความว่า ทางที่รัฐให้สัมปทานแก่บุคคลใดๆ ในการสร้างหรือบำรุงรักษา โดยเก็บค่าใช้ทาง ไม่ว่าจะในระดับพื้นดิน ใต้หรือเหนือพื้นดิน ใต้หรือเหนืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น และให้หมายความรวมถึง อุโมงค์ สะพาน เรือหรือพาหนะสำหรับขนส่งคนข้ามฟากและท่าเรือสำหรับขึ้นหรือลงรถ ที่จัดไว้เป็นประโยชน์แก่ทางหลวงสัมปทานด้วย³

จากนิยามต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น ทำให้เราสามารถสรุปความหมายอย่างกว้างได้ว่า “กิจการสัมปทานทางหลวง” นั้นคือกิจการที่รัฐได้ให้สัมปทานแก่บุคคลใดๆ ก็ตาม ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล เพื่อนำไปดำเนินการสร้างหรือบำรุงรักษา โดยบุคคลผู้ได้รับสัมปทานนั้น ได้สิทธิในการเก็บค่าใช้จ่ายเป็นค่าผ่านทางหรือค่าใช้ทางจากผู้ใช้ทางหลวงสัมปทาน และโดยที่ทางหลวงสัมปทานนี้อาจจะมีลักษณะที่อยู่ในระดับบนพื้นดินเช่นเดียวกับถนนหรือทางตามปกติทั่วไป หรืออาจอยู่ใต้พื้นดิน หรือเหนือพื้นดิน หรือใต้หรือเหนืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นก็ได้ และยังให้มีความหมายรวมถึงอุโมงค์ สะพาน เรือ หรือพาหนะสำหรับขนส่งข้ามฟาก และท่าเรือสำหรับขึ้นหรือลงรถ ที่จัดไว้เพื่อประโยชน์แก่ทางหลวงสัมปทานด้วย จะเห็นได้ว่าที่กำหนดให้มีความหมายกว้างครอบคลุมสิ่งต่างๆ ที่จะเกี่ยวข้องด้วยนี้ ก็เพราะเป็นส่วนที่อาจมีการเชื่อมโยงเป็นส่วนหนึ่งของตัวทางหลวงสัมปทานที่มีลักษณะเป็นเหมือนทางหรือถนนตามปกติด้วย และที่สำคัญจะขาดเสียมิได้ก็คือ ทางนั้นจะต้องนำไปลงทะเบียนไว้ให้เป็นทางหลวงสัมปทานด้วย

การดำเนินกิจการหรือการให้บริการทางหลวงแทบทุกประเภทในประเทศไทย มีลักษณะที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขของสัญญาและดำเนินกิจการหรือให้บริการ คือ กรมทางหลวง และหน่วยงานอื่นๆ ของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่เปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการหรือให้บริการได้อย่างเต็มที่ ยกเว้นทางหลวงสัมปทานเท่านั้นที่รัฐเปิดโอกาสให้สิทธิแก่ภาคเอกชนเข้ามาขอรับสัมปทานเพื่อให้บริการแก่บุคคลทั่วไปและนอกจาก กรมทางหลวงจะทำหน้าที่ให้สัมปทานแล้วยังมีหน้าที่ในการกำกับดูแลอีกด้วย⁴ จึงถือได้ว่ากรมทางหลวงเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการให้สัมปทานและมีอำนาจในการกำกับดูแลภายใต้องค์กรเดียวกัน

² พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535, มาตรา 12.

³ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542, มาตรา 4.

⁴ พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535, มาตรา 6 กำหนดประเภทของทางหลวงไว้ 5 ประเภท คือ

- (1) ทางหลวงพิเศษ
- (2) ทางหลวงแผ่นดิน

(3) ทางหลวงชนบท

(4) ทางหลวงท้องถิ่น

(5) ทางหลวงสัมปทาน

มาตรา 7 ทางหลวงพิเศษ คือ ทางหลวงที่ได้จัดหรือทำให้เพื่อให้การจราจรผ่านได้ตลอดรวดเร็วเป็นพิเศษตามที่รัฐมนตรีได้ประกาศกำหนดและได้ลงทะเบียนไว้เป็นทางหลวงพิเศษ โดยกรมทางหลวงเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้าง ขยาย บูรณะและรวมทั้งควบคุมให้มีการเข้า ออกได้เฉพาะโดยทางเสริมที่เป็นส่วนหนึ่งของทางหลวงพิเศษตามที่กรมทางหลวงจัดทำขึ้นไว้เท่านั้น

มาตรา 8 ทางหลวงแผ่นดิน คือ ทางหลวงสายหลักที่เป็นโครงข่ายเชื่อมระหว่างภาค จังหวัด อำเภอ ตลอดจนสถานที่ที่สำคัญ ที่กรมทางหลวงเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้าง ขยาย บูรณะและบำรุงรักษา และได้ลงทะเบียนไว้เป็นทางหลวงแผ่นดิน

มาตรา 9 ทางหลวงชนบท คือ ทางหลวงที่กรมทางหลวงชนบทเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้าง ขยาย บูรณะและบำรุงรักษา และได้ลงทะเบียนไว้เป็นทางหลวงชนบท

มาตรา 10 ทางหลวงท้องถิ่น คือ ทางหลวงที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้าง ขยาย บูรณะและบำรุงรักษา และได้ลงทะเบียนไว้เป็นทางหลวงท้องถิ่น

มาตรา 12 ทางหลวงสัมปทาน คือ ทางหลวงที่รัฐบาลได้ให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน และได้ลงทะเบียนไว้เป็นทางหลวงสัมปทาน

มาตรา 13 ทางหลวงประเภทต่างๆ ให้ลงทะเบียนไว้ดังต่อไปนี้

(1) ทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดินและทางหลวงสัมปทาน อธิบดีกรมทางหลวงเป็นผู้จัดให้ลงทะเบียนไว้ ณ กรมทางหลวง

(2) ทางหลวงชนบท อธิบดีกรมทางหลวงชนบทเป็นผู้จัดให้ลงทะเบียนไว้ ณ กรมทางหลวงชนบท

(3) ทางหลวงท้องถิ่น ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้จัดให้ลงทะเบียนไว้ ณ ศาลากลางจังหวัด

มาตรา 14 รัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งผู้อำนวยการทางหลวง การแต่งตั้งนั้นจะจำกัดให้เป็นผู้อำนวยการทางหลวงเฉพาะประเภทใดประเภทหนึ่งหรือเฉพาะท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งหรือเฉพาะสายใดสายหนึ่งก็ได้

มาตรา 15 ในกรณีที่รัฐมนตรียังไม่ได้แต่งตั้งผู้อำนวยการทางหลวงตามมาตรา 14 ให้บุคคลดังต่อไปนี้เป็นผู้ดำเนินการทางหลวง

(1) อธิบดีกรมทางหลวงเป็นผู้ดำเนินการทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดินและทางหลวงสัมปทาน

(2) อธิบดีกรมทางหลวงชนบทเป็นผู้ดำเนินการทางหลวงชนบท

(3) นายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด นายเทศมนตรี นายกองค้การบริหารส่วนตำบล ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร นายกเมืองพัทยา หรือผู้บริหารสูงสุดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ที่มีกฎหมายจัดตั้งแล้วแต่กรณี เป็นผู้ดำเนินการทางหลวงท้องถิ่น

สาเหตุหลักที่กิจการในการให้บริการทางหลวงต้องมีการกำกับดูแลโดยรัฐและผูกขาดในการให้บริการทางหลวงนั้นจากอดีตคงเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ ความปลอดภัย ความสะดวกรวมทั้งเป็นปัจจัยพื้นฐานของประเทศที่ประชาชนต้องการ และโดยที่บริการทางหลวงเป็นลักษณะของบริการสาธารณะที่รัฐจะต้องดำเนินการให้บริการต่อประชาชนอย่างทั่วถึง (Universal Service) และไม่เลือกปฏิบัติ (Non discriminatory) ซึ่งจะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในด้านกำไรของผู้ประกอบการที่เป็นเอกชน ดังนั้นแต่เดิมรัฐจึงต้องเป็นผู้ให้บริการเอง ประกอบกับรัฐต้องการคุ้มครองประชาชนผู้ใช้ทางหลวงทุกคนให้เดินทางไปถึงจุดหมายและได้รับบริการของถนนหรือทางที่มีคุณภาพมาตรฐานที่ดีอันจะนำมาซึ่งความสะดวกและปลอดภัยของผู้ใช้ทางหลวงอีกด้วย

2.1.2 บทบาทและหน้าที่ในกิจการสัมปทานทางหลวงของภาครัฐและภาคเอกชน

การให้บริการทางหลวงและการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงในปัจจุบัน นอกเหนือจากรัฐทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการทางหลวงและกำกับดูแลการให้บริการแล้ว ภาคเอกชนยังมีส่วนในการให้บริการทางหลวงโดยการให้บริการทางหลวงสัมปทาน อันได้แก่ กิจการสัมปทาน

มาตรา 19 ให้อธิบดีกรมทางหลวงเป็นเจ้าหน้าที่กำกับ ตรวจสอบและควบคุมทางหลวงและงานทางที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน

มาตรา 20 ให้อธิบดีกรมโยธาธิการหรือเลขาธิการเร่งรัดพัฒนาชนบท แล้วแต่กรณี เป็นเจ้าหน้าที่กำกับ ตรวจสอบและควบคุมทางหลวง และงานทางที่เกี่ยวกับทางหลวงชนบท

มาตรา 21 ให้นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายเทศมนตรี นายกองกำกับการบริหารส่วนตำบล ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร นายกเมืองพัทยาแล้วแต่กรณีเป็นเจ้าหน้าที่กำกับ ตรวจสอบและควบคุมทางหลวงและงานทางที่เกี่ยวกับทางหลวงท้องถิ่น

มาตรา 22 ให้ผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงมีอำนาจและหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุม และตรวจรายงานพาหนะที่เดินบนทางหลวงให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

มาตรา 25 ในส่วนที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน ให้อธิบดีกรมทางหลวงมีอำนาจกำหนดมาตรฐานและลักษณะของทางหลวงและงานทางรวมทั้งกำหนดเขตทางหลวง ที่จอดรถ ระยะแนวคันไม้ และเสาพาดสาย

มาตรา 26 ในส่วนที่เกี่ยวกับทางหลวงชนบทและทางหลวงท้องถิ่น ให้อธิบดีกรมทางหลวงชนบทมีอำนาจกำหนดมาตรฐานและลักษณะของทางหลวงและงานทาง รวมทั้งกำหนดเขตทางหลวง ที่จอดรถ ระยะแนวคันไม้ และเสาพาดสายตลอดจนควบคุมในทางวิชาการและอบรมเจ้าหน้าที่ฝ่ายช่างเกี่ยวกับทางหลวงและงานทาง

มาตรา 27 นอกจากทางหลวงสัมปทาน การสร้างทางหลวงประเภทใดขึ้นใหม่หรือขยายเขตทางหลวงประเภทใด ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของผู้อำนวยการทางหลวงประเภทนั้น

ทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง - คอนเมือง โดยภาครัฐ คือ กรมทางหลวงได้ให้สัมปทานแก่ภาคเอกชนให้มีหน้าที่ในการให้บริการทางหลวงอันเป็นการมอบหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะให้แก่ภาคเอกชนต่อประชาชนด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลยังคงเป็นของรัฐอยู่เช่นเดิม โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงบทบาทและหน้าที่ในการให้บริการทางหลวงในส่วนของภาครัฐก่อนแล้วจึงกล่าวถึงการให้บริการทางหลวง อันได้แก่ การให้บริการทางหลวงสัมปทานหรือกิจการสัมปทานทางหลวงของภาคเอกชนต่อไป

2.1.2.1 ภาครัฐ

ภาครัฐนับได้ว่ามีบทบาทอย่างยิ่งในการดำเนินกิจการในการให้บริการทางหลวงสัมปทาน เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการในการให้บริการทางหลวงสัมปทาน ภายใต้พระราชบัญญัติจำนวน 2 ฉบับ ที่สำคัญล้วนแต่กำหนดให้กิจการในการให้บริการทางหลวงสัมปทาน เป็นไปในลักษณะที่ผูกขาดโดยรัฐคือกรมทางหลวงทั้งสิ้น พระราชบัญญัติที่สำคัญ ได้แก่

- 1) พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535
- 2) พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542

2.1.2.2 ภาคเอกชน

ตามพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 มาตรา 4 และ มาตรา 5⁵ และที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 6 และ มาตรา 7⁶ ประกอบกับปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ

⁵ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473, มาตรา 4 บัญญัติว่า ห้ามมิให้เอกชนสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงในพระราชอาณาจักร เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจแห่งสัมปทานที่ได้รับจากรัฐบาล

และมาตรา 5 บัญญัติว่า ผู้ใดมีความประสงค์จะขอรับสัมปทานสร้างและบำรุงรักษาทางหลวง ให้ยื่นเรื่องราวต่อเสนาบดีกระทรวงพาณิชย์และคมนาคม

ในเรื่องรายนั้นให้มีรายละเอียดในเรื่องทางหลวงที่ขอสร้าง และฐานะสินทรัพย์ของผู้ยื่นเรื่องราว กับให้ส่งแผนผังและงบประมาณการสร้าง และแผนที่บอกเขตที่ดินที่ต้องการมาพร้อมกับเรื่องรายนั้นด้วย

เสนาบดีจะให้กรมทางเรียกให้ผู้ขอรับสัมปทานยื่นรายละเอียดเพิ่มเติมอีกก็ได้แล้วแต่จะเห็นสมควร

⁶ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542

มาตรา 6 บัญญัติว่า การให้สัมปทานรายใดถ้าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นด้วย

ให้นำกฎหมายว่าด้วยทางหลวงมาใช้บังคับกับทางหลวงสัมปทานโดยอนุโลม เว้นแต่ที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 7 ในกรณีที่รัฐประสงค์จะให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางสายใด ให้อธิบดีออกประกาศเชิญชวนให้มีการยื่นข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนด

ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 3 และมาตรา 4⁷ ที่เปิดโอกาสให้เอกชนเข้าร่วมการทำงานกับหน่วยงานของรัฐ และจากการที่เอกชนได้เข้าร่วมการทำงานกับหน่วยงานภาครัฐถือเป็นบทบาทที่สำคัญยิ่งของภาคเอกชน ที่ได้มีส่วนร่วมในการพัฒนาประเทศ เพราะการลงทุนทางกิจการคมนาคมเป็นการลงทุนที่ต้องใช้เงินทุนมาก ภาครัฐยังไม่มีเงินทุนเพียงพอที่สามารถลงทุนได้ตามความต้องการของประชาชน ทั้งนี้เพราะมีงบประมาณจำกัด บทบาทของผู้ประกอบการเอกชนในการเข้ามามีส่วนร่วมพัฒนาการคมนาคมนั้น แรกเริ่มได้กำหนดไว้ชัดเจนในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2535 - พ.ศ. 2539) โดยนโยบายหลักที่สำคัญต่อภาคเอกชนคือเพิ่มบทบาทภาคเอกชนให้สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนและดำเนินงานบริการพื้นฐานอย่างจริงจัง โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่ชัดเจน ทั้งยังมีการปรับปรุงกฎหมายที่เป็นอุปสรรคและดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชนเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม ต่อมาบทบาทของภาคเอกชนได้เพิ่มมากขึ้นตามนโยบายในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2540 - 2544) โดยมีนโยบายหลักที่สำคัญคือ เพื่อลดความเหลื่อมล้ำทางด้านรายได้ และลดความแตกต่างด้านผลประโยชน์จากการพัฒนาบริการโครงสร้างพื้นฐานให้คนไทยทุกกลุ่มอาชีพและทุกภูมิภาคได้รับประโยชน์จากการขยายตัวทางเศรษฐกิจ และการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานให้ชุมชนมีทางเลือกในการประกอบอาชีพและการตั้งถิ่นฐาน โดยไม่ได้รับผลกระทบด้านคุณภาพชีวิต รวมทั้งส่งเสริมบทบาทของภาคเอกชนโดยให้มีการเปิดเสรีกิจการคมนาคม ยกเลิกการผูกขาดของรัฐ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการเพิ่มบทบาทของผู้ประกอบการภาคเอกชนมากขึ้นตามลำดับ

การให้สัมปทานในการสร้างหรือบำรุงรักษาทางที่มีขนาดเล็กหรือเป็นการต่อเติมโครงการเดิมตามลักษณะที่กำหนดในกฎกระทรวงจะดำเนินการโดยไม่ต้องออกประกาศเชิญชวนตามวรรคหนึ่งก็ได้

การยื่นคำขอรับสัมปทานและการให้สัมปทาน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้ยื่นคำขอรับสัมปทานต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁷ มาตรา 3 บัญญัติว่า บรรดากฎหมาย กฎ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี และคำสั่งอื่นใดในส่วนที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน

พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่

มาตรา 4 บัญญัติว่า ให้นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

2.1.3 การดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย

“การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยเกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว แต่เริ่มมีความชัดเจนขึ้นเมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงปฏิรูประบบราชการใหม่โดยมีการจัดตั้งกระทรวงต่างๆ ขึ้นมา และมีหลายกระทรวงที่ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ เช่น กระทรวงคมนาคม กระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงสาธารณสุข หรือกระทรวงกลาโหม เป็นต้น”⁸

“วิธีการจัดทำบริการสาธารณะของไทยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการจัดทำในระบบราชการ คือ ส่วนราชการทั้งหลายมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะและ “ผูกขาด” การจัดทำบริการสาธารณะไว้แต่เพียงผู้เดียว ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 คณะราษฎรได้กลายเป็นชนชั้นปกครองใหม่ที่ควบคุมอำนาจทั้งทางการเมือง การทหาร และทรัพยากรทั้งหมดของรัฐ คณะราษฎรได้นำทุนของรัฐไปสร้างรัฐวิสาหกิจ และบริษัทกิจการจำนวนหนึ่ง เช่น บริษัท ข่าวยไทย บริษัทเดินเรือทะเล ธนาคารมณฑล เป็นต้น ซึ่งธุรกิจต่างๆ เหล่านี้ ยังนำระบบราชการมาใช้ในการดำเนินงาน จนกระทั่งสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ก็ได้มีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเป็นจำนวนมากเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ แต่รัฐวิสาหกิจถูกควบคุมโดยระบบราชการ ต่อมาในระยะประมาณสิบห้าปีที่ผ่านมา เริ่มมีการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ก็อยู่ภายใต้การควบคุมอย่างเข้มงวดโดยระบบราชการเช่นกัน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า บริการสาธารณะในประเทศไทยนั้นอยู่ภายใต้การผูกขาดโดยระบบราชการ”⁹ โดยไม่เปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการหรือให้บริการได้อย่างเต็มที่

ในส่วนของการดำเนินกิจการให้บริการทางหลวงนั้นแต่เดิมเป็นหน้าที่ของรัฐในการให้บริการสาธารณะ ต่อมาได้มีการผ่อนคลายการผูกขาดลงโดยในปัจจุบันการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย ซึ่งจัดว่าเป็นการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ได้เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้ โดยการให้บริการสาธารณะหรือหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของบริการสาธารณะประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการคือ

1) “บริการสาธารณะต้องดำเนินการไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง บริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นแก่การดำรงชีวิตของประชาชน ประชาชนทุกคนมีความต้องการในกิจการบริการสาธารณะอยู่ตลอดเวลา และฝ่ายปกครองเองก็มีหน้าที่ที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะ

⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 3).

หน้า 158.

⁹ แหล่งเดิม. หน้า 158.

ให้ดำเนินไปอย่างปกติโดยต่อเนื่องและสม่ำเสมอ ดังนั้นการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง จึงไม่สามารถดำเนินการเป็นช่วงๆ โดยไม่มีความสม่ำเสมอและต่อเนื่องได้”

“หลักในเรื่องที่ว่าบริการสาธารณะต้องมีความสม่ำเสมอและต่อเนื่องนี้มีได้ใช้ เฉพาะกับบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการที่เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจ จากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะแทนไม่ว่าจะเป็นการมอบอำนาจโดยผลของกฎหมาย หรือโดยสัญญาก็ตาม และหากเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะดำเนินกิจการบริการสาธารณะ ไปอย่างไม่สม่ำเสมอหรือไม่ต่อเนื่อง เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นก็ต้องถูกลงโทษตามที่ กำหนดไว้ในเงื่อนไขสัญญาเช่นกัน ส่วนเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะย่อมมีสิทธิ เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจัดการแก้ไขบริการสาธารณะที่ขัดข้องนั้นเพื่อให้ดำเนินไปตามปกติได้ เพราะฝ่ายปกครองย่อมต้องรับผิดชอบในส่วนนี้”

2) “บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นต้องให้เอกชนมีสิทธิได้รับประโยชน์โดยเท่าเทียมกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2540) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30 ว่า บุคคลย่อมเสมอกัน ในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน บริการสาธารณะเป็นกิจการที่รัฐจัดทำขึ้น โดยอาศัยอำนาจทางกฎหมาย ดังนั้น ประชาชนจึงต้องมีสิทธิและโอกาสได้รับประโยชน์จากบริการ สาธารณะหรือเข้าสู่บริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน รัฐจะจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะไม่ได้”

3) “การจัดทำบริการสาธารณะจะต้องปรับให้เหมาะสมกับความต้องการ ของประชาชนตลอดเวลา ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขปรับปรุง บริการสาธารณะได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลใด เพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมาย ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ฝ่ายเดียวเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนอยู่ตลอดเวลา โดยในการปรับปรุงบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องทำโดยคำนึงถึงความจำเป็น ในการรักษาประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการ มีส่วนรวมของประชาชนโดยการแก้ไขปรับปรุงการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวต้องทำโดยกฎหมาย หรือมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ และแม้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะนั้นจะก่อให้เกิด ผลกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ตาม บุคคลนั้นจะอ้างสิทธิประโยชน์ที่เคยได้รับการบริการ สาธารณะมาขัดขวางการเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะโดยกฎหมายไม่ได้”¹⁰

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, แหล่งเดิม, หน้า 158.

จากหลักเกณฑ์พื้นฐานของการให้บริการสาธารณะ กรมทางหลวงจึงเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาดำเนินการในกิจการบางอย่าง เช่น บริการทางหลวงสัมปทานหรือกิจการสัมปทานทางหลวง เป็นต้น การเข้ามาร่วมดำเนินการกิจการของเอกชนเป็นไปในรูปแบบที่เอกชนเป็นผู้ลงทุนในการก่อสร้างทางหลวงสัมปทานเพื่อไว้ใช้ในการให้บริการ โดยเมื่อดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จกรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานหรือทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นของรัฐทันที เอกชนจะเป็นผู้ให้บริการภายใต้ขอบเขตข้อกำหนดของสัญญา¹¹

จากระบบเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบันและปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาหรือการดำเนินการให้บริการตามสัญญาสัมปทานทางหลวงของคู่สัญญาประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 50, 78 และ 87 ได้บัญญัติรองรับในเรื่องของการที่รัฐจะต้องสนับสนุนระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ กับทั้งต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกของตลาดกำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมคุ้มครองผู้บริโภคและป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค จึงทำให้กรมทางหลวงซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาและเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการขอรับสัมปทานในกิจการสัมปทานทางหลวงให้มากขึ้น โดยใช้พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตามรัฐธรรมนูญต่อไป เพื่อลดปัญหาในการปฏิบัติหรือการดำเนินการตามสัญญาสัมปทานทางหลวงของคู่สัญญาและลดการผูกขาดโดยภาครัฐ เพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการสาธารณะให้แก่บริการทางหลวงสัมปทานได้อย่างเต็มที่

จากรายละเอียดดังกล่าวแล้วข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการดำเนินการสัมปทานทางหลวง จำเป็นต้องได้รับการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา ทั้งนี้เพื่อแก้ไขปัญหาการดำเนินการหรือการปฏิบัติตามสัญญาให้เกิดการดำเนินการที่ถูกต้องตามสัญญาและเป็นระบบเสรีมากขึ้น

¹¹ ในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เอกชนก่อสร้างนั้น จะตกเป็นของผู้ใดนั้นเดิมพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 มิได้กำหนดไว้ชัดเจนแต่ต่อมาพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542, มาตรา 21 กำหนดให้คู่สัญญาตกลงกันได้ว่ากรรมสิทธิ์จะตกเป็นของผู้ใดนั้นให้กำหนดไว้ในสัญญา

2.1.4 การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง

จากหัวข้อที่แล้ว ทำให้ทราบว่า การดำเนินการสัมปทานทางหลวงในประเทศไทย จะต้องได้รับการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาเพื่อแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติหรือการดำเนินการให้บริการตามสัญญาของกลุ่มสัญญา ตลอดจนผูกขาดโดยภาครัฐเพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการสาธารณะ ได้แก่ บริการทางหลวงสัมปทานได้อย่างเต็มที่และให้มีลักษณะเสรี อันเนื่องมาจากข้อสัญญาและปัจจัยทั้งภายในและภายนอกประเทศ ดังนั้นในหัวข้อนี้จะขอกกล่าวถึงสาเหตุที่จะต้องมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง วิธีการและการกำกับดูแลภายหลังจากการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญารวมทั้งผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาดังต่อไปนี้

2.1.4.1 สาเหตุที่จะต้องปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง

เนื่องจากปัจจุบันการดำเนินการสัมปทานทางหลวงของบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ที่ภาครัฐ ได้แก่ กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ได้เปิดโอกาสและให้สิทธิแก่บริษัทฯ ซึ่งเป็นภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการให้บริการสาธารณะแทนภาครัฐโดยการทำสัญญาสัมปทานทางหลวง ได้แก่ สัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง นั้น ได้เกิดปัญหาอันเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาขึ้นในหลายประการ ได้แก่ การปรับอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะทุกประเภทที่ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน การก่อสร้างถนนท้องถิ่น (Local Road) การก่อสร้างทางเบี่ยง (Detour Line) บนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอยที่ทางแยกลาดพร้าวบนถนนวิภาวดีรังสิตอันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร ซึ่งถือว่าเป็นการที่ภาครัฐดำเนินการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) และทำให้รายได้ของบริษัทฯ ลดลง ปัญหาการย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ ซึ่งการย้ายสนามบินไปที่แห่งใหม่นี้ทำให้ปริมาณของรถที่ใช้ทางยกระดับดอนเมือง โทลล์เวย์ลดลงอย่างมาก ทำให้รายได้ของบริษัทฯ ลดลง ปัญหาการขยายอายุสัญญาสัมปทาน ปัญหาเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบภาระภาษีอากร ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีทุกประเภทและค่าธรรมเนียมต่างๆ ประกอบกับการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 50, 78 และ 87 ได้มีบทบัญญัติเพื่อรองรับให้กิจการสัมปทานทางหลวงซึ่งเป็นการบริการสาธารณะอย่างหนึ่งให้เปิดดำเนินการได้โดยเสรี ทั้งนี้เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน ดังนั้นกิจการสัมปทานทางหลวงจึงต้องดำเนินการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวอันเนื่องมาจากที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาและเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศ อย่างไรก็ตามการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้น

มิได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในประเทศเพียงอย่างเดียว ทั้งนี้เพราะประเทศไทยยังต้องการค้าขายติดต่อกับต่างประเทศ จึงจำเป็นต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับพันธกรณีขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิก อันได้แก่ องค์การการค้าโลกด้วย และแม้ว่าประเทศไทยนั้นจะยังคงมีข้อผูกพันที่จะเปิดเสรีทางการค้ากับจีน โดยการที่จะดำเนินกิจการค้าขายกับจีนได้นั้นจะต้องมีปัจจัยพื้นฐานที่ส่งเสริมและสนับสนุนให้การค้า และการติดต่อกับทั้งการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศให้เกิดความสะดวกที่สุด ซึ่งปัจจัยที่สำคัญอย่างหนึ่งก็คือการมีทางหลวงที่ดี แต่เนื่องจากจะต้องใช้งบประมาณมหาศาลในการก่อสร้าง ซึ่งบางกรณีในสถานะเศรษฐกิจของประเทศไทย ปัจจุบันนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นที่น่าวิตก การที่รัฐจะมีเงินจัดสรรให้เป็นงบประมาณในการก่อสร้างทางอาจไม่มีหรือมีไม่เพียงพอ ดังนั้นทางหนึ่งที่จะทำให้สามารถมีทางหรือถนนเพื่อประโยชน์ดังกล่าวได้ คือ การให้เอกชนเข้ามาลงทุนในการสร้างทางหลวงสัมปทาน โดยการรับสัมปทานทางหลวงซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้อาจจะนำไปใช้กับการติดต่อคมนาคมกับประเทศเพื่อนบ้านทั้งหลายที่ติดกับประเทศไทยต่อไปได้ในอนาคต

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงของประเทศไทยจากเดิมที่มีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและการที่ภาครัฐไม่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนดำเนินการโดยเสรีนั้นมีสาเหตุที่สำคัญสาเหตุหนึ่งมาจากผลกระทบของการค้าระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้เพราะการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันนั้นเป็นไปอย่างรวดเร็วมีการแข่งขันสูง และการคมนาคมก็เป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งสำหรับการทำการค้าทั้งภายในประเทศและภายนอกประเทศ ซึ่งเราไม่อาจปฏิเสธได้ว่ารายได้จากการค้าระหว่างประเทศนั้นมีผลในการเพิ่มรายได้เข้าสู่ประเทศอันจะทำให้เศรษฐกิจขยายตัวเพิ่มขึ้น ดังนั้นจึงต้องมีนโยบายที่เป็นการจูงใจให้ประเทศอื่นๆ หันมาลงทุนและประกอบการค้ากับประเทศไทยทำให้ประเทศไทยต้องกำหนดนโยบายในการเปิดเสรีในเรื่องของการให้บริการสาธารณะ การสาธารณูปโภค และสาธารณูปการ ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงข้อตกลงระหว่างประเทศในการทำความตกลงทางการค้าจะเห็นได้ว่า ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการขององค์การการค้าโลกนั้น ก็มีส่วนสำคัญที่จะจูงใจให้ประเทศไทยจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมโดยเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนสามารถเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะในกิจการสัมปทานทางหลวงแทนภาครัฐได้อย่างเต็มที่ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยยังคงมีข้อผูกพันเกี่ยวกับข้อตกลงดังกล่าวเป็นส่วนน้อยก็ตาม แต่ในอนาคตเพื่อให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์จากการค้าเสรีที่ประเทศต่างๆ ได้ร่วมมือกันกำหนดขึ้น ดังนั้นจึงจำเป็นที่ประเทศไทยเองจะต้องมีการปรับปรุงและพัฒนาระบบการคมนาคมขนส่งทางบก ได้แก่ ทางหลวง ซึ่งรวมถึงกิจการสัมปทานทางหลวงเพื่อเป็นพื้นฐาน

ให้สามารถแข่งขันทางการค้ารวมทั้งเดินทางติดต่อกับประเทศต่างๆ ในโลกได้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายภายใน ในระยะหลังรวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงได้พยายามเปิดเสรีในการบริการสาธารณะ ซึ่งรวมถึงการให้บริการทางหลวงสัมปทาน เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์สูงสุดอันจะนำไปสู่การค้าเสรีที่สามารถแข่งขันกับนานาประเทศได้ด้วย

2.1.4.2 วิธีการและการกำกับดูแล ภายหลังการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง

การดำเนินการและการกำกับดูแลไม่ว่าจะก่อนหรือภายหลังการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้น อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมทางหลวงตามข้อสัญญาอันอยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ในหมวด 3 เรื่องการกำกับ ควบคุมและการควบคุม ตั้งแต่มาตรา 25 ถึงมาตรา 29 เช่น กรมทางหลวงมีอำนาจตรวจตราดูแลการสร้างทางหลวงสัมปทานจนถึงขั้นตอนที่สร้างเสร็จและขั้นตอนการให้บริการจนถึงสิ้นสุดอายุสัญญาสัมปทาน

2.1.4.3 ผลกระทบเมื่อปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง

หากมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงแล้วเสร็จ จะเกิดผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานที่บริษัทเอกชนได้ทำไว้กับหน่วยงานรัฐ คือ สัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นการที่ภาครัฐไม่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการได้เองอย่างเต็มที่โดยภาครัฐที่มีฐานะเหนือกว่าในการทำความตกลงได้กำหนดเงื่อนไขของสัญญาไว้อย่างรัดกุม แต่ถ้าหากเมื่อมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงแล้ว หน่วยงานของรัฐเจ้าของสัมปทานจะอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับบริษัทเอกชนผู้ประกอบการ ดังนั้นสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นแล้วจึงจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนเงื่อนไขเพื่อแก้ไขปัญหาอันเกี่ยวกับการปฏิบัติหรือการดำเนินการให้เป็นไปตามข้อสัญญาของคู่สัญญาและนำไปสู่ความเป็นธรรมในการแข่งขันแบบเสรี ทั้งฝ่ายบริษัทเอกชนเดิมและหน่วยงานของรัฐเจ้าของสัมปทาน

2.2 สัญญาสัมปทานกิจการสัมปทานทางหลวง

คำว่า “สัญญา” นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้ให้คำนิยามหรือความหมายไว้ แต่โดยทั่วไปแล้วเป็นที่เข้าใจกันว่า สัญญานั้น ก็คือ นิติกรรมหลายฝ่ายที่เกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพราะนิติกรรมนั้นได้ก่อขึ้นซึ่งมีลักษณะระหว่างฝ่ายต่างๆ ต่อกัน ดังนั้นในการแสดงเจตนา ทุกฝ่ายจึงต้องแสดงเจตนาตกลงยินยอมต้องกัน คือ เมื่อฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอขึ้นมาแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งแสดงเป็นคำสนองรับ เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้น¹² หรืออาจกล่าวได้ว่า สัญญาหมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันที่มุ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์¹³ ซึ่งรูปแบบของสัญญานั้นอาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นข้อตกลงระหว่างเอกชนด้วยกัน หรือในรูปแบบของข้อตกลงระหว่างรัฐกับเอกชน หรือข้อตกลงระหว่างรัฐด้วยกัน

ซึ่งในหัวข้อนี้จะขอกล่าวถึงสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนที่เป็นลักษณะของสัญญาสัมปทาน โดยจะกล่าวถึงความหมาย รูปแบบ และองค์ประกอบที่สำคัญ รวมถึงข้อแตกต่างของสัญญาสัมปทาน และสัญญาระหว่างเอกชนดังต่อไปนี้

2.2.1 ความหมายของสัญญาสัมปทาน

คำว่า “สัมปทาน” นั้น ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายว่าหมายถึงอะไร แต่พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน (ฉบับ พ.ศ. 2545) ได้ให้ความหมายว่า “สัมปทาน” หมายถึง การอนุญาตให้มีสิทธิที่จะทำแต่ผู้เดียวในกิจการบางอย่าง เช่น เหมืองแร่ และป่าไม้ ดังนั้น สัญญาสัมปทานจึงหมายถึงข้อตกลงที่รัฐมอบสิทธิให้กับเอกชนแต่เพียงผู้เดียวเพื่อให้ดำเนินกิจการบางอย่างและเนื่องจากลักษณะและรูปแบบของสัญญาสัมปทานมีความหลากหลายทั้งในด้านวัตถุประสงค์และรูปแบบ ดังนั้นจึงมีผู้ศึกษาถึงสัญญาที่สำคัญ คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ คำว่า “สัมปทานบริการสาธารณะ” ได้มีนักนิติศาสตร์บางท่านให้ความหมายไว้ดังนี้

¹² จิต เศรษฐบุตร. (2522). “หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้.” ในโครงการตำรา คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย. หน้า 248.

