

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ที่ปรากฏในต่างประเทศ

การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (public-private partnerships) เป็นแนวนโยบายในการดำเนินการทางเศรษฐกิจของภาครัฐ เพื่อสนับสนุนบทบาทของภาคเอกชนในการเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการสาธารณะ โดยใช้ระบบการผลิตและการบริหารจัดการแบบธุรกิจของเอกชน และป้องกันการผูกขาดทางธุรกิจโดยมีกำหนดระยะเวลาในการโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งสาธารณูปโภคให้แก่ภาครัฐ (เช่น การร่วมทุนแบบ BOT และ BTO)

ในการสร้างกระบวนการเข้าร่วมงาน ภาครัฐมีกฎหมายร่วมทุนเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการกำหนดขั้นตอนการประเมินโครงการ (assessment project) เพื่อพิจารณาความเหมาะสมในการลงทุนและวิธีการลงทุน ในรูปแบบที่เหมาะสมเป็นกรณีเบื้องต้น และสร้างขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชน (public procurement) เพื่อคัดเลือกภาคเอกชนที่มีประสิทธิภาพสูงสุดและมีลักษณะที่เหมาะสมกับโครงการร่วมทุน นอกจากนี้ ยังเป็นเครื่องมือในการกำหนดอำนาจของภาครัฐในการเข้ามากำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชน (regulation) เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายที่ยึดถือการรักษาผลประโยชน์สาธารณะเป็นเป้าหมายสำคัญ

ผลประการหนึ่งของการสร้างระบบการเข้าร่วมงานของกฎหมายร่วมทุน ทำให้สัญญาาร่วมทุนมีลักษณะพิเศษต่างจากสัญญาของภาครัฐที่ใช้จัดซื้อจัดจ้างกับภาคเอกชนในโครงการทั่วไป เพราะการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนเข้าร่วมงานในบางกรณีอาจส่งผลให้สัญญาาร่วมทุนมีความบกพร่องในทางกฎหมายได้

ในการศึกษาถึงระบบกฎหมายร่วมทุนของต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เลือกกรณีศึกษาไว้ 3 ประเทศ คือ ระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศอังกฤษ ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากกลุ่มประเทศดังกล่าว ได้ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างกระบวนการเข้าร่วมงาน ซึ่งจะมีประโยชน์ต่อการนำข้อมูลมาใช้ศึกษาเปรียบเทียบในการวิเคราะห์ถึงปัญหาในระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย

3.1 ระบบการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศไทย ภายใต้รูปแบบ private finance initiative

3.1.1 ความเป็นมาของการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศไทย

กระแสความนิยมในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคของประเทศไทยเกิดขึ้นภายใต้แนวความคิดเสรีนิยมของรัฐบาลพรรคอนุรักษนิยม (Conservative party) โดยมี นาง มากาเร็ต แทชเชอร์ เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเปิดเสรีให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการสาธารณะ หรือให้เข้ามาบริหารจัดการรัฐวิสาหกิจของภาครัฐโดยการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatization) การบริหารภายใต้แนวความคิดเศรษฐกิจเช่นนี้ จึงทำให้รัฐบาลอังกฤษสามารถแก้ปัญหาภาวะเศรษฐกิจตกต่ำที่เกิดขึ้นทั่วโลกในทศวรรษที่เจ็ดสิบได้สำเร็จ และเกิดการพัฒนาระบบการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบ private finance initiative ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการร่วมทุนแบบหุ้นส่วนทวิภาค (public-private partnerships)

การร่วมทุนแบบ private finance initiative ได้ปรากฏขึ้นอย่างเป็นทางการในการประกาศผลสำเร็จของการให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการสาธารณะของ นาย เคน คลาร์ก (Ken Clarke) ซึ่งเป็น The Chancellor ในปี ค.ศ.1992¹ เมื่อพรรคแรงงาน (Labour party) ได้รับการเลือกตั้งในปี 1997 กระแสความนิยมในการร่วมทุนกับภาคเอกชนก็ได้รับการประสานทางนโยบายมาอย่างต่อเนื่อง² จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการหุ้นส่วนทวิภาคของสหราชอาณาจักร (Partnerships UK :PUK) ในปี ค.ศ.2000 ซึ่งเป็นองค์กรกลางที่มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาและพัฒนาระบบการเข้าร่วมทุน ทำให้ระบบร่วมทุนของประเทศไทยได้รับการพัฒนามาอย่างต่อเนื่อง

ในการสร้างระบบการเข้าร่วมทุนในเบื้องต้น ภาครัฐอาศัย “คู่มือการร่างสัญญาร่วมทุนฉบับมาตรฐาน” (Standardisation of PFI Contracts) ที่ออกโดย Partnerships UK

¹ Michael Pollitt, “The declining Role of the state in infrastructure investments in the UK”, In *Private initiatives in infrastructure: priorities, incentives, and performance*, Masatsuga Tsuji, (Chiba: Institute of Developing Economies, 2000), pp. 150.

² Chris Painter, “Public Service Reform from Thatcher to Blair a Third Way”, *Parliamentary Affairs Oxford Journals*, Volume 52, Number 1, pp.105-106, (Jan 1999).

