

สัญญาสัมปทานในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

จากที่ได้ศึกษาแนวความคิดและแนวทางปฏิบัติของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย และสัญญาสัมปทานในต่างประเทศในบทที่ 1 และ 2 ทำให้เห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานเป็นเครื่องมือหนึ่งที่รัฐนำมาใช้ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน ซึ่งข้อดีที่สุดของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ คือ การที่เอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงในการดำเนินการเอง¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นสัญญาสัมปทานที่ทำกับผู้ลงทุนต่างชาติ ยิ่งเป็นผลดีในแง่ของการนำเงินลงทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยอีกด้วย ดังนั้น ตราบใดที่ประเทศต่าง ๆ ยังคงต้องการเงินลงทุนจำนวนมากและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ สัญญาสัมปทานก็ยังคงเป็นเครื่องมือที่น่าสนใจสำหรับการนำมาใช้ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนเนื่องจากสามารถช่วยประหยัดเงินลงทุนของรัฐได้เป็นจำนวนมาก

ปัจจุบันประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้นโดยเฉพาะในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ ซึ่งผู้เขียนมองว่าสัมปทานเป็นรูปแบบหนึ่งของการลงทุนที่น่าสนใจ อย่างไรก็ตาม สัญญาสัมปทานในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐนั้น มีขั้นตอนในการดำเนินการหลายขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นในช่วงระหว่างก่อนลงนามสัญญา ระหว่างการก่อสร้าง และระหว่างดำเนินการ จึงเป็นสัญญาที่มีความเสี่ยงสูง โดยมีทั้งความเสี่ยงต่อผู้ลงทุนเอง และความเสี่ยงต่อหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน ตลอดจนประชาชนที่เป็นผู้รับบริการ ในบทนี้จึงเป็นการศึกษาถึงสัญญาสัมปทานในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย² เพื่อค้นหาคำตอบว่าในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทยนั้นจะมีประเด็นในเรื่องใดบ้างที่ต้องพิจารณา ซึ่งหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันแล้วพบว่าสัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานนั้น

¹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538) น.146., คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 349/2549 (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) น.47.

² สำหรับความหมายของผู้ลงทุนต่างชาติตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการพิจารณาบนพื้นฐานตามข้อเท็จจริง ซึ่งทำให้หมายรวมทั้งบริษัทที่จดทะเบียนในต่างประเทศ หรือมีสำนักงานใหญ่ในต่างประเทศ หรือมีผู้ถือหุ้นเป็นชาวต่างชาติ

อาจมีได้ใน 2 กรณี คือ สัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนเพื่อเข้ารับสัมปทานกรณีหนึ่ง กับอีกกรณีหนึ่ง คือ สัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานโดยตรง ดังนั้น การศึกษาในบทนี้จึงหมายรวมทั้งสองกรณิดังกล่าว โดยเป็นการศึกษาว่าการที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้นจะทำให้มีประเด็นในเรื่องใดบ้างที่ต้องนำมาพิจารณา ประเทศไทยควรกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติหรือไม่ อย่างไร การที่ผู้ลงทุนต่างชาตินำเงินจำนวนมากเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพื่อทำสัญญาสัมปทานนั้น มีความเสี่ยงอะไรบ้างที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยอันเป็นประเด็นสำคัญที่ควรหยิบยกขึ้นมาพิจารณา และควรที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร อะไรคือปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน อะไรคือปัญหาและอุปสรรคในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย รวมทั้งจะได้ทำการศึกษาดูว่า ประเทศไทยมีการรับรองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การพิจารณาในบทต่อไปว่าประเทศไทยควรมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานหรือไม่ และควรกำหนดแนวทางในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไร

กรณิดังกล่าวจึงทำให้ผู้เขียนแบ่งการศึกษาในบทนี้ออกเป็น 5 ตอน ดังนี้

ตอนที่ 1 การกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ

ตอนที่ 2 ความเสี่ยงที่สำคัญในสัญญาสัมปทานกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามารับสัมปทาน

ในประเทศไทย

ตอนที่ 3 ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน

ตอนที่ 4 ปัญหาและอุปสรรคในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

ตอนที่ 5 การรับรองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อเข้ารับสัมปทานในประเทศไทย และมาตรการในการคุ้มครองกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

ตอนที่ 1 การกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ

จากการศึกษาในบทที่ 1 และบทที่ 2 ทำให้เห็นได้ว่าสัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบหนึ่งของการลงทุนที่น่าสนใจ โดยเฉพาะการลงทุนจากต่างประเทศ แต่การให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามา

เป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้นอาจไม่เหมาะสมสำหรับกิจการบางอย่าง นอกจากนั้น กิจการบางอย่างก็อาจไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้การลงทุนจากต่างชาติ กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า ประเทศไทยควรมีการจำกัดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติหรือไม่ โดยกิจการใดที่ควรจำกัดการให้สัมปทานเฉพาะผู้ลงทุนไทย กิจการใดที่ควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน และกิจการใดที่ควรเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานมาเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่น

จากการที่รัฐมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว รัฐสามารถอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ เช่น อำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม โดยที่การใช้อำนาจดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงทำให้ต้องมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมหรือจำกัดการใช้อำนาจสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เป็นต้น และจากการที่รัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะนี้เอง รัฐจึงต้องเป็นผู้ให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน แต่เมื่อขอบเขตและปริมาณของบริการสาธารณะขยายตัวมากยิ่งขึ้น รัฐจึงไม่อาจทำกิจการทั้งหมดได้ด้วยตนเอง จำเป็นต้องขยายขอบเขตของงานและหน่วยงานของรัฐในการให้บริการสาธารณะ เช่น การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ไม่ว่าโดยกฎหมายในรูปของพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล พ.ศ.2496³ รวมทั้งการที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนไปดำเนินการแทนรัฐในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งการให้สัมปทานบริการสาธารณะก็เป็นรูปแบบหนึ่งในการมอบบริการสาธารณะไปให้เอกชนจัดทำ โดยให้เอกชนเข้ามาลงทุนและดำเนินกิจการแทนรัฐด้วยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง และเพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนดังกล่าว รัฐจึงให้สิทธิแก่เอกชนนั้นแต่ผู้เดียวในการดำเนินการและเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ให้บริการนั้น ซึ่งนอกจากการที่รัฐให้เอกชนเข้ามาลงทุนดำเนินการในกิจการสาธารณะในรูปของการให้สัมปทานแล้ว รัฐยังอาจดำเนินการในรูปแบบอื่น เช่น การให้เอกชนเข้ามาร่วมทุนหรือร่วมดำเนินงานในกิจการของรัฐ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจให้เป็น

³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล พ.ศ.2496 มาตรา 3 บัญญัติว่า

“เมื่อรัฐบาลเห็นเป็นการสมควรจะจัดตั้งองค์การ เพื่อดำเนินกิจการอันเป็นสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ในการเศรษฐกิจ หรือช่วยเหลือในการครองชีพ หรืออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน โดยใช้เงินทุนจากงบประมาณแผ่นดินก็ให้กระทำได้โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”

เอกชน (Privatization) โดยระดมทุนจากภาคเอกชนให้มาซื้อกิจการหรือทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจไปดำเนินการในรูปของกิจการเอกชนแต่ยังอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ซึ่งรัฐจะลดบทบาทจากผู้ลงทุนและผู้ประกอบการมาเป็นผู้ควบคุม เป็นต้น

จึงเห็นได้ว่าการให้บริการสาธารณะของรัฐนั้นมีการพัฒนาในรูปแบบต่าง ๆ โดยสัมปทานก็เป็นรูปแบบหนึ่ง ซึ่งจนถึงปัจจุบันบริการสาธารณะที่ยังคงใช้วิธีในการให้สัมปทานนั้นประกอบไปด้วย 3 กิจการหลัก ๆ ดังนี้คือ ทางหลวงสัมปทาน โทรคมนาคม และระบบขนส่งมวลชนที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน

โดยที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานมักเป็นกฎหมายที่มุ่งควบคุมกิจการบางอย่าง ทำให้มีการกำหนดว่าหากเอกชนจะเข้าดำเนินการกิจการนั้นต้องได้รับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในเรื่องนี้คงต้องพิจารณาว่ากิจการดังกล่าวยังมีความจำเป็นที่ต้องมีการควบคุมหรือไม่ และการควบคุมดังกล่าวควรเป็นการควบคุมเพื่อคุ้มครองประชาชนไม่ให้ได้รับความเดือดร้อนหากเอกชนเข้ามาดำเนินการแทน หรือควรเป็นการคุ้มครองเพื่อประโยชน์ของรัฐ และควรพิจารณาต่อไปด้วยว่าระหว่างการควบคุมกับการส่งเสริมให้เอกชนเข้ามาดำเนินการนั้นในที่สุดแล้วอะไรจะดีกว่า เช่น โทรศัพท์ โดยในสมัยก่อนที่ดำเนินการโดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเท่านั้น โทรศัพท์มีราคาแพงและติดตั้งยาก แต่ต่อมาเมื่อให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐ โทรศัพท์กลับมีราคาถูกลง ติดตั้งได้ง่ายขึ้น หรือแม้แต่โทรศัพท์มือถือที่เมื่อรัฐให้เอกชนเข้ามาแข่งขันกันหลายรายมากขึ้นก็ทำให้ค่าโทรศัพท์มีราคาถูกลง เป็นต้น

ในตอนนี้จึงเป็นการศึกษาว่าประเทศไทยควรกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติหรือไม่ อย่างไร โดยอาจนำประเด็นในเรื่องของกิจการที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อใช้สำหรับการจำกัดประเภทกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ และนำประเด็นในเรื่องของกิจการที่ต้องการความรู้และเทคโนโลยีจากต่างประเทศเพื่อนำมาพัฒนาประเทศเพื่อใช้สำหรับกิจการประเภทที่ต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน

ดังนั้น ในตอนนี้จึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้

1. กิจการที่ควรจำกัดการให้สัมปทานเฉพาะผู้ลงทุนไทย
2. กิจการที่ควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน
3. กิจการที่ควรเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่น

ในการกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาตินั้น จำต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ก่อนว่ากิจการประเภทใดที่รัฐควรดำเนินการเอง กิจการประเภทใดที่รัฐควร

ให้รัฐวิสาหกิจหรือนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการ กิจกรรมประเภทใดที่รัฐสามารถมอบให้เอกชนมาดำเนินการแทนรัฐได้ และกิจกรรมประเภทใดที่รัฐควรให้เอกชนมาดำเนินการโดยรัฐทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ควบคุมกำกับดูแล (Regulator) เพื่อให้เอกชนมีการแข่งขันกันอย่างเสรี ซึ่งจะเห็นได้ว่า กิจกรรมที่สามารถให้สัมปทานได้นั้นต้องไม่ใช่กิจกรรมที่รัฐควรดำเนินการเองโดยตรง⁴ แต่ต้องเป็นกิจกรรมที่รัฐสามารถมอบให้เอกชนมาดำเนินการแทนรัฐได้ ส่วนกิจกรรมที่รัฐควรให้เอกชนมาดำเนินการ โดยรัฐทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ควบคุมกำกับดูแลนั้นน่าจะเป็นกิจกรรมที่ควรเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานมาเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่น

ดังนั้น การพิจารณาในที่นี้จึงจะพิจารณาเฉพาะกิจกรรมที่รัฐควรดำเนินการเอง กิจกรรมที่รัฐสามารถมอบให้เอกชนมาดำเนินการแทนรัฐได้ และกิจกรรมที่ควรเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานมาเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่นเท่านั้น

1. กิจกรรมที่ควรจำกัดการให้สัมปทานเฉพาะผู้ลงทุนไทย

จากสถานการณ์ในปัจจุบันที่ประเทศไทยเริ่มมีการตื่นตัวมากขึ้นสำหรับการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติโดยเฉพาะในกิจกรรมที่ให้สัมปทาน กรณีดังกล่าวจึงมีผลให้การเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติเป็นไปได้ยาก การเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติจึงเป็นลักษณะของการเข้ามาร่วมทุนหรือร่วมกิจการกับบริษัทไทยมากกว่า และหากเป็นกิจการที่คนไทยสามารถทำได้แล้ว ก็ต้องให้คนไทยทำ การให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนจึงน่าจะเป็นเฉพาะกิจการที่คนไทยยังทำไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาว่ากิจกรรมใดที่ควรจำกัดการให้สัมปทานเฉพาะผู้ลงทุนไทยนั้น จึงควรที่จะเริ่มต้นจากการพิจารณาก่อนว่ากิจการนั้นผู้ลงทุนไทยสามารถทำได้หรือไม่ และอยู่ในฐานะที่แข่งขันกับการลงทุนจากต่างประเทศได้หรือไม่ และหากกิจการนั้น นักลงทุนต่างชาติเข้ามาดำเนินการเช่นนี้จะมีผลกระทบอะไรตามมาหรือไม่

⁴ กรณีดังกล่าวสอดคล้องกับแนวความคิดในฝรั่งเศสที่การดำเนินการเองโดยรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเรียกว่า la regie directe ซึ่งคำว่า regie นี้ใช้กันมาเป็นเวลานานแล้ว โดยหมายถึงการดำเนินการโดยรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เดิมคำว่า regie นี้ตรงกันข้ามกับคำว่า “การให้สัมปทาน (concession)” ซึ่งรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมอบหมายการดำเนินการบริการสาธารณะทางเศรษฐกิจให้แก่เอกชน อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, “ความหมายของรัฐวิสาหกิจในฝรั่งเศส (ตอน 3)”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 2 ตอน 1, น.2-3 (เมษายน 2526).

ปัจจุบันมีข้อที่น่าสังเกตว่าบางประเทศเริ่มมีแนวโน้มในการออกกฎหมายให้คุ้มครองกิจการสาธารณูปโภคที่สำคัญของรัฐและกำหนดให้ต้องดูแลและบริหารงานโดยคนชาติของตน เช่น ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา สเปน โปแลนด์ และโบลีเวียที่กำลังผลักดันให้ออกกฎหมายห้ามบริษัทต่างชาติเข้ามาซื้อกิจการของรัฐที่เกี่ยวข้องกับพลังงานและสาธารณูปโภค โดยกรณีของฝรั่งเศส รัฐบาลและรัฐสภาของฝรั่งเศสร่วมกันออกกฎหมายฉบับหนึ่งเรียกว่า Economic Patriotism (ลัทธิความรักชาติทางเศรษฐกิจ) ประกาศให้ธุรกิจ 10 กลุ่ม จะต้องถูกตรวจสอบอย่างเข้มงวดเพื่อป้องกันการ take over จากต่างชาติ หรือกรณีของโบลีเวีย ซึ่งเป็นประเทศที่มีการขยายตัวทางเศรษฐกิจสูงสุดในกลุ่มละตินอเมริกา ก็หันมาต่อต้านการค้าเสรี โดยประธานาธิบดีอีโว โมราเลส มีนโยบาย Renationalization รื้อฟื้นรัฐวิสาหกิจขึ้นมาใหม่ ด้วยการซื้อคืนธุรกิจหลัก ๆ เช่น ท่าเรือ พลังงาน โทรคมนาคม สายการบิน รถไฟ สาธารณูปโภคต่าง ๆ ที่ถูกต่างชาติซื้อไปในช่วงศตวรรษที่ 90 กลับคืนมาเป็นรัฐวิสาหกิจเพื่อให้รัฐบาลเข้าไปควบคุมอีกครั้ง หรือกรณีของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 12 มีนาคม พ.ศ.2549 สมาชิกสภานิติบัญญัติสหรัฐได้เรียกร้องให้รัฐบาลอเมริกาเข้มงวดมากขึ้น มิให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในกิจการสาธารณูปโภคของประเทศ โดยปัจจุบัน รัฐบาลสหรัฐอยู่ระหว่างการผลักดันให้มีกฎหมายใหม่คุ้มครองให้กิจการสาธารณูปโภคต้องบริหารและดูแลโดยชาวอเมริกันเท่านั้น⁵ อันเป็นผลมาจากการที่ขณะนี้เกิดบรรษัทที่มีลักษณะเป็นกองทุนของรัฐบาลประเทศต่าง ๆ ซึ่งใหญ่โตพอที่จะซื้อกิจการของสหรัฐอเมริกาได้ เช่น ชีโนของรัฐบาลจีน เทมาเส็กของรัฐบาลสิงคโปร์ ดูไบพอร์ตเวิลด์ของรัฐบาลสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ เป็นต้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นมีผลกระทบต่อแนวความคิดในการลงทุนในกิจการสาธารณูปโภคของรัฐ กรณีจึงมีความเป็นไปได้ว่าในอนาคตแนวความคิดในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นของเอกชนอาจเปลี่ยนแปลงกลับมาเป็นการให้สัมปทานหรือให้รัฐวิสาหกิจดำเนินการเอง เพื่อให้รัฐยังคงเป็นเจ้าของกิจการสาธารณูปโภค และมีหน้าที่ในการให้บริการแก่ประชาชน

สำหรับประเทศไทยนั้น ปัจจุบันพบว่ามีความหมายบางฉบับที่ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีทั้งในการอนุมัติให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการ และในการอนุมัติให้เอกชนเป็นผู้รับสัมปทาน เช่น พระราชบัญญัติการควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542⁶ เป็นต้น กิจการดังกล่าวจึงเป็นกิจการ

⁵ กระแสข่าว, “สภามะกันกลับลำต้านกระแสโลกาภิวัตน์ กลัวต่างชาติยึดสาธารณูปโภค”, วารสารกฎหมายใหม่, ฉบับที่ 70, ปีที่ 4, น.45 (เมษายน 2549).

⁶ พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542

ที่รัฐเห็นว่าเป็นกิจการที่รัฐสามารถมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐได้ แต่รัฐก็ยังต้องการควบคุมกิจการดังกล่าวไว้เองด้วย นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดกิจการบางประเภทอย่างชัดเจนว่าผู้รับสัมปทานต้องเป็นนิติบุคคลไทย เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 44 (1) ที่กำหนดว่าผู้รับสัมปทานต้องเป็นนิติบุคคลไทย ทำให้ในการจัดทำสัญญาสัมปทานของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยต้องมีเงื่อนไขสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานจะต้องได้รับการจัดตั้งและจดทะเบียนเป็นบริษัทตามกฎหมาย ในขณะที่ลงนามในสัญญาก่อนเริ่มให้บริการ เป็นต้น

ในการจำกัดกิจการที่ควรให้สัมปทานเฉพาะผู้ลงทุนไทยนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับกิจการที่ควรจำกัดในการให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติด้วย ซึ่งเรื่องนี้เริ่มปรากฏแนวความคิดที่ชัดเจนขึ้นในประเทศไทยภายหลังจากที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งหมายเลขคดีดำที่ 465/2549 หมายเลขคดีแดงที่ 348/2549 กลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้รับฟ้องคดีที่นายศาสตรา โตอ่อน อาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองขอให้คำสั่งให้กระทรวงเทคโนโลยีและสารสนเทศ ยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ทั้งฉบับ ให้กระทรวงคมนาคม ยกเลิกสัญญาสัมปทานที่ทำกับบริษัท ชินเซทเทิลโลท จำกัด (มหาชน) ทั้งฉบับ และให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ยกเลิกสัญญาที่ทำกับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ทั้งฉบับ ไว้พิจารณาและดำเนินการตามรูปคดีต่อไป โดยส่วนหนึ่งของคำสั่งปรากฏว่า ศาลมีความเห็นว่า สัมปทานที่ทั้ง 3 บริษัทรับไปเพื่อดำเนินการสื่อสารนั้น มีโอกาสล่วงรู้ความลับเกี่ยวกับการสื่อสารของผู้ใช้บริการ หากกิจการดังกล่าวตกไปอยู่ในอำนาจบริหารของบุคคลต่างด้าว อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหาย อันเกิดจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำของหน่วยงานราชการทั้ง 3 ดังกล่าว จึงเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจรับไว้พิจารณาหรือมีคำสั่งตามมาตรา 9 วรรค 1 (2) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 คดีดังกล่าวจึงทำให้เกิดประเด็นที่น่าพิจารณาว่า

มาตรา 31 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คณะรัฐมนตรีอาจอนุมัติให้หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานหนึ่งหน่วยงานใดเป็นผู้ดำเนินการจัดให้มีคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบการขนส่งน้ำมัน เชื้อเพลิงทางท่อเพื่อบริการในด้านการใช้เป็นสถานที่เก็บรักษาน้ำมันเชื้อเพลิงหรือการขนส่งน้ำมัน เชื้อเพลิงได้”

มาตรา 43 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการดำเนินงาน คณะรัฐมนตรีอาจ อนุมัติให้เอกชนรายใดเป็นผู้รับสัมปทานในการจัดให้มีคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบการขนส่ง น้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อตามหมวดนี้ก็ได้”

ประเทศไทยควรที่จะมีการพิจารณาทบทวนเกี่ยวกับประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติหรือไม่ เพราะจากคดีนี้ทำให้ดูเหมือนว่าศาลได้มีการคำนึงถึงกิจการที่ให้สัมปทานด้วยว่า กิจการเพื่อดำเนินการสื่อสารนั้น ทำให้ผู้รับสัมปทานมีโอกาสล่วงรู้ความลับเกี่ยวกับเรื่องการสื่อสารของผู้ใช้บริการ หากกิจการดังกล่าวตกไปอยู่ในอำนาจบริหารของกลุ่มคนต่างด้าวแล้ว อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหาย และอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศได้ คดีนี้จึงน่าจะเป็นส่วนหนึ่งของการนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทย และทำให้มีข้อที่นาคิดว่า การที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องเปิดเสรีทางด้านโทรคมนาคมตามข้อตกลงที่ให้กับ WTO นั้น ควรที่จะทำอย่างไรเพื่อให้ประเทศไทยยังคงเคารพต่อพันธกรณีที่ให้ไว้ แต่ในขณะเดียวกันก็สามารถปกป้องความมั่นคงของประเทศได้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า คำสั่งของศาลปกครองดังกล่าวคงไม่ได้หมายความว่า เป็นการปฏิเสธการให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ เพราะการที่ศาลใช้ถ้อยคำว่า “แต่สัมปทานที่ทั้ง 3 บริษัทรับไปเพื่อดำเนินการสื่อสารนั้น มีโอกาสล่วงรู้ความลับเรื่องการสื่อสารของผู้ใช้บริการ” นั้น แสดงให้เห็นว่าศาลคำนึงถึงกิจการที่ให้สัมปทาน ด้วยเหตุนี้ การให้สัมปทานกับบุคคลต่างด้าว หรือผู้ลงทุนต่างชาติจึงยังคงมีความเป็นไปได้ เพราะประเทศไทยเองก็ยังคงต้องการเทคโนโลยีจากต่างประเทศ และต้องการการลงทุนจากต่างประเทศ เพียงแต่หากเป็นการให้สัมปทานแล้ว จะต้องคำนึงถึงกิจการที่ให้สัมปทานนั้นด้วยว่าเป็นกิจการที่อาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศหรือไม่

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปจึงเป็นประเด็นว่า ถ้าเช่นนั้นแล้วกิจการประเภทใดที่ควรมีข้อจำกัดในการให้สัมปทานสำหรับผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งเรื่องนี้คงต้องพิจารณาก่อนว่า กิจการใดบ้างที่อยู่ในเกณฑ์ที่ต้องได้รับสัมปทานจากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศไทยแล้วก็จะพบว่า กิจการที่ให้สัมปทานนั้น ประกอบด้วยทรัพยากรธรรมชาติและกิจการสาธารณูปโภค โดยทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ ป่าไม้ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ ปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม รังนกนางแอ่นตามพระราชบัญญัติการรังนกอีแอ่น ส่วนกิจการสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และทางหลวงตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน นอกจากนั้น ยังรวมถึงทรัพยากรของรัฐ เช่น คลื่นความถี่ ด้วย ซึ่งหากพิจารณาจากกิจการดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า กิจการที่น่าจะถือได้ว่ามีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ คือ คลื่นความถี่ และการเดินอากาศ ดังนั้น กิจการดังกล่าวจึงเป็นกิจการที่

รัฐน่าจะมีการทบทวนการให้สัมปทาน โดยอาจจะจำกัดการให้สัมปทานเฉพาะผู้ลงทุนไทย ส่วนกิจการที่จะเปิดโอกาสให้มีการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติน่าจะได้แก่ กิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน ที่ปัจจุบันยังคงมีความต้องการเพื่อให้รองรับการให้บริการอย่างเพียงพอแก่ประชาชน

อย่างไรก็ดี การจำกัดกิจการที่ควรให้สัมปทานเฉพาะผู้ลงทุนไทยนั้น ยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งความจริงแล้ว การให้สัมปทานนั้นมีการคำนึงถึงสัดส่วนของบุคคลต่างด้าวที่เข้ามารับสัมปทานมาโดยตลอด ไม่ว่าจะเป็นปรากฏตามกฎหมายหรือสัญญาสัมปทานก็ตาม โดยพบว่า มีกิจการหลายกิจการที่แม้ผู้รับสัมปทานจะเป็นคนไทย แต่อำนาจในการบริหารยังคงตกอยู่ในมือของบุคคลต่างด้าว

ดังนั้น กิจการที่ควรจำกัดการให้สัมปทานเฉพาะผู้ลงทุนไทยจึงควรเป็นกิจการที่ผู้ลงทุนไทยสามารถกระทำได้เช่นเดียวกับผู้ลงทุนต่างชาติ กิจการที่ไม่ต้องใช้เทคโนโลยีใหม่ ๆ จากต่างประเทศ กิจการที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศหากให้ผู้ลงทุนต่างชาติดำเนินการ

2. กิจการที่ควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน

ในการพิจารณาว่ากิจการประเภทใดที่ควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนนั้น อาจพิจารณาจากความต้องการพื้นฐานของการลงทุนในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) ในแง่ของเงินลงทุนและผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ

ถ้าเป็นผู้ลงทุนต่างชาติแล้วย่อมหมายถึงกรณีที่เราต้องการดึงดูดเงินลงทุนจากต่างชาติเข้ามาในประเทศ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อการลงทุนและสร้างงานในธุรกิจต่าง ๆ ในประเทศไทย ดังนั้น สิ่งที่ต้องคำนึงคือ ปัญหาว่าจะทำอย่างไรให้ประเทศไทยสามารถดึงดูดเงินตราจากต่างชาติเข้ามาในประเทศไทยให้ได้มากที่สุด และจะทำอย่างไรเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยให้มากที่สุด ทั้งนี้ เพื่อให้ประเทศไทยสามารถแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้ ซึ่งหากประเทศไทยสามารถสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติได้แล้ว ก็ย่อมมีผลให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น อันจะนำมาซึ่งการพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ ซึ่งหากเป็นกิจการที่มีผู้ลงทุนไทยดำเนินการอยู่แล้ว การเข้ามาของผู้ลงทุนต่างชาติดังกล่าวจะทำให้เกิดการแข่งขันกันมากขึ้น และในที่สุดผลประโยชน์จะตกแก่ประชาชน อย่างไรก็ตามก็ดี กรณีดังกล่าวจะต้องคำนึงด้วยว่ากิจการดังกล่าว นั้น ผู้ลงทุนไทยมีความพร้อมที่จะแข่งขันกับผู้ลงทุนต่างชาติแล้วหรือไม่ เนื่องจากยังคงมี

กิจการหลายประเภทที่ผู้ประกอบการชาวไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว รัฐบาลก็จำเป็นต้องคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ประกอบการที่เป็นคนชาติด้วย เพื่อมิให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาแย่งงานของเอกชนไทยได้ เช่น การกำหนดประเภทของกิจการที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาดำเนินงานไว้ให้ชัดเจนในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เป็นต้น

