

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. การทบทวนวรรณกรรม (Literature Review)

1.1 จากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนพบว่า สัญญาสัมปทานในประเทศไทยเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งหมายรวมทั้งสัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเป็นความตกลงระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สำหรับสัมปทานบริการสาธารณะนั้น โดยที่บริการสาธารณะถือเป็นหน้าที่ของรัฐและเป็นกิจการที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐเท่านั้นมีสิทธิกระทำได้ ซึ่งรัฐอาจเป็นผู้จัดทำเองหรือรัฐอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทน หรือให้เอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยวิธีการให้สัมปทานแก่เอกชน ซึ่งก็คือการอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยเอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและแบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการเอง และรัฐยินยอมให้เอกชนผู้รับสัมปทานได้รับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนด้วยการให้มีสิทธิในอันที่จะเรียกเก็บค่าใช้บริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะ

1.2 สัญญาสัมปทานที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทยนั้นอาจแยกออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบที่เอกชนเข้ามาดำเนินการร่วมกับหน่วยงานของรัฐ กับรูปแบบที่เอกชนเข้ามาลงทุนเองโดยตรง ซึ่งในการเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานของผู้ลงทุนต่างชาติมักเป็นลักษณะของการรวมกลุ่ม (Consortium) หรือร่วมลงทุน (Joint Venture) กับเอกชนไทย และในทางปฏิบัติหน่วยงานของรัฐมักกำหนดไว้ในเอกสารรายละเอียดและเงื่อนไขการเสนอโครงการของรัฐว่า ผู้ยื่นข้อเสนอโครงการซึ่งหมายรวมทั้งผู้ลงทุนต่างชาติ ต้องไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทขึ้นใหม่ตามกฎหมายไทย เพื่อดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทาน แต่ผู้ยื่นข้อเสนอโครงการต้องให้คำรับรองว่าจะประกันการปฏิบัติงานของบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่ด้วย

1.3 สัญญาสัมปทานสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐานในโครงการขนาดใหญ่ (Concession Mega Infrastructure Projects) ได้มีความสำคัญต่อประเทศไทยมาโดยตลอด ซึ่งนับวันก็ยิ่งเพิ่มความสำคัญขึ้นเป็นลำดับในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ เพราะประเทศไทยจะต้องเปิดกว้าง (Globalized) และต้องการเงินทุนจากต่างประเทศ ตลอดจนการบริหารจัดการและเทคโนโลยีจากภาคเอกชน โดยเฉพาะผู้ลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า

เนื่องจากสัญญาสัมปทานเป็นรูปแบบการลงทุนที่รัฐไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเอง ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการเงินทุน ความรู้ และเทคโนโลยีจากต่างประเทศแล้ว สัญญาสัมปทานน่าจะเป็นรูปแบบหนึ่งที่เหมาะสมนำมาพิจารณาสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของรัฐ เพื่อแก้ปัญหาการขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐานระบบสาธารณูปโภคในประเทศไทย

1.4 การดำเนินโครงการสัมปทานในประเทศไทยที่ผ่านมาพบว่า แทบไม่มีสัญญาสัมปทานในโครงการใดที่หน่วยงานของรัฐไม่มีปัญหาในทางปฏิบัติ โดยปัญหาได้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องในขั้นตอนและมิติต่าง ๆ เช่น ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญา ขั้นตอนการเจรจาและจัดทำสัญญา ขั้นตอนการผูกพันตามสัญญาที่ประกอบด้วย การก่อสร้าง (Build) การดำเนินการ (Operate) การโอน (Transfer) ตลอดจนขั้นตอนการบริหารสัญญาสัมปทาน อีกทั้งยังมีปัญหาการตีความสัญญา กฎหมายที่เกี่ยวข้อง และแนวทางการระงับข้อพิพาท ปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวจึงควรได้รับการแก้ไข เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้กับประเทศไทยสำหรับการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ โดยไม่ส่งผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชน ซึ่งผู้เขียนได้รวบรวมปัญหาในทางปฏิบัติที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยมาแสดงไว้ในตารางดังมีรายละเอียดปรากฏตามเอกสารภาคผนวกในผนวก ก. ของวิทยานิพนธ์