ในการวางระบบการเข้าร่วมงานกับภาคเอกชนโดยใช้สัญญาาร่วมทุนเป็นเครื่องมือที่สำคัญ ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ในเวลาต่อมาในปี ค.ศ. 2004 กลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) ได้กำหนดมาตรฐานของระบบการเข้าร่วมทุนในการคัดเลือกภาคเอกชน (public procurement) เพื่อให้เกิดขั้นตอนที่มีความโปร่งใสและเกิดประสิทธิภาพ อันส่งผลให้ ประเทศสมาชิกซึ่งรวมถึงประเทศอังกฤษต้องออกกฎหมายภายในเพื่อรับรองหลักการดังกล่าว ทำให้เกิดการออกกฎหมายในการวางระบบการคัดเลือกภาคเอกชนสองฉบับซึ่งก็คือ The Public Contracts Regulations และ The Utilities Contracts Regulations ในปี ค.ศ.2006 และส่งผลให้เกิดการปรับปรุงคู่มือการร่างสัญญาาร่วมทุนฉบับมาตรฐานในการออกฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 2007³

3.1.2 หลักการเบื้องต้นของการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศอังกฤษ

3.1.2.1 ลักษณะของคู่สัญญา

ในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ใช้ระบบกฎหมายในการควบคุมขั้นตอน การเข้าร่วมทุน ในเรื่องการพิจารณาบทนิยามลักษณะของคู่สัญญาที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะ เป็นหลักการเบื้องต้นในการปรับใช้กฎหมายว่ากิจการที่ใช้วิธีร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนดังกล่าว นั้นจะต้องอยู่ในเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในระบบกฎหมายร่วมทุนของอังกฤษ ได้ให้นิยามของคู่สัญญาระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนดังต่อไปนี้

ก.) ลักษณะของคู่สัญญาภาครัฐ (public sector)

ภาครัฐ (a contracting authority) ตามระบบการเข้าร่วมทุนก็คือองค์กรที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือเข้าบริหารสิ่งสาธารณูปโภคเพื่อ สนองต่อประโยชน์ของสาธารณชนโดยเมื่อพิจารณาจากบทนิยามของกฎหมาย The Public Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดองค์กรภาครัฐที่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายก็คือ องค์กรส่วนราชการทั้งหลายและองค์กรท้องถิ่นของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดของ ฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ยังมีผลบังคับไปถึงหน่วยงานในสังกัดของฝ่ายนิติบัญญัติทั้งในระดับสภา ผู้แทนราษฎรและระดับวุฒิสภาของประเทศอังกฤษ เวลส์ ไอร์แลนด์เหนือ และสกอตแลนด์⁴

³ Office of Government Commerce, Competitive Dialogue in 2008:OGC/HMT joint guidance on using the procedure, (Norwich: Office of Government Commerce, 2008), pp.3-6.

⁴ The Public Contracts Regulations 2006 Article 3

แต่อย่างไรก็ตาม ในระบบการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศอังกฤษยังมีกฎหมายอีกหนึ่งฉบับที่ใช้บังคับนอกเหนือจาก The Public Contracts Regulations 2006 ซึ่งก็คือกฎหมาย The Utilities Contracts Regulations 2006 โดยได้กำหนดองค์กฏภาคเอกชนในลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งองค์กฏดังกล่าวเป็นองค์กฏที่แตกต่างจากนิยามของภาคเอกชนในกฎหมายฉบับแรกโดยมีลักษณะเป็นองค์กฏที่มีหน้าที่บริหารสิ่งสาธารณูปโภคอยู่แล้ว (a utilities)⁵ ในประเภทของกิจการดังต่อไปนี้คือ⁶

ก.1) กิจการที่เกี่ยวกับน้ำ (water) เช่น การบำบัดน้ำเสีย การทำน้ำประปา การทำน้ำดื่มสาธารณะ

ก.2) กิจการที่เกี่ยวกับไฟฟ้า (electricity) เช่น การผลิตกระแสไฟฟ้าและการจ่ายกระแสไฟฟ้าให้แก่ประชาชน

ก.3) กิจการเกี่ยวกับก๊าซธรรมชาติ (gas) เช่น การผลิตก๊าซหุงต้มสำหรับครัวเรือน และการผลิตก๊าซสำหรับทำเชื้อเพลิง

ก.4) กิจการเกี่ยวกับการทำความร้อน (heat)

ก.5) กิจการที่เกี่ยวกับการสำรวจปิโตรเลียม (petroleum)

ก.6) กิจการที่เกี่ยวกับถ่านหินและเชื้อเพลิงที่เป็นของแข็ง (coal and solid fuel)

ก.7) กิจการที่เกี่ยวกับการขนส่ง (transport) เช่น กิจการการบิน กิจการขนส่งทางเรือ และกิจการขนส่งทางบกและการขนส่งระบบราง

ลักษณะพิเศษของคู่สัญญาฝ่ายภาครัฐตามนิยามของกฎหมายฉบับนี้ นอกจากจะเป็นองค์กฏที่บริหารสิ่งสาธารณูปโภคอยู่แล้ว⁷ ยังขยายความไปถึงองค์กฏภาคเอกชนผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาต (licensed operator) จากภาครัฐให้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ (ในกิจการเช่น การผลิตกระแสไฟฟ้า การทำความร้อน การผลิตน้ำมัน และการผลิตถ่านหิน) หรือ เป็นภาคเอกชนที่เป็นผู้ผลิตทรัพยากรสาธารณะให้แก่ภาครัฐ (independent producer) ทั้งนี้หากองค์กฏดังกล่าวมีลักษณะตามนิยามคำว่า “ภาครัฐ” ตาม The Utilities Contracts Regulations 2006 ก็จะถูกยกเว้นมิให้ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมาย The Public Contracts Regulations 2006 ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 6

