

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญาในประเทศไทย

ความนำ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของ "ฝ่ายปกครอง" ในประเทศไทยก็เป็นเช่นเดียวกับการปฏิบัติของ "ฝ่ายปกครอง" ในประเทศอื่น ๆ คือนอกจากจะมี "การกระทำในการปกครอง" ที่มีผลกระทบต่อเฉพาะบุคคลในลักษณะที่เป็น "การกระทำฝ่ายเดียว" ตามอำนาจที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายโดยชัดแจ้งแล้ว ยังปรากฏด้วยว่า ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามหน้าที่ของตนได้โดยสมบูรณ์นั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องก่อนดีสัมพันธ์กับเอกชนในลักษณะเป็น "การกระทำหลายฝ่าย" หรือทำสัญญากับเอกชนอยู่เสมอด้วยเป็นจำนวนมากไม่น้อย โดยสัญญาที่ทำนั้นอาจจะ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ขององค์กรฝ่ายปกครองเอง เช่นการจัดซื้อโต๊ะเก้าอี้มาใช้ในสำนักงาน, การเช่าอาคารสำนักงาน, หรือการจ้างผู้รับเหมาปลูกสร้างอาคารสำนักงาน เป็นต้น หรืออาจจะ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างทางหลวง, สัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ, หรือสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะต่าง ๆ ก็ได้ เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระยะหลัง ๆ นี้การทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะมีแนวโน้มว่าจะมีบทบาทสำคัญมากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่เจ็ด พ.ศ. 2535-2539 ซึ่งเป็นแผนที่ทำให้อยู่ในปัจจุบัน ได้กำหนดแนวทางการพัฒนากฎหมาย รัฐวิสาหกิจ และระบบราชการเอาไว้ในส่วนที่ 5 ของแผนที่ โดยกล่าวถึงแนวทางการพัฒนาประสิทธิภาพของรัฐวิสาหกิจ ในข้อ 5.4 ว่าด้วยการเพิ่มบทบาทการดำเนินงานร่วมกับภาคเอกชนเอาไว้ว่า

"รูปแบบในการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนในการร่วมพัฒนารัฐวิสาหกิจ มีดังนี้ คือ

- 5.4.1 เปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาดำเนินการในกิจการ ซึ่งเดิม รัฐทำในลักษณะผูกขาดแต่ผู้เดียว
- 5.4.2 การร่วมทุนกับเอกชน
- 5.4.3 การทำสัญญาว่าจ้างเอกชนเพื่อดำเนินกิจกรรมบางอย่างของรัฐวิสาหกิจ หรือทำสัญญาจ้างเอกชนมาบริหารงานของรัฐวิสาหกิจตลอดทั้งการ เปิดโอกาสให้เอกชนมาลงทุนและบริหารงานในโครงการใหม่ ๆ ของรัฐวิสาหกิจ โดยมีเงื่อนไขให้ทำการโอนสิทธิ์ให้กับรัฐเมื่อสิ้นสุดสัญญา ฯลฯ"

ซึ่งจะเห็นได้ว่า การจะทำให้แนวทางการพัฒนาดังกล่าวนี้ประสบความสำเร็จได้ก็จะต้องอาศัยการทำสัญญาระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนเป็นกลไกสำคัญ เพื่อนำไปสู่เป้าหมายดังกล่าวเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าบทบาทของฝ่ายปกครองของไทยจะเกี่ยวข้อง อยู่กับการทำสัญญาภาครัฐมาเป็นเวลาช้านานและมีแนวโน้มว่าจะต้องอาศัยกลไก ทางสัญญาเป็นเครื่องมือไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ตามหน้าที่ของตนมากยิ่งขึ้น ต่อไปในอนาคต แต่ในระยะเวลาที่ผ่านมา ก็มีปัญหาปรากฏขึ้นเสมอว่า ใน บางครั้งเนื้อหาของสัญญาที่ทำขึ้นนั้นเองก็เป็นตัวก่อให้เกิดอุปสรรคในการที่จะ ดำเนินการเพื่อสนองประโยชน์ของสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพเมื่อพฤติการณ์ แวดล้อมได้เปลี่ยนแปลงไป

ตัวอย่างเช่นตามคำวินิจฉัยข้อหาหรือของกรมอัยการเลขรับที่ ท.174/2525¹ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ได้มีหนังสือหาข้อไปยังกรมอัยการ แจ้งว่า กทพ.ได้ทำสัญญาว่าจ้างบริษัท ส. ร่วมกับบริษัท ท. บริษัท ว. และบริษัท ร. ให้ก่อสร้างทางด่วนสายบางนา - ท่าเรือ รวมสามสัญญา ต่อมาในระหว่างดำเนินการก่อสร้างบริษัทผู้รับจ้างตามสัญญาที่ 1 ได้มีหนังสือลงวันที่ 15 เมษายน 2525 ถึงวิศวกรผู้ควบคุมงานเสนอขอลดช่วงระยะเวลาการท่รดตัวของคันทางและของชั้นรองพื้นทางของทางด่วน ถนนหมายเลข 73, 74, 112 ลงโดยจะขอถมทรายทำคันทางให้สูงขึ้นกว่าระดับที่กำหนดไว้ในแบบแปลนงานก่อสร้าง เพื่อให้ท่รดตัวในภายหลังแล้วทำการก่อสร้างพื้นถนนไปเลยโดยไม่ต้องรอให้ท่รดตัวตามระยะเวลาการท่รดตัวตามที่กำหนดไว้ในแบบแปลนงานก่อสร้าง ทั้งนี้บริษัทผู้รับจ้างได้เสนอด้วยว่าจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายส่วนที่เพิ่มขึ้นเองทั้งสิ้น

กทพ. ได้พิจารณาข้อเสนอมของบริษัทผู้รับจ้างดังกล่าวประกอบความเห็นของวิศวกรผู้ควบคุมงานและคณะอนุกรรมการพิจารณาปัญหาการท่รดตัวของคันทางในงานก่อสร้างทางด่วนสายบางนา - ท่าเรือ แล้วเห็นว่า ทางด้านเทคนิคการลดระยะเวลาการท่รดตัวของคันทางให้ต่ำกว่าเวลาที่กำหนดในสัญญาดังกล่าวจะไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อคุณภาพของทางด่วนแต่อย่างใด แต่กลับเป็นผลดีที่ กทพ. จะสามารถดำเนินงานตามโครงการทางด่วนให้ลุ่สว่างไปได้อย่างรวดเร็วโดยไม่ต้องเพิ่มค่าใช้จ่ายซึ่งเป็นประโยชน์แก่ทั้ง กทพ.เองและเป็นประโยชน์ต่อประชาชนโดยส่วนรวมด้วย แต่กทพ. ก็เห็นว่า กรณีนี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการตีความสัญญาและข้อบังคับของ กทพ. จึงได้ทำหนังสือหาข้อไปยังกรมอัยการใน 2 ประเด็น คือ

¹คำวินิจฉัยกรมอัยการ ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 2. พ.ศ. 2516-2525 (กรุงเทพมหานคร : กองที่ปรึกษา กรมอัยการ , 2531) , หน้า 1642 .

1) วิศวกรผู้ควบคุมงานจะมีอำนาจสั่งให้บริษัทผู้รับจ้างลดระยะเวลา
รอการทรุดตัวของคันทางดังกล่าวตามสัญญาจ้างข้อ 2.7.3.2 c) ได้เพียงใด
หรือไม่ และ

2) การปรับระดับและลดระยะเวลารอการทรุดตัวของคันทางตามที
ระบุในสัญญาว่าจ้างทั้งสามสัญญาดังกล่าว จะอยู่ในอำนาจของผู้ว่าการหรือ
คณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย

กรมอัยการได้พิจารณาแล้ว มีคำวินิจฉัยว่า

"ตามสัญญาว่าจ้างก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-ท่าเรือระหว่าง
การทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัทผู้รับจ้าง ข้อ 2.7.3.2 c) มีข้อความ
กำหนดวิธีการก่อสร้างไว้ให้บริษัทผู้รับจ้างต้องรอการทรุดตัวของคันทางเป็นระยะ
เวลาเท่ากับจำนวนเดือนขั้นต่ำที่ระบุในแบบแปลนงานก่อสร้างคันทาง การเปลี่ยน
แปลงวิธีการก่อสร้างตามข้อเสนอของบริษัทผู้รับจ้าง โดยยกระดับคันทางให้สูง
ขึ้นกว่าระดับที่กำหนดไว้ในแบบแปลนงานก่อสร้าง แล้วทำการก่อสร้างพื้นถนน
โดยไม่ต้องรอทรุดตัวตามระยะเวลาดังกล่าว จึงเป็นการผิดแผกแตกต่างไปจาก
ข้อกำหนดในสัญญา จริงอยู่ที่สัญญาข้อ 2.7.3.2 c) กำหนดให้มีการยกระดับ
คันทางซึ่งบริษัทผู้รับจ้างอาจกระทำได้ตามคำสั่งของวิศวกรผู้ควบคุม แต่ก็หมาย
ความเฉพาะกรณีที่ปรากฏการทรุดตัวของทางในระหว่างระยะเวลารอการทรุดตัว
หรือในระยะเวลาอื่นใด ซึ่งวิศวกรผู้ควบคุมงานเห็นเป็นการสมควรจะต้องยก
ระดับคันทาง เพื่อให้ได้ระดับที่กำหนดไว้ในแบบแปลนงานก่อสร้าง ไม่ใช่ยกระดับ
คันทางให้สูงกว่าระดับที่กำหนดไว้ในแบบแปลนงานก่อสร้างในลักษณะของการ
เพื่อให้ทรุดตัวลงภายหลังตามที่บริษัทผู้รับจ้างเสนอ วิศวกรผู้ควบคุมงานจึงไม่มี
อำนาจสั่งให้บริษัทผู้รับจ้างเปลี่ยนแปลงวิธีการก่อสร้างดังกล่าวได้ ดังนั้นหาก
การทางพิเศษแห่งประเทศไทยประสงค์จะยอมรับข้อเสนอของบริษัทผู้รับจ้าง
ดังกล่าวโดยพิจารณาเห็นว่ากรณีมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่การทางพิเศษ
แห่งประเทศไทยหรือไม่ทำให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องเสียประโยชน์
และไม่ต้องเพิ่มวงเงินค่าจ้างตามสัญญาเดิมแล้ว การทางพิเศษแห่งประเทศไทย

ก็ควรจะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาว่าจ้างโดยเป็นอำนาจของผู้ว่าการ
 การทางพิเศษแห่งประเทศไทยที่จะพิจารณาอนุมัติตามนัยข้อ 57 แห่งข้อบังคับ
 การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 50 ว่าด้วยการพัสดุ อื่นๆ เพื่อความรัดกุม
 การทางพิเศษแห่งประเทศไทยควรกำหนดไว้ในสัญญาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมด้วยว่า
 บริษัทผู้รับจ้างตกลงจะรับผิดชอบในบรรดาค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นตลอดจนในความ
 เสียหายใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการปรับระดับและลดระยะเวลาการ
 ทрудตัวของคันทางดังกล่าว "

ซึ่งตามตัวอย่างดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่า ทั้งฝ่ายผู้ว่าจ้างและฝ่ายผู้รับ
 จ้างได้เห็นพ้องต้องกันว่าสมควรจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงวิธีการก่อสร้างตามที่
 กำหนดไว้ในสัญญา โดย กทพ. ผู้ว่าจ้างยังมีความเห็นระบุชัดเจนลงไปอีกว่า
 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้นจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนโดยรวมซึ่งก็
 คือวัตถุประสงค์โดยตรงของการทำสัญญาดังกล่าวนี้ด้วย แต่ก็ไม่อาจดำเนินการ
 แก้ไขได้ เนื่องจากเนื้อหาของสัญญาไม่เอื้ออำนวยตามข้อวินิจฉัยของกรมอัยการ
 และหากประสงค์จะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาจริงก็จะต้องย้อนกลับไป
 ดำเนินการตามขั้นตอน และวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการทางพิเศษแห่ง
 ประเทศไทย ฉบับที่ 50 ว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งก็อาจจะดำเนินการได้อย่างล่าช้า
 กว่าที่ควรจะเป็น

กรณีตามปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับปัญหา
 ในลักษณะเดียวกันที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ ที่ยอมรับถึงการมีสิทธิพิเศษในการ
 แก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังได้กล่าวมาในบทก่อน ๆ แล้ว ก็
 จะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นในลักษณะดังกล่าวนี้สามารถแก้ไขได้อย่างง่ายดาย
 และรวดเร็วโดยการนำใช้กลไกตามสิทธิพิเศษเช่นว่านั้น

เนื่องจากกระทำสัญญาภาคีรัฐ เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่า เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีและนับวันจะยิ่งมีบทบาทที่สำคัญยิ่งขึ้นในประเทศไทย แต่บางครั้งตัวสัญญาภาคีรัฐเองก็ดูเหมือนว่าจะเป็นตัวปัญหาที่ทำให้การดำเนินงานของฝ่ายรัฐไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้โดยสมบูรณ์ดังตัวอย่างข้างต้นแล้ว ดังนั้น บทนี้จึงจะได้ทำการวิเคราะห์ว่า แท้ที่จริงแล้ว กลไกเรื่องสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนี้ ได้มีอยู่ในการทำสัญญาภาคีรัฐของไทยหรือไม่ หากมีอยู่ ดำรงอยู่ในสถานะเช่นไร และควรมีข้อปรับปรุงประการใดหรือไม่ โดยในการวิเคราะห์จะเริ่มต้นจากการวิเคราะห์ถึงสถานะของสัญญาภาคีรัฐของไทยก่อนเป็นพื้นฐาน แล้วจึงจะวิเคราะห์ต่อไปถึงแนวทางการทำให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เป็นอยู่ในประเทศไทย ปัญหาที่เกิดขึ้นและแนวทางแก้ไขที่พึงกระทำ โดยจะได้วิเคราะห์เป็นลำดับไป

สถานะของสัญญาภาคีรัฐในประเทศไทย

1. ลักษณะพื้นฐานของสัญญาภาคีรัฐของไทย

การทำสัญญาในประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นสัญญาภาคีรัฐหรือสัญญาภาคเอกชน คู่สัญญาจะตกลงทำสัญญาผูกพันระหว่างกันโดยอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอันเดียวกัน คือหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ว่าจะเป็นหลักเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญาหรือการตีความสัญญา และเมื่อมีข้อพิพาทกันเกิดขึ้นในระหว่างคู่สัญญาก็จะต้องนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่การพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาลคดีแพ่งเช่นเดียวกัน ดังนั้นหากพิจารณาลักษณะพื้นฐานของระบบสัญญาของไทยดังกล่าวนี้โดยเปรียบเทียบกับระบบสัญญาของประเทศต่าง ๆ ดังได้กล่าวมาแล้วก็อาจจะกล่าวได้ว่าระบบสัญญาของไทยนั้นเป็นระบบสัญญาเดี่ยวเช่นเดียวกับระบบสัญญาของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาทั้ง ๆ ที่มีระบบกฎหมายต่างจากประเทศทั้งสองดังกล่าวนี้และกลับ

มีระบบสัญญาต่างจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันตะวันตก ซึ่งมีระบบสัญญาคู่
 หึ่ง ๆ ที่ไทยใช้ระบบกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศทั้งสองนี้ เพราะฉะนั้นโดย
 ระบบสัญญาที่เป็นอยู่ดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาภาคีรัฐของไทยโดยทั่วไป
 นั้นจะมีลักษณะพื้นฐานเป็นเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งอื่น ๆ

การมีลักษณะพื้นฐานเป็นสัญญาทางแพ่งในสัญญาภาคีรัฐของไทยนี้เป็น
 สิ่งที่ได้รับการยืนยันโดยสถาบันของรัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยสัญญาภาคีรัฐ
 ไม่ว่าจะเป็นสถาบันของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ

โดยสถาบันของฝ่ายบริหารที่ทำหน้าที่ตรวจร่างสัญญาของภาคีรัฐและ
 วินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวกับสัญญาภาคีรัฐอย่างสำคัญคือ กรมอัยการในอดีตหรือ
 สำนักงานอัยการสูงสุดในปัจจุบัน จะยึดถือหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวล-
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งหมด
 ไม่ว่าจะเป็นแง่ของการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญา การแก้ไขหรือเลิกสัญญา
 และจะยึดถือกฎระเบียบหรือมติของฝ่ายบริหารเป็นเกณฑ์ในการรักษาผล
 ประโยชน์ของรัฐ โดยที่กฎระเบียบหรือมติของฝ่ายบริหารนี้ก็ไม่อยู่ในฐานะที่อาจ
 ไปลบล้างหรือเหนือกว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แต่อย่าง
 ใด ดังจะเห็นได้จากแนวทางปฏิบัติในการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการ
 สูงสุดซึ่งนายโสภาส อรุณินท์ รองอัยการสูงสุด ได้เคยบรรยายไว้ในการประชุม
 ทางวิชาการอัยการในเขต 1 ณ อำเภอสว่างคนิवास จังหวัดสมุทรปราการ
 และในการสัมมนาทางวิชาการอัยการในเขต 9 ณ โรงแรมรีเจ็นท์ อำเภอ
 หาดใหญ่ จังหวัดสงขลาโดยกล่าวว่า²

²โสภาส อรุณินท์, "งานในหน้าที่กองที่ปรึกษา", วารสารอัยการ

"งานการตรวจร่างสัญญานี้ กองที่ปรึกษามีหน้าที่จะต้องพิจารณาแง่
เงื่อนไขของกฎหมาย ความสมบูรณ์ของสัญญา ตลอดจนถ้อยคำที่ใช้ในสัญญาให้รัดกุม
และเหมาะสม ไม่ให้รัฐบาลเสียเปรียบหรือเสียหาย ฯลฯ"

ข้อที่ควรสังเกตในการพิจารณาตรวจร่างสัญญามีให้ทางราชการ
เสียเปรียบที่สำคัญ เช่น

- ชื่อคู่สัญญา ฐานะทางกฎหมายเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ถ้า
เป็นนิติบุคคลต้องพิจารณาหลักฐานว่าใครเป็นผู้ที่มีอำนาจกระทำการแทน วัตถุประสงค์
ประสงค์ของนิติบุคคลนั้น

- วัตถุประสงค์ของสัญญา
- ประเภทของนิติกรรม
- หลักประกันสัญญา
- การจ่ายเงินล่วงหน้า (ถ้ามี) และหนังสือค้ำประกันการจ่าย
เงินล่วงหน้าและอื่น ๆ

ในกรณีที่ตรวจพบว่าร่างสัญญาที่ส่งมาให้กรมอัยการตรวจร่างมีลักษณะ
ทำให้ทางราชการเสียเปรียบ กรมอัยการจะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมความเสีย
เปรียบนั้นเสีย เว้นแต่บางกรณีเช่น ส่วนราชการแห่งหนึ่งทำสัญญาซื้อขาย
เครื่องบินกับบริษัทไว้แล้ว บริษัทไม่สามารถส่งมอบเครื่องบินตามสัญญาให้ได้
ภายในกำหนด บริษัทจะต้องชำระค่าปรับค่าเสียหายให้แก่ทางราชการเป็น
จำนวนมาก การที่ส่วนราชการนั้นส่งร่างสัญญาซื้อขายเครื่องบินแบบใหม่มาให้
กรมอัยการตรวจร่าง แทนที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบตามสัญญาเดิมมีผลเป็นสัญญา
แปลงหนี้ใหม่ ทำให้สิทธิเรียกร้องของทางราชการตามสัญญาเดิมระงับไปโดย
สิ้นเชิง ทางราชการจึงอยู่ในฐานะเสียเปรียบ และไม่อยู่ในวิสัยที่กรมอัยการจะ
แก้ไขให้ได้ก็ต้องส่งร่างสัญญาคืน เช่นนี้เป็นต้น"

หรือในอีกแห่งหนึ่ง นายคัมภีร์ แก้วเจริญ รองอัยการพิเศษฝ่ายปรึกษา
สำนักงานที่ปรึกษาอัยการสูงสุดได้กล่าวไว้ในบทความเรื่อง
"อัยการกับมติกรม. เรื่องร่างสัญญา" ในทานองเดียวกันว่า³

"เท่าที่ผู้เขียนมีประสบการณ์ในกรมอัยการ ทราบว่าอัยการผู้ตรวจ
พิจารณาร่างสัญญาได้ยึดหลักการตรวจร่างสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ
ดังนี้

1. พิจารณาข้อความในร่างสัญญาโดยนำไปปรับบทกฎหมายที่
เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อตกลงผูกพันระหว่างคู่สัญญาสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
หากข้อตกลงส่วนใดขัดแย้งกับกฎหมายอาจมีผลให้ข้อตกลงส่วนนั้นหรือสัญญาทั้งฉบับ
เป็นโมฆะหรือโมหียะได้ ซึ่งนั้นย่อมหมายถึงราชการจะได้รับความเสียหาย

2. พิจารณามติคณะรัฐมนตรี ตลอดจนกฎและระเบียบของทาง
ราชการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น เพื่อตรวจสอบว่าข้อกำหนดต่าง ๆ ใน
สัญญาสอดคล้องกับมติ กฎและระเบียบดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะส่วนราชการ/
รัฐวิสาหกิจเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วยย่อมผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามมติ กฎ และ
ระเบียบดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

3. พิจารณาความได้เปรียบ/เสียเปรียบโดยมุ่งรักษาประโยชน์ของ
รัฐเป็นสำคัญซึ่งมิได้หมายความว่า จะตรวจร่างสัญญา เพื่อให้ฝ่ายรัฐเอาเปรียบ
คู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ในการตรวจพิจารณาจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมเป็น
ธรรมในเชิงธุรกิจระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการที่รัฐจะ
แสวงหาประโยชน์จากการทำสัญญานั้นให้ได้มากที่สุด

³คัมภีร์ แก้วเจริญ, "อัยการกับมติกรม. เรื่องร่างสัญญา", วารสาร
อัยการ (มิถุนายน 2532) : 87 - 103.

4. ในกรณีที่มีข้อตกลงในสัญญาส่วนใดไม่ชัดเจนหรืออาจตีความในการเกิดผลเสียหายแก่รัฐ อัยการผู้ตรวจร่างสัญญาจะเชิญผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่องมาชี้แจงข้อเท็จจริงและร่วมกันพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวนั้น หากเห็นพ้องต้องกันว่าควรแก้ไข อัยการก็จะทำการแก้ไขร่างสัญญาส่วนนั้นและส่วนอื่น ๆ ที่สัมพันธ์กันให้เหมาะสม แต่ถ้าผู้แทนหน่วยงานเจ้าของเรื่องมีความเห็นว่าไม่ควรแก้ไข อัยการก็จะไม่ก้าวล่วงไปแก้ไขในทางที่จะขัดความประสงค์ของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง แต่จะเสนอความเห็นข้อสังเกตแก่หน่วยงานนั้นเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการดำเนินการต่อไป"

ซึ่งจะเห็นได้ว่า แนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดดังกล่าวนี้ผูกพันอยู่กับหลักกฎหมายแพ่งเป็นสำคัญ แม้แต่การที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะมีผลทำให้ฝ่ายรัฐเสียเปรียบหรือไม่ก็พิจารณาวินิจฉัยบนพื้นฐานของหลักกฎหมายแพ่งเช่นกัน

ส่วนกฎหรือระเบียบของทางราชการ หรือมติของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นส่วนสำคัญอีกส่วนหนึ่งที่จะต้องคำนึงถึงในการทำสัญญาภาครัฐนั้น กฎระเบียบหรือมติคณะรัฐมนตรีต่าง ๆ ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องก็มีสถานะเป็นเพียงเสมือนข้อบังคับภายในของฝ่ายปกครองที่มีผลผูกพันบังคับเฉพาะต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาของฝ่ายรัฐให้ต้องปฏิบัติตามเท่านั้น หากได้มีผลกระทบถึงความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของสัญญาที่ทำขึ้นแต่อย่างใดไม่ ซึ่งหากพิจารณาจากคำวินิจฉัยของสถาบันตุลาการคือจากคำพิพากษาของศาลฎีกาก็จะยืนยันให้เห็นได้ชัดเจนยิ่งขึ้นในประเด็นดังกล่าวนี้

ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 752/2504 (ระหว่างจังหวัดสมุทรสาคร โดยนายพยุห ตันตีสปีกร ผู้ว่าราชการจังหวัด ใจทก และ นายไพศาล ศรีจันทร์ จาเลย) ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่าใจทกได้ออกประกาศให้มีการประมูลเพื่อทำการประมงโดยวิธีทำไถ่โดยวางเงื่อนไถเอาไว้ว่า เมื่อ

คณะกรรมการดำเนินการว่าประมูลผู้แทนโจทก์ได้ตกลงอนุญาตให้ผู้ใดทำการ
 ประมงแล้ว ผู้นั้นจะต้องวางเงินอากรมัดจำร้อยละ 10 ของจำนวนเงินที่ประมูล
 ตกลง และต้องมาทำสัญญาผูกขาดการทำประมง ส่งอากรที่ยังขาดอยู่ แล้วรับ
 ประทานบัตรไปเสียเงินค่าอาชญาบัตรต่อกรมการอำเภอภายในกำหนดเวลาที่
 กำหนดไว้ ต่อมาปรากฏว่าจำเลยเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ทำประมงได้ในการ
 ประมูลครั้งนี้และจำเลยได้ชำระเงินค่าอากรร้อยละ 10 ดังกล่าวแล้ว แต่ต่อมา
 จำเลยไม่ยอมชำระค่าอากรที่ยังขาด และไม่ไปขอรับประทานบัตรและทำสัญญา
 ผูกขาดกับโจทก์ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ แต่จำเลยก็ได้เข้าทำการประมงตลอด
 มาจนสิ้นฤดูด้วยความยินยอมของโจทก์เอง

คดีนี้มีประเด็นให้ศาลฎีกาต้องวินิจฉัยว่า การที่โจทก์ได้ตกลงยินยอม
 ให้จำเลยเข้ามาทำการประมงได้ทั้ง ๆ ที่จำเลยยังไม่ได้ทำสัญญาผูกขาดกับโจทก์
 ตามเงื่อนไขนั้น จะถือว่าคู่กรณีได้มีสัญญาต่อกันแล้วหรือไม่และโจทก์จะฟ้องร้อง
 บังคับคดีโดยอาศัยข้อตกลงดังกล่าวนี้ได้หรือไม่

ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นนี้เอาไว้ว่า

"กฎกระทรวงเกษตรราธิการฉบับที่ 8 พ.ศ. 2490 ออกตามความใน
 พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ข้อ 9 บัญญัติว่าเมื่อดำเนินการว่าประมูล
 ซึ่งขาดให้ผู้ใดได้รับอนุญาตแล้ว ให้ข้าหลวงประจำจังหวัดเรียกให้ผู้นั้นนำหลักทรัพย์
 หรือจัดหาผู้ค้ำประกันเงินอากรและดำเนินการออกประทานบัตรตามแบบพิมพ์ และ
 ให้ผู้รับอนุญาตทำสัญญาผูกขาดตามแบบที่อธิบดีกรมประมงกำหนด

ศาลฎีกาเห็นว่า กฎกระทรวงดังกล่าวนี้เป็นแต่เพียงระเบียบปฏิบัติซึ่ง
 กระทรวงวางไว้สำหรับให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการในเรื่องการประมูลจับสัตว์น้ำให้
 ปฏิบัติเพื่อความเรียบร้อยและเป็นหลักฐานมั่นคง จะได้ไม่มีข้อโต้เถียงกันขึ้นใน
 ภายหน้า กล่าวคือ สัญญายอมจะต้องมีรายการเกี่ยวกับหลักประกันซึ่งต้องทำให้

ผู้ประมวลหาหลักประกันมาให้โดยถูกต้อง และทำให้ออกประทานบัตรก็เพื่อเป็นหลักฐานแสดงว่าเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ทำการจับสัตว์น้ำได้ จะได้ว่าไม่ถูกต้องถูกจับกุมดังนี้ เป็นต้น กฎกระทรวงนี้หาใช่เป็นบทบัญญัติว่า ถ้าไม่ทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษรตามแบบของอธิบดีกรมประมงแล้ว จะเป็นโมฆะหรือฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ ฉะนั้น แม้กรณีนี้อาจจะเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่บกพร่องต่อหน้าที่ไม่จัดการให้ผู้ประมวลได้ทำสัญญาผูกขาดตามระเบียบ ยอมให้ผิดผ่อนการชำระเงินไปเรื่อย ๆ ก็ดีจะถือเอาเป็นเหตุให้ผู้ประมวลได้นั้นจับสัตว์น้ำจนตลอดฤดูกาลไปเปล่า ๆ โดยไม่ต้องรับผิดชอบอย่างไรเลยหาได้ไม่ เพราะสัญญาการจับสัตว์น้ำนั้นไม่มีกฎหมายบังคับไว้ว่าจะต้องทำเป็นหนังสือจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 931/2480 หาตรงกับข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ไม่ ฯลฯ "

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้ยืนยันไว้อย่างชัดเจนว่า สถานะของกฎกระทรวงเกษตรราธิการ ฉบับที่ 8 พ.ศ. 2490 ซึ่งเป็นกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาผูกขาดการทำประมงนั้น มีสถานะเป็นเพียง "ระเบียบปฏิบัติซึ่งกระทรวงไว้สำหรับให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการในเรื่องการประมวลจับสัตว์น้ำให้ปฏิบัติเพื่อความเรียบร้อยและเป็นหลักฐานมั่นคง" เท่านั้น อีกทั้งกฎกระทรวงนี้ก็ "หาใช่บทบัญญัติว่า ถ้าไม่ทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษรตามแบบของอธิบดีกรมประมงแล้ว จะเป็นโมฆะหรือฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้" ก็หาไม่

หรือในอีกคดีหนึ่ง คือคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 458,459/2525 (ระหว่าง บริษัท ส.นิมิตก่อสร้างฯ จำกัด โจทก์ และกรมไปรษณีย์โทรเลข จำเลย) ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่จำเลยได้ว่าจ้างให้โจทก์ทำการหล่อและปักเสาพาดสายโทรเลขให้แก่จำเลยซึ่งมีข้อพิพาทกันในประเด็นหนึ่งว่า ราคาของอุปกรณ์การก่อสร้างเหลือใช้ที่โจทก์จะต้องขอใช้ให้แก่จำเลยตามสัญญานั้นจะคิดราคากันอย่างไรซึ่งเกี่ยวกับประเด็นนี้ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยว่า ให้คิดราคาแต่ละหน่วยตามค่าเบิกความของนายสินธุ์ เอี่ยมเจริญ พยานโจทก์ แต่จำเลยไม่พอใจ

และได้ยื่นอุทธรณ์ขอให้คิดราคาตามราคาที่เขาเลยได้ยื่นฟ้องโจทก์ ต่อมาในระหว่างนั้นได้มีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างโจทก์และจำเลย ตามเอกสารหมายเลข จ.280 ศาลอุทธรณ์จึงวินิจฉัยให้ถือราคาตามเอกสารหมายเลข จ.280 ดังกล่าว แต่ต่อมาโจทก์ก็ได้ยื่นฎีกาคัดค้านไม่ให้อำนาจราคาตามเอกสารหมายเลข จ.280 นี้ โดยอ้างว่าโจทก์ไม่ได้รับประโยชน์จากการทำสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวตามที่คาดว่าจะได้รับเนื่องจากคณะรัฐมนตรีไม่อนุมัติให้จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับโจทก์ตามเอกสารหมายเลข จ.280 ซึ่งเห็นได้ว่าประเด็นที่พิพาทกันจนถึงชั้นศาลฎีกานี้ได้เกี่ยวพันไปถึงมติของคณะรัฐมนตรีด้วย ในที่สุดศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยกล่าวถึงมติคณะรัฐมนตรีด้วยว่า

"ศาลฎีกาพิเคราะห์แล้ว เห็นว่าแม้คณะรัฐมนตรีจะไม่อนุมัติให้จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับโจทก์ก็ตาม แต่ราคาอุปกรณ์การก่อสร้างตามที่ปรากฏในเอกสารหมายเลข จ.280 นี้ เป็นราคาที่กำหนดขึ้นโดยโจทก์จำเลยได้ร่วมกันพิจารณาและเห็นพ้องต้องกันแล้ว จึงน่าจะถูกต้องหรืออย่างน้อยก็ใกล้เคียงกับความเป็นจริงยิ่งกว่าจะยึดถือตามคำเบิกความของนายสินธุ์ เอี่ยมเจริญ พยานโจทก์เพียงปากเดียวข้อเท็จจริงฟังได้ว่าราคาเครื่องอุปกรณ์ที่โจทก์ต้องคืนแก่จำเลยแต่ละหน่วยมีราคาตามเอกสารหมายเลข จ.280 ฯลฯ"