2) ในแง่ของเทคโนโลยี

ถ้าเป็นผู้ลงทุนต่างชาติแล้วย่อมหมายถึงกรณีที่เราต้องการได้รับเทคโนโลยีใหม่ ๆ จากต่างประเทศ ซึ่งหากการเข้ามาของผู้ลงทุนต่างชาตินั้นทำให้มีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้และถ่ายทอดให้แก่คนไทยเช่นนี้ ก็เป็นเรื่องที่ควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน แต่ทั้งนี้ อาจจะต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายบางอย่างกำหนดหน้าที่ให้ผู้ลงทุนต่างชาตินั้นมีหน้าที่ต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีอย่างเป็นรูปธรรมด้วย

3) ในแง่ของการคุ้มครองการลงทุน

ถ้าเป็นผู้ลงทุนต่างชาติแล้วย่อมเป็นกรณีที่เรากำลังดำเนินการให้ถูกต้องตามสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย อันเป็นกรณีที่มีประเด็นในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศให้ต้องพิจารณา เช่น สนธิสัญญาการลงทุน ICSID ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งหากเป็นผู้ลงทุนไทยแล้วก็ไม่มีประเด็นในเรื่องนี้ให้ต้องพิจารณาแต่อย่างใด

ดังนั้น กิจการที่ควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนจึงควรที่จะเป็นกิจการที่ใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง ใช้เทคโนโลยีที่ยังไม่ปรากฏในประเทศไทย และเป็นกิจการที่ไม่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ เช่น โครงการระบบขนส่งมวลชนต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นรถไฟฟ้าความเร็วสูง รถไฟฟ้าชานเมือง ที่สามารถเชื่อมโยงกับระบบขนส่งมวลชนอื่น ๆ ได้ เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากโครงการดังกล่าวนี้เป็นเรื่องของการพัฒนาระบบขนส่งที่จำเป็นต้องนำเทคโนโลยีเกี่ยวกับระบบจากต่างประเทศมาใช้ อีกทั้งยังต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนค่อนข้างมาก ซึ่งโครงการเช่นว่านี้ไม่น่าจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ประกอบกับหากพิจารณาจากประสบการณ์ในอดีต ประเทศไทยก็เคยให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้าเป็นผู้รับสัมปทานมาโดยตลอด ดังนั้น การเปิดโอกาสให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน และใช้รูปแบบการลงทุนในรูปของสัมปทานจึงน่าจะเป็นเรื่องที่ดี โดยให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนในโครงการทั้งหมดและให้สิทธิในการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนได้ ในลักษณะของ Build Transfer Operate เพียงแต่รัฐจะต้องควบคุมการเก็บอัตราค่าบริการ ไม่ให้ประชาชนต้องได้รับความเดือดร้อน และน่าจะมีการทบทวนในเรื่องของการให้ประโยชน์แก่

คู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยน่าจะปรับเปลี่ยนจากผลประโยชน์ที่ต้องให้แก่รัฐมาเป็นผลประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับมากกว่า เช่น การมีอัตราค่าโดยสารที่ถูกเพื่อช่วยเหลือประชาชน เป็นต้น

3. กิจการที่ควรเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่น

จากความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและการแข่งขันทางการค้าและการลงทุนของประเทศต่าง ๆ ในยุคปัจจุบัน อาจทำให้มีผลกระทบต่อพัฒนาการของสัญญาสัมปทานที่จำต้องมีการเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่น ดังนั้น ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาว่ากิจการใดที่ควรเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่น

การลงทุนในรูปแบบอื่นนี้หมายถึงการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาลงทุนในโครงการของรัฐในรูปแบบอื่นที่นอกเหนือจากการให้สัมปทาน ซึ่งอาจมีได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญาจ้างเอกชน การเสนอขายหุ้นให้กับเอกชน การให้เอกชนมาร่วมลงทุนกับรัฐ รวมไปถึงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น

สำหรับเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยนั้น มีที่มาจากทั้งจากการพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องขอความช่วยเหลือทางการเงินและวิชาการจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund : IMF) และจากพันธกรณีที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ทำให้ประเทศไทยถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว โดยเฉพาะ IMF เนื่องจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามแนวนโยบายที่กำหนดไว้ในหนังสือแจ้งความจำนงค์จาก IMF แต่ละฉบับ ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงในปัจจุบันประเทศไทยไม่ได้กู้เงินจาก IMF แล้ว จึงควรมีการพิจารณาทบทวนในเรื่องของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจอีกครั้งหนึ่งว่าควรจะต้องมีต่อไปหรือไม่

ในการพิจารณาว่ากิจการใดควรเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่นนั้น สามารถพิจารณาได้จากลักษณะของกิจการนั่นเอง โดยหากเป็นกิจการที่เอกชนสามารถทำได้เองทั้งหมด โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าต้องให้รัฐเป็นผู้ดำเนินการ อีกทั้งเอกชนอาจทำได้ดีกว่ารัฐแล้ว รัฐควรปล่อยให้เอกชนทำ เพื่อให้เกิดการแข่งขันกันในการให้บริการอย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ดี ในการเปลี่ยนแปลงจากการให้สัมปทานเป็นการลงทุนในรูปแบบอื่น โดยเฉพาะกรณีที่รัฐให้สัมปทานกับหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการในรูปของรัฐวิสาหกิจแล้ว

หากต่อมารัฐจะมีการเปลี่ยนแปลงกิจการของรัฐวิสาหกิจนั้นให้เป็นกิจการของเอกชนแล้ว รัฐจะต้องคำนึงถึงกิจการนั้นด้วยว่าเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชนหรือไม่ หรือกิจการนั้นเป็นกิจการที่มีที่มาของการให้สัมปทานเป็นอย่างไร ทั้งนี้ เนื่องจากการให้สัมปทานมีพื้นฐานมาจากการที่รัฐมีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนแต่รัฐให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ กรณีดังกล่าวจึงทำให้รัฐสามารถใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งการให้บริการสาธารณะนั้นได้ ซึ่งรวมถึงการเวนคืนทรัพย์สินของประชาชนด้วย⁷ แต่ต่อมารัฐประสงค์จะเปลี่ยนแปลงกิจการของรัฐที่ให้สัมปทานไปเป็นกิจการของเอกชนแล้ว รัฐควรที่จะตระหนักว่าทรัพย์สินที่รัฐเคยได้มาเพื่อดำเนินกิจการของรัฐที่ให้สัมปทานนั้นเป็นการได้มาด้วยอำนาจของรัฐ ด้วยเหตุนี้ การที่รัฐจะนำทรัพย์สินเหล่านั้นมาใช้ในกิจการของเอกชนแล้วจึงย่อมเป็นการไม่ชอบแต่อย่างใด นอกจากนั้น ในกรณีที่รัฐจะตั้งองค์กรหรือหน่วยงานขึ้นมากำกับดูแลนั้น หน่วยงานดังกล่าวก็ต้องได้รับความเชื่อถือจากประชาชนด้วยว่าจะดำเนินการให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างแท้จริง ซึ่งโดยปกติสามารถพิสูจน์ได้จากบุคคลที่เข้ามาเป็นหน่วยงานดังกล่าวว่าควรเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ มีการกำหนดระบบการทำงานที่โปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้จึงจะสามารถทำให้หน่วยงานดังกล่าวสามารถดำเนินการได้สมดังจุดมุ่งหมายที่แท้จริงในเรื่องนี้

ตอนที่ 2 ความเสี่ยงที่สำคัญในสัญญาสัมปทานกรณีผู้ลงทุนต่างชาติ เข้ามารับสัมปทานในประเทศไทย

เมื่อได้ศึกษามาแล้วว่า จากสภาวะการณ์ในปัจจุบันทำให้ประเทศไทยควรที่จะพิจารณาเกี่ยวกับการจำกัดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ โดยยังคงมีกิจการบางอย่างที่ควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเช่นนี้แล้ว ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปจึงเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับความเสี่ยงที่สำคัญที่เคยเกิดขึ้นกับการทำสัญญา

⁷ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 30 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ใด เพื่อสร้างทางหลวงสัมปทานตามที่กำหนดไว้ในสัมปทาน และผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อการนั้นโดยวิธีอื่นได้ ให้กรมทางหลวงเป็นผู้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้โดยผู้รับสัมปทานเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายและค่าทดแทน เว้นแต่ในสัมปทานจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

สัมปทานในประเทศไทย ในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน และควรจะให้คู่สัญญาฝ่ายใดเป็นผู้รับความเสี่ยงดังกล่าว (Risk Sharing) ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินโครงการขนาดใหญ่มีความเป็นไปได้และเป็นประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด

ความเสี่ยงย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละประเภทของสัญญา ซึ่งสำหรับสัญญาสัมปทานนั้น เนื่องจากสัญญาสัมปทานส่วนใหญ่เป็นสัญญาที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก อีกทั้งยังยากต่อการคาดหมายด้วยว่าผลตอบแทนที่จะได้รับกลับคืนมานั้นจะคุ้มค่างบเงินลงทุนที่เสียไปหรือไม่ ซึ่งการที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากนี้เองจึงทำให้สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่มีความเป็นไปได้ของความเสี่ยงสูง โดยความเสี่ยงส่วนใหญ่มักตกอยู่กับเอกชนผู้รับสัมปทาน กรณีดังกล่าวจึงทำให้ผู้ลงทุนต่างชาตินำความเสี่ยงและเวลาในการดำเนินการมาคิดเป็นต้นทุนก่อนที่จะตัดสินใจเข้ารับสมัครทาน จากความเสี่ยงดังกล่าวนี้เองหากหน่วยงานของรัฐต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามารับสมัครทานในประเทศไทยแล้วก็จำเป็นที่จะต้องศึกษาว่ามีความเป็นไปได้ของความเสี่ยงในเรื่องใดบ้างที่อาจเกิดขึ้นโดยพิจารณาจากประสบการณ์ที่เคยขึ้นในประเทศไทยและหาแนวทางในการจัดการกับความเสี่ยงดังกล่าว

ความเสี่ยงในสัญญาสัมปทานอาจมีทั้งความเสี่ยงที่สามารถคาดหมายได้ (Known Risks) และความเสี่ยงที่ไม่สามารถคาดหมายได้ (Unknown Risks) ซึ่งการที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามารับสมัครทานในประเทศไทยนั้น มิได้หมายความว่าความเสี่ยงจะเกิดขึ้นเฉพาะผู้ลงทุนต่างชาติเท่านั้น แต่ความเสี่ยงยังอาจเกิดขึ้นได้กับหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ให้สัมปทาน ประชาชน และความมั่นคงของประเทศ

ดังนั้น ในตอนนี้จึงเป็นการศึกษาความเสี่ยงที่สำคัญในสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย และพิจารณาว่าฝ่ายใดควรเป็นฝ่ายรับความเสี่ยงดังกล่าว⁸ ซึ่งผู้เขียนขอแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วนดังนี้

⁸ การศึกษาเรื่องความเสี่ยงในวิทยานิพนธ์นี้ เป็นเพียงการศึกษาและวิเคราะห์ว่าความสำคัญ ๆ ที่เกิดขึ้นในโครงการสัมปทาน หรือการทำสัญญาสัมปทานของรัฐบาลไทยหรือหน่วยงานของรัฐในอดีตที่ผ่านมามีอะไรบ้าง และควรให้ฝ่ายใดเป็นผู้รับความเสี่ยงนั้น (Risk Sharing) เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดการความเสี่ยง หากให้ผู้รับสัมปทานรับความเสี่ยงทั้งหมดไว้ฝ่ายเดียว อาจทำให้ความเป็นไปได้ในการจัดทำโครงการของรัฐมีปัญหาเพราะต้นทุนของโครงการสูงเกินไป อย่างไรก็ตาม หากมีการศึกษาเรื่องการบริหารความเสี่ยงของโครงการสัมปทานให้ครบถ้วนอย่างเป็นระบบ (Risk Management) ย่อมเป็นประโยชน์ต่อการให้สัมปทาน หรือการทำสัญญาสัมปทานของรัฐ เพราะจะทำให้ทราบว่ามีความเสี่ยงอะไรบ้าง เกิดจากสาเหตุ

1. ปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย
2. แนวทางในการจัดการความเสี่ยง

1. ปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย

จากประสบการณ์ที่ผ่านมาของประเทศไทยในอดีตเกี่ยวกับการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ พบว่า มีหลายเหตุการณ์ที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญที่ควรหยิบยกมาพิจารณา โดยความเสี่ยงดังกล่าวได้เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาต่าง ๆ ของโครงการ ไม่ว่าจะเป็นก่อนลงนามสัญญา ระหว่างการก่อสร้าง หรือระหว่างให้บริการ และเป็นความเสี่ยงที่ส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะผู้ให้สัมปทาน ผู้ลงทุนต่างชาติในฐานะผู้รับสัมปทาน ตลอดจนประชาชนในฐานะผู้ให้บริการ ซึ่งพอจะยกตัวอย่างได้ดังนี้

1.1 ปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญที่เคยเกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ให้สัมปทาน ย่อมขึ้นกับลักษณะของโครงการด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าโครงการที่ค่อนข้างมีความเสี่ยงสูง มักเกี่ยวข้องกับระยะเวลาในการดำเนินโครงการและวงเงินลงทุนของโครงการ สำหรับความเสี่ยงที่สำคัญที่เคยเกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้นพบว่ามีในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1.1.1 การไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมาย เช่น กรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 อันอาจส่งผลให้การดำเนินการในส่วนนั้นไม่มีผลผูกพัน หรือสัญญาไม่มีผลผูกพัน เช่น กรณีสัญญา

อะไร โอกาสที่จะเกิดมีมากน้อยเพียงใด และมีความรุนแรงเพียงใด (Risk Analysis) โดยมีมาตรการในการควบคุมหรือป้องกันความเสี่ยงแต่ละประเภทอย่างไร (Risk Control) เช่น ควรใช้วิธีการหลีกเลี่ยงความเสี่ยง (Risk Avoidance) การลดโอกาสที่จะเกิดความเสี่ยง (Risk Reduction – Frequency) หรือลดความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้น (Risk Reduction Severity) และจะมีมาตรการทางการเงินเพื่อรองรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นอย่างไร (Risk Finance) เช่น อาจมีการโอนความเสี่ยงทั้งหมดหรือบางส่วนออกไป (Risk Transfer) โดยการจัดทำประกันภัย หรือการรับความเสี่ยงไว้เอง (Risk Retention) โดยการจัดตั้งกองทุนสำรองเพื่อความเสี่ยงดังกล่าว (Reserve) ซึ่งเป็นเรื่องที่มีรายละเอียดมากสามารถที่จะทำเป็นวิทยานิพนธ์ได้อีกเรื่องหนึ่ง

เข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ หรือสัญญาโครงการบริหารจัดการกิจกรรมเชิงพาณิชย์ ณ อาคารผู้โดยสาร ท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ เป็นต้น ซึ่งความเสี่ยงดังกล่าวไม่เพียงแต่จะมีผลต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น ยังมีผลต่อผู้รับสัมปทาน และประชาชนด้วย

1.1.2 การจัดทำสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กรณีสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่ศาลฎีกาได้พิจารณาว่าสัญญาเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จึงไม่มีผลผูกพันทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่เพียงแต่มีความเสี่ยงกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น ยังมีผลกระทบต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในโครงการอื่นต่อไปด้วย

1.1.3 การไม่ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการ

จากการที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 กำหนดให้ต้องมีการเสนอผลประโยชน์ที่จะให้แก่รัฐ จึงมีผลให้หน่วยงานของรัฐมักมุ่งเน้นไปที่ผลประโยชน์ที่จะได้รับจากผู้รับสัมปทาน โดยมีได้คำนึงถึงความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการ หรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินโครงการนั้นว่าเป็นไปเพื่อการใด เช่น กรณีสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ ที่เจตนารมณ์ที่แท้จริงของโครงการมาจากความต้องการสถานีที่ให้ข่าวสารแก่ประชาชน แต่ในการพิจารณาคัดเลือกผู้รับสัมปทานกลับไปมุ่งเน้นที่ผลประโยชน์สูงสุดที่จะให้แก่รัฐ กรณีดังกล่าวจึงเป็นความเสี่ยงในการดำเนินโครงการเพราะเป็นเรื่องยากในทางธุรกิจที่จะให้สถานีข่าวสารเสนอผลประโยชน์แก่รัฐในอัตราที่สูง ในขณะที่ความสนใจสถานีข่าวสารของประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่ยังมีน้อยกว่าความสนใจสถานีบันเทิง จึงนำไปสู่การขอปรับผังรายการของไอทีวี และทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในที่สุด

1.1.4 การเร่งดำเนินโครงการ

การเร่งดำเนินโครงการเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสี่ยงกับหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในส่วนของผู้ที่ผู้ปฏิบัติงานของรัฐเองที่อาจทำให้ขาดความรอบคอบหรือระมัดระวังในการดำเนินงาน เช่น สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่ลงนามด้วยความเร่งรีบจนทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพันทางพิเศษแห่งประเทศไทยในที่สุด นอกจากนี้ การเร่งดำเนินโครงการยังเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้มีความพยายามในการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ

ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เนื่องจากเกรงว่าจะต้องใช้เวลาในการดำเนินการนาน อีกทั้งยังมีผลให้อำนาจในการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐลดลงไปด้วย

1.1.5 การแทรกแซงทางการเมือง

โครงการขนาดใหญ่ของรัฐมักประสบปัญหาการแทรกแซงทางการเมืองเสมอ ซึ่งอาจจะมาจากการหวังผลทางการเมืองเพื่อสร้างคะแนนนิยมให้กับประชาชน หรือเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากโครงการก็ตาม เช่น สัญญาโครงการระบบทางรถไฟและถนนยกระดับไฮโปเวลล์ เป็นต้น

1.1.6 การไม่ได้สอบถามความคิดเห็นของประชาชนก่อน

การไม่ได้สอบถามความคิดเห็นของประชาชนก่อนเริ่มดำเนินโครงการเป็นความเสี่ยงประการหนึ่งต่อหน่วยงานของรัฐที่ทำให้การดำเนินโครงการต้องล่าช้า หรืออาจนำมาซึ่งความล้มเหลวของโครงการ เช่น สัญญาโครงการท่อส่งก๊าซและโรงแยกก๊าซไทย-มาเลเซีย สัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายสลากบำรุงการกุศลอัตโนมัติ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังเป็นเหตุให้ผู้รับสัมปทานสามารถนำมาใช้เป็นเหตุผลในการขอขยายระยะเวลาของสัมปทานหรือลดค่าปรับจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐอีกด้วย

1.1.7 การที่โครงการต้องไปเกี่ยวข้องกับหน่วยงานอื่นของรัฐ

การที่โครงการต้องไปเกี่ยวข้องกับหน่วยงานอื่นของรัฐ ทำให้เกิดความเสี่ยงและภาระต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นการยากในทางปฏิบัติที่หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาจะสามารถควบคุมหน่วยงานอื่นของรัฐให้ปฏิบัติตามได้ เช่น กรณีสัญญาจ้างออกแบบเหมารวมก่อสร้างโครงการทางด่วนบางนา-บางพลี-บางปะกง ที่ต้องไปเกี่ยวข้องกับการส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างจากกรมทางหลวง จนเป็นเหตุให้ข้อพิพาทระหว่างกันขึ้น

1.1.8 การครอบงำของคนต่างด้าว

โดยที่สัญญาสัมปทานไม่ได้ห้ามการเข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติ เพียงแต่ในบางสัญญาอาจมีข้อกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทไทยก่อนลงนามสัญญาหรือก่อนเข้าดำเนินการที่ได้รับสัมปทาน ซึ่งการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทไทยดังกล่าวนี้มีได้หมายความว่าทำให้องค์ประกอบต่างชาติของผู้ลงทุนต่างชาตินั้นหายไป ซึ่งจากการพิจารณาสัญญาสัมปทานบางฉบับพบว่า แม้ว่าผู้รับสัมปทานจะเป็นบริษัทไทย แต่กรรมการผู้จัดการใหญ่หรือกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการในนามของบริษัทก็ยังคงเป็นคนต่างด้าว ทำให้คนต่างด้าวมียอำนาจควบคุมบริษัทได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเป็นเพราะกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดว่าบริษัทที่มีกรรมการผู้จัดการ หรือกรรมการส่วนใหญ่เป็นคนต่างด้าวจะเป็นบริษัทต่างด้าวด้วย

นั่นเอง นอกจากนั้น ยังมีการควบคุมโดยกำหนดสิทธิในการลงคะแนน หรือสิทธิในการถือหุ้นบุริมสิทธิ ให้แตกต่างกับสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ ทำให้คนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องเข้ามาถือหุ้นข้างมากใน บริษัทก็สามารถควบคุมและบริหารงานของบริษัทได้ เช่น คนต่างด้าวถือหุ้นสามัญ 49% กำหนด 1 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง แต่คนไทยถือหุ้นบุริมสิทธิ 51% กำหนดให้ 10 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง ทำให้บริษัท แม้จะมีสถานะเป็นบริษัทไทย แต่กลับถูกควบคุมโดยคนต่างด้าวทั้ง ๆ ที่ถือหุ้นน้อยกว่า หรือการ ควบคุมโดยการตั้งบริษัทถือหุ้นกันหลายทอด โดยคนต่างด้าวตั้งบริษัทที่ 1 ขึ้นในไทยโดยถือหุ้น 100% แล้วเข้าไปถือหุ้น 100% ในบริษัทที่ 2 แล้วให้บริษัทที่ 2 ถือหุ้น 100% ในบริษัทที่ 3 กรณีนี้ ย่อมทำให้บริษัทที่ 3 ไม่เป็นคนต่างด้าวตามคำจำกัดความของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงอาจเป็นความเสี่ยงสำหรับหน่วยงานของรัฐได้ หากกิจการ ที่ให้สัมปทานนั้นเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ

1.1.9 การขยายระยะเวลาสัมปทาน

ในสัญญาสัมปทานบางสัญญาพบว่า มีบทบัญญัติผูกพันในลักษณะที่เป็นการให้ คำมั่นของคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่าถ้าครบกำหนดสัมปทานแล้ว รัฐจะต่อสัญญาให้ ซึ่งความจริงแล้ว บทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้น่าจะถือได้ว่าเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพราะ แทนที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีสิทธิดำเนินการคัดเลือกผู้รับสัมปทานรายใหม่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐกลับ ต้องผูกพันที่จะให้สิทธิแก่เอกชนดังกล่าวก่อน ซึ่งหากจะมีบทบัญญัตินี้ดังกล่าวน่าจะเป็นเพียงดุลยพินิจ ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเท่านั้น แต่ทั้งนี้อาจต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเพื่อมิให้มีการแสวงหา ประโยชน์อันมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐขึ้นได้

1.1.10 การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานอาจเป็นความเสี่ยงต่อ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หากอนุญาโตตุลาการขาดความเข้าใจในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการว่าไม่ อาจมีคำชี้ขาดที่ส่งผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นเรื่อง ที่อยู่ในเขตอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐได้ เช่น กรณีสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการ สถานีวิทย์โทรทัศนระบบ ยู เอช เอฟ ที่อนุญาโตตุลาการไปพิจารณาในประเด็นการปรับเปลี่ยนผัง รายการ จึงทำให้ศาลปกครองเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นไปโดยขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

1.2 ปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญที่เกิดขึ้นกับผู้รับสัมปทาน

ในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาตินั้นอาจต้องเผชิญกับปัจจัยความเสี่ยงต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น

จะเป็นความเสี่ยงในเชิงธุรกิจอันเนื่องมาจากการลงทุน ความเสี่ยงทางการเงิน เช่น จากอัตราแลกเปลี่ยน จากหนี้สินและสภาพคล่อง และจากดอกเบี้ย รวมทั้งความเสี่ยงอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบ หรือเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายของรัฐนั่นเอง เป็นต้น ซึ่งความเสี่ยงเหล่านี้อาจส่งผลกระทบต่อรายได้ ผลกำไร สินทรัพย์ สภาพคล่อง และเงินทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ

สำหรับความเสี่ยงที่สำคัญที่เคยเกิดขึ้นกับผู้รับสัมปทานนั้นพบว่ามีในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1.2.1 การที่หน่วยงานของรัฐนำเรื่องการมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดมาเป็นเหตุแห่งการเลิกสัญญา เช่น กรณีสัญญาโครงการจัดตั้งร้านค้าปลอดอากร ณ สยามบินสุวรรณภูมิ เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนับว่าเป็นความเสี่ยงที่สำคัญกับผู้รับสัมปทาน

1.2.2 การขาดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอย่างเพียงพอ (Lack of an Adequate Legal Framework)

จากสถานการณ์ในปัจจุบันที่ปรากฏว่ามีสัญญาสัมปทานหลายโครงการที่ประสบปัญหาว่า สัญญาที่จัดทำขึ้นอาจมีพฤติกรรมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่สุจริต โดยสัญญาดังกล่าวอยู่ระหว่างการสอบสวน ซึ่งหากผลของการสอบสวนปรากฏว่าเป็นความจริงแล้วก็อาจส่งผลให้สัญญาไม่มีผลผูกพันได้อันเนื่องมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากพิจารณาในเรื่องข้อผูกพันตามสัญญาแล้ว หน่วยงานของรัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาเช่นกัน กรณีดังกล่าวจึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติกับหน่วยงานของรัฐเพราะไม่รู้ว่าจะดำเนินการเช่นใดในช่วงระหว่างระยะเวลาของการสอบสวนเนื่องจากขาดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายในการดำเนินการตามเรื่องนี้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาและความเสี่ยงกับผู้รับสัมปทานอย่างยิ่ง

1.2.3 การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าเงื่อนไขสัญญาสัมปทานจะมีบทบัญญัติให้ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติมักปรากฏว่า หน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่มักไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหากตัดสินว่าหน่วยงานของรัฐแพ้คดี โดยนำเอาบทบัญญัติในมาตรา 40 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาใช้ในการยื่นคำร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เช่น ข้อพิพาทในคดีไอทีวี และคดีทางด่วน เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวถือเป็นความเสี่ยงประการหนึ่งของผู้รับสัมปทานที่อาจจะไม่ได้คาดหมายไว้

1.2.4 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานระหว่างดำเนินโครงการ

เนื่องจากสัญญาสัมปทานมีระยะเวลาดำเนินงานค่อนข้างยาวนาน จึงมีความเป็นไปได้ที่หน่วยงานของรัฐอาจขอให้ผู้รับสัมปทานแก้ไขเปลี่ยนแปลงงาน (Variations) ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานนี้เป็นความเสี่ยงประการหนึ่งของผู้รับสัมปทาน

1.2.5 การเปลี่ยนแปลงนโยบายรัฐหรือการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง (Political Interference)

การเปลี่ยนแปลงนโยบายรัฐหรือการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองทำให้เกิดความเสี่ยงต่อผู้รับสัมปทานค่อนข้างมาก ซึ่งความเสี่ยงดังกล่าวเป็นเรื่องที่ยากต่อการประเมิน ตัวอย่างการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่ส่งผลกระทบต่อผู้รับสัมปทาน เช่น โครงการรถไฟฟ้ามหานคร สายเฉลิมรัชมงคล โครงการระบบทางรถไฟและถนนยกระดับไฮโปเวลล์ โครงการขยายบริการโทรศัพท์ ที่มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายในการดำเนินโครงการหลายต่อหลายครั้ง นอกจากนั้น นโยบายของรัฐบาลที่ขาดความชัดเจนแน่นอนก็เป็นความเสี่ยงต่อผู้รับสัมปทานเช่นกัน เช่น กรณีการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ ที่รัฐบาลสมัยพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีนโยบายในการดำเนินโครงการลงทุนขนาดใหญ่ (Mega Project) ให้กับประเทศไทย โดยมีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ พ.ศ.2549 เพื่อดำเนินโครงการ แต่ก็ยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับรูปแบบในการดำเนินโครงการ อีกทั้งต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล โครงการนี้ก็ไม่ได้มีความชัดเจนในนโยบายของรัฐบาลต่อมาว่าจะดำเนินการโครงการดังกล่าวต่อไปอย่างไร

