

บทนำ

สภาพสังคมของรัฐในยุคศตวรรษที่ 20 และ 21 เป็นสังคมที่ภาครัฐมีภารกิจที่ขยายขอบเขตในการดูแลสวัสดิการของประชากรในแทบทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นงานทางด้านการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภคและการจัดทำบริการสาธารณะ จนอาจจะกล่าวได้ว่ารูปแบบของรัฐในช่วงเวลาดังกล่าวนี้นี้เป็นรูปแบบของรัฐสวัสดิการตามแนวความคิดในการสนับสนุนบทบาทการนำเศรษฐกิจโดยภาครัฐของจอห์น เมย์นาร์ด เคนส์ (John Maynard Keynes) และอิทธิพลของวิกฤติเศรษฐกิจในช่วงปี ค.ศ.1930 ซึ่งภาครัฐได้เพิ่มรายจ่ายสาธารณะเพื่อกระตุ้นสถานะเศรษฐกิจฝืดเคือง

แต่อย่างไรก็ตาม การที่รัฐสมัยใหม่ขยายภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ ทำให้ภาครัฐแบกรับภาระในการจัดสร้างโครงสร้างพื้นฐาน (infrastructure) ซึ่งเป็นสิ่งปลูกสร้างที่ภาครัฐจะต้องใช้งบประมาณจำนวนมากในการลงทุน โดยหากภาครัฐประสงค์ที่จะเป็นผู้ลงทุนฝ่ายเดียว ภาครัฐก็ต้องจัดสรรงบประมาณจำนวนมากในการลงทุนกิจการประเภทนี้ อันทำให้ภาครัฐจำเป็นต้องเก็บภาษีเพิ่มขึ้น หรือ ก่อหนี้สาธารณะเพิ่มขึ้น เพื่อจัดหารายได้สาธารณะเข้ามาอุดหนุนเงินงบประมาณแผ่นดิน นอกจากนี้ การขาดแคลนเทคโนโลยีขั้นสูง และการให้บริการที่ด้อยคุณภาพ ยังคงเป็นปัญหาที่สำคัญในการพัฒนาคุณภาพในการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐ ซึ่งสิ่งต่างๆดังที่ได้กล่าวมานี้เป็นปัญหาสำคัญที่ภาครัฐจะต้องเผชิญเนื่องจากงบประมาณแผ่นดินที่มีไม่เพียงพอต่อรายจ่ายสาธารณะที่มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นตามความต้องการของประชาชนในการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภค

การแก้ปัญหาดังกล่าวโดยการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในกิจการของรัฐ จึงเป็นทางเลือกหนึ่งในการกระจายความเสี่ยงในการลงทุนโครงสร้างพื้นฐานขนาดใหญ่ของภาครัฐ อีกทั้งยังเป็นการช่วยเพิ่มคุณภาพของการให้บริการสาธารณะโดยการอาศัยเทคโนโลยีที่มีศักยภาพหรือคุณภาพของทรัพยากรบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญ แนวความคิดในการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนได้รับความนิยมอย่างมากในการใช้นโยบาย “การทำให้เป็นเอกชน” (privatization) ของรัฐบาลอังกฤษที่ใช้แก้ปัญหาสถานะเศรษฐกิจชะลอตัว (stagflation) ในการใช้นโยบายดังกล่าวนี้ ภาครัฐมีวิธีการหลากหลายวิธีในการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนไม่ว่าจะเป็นการแปรรูปกิจการรัฐวิสาหกิจที่ถือครองอยู่ (divestiture) หรือ การรับซื้อผลผลิตในการให้บริการจากเอกชน หรือ ให้เอกชนเข้าสิ่งสาธารณูปโภคไปจัดทำบริการสาธารณะ หรือ การที่ภาครัฐเข้า

ร่วมทุนกับภาคเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค¹ (public-private partnerships) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมของนานาชาติในระยะสองทศวรรษที่ผ่านมา

