

บทนำ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้ชื่อหัวข้อว่า “สัญญาสัมปทาน : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย” ซึ่งเหตุผลที่ผู้เขียนใช้ชื่อหัวข้อดังกล่าวก็เพื่อให้มีความชัดเจนว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการศึกษาเรื่องสัญญาสัมปทาน โดยมุ่งเน้นกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

วิทยานิพนธ์ในเรื่องนี้จัดเป็นหัวข้อที่สำคัญเรื่องหนึ่งในทางนิติศาสตร์เพราะมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายสาขาในลักษณะสหสาขานิติศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นสาขากฎหมายเอกชน เพราะเป็นเรื่องของนิติกรรมสัญญา สาขากฎหมายมหาชนเพราะสัญญาสัมปทานมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง สาขากฎหมายธุรกิจเพราะมีลักษณะเป็นสัญญาการลงทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ และสาขากฎหมายระหว่างประเทศเพราะเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างประเทศ (International Contract) ในลักษณะของสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ (Contracts between State and Foreign Private Persons) ในแง่มุมของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ (international element) จากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

ดังนั้น วิทยานิพนธ์นี้จึงไม่อาจศึกษากฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่งได้เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องศึกษากฎหมายหลายสาขาเพื่อให้เข้าใจถึงแนวความคิดพื้นฐาน (basic concept) ของสัญญาสัมปทาน จากนั้นจึงทำการวิเคราะห์ประเด็นปัญหากรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยต่อไปว่ามีประเด็นปัญหาในเรื่องใดบ้างที่ต้องพิจารณา ประเทศไทยควรที่จะมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานหรือไม่ และจะมีแนวทางในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไร เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติที่จะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย และเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน

หากพิจารณาจากสถานการณ์ปัจจุบันจะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีแนวโน้มของการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ หรือที่รู้จักกันในนามโครงการลงทุนขนาดใหญ่ (Mega Project) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาการขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐาน ระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการที่สำคัญ โดยเห็นว่าหนทางหนึ่งที่จะช่วยให้การขับเคลื่อนโครงการขนาดใหญ่เพื่อพัฒนาประเทศไปสู่ความก้าวหน้าทันสมัยบรรลุเป้าหมายได้อย่างเป็นรูปธรรมและรวดเร็ว คือการเชิญชวนให้ผู้ประกอบการที่มีจินตนาการกว้างไกล วิทยาการก้าวหน้า มีประสบการณ์ และมี

ความพร้อมอย่างบูรณาการทุกด้านเข้ามาเสนอกระบวนการและสารัตถะทั้งปวง อันจะทำให้โครงการที่รัฐประสงค์บังเกิดผลสัมฤทธิ์โดยไม่เป็นภาระของรัฐมากนัก เพื่อเปิดทางให้รัฐเปรียบเทียบและใช้ดุลยพินิจคัดเลือกโครงการที่เหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุด¹ ซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้ระบุชัดเจนว่าหมายถึงการเชิญชวนให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเข้ามาเสนอโครงการ แต่โดยนัยของถ้อยคำตามระเบียบ² และจากแนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของรัฐ เช่น ในการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่องการสร้างพันธมิตรเพื่อการพัฒนาประเทศไทย เมื่อวันที่ 26 มกราคม 2549 น่าจะหมายถึงการเชิญชวนผู้ลงทุนต่างชาตินั้นเอง ซึ่งประเด็นสำคัญประการหนึ่งของการดำเนินโครงการดังกล่าว แสดงให้เห็นว่ารัฐแสวงหารูปแบบการลงทุนที่เหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุดเพื่อให้โครงการลงทุนขนาดใหญ่สัมฤทธิ์ผลโดยไม่เป็นภาระของรัฐมากนัก กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า ถ้าเช่นนั้นแล้วอะไรคือรูปแบบการลงทุนที่เหมาะสมกับประเทศไทยสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่โดยไม่เป็นภาระของรัฐ

นอกจากนั้น จากความพยายามในการออกกฎหมายเพื่อรองรับการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทย เช่น ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกฎการเกี่ยวกับการศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID) ที่ปัจจุบันอยู่ระหว่างขั้นตอนการดำเนินการของกระทรวงการคลัง³ หรือร่างกฎหมายรองรับพันธกรณีของการเป็นสมาชิกของ ICSID เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าโครงการหรือกฎหมายดังกล่าวอาจดูเหมือนว่าเป็นเรื่องของการลงทุนที่ไม่ได้มุ่งเน้นไปที่สัญญาสัมปทาน แต่ผู้เขียนมองว่าสัมปทานเป็นรูปแบบของการลงทุนอย่างหนึ่งที่น่าสนใจโดยเฉพาะในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐที่ต้องใช้เงินจำนวนมาก ซึ่งหากประเทศไทยต้องการนำเงินลงทุนจากผู้ลงทุนต่างชาติและเทคโนโลยีใหม่ ๆ จากต่างประเทศเข้ามาพัฒนาประเทศให้เจริญก้าวหน้าโดยเร็วที่สุดเพื่อให้สามารถแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้แล้ว สัญญาสัมปทานน่าจะเป็นทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจในการเชิญชวนผู้ลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทย เพราะเป็นรูปแบบของการลงทุนที่รัฐไม่ต้องนำเงินงบประมาณของรัฐมาลงทุนอัน

¹ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 17ง., 2 กุมภาพันธ์ 2549.

²ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ พ.ศ.2549

ข้อ 13 วรรค 3 “ผู้ยื่นข้อเสนอโครงการจะเป็นกลุ่มนิติบุคคลหรือนิติบุคคล ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายไทยหรือไม่ก็ได้ และมีผู้ร่วมทุนฝ่ายไทยหรือไม่ก็ได้”.

³หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ ด่วนมาก กค 1012/5700 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2548.

อาจมีผลกระทบต่อหนี้สาธารณะ และยังทำให้ประเทศไทยได้เรียนรู้เทคโนโลยีใหม่ ๆ จากต่างประเทศที่ผู้ลงทุนต่างชาติต้องมีการฝึกอบรมให้กับบุคลากรของรัฐก่อนที่จะโอนกิจการให้กับรัฐ อีกทั้งรัฐก็ยังมีอำนาจในการควบคุมกำกับดูแลกิจการที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาดำเนินการให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและความผาสุกปลอดภัยของประชาชนด้วย ในขณะที่เอกชนผู้ลงทุนเองก็มีความมั่นใจว่าตนจะได้รับสิทธิในการดำเนินกิจการที่ลงทุนอย่างเต็มที่และมีระยะเวลาเพียงพอในการคืนทุนจากการได้รับสัมปทาน เพียงแต่รัฐจะต้องหาแนวทางในการควบคุมกำกับดูแลไม่ให้เกิดผลกระทบต่อประเทศชาติ ประชาชน และกิจการของผู้ลงทุนไทย รวมทั้งต้องทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจอย่างเพียงพอที่จะเข้ามาลงทุนเพราะต้องจ่ายเงินลงทุนค่อนข้างสูง

อย่างไรก็ดี ปัญหาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย คือ การขาดความเข้าใจที่ชัดเจนในเรื่องนี้ แม้ว่าประเทศไทยจะมีการทำสัมปทานมาเป็นเวลานานนับตั้งแต่ในอดีต แต่โดยที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนี้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ประกอบกับไม่ได้มีกฎระเบียบของรัฐกำหนดหลักเกณฑ์และรูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะไว้เป็นมาตรฐานอย่างชัดเจนเหมือนอย่างเช่นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอื่น ๆ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 จึงทำให้หน่วยงานของรัฐขาดแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนแน่นอน และมีผลให้สัญญาที่จัดทำขึ้นมีหลายมาตรฐานขึ้นอยู่กับความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จัดทำสัญญานั้น

นอกจากนั้น สัญญาสัมปทานในประเทศไทยมักถูกมองในแง่ลบว่าเป็นสัญญาที่เอื้อประโยชน์ต่อเอกชนผู้รับสัมปทาน มากกว่าที่จะคำนึงถึงผลประโยชน์ของประชาชน โดยเฉพาะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่มีวงเงินลงทุนค่อนข้างสูง จึงมักถูกสื่อมวลชนและประชาชนจับตามองในเรื่องของการทุจริตคอร์รัปชัน จนทำให้ระยะหลัง ๆ หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยแทบไม่ค่อยมีการจัดทำสัญญาสัมปทานในรูปแบบของการให้เอกชนเข้ามาลงทุนทั้งหมดตั้งแต่ออกแบบก่อสร้างไปจนถึงดำเนินการเหมือนดังเช่นในสมัยก่อน

ดังนั้น สัญญาสัมปทานจึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจ โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยว่าจะมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายในเรื่องใดบ้างให้ต้องนำมาพิจารณา ซึ่งการศึกษาในเรื่องนี้จำเป็นต้องอาศัยความรู้ที่หลากหลายเพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนะแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานให้กับประเทศไทย วิทยานิพนธ์นี้จึงมีคุณค่าในการศึกษาวิจัยเป็นอย่างมาก และทำให้เนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความเป็นสหสาขานิติศาสตร์ สมดังวัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ตามหลักสูตรนิติศาสตร์ดุสิต