¹³ จำปี โสทธิพันธุ์. (2542). คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 181.

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ให้ความหมายของคำว่า “สัมปทานสาธารณะ” ว่าหมายถึง การที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุน และด้วยความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทานในการตอบแทน แต่ได้ให้ประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทน¹⁴

อาจารย์ จุลสิงห์ วสันตสิงห์ ให้ความหมายของสัมปทานสาธารณะว่า “หมายถึง การที่หน่วยงานภาครัฐซึ่งประกอบด้วยส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนในโครงการและเป็นผู้ให้บริการประชาชนในฐานะที่เป็นผู้ได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาภาครัฐ โดยภาคเอกชนจะได้รับผลตอบแทนการลงทุนจากรายได้ที่ประชาชนได้ใช้บริการของโครงการ”¹⁵

จากคำนิยามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ นั้นเป็นสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นภาครัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอยู่ในฐานะของเอกชนเข้ามาดำเนินกิจการในการให้บริการสาธารณะแทนรัฐภายในกำหนดระยะเวลาที่ได้มีการตกลงกันไว้ โดยผู้ลงทุนภาคเอกชนต้องจ่ายผลประโยชน์ให้กับรัฐ และประโยชน์ที่ผู้ลงทุนภาคเอกชนได้รับ คือ รายได้จากประชาชนที่ได้เข้ามาใช้บริการนั้นๆ ดังเช่น กรณีที่กรมทางหลวงได้ทำสัญญาอนุญาตให้บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวง การที่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เข้ามาให้บริการแก่ประชาชนได้นั้นจะต้องจ่ายผลตอบแทนให้แก่กรมทางหลวงในฐานะหน่วยงานภาครัฐที่เป็นผู้ให้สัมปทานและประโยชน์ที่ บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้รับ ก็คือ รายได้จากประชาชนที่เข้ามาใช้บริการ สัญญาดังกล่าว จึงถือเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในส่วนที่เกี่ยวกับการให้บริการทางด้านการคมนาคม

2.2.2 รูปแบบของสัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานมีรูปแบบที่แตกต่างกัน ซึ่งจะขอกล่าวถึงเฉพาะรูปแบบที่กำหนดให้ทรัพย์สินในโครงการตกเป็นของรัฐ โดยแบ่งได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้¹⁶

¹⁴ ประยูร กาญจนกุล. (2535). คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 108.

¹⁵ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. (2538-2539). สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ (ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ). หน้า 1.

¹⁶ ประกอบ ธาราประเสริฐ. (2541). ปัญหาการใช้สิทธิตามสัญญาเป็นประกันแก่สถาบันการเงิน. หน้า 95.

1) ประเภท BTO (Build-Transfer-Operate) รูปแบบนี้เอกชนซึ่งเป็นผู้ลงทุน จะต้องดำเนินการจัดหาเงินทุนและก่อสร้างวัตถุ ตลอดจนอุปกรณ์ต่างๆ ในโครงการและเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จเอกชนผู้ลงทุนจะต้องโอนสิทธิ์ทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมด รวมทั้งสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินให้แก่หน่วยงานของรัฐ แต่เอกชนผู้ลงทุนยังคงมีสิทธิดำเนินการบริหาร โดยใช้ทรัพย์สินดังกล่าวต่อไปจนครบระยะเวลาตามสัญญา

รูปแบบ BTO นี้จะไม่มีลักษณะเชิญชวนให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนเท่าใดนัก เนื่องจากเอกชนผู้ลงทุนไม่อาจที่จะใช้ทรัพย์สินในโครงการเป็นหลักประกันเงินกู้ได้ ทำให้เอกชนผู้ลงทุนต้องระดมเงินทุนจากแหล่งอื่น เช่น ตั้งบริษัทใหม่เพื่อหาผู้ร่วมทุน หรือหากจะกู้ยืมจากสถาบันการเงิน ก็อาศัยเพียงสิทธิตามสัญญาเท่านั้นที่จะใช้ประกันการกู้ยืมได้ แต่อย่างไรก็ตาม รูปแบบ BTO จะมีข้อดีคือ การที่ทรัพย์สินในโครงการตกเป็นของภาครัฐ เมื่อเอกชนดำเนินการแล้วเสร็จจะเป็นหลักประกันความแน่นอนของโครงการว่าจะไม่หยุดชะงัก เพราะทรัพย์สินของรัฐนั้น ไม่ตกอยู่ในการบังคับคดี แม้ว่าเอกชนผู้ลงทุนจะถูกฟ้องบังคับคดีหรือถูกฟ้องล้มละลายก็ตาม¹⁷

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ บรรพ 4 ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 1305 บัญญัติว่า ทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินนั้น จะโอนแก่กันมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะ หรือพระราชกฤษฎีกา

มาตรา 1306 บัญญัติว่า ท่านห้ามมิให้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับแผ่นดินในเรื่องทรัพย์สินอันเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

มาตรา 1307 บัญญัติว่า ท่านห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473

มาตรา 27 เมื่อได้เปิดทางหลวงทั้งสายหรือส่วนใดส่วนหนึ่งให้ประชาชนใช้แล้ว ห้ามมิให้ยึดทางหลวงและสิ่งปลูกสร้าง หรือวัตถุอย่างอื่นซึ่งใช้สำหรับบำรุงรักษาทางนั้น แต่เจ้าหน้าที่จะร้องขอให้ตั้งเจ้าพนักงานรักษาทรัพย์สินได้

มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้รับสัมปทานโอน หรือให้เช่า หรือก่อให้เกิดภาระขึ้นบนทางหลวงทั้งสายหรือแต่ส่วนใดส่วนหนึ่ง ให้แก่บุคคลภายนอก โดยมีได้รับอนุญาตจากเสนาบดีกระทรวงพาณิชย์และคมนาคม พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ผู้รับสัมปทานจะโอนสัมปทานได้ต่อเมื่อมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้รับโอนมีคุณสมบัติตามมาตรา 7 วรรคสี่ และอนุญาตให้โอนสัมปทานได้ ผู้รับโอนสัมปทานตามวรรคหนึ่งต้องรับไปซึ่งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบทั้งหมดของผู้รับสัมปทานรายเดิม

มาตรา 10 ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานสิ้นสภาพนิติบุคคลหรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย ให้ผู้ชำระบัญชีหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แล้วแต่กรณี เป็นผู้มีสิทธิแสดงเจตนาในการโอนสัมปทานตามมาตรา 9

การแสดงเจตนาในการโอนสัมปทานตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

2) ประเภท BOT (Build-Operate-Transfer) รูปแบบนี้เอกชนผู้ลงทุนจะจัดหาแหล่งเงินทุนก่อสร้างถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่าง ๆ ในโครงการ และเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จเอกชนผู้ลงทุนจะยังคงถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการและเอกชนยังคงดำเนินการบริการจัดการกับทรัพย์สินต่อไปได้จนครบอายุสัญญาแล้วจึงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เอกชนผู้ลงทุนก่อสร้างทั้งหมดให้กับภาครัฐ เช่น โครงการเอกชนร่วมลงทุนปรับปรุงขยายการประปาปทุมธานี-รังสิต ได้กำหนดให้เอกชนผู้ลงทุนต้องโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินในโครงการซึ่งอยู่ในสภาพที่ดีให้การประปาส่วนภูมิภาคเมื่อสิ้นสุดโครงการ¹⁸

สาเหตุที่หน่วยงานภาครัฐยอมรับโครงการ BOT มีเหตุผลที่แตกต่างกันหลายประการ โดยมักมีเหตุจูงใจเพื่อวัตถุประสงค์ดังนี้¹⁹

- (1) ลดผลกระทบต่องบประมาณ เนื่องจากรัฐสามารถดำเนินการโครงการอื่น ๆ ได้แม้ขณะนั้นไม่สามารถจัดหาเงินทุนได้
- (2) เอกชนผู้ลงทุนสามารถช่วยก่อให้เกิดประสิทธิภาพกับโครงการได้มากขึ้น
- (3) เสริมสร้างให้มีการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อให้นำเทคโนโลยีใหม่ๆ มาใช้

รูปแบบ BOT นั้น มีข้อดีคือสามารถเชิญชวนให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการโครงการได้มาก สาเหตุเนื่องจากเอกชนยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการที่ตนได้ลงทุนไปตลอดระยะเวลาของสัญญาทำให้หาแหล่งเงินทุนได้ง่ายสามารถนำทรัพย์สินไปเป็นประกันการกู้ยืมเงินเพื่อลงทุนในโครงการได้ ส่วนภาระหน้าที่ในทรัพย์สินของโครงการนั้นจะตกอยู่กับเอกชน เช่น ความเสี่ยงภัยในความสูญหายหรือเสียหายอันจะเกิดแก่ทรัพย์สินในโครงการ การบำรุงรักษา ภาวะภาษีที่อาจจะมิ เช่น ภาษีบำรุงท้องที่ ภาษีโรงเรือน

มาตรา 11 การโอนสัมปทานตามมาตรา 9 และมาตรา 10 ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 12 ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ได้รับอนุญาตให้โอนสัมปทานให้อธิบดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับสัมปทานทราบพร้อมทั้งเหตุผล ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รัฐมนตรีมีคำสั่ง

¹⁸ Term of Reference for Submission of the Investment Proposal for Pathumthani-Rangsit Water Supply project ข้อ 3 (2).

¹⁹ ประกอบ ธาราประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 95.

3) “ประเภท BOO (Build-Own-Operate)” รูปแบบนี้เอกชนผู้ลงทุนจะจัดหาแหล่งเงินทุนก่อสร้างถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่าง ๆ ในโครงการ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้วเอกชนผู้ลงทุนจะคงเป็นเจ้าของและดำเนินการบริหารงานต่อไปจนครบอายุสัญญา โดยไม่มีการโอนทรัพย์สินให้แก่หน่วยงานของรัฐ²⁰

รูปแบบดังกล่าวจะมีลักษณะที่เชิญชวนให้เอกชนเข้าร่วมโครงการได้มาก เช่นเดียวกับรูปแบบ BOT ตัวอย่างของรูปแบบนี้ เช่น โครงการท่อขนส่งผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย โดยอาศัยสิทธิการระงับยอมในการวางท่อน้ำมันของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย

จากรูปแบบของสัญญาสัมปทานตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าภาครัฐและภาคเอกชนผู้ลงทุนจะทำสัญญาสัมปทานในรูปแบบใด ข้อควรคำนึงถึง คือ ผลกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ ไม่ควรให้เอกชนผู้ลงทุนรายใดได้รับผลตอบแทนเป็นกำไรที่มากเกินไปเกินสมควร มิฉะนั้นจะเป็นไปในลักษณะที่เอาเปรียบประชาชน ดังนั้นเพื่อป้องกันการค้ำกำไรเกินควรรัฐอาจจะระบุไว้ในเงื่อนไขของสัญญาได้ เช่น สัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ระหว่าง กรมทางหลวงกับบริษัท คอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด (ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน)) ข้อความในสัญญาข้อ 26.1 วรรคแรก ระบุว่า “บริษัทตกลงจะแบ่งรายได้ โดยจ่ายเป็นรายเดือนให้แก่กรมทางหลวงเริ่มตั้งแต่ปีที่สี่สิบสอง (๒๒) ของอายุสัมปทานติดต่อกันเป็นต้นไปเป็นจำนวนร้อยละสี่สิบ (20) ของรายได้ก่อนหักรายจ่ายประจำเดือนนั้นๆ โดยจะชำระภายในสิบ (๑๐) วัน นับจากวันสิ้นเดือนหนึ่งๆ แต่จำนวนรวมทั้งปีของเงินที่จ่ายเป็นรายเดือนนี้ในปีหนึ่งๆ จะต้องเท่ากับร้อยละห้าสิบ (๕๐) ของกำไรสุทธิประจำปีนั้นๆ”

26.1 วรรคสองระบุว่า “หากปรากฏว่ารายได้ที่จ่ายให้กรมทางหลวงรวมทั้งปีตามวรรคแรกน้อยกว่าหรือมากกว่าร้อยละห้าสิบ (๕๐) ของกำไรสุทธิประจำปีนั้น บริษัทและกรมทางหลวงจะต้องทำความตกลงร่วมกันกำหนดวิธีจ่ายเงินเพิ่มเติมหรือจ่ายเงินคืนให้แก่คู่สัญญาต่อไป การทำความตกลงร่วมกันนี้ให้กระทำแล้วเสร็จภายในสิบห้า (๑๕) วันนับแต่การตรวจสอบบัญชีประจำปีนั้นเสร็จแล้ว” ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องผลตอบแทนถึงสองครั้ง โดยในครั้งแรกได้มีการแก้ไขโดยได้เพิ่มเติมผลประโยชน์ที่จะให้แก่ภาครัฐมากขึ้นตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน 2538 ดังนี้

²⁰ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. เล่มเดิม. หน้า 46.

“2. สำหรับผลประโยชน์ที่บริษัทจะให้แก่กรมทางหลวงระหว่างปีที่ 22 (ยี่สิบสอง) ถึงปีที่ 25 (ยี่สิบห้า) ตามข้อ 26.1 ของสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้น บริษัทตกลงจะแบ่งผลประโยชน์ให้แก่กรมทางหลวงเพิ่มขึ้นจากเดิมซึ่งเท่ากับร้อยละห้าสิบ (50) ของกำไรสุทธิประจำปีนั้นๆ เป็นร้อยละหกสิบ (60) ของกำไรสุทธิของปีนั้นๆ หรือร้อยละสิบ (10) ของรายได้ค่าผ่านทางก่อนหักรายจ่าย แล้วแต่ตัวเลขใดจะสูงกว่ากัน โดยบริษัทจะต้องแบ่งผลประโยชน์ในส่วนที่มากกว่าให้แก่กรมทางหลวง”

“เพื่อวัตถุประสงค์ในการคำนวณผลประโยชน์ที่บริษัทจะให้แก่กรมทางหลวง คำว่า “กำไรสุทธิ” ให้ความหมายถึงกำไรสุทธิหลังจากหักภาษีเงินได้นิติบุคคลแล้ว ตามที่ผู้สอบบัญชีกรมทางหลวงเห็นชอบได้ให้การรับรอง อย่างไรก็ตามก่อนที่จะถึงเวลาคำนวณกำไรสุทธิในแต่ละปีของบริษัทดังกล่าว บริษัทยังคงต้องมีหน้าที่แบ่งรายได้โดยทยอยจ่ายเป็นรายเดือนให้แก่กรมทางหลวงตามจำนวน และระยะเวลาที่กำหนดในข้อ 26.1 ของสัญญาสัมปทาน”

“3. นอกเหนือจากผลประโยชน์ดังกล่าวข้างต้น บริษัทตกลงจะให้ผลประโยชน์เพิ่มเติมแก่กรมทางหลวงอีก ในกรณีหากผู้ถือหุ้นได้รับผลตอบแทนการลงทุน (Internal Rate of Return on Equity (IRRE)) (โดยคำนึงถึงส่วนลงทุนเพิ่มขึ้นของผู้ถือหุ้น) เกินร้อยละยี่สิบ (20) ในปีใดแล้ว บริษัทจะแบ่งส่วนผลตอบแทนการลงทุนในส่วนที่เกินร้อยละยี่สิบ (20) ต่อปีดังกล่าวให้แก่กรมทางหลวง โดยจะแบ่งให้ผู้ถือหุ้นร้อยละหกสิบ (60) และแบ่งให้แก่กรมทางหลวงร้อยละสี่สิบ(40) เพื่อวัตถุประสงค์ในการคำนวณผลตอบแทนการลงทุนดังกล่าว ในการคำนวณรายรับที่ผู้ถือหุ้นได้รับ จะนำรายรับมาคำนวณผลตอบแทนการลงทุนโดยเมื่อระยะเวลาผ่านไปผลตอบแทนการลงทุนจะเพิ่มมากขึ้น จนถึงจุดที่ทำให้ผลตอบแทนการลงทุนเท่ากับร้อยละยี่สิบ (20) ซึ่งจะต้องนำมาแบ่งให้ผู้ถือหุ้นและแบ่งให้แก่กรมทางหลวงในปีนั้น และในปีต่อไปทุกปีจนถึงระยะเวลาสิ้นสุดอายุสัมปทานตามสัญญาสัมปทานทางหลวง ทั้งนี้ระยะเวลาการจ่ายเงินให้แก่กรมทางหลวงให้กระทำภายในสิบห้า (15) วัน นับแต่การตรวจสอบบัญชีประจำปีนั้นแล้วเสร็จและตัวอย่างในการคำนวณผลตอบแทนการลงทุนให้เป็นไปตามที่กำหนดในเอกสารแนบท้ายบันทึกข้อตกลงนี้ (เอกสารหมายเลข1)”

ต่อมาได้มีการแก้ไขในเรื่องผลตอบแทนครั้งที่สองตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ตอนเมือง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 (แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบันทึกข้อตกลงฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน 2538) ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ดังนี้

“ข้อ 13 ผลประโยชน์ที่จะให้แก่กรมทางหลวง

ให้นำความในข้อ 26 ตามสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม มาใช้บังคับกับระยะเวลาสัมปทานที่กำหนดขึ้นใหม่ ตามบันทึกข้อตกลงฉบับนี้โดยอนุโลม โดยเริ่มนับอายุสัมปทานตั้งแต่วันที่ลงนามในบันทึกข้อตกลงนี้” จากเงื่อนไขในสัญญาดังกล่าวเป็นไปในลักษณะที่หากเอกชนได้กำไรมากไปกว่าที่คาดหวังไว้ก็ต้องแบ่งส่วนดังกล่าวกลับคืนให้กับภาครัฐด้วย และในทางกลับกันหากเอกชนได้รับผลประโยชน์หรือกำไรน้อยไปกว่าที่คาดหวังไว้ตามสัญญารัฐก็ต้องจ่ายเงินคืนส่วนแบ่งให้แก่เอกชนคู่สัญญา และมีกรณีแก้ไขสัญญาถึงสองครั้งโดยในแต่ละครั้งนั้นให้ผลตอบแทนแก่ภาครัฐเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ ซึ่งทำให้เห็นว่าเป็นไปตามหลักของการบริการสาธารณะของรัฐที่มีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีหลักการ 3 ประการ คือ 1. หลักความเสมอภาค 2. หลักความต่อเนื่อง 3. หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง กับทั้งยังทำให้เกิดความสมดุลและให้ความเป็นธรรมแก่เอกชนคู่สัญญาที่เป็นผู้เสียสละเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐให้มีกำไรอันพอสมควรแก่การเข้ามาดำเนินกิจการให้บริการทางหลวงสัมปทานหรือกิจการสัมปทานทางหลวงนั่นเอง

2.2.3 องค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาสัมปทาน

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า สัญญาสัมปทานนั้นมีความหลากหลายทั้งด้านรูปแบบและวัตถุประสงค์ แต่สัญญาสัมปทานที่มีความสำคัญมากที่สุดมักจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงเฉพาะส่วนของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ โดยจะขอกล่าวถึงองค์ประกอบที่สำคัญดังนี้

2.2.3.1 ลักษณะของคู่สัญญา

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นภาครัฐ ซึ่งอาจเป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจก็ได้ ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นภาคเอกชน ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ หรืออาจจะเป็นกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นโดยไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย เช่น กิจการร่วมค้า (Joint Venture) ซึ่งเป็น “การร่วมดำเนินธุรกิจ หรือร่วมลงทุนระหว่างบุคคลหรือนิติบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรมาแบ่งปันหรือแบ่งผลผลิตกัน โดยการร่วมทุนนี้อาจจะเป็นการนำเงินทุนเข้ามาร่วมกัน หรือเป็นการนำเครื่องจักรหรือเทคโนโลยี

เข้าร่วมกันได้ นอกจากนี้แล้วยังเป็นการร่วมลงทุนในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งหรือเพื่อดำเนินกิจการใด กิจการหนึ่ง เมื่องานหรือโครงการลงทุนนั้นสำเร็จ การร่วมลงทุนก็สิ้นสุด”²¹

เนื่องจากการที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เป็นภาครัฐ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นภาคเอกชน จากลักษณะสัญญาของคู่สัญญาจะเห็นว่า มีสถานะ ที่แตกต่างกัน ซึ่งในขั้นตอนการทำสัญญาคู่สัญญาภาครัฐย่อมมีอำนาจเหนือภาคเอกชน กล่าวคือ ภาครัฐเป็นผู้ดำเนินการเลือกเอกชนรายหนึ่งรายใดเข้าทำสัญญา โดยเอกชนนั้นจะต้องมีคุณสมบัติ ครบถ้วน และดำเนินการตามขั้นตอนที่ภาครัฐกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามภาครัฐก็ต้องปฏิบัติตนให้อยู่ ภายใต้อำนาจของกฎหมายด้วย กฎหมายดังกล่าว อาทิเช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าเมื่อคู่สัญญาภาครัฐได้ยอมสละอำนาจ หน้าที่เพื่อผูกพันตนกับเอกชนตามข้อสัญญาตามที่ได้มีการเจรจาตกลงกัน ก่อนที่จะลงนามในสัญญา ก็ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือภาคเอกชน ก็ต้องชดเชยค่าเสียหายตามสัญญาตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาจะนำเอาสถานะของความเป็นรัฐ มาปฏิเสธความรับผิดตามสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่สัญญาภาคเอกชนในฐานะผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ ก็จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาเช่นเดียวกันเพื่อประโยชน์ของประชาชน และต้องดำเนินการ โดยตนเองจะโอนกิจการให้แก่ผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากภาครัฐไม่ได้ เนื่องจากการที่ภาครัฐ จะคัดเลือกเอกชนรายใดให้เข้ามาดำเนินการนั้นย่อมพิจารณาแล้วว่าเป็นผู้มีความสามารถ และมี ทุนที่จะดำเนินการสาธารณะได้ และแม้ว่าในกรณีผู้รับสัมปทานถึงแก่ความตาย การที่ผู้รับมรดก จะเข้าไปดำเนินการต่อไปก็ต้องได้รับอนุญาตจากฝ่ายภาครัฐซึ่งเป็นผู้ให้สัมปทานเสียก่อน²²

2.2.3.2 เป็นสัญญาต่างตอบแทน

สัญญาต่างตอบแทนเป็นสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าของหนี้ และลูกหนี้ ซึ่งกันและกัน²³ ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 369 ว่า ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือ

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2535). คู่มือในการเจรจาต่อรองการทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างนักลงทุนไทย กับต่างประเทศ. หน้า 13.

²² รัตนา เล็กสมบูรณ์ไทย. (2535). สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ. หน้า 40-41.

²³ คาราพร ธีระวัฒน์. (2542). กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 30.

ขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะถือเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันภายใต้สัญญาที่ได้มีการตกลงกันไว้ อีกทั้งได้รับประโยชน์ตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยฝ่ายรัฐจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินกิจการสาธารณะของเอกชน ซึ่งประโยชน์ที่จะได้รับนั้นจะขึ้นอยู่กับข้อตกลงตามสัญญา ส่วนฝ่ายเอกชนผู้ลงทุนจะได้รับประโยชน์จากทางภาครัฐคือ ได้รับสิทธิในการเข้ามาดำเนินกิจการสาธารณะ โดยผลตอบแทนที่ได้คือการเข้าใช้บริการของประชาชนและได้รับเงินกำไรจากการให้บริการ

2.2.3.3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา

จากองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะดังได้กล่าวไว้แล้วว่ามีลักษณะสำคัญอย่างไรบ้าง ต่อไปผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งมีกฎหมายที่สำคัญดังนี้

1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึงบรรพ 3 ซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่บทของสัญญาทุกประเภท อันคู่สัญญามีหนี้อันพึงชำระต่อกัน ตามที่ได้ตกลงกันไว้

2) กฎหมายพิเศษอื่นๆ เช่น

(1) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่บทของการให้สัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย โดยกำหนดประเภทของกิจการสาธารณูปโภคและกิจการสาธารณะอันเกี่ยวกับสวัสดิภาพของประชาชนว่าเอกชนจะเข้ามาดำเนินกิจการประเภทใดได้บ้าง²⁴

(2) พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อให้หน่วยงานของรัฐในแต่ละหน่วยงานใช้บังคับกับการดำเนินการของตน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ซึ่งการให้สัมปทานของแต่ละหน่วยงานจะต้องดำเนินการตามที่มีพระราชบัญญัติกำหนดไว้ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอื่นๆ ที่ได้กำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการกับหน่วยงานภาครัฐ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535²⁵

²⁴ กฤษณ์ชเทพ ทองสิน. (2541). สัญญาทางปกครองในประเทศไทย: ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง. หน้า 26.

²⁵ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. เล่มเดิม. หน้า 7.

(3) ระเบียบในการคัดเลือกคู่สัญญาตามขั้นตอนของรัฐ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดการให้จัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไว้ ซึ่งกำหนดวงเงินไว้โดยทั่วไปที่มีวงเงินตามสมควรต้องจัดทำโดยวิธีประกวดราคาเพราะเป็นวิธีที่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนสามารถเข้าแข่งขันราคากันได้²⁶

2.2.4 ข้อแตกต่างของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและสัญญาระหว่างเอกชน

จากการศึกษาลักษณะของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ทำให้ทราบว่า สัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาที่ทำระหว่างเอกชนในหลายกรณี ดังนี้

ก. ข้อแตกต่างในสถานะของคู่สัญญา

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน สถานะของคู่สัญญาจึงมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ฝ่ายรัฐจะมีสถานะที่เหนือกว่าเอกชนโดยเอกชนรายใดจะเข้าทำงานกับภาครัฐต้องผ่านกระบวนการ ขั้นตอนตามที่ได้กำหนดไว้ภายใต้กรอบของกฎหมาย และรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่า มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐต้องการ แต่สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต่างก็เป็นเอกชนด้วยกัน ดังนั้นสถานะของคู่สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันจึงมีความเท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเจตนาถูกต้องตรงกันและสามารถทำสัญญากันได้ ภายใต้วิธีการและเงื่อนไขที่เป็นอิสระไม่มีข้อจำกัดซึ่งถูกกำหนดไว้ก่อน

ข. ข้อแตกต่างในลักษณะของสัญญา

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนเพื่อกิจการสาธารณะ ซึ่งจะมีประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นส่วนใหญ่ เช่น สัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย สัญญาให้สิทธิเอกชนเข้ามาก่อสร้างและดำเนินกิจการประปาโดยมีอำนาจเก็บค่าน้ำจากประชาชนหรือสัญญาสัมปทานทางหลวงของกรมทางหลวง²⁷ และหากพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ได้ให้คำนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ไว้ดังนี้

²⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2543). สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. หน้า 87.

²⁷ คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2533, สิงหาคม). “สัญญาสัมปทาน.” วารสารอัยการ, 13, 150. หน้า 191.

มาตรา 3 บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากธรรมชาติ”

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้ให้คำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่หน่วยงานของรัฐได้กระทำขึ้นภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาดำเนินกิจการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค²⁸

ดังนั้น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันนั้น ไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชน คู่สัญญาต่างคำนึงผลประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการทำสัญญาเท่านั้นเนื่องจากเอกชนมิได้มีหน้าที่ในการจัดทำสาธารณูปโภค หรือให้บริการสาธารณะกับประชาชน

ค. ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายที่บังคับใช้

จากหัวข้อที่แล้วได้กล่าวถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ จะเห็นได้ว่ามีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาระหว่างเอกชนที่ทำกันโดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นการเกิดของสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การสิ้นสุดสัญญา รวมทั้งการระงับข้อพิพาท เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่กรมทางหลวงทำขึ้นกับบริษัทเอกชน จะมีพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 7 ที่ให้อำนาจกรมทางหลวงทำสัญญากับเอกชนได้ ฯลฯ ซึ่งสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นหากเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะต้องฟ้องคดีไปยังศาลปกครอง²⁹ และหลักกฎหมายที่นำมาพิจารณานั้นคือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนที่มีใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น กรมทางหลวงว่าจ้างให้เอกชนก่อสร้างอาคาร สำนักงาน หรือสัญญาจัดซื้อยางแอสฟัลท์ของกรมทางหลวง เป็นต้น สัญญาเหล่านี้หากมีข้อพิพาทก็จะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและหลักกฎหมายที่จะนำมาพิจารณาคัดสินคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและหลักกฎหมายที่นำมา

²⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 84.

²⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 9 (4) ระบุว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

พิจารณา คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนซึ่งมิใช่เพื่อให้บริการสาธารณะ

จากการศึกษาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในกิจการสัมปทานทางหลวงของประเทศไทยในบทนี้ทำให้เข้าใจถึงลักษณะของกิจการสัมปทานทางหลวง รวมถึงสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในกิจการสัมปทานทางหลวงตลอดทั้งข้อแตกต่างระหว่างสัญญาสัมปทานกิจการสัมปทานทางหลวงที่กรมทางหลวงได้ทำกับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาต่อไปในอนาคต

บทที่ 3

วิเคราะห์สัญญาสัมปทานกิจการสัมปทานทางหลวง ของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน)

ในบทนี้ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์สัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างกรมทางหลวง และบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) โดยสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงอันเป็นการบริการทางหลวงสัมปทาน ซึ่งจัดทำเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม พ.ศ. 2532 รวมทั้งข้อตกลงต่อท้ายสัญญาที่ได้จัดทำไว้ 2 ครั้ง มาประกอบการพิจารณาวิเคราะห์สัญญา โดยจะวิเคราะห์ตั้งแต่รูปแบบของสัญญา สถานะของคู่สัญญา ตลอดจนสาระสำคัญของสัญญา อาทิเช่น การดำเนินการเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน อายุสัญญา และส่วนแบ่งรายได้ ตามลำดับดังนี้

สัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง โดยมี

3.1 รูปแบบของสัญญา

การจัดทำสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการสัมปทานทางหลวงนั้น เป็นสัญญาที่กรมทางหลวงตกลงอนุญาตให้บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงอันเป็นการให้บริการทางหลวงสัมปทานในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง โดยมีอาณาเขตพื้นที่สัมปทานตามสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 2 พื้นที่สัมปทาน มีรายละเอียดดังนี้

ข้อ 2.1 พื้นที่สัมปทานมีอาณาเขตตามที่กำหนดไว้ดังต่อไปนี้

(1) เขตของพื้นที่สัมปทานโดยประมาณ ได้แก่

ด้านทิศใต้ : ที่ กม. 5+700 ของทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31

ด้านทิศเหนือ : ที่ กม. 21+100 ของทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31

(2) เขตด้านข้างของพื้นที่สัมปทาน ได้แก่ เขตที่ดินทางหลวงที่มีอยู่เดิมตามที่

กำหนดไว้ในผนวก ก ท้ายสัญญานี้ และตามที่ขยายเพิ่มเติมจากการจัดให้มีที่ดินเพิ่มเติม

ข้อ 2.2 พื้นที่สัมปทานรวมทั้งที่ดินเพิ่มเติม ซึ่งจะต้องจัดให้มีนั้น จะต้องปลอดภาระติดพันและสิทธิต่างๆ ของบุคคลที่สาม ซึ่งอาจจะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการก่อสร้างทางหลวงสัมปทานในเวลาส่งมอบให้แก่บริษัทตามที่กำหนดไว้ในข้อ 8

ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 จำนวน 2 ครั้ง โดยเฉพาะการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 (แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบันทึกข้อตกลงฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน 2538) ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 1.2.1 ในเรื่องขอบเขตของโครงการตั้งแต่ ข้อ 1.2.1.1 ถึงข้อ 1.2.1.5 โดยวัตถุประสงค์ของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาในครั้งนี้ นี้ก็เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจรคับคั่งบริเวณหน้าท่าอากาศยานนานาชาติกรุงเทพและบนถนนวิภาวดีรังสิต กรมทางหลวงจึงอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งรัฐบาลโดยคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบในหลักการโดยใช้วิธีการคัดเลือกให้เอกชนลงทุนและให้เจรจากับผู้รับสัมปทานเดิม และผู้รับสัมปทานได้ยื่นข้อเสนอเพื่อรับสัมปทานต่อคณะกรรมการคัดเลือกแล้ว จึงให้บริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) เป็นผู้รับสัมปทานลงทุนก่อสร้างทางหลวงสัมปทานด้านทิศเหนือจากบริเวณท่าอากาศยานนานาชาติกรุงเทพฯ ที่คอนเมืองถึงบริเวณหน้ากองทัพอากาศช่วง กม. 21+000-กม.26+700 พร้อมทั้งเชื่อมต่อทางหลวงสัมปทานเข้ากับอาคารผู้โดยสารของท่าอากาศยานนานาชาติกรุงเทพฯ และเชื่อมต่อทางหลวงสัมปทานเข้ากับระบบทางด่วนของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยที่ดินแดง

นอกจากนั้นในส่วนของค่าเช่าพื้นที่สัมปทานตามข้อ 2.1 และ 2.2 ยังกำหนดไว้ในข้อ 2.3 ว่าบริษัทจะต้องจ่ายค่าเช่าเต็มจำนวนครั้งเดียวตลอดอายุสัมปทานนี้เป็นจำนวน 200,000 บาท (สองแสนบาทถ้วน) สำหรับที่ดินเขตทางหลวงที่มีอยู่เดิม เงินดังกล่าวนี้จะจ่ายเมื่อใดก็ได้ แต่ต้องจ่ายก่อนลงมือก่อสร้างทางหลวงสัมปทาน ซึ่งหมายความว่า ค่าเช่าพื้นที่สัมปทานนั้นจะต้องจ่ายเป็นจำนวนเต็มครั้งเดียวก่อนลงมือก่อสร้างทางหลวงสัมปทานนั่นเอง ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 แก้ไขโดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 5. เรื่องค่าเช่าที่ดิน โดยกำหนดให้ผู้รับสัมปทานจ่ายค่าเช่าที่ดินของกรมทางหลวงที่จะใช้ในการก่อสร้างทางหลวงสัมปทานต่อขยายทางด้านทิศเหนือให้แก่กรมทางหลวงอีกเป็นเงิน 100,000 บาท (หนึ่งแสนบาทถ้วน) ตลอดอายุสัมปทานในวันลงนามในบันทึกข้อตกลงฉบับนี้และเงินค่าเช่าที่ดินดังกล่าวนี้ จะไม่มีการคืนให้ไม่ว่าจะเกิดกรณีใดๆ ทั้งสิ้น กับทั้งสัญญาสัมปทานยังให้สิทธิผู้รับสัมปทาน

โดยมีกำหนดระยะเวลาให้สิทธิแก่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เป็นระยะเวลาถึง 25 ปี ดังข้อสัญญาข้อ 23.1 ตามสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ซึ่งระบุไว้ดังนี้

ข้อ 23.1 “สัมปทานนี้ให้มีอายุยี่สิบห้า (25) ปีติดต่อกัน เริ่มตั้งแต่วันที่สัญญาจะมีผลบังคับกรมทางหลวงจะไม่บอกเลิกสัมปทานในระหว่างอายุสัมปทาน เว้นแต่ที่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญานี้”

นอกจากนี้สัญญาสัมปทานฉบับนี้ยังกำหนดให้มีการขยายอายุสัมปทานด้วยดังนี้

ข้อ 23.2 “อายุสัมปทานให้ขยายได้ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานนี้”
 ดังนั้นบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จึงได้รับสิทธิในการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวง ซึ่งถือเป็นการให้บริการสาธารณะแทนกรมทางหลวง ตลอดระยะเวลา 25 ปี ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการดำเนินกิจการของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ก็คือประชาชนผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน และจากการที่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ประกอบกิจการสัมปทานทางหลวงซึ่งอยู่ในภาคเอกชน ส่วนกรมทางหลวงเป็นหน่วยงานภาครัฐ รูปแบบของสัญญาจึงเป็นไปในลักษณะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะแบบ BTO (Build-Transfer-Operate) เห็นได้จากที่ระบุไว้ในบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ดังนี้

ข้อ 22. การโอนกรรมสิทธิ์ทางหลวงสัมปทาน

“ในวันลงนามในบันทึกข้อตกลงนี้ผู้รับสัมปทานยินยอมให้กรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานเดิม รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในพื้นที่สัมปทานเดิมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ และเมื่อผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางหลวงสัมปทานต่อเนื่องทางด้านทิศเหนือเสร็จเป็นบางส่วนหรือแล้วเสร็จทั้งหมด ให้กรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานส่วนที่แล้วเสร็จรวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้องทั้งหมดภายในพื้นที่สัมปทานตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐทันที แต่ทั้งนี้ผู้รับสัมปทานยังคงมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งรวมถึงหน้าที่ดูแลบำรุงรักษาตามที่กฎหมายและตามข้อความในบันทึกข้อตกลงและสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิมทุกประการ”

ข้อ 25. การบังคับใช้สัญญา

“บันทึกข้อตกลงฉบับนี้ ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม แต่ทั้งนี้ ข้อกำหนดของสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิมซึ่งมิได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบันทึกข้อตกลงฉบับนี้ ให้ใช้บังคับกับทางหลวงสัมปทานต่อเนื่องทางด้านทิศเหนือ โดยอนุโลมและเพียงพอที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบันทึกข้อตกลงฉบับนี้ และข้อกำหนดในบันทึกข้อตกลงฉบับนี้ที่มีได้ขัดหรือแย้ง

กับสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม ให้ใช้บังคับกับทางหลวงสัมปทานโดยอนุโลมด้วย ทั้งนี้เว้นแต่ข้อความในบันทึกข้อตกลงนี้จะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น”

ตามข้อ 22 และข้อ 25 ที่กล่าวมานี้มีคำในข้อสัญญาที่บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ให้ความหมายไว้เพื่อให้เกิดความเข้าใจและป้องกันการตีความที่สับสน ดังนี้

ข้อ 1.1.2 คำว่า “ผู้รับสัมปทาน” ในบันทึกข้อตกลงนี้ให้หมายถึง “บริษัท” ตามสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม

ข้อ 1.1.3 คำว่า “ทางหลวงสัมปทานเดิม” หมายถึง ทางหลวงสัมปทานที่ก่อสร้างตามสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม

ข้อ 1.1.4 คำว่า “สัมปทานเดิม” หมายถึง สัมปทานทางหลวงตามสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม

ข้อ 1.1.5 คำว่า “สัมปทานนี้” หมายถึง สัมปทานทางหลวงตามบันทึกข้อตกลงนี้

ข้อ 1.1.6 คำว่า “สัมปทานทางหลวงตอนต่อขยายทางด้านทิศเหนือ” หมายถึง สัมปทานทางหลวงตามบันทึกข้อตกลงนี้

อนึ่งในการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ซึ่งเป็นสัญญาสัมปทานทางหลวงสายนี้ฉบับแรกได้นั้น ข้อสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับแรกนี้กำหนดไว้ว่าให้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานได้ โดยทำข้อตกลงเป็นหนังสือระหว่างคู่สัญญาและโดยพิธีการเช่นเดียวกับการทำสัญญาสัมปทานฉบับแรก ดังนี้

ข้อ 35.3 สัญญาสัมปทานฉบับนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ โดยทำข้อตกลงเป็นหนังสือระหว่างคู่สัญญานี้ขึ้น และโดยพิธีการเช่นเดียวกับการทำสัญญาสัมปทานฉบับนี้

โดยตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ก็ได้ระบุถึงการแก้ไขตามบันทึกข้อตกลงฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 นี้ ให้เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับ ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ด้วย ดังนี้

ข้อ 1.1.1 บันทึกข้อตกลงนี้ให้ถือเป็นสัญญาแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ซึ่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน 2538

ซึ่งต่อไปในสัญญาให้รวมเรียกว่า “สัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม” และให้ถือว่าบันทึกข้อตกลงฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม

นอกจากนี้ตามสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ยังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ข้อ 8. การมอบพื้นที่สัมปทานให้แก่บริษัท

“ที่ดินในเขตทางหลวงที่มีอยู่เดิมอันเป็นส่วนหนึ่งของพื้นที่สัมปทานตามที่ระบุไว้ในข้อ 2 นั้น จะต้องส่งมอบให้แก่บริษัทเมื่อบริษัทร้องขอ และที่ดินเพิ่มเติมบรรดาที่จำเป็นเพื่อการก่อสร้าง การประกอบการและบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานนี้ จะต้องจัดให้ได้มาตามเวลาที่ต้องการเพื่อให้งานทางด้านวิศวกรรมและการก่อสร้างทางหลวงสัมปทานดำเนินไปตรงตามหมายกำหนดการโดยไม่หยุดชะงัก”

ข้อ 16. การบำรุงรักษา

“บริษัทจะต้องบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานรวมทั้งอุปกรณ์โครงสร้างและสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ให้อยู่ในสภาพที่ดีทุกเมื่อ โดยต้องทำการบำรุงปกติ การบำรุงตามกำหนดเวลา การบำรุงพิเศษและบูรณะปรับปรุงตามมาตรฐานของกรมทางหลวงและวิธีปฏิบัติโดยทั่วไป ในกรณีที่บริษัทไม่บำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานตามควร ให้กรมทางหลวงมีสิทธิสั่งให้บริษัททำการแก้ไขซึ่งบริษัทจะต้องปฏิบัติโดยไม่ชักช้า”

ข้อ 24. การส่งมอบทางหลวงสัมปทานเมื่อสิ้นสุดสัมปทาน

24.1 เมื่ออายุสัมปทานได้สิ้นสุดลง บริษัทต้องคืนสัมปทาน รวมทั้งส่งมอบพื้นที่สัมปทานทางหลวงสัมปทาน อาคารและสิ่งปลูกสร้างทั้งหมดภายในพื้นที่สัมปทานในสภาพตามที่เป็นอย่างอยู่ในให้แก่กรมทางหลวงโดยไม่คิดมูลค่าใดๆ และต้องส่งมอบเครื่องอุปกรณ์ คู่มือปฏิบัติงาน เอกสารทางเทคนิค และอุปกรณ์ในการดำเนินการและบำรุงรักษาทั้งหมด บรรดาที่เกี่ยวข้องให้แก่กรมทางหลวงด้วย

24.2 อย่างน้อยหนึ่ง (1) ปีก่อนสิ้นสุดอายุสัมปทาน คู่สัญญานี้จะต้องประชุมปรึกษาหารือกันและตกลงแผนงานการส่งมอบทางหลวงสัมปทาน เพื่อให้การส่งมอบทางหลวงสัมปทานดำเนินไปโดยเป็นระเบียบเรียบร้อยและไม่มีข้อขัดข้องใดๆ เกิดขึ้นในการประกอบการและการบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทาน

ข้อ 26. ผลประโยชน์ที่จะให้แก่กรมทางหลวง

26.1 บริษัทตกลงจะแบ่งรายได้ โดยจ่ายเป็นรายเดือนให้แก่กรมทางหลวง เริ่มตั้งแต่ปีที่สิบสอง (22) ของอายุสัมปทานติดต่อกันเป็นต้นไป ในจำนวนร้อยละยี่สิบ (20) ของรายได้ก่อนหักรายจ่ายประจำเดือนนั้นๆ โดยจะชำระภายในสิบ (10) วันนับจากวันสิ้นเดือนหนึ่งๆ

แต่จำนวนรวมทั้งปีของเงินที่จ่ายเป็นรายเดือนในปีหนึ่งๆ จะต้องเท่ากับร้อยละห้าสิบ (50) ของกำไรสุทธิประจำปีนั้นๆ

หากปรากฏว่ารายได้ที่จ่ายให้กรมทางหลวงรวมทั้งปีตามวรรคแรกน้อยกว่าหรือมากกว่าร้อยละห้าสิบ (50) ของกำไรสุทธิประจำปีนั้นๆ บริษัทและกรมทางหลวงจะต้องทำความตกลงร่วมกัน กำหนดวิธีจ่ายเงินเพิ่มเติมหรือจ่ายเงินคืนให้แก่คู่สัญญาต่อไป การทำความตกลงร่วมกันนี้ให้กระทำให้แล้วเสร็จภายในสิบห้า (15) วันนับแต่การตรวจสอบบัญชีประจำปีนั้นๆ เสร็จแล้ว

บริษัทและกรมทางหลวงจะร่วมกันแต่งตั้งผู้สอบบัญชีรับอนุญาตขึ้น โดยค่าใช้จ่ายของบริษัทแต่ผู้เดียว เป็นผู้ตรวจสอบบัญชีประจำปีของบริษัทนับตั้งแต่วันเริ่มเปิดการจราจรทางหลวงสัมปทานตลอดสายเพื่อเก็บค่าผ่านทางจนถึงอายุสัมปทาน

26.2 ไม่ว่าความของข้อ 26.1 จะกล่าวไว้เป็นประการใด รายได้ค่าผ่านทางทั้งหมดเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัทแต่ผู้เดียว

จะเห็นว่าการระบุสาระสำคัญของสัญญาไปในทางที่เป็นประโยชน์กับภาครัฐ เพราะถือเป็นการให้บริการสาธารณะที่รัฐต้องกำกับดูแล ดังนั้นทรัพย์สินที่บริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ลงทุนสร้างนั้นเมื่อบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ดำเนินการแล้วเสร็จ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปเป็นของกรมทางหลวงทันที แต่บริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้สิทธิในการใช้ทรัพย์สิน พร้อมทั้งต้องบำรุงรักษาทรัพย์สินที่บริษัทจัดหาด้วย และในขณะเดียวกันกรมทางหลวงซึ่งมิได้เป็นผู้ลงทุนสร้างทรัพย์สินนั้นก็สามารการใช้สิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่บริษัทลงทุนสร้าง แม้จะเป็นเพียงส่วนที่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เหลือจากการดำเนินกิจการและให้บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ช่วยบริหารผลประโยชน์ก็ตาม กล่าวโดยสรุปก็คือกรมทางหลวงได้รับประโยชน์จากรูปแบบสัญญา BTO กล่าวคือ มิต้องเป็นผู้ลงทุนในทรัพย์สิน แต่นำทรัพย์สินดังกล่าวมาแสวงหาประโยชน์ได้ในอีกส่วนหนึ่ง

3.2 คู่สัญญา

การให้บริการสาธารณะในปัจจุบัน รัฐได้มีบทบาทและมีการจัดทำสัญญากับภาคเอกชนมากขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนของภาครัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน ทำสัญญากันเพื่อให้บริการสาธารณะ ซึ่งถือเป็นสัญญาทางปกครองจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชน¹ หากพิจารณา

¹ ดารารพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 31.

จากสัญญาอนุญาตให้บริการทางหลวงสัมปทานฉบับนี้ จะเห็นว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ กรมทางหลวง ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐ ได้ทำสัญญากับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีสถานะเป็นบริษัทเอกชนยอมทำให้กรมทางหลวงอยู่ในสถานะที่มีความเหนือกว่าบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จึงอาศัยสถานะที่เหนือกว่าเป็นตัวกำหนดให้บริษัทฯ ดำเนินการเป็นไปตามระบบขั้นตอน ทำให้บริษัทฯ ซึ่งเป็นผู้ประกอบการภาคเอกชนนั้นต้องประกอบการตามสัญญาอย่างเคร่งครัด เพราะเท่ากับเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของประชาชนผู้ใช้บริการด้วย

ในการกำหนดให้บริษัทฯ ดำเนินการอย่างเคร่งครัดนั้น จะเห็นได้จากสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 7 ข้อกำหนดของโครงการ แผนแบบขั้นต้น แผนแบบขั้นสุดท้าย ที่กำหนดว่า

7.1 บริษัทจะต้องจัดทำแผนแบบขั้นสุดท้ายของทางหลวงสัมปทาน ซึ่งจะต้องเป็นไปตามแผนแบบขั้นต้น และข้อกำหนดของโครงการ

7.2 แผนแบบขั้นสุดท้ายหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของแผนแบบดังกล่าวนี้ ที่บริษัทได้จัดทำขึ้น จะต้องส่งมอบให้แก่กรมทางหลวงเพื่ออนุมัติว่าถูกต้องกับแผนแบบขั้นต้น และข้อกำหนดของโครงการก่อนที่จะเริ่มงานก่อสร้าง กรมทางหลวงจะต้องอนุมัติแผนแบบขั้นสุดท้ายสำหรับทางหลวงแต่ละช่วงภายในสามสิบ (30) วันหลังจากวันเสนอขออนุมัติ

7.3 บริษัทอาจร้องขอต่อกรมทางหลวงให้แก้ไขหรือให้ยกเว้นรายการของแผนแบบขั้นต้นและ/หรือข้อกำหนดของโครงการ พร้อมเหตุผลทางด้านเทคนิคและ/หรือด้านประกอบการ กรมทางหลวงจะต้องไม่ปฏิเสธการอนุมัติโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ในกรณีที่กรมทางหลวงมิได้แจ้งการไม่อนุมัติพร้อมด้วยเหตุผลภายในสามสิบ (30) วันหลังจากได้รับคำร้องขอ ให้ถือว่ากรมทางหลวงอนุมัติการร้องขอคราวนั้น

7.4 บริษัทสัญญาว่า ระหว่างระยะเวลาก่อสร้าง บริษัทจะจัดตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะวางแผน นำมาตรการต่างๆ ไปดำเนินการ ตลอดทั้งติดตามมาตรการต่างๆ บรรดาที่จำเป็น เพื่อให้มีอุปสรรคหรือความไม่สะดวกน้อยที่สุดต่อการจราจรของยานยนต์ในถนนวิภาวดีรังสิต

จากข้อสัญญาดังกล่าวแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะมีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในการกำหนดกติกาในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นก็มิใช่ผลประโยชน์ร่วมกันเพราะนอกเหนือจากคู่สัญญาภาครัฐจะมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ให้บริการสาธารณะแล้ว ก็ยังให้ผลประโยชน์แก่ภาคเอกชนและภาคธุรกิจ โดยสนับสนุนส่งเสริมระบบเศรษฐกิจภายในประเทศทำให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อประเทศ และเป็นประโยชน์ของประชาชน ซึ่งนอกจากจะทำให้สัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว

ยังได้รับประโยชน์ตอบแทนจากคู่สัญญาภาคเอกชนด้วย และขณะเดียวกันการเข้าทำสัญญาของเอกชนก็มุ่งหวังผลประโยชน์ที่จะได้รับภายหลังการลงทุนประกอบกิจการ กล่าวคือ เอกชนต้องการผลกำไรเป็นการตอบแทนการลงทุน ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาธุรกิจรวมอยู่ในสัญญาเดียวกันแม้ว่าคู่สัญญาจะมีลักษณะที่แตกต่างกันในการเข้าทำสัญญา

3.3 สาระสำคัญของภายใต้ขอบเขตของสัญญา

ภายใต้ขอบเขตของสัญญานั้นผู้เขียนจะวิเคราะห์เริ่มตั้งแต่การดำเนินการ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน อายุสัญญา รวมถึงเรื่องของส่วนแบ่งรายได้ ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาดังต่อไปนี้

3.3.1 การดำเนินการ

การดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามสัญญา บริษัท ทางยกระดับคอนกรีต จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ลงเงินทุน ออกแบบทางด้านวิศวกรรมทั้งหมดในการดำเนินการก่อสร้างรวมทั้งบริษัทฯ มีหน้าที่ดำเนินการ ประกอบการต่างๆ บรรดาที่จะต้องกระทำตามปกติด้วย กับทั้งยังต้องบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานให้อยู่ในสภาพที่อำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนผู้ใช้ทาง และเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการด้วย ประกอบกับมีอำนาจควบคุมดูแลบริหารจัดการในเรื่องทั้งหลายตามสัญญานี้ด้วย ดังได้ระบุไว้ในสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 6 การจัดองค์กรของบริษัท ข้อ 6.1 และ 6.2 ว่า

6.1 บริษัทได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยแล้ว เพื่อลงทุน ออกแบบทางด้านวิศวกรรม ก่อสร้าง ประกอบการและบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทาน และเพื่อปฏิบัติการอื่นที่พึงประสงค์ตามที่ต่างๆ ซึ่งอาจจำเป็นหรือสะดวกในการปฏิบัติงานดังกล่าวข้างต้นตามกฎหมายไทย และตามสัญญาสัมปทานนี้

6.2 ภายในบังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บริษัทมีอำนาจกำกับควบคุมและจัดการแต่ผู้เดียวในเรื่องทั้งหลายที่พึงประสงค์ที่เกี่ยวกับสิทธิและภาระหน้าที่ของบริษัทตามสัญญาสัมปทานนี้ และในการดำเนินกิจการต่างๆ ของบริษัทตามที่พึงทำได้ตามข้อบังคับของบริษัท

ส่วนการเริ่มดำเนินการให้ประชาชนใช้บริการทางหลวงสัมปทานสายนี้เป็นหน้าที่ของบริษัทฯ ที่จะต้องร้องขอให้กรมทางหลวงทำการตรวจงานก่อสร้างนั้นว่าเป็นไปตามแบบแผนขั้นสุดท้ายและข้อกำหนดของโครงการหรือไม่เสียก่อน กับทั้งต้องดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการเปิดการจราจรด้วย ดังนี้คือ

ข้อ 11. การเปิดการจราจร

11.1 เมื่องานก่อสร้างส่วนที่สำคัญแล้วเสร็จ และจำเป็นต่อการเปิดใช้ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดหรือบางส่วน บริษัทจะร้องขอให้กรมทางหลวงทำการตรวจงานก่อสร้างนั้นว่าเป็นไปตามแผนแบบขั้นสุดท้ายและข้อกำหนดของโครงการ เมื่อได้รับรายงานผลการตรวจว่าถูกต้องแล้ว กรมทางหลวงจะต้องอนุญาตให้เปิดใช้ทั้งหมดหรือบางส่วนของทางหลวงสัมปทาน ในการจราจรตามมาตรา 21 ของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน

11.2 บริษัทมีสิทธิที่จะเปิดการจราจรในทางหลวงสัมปทานตลอดสายหรือบางส่วนและเก็บค่าผ่านทางในอัตราตามที่กำหนดไว้ในข้อ 20 เมื่อครบกำหนดสาม (3) เดือนนับจากวันที่บริษัทได้ร้องขอให้กรมทางหลวงทำการตรวจงานตามข้อ 11.1 เว้นแต่กรมทางหลวงแจ้งคัดค้านการเปิดใช้ทางหลวงสัมปทาน โดยอาศัยผลการตรวจงานของกรมทางหลวงซึ่งได้พบว่าการไม่เป็นไปตามแผนแบบขั้นสุดท้าย และข้อกำหนดของโครงการ หรือแผนแบบแก้ไขหรือข้อกำหนดที่อนุมัติแล้วตามความของข้อ 7.3

การก่อสร้างที่ผิดแผกไปเล็กน้อยหรือขาดตกบกพร่องเล็กน้อยหรือไม่สมบูรณ์เล็กน้อยซึ่งยอมให้มีได้ตามมาตรฐานของกรมทางหลวงและวิธีปฏิบัติโดยทั่วไปนั้นจะนำมาเป็นเหตุปฏิเสธไม่ได้

11.3 ก่อนบริษัทร้องขอให้กรมทางหลวงตรวจสอบงานแต่ละครั้ง บริษัทจะต้องจัดแบบแปลนแผนผังพิมพ์เขียวของการก่อสร้างจริงสำหรับส่วนของทางหลวงสัมปทานที่จะเปิดการจราจรให้แก่กรมทางหลวงสาม (3) ชุด และอีกหนึ่งชุดที่ใช้ทำพิมพ์เขียวได้

11.4 การเปิดใช้ทางหลวงสัมปทานส่วนต่างๆ ในการจราจรนั้นจะต้องคำนึงถึงการจัดการจราจรถึงท่าอากาศยานนานาชาติดอนเมืองเสมอ เพื่อบรรลุเป้าหมายดังกล่าวนี้ ระหว่างการรื้อถอนสะพานลอยเดิมและงานดัดแปลงแก้ไขตามทางแยกระดับพื้นต่างๆ นั้น บริษัทจะต้องเปิดทางหลวงสัมปทานส่วนที่สร้างเสร็จแล้วให้ยานพาหนะสามารถใช้เป็นทางสัญจรชั่วคราวโดยไม่เก็บค่าผ่านทางตามทางแยกที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะเปิดให้จราจรใช้เป็นทางการตามข้อ 11.1 หรือ ข้อ 11.2

ค. การประกอบการทางหลวงสัมปทาน

ข้อ 13. มาตรฐานการดำเนินการ

บริษัทจะประกอบการทางหลวงสัมปทานตามมาตรฐานการดำเนินการ ซึ่งจะตกลงกันทั้งสองฝ่าย ในเรื่องดังต่อไปนี้ เป็นกรณีๆ ไป คือ

ก. ส่วนของทางหลวงสัมปทานที่อยู่ในระหว่างการก่อสร้าง ซึ่งใช้เพื่อการจราจรชั่วคราว และ

ข. ส่วนของทางหลวงสัมปทานซึ่งสร้างเสร็จและเปิดใช้ในการจราจรตามข้อ 11.1 หรือ ข้อ 11.2 แล้ว

ข้อ 14. การปิดและจำกัดการจราจร

14.1 ในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยหรือมีกรณีฉุกเฉินเกิดขึ้น ซึ่งจำเป็นต้องปิดการจราจร บริษัทอาจจะปิดหรือจำกัดการใช้ทางหลวงสัมปทาน และจะแจ้งให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องทราบ โดยทันที

14.2 เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉิน หากบริษัทเห็นว่าจำเป็นต้องจำกัดการจราจร เนื่องจากงานบำรุงรักษาหรืองานซ่อมแซม ซึ่งจะต้องทำตามกำหนดเวลา บริษัทต้องแจ้งให้กรมทางหลวงทราบล่วงหน้าอย่างน้อยสอง (2) สัปดาห์

และจากข้อสัญญาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าอำนาจในการดำเนินการทางการบริหารจัดการ ดำเนินการทางธุรกิจ เป็นหน้าที่ของบริษัท ทางยกระดับคอนกรีต จำกัด (มหาชน) โดยกรมทางหลวงไม่ได้เข้าไปจัดการและดำเนินการทางธุรกิจด้วยโดยตรง แต่เป็นการควบคุมการดำเนินการของบริษัทเท่านั้น ดังนั้นไม่ว่าการดำเนินการทางธุรกิจจะมีผลกำไรหรือขาดทุน ก็เป็นความรับผิดชอบของบริษัทฯ แต่เพียงผู้เดียว คู่สัญญาภาครัฐมิได้เข้าไปรับผิดชอบด้วย

นอกจากนี้การดำเนินการของบริษัทฯ นั้น ยังมีหน้าที่ความรับผิดชอบต่อการบริการสาธารณะ หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดตามกฎหมายและกฎข้อบังคับอื่นๆ ทั้งปวง รวมทั้งต้องบำรุงรักษาตรวจตราดูแลทางหลวงสัมปทาน โครงสร้างและสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ที่เกี่ยวกับทางให้อยู่ในสภาพดี รวมทั้งต้องทำประกันภัยไว้เพื่อเป็นหลักประกันในการประกอบกิจการทางหลวงดังข้อสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ดังต่อไปนี้

ข้อ 15. ความรับผิดชอบต่อบริการสาธารณะ

บริษัทจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและกฎข้อบังคับทั้งหลายทั้งปวง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรมตำรวจ กองตำรวจดับเพลิง หน่วยงานรักษาความมั่นคง หน่วยงานเกี่ยวกับการบรรเทาสาธารณภัย สาธารณสุข การป้องกันประเทศ และเกี่ยวกับการพิทักษ์รักษา สภาพแวดล้อมและกิจการขนส่งเชื้อเพลิง

ข้อ 16. การบำรุงรักษา

บริษัทจะต้องบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานรวมทั้งอุปกรณ์โครงสร้างและสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ให้อยู่ในสภาพที่ดีทุกเมื่อ โดยต้องทำการบำรุงปกติ การบำรุงตามกำหนดเวลา การบำรุงพิเศษและบูรณะปรับปรุงตามมาตรฐานของกรมทางหลวงและวิธีปฏิบัติโดยทั่วไป ในกรณีที่บริษัทไม่บำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานตามควร ให้กรมทางหลวงมีสิทธิสั่งให้บริษัททำการแก้ไข ซึ่งบริษัทจะต้องปฏิบัติโดยไม่ชักช้า

ข้อ 18. การประกันภัย

บริษัทจะต้องจัดให้มีและดำรงไว้ซึ่งการประกันภัยเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามปกติในการประกอบการทางหลวงสัมปทาน ตามที่บริษัทพิจารณาเห็นสมควรโดยคำนึงถึงทางด้านเศรษฐกิจ ทั้งนี้ตลอดอายุสัมปทาน

บริษัทมีสิทธิโอนสิทธิในค่าสินไหมทดแทนการประกันภัยให้แก่บุคคลที่สามได้ แต่ทั้งนี้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้หลักประกันเกี่ยวกับสัมปทานนี้เท่านั้น

แม้จะได้มีการโอนสิทธิในค่าสินไหมทดแทนการประกันภัยใดๆ ก็ดี ผู้รับโอนจะต้องไม่นำเงินประกันภัยใดๆ ที่ได้รับไปนี้ไปใช้เป็นการอื่นนอกจากตามวัตถุประสงค์ขั้นต้นตามสัญญาประกันภัยเท่านั้น

ข้อ 19. การตรวจตรา

บริษัทจะต้องร่วมมือกับกรมทางหลวงในการปฏิบัติหน้าที่ตรวจตราทางหลวงสัมปทานตามพระราชบัญญัติทางหลวง พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานและกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง

ข้อ 27. การเลิกสัญญาโดยกรมทางหลวง

27.1 กรมทางหลวงอาจเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้เพราะเหตุบริษัทผิดสัญญา แต่ทั้งนี้เฉพาะเหตุที่ระบุไว้ในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานเท่านั้น และเหตุใดๆ ดังกล่าวนี้อาจต้องร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรเลิกสัญญาสัมปทาน และจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้ตามลำดับ คือ

ก. ในขั้นแรก กรมทางหลวงจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังบริษัท ระบุเหตุที่อ้างว่ากรมทางหลวงมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ พร้อมทั้งระบุรายละเอียดของพฤติการณ์ซึ่งเป็นเหตุเลิกสัญญาดังกล่าว ถ้าหากเหตุดังกล่าวนี้ไม่ได้รับการแก้ไข

ในกรณีนี้บริษัทมีเวลาทำการแก้ไขการผิดสัญญาเป็นเวลาเก้าสิบ (90) วัน หลังจากได้รับหนังสือบอกกล่าว หรือในเวลาที่ยาวกว่านั้น ตามที่กรมทางหลวงจะเห็นสมควร กำหนดให้ หรือถ้าหากในทางปฏิบัติไม่อยู่ในวิสัยที่จะแก้ไขการผิดสัญญานั้นได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้บริษัทเริ่มดำเนินการแก้ไขการผิดสัญญาดังกล่าวนี้ด้วยความเข้มแข็ง

ในกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ หากบริษัทได้แก้ไขการผิดสัญญาที่กล่าวอ้างแล้ว ให้ถือว่าเหตุการณ์เลิกสัญญาดังกล่าวเป็นอันหมดสิ้นไป

ข. ขั้นตอนที่สอง ในกรณีที่บริษัทพิจารณาเห็นโดยสุจริตว่าเหตุผิดสัญญาที่กล่าวอ้างนั้น ไม่มีมูลหรือไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรเป็นเหตุให้เลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ บริษัทจะต้องให้คำชี้แจงเหตุผลอย่างเต็มที่ต่อกรมทางหลวง และในกรณีที่คำชี้แจงแสดงเหตุผลเป็นที่พึงพอใจต่อกรมทางหลวง กรมทางหลวงจะต้องแจ้งให้บริษัททราบเช่นนั้นเป็นลายลักษณ์อักษร ภายในสามสิบ (30) วัน หลังจากได้รับคำชี้แจงเหตุผลจากบริษัท และหลังจากนั้นให้เรื่องเป็นอันยุติ

ค. ขั้นตอนที่สาม ในกรณีที่กรมทางหลวงพิจารณาเห็นว่าคำชี้แจงแสดงเหตุผลของบริษัทไม่อาจยอมรับได้ กรมทางหลวงจะต้องแจ้งให้บริษัททราบ ในกรณีนี้ให้ถือว่าได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและข้อพิพาทให้ระงับตามความของข้อ 31 ของสัญญาสัมปทานนี้

27.2 จนกว่าข้อพิพาทจะได้ระงับไปเรียบร้อยโดยการตกลงร่วมกันของคู่กรณี หรือตามข้อกำหนดของข้อ 31 ของสัญญาสัมปทานนี้ สิทธิและหน้าที่ทั้งปวงของบริษัทตามสัญญาสัมปทานนี้ให้มีอยู่โดยไม่เปลี่ยนแปลง

ข้อ 28. การเลิกสัญญาโดยบริษัท

28.1 บริษัทอาจเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ ในกรณีที่กรมทางหลวงไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดใดๆ ของสัญญาสัมปทานนี้ ซึ่งร้ายแรงถึงขั้นสมควรเป็นเหตุเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ และจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้ตามลำดับ คือ

ก. ในขั้นแรก บริษัทจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังกรมทางหลวง ระบุข้อสัญญาซึ่งกรมทางหลวงไม่ปฏิบัติตาม และบรรยายละเอียดทั้งหมดประกอบข้ออ้างนั้น ซึ่งในกรณีนี้กรมทางหลวงจะต้องมีเวลาแก้ไขการไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานตามที่อ้างนั้นเป็นเวลาเก้าสิบ (90) วันหลังจากได้รับการร้องขอ หรือมีเวลานานกว่าตามที่ทั้งสองฝ่ายจะได้ตกลงกัน ในกรณีนี้ ถ้าหากกรมทางหลวงได้แก้ไขการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาดังกล่าวอ้างนั้น ข้ออ้างว่าไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นให้เป็นอันหมดสิ้นไป

ข. ขั้นตอนที่สอง ในกรณีที่กรมทางหลวงไม่ยอมรับตามคำร้องขอให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานนี้ ให้ถือว่าได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานนี้ และให้บริษัทเสนอข้อพิพาทนั้นเพื่อให้มีการระงับตามความของข้อ 31 ของสัญญาสัมปทานนี้

28.2 จนกว่าจะได้มีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ โดยการตกลงร่วมกันหรือตามความของข้อ 31 ดังกล่าว บริษัทจะต้องดำเนินการต่อไปด้วยความเข้มแข็งในการใช้สิทธิและปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญาสัมปทานนี้ เท่าที่สามารถปฏิบัติได้ และเท่าที่พึงคาดหมายให้บริษัทดำเนินการได้เมื่อคำนึงถึงข้ออ้างว่ากรมทางหลวงไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาสัมปทานซึ่งยังมิได้ระงับสิ้นไปนั้น

28.3 ในกรณีที่การระงับข้อพิพาทตามข้อ 31 เป็นคุณต่อบริษัท ก็ให้สัญญาสัมปทานนี้เป็นอันสิ้นสุดลงและให้บริษัทได้รับค่าสินไหมทดแทนโดยประการที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับข้อกำหนดของข้อ 29 กับให้บริษัทได้รับค่าใช้จ่ายดอกเบี้ยทั้งหมดบรรดาที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการระงับข้อพิพาทนั้นด้วย