⁵ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 3

⁶ The Utilities Contracts Regulations 2006 Appendix 1

⁷ องค์กฏที่เป็นหน่วยงานของภาครัฐตามกฎหมายฉบับนี้โดยส่วนใหญ่เป็นรัฐวิสาหกิจหรือบริษัทจำกัดที่ภาครัฐเป็นเจ้าของ

ข.) ลักษณะของคู่สัญญาภาคเอกชน(private sector)

ภาคเอกชนตามนิยามของกฎหมายร่วมทุนของประเทศอังกฤษทั้งสองฉบับ⁸ คือองค์กรที่จะเข้ามาร่วมในการก่อสร้างและบริหารสิ่งสาธารณูปโภคภายหลังการก่อสร้าง (economic operator) เป็นผู้ที่เข้ามาร่วมแบกรับความเสี่ยงในการก่อสร้างของภาครัฐโดยใช้เงินลงทุนของตนเองและมีความสามารถในการจัดทำบริการสาธารณะที่อาศัยการใช้เทคโนโลยีระดับสูงได้ โดยส่วนใหญ่สถานะขององค์กรภาคเอกชนมักจะเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งในรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดตามการจดทะเบียนภายใต้ระบบของประเทศที่เอกชนเข้าไปลงทุน

แต่อย่างไรก็ตาม ภาคเอกชนที่เข้ามาร่วมประมูลโครงการตามระบบการเข้าร่วมทุนของประเทศอังกฤษไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรภาคเอกชนที่จัดตั้งเป็นกลุ่ม consortium⁹ ได้รับการรับรองให้มีสถานะเป็นผู้ที่สามารถยื่นประมูลโครงการได้เช่นกัน แม้ลักษณะของ consortium จะไม่ใช่นิติบุคคลเอกชนตามที่กฎหมายรับรองโดยกฎหมายของอังกฤษได้กำหนดให้ภาครัฐห้ามตัดสิทธิภาคเอกชนที่เป็น consortium ในการยื่นประมูล ซึ่งถ้าหากภาคเอกชนที่เป็น consortium ได้รับการคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญาในการลงทุนร่วมกับภาครัฐก็ต้องมีหน้าที่ในการจัดตั้งรูปแบบองค์กรให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชนก่อนที่จะเข้าทำสัญญากับภาครัฐ¹⁰

นอกจากนี้ภายใต้หลักการเคลื่อนย้ายเสรีทางเศรษฐกิจของสหภาพยุโรป ทำให้ข้อจำกัดทางด้านสัญชาติของภาคเอกชน ไม่ถูกจำกัดว่าต้องมีสัญชาติเดียวกับประเทศที่ตนเข้ามาลงทุน โดยในระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศอังกฤษได้เปิดเสรีให้ภาคเอกชนที่มีได้มีสัญชาติอังกฤษหรือมิได้ก่อตั้งตามกฎหมายของกลุ่มประเทศสหราชอาณาจักรมีสิทธิที่จะยื่น

⁸ The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006

⁹ consortium เป็น ความตกลงกันในการทำสัญญาเพื่อประกอบกิจการร่วมกัน ซึ่งผู้ที่มาเข้าร่วมมีกิจการที่ประกอบอยู่อาจเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดและมาร่วมประกอบกิจการค้าเฉพาะอย่างร่วมกัน โดยไม่มีการลงทุนและไม่มีการประกอบกิจการร่วมค้ากัน เพื่อนำกำไรมาแบ่งกัน เพียงแต่เข้าประมูลงานร่วมกัน เมื่อได้งานแล้วก็จะแบ่งงานกันทำ เป็นสัดส่วนเป็นส่วนของแต่ละคน กิจการร่วมค้าประเภทนี้มีสถานะเหมือนกับห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่จดทะเบียน ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลและไม่ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแต่อย่างใด

¹⁰ The Public Contracts Regulations 2006 Article 28

ข้อเสนอเข้ามา่วมทุนกับภาครัฐในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคได้¹¹ แต่อย่างไรก็ตามภาคเอกชนที่เข้าประมูลงานจะต้องมีสถานะทางกฎหมายรองรับด้วย¹² (กล่าวคือได้รับการรับรองสถานภาพนิติบุคคลในประเทศที่มีสัญชาติ)

3.1.2.2 องค์กกรสาธารณะที่เกี่ยวข้อง

ในระบบการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศอังกฤษ ผู้ที่มีบทบาทในการร่วมทุนที่สำคัญนอกเหนือจากคู่สัญญาแล้วก็คือองค์กกรสาธารณะที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับขั้นตอนการเข้าร่วมทุนอันมีบทบาทสำคัญในการให้คำแนะนำและเผยแพร่โครงการร่วมทุนที่รัฐบาลอังกฤษวางแผนที่จะก่อสร้าง โดยมีองค์กกรสาธารณะที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

ก.) คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005¹³

คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 (Commission Regulation (EC) No 1564/2005) ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 7 กันยายน ค.ศ. 2005 เป็นองค์กกรกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นเพื่อวางรูปแบบมาตรฐานในเรื่องการประกาศแผนงานโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน (the publication of notices in the framework of public procurement procedures) เพื่อให้ระบบการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นไปตามมาตรฐานของกฎหมายสหภาพยุโรปฉบับที่ Directives 2004/17/EC และ 2004/18/EC เนื่องจากกฎหมายทั้งสองฉบับต้องการองค์กกรที่ทำหน้าที่ประกาศสัญญาร่วมทุนในกิจการน้ำ พลังงาน การขนส่งและการไปรษณีย์ ฯลฯ ในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป (The Official Journal of the European Union) เมื่อประเทศอังกฤษได้รับเอาหลักการของกฎหมายสหภาพยุโรปทั้งสองฉบับมาใช้ ออกเป็นกฎหมายภายในของตนเอง รัฐบาลอังกฤษก็มีหน้าที่ในการส่งข้อมูลเรื่องการประกาศแผนงานร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนให้แก่คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 เพื่อประกาศแผนงานดังกล่าวในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป

¹¹ ภาคเอกชนที่มีได้มีสัญชาติอังกฤษ จะต้องเป็นภาคเอกชนที่มีสัญชาติของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปหรือมีสัญชาติของประเทศดังต่อไปนี้ ไอร์แลนด์ ลิกเตนสไตน์ และ นอร์เวย์

¹² The Public Contracts Regulations 2006 Article 29

¹³ The Commission of the European Communities, Official Journal of the European Union no. L57, 1 October 2005.