สัญญาสัมปทานส่วนใหญ่เกิดขึ้นจากความต้องการของรัฐเจ้าของดินแดนที่ต้องการเงินลงทุน ความรู้ (know-how) และเทคโนโลยีจากต่างประเทศเพื่อนำมาพัฒนาประเทศ และความต้องการของเอกชนซึ่งเป็นผู้ลงทุนจากต่างประเทศที่ต้องการเข้ามาลงทุนเพื่อแสวงหากำไร และรายได้จากการลงทุนในรัฐอื่น จากกรณีดังกล่าวรัฐจึงให้สิทธิแก่เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐ และตกลงทำสัญญาร่วมกับเอกชน และโดยที่เอกชนนั้นเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ จึงทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติในลักษณะของสัญญาลงทุนระหว่างประเทศ (international investment contract) ในลักษณะหนึ่ง ซึ่งการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาตินี้เองทำให้สัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติมีความแตกต่างจากสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐตรงที่นอกจากจะเป็นเรื่องระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับเอกชนผู้ลงทุนแล้ว ยังมีรัฐต่างประเทศซึ่งเป็นเจ้าของสัญชาติของเอกชนผู้ลงทุนเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยในฐานะรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนที่มีหน้าที่ในการคุ้มครองพลเมืองของตนตามหลักอำนาจเหนือบุคคลของรัฐ (personnel jurisdiction) และในขณะเดียวกันเนื่องจากการลงทุนเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนนั้นก็ย่อมตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุนเช่นกัน (territorial jurisdiction) จึงทำให้มีประเด็นพิจารณาในเรื่องสถานะของสัญญาด้วยว่าจะมีผลเช่นไร เพราะคู่สัญญาต่างมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสถานะเป็นบุคคลหรือผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลตามกฎหมายภายใน อีกทั้งยังมีประเด็นปัญหาในแง่ของความผูกพันตามสัญญาด้วยว่าจะจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศ การผิดสัญญาจะถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ หากรัฐมีความขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์กับเอกชนผู้ลงทุนจากต่างประเทศ รัฐจะใช้อำนาจโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนไปเป็นของรัฐโดยอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐได้หรือไม่ รัฐมีสิทธิเพียงใดในการกระทำดังกล่าว และเอกชนมีสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนสำหรับการโอนนั้นหรือไม่ เพียงไร

การที่เอกชนผู้ลงทุนจากต่างประเทศจะเข้ามาลงทุนในรัฐอื่นนั้น ผู้ลงทุนมักจะต้องทำการศึกษาข้อมูลรายละเอียดต่าง ๆ ของรัฐที่จะเข้าไปลงทุนอย่างเพียงพอก่อนที่จะเข้ามาลงทุน ทั้งนี้เพื่อให้ได้รับความมั่นใจว่าการลงทุนของตนมีโอกาสแสวงหากำไร และทรัพย์สินที่นำมาลงทุนจะได้รับหลักประกันที่มั่นคงอย่างเพียงพอจากรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้น หากรัฐผู้รับการลงทุนต้องการให้มีการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแล้ว รัฐก็ต้องกระทำการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นด้วยการสร้างแรงจูงใจหรือให้หลักประกันแก่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศก็ตาม ซึ่งการที่รัฐให้หลักประกันดังกล่าวอาจทำให้เกิด

ปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า หากรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญา การกระทำของรัฐดังกล่าวจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ อันเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) และรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาให้การคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติในฐานะที่เป็นคนชาติของตนตามหลักอำนาจเหนือบุคคล อันเป็นเรื่องของการคุ้มครองทางทูต (diplomatic protection) ได้หรือไม่ และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติในศาลภายในของรัฐอื่น รัฐจะสามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) ได้หรือไม่

ดังนั้น สัญญาสัมปทานภายใต้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงไม่ได้มีประเด็นเฉพาะกฎหมายภายในให้ต้องพิจารณาเท่านั้น แต่ยังคงคำนึงถึงประเด็นของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

1. หลักการและเหตุผล

เหตุผลของการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ คือ ต้องการศึกษาปัญหาและเสนอแนะให้สัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบหนึ่งของการลงทุนที่น่าสนใจสำหรับโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย เพราะเป็นรูปแบบการลงทุนที่รัฐไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายของตนเอง แต่โดยที่ปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานมักเป็นไปทางลบ จึงทำให้ในระยะหลังหน่วยงานของรัฐไม่มั่นใจในการจัดทำสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะกับผู้ลงทุนต่างชาติ ในขณะที่ประเทศไทยยังคงมีความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้จัดทำขึ้นเพื่อสร้างความเข้าใจที่ชัดเจนเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน เพื่อศึกษาปัญหาอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นในประเทศไทย และพิจารณาประเด็นปัญหาที่ต้องนำมาพิจารณาหากผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามารับสัมปทานในประเทศไทย รวมทั้งพิจารณาด้วยว่าหลักเกณฑ์ เงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยที่มีอยู่ในเวลานี้สอดคล้องกับสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบันหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อเสนอแนะว่าควรมีการกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่ อย่างไร เพื่อให้สัญญาสัมปทานเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริง และเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย โดยไม่ให้ส่งผลกระทบในทางเสียหายต่อประเทศชาติ ประชาชนและผู้ลงทุนไทย รวมทั้งเพื่อให้สัญญาสัมปทานได้เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของรูปแบบสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนที่น่าสนใจ

สัญญาสัมปทานเป็นลักษณะหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นพิจารณาจากสถานะของสัญญาที่เป็นทั้งสัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) ตามกฎหมายมหาชน, สัญญาการลงทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ (Economic Development Agreement) ตามกฎหมายธุรกิจ และสัญญาระหว่างประเทศ (International Contract) ตามกฎหมายระหว่างประเทศหากผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

สำหรับสถานะของสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น ปัจจุบันมีความชัดเจนในประเทศไทยแล้วว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นผลมาจากการที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง จึงทำให้ไม่มีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่แต่อย่างใด อย่างไรก็ดี โดยที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องของสัญญาทางปกครอง และไม่มีกฎหมายสารบัญญัติใดที่ให้ความหมายของสัญญาสัมปทานไว้ จึงทำให้สัญญาสัมปทานยังคงมีความไม่ชัดเจนในประเทศไทย และยังคงมีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นสัญญาสัมปทาน เพราะหากเป็นสัญญาสัมปทานแล้วก็จะส่งผลให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่หากไม่ใช่สัญญาสัมปทานแล้วก็ไม่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และยังมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่าสามารถจัดให้อยู่ในประเภทใดประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ ประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้นับเป็นปัญหาเกี่ยวกับการให้ความหมายของสัญญาสัมปทานนั่นเอง

หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาสัมปทานจะเห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานมีความพิเศษไปกว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนประเภทอื่น โดยเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติของรัฐที่มีอยู่อย่างจำกัดในกรณีสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ หรือมีความเกี่ยวข้องกับกิจการสาธารณูปโภคและความผาสุกปลอดภัยของประชาชนในกรณีสัมปทานบริการสาธารณะ และหากพิจารณาในเรื่องความผูกพันของสัญญาแล้ว สัญญาสัมปทานก็เป็นสัญญาที่มีความผูกพันกันเป็นระยะเวลายาวนานกว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอื่น ๆ ทำให้อาจมีเรื่องที่ไม่ได้คาดหมายเกิดขึ้น กรณีดังกล่าวจึงทำให้การจัดทำสัญญาสัมปทานจำต้องกระทำด้วยความระมัดระวังรอบคอบและมีความคิดที่ยาวไกลโดยพยายามคาดการณ์ถึงความเป็นไปได้ในอนาคตที่อาจเกิดขึ้นให้ได้มากที่สุดเพื่อไม่ให้รัฐต้องเสียเปรียบเอกชนในการเข้าทำ

สัญญา และจากการที่สัญญาสัมปทานมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะนี้เอง จึงมีผลต่อการตีความสัญญาด้วย โดยการตีความในสัญญาสัมปทานจะกระทำได้ยากกว่าการตีความสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนโดยทั่วไปเนื่องจากต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วยไม่ใช่เฉพาะเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาเท่านั้น

ลักษณะพิเศษของสัญญาสัมปทานอีกประการหนึ่งที่ทำให้แตกต่างไปจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอื่น ๆ คือ เรื่องของเงินลงทุน โดยสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่ไม่จำเป็นต้องใช้เงินงบประมาณของรัฐ แต่เป็นการใช้เงินลงทุนของเอกชนผู้ลงทุน ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องจ่ายเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนที่มาใช้บริการ นอกจากนั้น ในบางสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังต้องเป็นผู้จ่ายเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐด้วยเพื่อเป็นการตอบแทนจากการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้สิทธิหรือให้อนุญาตคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาดำเนินการกิจการแทนรัฐ

สำหรับสาเหตุที่ผู้เขียนมุ่งศึกษาเฉพาะกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้น เนื่องจากสัญญาสัมปทานมีลักษณะเป็นสัญญาการลงทุนประเภทหนึ่ง และจากสถานการณ์ในปัจจุบันพบว่าประเทศไทยมีแนวโน้มที่ต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น เพราะต้องการเงินลงทุน เทคโนโลยี วัสดุอุปกรณ์ และบุคลากรจากต่างประเทศให้เข้ามาฝึกอบรมเพื่อถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ให้แก่บุคลากรของรัฐ สัญญาสัมปทานจึงน่าจะเป็นทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจในการเชิญชวนผู้ลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม โดยที่สัญญาสัมปทานยังเป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจนในประเทศไทย และมีปัญหาเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้นและสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาน่าจะมาจากอะไร และหากเป็นกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานด้วยแล้วยังมีประเด็นให้ต้องพิจารณามากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อประเทศชาติ ประชาชนและผู้ลงทุนชาวไทย

ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานที่จะศึกษาภายใต้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีความซับซ้อนและเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายประเภท ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชน, กฎหมายธุรกิจ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจในการศึกษาและมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายให้ต้องพิจารณามากกว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนอื่น ๆ โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติ (Contract between State and Foreign Private Person) อันเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ ทำให้สัญญา

องค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ (foreign element) และอาจทำให้มีประเด็นกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection⁴) ความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) และสนธิสัญญาที่ประเทศไทยทำกับรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุนต่างชาตินั้น⁵ รวมทั้งกฎหมายการค้าระหว่างประเทศในเรื่องของการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นภายใต้ ICSID เป็นต้น ในขณะที่สัญญาที่ทำกับ

⁴โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ จึงทำให้ยังคงอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของสัญชาติตามหลักอำนาจเหนือบุคคล (personnel jurisdiction) ที่รัฐผู้รับการลงทุนจำต้องเคารพในอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลของรัฐเจ้าของสัญชาติของเอกชนผู้ลงทุนต่างชาตินั้นด้วย ทั้งนี้เพราะหากเอกชนผู้ลงทุนต่างชาติได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน และไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายดังกล่าว แม้ว่าจะได้ดำเนินการตามมาตรการต่าง ๆ ตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนหมดสิ้นแล้ว นักลงทุนต่างชาติก็อาจร้องขอความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) จากรัฐบาลของตนได้