1.2.6 การต่อต้านจากประชาชนหรือองค์กรภาคเอกชน

เช่น กรณีโครงการท่อส่งก๊าซและโรงแยกก๊าซไทย-มาเลเซีย ที่มีการคัดค้านโครงการจากประชาชนในพื้นที่และผลกระทบจากสิ่งแวดล้อมอันเนื่องมาจากไม่ได้มีการทำประชาพิจารณ์เพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนเริ่มดำเนินโครงการ ซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้เกิดความเสี่ยงแก่ผู้รับสัมปทานที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินงานตามโครงการต่อไปได้

1.2.7 การขออนุญาตต่าง ๆ (Licenses and Permits)

เนื่องจากกิจการที่ให้สัมปทานนั้นบางครั้งไม่ได้เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับหน่วยงานอื่นด้วย โดยอาจมีการกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องไปขอรับใบอนุญาตจากหน่วยงานอื่น เช่น การได้รับอนุญาตในเรื่องของผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ซึ่งการดำเนินการเพื่อขอใบอนุญาตดังกล่าวนี้อาจทำให้เกิดความเสี่ยงแก่ผู้รับสัมปทานเนื่องจากมีความกังวลถึงความโปร่งใสในการออกใบอนุญาต รวมทั้งความยากลำบากในการขอ

ใบอนุญาต และการขอข้อมูลต่าง ๆ จากหน่วยงานอื่นของรัฐที่อาจจะไม่ใช่เรื่องง่าย ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐผู้ให้สัมปทานกำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะดำเนินการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้รับสัมปทานในเรื่องของการขอใบอนุญาต หรือการออกใบอนุญาตต่าง ๆ ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการดำเนินงานตามสัญญาสัมปทาน รวมทั้งการให้ข้อมูลอย่างเพียงพอแก่ผู้รับสัมปทานเช่นนี้ก็จะเป็นแนวทางในการจัดการความเสี่ยงประการหนึ่งให้กับผู้ลงทุนต่างชาติได้ โดยในตอนขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีนั้น หน่วยงานของรัฐอาจอาศัยอำนาจตามมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปได้ง่ายขึ้นเพราะมติคณะรัฐมนตรีสามารถบังคับไปยังหน่วยงานอื่นของรัฐได้

1.2.8 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

เนื่องจากสัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ ซึ่งหากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวมีผลกระทบต่อรายได้หรือการดำเนินงานของผู้รับสัมปทาน ก็เป็นความเสี่ยงประการหนึ่งของผู้รับสัมปทาน

1.2.9 ความเสี่ยงจากบทบัญญัติของกฎหมาย

มีกฎหมายบางฉบับที่อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่มั่นใจในการเข้ามาลงทุน หรือทำให้ผู้รับสัมปทานมีความเสี่ยงในการดำเนินงาน เช่น การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาคัดเลือกผู้รับสัมปทานไว้ โดยกำหนดเพียงแต่ให้รัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาว่าผู้ยื่นคำขอสัมปทานรายใดสมควรได้รับสัมปทาน⁹ หรือการที่กฎหมายกำหนดให้การเริ่มดำเนินการต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีก่อน¹⁰

⁹ เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

มาตรา 8 บัญญัติว่า “เมื่อรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่าผู้ยื่นคำขอรับสัมปทานรายใดสมควรได้รับสัมปทาน ให้รัฐมนตรีรายงานความเห็นในเรื่องการขอรับสัมปทานไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ”

¹⁰ เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

มาตรา 20 บัญญัติว่า “เมื่อสร้างทางหลวงสัมปทานหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของทางหลวงสัมปทานเสร็จแล้ว ผู้รับสัมปทานจะเปิดการจราจรได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี

ให้ผู้รับสัมปทานซึ่งประสงค์จะเปิดการจราจรตามวรรคหนึ่งยื่นคำขอต่อรัฐมนตรีและให้รัฐมนตรีมีหนังสือแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้รับสัมปทานทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำขอ”

1.2.10 ความเสี่ยงในช่วงระหว่างการก่อสร้าง

โดยที่สัญญาสัมปทานมักเป็นสัญญาที่มีลักษณะให้ผู้รับสัมปทานไปดำเนินการออกแบบและก่อสร้างเอง จึงทำให้ความเสี่ยงทั้งหมดตกอยู่กับผู้รับสัมปทานในการที่จะต้องควบคุมการออกแบบและก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาเพื่อให้สามารถเข้าใช้งานได้โดยเร็วที่สุด อีกทั้งในช่วงระหว่างนี้ก็เป็นช่วงที่ผู้รับสัมปทานต้องลงทุนมากที่สุดด้วย โดยคิดเป็นประมาณ 85% ของราคาค่าใช้จ่ายในการลงทุน ซึ่งความเสี่ยงที่สำคัญในช่วงระหว่างการก่อสร้างก็คือความเสี่ยงว่าการก่อสร้างจะแล้วเสร็จหรือไม่ เนื่องจากในช่วงระหว่างก่อสร้างนั้นอาจมีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นมากมาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความล่าช้าในความแล้วเสร็จของโครงการ (completion delay risks) ราคาค่าก่อสร้างสูงเกินกว่าที่ประมาณการไว้ (cost overrun risk) เหตุสุดวิสัย (force majeure risks) เป็นต้น

1.2.11 ความเสี่ยงทางการเงินในช่วงระหว่างการให้บริการ เช่น การเปลี่ยนแปลงราคาวัตถุดิบ (raw material risks) การดูแลและบำรุงรักษา (operation and maintenance risk) การเปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ลงทุนในตลาด (market risks) การดูแลมาตรฐานในการให้บริการ (performance risks) อัตราดอกเบี้ย (interest rate risks) อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศเปลี่ยนแปลง (foreign exchange risks) เป็นต้น

1.2.12 ความเสี่ยงจากการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยี

เนื่องจากสัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดในเรื่องของการปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีให้ทันสมัยอยู่เสมอ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีจึงเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งของผู้รับสัมปทาน โดยเฉพาะโครงการที่ใช้อุปกรณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว เช่น ระบบสารสนเทศ ระบบคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

1.3 ปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญที่เกิดขึ้นกับประชาชนและความมั่นคงของประเทศ

จากการที่สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่เอกชนผู้รับสัมปทานต้องลงทุนเองทั้งหมดจึงทำให้ระยะเวลาของสัญญาสัมปทานค่อนข้างยาวนานเพื่อให้เอกชนมีเวลาเพียงพอที่จะได้คืนเงินลงทุนในช่วงระหว่างการให้บริการ กรณีดังกล่าวนี้เองจึงอาจมีผลกระทบต่อประชาชนหรือทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนได้ หากรัฐไม่มีมาตรการที่ดีพอในการควบคุมการให้บริการหรือการคิดค่าบริการของเอกชนในช่วงระหว่างเวลาดังกล่าว รวมทั้งหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการให้บริการ หรือการให้บริการที่ไม่ดีพอ หรือไม่มีการปรับปรุงการให้บริการของเอกชนผู้รับสัมปทาน

นอกจากนั้น การที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้น ประเทศไทยอาจมีความเสี่ยงในเรื่องของความมั่นคงปลอดภัยของอำนาจอรัฐได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากประเทศไทยได้ไปทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงกับรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุนต่างชาติไว้ เช่น ข้อตกลงเขตการค้าเสรีเช่นนี้แล้ว ก็จะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมากในการให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ เนื่องจากอาจมีผลต่อสัญญาสัมปทานที่ประเทศไทยทำกับผู้ลงทุนต่างชาติได้ และอาจให้ประเทศไทยไม่สามารถออกกฎหมายคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือใช้มาตรการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนได้ นอกจากนี้ หากเป็นกรณีของประเทศภาคีที่ประเทศไทยได้ไปลงนามในสนธิสัญญา ICSID ด้วยเช่นนี้ก็อาจมีผลให้สัญญาสัมปทานนั้น จำต้องกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้เป็นการระงับข้อพิพาทโดย ICSID เพื่อให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ลงนามไว้ด้วย

จากประสบการณ์ที่ผ่านมาของประเทศไทยพบว่าเคยมีตัวอย่างปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญอันเนื่องมาจากสัญญาสัมปทานที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนและทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน ดังตัวอย่างจากข้อพิพาทของสัญญาโครงการทางด่วนขั้นที่ 2 ที่เอกชนผู้รับสัมปทานนำความเดือดร้อนของประชาชนจากการไม่เปิดทางด่วนมาเป็นอำนาจต่อรองกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เอกชนเห็นว่าตนมีสิทธิ แต่ในที่สุดเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คือ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งให้เอกชนเปิดทางด่วน ศาลจึงได้ใช้อำนาจสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเปิดทางด่วนเพื่อไม่ให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่จำเป็นต้องหามาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนในลักษณะเช่นนี้อีก เพื่อเป็นการให้คุ้มครองความเสี่ยงสำหรับประชาชน

จากตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญหลายประการในสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งความเสี่ยงดังกล่าวนี้ได้เกิดขึ้นทั้งกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ผู้รับสัมปทาน และประชาชน โดยอาจเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาต่าง ๆ ของโครงการ ไม่ว่าจะเป็นช่วงก่อนลงนามสัญญา ระหว่างการก่อสร้าง หรือระหว่างการให้บริการ ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาจึงคือปัญหาว่าถ้าเช่นนั้นแล้วจะมีแนวทางในการจัดการความเสี่ยงดังกล่าวอย่างไร

2. แนวทางในการจัดการความเสี่ยง

ในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของรัฐบาลนั้น คงไม่อาจปฏิเสธความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นได้ ยิ่งโครงการที่มีวงเงินลงทุนมากและมีความซับซ้อนมากเพียงใด ความเสี่ยงของการดำเนินโครงการก็ย่อมมีมากขึ้นตามลำดับ ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงแนวทางในการจัดการความเสี่ยงเพื่อให้โครงการมีความเป็นไปได้ที่จะดำเนินการและเป็นประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด โดยแนวทางในการจัดการความเสี่ยงนี้ จะเป็นการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลว่าใครควรเป็นผู้รับความเสี่ยง

แม้ว่าโดยหลักการของสัมปทานบริการสาธารณะจะมาจากหลักที่ว่าเอกชนผู้รับสัมปทานจะเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเอง แต่เนื่องจากโครงการขนาดใหญ่ของรัฐบาลเป็นโครงการที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก การให้เอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับความเสี่ยงทั้งหมดอาจเป็นไปได้ไม่ได้อีกในการดำเนินโครงการเนื่องจากทำให้ต้นทุนโครงการมีมูลค่าสูงเกินความจำเป็น นอกจากนั้น หากประเทศไทยต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเพื่อเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยแล้ว ก็ควรที่จะมีการพิจารณาหาแนวทางในการจัดการความเสี่ยงว่าระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เป็นผู้ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติที่เป็นผู้รับสัมปทาน ใครควรรับความเสี่ยงในเรื่องใด เพราะเหตุใด และจะมีวิธีดำเนินการอย่างไร

ในการพิจารณาจัดการความเสี่ยงว่าใครควรรับความเสี่ยงในเรื่องใดบ้างนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ต้นทุนโครงการมีความสมเหตุสมผลโดยมีความเป็นไปได้ว่าผู้ที่รับความเสี่ยงนั้นไว้วางใจจะช่วยให้ต้นทุนโครงการต่ำกว่าการที่ความเสี่ยงจะตกอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเราอาจนำประเภทของความเสี่ยงมาเป็นจุดเริ่มต้นของการพิจารณา โดยหากนำผลของการศึกษาในตอนต้นเกี่ยวกับความเสี่ยงที่สำคัญและปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยแล้ว ก็อาจจำแนกความเสี่ยงออกได้เป็น 3 ประเภท คือ Commercial Risk, Financial Risk และ Political Risk ซึ่งในส่วนของ Commercial Risk และ Financial Risk นั้น ค่อนข้างมีความชัดเจนว่าควรที่จะให้เป็นเรื่องที่ผู้รับสัมปทานต้องรับความเสี่ยงดังกล่าวเองเพราะเกี่ยวข้องโดยตรงกับการลงทุน ซึ่งผู้รับสัมปทานอาจโอนความเสี่ยงบางอย่างด้วยการทำประกันภัยได้ แต่ในส่วนของ Political Risk น่าจะเป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้รับความเสี่ยงเนื่องจากเป็นความเสี่ยงที่มาจากฝ่ายรัฐเอง

นอกจากนั้น แนวทางในการจัดการความเสี่ยงอาจพิจารณาจากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาต่าง ๆ ของโครงการ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะจัดการกับความเสี่ยงดังกล่าวทั้งโดยมาตรการทางกฎหมายและมาตรการทางสัญญา กล่าวคือ

2.1 การจัดการโดยมาตรการทางกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยมีแนวความคิดในการจัดการความเสี่ยงเกี่ยวกับกิจการสาธารณูปโภค หรือกิจการอันอาจกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน โดยใช้มาตรการทางกฎหมายมาเป็นเวลานานแล้ว โดยเฉพาะในกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งพอจะยกตัวอย่างได้ดังนี้

2.1.1 การห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐบาลหรือได้รับสัมปทานแล้ว

เช่น พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2485¹¹ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58¹² (อันเป็น

¹¹ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2485

มาตรา 3 บัญญัติว่า “ให้ยกเลิกความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 4 ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐบาลหรือได้รับสัมปทานแล้ว”

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ให้ยกเลิกความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 6 ในการอนุญาตหรือให้สัมปทานนั้น รัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็น เพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนไว้ด้วยก็ได้”

¹² ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ข้อ 4 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี”

ข้อ 7 บัญญัติว่า “ในการอนุญาตหรือให้สัมปทานตามข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้

เงื่อนไขที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร”

มาตรการในการออกข้อกำหนดและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ)

2.1.2 การให้อำนาจรัฐในการจัดให้มีสาธารณูปโภค

จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 87 บัญญัติว่า “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คัดกรองผู้ประกอบการ และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค” รวมทั้งมาตรา 49 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตร หรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และจะต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายในการเวนคืนนั้น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เช่นนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ป้องกันการผูกขาดตัดตอน ไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน แต่หากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค แล้ว รัฐย่อมสามารถดำเนินการได้ อีกทั้งรัฐยังสามารถอาศัยอำนาจตามกฎหมายในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะได้อีกด้วย บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายพื้นฐานที่รองรับการใช้อำนาจของรัฐในการจัดให้มีการสาธารณูปโภค ทั้งนี้ รัฐจะต้องจัดการสาธารณูปโภคดังกล่าวให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศตามมาตรา 78 ด้วย¹³

ข้อ 17 บัญญัติว่า “ผู้ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานตามข้อ 4 หรือผู้ได้รับอนุญาตตามข้อ 5 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามข้อ 7 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และในกรณีที่เป็นการผิดต่อเนื่องกัน ให้ปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งพันบาทตลอดเวลาที่ยังทำการฝ่าฝืนอยู่”

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

2.1.3 การห้ามมิให้เอกชนโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทานให้แก่ผู้อื่น

เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 10 ที่กำหนดห้ามมิให้โอนใบอนุญาตแก่บุคคลอื่น เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี อันเป็นมาตรการให้ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่เป็นผู้จัดทำหรือให้บริการสาธารณะด้วยตนเอง หรือตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 9 ที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานโอนสัมปทานได้ต่อเมื่อมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้รับโอนมีคุณสมบัติและอนุญาตให้โอนสัมปทานได้เป็นต้น

2.1.4 การให้รัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับการให้บริการสาธารณะ

เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 25 ที่ให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจตราการประกอบกิจการทางหลวงสัมปทาน และมาตรา 20 ที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานจะเปิดการจราจรได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี หรือตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 15 ที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐเข้าไปในสถานที่ประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในระหว่างเวลาทำการเพื่อตรวจสอบ หรือในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำความผิด เป็นต้น

2.1.5 การให้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองกิจการที่ให้สัมปทานเพื่อประโยชน์สาธารณะ

เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 22 ที่ให้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้ ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

2.1.6 การให้รัฐมีอำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในบางกรณี

เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 29 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีในการเพิกถอนสัมปทานในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทาน หรือไม่บำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดภัยอันตรายต่อ

มาตรา 78 บัญญัติว่า “รัฐต้องกระจายอำนาจให้ท้องถิ่นพึ่งตนเองและตัดสินใจในกิจการท้องถิ่นได้เอง พัฒนาเศรษฐกิจท้องถิ่นและระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการตลอดทั้งโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศในท้องถิ่นให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศ รวมทั้งพัฒนาจังหวัดที่มีความพร้อมให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่ โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในจังหวัดนั้น”

ชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน หรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอันเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นต้น

2.1.7 การคุ้มครองประชาชนมิให้ต้องได้รับความเสียหายจากสัมปทาน

เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514¹⁴

2.1.8 การคุ้มครองเพื่อความปลอดภัยของประเทศ

เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514¹⁵

2.1.9 การคุ้มครองเพื่อความปลอดภัยของประชาชน

เช่น พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ.2464 มาตรา 107-109 ที่สภากรรมการรถไฟมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินการของผู้รับสัมปทานในเรื่องที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชน รวมตลอดถึงการออกกฎข้อบังคับที่จำเป็นเพื่อระงับหรือลดอันตรายอันพึงเกิดแก่กิจการรถไฟ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 (มาตรา 29) เป็นต้น

¹⁴ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดังต่อไปนี้

(2) สั่งเป็นหนังสือให้ผู้รับสัมปทานงดเว้นการปฏิบัติใด ๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น”

มาตรา 12 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามสัมปทานหรือพระราชบัญญัตินี้ และการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน หรือทำให้ทบวงการเมืองใดต้องกระทำการเพื่อบำบัดป้องกันความเสียหายเช่นนั้น ผู้รับสัมปทานต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความปลอดภัยและค่าใช้จ่ายในการบำบัดป้องกันความเสียหายดังกล่าวตามจำนวนที่รัฐมนตรีกำหนด แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับสัมปทานเพราะการละเมิดนั้น

¹⁵ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 61 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศหรือเพื่อให้มีปิโตรเลียมเพียงพอความต้องการใช้ในภายในราชอาณาจักร ให้รัฐมนตรีมีอำนาจประกาศห้ามส่งปิโตรเลียมที่ผู้รับสัมปทานผลิตได้ทั้งหมดหรือบางส่วนออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามส่งไป ณ ที่ใดเป็นการชั่วคราวได้”

มาตรา 105 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 61 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสี่แสนบาท”

2.1.10 การคุ้มครองเพื่อประโยชน์ของประชาชน

เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีเพิกถอนสัมปทานได้ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัมปทาน ไม่บำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดภัยอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอันเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน

2.1.11 การคุ้มครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ

มีกฎหมายบางฉบับที่ให้อำนาจรัฐในการเข้ายึดถือครอบครองกิจการที่ได้รับสัมปทานได้ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ทั้งนี้รัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 (มาตรา 21,22) พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542¹⁶ เป็นต้น

2.1.12 การควบคุมการกำหนดหรือการปรับอัตราค่าบริการ

โดยรัฐมักกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับสัมปทานเรียกเก็บค่าบริการไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ และจะปรับอัตราค่าบริการดังกล่าวเมื่อรับอนุญาต เช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 26 เมษายน 2526 เรื่องการให้สัมปทานประกอบกิจการประปาและกิจการไฟฟ้าเพื่อความปลอดภัยและผาสุกของประชาชน ข้อ 8 กำหนดโดยอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 กำหนดให้เก็บค่าน้ำประปาหรือค่าไฟฟ้าไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในสัญญาโครงการสัมปทานบริการสาธารณะขนาดใหญ่ นั้น เอกชนมักเรียกร้องในการมีส่วนร่วมในการกำหนดหรือปรับอัตราค่าบริการโดยคำนึงถึงปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจ เช่น อัตราเพิ่มของดัชนีราคาผู้บริโภค (สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ข้อ 14 สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ข้อ 13) ความผันผวนทางเศรษฐกิจของประเทศ (สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ข้อ 19.4 สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ข้อ 13.4) เป็นต้น

¹⁶ พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542

มาตรา 50 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองกิจการที่ได้รับสัมปทาน โดยรัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทาน ในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดเรื่องค่าทดแทนไว้ ให้ใช้ค่าทดแทนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม”

2.1.13 การคุ้มครองประชาชนจากความเดือดร้อนรำคาญ ความเสียหายต่อบุคคล สัตว์ พืช ทรัพย์สิน หรือสิ่งแวดล้อม

เช่น พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542 ที่ให้ความคุ้มครองในความเดือดร้อนรำคาญ ความเสียหาย หรืออันตรายที่จะมีผลกระทบต่อบุคคล สัตว์ พืช หรือสิ่งแวดล้อม โดยให้ผู้รับสัมปทานต้องระงับการกระทำนั้น หรือแก้ไขปรับปรุง โดยหากไม่กระทำก็อาจถูกเพิกถอนสัมปทานได้ด้วย¹⁷

2.1.14 การกำหนดให้มีการรับฟังความเห็นของประชาชน

มีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการดำเนินกิจการหรืออนุญาตให้ดำเนินกิจการที่มีผลกระทบต่อประชาชนด้วย เช่น พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542¹⁸

¹⁷ พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542

มาตรา 54 บัญญัติว่า “ในกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่พบว่าผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามเงื่อนไขที่ผู้อนุญาตกำหนดตามมาตรา 22 หรือผู้รับสัมปทานผู้ใดฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามที่กำหนดในสัมปทาน หรือการดำเนินกิจการมีสภาพที่อาจก่อให้เกิดเหตุเดือดร้อนรำคาญ ความเสียหาย หรืออันตรายที่จะมีผลกระทบต่อบุคคล สัตว์ พืช ทรัพย์สิน หรือสิ่งแวดล้อม ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขหรือปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้”

มาตรา 56 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่แก้ไขหรือปรับปรุงหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามคำสั่งตามมาตรา 54 ภายในเวลาที่กำหนด ให้รัฐมนตรีพิจารณาเกี่ยวกับการเพิกถอนสัมปทานโดยไม่ชักช้า

ถ้ารัฐมนตรีเพิกถอนสัมปทาน ให้กิจการที่ได้รับสัมปทานนั้นตกเป็นของรัฐ ในการนี้ให้ผู้รับสัมปทานที่ถูกเพิกถอนดังกล่าวได้รับค่าทดแทน โดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม และให้นำมาตรา 50 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹⁸ พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542

มาตรา 7 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แก่การป้องกันหรือระงับเหตุเดือดร้อนรำคาญหรือความเสียหายหรืออันตรายที่จะมีผลกระทบต่อบุคคล สัตว์ พืช ทรัพย์สิน หรือสิ่งแวดล้อม หรือการกำหนดแนวทางหรือลักษณะการดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิงให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงดังต่อไปนี้

2.1.15 การให้ค่าทดแทนแก่ผู้รับสัมปทานหากมีการยึดกิจการเป็นของรัฐ

เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 23 ที่กำหนดว่า ในการยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น รัฐจะใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทาน หรือให้ใช้ค่าทดแทนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม เป็นต้น

2.1.16 การจัดให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์แก่ผู้รับสัมปทานเพื่อดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทาน

เช่น พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542 ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบการขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อ¹⁹ ซึ่งมาตรการดังกล่าวสามารถสร้างความมั่นใจให้กับเอกชนได้ว่าจะไม่มีปัญหาในการได้มาซึ่งพื้นที่เพื่อดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทาน

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นตัวอย่างส่วนหนึ่งของประเทศไทยในการจัดการความเสี่ยงในสัญญาสัมปทานโดยใช้มาตรการทางกฎหมาย แต่การจัดการความเสี่ยงบางอย่างก็ยังมีได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น การจัดการความเสี่ยงในการพิจารณาคัดเลือก เป็นต้น ดังนั้น รัฐจึงควรหาแนวทางในการจัดการความเสี่ยงดังกล่าวไว้ในกฎหมายเพื่อความชัดเจนด้วย เนื่องจากผู้รับสัมปทานจะต้องเข้ามาให้บริการแทนรัฐในช่วงระยะเวลาที่ยาวนาน รัฐจึงควรมีมาตรการในการคัดเลือกผู้รับสัมปทานเพื่อให้ได้ผู้รับสัมปทานที่ดีที่สุด เพราะการที่รัฐได้ผู้รับสัมปทานที่ดีที่สุดย่อมเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่ช่วยลดความเสี่ยงในปัญหาต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ ซึ่งคำว่าผู้รับสัมปทานที่ดีที่สุดนี้หมายความว่าควรเป็นผู้รับสัมปทานที่มีความเชี่ยวชาญในการให้บริการประเภทนั้นอย่างแท้จริง เพราะจะทำให้การให้บริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งจิตสำนึกของผู้รับสัมปทานก็เป็นสิ่งที่มีความสำคัญ ปัจจุบันมีบริษัทหลายบริษัทที่แสดงออกถึง

(6) กำหนดการรับฟังความเห็นของประชาชนตามความเหมาะสมแก่กิจการในการดำเนินกิจการหรืออนุญาตให้ดำเนินกิจการตามพระราชบัญญัตินี้ที่มีผลกระทบต่อประชาชน”

¹⁹ พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2542

มาตรา 51 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานมีความจำเป็นจะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบการขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิงทางท่อตามที่กำหนดไว้ในสัมปทาน และผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อการนั้นโดยวิธีอื่น ให้กรมโยธาธิการเป็นผู้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยผู้รับสัมปทานเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายและค่าทดแทน”

ความรับผิดชอบต่อสังคม ไม่ได้พิจารณาแต่เพียงกำไรที่จะได้รับเท่านั้น การพิจารณาคัดเลือกผู้รับสัมปทานจึงควรนำเอาปัจจัยในการคัดเลือกบริษัทที่เคยมีผลงานในการรับผิดชอบต่อสังคมด้วย เพราะเป็นสิ่งที่แสดงว่าบริษัทเหล่านั้นมีหลักการบริหารจัดการที่ดี ซึ่งในระยะยาวแล้วจะเป็นผลดีมากกว่าบริษัทที่มุ่งกำไรเพียงอย่างเดียว

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากตัวอย่างในการจัดการความเสี่ยงในสัญญาสัมปทานโดยใช้มาตรการทางกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่า การจัดการความเสี่ยงส่วนใหญ่มักเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประชาชนมากกว่าการจัดการความเสี่ยงให้กับผู้รับสัมปทาน ซึ่งหากนำไปเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติในต่างประเทศแล้วพบว่าในบางประเทศ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย²⁰ มีกฎหมายคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ (Foreign Investment Law) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ครอบคลุมถึงเรื่องสัมปทานที่ให้กับผู้ลงทุนต่างชาติด้วย (Concessions to Foreign Persons) การที่ประเทศดังกล่าวมีกฎหมายเช่นนี้ย่อมเป็นการสร้างความมั่นใจในการลงทุนให้กับผู้ลงทุนต่างชาติอย่างหนึ่ง เพราะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติทราบถึงความชัดเจนในการให้สัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาของสัมปทาน รูปแบบของสัมปทาน วิธีการให้สัมปทาน เงื่อนไขสัญญาสัมปทาน รวมทั้งการระงับข้อพิพาท

นอกจากการจัดการความเสี่ยงโดยมาตรการทางกฎหมายแล้ว มาตรการทางสัญญาก็เป็นอีกแนวทางหนึ่งในการจัดการความเสี่ยง

2.2 การจัดการโดยมาตรการทางสัญญา

ในการนำมาตรการทางสัญญามาเป็นแนวทางในการจัดการความเสี่ยงนั้น จะต้องมีการพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า ความเสี่ยงที่สำคัญที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยมีในเรื่องใดบ้าง และคู่สัญญาฝ่ายใดควรเป็นผู้รับความเสี่ยงในเรื่องใด จากนั้นจึงนำมากำหนดไว้เป็นเงื่อนไขของสัญญาสัมปทาน ด้วยการออกแบบเงื่อนไขสัญญาให้สามารถจัดการกับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น (Design contractual provisions for risk management) โดยอาจกำหนดเป็นรูปแบบของสัญญา (model forms of contract) ซึ่งหากสัญญามีความชัดเจนแล้ว ย่อมทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายทราบถึงพันธะหน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญาโดยไม่ต้องมีการโต้แย้งระหว่างกัน การจัดทำสัญญาสัมปทานจึงควรที่จะพิจารณาทุกแง่มุม ทุกความเป็นไปได้ของความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้น

²⁰ “Foreign Investment Law”, <<http://www.southeasteurope.org/documents/fil.doc>>, June 2002.