ข.) คณะกรรมการหุ้นส่วนวิภาคของสหราชอาณาจักร

คณะกรรมการหุ้นส่วนวิภาคของสหราชอาณาจักร (Partnerships UK :PUK) เป็นคณะกรรมการเฉพาะกิจสังกัดกระทรวงการคลังในรัฐบาลอังกฤษ ได้ถูกก่อตั้งในปี ค.ศ.2000 โดยรัฐบาลพรรคแรงงาน เพื่อปฏิบัติภารกิจในการสนองนโยบายในการให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมทุนโครงการของรัฐ (private finance initiative) โดยใช้บุคลากรในการปฏิบัติงานทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งหน้าที่หลักขององค์กรดังกล่าวก็คือการให้คำปรึกษาในโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในเรื่องระบบการเข้าร่วมทุนที่มีความซับซ้อนและทำการเผยแพร่เอกสารที่มีความจำเป็นในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ในการพัฒนาระบบการเข้าร่วมทุนที่มีอยู่เดิมให้มีประสิทธิภาพที่ดีมากยิ่งขึ้นโดยการปรับเปลี่ยนสัญญามาตรฐานที่ใช้ในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

3.1.2.3 ประเภทของกิจการที่เปิดให้ภาครัฐลงทุนร่วมกับภาคเอกชน¹⁴

ประเภทกิจการที่มีความเหมาะสมกับการใช้การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยส่วนใหญ่มักจะเป็นกิจการในการก่อสร้างและบริหารสิ่งสาธารณูปโภค เพราะโครงการดังกล่าวนี้ใช้ทุนทรัพย์ในการลงทุนในจำนวนที่สูงมากจึงทำให้ความเสี่ยงในการลงทุนเพิ่มขึ้นตามไปด้วย ซึ่งประเภทของสิ่งสาธารณูปโภคที่อยู่ในระบบการเข้าร่วมทุนมีดังนี้คือ ทางหลวง ทางด่วน รันเวย์ สนามบิน สนามกีฬา ท่าเรือ เขื่อน บริการขนส่งทางรถไฟ บริการขนส่งทางเรือ กิจการโทรคมนาคม การวางระบบสายไฟฟ้า นอกจากนี้ยังมีกิจการประเภทที่อยู่ในบังคับของ The Utilities Contracts Regulations 2006 ซึ่งได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้วในหัวข้อ 3.1.2

เมื่อพิจารณาจากลักษณะเบื้องต้นของระบบร่วมทุนประเทศอังกฤษ ผู้เขียนเห็นว่ กฎหมายร่วมทุนทั้งสองฉบับได้ให้ความสำคัญในการสร้างกระบวนการตรวจสอบโดยพิจารณาจากลักษณะเงื่อนไขของเกณฑ์ “กิจการสาธารณูปโภค” เป็นหลัก เนื่องจากได้ระบุในกฎหมายอย่างชัดเจนว่า การทำสัญญาในการสร้างและบำรุงรักษาสิ่งสาธารณูปโภคจะต้องผ่านกระบวนการตามกฎหมาย นอกจากนี้ การกำหนดลักษณะขององค์กรภาครัฐใน The Utilities Contracts Regulations 2006 ก็แสดงให้เห็นว่า ระบบร่วมทุนของประเทศนี้มิได้ให้ความสำคัญกับลักษณะเงื่อนไขของเกณฑ์คู่สัญญาที่ต้องแบ่งลักษณะของภาครัฐและเอกชนอย่างชัดเจน เนื่องจาก ภาคเอกชนที่ได้รับใบอนุญาตในการบริหารสิ่งสาธารณูปโภค หากร่วมทุนกับภาคเอกชน

¹⁴ The Public Contracts Regulations 2006 schedule 2-3

รายอื่นก็ต้องอยู่ในกระบวนการตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับองค์กรของรัฐเช่นกัน อันมีลักษณะที่แตกต่างกับระบบการร่วมทุนของประเทศอื่นๆ ที่ใช้เกณฑ์ลักษณะของคู่สัญญา (ที่แบ่งแยกภาครัฐและเอกชนอย่างชัดเจน) เป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาการเข้ากระบวนการร่วมทุน