⁵เช่น สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Treaty of Amity and Economic Relations) ที่ประเทศไทยทำกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้มาตั้งแต่วันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2511 สนธิสัญญานี้ให้สิทธิหลายประการแก่คนชาติสหรัฐที่เข้ามาทำธุรกิจในประเทศไทย โดยประเทศไทยต้องปฏิบัติต่อคนชาติสหรัฐอย่างเป็นธรรมและยุติธรรมและให้ความมั่นคงปลอดภัยต่อนักลงทุนสหรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ และต้องให้คนชาติสหรัฐมีสิทธิและสามารถใช้สิทธิทางศาลโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมของไทยได้เช่นเดียวกับคนไทยหรือคนชาติอื่น มีการใช้หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติกับระเบียบและกฎหมายด้านการลงทุนของทั้งสองประเทศ โดยให้ประเทศเจ้าบ้านปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติอย่างเท่าเทียมกันกับคนชาติของตนเอง หากประเทศไทยให้สิทธิแก่คนชาติอย่างไร สิทธินั้นก็ต้องขยายไปสู่คนชาติสหรัฐอย่างเท่าเทียมกันด้วย และไม่จำกัดสิทธิเฉพาะคนต่างชาติในกรณีของคนชาติสหรัฐได้ อย่างไรก็ดี สนธิสัญญานี้มีข้อสงวนว่า ประเทศคู่สัญญาอาจไม่ให้สิทธิแก่นักลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งในการประกอบธุรกิจต่อไปนี้คือ การสื่อสาร ธุรกิจที่เป็นที่ไว้วางใจ การรับฝากเงินและธนาคาร การใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ธุรกิจการค้าด้านการเกษตร และการประกอบวิชาชีพต่าง ๆ เช่น กฎหมาย แพทย์ สถาปนิก นอกจากนี้ สนธิสัญญาดังกล่าวยังไม่ได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนสหรัฐในการถือครองที่ดิน และสิทธิในการเข้าเมือง เป็นต้น

ผู้ลงทุนไทยจะไม่มีประเด็นในเรื่องนี้ให้ต้องพิจารณา อย่างไรก็ดี ไม่ได้หมายความว่าผู้เขียนจะทำการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาสัมปทานที่ให้ผู้ลงทุนไทยกับสัญญาสัมปทานที่ทำกับผู้ลงทุนต่างชาติ เพียงแต่ผู้เขียนต้องการเน้นการศึกษาไปในกรณีที่หากผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยแล้วจะมีประเด็นทางกฎหมายในเรื่องใดบ้างให้ต้องนำมาพิจารณา

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ยังมีประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายภายในให้ต้องพิจารณามากกว่าการทำสัญญากับผู้ลงทุนไทยด้วย ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน การส่งเงินตราต่างประเทศจากรายได้ออกไปจากประเทศไทยตามพระราชบัญญัติปิโตรเวเนตรา การเข้าเมืองตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 การขอใบอนุญาตทำงานในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ การทำสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติจึงมีประเด็นที่ต้องคำนึงยิ่งไปกว่าการทำสัญญากับผู้ลงทุนไทย ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการจัดทำสัญญาว่าหน่วยงานของรัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขสัญญาในลักษณะที่ให้หน่วยงานของรัฐสามารถใช้อำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาได้หรือไม่ หรือสามารถกำหนดเงื่อนไขสัญญาบังคับให้ผู้ลงทุนต่างชาติต้องมาขึ้นศาลไทยได้หรือไม่ การกำหนดเงื่อนไขสัญญาในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ หรือในขั้นตอนของการระงับพิพาทก็อาจมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาสัมปทานในความหมายของสัญญาทางปกครองหรือไม่ ใครที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวระหว่างศาลปกครองกับอนุญาโตตุลาการ และหากเป็นกรณีสัญญาไม่มีข้อกำหนดในเรื่องอนุญาโตตุลาการแล้ว ศาลปกครองจะนำหลักกฎหมายใดมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดี ศาลปกครองสามารถนำหลักกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีได้หรือไม่⁶ รวมทั้งศาลปกครองจะ

⁶ซึ่งหากเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้การจัดการดูแลของ ICSID กฎหมายที่ใช้ในการตัดสินจะแล้วแต่รัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติจะตกลงกัน แต่ถ้าไม่ได้ตกลงกัน อนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนควบคู่กับกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจใช้บังคับได้ (Article 42(1)) ทั้งนี้เพื่อว่าถ้ากฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นภายหลังจากการลงทุนโดยผลของการแก้ไขกฎหมายที่ทำลงโดยรัฐ อนุญาโตตุลาการสามารถอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อตัดสินคดี ทั้งนี้ เพื่อให้ชาวต่างชาติที่มาจากประเทศสมาชิกอื่นไม่ถูกรัฐผู้รับการลงทุนเอาเปรียบโดยใช้วิธีการแก้ไขกฎหมายภายหลังจากที่มีการลงทุนแล้ว

สามารถนำหลักประโยชน์มหาชนมาใช้ในการพิจารณาแม้ว่าจะเป็นขัดกับเงื่อนไขสัญญานั้นได้หรือไม่ และกรณีดังกล่าวจะเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่ในการทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐมักไม่ค่อยคำนึงถึงประเด็นดังกล่าว โดยอาจมองว่าเป็นเรื่องที่ไกลเกินไป แต่ความจริงแล้วทันทีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ ย่อมทำให้สัญญานั้นมีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ อันมีผลให้ประเด็นในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องนำมาพิจารณาสำหรับสัญญาดังกล่าวด้วย

ดังนั้น สัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยจึงมีความพิเศษยิ่งไปกว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนประเภทอื่น ทำให้ในการพิจารณาจึงต้องพิจารณาทั้งประเด็นเรื่องสัญญาทางปกครองและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยพิจารณาควบคู่กันไประหว่างการดำเนินการเพื่อประโยชน์มหาชนและการปกป้องดูแลประโยชน์สาธารณะตามหลักกฎหมายมหาชน กับการกระทำการใด ๆ ที่ไม่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งพันธกรณีระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเรื่องของสัญญาทางปกครองนี้ก็ยิ่งขาดความชัดเจนในประเทศไทยเพราะมีคดีหลายคดีที่ต้องนำไปให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่เพื่อที่จะวินิจฉัยว่าศาลใดที่จะมีเขตอำนาจในการพิจารณา⁷

⁷ เช่น ตามคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2546 คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้พิจารณาปัญหาเรื่องการร้องขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ซึ่งคณะกรรมการฯ พิจารณาเห็นว่าสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีทางพิเศษอันเป็นบริการสาธารณะด้านการคมนาคม สัญญาลักษณะนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งเงื่อนไขของสัญญากำหนดให้คู่สัญญาต้องเสนอข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดจากหรือเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่ออนุญาโตตุลาการ การขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้จึงควรอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่โดยที่ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจำเป็นต้องมีศาลที่มีเขตอำนาจตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งขณะที่เริ่มมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ ศาลปกครองยังไม่เปิดทำการ จึงต้องถือว่าศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

ด้วยเหตุนี้ สัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานจึงมีมุมมองในหลายประเด็นที่น่าสนใจ และเป็นสาเหตุให้ผู้เขียนต้องการศึกษาในเรื่องนี้

2. นิยามศัพท์เฉพาะตามความหมายของวิทยานิพนธ์นี้

ก่อนที่จะเข้าสู่เนื้อหาของวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอให้คำนิยามศัพท์เฉพาะสำหรับคำว่า “สัญญาสัมปทาน” และ “ผู้ลงทุนต่างชาติ” ตามความหมายของวิทยานิพนธ์นี้ เพื่อเป็นการทำความเข้าใจในเบื้องต้นก่อนว่าผู้เขียนมีความมุ่งหมายหรือต้องการจำกัดขอบเขตในความหมายของคำดังกล่าวที่จะอ้างถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แค่ไหน เพียงไร

2.1 สัญญาสัมปทาน (Concession Contract)

สัญญาสัมปทานจัดเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน อันเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐในที่นี้หมายรวมทั้ง รัฐ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ซึ่งสัญญาสัมปทานที่อยู่ภายใต้การศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นไปที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และหมายถึงเฉพาะสัญญาที่หน่วยงานของรัฐให้เอกชนเข้าดำเนินงานในกิจการที่รัฐเท่านั้นเป็นผู้กระทำได้ เช่น กิจการสาธารณูปโภค ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 โดยอาจเป็นในรูปแบบของการให้สัมปทานเนื่องจากมีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทาน ทำให้สัญญานั้นเรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน หรืออาจเป็นในรูปแบบของการมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินงานแทนหน่วยงานรัฐ หรือการให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นให้อำนาจหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินกิจการแต่ผู้เดียว โดยไม่ได้ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐนั้นจึงต้องมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินงานแทนหรือให้เอกชนเข้าร่วมงานกับหน่วยงานของรัฐแทนที่การให้สัมปทาน

อยู่ในเขตศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ดังนั้น แม้ข้อพิพาทในเรื่องนี้เป็น การขอบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอันสืบเนื่องมาจากสัญญาทาง ปกครอง ก็ต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งในคดีนี้ได้แก่ศาลแพ่งกรุงเทพใต้

ทำให้สัญญานั้นไม่ได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน โดยอาจเรียกชื่อเป็นอย่างอื่น เช่น สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงาน เป็นต้น

ดังนั้น สัญญาสัมปทานตามความหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงหมายรวมทั้งสัญญาที่เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานเนื่องจากมีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทาน และสัญญาที่ไม่ได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทาน^๑ แต่เป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการให้สัมปทานหรือมีอำนาจในการดำเนินการนั้นแต่เพียงผู้เดียว ได้ไปร่วมการงานกับเอกชนหรือมอบหมายให้เอกชนดำเนินงานแทน เช่น สัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ หรือสัญญาให้สิทธิในการดำเนินการแก่เอกชน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากเป็นสัญญาร่วมการงานแล้วต้องเป็นในลักษณะที่มีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการเท่านั้น

สาเหตุที่สัญญาสัมปทานที่อยู่ภายใต้การศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความหมายเช่นนั้นก็เพราะผู้เขียนมองว่าเป็น “สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน” อันเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครองตามความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และเพื่อให้ผู้เขียนสามารถนำไปศึกษาเปรียบเทียบกับ Concession Contract ในต่างประเทศได้ง่ายขึ้น เนื่องจากในต่างประเทศมิได้เรียกชื่อสัญญาในลักษณะดังกล่าวแตกต่างกันโดยเรียกสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวว่า Concession Contract ทั้งสิ้น