โดยมองในแต่ละขั้นตอนที่เคยเกิดปัญหามีปัญหาในเรื่องใดบ้าง แล้วเอาปัญหานั้นมาเป็นปัจจัยในการกำหนดเงื่อนไขสัญญา

ในเบื้องต้นรัฐจะต้องยอมรับความเป็นจริงก่อนว่าทำไมเป็นส่วนหนึ่งของการทำธุรกิจ ซึ่งหากเอกชนไม่ได้ทำไว้อย่างเพียงพอก็ย่อมเป็นไปได้ในการทำธุรกิจ ดังนั้น รัฐจึงควรพิจารณาคัดเลือกผู้รับสัมปทานที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง (realistic) และความเป็นไปได้ในทางธุรกิจ มิใช่คิดแต่เพียงการทำสัญญาให้ได้เปรียบเพื่อสร้างภาพลักษณ์ให้ดูดีในสายตาของประชาชน แต่ลึกลงไปถึงความเป็นจริงว่าเป็นไปไม่ได้ที่เอกชนจะยอมขาดทุน ซึ่งหากรัฐมุ่งที่การทำสัญญาให้ได้เปรียบเอกชนแล้ว เอกชนก็อาจนำความเสี่ยงดังกล่าวไปคิดเป็นต้นทุนในการดำเนินงานได้ ด้วยเหตุนี้ ก่อนที่รัฐจะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนนั้น รัฐควรคำนึงถึงเสมอว่าอะไรคือสิ่งที่รัฐต้องการจากการทำสัญญาสัมปทานดังกล่าว เช่น รัฐต้องการให้มีสิ่งสาธารณูปโภคพื้นฐานเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน โดยรัฐต้องการให้ประชาชนมีความสะดวกสบาย และสามารถใช้บริการได้อย่างเท่าเทียมกันโดยไม่ได้รับความเดือดร้อน หรือรัฐต้องการหารายได้จากสัญญาสัมปทานนั้นด้วย หรือรัฐต้องการเพียงสัญญาสัมปทานที่ดีที่สุด สามารถเอาเปรียบเอกชนได้มากที่สุดเพื่อสร้างภาพลักษณ์ว่ารัฐมีความสามารถที่จะเอาเปรียบเอกชนคู่สัญญาให้ต้องจ่ายตามความต้องการของรัฐได้ ซึ่งความจริงแล้วสัญญาสัมปทานที่ดีที่สุดน่าจะเป็นสัญญาที่มุ่งให้ประชาชนได้รับบริการที่ดีที่สุดโดยรัฐไม่ต้องลงทุนเองมากกว่า เพราะสัญญาที่ดีที่สุดไม่ใช่สัญญาที่ฝ่ายใดจะสามารถเอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งได้มากกว่า แต่ควรเป็นสัญญาที่มาจากพื้นฐานของความยุติธรรม เพราะสัญญาอาจไม่มีความจำเป็นต้องนำมาใช้เลยก็ได้ หากคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีความรับผิดชอบที่จะทำตามหน้าที่ของตน เพื่อให้ในที่สุดแล้วประโยชน์ที่แท้จริงตกอยู่กับประชาชนผู้ให้บริการ

จากการศึกษาสัญญาสัมปทานในโครงการขนาดใหญ่ของประเทศไทยที่ผ่านมา พบว่าได้มีการปรากฏแนวความคิดในการจัดการความเสี่ยงเช่นกัน ซึ่งพอจะยกตัวอย่างได้ดังนี้

2.2.1 การให้รัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับการให้บริการ เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ข้อ 2.3 สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับใน กทม. และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของ รฟท. ข้อ 5 เป็นต้น

2.2.2 การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องจัดทำประกันในสิ่งปลูกสร้างและสิ่งติดตั้งในโครงการตามสัญญาสัมปทาน โดยระบุให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับประโยชน์ในกรณีกรณีประกันภัยแต่ผู้เดียวเมื่อเกิดภัยพิบัติขึ้น เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม.

2.2.3 การกำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนไว้ในสัญญาสัมปทานว่า สัญญาจะมีผลใช้บังคับก็ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ส่งมอบที่ดินให้แก่ผู้รับสัมปทานแล้ว เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ข้อ 36 สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ข้อ 3.3 เป็นต้น

2.2.4 การให้หลักประกันแก่เอกชนว่าจะไม่ดำเนินการที่อาจขัดขวางหรือกระทบกระเทือนการดำเนินงานของเอกชน เช่น สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ข้อ 5.4 สัญญาโครงการทางด่วนขั้นที่ 2 ข้อ 13.1 เป็นต้น

2.2.5 การให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ใช้บริการได้โดยตรง เช่น สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ข้อ 2.1 เป็นต้น

2.2.6 การจัดการความเสี่ยงทางด้านภาษี

รัฐควรมีมาตรการจัดการความเสี่ยงทางด้านภาษี (Tax risk management) ในเรื่องของสัมปทาน เพื่อเป็นการดึงดูดผู้ลงทุนต่างชาติให้สนใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทย เช่น การให้สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับภาษีอากร (Tax Incentives) การหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้อน (Avoidance Double Taxation) การให้สิทธิประโยชน์ด้านสุลากาการ เป็นต้น ซึ่งมาตรการดังกล่าวอาจจะทำได้โดยกฎหมายหรือโดยสัญญา เช่น การกำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนในสัญญาว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะจัดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับสิทธิส่งเสริมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน หรือดำเนินการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับยกเว้นภาษีอากรหรือมีสิทธิพิเศษอื่นใด เป็นต้น โดยในกรณีของผู้ลงทุนต่างชาตินั้นจะมีประเด็นพิจารณาในเรื่องภาษี คือ ภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 76 ทวิ ภาษีหัก ณ ที่จ่าย ตามมาตรา 70 และคำสั่งกรมสรรพากรที่ ทป. 4/2528 ข้อ 12 อนุสัญญาภาษีซ้อน และอากรแสตมป์ เป็นต้น ซึ่งมาตรการจัดการความเสี่ยงทางด้านภาษีให้กับผู้ลงทุนต่างชาติคือการไม่ให้เกิดการเสียภาษีซ้ำซ้อนเกิดขึ้น ซึ่งการที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนทำสัมปทานในประเทศไทยนี้ย่อมเป็นกรณีที่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย (Permanent Establishment) เนื่องจากมีการดำเนินกิจกรรมในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการออกแบบ ก่อสร้าง หรือติดตั้งในประเทศไทย ซึ่งทำให้เข้าเกณฑ์การพิจารณาในเรื่องของ activity test อีกทั้งการประกอบการยังอยู่ในประเทศไทยเป็นเวลานานจึงทำให้เข้าหลักเกณฑ์ในเรื่องของ time test ด้วย นอกจากนั้น การให้ผู้ลงทุนต่างชาติมาตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อรับสัมปทานก็เป็นมาตรการหนึ่งทางด้านภาษี

2.2.7 การกำหนดให้ผู้รับสัมปทานมาจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยเมื่อเข้ารับสัมปทาน เช่น สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ข้อ 2.3 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในกรณี

ที่หน่วยงานของรัฐต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่ได้รับสัมปทานจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับว่าหน่วยงานของรัฐมีเจตนาอย่างไรที่ต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาตินั้นจดทะเบียนเป็น บริษัทไทย โดยหากหน่วยงานของรัฐมีเจตนาเพื่อที่จะคุ้มครองกิจการที่ให้ผู้สัมปทานไม่ให้อยู่ ภายใต้อำนาจของผู้ลงทุนต่างชาติแล้ว หน่วยงานของรัฐจะต้องใช้ความระมัดระวังในการกำหนด เงื่อนไขการจดทะเบียนเป็นบริษัทไทยโดยอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ให้ชัดเจนในเอกสารประกวด ราคาหรือสัญญา เนื่องจากการกำหนดให้จดทะเบียนเป็นบริษัทไทยตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์นั้นไม่ได้ทำให้บริษัทนั้นเป็นบริษัทที่มีสัญชาติไทยเสมอไป โดยหากเป็นบริษัทที่มีคน ต่างต่างถือหุ้นมากกว่า 50% แล้ว บริษัทนั้นก็ย่อมมิใช่บริษัทไทยตามความหมายของ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 หรือแม้ว่าบริษัทนั้นอาจจะมีคนต่างด้าว ถือหุ้นน้อยกว่า 50% แต่ก็อาจเป็นบริษัทที่คนต่างด้าวมีย่ออำนาจควบคุมการบริหารของบริษัทได้ หากบริษัทนั้นใช้หลักการสร้างหุ้นบุริมสิทธิโดยให้อภิสิทธิ์ผู้ถือหุ้นข้างน้อย (Golden Shares) เช่น การจัดโครงสร้างให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวหรือตัวแทนถือหุ้นบุริมสิทธิ และให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทย ถือหุ้นสามัญ แล้วกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการออกเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ หรือ การให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยถือหุ้นบุริมสิทธิ และให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวถือหุ้นสามัญ แล้ว กำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการออกเสียงด้วยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าว สามารถสังเกตได้จากข้อบังคับของบริษัทและหนังสือบริคณห์สนธิ อันจะมีผลให้แม้คนต่างด้าวจะ ถือหุ้นน้อยกว่า แต่ก็มีอำนาจในการควบคุมบริษัทได้อย่างเต็มที่ และเป็นผู้ที่มีความเป็นเจ้าของที่ มีส่วนได้เสียอย่างแท้จริง (Beneficial Interest) ซึ่งกรณีเช่นนี้ทำให้แม้พระราชบัญญัติการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะมีหลักห้ามคนต่างด้าวถือหุ้นเสียงข้างมาก แต่เนื่องจากการ จัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ที่ประชุมตั้งบริษัทสามารถกำหนด โครงสร้างการบริหารของบริษัท เช่น ในเรื่องของหุ้นบุริมสิทธินี้ไว้ในข้อบังคับของบริษัทก่อนนำไป จดทะเบียนตั้งบริษัทได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นช่องทางที่ทำให้แม้จะเป็นบริษัทที่มีสัญชาติไทย แต่ บริษัทดังกล่าวก็ถูกควบคุมโดยผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวอยู่ดี นอกจากนั้น หน่วยงานของรัฐยัง ต้องระมัดระวังในกรณีของการถือหุ้นแทนกันโดยการให้คนไทยหรือบริษัทไทยที่ได้เป็นเจ้าของ หุ้นที่แท้จริงมาเป็นนอมินี (Nominee) เข้าไปถือหุ้นร้อยละ 51 หรือมากกว่านั้นในบริษัทที่ตั้งขึ้นใหม่นี้ แทนคนต่างด้าวซึ่งเป็นเจ้าของที่แท้จริง (Beneficial Owner) โดยคนไทยหรือบริษัทไทยดังกล่าว มิได้มีสิทธิมีเสียงในการบริหารกิจการและไม่มีส่วนได้เสียในผลกำไรขาดทุนของบริษัทที่ตั้งขึ้นใหม่นี้ แต่อย่างใด ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงควรดำเนินการด้วยการกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ให้ชัดเจนใน เอกสารประกวดราคาหรือสัญญาห้ามการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว และให้คนไทยมีอำนาจในการ

ควบคุมบริษัทอย่างแท้จริง ซึ่งเรื่องนี้ปัจจุบันในส่วนของกิจการโทรคมนาคม คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ก็ได้มีการร่างประกาศว่าด้วยการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว เพื่อบังคับใช้กับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่ 2 และแบบที่ 3 ที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ต้องทำรายงานข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะครอบงำกิจการโทรคมนาคมโดยคนต่างชาติเสนอให้ กทช. ทราบภายใน 14 วัน นับตั้งแต่วันที่ประกาศฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้

กรณีดังกล่าวเป็นตัวอย่างส่วนหนึ่งของประเทศไทยในการจัดการความเสี่ยงในสัญญาสัมปทานโดยใช้มาตรการทางสัญญา ซึ่งหากนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศแล้วพบว่า ได้มีการนำมาตราการทางสัญญาในรูปแบบสัญญามาตรฐาน (Standard Forms of Contract) มาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการจัดการความเสี่ยงเช่นกัน โดยเฉพาะในช่วงระหว่างการก่อสร้าง²¹ ซึ่งรูปแบบสัญญาที่มักจะนำมาใช้กันโดยทั่วไปคือรูปแบบสัญญามาตรฐานของ FIDIC (International Federation of Consulting Engineers) ที่จัดทำขึ้นโดยบนหลักการของการแบ่งความเสี่ยง (The principles of balanced risk sharing) ระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างก่อสร้าง ซึ่ง FIDIC ยังได้มีการพิจารณาความเสี่ยงสำหรับโครงการ BOT (Build-Operate-Transfer) และโครงการ Turnkey โดยกำหนดเงื่อนไขสัญญาสำหรับโครงการดังกล่าวด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า การนำมาตรการทางสัญญามาใช้ในการจัดการความเสี่ยงนั้นเป็นแนวทางที่ทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะเป็นผู้รับความเสี่ยงใน

²¹ เช่น Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction ของ FIDIC, General Conditions of Contract ของ Australian Standard, The Engineering and Construction Contract ของ The Institution of Civil Engineers (United Kingdom), Code of Federal Regulations ของ Federal Acquisition Regulation (United States), General Conditions of Contract for Construction ของ American Institute of Architects (United States) ENAA Model Form International Contract for Power Plant Construction ของ Engineering Advancement Association of Japan, Public Sector Standard Conditions of Contract for Construction Works ของ Construction Industry Development Board (Singapore), Standard Bidding Documents, Procurement of Works ของ World Bank, Standard Form of Building Contract ของ Joint Contracts Tribunal for the Standard Form of Building Contract, ICE Conditions of Contracts ของ Institution of Civil Engineers, Association of Consulting Engineers, and Federation of Civil Engineering Contractors เป็นต้น

เรื่องใด ซึ่งหากนำมาพิจารณาประกอบกับปัญหาและความเสี่ยงที่สำคัญที่เกิดขึ้นในประเทศไทย แล้ว ทำให้ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในหลักการสำหรับแนวทางการจัดการความเสี่ยงสำหรับคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะผู้ให้สัมปทานว่า ความเสี่ยงที่ควรมอบให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้รับความเสี่ยงนั้น ควรมาจากกรณีที่ไม่ได้มาจากความผิดของผู้รับสัมปทาน และความเสี่ยงที่มาจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเอง รวมทั้งความเสี่ยงที่มาจากการเมือง เช่น การเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายใน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงงาน การส่งมอบพื้นที่เพื่อให้ผู้รับสัมปทานเข้าดำเนินงาน การเวนคืนที่ดิน การออกใบอนุญาต เป็นต้น

ส่วนความเสี่ยงที่ควรมอบให้ผู้ลงทุนต่างชาติในฐานะผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับความเสี่ยงนั้น ควรเป็นเรื่องที่มาจากการกระทำของผู้รับสัมปทานเอง เช่น ความรับผิดชอบในการออกแบบ การก่อสร้าง และการให้บริการ เป็นต้น นอกจากนี้ เนื่องจากผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนในการดำเนินโครงการ ผู้รับสัมปทานจึงควรรับความเสี่ยงในเรื่องที่เกี่ยวกับ Financial Risk และ Commercial Risk ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการหาเงินทุน แหล่งเงินกู้ การเปลี่ยนแปลงอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ การเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แนวทางการจัดการความเสี่ยงในสัญญาสัมปทานควรพิจารณาเฉพาะกิจการบริการสาธารณะที่ควรส่งเสริมให้เอกชนเข้ามาลงทุนเท่านั้น เช่น โครงการสาธารณูปโภค โครงสร้างพื้นฐาน แต่หากเป็นกิจการบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศแล้ว รัฐไม่ควรมอบให้เอกชนจัดทำแทนรัฐ เพราะความเสี่ยงที่อาจจะเกิดดังกล่าวอาจไม่ใช่ความเสี่ยงที่สามารถจัดการได้

แนวทางในการจัดการความเสี่ยงที่ผู้เขียนเสนอแนะไว้เป็นหลักการข้างต้นนี้น่าจะนำมากำหนดไว้เป็นเงื่อนไขสัญญาให้ชัดเจนว่า คู่สัญญาฝ่ายใดจะต้องรับความเสี่ยงในเรื่องใด ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทย อีกทั้งยังสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ จึงน่าจะมีความสมเหตุสมผลเพียงพอที่ทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถยอมรับได้ ทั้งนี้ แนวทางดังกล่าวควรที่จะมีความชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่สนใจเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยสามารถนำความเสี่ยงดังกล่าวมาคำนวณมูลค่าโครงการได้ตั้งแต่ต้นและทำให้มั่นใจในความเป็นไปได้ของการดำเนินโครงการ

ด้วยเหตุนี้ ในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของประเทศไทยนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้ใช้แนวทางการจัดการความเสี่ยงด้วยการจัดทำรูปแบบสัญญาสัมปทานมาตรฐาน ซึ่งการจัดทำรูปแบบสัญญาสัมปทานมาตรฐานเช่นว่านี้ นอกจากจะทำให้เงื่อนไขสัญญามีความชัดเจนแน่นอนแล้ว ยังทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถชี้แจงได้ด้วยว่า เงื่อนไขสัญญาดังกล่าวมิได้

เป็นการเสียเปรียบหรือได้เปรียบของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด แต่เป็นเรื่องของการแบ่งความเสี่ยงระหว่างคู่สัญญาเพื่อให้ต้นทุนของโครงการมีความสมเหตุสมผลและมีความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการ และเพื่อให้การดำเนินการในเรื่องนี้มีความเป็นรูปธรรมมากที่สุด ผู้เขียนจึงได้จัดทำตัวอย่างร่างสัญญาสัมปทานมาตรฐานเพื่อใช้ในการดำเนินโครงการสาธารณูปโภค โครงสร้างพื้นฐานไว้ด้วย โดยเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวได้จัดทำขึ้นบนพื้นฐานของแนวทางในการจัดการความเสี่ยงและสนองตอบกับปัญหาของสัญญาสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 4

อย่างไรก็ดี ในระหว่างที่ประเทศไทยยังไม่มีรูปแบบสัญญาสัมปทานมาตรฐาน หรือหากเป็นกรณีของสัญญาสัมปทานที่มีใช่เป็นการดำเนินโครงการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐานแล้ว หน่วยงานของรัฐควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการจัดทำสัญญาให้มีความชัดเจนรัดกุมมากที่สุด เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการตีความในอนาคต และควรจัดส่งร่างเอกสารประกวดราคาและร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน รวมทั้งการตั้งผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดเข้าเป็นกรรมการในการดำเนินการจัดทำร่างเอกสารประกวดราคาและร่างสัญญา เพื่อที่เวลาจัดส่งร่างเอกสารประกวดราคาหรือร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดจะได้เป็นไปด้วยความรวดเร็วขึ้น ทั้งนี้ เพื่อที่อัยการจะได้ให้ข้อแนะนำ ข้อสังเกตแก่หน่วยงานของรัฐในประเด็นที่อาจทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบได้ นอกจากนั้น ก่อนที่จะจัดทำสัญญาสัมปทาน หน่วยงานของรัฐควรมีการหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อให้มั่นใจว่าการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐเป็นไปอย่างถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด อนึ่ง ในการจัดทำสัญญานี้ หน่วยงานของรัฐควรที่จะชี้แจงประชาชนเข้าใจให้ชัดเจนว่า เหตุใดจึงต้องกำหนดเงื่อนไขสัญญาในลักษณะเช่นนั้น เพราะปัจจุบันคนส่วนใหญ่ยังคงเข้าใจว่าหน่วยงานของรัฐควรทำสัญญาให้ได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน มิฉะนั้นก็จะเข้าใจว่ารัฐทำสัญญาเสียเปรียบ แต่ในความเป็นจริงนั้น หากหน่วยงานของรัฐมุ่งแต่จะทำสัญญาให้ได้เปรียบเอกชน หรือให้เอกชนรับความเสี่ยงทั้งหมดแล้ว ผลที่เกิดขึ้นอาจทำให้หน่วยงานของรัฐไม่ได้รับประโยชน์ที่แท้จริงจากการทำสัญญา เนื่องจากเอกชนจะคำนวณราคาของความเสี่ยงทั้งหมดเอาไว้ในสัญญาสัมปทานด้วย ซึ่งทำให้แทนที่เอกชนจะสามารถลดราคาสำหรับค่าบริการได้ กลับต้องเพิ่มราคาค่าความเสี่ยงเข้าไปทั้ง ๆ ที่ไม่มีความจำเป็น ผลที่เกิดขึ้นจึงทำให้ผลประโยชน์ไม่ได้ตกกับประชาชนอย่างที่ควรจะเป็น ดังนั้น การจัดทำสัญญาสัมปทานจึงควรพิจารณาอยู่บนหลักของความเป็นธรรมทั้งสองฝ่าย หรือมุ่งให้ประชาชนได้รับประโยชน์สูงสุดมากกว่า

ตอนที่ 3 ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทย
ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน

เมื่อได้ศึกษามาแล้วว่ามีความเสี่ยงอะไรบ้างในสัญญาสัมปทานที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย อันเป็นความเสี่ยงที่สำคัญที่ควรนำมาพิจารณากรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย และควรที่จะมีแนวทางในการจัดการความเสี่ยงดังกล่าวอย่างไรแล้วประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาจึงคือปัญหาว่าจะทำอย่างไรเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาลงทุนรับสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งก่อนที่จะตอบปัญหาดังกล่าวได้นั้น จำต้องพิจารณาก่อนว่ามีปัจจัยอะไรบ้างที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ

ในตอนนี้จึงเป็นการศึกษาถึงปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน ซึ่งมีทั้งปัจจัยในเชิงบวกและปัจจัยในเชิงลบ โดยปัจจัยในเชิงบวก หมายถึง ปัจจัยที่ส่งเสริมหรือสนับสนุนให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น รวมทั้งผลดีจากการที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ส่วนปัจจัยในเชิงลบ หมายถึง ปัจจัยที่เป็นความเสี่ยงอันมีผลต่อการตัดสินใจในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งผลเสียจากการที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติดังกล่าวนี้สามารถพิจารณาได้จากกฎหมายภายในของรัฐ นโยบายของรัฐ สภาพเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งสภาวะทางการเมือง เป็นต้น

ในการพิจารณาปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในการเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยนั้น อาจพิจารณาจากคำถามที่ผู้เข้ารับสัมปทานสอบถามหน่วยงานของรัฐในระหว่างการประกวดราคาในช่วงของการชี้แจงรายละเอียด (Clarification) เพราะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าอะไรคือสิ่งที่ผู้เข้าสัมปทานกังวลและเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาตัดสินใจว่าจะเข้ารับสัมปทานหรือไม่ ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนได้นำกรณีตัวอย่างจากโครงการสัมปทานของท่าอากาศยานสุวรรณภูมิมาเป็นกรณีศึกษา ทำให้พบว่าปัญหาที่ผู้รับสัมปทานมีข้อสงสัยในการเข้ารับสัมปทานมีในเรื่องดังนี้

1) Project Background รวมทั้งแผนในขนาดของโครงการ

ผู้รับสัมปทานมักสอบถามถึงความเป็นมาของโครงการและแผนในขนาดของโครงการ โดยเฉพาะประเด็นที่ว่าผู้ที่เข้ามาดำเนินการใน Phrase แรกนั้นจะมีสิทธิดีกว่าหรือมีเอกสิทธิ์ในการ

ดำเนินงานใน Phrase ที่ 2 หรือไม่ ซึ่งแสดงว่าผู้รับสัมปทานต้องการความชัดเจนในโครงการที่ตนจะเข้ามาลงทุน อีกทั้งยังต้องการทราบถึงความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการต่อไป

2) Scope of Services

ผู้เข้ารับสัมปทานมักต้องการทราบชัดเจนในขอบเขตของงานว่าเป็นอย่างไร จำนวนพื้นที่มีเท่าไร ต้องมีการจ่ายค่าเช่าพื้นที่หรือไม่ ผู้รับสัมปทานสามารถดำเนินกิจการในส่วนที่เกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องกับกิจการที่รับสัมปทานได้หรือไม่ เพราะเป็นสิ่งที่มึผลต่อการคำนวณรายได้และผลประโยชน์ตอบแทนที่ต้องจ่ายให้แก่หน่วยงานของรัฐ

3) Concession Fee/ Land Rental Fee

ผู้เข้ารับสัมปทานมักสอบถามเกี่ยวกับ Concession Fee ว่าเป็นจำนวนเท่าไร รวมทั้งระยะเวลาในการปรับเพิ่มขึ้นของ Concession Fee

4) Legal Entity Requirement

ผู้เข้ารับสัมปทานมักสอบถามเกี่ยวกับข้อจำกัดของสัญญาผู้ถือหุ้นในกลุ่มบริษัทที่เข้ารับการประมูลด้วยว่ามีข้อจำกัดในเรื่องของการถือหุ้นโดยผู้ลงทุนต่างชาติหรือไม่ รวมทั้งข้อกำหนดเกี่ยวกับ Lead Firm ที่หน่วยงานของรัฐมักกำหนดให้ Lead Firm ต้องเป็น Major Share Holder และการให้ไปจดทะเบียนเป็น new legal entity เพื่อลงนามในสัญญาสัมปทาน

5) Bid Security

ผู้รับสัมปทานมักสอบถามเกี่ยวกับธนาคารที่ออกหนังสือค้ำประกัน และผู้ทำหนังสือค้ำประกัน เช่น สมาชิกในกลุ่ม joint venture หรือ consortium สามารถเป็นผู้ทำหนังสือค้ำประกันได้หรือไม่ ซึ่งสามารถกระทำได้เพียงแต่ต้องออกในนามของ joint venture หรือ consortium

6) Evaluation Procedure / Evaluation Criteria

ผู้เข้ารับสัมปทานมักต้องการทราบถึงกระบวนการหรือเกณฑ์ที่ใช้การประเมินเพื่อให้มีความมั่นใจว่ากระบวนการพิจารณาคัดเลือกกระทำด้วยความโปร่งใส

7) Concession Agreement

ผู้เข้ารับสัมปทานมักสอบถามว่าใครที่จะเป็นผู้ร่างสัญญาสัมปทาน ซึ่งบางหน่วยงานของรัฐอาจให้เอกชนเป็นผู้เสนอเข้ามา แต่บางหน่วยงานของรัฐอาจจะเป็นผู้จัดทำร่างสัญญาขึ้นเอง²² นอกจากนี้ ผู้เข้ารับสัมปทานมักมีข้อสงสัยว่าตนเองสามารถแสดงความคิดเห็นหรือขอ

²² เช่น ใน Clarification ของงานพิจารณาคัดเลือก Concessionaire for the Concession of the Air Cargo Terminal Services at Suvarnabhumi Airport ที่ candidates

แก้ไขร่างสัญญาที่ผ่านการตรวจพิจารณาจากสำนักงานอัยการสูงสุดได้หรือไม่ และสำนักงานอัยการสูงสุดใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาตรวจแก้ไขสัญญาสัมปทาน