1.5 ปัญหาอุปสรรคตลอดจนข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานนั้นล้วนเป็นบทเรียนให้กับประเทศไทย ที่ผู้เขียนได้นำมาศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับต่างประเทศ โดยเป็นการศึกษาจากอดีตถึงปัจจุบันเพื่อให้เห็นถึงวิวัฒนาการของสัญญาสัมปทานและการพัฒนาหลักกฎหมายของศาลปกครอง ตลอดจนการมองเจตนารมณ์ของกฎหมาย และนำเหตุการณ์ที่สำคัญในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานอันอาจมีกระทบต่อการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติมาเป็นกรณีศึกษาเพื่อความสำเร็จของวิทยานิพนธ์ และเพื่อให้ผลการศึกษานำไปปฏิบัติและแก้ไขปัญหาได้จริงอย่างเป็นรูปธรรม

2. แนวคิดและแนวทางการมองปัญหา (Approach)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการจูงใจให้นำสัญญาสัมปทานมาเป็นรูปแบบการลงทุนสำหรับการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ของประเทศไทย เพื่อที่จะได้ไม่ต้องใช้เงินงบประมาณของรัฐ โดยค้นหาสาเหตุของปัญหาสัญญาสัมปทานที่เกิดขึ้นในประเทศไทย และหาแนวทางแก้ไขเพื่อป้องกันมิให้ปัญหาดังกล่าวต้องเกิดขึ้นอีก ทั้งนี้ เพื่อเป็นการจูงใจให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และเพื่อให้ประชาชนมีความไว้วางใจในการทำสัญญาสัมปทานของหน่วยงาน

ของรัฐมากขึ้น ซึ่งในการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาอุปสรรคตลอดจนแนวทางการแก้ไขปรับปรุง สัญญาสัมปทานกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทานภายใต้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกเหนือจากการศึกษาข้อสัญญาและข้อกำหนดที่จะนำมาใช้เป็นกรอบในการกำหนดข้อสัญญาแล้ว ผู้เขียนยังได้วิเคราะห์จากองค์รวม (Wholistic Approach) ที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติใน ลักษณะของการศึกษาปัญหาจากแนวทางปฏิบัติ (practical problems) ด้วย โดยเป็นการศึกษา ผ่านกระบวนการ BTO และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น ตลอดจนพิจารณาจากความต้องการของ ประชาชน และความคาดหวังของผู้ลงทุนต่างชาติ เพื่อค้นหาสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาและ นำไปสู่แนวทางแก้ไขในแต่ละกระบวนการของสัญญาสัมปทาน

3. การวิเคราะห์ (Analysis)

การศึกษาที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้มีการวิเคราะห์รูปแบบสัมปทานที่ปฏิบัติ กันอยู่ทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ (comparative analysis) ค้นหาความเหมาะสมกรณีที่ใช้กับประเทศไทย ซึ่งต้องสะท้อนถึงการแก้ปัญหาในอดีต เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ มีความเหมาะสมกับเศรษฐกิจสังคมและการเมืองของ ประเทศไทย และเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินการโครงการสัมปทานในอนาคตเพื่อการพัฒนา ประเทศ ทั้งนี้ ในแนวทางวิเคราะห์เพื่อการปฏิรูปสัญญาสัมปทานนั้นได้ใช้สาระสำคัญจาก เอกสารของ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) คือ UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects อันเป็นกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่ มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ โดยเฉพาะส่วนที่ 3 ของกฎหมายแม่แบบ ซึ่งเป็นเนื้อหา ของสัญญาสัมปทาน มาเป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ตัวอย่างสัญญา สัมปทานในประเทศไทยที่ผ่านมาเพื่อจัดทำโครงสร้างสัญญาสัมปทาน (Concession Contract Structural Framework)

4. ผลจากการศึกษาวิจัย (Result)

4.1 ผลจากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำให้เกิดความเข้าใจในแนวความคิดของ สัญญาสัมปทานและความสำคัญของสัญญาสัมปทานโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

ของผู้ลงทุนต่างชาติในกิจการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐาน ตลอดจนหลักการและวิธีการปฏิบัติอันเกี่ยวกับสัมปทาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้ทราบถึงปัญหาอุปสรรคที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติที่ผ่านมา รวมทั้งการให้ความสำคัญในเรื่องนี้ของ UNCITRAL ที่ได้เสนอแนะแนวทางให้กับประเทศต่าง ๆ นำไปกำหนดเป็นกฎหมายหรือข้อสัญญาเพื่อบริหารโครงการสัมปทานในกิจการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐาน

4.2 ผลจากการศึกษานี้ยังได้ให้ข้อเสนอแนะแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในขั้นตอนต่าง ๆ และรูปแบบสัญญาสัมปทานที่เหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อให้สามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการทำสัญญาสัมปทานและทำให้การบริการสาธารณะของรัฐโดยการให้สัมปทานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลได้ในกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย

5. ข้อเสนอแนะ (Recommendation)