2.2 ผู้ลงทุนต่างชาติ

ผู้ลงทุนต่างชาติ ตามความหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีได้มีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะเป็นผู้ลงทุนต่างชาติที่อยู่ในประเทศไทย หรือผู้ลงทุนต่างชาติที่มาจากต่างประเทศ รวมทั้งผู้ลงทุนต่างชาติที่มาจัดตั้งเป็นบริษัทไทยขึ้นในประเทศไทย

^๑สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นในสำนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สต.58/2531 ไว้ว่า แม้ว่าสัญญาโครงการทางด่วนระยะที่ บางโคล่-แจ้งวัฒนะ จะมีได้ใช้คำว่าสัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะ แต่เงื่อนไขสัญญาที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้มอบหมายให้บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด เป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างและให้บริการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ก็มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะโดยไม่จำเป็นต้องใช้ชื่อว่าเป็นสัญญาสัมปทานแต่อย่างใด

โดยถือหุ้นอยู่ในบริษัทดังกล่าวเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย และผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาร่วมทุนกับบริษัทไทยเพื่อจัดทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยด้วย⁹

สาเหตุที่ผู้เขียนกำหนดความหมายของผู้ลงทุนต่างชาติเช่นว่านี้ เนื่องจากในการทำสัญญาสัมปทานในประเทศไทยนั้น หน่วยงานของรัฐมักกำหนดไว้ในเอกสารรายละเอียดและเงื่อนไขการเสนอโครงการของรัฐว่า ผู้ยื่นข้อเสนอโครงการต้องไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทขึ้นใหม่ตามกฎหมายไทย (new legal entity under Thai Law) เพื่อดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทาน จึงทำให้ผู้รับสัมปทานในประเทศไทยมักปรากฏในรูปของบริษัทไทย อย่างไรก็ตาม การที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้ไปจดทะเบียนเป็นบริษัทไทยนี้ก็มีความหมายเพียงไปจดทะเบียนเป็นบริษัทไทยเท่านั้น โดยไม่ได้มีข้อจำกัดห้ามมิให้ต่างชาติถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวแต่อย่างใด อีกทั้งยังมิได้ห้ามไม่ให้บริษัทต่างชาติเป็น Lead Firm ด้วย ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ว่าผู้รับสัมปทานที่ไปจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ตามกฎหมายไทยนั้นอาจเป็นเพียงบริษัทที่มาจดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีคนต่างด้าวถือหุ้นทั้งหมดก็ได้¹⁰

⁹ความหมายของผู้ลงทุนต่างชาติอาจมีได้ทั้งความหมายตามกฎหมายและความหมายตามข้อเท็จจริง โดยผู้ลงทุนต่างชาติตามความหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการพิจารณาความหมายตามข้อเท็จจริงโดยคำนึงถึงองค์ประกอบตามความจริง ทั้งถิ่นที่จดทะเบียนก่อตั้ง, ถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ และผู้ถือหุ้น โดยหากองค์ประกอบเข้าตามหลักใดหลักหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนในต่างประเทศ หรือการมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือการมีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างชาติแล้ว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถือว่าอยู่ในความหมายของผู้ลงทุนต่างชาติทั้งสิ้น

¹⁰เรื่องนี้เคยปรากฏหลักฐานใน Clarification ของงานพิจารณาคัดเลือก Concessionaire for the Concession of the Air Cargo Terminal Services at Suvarnabhumi Airport ที่ candidates ได้สอบถาม ทอท. ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับ Legal Entity Requirement ว่า “What is the definition of a Thai Juristic person when applied to companies” ซึ่ง ทอท. ตอบว่า “The juristic person that registered in Thailand” และถามว่า “Is the Concessionaire allowed to be 100% foreign-owned?” ซึ่ง ทอท. ตอบว่า “Yes”, อ้างใน Question No.45 Ref Section 2.2 Ref. page 2-1.

3. สภาพของปัญหา

สภาพของปัญหาเรื่องนี้ที่มีที่มาจากกรณีดังต่อไปนี้ คือ

1) จากการที่ประเทศไทยมีข้อจำกัดในองค์ความรู้ ประสบการณ์ เทคโนโลยี และเงินลงทุน ในขณะที่ประเทศไทยมีความต้องการเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่ทันสมัยเพื่อนำมาพัฒนาประเทศให้เจริญก้าวหน้า รวมทั้งความต้องการเงินลงทุนจำนวนมากสำหรับโครงการขนาดใหญ่ของรัฐเพื่อนำมาใช้ในการเพิ่มศักยภาพของการให้บริการสาธารณะในประเทศไทย จึงทำให้รัฐพยายามระดมเงินลงทุนจากต่างประเทศด้วยการส่งเสริมให้มีการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งการลงทุนจากต่างประเทศนี้ไม่เพียงแต่จะช่วยให้รัฐไม่ต้องนำเงินงบประมาณแผ่นดินมาลงทุนเท่านั้น แต่ยังช่วยให้รัฐสามารถนำเงินตราจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยได้ด้วย ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม อันจะนำมาซึ่งการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้ดียิ่งขึ้นต่อไป จากกรณีดังกล่าวนี้เองจึงมีความเป็นไปได้ที่หน่วยงานของรัฐจะตกลงให้สัมปทานแก่เอกชนผู้ลงทุนจากต่างประเทศด้วยการทำสัญญาสัมปทาน แต่การที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาลงทุนกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยหรือไม่นั้น ย่อมพิจารณาจากปัจจัยหลายประการ ซึ่งกฎหมายภายในของรัฐและเงื่อนไขสัญญาก็เป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะนำมาศึกษาความเป็นไปได้ (Feasibility Study) ก่อนที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศนั้น โดยอาจพิจารณาว่ามีกฎหมายภายในที่ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติอย่างไร มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการให้สัมปทานอย่างไร โปร่งใสและเป็นธรรมหรือไม่ หลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาสัมปทานเป็นเช่นไร มีเงื่อนไขสัญญากำหนดไว้อย่างไร และผู้ลงทุนต่างชาติจะเสียเปรียบในการจัดทำสัญญาหรือไม่ นอกจากนี้ หากมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาดังกล่าวแล้ว ผู้ลงทุนต่างชาติจะได้รับความยุติธรรมเพียงพอในการพิจารณาคดีหรือไม่ และในกรณีหากผู้ลงทุนต่างชาติชนะคดีจะสามารถบังคับให้หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยปฏิบัติตามได้หรือไม่ เป็นต้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องน่าสนใจที่จะทำการศึกษาเพื่อหาแนวทางการดำเนินการในเรื่องนี้ เพื่อเป็นการจูงใจและให้ความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยต่อไป

2) จากความจำเป็นที่หน่วยงานของรัฐต้องเข้าทำสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้น ในขณะที่ประเทศไทยยังขาดความเข้าใจที่ชัดเจน และยังไม่มียุทธศาสตร์ของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะเจาะจงที่ใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว รวมทั้งไม่มีระเบียบของรัฐในเรื่องนี้โดยตรง ทำให้การให้สัมปทานและการจัดทำสัญญาสัมปทานเป็นไปตามความเข้าใจของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งอาจทำให้มีปัญหาในทางปฏิบัติและการตีความ

สัญญาได้ และจากการที่ไม่มีกฎหมายให้คำนิยามของ “สัญญาสัมปทาน” ไว้จึงทำให้หน่วยงานของรัฐมักเข้าใจว่าสัญญาทุกสัญญาที่หน่วยงานของรัฐให้เอกชนเข้ามาลงทุน คือ สัญญาสัมปทาน ซึ่งเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาก็ทำให้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาทั้งในเรื่องเขตอำนาจศาลว่าข้อพิพาทนั้นตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลใด และศาลจะให้หลักกฎหมายใดในการพิจารณาคดี ทั้งนี้ เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งแล้ว จึงเป็นกรณีที่ควรทำความเข้าใจว่ามีความจำเป็นหรือไม่เพียงใดในการสร้างกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน เพราะหลักบางอย่างในกฎหมายแพ่งก็ไม่เหมาะสมหากนำมาใช้ในสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งกรณีของสัญญาสัมปทานที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาตินั้น นอกจากจะมีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องของสัญญาทางปกครองแล้ว ยังมีประเด็นให้ต้องพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของสัญญาระหว่างประเทศด้วยเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ และในกรณีที่สัญญากำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้วผลจะเป็นเช่นใด เป็นต้น ผลจากการที่บทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันยังขาดความชัดเจนนี้เอง ทำให้มีการนำคำพิพากษาศาลมาเป็นแนวทางในการพิจารณา ซึ่งไม่น่าจะสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทยที่เป็นประเทศในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ที่อาศัยตัวบทกฎหมายเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดี และอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความมั่นใจในการลงทุนเนื่องจากไม่ทราบว่าหากมีข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทานแล้ว ผู้ลงทุนต่างชาติจะได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีหรือไม่ จากสภาพของปัญหาดังกล่าวทำให้มีประเด็นต้องพิจารณาว่า หากผู้ลงทุนต่างชาติเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย แล้วผู้ลงทุนต่างชาตินั้นกล่าวอ้างถึงลักษณะระหว่างประเทศของนิติสัมพันธ์ ศาลไทยจะพิจารณาคดีดังกล่าวอย่างไร ทั้งนี้ เนื่องจากสัญญาสัมปทานในความเข้าใจโดยทั่วไปเป็นลักษณะหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งโดยปกติจะมีลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่รัฐอยู่เหนือเอกชนคู่สัญญา อย่างไรก็ดี หากสัญญาสัมปทานดังกล่าว มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งผู้ลงทุนนั้นยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของสัญชาติแล้วเช่นนี้ ประเทศไทยในฐานะรัฐผู้ให้สัญญาสัมปทานจะสามารถใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาดเหนือผู้ลงทุนต่างชาตินั้นได้หรือไม่ มีกฎหมายใดบ้างหรือไม่ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และกฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้อย่างไร

