

จากสถานการณ์ในปัจจุบันที่ประเทศไทยอยู่ระหว่างดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐ เพื่อการพัฒนาประเทศ หรือที่รู้จักกันในนามโครงการลงทุนขนาดใหญ่ (Mega Project) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาการขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐานระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการที่สำคัญ ซึ่งรัฐต้องการเชิญชวนให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเสนอโครงการ และอยู่ระหว่างแสวงหารูปแบบการลงทุนที่เหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุดเพื่อให้โครงการลงทุนขนาดใหญ่สัมฤทธิ์ผลโดยไม่เป็นภาระของรัฐมากนัก กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาคือ ถ้าเช่นนั้นแล้วอะไรคือรูปแบบการลงทุนที่เหมาะสม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้นำสัญญาสัมปทานมาเป็นกรณีศึกษา หากจะนำมาเป็นรูปแบบหนึ่งของการลงทุนสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

อย่างไรก็ดี โดยที่ความเข้าใจในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานยังมีความไม่ชัดเจน แม้ว่าจะมีการแยกสัญญาออกเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองอันเป็นผลมาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งทำให้สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่เนื่องจากไม่ปรากฏหลักกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องของสัญญาสัมปทาน กรณีดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่มั่นใจที่จะเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยเนื่องจากไม่แน่ใจว่าศาลปกครองจะนำหลักกฎหมายใดมาใช้ในการพิจารณาคดี ประกอบกับปัญหาในทางปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่มีอยู่มากและทำให้เกิดภาพลักษณ์ในทางลบ ในขณะที่ประเทศไทยยังคงมีความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาเพื่อสร้างความเข้าใจที่ชัดเจนเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ตลอดจนค้นหาปัญหาอุปสรรค และเสนอแนะแนวทางแก้ไข เพื่อให้สัญญาสัมปทานเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการลงทุนที่น่าสนใจสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐ โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

สาเหตุที่ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาสัมปทานน่าจะเป็นรูปแบบการลงทุนที่น่าสนใจสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐนั้น เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบการลงทุนที่รัฐไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายของตนเอง และหากเอกชนผู้ลงทุนเป็นผู้ลงทุนต่างชาติด้วยแล้ว ยิ่งเป็นผลดีในแง่ของการนำเงินตราจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย อีกทั้งยังทำให้ได้รับความรู้และเทคโนโลยีจากต่างประเทศเข้ามาพัฒนาประเทศได้อีกด้วย อย่างไรก็ดี โครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐมีความจำเป็นต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง ซึ่งหากรัฐต้องการให้เอกชนลงทุนทั้งหมดแล้ว

รัฐก็จำเป็นต้องมีมาตรการบางอย่างที่เป็นการดึงดูดนักลงทุน หรือทำให้นักลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย นอกจากนั้น โดยที่การเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาตินั้น ยังมีประเด็นให้ต้องพิจารณาในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศและเรื่องความมั่นคงของรัฐด้วย กรณีดังกล่าวจึงทำให้ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่ประเทศไทยมีอยู่ในปัจจุบันอาจยังไม่เพียงพอ ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรที่จะปฏิรูปสัญญาสัมปทานให้มีความเหมาะสมกับประเทศไทยและไม่เกิดปัญหาอุปสรรคดังเช่นที่ผ่านมาในอดีต และเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย รวมทั้งเพื่อให้ประชาชนชาวไทยมีความมั่นใจว่าการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาตินั้น รัฐสามารถกำหนดมาตรการควบคุมผู้ลงทุนต่างชาติไม่ให้มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐได้

ผลของการขาดความเข้าใจที่ชัดเจนในสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะความเข้าใจในสถานะของความเป็นสัญญาทางปกครอง ประกอบกับลักษณะของสัญญาสัมปทานที่มีวงเงินลงทุนค่อนข้างสูง มีระยะเวลายาวนาน และมีผลกระทบต่อประชาชน จึงทำให้เกิดปัญหาอุปสรรคต่าง ๆ เกิดขึ้นมาก โดยปัญหาอุปสรรคดังกล่าว เกิดขึ้นทั้งในขั้นตอนก่อนการจัดทำสัญญา ขั้นตอนระหว่างการจัดทำสัญญา และขั้นตอนการผูกพันตามสัญญา ซึ่งหากพิจารณากรณีของผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานแล้วพบว่า มีปัจจัยหลายประการที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน ผู้ลงทุนต่างชาติ และประชาชน รวมทั้งความมั่นคงของประเทศ ซึ่งมาตรการในการคุ้มครองความเสี่ยงต่าง ๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นยังไม่เพียงพอที่จะรองรับการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ หรือทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความเชื่อมั่นที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ด้วยเหตุนี้ เมื่อประเทศไทยยังคงมีความต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพื่อดำเนินโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่และต้องการให้โครงการสัมฤทธิ์ผลเพื่อการพัฒนาประเทศแล้ว จึงเป็นกรณีจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยควรกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหานี้ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน และเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้กับประเทศไทยสำหรับการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ โดยไม่ให้ส่งผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชน รวมทั้งความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานที่น่าจะมีความเป็นไปได้มากที่สุด คือ การกำหนดรูปแบบสัญญาสัมปทานมาตรฐานในประเทศไทย โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานสำหรับกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ ซึ่งการจัดทำรูปแบบสัญญาดังกล่าวจะช่วยให้เกิดความชัดเจนโดยเป็นการนำหลักเกณฑ์พิเศษเรื่องสัมปทานที่ยังไม่ชัดเจนมากำหนดไว้ใน

เงื่อนไขสัญญา รวมทั้งการจัดการความเสี่ยงเพื่อให้การดำเนินโครงการมีความเป็นไปได้ภายใต้
 บทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน และเพื่อให้สัญญาดังกล่าวเป็นมาตรฐานที่เป็นที่
 ยอมรับในทางระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงได้นำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชน
 ในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ (Model
 Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Project) อันเป็นข้อเสนอแนะ
 ของ UNCITRAL หรือคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ
 (United Nations Commission on International Trade Law) มาเป็นแนวทางในการกำหนด
 โครงสร้างของเงื่อนไขสัญญา ซึ่งแม้ว่า Model ที่ UNCITRAL เสนอดังกล่าวจะเป็น Model ที่
 UNCITRAL เสนอให้รัฐต่าง ๆ นำไปเป็นแนวทางในการจัดทำร่างกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนใน
 โครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน แต่ผู้เขียนได้นำมาประยุกต์ให้เข้ากับ
 ประเทศไทย โดยนำเฉพาะในส่วนที่ 3 ของ Model ซึ่งเกี่ยวกับ Content and Implementation of
 the Concession Contract มาศึกษาเปรียบเทียบกับตัวอย่างสัญญาสัมปทานในโครงการขนาดใหญ่
 ของประเทศไทยบางสัญญาและกำหนดเป็นเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมกับประเทศไทย
 และเพื่อให้การดำเนินการในเรื่องนี้เป็นไปอย่างเป็นรูปธรรม ผู้เขียนจึงได้นำเสนอตัวอย่างร่าง
 สัญญาสัมปทานโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน (Draft Concession
 Contract for Infrastructure Project) สำหรับประเทศไทยไว้ด้วย