3.1.3 ขั้นตอนการเข้าร่วมโครงการตามกฎหมายร่วมทุนของประเทศอังกฤษ

ระบบการเข้าร่วมทุนของภาคเอกชนในการลงทุนในกิจการของภาครัฐของประเทศอังกฤษได้รับอิทธิพลของระบบการคัดเลือกคู่สัญญาในกิจการของรัฐ (public procurement) ของสหภาพยุโรปโดยระบบดังกล่าวได้ตราเป็นข้อกำหนดของสหภาพยุโรปในชื่อ EC Directive 2004/17 และ 2004/18 ซึ่งใช้บังคับกับกลุ่มประเทศสมาชิกอียู¹⁵ และประเทศอังกฤษก็เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก ดังนั้นเพื่อให้ระบบการคัดเลือกคู่สัญญาในกิจการของรัฐในประเทศอังกฤษมีมาตรฐานระดับเดียวกับกฎหมายของสหภาพยุโรปและเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศสมาชิก อังกฤษจึงได้ออกกฎหมายระดับ พระราชกฤษฎีกา (Regulation) ในการสร้างระบบการคัดเลือกคู่สัญญาในกิจการของรัฐซึ่งมีชื่อว่า Public Contracts Regulations และ The Utilities Contracts Regulations ในปี ค.ศ.2006 โดยมีผลบังคับใช้ครอบคลุมถึงสัญญาของภาครัฐที่ได้ทำกับภาคเอกชนและมีผลบังคับรวมไปถึงประเทศเวลส์และประเทศไอร์แลนด์เหนือด้วย (ไม่ใช่บังคับกับประเทศสกอตแลนด์) ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศสหราชอาณาจักร

ถึงแม้ประเทศอังกฤษจะไม่มีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (public-private partnerships) เป็นการเฉพาะ แต่ด้วยระบบการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งต้องถูกบังคับตาม The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006¹⁶ ทำให้กฎเกณฑ์บางส่วนมีผลบังคับใช้กับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาคด้วย นอกจากนี้การที่ประเทศอังกฤษใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน ทำให้คู่มือทางปฏิบัติในการร่าง

¹⁵ สมาชิกในกลุ่มสหภาพยุโรป ประกอบไปด้วย ออสเตรีย เบลเยียม บัลแกเรีย ไชปรัส สาธารณรัฐเช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ อิตาลี ลัตเวีย ลิทัวเนีย ลักเซมเบิร์ก มอลตา เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส โรมาเนีย สโลวีเนีย สเปน สวีเดน และ สหราชอาณาจักร รวมแล้วมีจำนวน 27 ประเทศสมาชิก

¹⁶ Global Legal Group, The International Comparative Legal Guide to: PFI / PPP Projects 2007, (London: Global Legal Group Ltd, 2007), pp.22.

สัญญาามีผลบังคับในฐานะที่เป็นแบบร่างในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งในปัจจุบันคู่มือทางปฏิบัติที่ใช้บังคับมีชื่อว่า Standardisation of PFI Contracts โดยในปัจจุบันใช้ฉบับที่ 4 (ออกบังคับใช้ในปี ค.ศ.2007) ในการร่างสัญญาความร่วมมือ

ในการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศอังกฤษมีขั้นตอนที่คู่สัญญาจะต้องดำเนินการอยู่ 4 ขั้นตอน โดยในขั้นตอนแรกจะต้องมีการประเมินความคุ้มค่าของโครงการเพื่อศึกษาว่าโครงการดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะใช้กระบวนการร่วมทุนกับภาคเอกชนหรือไม่ เมื่อโครงการได้รับการพิจารณาว่าเหมาะสมที่จะลงทุนร่วมกับภาคเอกชน ภาครัฐจะต้องดำเนินการเปิดประมูลโครงการเป็นขั้นตอนที่สองเพื่อให้ภาคเอกชนเสนอตัวเข้ามาเป็นคู่สัญญา และอาศัยขั้นตอนการพิจารณาคูณสมบัติภาคเอกชนซึ่งเป็นขั้นตอนที่สามในการคัดเลือกภาคเอกชนที่ผ่านเกณฑ์คุณสมบัติ ในขั้นตอนสุดท้ายจะเป็นกระบวนการคัดเลือกภาคเอกชนที่ผ่านการพิจารณาคูณสมบัติเข้ามาเป็นคู่สัญญาความร่วมมือซึ่งกระบวนการดำเนินงานจะต้องมีการเจรจาต่อรองอีกครั้งในการทำสัญญาความร่วมมือ

3.1.3.1 ขั้นตอนการประเมินความคุ้มค่าของโครงการร่วมทุน¹⁷

โครงการสาธารณะที่ภาครัฐร่วมทุนกับภาคเอกชน โดยส่วนใหญ่จะเป็นโครงการที่ใช้ทุนทรัพย์ในการก่อสร้างจำนวนมากดังนั้นความเสี่ยงในการลงทุนก็มีอัตราเสี่ยงที่สูงมากขึ้นตามไปด้วย ในการลงทุนก่อสร้างโครงการสาธารณะจึงต้องมีระบบการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุนเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจของภาครัฐในการอนุมัติก่อสร้าง ซึ่งระบบดังกล่าวได้พัฒนามาเป็นขั้นตอนการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุน อันเป็นแนวปฏิบัติภายในหน่วยงานของภาครัฐก่อนที่จะประกาศโครงการที่ภาครัฐประสงค์จะร่วมทุน ซึ่งในบางประเทศ¹⁸ได้กำหนดขั้นตอนดังกล่าวไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจนเพื่อกำหนดให้เป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรที่มีหน้าที่ประเมินโครงการหรือเพื่อที่จะวางหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ในการนำมาใช้ประเมินความคุ้มค่าของโครงการ

ขั้นตอนการประเมินความคุ้มค่าของโครงการในประเทศอังกฤษมิได้มีกำหนดไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แต่ได้อาศัยคู่มือแนวปฏิบัติที่ใช้บังคับภายในหน่วยงานอันมีชื่อว่า The Value for Money Assessment Guidance โดยออกใช้บังคับในเดือนพฤศจิกายนปี ค.ศ. 2006 สารสำคัญของคู่มือฉบับนี้ก็คือการวางหลักเกณฑ์ในการประเมินโครงการของ

¹⁷ HM Treasury, *Value for Money Assessment Guidance*, (London: HM Treasury, 2006), pp. 5.