5.1 เนื่องจากระยะหลัง ศาลปกครองมักมองไปถึงพฤติการณ์ก่อนเกิดสัญญาด้วยว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น การมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์ไว้แล้วในส่วนของปัญหาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ดังมีรายละเอียดปรากฏในบทที่ 4 ดังนั้น ในการจัดทำสัญญาสัมปทานคู่สัญญาจึงต้องระมัดระวังและมีความรอบคอบให้มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมาย อย่าให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo)¹ และการใช้อำนาจจากผู้ให้สัมปทานที่มีการบิดผันอำนาจไปในทางหนึ่งทางใด เพราะมิฉะนั้น หากมีปัญหาเกิดขึ้นในการปฏิบัติในข้อสัญญาอาจถูกตีความว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและสัญญาไม่มีผลผูกพันได้ ซึ่งจากผลของคำพิพากษาศาลปกครองในระยะหลังนั้น แม้อาจทำให้เอกชนไม่มั่นใจในการทำสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐ แต่สิ่งหนึ่งที่เป็นข้อดีและเห็นว่าการสมควรมีความมั่นใจคือ การเข้าทำสัญญาสัมปทานกับรัฐนับจากนี้ไปน่าจะมีแนวโน้มเป็นไปอย่างโปร่งใสยิ่งขึ้น ซึ่งหากสัญญาสัมปทานเริ่มต้นมาจากกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เอกชนก็ไม่จำเป็นต้องกังวลในการทำสัญญาสัมปทานกับรัฐแต่อย่างใด และสามารถมั่นใจในความเป็นธรรมของศาลปกครองได้

¹ Culpa in contrahendo เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในประเทศเยอรมัน โดยเป็นหลักความรับผิดชอบในความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากความไว้นื้อเชื่อใจของคู่สัญญาก่อนที่จะมีการตกลงทำสัญญา

5.2 จากการนำองค์ความรู้ที่ปรากฏในบทต่าง ๆ ในวิทยานิพนธ์มาสังเคราะห์ (synthesis) เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะที่มีความเหมาะสมชัดเจน โดยผลจากการวิเคราะห์ ผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางการปฏิรูปสัญญาสัมปทานในแต่ละกระบวนการอย่างเป็นระบบ โดยเสนอแนะโครงสร้างเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน (Concession Contract Structural Framework) ให้กับประเทศไทยว่า ในการจัดทำสัญญาสัมปทานสำหรับกิจการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐานนั้น ควรที่จะมีเงื่อนไขสัญญาประกอบไปด้วยเนื้อหาในเรื่องใดบ้าง ดังปรากฏรายละเอียดในบทที่ 4 และเอกสารภาคผนวกในผนวก ข. ของวิทยานิพนธ์ และเพื่อให้การเสนอแนะในเรื่องนี้เป็นไปอย่างเป็นรูปธรรม ผู้เขียนจึงได้นำเสนอรูปแบบมาตรฐานของสัญญาสัมปทานสำหรับโครงการสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐาน ที่มีลักษณะเป็นรูปแบบ BTO (Build Transfer Operate) อันเป็นรูปแบบที่ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุน ออกแบบ และดำเนินการก่อสร้างทั้งหมด และเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ ผู้รับสัมปทานจะโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้าง รวมทั้งสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินในโครงการให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จากนั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะให้เอกชนคู่สัญญาเป็นผู้บริหารโครงการตลอดอายุสัมปทาน โดยจัดทำเป็นตัวอย่างสัญญาสัมปทานโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานสำหรับประเทศไทย (Draft Concession Contract for Infrastructure Project) ไว้ด้วย ดังรายละเอียดปรากฏตามเอกสารภาคผนวกในผนวก ค. ของวิทยานิพนธ์

5.3 รูปแบบสัญญาสัมปทานที่ผู้เขียนนำเสนอนี้ แม้ผู้เขียนจะมีความมั่นใจในความสมบูรณ์ของสัญญา แต่เนื่องจากสัญญาสัมปทานแต่ละสัญญาย่อมมีสาระสำคัญที่แตกต่างกันไป อีกทั้งกฎหมายกลางในเรื่องสัมปทานก็ยังไม่ปรากฏในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจมีการวิวัฒนาการไปกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งการสร้างหลักกฎหมายของศาลปกครอง ด้วยเหตุนี้ จึงยังคงมีพื้นที่ให้ผู้ศึกษาต่อจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถนำไปวิจัยเพื่อจัดทำกฎหมายให้เข้ากับร่างสัญญาที่นำเสนอไว้ หรือเสนอแนะการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดที่เหมาะสมต่อไปได้