ในกรณีอื่นๆ ทั้งหมดนอกจากนี้ ทั้งสองฝ่ายจะต้องทำความตกลงกันในขั้นตอนเพื่อระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ โดยให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผลการระงับข้อพิพาทตามข้อ 31

ข้อ 29. การเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทาน

29.1 ในกรณีที่กรมทางหลวงใช้สิทธิยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานตามมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานก่อนครบอายุสัมปทาน บริษัทจะต้องได้รับค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมาย

29.2 ไม่ว่าความของข้อ 29.1 จะกล่าวไว้เป็นประการใด จำนวนค่าสินไหมทดแทนจะต้องเป็นจำนวนที่คู่สัญญาเห็นชอบร่วมกันโดยจะต้องพิจารณาถึงสิ่งดังต่อไปนี้ คือ เงินทุนจดทะเบียนที่ได้ชำระแล้ว กับผลตอบแทนในเงินทุนดังกล่าว ซึ่งเทียบกันได้กับผลตอบแทนอันพึงคาดหมายได้ว่าจะได้รับจากโครงการประเภทเดียวกันนี้ เมื่อคำนึงถึงการเสี่ยงภัยที่เกี่ยวข้องด้วยประการนี้ กับเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับเงินกู้ที่ค้างชำระอยู่ทั้งหมด และค่าภาระผูกพันและค่าธรรมเนียมเพิ่มเติมใดๆ ในการชำระเงินกู้คืนล่วงหน้าสำหรับเงินกู้ดังกล่าวประการหนึ่ง กับเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับหนี้อื่นทั้งหมดของบริษัทที่ค้างชำระอยู่ซึ่งกรมทางหลวงมิได้เข้ารับผิดชอบด้วยประการหนึ่ง และค่าสินไหมทดแทนสำหรับการขาดกำไรที่ประมาณว่าจะได้รับสำหรับอายุสัมปทานที่ยังเหลืออยู่

ข้อ 30. สิทธิก่อนผู้อื่นในกรณีที่มีการเลิกสัญญาก่อนครบกำหนด

ในกรณีที่เลิกสัญญาก่อนครบกำหนดตามข้อ 27 ข้อ 28 และข้อ 29 กรมทางหลวง มีสิทธิก่อนผู้อื่นที่จะซื้อวัสดุสิ่งของคงคลังทั้งหมดและอะไหล่บรรดาที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกร ทางหลวงสัมปทานตามที่แยกประเภทไว้ตามหลักการบัญชีอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป และปรากฏ ในงบดุลของบริษัทโดยคิดตามราคาตลาดตามที่เป็นธรรมหรือในราคาที่ได้ตกลงกัน

ดังนั้นจากข้อสัญญาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นว่า ทั้งกรมทางหลวงและบริษัทฯ ต่างก็มีหน้าที่อันพึงปฏิบัติต่อกันตามสัญญา แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายภาครัฐ คือ กรมทางหลวงซึ่งถือว่า มีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือบริษัท แต่เมื่อตกลงทำสัญญากันแล้วในการเข้าทำสัญญา ก็ต้องปฏิบัติไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ ตราบใดที่ยังไม่มีการแก้ไขสัญญา หรือยกเลิกสัญญา เพราะ เมื่อมีการทำสัญญาแล้วทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามสัญญาบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกัน กล่าวคือ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิในการเรียกร้องให้ปฏิบัติ ตามสัญญา ฝ่ายที่มีสถานะเหนือกว่าจะอ้างความเป็นรัฐเพื่อไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ และด้วยสัญญา ดังกล่าวเป็นสัญญาธุรกิจรวมอยู่ด้วย หากมีการยกเลิกหรือเปลี่ยนข้อกำหนดตามสัญญา คู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายจะต้องคำนึงถึงผลทางธุรกิจเพื่อรักษาพันธมิตรทางธุรกิจด้วย

3.3.2 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

ตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 22 กำหนดให้กรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานเดิมรวมทั้งอาคาร และสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้อง ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของกรมทางหลวงนับแต่วันลงนามในบันทึกข้อตกลงฯ ฉบับที่ 2 นี้ ส่วนบริษัทฯ เป็นผู้ครอบครองเท่านั้นแต่ได้สิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่อยู่ใน ความครอบครองในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามข้อ 22 ดังนี้

ข้อ 22. การโอนกรรมสิทธิ์ทางหลวงสัมปทาน

ในวันลงนามในบันทึกข้อตกลงนี้ผู้รับสัมปทานยินยอมให้กรรมสิทธิ์ ในทางหลวงสัมปทานเดิม รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในพื้นที่สัมปทานเดิม ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ และเมื่อผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางหลวงสัมปทานตอนต่อขยายทางด้านทิศเหนือ เสร็จเป็นบางส่วนหรือแล้วเสร็จทั้งหมด ให้กรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานส่วนที่แล้วเสร็จ รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้องทั้งหมดภายในพื้นที่สัมปทานตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐทันที แต่ทั้งนี้ผู้รับสัมปทานยังคงมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งรวมถึงหน้าที่ดูแลบำรุงรักษาตามที่กฎหมายและ ตามข้อความในบันทึกข้อตกลงและสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิมทุกประการ

3.3.3 อายุสัญญา

ตามข้อกำหนดของสัญญา ระยะเวลาที่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จะต้องเป็นผู้ให้บริการทางหลวงสัมปทาน มีระยะเวลาทั้งสิ้น 25 ปี ตามสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 23. และตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทาน ทางหลวงฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 11. ที่ได้กำหนดอายุสัญญาไว้ ซึ่งจะได้ ยกข้อสัญญาขึ้นมากล่าวต่อไปโดยอายุสัญญาที่ได้กำหนดไว้ 25 ปีนั้น จะมีผลผูกพันต่อกรมทางหลวง และบริษัท ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามเงื่อนไขสัญญาตลอดอายุสัญญา 25 ปี หากจะมีการเปลี่ยนแปลง อายุสัญญาก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของทั้งสองฝ่ายว่ายินยอมหรือไม่ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม จะแก้ไขอายุสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ ตามข้อสัญญาดังนี้

ข้อ 23. อายุสัมปทาน

23.1 สัมปทานนี้ให้มีอายุยี่สิบห้า (25) ปีติดต่อกัน เริ่มตั้งแต่วันที่สัญญาจะมีผลบังคับ กรมทางหลวงจะไม่บอกเลิกสัมปทานในระหว่างอายุสัมปทาน เว้นแต่ที่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในสัญญานี้

23.2 อายุสัมปทานให้ขยายได้ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานนี้

ข้อ 11. ระยะเวลาสัมปทาน

ให้ทางหลวงสัมปทานเดิมและทางหลวงสัมปทานต่อเนื่องขยายทางด้านทิศเหนือ มีอายุสัมปทานเป็นเวลา 25 ปี (ยี่สิบห้าปี) นับแต่วันลงนามบันทึกข้อตกลงนี้

ส่วนเหตุที่จะทำให้สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะสิ้นสุดลงก่อนระยะเวลา 25 ปี คือเหตุแห่งการเลิกสัญญา ซึ่งการเลิกสัญญาก็คือการที่ทำให้สัญญาที่ดำเนินอยู่สิ้นสุดลง กล่าวคือ เมื่อเกิดสัญญาขึ้นย่อมก่อให้เกิดหนี้ในระหว่างคู่สัญญา การที่จะระงับหนี้นั้นมี 5 กรณี คือ การชำระหนี้ การปลดหนี้ หักกลบหนี้ แปลงหนี้ใหม่ และหนี้เคลื่อนกลิ้งกัน หากไม่มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ใน 5 กรณีดังกล่าวข้างต้น หนี้จึงยังคงมีอยู่ตามสัญญา แต่หากสัญญาที่ก่อหนี้ขึ้นนั้น คู่สัญญา มีความประสงค์จะระงับหนี้ด้วยวิธีการของสัญญาโดยเฉพาะ คู่สัญญาก็อาจตกลงกันให้หนี้ระงับ ด้วยการทำลายบ่อเกิดแห่งหนี้ ดังนั้นวิธีการเลิกสัญญาจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่จะระงับหนี้ด้วยวิธีทำลาย บ่อเกิดแห่งหนี้² โดยการบอกเลิกสัญญาได้นั้นจะต้องเกิดสิทธิที่จะบอกเลิกได้เสียก่อน ซึ่งสิทธิ ในการบอกเลิกสัญญานั้นอาจกำหนดไว้ในสัญญา ดังเช่นกรณีสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ในภาคผนวก ข. การเลิกสัญญา ข้อ 27 28 29 และ 30 ที่ได้ระบุไว้ว่า

² ปัทมาวดี บุญโยภาส. (2532). การเลิกสัญญา. หน้า 41.

ข้อ 27. การเลิกสัญญาโดยกรมทางหลวง

27.1 กรมทางหลวงอาจเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้เพราะเหตุที่บริษัทผิดสัญญา แต่ทั้งนี้เฉพาะเหตุที่ระบุไว้ในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานเท่านั้น และเหตุใดๆ ดังกล่าวนี้อาจต้องร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรเลิกสัญญาสัมปทาน และจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้ตามลำดับ คือ

ก. ในขั้นแรก กรมทางหลวงจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังบริษัท ระบุเหตุที่อ้างว่ากรมทางหลวงมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ พร้อมทั้งระบุรายละเอียดของพฤติกรรมซึ่งเป็นเหตุเลิกสัญญาดังกล่าว ถ้าหากเหตุดังกล่าวนี้ไม่ได้รับการแก้ไข

ในกรณีนี้บริษัทมีเวลาทำการแก้ไขการผิดสัญญาเป็นเวลา (90) วัน หลังจากได้รับหนังสือบอกกล่าว หรือในเวลาที่นานกว่านั้น ตามที่กรมทางหลวงจะเห็นสมควร กำหนดให้ หรือถ้าหากในทางปฏิบัติไม่อยู่ในวิสัยที่จะแก้ไขการผิดสัญญาได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้บริษัทเริ่มดำเนินการแก้ไขการผิดสัญญาดังกล่าวนั้นด้วยความเข้มแข็ง

ในกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ หากบริษัทได้แก้ไขการผิดสัญญา ที่กล่าวอ้างแล้ว ให้ถือว่าเหตุการณ์เลิกสัญญาดังกล่าวเป็นอันหมดสิ้นไป

ข. ขั้นตอนที่สอง ในกรณีที่บริษัทพิจารณาเห็นโดยสุจริตว่าเหตุผิดสัญญา ที่กล่าวอ้างนั้น ไม่มีมูลหรือร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรเป็นเหตุให้เลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ บริษัทต้องให้คำชี้แจงแสดงเหตุผลอย่างเต็มที่ต่อกรมทางหลวง และในกรณีที่คำชี้แจงแสดงเหตุผลเป็นที่พึงพอใจต่อกรมทางหลวง กรมทางหลวงจะต้องแจ้งให้บริษัททราบเช่นนั้นเป็นลายลักษณ์อักษร ภายในสามสิบ (30) วัน หลังจากได้รับคำชี้แจงแสดงเหตุผลจากบริษัท และหลังจากนั้นให้เรื่องเป็นอันยุติ

ค. ขั้นตอนที่สาม ในกรณีที่กรมทางหลวงพิจารณาเห็นว่าคำชี้แจงแสดงเหตุผลของบริษัทไม่อาจยอมรับได้ กรมทางหลวงจะต้องแจ้งให้บริษัททราบ ในกรณีนี้ ให้ถือว่าได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานและข้อพิพาทให้ระงับตามความของสัญญา ข้อ 31. ของสัญญาสัมปทานนี้

27.2 จนกว่าข้อพิพาทจะได้รับการระงับไปเรียบร้อยโดยการตกลงร่วมกันของคู่กรณี หรือตามข้อกำหนดของข้อ 31 ของสัญญาสัมปทานนี้ สิทธิและหน้าที่ทั้งปวงของบริษัทตามสัญญาสัมปทานนี้ให้มีอยู่โดยไม่เปลี่ยนแปลง

ข้อ 28. การเลิกสัญญาโดยบริษัท

28.1 บริษัทอาจเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ในกรณีที่กรมทางหลวงไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดใดๆ ของสัญญาสัมปทานนี้ ซึ่งร้ายแรงถึงขั้นสมควรเป็นเหตุเลิกสัญญาสัมปทานนี้ได้ และจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้ตามลำดับคือ

ก. ในขั้นแรก บริษัทจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังกรมทางหลวง ระบุข้อสัญญาซึ่งกรมทางหลวงไม่ปฏิบัติตาม และระบุรายละเอียดทั้งหมดประกอบข้ออ้างนั้น ซึ่งในกรณีนี้กรมทางหลวงจะต้องมีเวลาแก้ไขการไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานตามที่อ้างนั้น เป็นเวลาเก้าสิบ (90) วันหลังจากได้รับการร้องขอ หรือมีเวลานานกว่าตามที่ทั้งสองฝ่ายจะได้ตกลงกันในกรณีนี้ ถ้าหากกรมทางหลวงได้แก้ไขการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาดังกล่าวอ้างนั้นแล้ว ข้ออ้างว่าไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นให้เป็นอันหมดสิ้นไป

ข. ขั้นตอนที่สองในกรณีที่กรมทางหลวงไม่ยอมรับตามคำร้องขอให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานนี้ ให้ถือว่าได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกรมทางหลวงกับบริษัทอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานนี้ และให้บริษัทเสนอข้อพิพาทนั้นเพื่อให้มีการระงับตามความของข้อ 31. ของสัญญาสัมปทานนี้

28.2 จนกว่าจะได้มีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้โดยการตกลงร่วมกันหรือตามความของข้อ 31. ดังกล่าว บริษัทจะต้องดำเนินการต่อไปด้วยความเข้มแข็งในการใช้สิทธิและปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญาสัมปทานนี้ เท่าที่สามารถปฏิบัติได้ และเท่าที่พึงคาดหมายให้บริษัทดำเนินการได้เมื่อคำนึงถึงข้ออ้างว่ากรมทางหลวงไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาสัมปทานซึ่งยังมิได้ระงับสิ้นไปนั้น

28.3 ในกรณีการที่ระงับข้อพิพาทตามข้อ 31 เป็นคุณต่อบริษัท ก็ให้สัญญาสัมปทานนี้เป็นอันสิ้นสุดลงและให้บริษัทได้รับค่าสินไหมทดแทนโดยประการที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งกับข้อกำหนดของข้อ 29 กับให้บริษัทได้รับค่าใช้จ่ายดอกเบี้ยทั้งหมดบรรดาที่เกิดขึ้นระหว่างดำเนินการระงับข้อพิพาทนั้นด้วย

ในกรณีอื่นๆ ทั้งหมดนอกจากนี้ ทั้งสองฝ่ายจะต้องทำความตกลงกันในขั้นตอนเพื่อระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ โดยให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผลการระงับข้อพิพาทตามข้อ 31.

ข้อ 29. การเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทาน

29.1 ในกรณีที่กรมทางหลวงใช้สิทธิยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานตามมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทานก่อนครบอายุสัมปทาน บริษัทจะต้องได้รับค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมาย

29.2 ไม่ว่าความของข้อ 29.1 จะกล่าวไว้ว่าเป็นประการใด จำนวนค่าสินไหมทดแทน จะต้องเป็นจำนวนที่คู่สัญญาเห็นชอบร่วมกัน โดยจะต้องพิจารณาถึงสิ่งดังต่อไปนี้ คือ เงินทุนจดทะเบียน ที่ได้ชำระแล้ว กับผลตอบแทนในเงินทุนดังกล่าว ซึ่งเทียบกันได้กับผลตอบแทนอันพึงคาดหมายได้ว่าจะได้รับจากโครงการประเภทเดียวกันนี้ เมื่อคำนึงถึงการเสี่ยงภัยที่เกี่ยวข้องด้วยประการนี้ กับเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับเงินกู้ที่ค้างชำระอยู่ทั้งหมด และค่าภาระผูกพันและค่าธรรมเนียมเพิ่มเติมใดๆ ในการชำระเงินกู้คืนล่วงหน้าสำหรับเงินกู้ดังกล่าวประการหนึ่ง กับเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับหนี้อื่นทั้งหมดของบริษัทที่ค้างชำระอยู่ซึ่งกรมทางหลวงมิได้เข้ารับผิดชอบด้วยประการหนึ่ง และค่าสินไหมทดแทนสำหรับการขาดกำไรที่ประมาณว่าจะได้รับสำหรับอายุสัมปทานส่วนที่ยังเหลืออยู่

ข้อ 30. สิทธิก่อนผู้อื่นในกรณีที่มีการเลิกสัญญาก่อนครบกำหนด

ในกรณีที่เลิกสัญญาก่อนครบกำหนดตามข้อ 27 ข้อ 28 และข้อ 29 กรมทางหลวง มีสิทธิก่อนผู้อื่นที่จะซื้อวัสดุสิ่งของคงคลังทั้งหมดและอะไหล่บรรดาที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกรทางหลวงสัมปทานตามที่แยกประเภทไว้ตามหลักการบัญชีอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป และปรากฏในบัญชีของบริษัทโดยคิดตามราคาตลาดตามที่เป็นธรรมหรือในราคาที่ตกลงกัน

ซึ่งต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในส่วนของกรบอกเลิกสัญญาและได้กำหนดข้อสัญญาในเรื่องของการสิ้นสุดของสัมปทานเพิ่มเติมไว้ด้วยโดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 19. และ 20 ดังนี้

ข้อ 19. การสิ้นสุดสัมปทาน

สัมปทานตามสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิมและบันทึกข้อตกลงนี้สิ้นสุดอายุด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

19.1 กำหนดระยะเวลาสัมปทานเดิมและสัมปทานนี้ที่กำหนดไว้ในข้อ 11. ของบันทึกข้อตกลงนี้สิ้นสุดลง

19.2 การเลิกสัญญาโดยกรมทางหลวงหรือผู้รับสัมปทานตามข้อ 27, 28 แห่งสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม และข้อ 17 ตามบันทึกข้อตกลงนี้

19.3 การเพิกถอนสัมปทานหรือเมื่อรัฐบาลเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน

19.4 เมื่อสภาพการเป็นนิติบุคคลของผู้รับสัมปทานสิ้นสุดลง

19.5 เหตุอื่นๆ ตามที่กฎหมายหรือบันทึกข้อตกลงนี้กำหนดไว้

ข้อ 20. การเลิกสัญญาโดยกรมทางหลวง

ให้ยกเลิกข้อความในข้อ 27 แห่งสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิมและใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“20.1 กรมทางหลวงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม และบันทึกข้อตกลงเพิ่มเติมนี้ ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. เมื่อผู้รับสัมปทานไม่เริ่มการสำรวจ ออกแบบ และก่อสร้างทางหลวงสัมปทานต่อขยายทางด้านทิศเหนือภายในระยะเวลาอันสมควร จนเป็นเหตุให้เชื่อได้ว่าผู้รับสัมปทานไม่อาจก่อสร้างทางหลวงสัมปทานต่อขยายทางด้านทิศเหนือให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในบันทึกข้อตกลงนี้

ข. ผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางหลวงสัมปทานต่อขยายทางด้านทิศเหนือไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในบันทึกข้อตกลงนี้

ค. ผู้รับสัมปทานผิดสัญญาตามข้อ 17.2 แห่งบันทึกข้อตกลงนี้

ง. ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดข้อหนึ่งข้อใดในบันทึกข้อตกลงนี้ ซึ่งเป็นสาระสำคัญสมควรเลิกสัญญาได้

20.2 เมื่อเกิดเหตุประการใดประการหนึ่งดังกล่าวข้างต้น กรมทางหลวงจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังนี้

ก. ในขั้นแรก กรมทางหลวงจะมีหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้รับสัมปทานระบุข้อสัญญาซึ่งผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตาม และระบุรายละเอียดประกอบข้ออ้างนั้น ซึ่งในกรณีนี้ผู้รับสัมปทานจะมีเวลาแก้ไขการไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานตามที่อ้างนั้นเป็นเวลาเก้าสิบ (90) วัน หลังจากได้รับการบอกกล่าว ทั้งนี้กรมทางหลวงอาจขยายเวลาดังกล่าวออกไปได้ตามความจำเป็นในกรณีนี้ ถ้าหากผู้รับสัมปทานได้แก้ไขการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาดังกล่าวอ้างนั้นแล้ว ข้ออ้างว่าไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นให้เป็นอันหมดสิ้นไป

ข. ขั้นตอนที่สอง ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานพิจารณาเห็นโดยสุจริตว่าเหตุผิดสัญญาที่กล่าวอ้างนั้น ไม่มีมูลหรือไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรเป็นเหตุให้เลิกสัญญาสัมปทานนี้ ได้ผู้รับสัมปทานจะต้องให้คำชี้แจงแสดงผลอย่างเต็มที่ต่อกรมทางหลวง และในกรณีที่คำชี้แจงแสดงผลเป็นที่พึงพอใจต่อกรมทางหลวง กรมทางหลวงจะต้องแจ้งให้ผู้รับสัมปทานทราบเช่นนั้นเป็นลายลักษณ์อักษรภายในสามสิบ (30) วันหลังจากได้รับคำชี้แจงแสดงผลจากผู้รับสัมปทาน และหลังจากนั้นให้เรื่องเป็นอันยุติ

ก. ขั้นตอนที่สาม ในกรณีที่กรมทางหลวงพิจารณาเห็นว่าคำชี้แจง แสดงเหตุผลของผู้รับสัมปทานไม่อาจยอมรับได้ กรมทางหลวงจะต้องแจ้งให้ผู้รับสัมปทานทราบ ในกรณีนี้ ให้ถือว่าได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกรมทางหลวงกับผู้รับสัมปทานเกี่ยวกับสัญญา สัมปทานและข้อพิพาทให้ระงับตามความของข้อ 31 ของสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม

20.3 จนกว่าข้อพิพาทจะได้ระงับไปเรียบร้อยแล้ว โดยการตกลงร่วมกันของคู่กรณี หรือตามข้อกำหนดของข้อ 31 ของสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม สิทธิและหน้าที่ทั้งปวงของผู้รับ สัมปทานตามสัมปทานเดิม และสัมปทานนี้ให้มีอยู่โดยไม่เปลี่ยนแปลง

20.4 ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานปฏิบัติผิดสัญญาโดยจงใจและทำให้มีผลกระทบ ต่อการไหลเวียนของการจราจร ซึ่งจะทำให้เกิดความเดือดร้อนอย่างรุนแรงแก่ประชาชนหรือผิดสัญญา ตามข้อ 17.2 ให้กรมทางหลวงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องดำเนินการตามขั้นตอน ในข้อ 20.2”

3.3.4 ส่วนแบ่งรายได้

สำหรับส่วนแบ่งรายได้ที่กรมทางหลวงจะได้รับจากบริษัททางยกระดับคอนกรีต จำกัด (มหาชน) นั้น จะได้รับผลตอบแทนเป็นรายเดือนและรายปี โดยจะกำหนดเป็นเงินขั้นต่ำไว้ และกำหนดเป็นอัตราร้อยละของรายได้ไว้ และถ้าหากรายได้ที่บริษัทจ่ายให้แก่กรมทางหลวงน้อย หรือมากกว่าที่กำหนดไว้ บริษัทฯ และกรมทางหลวงก็ต้องนำมาทำความเข้าใจการ จ่ายเงินคืนให้แก่คู่สัญญาต่อไป ดังสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 26.1 และข้อ 26.2 กำหนดไว้ดังนี้ คือ

26.1 บริษัทตกลงจะแบ่งรายได้ โดยจ่ายเป็นรายเดือนให้แก่กรมทางหลวงเริ่มตั้งแต่ ปีที่ยี่สิบสอง (22) ของอายุสัมปทานติดต่อกันเป็นต้นไป ในจำนวนร้อยละสิบ (20) ของรายได้ ก่อนหักรายจ่ายประจำเดือนนั้นๆ โดยจะชำระภายในสิบ (10) วัน นับจากวันสิ้นเดือนหนึ่งๆ แต่จำนวนรวมทั้งปีของเงินที่จ่ายเป็นรายเดือนนี้ในปีหนึ่งๆ จะต้องเท่ากับร้อยละห้าสิบ (50) ของกำไรสุทธิประจำปีนั้นๆ

หากปรากฏว่ารายได้ที่จ่ายให้กรมทางหลวงรวมทั้งปีตามวรรคแรกน้อยกว่า หรือมากกว่าร้อยละห้าสิบ (50) ของกำไรสุทธิประจำปีนั้น บริษัทและกรมทางหลวงจะต้องทำความเข้าใจการ จ่ายเงินเพิ่มเติมหรือจ่ายคืนให้แก่คู่สัญญาต่อไป การทำความเข้าใจการตกลงร่วมกันนี้ ให้กระทำให้แล้วเสร็จภายในสิบห้า (15) วันนับแต่การตรวจสอบบัญชีประจำปีนั้นเสร็จแล้ว

บริษัทและกรมทางหลวงจะร่วมกันแต่งตั้งผู้สอบบัญชีรับอนุญาตขึ้น โดยค่าใช้จ่ายของบริษัทแต่ผู้เดียวเป็นผู้ตรวจสอบบัญชีประจำปีของบริษัทนับตั้งแต่วันที่เริ่มเปิด การจราจรทางหลวงสัมปทานตลอดสายเพื่อเก็บค่าผ่านทางจนถึงอายุสัมปทาน

26.2 ไม่ว่าความของข้อ 26.1 จะกล่าวไว้เป็นประการใด รายได้ค่าผ่านทางทั้งหมด เป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัทแต่ผู้เดียว

ซึ่งต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในส่วนของส่วนแบ่งรายได้เพิ่มขึ้น โดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 13 ดังนี้

ข้อ 13. ผลประโยชน์ที่จะให้แก่กรมทางหลวง

ให้นำความในข้อ 26 ตามสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิม มาใช้บังคับกับระยะเวลา สัมปทานที่กำหนดขึ้นใหม่ ตามบันทึกข้อตกลงฉบับนี้โดยอนุโลม โดยเริ่มนับอายุสัมปทานตั้งแต่วันที่ลงนามในบันทึกข้อตกลงนี้

จากสัดส่วนของส่วนแบ่งรายได้ที่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จะต้องจ่ายให้แก่กรมทางหลวงที่เป็นหน่วยงานของภาครัฐซึ่งเป็นผู้ถือหุ้น ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีสัดส่วนที่มีอัตราคงที่โดยเริ่มตั้งแต่ปีที่ 22 ของอายุสัมปทาน คือเริ่มตั้งแต่วันที่ 29 พฤศจิกายน 2561 เป็นต้นไป บริษัทจะต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้โดยจ่ายเป็นรายเดือนให้แก่กรมทางหลวงในจำนวนร้อยละ 20 ของรายได้ก่อนหักรายจ่ายประจำเดือนนั้นๆ โดยในการชำระเงินส่วนแบ่งดังกล่าวนี้ บริษัทจะต้องชำระภายใน 10 วันนับจากวันสิ้นเดือนหนึ่งๆ และในจำนวนเงินส่วนแบ่งรวมทั้งปีของเงินที่จ่ายเป็นรายเดือนนี้ในปีหนึ่งๆ จะต้องเท่ากับร้อยละ 50 ของกำไรสุทธิประจำปีนั้นๆ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ในแต่ละปีรายได้ของบริษัทนั้นมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นและมีจำนวนมาก อันเนื่องมาจากการปรับอัตราค่าผ่านทางแบ่งเป็นขั้นบันได และในการที่จะปรับอัตราค่าผ่านทางรวมทั้งการปรับอายุสัมปทานได้นั้นจะต้องใช้อัตราที่เป็นธรรมต่อบริษัทที่เป็นภาคเอกชน โดยต้องคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงต่างๆ ในสถานการณ์ทางเศรษฐกิจด้วย ทั้งนี้ตามสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 20 21 22 และ 25 จนทำให้คาดการณ์ได้ว่า เมื่อถึงกำหนดเวลา การจ่ายเงินรายได้ส่วนแบ่งของบริษัทให้แก่กรมทางหลวงตามสัญญาแล้ว กรมทางหลวงจะได้รับผลตอบแทนอันได้แก่ส่วนแบ่งรายได้ จากการเก็บค่าใช้บริการผ่านทางเป็นจำนวนเงินที่สูงมาก และตลอดไปจนกว่าจะครบกำหนดสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบริษัทจะต้องเป็นผู้จ่ายผลตอบแทนจากส่วนแบ่งรายได้ตามที่กรมทางหลวงเป็นผู้กำหนดไว้ในสัญญาทุกประการ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงของบริษัทในเรื่องของการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ดังกล่าวมานั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการประกอบกิจการในธุรกิจในการให้บริการของบริษัท

ที่เป็นภาคเอกชนนั้น ย่อมต้องถือเอาค่าใช้จ่ายมาเป็นต้นทุนทางธุรกิจในการประกอบกิจการด้วยอยู่แล้ว เพราะในการดำเนินธุรกิจผู้ประกอบการย่อมต้องการผลกำไรเป็นวัตถุประสงค์หลัก แต่ในทางตรงกันข้ามแล้ว ผลกระทบที่จะเกิดกับผู้ใช้บริการนั้นคือผู้ใช้บริการจะต้องเสียเงินค่าผ่านทางในอัตราที่สูงขึ้น เพราะภาครัฐคือกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ยังคงมีบทบาทในการกำกับดูแลผู้ประกอบการ ภาคเอกชนโดยผ่านกระบวนการทางสัญญา ตลอดจนยังเป็นผู้ที่กำหนดกฎเกณฑ์ รวมทั้งได้รับผลประโยชน์จากการดำเนินการของภาคเอกชนได้แก่บริษัท ด้วยเหตุดังกล่าวมาทำให้การดำเนินการ ให้บริการทางหลวงคือทางหลวงสัมปทานนั้นไม่สามารถดำเนินการให้เกิดการแข่งขันได้โดยเสรี และเป็นธรรม ดังจะเห็นได้จากข้อสัญญาที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้น

เนื่องจากสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้ถือเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ ที่ภาครัฐมีสถานะหรืออำนาจเหนือกว่าภาคเอกชนในการเข้าทำสัญญา แต่ ณ ปัจจุบันประเทศไทย ได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รวมทั้งพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ใช้บังคับ อันมีผลให้ภาครัฐ ได้แก่ กรมทางหลวง จะต้องดำเนินการให้บริการทางหลวงโดยต้องเปิดโอกาส ให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการทางหลวง อันได้แก่ การดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวง ได้โดยเสรี และอย่างเป็นธรรม รวมถึงในกรณีสัญญาสัมปทานทางหลวงที่ได้จัดทำไว้ในขณะที่ภาครัฐ มีสถานะเหนือกว่าภาคเอกชนฉบับนี้ ย่อมต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขใหม่ เพื่อให้เหมาะสมกับ สภาพของปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งภาครัฐและภาคเอกชน และเพื่อให้เกิดการแข่งขัน ที่แท้จริง และมีความเท่าเทียมเป็นธรรม รวมทั้งทำให้เกิดคุณภาพทางการดำเนินธุรกิจ อันจะทำให้ เกิดผลดีต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย รวมถึงประชาชนผู้ใช้บริการด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมี การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขของสัญญา เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาและเปิดโอกาส ให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะแทนภาครัฐได้โดยเสรีและ อย่างเป็นธรรม ซึ่งในส่วนของปัญหาต่างๆ ในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งฝ่ายภาครัฐและ ฝ่ายเอกชน และแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้น ผู้เขียนจะได้นำมากล่าวในบทต่อไป

บทที่ 4

ปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวงและ แนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง

การดำเนินการให้สัมปทานทางหลวงระหว่างกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคมกับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) อันเป็นการให้บริการทางหลวงสัมปทานที่ภาคเอกชนได้รับมอบหมายจากภาครัฐให้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ในการดำเนินการดังกล่าว ยังคงมีปัญหาในการดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวงของคู่สัญญาและปัญหาอันเนื่องมาจากข้อสัญญาไม่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนดำเนินการได้โดยสิทธิของตนเองอย่างเสรี จึงทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาอันมีผลกระทบไปถึงประชาชนผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน ในบทนี้ผู้เขียนจึงได้นำปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญามาศึกษาว่ามีปัญหาอย่างไรบ้าง รวมทั้งจะได้นำแนวทางการแปรสัญญาสัมปทาน โทรรถมนาคมกรณีของบริษัท AIS ที่ได้มีการศึกษามาแล้วโดยมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) และสถาบันทรัพย์สินทางปัญญา แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ตลอดจนแนวทางของผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการและบุคคลที่เกี่ยวข้อง ที่มีลักษณะของการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานเช่นกัน โดยนำมาเปรียบเทียบเพื่อเป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงต่อไปดังนี้

4.1 ปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวง

การดำเนินการตามสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ระหว่างกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ผู้ให้สัมปทานกับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทาน ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 รวมทั้งตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ทั้ง 2 ฉบับ ได้แก่ ตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน 2538 และตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 (แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบันทึกข้อตกลงฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน 2538)

ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ยังมีปัญหาในส่วนของ การปฏิบัติตามสัญญาและ การดำเนินการตามสัญญาของกลุ่มสัญญาทั้งของฝ่ายภาครัฐและภาคเอกชนอยู่หลายประการ ซึ่งทำให้ การดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงหรือการให้บริการทางหลวงสัมปทานอันเป็นการบริการ สาธารณะเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้บริการทางหลวงสัมปทานในการขนส่งสินค้าและการเดินทาง ตามปกติไม่สามารถบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการให้สัมปทานทางหลวง โดยปัญหาในการปฏิบัติ ตามสัญญาของกลุ่มสัญญามีดังนี้

4.1.1 ปัญหาเรื่องการปรับอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะทุกประเภท ที่ใช้บริการ ทางหลวงสัมปทาน

ปัญหานี้เป็นกรณีเกิดจากการที่สภาวะทางเศรษฐกิจของประเทศในขณะที่เปิด ให้บริการทางหลวงสัมปทานสายนี้เกิดปัญหาขึ้นทำให้เมื่อถึงเวลาของการที่บริษัทฯ มีสิทธิปรับขึ้น อัตราค่าผ่านทาง ภาครัฐโดยกรมทางหลวงจึงไม่อนุญาตให้ปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางตามสัญญา สัมปทานทางหลวง ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 20, 21, 22 และข้อ 25 ดังนี้