การร่วมทุนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (public-private partnerships) คือความร่วมมือโดยการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจเพื่อกระจายความเสี่ยง ในการลงทุนด้านงบประมาณ และเป็นการเปิดโอกาสในการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากภาคเอกชนโดยบทบาทของทางภาคเอกชนที่เข้ามาร่วมลงทุนนั้น จะต้องเป็นผู้ที่สร้างสิ่งก่อสร้างด้วยเงินลงทุนของตนเอง และจะต้องมีหน้าที่ในการออกแบบสิ่งก่อสร้างดังกล่าวด้วย โดยเมื่อการก่อสร้างได้เสร็จสิ้น ภาคเอกชนมีหน้าที่ในการบริหารงานในสิ่งสาธารณูปโภคเพื่อให้การบริหารงานมีประสิทธิภาพ ซึ่งภาครัฐจะกำหนดคุณสมบัติที่ต้องการในขั้นตอนการกำหนดกรอบภารกิจของโครงการ และ คอยกำกับดูแลการปฏิบัติงานของภาคเอกชนภายหลังโครงการได้ก่อสร้างเสร็จ สำหรับกรรมสิทธิ์ในโครงการที่ก่อสร้าง จะตกเป็นของภาครัฐหรือภาคเอกชน จะต้องพิจารณาจากรูปแบบของโครงการว่าใช้การร่วมทุนในลักษณะใด โดยกรรมสิทธิ์ของโครงการอาจจะตกเป็นของรัฐทันทีที่ก่อสร้างเสร็จหรืออาจจะตกเป็นของเอกชนในช่วงระยะเวลาหนึ่งก่อนการโอนกรรมสิทธิ์ให้ภาครัฐในภายหลัง

ในการบรรลุผลสำเร็จในการร่วมทุน การร่วมทุนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาคจึงจำเป็นต้องอาศัยระบบการคัดเลือกภาคเอกชนที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในการเข้าร่วมงาน และสร้างความโปร่งใสในการคัดเลือก นอกจากนี้ การกำหนดหน้าที่และบทบาทในการดำเนินงานบริการสาธารณะจะต้องมีความชัดเจน จะต้องมีการกำหนดสิทธิบางประการให้แก่ภาคเอกชนผู้ดำเนินงานเพื่อปรับเปลี่ยนและปรับปรุงการให้บริการที่สอดคล้องกับสถานการณ์ และจะต้องกำหนดอำนาจของภาครัฐในการเข้ามามีบทบาทและแทรกแซงการจัดทำบริการที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งระบบกฎหมายจะเป็นส่วนสำคัญในการสร้างระบบการเข้าร่วมงานที่มีประสิทธิภาพและเกิดความชัดเจนแน่นอนในการปฏิบัติงาน

ระบบการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่มีการปรากฏ มีรูปแบบการเข้าร่วมงานอยู่สองลักษณะคือ รูปแบบที่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการวางกรอบการเข้าร่วมทุน (legal framework) และรูปแบบที่ใช้ระเบียบปฏิบัติในการเข้าร่วมทุน(guidelines)แต่อย่างไรก็ตามรูปแบบการเข้าร่วมงานทั้งสองประเภทก็ได้วางกรอบการเข้าร่วมงานในโครงสร้างที่ไม่ได้มีความ

¹ เนื่องจากคำว่า public-private partnerships ยังไม่ปรากฏมีคำแปลภาษาไทย ผู้เขียนจึงใช้คำว่า “หุ้นส่วนทวิภาค” แทนที่คำดังกล่าวในการสื่อถึง ความร่วมมือของภาครัฐและภาคเอกชนเข้ามาร่วมทุนจัดทำบริการสาธารณะกันในลักษณะที่เป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ

แตกต่างกัน โดยโครงสร้างหลักที่ต้องมีการวางกรอบไว้ก็คือ ขั้นตอนการนำเสนอโครงการ ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการร่างสัญญา ขั้นตอนการบริหารโครงการภายหลังการก่อสร้าง และขั้นตอนการกำกับดูแลการปฏิบัติงานของภาคเอกชน

ประเทศไทยเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายเป็นกรอบการปฏิบัติและดำเนินการในกิจการร่วมทุน ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายหลักก็คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 และ กฎหมายเฉพาะสำหรับกิจการบางประเภท อาทิเช่น กฎหมายทางหลวงสัมปทาน กฎหมายปิโตรเลียม และ กฎหมายการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย

ในการบังคับกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทยนั้น ได้เริ่มบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2535 โดยใช้บังคับกับกิจการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการที่มีมูลค่าเกินกว่า 1,000 ล้านบาท ซึ่งโครงการดังกล่าวนี้จะต้องผ่านการพิจารณาและการกลั่นกรองจากองค์กรต่างๆของกฎหมาย เช่น สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ คณะกรรมการประจำโครงการ คณะกรรมการประสานงาน สำนักงานอัยการสูงสุด และ คณะรัฐมนตรี โดยในขั้นตอนการปฏิบัติงาน จะต้องผ่านกระบวนการในการเสนอโครงการ การดำเนินงาน และการกำกับดูแลและติดตามผล

สิ่งที่เป็นปัญหาของการใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้ก็คือ ความไม่ชัดเจนแน่นอนของข้อความในกฎหมาย เช่น ขอบเขตลักษณะของกิจการที่อยู่ในบังคับของกฎหมาย วิธีการคำนวณทุนทรัพย์ และ อำนาจของภาครัฐในการกำกับดูแลการปฏิบัติงานของเอกชน นอกจากนี้ ในการปฏิบัติงานบางขั้นตอนที่มีความสำคัญ เช่น การแก้ไขสัญญาสัมปทาน หรือ การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญา ฯลฯ กฎหมายร่วมทุนของไทยก็มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แม้คู่สัญญาจะกำหนดหลักเกณฑ์ที่นอกเหนือจากกฎหมายร่วมทุนไว้ในสัญญา ก็ไม่มีความแน่นอนว่าข้อตกลงดังกล่าวจะยังคงมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ เพราะ ผลของการฝ่าฝืนกฎหมายร่วมทุนก็ไม่ปรากฏชัดเจนในเนื้อหาของกฎหมายเช่นกัน

ปัญหาดังกล่าวนี้ ส่งผลให้โครงการร่วมทุนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค ประสบปัญหาในการดำเนินงานหลากหลายประการ และ ปัญหาดังกล่าวนี้ได้ถูกนำเสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาในการให้ความเห็นบรรทัดฐานซึ่งยังคงเป็นหลักปฏิบัตินอกเหนือจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายร่วมทุนจนถึงปัจจุบันในเรื่องวิธีการแก้ไขสัญญา การโอนสิทธิในสัญญา และ ผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายร่วมทุน นอกจากนี้ ปัญหาของกฎหมายร่วมทุนยังปรากฏเป็นข้อพิพาทใน

คดีปกครองของศาลปกครอง² ในกรณีข้อพิพาทระหว่างสถานีโทรทัศน์ไอทีวี และ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ในปัญหาความสมบูรณ์ของการแก้ไขสัญญาร่วมทุนที่ไม่ผ่านการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรี อันส่งผลให้ข้อสัญญาที่แก้ไขไม่มีผลผูกพันรัฐและทำให้คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับใช้

การที่ระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทยมีปัญหาในเรื่องการขาดความชัดเจนแน่นอนในการปฏิบัติงาน ผลกระทบที่เกิดขึ้น ทำให้ภาคเอกชนที่ประสงค์จะเข้ามาร่วมทุนในกิจการของรัฐขาดความเชื่อมั่นในเรื่องความแน่นอนของระบบปฏิบัติงานอันเป็นความเสี่ยงในการที่จะเข้ามาลงทุนในโครงการของภาครัฐ ซึ่งส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจในการลงทุน ในด้านภาครัฐเองก็ประสบปัญหาในการใช้อำนาจว่าขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจนั้น องค์กรมอำนาจเพียงใด และจะใช้อำนาจในขั้นตอนที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ได้หรือไม่ อันเป็นปัญหาสำคัญของการปฏิบัติงาน