8) Language

ผู้เข้ารับสัมปทานมักสอบถามว่าสัญญาสัมปทานที่จัดทำขึ้นจะเป็นภาษาอะไร ซึ่งเรื่องนี้ได้รับการยืนยันตามมติคณะรัฐมนตรีแล้วว่าสัญญาสัมปทานต้องจัดทำเป็นภาษาไทยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เข้ารับสัมปทานมักเจรจาต่อรองขอให้จัดทำคำแปลเป็นภาษาอังกฤษด้วย ซึ่งหน่วยงานของรัฐมักจะยินยอม แต่ให้ใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น และหน่วยงานของรัฐจะไม่รับผิดชอบในความผิดพลาดในการแปลดังกล่าว โดยให้เป็นความรับผิดชอบของผู้เข้ารับสัมปทานเองที่จะต้องศึกษาและทำความเข้าใจอย่างระมัดระวัง

9) Notification of Award

ผู้เข้ารับสัมปทานมักสอบถามถึงการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีว่าจะใช้เวลานานแค่ไหน และหากการให้ความเห็นชอบล่าช้าแล้ว หน่วยงานของรัฐจะขยายระยะเวลาสิ้นสุดของงานให้หรือไม่

10) Concession Period

ผู้เข้ารับสัมปทานมักต้องการคำยืนยันจากหน่วยงานของรัฐในเรื่องของระยะเวลาสัมปทานให้ชัดเจน และมักมีการสอบถามถึงการขยายระยะเวลาของสัมปทานออกไป เช่น หากการก่อสร้างล่าช้าออกไปจะมีการขยายระยะเวลาสัมปทานให้หรือไม่ หรือจะมีทางเลือกอะไรให้ผู้เข้ารับสัมปทานสามารถได้รับการขยายเวลาสัมปทานออกไปหรือไม่ นอกจากนั้น ระยะเวลาของสัญญาสัมปทานก็เป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งที่ผู้รับสัมปทานจะนำมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจด้วยว่าควรที่จะลงทุนหรือไม่ ซึ่งแม้ว่าระยะเวลายาวนานอาจเป็นผลดีในแง่ของการคืนเงินลงทุน แต่ก็มีความเสี่ยงที่ไม่อาจคาดการณ์ได้เลยว่าจะมีเหตุการณ์อะไรเกิดขึ้นบ้าง

11) Gross Revenue

ผู้เข้ารับสัมปทานมักต้องการทราบคำนิยามที่ชัดเจนของ Gross Revenue

12) Price Control

ผู้เข้ารับสัมปทานมักต้องการทราบหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการควบคุมราคาของหน่วยงานของรัฐว่าจะเป็นไปเช่นใด

ได้สอบถามว่า “Who drafts the Concession Agreement?” ซึ่ง ทอท. ได้ตอบคำถามดังกล่าวว่า “The Airport Authority” (อ้างใน Question No.68 Ref Section 1.3 Ref Clause 1.3.4.1 Ref. page 1-14)

13) Title to Properties

ผู้เข้ารับสัมปทานมักต้องการทราบถึงสิทธิในทรัพย์สินที่รับสัมปทาน เนื่องจากหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานอาจติดขัดในเรื่องของกฎหมาย เช่น หากหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นที่ราชพัสดุแล้ว ก็จะติดขัดกับพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518 ที่ทำให้ผู้รับสัมปทานต้องโอนอสังหาริมทรัพย์ให้กับกระทรวงการคลังเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ กรณีดังกล่าวจึงอาจสร้างปัญหาให้กับผู้เข้ารับสัมปทานที่ทำให้ไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นไปเป็นหลักประกันให้กับธนาคารได้ด้วยเหตุนี้ ผู้เข้ารับสัมปทานจึงมักร้องขอให้ค่อยโอนเมื่อสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน แต่โดยที่เป็นผลมาจากบทบัญญัติของกฎหมายจึงทำให้ไม่สามารถกระทำได้

14) Renegotiation

โดยที่บางสัญญาสัมปทานอาจมีข้อกำหนดให้มีการเจรจาเกี่ยวกับ concession fee กันใหม่ได้ทุก 5 ปี จึงทำให้ผู้เข้ารับสัมปทานต้องการความมั่นใจเกี่ยวกับการเจรจาดังกล่าว

15) Termination

ผู้เข้ารับสัมปทานมักสอบถามเกี่ยวกับเหตุแห่งการสิ้นสุดสัญญา โดยเฉพาะกรณี Termination from Special Circumstance ว่าจะมีในกรณีใดบ้าง ซึ่งส่วนใหญ่ก็คือการเป็นไปเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของชาติ

16) Environmental Impact

ผู้เข้ารับสัมปทานมักสอบถามว่าจะต้องดำเนินการเพื่อขอรับอนุญาตในเรื่องของสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ซึ่งอาจมาจากความกังวลในเรื่องการขออนุญาตภายใต้กฎหมายดังกล่าว

17) Dispute Resolution

ผู้เข้ารับสัมปทานมักสอบถามเกี่ยวกับกรณีที่ไ้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการว่า หาก dispute resolution นั้นกระทำโดยอนุญาโตตุลาการในศาลต่างประเทศเช่นนี้ ค่าชื้อขาดนั้นจะมีผลบังคับในประเทศไทยด้วยหรือไม่

จากตัวอย่างคำถามต่าง ๆ ที่ผู้เข้ารับสัมปทานสอบถามหน่วยงานของรัฐในระหว่างการประกวดราคาเหล่านี้จึงอาจเป็นสิ่งที่เราสามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ถึงปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยของผู้ลงทุนต่างชาติได้ ซึ่งอาจพอสรุปออกเป็นประเด็นต่าง ๆ ได้ดังนี้

1. ปัจจัยทางกฎหมายภายในและความมั่นใจในระบบการรับประกันข้อพิพาท

กฎหมายภายในเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ และจัดเป็นความเสี่ยงประเภทหนึ่ง คือ legal risks ซึ่งความเสี่ยงดังกล่าวอาจมีได้ทั้งจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่แล้ว หรือจากการออกกฎหมายใหม่ หรือจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย โดยความเสี่ยงจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่แล้ว อาจมาจากปัญหาการตีความกฎหมายอันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนของกฎหมาย การแทรกแซงทางการเมือง หรือการไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย รวมทั้งมาจากปัญหาของตัวกฎหมายเองที่มีระเบียบขั้นตอนค่อนข้างมาก มีความคลุมเครือในการบังคับใช้กฎหมาย ส่วนปัญหาจากการออกกฎหมายใหม่ หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ที่อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่มั่นใจในการลงทุนนั้น มักเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ยืดหรือบีบคั้นกิจการของผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งมักเกิดขึ้นในประเทศกำลังพัฒนาและมีตัวอย่างที่เห็นได้ในหลายประเทศ

สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น จากการศึกษาพบว่า ในอดีตประเทศไทยเคยมีการออกประกาศกระทรวงวิปคินกิจการของนักลงทุนต่างชาติเช่นกัน โดยในปีพุทธศักราช 2484 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรราธิการได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรราธิการ ณ วันที่ 21 มกราคม พุทธศักราช 2484 ให้เหมืองแร่ทองคำกับบอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ใด ๆ ซึ่งใช้ในการทำเหมืองแร่ทองคำของบริษัท เดส มินส์ ด'ออร์ เดอ ลิท โซ จำกัด สัญชาติฝรั่งเศส อยู่ในความครอบครองของรัฐบาลตามพระราชกำหนดควบคุมและดำเนินงานการรื้อการทำเหมืองแร่ทองคำ พุทธศักราช 2483²³ นอกจากนั้น ยังมีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน²⁴ เป็นต้น แต่กฎหมายดังกล่าวก็กำหนดให้รัฐใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน²⁵ และเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้ก่อนที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้าทำสัญญา

²³ อ้างในประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม 54 (ภาค 1) พุทธศักราช 2484 รวบรวมโดย นายร้อยตำรวจโทเสถียร วิเชียรลักษณ์, นิติเวช, น. 203.

²⁴ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

มาตรา 22 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทานสิ้นอายุได้ และในกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองบรรดาอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดได้ด้วย

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี”

²⁵ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

สัมปทาน โดยไม่เคยปรากฏว่าประเทศไทยมีการออกกฎหมายเพื่อยึดหรือริบคืนกิจการของผู้รับสัมปทานในภายหลัง ทำให้ไม่เคยมีข้อพิพาทที่ผู้รับสัมปทานฟ้องร้องรัฐว่าออกกฎหมายภายในโดยไม่ชอบแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม เคยมีคดีในเรื่องของการยึดคืนสัมปทานป่าไม้ จากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ได้มีคำสั่งที่ 32/2532 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ.2532 ให้สัมปทานทำไม้หวงห้ามทุกชนิด (เว้นสัมปทานทำป่าไม้ชายเลน) ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ทุกสัมปทานสิ้นสุดลงทั้งแปลง โดยให้เหตุผลที่ทำให้การสัมปทานสิ้นสุดลงว่าเนื่องจากปัจจุบันพื้นที่ป่าไม้ถูกทำลายและเสื่อมโทรมลงจนเป็นเหตุให้เกิดสภาวะการขาดความสมดุลของสภาพแวดล้อม กรณีเป็นการจำเป็นต้องใช้พื้นที่ป่าไม้ในเขตสัมปทาน เพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อม ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นลักษณะหนึ่งของการยึดหรือริบคืนกิจการของรัฐโดยอ้อมได้เหมือนกัน เพียงแต่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนต่างชาติเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นกับผู้ลงทุนต่างชาติแล้วก็อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความเชื่อมั่นในการลงทุนในประเทศไทยได้

ดังนั้น สัญญาสัมปทานจึงน่าจะมีการกำหนดเงื่อนไขสัญญาที่ชัดเจนในเรื่องของการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายใหม่ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่า ผู้รับสัมปทานจะมีสิทธิได้รับค่าชดเชยในกรณีค่าใช้จ่ายในการให้บริการของผู้รับสัมปทานเพิ่มขึ้นอันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจมากขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวก็สอดคล้องกฎหมายไทยที่มีอยู่และเป็นไปตามข้อเสนอแนะของ UNCITRAL ตาม Model provision 39 ใน UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects ที่ให้คำแนะนำในเรื่องนี้ไว้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม การกำหนดเงื่อนไขสัญญาเช่นว่านี้ไม่ได้หมายความว่าจะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการลงทุนได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานก็ยังคงต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทย และบทบัญญัติของกฎหมายบางฉบับก็กำหนด

มาตรา 23 บัญญัติว่า “ในการยึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานและอุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานตามมาตรา 22 รัฐจะต้องใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามที่กำหนดในสัมปทาน ในกรณีที่สัมปทานมิได้กำหนดเรื่องค่าทดแทนไว้ ให้ใช้ค่าทดแทนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้รับสัมปทานควรได้รับตามความเป็นธรรม

ให้อธิบดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับสัมปทานมารับเงินค่าทดแทนภายในเวลาที่กำหนดถ้าผู้รับสัมปทานไม่มารับเงินภายในกำหนดเวลาที่ได้รับแจ้ง ให้อธิบดีนำเงินค่าทดแทนไปฝากไว้กับธนาคารออมสินในชื่อของผู้รับสัมปทาน”

บทลงโทษกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไว้อย่างชัดเจน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 โดยกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงแต่กำหนดบทลงโทษผู้รับสัมปทานที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น²⁶ แต่ยังให้อำนาจรัฐมนตรีเพิกถอนสัมปทานได้ด้วยหากผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อกำหนดในสัมปทาน²⁷ กรณีดังกล่าวจึงทำให้ผู้รับสัมปทานก็ยังคงมีความเสี่ยงภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย

นอกจากนั้น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ก็เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานเสี่ยงภัยด้วยตนเอง เช่น กรณีตามมาตรา 52 ทวิ อันเป็นกรณีที่ผู้รับสัมปทานมีสิทธิขอร่วมทุนกับรัฐบาลได้ โดยใช้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามข้อกำหนดว่าด้วยการประกอบกิจการปิโตรเลียมโดยการเสี่ยงภัยลงทุนแต่ฝ่ายเดียว²⁸ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวได้

²⁶ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

มาตรา 28 บัญญัติว่า “ถ้าผู้รับสัมปทานไม่กระทำการใด ๆ ตามที่อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายได้สั่งให้ทำตามมาตรา 25 อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจหน้าที่เข้ากระทำการโดยผู้รับสัมปทานเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่ทางราชการต้องรับภาระจ่ายจริงเพื่อการนั้น พร้อมเงินเพิ่มอีกร้อยละยี่สิบของเงินจำนวนดังกล่าวด้วย”

²⁷ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

มาตรา 29 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่บำรุงรักษาทางหลวงสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดภัยอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอันเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้อธิบดีมีหนังสือเตือนให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนด

ในกรณีที่ให้มีหนังสือเตือนตามวรรคหนึ่งแล้ว แต่ผู้รับสัมปทานยังคงฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ให้รัฐมนตรีเพิกถอนสัมปทานดังกล่าว เมื่อได้เพิกถอนสัมปทานแล้วให้อุปกรณ์ทางหลวงสัมปทานทั้งหมดตกเป็นของรัฐ”

²⁸ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 52 ทวิ วรรค 6 บัญญัติว่า “ในระหว่างการประกอบกิจการปิโตรเลียมของรัฐบาลตามมาตรานี้ ผู้รับสัมปทานมีสิทธิขอเข้าร่วมทุนกับรัฐบาลได้ โดยใช้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามข้อกำหนดว่าด้วยการประกอบกิจการปิโตรเลียมโดยการเสี่ยงภัยลงทุนแต่ฝ่ายเดียวของสัญญาร่วมทุนระหว่างผู้ประกอบการปิโตรเลียมที่ใช้กันอยู่ในประเทศไทยที่ให้ผลดีที่สุดแก่

ให้ความคุ้มครองต่อผู้รับสัมปทานว่าสามารถใช้สัญญาร่วมทุนที่ใช้กันอยู่ในประเทศไทยที่ให้ผลดีที่สุดแก่ผู้รับสัมปทาน

อีกทั้งกฎหมายภายในบางฉบับก็อาจไม่เอื้ออำนวยต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 ที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องเป็นนิติบุคคลไทย หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ที่กำหนดให้เอกชนต้องเสนอผลประโยชน์ให้แก่รัฐ ก็อาจทำให้เอกชนรู้สึกว่าจะไม่คุ้มค่าต่อการลงทุนเพราะต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก โดยเฉพาะในกิจการที่ไม่อาจทำกำไรได้มากนัก

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายภายในจึงเป็นปัจจัยที่ควรนำมาพิจารณาเนื่องจากผู้ลงทุนต่างชาติดูมองว่าเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งในการลงทุน และเป็นการเพิ่มต้นทุนในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติซึ่งหากประเทศเพื่อนบ้านของเรามีเงื่อนไขที่ดีกว่าแล้วก็จะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติเปลี่ยนไปลงทุนในประเทศนั้นแทน อันทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียโอกาสที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้

นอกจากกฎหมายภายในแล้ว ระบบในการระงับข้อพิพาทเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งแม้ว่าจะมีกฎหมายภายในวางหลักในเรื่องของการระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานไว้ว่าให้เป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือให้สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครองได้ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514²⁹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เป็นต้น แต่ดูเหมือนว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานยังคงเป็นเรื่องที่มีปัญหาในทางปฏิบัติมาโดยตลอด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษายืนตามศาลปกครองกลางให้เพิกถอนคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการกรณีให้บริษัท ไอทีอี จำกัด (มหาชน) จ่ายค่าสัมปทานปีละ 230 ล้านบาท จากที่

ผู้รับสัมปทาน แต่การขอใช้สิทธิเช่นนั้นจะต้องแจ้งให้รัฐบาลทราบอย่างช้าภายในสามปีนับแต่วันที่รัฐบาลได้เข้าใช้สิทธิประกอบกิจการปิโตรเลียมตามมาตรานี้”

²⁹ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 67 วรรคสาม บัญญัติว่า

“ถ้าการเข้าไปในที่ดินตามวรรคสองเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย เจ้าของผู้มีสิทธิครอบครองหรือผู้ทรงสิทธิอื่นใดในที่ดินนั้นมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้รับสัมปทาน และถ้าไม่สามารถตกลงกันถึงจำนวนค่าเสียหายได้ ให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ”

ต้องจ่ายปีละ 1,000 ล้านบาท รวมทั้งให้ไอทีวีปรับลดสัดส่วนนำเสนอข่าวสารสาระและบันเทิง จากเดิม 70:30 เป็น 50:50 ตามที่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ผู้ร้องได้ยื่นคำฟ้อง ซึ่งคำสั่งเพิกถอนดังกล่าวทำให้ไอทีวีต้องกลับไปจ่ายค่าสัมปทานเพิ่มอีกปีละ 670 ล้านบาท และรับภาระหนี้ผูกพันย้อนหลัง 3 ปีนับตั้งแต่อนุญาตตุลาการชี้ขาด โดยศาลปกครองเห็นว่า คำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ โดยอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความมั่นใจในระบบการข้อพิพาทในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานเนื่องจากมักมีปัญหาในการยอมรับคำตัดสินของอนุญาตตุลาการเสมอ โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐแพ้คดี ทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติอาจไม่เข้าใจว่าเหตุใดเมื่ออนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้วจึงต้องนำคดีไปสู่ศาลอีก ซึ่งเรื่องนี้รัฐบาลควรที่จะชี้แจงหรือประชาสัมพันธ์ให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้าใจถึงความเป็นมาและเหตุผลในการตัดสินคดีของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวด้วย เช่น ชี้แจงว่าคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ไม่ได้หมายความว่าศาลไม่ยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ แต่เนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการดังกล่าวมาจากการพิจารณาที่เกินขอบอำนาจของอนุญาตตุลาการ เป็นต้น เพราะฉะนั้นอาจมีความเป็นไปได้ที่ทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความมั่นใจในการลงทุนเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย และขาดความมั่นใจในระบบอนุญาตตุลาการของประเทศไทย โดยทำให้นักลงทุนต่างชาติอาจต้องการใช้อินญาตุลาการที่อื่น เช่น ICSID หรือ ICC เป็นต้น อันจะมีผลต่อการคำนวณราคาของสัญญาสัมปทานได้ อีกทั้งยังอาจมีผลกระทบต่อการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อเข้ารับสัมปทานในโครงการต่าง ๆ ของประเทศไทยได้

ดังนั้น กฎหมายภายในและความมั่นใจในระบบการระงับข้อพิพาทเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ โดยหากผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในระบบกฎหมายไทยว่ามีมาตรฐานในระดับนานาชาติ และมั่นใจว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วจะได้รับความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาทแล้ว ก็จะมีผลให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่มีความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนเพื่อทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น

2. ปัจจัยทางเศรษฐกิจและความคุ้มค่าในการลงทุน

ปัจจัยทางเศรษฐกิจและความคุ้มค่าในการลงทุน เช่น ระยะเวลาของสัมปทาน ผลประโยชน์ที่จะได้รับ หรืออัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา รวมทั้งความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ

ผู้รับการลงทุน มีผลค่อนข้างสูงต่อการตัดสินใจเข้ารับการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งสถาบันการเงินที่ใหู้ โดยถือเป็นความเสี่ยงทางเศรษฐกิจ (economic risk) เพราะหากผู้ลงทุนต่างชาติมีความรู้สึกว่าการที่จะเข้ามาลงทุนไม่คุ้มค่า หรือมีนโยบายทางเศรษฐกิจที่ไม่มีเสถียรภาพแล้วก็อาจทำให้ไม่ต้องการเข้ามาลงทุน ซึ่งปัจจัยทางเศรษฐกิจนี้จะมีผลทำให้เกิดความเสี่ยงในเรื่องของอัตราแลกเปลี่ยน (exchange rate risk) อัตราดอกเบี้ย (interest rate risk) ความสามารถในการชำระหนี้คืน (repayment risk) และการล้มละลาย (insolvency risk) ตามมาอีกด้วย

ปัจจัยดังกล่าวนี้รวมถึงมาตรการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐบาลด้วย ซึ่งจากการที่ประเทศไทยมีลักษณะที่ตั้งที่เป็นศูนย์กลางการคมนาคมในภูมิภาค ประเทศไทยจึงน่าจะอาศัยโอกาสนี้ในการสร้างมาตรการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งจะช่วยให้ดึงดูดให้ประเทศที่มีศักยภาพในการระดมเงินไปลงทุนในต่างประเทศสูงสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น

3. ปัจจัยทางการเมืองและความชัดเจนของโครงการ

ปัจจัยทางการเมือง (Political Factors) มีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ไม่ว่าจะเป็นนโยบายของรัฐบาล (Government Policy) ช่วงเวลาของการเลือกตั้ง (Timing of Elections) ถือเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาตินำมาพิจารณาเสมอในการลงทุนในต่างประเทศ โดยจัดเป็น Political Risks ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบประเทศไทยกับประเทศอื่น ๆ แล้ว แม้จะอยู่ในขั้นที่พอยอมรับได้ แต่คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสถานการณ์ทางการเมืองหรือเสถียรภาพของรัฐบาลมีผลกระทบต่อการลงทุน เพราะเป็นสิ่งที่แสดงถึงความไม่มั่นคงทางการเมือง ดังนั้น ปัจจัยประการหนึ่งที่มีผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ คือ นโยบายทางการเมืองและความชัดเจนของโครงการ เนื่องจากผู้ลงทุนต่างชาติต้องการทราบนโยบายของรัฐบาลที่ชัดเจนแน่นอน ไม่ใช่ในนโยบายที่เปลี่ยนแปลงไปมาทันทีที่ได้รับการคัดค้านหรือต่อต้านจากประชาชนเพราะเกรงจะไม่ได้ได้รับความนิยมจากประชาชน ซึ่งผู้ลงทุนต่างชาติดูแลเรื่องดังกล่าวเป็นปัญหาภายในของรัฐบาลที่ต้องแก้ไขเอง ไม่ใช่นำมาเป็นเหตุในการเปลี่ยนแปลงนโยบายทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ หากรัฐบาลยังไม่แน่ใจเพราะยังไม่ได้สอบถามความคิดเห็นของประชาชนเช่นนี้แล้ว ก็ยังไม่ควรกำหนดเป็นนโยบาย เพราะการกำหนดนโยบายออกมาแล้วแต่ทำไม่ได้หรือไม่ได้ทำย่อมเป็นสิ่งที่มีความเสี่ยงต่อความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติ

จะเห็นได้ว่าในช่วง 5 ปีก่อน การเมืองในประเทศไทยค่อนข้างมั่นคงทำให้ส่งผลต่อการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจของประเทศและความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติ แต่จากวิกฤติการณ์เมืองไทยในช่วงระหว่างเดือน มกราคม – เมษายน 2549 รวมทั้งการแตกแยกทางความคิดของประชาชนที่มีต่อตัวผู้นำรัฐบาลได้ส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติที่มีต่อเสถียรภาพและความเชื่อมั่นในระบบเศรษฐกิจ ทำให้การลงทุนมีการชะลอตัวลง ภาวะดังกล่าวอาจทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียโอกาสจากการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ความล่าช้าของการดำเนินการโครงการเมกะโปรเจกต์อาจทำให้ประเทศไทยต้องเสียโอกาสในการปฏิรูประบบสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของประเทศ โดยเฉพาะระบบขนส่งมวลชนของประเทศ อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะอย่างไรก็ดี ต้องยอมรับว่าโครงการระบบสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานนั้นมีผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน ดังนั้น การดำเนินโครงการเมกะโปรเจกต์เพื่อรองรับการลงทุนจากต่างชาตินี้จะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับประชาชนและความมั่นคงของประเทศด้วย มิใช่พิจารณาแต่เพียงเงินลงทุนจากต่างประเทศที่จะเข้ามาหมุนเวียนในประเทศเท่านั้น โดยเฉพาะกิจการในเรื่องของสัมปทานอันเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐและความผาสุกปลอดภัยของประชาชน ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีการเตรียมความพร้อมในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อรองรับการลงทุนจากต่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงรักษาไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยและหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนโดยไม่ทำให้ประชาชนต้องได้รับความเดือดร้อน

นอกจากนั้น นโยบายของรัฐเป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติด้วยเช่นกัน โดยหากรัฐมีนโยบายในการจัดทำบริการสาธารณะด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาดำเนินการแทนรัฐเช่นนี้แล้วก็จะหมายความว่ารัฐต้องการลงทุนเอง แต่หากรัฐมีนโยบายในการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐแล้ว รัฐก็อาจดำเนินการด้วยการให้สัมปทาน หรือหากรัฐมีนโยบายที่จะพัฒนาการให้บริการด้วยการเพิ่มบทบาทของเอกชน และไม่ต้องการแข่งขันการให้บริการกับเอกชนแล้ว รัฐก็อาจแปรรูปรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น ทั้งนี้ หากนโยบายในการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐ หรือในการเพิ่มบทบาทของเอกชนนั้น มีการสนับสนุนให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานโครงการต่าง ๆ ของรัฐด้วยแล้ว ย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งในการส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น แต่หากรัฐไม่มีนโยบายสนับสนุนให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานโครงการต่าง ๆ ของรัฐ โดยอาจเป็นช่วงของการสนับสนุนให้มีการลงทุนของเอกชนที่เป็นคนชาติมากกว่าเช่นนี้แล้ว นโยบายดังกล่าวก็ย่อมมีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเช่นกัน

นอกจากปัจจัยทางการเมืองแล้ว วิกฤติของประเทศที่เรียกว่า Country risk ก็จัดเป็นความเสี่ยงอีกประเภทหนึ่งที่เกี่ยวข้อง โดยหากประเทศอยู่ในภาวะวิกฤตก็ย่อมเป็นปัจจัยที่มีผลกระทบในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเพราะอาจไม่มั่นใจได้ว่าเมื่อเข้ามาลงทุนแล้วโครงการจะสำเร็จหรือไม่ อันนำไปสู่ความเสี่ยงในเรื่องของ completion risk ด้วย

4. ปัจจัยด้านความสำเร็จของโครงการและการดำเนินโครงการ

ปัจจัยด้านความสำเร็จของโครงการนั้น มักมาจากความเสี่ยงในเรื่องความแล้วเสร็จของโครงการ ที่เรียกว่า completion risks ซึ่งอาจทำให้เกิดความเสี่ยงในการดำเนินโครงการ (operating risks) ตามมา กรณีดังกล่าวจึงทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติพิจารณาจากองค์ประกอบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะตัดสินใจเข้ารับลงทุน ไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาของโครงการ (Contract Period) การแบ่งรายได้ (Revenue Sharing) การประกันขั้นต่ำ (Minimum Guarantee) ภาษี (Tax) ค่าธรรมเนียมใบอนุญาต (License Fees) การดำเนินการและบำรุงรักษา (Operation and Maintenance) เป็นต้น

นอกจากนั้น การเร่งรัดโครงการเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่เป็นความเสี่ยงในการดำเนินโครงการ ซึ่งปัจจัยความเสี่ยงดังกล่าวมีทั้งต่อรัฐเอง และเอกชนผู้รับสัมปทาน อีกทั้งหากโครงการมีความเร่งรัดมากเกินไปแล้วก็อาจเป็นการเปิดช่องให้มีการทุจริตคอร์รัปชันได้ เนื่องจากความพยายามลดขั้นตอนการตรวจสอบก่อนอนุมัติโครงการ

5. ปัจจัยด้านความโปร่งใส และนโยบายของรัฐในการปราบปรามทุจริตคอร์รัปชัน

ปัจจัยด้านความโปร่งใสนี้หมายรวมทั้งการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานหรือการประเมินผลเพื่อให้สัมปทานด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าปัจจัยประการหนึ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาติรู้สึกว่าเป็นความเสี่ยงและอาจมีผลกระทบต่อการลงทุนในประเทศไทยคือเรื่องการประเมินผลที่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นห่วงว่ารัฐบาลไทยหรือหน่วยงานของรัฐจะมีวิธีการประเมินผลของการยื่นข้อเสนอเงื่อนไขในการดำเนินการอย่างไรเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม³⁰ เช่น กรณีที่ประเทศไทยมี