ซึ่งแสดงให้เห็นว่า แม้คณะรัฐมนตรีจะมีมติไม่อนุมัติในสิ่งที่ส่วนราชการคือ กรมประมงได้กระทำไปแล้ว ก็หาได้ทำให้สัญญาประนีประนอมยอมความที่กรมประมงได้ทำไปนั้นสิ้นผลไปแต่อย่างใดไม่

นอกจากนี้ ในอีกคดีหนึ่งคือคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 590/2531 (ระหว่างบริษัทลักษณะขนส่งและก่อสร้าง จำกัด โจทก์ และกรุงเทพมหานคร จำเลย) ก็เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงสถานะของระเบียบของทาง

ราชการซึ่งในคดีนี้ได้แก่ระเบียบกรุงเทพมหานครว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2522 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีโดยสรุปว่า โจทก์และจำเลยได้ตกลงทำสัญญาจ้างเหมา (แบบปรับราคา) ต่อกันตามเอกสารหมาย จ.1 ต่อมาเมื่อโจทก์ได้ทำงานให้แก่จำเลยตามสัญญาดังกล่าวจนส่งมอบงานงวดสุดท้ายให้แก่จำเลยแล้ว โจทก์ได้มีหนังสือไปถึงจำเลยเพื่อขอเบิกเงินค่าปรับราคาตามสัญญาดังกล่าวแต่เมื่อจำเลยได้รับหนังสือของโจทก์แล้ว ก็ได้ทำหนังสือแจ้งไปยังโจทก์ว่า จำเลยยังไม่อาจพิจารณาค่าปรับราคาได้จนกว่าจะได้มีการแยกรายละเอียดราคาแต่ละประเภทงาน ซึ่งขณะนั้นจำเลยกำลังพิจารณาดำเนินการอยู่ หากทราบผลการแยกรายละเอียดราคาดังกล่าวแล้ว จำเลยก็จะพิจารณาค่าปรับราคาให้โจทก์โดยด่วนต่อไป แต่ต่อมาภายหลังจำเลยก็ได้แจ้งให้โจทก์ทราบในที่สุดว่าจำเลยไม่สามารถจ่ายเงินค่าปรับราคาให้แก่โจทก์ได้โดยอ้างว่าสัญญาตามเอกสารหมาย จ.1 นั้นไม่ได้แยกรายละเอียดประเภทของงานไว้ จำเป็นจะต้องมีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวเสียก่อน แต่ก็ไม่สามารถแก้ไขได้ เนื่องจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยไม่อนุมัติให้แก้ไข เพราะจะทำให้กรุงเทพมหานครเสียประโยชน์ ซึ่งเป็นการผิดระเบียบกรุงเทพมหานครว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2522 ข้อ 61 โจทก์จึงฟ้องขอให้ศาลบังคับจำเลยให้ชำระเงินค่าปรับราคาตามสัญญาดังกล่าว ซึ่งทำให้เกิดประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยในชั้นฎีกา เกี่ยวกับกรณีดังกล่าวนี้ประเด็นหนึ่งว่าการที่จำเลยไม่ยอมชำระเงินค่าปรับราคาโดยอ้างเหตุผลดังกล่าวนี้เป็นการผิดสัญญาต่อโจทก์หรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า

"ปัญหาข้อต่อไปมีว่า จำเลยผิดสัญญาหรือไม่ เห็นว่าจำเลยได้ทำสัญญาจ้างเหมาแบบปรับราคาเอกสารหมาย จ.1 กับโจทก์เมื่อโจทก์ทำงานและส่งมอบงานให้จำเลยถูกต้องแล้วและโจทก์มีสิทธิได้รับเงินค่าปรับราคาจากจำเลยดังได้วินิจฉัยในปัญหาข้อแรก จำเลยก็มีหน้าที่ต้องจ่ายเงินนั้นให้โจทก์ตามสัญญา จำเลยจะอ้างว่าสัญญาเอกสารหมาย จ.1 ไม่ได้แยกรายละเอียดประเภทของงานไว้ จำเป็นต้องแก้ไขสัญญาเดิม และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

ไม่อนุมัติให้แก้ไขสัญญาแยกค่าของงานเพราะการแก้ไขสัญญาเป็นเหตุให้กรุงเทพมหานครเสียประโยชน์ เป็นการผิดระเบียบกรุงเทพมหานครว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2522 ข้อ 61 ซึ่งเป็นเรื่องภายในของจ่าเลยมาใช้เงินจอกซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้ จ่าเลยจึงต้องจ่ายเงินค่าปรับราคาให้จอกที่ตามสัญญาเมื่อจ่าเลยไม่ยอมจ่ายจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา ฯลฯ"

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้กล่าวไว้โดยชัดเจนว่า ระเบียบกรุงเทพมหานครว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2522 เป็นแต่เพียงระเบียบภายในของกรุงเทพมหานคร ซึ่งไม่มีผลผูกพันไปถึงบุคคลภายนอกแต่อย่างใด

2. ข้อแตกต่างระหว่างสัญญาภาครัฐกับสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป

ถึงแม้ว่าสัญญาภาครัฐของไทยจะมีลักษณะพื้นฐานโดยทั่วไปเป็นเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งดังกล่าวแล้ว แต่โดยตัวของสัญญาภาครัฐเองก็มีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปบางประการกล่าวคือ

2.1 ข้อแตกต่างทางด้านเสรีภาพในการทำสัญญา

ซึ่งหมายความว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยราชการส่วนท้องถิ่น ที่จะทำสัญญากับเอกชนนั้นมิได้มีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญาเป็นอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจดังเช่นเอกชนโดยทั่วไป หากแต่มีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรี บางฉบับหรือบางมติที่ออกมาเพื่อควบคุมการทำสัญญาของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยราชการส่วนท้องถิ่นด้วย ทำให้หน่วยงานที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐเหล่านี้ต้องถูกจำกัดเสรีภาพโดยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

สำหรับกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรี
ที่มีบทบาทในการควบคุมการทำสัญญาภาคีที่สำคัญ ได้แก่

2.1.1 กฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทาน
ซึ่งสามารถจำแนกออกไปเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ

2.1.1.1 กฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการทำ
สัญญาสัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งในปัจจุบันทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญที่
รัฐได้อนุญาตหรือให้สัมปทานแก่เอกชนสามารถเข้ามาดำเนินการสำรวจผลิตและ
จำหน่ายได้ ได้แก่ แร่ และปิโตรเลียม ดังนั้น กฎหมายมีบทบาทสำคัญในการ
ควบคุมการให้สัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติในปัจจุบัน จึงได้แก่กฎหมาย
เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติทั้งสองประเภทดังกล่าว ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติแร่
พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

การควบคุมการทำสัญญาสัมปทาน
ตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวกรมทรัพยากรธรรมชาติและรัฐมนตรีว่าการกระทรวง
อุตสาหกรรมผู้มีอำนาจให้สัมปทานตามกฎหมายจะถูกบังคับให้ต้องดำเนินการให้
สัมปทานตามที่กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ เช่นจะให้สัมปทานได้เฉพาะ
แก่บุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น, อายุสัมปทานและเนื้อที่
สัมปทานจะต้องไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้, การเพิกถอนสัมปทานจะต้อง
กระทำตามเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้, การแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐเป็น
ค่าภาคหลวงจะต้องคิดคำนวณตามกฎหมายและโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทำสัญญา
สัมปทานเกี่ยวกับปิโตรเลียมจะต้องทำตามแบบสัมปทานที่ได้กำหนดไว้ท้าย
กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2514) ออกตามความในพระราชบัญญัติ-
ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

2.1.1.2 กฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการทาสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะอื่น ๆ ซึ่งการให้สัมปทานบริการสาธารณะนี้มีอยู่มากมายหลายประเภทและอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายหลายฉบับ เช่น การให้สัมปทานเกี่ยวกับทางหลวงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473, การให้สัมปทานเกี่ยวกับทางพิเศษต้องดำเนินการตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515, การให้สัมปทานเกี่ยวกับกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ ต้องดำเนินการตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 เรื่อง ควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ดังนี้ เป็นต้น

2.1.2 ระเบียบข้อบังคับที่ใช้ควบคุมการทาสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งจำแนกออกไปเป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ ตามสถานะของหน่วยงานที่ทำหน้าที่จัดหาพัสดุ คือ

2.1.2.1 ระเบียบที่ใช้ควบคุมการทาสัญญาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ ที่เป็นกระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือในต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ระเบียบที่ใช้ควบคุมการทาสัญญาจัดหาพัสดุของส่วนราชการทั้งหลายดังกล่าวนี้ เดิมมีการกำหนดขึ้นมาใช้แยกกันเป็น 2 ฉบับคือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 ต่อมาระเบียบทั้ง 2 ฉบับนี้ถูกปรับปรุงรวมเป็นฉบับเดียวกัน เรียกว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่า-



ด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 แต่ก็ยังมีระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการพัสดุจำแนกใช้เป็นเอกเทศออกไปอีก 2 ฉบับ คือ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการซื้อ การจ้าง และการจ้างที่ปรึกษา ภายใต้โครงการที่ดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศ พ.ศ. 2527 และระเบียบว่าด้วยการจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2521 จนในที่สุดจึงมีการปรับปรุงเป็นระเบียบเดียวกันคือระเบียบว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ดังกล่าว

ระเบียบว่าด้วยการพัสดุที่มีการออกมาใช้ดังกล่าวนี้เป็นระเบียบภายในที่มีผลบังคับใช้ต่อเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุเท่านั้นโดยผู้ที่ผ่านจะมีโทษทางวินัยตามระเบียบฯ ข้อ 10

จุดมุ่งหมายที่สำคัญในการออก ระเบียบฯ มาควบคุมการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของส่วนราชการซึ่งจะสามารถเห็นได้จากบทบัญญัติของระเบียบฯ ในส่วนที่ 7 ว่าด้วยสัญญาและหลักประกันก็คือการมุ่งป้องกันมิให้ทางราชการต้อง "เสียเปรียบ" หรือ "เสียประโยชน์" ในการทำสัญญากับเอกชน ทั้งนี้โดยมีการกำหนดตัวอย่างสัญญา เช่น แบบสัญญาซื้อขาย และแบบสัญญาจ้าง ขึ้นมาเป็นแบบตัวอย่างให้ส่วนราชการต่าง ๆ ทำตามด้วย

2.1.2.2 ระเบียบข้อบังคับที่ใช้ควบคุมการทำสัญญาจัดหาพัสดุของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งระเบียบข้อบังคับที่ใช้กับรัฐวิสาหกิจนี้จะมี การกำหนดขึ้นมาใช้บังคับเป็นการภายในของแต่ละรัฐวิสาหกิจแตกต่างกันไป เช่น การสื่อสารแห่งประเทศไทย มีระเบียบคณะกรรมการการสื่อสารแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 22 ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2534, การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย มี ข้อบังคับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 10 ว่าด้วยการพัสดุ และฉบับ

ที่ 11 ว่าด้วยการจ้าง, การประปานครหลวง มีข้อบังคับการประปานครหลวงว่า
ด้วยระเบียบการพัสดุ และระเบียบการจ้าง พ.ศ. 2511 ฯลฯ ดังนี้ เป็นต้น

ระเบียบข้อบังคับของรัฐวิสาหกิจ

ต่าง ๆ เหล่านี้มักจะมีเนื้อหาที่คล้ายคลึงกับระเบียบว่าด้วยการพัสดุของ
ส่วนราชการและมีสถานะเป็นเช่นเดียวกัน คือ เป็นแต่เพียงระเบียบที่มีผลบังคับ
ภายในต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐวิสาหกิจเท่านั้น นอกจากนี้ในระเบียบของรัฐวิสาหกิจ
บางฉบับก็มีการกำหนดตัวอย่างสัญญาไว้เช่นเดียวกับระเบียบของส่วนราชการอีก
ด้วย เช่นระเบียบของการสื่อสารแห่งประเทศไทยดังกล่าวข้างต้น

2.1.2.3 ระเบียบที่ใช้ควบคุมการทำสัญญา

จัดหาพัสดุของหน่วยราชการส่วนท้องถิ่น เช่น กรุงเทพมหานคร มีระเบียบ
กรุงเทพมหานครว่าด้วยวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาก่อสร้างของ
กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2534 ซึ่งออกตามความในมาตรา 49 แห่งพระราช-
บัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และข้อ 4 แห่ง
ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องการพัสดุ พ.ศ. 2532 เป็นต้น

2.1.3 กฎหมายที่ใช้ควบคุมเกี่ยวกับการร่วมงานหรือ

ดำเนินการกับเอกชน ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน
หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยพระราชบัญญัตินี้จะใช้บังคับ
แก่การร่วมงาน หรือดำเนินการกับเอกชนที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐทุก
ประเภทไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยราชการส่วนท้องถิ่น
หากการร่วมงานหรือดำเนินการนั้นมีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป
หรือหากไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาทแต่คณะรัฐมนตรีเห็นควรวินิจฉัยดำเนินการตาม
พระราชบัญญัติก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย

การร่วมงานหรือดำเนินการตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้ หมายถึงการที่หน่วยงานของรัฐได้เข้าร่วมงานหรือดำเนินการกับเอกชนซึ่งอาจจะกระทำในลักษณะการเข้าร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรืออาจจะเป็นการมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการให้สัมปทาน การอนุญาต หรือการให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าความหมายที่กำหนดไว้ดังกล่าวนี้มีความสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในปัจจุบันซึ่งปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องก่อนิติสัมพันธ์กับเอกชนในลักษณะดังกล่าวนี้อยู่เสมอ ในจำนวนที่มากยิ่งขึ้น และการควบคุมโดยกฎระเบียบอื่น ๆ ที่มีอยู่อาจจะรักษาประโยชน์ของรัฐได้ไม่เพียงพอ รัฐบาลจึงได้มีออกพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

สำหรับการควบคุมเกี่ยวกับการทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ เช่น การกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ร่างขอบเขตของโครงการ และเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาก่อน (มาตรา 13, 14), การกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องส่งร่างสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนมีการลงนามในสัญญา (มาตรา 20) ดังนี้ เป็นต้น

2.1.4 มติของคณะรัฐมนตรี ซึ่งนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491 เป็นต้นมาปรากฏว่าคณะรัฐมนตรีได้มีมติออกมากำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องร่างสัญญารวม 10 ฉบับ⁴ โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ 2 ประการ คือ การกำหนดภาษาที่จะใช้ในร่างสัญญาประการหนึ่ง และการกำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาอีกประการหนึ่ง

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

2.2 ข้อแตกต่างทางด้านสถานะของคู่สัญญา

ซึ่งหมายความว่าองค์ประกอบของคู่สัญญาในสัญญาภาครัฐนั้นจะมีความแตกต่างจากองค์ประกอบของคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาภาครัฐจะเป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งอาจจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยราชการส่วนท้องถิ่น ไม่ประเภทใดก็ประเภทหนึ่ง

การมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐนี้โดยทั่วไปไม่ได้ทำให้สัญญาภาครัฐของไทยเกิดมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งอันเนื่องมาจากสถานะของความเป็นหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด เว้นแต่ในบางกรณีคือการทำสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติซึ่งมีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้โดยชัดเจนแสดงให้เห็นว่าฝ่ายรัฐมีสถานะบางประการที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตรี ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรที่ให้แก่ผู้รับสัมปทานได้ในกรณีที่จะต้องใช้เนื้อที่นั้น เพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ โดยรัฐมนตรีสามารถใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับสัมปทานก่อน อีกทั้งผู้รับสัมปทานจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ ก็ไม่ได้ด้วยดีจะเห็นได้จากบทบัญญัติของมาตรา 9 ตรี ซึ่งบัญญัติว่า

"ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรใด เพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ ให้อำนาจรัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเรียกอาชญาบัตรประทานบัตร -

ชั่วคราว หรือประธานบัตรนั้นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร
ประธานบัตรชั่วคราว หรือประธานบัตรได้

ในกรณีที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร
ประธานบัตรชั่วคราว หรือประธานบัตรตามวรรคหนึ่ง ผู้ถืออาชญาบัตร
ประธานบัตรชั่วคราว หรือประธานบัตรจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ มิได้"

หรือในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484
มาตรา 68 ทวิก็ได้บัญญัติให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์
เอาไว้ในทำนองเดียวกัน โดยบัญญัติว่า

"ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทาน เพื่อ
ประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทาน หรือเขื่อนพลังน้ำ หรือเพื่อการป้องกันภัย
พิบัติสาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของ
สภาพแวดล้อมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบ
ของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการดังต่อไปนี้

- (1) ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลง
ทั้งแปลง
- (2) ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำการกิจการที่ได้รับสัมปทาน
เป็นการชั่วคราวในพื้นที่ดังกล่าวตามระยะเวลาที่เห็นสมควร
- (3) ตัดเขตพื้นที่ดังกล่าวออกจากพื้นที่ในสัมปทาน

การสั่งการของรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่งให้มีผลบังคับตั้งแต่นั้น
วันถัดจากวันที่ออกคำสั่ง "

แต่กรณีที่รัฐมนตรีใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ทวิ นี้จะมีผลต่างจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตริ ในด้านการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้รับสัมปทาน โดยผู้รับสัมปทานที่ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจของรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ทวิ ดังกล่าวมีสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยความเสียหายตามมาตรา 68 ฉ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 68 สัตต

หรือตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ก็มีบทบัญญัติในมาตรา 23 ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมสามารถออกกฎกระทรวงมากำหนดแบบสัมปทานขึ้นมาบังคับใช้ได้ซึ่งต่อมารัฐมนตรีก็ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวออกกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2514) กำหนดให้มีแบบสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมตามแบบ กทธ/บ 2 ซึ่งอยู่ในท้ายกฎกระทรวง

ดังนี้ เป็นต้น

การที่เนื้อหาของกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติได้บัญญัติให้ฝ่ายรัฐมีสิทธิที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสัมปทานตามกฎหมายแร่ มาตรา 9 ตริ และกฎหมายป่าไม้ มาตรา 68 ทวิ ดังกล่าวนี้อาจจะสังเกตเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการให้สิทธิดังกล่าวก็เพื่อให้ฝ่ายรัฐสามารถดำเนินการเพื่อประโยชน์ของสาธารณะในด้านต่าง ๆ ได้

นอกจากนี้ ก็ยังมีกฎหมายอื่นอีกบางลักษณะที่แม้จะไม่ได้บัญญัติให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสถานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างชัดเจนโดยตรง เหมือนกับกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าว แต่ในบทบัญญัติบางมาตราของกฎหมายนั้น ๆ ก็มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐให้ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ของสาธารณะอันทำให้ต้องมีสถานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเช่นกัน ซึ่งกฎหมายที่มีบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ก็ ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้ง

รัฐวิสาหกิจทั้งหลาย ซึ่งมักจะมีบทบัญญัติในมาตราหนึ่งกำหนดเอาไว้เสมอว่า ใน การดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประชาชน และความปลอดภัยด้วย เช่น บทบัญญัติในมาตรา 38 พระราชบัญญัติการรถไฟ แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494, มาตรา 34 พระราชบัญญัติการท่าเรือแห่ง ประเทศไทย พ.ศ. 2494, มาตรา 41 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่ง ประเทศไทย พ.ศ. 2511, มาตรา 42 พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510, มาตรา 40 พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501, มาตรา 39 พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497, มาตรา 38 พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519, หรือ มาตรา 28 ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 316 (ว่าด้วยการเคหะแห่งชาติ) ดังนี้ เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ เหล่านี้มักจะบัญญัติไว้ในหมวดว่าด้วย "ความสัมพันธ์กับรัฐบาล" ในกฎหมายดังกล่าวแต่ละฉบับ

หลักฐานที่อาจยืนยันหรือสนับสนุนข้อกล่าวอ้างที่ว่า รัฐวิสาหกิจจะต้องมีสถานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อประโยชน์ในการ ปฏิบัติหน้าที่ให้สมบูรณ์ตามมาตราต่าง ๆ ดังกล่าวนี้ อาทิ เช่น สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยกล่าวเป็นข้อเสนอแนะเอาไว้ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับ ปัญหาที่กระทรวงคมนาคมได้เคยมีหนังสือที่ กค. 0206/7203 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2531 ทราหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอให้วินิจฉัย ปัญหาเกี่ยวกับการที่การรถไฟแห่งประเทศไทยจะพิจารณาให้บริษัทเอกชน คือ บริษัทศรีเมืองมหาชัย จำกัด เข้ามาเป็นผู้ดำเนินการเดินรถไฟในสายแม่กลอง ตอนวงเวียนใหญ่-มหาชัย แทนการรถไฟฯ ว่าจะเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ซึ่งภายหลังจากที่ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 5) ผู้ทำหน้าที่พิจารณา ได้ตอบข้อวินิจฉัยไปยัง กระทรวงคมนาคมพร้อมทั้งให้ข้อเสนอแนะโดยอ้างอิงถึงมาตรา 38 แห่ง พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ประกอบข้อเสนอแนะ

ด้วยโดยกล่าวว่า 5

"... อนึ่ง ในการทำให้เอกชนเข้ากิจการรถไฟนั้น การรถไฟจะต้องกำหนดเงื่อนไขเพื่อประโยชน์ในการควบคุมกิจการดังกล่าวอัน เป็นกิจการสาธารณูปโภคเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐและประชาชนและความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งเป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการรถไฟฯ ในฐานะที่การรถไฟฯ เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกิจการรถไฟฯ ในประเทศไทย (มาตรา 38) ฯลฯ"

ซึ่งเป็นข้อเสนอแนะที่เปิดโอกาสให้การรถไฟฯ สามารถกำหนด "เงื่อนไข" ใดๆก็ได้แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นเงื่อนไข "เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐและประชาชนและความปลอดภัยของประชาชน" ซึ่งถ้าหากพิจารณาเทียบเคียงกับบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรธรรมชาติ เช่น พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 9 ตรี หรือ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ทวิ ดังกล่าวแล้วอาจจะเทียบเคียงเอาหลักการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายรัฐที่มีอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมากำหนดเป็น "เงื่อนไข" ในสัญญาเพื่อประโยชน์ในการควบคุมกิจการของรัฐวิสาหกิจตามข้อเสนอแนะของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ ซึ่งตามข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่เคยปรากฏมีการทำสัญญาที่ประกอบด้วยเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวนี้แล้วจริง ๆ คือ การทำสัญญาให้ประกอบการเดินรถโดยสารประจำทาง ซึ่งทำขึ้นระหว่างองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ ผู้ให้สัญญาฝ่ายหนึ่งกับบริษัทกรุงเทพมาหนครขนส่ง จำกัด ผู้รับ

5สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "เอกสารประกอบโครงการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตรหลักกฎหมายปกครอง : ประเภทของสัญญาทางปกครอง," 7 มิถุนายน 2532. (อัดสำเนา)

สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งตามสัญญาเลขที่ ขธ. 37/2530⁶ ซึ่งได้มีการกำหนดเงื่อนไขเอาไว้ในสัญญาข้อ 4 ดังนี้

"ข้อ 4. ผู้รับสัญญา สัญญาว่าจะเดินรถรับส่งผู้โดยสารในเส้นทางตามข้อ 1 มีจำนวนรถครบถ้วนตามจำนวนที่ระบุไว้ในใบอนุญาตเส้นทาง ทั้งเก้าเส้นทางตลอดอายุสัญญานี้

ผู้รับสัญญา สัญญาว่าจะไม่เพิ่มรถเดินรับส่งผู้โดยสารในเส้นทางนั้นอีก เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้ให้สัญญาก่อน

กรณีผู้ให้สัญญาเห็นว่า จำนวนรถที่เดินรับส่งผู้โดยสารในเส้นทางใดไม่เพียงพอบริการประชาชน ผู้ให้สัญญาจะแจ้งให้ผู้รับสัญญาเพิ่มรถเข้าเดินในเส้นทางนั้น ตามจำนวนที่เห็นสมควร ผู้รับสัญญาจะจัดรถเพิ่มให้ตามจำนวนภายใน 60 วัน (หกสิบวัน) นับแต่วันถัดจากวันที่ได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ให้สัญญา และถ้าผู้รับสัญญาไม่อาจจัดหารถเพิ่มได้หรือไม่ครบตามจำนวนภายในกำหนด ผู้ให้สัญญาจะมีสิทธินำรถโดยสารประจำทางของผู้ให้สัญญาเข้าเดินรับส่งผู้โดยสารในเส้นทางนั้นได้ ทั้งนี้ ผู้รับสัญญาไม่มีสิทธิเรียกเอาค่าตอบแทนใด ๆ จากผู้ให้สัญญา

กรณีที่รถโดยสารขาดจำนวนขึ้นต่ำตามที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตเส้นทางใดผู้ให้สัญญาจะเตือนเป็นหนังสือให้ผู้รับสัญญาจัดรถเข้าปฏิบัติงานให้ครบภายในกำหนด 30 วัน (สามสิบวัน) ถ้าผู้รับสัญญาไม่อาจนำรถเข้าปฏิบัติงานภายในกำหนด ผู้ให้สัญญาจะมีสิทธินำรถเข้าปฏิบัติงานในเส้นทางนั้นได้ ผลประโยชน์ที่เก็บได้จากค่าโดยสารตกเป็นของผู้ให้สัญญา กรณีรถขาดจำนวนขึ้นต่ำนี้ไม่ เป็นเหตุให้ผู้รับสัญญาพ้นความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบกที่ใช้อยู่ในขณะนั้น"

ซึ่งจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขที่องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ ได้กำหนดไว้ในสัญญาข้อ 4 ที่ให้อำนาจแก่องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ สามารถสั่งให้ผู้รับสัญญาเพิ่มจำนวนรถที่จะให้บริการได้ทันทีที่พบว่าจำนวนรถที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะให้บริการแก่ประชาชนอีกต่อไปได้นั้น เป็นการกำหนดเงื่อนไขตามนัยที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้กล่าวไว้ในคำเสนอแนะดังกล่าวนั่นเอง และเงื่อนไขแห่งสัญญาข้อ 4 ที่ให้สิทธิในลักษณะที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นนี้ก็ยังีลักษณะที่คล้ายกับเอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวที่ฝ่ายปกครองฝรั่งเศส มีอยู่ตามทฤษฎีบริการสาธารณะตามที่ปรากฏในคดีบริษัทราง Compagnie générale française des tramways ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 อีกด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสำหรับสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับบริการสาธารณะอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัมปทานที่เกี่ยวกับกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของ รัฐวิสาหกิจทั้งหลายนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจมีสถานะที่แตกต่างจากสถานะของ คู่สัญญาในสัญญาทางแพ่ง โดยทั่วไปได้ภายใต้ความผูกพันตามกฎหมายดังเช่น มาตรา 38 ดังกล่าวนั้น

นอกจากนี้ เกี่ยวกับสถานะของการเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐยังมีคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอีกกรณีหนึ่ง ที่ได้กล่าวถึงสถานะของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้อย่างน่าสนใจ คือ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์ ที่ 56/2528 เรื่อง สาธิตบริดจ์ จอยเวนเจอร์ ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมในกรณีก่อสร้างสะพานสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช⁷ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยส่วนหนึ่งโดยไปถึงสถานะของกรมโยธาธิการ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีนี้เอาไว้ว่า

"... การที่กรมโยธาธิการได้เข้าเป็นคู่สัญญาในเรื่องนี้ก็เป็นเพียงการกระทำแทนรัฐบาลเท่านั้น ฉะนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจึงเป็นปัญหาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง และการแก้ไขข้อพิพาทนี้ให้ยุติลงได้ด้วย

7 เรื่องเดียวกัน

ความเหมาะสมเป็นประการใดนั้น ย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐที่จะต้องพยายามหาวิธีทางดำเนินการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมหาใช่กรมโยธาธิการจะเป็นผู้ตัดสินใจในปัญหานี้ได้ด้วยตนเองแต่อย่างใดไม่..."

ซึ่งจะเห็นได้ว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้กล่าวยืนยันไว้ชัดเจนว่าการที่ส่วนราชการ คือ กรมโยธาธิการได้เป็นผู้สัญญาเป็นเพียงการกระทำแทนรัฐบาลเท่านั้น ซึ่งอาจแปลความหมายได้ว่า แท้ที่จริงแล้วผู้เป็นผู้สัญญาฝ่ายรัฐโดยแท้จริงก็คือ ตัวรัฐนั่นเอง ดังนั้น รัฐบาลจึงอาจเข้ามามีบทบาทเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ตามความสัมพันธ์ทางสัญญาหรืออาจจะใช้อำนาจอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ทางสัญญาแต่เป็นอำนาจที่รัฐมีอยู่ภายในหลักกฎหมายมหาชนซึ่งก็อาจจะมีผลกระทบต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

โดยสรุปจึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ลักษณะพื้นฐานของสัญญาภาครัฐ จะเป็นเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป แต่โดยผลของบทบัญญัติของกฎหมายในบางลักษณะ หรือโดยผลของการวินิจฉัยปัญหาของบางสถาบันที่ยึดถือหลักปรัชญาที่แตกต่างออกไป สถานะของคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจจะแตกต่างไปจากสถานะของคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปได้

2.3 ข้อแตกต่างทางด้านวัตถุประสงค์ของสัญญา

นอกจากสัญญาภาครัฐของไทยจะมีข้อแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปใน 2 ประการหลัก ๆ ดังกล่าวแล้ว ข้อแตกต่างที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือข้อแตกต่างทางด้านวัตถุประสงค์ของสัญญา เนื่องจากในการประกอบกิจกรรมของเอกชนโดยทั่วไปกับของหน่วยงานของรัฐนั้นจะมีวัตถุประสงค์โดยพื้นฐานที่แตกต่างกัน โดยเอกชนโดยทั่วไปจะประกอบกิจกรรมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการในลักษณะเป็นความพอใจส่วนตัวเป็นหลัก ส่วนการประกอบกิจกรรมของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐนั้น จะกระทำเพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวมอันเป็นเจตนารมณ์ของการมีฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ ดังนั้นในการทำสัญญาใด ๆ ที่เกิดขึ้นในสองภาคส่วนดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแตกต่างกันไปตามความต้องการพื้นฐานที่แตกต่างกันดังกล่าวด้วย

สำหรับวัตถุประสงค์ของสัญญาภาครัฐที่กล่าวว่าจะต้องมุ่ง
ตอบสนองความต้องการของส่วนรวมเป็นหลักนั้นอาจกล่าวได้ว่า จะต้องมุ่ง
ตอบสนองความต้องการในด้านใดด้านหนึ่งดังต่อไปนี้

2.3.1 ความต้องการที่จะได้รับความปลอดภัย เช่น
การทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้ออาวุธหรืออุปกรณ์เกี่ยวกับการรบเพื่อประโยชน์ใน
การป้องกันประเทศ เป็นต้น

2.3.2 ความต้องการที่จะได้รับความสะดวกสบายใน
การดำเนินชีวิต ได้แก่ การทำสัญญาเกี่ยวกับกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคต่าง ๆ
เช่น การไฟฟ้า การประปา การขนส่ง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาของฝ่ายปกครอง
หรือหน่วยงานของรัฐในบางกรณีก็อาจถือได้ว่าไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างไป
จากการทำสัญญาของเอกชนโดยทั่วไปแต่อย่างใด ซึ่งได้แก่ การทำสัญญาเพื่อ
ประโยชน์ในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐเอง เช่น การทำสัญญาจัดซื้อ
โต๊ะ เก้าอี้ หรือวัสดุเครื่องใช้ในสำนักงาน เป็นต้น หรือในบางกรณีก็อาจจะ
เป็นการทำสัญญาเกี่ยวกับกิจการที่หน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการเพื่อแสวงหา
กำไรเช่นเดียวกับเอกชน เช่น การทำสัญญาจัดซื้อวัตถุดิบเพื่อใช้ผลิตน้ำส้มสายชู
ขององค์การอาหารสำเร็จรูป เพื่อผลิตน้ำส้มสายชูออกจำหน่าย ให้แก่ประชาชน
โดยทั่วไปเช่นเดียวกับบริษัทของเอกชน เป็นต้น

3. บทวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบเกี่ยวกับสถานะของสัญญาภาครัฐ ในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาสถานะของสัญญาภาครัฐของไทยดังได้กล่าวมา
ข้างต้นโดยเปรียบเทียบกับสถานะของสัญญาภาครัฐในต่างประเทศดังได้กล่าวมา
ในบทที่ 2 อาจกล่าวได้ว่าสัญญาภาครัฐของไทยมีสถานะที่สำคัญ ดังนี้

3.1 สถานะโดยทั่วไป

โดยทั่วไปอาจกล่าวได้ว่าสัญญาภาครัฐของไทยนั้นมีสถานะที่คล้ายคลึงกับสถานะของสัญญาภาครัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ คือถือว่าสัญญาภาครัฐมีลักษณะพื้นฐานหรือมีโครงสร้างทางทฤษฎีเป็นเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป แต่กรณีสัญญาภาครัฐของไทยก็ยังมีข้อแตกต่างกว่ากรณีสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกาในแง่ที่ว่าในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาหรือในขั้นตอนการวินิจฉัยปัญหาที่เกิดจากสัญญาโดยองค์กรศาลหรือองค์กรอื่นใดก็ตาม กรณีของไทยไม่มีหลักเกณฑ์ที่อาจถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายเฉพาะของสัญญาภาครัฐ ดังเช่นที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เช่น ไม่มีระเบียบข้อบังคับที่ใช้ควบคุมการทำสัญญาที่มีสภาพบังคับได้ดังเช่นกฎหมายเหมือนกับที่มีอยู่ในสหรัฐอเมริกา โดยระเบียบข้อบังคับที่ใช้ควบคุมการทำสัญญาภาครัฐของไทยคือระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุ จะมีสถานะเป็นเพียงระเบียบที่ใช้บังคับเป็นการภายในต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ในขณะที่ระเบียบข้อบังคับของสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น Armed Services Procurement Regulations (ASPR) หรือ Federal Procurement Regulations (FPR) จะมีสถานะบังคับได้ดังเช่นเป็นกฎหมายซึ่งมีผลทั้งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนทั่วไป ภายหลังจากที่ได้มีการนำเอาระเบียบข้อบังคับดังกล่าวไปพิมพ์เผยแพร่ใน Federal Register ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน United States Code ส่วนที่ 44 มาตรา 1505 แล้ว นอกจากนี้ในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐของไทยไม่ว่าจะกระทำโดยหน่วยงานของฝ่ายบริหาร เช่น สำนักงานอัยการสูงสุด หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือกระทำโดยองค์กรของฝ่ายตุลาการคือศาลก็ไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐโดยเฉพาะขึ้นมาได้เหมือนกับที่ Boards of Contract Appeals หรือศาลของสหรัฐอเมริกาสามารถมีบทบาทในการสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (Case Law on Government Contracts) ขึ้นมาได้

นอกจากนี้ สัญญาภาครัฐของไทยก็ยังมีข้อต่อยกว่าสัญญาภาครัฐของประเทศอังกฤษ โดยถึงแม้ว่าระบบการทำสัญญาภาครัฐของอังกฤษตลอดจนแนวการวินิจฉัยของศาลอังกฤษจะไม่มี การวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐขึ้นมาโดยเฉพาะ เหมือนกับกรณีของสหรัฐอเมริกา แต่ในทางปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นในขั้นตอนการทำสัญญาโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือในขั้นตอนการวินิจฉัยปัญหาของศาลอังกฤษ ก็มีการยอมรับถึงลักษณะที่พิเศษของสัญญาภาครัฐมากกว่าที่เป็นอยู่ในกรณีของไทย

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสถานะของสัญญาภาครัฐในประเทศไทยโดยทั่วไปนั้นถือได้ว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะพื้นฐานเป็นสัญญาทางแพ่งโดยแท้จริง ระเบียบข้อบังคับใด ๆ ตลอดจนมติใด ๆ ของฝ่ายบริหารที่ออกมาเพื่อใช้ควบคุมการทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐนั้น จะไม่มีผลทำให้ฝ่ายรัฐมีสิทธิใด ๆ เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะได้เลย หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่ให้ความยินยอมในการมีสิทธินั้น ๆ

3.2 ข้อยกเว้นเฉพาะกรณี

อย่างไรก็ตาม ในการทำสัญญาภาครัฐของไทยก็จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายบางลักษณะที่บัญญัติถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาภาครัฐในบางกรณีให้มีลักษณะเฉพาะ เป็นข้อยกเว้นที่แตกต่างไปจากหลักการทำสัญญาทั่วไปที่เห็นได้ชัดเจนก็คือการทำสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ดังได้กล่าวมาแล้ว

ลักษณะของสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาตินี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสหรือของเยอรมันตะวันตกแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสัญญาทางปกครองในสองประเทศดังกล่าว กล่าวคือ

3.2.1 หากพิจารณาเปรียบเทียบกรณีสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสจะพบว่า มีลักษณะคล้ายคลึงกันทั้งในด้านคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และในด้านเนื้อหาของสัญญา

โดยในด้านคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเห็นว่าผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งเป็นผู้ให้สัมปทานตามกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของไทยไม่ว่าจะเป็นแร่ป่าไม้หรือปิโตรเลียมนั้น ได้แก่ตัวรัฐเองซึ่งถือว่าเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติทั้งหลายนั้น โดยในทางปฏิบัติรัฐจะมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐซึ่ง ได้แก่ กรมทรัพยากรธรณี หรือ กรมป่าไม้ เป็นผู้ทำการแทนในการดำเนินการเกี่ยวกับการให้สัมปทานในแต่ละกรณี ดังนั้น ผู้เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีของไทยนี้จึงถือได้ว่ามีสถานะเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่นเดียวกับฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส อีกทั้งยังเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไร และเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่ประกอบด้วยเอกสิทธิ์บางประการเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเช่นเดียวกันอีกด้วย

ส่วนในด้านเนื้อหาของสัญญา ก็ปรากฏอีกเช่นเดียวกันว่าในการให้สัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของไทยนั้นมีบทบัญญัติของกฎหมายบางมาตรา บัญญัติให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเอาไว้มากเช่นเดียวกับที่มี clauses exorbitantes ในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส เช่น การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว ตามมาตรา 9 ตรี แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 หรือมาตรา 68 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งสิทธิพิเศษเช่นว่านี้เป็นสิทธิที่ไม่มีอยู่ในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป

3.2.2 นอกจากนี้เมื่อพิจารณาโดยเปรียบเทียบเกี่ยวกับเกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมันตะวันตก ก็จะได้เห็นได้เช่นเดียวกันว่า สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของไทยนั้นอาจจัดได้ว่า

เป็นสัญญาทางปกครองตามเกณฑ์วินิจฉัยของเยอรมันได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากลักษณะของการก่อความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายรัฐกับฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของไทยเป็นการก่อความสัมพันธ์ ซึ่งมีสาระสำคัญอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยแร่ ป่าไม้ และปิโตรเลียม ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายมหาชนและเป็นความสัมพันธ์ที่เอกชนไม่สามารถก่อขึ้นในระหว่างกันเองได้ ซึ่งเป็นไปตามเกณฑ์วินิจฉัยของประเทศเยอรมันตะวันตกทุกประการ

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้โดยสรุปว่าสัญญาภาครัฐของไทยนั้นมีโครงสร้างพื้นฐานประกอบด้วยสองลักษณะโดยมีลักษณะการเป็นสัญญาทางแพ่งเป็นลักษณะทั่วไปและมีลักษณะการเป็นสัญญาทางปกครองเป็นข้อยกเว้นในเฉพาะบางกรณี แต่ไม่ว่าจะเป็นสัญญาลักษณะใดเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างคู่สัญญา ก็จะต้องนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรทางตุลาการอันเดียวกันคือศาลแพ่งซึ่งมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีแพ่งโดยทั่วไป ซึ่งการที่สัญญาภาครัฐของไทยมีโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวนี้ได้มีผลต่อแนวทางการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวดังจะได้วิเคราะห์ต่อไปด้วย

แนวทางการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวที่มีอยู่ในประเทศไทยและปัญหาที่เกิดขึ้น

1. บทวิเคราะห์แนวทางการให้สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวในประเทศไทย

การที่สัญญาภาครัฐของไทยมีสถานะดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นทำให้สามารถวิเคราะห์ถึงแนวทางเกี่ยวกับการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งมีความสัมพันธ์กับสถานะของสัญญาดังกล่าว โดยอาจกล่าวจำแนกได้ดังต่อไปนี้

1.1 ลักษณะการให้สิทธิพิเศษ

ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า การให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาภาครัฐของต่างประเทศนั้นมีการให้ใน 2 ลักษณะกล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีของประเทศที่ยอมรับถึงการมีสัญญาทางปกครองในบทบาทอย่างกว้างดังเช่นประเทศฝรั่งเศสแล้วก็จะมีการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองโดยกำหนดไว้เป็นหลักกฎหมายแต่ถ้าเป็นกรณีของประเทศที่ยอมรับถึงการมีสัญญาทางปกครองในบทบาทที่จำกัดอย่างเช่นประเทศเยอรมันตะวันตกหรือเป็นประเทศที่ไม่ยอมรับถึงการมีสัญญาทางปกครองเลยดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ก็จะมีการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขของสัญญาในแบบสัญญามาตรฐาน ดังนั้น การให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในต่างประเทศจึงอาจมีลักษณะเป็นการให้โดยทางกฎหมายหรือโดยทางสัญญา ไม่ทางใดก็ทางหนึ่งแล้ว แต่ว่าสถานะของสัญญาภาครัฐที่เป็นอยู่ในแต่ละประเทศนั้นเป็นอย่างไร

สำหรับกรณีสัญญาภาครัฐของไทยนั้นเป็นกรณีพิเศษแตกต่างไปจากเกณฑ์การให้สิทธิพิเศษของต่างประเทศดังกล่าว โดยถึงแม้ว่าสัญญาภาครัฐของไทยจะมีลักษณะพื้นฐานโดยทั่วไปเป็นสัญญาทางแพ่งเช่นเดียวกับกรณีสัญญาภาครัฐของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ แต่ก็ไม่มีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิพิเศษโดยวิธีการกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในแบบสัญญามาตรฐานเหมือนกับกรณีของประเทศทั้งสองดังกล่าว และในขณะที่เดียวกันก็กลับมีการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยวิธีการบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายสำหรับเฉพาะบางกรณี ซึ่งสามารถวิเคราะห์ให้เห็นได้โดยชัดเจนดังนี้

1.1.1 การให้สิทธิพิเศษโดยกฎหมาย

สำหรับกรณีสัญญาภาครัฐของไทยที่ถือได้ว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวอย่างชัดเจน ก็คือ กรณีสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้สิทธิพิเศษ ดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา 9 ตรี

แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 และมาตรา 68 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ดังได้เคยยกมากล่าวแล้ว

ตามบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองมาตรานี้ จะเห็นได้ว่าการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐผู้ให้สัมปทานสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื้อที่สัมปทานได้ตามกฎหมายแร่ก็ดี หรือให้สิทธิสามารถสั่งให้หยุดทำกิจการที่ได้รับสัมปทานชั่วคราวหรือสั่งตัดพื้นที่สัมปทานได้ตามกฎหมายป่าไม้ก็ดี ถือได้ว่าเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอย่างแท้จริง เพราะเป็นการให้สิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมีผลบังคับต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าวเสียก่อน อีกทั้งสิทธิดังกล่าวก็เป็นสิทธิที่ฝ่ายรัฐมีอยู่เพียงฝ่ายเดียวโดยสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ทันที เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ เกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้

ส่วนสำหรับกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งคือพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ไม่มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเหมือนกับบทบัญญัติของกฎหมายแร่และป่าไม้นั้น ผู้เขียนเข้าใจว่าในขณะที่มีการตราบทบัญญัติของกฎหมายปิโตรเลียมขึ้นมาบังคับใช้นั้นอาจจะยังมีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพาอาศัยความรู้ ความสามารถในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจากภาคเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งภาคเอกชนต่างประเทศในระดับที่สูงมาก ดังนั้นการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายปิโตรเลียมขึ้นมาบังคับใช้นั้น จึงมีเนื้อหาไปในทางส่งเสริมภาคเอกชนมากกว่าที่จะไปจำกัดสิทธิ ดังจะเห็นได้จากเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งกล่าวว่า

"เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ เนื่องจากรัฐบาลมีนโยบายที่จะส่งเสริมให้มีการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมภายใต้มาตรการควบคุมที่เหมาะสม เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่รัฐ ผู้ประกอบ

กิจการปิโตรเลียมและประชาชน แต่ขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการนี้โดยเฉพาะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้"

ซึ่งต่อมาในแบบสัมปทานปิโตรเลียม ท้าย

กฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2514) ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ก็มีเนื้อหาในแบบฯ ข้อ 12 บัญญัติไว้โดยสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ดังกล่าวอีกว่า

"ข้อ 12 การเคารพต่อข้อกำหนดชั้นมูลฐาน

(1) รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(ก) การประกอบกิจการปิโตรเลียมในแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตรวมทั้งการใช้ที่ดินนอกแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตในการเก็บรักษาหรือขนส่งปิโตรเลียม

(ข) การนำคนต่างด้าว เครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ โครงก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์ และวัสดุอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมเข้ามาในราชอาณาจักร

(ค) การคืนพื้นที่

(ง) การได้รับยกเว้นบางประการในการเสียภาษีอากรและเงินที่ส่วนราชการต่าง ๆ เรียกเก็บ

(จ) การกำหนดและประกาศราคาปิโตรเลียม

(ฉ) การส่งปิโตรเลียมออก

(ช) การเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศ

(ซ) การเสียค่าภาคหลวงและภาษีเงินได้

ตลอดจนการคำนวณค่าภาคหลวงและภาษีเงินได้

(2) ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงชั้นมูลฐานในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานตาม (1) ในประเทศในบริเวณอ่าวเปอร์เซียหรือในประเทศอื่นที่มีปริมาณการผลิตปิโตรเลียมทัดเทียมกันกับประเทศไทยและส่งออกปิโตรเลียมออกไปขายในตลาดเดียวกันกับประเทศไทย รัฐมนตรีและผู้รับสัมปทานอาจตกลงร่วมกันแก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ดังกล่าวให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงนั้นได้"

ซึ่งตามแบบสัญญา ข้อ 12 นี้ นอกจากจะไม่มีการเนื้อหาเป็นการให้สิทธิฝ่ายเดียวแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐแล้ว ยังบัญญัติรับรองเอาไว้โดยชัดเจนอีกว่าในระหว่างที่สัมปทานยังมีอายุอยู่นี้ รัฐมนตรีจะไม่เปลี่ยนแปลงใด ๆ โดยฝ่ายเดียวเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานอีกด้วย ซึ่งหากนับระยะเวลาตั้งแต่เริ่มมีแบบสัมปทานนี้ขึ้นมาใช้จนถึงปัจจุบันก็ล่วงเลยไปกว่าสองทศวรรษแล้ว จึงน่าจะคิดว่าความเหมาะสมของข้อสัญญาดังกล่าวนี้ยังจะมีอยู่หรือไม่หรือควรจะได้ทบทวนแก้ไขเป็นอย่างไร

นอกจากนี้ ในกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการให้สัมปทานในกรณีอื่น ๆ ก็ไม่ปรากฏเช่นเดียวกันว่ามีการบัญญัติให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว ตัวอย่างเช่น ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 เรื่อง ควบคุมกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทที่ควบคุมการให้สัมปทานเกี่ยวกับกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ก็ไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายรัฐเอาไว้โดยชัดเจนเหมือนกับกรณีของกฎหมายแร่และกฎหมายป่าไม้ โดยมีเพียงบทบัญญัติในข้อ 7 ที่ให้ดุลพินิจแก่รัฐมนตรีเอาไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น โดยบัญญัติว่า

"ข้อ 7 ในการอนุญาตหรือให้สัมปทานตามข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้"

เงื่อนไขที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการไว้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร"