3) จากการที่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมักเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อประชาชน และผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการให้สัมปทานหรือการดำเนินโครงการสัมปทานส่วนใหญ่มี

มูลค่ามหาศาล จึงทำให้การจัดทำสัญญาสัมปทานหลายโครงการต้องประสบปัญหาต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการถูกคัดค้านจากประชาชนในพื้นที่ การทุจริตในการดำเนินโครงการสัมปทาน และการตีความสัญญาสัมปทาน ซึ่งตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาประเทศไทยมักประสบปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานมาโดยตลอด แม้ว่ารัฐบาลจะพยายามหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาด้วยวิธีการต่าง ๆ แต่ปัญหาดังกล่าวก็ยังคงเกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำเล่า จนทำให้ในระยะหลังหน่วยงานของรัฐได้มีการเปลี่ยนรูปแบบจากการทำสัญญาสัมปทานที่ให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนออกแบบก่อสร้างและดำเนินการทั้งหมด โดยรัฐไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายของตนเอง มาเป็นสัญญาในรูปแบบที่ให้เอกชนเป็นผู้ออกแบบก่อสร้างพร้อมจัดหาเงินทุนดำเนินโครงการ จากนั้นรัฐจะชำระเงินค่าดำเนินโครงการทั้งหมดเมื่อแล้วเสร็จ (Turnkey Project) ซึ่งสัญญาในรูปแบบดังกล่าวค่อนข้างเป็นภาระให้แก่รัฐเพราะต้องใช้เงินจำนวนมาก และความเสียหายทั้งหมดตกอยู่กับรัฐแทนที่จะอยู่กับเอกชนดังเช่นรูปแบบสัญญาสัมปทาน จึงทำให้โครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ของรัฐเกิดขึ้นอย่างล่าช้าเนื่องจากรัฐต้องมั่นใจก่อนว่ามีเงินลงทุนเพียงพอที่จะคืนให้กับเอกชนในภายหลังได้จึงจะเริ่มดำเนินโครงการ กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่น่าน่าศึกษาเพื่อค้นหาว่าสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาดังกล่าวมาจากอะไร แล้วนำมาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางแก้ไขหรือป้องกันมิให้ต้องเกิดปัญหาขึ้นอีกต่อไปในอนาคต

4) จากการที่ประเทศไทยจำเป็นต้องมีการปรับตัวเพื่อให้แข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้ เนื่องจากยุคนี้เป็นยุคของการแข่งขัน ประเทศเพื่อนบ้านของเรามีการตื่นตัวในหลายเรื่องเพื่อรองรับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ เช่น จีน เวียดนาม เป็นต้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ประเทศไทยควรมีการเตรียมความพร้อมในเรื่องนี้เพื่อดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น

5) จากการที่ประเทศไทยอยู่ในสถานะที่ต้องเตรียมความพร้อมสำหรับการเปิดตลาดการค้าเสรี ซึ่งเป็นผลจากการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิก “ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรและการค้า” เมื่อปี ค.ศ. 1982 และมีพันธกรณีกับองค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ทำให้ประเทศไทยมีความผูกพันต้องปฏิบัติตามหลายกรณี รวมทั้งต้องดำเนินการเปิดตลาดการค้าเสรีเพื่อให้นักลงทุนจากประเทศสมาชิกของ WTO สามารถเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ ซึ่งการเปิดตลาดเสรีทางการค้านี้เองทำให้สัญญาระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติมีแนวโน้มที่จะเกิดมากขึ้นตามไปด้วย อีกทั้งปัจจุบันประเทศไทยยังอยู่ระหว่างการจัดเตรียมร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมก่อนที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งหากพระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ขึ้นมาเมื่อใดก็ยิ่งมีความเป็นไปได้สูงที่ผู้ลงทุน

ต่างชาติจะสนใจเข้ามาทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยมากขึ้นเพราะมั่นใจว่าจะได้รับความคุ้มครองจากการลงทุนในประเทศไทย และอาจขอนำเงื่อนไขสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดย ICSID เข้ามาไว้ในสัญญา ซึ่งกรณีเช่นนี้จะทำให้มีประเด็นเรื่องการระงับข้อพิพาทที่ต้องนำมาพิจารณา 3 ประเด็น คือ ประเด็นแรก หน่วยงานของรัฐสามารถปฏิเสธที่จะไม่ยอมรับการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในสัญญาได้หรือไม่ ประเด็นที่สองคือ หากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาสัมปทานซึ่งคณะรัฐมนตรีเคยมีมติว่าไม่ให้มีอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน จะกระทำอย่างไร ประเด็นที่สามคือ หากกำหนดเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวไว้ในสัญญาแล้ว ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามจะเกิดผลประการใด ข้อพิพาทดังกล่าวจะกลายเป็นข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเด็นปัญหาเรื่อง ICSID เป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงถึงผลกระทบหากรัฐทำสัญญากับผู้ลงทุนต่างชาติ และแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างในสัญญาที่ทำกับเอกชนไทยที่จะไม่มีประเด็นในเรื่องนี้เข้ามาเกี่ยวข้อง และเป็นกรณีที่ทำให้ประเทศไทยมีโอกาสที่จะต้องพิจารณาประเด็นปัญหานี้ในเชิงลึกมากขึ้น

6) จากประเด็นปัญหาอันเนื่องมาจากการทำความเข้าใจการคุ้มครองเขตการค้าเสรี เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมักไม่มีข้อยกเว้นหรือเปิดโอกาสให้จัดทำข้อสงวนใด ๆ ทำให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิเข้ามาประกอบกิจการในประเทศมากยิ่งขึ้นกว่าตามสนธิสัญญาทางไมตรี อีกทั้งคำนิยามของการลงทุนในข้อตกลงเอฟทีเอค่อนข้างกว้างในลักษณะของการเปิดเสรีการลงทุนในทุกสาขา และยังหมายรวมถึงสัญญาอนุญาตให้สิทธิต่าง ๆ ด้วย ซึ่งกรณีของสัญญาอนุญาตให้สิทธินั้นเป็นเรื่องที่ประเทศไทยควรให้ความสนใจและระมัดระวัง โดยเฉพาะการลงทุนในกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่าง ๆ เนื่องจากเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและมีผลกระทบต่อประชาชน อีกทั้งข้อตกลงเขตการค้าเสรีส่วนใหญ่ก็มักมีข้อกำหนดให้ใช้ระบบการระงับข้อพิพาทในการลงทุนโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ตามอนุสัญญากรุงวอชิงตัน พ.ศ.1965 และยังมีข้อกำหนดด้วยการทำความเข้าใจการคุ้มครองเขตการค้าเสรีที่มีข้อกำหนดให้ใช้ระบบการอนุญาโตตุลาการของ ICSID นี้ เท่ากับว่ารัฐยินยอมให้ใช้ระบบ ICSID ในการระงับข้อพิพาทในการลงทุนที่มีกับผู้ลงทุนเป็นการล่วงหน้า ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้เอกชนอ้างถึงความตกลงเขตการค้าเสรีว่ารัฐเคยยินยอมล่วงหน้าว่าจะใช้ระบบของ ICSID ในการระงับข้อพิพาทการลงทุนได้ ด้วยเหตุนี้ หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 ก็ย่อมมีความเป็นไปได้ว่าผู้ลงทุนต่างชาติอาจอ้างถึงข้อกำหนดในข้อตกลงเขตการค้าเสรีเพื่อบังคับให้ประเทศไทยต้องทำความตกลงใช้ระบบของ ICSID ในการเข้าทำสัญญาเพื่อการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และโดยหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation : MFN) ถ้าประเทศไทยยินยอมแก่

ประเทศหนึ่งว่าจะใช้ระบบ ICSID ประเทศอื่น ๆ ที่ทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศไทย ก็จะต้องบังคับให้ต้องระบุว่าใช้ระบบ ICSID ในการระงับข้อพิพาทในการลงทุนกับคนของตนด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ ตามข้อตกลงเอฟทีเอ ประเทศไทยก็ไม่สามารถยึดหรือบังคับกิจการของคนต่างชาติได้ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ยกเว้นจะเป็นการยึดหรือบังคับกิจการโดยอาศัยเหตุผลด้านผลประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องกระทำโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ต้องเป็นการยึดหรือบังคับกิจการโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (due process of law) และจะต้องจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ เป็นธรรม และโดยไม่ชักช้าให้แก่นักลงทุน¹¹ ข้อตกลงเช่นนี้นั้นจะทำให้ประเทศไทยไม่สามารถออกกฎหมายคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือกระทำการใด ๆ ที่มีผลจำกัดหรือเป็นอุปสรรคต่อการลงทุน เพราะมิฉะนั้นก็อาจทำให้รัฐถูกนักลงทุนต่างชาติฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายค่าชดเชยได้

4. ความสำคัญของปัญหา

ปัญหาเรื่องสัญญาสัมปทานกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้นนับว่าเป็นปัญหาที่สำคัญและเป็นหัวข้อการศึกษาที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ด้วยเหตุผลดังนี้คือ

1) จากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยในปัจจุบัน

สืบเนื่องจากแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 9 (พ.ศ.2545 - 2549)¹² ที่กำหนดยุทธศาสตร์การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ซึ่งยุทธศาสตร์ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การเพิ่มสมรรถนะและขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมีแนวทางการพัฒนาเตรียมความพร้อมเพื่อแสวงหาโอกาสจากการค้าเสรีด้วยการจะทบทวน ปรับปรุงกฎระเบียบ และกฎหมายให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางด้านการค้าและการลงทุนและแนวทางการพัฒนาเพิ่มประสิทธิภาพและยกระดับคุณภาพโครงสร้างพื้นฐานทั้งด้านระบบการขนส่ง สื่อสาร โทรคมนาคม พลังงาน และสาธารณูปการเพื่อสนับสนุนการเพิ่มสมรรถนะภาคการ

¹¹ ดูตัวอย่างใน United State — Singapore Free Trade Agreement, Article 15.6.

¹² สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานกฤษฎีกา, แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่เก้า พ.ศ.2545-2549, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2544) น. 83 - 93.