¹⁸ เช่นระบบการร่วมทุนของประเทศเกาหลีใต้และประเทศญี่ปุ่น

หน่วยงานภาครัฐที่ประสงค์จะใช้ระบบร่วมทุนกับภาคเอกชน โดยกำหนดขั้นตอนการประเมินโครงการไว้ 3 ขั้นตอนได้แก่

ก.) ขั้นตอนการประเมินแผนงาน (Programme Level Assessment)¹⁹

การประเมินความคุ้มค่าของแผนงานเป็นขั้นตอนแรกของการประเมินโครงการ โดยพิจารณาว่าโครงการดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะใช้การลงทุนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาคหรือไม่ ซึ่งมีหลักการประเมินคุณภาพของแผนงานอยู่สามหลักการดังนี้

ก.1) แผนงานจะต้องสามารถนำไปปฏิบัติได้จริง (Viability) ซึ่งจะต้องประเมินคุณภาพในเรื่อง วัตถุประสงค์ของแผนงาน ความยืดหยุ่นของการบริหารจัดการ ประสิทธิภาพและระบบการตรวจสอบ

ก.2) แผนงานจะต้องตอบสนองต่อความต้องการ (Desirability) ซึ่งจะต้องประเมินคุณภาพในเรื่อง ระบบการบริหารความเสี่ยง นวัตกรรม แรงจูงใจ และการสร้างรายได้ในการดำเนินงาน

ก.3) แผนงานจะต้องทำได้สำเร็จ (Achievability) ในกรณีนี้จะต้องประเมินความสามารถของภาครัฐและภาคเอกชนที่สามารถดำเนินโครงการดังกล่าวสำเร็จหรือไม่และสำรวจว่าโครงการมีความเหมาะสมกับความต้องการของตลาดหรือไม่

ข.) ขั้นตอนการประเมินโครงการ (Project Level Assessment)²⁰

การประเมินโครงการเป็นขั้นตอนในการพิจารณาว่าโครงการดังกล่าวมีความสอดคล้องกับแผนงานที่ได้รับการประเมินในขั้นตอนแรกหรือไม่ โดยอาศัยการพิจารณาจากเค้าโครงแผนธุรกิจ(Outline Business Case) เพื่อทบทวนการพิจารณาอีกครั้งว่าโครงการดังกล่าวเหมาะสมกับการร่วมทุนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาคหรือไม่

ค.) ขั้นตอนการประเมินระบบการคัดเลือกภาคเอกชน

(Procurement Level Assessment)²¹

ขั้นตอนการประเมินดังกล่าวนี้เป็นขั้นตอนสุดท้าย เพื่อประเมินว่าโครงการร่วมทุนนั้นสามารถที่จะคัดเลือกภาคเอกชนโดยการเปิดประมูลแข่งขันได้หรือไม่ โดยพิจารณาจากอุปสงค์ของนักลงทุน ซึ่งถ้าหากโครงการดังกล่าวไม่มีเอกชนรายใดสนใจที่จะลงทุน โครงการดังกล่าวนั้นก็

¹⁹ HM Treasury, *supra note 17*, pp. 23-25.

²⁰ *Ibid*, pp. 28.

²¹ *Ibid*, pp. 41-43.

จะประสบปัญหาของกลไกตลาดล้มเหลว (market failure) ซึ่งภาครัฐจะต้องหาวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวก่อนที่จะทำการคัดเลือกภาคเอกชน

3.1.3.2 ขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการ

โครงการสาธารณะที่ภาครัฐต้องการการลงทุนร่วมกันกับภาคเอกชนนั้น ภายใต้ระบบการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของ The Public Contracts Regulations 2006 ภาครัฐจะต้องส่งรายละเอียดเกี่ยวกับโครงการที่จะลงทุน และวิธีการติดต่อกับภาครัฐ ให้แก่คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 เพื่อที่คณะกรรมการจะได้ประกาศโครงการดังกล่าวในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรปให้แก่ภาคเอกชนที่มีความสนใจจะได้ศึกษารายละเอียดของโครงการ ภายหลังจากนั้นคณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 จะต้องแจ้งการประกาศดังกล่าวต่อคณะกรรมการประจำสหภาพยุโรป (The Commission European)²²

ในส่วนขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชนในการทำสัญญาร่วมทุนกับภาครัฐ ระบบร่วมทุนของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการเปิดประมูลซึ่งได้กำหนดรูปแบบการเปิดประมูลไว้ 4 รูปแบบคือ การประมูลแบบเปิดเสรีและการประมูลแบบจำกัดผู้ประมูลซึ่งเป็นรูปแบบการประมูลวิธีหลัก การประมูลแบบเจรจาต่อรองและการประมูลแบบแข่งขันโดยการอภิปรายซึ่งเป็นรูปแบบการประมูลที่เป็นข้อยกเว้น²³ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ก.) การประมูลแบบเปิดเสรี (The open procedure)²⁴