³⁰ชาวเศรษฐกิจ, ไทยรัฐ (19 มกราคม 2549): หน้า 9, ตัวอย่างหนึ่งที่แสดงถึงความสงสัยของผู้ลงทุนต่างชาติดังกล่าวปรากฏใน Clarification ของงานพิจารณาคัดเลือก Concessionaire for the Concession of the Ground Service Equipment (GSE)

นโยบายในการดำเนินการในโครงการระบบขนส่งมวลชน 10 เส้นทาง ที่ปัจจุบันก็ยังไม่ได้ข้อยุติว่าจะลงทุนในรูปแบบใด เป็นต้น

นอกจากนั้น โดยที่สัญญาสัมปทานขึ้นอยู่กับอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และยังเป็นดุลยพินิจของหน่วยงานของรัฐในการให้สัมปทาน อีกทั้งในการเข้าดำเนินการกิจการที่ได้รับสัมปทานในบางครั้งยังมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการขออนุญาตหรือการได้รับใบอนุญาตด้วย จึงทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติเกิดความไม่มั่นใจว่าหากมีการเสนอเข้ารับสัมปทานแล้วจะได้รับโอกาสในการพิจารณาจริงหรือไม่ หรือแม้จะได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้รับสัมปทานแล้วก็ยังมีความเสี่ยงในเรื่องของการขออนุญาตหรือการได้รับใบอนุญาตด้วยว่าจะได้รับอนุญาตหรือไม่³¹ อันเป็นความ

Maintenance Facilities at Suvarnabhumi Airport ที่ candidates ได้สอบถามว่า “กรณีที่ให้โอกาสบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ประกอบการรายแรกและรายเดียวที่ไม่ต้องผ่านการประมูล มีหลักเกณฑ์และคุณสมบัติอย่างไร ในขณะที่ผู้ร่วมประมูลรายอื่น ๆ ต้องแบกรับต้นทุนในการประกอบการประเภทเดียวกัน ตั้งแต่เริ่มจนครบอายุสัมปทาน ขอทราบว่า บกท. ต้องจ่ายผลตอบแทนให้ด้วยหรือไม่อย่างไร” ซึ่ง ทอท. ได้ตอบคำถามดังกล่าวว่า “เป็นผลมาจากมติคณะรัฐมนตรีที่ให้สิทธิแก่บริษัท การบินไทย ในการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกภาคพื้นดิน ซึ่งการบินไทยจะต้องจ่ายค่าชดเชยทางการเงินให้แก่ ทอท. ด้วย แต่ขณะนี้ยังอยู่ระหว่างกระบวนการเจรจาระหว่าง ทอท. กับ การบินไทย” (อ้างใน Question No.17 Ref Section 1 Ref Clause 1.2 Ref. page 1-4 in Part 2 Clarification and Explanation)

³¹ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 66 บัญญัติว่า “ผู้รับสัมปทานมีสิทธิประกอบกิจการปิโตรเลียมในแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตที่ได้รับสัมปทาน แต่ในกรณีที่ที่ดินในแปลงสำรวจหรือพื้นที่ผลิตที่ผู้รับสัมปทานมีความจำเป็นต้องใช้ในการประกอบกิจการปิโตรเลียม รวมทั้งที่ดินนอกแปลงสำรวจหรือพื้นที่ผลิตดังกล่าวที่ผู้รับสัมปทานมีความจำเป็นต้องใช้ในการเก็บรักษาหรือขนส่งปิโตรเลียมเป็นที่ดินที่บุคคลหรือส่วนราชการเป็นเจ้าของ มีสิทธิครอบครองหรือมีหน้าที่ตามกฎหมาย ให้ผู้รับสัมปทานปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ราษฎรมิได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน ผู้รับสัมปทานมีสิทธิผ่านเข้าออกและใช้ในการก่อสร้างใด ๆ ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตและไม่ต้องเสียค่าทดแทน

(2) ในกรณีที่ที่ดินที่ส่วนราชการใดเป็นเจ้าของ มีสิทธิครอบครอง หรือมีหน้าที่ดูแลตามกฎหมาย ผู้รับสัมปทานต้องขออนุญาตต่อส่วนราชการนั้น

เสี่ยงเกี่ยวกับ permitting risk เนื่องจากประเทศไทยมักมีประเด็นในเรื่องของการคอร์รัปชัน รวมทั้งปัญหาการมีผลประโยชน์ทับซ้อนในเชิงธุรกิจ (Conflict of Interest) ที่พัฒนามาจากการคอร์รัปชัน อันเป็นลักษณะของการใช้อำนาจรัฐแสวงหาประโยชน์ให้กับตนเองหรือพวกพ้อง นอกจากนี้ จากลักษณะสังคมไทยที่เป็นสังคมอุปถัมภ์มาตั้งแต่ครั้งโบราณ จึงทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติเกิดความ คลางแคลงใจและไม่มั่นใจว่าจะได้รับความเป็นธรรมแค่ไหนเพียงไร เพราะแม้ว่าประเทศไทยจะ ประกาศว่าไม่มีการคอร์รัปชัน แต่ในความเข้าใจของผู้ลงทุนต่างชาตินั้นไม่ได้คิดว่าจะเป็นเรื่องของการให้ประโยชน์ที่เป็นเงินตราเสมอไป เนื่องจากวัฒนธรรมไทยมีลักษณะของการช่วยเหลือเกื้อกูล อุปถัมภ์ค้ำชูกัน ซึ่งเรื่องนี้แม้หากมองในแง่ของวัฒนธรรมจะเป็นสิ่งที่ดี แต่ในแง่ของการลงทุนจาก ต่างชาตินั้น ประเทศไทยต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าประเทศไทยสามารถแยกเรื่องของวัฒนธรรมออกจาก เรื่องของระบบการทำงานได้ โดยจะไม่นำมาปะปนกัน เช่น แสดถึงตัวอย่างของงานที่ผู้ขอรับ สัมปทานมีความใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่ระดับสูงของหน่วยงานของรัฐ แต่ก็ไม่ได้งานนั้นไป เป็นต้น

ดังนั้น นโยบายของรัฐในการปราบปรามทุจริตคอร์รัปชันจึงเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่ง ที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติค่อนข้างมาก ซึ่งหากประเทศใดมีนโยบายในการ ปราบปรามทุจริตคอร์รัปชันอย่างจริงจัง มีความชัดเจนเป็นรูปธรรม และสามารถแก้ไขปัญหาได้ อย่างแท้จริงแล้วก็ย่อมส่งผลให้ผู้ลงทุนต่างชาติเชื่อมั่นที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศนั้น ซึ่งการ คอร์รัปชันนั้นนอกจากจะเป็นปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ แล้ว ยังส่งผลทำให้บริการสาธารณะที่รัฐจัดหาให้กับประชาชนไม่มีประสิทธิภาพพอเพียงพออีก ด้วย เนื่องจากหากมีการคอร์รัปชันแล้ว ก็ย่อมทำให้ผู้รับสัมปทานต้องแบ่งต้นทุนส่วนหนึ่งจากต้อง ใช้ในการให้สินบนไปปรับลดคุณภาพในการบริการที่ให้แก่ประชาชน

6. ปัจจัยเกี่ยวกับสถาบันการเงิน

โดยที่สัญญาสัมปทานส่วนใหญ่มักเป็นสัญญาที่มีเงินลงทุนค่อนข้างสูง ทำให้ผู้ลงทุน มีความเสี่ยงทางการเงิน (finance risks) ค่อนข้างมาก กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีสถาบันการเงินเข้า มาเกี่ยวข้องในฐานะผู้ให้กู้ เนื่องจากเป็นการยากที่จะมีเอกชนรายใดมีเงินทุนมากพอที่จะทำได้ โดยลำพัง เอกชนจึงต้องการการสนับสนุนทางการเงินจากสถาบันการเงิน และต้องการนำ

(3) ในกรณีที่ที่ดินที่บุคคลใดเป็นเจ้าของ หรือมีสิทธิครอบครอง ผู้รับสัมปทานต้องทำ ความตกลงกับบุคคลนั้น”

โครงการไปกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน ด้วยเหตุนี้ ผู้ลงทุนต่างชาติจึงจำต้องคำนึงถึงสถาบันการเงินด้วยว่าสามารถยอมรับเงื่อนไขต่าง ๆ ของสัญญาสัมปทานได้หรือไม่ เพราะหากเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานมีความเสี่ยงมาก สถาบันการเงินอาจไม่ยินยอมให้เงินกู้มาทำโครงการดังกล่าว ซึ่งในการพิจารณานั้นผู้ลงทุนต่างชาติและสถาบันการเงินจะพิจารณาจากความเป็นไปได้และความแน่นอนของสัญญา รวมทั้งความเสี่ยงต่าง ๆ ในการเข้าทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐ

กรณีดังกล่าวจึงทำให้สถาบันการเงินมักขอเจรจาต่อรองเพื่อกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้ครอบคลุมถึงประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) เรื่องการโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานให้แก่บุคคลอื่น

จากการที่เงื่อนไขสัญญาสัมปทานมักมีข้อกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องดำเนินการด้วยตนเอง ไม่อาจโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาให้แก่บุคคลอื่นได้ อีกทั้งระยะเวลาสัมปทานที่ค่อนข้างยาวนาน และการที่กฎหมายหลายฉบับกำหนดในเรื่องของการโอนสัมปทานไว้ว่าผู้รับสัมปทานจะโอนได้ต่อเมื่อมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่าผู้รับโอนมีคุณสมบัติและอนุญาตให้โอนสัมปทานเช่นนี้³² ก็อาจทำให้สถาบันการเงินมองว่าเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่ง และทำให้สถาบันการเงินต้องการหลักประกันจากหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานว่าจะมีการให้บริการตามสัญญาไปจนครบกำหนดเวลาเพื่อเป็นหลักประกันว่าจะมีรายได้เข้ามาใช้หนี้ให้แก่สถาบันการเงินดังกล่าว

จากปัจจัยดังกล่าวสถาบันการเงินจึงมักกำหนดเงื่อนไขให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถนำสิทธิตามสัญญาสัมปทานโอนให้แก่สถาบันการเงินได้ ซึ่งในบางสัญญาสัมปทานก็มีข้อกำหนดของสัญญาเช่นนั้น เช่น สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับใน กทม. และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของรฟท. ข้อ 33 สัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กทม. ข้อ 24 สัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ข้อ 23 เป็นต้น

³² พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ผู้รับสัมปทานจะโอนสัมปทานได้ต่อเมื่อมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้รับโอนมีคุณสมบัติตามมาตรา 7 วรยศ และอนุญาตให้โอนสัมปทานได้

ผู้รับโอนสัมปทานตามวรรคหนึ่งต้องรับไปซึ่งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบทั้งหมดของผู้รับสัมปทานรายเดิม”

2) เรื่องการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาสัมปทาน ในกรณีที่ผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้เงินกู้ แก่สถาบันการเงิน อันเป็นการตกลงให้มีการแปลงหนี้ใหม่ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานผิดนัดชำระหนี้เงินกู้ โดยให้สถาบันการเงินเข้าเป็นสวณสิทธิตามสัญญาสัมปทานเพื่อรับส่วนแบ่งรายได้หรือรับสิทธิตามสัญญาสัมปทานแทนผู้กู้

3) เรื่องการให้สถาบันการเงินเข้าสวณสิทธิและหน้าที่ของผู้รับสัมปทานก่อนจึงจะบอกเลิกสัญญาสัมปทานได้

ตอนที่ 4 ปัญหาและอุปสรรคในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

เมื่อได้ศึกษาถึงปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานมาแล้วในตอนที่ 3 ในตอนนี้จึงเป็นการศึกษาในประเด็นต่อมาว่าการที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้น มีปัญหาและอุปสรรคใดบ้างที่อาจจะเกิดขึ้นกับผู้ลงทุนต่างชาติ

โดยที่โลกในยุคนี้เป็นยุคของการแข่งขัน หลาย ๆ ประเทศมีการแข่งขันกันอย่างรุนแรงเพื่อดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศของตนให้ได้มากที่สุด กรณีดังกล่าวประเทศไทยในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของประชาคมโลกจึงจำเป็นต้องมีการปรับตัวเพื่อให้สามารถแข่งขันในตลาดโลกได้ ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้มีการกำหนดยุทธศาสตร์ต่าง ๆ เพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจด้วยการดึงดูดเงินการลงทุนจากต่างประเทศ

การที่รัฐบาลไทยมีนโยบายในการดำเนินการในโครงการเมกะโปรเจกต์ และมีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ พ.ศ.2549 นับเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความต้องการของรัฐที่ต้องการเป็นเจ้าของโครงการลงทุนเอง บริหารเอง แต่ยังคงต้องการให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีและรูปแบบการลงทุนที่ควรจะเป็นจากต่างชาติอยู่

รูปแบบการลงทุนในโครงการที่มีมูลค่าสูงในลักษณะที่รัฐไม่ต้องเป็นผู้ลงทุนเองแต่ใช้เงินลงทุนจากต่างชาติแทนนั้น อาจมีได้หลายรูปแบบ เช่น รูปแบบจ้างเหมาเบ็ดเสร็จ (Turn Key) อันเป็นลักษณะที่รัฐให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างก่อนแล้วรัฐจะจ่ายคืนทีหลัง หรือสัมปทาน เป็นต้น

ดังนั้น สัมปทานจึงเป็นรูปแบบการลงทุนอย่างหนึ่งในการที่รัฐจะดึงเงินลงทุนจากต่างชาติมาได้ อย่างไรก็ดี ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติได้

ในตอนนี้อาจเป็นการศึกษาว่า การที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย จะมีปัญหาและอุปสรรคใดเกิดขึ้นบ้าง โดยในการพิจารณาปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวจะพิจารณาทั้งในแง่ของปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับประเทศไทยและหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย และในแง่ของปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ลงทุนต่างชาติเอง

ดังนั้น ในตอนนี้อาจแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ส่วนดังนี้

1. ปัญหาและอุปสรรคจากกฎหมายภายในที่มีอยู่ในปัจจุบัน
2. ปัญหาและอุปสรรคจากกฎหมายระหว่างประเทศ
3. ปัญหาจากความพร้อมของประเทศไทยในการรองรับการลงทุนจากต่างประเทศ
4. ปัญหาและอุปสรรคจากนโยบายของรัฐบาล

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาและอุปสรรคในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย มีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1. ปัญหาและอุปสรรคจากกฎหมายภายในที่มีอยู่ในปัจจุบัน

กฎหมายภายในที่มีอยู่ในปัจจุบันอาจทำให้เกิดปัญหาและเป็นอุปสรรคได้หากกฎหมายนั้นมีลักษณะดังนี้ คือ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหรือการปฏิบัติเป็นไปได้ยาก มีปัญหาในการตีความหรือการบังคับใช้กฎหมาย มีความล้าสมัย มีความซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่น มีช่องโหว่จนอาจทำให้มีการนำไปใช้เพื่อประโยชน์ของบุคคลบางกลุ่มได้

ในส่วนนี้อาจเป็นการศึกษากฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันว่าทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคหากผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า มีกฎหมายไทยและมติคณะรัฐมนตรีบางฉบับที่อาจทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคหากผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยดังนี้

1.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

จุดมุ่งหมายสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ คือ เพื่อให้เข้ามาลงทุนของเอกชนในโครงการของรัฐมีความโปร่งใส ตรวจสอบได้ รวมทั้งป้องกันการคอร์รัปชันในสัญญาสัมปทาน จึงทำให้กฎเกณฑ์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวค่อนข้างมีลักษณะเคร่งครัด มีความละเอียดถี่ถ้วน

นอกจากนั้น พระราชบัญญัตินี้ยังถูกกำหนดให้นำไปใช้ในกฎหมายอื่นด้วย³³ กรณีดังกล่าวจึงอาจเป็นอุปสรรคประการหนึ่งในการลงทุนจากต่างประเทศ เนื่องจากขั้นตอนการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวใช้เวลาดำเนินการโครงการ 1-2 ปีขึ้นไป จึงอาจทำให้ไม่ดึงดูดผู้ลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนเท่าใดนัก ซึ่งความจริงแล้วการดำเนินการคัดเลือกเอกชนให้มีความโปร่งใสนั้นไม่จำเป็นต้องใช้เวลาในการดำเนินการนานเสมอไป ตรงส่วนนี้รัฐจึงควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้ยังคงไว้ซึ่งมาตรฐานในการตรวจสอบคือการให้มีคณะกรรมการประกอบด้วยหน่วยงานหลายหน่วยงานที่มีความอิสระเช่นเดิม เพียงแต่จะต้องกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการให้สั้นลงโดยอาจกำหนดให้มีหน่วยงานเฉพาะกิจที่ทำหน้าที่ทางด้านนี้โดยตรงเข้ามาเป็นเลขานุการเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปด้วยความรวดเร็ว อย่างไรก็ตาม การที่มีคณะกรรมการมาจากหน่วยงานที่แตกต่างกันนั้นอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติเช่นกัน เนื่องจากกรรมการที่มาจากหน่วยงานอื่นอาจคำนึงถึงแต่เรื่องผลประโยชน์สูงสุดของรัฐเป็นเกณฑ์ โดยไม่ได้พิจารณาในด้านอื่น เช่น พื้นฐานโครงการสัมปทานในเรื่องนั้น และคุณสมบัติของผู้รับสัมปทาน เป็นต้น นอกจากนี้ โดยที่มาตรา 23 ของพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้คณะกรรมการนำผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผลประเด็นการเจรจาต่อรองในเรื่องผลประโยชน์ของรัฐเสนอต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัด โดยกฎกระทรวงที่แนบท้ายในข้อ 3 ก็กำหนดให้เอกสารประกอบการจัดทำข้อเสนอ ประกอบด้วยผลประโยชน์ที่จะให้แก่อรัฐเป็นเงื่อนไขสำคัญในการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการด้วย กรณีดังกล่าวจึงอาจเป็นอุปสรรคในการลงทุนของเอกชนโดยเฉพาะในโครงการที่วงเงินลงทุนสูงอยู่แล้ว เนื่องจากทำให้เอกชนต้องนำผลประโยชน์ที่จะให้แก่อรัฐมาคำนวณรวมเป็นต้นทุนในการดำเนินโครงการด้วย

1.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

ในกรณีที่ผู้เข้ารับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย เนื่องจากการเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยถือเป็นการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่งในประเทศไทยเช่นกัน

โดยที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยมีการจำกัดหรือห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการบางอย่าง กฎหมายดังกล่าวจึงอาจถือเป็นอุปสรรคประการหนึ่งในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ อย่างไรก็ตาม

³³ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

มาตรา 5 วรรคแรก บัญญัติว่า “การให้สัมปทานรายได้ถ้าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นด้วย”

กฎหมายดังกล่าวได้มีการเปิดช่องไว้ในมาตรา 10 ทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถขอให้ คณะรัฐมนตรีมีมติในกรณีที่มีความจำเป็นต้องให้สัมปทานในโครงการของรัฐขนาดใหญ่กับผู้ลงทุน ต่างชาติเพื่อเป็นการจัดอุปสรรคในการลงทุนเช่นนั้นได้

1.3 ประมวลกฎหมายที่ดิน

โดยที่กฎหมายนี้ห้ามคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน กรณีดังกล่าวจึงอาจเป็น อุปสรรคในการเข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติได้ เนื่องจากผู้รับสัมปทานมีความจำเป็นต้อง มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ก่อสร้างบนที่ดินในช่วงระหว่างเวลาสัมปทานเพื่อให้สามารถนำทรัพย์สิน ดังกล่าวไปจำนองกับสถาบันการเงินที่ให้เงินกู้ได้ ดังนั้น รัฐจึงอาจยกเว้นการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ของผู้ลงทุนต่างชาติ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการลงทุนเพื่อเข้ารับสัมปทานในประเทศไทย

1.4 พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518

เนื่องจากที่ดินส่วนใหญ่ในการดำเนินโครงการสัมปทานเป็นที่ราชพัสดุ ที่หน่วยงาน ของรัฐเช่าที่ดินจากกรมธนารักษ์ กระทรวงการคลัง จึงทำให้ต้องคำนึงถึงพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ ด้วย และโดยที่กฎหมายนี้มีบทบัญญัติที่ทำให้ผู้รับสัมปทานต้องโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมด ให้กับกระทรวงการคลังทันทีที่การก่อสร้างแล้วเสร็จ จึงทำให้หน่วยงานของรัฐมักจัดทำสัญญา สัมปทานโดยกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่าย ค่าธรรมเนียม ค่าภาษี ค่าอากร ในการโอนกรรมสิทธิ์ทั้งหมดให้รัฐ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้ผู้รับสัมปทานไม่มั่นใจเท่ากับกรณี ที่การโอนกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน เพราะทรัพย์สินที่ตนจะดำเนินการ ต่อไปนั้นไม่ได้เป็นกรรมสิทธิ์ของตนเอง ในขณะที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้อง รับผิดชอบในการดูแลรักษาและซ่อมแซมทรัพย์สินดังกล่าว นอกจากนั้น ยังทำให้คู่สัญญาฝ่าย เอกชนประสบปัญหาในการเงินกู้ด้วยเพราะไม่มีทรัพย์สินใด ๆ ที่จะจำนองเป็นหลักประกันเงินกู้ ได้เลย กรณีดังกล่าวจึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมักพยายามเจรจาให้หน่วยงานของรัฐยอมให้ เอกชนนำสิทธิตามสัญญาสัมปทานทั้งหมดไปโอนให้เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันเงินกู้ได้

1.5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542

โดยที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ข้อพิพาทภายใต้สัญญาทางปกครองอยู่ภายใต้เขต อำนาจของศาลปกครอง และกำหนดให้สัญญาสัมปทานเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง จึงทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติอาจมีความกังวลในการเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยว่า หากข้อพิพาท ตามสัญญาต้องขึ้นศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองอาจใช้หลักกฎหมายปกครองในการตัดสินคดี มากกว่าการพิจารณาจากข้อตกลงตามสัญญา ซึ่งผู้ลงทุนต่างชาติก็ไม่มั่นใจว่าหลักกฎหมาย

ปกครองดังกล่าวเป็นเช่นใด จึงทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความเชื่อมั่นในการทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยได้

1.6 พระราชบัญญัติผลกระทบสิ่งแวดล้อม พ.ศ.2544

โดยที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ต้องดำเนินการเรื่องของสิ่งแวดล้อมให้ถูกต้องด้วย ซึ่งบางครั้งหน่วยงานของรัฐเองอาจไม่ได้คำนึงถึงประเด็นนี้ไว้ล่วงหน้า ทำให้พอถึงเวลาที่ผู้รับสัมปทานจะเข้ามาดำเนินการก็ต้องมาประสบกับปัญหาดังกล่าว

1.7 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

แม้ว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจะเป็นระเบียบที่ใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งกรณีของสัญญาสัมปทานเป็นคนละกรณีกันก็ตาม แต่โดยที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐมักเคยชินกับการปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าว จึงอาจมีความกังวลว่าจะต้องปฏิบัติตามระเบียบนี้ด้วยหรือไม่ กรณีดังกล่าวจึงอาจเป็นอุปสรรคในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติได้ ดังนั้น รัฐจึงน่าจะมีการออกระเบียบบางอย่างเพื่อใช้ในเรื่องของสัมปทานโดยเฉพาะ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.8 มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 และ 4 พฤษภาคม 2547

แม้ว่ามติคณะรัฐมนตรีจะไม่ใช้กฎหมาย แต่ก็เป็นนโยบายของฝ่ายบริหารที่หน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องยอมรับและถือปฏิบัติตาม ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวห้ามมิให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทาน เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน อีกทั้งยังกำหนดให้สัญญาสัมปทานเป็นภาษาไทย กรณีดังกล่าวจึงค่อนข้างเป็นปัญหาในทางปฏิบัติและเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ อีกทั้งยังทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความเชื่อมั่นในการเข้ามาดำเนินการในสัญญาสัมปทานในประเทศไทยอีกด้วย

นอกจากนั้น มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวยังอาจเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติที่เป็นคนชาติของรัฐภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นด้วย ซึ่งแม้ว่าปัจจุบันประเทศไทยจะยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าว แต่ประเทศไทยก็ได้ลงนามแล้วและอยู่ระหว่างเตรียมการออกกฎหมายเพื่อรองรับอนุสัญญาดังกล่าวก่อนที่จะให้สัตยาบัน โดยผู้ลงทุนต่างชาติอาจไม่มั่นใจว่าประเทศไทยจะยินยอมให้การระงับข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้หรือไม่ หรือการที่มีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อการที่ประเทศไทยจะให้ความยินยอมในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญานี้ในขอบเขตเพียงใด

ที่กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นตัวอย่างของกฎหมายภายในที่อาจทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในสัญญาสัมปทานได้ ซึ่งจากประสบการณ์ในการทำงานของผู้เขียนพบว่า นอกจากกฎหมายภายในแล้ว ขั้นตอนอันเป็นระเบียบภายในของหน่วยงานของรัฐเองก็เป็นอุปสรรคในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเช่นกัน เนื่องจากการดำเนินการในขั้นตอนภายในหน่วยงานของรัฐนั้นมักเป็นไปโดยล่าช้า เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กล้าตัดสินใจ อำนาจในการตัดสินใจเด็ดขาดอยู่ที่ผู้บริหารระดับสูงเท่านั้น อีกทั้งกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินการอย่างชัดเจน จึงทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความเชื่อมั่นในการลงทุน และอาจไม่ต้องการเข้ามาลงทุนในโครงการของรัฐอีก

นอกจากนั้น ยังมีอุปสรรคจากขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานด้วย เช่น ในเรื่องของการขอใบอนุญาตเพื่อเข้าดำเนินการในงานที่เกี่ยวข้องที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานเป็นผู้ให้อำนาจในการออกใบอนุญาต รวมทั้งการขอข้อมูลจากหน่วยงานอื่นของรัฐเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินงาน เป็นต้น ซึ่งการกำหนดให้อำนาจดังกล่าวอาจกลายเป็นช่องทางของการทุจริตคอร์รัปชันได้ โดยหากกฎหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจโดยปราศจากการควบคุมหรือไม่มีระบบตรวจสอบแล้วก็อาจทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องใช้อำนาจในการแสวงหาประโยชน์ส่วนตนจากผู้เข้าประกวดราคาเพื่อแลกกับการให้สัมปทานในงานนั้น ๆ ก็เป็นไปได้

นอกจากปัญหาและอุปสรรคจากกฎหมายภายในที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันก็เป็นอุปสรรคอีกประการหนึ่งของการที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากประกาศประกวดราคาหลายฉบับของหน่วยงานของรัฐที่มักกำหนดให้นิติบุคคลไทยเท่านั้นที่จะเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานได้ ซึ่งความจริงแล้วไม่ควรที่จะกำหนดในทุกประเภทของกิจการ แต่ควรคำนึงถึงประเภทของกิจการนั้น ๆ ด้วยว่าจำเป็นหรือไม่ที่ต้องควบคุมการเข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติ และสถานการณ์ในปัจจุบันเราต้องการอะไร กิจการดังกล่าวเอกชนไทยสามารถทำได้หรือไม่ โดยหากเป็นกิจการที่เอกชนไทยไม่สามารถทำได้แล้ว ก็ไม่ควรที่จะกำหนดในลักษณะดังกล่าว โดยอาจควบคุมด้วยวิธีการอื่น เช่น ระยะเวลาของสัมปทาน หรือการให้เอกชนนั้นมาจดทะเบียนเป็นบริษัทไทยภายหลังจากที่ได้เข้าประกวดราคาแล้ว เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นตัวอย่างของปัญหาและอุปสรรคจากกฎหมายภายในที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งเป็นหน้าที่ที่หน่วยงานของรัฐคงจะต้องมาร่วมกันพิจารณาว่ามีกฎหมายภายในใดบ้างที่เป็นอุปสรรคในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ อย่างไรก็ตาม ใดๆก็ดี จะต้องคำนึงถึงด้วยว่ากฎหมาย

ดังกล่าวได้ตรารื้อขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อะไร และสถานการณ์ในปัจจุบันยังคงมีเหตุการณ์เช่นนั้นอยู่อีกหรือไม่ หากสถานการณ์ในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปแล้วก็อาจมีความจำเป็นที่จะต้องปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้เข้ากับสถานการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งผู้เขียนจะได้นำประเด็นในส่วนนี้ไปพิจารณาเพื่อหาคำตอบสำหรับแนวทางการปฏิรูปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานในบทที่ 4 รวมทั้งพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการพัฒนาเพื่อให้รองรับในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ารับสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยในส่วนของบทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

2. ปัญหาและอุปสรรคจากกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาพิจารณาในที่นี้หมายถึงสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งในส่วนของสนธิสัญญานั้น จะเห็นได้จากการที่ปัจจุบันนานาประเทศได้มีการจัดทำข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่มีเป้าหมายในการเปิดเสรีการลงทุน หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “ข้อตกลงเขตการค้าเสรี” นั้น หากนำมาพิจารณาในเรื่องของสัญญาสัมปทานแล้ว ทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าจะมีผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานที่ประเทศไทยทำกับผู้ลงทุนต่างชาติหรือไม่ เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมักไม่มีข้อยกเว้นหรือเปิดโอกาสให้จัดทำข้อสงวนใด ๆ ทำให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิเข้ามาประกอบกิจการในประเทศมากกว่าตามสนธิสัญญาทางไมตรีเสียอีก อีกทั้งคำนิยามของการลงทุนในข้อตกลงเขตการค้าเสรีก็ค่อนข้างกว้างในลักษณะของการเปิดเสรีการลงทุนในทุกสาขา อีกทั้งยังหมายรวมไปถึงสัญญาอนุญาตให้สิทธิต่าง ๆ ด้วย ซึ่งกรณีของสัญญาอนุญาตให้สิทธินั้นเป็นเรื่องที่ประเทศไทยควรให้ความสนใจระมัดระวัง โดยเฉพาะการลงทุนในกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่าง ๆ เนื่องจากเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและมีผลกระทบต่อประชาชน นอกจากนั้น ตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้ประเทศไทยยังไม่สามารถยึดหรือริบคืนกิจการของคนต่างชาติได้ทั้งโดยตรงและโดยอ้อมอีกด้วย เว้นแต่จะเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอาศัยเหตุผลด้านผลประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องกระทำโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ต้องเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (due process of law) และจะต้องจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ เป็นธรรม และโดยไม่ชักช้าให้แก่ผู้ลงทุน³⁴

กรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าข้อตกลงเขตการค้าเสรีเป็นตัวอย่างหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศในรูปสนธิสัญญาที่อาจเป็นปัญหาและอุปสรรคประการหนึ่งของสัญญาสัมปทาน

³⁴ ดูตัวอย่างใน United State – Singapore Free Trade Agreement, Article 15.6.