ผลิตและบริการ โดยพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานโดยเฉพาะโครงข่ายโทรคมนาคม ท่าอากาศยาน และท่าเรือหลัก รวมทั้งกิจการพาณิชย์นาวีให้มีคุณภาพอยู่ในระดับมาตรฐาน สะดวกรวดเร็ว เพื่อสนับสนุนการเพิ่มสมรรถนะของภาคการผลิตและบริการของประเทศ และเกี่ยวกับการดำเนินการแปรรูปรัฐวิสาหกิจอย่างเป็นขั้นตอน เพื่อให้เกิดการบริหารจัดการที่ดี สนับสนุนบทบาทการลงทุนของภาคเอกชนที่คำนึงประสิทธิภาพการให้บริการเพื่อลดภาระการลงทุนภาครัฐและเป็นทางเลือกให้ประชาชนได้รับบริการที่ดีมีคุณภาพดีขึ้น ขณะเดียวกันมีการจัดตั้งองค์การกำกับดูแลโครงสร้างพื้นฐานรายสาขาให้ได้มาตรฐาน ทั้งในด้านคุณภาพและอัตราค่าบริการ เพื่อให้การแปรรูปรัฐวิสาหกิจเกิดความเป็นธรรมต่อผู้ให้และผู้รับบริการ และเกิดประโยชน์ต่อประชาชนโดยรวม

นอกจากนั้น ประเทศไทยยังมีแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงระบบการเจรจาและความร่วมมือในเวทีระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจ การค้า และการลงทุน ด้วยการสร้างเอกภาพในการเจรจาทางการค้าและความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศโดยให้มีการกำหนดทิศทางในการเจรจาการค้า ทั้งภาครัฐและเอกชน และร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการเสริมสร้างอำนาจต่อรองของไทยในเวทีเศรษฐกิจการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศโดยแสวงหาโอกาส สร้างเงื่อนไขให้ไทยสามารถเข้าไปมีบทบาทมากขึ้นในการกำหนดทิศทาง การสร้างกฎระเบียบและรูปแบบความร่วมมือระหว่างประเทศด้านการค้า การลงทุน และการเงินระหว่างประเทศให้สอดคล้องกับประโยชน์และทิศทางในการพัฒนาประเทศไทยต่อไป

จากแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติดังกล่าว ประกอบกับแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐตามมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ที่กำหนดให้รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ่มครองบริโศค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค รวมทั้งผลจากการประชุม APEC ตามปฏิญญากรุงเทพ ทำให้การจัดทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยกับผู้ลงทุนต่างชาติกลายเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

นอกจากนั้น ขณะนี้กระทรวงการคลังยังอยู่ระหว่างดำเนินการยกเว้นพระราชบัญญัติอำนาจกระทรวงการคลังปฏิบัติการเกี่ยวกับศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (International Centre for Settlement of

Investment Disputes – ICSID) เพื่อให้สัตยาบันเข้าเป็นสมาชิกโดยสมบูรณ์ของ ICSID และพิจารณาร่างกฎหมายรองรับพันธกรณีของการเป็นสมาชิกของ ICSID¹³ อีกทั้งมีหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานที่อยู่ระหว่างการริเริ่มโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ ซึ่งหากการดำเนินการดังกล่าวแล้วเสร็จเมื่อใด การจัดทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยกับผู้ลงทุนต่างชาติก็จะมีมากขึ้นตามลำดับ

2) จากการที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานโดยตรง ในขณะที่ปัญหาที่เกิดจากสัญญาสัมปทานมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น การทำความเข้าใจในเรื่องนี้จึงเป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้สามารถพิจารณาหาแนวทางแก้ไขได้ในกรณีที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน

3) เนื่องจากสัญญาสัมปทานมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะทั้งในด้านสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ จึงมีผลกระทบโดยตรงต่อประชาชน ดังนั้น การจัดทำและการตีความสัญญาสัมปทานจึงจำเป็นต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เพราะมิฉะนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างฝ่ายต่าง ๆ จนเกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวม รวมทั้งความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศได้

4) เนื่องจากสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่ที่หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยทำกับผู้ลงทุนต่างชาติมักเป็นสัญญาที่มีมูลค่าการลงทุนจำนวนมาก จึงทำให้มีการทุจริตคอร์รัปชันเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งการทุจริตคอร์รัปชันนี้เป็นอุปสรรคสำคัญในการพัฒนาประเทศ เพราะทำให้รัฐต้องสูญเสียเงินเป็นจำนวนมาก และยังส่งผลกระทบที่เสียหายต่อภาพลักษณ์ของประเทศไทย

5) เนื่องจากสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ จึงมิได้เป็นเรื่องระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับผู้ลงทุนต่างชาติผู้เข้ามาลงทุนเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อรัฐต่างประเทศที่เป็นรัฐเจ้าของสัญญาของเอกชนผู้ลงทุนด้วย ดังนั้น การดำเนินการใด ๆ จึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเพราะมิฉะนั้นอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในระดับระหว่างประเทศได้

6) เนื่องจากหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยส่วนใหญ่ยังมีความเข้าใจว่า สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐอยู่เหนือเอกชนคู่สัญญา และพยายามอ้างสิทธิพิเศษต่าง ๆ เหนือเอกชนคู่สัญญา รวมทั้งการไม่ปฏิบัติตามสัญญาด้วย ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความเชื่อมั่นที่จะเข้ามาลงทุนทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐใน

¹³ หนังสือกระทรวงการคลัง, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 3.

ประเทศไทยได้ ดังนั้น การสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องให้กับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยจึงเป็นสิ่งที่ควรกระทำเพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนจากต่างชาติ

7) เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาสัมปทานและการกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน รวมทั้งการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทาน เป็นสิ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาตินำมาพิจารณาเป็นข้อพิจารณาก่อนที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรเตรียมความพร้อมในการรองรับการลงทุนจากต่างประเทศด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาสัมปทานและการกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน รวมทั้งการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทาน ให้เป็นไปในระดับมาตรฐานสากลที่เป็นที่ยอมรับในนานาอารยประเทศ เพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการลงทุนว่าเมื่อเข้ามาลงทุนทำสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยแล้ว ทรัพย์สินและการลงทุนของตนจะได้รับหลักประกันที่มั่นคง มีโอกาสในการแสวงหารายได้และกำไร อย่างไรก็ดี สัญญาสัมปทานดังกล่าวจะต้องไม่ส่งผลเสียหายต่อประเทศไทยและประชาชนด้วยในขณะเดียวกัน

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ปัญหาเรื่องสัญญาสัมปทานในกรณีนี้ที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและควรทำการศึกษาวิจัยเพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจที่ชัดเจนและหาแนวทางการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม โดยไม่ให้กระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐหรือความผาสุกปลอดภัยของประชาชน และเพื่อดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย อันจะนำมาซึ่งความเจริญก้าวหน้าในทางการค้าและการลงทุนของประเทศไทยสืบต่อไป

5. สมมุติฐานของการศึกษา

ผู้เขียนได้สร้างสมมุติฐานของการศึกษาไว้ว่า สัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบการลงทุนที่เหมาะสมกับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐ โดยเฉพาะความต้องการการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติ แต่สาเหตุที่สัญญาสัมปทานไม่ถูกนำมาเป็นรูปแบบของการลงทุนสำหรับโครงการขนาดใหญ่ของรัฐนั้น น่าจะมาจากปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ซึ่งสาเหตุของปัญหาน่าจะมาจากการขาดความเข้าใจที่ชัดเจนเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน และการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลักษณะอักษรในเรื่องนี้โดยเฉพาะเจาะจง รวมทั้งขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ดังนั้น การจัดทำกฎหมายหรือระเบียบวิธีที่กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในเรื่องของสัญญาสัมปทาน รวมทั้งการ

กำหนดรูปแบบสัญญาสัมปทานที่ชัดเจนแน่นอน น่าจะช่วยทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจมาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น และจะช่วยป้องกันมิให้เกิดปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทานได้ในระดับหนึ่ง อีกทั้งยังช่วยให้ศาลไทยมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาคดีหากเกิดข้อพิพาทขึ้นในอนาคตอีกด้วย นอกจากนี้ การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นก่อนที่จะจัดทำสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะประชาชนที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงหากมีการจัดทำสัญญาขึ้น ก็น่าจะเป็นการแก้ไขปัญหาลักษณะที่ช่วยลดกระแสการต่อต้านจากประชาชนได้

6. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ของการศึกษาดังต่อไปนี้ คือ

- 1) เพื่อให้ทราบถึงแนวความคิดเรื่องสัญญาสัมปทานทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ
- 2) เพื่อค้นหาความหมาย สถานะ ขอบเขต และเนื้อหาของสัญญาสัมปทาน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
- 3) เพื่อให้ทราบถึงประเภทของสัญญาสัมปทาน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
- 4) เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ
- 5) เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทาน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางในการระงับข้อพิพาทในต่างประเทศ
- 6) เพื่อพัฒนาแนวความคิดและปรัชญาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย
- 7) เพื่อให้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ทั้งในกระบวนการให้สัมปทาน กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทาน และกระบวนการผูกพันตาม สัญญาสัมปทานในประเทศไทย
- 8) เพื่อศึกษาประสบการณ์จากกรณีตัวอย่างปัญหาของสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นจริงในประเทศไทย แล้วทำการวิเคราะห์ปัญหาเพื่อค้นหาสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาดังกล่าว และเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหานั้นที่เหมาะสมให้กับประเทศไทยต่อไป

9) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยและในต่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

10) เพื่อศึกษาเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานที่ปรากฏในประเทศไทยและประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ควรนำมาพิจารณา โดยพิจารณาจากตัวอย่างของสัญญาสัมปทานบางฉบับ

11) เพื่อให้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติในต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ทั้งในกระบวนการให้สัมปทาน กระบวนการเจรจาและจัดทำสัญญาสัมปทาน และกระบวนการผูกพันตามสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ แล้วนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย

12) เพื่อศึกษาประสบการณ์จากกรณีตัวอย่างปัญหาของสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศ

13) เพื่อศึกษาเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศและประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ควรนำมาพิจารณา

14) เพื่อศึกษาประเด็นปัญหากรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

15) เพื่อศึกษาปัญหาอุปสรรคในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