ข้อ 20. อัตราค่าผ่านทาง

20.1 เว้นแต่ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 22 บริษัทมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะเก็บค่าผ่านทาง จากบรรดาผู้ใช้ทางหลวงสัมปทานทุกราย กรมทางหลวงจะดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อบังคับการเก็บ ค่าผ่านทางตามข้อกำหนดของสัญญานี้

20.2 อัตราค่าผ่านทางขึ้นต้นตามที่ตกลงกันระหว่างกรมทางหลวง และบริษัทนั้น กำหนดไว้ดังต่อไปนี้

ชื่อจุดผ่านทางเข้าทางหลวง	อัตราค่าผ่านทาง	อัตราค่าผ่านทาง
สัมปทาน	ประเภท 1	ประเภท 2
การจราจรที่ไปทางทิศเหนือ		
ดินแดง	20 บาท	30 บาท
สุทธิสาร	20 บาท	30 บาท
ถนนพหลโยธิน	15 บาท	25 บาท
ถนนรัชดาภิเษก	15 บาท	25 บาท
ถนนงามวงศ์วาน	10 บาท	20 บาท

ชื่อจุดผ่านทางเข้าทางหลวง	อัตราค่าผ่านทาง	อัตราค่าผ่านทาง
สัมปทาน	ประเภท 1	ประเภท 2
การจราจรที่ไปทางทิศใต้		
ดอนเมือง	20 บาท	30 บาท
ถนนแจ้งวัฒนะ	20 บาท	30 บาท
ถนนงามวงศ์วาน	15 บาท	25 บาท
ถนนรัชดาภิเษก	15 บาท	25 บาท
ถนนพหลโยธิน	10 บาท	20 บาท

ในกรณีเปิดใช้ทางหลวงสัมปทานเป็นบางส่วน อัตราค่าผ่านทางชั่วคราวที่จะเรียกเก็บจนกว่าจะเปิดใช้ทางหลวงสัมปทานที่สร้างเสร็จเรียบร้อยแล้ว จะคิดในอัตราหนึ่งบาทสามสิบบสตางค์ (1.30 บาท) ต่อกิโลเมตรของทางหลวงสัมปทานที่สร้างเสร็จแล้วนับตั้งแต่จุดที่ผู้ขับขี่ยานยนต์เริ่มเข้าสู่ทางหลวงสัมปทาน

ยานพาหนะที่ใช้ทางหลวงสัมปทานจำแนกออกเป็นประเภท เพื่อเสียค่าผ่านทางดังต่อไปนี้

ประเภทที่ 1 รถนั่ง รถบรรทุกทุกเบา 4 ล้อ

ประเภทที่ 2 รถโดยสาร รถบรรทุกตั้งแต่ 4 ล้อขึ้นไป

20.3 เว้นแต่กรณีที่ต้องใช้ความของข้อ 25 บังคับ อัตราค่าผ่านทางตามที่ระบุไว้ในข้อ 20.2 นั้น ให้กำหนดใช้เป็นอัตราตายตัวสำหรับระยะเวลา 8 ปีแรกติดต่อกันเริ่มตั้งแต่วันที่สัญญาจะมีผลบังคับ และหลังจากนั้นนับตั้งแต่ปีที่ 9 จนถึงและรวมทั้งปีที่ 13 ให้เพิ่มขึ้น 5 บาทต่อยานพาหนะหนึ่งคันทั้งยานพาหนะประเภทที่ 1 และประเภทที่ 2 และหลังจากนั้น นับตั้งแต่ปีที่ 14 และตลอดระยะเวลาอายุสัมปทานที่เหลือให้เพิ่มขึ้นอีก 5 บาท ต่อยานพาหนะหนึ่งคันทั้งยานพาหนะประเภท 1 และประเภท 2 ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่ายานพาหนะจะเข้ามาในทางหลวงสัมปทาน ณ จุดใด

ข้อ 21. การประกาศใช้อัตราค่าผ่านทาง

อัตราค่าผ่านทางจะต้องประกาศให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป โดยปิดประกาศไว้ที่ด่านเก็บค่าผ่านทาง และบริษัทจะต้องประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์สำคัญๆ ระดับชาติด้วย

ข้อ 22. การเก็บค่าผ่านทาง

ค่าผ่านทางจะเก็บจากผู้ใช้งานทางหลวงสัมปทาน ยกเว้นผู้ใช้งานที่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมาย

ข้อ 25. การปรับอัตราค่าผ่านทางและปรับอายุสัมปทาน

25.1 บริษัทอาจขอให้กรมทางหลวงอนุญาตให้ปรับอัตราค่าผ่านทางที่ใช้อยู่ในเวลาใดเวลาหนึ่ง เพื่อให้อัตราค่าผ่านทางนั้นเป็นธรรมต่อบริษัท โดยคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงต่างๆ ในสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ

ปัจจัยมูลฐานทางเศรษฐกิจที่ระบุไว้ในภาคผนวก ง ได้นำมาใช้ในการวางแผนทางการเงินตั้งแต่เริ่มแรก และกรมทางหลวงจะนำเอาการเปลี่ยนแปลงในปัจจัยทางเศรษฐกิจที่ระบุไว้ในภาคผนวก ง นั้น มาพิจารณาในการปรับอัตราค่าผ่านทาง วัตถุประสงค์ในการปรับค่าผ่านทางดังกล่าวนี้ ก็เพื่อที่จะช่วยให้ฐานะทางการเงินของบริษัทกลับสู่สภาพเดิม

25.2 เมื่อบริษัทร้องขอ กรมทางหลวงจะทำการเจรจากับบริษัทเพื่อแก้ไขผลเสียต่อฐานะการเงินของบริษัท โดยการปรับอัตราค่าผ่านทางหรือขยายอายุสัมปทาน หรือเลื่อนระยะเวลาเริ่มต้นในการแบ่งรายได้ให้แก่กรมทางหลวงตามข้อ 26.1 ออกไป หรือโดยใช้มาตรการอื่นๆ ที่ทั้งสองฝ่ายเห็นเป็นการเหมาะสม อันเนื่องมาจาก

ก. การเกิดเหตุสุดวิสัยขึ้น ซึ่งผลโดยตรงและอย่างสำคัญทำให้ไม่สามารถเปิดใช้ทางหลวงสัมปทานได้ตามกำหนดเวลา หรือขัดขวางต่อการดำเนินการใช้ทางหลวงสัมปทานอย่างเป็นระเบียบเรียบร้อย หรือต่อการเก็บและใช้ค่าผ่านทาง หรือซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทางหลวงสัมปทาน

ข. หากมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ ต่อกฎหมาย หรือได้มีการออกกฎหมายใหม่ ซึ่งเป็นผลให้อัตราค่าภาษีและ/หรืออากรเพิ่มขึ้นโดยตรงแก่บริษัท เมื่อเทียบกับอัตราภาษีอากรในปัจจุบันนี้

ค. การกระทำหรือละเว้นกระทำของส่วนราชการ ซึ่งเป็นผลให้เกิดความล่าช้าในการทำแผนแบบ และ/หรือการก่อสร้าง

ง. การกระทำหรือละเว้นกระทำของส่วนราชการ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดการสูญเสียจำนวนยานพาหนะ ในกรณีดังต่อไปนี้

- การก่อสร้างหรือเพิ่มช่องจราจรสำหรับทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอน ดินแดง – ดอนเมือง ที่มีอยู่เดิม หรือทางขนานหรือติดกับพื้นที่สัมปทานเป็นการแข่งขันกับทางหลวงสัมปทานดังกล่าวข้างต้น และซึ่งนอกเหนือจากทางที่อ้างถึงในรายงานการศึกษาโครงการสัมปทานในถนนวิภาวดีรังสิตฉบับเดือนตุลาคม พ.ศ. 2529 ของกรมทางหลวง

- การรื้อถอนเคลื่อนย้าย ดัดแปลงหรือปิดถนน ซึ่งเชื่อมต่อทางหลวงสัมปทานโดยประการที่เป็นอุปสรรคหรือกีดขวางหรือปิดกั้นการไหลของจราจรมายังหรือไปจากทางหลวงสัมปทาน
- การสูญเสียจำนวนยานพาหนะที่เกิดขึ้นเป็นเวลานานเกินสมควร อันเนื่องมาจากการกระทำของกรมทางหลวงตามที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติทางหลวง มาตรา 25 และมาตรา 31
- ข้อห้ามข้อจำกัดใดๆ ในอนาคตซึ่งกรมทางหลวงและส่วนราชการใช้บังคับกับยานพาหนะบางประเภทในการใช้ถนนในกรุงเทพมหานคร และในทางหลวงสัมปทานนี้ ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง ซึ่งจะเป็นเหตุโดยตรงทำให้ปริมาณการจราจรปกติบนทางหลวงสัมปทานลดลงเป็นระยะเวลานานเกินสมควร

25.3 คำร้องขอของบริษัทจะต้องมีรายละเอียดและเหตุผลที่กรมทางหลวงจะพิจารณาคำร้องขอของบริษัทด้วยความเป็นธรรม

ซึ่งตามข้อสัญญานั้นเป็นกรณีที่ภาครัฐโดยกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ไม่อนุญาตให้บริษัทฯ ปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะที่ใช้บริการทางหลวง และปัญหานี้ยังมีต่อเนื่องมาจนถึงการที่มีการแก้ไขสัญญาโดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 โดยนัยข้อ 12. ของบันทึกข้อตกลงฉบับที่ 2/2539 ก็ได้กำหนดในเรื่องของการปรับอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะเอาไว้ แต่ภาครัฐนั้นยังไม่สามารถจะอนุญาตให้ปรับอัตราค่าผ่านทางได้เนื่องจากสภาวะเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งปัญหาข้อนี้เป็นกรณีพิพาทที่เป็นปัญหาระหว่าง ภาครัฐ คือ กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม กับบริษัทฯ ผู้รับสัมปทานมาโดยตลอดตั้งแต่เริ่มต้นสัญญาจนถึงปัจจุบันนี้ อันเนื่องมาจากสภาวะทางเศรษฐกิจของประเทศโดยภาครัฐเล็งเห็นถึงผลกระทบที่จะเกิดจากการปรับอัตราค่าผ่านทางที่มีต่อประชาชนผู้ใช้ทางหลวงสัมปทาน แต่การไม่อนุญาตให้บริษัทฯ ผู้รับสัมปทานปรับอัตราค่าผ่านทางนั้น ก็ทำให้เกิดผลกระทบต่อสภาวะทางการเงินและการดำเนินการบริหารจัดการทางหลวงสัมปทานของบริษัทเป็นอย่างมาก

4.1.2 ปัญหาเรื่องการก่อสร้างถนนท้องถิ่น (Local Road) การก่อสร้างทางเบี่ยง (Detour Line) บนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอยที่ทางแยกลาดพร้าวบนถนนวิภาวดีรังสิต อันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดี อันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร

ซึ่งปัญหานี้เป็นกรณีถือได้ว่าเป็นกรณีที่ภาครัฐกระทำหรือละเว้นกระทำการของส่วนราชการ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดการสูญเสียจำนวนยานพาหนะที่ใช้ทางหลวงสัมปทาน โดยเป็นการก่อสร้างที่ถือได้ว่าเป็นการแข่งขันกับทางหลวงสัมปทานและทำให้รายได้ของบริษัทฯ ลดลงตามข้อ 25.2 ง. ของสัญญาสัมปทาน ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532

4.1.3 ปัญหาเรื่องการย้ายสนามบินคอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ

โดยการย้ายนี้เป็นผลให้จำนวนของยานพาหนะซึ่งจากเดิมมีการเข้าใช้ทางหลวงสัมปทานประมาณ 130,000 ถึง 140,000 คันต่อวัน เมื่อมีการย้ายสนามบินไปอยู่ที่สุวรรณภูมิแล้วทำให้จำนวนยานพาหนะที่เข้าใช้ทางหลวงสัมปทานเหลือประมาณ 100,000 ถึง 110,000 คันต่อวัน เฉลี่ยแล้วยานพาหนะที่เข้าใช้ทางหลวงสัมปทานลดลง 30,000 ถึง 40,000 คันต่อวัน ทำให้รายได้จากการเก็บค่าผ่านทางลดลงเป็นจำนวนมาก ซึ่งถือว่าการย้ายสนามบินนี้เป็นการกระทำของส่วนราชการ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดการสูญเสียจำนวนยานพาหนะตามข้อ 25.2 ง. ของสัญญาสัมปทานฯ ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532

4.1.4 ปัญหาเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบภาระภาษีอากร ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีอื่นๆ ทุกประเภท และค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกิดจากทางหลวงสัมปทาน

ซึ่งปัญหานี้สืบเนื่องมาจาก พ.ร.บ. ภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ. 2475 บัญญัติว่า “มาตรา 40 ค่าภาษีนั้น ท่านให้เจ้าของทรัพย์สินเป็นผู้เสีย” ซึ่งทางหลวงสัมปทานนั้นตาม พ.ร.บ. ภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ. 2475 มาตรา 6 ถือว่าเป็นสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่จะต้องเสียภาษีโรงเรือนและที่ดิน โดยปัญหาแบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

1) ภาระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดิน ในช่วงเวลาที่ทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างอันเกิดจากสัญญาสัมปทานเป็นของบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) โดยปัญหานี้เป็นกรณีที่ตามสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 24 กำหนดไว้ว่า

ข้อ 24. การส่งมอบทางหลวงสัมปทานเมื่อสิ้นสุดอายุสัมปทาน

24.1 เมื่ออายุสัมปทานได้สิ้นสุดลง บริษัทต้องคืนสัมปทาน รวมทั้งส่งมอบพื้นที่สัมปทานทางหลวงสัมปทาน อาคารและสิ่งปลูกสร้างทั้งหมดภายในพื้นที่สัมปทานในสภาพตามที่เป็นอย่างให้แก่กรมทางหลวงโดยไม่คิดมูลค่าใด ๆ และต้องส่งมอบเครื่องอุปกรณ์ คู่มือปฏิบัติงาน เอกสารทางเทคนิคและอุปกรณ์ในการดำเนินการและบำรุงรักษาทั้งหมดบรรดาที่เกี่ยวข้องให้แก่กรมทางหลวงด้วย

24.2 อย่างน้อยหนึ่ง (1) ปีก่อนสิ้นสุดอายุสัมปทาน คู่สัญญาจะต้องประชุมปรึกษาหารือกันและตกลงแผนงานการส่งมอบทางหลวงสัมปทาน เพื่อให้การส่งมอบทางหลวงสัมปทานดำเนินไปโดยเป็นระเบียบเรียบร้อยและไม่มีข้อขัดข้องใดๆ เกิดขึ้นในการประกอบกรและการบำรุงรักษาทางหลวงสัมปทาน

ตามข้อ 24. นี้ จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ข้อความในสัญญากำหนดไว้ในลักษณะที่กรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างอันเกิดจากสัญญาสัมปทาน เป็นของบริษัทฯ ผู้รับสัมปทาน ซึ่งเป็นการให้สัมปทานในรูปแบบของ BOT (Build – Operate – Transfer) ดังนั้นผู้ที่มีหน้าที่ที่จะต้องเสียภาษีโรงเรือนและที่ดินจะต้องเป็นบริษัทฯ ผู้รับสัมปทาน แต่ปัจจุบันบริษัทฯ ผู้รับสัมปทานยังไม่ชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินในส่วนนี้ให้แก่กรุงเทพมหานครที่เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่จัดเก็บภาษีโรงเรือนและที่ดินในกรุงเทพมหานคร โดยอ้างว่ากรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานรวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้าง อันเกิดจากสัญญาสัมปทานเป็นของกรมทางหลวง บริษัทซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานเป็นเพียงผู้บริหารจัดการเท่านั้น

2) ภาระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินในช่วงเวลาที่ทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างอันเกิดจากสัญญาสัมปทานเป็นของกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม โดยปัญหานี้เป็นกรณีที่ตามสัญญาสัมปทานฯ ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ได้มีการแก้ไขโดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 16, 22 และ 23 กำหนดไว้ว่า

ข้อ 16. ภาษีอากรและค่าธรรมเนียม

ผู้รับสัมปทานจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบภาษีอากรและค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากสัมปทานนี้ทั้งหมด

หากมีการขึ้นอัตราภาษีมูลค่าเพิ่มไปจากอัตราร้อยละ 7 (เจ็ด) ที่ใช้อยู่ปัจจุบัน ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐบาลชดเชยในส่วนที่ผู้รับสัมปทานจะต้องเสียหายจากการปรับอัตราภาษีดังกล่าวได้ หรือหากมีการลดอัตราภาษีมูลค่าเพิ่มลงไปจากอัตราร้อยละ 7 (เจ็ด) ที่ใช้อยู่ปัจจุบัน

รัฐบาลมีสิทธิสั่งผู้รับสัมปทานปรับลดค่าผ่านทาง หรือชดเชยให้แก่รัฐ หรือโดยวิธีการอื่นตามที่ได้ตกลงกัน อันเป็นผลจากการปรับอัตราภาษีดังกล่าวได้

ข้อ 22. การโอนกรรมสิทธิ์ทางหลวงสัมปทาน

ในวันลงนามในบันทึกข้อตกลงนี้ผู้รับสัมปทานยินยอมให้กรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานเดิม รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในพื้นที่สัมปทานเดิมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ และเมื่อผู้รับสัมปทานก่อสร้างทางหลวงสัมปทานต่อเนื่องขยายทางด้านทิศเหนือเสร็จ เป็นบางส่วนหรือแล้วเสร็จทั้งหมด ให้กรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานส่วนที่แล้วเสร็จ รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้องทั้งหมดภายในพื้นที่สัมปทานตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐทันที แต่ทั้งนี้ผู้รับสัมปทานยังคงมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งรวมถึงหน้าที่ดูแลบำรุงรักษาตามที่กฎหมายและตามข้อความในบันทึกข้อตกลงและสัญญาสัมปทานทางหลวงเดิมทุกประการ

ข้อ 23. การส่งมอบทางหลวงสัมปทานเมื่อสิ้นสุดอายุสัมปทาน

เมื่ออายุสัมปทานได้สิ้นสุดลง ผู้รับสัมปทานต้องคืนสัมปทาน รวมทั้งส่งมอบพื้นที่สัมปทาน ทางหลวงสัมปทาน อาคารและสิ่งปลูกสร้างทั้งหมดภายในพื้นที่สัมปทานในสภาพตามที่เป็นอย่างซึ่งต้องเป็นสภาพที่ใช้การได้ดีตามปกติในการประกอบกิจการทางหลวงสัมปทาน ให้แก่กรมทางหลวงโดยไม่คิดมูลค่าใดๆ และต้องส่งมอบเครื่องอุปกรณ์ คู่มือปฏิบัติงาน เอกสารทางเทคนิคและการบริหาร ตลอดจนอุปกรณ์ความสะดวกที่เกี่ยวข้องที่ผู้รับสัมปทานใช้ในการดำเนินการ และบำรุงรักษาทั้งหมดให้แก่กรมทางหลวงโดยไม่คิดมูลค่าด้วย

ดังนั้นตามข้อ 16. ของบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ได้ระบุไว้ชัดเจนแล้วว่า คู่สัญญาได้ตกลงกันใหม่โดยตกลงกัน ให้บริษัทฯ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในค่าภาษีอากร และค่าค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากสัมปทานนี้ทั้งหมด และได้ตกลงกันใหม่โดยในข้อ 22. และ 23. ว่าคู่สัญญาตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ในทางหลวงสัมปทานเดิม รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างทั้งหมดภายในพื้นที่สัมปทานเดิมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ รวมทั้งเมื่อบริษัทฯ ผู้รับสัมปทานได้ก่อสร้างทางหลวงสัมปทานต่อเนื่องขยายด้านทิศเหนือเสร็จเป็นบางส่วนหรือทั้งหมด ก็ให้กรรมสิทธิ์ตกเป็นของรัฐทันที จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ตั้งแต่วันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 เป็นต้นไป ทางหลวงสัมปทานสายนี้รวมทั้งส่วนต่อขยายด้านทิศเหนือตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ได้แก่ กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคมทันทีที่สร้างแล้วเสร็จ ดังนั้น นับแต่วันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 เป็นต้นไป กรมทางหลวงจึงมีหน้าที่จะต้องเสียภาษีโรงเรือนและที่ดินของทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างในพื้นที่สัมปทานให้แก่กรุงเทพมหานคร แต่กรมทางหลวงได้อาศัยความของข้อ 16 ของบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ที่ตกลงกันไว้ว่าให้บริษัทฯ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับผิดชอบ

ในค่าภาษีอากรและค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆ อันเกิดจากสัญญาสัมปทานนี้ทั้งหมด กรมทางหลวง จึงไม่ต้องชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินของทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้าง ในพื้นที่สัมปทานให้แก่กรุงเทพมหานคร โดยขอให้กรุงเทพมหานครไปจัดเก็บค่าภาษีโรงเรือนและที่ดิน จากบริษัทฯ ผู้รับสัมปทานแทน โดยอ้างบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 16. ไปใช้ยื่นแก่กรุงเทพมหานคร และแจ้งให้บริษัทฯ ผู้รับ สัมปทานชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินตามบันทึกข้อตกลงฯ ข้อ 16. แต่บริษัทฯ ผู้รับสัมปทาน ไม่ชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินให้แก่กรุงเทพมหานคร โดยแจ้งแก่กรมทางหลวงและกรุงเทพมหานคร ว่าแม้ข้อ 16. จะกำหนดให้บริษัทฯ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับผิดชอบในค่าภาษีอากร ซึ่งในที่นี้ คือ ค่าภาษีโรงเรือนและที่ดิน นับแต่วันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ซึ่งเป็นวันที่มีการแก้ไขสัญญาสัมปทาน ทางหลวง โดยบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ก็ตาม แต่ตาม พ.ร.บ. ภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ. 2475 มาตรา 40 ได้กำหนดให้เจ้าของทรัพย์สินเป็นผู้มีหน้าที่ ชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดิน ประกอบกับบันทึกข้อตกลงฯ ข้อ 22. ได้ตกลงกันให้ทางหลวง สัมปทาน รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในพื้นที่สัมปทานตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ ได้แก่ กรมทางหลวง นับแต่วันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ที่เป็นวันลงนามในบันทึกข้อตกลงฉบับที่ 2/2539 กรมทางหลวงจึงเป็นผู้ต้องชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินในส่วนนี้ แต่จนถึงปัจจุบันปัญหา ในส่วนนี้ก็ยังเป็นข้อพิพาท 3 ฝ่าย คือ กรมทางหลวง กรุงเทพมหานคร และบริษัทฯ ผู้รับสัมปทานอยู่ โดยยังไม่สามารถหาข้อยุติได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าปัญหาตามข้อ 4.1.4 ทั้งสองกรณีเป็นกรณีที่น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำใดๆ ของรัฐที่เป็นส่วนราชการ และเป็นการทำให้บริษัทฯ จะต้องเสียภาษีมากขึ้น อันเป็นเหตุให้ผู้รับ สัมปทานมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้กรมทางหลวงแก้ไขผลเสียต่อฐานะทางการเงินของบริษัทฯ ตามสัญญาสัมปทานฯ ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 25. ได้

4.1.5 ปัญหาเรื่องของการขยายอายุสัญญาสัมปทานทางหลวง

จากปัญหาทั้ง 4 ประการดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นกรณี ที่เกิดปัญหาอันเนื่องมาจากสถานะทางเศรษฐกิจและทางการเงินของประเทศและของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทาน และเป็นกรณีพิพาทกันระหว่างหน่วยงาน ของรัฐและเอกชน ซึ่งปัจจุบันยังไม่สามารถแก้ไขได้ รวมทั้งก่อให้เกิดผลกระทบต่อการดำเนินกิจการ และการให้บริการทางหลวงสัมปทานของบริษัทฯ ผู้รับสัมปทานเป็นอย่างมาก ทั้งยังถือว่าเป็นผลเสียหาย ต่อบริษัทฯ รวมถึงประชาชนผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทานอันเป็นบริการสาธารณะที่รัฐได้มอบหมาย ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการให้บริการแทนรัฐด้วย อันจะเป็นเหตุที่เข้ากรณีตามสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ

ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 25 ทำให้บริษัทฯ ผู้รับสัมปทานเกิดสิทธิที่จะขอปรับอัตราค่าผ่านทางหรือขอขยายอายุสัมปทานได้

4.2 แนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง

จากหัวข้อที่ผ่านมาทำให้ทราบถึงปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานว่า มีปัญหาหลายประการดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวงระหว่างภาครัฐ ได้แก่ กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ผู้ให้สัมปทาน กับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทาน ไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการบริการสาธารณะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชนผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทานได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสมควรที่จะทำการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงโดยทำในรูปแบบหรือลักษณะที่กรมทางหลวงเคยจัดทำมาคือทำเป็นบันทึกข้อตกลงในการแก้ไขสัญญาสัมปทานทางหลวงซึ่งจะได้กล่าวในบทต่อไป ส่วนปัญหาของการดำเนินการบริหารจัดการทางหลวงสัมปทานตามสัญญาสัมปทานทางหลวงสายนี้ ภาครัฐยังคงมีสิทธิในการกำกับดูแลการดำเนินกิจการภายใต้เงื่อนไขของสัญญา อันเปรียบเสมือนว่าภาครัฐยังไม่เปิดโอกาสให้แก่ภาคเอกชน ในการให้บริการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงสายนี้ได้อย่างอิสระ เพราะบริษัทฯ ยังไม่สามารถดำเนินการได้อย่างเต็มที่อันเนื่องมาจากเงื่อนไขตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและประชาชนผู้ใช้บริการยังไม่ได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงในกิจการสัมปทานทางหลวงนี้

ดังนั้นในส่วนของการศึกษาถึงแนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในกิจการสัมปทานทางหลวงเพื่อให้เป็นไปได้โดยเสรีและอย่างเป็นธรรมนั้น ผู้เขียนจะศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางในการแปรสัญญาในกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นแนวทางข้อเสนอของมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย หรือเรียกกันโดยย่อว่า “TDRI” และแนวทางข้อเสนอของสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยซึ่งเป็นลักษณะของการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อจะได้ทราบถึงข้อเสนอต่างๆ ที่มีความแตกต่างกันและจะได้นำแนวทางบางประการมาปรับใช้กับการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงได้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 แนวทางการแปรสัญญาตามข้อเสนอของมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (The Thailand Development Research Institute: TDRI)

ซึ่งต่อไปนี้เป็นผู้เขียนจะใช้คำว่า “TDRI” ได้ให้ความหมายของ “การแปรสัญญา” ว่า หมายถึง การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขบางประการจนถึงการยกเลิกสัญญาร่วมการทำงานที่ไม่สอดคล้องกับระบบตลาดที่เสรี¹ หรือเปลี่ยนสถานภาพของเอกชนคู่สัญญาให้เป็นคู่แข่งกันอย่างเท่าเทียมกัน กับหน่วยงานของรัฐ เช่น องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย หรือกรมทางหลวงในทันทีที่มีการยกเลิกการผูกขาดหรือเปิดตลาดเสรีขึ้นทำให้ภาคเอกชนมีโอกาสก้าวไปสู่การแข่งขันในกิจการสัมปทานทางหลวงอย่างเสรีและเป็นธรรมมากขึ้น โดยรัฐจะต้องแก้ไขและปรับปรุงสัญญาหรือข้อตกลงต่างๆ ที่ว่าด้วยสิทธิและข้อผูกพันซึ่งขัดกับหลักการของการแข่งขันที่เสรีและเสมอภาคกัน (Level Playing Field)²

สำหรับวัตถุประสงค์ของการแปรสัญญานั้น TDRI ได้ชี้ให้เห็นว่าสืบเนื่องจากประเทศไทยจะต้องมีการเปิดเสรีกิจการบริการสาธารณะ เช่น โทรคมนาคมซึ่งรวมถึงการให้สัมปทานกิจการสัมปทานทางหลวง เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะเป็นการเสริมสร้างศักยภาพในเชิงแข่งขันให้ประเทศ ดังนั้นในการดำเนินการแปรสัญญาหรือไม่แปรสัญญาร่วมการทำงานรายหนึ่งรายใดจะต้องยึดหลักการที่รองรับเป้าหมายตลอดจนนโยบายแห่งรัฐในการเปิดตลาดการให้บริการโทรคมนาคมซึ่งในที่นี้รวมทั้งการให้บริการทางหลวงสัมปทานของไทยด้วย ดังนั้นหลักการแปรสัญญาที่ TDRI กำหนดไว้จึงประกอบด้วยหลักการดังต่อไปนี้

¹ ระบบตลาดเสรีตามหลักการของ TDRI มี 3 หลักการสำคัญ คือ

- หลักการที่ 1 ตลาดของบริการแต่ละประเภทจะต้องไม่มีการผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายเดียวหรือโดยผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจทางตลาดสูง ที่อาจใช้อำนาจทางตลาดเออาร์เคเอเปรียบผู้บริโภครายได้

- หลักการที่ 2 การแข่งขันของผู้ประกอบการทุกรายในแต่ละตลาดจะต้องอยู่บนกฎเกณฑ์และกติกาที่มีความเสมอภาคกัน (Level Playing Field) ไม่ว่าจะเป็นสิทธิประโยชน์ในการลงทุน กฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลตลอดจนเงื่อนไขอื่นๆ ในการประกอบธุรกิจเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม เว้นแต่เป็นผลมาจากความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการนั่นเอง โดยผู้ประกอบการหมายถึง ผู้ประกอบการรายเดิมและรายใหม่ในอนาคตทุกรายที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมาย

- หลักการที่ 3 ผู้ประกอบการในแต่ละตลาดจะต้องไม่มีผลประโยชน์ร่วมกันไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของการถือหุ้นในธุรกิจของกันและกัน หรือการแบ่งรายได้ เพราะอาจทำให้ร่วมมือกันกีดกันการแข่งขัน หรือร่วมมือกันกำหนดราคาค่าบริการ ทำให้ตลาดไม่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง

² คณะวิจัยมูลนิธิเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2542, สิงหาคม). การประมวลผลการแปรสัญญาร่วมการทำงานในกิจการโทรคมนาคม. หน้า 3-8.

หลักการที่ 1 ตลาดของบริการแต่ละประเภทต้องไม่มีการผูกขาดจากผู้ประกอบการรายเดียว หรือโดยผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจทางการตลาดสูง

หลักการที่ 2 ผู้ประกอบการแต่ละตลาดต้องมีการแข่งขันกันภายใต้กฎเกณฑ์และความเสมอภาคกัน (Level Playing Field) ซึ่งคำว่า “ผู้ประกอบการ” หมายถึง ผู้ประกอบการรายเดิมและรายใหม่ในอนาคตทุกรายที่ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการบริการโทรคมนาคม (ซึ่งรวมถึงบริการทางหลวงสัมปทานตามกฎหมาย)

หลักการที่ 3 ผู้ประกอบการในแต่ละตลาดต้องไม่มีการถือหุ้น หรือแบ่งรายได้ซึ่งกันและกัน เพราะอาจทำให้ร่วมมือกันกีดกันการแข่งขันทางธุรกิจ

หลักการที่ 4 การดำเนินการแปรสัญญา บริษัทเอกชนคู่สัญญาไม่ควรได้รับผลประโยชน์มากเกินไปหรือน้อยไปกว่าที่ควรได้รับตามเงื่อนไขของสัญญาและสถานภาพของตลาดเดิม

หลักการที่ 5 การหาผลกระทบเพื่อคำนวณการชดเชยให้เอกชนคู่สัญญาเพื่อมิให้เอกชนคู่สัญญาได้รับผลประโยชน์มากเกินไปหรือน้อยไปกว่าที่ควรได้รับตามเงื่อนไขของสัญญาและสถานภาพของตลาดเดิม ตามหลักการที่ 4 นั้น ให้พิจารณาดังนี้

ก. หากรายได้ของเอกชนเปลี่ยนไปอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญานั้น (กรณีมีการแปรสัญญา) ถ้าเป็นลบริรัฐต้องชดเชยให้เอกชน แต่ถ้าเป็นบวก เช่นในกรณีที่มีการยกเลิกส่วนแบ่งรายได้ เอกชนต้องชดเชยให้กับรัฐ โดยคำนวณส่วนต่างจนถึงสิ้นสุดอายุสัญญา

ข. รายได้ของเอกชนที่เปลี่ยนแปลงจากการยกเลิกการผูกขาดของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ และการเปิดเสรีตลาดโทรคมนาคม (รวมทั้งกิจการสัมปทานทางหลวง) รัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้กับเอกชนหรือเอกชนอาจต้องจ่ายค่าชดเชยให้กับรัฐ หากการเปิดการแข่งขันเสรีที่จะเกิดขึ้นในอนาคตส่งผลกระทบต่อให้กระแสรายได้ของเอกชนลดลงหรือเพิ่มขึ้น โดยที่ผลกระทบดังกล่าวนี้ จะต้องพิจารณาจากรายละเอียดของแต่ละสัญญาประกอบด้วย

หลักการที่ 6 การแปรสัญญาต้องขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ถ้าตกลงที่จะมีการแปรสัญญาจริงจะต้องปฏิบัติตามหลักการที่ 1-5 ดังกล่าวข้างต้นด้วย

หลักการที่ 7 เมื่อมีการแปรสัญญา รัฐต้องมีนโยบายเป็นหลักประกันให้เอกชนคู่สัญญาได้รับใบอนุญาต(รวมถึงการอนุญาตตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 อันได้แก่ การได้รับสัมปทานในกรณีของการสัมปทานทางหลวง) ให้เป็นผู้ประกอบการรายใหม่ตามกฎหมายในการให้บริการไม่น้อยกว่าตามที่อนุญาตในสัญญาเดิมเมื่อเปิดให้มีการแข่งขันเสรีภายในประเทศได้ และสำหรับค่าธรรมเนียมใบอนุญาต (License Fee) (รวมถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอันเกี่ยวเนื่องกับการให้ได้มาซึ่งสัมปทานทางหลวงและการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงด้วย)

ในอนาคตนั้น รัฐควรชดเชยให้กับเอกชนที่อาจมีภาระเพิ่มขึ้น โดยเอกชนสมควรได้รับค่าชดเชยเฉพาะในส่วนของสิทธิในการหาผลประโยชน์จากโครงข่ายเก่า (รวมถึงกรณีทางหลวงสัมปทานตามสัญญาสัมปทานทางหลวงและตามบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงทั้งสองฉบับ อันได้แก่ตัวทางหลวงสัมปทานที่เอกชนได้ก่อสร้างเอาไว้เดิมก่อนที่จะมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงด้วย) ที่ได้กำหนดไว้ในสัญญานั้นจะไม่ได้รับค่าชดเชยหรือได้รับการยกเว้นใดๆ

หลักการที่ 8 เป็นหลักการที่ TDRI ได้กล่าวถึงกรณีที่ไม่มีการแปรสัญญาของหน่วยงานของรัฐว่าการที่องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย (โดยในที่นี้หมายถึงรวมทั้งกรณีสัญญาสัมปทานทางหลวงของกรมทางหลวงด้วย) ซึ่งมีความพร้อมในทุกด้านและมีพันธมิตรกับเอกชนจากสัญญานั้น รัฐควรมีมาตรการอันเหมาะสมเพื่อลดข้อจำกัด ตลอดจนอุปสรรคในการแข่งขันที่มีผลมาจากอำนาจผูกขาดทางตลาดที่สูงมากของหน่วยงานดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม หากไม่มีการแปรสัญญาแล้ว TDRI มีความเห็นว่า³ การแข่งขันนั้นเกิดขึ้นได้แต่จะไม่มีประสิทธิภาพ เพราะการแข่งขันจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด แต่ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่จะขยายตัวได้ช้ากว่า ทำให้การแข่งขันเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ และหากในอนาคตองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย รวมทั้งกรมทางหลวง มีการแปรรูปและรวมตัวกัน (หรือแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ออกเป็นหน่วยงานใหม่ในส่วน of กรมทางหลวง) โดยยังไม่มีการแปรสัญญาหรือปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา ทำให้เอกชนคู่สัญญายังคงเป็นพันธมิตรทางธุรกิจต่อไป ผู้ประกอบการจะมีรายเดียวในเกือบทุกตลาด ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์กำกับดูแลที่มีความเชี่ยวชาญและมีความเข้มแข็ง เพื่อมิให้เกิดมีการเอาเปรียบผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการและกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดซึ่งในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ในปัจจุบันมีองค์กรอย่าง Federal Communications Commission (FCC) ซึ่งถือเป็นองค์กรที่เข้มแข็งและมีความเชี่ยวชาญจากประสบการณ์ ซึ่งในส่วน of ทางหลวงสัมปทานนี้ ก็มีสำนักงานทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง ที่เป็นหน่วยงานของกรมทางหลวงที่กำกับดูแลการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวง รวมทั้งยังมีสมาคมทางหลวงแห่งประเทศไทย (สทท) หรือ Roads Association of Thailand (RATH) เป็นหน่วยงานที่ร่วมส่งเสริมการพัฒนาการของทางหลวงและการขนส่งโดยทางหลวง ตลอดจนส่งเสริมการพัฒนาการทางเศรษฐกิจโดยการประสานงาน

³ ภาวะวิชัยมูลนิธิเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, แหล่งเดิม, หน้า 3-9.