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 7 นี้ แสดงให้เห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายได้เล็งเห็นความจำเป็นที่จะต้องให้รัฐมนตรีมีอำนาจที่จะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งลงในสัญญาเพื่อประโยชน์ทางการก่อให้เกิดความปลอดภัยหรือความผาสุกแก่ประชาชนเช่นกัน แต่ก็ไม่มีความชัดเจนว่าเงื่อนไขที่รัฐมนตรีจะกำหนดลงในสัญญาสัมปทานนั้นจะมีเนื้อหาหรือแนวทางเป็นอย่างไร อีกทั้งบทบัญญัติในข้อ 7 นี้ก็เป็นเพียงแต่การให้ดุลพินิจแก่รัฐมนตรีที่จะกำหนดเงื่อนไขนั้น ๆ ลงในสัญญาสัมปทานหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นบทบัญญัติของข้อ 7 ดังกล่าวนี้อาจไม่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายรัฐแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ในอีกตัวอย่างหนึ่งของกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการให้สัมปทานคือพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายใหม่ที่เพิ่งจะได้มีการตราขึ้นมาใช้บังคับเมื่อเร็ว ๆ นี้ ก็ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่กล่าวถึง การมีสิทธิพิเศษของฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว เช่นเดียวกับบทบัญญัติของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ดังได้กล่าวมาแล้ว แม้ว่าโดยเจตนาของพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ ตามที่ปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติจะได้กล่าวเอาไว้ด้วยว่า สาเหตุส่วนหนึ่งของการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นมาก็เนื่องมาจากประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ดังกล่าวไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการให้สัมปทานเอาไว้โดยมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน แต่ในพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ไม่ได้ทำไว้ส่วนที่ไม่มีความชัดเจนในบทบัญญัติของข้อ 7 แห่งประกาศคณะปฏิวัตินี้เลยเสียด้วยซ้ำไป โดยเนื้อหาของของพระราชบัญญัตินี้เป็นการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ และการกำกับดูแลและติดตาม

ผลการดำเนินงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทบัญญัติของหมวด 4 ว่าด้วยการกำกับดูแลและติดตามผลซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลให้เป็นไปตามสัญญาฉบับนี้ประกอบด้วยบทบัญญัติเพียง 3 มาตรา คือ มาตรา 22 ว่าด้วยการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงาน, มาตรา 23 ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการประสานงาน, และมาตรา 24 ว่าด้วยการทำรายงานเกี่ยวกับพฤติกรรมของหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญา โดยรายละเอียดของบทบัญญัติในทั้ง 3 มาตรา ดังกล่าวมีดังนี้

มาตรา 22 เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้วให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคนและผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

การประชุมของคณะกรรมการประสานงานตามวรรคหนึ่ง และองค์ประชุมให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด

มาตรา 23 ให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 มีอำนาจและหน้าที่ดังนี้

- (1) ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา
 - (2) รายงานผลการดำเนินงาน ความสำเร็จ ปัญหาและแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ
- ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (2) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนดแต่ต้องไม่เกินหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง

มาตรา 24 ในกรณีที่น่าปรากฏว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาที่ลงนามไปแล้ว ให้นำผู้แทนกระทรวงการคลังในคณะกรรมการประสานงานทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในบทบัญญัติของหมวดนี้ เพียงแต่กำหนดให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดรอรับรายงานผลการดำเนินงานและปัญหาที่เกิดขึ้นตลอดจนแนวทางแก้ไขจากคณะกรรมการประสานงานเท่านั้น ส่วนเมื่อรับทราบแล้วจะมีอำนาจดำเนินการอย่างไรบ้าง บทบัญญัติของหมวดนี้ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่รัฐมนตรีเอาไว้โดยชัดเจนโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีปัญหาที่เกิดจากเนื้อหาของสัญญาได้ถูกกำหนดไว้โดยไม่สอดคล้องกับประโยชน์ของสาธารณะแล้ว รัฐมนตรีจะมีอำนาจดำเนินการเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญานั้นได้อย่างไร

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า การให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวซึ่งเป็นการให้โดยกฎหมายสำหรับกรณีสัญญาภาครัฐของไทยนั้น เป็นการให้ที่มีปรากฏอยู่ในเฉพาะการให้สัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติตามกฎหมายแร่และป่าไม้เท่านั้น ส่วนการให้สัมปทานเกี่ยวกับกรณีอื่น ๆ นอกจากนี้ไม่ปรากฏว่ามี การให้สิทธิพิเศษดังกล่าวนี้โดยชัดเจนแต่อย่างใด

1.1.2 การให้สิทธิพิเศษโดยสัญญา

ในภาคปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาภาครัฐของไทย ประเภทอื่น ๆ ที่มีใช้สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาตินั้นมีระเบียบที่ใช้ควบคุมการทำสัญญาอยู่หลายฉบับ ที่มีการกำหนดให้มีแบบของสัญญาต่าง ๆ ขึ้น เพื่อใช้เป็นตัวอย่างให้หน่วยงานของรัฐที่ต้องการทำสัญญาต้องยึดถือปฏิบัติตาม อาทิ เช่น แบบสัญญาที่ออกตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535, แบบสัญญาที่ออกตามระเบียบคณะกรรมการการสื่อสารแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 22 ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2534, หรือแบบสัญญาที่

ออกตามคำสั่งกรุงเทพมหานคร ที่ 1835/2530 เรื่องวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการ
พัสดุ เป็นต้น

การกำหนดให้มีแบบสัญญาขึ้นมาบังคับให้หน่วยงาน
ของรัฐต้องถือปฏิบัติตามเช่นนี้ เท่าที่ผู้เขียนได้สำรวจวิเคราะห์ดูเนื้อหาที่บรรจุอยู่
ในแบบของสัญญาต่าง ๆ ที่ออกตามระเบียบหรือคำสั่งเกี่ยวกับการพัสดุดังกล่าว
แล้ว ได้พบว่าในเนื้อหาของแบบสัญญาจ้างที่ออกตามระเบียบหรือคำสั่งนั้นมักจะมี
ข้อสัญญาที่มีเนื้อหาคล้ายคลึงกับ Changes Clause ของสหรัฐอเมริกา* หรือ
Variations Clause ของอังกฤษ** อยู่ในแบบของสัญญาจ้างด้วยเสมอ

ตัวอย่างเช่น ในแบบสัญญาจ้าง ทำยระเบียบ
สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 มีสัญญาข้อ 16 กำหนดเอาไว้
ว่า

"ข้อ 16 งานพิเศษและการแก้ไขงาน

ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ
ซึ่งไม่ได้แสดงไว้ หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้น ๆ อยู่ใน
ขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิสั่งให้
เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขแบบรูป และข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วยโดย
ไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะแต่อย่างใด

อัตราค่าจ้างหรือราคาที่กำหนดไว้ให้ในสัญญานี้
ไว้กำหนดใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มเติมขึ้น หรือตัดทอนลงทั้งปวงตาม
คำสั่งของผู้ว่าจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้าง หรือราคาใด ๆ
ที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะ
ได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กัน

*ดูหน้า 72-73

**ดูหน้า 69-71

ใหม่เพื่อความเหมาะสม ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราค่าจ้าง หรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง แต่อาจสงวนสิทธิที่จะดำเนินการตามข้อ 21 ต่อไปได้"

หรือตามระเบียบคณะกรรมการการสื่อสารแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 22 ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2534 ก็มีตัวอย่างสัญญาจ้าง ข้อ 18 และตัวอย่างสัญญาจ้างเหมา ข้อ 8 กำหนดเอาไว้โดยมีเนื้อหาเช่นเดียวกันว่า

"ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบแปลนแผนผังและรายละเอียดข้อกำหนดตามสัญญาได้ทุกอย่าง โดยไม่ต้องเลิกสัญญา การเพิ่มเติมหรือลดงานจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ และถ้าต้องเพิ่มหรือลดเงินหรือยืดเวลาออกไปอีกก็จะได้ตกลงกัน ณ บัดนั้น"

ซึ่งเนื้อหาของสัญญาอย่างเดียวกันนี้ก็ยังมีปรากฏอยู่ในแบบสัญญาจ้าง (แบบจ่ายค่าจ้างตามปริมาณงานที่ทำได้เป็นรายเดือน) ข้อ 18 และแบบสัญญาจ้าง (แบบจ่ายค่าจ้างเป็นงวด) ข้อ 18 ซึ่งเป็นแบบสัญญาทำยาคำสั่งกรุงเทพมหานครที่ 1835/2530 เรื่องวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการพัสดุ สักด้วย ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่าข้อสัญญาที่มีเนื้อหาเหมือนกันทั้งหมดดังกล่าวนี้ไม่ว่าจะเป็นข้อสัญญาตามแบบสัญญาของการสื่อสารแห่งประเทศไทยหรือของกรุงเทพมหานครก็ตาม คงจะมีที่มาจากแหล่งเดียวกัน คือ เลียนเนื้อหามาจากตัวอย่างสัญญาจ้าง ข้อ 18 ซึ่งอยู่ที่ฝ่ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 อันเป็นระเบียบฉบับที่ใช้อยู่เดิมก่อนที่จะเปลี่ยนมาใช้ฉบับปี พ.ศ. 2535 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

จากเนื้อหาของข้อสัญญาว่าด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานตามตัวอย่างที่ได้ยกมากล่าวข้างต้นหากพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับกรณีของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษแล้ว ก็จะได้เห็นว่าเนื้อหาของข้อสัญญาตามตัวอย่างนั้นมีสาระสำคัญเป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นเช่นเดียวกับเนื้อหาของ

Changes Clause* ในแบบสัญญาจ้างก่อสร้างของสหรัฐอเมริกาและ Variations clause** ในแบบสัญญาจ้างก่อสร้างของอังกฤษนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม การที่มีเนื้อหาสอดคล้องกันเช่นนี้ก็มิได้หมายความว่าผลทำให้ข้อสัญญาว่าด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานตามแบบสัญญาจ้างของไทยกลายเป็นข้อสัญญาที่ให้มีลักษณะแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเหมือนกับกรณีของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษก็หาไม่ ทั้งนี้ เนื่องด้วยเหตุผลที่สำคัญคือ ระเบียบข้อบังคับหรือคำสั่งใด ๆ เกี่ยวกับการพัสดุอันเป็นที่มาของแบบสัญญาจ้างนั้นมิได้มีผลผูกมัดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับผูกพันตามเนื้อหาของแบบสัญญาจ้างทั้งหมด หากแต่มีสถานะเป็นเพียงระเบียบข้อบังคับที่มีผลบังคับเป็นการภายในต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งควาวินิจฉัยของศาลฎีกาตั้งได้กล่าวมาแล้วเท่านั้น ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำสัญญาจะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้ครบถ้วนตามแบบของสัญญาที่กำหนดไว้หรือไม่จึงต้องอาศัยการเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและอาศัยความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนประกอบที่สำคัญด้วย นอกจากนี้ในเนื้อหาของระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุนั้นเอง ก็ยังมีบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถตกลงทำสัญญาโดยมีข้อความหรือรายการที่แตกต่างไปจากตัวอย่างของสัญญาที่ทางการได้กำหนดเอาไว้ได้อีกด้วย เช่น บทบัญญัติในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 132 วรรคสองและวรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า

"การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากตัวอย่างสัญญาที่ กวพ. กำหนด โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในตัวอย่างสัญญาและไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน

*ดูหน้า 73

**ดูหน้า 70

ในกรณีที่ไม่อาจทำสัญญาตามตัวอย่างที่ กวพ. กำหนดได้และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อนเว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นสมควรทำสัญญาตามแบบที่เคยผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้ว ก็ให้กระทำได้"

เพราะฉะนั้น ด้วยเหตุผลในประการทั้งปวงดังกล่าวมานี้ จึงทำให้ข้อสัญญาว่าด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานตามที่มีอยู่ในแบบสัญญาจ้างต่าง ๆ ของไทยขาดลักษณะของการเป็นสิทธิฝ่ายเดียวอย่างแท้จริงคือ ไม่มีลักษณะของการเป็นสิทธิที่ได้มาโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและไม่มีลักษณะของการเป็นสิทธิที่สละไม่ได้ ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะสำคัญของ การเป็นสิทธิพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ลักษณะการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยวิธีการกำหนดเป็นเงื่อนไขเอาไว้ในแบบสัญญามาตรฐานตามวิธีการของประเทศสหรัฐอเมริกาหรืออังกฤษนั้น เป็นสิ่งที่ไม่เป็นสัญญาภาคีรัฐของไทยตามโครงสร้างทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสัญญาภาคีรัฐที่ เป็นอยู่ในปัจจุบัน

1.2 มูลเหตุของการให้สิทธิพิเศษ

ในบทบัญญัติของกฎหมายแร่และป่าไม้ ซึ่งเป็นที่มาแห่งเดียวของการให้สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวในสัญญาภาคีรัฐของไทย คือ บทบัญญัติในมาตรา 9 ตรี แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 และมาตรา 68 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ได้บัญญัติถึงมูลเหตุของการให้สิทธิพิเศษแก่รัฐมนตรีเอาไว้ในทานองเดียวกัน โดยมาตรา 9 ตรี ได้บัญญัติว่าจะต้องมีมูลเหตุมาจาก "กรณีที่มีความจำเป็น...เพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ..." ส่วนมาตรา 68 ทวิ ก็บัญญัติว่าจะต้องเป็น "กรณีที่มีความจำเป็น...เพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทานหรือเขื่อนพลังน้ำ

หรือเพื่อการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษา
ความสมดุลของสภาพแวดล้อมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น..."

ซึ่งจากบทบัญญัติของมาตรา 9 ตี และมาตรา 68 ทวิ
ดังกล่าวนี้ อาจสรุปมูลเหตุของการให้สิทธิพิเศษแก่รัฐมนตรีได้เป็น 2 ประการ
คือ

1.2.1 มูลเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะในด้านความ
ปลอดภัยของประชาชน ได้แก่ เพื่อการป้องกันประเทศ เพื่อการป้องกันภัยพิบัติ
สาธารณะ เพื่อความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อม

1.2.2 มูลเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะในด้านการก่อให้เกิด
เกิดความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิตของประชาชน ได้แก่ เพื่อประโยชน์แก่
การอันเป็นสาธารณูปโภค หรือเพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทานหรือ
เขื่อนพลังน้ำ

ซึ่งมูลเหตุทั้ง 2 ประการนี้ก็สอดคล้องกับวัตถุประสงค์
ประสงค์ของการทำสัญญาภาครัฐซึ่งมุ่งให้เกิดการสนองตอบความต้องการของ
ประชาชนในทั้งสองด้านดังกล่าวและสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐซึ่งจะต้องรับผิดชอบ
ต่อประชาชนนั่นเอง

2. ปัญหาที่เกิดจากระบบการให้สิทธิพิเศษที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

การที่ระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาภาครัฐของไทยมี
ขอบเขตการให้สิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาโดยจำกัดอยู่เฉพาะในสัญญาสัมปทาน
เกี่ยวกับแร่และป่าไม้ ส่วนในสัญญาภาครัฐประเภทอื่น ๆ กำหนดให้ความสัมพันธ์
ระหว่างคู่สัญญาต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งดังได้วิเคราะห์มาแล้วนั้น
ทำให้เกิดอุปสรรคแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะอาศัยกลไกทางสัญญาเป็นเครื่องมือ
นำไปสู่การสนองตอบความต้องการของส่วนรวมได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะ
อย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการทำสัญญาเกี่ยวกับกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคต่าง ๆ ซึ่ง

ความต้องการของส่วนรวมที่จะต้องได้รับการสนองตอบตามวัตถุประสงค์ของสัญญา นั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปได้เสมอ ตัวอย่างเช่นในการทำสัญญาให้สัมปทานแก่เอกชน เข้ามาประกอบกิจการเดินรถโดยสารประจำทาง ซึ่งในระหว่างดำเนินการตาม สัญญา ความต้องการใช้บริการของประชาชนอาจจะเปลี่ยนแปลงไปในทางที่เพิ่ม ขึ้นหรือลดลงก็ได้ หรืออาจจะเปลี่ยนแปลงไปในทางต้องการที่จะได้รับการที่ สะดวก รวดเร็ว หรือปลอดภัยมากยิ่งขึ้น โดยอาศัยเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่ได้รับการ พัฒนาก้าวหน้าไปกว่าเดิมก็ได้ เป็นต้น ดังนั้น หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใด ที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายรัฐ หรือไม่มียุทธศาสตร์ที่เกี่ยวกับการทำสัญญาใด ๆ ที่ คุ้มครองถึงการมีสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญา ภาครัฐประเภทนี้แล้ว การจะดำเนินการเพื่อให้เกิดการสนองตอบความต้องการ ของประชาชนที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวก็อาจจะต้องเป็นไปอย่างล่าช้าหรืออาจจะ ทำให้ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนเลยก็ได้

หรือในอีกตัวอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นข่าวทาง สื่อมวลชนเมื่อเร็ว ๆ นี้ 2 กรณี คือ กรณีปัญหาการทุบสะพานลอยหลักสี่และ ลาดพร้าว* กรณีหนึ่ง กับกรณีปัญหาการสร้างทางด่วนขั้นที่ 2 ผ่านชุมชนบ้านครัว** อีกกรณีหนึ่ง ก็เป็นตัวอย่างข้อเท็จจริงที่สามารถยกมากล่าวให้เห็นถึงความจำเป็น ที่จะต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวได้ เป็น อย่างดี โดยข้อเท็จจริงตามกรณีแรกนั้น เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างที่มีการปฏิบัติ ว่าเป็นไปตามสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนน

*ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหานี้ปรากฏในหนังสือพิมพ์หลายฉบับ เช่น หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับวันที่ 17 กันยายน 2535 (ส่วนการตลาด) หน้า 1.

**ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหานี้ปรากฏในหนังสือพิมพ์หลายฉบับ เช่น เช่น นิตยสารดอกเบี๋ยรายสัปดาห์ ฉบับที่ 61 ประจำวันอาทิตย์ที่ 19 วันเสาร์ที่ 25 กรกฎาคม 2535 หน้า 21-23.

วิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง-ตอนเมือง ซึ่งตามสัญญาได้มีการกำหนดให้สิทธิแก่บริษัท ตอนเมืองโทล์ลเวย์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานสามารถทบสะพานลอยหลักสี่และลาดพร้าวเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการก่อสร้างทางด่วนให้เป็นไปตามสัญญาได้ แต่ขณะที่บริษัทยังไม่ทันจะได้ดำเนินการทบสะพานลอยทั้งสองแห่งดังกล่าว ก็เริ่มมีการคัดค้านว่าไม่ควรจะให้บริษัททบสะพานลอยทั้งสองแห่งนั้น เนื่องจากจะทำความเดือดร้อนให้แก่ประชาชนซึ่งเคยใช้สะพานลอยทั้งสองแห่งดังกล่าวโดยทำให้ต้องเปลี่ยนมาขึ้นรถทางวิ่งข้างล่างแทน ซึ่งจะต้องติดสัญญาไฟจราจรและที่สำคัญยิ่งกว่านั้นก็คือจะต้องถูกบังคับให้ต้องขึ้นรถในเส้นทางสัมปทานซึ่งจะต้องเสียค่าผ่านทางอันเป็นภาระที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การทบสะพานลอยทั้งสองแห่งทั้งไป ซึ่งเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาในกรณีนี้จึงเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับความต้องการของประชาชน ซึ่งหากพิจารณาตามเนื้อหาที่ปรากฏในสัญญาแล้วบริษัทก็มีสิทธิที่จะยืนยันดำเนินการตามสิทธิของตนได้ และฝ่ายรัฐก็ไม่อาจบังคับผู้รับสัมปทานไม่ให้ทบสะพานได้ เพราะมีสัญญาผูกมัดตนเองอยู่ เว้นแต่จะทำได้ทำความตกลงกับบริษัทผู้รับสัมปทานเพื่อร่วมกันแก้ไขสัญญาในส่วนนี้เสียใหม่ (ตามข้อตกลงในสัญญาซึ่งจะได้นำมาวิเคราะห์ต่อไป) ซึ่งจะเห็นได้ว่าวิธีการแก้ปัญหาตามกลไกของสัญญาที่ได้กำหนดเอาไว้ดังกล่าวนี้ อาจจะไม่เหมาะสมสำหรับการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของสาธารณะหรือหากรัฐบาลจะแก้ไขปัญหานี้โดยวิธีการใช้อำนาจทางด้านบริหารสั่งห้ามไม่ให้บริษัททบสะพานลอยซึ่งเป็นอำนาจที่รัฐบาลสามารถกระทำได้ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ยังมีข้อสงสัยอยู่ว่าเหตุจำเป็นสำหรับกรณีนี้จะมียุ่เพียงพอหรือไม่ เพราะในขณะที่ทำสัญญาฝ่ายรัฐก็ได้สังเกตเห็นอยู่แล้วว่าการทบสะพานลอยอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนที่ใช้สะพานลอยดังกล่าวนั้นได้ แต่ฝ่ายรัฐก็ยังกำหนดข้อความให้ทบสะพานลอยเอาไว้ในสัญญา ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการทำงานที่เกี่ยวเนื่องกับการทำสัญญาภาครัฐของไทยมีความชัดเจนขึ้น ในส่วนนี้ทั้งในด้านการให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายรัฐและในด้านการให้ความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นทางออกที่ดีที่สุดสำหรับการแก้ไขปัญหานี้

ส่วนอีกกรณีหนึ่ง คือ กรณีการก่อสร้างทางด่วนขั้นที่ 2 ผ่านชุมชนบ้านครัวนั้น ก็เป็นปัญหาในลักษณะเดียวกัน โดยข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามข่าวและเป็นปัญหาในกรณีนี้ก็คือ การที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) จะดำเนินการเวนคืนที่ดินเพื่อการก่อสร้างทางด่วนขั้นที่ 2 ซึ่งการเวนคืนช่วงที่มีปัญหาได้แก่การเวนคืนเพื่อการก่อสร้างทางด่วนช่วงอู่พวงษ์-วิฑู เนื่องจากแนวทางการก่อสร้างช่วงนี้จะต้องมีการรื้อย้ายมัสยิดและรื้อย้ายชุมชนชาวไทยมุสลิมบ้านครัวออกไป ซึ่งเป็นสาเหตุให้ชาวไทยมุสลิมที่อาศัยอยู่ในชุมชนดังกล่าวรวมตัวกันประท้วงและคัดค้านอย่างรุนแรง ซึ่งปัญหานี้ก็เป็นปัญหาลักษณะเดียวกันกับปัญหาในกรณีแรก คือ ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาที่มีความขัดแย้งกับประโยชน์ของประชาชน ซึ่งควรจะได้รับ การแก้ไขโดยการกำหนดแนวทางการก่อสร้างทางด่วนให้เปลี่ยนไปจากเดิมคือ เปลี่ยนแปลงแนวทางให้มีผลกระทบต่อประโยชน์ของชุมชนบ้านครัวให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งก็เช่นเดียวกับกรณีแรกคือการแก้ไขสัญญาในกรณีนี้ควรจะให้ผู้อยู่ในอำนาจวินิจฉัยของฝ่ายรัฐซึ่งมีหน้าที่โดยตรงในการปกป้องประโยชน์ของสาธารณะยิ่งกว่าจะกำหนดให้มีการแก้ไขสัญญาโดยวิธีการตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งอาจจะล่าช้าและไม่ทันการณ์

แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าระบบกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสัญญาภาคีรัฐของไทยนั้น นอกจากกฎหมายแร่และป่าไม้แล้วก็ไม่มียกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสัญญาภาคีรัฐของไทยฉบับใดอีกที่รับรองถึงการมีสิทธิพิเศษในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังนั้น ในสัญญาภาคีรัฐทั้งหลายเท่าที่ได้มีการทำไปแล้วในระยะเวลาที่ผ่านมาจึงแทบจะไม่มีกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ในลักษณะที่เป็นสิทธิพิเศษเพื่อประโยชน์สาธารณะเลย อาทิเช่น ตามสัญญาที่ผู้เขียนจะได้นำเสนอข้อสัญญาพร้อมด้วยข้อวิเคราะห์เป็นตัวอย่างดังต่อไปนี้

ตัวอย่างที่ 1

ก. ชื่อสัญญา : สัญญาสัมปทานระบบขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย

- ข. ชื่อคู่สัญญา : ระหว่าง กระทรวงคมนาคม
การรถไฟแห่งประเทศไทย และบริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด
- ค. วัตถุประสงค์ของสัญญา : เพื่อจัดให้มีระบบการ
ขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับร่วมกันในกรุงเทพมหานคร
- ง. ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา : ประกอบด้วย

ข้อ 7. รายการจำเพาะของโครงการ แผนแบบ
แนวคิด แผนแบบขั้นต้น แผนแบบขั้นสุดท้าย

7.1 บริษัทต้องจัดทำแผนแบบขั้นต้นและ
แผนแบบขั้นสุดท้ายรวมทั้งแผนการดำเนินงานสำหรับแต่ละระยะ (Stage) ของ
ระบบซึ่งต้องเป็นไปตามแผนแบบแนวคิดและรายการจำเพาะของโครงการ ตาม
ที่ระบุไว้ในภาคผนวก จ.

7.2 แผนแบบขั้นต้นและแผนแบบขั้นสุดท้าย
หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของแผนแบบดังกล่าวรวมทั้งแผนการดำเนินงานที่บริษัทได้ทำ
ขึ้นในส่วนหนึ่งของระยะ (Stage) ใด ๆ ต้องส่งมอบให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสาม (3)
ฉบับ เพื่อให้ความเห็นชอบว่าสอดคล้องกับแผนแบบแนวคิดและรายการจำเพาะ
ของโครงการ ก่อนเริ่มงานก่อสร้างในแต่ละระยะ (Stage) คู่สัญญาฝ่ายรัฐ
ต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบแผนแบบขั้นต้น แผนแบบขั้นสุดท้ายและแผนการ
ดำเนินงานสำหรับการก่อสร้างในแต่ละระยะ (Stage) แล้วแจ้งผลการพิจารณา
ให้บริษัททราบภายในหกสิบ (60) วันหลังจากวันเสนอขอความเห็นชอบ หาก
กระทรวงคมนาคม หรือ รพท. แจ้งบริษัทว่าไม่ให้ความเห็นชอบก็จะต้องให้
เหตุผลสำหรับการนั้นด้วย ซึ่งบริษัทจะแก้ไขและเสนอแผนแบบหรือแผนการ
ดำเนินงานนั้นใหม่เพื่อขอความเห็นชอบโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้

7.3 บริษัทอาจร้องต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐขอแก้ไข
หรือให้ยกเว้นรายการตามแผนแบบแนวคิด และ/หรือรายการจำเพาะของ
โครงการ คำร้องข้อนี้ต้องมีค่าใช้จ่ายเหตุผลจำเป็นทางด้านเทคนิค และ/หรือด้าน

ประกอบการ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ปฏิเสธความเห็นชอบโดยไม่มีเหตุอันควรในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้ตอบปฏิเสธพร้อมด้วยเหตุผลภายในหกสิบ (60) วันหลังจากได้รับคำร้องขอให้ถือว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ให้ความเห็นชอบคราวนั้นแล้ว

ข้อ 12. การแก้ไขตัดแปลงการก่อสร้างการก่อสร้างเพิ่มเติมหลังจากการเปิดใช้งานแล้ว

12.1 หลังจากได้เปิดการใช้งานแล้ว บริษัทอาจแก้ไขตัดแปลงโครงสร้างและเครื่องอำนวยความสะดวกต่าง ๆ และ/หรือก่อสร้างโครงสร้างและอุปกรณ์ความสะดวกเพิ่มเติมและเปิดใช้งาน โดยอนุมัติของกระทรวงคมนาคม ด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัท แต่การต่อเติมหรือตัดแปลงดังกล่าวนี้ต้องอยู่ภายในขอบเขตของการดำเนินการตามสัญญา

12.2 ในกรณีที่กระทรวงคมนาคมหรือรพท. ตามแต่กรณี เป็นผู้ร้องขอให้บริษัทต่อเติมและ/หรือตัดแปลงเพิ่มเติมโครงสร้างที่มีอยู่เดิมกระทรวงคมนาคม และ/หรือ รพท. ตามแต่กรณี และบริษัทต้องตกลงกันในเรื่องผลกระทบด้านการเงินและค่าชดเชยก่อนเริ่มงานต่อเติมและ/หรือตัดแปลงเพิ่มเติมดังกล่าว

ข้อ 35. ข้อกำหนดเบ็ดเตล็ด

35.3 สัญญานี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ โดยการทำข้อตกลงเพิ่มเติมเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่สัญญา และด้วยวิธีการเช่นเดียวกับการทำสัญญานี้

จ. บทวิเคราะห์

จากเนื้อหาของสัญญาในตัวอย่างที 1 นี้ จะเห็นว่าหลักการแก้ไขสัญญาที่เป็นแนวคิดพื้นฐานของสัญญาฉบับนี้ก็คือหลักการตกลงแก้ไขร่วมกันในระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นหลักการแก้ไขสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปนั่นเอง โดยหากเป็นการแก้ไขเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาโดยทั่วไปก็ต้องดำเนินการตาม

ข้อ 35.3 แต่ถ้าเป็นการแก้ไขเฉพาะกรณีเกี่ยวกับรายการตามแผนแบบแนวคิด หรือรายการจำเพาะของโครงการ ก็ต้องดำเนินการตามข้อ 7.3 หรือถ้าเป็นการแก้ไขตัดแปลงการก่อสร้างหรือก่อสร้างเพิ่มเติมหลังจากเปิดใช้งานแล้ว ก็ต้องดำเนินการตามข้อ 12.1 หรือ 12.2 แล้วแต่กรณี

การแก้ไขสัญญาตามวิธีการที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ มี ข้อที่น่าสังเกตว่า ส่วนใหญ่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมักจะถูกกำหนดให้มีส่วนในการแก้ไขโดย เป็นฝ่ายตั้งรับมากกว่าที่จะเป็นฝ่ายรุกเสนอให้มีการแก้ไขสัญญาเสียเอง เช่น ถูกกำหนดให้เป็นฝ่ายให้ความเห็นชอบตามข้อ 7.3 หรือเป็นฝ่ายให้การอนุมัติ ตามข้อ 12.1 เป็นต้น ซึ่งการกำหนดบทบาทของคู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้เช่นนี้ เป็นการกำหนดที่สวนทางกับแนวความคิดในเรื่องการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ อย่างสิ้นเชิง เนื่องจากตามแนวความคิดดังกล่าวฝ่ายรัฐจะต้องเป็นฝ่ายรุกใช้ สิทธิเสมอ จึงจะทำให้สามารถปกป้องประโยชน์ของสาธารณะได้ตามเป้าหมาย อย่างไรก็ตาม ในสัญญานี้เองก็ยังมีเนื้อหาใน

ข้อ 12.2 ที่ดูเหมือนว่าจะให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไว้ในลักษณะใกล้เคียงกับ การเป็นสิทธิพิเศษอยู่บ้างเช่นกัน โดยให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถร้องขอให้ บริษัทต่อเติมและ/หรือตัดแปลงเพิ่มเติมโครงสร้างที่มีอยู่เดิมได้ ซึ่งถือว่าเป็น การใช้สิทธิในเชิงรุกได้เช่นกัน แต่เมื่อพิจารณาให้ถี่ถ้วนแล้วก็จะพบว่าสิทธิที่คู่สัญญา ฝ่ายรัฐมีอยู่ตามข้อ 12.2 นี้ ก็ยังไม่ใช่อะไรพิเศษตามความหมายที่เคยกล่าวมา แล้ว เนื่องจากสิทธิตามข้อ 12.2 เป็นแต่เพียงสิทธิในการ "ร้องขอ" ให้บริษัท ปฏิบัติตามเท่านั้น และการร้องขอดังกล่าวยังไม่มีผลบังคับใด ๆ ให้บริษัทต้อง ปฏิบัติตามในทันที การปฏิบัติตามคำร้องขอนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการตกลงกันใน เรื่องผลกระทบทางการเงินและค่าชดเชยเรียบร้อยแล้วเท่านั้น กรณีนี้จึง ต่างกับการใช้สิทธิพิเศษซึ่งจะมีผลบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามทันที แม้ขณะนั้นการตกลงกันในเรื่องค่าชดเชยจะยังไม่อาจเป็นที่ตกลงกันได้ก็ตาม

ตัวอย่างที่ 2

ก. ชื่อสัญญา : สัญญาสัมปทานทางหลวง ในทางหลวง
แผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง-ดอนเมือง

ข. คู่สัญญา : ระหว่าง กรมทางหลวง และ
บริษัทดอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด

ค. วัตถุประสงค์ของสัญญา : เพื่อจัดให้มีทางหลวง
สัมปทานยกระดับเหนือทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต
ตอนดินแดง-ดอนเมือง

ง. ชื่อสัญญาที่เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา : ประกอบด้วย

ข้อ 12. การแก้ไขตัดแปลงการก่อสร้าง การก่อสร้าง
เพิ่มเติมหลังจากเปิดการจราจรแล้ว

12.1 หลังจากเปิดการจราจรแล้ว โดย
อนุมัติของกรมทางหลวงบริษัทอาจทำการแก้ไขโครงสร้างและอุปกรณ์ความ
สะดวกต่าง ๆ และ/หรือก่อสร้างโครงสร้างและอุปกรณ์ความสะดวกเพิ่มเติมใน
การจราจร โดยค่าใช้จ่ายของบริษัทเอง แต่การต่อเติมหรือตัดแปลงดังกล่าวนี้
จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของการดำเนินการตามสัญญาสัมปทานนี้

12.2 ในกรณีที่กรมทางหลวงมีความประสงค์
จะต่อเติมและ/หรือตัดแปลงเพิ่มเติมต่อโครงสร้างที่มีอยู่เดิมนั้น ก่อนเริ่มทำการ
ต่อเติมและ/หรือตัดแปลงเพิ่มเติม กรมทางหลวงและบริษัทจะต้องทำการตกลงกัน
ในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อภาระทางการเงิน

ข้อ 35. ข้อกำหนดเบ็ดเตล็ด

35.3 สัญญาสัมปทานฉบับนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง
ได้โดยทำข้อตกลงเป็นหนังสือระหว่างคู่สัญญานี้ขึ้นและโดยพิธีการเช่นเดียว
กับการทำสัญญาสัมปทานฉบับนี้

จ. บทวิเคราะห์

สัญญาสัมปทานตามตัวอย่างที่ 2 นี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาตามตัวอย่างที่ 1 และยึดถือหลักการแก้ไขสัญญาเช่นเดียวกับที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในตัวอย่างที่ 1

ตัวอย่างที่ 3

ก. ชื่อสัญญา : สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์

ข. คู่สัญญา : ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) กับ บริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด

ค. วัตถุประสงค์ของสัญญา : เพื่อขยายเลขหมายโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์นครหลวงให้เพียงพอต่อความต้องการในช่วงแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 7 พ.ศ. 2535-2539 รวมทั้งสำรองไว้สำหรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจในอนาคต

ง. ข้อสัญญาเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา : ประกอบด้วย

ข้อ 23. เทคโนโลยีใหม่

ในกรณีที่ ทศท. ปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีของโครงข่าย ทศท. และการปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นต้นเหตุให้โครงข่ายบริษัทไม่สามารถใช้ต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือในกรณีที่ ทศท. และบริษัทเห็นสมควรให้มีการปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีของโครงข่ายบริษัท บริษัทจะทำการเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงเทคโนโลยีของโครงข่ายบริษัทให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีใหม่ด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัทเองทั้งสิ้น

ข้อ 42. การเจรจาใหม่

ภายใต้เงื่อนไขในสัญญาที่ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายขอแสดง เจตนาพร้อมว่า ตลอดอายุสัญญาจะไม่เจรจาต่อรอง ทบทวน ขอเจรจาใหม่ หรือ ขอแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงส่วนหนึ่งส่วนใดของสัญญา

จ. บทวิเคราะห์

การจัดให้มีระบบโทรคมนาคมเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนนั้น เป็นการดำเนินการที่ต้องพึ่งพาอาศัยความรู้ความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีเป็นสำคัญซึ่งความรู้ดังกล่าวนี้มักจะได้รับพัฒนาให้มีความเจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้นไปอยู่เสมอ ดังนั้นในช่วงระยะเวลาระหว่างการดำเนินการติดตั้งและส่งมอบอุปกรณ์ในระบบตามสัญญานี้คือ ระยะเวลาประมาณ เกือบ 6 ปี นับแต่วันทำสัญญา (ตามสัญญาข้อ 13) ก็ดี หรือในช่วงระหว่างที่ บริษัทมีสิทธิใช้ครอบครองและได้ผลประโยชน์จากอุปกรณ์ในระบบตามสัญญานี้ ซึ่งมีระยะเวลาถึง 25 ปี (ตามสัญญาข้อ 3.) ก็ดี ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่ถูกนำมาใช้ก็อาจจะเปลี่ยนแปลงไปจากที่เป็นอยู่ในขณะที่มีการทำสัญญาเป็นอย่างมากก็ได้ ซึ่งความเจริญก้าวหน้านั้นก็อาจจะช่วยให้สนองตอบความต้องการของประชาชนได้ดีกว่าเดิมโดยอาจจะทำให้ได้รับความสะดวกสบายมากกว่าเดิมหรือปลอดภัยมากกว่าเดิมหรือโดยประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่าเดิมก็ได้ เพราะฉะนั้นการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีระบบโทรคมนาคมดังกล่าวนี้จึงควรจะกำหนดให้มีเงื่อนไขในสัญญา เพื่อเอื้ออำนวยให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนได้เอาไว้ด้วย ซึ่งเงื่อนไขที่มีความเหมาะสมอย่างยิ่งก็คือ เงื่อนไขการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนั่นเอง

แต่จากเนื้อหาของสัญญาตามตัวอย่างที่ 3 นี้ จะเห็นได้ว่า เงื่อนไขที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีของโครงข่ายบริษัทตามสัญญาข้อ 23 นั้นก็ไม่ได้มีเนื้อหาในทางให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายรัฐ

แต่อย่างใด อีกทั้งในสัญญาข้อ 42 ก็ยังผูกมัดเอาไว้ดีกว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาไม่ว่าในส่วนหนึ่งส่วนใดจะกระทำไม่ได้อีกเลยตลอดอายุสัญญานี้ ดังนั้น การจะอาศัยกลไกการแก้ไขสัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมจึงสามารถกระทำได้ยากยิ่งกว่าที่มีอยู่ในสัญญานี้ข้ออื่น ๆ

ตัวอย่างที่ 4

ก. ชื่อสัญญา : สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุน ขยายบริการโทรศัพท์ 1 ล้านเลขหมาย ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค

ข. คู่สัญญา : ระหว่าง องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) กับ บริษัท ไทยเทเลโฟน แอนด์ เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด

ค. วัตถุประสงค์ของสัญญา : เพื่อขยายเลขหมายโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาคให้เพียงพอกับความต้องการของประชาชน

ง. ชื่อสัญญาเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา : ประกอบด้วย

ข้อ 23. เทคโนโลยีใหม่

ในกรณีที่ ทศท. ปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีของโครงข่าย ทศท. และการปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นเหตุให้โครงข่ายบริษัทไม่สามารถใช้ต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือในกรณีที่ ทศท. และบริษัทเห็นสมควรให้มีการปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีของโครงข่ายบริษัท บริษัทจะทำการเปลี่ยนใหม่ด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัทเองทั้งสิ้น

ข้อ 41. การเจรจาใหม่

ภายใต้เงื่อนไขสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายขอแสดงเจตนาว่า ตลอดอายุสัญญาจะไม่เจรจาต่อรอง ทบทวน ขอเจรจาใหม่ หรือ

ขอแก้ไขเพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงส่วนหนึ่งส่วนใดของสัญญา เว้นแต่กรณีจำเป็น เพื่อประโยชน์ของ ทศท.

จ. บทวิเคราะห์

สัญญานับนี้ทำขึ้นภายหลังจากที่มีการทำสัญญาตาม ตัวอย่างที่ 3 แล้ว เนื่องจากโครงการขยายเลขหมายโทรศัพท์ตามสัญญานับนี้ เป็นโครงการที่แบ่งแยกมาจากโครงการเดิมตามสัญญาในตัวอย่างที่ 3 ดังนั้น เนื้อหาของสัญญานับนี้ส่วนใหญ่ รวมทั้ง เนื้อหาที่เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาจึงกำหนด ไว้โดยคล้ายคลึงกับสัญญาในตัวอย่างที่ 3 เว้นแต่เนื้อหาในสัญญาข้อ 41 ว่าด้วยการเจรจาใหม่ ซึ่งได้กำหนดไว้โดยแตกต่างไปจากข้อ 42 ในตัวอย่างที่ 3 บ้างก็คือ กำหนดให้มีข้อยกเว้นสำหรับการแก้ไขสัญญาได้ในกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อประโยชน์ของทศท. ซึ่งถือว่ามีควมยืดหยุ่นและเอื้ออำนวยให้เกิดประโยชน์ แก่ ทศท. ได้มากกว่าสัญญาตามตัวอย่างที่ 3 แต่อย่างไรก็ตามเงื่อนไขเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาที่ปรากฏในสัญญานับนี้ โดยรวมก็ยังคงมีพื้นฐานอยู่บนหลักการ แก้ไขสัญญาทางแพ่งเช่นเดียวกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในตัวอย่างที่ 3

ตัวอย่างที่ 5

ก. ชื่อสัญญา : สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม.

ข. คู่สัญญา : ระหว่าง กรุงเทพมหานคร (กทม.)

กับบริษัทระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด

ค. วัตถุประสงค์ของสัญญา : เพื่อจัดให้มีและประกอบ การระบบขนส่งมวลชน กทม. อันเป็นการขยายการขนส่งมวลชนและเป็น ทางเลือกอื่นแทนการใช้รถยนต์ส่วนบุคคลในการเดินทางในกรุงเทพมหานคร

ง. ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการแก้ไขสัญญา : ประกอบด้วย

ข้อ 8. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบของระบบ

ขนส่งมวลชน กทม.

8.1 บริษัทอาจตัดแปลงหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบใด ๆ ที่ กทม. เห็นชอบแล้วหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงส่วนหนึ่งส่วนใดของระบบขนส่งมวลชน กทม. เป็นคราว ๆ ไป เพื่อปรับปรุงระบบขนส่งมวลชน กทม.

ตามที่บริษัทเห็นสมควรโดยค่าใช้จ่ายของบริษัทเอง ทั้งนี้ การตัดแปลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าว จะต้องได้รับความยินยอมจาก กทม. ก่อน และ กทม. ไม่อาจปฏิเสธการให้ความยินยอมนั้นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและให้หน้าความในข้อ 6.2 มาใช้กับการที่บริษัทขอความยินยอมจาก กทม. ตามข้อนี้

8.2 ในกรณีที่ กทม. ขอให้บริษัทตัดแปลงหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบใด ๆ ซึ่ง กทม. เห็นชอบตามข้อ 6 แล้วหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงส่วนหนึ่งส่วนใดของระบบขนส่งมวลชน กทม. บริษัทสงวนสิทธิในอันที่จะขอให้ กทม. ชดเชยบริษัท สำหรับผลกระทบทางการเงินอย่างรุนแรงจากการร้องขอดังกล่าว ก่อนที่บริษัทจะเริ่มดำเนินการตามคำร้องขอ

8.3 ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขการออกแบบ หรืองานตามข้อ 8.1 หรือ ข้อ 8.2 ในระหว่างเวลาการก่อสร้างให้ปรับขยายกำหนดเวลาดำเนินการให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ในกรณีที่บริษัทแก้ไขการออกแบบที่ผิดพลาดของบริษัทเองนั้น จะไม่มีการปรับขยายเวลาดำเนินการออกไป

ข้อ 11. การดำเนินงานและบำรุงรักษาโครงการ

11.1 บริษัทจะต้องดำเนินการระบบให้เป็นไปตามที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก. ทั้งนี้ บริษัทจะทบทวนข้อกำหนดความถี่ของเที่ยวรถเป็นคราว ๆ ไปและอาจลดความถี่ของเที่ยวรถตามส่วน หากปริมาณการโดยสารมีจำนวนน้อยกว่าที่ประมาณการไว้ อย่างไรก็ตามบริษัทจะแจ้งให้กมท. ทราบก่อนการลดความถี่ของรถดังกล่าว

11.2 บริษัทมีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินงานและบำรุงรักษาระบบขนส่งมวลชน กทม. ตลอดอายุของสัญญา หากปริมาณการโดยสารสูงกว่าระดับที่ระบบขนส่งมวลชน กทม. จะสามารถรองรับได้ บริษัทอาจใช้ดุลพินิจขยายความสามารถในการรองรับปริมาณการโดยสารของระบบขนส่งมวลชน กทม. เพื่อป้องกันภาวะการแออัดของการโดยสารเองก็ได้

หาก กทม. ขอให้บริษัทขยายระบบขนส่งมวลชน กทม. ซึ่งการขยายความสามารถระบบขนส่งมวลชน กทม. ดังกล่าวอาจมีผลให้บริษัทต้องลงทุนเป็นจำนวนมาก จนเป็นเหตุให้บริษัทไม่อาจได้ผลตอบแทนการลงทุนที่เพียงพอในช่วงที่เหลือของสัญญา บริษัทอาจรับที่จะดำเนินการขยายปริมาณการโดยสารดังกล่าว หากบริษัทจะได้รับสิทธิเพิ่มเติมหรือชดเชยตามวิธีการอื่นที่ กทม. และบริษัทจะได้ตกลงกัน ทั้งนี้ บริษัทจะเริ่มลงมือขยายเมื่อมีการตกลงกันเรียบร้อยแล้ว

ข้อ 34. บทเปิดเตล็ด

34.1 สัญญาไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม เว้นแต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมนั้น จะได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาทุกฝ่าย

จ. บทวิเคราะห์

กรณีสัญญาตามตัวอย่างที่ 5 เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าในระหว่างที่มีการดำเนินการตามสัญญานั้นอาจจะมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นและเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมจนทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขสัญญาก็ได้ ซึ่งในสัญญานี้เองก็ได้คาดหมายว่า อาจจะมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นใน 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนระหว่างดำเนินการก่อสร้างระบบขนส่งมวลชนประการหนึ่ง และขั้นตอนระหว่างการใช้บริการแก่ประชาชนตามระบบขนส่งมวลชน อีกประการหนึ่งดังนั้นจึงมีการกำหนดเงื่อนไขเอาไว้ในสัญญา เพื่อให้คู่สัญญาสามารถแก้ไขสัญญาได้เมื่อมีความจำเป็นเกิดขึ้น โดยกำหนดไว้ว่า

ข้อ 8 ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบของระบบขนส่งมวลชน กทม. ได้ และกำหนดไว้ในข้อ 11 ให้มีการขยายความสามารถในการให้บริการแก่ประชาชนให้สอดคล้องกับความเป็นจริงได้

สำหรับสิทธิในการแก้ไขสัญญาที่ กทม. มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิตามสัญญาข้อ 8.2 หรือ 11.2 จะสังเกตเห็นได้ว่าเป็นสิทธิที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับสิทธิที่กระทรวงคมนาคม หรือ การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอยู่ตามสัญญาข้อ 12.2 ในสัญญาตามตัวอย่างที่ 1 คือ มีลักษณะเกือบจะเป็นสิทธิพิเศษในความหมายของต่างประเทศเช่นเดียวกัน แต่ที่ไม่อาจถือว่าเป็นสิทธิพิเศษได้ ก็เนื่องมาจากสิทธิตามข้อ 8.2 หรือ 11.2 นี้ เป็นเพียงสิทธิในการร้องขอต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เท่านั้นและการร้องขอนั้นก็ยังไม่อาจมีผลในทางปฏิบัติได้ทันที โดยจะต้องรอจนกว่าจะมีการตกลงในเรื่องค่าชดเชยจนเรียบร้อยเสียก่อน

เพราะฉะนั้น หลักการแก้ไขสัญญาซึ่งเป็นที่ยึดถือในการร่างสัญญาฉบับนี้ก็ยังคงเป็นเช่นเดียวกับการร่างสัญญาฉบับอื่น ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว คือ ยึดถือหลักการตกลงแก้ไขร่วมกันในระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเนื้อหาของสัญญาข้อ 34.1 ก็ยืนยันไว้เช่นนั้น

โดยสรุปจึงอาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดเรื่องการให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวนี้เป็นสิ่งที่แทบจะไม่มีอยู่เลยในภาคปฏิบัติเกี่ยวกับการทำสัญญาภาครัฐที่เกี่ยวกับกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคต่าง ๆ ของไทย ซึ่งน่าจะเป็นผลเสียต่อประโยชน์ของส่วนรวมมากกว่าเป็นผลดี และควรจะได้รับปรับปรุงแก้ไขต่อไป