อันเนื่องมาจากลักษณะของข้อตกลงเขตการค้าเสรีเองที่มักสร้างพันธกรณีอันมีผลให้เป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุนในการควบคุมกำกับดูแลผู้ลงทุนต่างชาติ ในขณะที่ที่สัญญาสัมปทาน รัฐผู้ให้สัมปทานมีความจำเป็นที่ต้องใช้อำนาจของรัฐบางประการควบคุมกำกับดูแลผู้รับสัมปทานเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ กรณีดังกล่าวจึงอาจเกิดปัญหาขึ้นได้หากผู้ลงทุนต่างชาตินั้นเป็นคนชาติของรัฐที่ประเทศไทยได้มีการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีด้วยเช่นนี้แล้ว ประเทศไทยจะยังสามารถใช้สิทธิในฐานะผู้ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาตินั้นได้หรือไม่ หรือประเทศไทยจำเป็นต้องเปิดเสรีให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในกิจการสาธารณูปโภค นอกจากนั้น หากประเทศไทยกำหนดเงื่อนไขสัญญาบางประการในสัญญาสัมปทานที่มีผลทำให้ผู้ลงทุนต่างชาตินั้นต้องยอมรับอำนาจบางประการที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเช่นนี้แล้ว จะทำให้เป็นการขัดต่อความตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทยได้ทำไว้หรือไม่ เป็นต้น ซึ่งเรื่องนี้ประเทศไทยควรที่จะหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะมาแก้ไขปัญหาในภายหลัง โดยอาจกำหนดเป็นข้อสงวนไว้ในข้อตกลงเขตการค้าเสรีทุกฉบับที่ประเทศไทยจะทำกับต่างประเทศว่าไม่รวมถึงการลงทุนระหว่างประเทศที่มีผลต่ออำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรของรัฐและการรักษาประโยชน์สาธารณะของรัฐ เป็นต้น

ส่วนจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่อาจเป็นอุปสรรคในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ น่าจะเป็นเรื่องหลักความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) เนื่องจากหน่วยงานของรัฐย่อมได้รับความคุ้มกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ ทั้งความคุ้มกันจากการฟ้องร้องและความคุ้มกันจากการบังคับคดีหากนำคดีไปขึ้นศาลในต่างประเทศ กรณีดังกล่าวจึงอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติและสถาบันการเงินที่ให้เงินกู้กับผู้ลงทุนต่างชาติมีความกังวล และพยายามเจรจาให้มีข้อสัญญาที่หน่วยงานของรัฐตกลงลดละความคุ้มกันไว้ในสัญญาสัมปทาน

3. ปัญหาจากความพร้อมของประเทศไทยในการรองรับการลงทุนจากต่างประเทศ

ปัญหาและอุปสรรคประการหนึ่งในการเข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติมาจากการที่ประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการรองรับการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งความพร้อมเช่นนี้น่าจะหมายถึงความพร้อมในเรื่องของแนวความคิด และความพร้อมในเรื่องของหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน ซึ่งแม้ว่าปัจจุบันประเทศไทยจะมีกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน แต่ก็มีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับโดยเฉพาะในขั้นตอนของการให้สัมปทานให้มีความโปร่งใส และความพร้อมในการควบคุมสัญญาสัมปทาน ซึ่งการควบคุมนั้น

มีทั้งการควบคุมก่อนทำสัญญา และการควบคุมภายหลังการทำสัญญาแล้ว โดยเฉพาะเพื่อหา มาตรการป้องกันปัญหาการคอร์รัปชัน นอกจากนี้ จากปัญหาต่าง ๆ ที่ผ่านมาที่เกิดขึ้นกับสัญญา สัมปทานในประเทศไทย โดยเฉพาะปัญหาในเรื่องของการคอร์รัปชันและความกังวลเกี่ยวกับการ เข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติว่าอาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ จึงทำให้ ความรู้สึกของประชาชนและสื่อมวลชนที่มีต่อสัญญาสัมปทานเป็นไปในเชิงลบมาโดยตลอด กรณี ดังกล่าวจึงอาจเป็นปัญหาและอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในสัญญา สัมปทานได้ ซึ่งเรื่องนี้รัฐควรให้ความรู้และความเข้าใจที่ชัดเจนกับประชาชนและสื่อมวลชน อย่างไรก็ตาม รัฐจะต้องยอมรับความจริงด้วยว่าปัญหาของสัญญาสัมปทานนั้นส่วนใหญ่แล้วมา จากปัญหาในทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐเอง ไม่ใช่มาจากสัญญา และการให้สัมปทานกับผู้ ลงทุนต่างชาติก็มีใช้เรื่องเลวร้าย เพียงแต่ต้องสร้างความชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมาย สร้าง ความเข้าใจให้กับหน่วยงานของรัฐ และสร้างมาตรการในการป้องกันปัญหาการคอร์รัปชัน รวมทั้ง สร้างจิตสำนึกให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มุ่งพัฒนาประเทศเพื่อความเจริญก้าวหน้าและคำนึงถึง ประโยชน์ของประชาชนมากกว่าผลประโยชน์ของตนเองหรือพวกพ้อง

4. ปัญหาและอุปสรรคจากนโยบายของรัฐบาล

นโยบายของรัฐบาลเป็นปัจจัยหนึ่งที่เป็นปัญหาและอุปสรรคในการลงทุนของผู้ลงทุน ต่างชาติ โดยนโยบายของรัฐบาลส่วนใหญ่มักออกมาในรูปของระเบียบและมติของคณะรัฐมนตรี ด้วยเหตุนี้ หากระเบียบหรือมติคณะรัฐมนตรีใดมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานแล้ว ก็จะมี ผลให้สัญญาสัมปทานต้องสอดคล้องตามระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่ง ปัญหาที่เกิดขึ้นมักมาจากความไม่ชัดเจนของระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ดังตัวอย่างที่ เคยปรากฏตามมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องอนุญาตตุลาการ นอกจากนี้ ในบางครั้งหากระเบียบหรือ มติคณะรัฐมนตรีมาจากกระแสสังคม โดยมิได้มาจากพื้นฐานของหลักกฎหมายหรือเหตุผลที่ แท้จริงในเรื่องนั้นแล้ว ก็อาจมีผลให้แทนที่จะเป็นการแก้ไขปัญหา กลับกลายเป็นสร้างปัญหาและ อุปสรรคต่อไปได้ ด้วยเหตุนี้ หากนโยบายของรัฐบาลมาจากพื้นฐานของหลักนิติธรรม มีความเป็น เหตุเป็นผล และรัฐบาลมีความมั่นใจในนโยบายดังกล่าวว่าเป็นสิ่งที่ดีแล้ว รัฐบาลก็ต้อง ดำเนินการแก้ไขปัญหาด้วยการชี้แจงข้อเท็จจริงให้ประชาชนทราบโดยมีเหตุผลสนับสนุน และจัด ให้ความรู้ในลักษณะสัญจรให้กับประชาชน รวมทั้งการเปิดเวทีสาธารณะเพื่อรับฟังความคิดเห็น ของประชาชน ซึ่งการชี้แจงให้ประชาชนทราบและมีความเข้าใจที่ถูกต้องน่าจะเป็นแนวทางแก้ไข

ปัญหาที่ถูกต้อง แต่ทั้งนี้บุคคลที่ชี้แจงควรมีลักษณะเป็นกลาง ไม่ได้มีผลประโยชน์ หรือมีส่วนได้เสียในโครงการโดยตรง เช่น นักวิชาการที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวจะทำให้ประชาชนมีความรู้ ความเข้าใจ และสามารถยอมรับความเปลี่ยนแปลงได้จากความเข้าใจที่แท้จริง ไม่ใช่จากความรู้สึกหรือประสบการณ์ที่ผ่านมาของประชาชน

จากการที่นโยบายของรัฐบาลเป็นส่วนหนึ่งของปัญหาและอุปสรรคในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาตินี้เอง การเปลี่ยนแปลงรัฐบาลจึงเป็นปัญหาและอุปสรรคสำคัญในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในสัญญาสัมปทานอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาพบว่ามีหลายโครงการถูกยกเลิกไปจากการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล เช่น สัญญาโครงการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนลาวาลิน ที่มีการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขการเจรจาในสมัยรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน ภายหลังจากที่เกิดรัฐประหารในเดือนกุมภาพันธ์ 2534 จนทำให้บริษัทลาวาลินไม่สามารถจัดหาผู้ร่วมลงทุน และตอบยืนยันการลงทุนกลับมายังรัฐบาลไทยตามกำหนดเวลา จนทำให้โครงการนี้ต้องถูกล้มเลิกไปเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2535 หรือโครงการตามสัญญาระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับใน กทม. และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของ รฟท. หรือไฮโปเวลล์ ที่ผ่านมาถึง 8 รัฐบาล แต่ในที่สุดก็ถูกคู่สัญญาฝ่ายรัฐบาลยกเลิกสัญญาสัมปทาน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐคือ กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ได้มีหนังสือที่ คค 0208.3/841 ลงวันที่ 27 มกราคม 2541 แจ้งบอกเลิกสัญญาสัมปทานไปยังบริษัท โดยอ้างว่าบริษัทไม่ปฏิบัติตามสัญญา และนำเรื่องความล่าช้าในส่วนการก่อสร้างในระยะต่าง ๆ มาเป็นประเด็นหลักในการบอกเลิกสัญญา นอกจากนั้น ก็ยังมีโครงการขยายบริการโทรศัพท์ 3 ล้านเลขหมาย ที่มีการแบ่งออกเป็น 2 โครงการ คือ โครงการขยายบริการโทรศัพท์ จำนวน 2 ล้านเลขหมาย และโครงการขยายบริการโทรศัพท์ จำนวน 1 ล้านเลขหมาย เพื่อมิให้กลุ่มบริษัทที่ได้รับการพิจารณาคัดเลือกผูกขาดกิจการโทรศัพท์ทั้งประเทศ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ หากประเทศไทยต้องการเป็นศูนย์กลางการขยายตัวทางเศรษฐกิจในภูมิภาคนี้แล้ว รัฐบาลก็ควรที่จะมีความชัดเจนในนโยบายเกี่ยวกับการให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ พร้อมทั้งต้องมีการแก้ไขกลไกของรัฐเพื่อไม่ให้นโยบายของรัฐบาลและการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล กลายเป็นปัญหาและอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในสัญญาสัมปทาน อันอาจนำมาซึ่งอุปสรรคในการพัฒนาประเทศต่อไป

ตอนที่ 5 การรับรองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อเข้ารับสัมปทาน
ในประเทศไทย และมาตรการในการคุ้มครองกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติ
เข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

เมื่อได้ศึกษาถึงปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน รวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยแล้วในตอนต้นที่ 3 และ 4 ในตอนนี้จึงเป็นการศึกษาเพื่อหาคำตอบในตอนสุดท้ายของบทนี้ว่า ประเทศไทยได้มีการรับรองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยอย่างไร และมาตรการในการคุ้มครองกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นมีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ เพียงใด ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การพิจารณาในบทต่อไปว่า ประเทศไทยควรมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานหรือไม่ และควรกำหนดแนวทางในการปฏิรูปสัญญาสัมปทานอย่างไรเพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และมาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงทำให้หน่วยงานของรัฐย่อมต้องปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเสมอภาคกัน แต่ในกรณีของผู้ลงทุนต่างชาตินั้นอาจมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่ามีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลที่เป็นชาวไทยหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวอยู่ในหมวด 3 ที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย จึงเป็นกรณีที่มิใช่ข้อจำกัดว่าเป็นการคุ้มครองที่ให้แก่ประชาชนชาวไทยเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติเพียงภายใต้มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง” เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่า ถ้าเช่นนั้นแล้วการที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทยนั้น ประเทศไทยมีการรับรองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติอย่างไร และมีมาตรการในการคุ้มครองกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยอย่างไร

เนื่องจากมีกิจการบางประเภทที่มีผลกระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน รัฐจึงต้องเป็นผู้ดำเนินกิจการดังกล่าวเองเพื่อให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน อย่างไรก็ตาม โดยที่กิจการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีจากต่างประเทศ และใช้เงินลงทุนสูง รัฐจึงนำกิจการดังกล่าวมาให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาดำเนินกิจการเช่นนั้นได้จึงต้องมีการรับรองสิทธิในการเข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐก่อน

แนวความคิดของประเทศไทยในการรับรองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติจึงมาจากความต้องการคุ้มครองประโยชน์ของประเทศ และความต้องการดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย เพื่อที่จะได้นำเทคโนโลยีจากต่างประเทศเข้ามาพัฒนาประเทศ รวมทั้งความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งการที่ผู้ลงทุนต่างชาติ (Foreign investors) จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยหรือไม่ นั่น ประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศผู้รับการลงทุน (host country) จำต้องมีมาตรการต่าง ๆ ในการจูงใจให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และมีมาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อสร้างความมั่นใจในการลงทุนให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ

เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์และสภาวะแวดล้อมในปัจจุบันแล้ว ประเทศไทยควรที่จะเร่งดำเนินการในเรื่องนี้อย่างเต็มที่เพื่อเพิ่มความเชื่อมั่นในการลงทุนให้กับนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากขณะนี้ประเทศเพื่อนบ้านของเราเริ่มมีนโยบายเชิงรุกในเรื่องดังกล่าวแล้ว อย่างเช่น ประเทศเวียดนามที่ได้มีการจัดตั้งศูนย์การส่งเสริมการค้าการลงทุนนครโฮจิมินห์ (Investment and Trade Promotion Center – ITPC) โดยรัฐบาลเวียดนามมอบนโยบายให้นครโฮจิมินห์เร่งพัฒนาเป็นเมืองอุตสาหกรรม (Industrialization) ก่อนปี ค.ศ.2015-2017 เพื่อให้นครโฮจิมินห์สามารถไล่ทันมหานครต่าง ๆ ในภูมิภาคเดียวกัน ซึ่งนครโฮจิมินห์มีนโยบายช่วยเหลือนักลงทุนต่างชาติอย่างใกล้ชิดด้วยการเปิดสาย hotline 24 ชั่วโมง สำหรับแก้ไขปัญหาการลงทุนต่างชาติ ตอบข้อซักถามด้านการลงทุนทาง online กำหนดให้ ITPC เป็น one stop shop ช่วยเหลือนักลงทุนก่อนการลงทุน และให้กรมการวางแผนและการลงทุน (Department of Planning and Investment – DPI) ช่วยเหลือขั้นตอนการลงทุนและแก้ไขปัญหาหลังลงทุนสำหรับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งคณะกรรมการประชาชนนครโฮจิมินห์ได้ให้ความสำคัญในการเชิญชวนการลงทุนในสาขาโครงสร้างพื้นฐานมากที่สุด โดยมีการเชิญชวนการลงทุนต่างชาติในทุกรูปแบบเพื่อพัฒนาโครงการดังกล่าว ซึ่งเป้าหมายที่ทางการนครโฮจิมินห์ให้ความสำคัญอย่างชัดเจนที่สุด ได้แก่ การดึงดูดเงินลงทุนต่างชาติสำหรับการลงทุนในโครงการพัฒนาระบบขนส่งคมนาคมเพื่อรองรับการขยายตัวของนครโฮจิมินห์ตามที่รัฐบาลเวียดนามกำหนดให้นครโฮจิมินห์ไล่ตามมหานครใน

ประเทศเพื่อนบ้านให้ทันภายในปี ค.ศ. 2015 โดยเป็นการเชิญชวนการลงทุนในโครงการที่จะพัฒนาผังเมืองนครโฮจิมินห์ให้เติบโตอย่างยั่งยืน ดังนั้น กรณียังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงนโยบายในเชิงรุกของประเทศเพื่อนบ้าน ซึ่งหากประเทศไทยไม่เร่งหามาตรการในเชิงรุกหรือดำเนินการใด ๆ เพื่อให้สามารถดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศและเงินลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติให้เข้าประเทศมากที่สุดแล้ว ประเทศไทยก็อาจจะสูญเสียโอกาสในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติได้ ทั้ง ๆ ที่ประเทศไทยมีความพร้อมในด้านต่าง ๆ มากที่สุดในภูมิภาคนี้

ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั้น จึงเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยในแง่ของการพัฒนาเทคโนโลยี และการนำเงินเข้าจากต่างประเทศ แต่ประเทศไทยก็ต้องมีความระมัดระวังไม่ให้เกิดการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติสร้างปัญหาให้กับผู้ลงทุนไทย รวมทั้งมีผลต่อความมั่นคงของประเทศ โดยต้องมีมาตรการในการคุ้มครองประโยชน์ของประเทศกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยด้วย

การเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศไทยส่วนใหญ่ มักเป็นการร่วมลงทุนกับผู้ลงทุนไทย ซึ่งอาจเป็นลักษณะของกิจการร่วมค้า (joint venture) ที่มีการร่วมกันทำงานโดยไม่ได้อัดแบ่งงานและค่าตอบแทนระหว่างกัน หรือการรวมกลุ่มบริษัท (consortium) ที่มีการร่วมกันดำเนินการในโครงการเดียวกัน โดยแบ่งงานและค่าตอบแทนระหว่างกัน

ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเพื่อเข้ารับสัมปทานในประเทศไทยแล้ว ประเทศไทยก็ต้องมีมาตรการในการรับรองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ และมาตรการในการคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งมาตรการในการคุ้มครองประโยชน์ของประเทศจากกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยด้วย

ในตอนนี้จะเป็นการศึกษาว่าประเทศไทยได้มีการรับรองหรือคุ้มครองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติอย่างไร และมาตรการในการคุ้มครองกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นมีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ เพียงใด โดยในการพิจารณาจะแบ่งการศึกษากออกเป็น 4 ส่วน ดังนี้

1. การรับรองและคุ้มครองภายใต้กฎหมายไทย
2. การรับรองและคุ้มครองภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ
3. การรับรองและคุ้มครองภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
4. การรับรองและคุ้มครองภายใต้สัญญาสัมปทาน

1. การรับรองและคุ้มครองภายใต้กฎหมายไทย

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนต่างชาติมักเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิของผู้ลงทุนต่างชาติ และควบคุมกำกับดูแลผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประเทศไทย และสร้างความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่อาจจำแนกออกเป็นประเภทได้ดังนี้

1.1 กฎหมายที่รับรองสิทธิในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ

ในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั้น ผู้ลงทุนต่างชาติจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกฎหมายที่จำกัดหรือห้ามการลงทุนจากต่างชาติในกิจการบางอย่าง เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 อันเป็นกฎหมายที่กำหนดกิจการค้าขายที่กระทบต่อความผาสุกปลอดภัยของประชาชน โดยให้รัฐเท่านั้นที่มีสิทธิกระทำได้ ถ้าเอกชนจะต้องได้รับสัมปทานจากรัฐ ซึ่งความจริงแล้วกฎหมายฉบับนี้มีได้บังคับเฉพาะเอกชนต่างชาติเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงเอกชนไทยด้วย ดังนั้น ประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิในการเข้ารับสัมปทาน โดยประเทศไทยจะคิดถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการให้เอกชนเข้ามาลงทุน

อีกทั้งยังมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยอย่างใดอย่างหนึ่งทำยพระราชบัญญัติเว้นแต่จะได้รับอนุญาต โดยให้อำนาจอัฐบาลในการจำกัดสิทธิในเรื่องของสัดส่วนการลงทุนระหว่างคนไทยกับคนต่างด้าว และตั้งเงื่อนไขให้คนต่างด้าวปฏิบัติในสิ่งที่จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ซึ่งทำให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาทำธุรกิจในประเทศไทยแต่ถูกจำกัดสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้สามารถยื่นขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตามการดังกล่าวมักเป็นเรื่องยากในทางปฏิบัติโดยเฉพาะในกิจการที่มีความจำเป็นต้องให้เอกชนเข้าดำเนินการโดยเร็ว เพราะในทางปฏิบัติ การดำเนินการเพื่อขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้านั้นค่อนข้างใช้เวลานาน (ประมาณ 75 วัน) นอกจากนั้นแล้วยังมีพระราชบัญญัติโทรคมนาคม และพระราชบัญญัติจัดสรรคลื่นความถี่ด้วย

กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่จำกัดหรือห้ามการลงทุนจากต่างชาติในกิจการบางอย่าง ในขณะที่เดียวกันก็เป็นกฎหมายรับรองสิทธิในการเข้าสู่ตลาดการลงทุนในประเทศไทย

ของผู้ลงทุนต่างชาติ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประเทศไทย และกำกับดูแลผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยด้วย

สำหรับกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองสิทธิในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานนั้น พอจะยกตัวอย่างได้ดังนี้

1.1.1 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

กฎหมายนี้มาจากความต้องการของรัฐในการจัดการปิโตรเลียมซึ่งเป็นทรัพยากรของรัฐให้ได้ประโยชน์มากที่สุด รัฐจึงมีนโยบายที่จะส่งเสริมให้มีการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม³⁵ อีกทั้งยังมีบทบัญญัติอย่างชัดเจนในการให้หลักประกันแก่ผู้รับสัมปทานว่า รัฐจะไม่บังคับโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมของผู้รับสัมปทานมาเป็นของรัฐ³⁶ และกำหนดให้สิทธิในการถือสัมปทานไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี³⁷ อีกทั้งยังให้หลักประกันแก่ผู้รับสัมปทานในการนำหรือส่งเงินนอกนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ด้วย³⁸

1.1.2 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

กฎหมายนี้ได้ให้หลักประกันว่ารัฐจะไม่โอนกิจการของเอกชนผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนมาเป็นของรัฐ ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถมั่นใจได้ว่ากิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนต่างชาติที่นำมาลงทุนในประเทศไทยนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายดังกล่าว

³⁵ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 คือ เนื่องจากรัฐบาลมีนโยบายที่จะส่งเสริมให้มีการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมภายใต้มาตรการควบคุมที่เหมาะสมเพื่ออำนวยประโยชน์ให้แก่รัฐ ผู้ประกอบกิจการปิโตรเลียมและประชาชน แต่ขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการนี้โดยเฉพาะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

³⁶ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 64 บัญญัติว่า “ให้ผู้รับสัมปทานได้รับหลักประกันว่า

(1) รัฐจะไม่บังคับโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมของผู้รับสัมปทานมาเป็นของรัฐ เว้นแต่เป็นการโอนตามข้อกำหนดในสัมปทาน”

³⁷ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 13 บัญญัติว่า “สิทธิในการถือสัมปทานไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี”

³⁸ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 78 บัญญัติว่า “ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเก็บรักษาเงินตราต่างประเทศและนำหรือส่งเงินนอกนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ เมื่อเงินนั้นเป็นเงินได้มาจากการประกอบกิจการปิโตรเลียม”

(มาตรา 43) อีกทั้งรัฐยังยินยอมให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนนำหรือส่งเงินออกนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ด้วย (มาตรา 37)

1.1.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

กฎหมายนี้มีลักษณะเป็นกฎหมายที่เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติอย่างหนึ่ง เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดแนวทางปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป อันจะช่วยทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่สนใจเข้ามารับสัมปทานในประเทศไทยนั้นมีความมั่นใจมากยิ่งขึ้นว่าประเทศไทยมีแนวทางปฏิบัติที่แน่นอนในการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งย่อมดีกว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ที่กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี แต่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ซึ่งแม้ว่ากฎหมายนี้จะไม่ได้ใช้บังคับแก่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ก็ตาม แต่กฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมก็ค่อนข้างมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนแน่นอนอยู่แล้ว

1.1.4 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินกิจการลงทุนพิเศษในโครงการของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ พ.ศ.2549

ระเบียบนี้ได้มีการกำหนดวิธีการที่แตกต่างกันไปสำหรับการลงทุนของเอกชนในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐเพื่อก่อสร้าง จัดหา และให้บริการโครงสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐาน

1.1.5 ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกฎการเกี่ยวกับศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น

แม้ว่ากฎหมายนี้จะยังมีสถานะเป็นเพียงร่างกฎหมาย แต่ก็มีแนวโน้มของการให้ความคุ้มครองการลงทุนแก่ผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย โดยร่างกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่จะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติเกิดความมั่นใจว่าจะได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นธรรมหากมีข้อพิพาทกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยอยู่ระหว่างการจัดทำร่างกฎหมายนี้ ที่เปิดโอกาสให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่เป็นคนชาติของรัฐภาคีสามารถเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID หากมีข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ และคำชี้ขาดที่ทำขึ้นภายใต้ ICSID สามารถนำไปบังคับในประเทศของคู่กรณีได้เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลประเทศนั้น ๆ ที่ถึงที่สุดแล้ว ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นการเตรียมความพร้อมก่อนที่

ประเทศไทยจะให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการระบับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นในเร็ว ๆ นี้ต่อไป