การปรับปรุงระบบทางหลวงและระบบการขนส่งโดยทางหลวงด้วย⁴ แต่ที่ผ่านมาก็ยังมีอุปสรรคในการกำกับดูแลเพื่อให้เกิดการแข่งขันในการให้บริการโทรศัพท์ท้องถิ่น (รวมถึงการให้บริการทางหลวงสัมปทานก็มีปัญหาและอุปสรรคเช่นเดียวกัน)

สำหรับในการแปรสัญญานั้น ค่าชดเชยถือเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้การแปรสัญญานั้นเป็นผลสำเร็จหรือล้มเหลว เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายพิจารณาจากค่าชดเชยที่ตนจะได้รับว่ามีความเป็นธรรมสำหรับตนหรือไม่ คณะผู้วิจัยของ TDRI จึงได้วางกรอบของหลักการชดเชยภายใต้หลักการที่ 4 คือ คู่สัญญาเอกชนจะต้องไม่ได้รับประโยชน์มากหรือน้อยกว่าที่ควรได้รับตามเงื่อนไขสัญญาและสถานภาพทางการตลาดเดิม และภายใต้หลักการที่ 5 คือ หากรายได้ของเอกชนเปลี่ยนแปลงไปจากเงื่อนไขสัญญา ซึ่งถ้าคำนวณแล้วผลเป็นลบรัฐต้องชดเชยให้กับเอกชน แต่หากเป็นบวกเอกชนต้องชดเชยให้กับรัฐตลอดอายุสัญญา และรายได้ของเอกชนที่เปลี่ยนแปลงจากการยกเลิกการผูกขาดของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจและเปิดเสรีตลาดโทรคมนาคม รวมทั้งตลาดการคมนาคมซึ่งในที่นี้ คือ

⁴ สมาคมทางหลวงแห่งประเทศไทยมีข้อบังคับกำหนดไว้ในหมวดที่ 2 วัตถุประสงค์ คือ ข้อ 4

วัตถุประสงค์ของสมาคมฯ มีดังต่อไปนี้

- 4.1 ส่งเสริมการพัฒนาการทางหลวงและการขนส่งโดยทางหลวง
- 4.2 ส่งเสริมการพัฒนาการเศรษฐกิจโดยการประสานงานการปรับปรุงระบบทางหลวงและระบบขนส่งโดยทางหลวง
- 4.3 ส่งเสริมความเข้าใจอันดีในด้านทางหลวงต่อประชาชนและส่วนราชการทั่วประเทศ
- 4.4 ส่งเสริมการทัศนจรภายในประเทศ
- 4.5 เผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายหรือข้อคิดเห็นเกี่ยวกับกฎหมายทางหลวงและอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง
- 4.6 รวบรวมจัดทำจุลสาร นิตยสาร สิ่งพิมพ์และสื่อเผยแพร่อื่น ๆ เพื่อเผยแพร่ความรู้และวิชาการเกี่ยวกับกิจการของสมาคมทางหลวง
- 4.7 ให้บริการงานที่ปรึกษาด้านวิศวกรรมงานทางและการขนส่งทั้งภายในประเทศ และต่างประเทศ แก่สมาชิก องค์กรภาครัฐ ภาคเอกชน และประชาชนทั่วไป ตลอดจนส่งเสริมการฝึกอบรมและการศึกษาด้านทางหลวงและการขนส่ง
- 4.8 ติดต่อประสานงานกับสมาคมอื่น ๆ ในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายคลึงกัน
- 4.9 บริการผู้ใช้ทางหลวงและผู้ประกอบการขนส่ง โดยทางหลวงด้วยการรวบรวมและเสนอข้อคิดเห็นและความต้องการ
- 4.10 ส่งเสริมและสนับสนุนกิจการเพื่อสาธารณประโยชน์ การศึกษา การศาสนา สังคมวัฒนธรรม และการสาธารณสุข
- 4.11 จัดหาทุน รัับบริจาคเงิน หรือสิ่งของเพื่อใช้ในกิจการของสมาคมอันเกี่ยวกับกิจการด้านสาธารณกุศลหรือเพื่อประโยชน์แก่สังคมด้านต่างๆ
- 4.12 ไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการเมือง

การให้สัมปทานทางหลวงสัมปทาน รัฐหรือเอกชนจะเป็นผู้จ่ายค่าชดเชยต้องพิจารณาที่ผลกระทบ ต่อกระแสรายได้ของเอกชนว่าเพิ่มขึ้นหรือลดลง โดยดูจากรายละเอียดของแต่ละสัญญาด้วยและ จาก 2 หลักการดังกล่าวข้างต้น คณะผู้วิจัยของ TDRI จึงกำหนดหลักการค่าชดเชยไว้ดังนี้

ก. กรณียังคงส่วนแบ่งรายได้

การคำนวณว่าผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการภาคเอกชนจะได้รับมีมูลค่า เป็นเท่าใดนั้น จะใช้การคำนวณมูลค่าปัจจุบัน (Net Present Value) ของกระแสรายได้ที่พึงได้รับ นับจากวันที่แปรสัญญาจนถึงวันสิ้นสุดสัญญา โดยกระแสรายได้ที่พึงได้รับจะต้องอยู่บนพื้นฐานเดิม ดังนี้

- 1) ต้องแบ่งรายได้ให้กับรัฐตามอัตราที่กำหนดไว้ในสัญญา
- 2) ผู้ให้สัมปทานยังคงมีการผูกขาดทางการตลาดแต่จะไม่มีข้อจำกัดมิให้ ผู้รับสัมปทานรายใหม่เข้ามาในตลาดได้ ทั้งนี้เงื่อนไขของผู้รับสัมปทานรายใหม่จะต้องไม่เอื้อสิทธิ ประโยชน์ที่มากกว่าผู้ประกอบการรายเดิม
- 3) หากสัญญาเดิมกำหนดอัตราค่าบริการไว้ให้คงเป็นไปตามเดิม (หากสัญญากำหนดไว้)
- 4) ขอบเขตการให้บริการคงเป็นไปตามสัญญาเดิม

การคำนวณส่วนแบ่งรายได้จะต้องพิจารณาถึงสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป บนพื้นฐานของความเป็นจริง ส่วนในเรื่องความผันผวนของค่าเงินบาทและผลกระทบทางเศรษฐกิจ ที่ต่อเนื่องนั้นเป็นความเสี่ยงทางธุรกิจที่เอกชนต้องแบกรับไว้เอง โดยในการที่จะให้มีการคงส่วนแบ่ง รายได้ต่อไปนั้น แม้จะไม่สอดคล้องกับหลักการของการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม แต่จะส่งผลให้เกิดการแข่งขันแบบค่อยเป็นค่อยไป ดังนั้นการคำนวณค่าชดเชยโดยการประมาณการ กระแสรายได้ หรือที่เรียกว่า “การประมาณการกรณีฐาน” หรือ “Base Case Scenario” จึงไม่ยุ่งยาก มากนัก

ข. กรณีที่มีการยกเลิกส่วนแบ่งรายได้

กรณีที่มีการแปรสัญญาโดยมีการยกเลิกส่วนแบ่งรายได้นั้น บริษัทเอกชน ไม่ต้องแบ่งส่วนแบ่งรายได้ให้กับรัฐอีกต่อไปนับจากวันที่มีการแปรสัญญา และยังใช้สิทธิแสวงหา ประโยชน์จากทรัพย์สินที่สร้างและโอนให้แก่รัฐได้อย่างเต็มที่ ซึ่งทำให้บริษัทเอกชนได้รับ ประโยชน์มาก แต่ขณะเดียวกันบริษัทเอกชนอาจสูญเสียสิทธิและผลประโยชน์บางอย่าง เช่น หลักประกันในอัตราค่าบริการที่เก็บจากผู้ใช้บริการตามที่ระบุไว้ในสัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การคำนวณค่าชดเชยในกรณีมีการแปรสัญญาจึงควรคำนึงถึง ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อกระแสรายได้ของบริษัทเอกชนในอนาคตด้วย ปัจจัยดังกล่าวได้แก่

- 1) การเปิดตลาดเสรีโทรคมนาคม (ซึ่งในที่นี้รวมถึงกิจการสัมปทานทางหลวง) ส่งผลให้ราคาค่าบริการลดลงในขณะที่การใช้บริการจะเพิ่มขึ้นมากกว่ากรณีผูกขาด
- 2) การยกเลิกส่วนแบ่งรายได้ (Revenue Sharing) ทำให้เอกชนได้รับประโยชน์เพิ่มขึ้นจากเดิม เนื่องจากไม่ต้องเสียส่วนแบ่งรายได้ให้กับรัฐ โดยรายได้ที่เกิดจากการดำเนินการนั้นเอกชนจะได้รับรายได้เหล่านี้ทั้งหมด
- 3) การเปลี่ยนแปลงในสิทธิใดๆ ที่บริษัทเอกชนได้รับภายใต้สัญญานั้น จะทำให้ผลประโยชน์ที่ได้รับเพิ่มขึ้นหรือน้อยลง

นอกจากการแปรสัญญา (ในที่นี้รวมถึงการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงด้วย) จะส่งผลกระทบต่อเปลี่ยนแปลงของกระแสรายได้ของเอกชนแล้วยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการดำเนินการทางธุรกิจภายใต้สัมปทานของภาครัฐโดยไม่มีค่าธรรมเนียม โดยคณะผู้วิจัย TDRI ได้ให้ความเห็นว่า ในอนาคตหากมีการกำหนดระเบียบกฎเกณฑ์และค่าธรรมเนียมใบอนุญาต (ซึ่งในที่นี้คือค่าใช้จ่ายในการดำเนินการให้ได้มาซึ่งสัมปทานและการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวง) บริษัทเอกชนก็ควรที่จะได้รับการชดเชยทรัพย์สินในส่วนของ BTO ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานแบบตามสิทธิและขอบเขตการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ที่ระบุไว้ตามสัญญาเดิมจนกระทั่งหมดอายุสัญญา

วิธีการชดเชยผลประโยชน์จากการแปรสัญญา สามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

หลักการทั่วไปในการจ่ายค่าตอบแทน

ผลประโยชน์สุทธิใดๆ ที่จะต้องชดเชยระหว่างคู่สัญญาที่เจรจาและตกลงกันได้ ตามแนวทางการคำนวณและขั้นตอนการแปรสัญญามีดังนี้

(1) ให้ผลประโยชน์ดังกล่าวตกเป็นของคู่สัญญา กล่าวคือ หากบริษัทเอกชน คู่สัญญารายหนึ่งต้องจ่ายค่าชดเชยจำนวนหนึ่งที่ได้ตกลงร่วมกันกับหน่วยงานของรัฐ ค่าชดเชยจำนวนดังกล่าวนี้จะตกเป็นของหน่วยงานของรัฐนั้นๆ

(2) ในอนาคตหลังจากเปิดเสรีให้แข่งขันแล้ว บริษัทเอกชนซึ่งได้รับใบอนุญาต หรือการอนุญาตเป็นผู้ประกอบการเต็มตัวเช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งได้รับอนุญาตจากองค์กรของรัฐ และมีขอบเขตการบริการเท่ากับสัญญาเดิมที่ได้กำหนดไว้ เมื่อผู้ประกอบการดังกล่าวจ่ายค่าธรรมเนียมใบอนุญาตประกอบการ (License Fee) (หรือในที่นี้ คือ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการให้ได้มาซึ่งสัมปทานและการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวง) ให้แก่รัฐตามที่ผู้กำกับดูแลจะกำหนดขึ้นเช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายอื่น ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นนี้หน่วยงานของรัฐคู่สัญญา

จะต้องเป็นผู้ชดเชยให้จนกระทั่งหมดอายุสัญญาที่ทำไว้เดิม แต่สิทธิอื่นๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในสัญญาเดิมนั้นผู้ประกอบการต้องรับภาระค่าธรรมเนียม (หรือในที่นี้คือค่าใช้จ่ายในการดำเนินการให้ได้มาซึ่งสัมปทานและการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวง) ในส่วนที่เพิ่มขึ้นโดยไม่มีการชดเชยตามหลักการที่ 7

4.2.2 แนวทางการแปรสัญญาตามข้อเสนอของสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้กล่าวถึงอุปสรรคภายใต้กรอบการแปรสัญญาเดิม ดังนี้

1) การดำเนินการแปรสัญญาภายใต้หลักการข้อที่ 4 ที่ว่า “บริษัทเอกชนคู่สัญญาไม่ควรที่จะได้รับผลประโยชน์มากไปกว่าหรือน้อยไปกว่าที่ควรได้ภายใต้เงื่อนไขของสัญญาหรือสถานะภาพของตลาดเดิม” นั้น เป็นไปได้ยากเนื่องจากแม้เพียงจะเริ่มเข้าสู่กระบวนการแปรสัญญา คู่สัญญาต่างก็มีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น เช่น การจ้างที่ปรึกษาเพื่อประเมินแนวทางการแปรสัญญา ซึ่งหากบริษัทเอกชนไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ หรือมีภาระเพิ่มขึ้นก็จะไม่เข้าสู่กระบวนการแปรสัญญา

2) การคำนวณค่าชดเชยภายใต้หลักการที่ 5 ที่กำหนดให้การหาผลกระทบทเพื่อคำนวณการชดเชยให้เอกชนได้รับผลประโยชน์ไม่มากไปกว่าหรือน้อยไปกว่าที่ควรได้ ภายใต้เงื่อนไขของสัญญาและสถานะภาพของตลาดเดิม และให้คำนวณการชดเชยนั้นไปจนถึงสิ้นสุดสัญญานั้น เป็นเรื่องที่จะคาดเดาได้ว่าภายหลังการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคม (ซึ่งในที่นี้หมายถึงรวมถึงกิจการสัมปทานทางหลวง) คู่สัญญาจะรักษาส่วนแบ่งการตลาด สถานะการแข่งขัน การดำเนินธุรกิจของตนได้มากหรือน้อยเพียงใด รายได้ของเอกชนอาจเปลี่ยนแปลงไปจากการยกเลิกการผูกขาด จำนวนผู้ประกอบการที่มากขึ้น หรือแม้แต่ค่าธรรมเนียมใบอนุญาต (License Fee) (หรือในที่นี้คือค่าใช้จ่ายในการดำเนินการให้ได้มาซึ่งสัมปทานและการดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวง) ล้วนทำให้การดำเนินการธุรกิจมีความเปลี่ยนแปลงได้ทั้งสิ้น ดังนั้นหลักการคำนวณค่าชดเชยในอนาคตจึงไม่มีวิธีการใดที่จะนำไปสู่คำตอบที่ถูกต้องที่สุดได้ หลักการนี้จึงยอมรับได้ยาก

3) อำนาจในการให้หลักประกันของรัฐภายใต้หลักการที่ 7 ที่ระบุว่า “แม้ว่ามีการแปรสัญญาเกิดขึ้น รัฐต้องมีนโยบายเป็นหลักประกันให้คู่สัญญาภาคเอกชนได้รับใบอนุญาต (หรือในที่นี้คือ ได้รับสัมปทานทางหลวง) มีฐานะเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ตามกฎหมาย” แม้ว่าหลักการดังกล่าวมีความเป็นไปได้ แต่ในระหว่างการแปรสัญญานั้น ยังไม่มีกฎหมายขึ้นมารองรับทำให้คู่สัญญาเกิดความไม่มั่นใจว่าตนจะได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม (ซึ่งในกรณีนี้รวมถึงการได้รับสัมปทานทางหลวง) ในอนาคต และในกรณีเดียวกันเมื่อการปรับเปลี่ยนเงื่อนไข

สัญญาสัมปทานทางหลวงไม่มีกฎหมายรองรับ ประกอบกับการดำเนินการปรับเปลี่ยนเงื่อนไข สัญญา ก็ยังต้องอาศัยนโยบายของรัฐให้อำนาจแก่กรมทางหลวงผู้ให้สัมปทานก่อน ดังนั้นจึงทำให้ บริษัทเกิดความไม่มั่นใจว่าจะได้รับสัมปทานในการประกอบกิจการต่อไปหรือไม่ในเมื่อต้องมีการเลิกสัญญาและตกลงทำสัญญากันใหม่อีกครั้งหนึ่ง

4) การเสนอกรอบโดยมิได้คำนึงถึงแนวทางปฏิบัติในเชิงธุรกิจ เนื่องจาก หลักการข้อที่ 4 และ 5 ภาคเอกชนจะมีผลกระทบคือ ต้องชดเชยเงินเป็นจำนวนมหาศาลให้แก่ คู่สัญญาภาครัฐ ในขณะที่ประเทศประสบปัญหาทางเศรษฐกิจทำให้เอกชนยากที่จะยอมรับการแปรสัญญา แม้ว่ามีความต้องการแปรสัญญาก็ตาม และแม้ว่าเอกชนมองว่าเศรษฐกิจของประเทศไทยที่ ณ ปัจจุบันไม่เข้มแข็ง และหากจะต้องกู้ยืมเงินจากต่างประเทศ ก็จะมีผลกระทบในทางลบต่อเศรษฐกิจ โดยรวมของประเทศ

5) การไม่พิจารณาปัจจัยภายนอกกรอบการแปรสัญญา การที่คู่สัญญาเสนอ เงื่อนไขอื่นนอกกรอบการแปรสัญญา และไม่พิจารณาข้อเสนอดังกล่าวอาจทำให้กิจการ โทรคมนาคม (และในที่นี้รวมถึงกิจการสัมปทานทางหลวง) ไม่สามารถคงอยู่ได้ในสภาพเศรษฐกิจปัจจุบัน เพราะการเสนอเงื่อนไขดังกล่าวบางประการก็เพื่อให้ธุรกิจดำรงอยู่ได้ต่อไป และนอกจากนี้ปัจจัย ด้านสินทรัพย์นั้นมีความสำคัญต่อคู่สัญญาภาคเอกชนเป็นอันมาก เพราะสัญญาเดิมอยู่ภายใต้เงื่อนไข แบบ BTO (Build-Transfer-Operate) การแปรสัญญาจึงต้องมีการตกลงกันในเรื่องของสินทรัพย์ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการซื้อคืน การเช่า หรือวิธีการอื่นใด เพื่อให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

จากการศึกษาถึงอุปสรรคของการแปรสัญญาดังกล่าว จึงสามารถสรุปแนวทางการแปรสัญญาภายใต้ 8 หลักการดังนี้⁵

หลักการที่ 1 ตลาดของการให้บริการแต่ละประเภท ต้องไม่มีการผูกขาดโดย ผู้ประกอบการรายเดียว หรือโดยผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจการตลาดสูง

หลักการที่ 2 การแข่งขันของผู้ประกอบการในแต่ละตลาดต้องมีกฎเกณฑ์ที่มีความเสมอภาคกัน (Level Playing Field) ไม่ให้มีผู้ประกอบการรายใดได้เปรียบเสียเปรียบผู้ประกอบการ รายอื่น เว้นแต่ผลจากความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการนั่นเอง

⁵ คณะผู้วิจัยสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. โครงการศึกษาปัญหาอุปสรรคและ เสนอแนะแนวทางการแปรสัญญา ร่วมการทำงานด้านกิจการโทรคมนาคม. หน้า 5-17.

หลักการที่ 3 ผู้ประกอบการในแต่ละตลาดต้องไม่มีผลประโยชน์ร่วมกันในรูปแบบของการถือหุ้นในธุรกิจของกันและกัน หรือการแบ่งรายได้ เพราะไม่เช่นนั้นจะทำให้ผู้ประกอบการร่วมมือกันคิดวางแผนการแข่งขันหรือร่วมมือกันกำหนดราคาค่าบริการ เป็นผลให้ไม่มีการแข่งขันกันในตลาดอย่างแท้จริง และผู้บริโภคไม่ได้รับผลประโยชน์เท่าที่ควร

หลักการที่ 4 คู่สัญญาภาคเอกชนจะมีภาระในการจ่ายค่าส่วนแบ่งรายได้ให้แก่ภาครัฐในจำนวนและระยะเวลาอันพอสมควร เพื่อให้คู่สัญญาภาครัฐได้เตรียมความพร้อมเข้าสู่การแปรรูปและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรมที่จะมีขึ้น เนื่องจากคู่สัญญาภาครัฐได้เสียโอกาสในการพัฒนาธุรกิจ และในขณะเดียวกันต้องอาศัยรายได้จากสัมปทานอยู่พอสมควร

หลักการที่ 5 ให้คู่สัญญาภาคเอกชนสามารถเช่าหรือซื้อคืนทรัพย์สินจากคู่สัญญาภาครัฐบนพื้นฐาน “ราคาที่ตีใหม่” (Revalued Price) ที่ได้พิจารณาสิทธิการใช้ทรัพย์สินภายใต้สัญญาเดิมของคู่สัญญาภาคเอกชน และสภาพทรัพย์สินที่มีความพร้อมในการนำมาประกอบธุรกิจได้ทันที

ทั้งนี้ในหลักการข้อที่ 5 ได้มีประเด็นในเรื่องของการครอบครองทรัพย์สินซึ่งสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้มีแนวทางเลือก 2 แนวทาง ดังนี้คือ

1) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แบ่งได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

(1) การโอนกรรมสิทธิ์ให้ Common Carrier ภายใต้แนวทางนี้รัฐจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งหมดให้แก่ Common Carrier ซึ่งจะเป็นองค์กรที่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งหมดและสามารถที่จะถ่ายเท โอนกรรมสิทธิ์ หรือให้เช่าทรัพย์สินต่อให้ผู้ประกอบการได้ โดยองค์กรที่มีความเหมาะสมที่สุดในการเป็น Common Carrier คือคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) (ซึ่งในกรณีของทางหลวงสัมปทานหมายถึงกรมทางหลวงผู้ให้สัมปทาน) ที่จะมีบทบาทในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม (และในที่นี้หมายถึงรวมถึงกิจการสัมปทานทางหลวง) ของประเทศนั่นเอง

(2) โอนกรรมสิทธิ์ให้คู่สัญญาภาคเอกชน (Private Concessionaires) โดยการโอนกรรมสิทธิ์ อาจทำได้ คือ คู่สัญญาภาคเอกชนสามารถซื้อคืนทรัพย์สินได้โดยใช้ “ราคาที่ตีใหม่”⁶ (Revalued Price) โดยการประเมินราคาทรัพย์สินนั้น จะต้องทำการประเมิน

⁶ คำว่า “ราคาที่ตีใหม่” หรือ Revalued Price นั้นเป็นราคาที่จะนำไปซื้อขายกันระหว่างคู่สัญญาภาครัฐและเอกชน

โดยบริษัทประเมินที่เป็นที่ยอมรับได้ระหว่างคู่สัญญาและหลักเกณฑ์ที่จะนำมาประเมินนั้น ควรพิจารณาสิทธิในการใช้ทรัพย์สินของคู่สัญญาภาคเอกชนภายใต้สัญญาเดิมด้วย

2) เอกชนผู้ประกอบการเข้าใช้ทรัพย์สินจากคู่สัญญาภาครัฐ โดยคู่สัญญาภาครัฐ จะนำทรัพย์สินดังกล่าวมาให้เอกชนเช่าในราคาที่เหมาะสมและเป็นธรรม โดยสามารถเช่าทรัพย์สิน ได้โดยใช้ราคาที่ตีใหม่ โดยถือหลักเกณฑ์การประเมินเช่นเดียวกับข้อ (2) ซึ่งหลักการในการเช่า ทรัพย์สินนี้มีความเหมาะสมกับธุรกิจการโทรคมนาคม (ซึ่งในที่นี้หมายถึงรวมถึงกิจการให้บริการ ทางหลวงสัมปทานหรือกิจการสัมปทานทางหลวง) เพราะคู่สัญญาทั้งภาครัฐและภาคเอกชนมิได้ เป็นคู่แข่งโดยตรงต่อกัน โดยรูปแบบก็เป็นการดำเนินกิจการอันเป็นการบริการสาธารณะเหมือนกัน และเอื้อต่อกัน และข้อดีคือทำให้คู่สัญญาภาคเอกชนไม่ต้องรับภาระสินทรัพย์จำนวนมาก

หลักการที่ 6 การแปรสัญญาควรขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่สัญญาภายใต้ หลักการข้อที่ 1-5

หลักการที่ 7 ให้คู่สัญญายกเลิก แก้ไข หรือปรับปรุงเงื่อนไขในสัญญา ระหว่างคู่สัญญาที่เป็นอุปสรรคในการให้บริการ การปรับปรุงการให้บริการ การดำเนินงานเพื่อให้ ตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ต้องไม่เกิดผลกระทบต่อคุณภาพการบริการ มาตรฐานความปลอดภัย และความมั่นคงของประเทศ

หลักการที่ 8 การแปรสัญญาไม่ควรนำไปสู่การสร้างสภาวะผูกขาดทางตลาด ของคู่สัญญาภาครัฐหรือเอกชนมากขึ้น

จากการศึกษาหลักการแนวทางการแปรสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมของมูลนิธิ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย และของสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัยโดยได้นำมาเป็นแนวทางเปรียบเทียบในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง แล้ว ก็ยังคงไม่เพียงพอที่จะทำให้การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงประสบผลสำเร็จได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงได้นำสรุปแนวทางของผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการและบุคคลที่เกี่ยวข้องมานำเสนอ ในหัวข้อต่อไป

4.2.3 แนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาตามข้อเสนอของผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ในเรื่องการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้น ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และบุคคลที่เกี่ยวข้องได้แสดงความคิดเห็นไว้มากมาย แต่มิได้แสดงความเห็นอย่างชัดเจน ใ้รู้ว่าเห็นด้วยกับการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาหรือไม่ ซึ่งส่วนใหญ่จะกล่าวเกี่ยวกับเรื่องกรอบ การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาว่าควรมีหรือไม่ และถ้าควรมีก็ควรจะเป็นอย่างไร ดังนั้นเพื่อเป็นประโยชน์

ในการวิเคราะห์แนวทางในเรื่องการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา ผู้เขียนจึงใคร่ขอสรุปความคิดเห็นไว้เป็น 3 กลุ่ม ดังต่อไปนี้

กลุ่มแรก เห็นว่าการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้นควรจะมีกรอบหลักเกณฑ์ในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไข

กลุ่มที่สอง เห็นว่าการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้นไม่ควรมีการทับซ้อนกับข้อตกลงของคู่สัญญา

กลุ่มที่สาม เห็นว่าไม่ควรมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาเลย

กลุ่มแรก เห็นว่าการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้นควรจะมีกรอบหลักเกณฑ์ในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไข ได้แก่

- นางศิริพร เทียนคำ ผู้อำนวยการกลุ่มนิติกรรมและกฎหมายทั่วไป กองนิติกรรมทางหลวง มีความเห็นว่าประเทศไทยจะเปิดเสรีให้มีการแข่งขันได้อย่างเสรีและเป็นธรรมนั้นสำคัญที่กฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 87 ที่กำหนดว่า “รัฐไม่ควรถูกประกอบกิจการแข่งขันกับภาคเอกชน” ซึ่งนั่นเป็นจุดเริ่มต้นและเป็นสาเหตุที่ต้องมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขรัฐธรรมนูญมาตรา 50 กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” และวรรคสองยังกำหนดว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่...” และมาตรา 50, 87 จะเกี่ยวข้องกับเรื่องคุ้มครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอน ทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมาย และกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ “รวมถึงเน้นการที่ไม่ให้ภาครัฐประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน” ซึ่งในการพิจารณาสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันนี้ยังมีการผูกขาดโดยไม่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนได้เข้าร่วมการงานในกิจการสัมปทานทางหลวงได้โดยเสรีและอย่างเป็นธรรมตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญเท่าที่ควร แต่ในเวลาต่อมาเมื่อมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งก็สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อำนาจผูกขาดการให้บริการทางหลวงและการดำเนินการให้บริการทางหลวงโดยเก็บค่าผ่านทางก็ย่อมลดลงโดยจะเห็นได้จากการเริ่มมีแนวคิดในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้ (รวมทั้งในอนาคตกรมทางหลวงได้มีโครงการที่จะเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการสัมปทานทางหลวง เช่น ที่จะมีการสัมปทานในภาคตะวันออกของประเทศ) แต่ข้อตกลงที่ผู้ประกอบการภาคเอกชนได้ตกลงจ่ายค่าส่วนแบ่งรายได้สมั้ยที่มีการผูกขาดและกำกับควบคุมดูแลโดยภาครัฐยังคงอยู่ และไม่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการได้อย่างเต็มที่โดยเสรีอย่างเป็นธรรมซึ่งประชาชนก็ต้องมีการจ่ายค่าบริการหรือค่าผ่านทางสูงขึ้นเช่นกัน ดังนั้นหากไม่ปรับเปลี่ยนเงื่อนไข

สัญญาสัมปทานแล้ว ปัญหาประการแรกที่เกิดขึ้นคือ ธุรกิจในการดำเนินการสัมปทานทางหลวง จะไม่มีความคล่องตัวในการดำเนินการ บริษัทที่มีภาระหนี้สินก็จะไม่มีโอกาสได้ปรับตัวเองได้ เพราะภาคเอกชนไม่สามารถระดมยืมทุนต่างประเทศหรือแม้แต่ในประเทศไทยเองก็ทำไม่ได้ ทำให้ประสบภาวะขาดทุนมาก รัฐจึงต้องพิจารณาด้วยว่าทำอย่างไรภาคเอกชนจึงจะอยู่ได้ ทำอย่างไรภาครัฐ คือกรมทางหลวงจึงจะสามารถให้บริการทางหลวงให้เกิดประโยชน์ได้สูงสุดต่อประชาชนทั่วไปได้ รวมทั้งยังไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการธุรกิจของภาคเอกชนในกรณีที่ภาคเอกชนมีส่วนร่วมดำเนินการบริการสาธารณะแทนภาครัฐ โดยกรอบที่สำคัญและกรอบที่ดีของ TDR1 ในข้อ 2 เห็นว่า การแข่งขันต้องยุติธรรมทั้งสองฝ่าย หรือหลายฝ่ายด้วยกัน คือ ภาครัฐกับเอกชนรายเก่า เอกชนรายเดิมกับรายใหม่ที่เกิดขึ้นหลังจากมีการเปิดเสรีในการดำเนินการให้บริการทางหลวงสัมปทานหรือกิจการสัมปทานทางหลวง และยังมีเรื่องของประชาชนที่จะต้องได้รับประโยชน์สูงสุดด้วย การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาที่มี 2 ประเด็นหลักใหญ่ที่ต้องพิจารณาร่วมกัน จะแยกพิจารณาเฉพาะประเด็นใดประเด็นหนึ่งไม่ได้ คือ สัญญาทุกสัญญาจะมีการกำหนดไว้ว่าจะต้องให้ส่วนแบ่งรายได้แก่ภาครัฐที่ได้รับสิทธิที่สัญญาาร่วมกันด้วยตลอดอายุสัญญาโดยการจ่ายส่วนแบ่งรายได้นี้ก็เพื่อให้ได้มาซึ่งสัมปทาน และในสัญญาจะกำหนดไว้ชัดเจนว่ามีส่วนหนึ่งที่มีการโอนทรัพย์สินให้ โดยผู้ประกอบการจะได้รับการคุ้มครองการใช้สิทธิตลอดอายุสัญญา ดังนั้นกรอบการศึกษาจึงต้องพิจารณาพื้นฐาน 2 ข้อนี้พร้อมกันไป ฉะนั้นกรอบข้อ 4 และข้อ 5 ของสถาบัน TDR1 ที่ได้วิจัยไว้อาจมีปัญหา กล่าวคือ