การประมูลแบบเปิดเสรีเป็นรูปแบบหนึ่งในวิธีการที่ภาครัฐใช้ในการคัดเลือกเอกชนผู้ซึ่งสนใจในการลงทุนโครงการสาธารณะโดยการเปิดประมูลเสรี (The open procedure) และให้ผู้ที่มีความสนใจสามารถยื่นประมูลได้โดยไม่มีข้อจำกัดใดๆเว้นแต่เป็นคุณสมบัติพื้นฐานที่ภาครัฐได้กำหนดไว้ โดยการเปิดประมูลในรูปแบบนี้ภาครัฐจะเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนยื่นข้อเสนอในการประกวดราคาได้โดยภาครัฐไม่มีสิทธิที่จะคัดเลือกผู้ประมูลได้ซึ่งจะทำให้ผู้เข้าร่วมประมูลมีจำนวนมากกว่าการประมูลรูปแบบอื่น

ในขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการนั้น หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องประกาศเนื้อหาของโครงการและข้อเสนอในการให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนตามการประกาศแผนงานร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ได้ส่งไปให้คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่

²² The Public Contracts Regulations 2006 Article 11

²³ The Public Contracts Regulations 2006 Article 12

²⁴ The Public Contracts Regulations 2006 Article 15

1564/2005 ประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป เพื่อเปิดประมูลโครงการ ให้ภาคเอกชนยื่นข้อเสนอในการเข้าร่วมทุนกับภาครัฐ ในส่วนการกำหนดเวลาของภาครัฐเรื่องการตอบรับข้อเสนอในการประมูลโครงการของภาคเอกชน ภาครัฐจะต้องกำหนดเวลาในการตอบรับที่จะประมูลไม่น้อยกว่า 52 วันนับตั้งแต่วันที่ได้ออกประกาศ

ก่อนที่จะถึงกำหนดในการส่งคำตอบรับในการเข้าประมูลโครงการของภาคเอกชน ภาครัฐมีหน้าที่ในการส่งข้อมูลที่เป็นในการเข้าร่วมทุนในเรื่องประสิทธิภาพของภาคเอกชนที่ภาครัฐต้องการในระยะเวลาไม่น้อยกว่าหกวันก่อนที่ถึงกำหนดในการส่งคำตอบรับ

ภายหลังจากนั้นภาคเอกชนที่ยื่นข้อเสนอในการเข้าประมูลก็จะยื่นข้อเสนอในการประกวดราคา โดยภาครัฐก็มีหน้าที่ในการคัดเลือกผู้ที่ยื่นข้อเสนอดีที่สุดในการให้ราคาต่ำสุดที่ภาครัฐจะต้องเสียค่าใช้จ่ายและได้รับการประเมินเรื่องความสามารถในการดำเนินการในคะแนนที่สูงกว่าผู้ประมูลรายอื่น²⁵ ในขณะที่เดียวกันภาครัฐก็ต้องทำการพิจารณาคุณสมบัติทั่วไปและลักษณะต้องห้ามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในมาตรา 23 24 และ 25 ของ The Public Contracts Regulations 2006 เพื่อคัดผู้ประมูลที่ขาดคุณสมบัติออกจากกรเข้าประมูลโดยการปฏิเสธข้อเสนอยื่นประมูลซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวถึงต่อไปในหัวข้อ 3.1.3.3

ข.) การประมูลแบบจำกัดผู้ประมูล (The restrict procedure)²⁶

การประมูลแบบจำกัดผู้ประมูล (The restrict procedure) เป็นรูปแบบหนึ่งในการประมูลคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชนซึ่งมีความแตกต่างจากการประมูลแบบเปิดเสรีในเรื่องเงื่อนไขในการตอบรับข้อเสนอและเรื่องขั้นตอนการประมูลที่ใช้วิธีคัดเลือกผู้ประมูลออกก่อนการยื่นซองประมูล

ในเบื้องต้นหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องประกาศเนื้อหาของโครงการและข้อเสนอในการให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนตามการประกาศแผนงานร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ได้ส่งไปให้คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 ประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป เพื่อเปิดประมูลโครงการให้ภาคเอกชนยื่นข้อเสนอในการเข้าร่วมทุนกับภาครัฐเช่นเดียวกันกับการประมูลแบบเปิดเสรี

สำหรับระยะเวลาในการตอบรับข้อเสนอของภาคเอกชน การประมูลรูปแบบนี้ได้กำหนดให้ภาครัฐสามารถตั้งระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอไม่น้อยไปกว่า 37 วันนับตั้งแต่วันที่ได้ออกประกาศ เมื่อภาคเอกชนตอบรับข้อเสนอแล้ว ภาครัฐจะต้องทำการประเมินคุณสมบัติทั่วไป

²⁵ The Public Contracts Regulations 2006 Article 30

²⁶ The Public Contracts Regulations 2006 Article 16

และลักษณะต้องห้ามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในมาตรา 23 24 และ 25 ของ The Public Contracts Regulations 2006 เพื่อที่จะคัดเลือกภาคเอกชนที่มีสิทธิยื่นซองประกวดราคาได้ ภายหลังจากที่ได้ภาคเอกชนอันมีคุณสมบัติที่จะเป็นผู้ประมูลได้แล้ว ภาครัฐก็มีอำนาจที่จะจำกัดจำนวนผู้ประมูลได้โดยการคัดเลือกภาคเอกชนที่มีความเหมาะสมในการเข้าร่วมทุนกับภาครัฐมากที่สุด โดยวิธีการจำกัดนี้จะต้องมีภาคเอกชนไม่น้อยกว่า 5 องค์กรในการเข้าร่วมประมูลและภาคเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกจะต้องมีความสามารถในการแข่งขันในการประมูลกันอย่างแท้จริง (เพื่อป้องกันการล๊อคเซปค)