1.2 กฎหมายเกี่ยวกับการจูงใจการลงทุนหรือให้สิทธิประโยชน์ในการลงทุน

กฎหมายดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการจูงใจให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย หรือเป็นการให้หลักประกันในการสร้างความมั่นใจให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ เช่น การใช้มาตรการทางภาษี การส่งเสริมการลงทุน การลดอุปสรรคในการลงทุนจากต่างชาติ การนำเข้าหรือส่งออก เงินตรา เป็นต้น ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมาย ส่งเสริมการลงทุน อันมีผลเป็นการยกเว้นข้อห้าม ข้อจำกัดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว และ/หรือประมวลกฎหมายที่ดินได้

สำหรับกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์ในการลงทุนแก่ผู้ลงทุนต่างชาติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานนั้น พอดีจะยกตัวอย่างได้ดังนี้

1.2.1 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

กฎหมายนี้ได้ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรแก่ผู้รับสัมปทาน ให้มีสิทธินำเครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ โครงก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์ และวัสดุอื่น ๆ ที่ใช้ในการประกอบกิจการปิโตรเลียมเข้ามาในราชอาณาจักรได้ โดยให้ได้รับยกเว้นการเสียอากรขาเข้าตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรและภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากร (มาตรา 70)³⁹ และให้ผู้รับสัมปทานได้รับยกเว้นการเสียภาษีอากรบางส่วน⁴⁰ นอกจากนั้น กฎหมายนี้ยังให้สิทธิ

³⁹พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 70 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้รับสัมปทานและผู้รับจ้างซึ่งได้ทำสัญญาจ้างเหมา โดยตรงกับผู้รับสัมปทาน มีสิทธินำเครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ โครงก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์ และวัสดุอื่น ๆ ที่ใช้ในการประกอบกิจการปิโตรเลียม เข้ามาในราชอาณาจักรได้ โดยให้ได้รับยกเว้นการเสียอากรขาเข้าตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากร และภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากร แต่ของดังกล่าวต้องเป็นของที่คณะกรรมการมีคำสั่ง เห็นชอบว่าจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียม”

⁴⁰พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 71 บัญญัติว่า “ในการประกอบกิจการปิโตรเลียม ให้ผู้รับสัมปทานได้รับยกเว้น การเสียภาษีอากร และเงินที่ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นเรียก เก็บทุกชนิด เว้นแต่

(1) ภาษีเงินได้ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียม

ประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานให้สามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เท่าที่จำเป็น (มาตรา 65)⁴¹ และให้ผู้รับสัมปทานมีสิทธินำคนต่างด้าวที่เป็นช่างฝีมือ และผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในประเทศไทยได้ตามความจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียม (มาตรา 69)⁴²

1.2.2 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

กฎหมายนี้ได้ให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิที่ได้รับจากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนมีเวলাกำหนดตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนด (มาตรา 31) รวมทั้งได้รับยกเว้นอากรขาเข้าและ/หรือภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับเครื่องจักร หรือได้รับลดหย่อนอากรขาเข้าและภาษีมูลค่าเพิ่มให้ครึ่งหนึ่งตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นสมควรด้วย (มาตรา 28 และ 29) นอกจากนี้กฎหมายนี้ยังให้สิทธิประโยชน์ในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

(2) ค่าภาคหลวงไม้ ค่าบำรุงป่า และค่าธรรมเนียมตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้และกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ

(3) ค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ และค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัตินี้

(4) ค่าธรรมเนียมเพื่อตอบแทนบริการตามกฎหมายอื่น

⁴¹พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 65 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการปิโตรเลียม ให้คณะกรรมการมีอำนาจอนุญาตให้ผู้รับสัมปทานถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ แม้ว่าจะเกินกำหนดที่พึงจะมีได้ตามกฎหมายอื่น

ผู้รับสัมปทานโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ได้มาตามวรรคหนึ่งได้เมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

การอนุญาตของคณะกรรมการตามมาตรา ๖๖ ให้อธิบดีแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้รับสัมปทานทราบ”

⁴²พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

มาตรา 69 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพียงเท่าที่กฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ผู้รับสัมปทานและผู้รับจ้าง ซึ่งได้ทำสัญญาจ้างเหมาโดยตรงกับผู้รับสัมปทานมีสิทธินำช่างฝีมือและผู้เชี่ยวชาญ รวมตลอดถึงคู่สมรสและบุตรที่อยู่ในอุปการะซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามความจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมได้ตามจำนวนและระยะเวลาที่คณะกรรมการมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ แม้ว่าจะเกินอัตราจำนวนคนเข้าเมืองและระยะเวลาตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง”

เห็นสมควร (มาตรา 27) และให้สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับคนเข้าเมืองโดยให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีอำนาจในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเพื่อศึกษาลู่ทางการลงทุนหรือกระทำการอื่นใดที่จะเป็นประโยชน์ต่อการลงทุน (มาตรา 24) รวมทั้งให้สามารถนำช่างฝีมือผู้ชำนาญการที่เป็นคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงานได้ (มาตรา 25)

กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่มีผลในการจูงใจให้ผู้ลงทุนต่างชาติสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น แต่ยังไม่มียกเว้นใดๆที่เพียงพอเกี่ยวกับการเข้ารับสัมปทานในประเทศไทย ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรพยายามให้มีกฎหมายเช่นว่านี้ แต่จะต้องไม่ให้เกิดผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศ โดยอาจปรับปรุงกฎหมายไทยในเรื่องต่าง ๆ เพื่อเป็นการจูงใจในการเข้ารับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติดังนี้

1.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับคนเข้าเมือง

โดยที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองเป็นกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าว ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงควรมีมาตรการยกเว้นการบังคับกฎหมายดังกล่าวในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานเพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถนำช่างฝีมือและผู้เชี่ยวชาญที่เป็นคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยได้ตามความจำเป็นเพื่อประกอบกิจการให้กับรัฐ

1.2.4 กฎหมายที่ดิน

รัฐควรมีการยกเว้นการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินของผู้ลงทุนต่างชาติ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการลงทุนเพื่อเข้ารับสัมปทานในประเทศไทย

1.2.5 กฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว

รัฐควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถทำงานในประเทศไทยได้ตลอดระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้เข้ารับสัมปทาน แต่จำกัดเฉพาะในกิจการที่ได้รับสัมปทานเท่านั้น

1.2.6 กฎหมายว่าด้วยศุลกากร

เพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถนำเข้าอุปกรณ์ เครื่องจักรจากต่างประเทศเข้ามาดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทานในประเทศไทยได้ รัฐควรมีการยกเว้นการเสียอากรขาเข้าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากร

1.2.7 กฎหมายภาษีอากร

เพื่อเป็นการดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทย รัฐควรให้ความช่วยเหลือผู้ลงทุนต่างชาติด้วยการยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีอากรบางประเภท

1.2.8 กฎหมายปรัวรรตเงินตรา

รัฐควรให้ความช่วยเหลือผู้ลงทุนต่างชาติให้มีสิทธิเก็บรักษาและนำเข้าหรือส่งออกซึ่งเงินตราต่างประเทศออกนอกราชอาณาจักรได้ เพื่อให้ผู้ลงทุนต่างชาติเกิดความมั่นใจในการนำกำไรกลับประเทศของตน

1.2.9 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทาน

กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานเป็นกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่ทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทยมากขึ้น แต่โดยที่ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายดังกล่าวนี้ จึงทำให้กฎหมายที่จะนำมาพิจารณาในเบื้องต้น ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาโดยทั่วไปที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกสถานะของคู่สัญญา และมีได้มีบทบัญญัติใดที่ห้ามมิให้นำมาใช้ในสัญญาสัมปทาน ซึ่งการนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในสัญญาสัมปทานนี้แม้ว่าจะได้รับการยอมรับโดยนักคำพิพากษา⁴³ แต่ก็ยังขาดความชัดเจนและอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่มั่นใจในการเข้ามาลงทุนได้ ดังนั้น รัฐจึงควรบัญญัติกฎหมายดังกล่าว หรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัมปทานที่มีอยู่ในปัจจุบันให้มีความชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อสร้างความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนให้กับผู้ลงทุนต่างชาติมากขึ้น

2. การรับรองและคุ้มครองภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ

ประเทศไทยมีการรับรองและคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาดังกล่าวก็มีทั้งในรูปของทวิภาคีและพหุภาคี ที่มีการตกลงให้ความคุ้มครองแก่กิจการและทรัพย์สินของเอกชนของประเทศภาคีคู่สัญญา ซึ่งการให้ความคุ้มครองดังกล่าวนี้มักกำหนดให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยให้ประเทศเจ้าบ้านปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติเท่าเทียมกับคนชาติของตนเอง

⁴³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1738/2525 วินิจฉัยว่า “ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร ส่วนที่มีได้ระบุไว้ในสัมปทานก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

สำหรับความตกลงในรูปของพหุภาคี เช่น ความตกลงพหุภาคี (Multilateral Agreements) เกี่ยวกับการลงทุนในกรอบขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ที่มีผลผูกพันในลักษณะบังคับ (Mandatory) กับประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศ, ความตกลงพหุภาคีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนของรัฐอื่น (The Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nation of other States) ที่ได้จัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุน (The International Center for the Settlement Dispute : ICSID) เป็นต้น

ส่วนความตกลงในรูปของทวิภาคีนั้น ก็มีทั้งสนธิสัญญาทางไมตรีที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ เช่น สนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Treaty of Amity and Economic Relations)⁴⁴ สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน⁴⁵ รวมทั้งความตกลงเพื่อการยกเว้นการเก็บภาษีซ้อน (Agreement for the Avoidance of Double Taxation)⁴⁶ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีโครงการลงทุนของหลายประเทศที่ได้รับอนุมัติส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน⁴⁷

⁴⁴ เช่น สนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา ลงนามเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ.2509.

⁴⁵ เช่น สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ลงวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2545 (ฉบับแก้ไข) ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ ลงนามเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ.2521 ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ลงนามเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ.2515 เป็นต้น.

⁴⁶ เช่น ความตกลงว่าด้วยการยกเว้นการเก็บภาษีซ้อน ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส ลงนามเมื่อวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ.1974 อนุสัญญาว่าด้วยการยกเว้นการเก็บภาษีซ้อน ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ลงนามเมื่อวันที่ 11 กันยายน พ.ศ.2518 อนุสัญญาว่าด้วยการยกเว้นการเก็บภาษีซ้อน ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหราชอาณาจักร ลงนามเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2524 อนุสัญญาว่าด้วยการยกเว้นการเก็บภาษีซ้อน ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา ลงนามเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ.2539 เป็นต้น

⁴⁷ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้รับการอนุมัติส่งเสริมการลงทุนในปี พ.ศ.2541 จำนวน 16 โครงการ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้รับการอนุมัติส่งเสริมการลงทุนในปี พ.ศ.2547

การที่ประเทศไทยเป็นภาคีในอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาเช่นว่านี้ ย่อมทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามที่ได้ความตกลงดังกล่าว เช่น การที่ประเทศไทยได้ยื่นสัตยาบันสารความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ.2537 ย่อมทำให้ประเทศไทยมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงดังกล่าว และทำให้ความตกลงต่าง ๆ อันเป็นภาคผนวกของความตกลงเช่นว่านั้น เช่น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ผูกพันประเทศไทยด้วยเช่นกัน หรือการที่ประเทศไทยไปลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนของรัฐอื่น ค.ศ.1965 ที่ออกโดยธนาคารโลก เพื่อจัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนที่เป็นคนชาติของรัฐอื่นโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเช่นนี้ ก็ย่อมทำให้ประเทศไทยคงไม่สามารถอ้างหลักความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายภายในเพื่อปฏิเสธการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้ได้เช่นกัน

นอกจากนั้น หากมองถึงสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศไทยทำกับต่างประเทศ เช่น สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Treaty of Amity and Economic Relations) ที่ประเทศไทยทำกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้มาตั้งแต่วันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ.2511 แล้วก็จะเห็นได้ว่า สนธิสัญญาฉบับนี้ให้สิทธิหลายประการแก่คนชาติสหรัฐที่จะเข้ามาทำธุรกิจในประเทศไทย ทำให้คนชาติสหรัฐสามารถขอใช้สิทธิหรือขอรับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาดังกล่าวได้ โดยประเทศไทยต้องปฏิบัติต่อคนชาติสหรัฐอย่างเป็นธรรมและยุติธรรมและให้ความมั่นคงปลอดภัยต่อนักลงทุนสหรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ และต้องให้คนชาติสหรัฐมีสิทธิและสามารถใช้สิทธิทางศาลโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมของไทยได้เช่นเดียวกับคนไทยหรือคนชาติอื่น มีการใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับระเบียบและกฎหมายด้านการลงทุนของทั้งสองประเทศ โดยให้ประเทศเจ้าบ้านปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติอย่างเท่าเทียมกันกับคนชาติของตนเอง หากประเทศไทยให้สิทธิแก่คนชาติอย่างไร สิทธินั้นก็จะต้องขยายไปสู่คนชาติสหรัฐอย่างเท่าเทียมกันด้วย และไม่จำกัดสิทธิเฉพาะคนต่างชาติในกรณีของคนชาติสหรัฐได้ อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญานี้มีข้อสงวนว่า ประเทศคู่สัญญาอาจไม่ให้สิทธิแก่นักลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งในการประกอบธุรกิจต่อไปนี้คือ การสื่อสาร ธุรกิจที่เป็นที่ไว้วางใจ การรับฝากเงินและธนาคาร การใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ธุรกิจการค้าด้านการเกษตร และการประกอบวิชาชีพต่าง ๆ เช่น กฎหมาย แพทย์ สถาปนิก นอกจากนี้ สนธิสัญญาดังกล่าวยังไม่ได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนสหรัฐในการถือครองที่ดิน และสิทธิในการเข้าเมือง เป็นต้น

จำนวน 15 โครงการ สหราชอาณาจักร ได้รับอนุมัติส่งเสริมการลงทุนในปี พ.ศ.2547 จำนวน 17 โครงการ สหรัฐอเมริกา ได้รับอนุมัติส่งเสริมการลงทุนในปี พ.ศ.2547 จำนวน 37 โครงการ เป็นต้น

3. การรับรองและคุ้มครองภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

สำหรับการรับรองและคุ้มครองภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปน่าจะได้แก่ หลักความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) หลักปฏิบัติเสมือนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favor Nation Treatment : MFN)⁴⁸ หลักปฏิบัติเสมือนคนชาติ (National Treatment : NT)⁴⁹ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non - Discrimination) หลักปฏิบัติขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ (International Minimum Standard), หลักในการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนไปเป็นของรัฐ (Nationalization) เป็นต้น ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ล้วนเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยในฐานะประชาคมโลกจำต้องยอมรับและปฏิบัติตามและทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักกฎหมายดังกล่าว

4. การรับรองและคุ้มครองภายใต้สัญญาสัมปทาน

การรับรองและคุ้มครองภายใต้สัญญาสัมปทานนั้น เป็นมาตรการหนึ่งที่สำคัญในการรับรองและคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามารับสัมปทานในประเทศไทย และยังเป็นมาตรการที่สำคัญในการคุ้มครองประชาชนและความมั่นคงของประเทศ ซึ่งจากการศึกษาในตอนี่ 2 ของบทนี้ ทำให้ทราบว่า มีสัญญาสัมปทานหลายสัญญาที่มีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับสัมปทาน, หน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน และประชาชนผู้ให้บริการ เช่น การให้หลักประกันแก่ผู้รับสัมปทานว่าจะไม่ดำเนินการที่อาจขัดขวางหรือกระทบกระเทือนการดำเนินงานของเอกชน การให้สิทธิแก่เอกชนในการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ให้บริการได้โดยตรง การให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องจัดทำประกันภัยในสิ่งปลูกสร้างและสิ่งติดตั้งในโครงการ

⁴⁸ คือ หลักการที่ประเทศใดประเทศหนึ่งให้การปฏิบัติ ผลประโยชน์ หรือให้สิทธิใด ๆ แก่อีกประเทศหนึ่งแล้ว การปฏิบัติ ผลประโยชน์ หรือสิทธิใด ๆ นั้นก็จะตกแก่ประเทศอื่นหรือประเทศที่สามด้วย

⁴⁹ คือ หลักการที่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะให้การปฏิบัติ ผลประโยชน์ และสิทธิประโยชน์แก่คนต่างชาติเช่นเดียวกับหรือเสมือนกับการปฏิบัติ ผลประโยชน์ หรือสิทธิประโยชน์ที่คนชาติของประเทศผู้ให้ได้รับ เช่น ผู้ลงทุนต่างชาติจะได้รับสิทธิและหน้าที่เท่าเทียมกับผู้ลงทุนของประเทศตน

สัมปทาน การให้รัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับกรให้บริการสาธารณะ การห้ามปรับอัตราค่าบริการเว้นจะได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การคุ้มครองภายใต้สัญญาสัมปทานดังกล่าวยังขาดความชัดเจนในกรณีของสัมปทานบริการสาธารณะ เนื่องจากประเทศไทยไม่มีเงื่อนไขสัญญาสัมปทานในลักษณะที่เป็นมาตรฐานอย่างเช่นสัญญาสัมปทานปิโตรเลียม อีกทั้งเงื่อนไขสัญญาก็อาจจะไม่จูงใจให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้เท่าที่ควร เนื่องจากเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานในประเทศไทยมักกำหนดในภายหลังโดยขึ้นอยู่กับการเจรจาระหว่างคู่สัญญา และยังมีเงื่อนไขกำหนดให้ต้องผ่านการตรวจพิจารณาจากสำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติไม่มั่นใจว่าสำนักงานอัยการสูงสุดนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการตรวจพิจารณาสัญญาสัมปทาน

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า มาตรการในการคุ้มครองกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้น มีทั้งมาตรการทางสัญญาและมาตรการทางกฎหมาย เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประเทศไทยและผู้ลงทุนไทย รวมทั้งผู้ลงทุนต่างชาติ โดยมาตรการทางสัญญาพบว่า บางสัญญามีความพยายามในการกำหนดมาตรการคุ้มครองกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย ส่วนมาตรการทางกฎหมาย พบว่ากฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์ของประเทศ เป็นกฎหมายที่ยอมให้ผู้ลงทุนเข้ามาลงทุนเพื่อรับสัมปทานในประเทศไทยได้ในกิจการบางอย่าง เช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 พระราชบัญญัติจัดสรรคลื่นความถี่ พระราชบัญญัติโทรคมนาคม พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 เป็นต้น ส่วนกฎหมายที่คุ้มครองผู้ลงทุนไทย ก็มีทั้งกฎหมายที่ต้องการส่งเสริมกิจการของคนในชาติ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ฯ ที่กำหนดให้ใช้วัสดุภายในประเทศ และให้ว่าจ้างที่ปรึกษาไทย เป็นต้น และกฎหมายที่ห้ามคนต่างชาติเข้าประกอบธุรกิจในกิจการบางอย่าง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นต้น ส่วนกฎหมายที่คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาตินั้น มักบัญญัติไว้ในกฎหมายที่รับรองสิทธิของผู้ลงทุนต่างชาติ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้ประเทศไทยจะมีมาตรการทางกฎหมายและมาตรการทางสัญญาในการรับรองหรือคุ้มครองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติแล้วก็ตาม แต่ก็มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวนี้เพียงพอต่อการจูงใจให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามารับสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่ และมาตรการดังกล่าวเพียงพอต่อการให้คุ้มครองประชาชนและความมั่นคงของประเทศในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยแล้วหรือไม่ ซึ่ง

ผู้เขียนมองว่ามาตรการดังกล่าวยังไม่น่าจะเพียงพอที่จะดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย อีกทั้งมาตรการดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองประชาชนและความมั่นคงของของประเทศหากผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานด้วย เนื่องจากยังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนในการให้สัมปทาน อีกทั้งยังขาดความชัดเจนในการคุ้มครองประโยชน์ของประเทศและความมั่นคงของประเทศในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย กรณีดังกล่าวจึงทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปว่า ถ้าเช่นนั้นแล้วเราควรจะหาแนวทางในดำเนินการตามเรื่องนี้ต่อไปอย่างไร อันจะนำไปสู่การพิจารณาในบทที่ 4 เกี่ยวกับแนวคิดและแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยเพื่อให้รองรับในกรณีที่ผู้รับสัมปทานเป็นลงทุนต่างชาติที่จะได้ทำการศึกษาตามลำดับต่อไป

สรุป

จากการศึกษาสัญญาสัมปทานในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยในบทที่ 3 นี้ ทำให้ได้ข้อสรุปว่า สัญญาสัมปทานในโครงการขนาดใหญ่ของประเทศไทย มักมีองค์ประกอบต่างชาติและผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ โดยการเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ การเข้ามาดำเนินการร่วมกับเอกชนไทย กรณีหนึ่ง กับการเข้ามาลงทุนเองโดยตรงในลักษณะของการลงทุนระหว่างประเทศอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วการเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยของผู้ลงทุนต่างชาตินั้น มักเป็นลักษณะของการรวมกลุ่ม (Consortium) หรือร่วมทุน (Joint Venture) กับเอกชนไทย แต่สาเหตุที่มักปรากฏว่าผู้รับสัมปทานเป็นนิติบุคคลไทย เนื่องจากในเอกสารเชิญชวนตาม TOR หรือ Tender Documents ตลอดจนเงื่อนไขสัญญาของหน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทาน มักมีข้อกำหนดให้ผู้รับสัมปทานไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทไทยตามกฎหมายไทยก่อนที่จะเข้าดำเนินการกิจการที่ได้รับสัมปทาน และมักมีเงื่อนไขสัญญาให้ผู้รับสัมปทานรับรองด้วยว่าจะให้บริษัทไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดของหุ้นทั้งหมดของบริษัท

ในการพิจารณากรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้สัมปทานในประเทศไทยนั้น ประเด็นสำคัญที่ควรนำมาพิจารณาประการแรก คือ การกำหนดประเภทของกิจการที่ควรให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าประเทศไทยควรมีการกำหนดประเภทของกิจการที่ให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติให้ชัดเจน โดยกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ควรจำกัดการให้สัมปทานกับผู้ลงทุนต่างชาติ ส่วนกิจการที่ควรส่งเสริมให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนนั้นควรเป็นกิจการที่ใช้เงินลงทุนสูงและต้องการเทคโนโลยีจากต่างประเทศ เช่น กิจการโครงการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐาน เป็นต้น

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการดำเนินโครงการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐานมักเป็นโครงการขนาดใหญ่ของรัฐที่ต้องการเงินลงทุนจำนวนมาก จึงทำให้การดำเนินโครงการมีความเสี่ยงมาก และเป็นกรณีที่ต้องนำความเสี่ยงมาพิจารณา โดยเฉพาะความเสี่ยงสำคัญที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งในการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของรัฐนี้คงไม่อาจนำหลักของสัญญาสัมปทานในเรื่องที่ว่าเอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเองทั้งหมดมาใช้ได้เพราะย่อมมีผลกระทบต่อความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของรัฐมีความเป็นไปได้ ประเทศไทยจึงควรกำหนดแนวทางในการจัดการความเสี่ยงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดควรเป็นผู้รับความเสี่ยงในเรื่องใด โดยพิจารณาจากความเสี่ยงที่อาจมีต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ต่อผู้รับสัมปทาน และต่อประชาชน ซึ่งแนวทางการจัดการความเสี่ยงที่น่าจะเหมาะสม คือ การนำมาตรการทางสัญญามาใช้โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขสัญญาที่ชัดเจน

นอกจากนั้น การที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะเข้ามาลงทุนเพื่อเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยหรือไม่ นั้นยังมีปัจจัยหลายประการที่มีผลกระทบต่อการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายใน แนวทางการระงับข้อพิพาท เศรษฐกิจ การเมือง ความชัดเจนของโครงการ ความโปร่งใสในการดำเนินโครงการ และสถาบันเงินกู้ โดยปัจจัยที่มีผลกระทบค่อนข้างมากต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ คือ ปัจจัยเกี่ยวกับกฎหมายภายใน แนวทางการระงับข้อพิพาท และความชัดเจนในการดำเนินโครงการ อีกทั้งยังปรากฏว่ามีปัญหาและอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อเข้าสัมปทานในประเทศไทยด้วย กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาถึงปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการลงทุน และปัญหาอุปสรรคเหล่านั้น ซึ่งปัจจุบันแม้ว่าประเทศไทยจะมีการรับรองสิทธิในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ ทั้งภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทย ความตกลงระหว่างประเทศ และสัญญาสัมปทานแต่การรับรองสิทธิดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอที่จะจูงใจให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และไม่เพียงพอที่จะสร้างความมั่นใจให้กับประชาชน หากหน่วยงานของรัฐจะนำเอาสัญญาสัมปทานมาเป็นรูปแบบการลงทุนสำหรับโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรที่จะมีการปฏิรูปสัญญาสัมปทานเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้กับประเทศไทยในการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ โดยไม่ให้ส่งผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชน ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 เพื่อให้ได้คำตอบสุดท้ายของโจทย์วิจัยหลักในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่า เราควรจะกำหนดแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในประเทศไทยอย่างไรเพื่อให้รองรับในกรณีผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

สำหรับแนวทางการดำเนินการเบื้องต้นนั้น รัฐบาลควรที่จะทำการสำรวจความคิดเห็นของผู้ลงทุนต่างชาติเกี่ยวกับการเข้ามารับสมัครงานในประเทศไทย เพื่อให้ทราบถึงความต้องการที่แท้จริงของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งปัญหาและอุปสรรคที่ทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติรู้สึกกังวลหากการเข้ามาลงทุนรับสมัครงานในประเทศไทย ในขณะเดียวกันก็ควรสอบถามความคิดเห็นของประชาชนด้วย และเนื่องจากแนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทยอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานนั้น อาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติขาดความมั่นใจในการลงทุนและเห็นว่าการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมีความเสี่ยงสูง ดังนั้น รัฐบาลจึงควรที่จะเร่งดำเนินการประชาสัมพันธ์ให้ผู้ลงทุนต่างชาติได้เข้าใจถึงแนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของประเทศไทยว่าประเทศไทยไม่ได้ไม่เคารพความผูกพันของสัญญาสัมปทาน แต่เป็นเพราะสัญญาดังกล่าวมาจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย จึงทำให้สัญญาไม่มีผลผูกพัน แต่นับจากนี้ไปประเทศไทยจะได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานให้ชัดเจนแน่นอนมากขึ้น ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งการประชาสัมพันธ์ให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและประชาชนได้รับทราบว่า สัญญาสัมปทานไม่ได้มีข้อเสียอย่างที่เข้าใจกัน แต่มีข้อดีในเรื่องรูปแบบการลงทุนที่น่าสนใจจากการที่รัฐไม่ต้องเงินลงทุนเอง สำหรับปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในอดีตนั้น รัฐจะได้ดำเนินการแก้ไขปัญหาย่างเป็นรูปธรรมโดยมีการจำกัดการให้สัมปทานในกิจการประเภทที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความผาสุกปลอดภัยของประชาชน แต่หากเป็นกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศอย่างเช่นโครงการลงทุนขนาดใหญ่ในกิจการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐานแล้ว ควรที่จะสนับสนุนให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนเพื่อที่รัฐจะได้ไม่ต้องใช้เงินงบประมาณของรัฐ โดยรัฐสามารถควบคุมผู้ลงทุนต่างชาติได้อยู่แล้วภายใต้หลักกฎหมายที่มีอยู่ อีกทั้งรัฐจะมีการกำหนดเงื่อนไขสัญญาสัมปทานที่ชัดเจนซึ่งเงื่อนไขสัญญาดังกล่าวไม่ได้ทำให้รัฐเสียเปรียบ แต่เป็นเรื่องของการจัดการความเสี่ยงเพื่อให้สัญญาสัมปทานมีความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการ ทั้งนี้ รัฐจะเน้นให้สัญญาสัมปทานเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนและให้ประชาชนสามารถตรวจสอบความโปร่งใสได้



ต้นฉบับไม่มีหน้านี้

NO THIS PAGE IN ORIGINAL

สำนักหอสมุด