หนึ่ง สภาพการแข่งขันผิดรูปแบบไปแล้ว

สอง ถ้าต้องการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน ทั้งรายเดิม รายใหม่และประชาชน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การที่บอกว่ารัฐสูญเสียผลประโยชน์จะผิดหรือไม่ ถ้าผู้ที่ได้รับประโยชน์ไม่ได้ตกอยู่ที่ภาคเอกชน แต่ตกอยู่กับประชาชนก็น่าจะรับฟังได้

หากมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาโดยความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งคู่ ถ้ามีการแข่งขันเสรีได้อย่างเป็นธรรม แต่สภาพความเป็นจริงในขณะนี้ยังไม่มีความเป็นธรรม เนื่องจากยังมีส่วนที่เป็นรายได้เหลื่อมล้ำกัน หากพิจารณาว่าคู่สัญญานั้นสมัครใจก็ถูกต้องแต่โดยหลักของธุรกิจแล้วคงไม่ใช่ เมื่อพิจารณาหลายอย่างรวมกันแล้วก็เห็นว่าส่วนที่เห็นชัด คือ การเปิดเสรีจะทำให้มีการแข่งขันกันอย่างอิสระโดยเสรีขึ้น และหากจะปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาก็ควรพิจารณาว่าทรัพย์สินที่โอนให้รัฐนั้น ผู้ประกอบการมีสิทธิในการใช้ หากจะซื้อคืนจะทำได้หรือไม่อย่างไร สิ่งที่น่าจะเป็นห่วงก็ คือ การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้นจะต้องไม่ทำให้นำไปสู่ภาวะผูกขาดทางการตลาดของเอกชนมากขึ้น การซื้อคืนหรือการจะเช่าทรัพย์สินต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กลไกตลาด โดยพิจารณาจากสภาพความเป็นจริง ดังนั้นการปรับเปลี่ยนเงื่อนไข

สัญญาอันจะทำหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาก็จำเป็นต้องมีกรอบในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา

- นายไกรสร เลียงสมบูรณ์ อัยการจังหวัดสมุทรสาคร มีความเห็นว่า การดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงเป็นการที่ภาครัฐมอบอำนาจหน้าที่ในการให้บริการหรือจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ภาคเอกชน การดำเนินธุรกิจของภาคเอกชนจึงต้องคำนึงถึงหลักของการบริการสาธารณะ 3 ประการ ได้แก่ 1. หลักความเสมอภาค 2. หลักความต่อเนื่อง 3. หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง โดยต้องพิจารณาควบคู่กันไปกับวัตถุประสงค์ของภาคเอกชนในการประกอบธุรกิจ อันได้แก่ความต้องการได้รับผลกำไรจากการเข้ามาลงทุนประกอบกิจการ การดำเนินธุรกิจประกอบกิจการสัมปทานทางหลวงของบริษัทควรจะต้องกระทำอยู่ในกรอบและหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและสอดคล้องกันระหว่างผลประโยชน์ของภาครัฐ บริษัทที่เป็นภาคเอกชนคู่สัญญา รวมทั้งประชาชนผู้ให้บริการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อทุกฝ่ายอันเป็นความมุ่งหมายเกี่ยวกับแนวคิดที่จะทำการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้ ส่วนในเรื่องอัตราค่าบริการนั้นควรพิจารณาโดยรอบคอบว่า ในขณะปัจจุบันที่ยังไม่มีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาอัตราค่าบริการเหมาะสมกับสถานะและสภาพทางเศรษฐกิจของประเทศหรือไม่ และหากต่อมาภายหลังถ้าจะมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาก็ควรกำหนดอัตราค่าบริการโดยพิจารณาจากปัจจัยดังกล่าวมาแล้วด้วย และประการสุดท้ายคือในเรื่องของการแข่งขันทางการประกอบกิจการ โดยเสรีและอย่างเป็นธรรม รวมทั้งการห้ามจำกัดการแข่งขันทางการประกอบกิจการค้าธุรกิจ และห้ามผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อมตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้นั้น จะเห็นได้ว่าแนวทางหรือแนวคิดในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อก่อให้เกิดความเสรีและเป็นธรรมในการประกอบธุรกิจโดยผ่อนคลายการผูกขาดในกิจการหรือธุรกิจโดยเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนสามารถเข้ามาดำเนินกิจการให้บริการทางหลวงสัมปทานแทนภาครัฐได้ และเมื่อภาคเอกชนเข้ามาดำเนินกิจการให้บริการทางหลวงสัมปทานแล้วเกิดรายได้ผลกำไรขึ้น รายได้และผลกำไรส่วนหนึ่งก็ตกให้แก่ภาครัฐ รวมทั้งยังเป็นการลดภาระของภาครัฐที่จะต้องมีหน้าที่ให้บริการทางหลวงแก่ประชาชน รวมทั้งยังก่อให้เกิดความสะดวกและเป็นทางเลือกของประชาชนผู้ให้บริการด้วย ดังนั้นการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานน่าจะต้องเกิดขึ้นโดยควรมีกรอบหลักเกณฑ์ในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา⁷

- คุณธวัชชัย ผ่องใส พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการจังหวัดราชบุรี มีความเห็นว่า การสร้างสถานะการแข่งขันที่เสมอภาคและเท่าเทียมกันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอันมาก และกรมทางหลวงควรจะสนับสนุนให้มีการเปิดเสรีกิจการสัมปทานทางหลวงเพื่อให้มีการแข่งขันกัน

⁷ สัมภาษณ์ 3 เมษายน 2549.

โดยเสรีอย่างเป็นธรรม ดังนั้นเพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์ควรยุติการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ และเพื่อป้องกันมิให้บริษัทได้รับประโยชน์มากขึ้นก็เอาไปลดให้กับประชาชน วิธีการแปรสัญญา โทรมณาคม ซึ่งผู้เขียนวิทยานิพนธ์ได้นำมาเปรียบเทียบเป็นแนวทางในการที่จะปรับเปลี่ยนเงื่อนไข สัญญาสัมปทานทางหลวงในส่วนความเห็นที่นำแนวทางของTDRI มาพิจารณานั้นการที่จะต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม และยังเป็นกรเอาส่วนแบ่งรายได้ที่จะเกิดในอนาคต มาจ่ายตั้งแต่ตอนนี้เป็นการที่พิจารณาแล้ว จะเห็นว่ามีลักษณะที่ทำให้บริษัทจะนำไปคิดคำนวณ เป็นอัตราค่าใช้บริการผ่านทาง ไร่ทาง ทำให้อัตราค่าใช้ทางค่าบริการเพิ่มขึ้นและในอัตราที่เร็วขึ้นด้วย จึงอาจเป็นการสวนทางกับแนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาที่ต้องการให้ค่าบริการลดลง ไม่สูงเกินสมควรอันจะทำให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนผู้ใช้บริการ ดังนั้นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา จึงน่าจะพิจารณาในภาพรวมของทุกฝ่ายโดยให้ความสำคัญกับภาครัฐ ภาคเอกชน และประชาชนผู้ใช้บริการ แต่ในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา หากไม่สามารถจะทำให้เกิดความเป็นธรรมได้เท่ากันทุกฝ่าย ท้ายที่สุดการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาควรจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวม คือ ประชาชนเป็นหลักโดยไม่ยึดติดกับเรื่องของข้อสัญญาอันเป็นนิติกรรมที่ก่อผลผูกพันกันทางกฎหมาย⁸

- นายสันต์ สุนพงษ์ศรี นิดกร 7ว. กรมสรรพากร มีความเห็นว่า การดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงอันเป็นการให้บริการอย่างหนึ่งควรเปิดกว้างและให้มากยิ่งขึ้นเพื่อเป็นการลดภาระของภาครัฐที่จะต้องจัดทำทางหลวงที่ตอบสนองต่อผู้ใช้ทางอันเป็นทางเลือกให้กับประชาชนผู้ใช้ทางหลวง เช่นที่ปัจจุบันกรมทางหลวงได้ก่อสร้างทางหลวงพิเศษมอเตอร์เวย์ จากกรุงเทพฯ ไปจังหวัดชลบุรี ต้องใช้งบประมาณในการก่อสร้าง บำรุงรักษา รวมทั้งบริหารจัดการอย่างมหาศาล เป็นต้น สำหรับการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้ หรือการให้สัมปทานทางหลวงในกรณีอื่นควรจะอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันอย่างเสมอภาคกัน หรือที่เรียกกันว่า “Level Playing Field” ซึ่งที่ผ่านมาไม่มีการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันที่เท่าเทียมกัน ดังนั้นหากนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ให้เท่าเทียมกันน่าจะทำให้เกิดการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาที่อยู่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 50 78 และ 87⁹

⁸ สัมภาษณ์ 7 พฤษภาคม 2549.

⁹ สัมภาษณ์ 21 เมษายน 2549.

- นางสาววันเพ็ญ โทสุวรรณ ผู้อำนวยการกลุ่มคดี กองนิติการ กรมทางหลวง มีความเห็นว่า ประเด็นหลักของ TDR1 ซึ่งผู้เขียนวิทยานิพนธ์ได้นำมาเปรียบเทียบเป็นแนวในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้น จะอยู่ในเรื่องของทรัพย์สินเป็นสำคัญว่ารายได้หรือผลประโยชน์จะแบ่งสัดส่วนกันอย่างไร โดยในการพิจารณาให้คำนวณผลประโยชน์ระหว่างคู่สัญญานั้น แต่ละฝ่ายไม่ควรได้รับผลประโยชน์มากไปหรือน้อยไปกว่าที่ตกลงกันได้ และอีกประการหนึ่ง คือ ในเรื่องการแบ่งทรัพย์สินกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งข้อนี้ยากที่จะทำให้เกิดการได้สมประโยชน์ทั้งสองฝ่าย (Win Win Solution) ได้ และในส่วนประการสุดท้ายทั้งหลายที่กล่าวมาต้องพิจารณาถึงในเรื่องอายุสัมปทานหรืออายุสัญญาด้วยว่า ของเดิมกำหนดการแบ่งส่วนแบ่งรายได้ผลกำไร และการจัดการทรัพย์สินไว้อย่างไร เมื่อมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาจะต้องมีการชดเชยให้แก่ฝ่ายที่เสียประโยชน์หรือไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา ดังนั้นในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาจะต้องจัดทำให้มีกรอบและหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาปฏิบัติหรือบังคับได้อย่างแท้จริง โดยในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้นในแต่ละสัญญามีเนื้อหาเงื่อนไขและประเด็นแตกต่างกันออกไปในรายละเอียด ดังนั้นในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาจึงต้องพิจารณาเป็นรายของแต่ละสัญญา¹⁰

- นายอภิสิทธิ์ อรัญมิตร นิติกรประจำองค์การบริหารส่วนตำบลศาลากลาง อ.บางกรวย จ.นนทบุรี มีความเห็นว่า การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้นควรจะมีกรอบหลักเกณฑ์ไม่ตายตัว มีลักษณะที่กว้าง และมีความยืดหยุ่นได้เพราะหากมีกรอบหลักเกณฑ์ในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาไว้ในการที่จะเจรจาทำความตกลงกันระหว่างคู่สัญญาแล้ว หากมีผู้ที่มีความเกี่ยวข้องไม่ว่าจะโดยทางตรงและทางอ้อม เช่น มีปัญหากันระหว่างคู่สัญญา ประชาชนทั่วไป หรือแม้แต่ผู้ที่อยู่ในแวดวงหรือนักวิชาการ เป็นต้น ไม่เห็นด้วยแล้วก็จะเกิดปัญหาตามมาได้ และก็จะส่งผลกระทบต่อการทำงาน ทำให้เกิดปัญหาต่างๆ มากมายตามมาภายหลัง¹¹

กลุ่มที่สอง เห็นว่าการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้นไม่ควรมีกรอบ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ การตกลงของคู่สัญญา

- นายโกสินทร์ หล่อนกลาง ผู้พิพากษาศาลแพ่งธนบุรี มีความเห็นว่า แนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงที่ผู้เขียนวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ นำแนวทางการแปรสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมกรณีของบริษัท AIS ซึ่ง TDR1 ได้ศึกษาในเรื่องการคำนวณค่าชดเชย และการแบ่งปันผลประโยชน์และในเรื่องของทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อนำมาใช้เปรียบเทียบเป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง จะเห็นได้ว่าการที่จะทำการปรับเปลี่ยนเงื่อนไข

¹⁰ สัมภาษณ์ 4 เมษายน 2549.

¹¹ สัมภาษณ์ 1 พฤษภาคม 2549.

สัญญาสัมปทานทางหลวงอาจมีความยากลำบากเนื่องจากมีลักษณะของการค้นคว้าหาแนวทางในทางรูปธรรมมีลักษณะเป็นการคาดการณ์เพื่อจะได้ผลลัพธ์ของการทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถเจรจาตกลงกันได้ในเรื่องผลประโยชน์ ในเรื่องสิทธิหน้าที่ โดยเฉพาะในเรื่องผลกำไรส่วนแบ่งรายได้ และกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิในทรัพย์สินที่เกี่ยวกับสัมปทานทางหลวงนี้ ซึ่งอาจจะต้องใช้ความพยายาม และใช้เวลาในการเจรจาตกลงหาข้อยุติในการที่จะปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาให้ได้ ส่วนกรณีแนวทางของสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่เคยศึกษาวิจัยกันในส่วนของการแปรสัญญาสัมปทานโทรคมนาคม กรณีของบริษัท AIS ที่ผู้เขียนวิทยานิพนธ์เรื่องการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้นำมาเป็นแนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้นมีแนวทางเดียวกันโดยคำนึงถึงเรื่องทรัพย์สินเป็นสำคัญเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในกรณีที่เมื่อสัญญาสิ้นสุดลง กรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินจะตกเป็นของรัฐ ได้แก่ กรมทางหลวง หลังจากนั้นบริษัทจะสามารถต่ออายุสัญญาและดำเนินกิจการต่อไปได้หรือไม่อย่างไร แต่ ณ ปัจจุบัน ภาครัฐ คือ กรมทางหลวงนั้น ส่งเสริมและสนับสนุน รวมทั้งเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนิน กิจการสัมปทานทางหลวงและแข่งขันกันทางธุรกิจการค้าได้โดยเสรีและอย่างเป็นธรรม ดังนั้น ถ้าจะมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา คู่สัญญาและบุคคลที่เกี่ยวข้องเห็นด้วย และประชาชนยอมรับแล้ว กรมทางหลวงก็ควรที่จะดำเนินการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาให้เป็นรูปธรรมได้ แต่โดยที่สัญญาในแต่ละสัญญามีข้อตกลงเงื่อนไขและแนวทางต่างกัน ดังนั้นการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา ควรจะให้ป็นสิทธิของคู่สัญญาที่จะตกลงกันเองตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญประกอบกับหลักการบริการสาธารณะ¹²

กลุ่มที่สาม เห็นว่าไม่ควรมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาเลย

- นายพงศ์กร จุลโพธิ์ วิศวกรโยธา 5 กรมทางหลวง มีความเห็นว่าการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานไม่มีผลทั้งสิ้นกับการแข่งขันอย่างเสรี เพราะถึงอย่างไรสัญญาสัมปทานฉบับปัจจุบันนี้ ก็ทำให้ภาครัฐได้รับประโยชน์มากอยู่แล้ว¹³

- นางสาวจิราพร มณฑลทอง นิตกร 5 กรมสรรพากร มีความเห็นเช่นเดียวกับนายโกสินทร์ หล่อนกลาง ผู้พิพากษาศาลแพ่งธนบุรี ที่ว่าหากว่ามองประเด็นข้อกฎหมาย การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาทำไม่ได้ และไม่มีประโยชน์ที่จะปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา แต่ไม่ทราบว่าจะทำไม

¹² สัมภาษณ์ 5 มิถุนายน 2549.

¹³ สัมภาษณ์ 10 มิถุนายน 2549.

จึงคิดที่จะปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาในเมื่อปัจจุบันนี้สัญญาก็มีผลบังคับกับคู่สัญญาในการให้บริการแก่ประชาชนคืออยู่แล้ว¹⁴

- นายผลาวุฒิ ชินวดี นิติกร 5 กลุ่มคดี กองนิติการ กรมทางหลวง มีความเห็นว่าไม่ควรปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาเพราะไม่มีเหตุผลใดๆ ที่สมควรรับฟังในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา เช่นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น¹⁵

¹⁴ สัมภาษณ์ 26 เมษายน 2549.

¹⁵ สัมภาษณ์ 12 พฤษภาคม 2549.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงรายละเอียดของสัญญาสัมปทานและแนวทางการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาในบทก่อนนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวสรุปสาระสำคัญและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน โดยจะวิเคราะห์ปัญหาของการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวงและแนวทางในการแปรสัญญาสัมปทาน โทรมคมนาคมมาเปรียบเทียบกับ การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงเพื่อให้ได้แนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงที่เหมาะสมในการให้บริการในกิจการสัมปทานทางหลวงระหว่างกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม กับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ทั้งนี้เพราะบริษัทดังกล่าวเป็นผู้ประกอบการให้บริการสาธารณะอันเป็นประโยชน์แก่ประชาชนแทนหน่วยงานของรัฐ กับทั้งเป็นบริษัทเอกชนที่มีฐานะมั่นคง ดังนั้นหากมองในทางเศรษฐกิจและการบริการสาธารณะของประเทศแล้ว การดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฉบับนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ทั้งยังมีอิทธิพลต่อประชาชนผู้ใช้บริการอีกด้วย ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานนั้นจำเป็นต้องเกิดขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการให้สัมปทานทางหลวงที่กรมทางหลวงได้ให้สัมปทานแก่บริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้เกิดปัญหาในการดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทำให้เกิดข้อพิพาทกันระหว่างคู่สัญญาอันส่งผลกระทบต่อผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน โดยปัญหาต่างๆ เกิดขึ้นเนื่องมาจากในขณะที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญากันนั้น คู่สัญญามีเจตนา ความมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ที่ตรงกัน ในอันที่จะประกอบการในกิจการสัมปทานทางหลวงเพื่อให้เกิดผลประโยชน์แก่คู่สัญญา โดยในส่วนของภาครัฐนั้นจะได้ผลตอบแทนเป็นเงินจำนวนมหาศาลและมีต้องเป็นผู้ให้บริการเองอันเป็นการประหยัดงบประมาณของแผ่นดิน และยังเป็น การเปิดโอกาสให้แก่ภาคเอกชนในการเข้ามาจัดการทำการให้บริการทางหลวงแทนภาครัฐ ส่วนภาคเอกชนนั้นก็ได้รับประโยชน์จากการดำเนินการให้บริการทางหลวงสัมปทานเป็นเงินจำนวนมากจากการเก็บค่าผ่านทาง และในท้ายที่สุดผลประโยชน์ทั้งหลาย

ก็ยังตกได้แก่ ประชาชนผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทานอีกด้วย แต่ภายหลังจากได้มีการทำสัญญา
กันแล้วก็เกิดจากการที่เป็นปัญหามากเหนือจากที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาทำสัญญากันไว้ โดย
ปัญหาในการดำเนินการปฏิบัติตามสัญญามีดังต่อไปนี้



ก็ยังคงได้แก่ ประชาชนผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทานอีกด้วย แต่ภายหลังจากได้มีการทำสัญญากันแล้ว ก็เกิดจากการที่เป็นปัญหานอกเหนือจากที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาทำสัญญากันไป โดยปัญหาในการดำเนินการปฏิบัติตามสัญญามีดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเรื่องการปรับอัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะทุกประเภทที่ใช้บริการทางหลวงสัมปทาน ซึ่งปัญหานี้เกิดจากการที่สภาวะทางเศรษฐกิจของประเทศในขณะให้บริการทางหลวงสัมปทานเกิดปัญหาขึ้น ทำให้เมื่อถึงเวลาของการที่บริษัทฯ มีสิทธิปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางตามสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 20, 21, 22 และ 25 และตามสัญญาสัมปทานทางหลวงฉบับที่ 2 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ข้อ 12 บริษัทฯ ไม่สามารถปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางได้ เนื่องจากภาครัฐได้แก่ กรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม ไม่อนุญาตให้บริษัทฯ ปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทาง ทำให้เกิดผลกระทบต่อสภาวะทางการเงินและการบริหารจัดการทางหลวงสัมปทานของบริษัทฯ เป็นอย่างมาก ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาผู้เขียนมีความเห็นว่า ภาครัฐโดยกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม สมควรที่จะต้องยินยอมให้บริษัทฯ ผู้รับสัมปทานปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อสัญญาเดิม

2. ปัญหาเรื่องการก่อสร้างถนนท้องถิ่น (Local Road) การก่อสร้างทางเบี่ยง (Detour Line) บนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอยที่ทางแยกลาดพร้าวบนถนนวิภาวดีรังสิต อันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดีรังสิต อันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร

ซึ่งปัญหานี้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ว่าเป็นกรณีที่ภาครัฐกระทำหรือละเว้นกระทำการของส่วนราชการซึ่งเป็นเหตุให้เกิดการสูญเสียจำนวนยานพาหนะที่ใช้ทางหลวงสัมปทาน โดยเป็นการก่อสร้างที่ถือว่าการแข่งขันกับทางหลวงสัมปทาน และทำให้รายได้ของบริษัทฯ ลดลงตามข้อ 25.2 ง. ของสัญญาสัมปทาน ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า คู่สัญญาทั้งภาครัฐและเอกชนควรที่จะตกลงกันยกเลิกการเรียกร้องและการฟ้องร้องคดีต่อศาลและการเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทและข้อขัดแย้งอันไม่เป็นไปตามสัญญาในเรื่องนี้เสียจะเป็นผลดีต่อทุกฝ่าย และยังเป็นประโยชน์กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรวมถึงประชาชนผู้ใช้บริการทางหลวงสัมปทานนี้ด้วย แต่ทั้งนี้เนื่องด้วยข้อพิพาทในเรื่องนี้เกิดจากการที่ภาครัฐไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา ภาครัฐจึงควรต้องมีมาตรการในการชดเชยความเสียหายให้แก่บริษัทฯ โดยอาจจะขยายอายุสัญญาสัมปทานออกไปหรือชดเชยเป็นจำนวนเงินที่เหมาะสมและพอสมควรกับความเสียหายที่บริษัทฯ ได้รับ

3. ปัญหาเรื่องการย้ายสนามบินคอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ

โดยการย้ายนี้เป็นผลให้จำนวนของยานพาหนะซึ่งจากเดิมมีการเข้าใช้ทางหลวงสัมปทานประมาณ 130,000 ถึง 140,000 คันต่อวัน เมื่อมีการย้ายสนามบินไปอยู่ที่สุวรรณภูมิแล้ว ทำให้จำนวนยานพาหนะที่เข้าใช้ทางหลวงสัมปทานเหลือประมาณ 100,000 ถึง 110,000 คันต่อวัน เฉลี่ยแล้วยานพาหนะที่เข้าใช้ทางหลวงสัมปทานลดลง 30,000 ถึง 40,000 คันต่อวัน ทำให้รายได้จากการเก็บค่าผ่านทางลดลงเป็นจำนวนมาก ซึ่งถือว่าการย้ายสนามบินนี้เป็นการกระทำของส่วนราชการ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดการสูญเสียจำนวนยานพาหนะตามข้อ 25.2 ง. ของสัญญาสัมปทานฯ ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 โดยในปัญหาเรื่องนี้ก็เป็นปัญหาอันเกิดจากการที่ภาครัฐไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามข้อสัญญาเป็นการทำให้บริษัทฯ ผู้รับสัมปทานได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก ภาครัฐควรที่จะต้องชดเชยความเสียหายให้แก่บริษัทฯ โดยอาจจะขยายอายุสัญญาสัมปทานหรือชดเชยเป็นจำนวนเงินที่เหมาะสมกับความเสียหายที่บริษัทฯ ได้รับ และอาจมีมาตรการเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์เช่นนี้อีกในอนาคต

4. ปัญหาเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบภาระภาษีอากร ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีอื่นๆ ทุกประเภท และค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกิดจากทางหลวงสัมปทาน

ซึ่งปัญหาในเรื่องนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำใดๆ ของรัฐที่เป็นส่วนราชการและทำให้บริษัทฯ ได้รับความเสียหายโดยจะต้องเสียภาษีเพิ่มมากขึ้นกว่าที่ควรจะต้องเสีย อันเป็นเหตุให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้กรมทางหลวงแก้ไขผลเสียหายต่อฐานะทางการเงินของบริษัทฯ ตามสัญญาสัมปทานฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 ข้อ 25.2 โดยในปัญหาเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรที่จะต้องมีการทำความตกลงกันระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเพื่อร่วมมือกันหาข้อยุติในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินว่า ในส่วนใดควรเป็นของใคร ภายใต้เงื่อนไขและระยะเวลาอย่างไร เมื่อตกลงกันได้ข้อยุติแล้วก็ดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลงกัน

5. ปัญหาเรื่องของการขยายอายุสัญญาสัมปทานทางหลวง

กรณีนี้สืบเนื่องมาจากปัญหาทั้ง 4 ประการ ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรมีการขยายอายุสัญญาสัมปทานทางหลวงนี้ โดยอายุสัญญาที่ภาครัฐจะขยายให้แก่ภาคเอกชนนั้น ภาครัฐควรกำหนดให้เหมาะสมและพอสอดคล้องกับความเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้นกับบริษัทฯ ด้วย

ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาในการดำเนินการและการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อขจัดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา รวมทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญก็ควรกำหนดให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาเดิมตามสัญญาสัมปทานทางหลวงและผู้ที่จะเข้าประกอบการขอรับสัมปทานทางหลวงทุกรายมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน จึงควรมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง

แต่ยังมีอุปสรรคและปัญหาที่เกิดขึ้นอาจเป็นเพราะสัญญาเดิมที่มีเงื่อนไขและข้อตกลงกันอยู่นั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะและผลประโยชน์รวมทั้งทรัพย์สินที่เอกชนสร้างขึ้น เพื่อดำเนินงานแต่ได้ให้รัฐเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ ฉะนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญา ของคู่สัญญาและไม่ทำให้คู่สัญญาภาคเอกชนได้รับความเสียหายหรือเสียประโยชน์ ภาครัฐควรให้ สิทธิพิเศษแก่ผู้ประกอบการรายเก่าอันเป็นคู่สัญญาเดิมกับรัฐให้สามารถดำเนินกิจการของตนได้ ตามเงื่อนไขและข้อตกลงที่เคยทำกันไว้ โดยมีการตกลงทำการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญากันใหม่ โดยคู่สัญญาตกลงกันภายใต้เงื่อนไขและข้อตกลงเดิมที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครอง สิทธิของผู้ประกอบการรายเก่าให้สามารถดำเนินกิจการตามสิทธิพิเศษ ในสัญญาได้จนถึงที่สุดอายุ สัญญา เพราะหลังจากนั้นผู้ประกอบการรายเก่าจะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายใหม่ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าที่ทุกฝ่ายต้องมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวง รัฐธรรมนูญและ ข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตจึงควรให้มีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา สัมปทาน โดยทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฉบับเดิมโดยทำเป็นบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลง สัญญาสัมปทานและปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติ ตามสัญญาและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา ทั้งนี้โดยคำนึงถึงเงื่อนไขและข้อตกลง ตามสัญญาเดิมเป็นสำคัญ

สัญญาสัมปทานทางหลวงระหว่างกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคมกับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เป็นลักษณะของสัญญาสัมปทาน กล่าวคือ เป็นสัญญาที่หน่วยงาน ภาครัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามาดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงแทนที่รัฐจะเป็นผู้ดำเนินการเอง โดยบริการทางหลวงสัมปทานที่ถือเป็นการให้บริการสาธารณะโดยกรมทางหลวงซึ่งเป็นตัวแทน ภาครัฐจะได้รับผลประโยชน์ตามที่ได้ตกลงกันไว้ในข้อสัญญา ส่วนเอกชนเป็นผู้ลงทุนและผู้ประกอบ กิจการสัมปทานทางหลวงโดยการให้บริการและเก็บค่าผ่านทางอันเป็นรายได้ของบริษัทฯ จากผู้ใช้ บริการ ซึ่งเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแห่งสัญญาสัมปทานทางหลวงแล้ว จะเห็นได้ว่าการดำเนินการ ยังคงมีปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาและยังคงต้องผ่านกระบวนการควบคุมทางสัญญา จากภาครัฐ คือ กรมทางหลวง ทำให้กลไกในการดำเนินการบริหารจัดการให้บริการทางหลวง สัมปทานประสบปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาและทำให้การแข่งขันทางการตลาดไม่ได้เป็นไป โดยเสรีอย่างเป็นธรรม ดังนั้นเพื่อให้ระบบกลไกทางการตลาดได้เกิดการดำเนินการปฏิบัติให้เป็นไป ตามสัญญาและเกิดการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม โดยให้ภาคเอกชนได้รับสิทธิในการดำเนินการ ภายใต้กฎหมายพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ซึ่งจะทำให้ผลประโยชน์ส่วนใหญ่ เป็นของประชาชนผู้ใช้บริการ กระบวนการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาจึงย่อมมีความสำคัญและจำเป็น

ที่จะต้องเกิดขึ้นโดยจะต้องพิจารณาตามความเหมาะสมอย่างชัดเจน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องนำปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องนิติกรรมและสัญญา พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ตลอดจนข้อตกลงระหว่างประเทศและแนวนโยบายต่างๆ ของภาครัฐที่วางไว้เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเพื่อแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา และก่อให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม มาพิจารณาประกอบด้วย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 50 78 และ 87 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องในเรื่องของสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ และการแข่งขันกันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมรวมทั้งการให้บริการสาธารณะของรัฐไว้ ซึ่งหากจะมองจากการดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวงของคู่สัญญาและจากเจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ รวมทั้งกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนั้น ต้องการที่จะให้กิจการสัมปทานทางหลวงดำเนินไปได้ด้วยดี โดยไม่เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาและต้องการให้อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐที่มีความชำนาญเฉพาะด้านตามวัตถุประสงค์ของสัญญาสัมปทานทางหลวงและกฎหมายรัฐธรรมนูญ รวมทั้งกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกำหนด กล่าวคือ เพื่อให้การดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงเป็นไปตามระบบและขั้นตอนตามสัญญาที่ตกลงกันไว้และมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการสัมปทานทางหลวงอันเป็นการบริการสาธารณะแทนภาครัฐ ดังนั้นความต้องการให้เศรษฐกิจของประเทศเป็นไปอย่างเสรีโดยอาศัยกลไกทางการตลาดและเพื่อให้การดำเนินการให้บริการทางหลวงสัมปทานเป็นไปตามสัญญานั้น รัฐจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงเพื่อแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญา รวมทั้งต้องมีการควบคุม ยกเลิก และละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

จากข้อสัญญาสัมปทานและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวแล้วข้างต้น หากกรมทางหลวงซึ่งถือเป็นองค์กรของภาครัฐทำสัญญาให้สัมปทานกับบริษัท ซึ่งเป็นสัญญาให้ดำเนินการสัมปทานทางหลวงอันเป็นการให้บริการทางหลวงแทนภาครัฐภายใต้กฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ตามสัญญานั้น ถือว่ายังมีปัญหาในทางปฏิบัติและปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาอยู่รวมทั้งยังมีการควบคุมโดยภาครัฐอยู่และไม่เป็นการแข่งขันอย่างเสรีโดยแท้จริง ดังนั้นหากจะให้สอดคล้องกับสัญญาสัมปทานทางหลวง รวมทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องที่ต้องการให้มีการดำเนินการให้บริการเป็นไปตามสัญญาโดยไม่เกิดปัญหา

ในการปฏิบัติตามสัญญาและระบบการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม เพื่อให้ประโยชน์กับผู้บริโภคมากกว่าที่เป็นอยู่เดิม สัญญาที่รัฐยังคงมีการควบคุมการดำเนินกิจการของบริษัทภายใต้กฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดไว้ในสัญญานั้นสมควรที่จะต้องทำการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขบางประการเสียใหม่ มิฉะนั้นการดำเนินการให้บริการทางหลวงสัมปทานที่ดีและระบบการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมจะไม่เกิดขึ้นอย่างแน่นอน

อนึ่ง เมื่อผู้เขียนมองตามเจตนารมณ์ของสัญญาสัมปทานทางหลวงรวมทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว จึงเห็นว่าสัญญาใดๆ ก็ตาม ที่เกิดขึ้นมา และยังมีผลอยู่ในขณะที่สัญญาและรัฐธรรมนูญยังมีผลใช้บังคับ หากจะมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขหรือกฎเกณฑ์ในสัญญาอันเป็นปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาและเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมแล้ว หากได้ขัดต่อเจตนารมณ์ของภาครัฐที่ต้องการให้เกิดมีทางหลวงสัมปทานอันเป็นบริการสาธารณะเพื่อประชาชนทั่วไปและกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องไม่ กระบวนการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาย่อมเกิดขึ้นได้ในทุกกรณี และสัญญาสัมปทานกิจการสัมปทานทางหลวงที่ภาคเอกชนและกรมทางหลวงได้ตกลงกันไว้แต่เดิมนั้น เงื่อนไขการดำเนินการย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการสร้างทางหลวงสัมปทานที่กรมทางหลวงซึ่งเป็นภาครัฐได้กำหนดไว้ ดังนั้น เพื่อให้การประกอบกิจการสัมปทานทางหลวงเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการสร้างทางหลวงสัมปทานและก่อให้เกิดความเสมอภาคมีการแข่งขันกันอย่างเสรีด้วยความเท่าเทียมและเป็นธรรม สัญญาสัมปทานทางหลวงนี้จึงควรที่จะมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา โดยปรับเปลี่ยนเงื่อนไขบางประการให้เหมาะสมกับสภาพของปัญหาและกำหนดกระบวนการที่เหมาะสมและชัดเจนเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ทุกฝ่าย แต่ทั้งนี้สัญญาสัมปทานซึ่งผู้ประกอบการภาคเอกชนได้ดำเนินการอยู่นั้นต้องให้ออกชนสามารถมีสิทธิประกอบการได้จนกว่าการอนุญาตสัมปทานจะสิ้นสุดลงแต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กรมทางหลวงกำหนดบนพื้นฐานของการให้บริการสาธารณะและอยู่บนหลักการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม

หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว การประกอบกิจการสัมปทานทางหลวงต้องดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาและเจตนารมณ์ของการสร้างทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งเป็นไปตามหลักการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรมภายใต้กฎเกณฑ์กติกาที่สัญญาสัมปทานทางหลวงและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้กำหนดไว้ แม้ว่าผู้ประกอบการดังกล่าวจะเป็นผู้ที่ได้รับสัมปทานก็ตาม และในการที่จะตกลงเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่มีใช้ลดหรือจำกัดสิทธิในการประกอบกิจการสัมปทานทางหลวงอันเป็นการให้บริการทางหลวงสัมปทานตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ของการอนุญาตสัมปทานแล้ว จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าหากสัญญาสัมปทานใดๆ ที่มีเงื่อนไขเป็นการจำกัดการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม

ก็สามารถปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาได้ แต่หากมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาแล้วและการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาไม่กระทบถึงสิทธิของผู้ได้รับสัมปทานเดิมและยังสามารถแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาได้อีกด้วยแล้วก็ย่อมสามารถกระทำได้ไม่ขัดต่อบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายทั้งสิ้น

วิธีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้นทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อภาครัฐเข้าทำสัญญากับบริษัทเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเมื่อภาครัฐนั้นต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับสัญญารัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในเรื่องของหลักเกณฑ์ที่สำคัญของสัญญาอันได้แก่ หลักการบริการสาธารณะ (Public Service) เพื่อให้การดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการสร้างทางหลวงสัมปทาน อันเป็นการมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา รวมทั้งก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าและการประกอบกิจการโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม ดังนั้นภาครัฐก็ควรจะต้องปฏิบัติตนเช่นเดียวกับภาคเอกชน กล่าวคือ ไม่ควรออกกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขในลักษณะที่ได้เปรียบเอกชนเกินไป ในสัญญาจึงควรมีเงื่อนไขข้อตกลงที่มีความเสมอภาคกัน โดยคู่สัญญาเป็นผู้กำหนด ดังนั้นการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาจึงควรดำเนินการตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาซึ่งควรมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาโดยทำเป็นบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงและมีการตกลงเกี่ยวกับรายละเอียดและเงื่อนไขของสัญญากันใหม่ระหว่างคู่สัญญา และปัญหาของการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาที่จะเกิดขึ้นนั้นจะเกี่ยวกับเรื่องของผลประโยชน์เป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้นจึงควรกำหนดกรอบให้คู่สัญญาอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในเรื่องของระยะเวลาอายุของสัญญาเพื่อให้ภาคเอกชนไม่เสียหายและได้รับผลตอบแทนที่พอควรและเหมาะสมกับการเข้ามาลงทุนดำเนินกิจการให้บริการทางหลวงสัมปทาน

5.2 ข้อเสนอแนะ

การแปรสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคมตามแนวทางของ TDRI และสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งผู้เขียนได้นำมาเปรียบเทียบและนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้น มีหลักการบางส่วนที่มีกรอบเหมือนกันและมีบางหลักการที่แตกต่างกัน ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาสัมปทานทางหลวงได้ เนื่องจากมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานที่เป็นการบริการสาธารณะเหมือนกัน โดยแนวทางของ TDRI นั้นเป็นไปในแนวทางที่มองประโยชน์ของมหาชนเป็นหลักใหญ่ คือ ในการคำนวณค่าชดเชยที่มีขึ้นนั้นรายได้ของเอกชนถ้าเป็นของรัฐต้องชดเชยให้กับภาคเอกชน แต่ถ้าเป็นบวภาคเอกชนต้องชดเชยให้กับรัฐ โดยคำนวณส่วนต่างไปจนถึงสิ้นสุดอายุสัญญา ซึ่งในการคำนวณค่าชดเชยนั้น ไม่ว่าจะวางกรอบอย่างไร รายได้ที่เกิดขึ้นเป็นรายได้ที่เกิดขึ้นในอนาคต วิธีการคำนวณไม่ว่าจะเป็นวิธีใดๆ ก็ตาม

เป็นเพียงการคาดคะเนรายได้ที่จะเกิดขึ้นจริงเท่านั้น ไม่สามารถหาจำนวนเงินที่แน่นอนได้ แต่จำนวนเงินที่จะต้องชดเชยนั้นต้องมีการจ่ายกันจริงๆ ดังนั้นเมื่อผลประโยชน์ที่นำมาคำนวณเป็นผลประโยชน์ที่เอกชนต้องจ่ายให้กับรัฐอยู่แล้ว และการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขมูลค่าผลประโยชน์ดังกล่าวให้เป็นมูลค่าปัจจุบัน โดยให้เอกชนจ่ายเงินครั้งเดียวนั้นเป็นสิ่งที่ปฏิบัติได้ยาก เพราะมีจำนวนเงินหลายล้านบาท และจ่ายครั้งเดียวย่อมเป็นเงินจำนวนมาก เอกชนผู้ประกอบการจะนำเงินดังกล่าวมาชำระได้อย่างไร สำหรับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน ดังนั้นกรอบการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาจึงต้องคำนึงถึงกลไกของการแข่งขันทางการค้า และผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย ซึ่งหากเปิดเสรีกิจการสัมปทานทางหลวง โดยให้มีผู้ประกอบการมากขึ้น ราคาของค่าบริการย่อมถูกลง ดังนั้นการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาโดยมองประโยชน์ของรัฐแต่เพียงด้านเดียวย่อมไม่เกิดผลดี จำเป็นจะต้องมองถึงสถานะของผู้ประกอบการภาคเอกชนด้วยโดยเฉพาะ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของสัญญาสัมปทานทางหลวงแล้ว จะเห็นได้ว่าหนี้ซึ่งเกิดจากการที่เอกชนได้ลงทุนเพื่อสร้างทางหลวงสัมปทานซึ่งตามสัญญาสัมปทานจะระบุให้ทางหลวงสัมปทานที่เอกชนได้สร้างขึ้นหรือทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินของรัฐ

สำหรับสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้วางกรอบการแปรสัญญาไว้โดยมองในลักษณะของเอกชนมากเกินไป กล่าวคือ ในกรณีที่มีการแบ่งรายได้ให้แบ่งไปถึงวันที่ตกลงกัน ซึ่งไม่มีหลักการที่ว่าเหตุใดจึงแบ่งรายได้ให้กับรัฐไปจนถึงวันที่ตกลงกันเช่นนั้น เหตุผลหลักที่คำนวณไปจนถึงระยะเวลาดังกล่าว คือ เพื่อให้ภาครัฐได้มีการปรับตัวเข้าสู่กระบวนการแข่งขัน พร้อมทั้งเปิดโอกาสให้เอกชนได้ซื้อคืนหรือเช่าทรัพย์สินได้ด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะนำข้อดีของทั้งสองแนวทางมาปรับใช้กับการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงเพื่อให้คู่สัญญารวมทั้งผู้ประกอบการทุกฝ่ายได้รับความเป็นธรรมและไม่ทำให้รัฐสูญเสียประโยชน์ และผู้ใช้บริการได้รับความเป็นธรรมจากการแข่งขันที่เสรีอย่างมีความเสมอภาคกันของผู้ประกอบการ

ดังนั้นการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาจึงต้องกำหนดกรอบหลักไว้ ส่วนรายละเอียดของแต่ละสัญญานั้นขึ้นอยู่กับคู่สัญญา ซึ่งจากการศึกษาวิจัยพบว่าหลักการของ TDRI และสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ผู้เขียนได้นำมาเปรียบเทียบนี้ มีหลักการบางหลักการที่เหมือนกันและแตกต่างกันที่สามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง เพื่อเปิดโอกาสในการแข่งขันทางการค้าให้เป็นไปได้โดยเสรีและอย่างเป็นธรรมได้ดังต่อไปนี้

ก. หลักการที่เหมือนกัน

หลักการที่ 1 การให้บริการของตลาดแต่ละประเภทต้องไม่มีการผูกขาด โดยผู้ประกอบการรายเดียวที่มีอำนาจทางการตลาดสูง

หลักการที่ 2 การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการทุกรายในแต่ละตลาดจะต้องอยู่บนกฎเกณฑ์และหลักการที่มีความเสมอภาค

หลักการที่ 3 ผู้ประกอบการในแต่ละตลาดจะต้องไม่มีผลประโยชน์ร่วมกันในรูปของการถือหุ้นในธุรกิจของกันและกัน

จากหลักการที่ 1 2 และ 3 นี้ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 78 และ มาตรา 87 โดยเป็นการผูกขาดตัดตอนในการประกอบกิจการของรัฐและเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนสามารถเข้ามาประกอบกิจการของรัฐได้อย่างเสมอภาคและอย่างยุติธรรม ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับหลักการที่ 1 2 และ 3 และสามารถนำมาใช้เป็นหลักการในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงได้ เพราะเป็นการเน้นให้เห็นถึงการสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและอย่างเป็นธรรม

หลักการที่ 6 การแปรสัญญาขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่สัญญา

จากหลักการดังกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (The Sanctity of Contract) รวมทั้งหลักสัญญาจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา (Privities of Contract) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 และทั้งนี้เพราะสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นนิติกรรมที่จัดทำขึ้นด้วยความตกลงกันของคู่สัญญาโดยสมัครใจโดยคู่สัญญาได้ทำสัญญากันเพื่อให้สิทธิหรือก่อให้เกิดหนี้ (หน้าที่) ผูกพันกันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น (เว้นแต่จะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอกตาม ป.พ.พ. มาตรา 374-376) และคู่สัญญาจะมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาโดยเท่าเทียมกันจะได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันยกเว้นเปลี่ยนแปลงสิทธิและความรับผิดชอบตามกฎหมายกันอย่างไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน¹ ดังนั้นเมื่อจะมีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขนิติกรรมดังกล่าว ก็ควรที่จะต้องดำเนินการตามความสมัครใจของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก “ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา” ดังนั้นหลักการที่ 6 นี้ จึงเป็นสิ่งที่ผู้เขียนเห็นด้วยและคิดว่าเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งสำหรับการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวง และสามารถนำมาใช้เป็นหลักการในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงได้

¹ บรม ศรีสุข. (2549). คำบรรยายวิธีพิจารณาวินิจฉัยข้อหาหรือของ กวพ. และหลักเกณฑ์ส่วนสาระสำคัญของ การจัดหาพัสดุของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กับการจัดทำและวิธีการบริหารสัญญาจัดซื้อ-จัดจ้างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535. หน้า 27, 47.

ข. หลักการที่แตกต่างกัน

หลักการที่ 4

TDR1 วางหลักว่า ในการแปรสัญญาใดๆ บริษัทเอกชนคู่สัญญาไม่ควรได้รับผลประโยชน์มากหรือน้อยไปกว่าเดิม

ส่วนสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้ให้หลักการว่า คู่สัญญามีภาระในการจ่ายค่าส่วนแบ่งรายได้ไม่เกินจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญา เพื่อให้คู่สัญญาภาครัฐซึ่งในกรณีของสัมปทานทางหลวง ได้แก่ คู่สัญญาภาครัฐและคู่สัญญาภาคเอกชนทั้งสองฝ่ายได้ปรับตัวเข้าสู่การแข่งขันทางการประกอบการทางธุรกิจโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและในการให้บริการสาธารณะได้โดยไม่เกิดปัญหาหรืออุปสรรคใดๆ

จากเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับหลักการที่ 4 ของ TDR1 เพราะการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้น หลักการใหญ่จะอยู่ที่การเปิดเสรีกิจการสัมปทานทางหลวงโดยให้มีการแข่งขันอย่างเสมอภาคกันระหว่างผู้ประกอบการกิจการสัมปทานทางหลวงเดิมและผู้ที่จะเข้ามาขอรับสัมปทานทางหลวงสายอื่นๆ ที่จะเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต ดังนั้นผู้ประกอบการที่เป็นผู้รับสัมปทานเดิมนั้นจึงไม่ควรได้รับผลประโยชน์มากหรือน้อยไปกว่าเดิม ซึ่งการพิจารณาผลประโยชน์น่าจะพิจารณาจากการจ่ายค่าส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาของแต่ละสัญญา

หลักการที่ 5

TDR1 มีความเห็นว่า ในการคำนวณการชดเชยที่จะมีขึ้นนั้น มีดังนี้

1) รายได้ของภาคเอกชนถ้าเป็นลบริรัฐต้องชดเชยให้ภาคเอกชน แต่ถ้าเป็นบวกเอกชนต้องชดเชยให้ภาครัฐ โดยคำนวณส่วนต่างไปจนถึงสิ้นสุดสัญญา

2) รายได้ที่เปลี่ยนแปลงไปจากการยกเลิกการผูกขาด และการเปิดเสรีรัฐต้องชดเชยหรือได้รับการชดเชย

3) ผลกระทบที่เกิดจากปัจจัยเสี่ยงในเชิงธุรกิจทั่วไป จะไม่นำมาคิดค่าชดเชย

ส่วนหลักการที่ 5 ของสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กำหนดให้คู่สัญญาภาคเอกชนสามารถเช่าหรือซื้อคืนทรัพย์สินจากคู่สัญญาภาครัฐ

จากหลักการที่ 5 ของ TDR1 เมื่อนำมาเปรียบเทียบเป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า เป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติเพราะการคำนวณค่าชดเชยด้วยสมมุติฐาน และการคาดคะเนนั้นเป็นเรื่องที่ขาดความแน่นอน ดังนั้นเมื่อถึงเวลาจ่ายเงินให้กับภาครัฐจริงๆ บริษัทเอกชนคงไม่ยินยอมที่จะปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาอย่างแน่นอน เพราะเอกชนนั้นเสียสิทธิในการดำเนินการภายใต้การคุ้มครองของรัฐตามระยะเวลาที่เหลือในสัญญา แต่ต้องจ่ายเงินให้กับรัฐภายใต้เงื่อนไขแห่งสัญญาเดิม ประกอบกับข้อ 3 นั้น ไม่ให้นำผลกระทบ

ที่เกิดจากปัจจัยเสี่ยงในเชิงธุรกิจทั่วไปมาคิดค่าชดเชย เป็นการไม่ถูกต้องเพราะการดำเนินธุรกิจใดๆ ก็ตาม รายได้ที่เกิดขึ้นในอนาคตจะเป็นอย่างไรอาจสรุปได้เป็นที่แน่นอนเพียงแต่อาจประมาณการได้บ้างก็โดยอาศัยการคำนวณกระแสเงินสดที่หมุนเวียนในกิจการ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงปัจจัยเสี่ยงในเชิงธุรกิจประกอบด้วย จริงอยู่การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาหนี้ไม่ควรทำให้เอกชนได้รับประโยชน์มากหรือน้อยไปกว่าเดิม แต่การคิดคำนวณค่าชดเชยที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องที่ขาดความแน่นอนชัดเจน ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะให้บริษัทเอกชนเชื่อมั่นในหลักการดังกล่าว ส่งผลให้บริษัทเอกชนไม่กล้าที่จะปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา

ส่วนการกำหนดให้คู่สัญญาภาคเอกชนสามารถเช่าหรือซื้อคืนทรัพย์สินของคู่สัญญาภาครัฐของสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ผู้เขียนเห็นว่าเพราะสัญญาเดิมให้สิทธิแก่บริษัทเอกชนผู้ลงทุนในทรัพย์สินได้ใช้ทรัพย์สินนั้นตลอดระยะเวลาตามสัญญา เมื่อทำการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาก็ควรมีการคุ้มครองสิทธิของบริษัทเอกชนให้ยังคงใช้สอยทรัพย์สินที่ตนลงทุนไปภายในระยะเวลาที่ระบุในสัญญาเดิม ทั้งนี้เท่ากับบริษัทเอกชนได้รับประโยชน์เท่าเดิมตามสิทธิที่ตนเคยได้รับ แต่เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวบริษัทเอกชนนั้นก็ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเสมอภาค เท่าเทียมกัน

สัญญาสัมปทานทางหลวงของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) กับกรมทางหลวงก็เช่นเดียวกัน ได้มีข้อกำหนดให้บรรดาทรัพย์สินอันได้แก่ทางหลวงสัมปทาน พื้นที่สัมปทานในส่วนที่บริษัทจัดให้มีเพิ่มเติมขึ้นมา อาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในพื้นที่สัมปทานที่บริษัทดำเนินการตามสัญญาตกเป็นกรรมสิทธิ์ของกรมทางหลวงทันทีที่ดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จ และบริษัทฯ สามารถใช้ประโยชน์ได้ตามสัญญาตลอดระยะเวลาสัมปทานจึงถือว่าบริษัทฯ สามารถใช้ทรัพย์สินที่ตนลงทุนจัดหาสร้างมาได้ตลอดอายุสัญญา การที่จะยกเลิกสิทธิของเอกชนแล้วให้ใช้เงื่อนไขที่บริษัทสามารถเช่า หรือซื้อคืนทรัพย์สินที่ตนเองลงทุนไป ทั้งที่บริษัทดังกล่าวเป็นผู้ลงทุนในทรัพย์สินนั่นเองเพื่อมาใช้สอยประโยชน์ในกิจการของตนภายในอายุสัญญาสัมปทานจึงเป็นการทำให้บริษัทฯ ได้รับประโยชน์น้อยไปกว่าเดิม อีกประการหนึ่งบริษัทฯ ลงทุนในทรัพย์สินก็เพื่อนำมาใช้ในกิจการเพื่อก่อให้เกิดรายได้กลับคืนสู่บริษัทฯ ดังนั้นเมื่อโอนทรัพย์สินให้กรมทางหลวงแล้ว กรมทางหลวงก็มิได้เสียประโยชน์แต่อย่างใด เพราะเมื่อสิ้นสุดอายุสัญญาบริษัทฯ ก็ต้องส่งทรัพย์สินต่างๆ นั้นคืนให้กับกรมทางหลวงในสภาพที่ใช้งานได้ดีตามข้อตกลงแห่งสัญญา

หลักการที่ 7

TDRI ได้วางหลักให้รัฐต้องประกันให้เอกชนคู่สัญญาได้รับใบอนุญาต (รวมถึงการอนุญาตตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 อันได้แก่การได้รับสัมปทานในกรณีของการสัมปทานทางหลวง) เป็นผู้ประกอบการรายใหม่ตามกฎหมายในการให้บริการไม่น้อยกว่าที่อนุญาตไว้ตามสัญญาเดิม

ส่วนสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยวางหลักว่าให้คู่สัญญาแก้ไข ขกเลิก หรือปรับปรุงเงื่อนไขในสัญญาระหว่างคู่สัญญาอันเป็นอุปสรรคในการให้บริการ

เมื่อนำมาเปรียบเทียบเป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงแล้ว ผู้เขียนเห็นควรนำมาปฏิบัติทั้งสองกรณี ทั้งนี้เพราะเป็นการคุ้มครองสิทธิแก่ผู้รับสัมปทานเดิมที่จะได้รับก่อนมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา รัฐก็ควรมีหลักประกันให้บริษัทเอกชนคู่สัญญานั้นเพื่อให้ได้รับสัมปทานทางหลวงเป็นผู้ประกอบการที่ถูกต้องและสมบูรณ์ตามระยะเวลาที่ระบุไว้ในสัญญาเดิม ส่วนเงื่อนไขในสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเงื่อนไขอันเป็นปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินกิจการและการให้บริการนั้นคู่สัญญาก็ย่อมแก้ไข ขกเลิก หรือปรับปรุงได้ขึ้นอยู่กับ การตกลงโดยสมัครใจของคู่สัญญาเอง

หลักการที่ 8

TDRI วางหลักว่ากรณีที่ไม่มี การแปรสัญญาซึ่งในกรณีของสัมปทานทางหลวง คือ การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญา หน่วยงานของรัฐ คือ กรมทางหลวงควรมีมาตรการที่เหมาะสม เพื่อลดข้อจำกัดและอุปสรรคการแข่งขัน

ส่วนสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้วางหลักว่าการแปรสัญญา ซึ่งในกรณีของสัมปทานทางหลวง คือ การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาไม่ควรนำไปสู่การสร้างภาวะผูกขาดทางการตลาดของคู่สัญญาภาครัฐหรือเอกชนมากขึ้น

เมื่อนำมาเปรียบเทียบเป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงแล้วผู้เขียนเห็นว่าหลักการของ TDRI ที่กำหนดการไม่ปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญานั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วย เนื่องจากเห็นว่าควรมีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาโดยการทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฉบับเดิมโดยทำเป็นบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงเพื่อปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาโดยคำนึงถึงเงื่อนไขและข้อตกลงตามสัญญาเดิมเป็นสำคัญ กรมทางหลวงจะต้องเป็นผู้ให้อนุญาตสัมปทานกับบริษัทเอกชน จึงไม่ควรที่จะเป็นผู้วางมาตรการใดๆ ทั้งสิ้น มาตรการต่างๆ ต้องอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันที่เสรี เป็นธรรมและเสมอภาค โดยกรมทางหลวงต้องเป็นผู้กำหนด ส่วนหลักการของสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ว่า

การปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาไม่ควรทำให้เกิดการผูกขาดของคู่สัญญาภาครัฐและภาคเอกชนมากขึ้นนั้น เป็นหลักการที่ยอมรับได้

สำหรับผลกระทบในกรณีที่ไม่มีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้น ที่เห็นเด่นชัด ก็คือ ผลกระทบในเชิงธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับหลักการแข่งขันที่เสรี เป็นธรรม และ เสมอภาคกัน ผู้เขียนเห็นว่าควรทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฉบับเดิม โดยทำเป็นบันทึกข้อตกลง แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานเพื่อปรับเปลี่ยนเงื่อนไขสัญญาสัมปทานทางหลวงเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาโดยคำนึงถึงเงื่อนไขและ ข้อตกลงตามสัญญาเดิมเป็นสำคัญ โดยเฉพาะในเรื่องของส่วนแบ่งรายได้และทรัพย์สิน รวมทั้ง เรื่องอายุสัญญาสัมปทานทางหลวง

สำหรับทรัพย์สินที่บริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้ดำเนินการลงทุน ก่อสร้างและจัดหามาเพื่อดำเนินกิจการสัมปทานทางหลวงไว้นั้น ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของกรมทางหลวง ตามเงื่อนไขแห่งสัญญา โดยบริษัทฯ มีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นตลอดอายุสัญญาสัมปทานตามสิทธิ ที่มีอยู่ตามสัญญา ดังนั้นทั้งกรมทางหลวงและบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) ควรที่จะตกลงกันในเรื่องผลประโยชน์อันเกิดแก่การที่นำทรัพย์สินดังกล่าวให้เอกชนที่เป็นคู่สัญญาเดิม หรือผู้อื่น เช่า ใช้ หรืออื่นๆ โดยตกลงกันใหม่ ซึ่งในส่วนของบริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) จะได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินในฐานะผู้ลงทุนและรับสิทธิตามสัญญาร่วมกับกรมทางหลวง ในฐานะผู้ถือกรรมสิทธิ์ เพียงแต่วันสิ้นสุดสัมปทานเท่านั้น

ในส่วนของ การแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานทางหลวงนั้น ผู้เขียน เห็นว่าควรแก้ไขปัญหาโดยทำเป็นบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – คอนเมือง ฉบับที่ 3 ขึ้น โดยใน บันทึกนี้ให้มีรายละเอียดของการแก้ไขสัญญาสัมปทานทางหลวง โดยให้ทั้งสองฝ่ายตกลงกันมีข้อความ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ข้อกำหนดของสัญญาสัมปทานฯ ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน 2538 และบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 ซึ่งมีได้ ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบันทึกข้อตกลงฉบับนี้ให้ใช้บังคับต่อไป ทั้งนี้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับ บันทึกข้อตกลงฉบับนี้ หากขัดแย้งกับบันทึกข้อตกลงฉบับนี้ให้ใช้บันทึกข้อตกลงฉบับนี้แทน

ข้อ 2. อัตราค่าผ่านทางที่เรียกเก็บจากยานพาหนะทุกประเภทของทางหลวงสัมปทาน ตอนดินแดง – ดอนเมือง จะปรับให้เป็นไปตามข้อ 20, 20.1, 20.2, 20.3 และข้อ 25 , 25.1, 25.2, 25.3 ของสัญญาสัมปทานฯ ฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 และในส่วนของทางหลวงสัมปทานตอนดอนเมือง- อนุสรณ์สถาน จะปรับให้เป็นไปตามข้อ 12.2, 12.3 และ 12.4 ของบันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานฯ ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539

ข้อ 3. ผู้รับสัมปทานตกลงยกเลิกการเรียกร้องและการฟ้องร้องคดีต่อศาลและหรือการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2532 บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 27 เมษายน 2538 บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวง ในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง – ดอนเมือง ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 และอนุญาโตตุลาการในเรื่องอื่นใดที่เกิดขึ้นแล้วทั้งหมดระหว่างผู้รับสัมปทานกับกรมทางหลวงหรือรัฐบาลในข้อพิพาทดังต่อไปนี้

3.1 การก่อสร้างถนนท้องถิ่น (Local Road)

3.2 การก่อสร้างทางเบี่ยง บนถนนวิภาวดีรังสิต

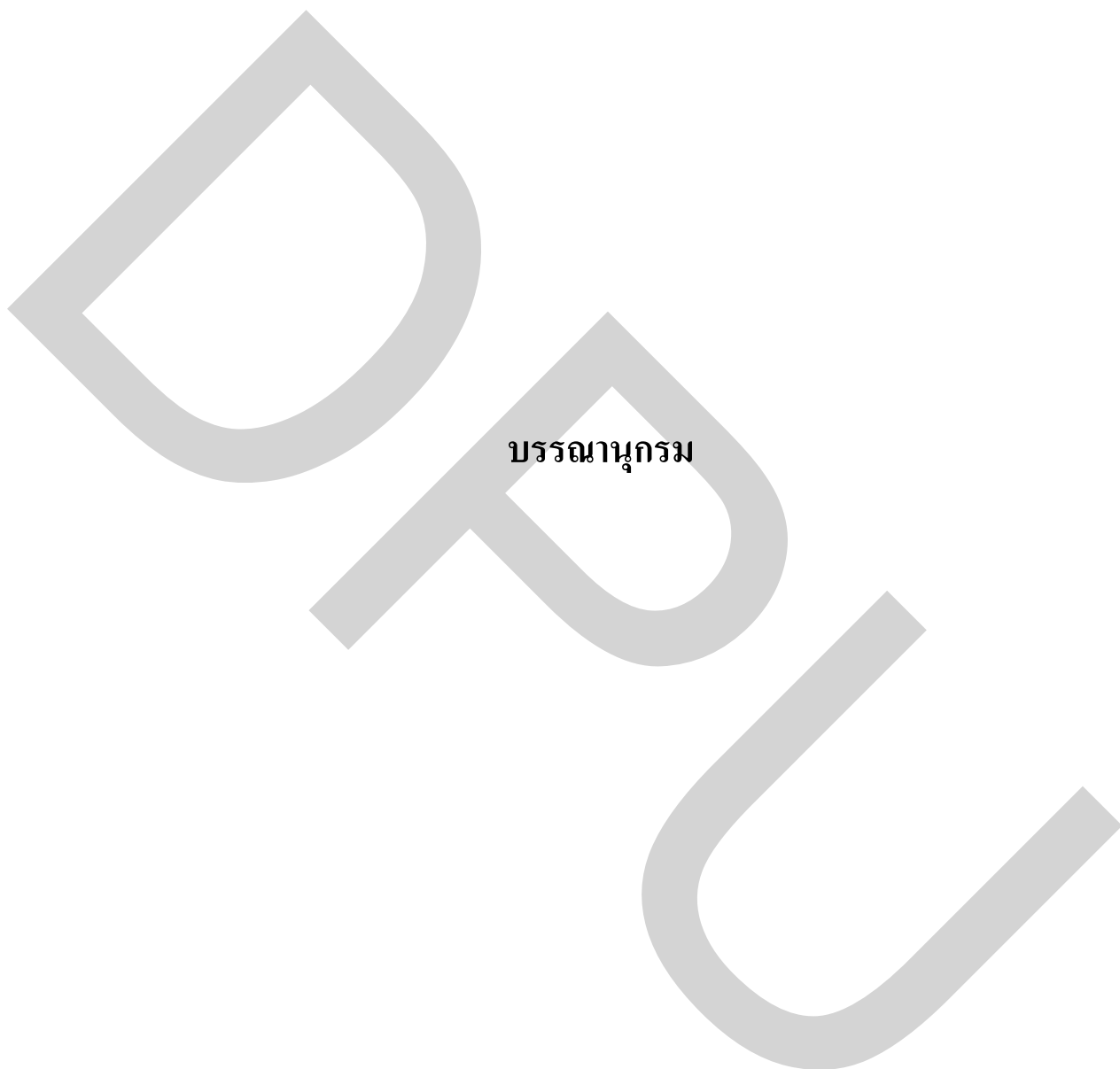
3.3 การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกลาดพร้าวบนถนนวิภาวดีรังสิต อันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร

3.4 การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดีรังสิต อันเป็นโครงการของกรุงเทพมหานคร

3.5 การย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ

ข้อ 4. กรมทางหลวงจะเป็นผู้รับผิดชอบ ในการชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดิน ในขณะที่ทางหลวงสัมปทานรวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวกับทางหลวงสัมปทาน เป็นกรรมสิทธิ์ของกรมทางหลวง และบริษัทฯ ตกลงรับผิดชอบในค่าภาษีโรงเรือนและที่ดิน ในขณะที่ทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่เกี่ยวกับทางหลวงสัมปทานเป็นของบริษัทฯ และคู่สัญญาตกลงยกเลิกข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน

ข้อ 5. ให้ทางหลวงสัมปทานเดิมและทางหลวงสัมปทานตอนต่อขยายด้านทิศเหนือ มีอายุสัมปทานเป็นเวลา 27 ปี (ยี่สิบเจ็ดปี) นับตั้งแต่วันลงนามในบันทึกข้อตกลงฉบับนี้



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- จำปี โสคติพันธุ์. (2542). คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2543). สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ดารารพร ธีระวัฒน์. (2542). กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรม ศรีสุข. (2549). คำบรรยายวิธีพิจารณาวินิจฉัยข้อหาหรือของ กวพ. และหลักเกณฑ์ส่วนสาระสำคัญของการจัดหาพัสดุของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535. กรุงเทพฯ: นิเวศนิรมิตการพิมพ์(1996).
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2535). คู่มือการเจรจาต่อรองการทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างนักลงทุนไทยกับต่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน.
- ประยูร กาญจนดุล. (2535). คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พรายพล คุ้มทรัพย์ และคณะ. (2544). สัมปทานในกิจการสาธารณูปโภค. ม.ป.ท.

บทความ

- คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2533, สิงหาคม). “สัญญาสัมปทาน.” วารสารอัยการ, 13, 150.

เอกสารอื่น ๆ

คณะผู้วิจัยสถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. โครงการศึกษาปัญหาอุปสรรคและเสนอแนะแนวทางการแปรสัญญาร่วมการงานด้านกิจการโทรคมนาคม. เสนอต่อคณะทำงานศึกษาปัญหาอุปสรรคและเสนอแนะแนวทางการแปรสัญญาร่วมการงานด้านกิจการโทรคมนาคม. หน้า 5-17.

คณะวิจัยมูลนิธิเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2542, สิงหาคม). การประมวลผลการแปรสัญญา
ร่วมการงานในกิจการโทรคมนาคม. เสนอกระทรวงการคลัง.

จิต เศรษฐบุตร. (2522). “หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้.” ใน โครงการตำรา
คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จุลสิงห์ วสันตสิงห์. (2538-2539). สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ
(ศึกษาเฉพาะกรณี สัมปทานบริการสาธารณะ). ในเอกสารวิจัยส่วนบุคคล
ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38.

สมาคมทางหลวงแห่งประเทศไทย. (2548, มีนาคม). ข้อบังคับสมาคมทางหลวงแห่งประเทศไทย.

วิทยานิพนธ์

กฤษณ์เทพ ทองสิน. (2541). สัญญาทางปกครองในประเทศไทย: ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์
ของความหมายและผลของสัญญาทางปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ปัทมาวดี บุญโญภาส. (2532). การเลิกสัญญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
ภาควิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประกอบ ชาราประเสริฐ. (2541). ปัญหาการใช้สิทธิตามสัญญาเป็นประกันแก่สถาบันการเงิน.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

รัตนา เล็กสมบูรณ์ไทย. (2535). สัญญาทางปกครองเปรียบเทียบ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

กฎหมาย

ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 295

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473.

พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

กลุ่มข้อมูลพันธการค่าบริการ สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์.

(2544, พฤษภาคม). ผลประโยชน์ที่ไทยได้รับจากการเปิดตลาดการค้าบริการของจีน ภายใต้กระบวนการสมัครเข้าเป็นสมาชิก WTO ของจีน. จาก

<http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/chine.htm>.

ภาษาต่างประเทศ

OTHER MATERIAL

Term of Reference for Submission of the Investment Proposal for Pathumthani-Rangsit
water Supply project.



ภาคผนวก



ภาคผนวก ก.

สัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31

ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง-ดอนเมือง

ภาคผนวก ข.

บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ

ฉบับที่ 1/2538

ภาคผนวก ค.

บันทึกข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ

ฉบับที่ 2/2538

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล	นายสิน สุนพงษ์ศรี
ประวัติการศึกษา	- นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง - เนติบัณฑิตไทย
ประวัติการทำงาน	- ปี พ.ศ. 2543 สำนักงานเลขานุการ สำนักผังเมือง กรุงเทพมหานคร ในตำแหน่ง นิติกร ลูกจ้างชั่วคราว - ปี พ.ศ. 2543 นิติกร 3 ฝ่ายกฎหมายและกรรมสิทธิ์ที่ดิน สำนักทางหลวงที่ 3 กรมทางหลวง - ปี พ.ศ. 2544 - 2550 นิติกร 5 กลุ่มนิติกรรมและกฎหมายทั่วไป กองนิติการ กรมทางหลวง - 1 มีนาคม 2550 – ปัจจุบัน นิติกร 5 กลุ่มคดี กองนิติการ กรมทางหลวง