16) เพื่อศึกษาปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน

17) เพื่อค้นหามาตรการคุ้มครองความเสี่ยงในสัญญาสัมปทานกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน โดยพิจารณาทั้งในด้านความคุ้มครองสำหรับหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน ความคุ้มครองสำหรับผู้ลงทุนต่างชาติ และความคุ้มครองสำหรับประชาชนและความมั่นคงของประเทศ

18) เพื่อเสนอแนะแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยให้รองรับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้ เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย โดยยังคงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ

19) เพื่อศึกษาถึงความจำเป็นในการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

20) เพื่อให้ข้อเสนอแนะกับประเทศไทยว่าควรคำนึงถึงประเด็นใดบ้างในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

21) เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย

22) เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

7. แหล่งข้อมูลของการศึกษา

แหล่งข้อมูลของการศึกษาเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่าผู้เขียนจะสามารถหาข้อมูลหรือหลักฐานมาสนับสนุนคำตอบของโจทย์วิจัยในแต่ละบทของวิทยานิพนธ์ได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งแหล่งข้อมูลของการศึกษาในเรื่องนี้ได้มาจากเอกสารต่าง ๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นหนังสือ วารสาร หรือเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ ที่สามารถอ้างอิงได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษซึ่งค้นคว้ามาจากห้องสมุดต่าง ๆ เช่น หอสมุดแห่งชาติ หอสมุดของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หอสมุดของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หอสมุดของคณะกรรมการกฤษฎีกา หอสมุดของสำนักงานศาลปกครอง หอสมุดของสำนักงานอัยการสูงสุด และมาจากความเอื้อเฟื้อของคณาจารย์หลายท่าน และจากหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และบริษัทเอกชน

นอกจากนั้น ข้อมูลของการศึกษานี้ยังได้มาจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จากการสืบค้นข้อมูลกฎหมายในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Searching Law on the Web) เช่น ในเว็บไซต์ของ westlaw.com และ google.com เป็นต้น

นอกจากการศึกษาจากเอกสารและข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ผู้เขียนยังจะได้นำข้อมูลมาจากการสัมภาษณ์ผู้ปฏิบัติงาน และจากการสัมมนาทางวิชาการของหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ทราบถึงปัญหาอุปสรรค แนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริง และข้อคิดเห็นในเรื่องนี้ ทั้งนี้ เพื่อนำข้อมูลและข้อคิดเห็นดังกล่าวมาวิเคราะห์และหาแนวทางที่เหมาะสมที่สุดสำหรับประเทศไทยเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาลงทุนขอรับสัมปทานในประเทศไทยและมีความมั่นใจในการเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยในอนาคต โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องยังคงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ

8. วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาในเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด (conceptual analysis) และวิเคราะห์ข้อสัญญา (contractual analysis) โดยเริ่มต้นศึกษาจากสัญญาสัมปทานในประเทศไทย เพื่อให้ทราบถึงแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้ พร้อมทั้งวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสัญญาสัมปทานในประเทศไทยที่ผ่านมาในอดีต เพื่อค้นหาสาเหตุที่แท้จริงของปัญหา โดยหยิบยกสัญญาสัมปทานบางฉบับมาเป็นกรณีตัวอย่างในการศึกษา และวิเคราะห์ข้อสัญญาของสัญญาสัมปทานดังกล่าว จากนั้นจึงศึกษาสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ เพื่อนำแนวคิดและแนวทางปฏิบัติในต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย แล้วเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป จากนั้นจึงเป็นการพิจารณาประเด็นปัญหากรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย โดยศึกษาปัญหาและอุปสรรคในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย และปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน เพื่อค้นหามาตรการคุ้มครองในสัญญาสัมปทานกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ข้อสรุปในตอนท้ายว่าประเทศไทยควรกำหนดแนวทางปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและมีความมั่นใจในการเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย โดยยังคงไว้ซึ่งการรักษาประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ

ลักษณะของการศึกษาเป็นการวิจัยกฎหมายเชิงบรรยาย (traditional descriptive legal research) และการวิเคราะห์ (analytical research) ควบคู่กันไป โดยใช้การค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารข้อมูลต่าง ๆ ที่มีอยู่แล้ว (documentary research) ไม่ว่าจะเป็นจากหนังสือและบทความ เอกสารทางวิชาการต่าง ๆ ราชกิจจานุเบกษา คำพิพากษาของศาล คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทั้งที่ปรากฏในรูปของเอกสารและข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น และเป็นการศึกษากฎหมายจากสังคม (Sociology of Law) ด้วยการวิเคราะห์ปัญหาจากข้อเท็จจริง โดยพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย กฎหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน รวมทั้งการวิเคราะห์จากข้อสัญญา (contractual research) โดยศึกษาปัญหาจากกรณีตัวอย่าง (case study) ของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย แล้วนำข้อเท็จจริงเหล่านั้นมารวบรวมเข้าด้วยกัน ทำการศึกษาวิเคราะห์ (analysis) และเปรียบเทียบ (comparative) กับสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ โดยนำตัวอย่างของบางประเทศในระบบ Common Law และ Civil Law มาศึกษาเพื่อให้เห็นในภาพรวม

แล้วนำมาศึกษาเฉพาะกรณีว่าหากผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยแล้วจะมีประเด็นปัญหาในเรื่องใดบ้างที่ต้องพิจารณา ทั้งนี้ เพื่อค้นหาแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติต่อไป

นอกจากนั้น ผู้เขียนยังจะใช้วิธีการศึกษาโดยการหาข้อเท็จจริงจากสถานการณ์ (fact research) ในกรณีที่ไม่สามารถหาข้อมูลด้วยวิธีการข้างต้นได้ ด้วยการสัมภาษณ์ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและภาคเอกชนที่ทำหน้าที่ในการทำสัญญา การตีความสัญญา และการวินิจฉัยปัญหาอันเกิดจากสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย เพื่อให้ได้ข้อมูลและทราบถึงปัญหาอันเกิดจากทางปฏิบัติจริง แล้วนำความคิดเห็นที่ได้รับมาประมวลความคิดเพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงเหตุผลความจำเป็นในการปฏิรูปสัญญาสัมปทาน และให้ข้อเสนอแนะว่าประเทศไทยควรกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้สัมปทาน การบัญญัติกฎหมายหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ รวมทั้งเสนอแนะเงื่อนไขสัญญาหลักที่ควรกำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน และความเป็นไปได้ในการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยในลักษณะที่เป็นรูปธรรมเพื่อให้สามารถนำมาใช้งานได้จริงในอนาคต

สำหรับรูปแบบของการนำเสนอ นั้น จะเป็นการนำเสนอตามลำดับของเหตุผลเพื่อนำเข้าสู่ปัญหา และแนวทางในการแก้ไขปัญหา อันเป็นลักษณะของการวิธีการให้เหตุผลแบบนิรนัย (deductive methods of reasoning) ซึ่งเป็นการให้เหตุผลโดยเริ่มจากทฤษฎี (theory) ไปสู่สมมุติฐาน (hypothesis) ที่สามารถทำการทดสอบได้ จากนั้นจึงทำการสำรวจสังเกต (observation) เพื่อยืนยัน (confirmation) สมมุติฐานและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อให้สามารถนำผลของการศึกษาไปใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

9. แง่มุมของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้แง่มุมการศึกษาในทางนิติศาสตร์โดยแท้ (legal science proper) นิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริง (legal science of facts) และนิติศาสตร์ทางคุณค่า (legal

science of values) ประกอบกันไป¹⁴ กล่าวคือ ในทางนิติศาสตร์โดยแท้นั้นเป็นการศึกษาในส่วน
ของกฎเกณฑ์ (normative) หรือส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมาย (content of law) ซึ่งกฎเกณฑ์หรือ
เนื้อหา ของกฎหมายในที่นี้ คือ หลักกฎหมายในเรื่องของสัญญาสัมปทาน และสัญญาสัมปทาน
ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ อันเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวพันทั้งกฎหมาย
ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล กฎหมายเอกชน และกฎหมายปกครอง เพื่อให้ทราบว่าเนื้อหา
ของหลักกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นเช่นไร หรือมีสภาพบังคับประการใดบ้าง

ส่วนการศึกษาในแง่มุมของนิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริงนั้น เป็นการศึกษานิติศาสตร์ทาง
ข้อเท็จจริงในทางสังคมวิทยาในฐานะที่กฎหมายเป็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งของสังคม ซึ่งหลัก
กฎหมายในเรื่องของสัญญาสัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานนั้นก็ม
ความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงในสังคม เมื่อข้อเท็จจริงในสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปจากผลของการ
จัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization (WTO)) ทำให้รัฐต่าง ๆ ซึ่งมีพันธกรณีที่ได้
ผูกพันไว้ภายใต้องค์การการค้าโลกจะต้องมีการเปิดเสรีทางการค้าและบริการ และจะต้องไม่
ก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างคนชาติของรัฐกับคนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุน คือ การ
ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) โดยให้หลักประกันว่าคนต่างชาติและคนชาติจะต้อง
ได้รับการปฏิบัติภายใต้เงื่อนไขหรือข้อกำหนดอย่างเดียวกัน รวมทั้งผลจากการดำเนินโครงการ
ลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ (Mega Project) และผลจากอนุสัญญาว่าด้วยการ
ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นที่ประเทศไทยเป็นภาคีและ
ปัจจุบันอยู่ระหว่างการจัดทำร่างกฎหมายเพื่อรองรับพันธกรณีดังกล่าวนี้เอง ทำให้ผู้ลงทุน
ต่างชาติมีแนวโน้มที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศมากขึ้น ดังนั้น จึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า
หลักกฎหมายในเรื่องของสัญญาสัมปทานที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมักจะมีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญา
นั้น อาจจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้สามารถรองรับกับกระแสความเปลี่ยนแปลงของ
โลกและสอดคล้องกับการเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศหรือไม่

และสำหรับการศึกษาในแง่มุมของนิติศาสตร์ทางคุณค่านั้น เป็นการศึกษาวิเคราะห์
รูปแบบสัญญาสัมปทานที่ปฏิบัติกันอยู่ทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ โดยเป็นการศึกษา
เปรียบเทียบเพื่อค้นหารูปแบบสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการนำมาใช้ใน

¹⁴วิชานิติศาสตร์อาจแบ่งออกได้เป็น 3 แขนงใหญ่ ๆ คือ นิติศาสตร์โดยแท้ นิติศาสตร์
ทางข้อเท็จจริง และนิติศาสตร์ทางคุณค่า, ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 2
(กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์, 2531) น.21.

โครงการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐาน และเสนอแนะรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทาน อันเป็นการสร้างรูปแบบสัญญาในรูปแบบใหม่ให้กับประเทศไทย เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในอดีต และเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐในรูปแบบสัญญาสัมปทานเพื่อการพัฒนาประเทศต่อไป

10. ขอบเขตและเค้าโครงการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาประเด็นปัญหากรณีที่ได้รับสัมปทานในประเทศไทย เป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นเรื่องที่มีขอบเขตกว้างขวางและมีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาหลายประเด็น ดังนั้น เพื่อให้ไม่ให้อาจารย์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาที่กว้างเกินไปจนอาจทำให้ไม่สามารถวิเคราะห์ประเด็นใดประเด็นหนึ่งได้โดยละเอียด ผู้เขียนจึงขอจำกัดขอบเขตของการศึกษา โดยศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

จากขอบเขตของการศึกษาดังกล่าว ผู้เขียนจึงกำหนดโจทย์วิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ออกเป็น 3 โจทย์เพื่อหาคำตอบดังนี้คือ โจทย์วิจัยแรกเป็นปัญหาว่าสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเป็นเช่นไร มีความเหมือนหรือแตกต่างจากสัญญาสัมปทานในต่างประเทศอย่างไร ซึ่งเป็นการศึกษาเพื่อสร้างความเข้าใจที่ชัดเจนเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ส่วนโจทย์วิจัยที่สองเป็นปัญหาว่ากรณีจะเป็นเช่นไรหากผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย สำหรับโจทย์วิจัยที่สาม เป็นการศึกษาเพื่อหาข้อสรุปว่าจากปัญหาสัมปทานทั้งหมดที่เกิดขึ้นนี้ จะแก้ไขปัญหาอย่างไร ประเทศไทยควรมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อแก้ไขปัญหาหรือไม่ และแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยควรเป็นเช่นไร เพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งจากโจทย์วิจัยดังกล่าวทำให้ผู้เขียนจัดแบ่งวิทยานิพนธ์ออกเป็น 4 บท คือ

บทที่ 1 สัญญาสัมปทานในประเทศไทย

บทที่ 2 สัญญาสัมปทานในต่างประเทศ

บทที่ 3 สัญญาสัมปทานในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

บทที่ 4 แนวคิดและแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

การแบ่งบทของวิทยานิพนธ์ดังกล่าวเป็นการแบ่งจากโจทย์วิจัย โดยกำหนดโจทย์วิจัยในแต่ละบทเพื่อนำคำตอบที่ได้รับทั้งหมดมาตอบโจทย์วิจัยหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าสัญญา

สัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้นมีประเด็นปัญหาใดบ้างให้ต้องพิจารณา ประเทศไทยควรมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานหรือไม่ และควรกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้เพื่อให้สัญญาสัมปทานเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริง และเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนมาในประเทศไทยและทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย โดยยังคงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน

ในการศึกษาปัญหาตามเรื่องนี้ ผู้เขียนจะเริ่มต้นศึกษาจากสัญญาสัมปทานในประเทศไทย อันเป็นการศึกษาในบทที่ 1 ก่อนว่าประเทศไทยมีแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานอย่างไร มีประเด็นปัญหาอะไรที่เคยเกิดขึ้นบ้าง และปัญหาดังกล่าวมาจากสาเหตุใด โดยจะได้นำตัวอย่างสัญญาสัมปทานบางฉบับในประเทศไทยมาศึกษาวิเคราะห์ จากนั้นจึงเป็นการศึกษาถึงสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ ทั้งในส่วนของแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติในต่างประเทศ อันเป็นการศึกษาในบทที่ 2 เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทยว่าเหมือนหรือแตกต่างจากต่างประเทศอย่างไร ส่วนการศึกษาในบทที่ 3 นั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากสถานการณ์ในปัจจุบันของประเทศไทยที่มีความต้องการให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ในกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน เนื่องจากความต้องการเทคโนโลยีใหม่ ๆ และเงินลงทุนจากต่างประเทศ กรณีจึงมีความเป็นไปได้มากขึ้นที่สัญญาสัมปทานอาจนำมาเป็นทางเลือกหนึ่งของรูปแบบสัญญาลงทุนเพื่อเชิญชวนให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวนี้เองจึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยควรพิจารณาถึงประเด็นต่าง ๆ ในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้กับประเทศไทยในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกัสัญญาสัมปทาน ดังนั้น ในบทที่ 3 จึงเป็นการศึกษาสัญญาสัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย โดยผู้เขียนจะได้นำข้อมูลที่ได้รับจากการศึกษาในบทที่ 2 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในต่างประเทศไปศึกษาวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบกับ จากนั้นจึงนำผลที่ได้รับจากการศึกษาทั้งหมดไปวิเคราะห์ในบทที่ 4 เพื่อให้ได้คำตอบว่าประเทศไทยควรมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานหรือไม่ และควรกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมาย และความเป็นไปได้ในการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย โดยจะได้พิจารณาถึงความเหมาะสมกับประเทศไทยและประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับเป็นสำคัญ

หลังจากการศึกษาทั้ง 4 บทแล้วจะเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะซึ่งเป็นการสรุปคำตอบทั้งหมดที่ได้รับจากการศึกษาวิจัย และให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานประเทศไทยในลักษณะที่เป็นรูปธรรมให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อให้ประเทศไทยจะสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการจัดทำสัญญาสัมปทานที่ทำให้การดำเนินโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐเป็นไปอย่างสัมฤทธิ์ผล อันจะนำมาซึ่งการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศไทย โดยยังคงรักษาไว้ซึ่งการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะให้กับประชาชนและความมั่นคงของประเทศต่อไป

11. ข้อตกลงเบื้องต้น

ในการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกำหนดข้อตกลงเบื้องต้นไว้ดังต่อไปนี้คือ

1) วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเรื่องสัญญาสัมปทาน โดยเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย เพื่อประโยชน์ในการนำเงินลงทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย และเพื่อประโยชน์ในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ

2) สัญญาสัมปทานตามหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายรวมทั้งสัญญาที่เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานเนื่องจากมีกฎหมายกำหนดว่าต้องได้รับสัมปทาน และสัญญาที่มิได้เรียกชื่อว่าสัญญาสัมปทานแต่มีลักษณะของสัญญาสัมปทานด้วย เช่น สัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาดำเนินงานร่วมกับรัฐตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 โดยมุ่งเน้นเฉพาะสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ อันมีลักษณะเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเพื่อประโยชน์ของประชาชน ซึ่งอยู่ในความหมายของสัญญาทางปกครอง

3) ในการศึกษาประเด็นปัญหาของสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยและในต่างประเทศนั้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างเฉพาะปัญหาที่สำคัญหรือน่าสนใจเท่านั้น

4) ในการศึกษาเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยและในต่างประเทศนั้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างเฉพาะสัญญาสัมปทานในโครงการใหญ่ ๆ หรือน่าสนใจเท่านั้น

12. ผลที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

- 1) ทำให้มีความเข้าใจที่ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ทั้งในส่วนของแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติ รวมทั้งปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นในประเทศไทย และสาเหตุที่แท้จริงของปัญหา
- 2) ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติของสัญญาสัมปทานในต่างประเทศ รวมทั้งวิธีการแก้ไขปัญหา และสามารถนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาได้
- 3) ทำให้ทราบถึงประเด็นที่ต้องนำมาพิจารณากรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย และปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ ตลอดจนความเสี่ยงที่สำคัญในสัญญาสัมปทานและแนวทางในการจัดการความเสี่ยงดังกล่าว
- 4) สามารถวิเคราะห์ปัญหาอุปสรรคในแต่ละขั้นตอนของสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย โดยนำตัวอย่างสัญญาสัมปทานโครงการลงทุนขนาดใหญ่บางสัญญามานำเป็นกรณีศึกษา
- 5) สามารถค้นหาแนวทางแก้ไขปัญหา และกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ อันมีลักษณะเป็นการเตรียมความพร้อมให้กับประเทศไทยสำหรับการลงทุนจากต่างชาติ โดยไม่ให้เกิดผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชน รวมทั้งความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติ
- 6) สามารถกำหนดแนวทางการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน โดยพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการพัฒนากฎหมายเพื่อให้รองรับในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ารับสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย
- 7) สามารถวิเคราะห์รูปแบบสัญญาสัมปทานที่ปฏิบัติกันอยู่ทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ เพื่อค้นหารูปแบบสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมกับประเทศไทย และแนวทางการปฏิรูปเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน โดยนำรูปแบบสัญญาสัมปทานจากแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถือได้มาเป็นต้นแบบ (Model) ในการเสนอแนะโครงสร้างสัญญาสัมปทาน (Concession Contract Structural Framework) และความเป็นไปได้ในการกำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย โดยมุ่งเน้นเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน

8) หากผลของการศึกษาสามารถนำไปดำเนินการให้สำเร็จได้เป็นอย่างดีเป็นรูปธรรมจะทำให้เกิดประโยชน์ต่าง ๆ ต่อประเทศชาติ เช่น ช่วยสร้างความมั่นใจให้กับหน่วยงานของรัฐในการจัดทำสัญญาสัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติให้สามารถชี้แจงต่อสาธารณชนได้ว่าการจัดทำสัญญาสัมปทานนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน ช่วยทำให้สัญญาสัมปทานเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการลงทุนจากต่างประเทศในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ของรัฐ ที่จะช่วยดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น เพราะมีความมั่นใจในสัญญาสัมปทานที่ทำกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยและมั่นใจในกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยในการระงับข้อพิพาทที่หากเกิดขึ้นในอนาคต และยังช่วยลดปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยกับผู้ลงทุนต่างชาติ อันจะนำมาซึ่งการพัฒนาการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทยต่อไป และยังเป็นการเชื่อมความสัมพันธ์อันดีในระดับระหว่างประเทศอีกด้วย

THAMMASAT UNIVERSITY
สำนักหอสมุด