ในการสร้างระบบร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่มีประสิทธิภาพนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงปัญหาของการบังคับใช้กฎหมายร่วมทุนฉบับปัจจุบัน ซึ่งปัญหาในการบังคับใช้ได้ปรากฏเป็นแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง อันเป็นแหล่งข้อมูลหลักที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้ในการวิเคราะห์ปัญหาของระบบกฎหมายร่วมทุน ในส่วนการพิจารณาถึงข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายร่วมทุน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เลือกวิธีการที่จะพิจารณาจากตัวอย่างของกฎหมายร่วมทุนในต่างประเทศ ซึ่งเลือกที่จะศึกษากฎหมายร่วมทุนของประเทศอังกฤษ เกาหลีใต้ และ ญี่ปุ่น เพื่อศึกษาถึงข้อแตกต่างในการดำเนินกิจการร่วมทุน ว่าแต่ละประเทศได้ใช้หลักเกณฑ์ที่มีเนื้อหาอย่างไร มีแนวความคิดและอิทธิพลจากระบบเศรษฐกิจรูปแบบใดในการกำหนดกฎเกณฑ์การเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน เพื่อนำมาปรับใช้กับข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นกับระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย

เมื่อศึกษาถึงปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย และศึกษาตัวอย่างจากกฎหมายร่วมทุนของต่างประเทศแล้ว แนวทางในการแก้ปัญหาของระบบร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนจึงต้องแก้ปัญหที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติโดยการพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในวิธีการร่วมทุนแบบหุ้นส่วนทวิภาคซึ่งเป็นระบบที่ต้องการใช้ประสิทธิภาพของภาคเศรษฐกิจที่มีความแตกต่างกันให้มาร่วมกันพัฒนาบริการสาธารณะ ดังนั้น ในการปฏิบัติงานบางลักษณะที่ภาคเอกชนต้องการความคล่องตัว กฎเกณฑ์ที่วางระบบไว้ก็ต้องสร้างความยืดหยุ่นเพื่อดึงศักยภาพของภาคเอกชนที่มีความคล่องตัวในการดำเนินงาน ในส่วนงานบางลักษณะที่มี

² คำวินิจฉัยศาลปกครองคดีที่ 349/2549

ผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องสร้างมาตรการให้ภาครัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงและกำกับดูแลการปฏิบัติงานของภาคเอกชน ซึ่งกฎเกณฑ์ที่วางระบบในกฎหมายร่วมทุนหากมีความสมดุลในการยืดหยุ่นแก่ภาคเอกชนและควบคุมการดำเนินงานของภาคเอกชนอย่างพอเหมาะ การดำเนินการร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชนก็จะแสดงศักยภาพในจุดเด่นเฉพาะของทั้งสององค์กรอย่างเต็มประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ การพิจารณาจากหลักทฤษฎีก็เป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับบรรลุวัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะมากขึ้น ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวก็คือ “ทฤษฎีการจัดบริการสาธารณะ” อันเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในระบบกฎหมายมหาชน โดยมีสาระสำคัญในการวางหลักการให้บริการของภาครัฐจำต้องคำนึงถึง ความเสมอภาคในการให้บริการการปรับปรุงเปลี่ยนงานให้สอดคล้องกับสภาพ ของสังคม และ การให้บริการจะต้องมีความต่อเนื่องในการให้บริการ ซึ่งกฎหมายร่วมทุนก็มีวัตถุประสงค์หลักในการให้ภาครัฐและภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ มาตรการที่วางหลักไว้ในกฎหมายร่วมทุนจึงต้องพิจารณาจากทฤษฎีดังกล่าว กฎเกณฑ์ที่รองรับสถานการณ์ที่การให้บริการจำต้องมีการเปลี่ยนแปลงและสถานการณ์ที่การให้บริการมีอุปสรรคขาดความต่อเนื่อง โดยในกฎหมายร่วมทุนฉบับปัจจุบันยังคงขาดมาตรการรองรับที่จะใช้แก้ปัญหาดังกล่าว จึงต้องมีการปรับปรุงเนื้อหาของกฎหมายร่วมทุนให้รองรับหลักการที่กล่าวมานี้ด้วย