เมื่อได้ภาคเอกชนที่ได้ทำการคัดเลือกไว้แล้ว ภาครัฐจะต้องส่งหนังสือเชิญภาคเอกชนที่มีสิทธิเข้าร่วมประมูล โดยสามารถกำหนดระยะเวลาในการตอบรับการเข้าร่วมประมูลในระยะเวลาไม่น้อยไปกว่า 40 วันนับแต่วันที่ได้ส่งหนังสือเชิญ โดยเมื่อภาคเอกชนได้ส่งหนังสือตอบรับ ภาครัฐก็จะทำการเปิดประมูลและคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชน

ค.) การประมูลแบบเจรจาต่อรอง (The negotiated procedure)

การประมูลแบบเจรจาต่อรอง (The negotiated procedure) เป็นรูปแบบการเปิดประมูลโครงการที่เป็นข้อยกเว้นของการใช้วิธีการเปิดประมูลแบบเปิดเสรีและการประมูลแบบจำกัดผู้ประมูล ซึ่งการประมูลทั้งสองเป็นรูปแบบการประมูลวิธีหลักของ The Public Contracts Regulations 2006²⁷ ดังนั้นในการใช้การประมูลแบบเจรจาต่อรองจึงต้องมีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดไว้ ภาครัฐจึงจะสามารถเปิดประมูลในรูปแบบดังกล่าวได้ โดยเงื่อนไขที่ภาครัฐสามารถเปิดการประมูลแบบเจรจาต่อรองได้ในกฎหมายได้กำหนดไว้ใน 2 สถานการณ์คือ กรณีที่ภาครัฐยังไม่ได้ทำการประกาศแผนงาน(ก่อนการประกาศแผนงาน)²⁸ กับกรณีที่ภาครัฐได้ทำการประกาศแผนงานไปแล้ว

สำหรับเงื่อนไขที่ภาครัฐสามารถเปิดการประมูลโดยการเจรจาต่อรองได้ในกรณีที่ยังไม่ได้ประกาศแผนงาน (ก่อนการประกาศแผนงาน) แต่ได้ประกาศข้อเสนอในการประมูลงานมาแล้ว ในมาตรา 13 ได้กำหนดให้ภาครัฐสามารถกระทำได้ในสถานการณ์ที่ภาครัฐได้ตรวจสอบ

²⁷ The Public Contracts Regulations 2006 Article 12

²⁸ แผนงานในกรณีนี้คือแผนงานที่ภาครัฐต้องส่งไปให้คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 ประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป ซึ่งภาครัฐที่ทำการเปิดประมูลสามารถที่จะส่งแผนงานดังกล่าวภายหลังการประกาศข้อเสนอในการเข้าร่วมทุนได้

และพบว่าภาคเอกชนที่ยื่นประมูลมีลักษณะที่ผิดปกติและขาดคุณสมบัติพื้นฐานในการประมูลซึ่งทำให้การประมูลโดยวิธีหลักไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้²⁹

ในส่วนเงื่อนไขในกรณีที่ได้ประกาศแผนงานไปแล้ว ในมาตรา 14 ได้กำหนดให้ภาครัฐสามารถกระทำได้ในสถานการณ์ที่การประมูลโดยวิธีหลักไม่ปรากฏภาคเอกชนยื่นข้อเสนอในการประมูล หรือการประมูลกรณีนั้นเป็นโครงการที่ใช้เทคโนโลยีที่มีลักษณะเฉพาะ (technical) หรือเป็นโครงการที่ใช้ศิลปะชั้นสูง (artistic) หรือ ในกรณีที่เหตุฉุกเฉินเร่งด่วนทำให้ไม่สามารถใช้การประมูลรูปแบบอื่นได้³⁰

วิธีการเปิดประมูลโดยใช้รูปแบบการเจรจาต่อรอง ภาครัฐจะต้องระบุเงื่อนไขในการใช้วิธีการประมูลรูปแบบนี้ไว้ในตัวสัญญา แผนงานร่วมทุน หรือข้อเสนอในการประมูล โดยแผนงานร่วมทุนดังกล่าวนั้นจะต้องส่งไปให้คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 ประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรปเพื่อประกาศว่าโครงการดังกล่าวสามารถเปิดประมูลโดยใช้วิธีเจรจาต่อรองได้

เมื่อการเปิดประมูลเกิดสถานการณ์ที่ภาครัฐสามารถใช้วิธีการเจรจาต่อรองในการประมูลได้ ภาครัฐจะต้องประกาศข้อเสนอในการประมูลรูปแบบใหม่เพื่อเชิญชวนเอกชนที่มีความสนใจในการลงทุนให้เข้ามาร่วมการประมูล โดยระยะเวลาในการตอบรับการเข้าร่วมประมูลภาครัฐสามารถกำหนดได้ไม่น้อยกว่า 37 วันนับตั้งแต่วันประกาศ เมื่อภาคเอกชนได้ยื่นคำตอบรับแล้ว ภาครัฐจะต้องตรวจสอบคุณสมบัติพื้นฐานของภาคเอกชนเพื่อคัดภาคเอกชนที่ขาดคุณสมบัติออกจากประมูล

เมื่อภาครัฐได้ภาคเอกชนที่มีคุณสมบัติพื้นฐานในการเข้าร่วมโครงการ ภาครัฐมีอำนาจในการคัดเลือกภาคเอกชนที่มีศักยภาพดีที่สุดในจำนวนไม่น้อยกว่า 3 องค์กร เพื่อเชิญให้มาเข้าร่วมประมูล ซึ่งวิธีการคัดเลือกก่อนการเปิดประมูลนี้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการประมูลรูปแบบจำกัดจำนวนเพียงแต่รูปแบบการเจรจาต่อรองให้ภาครัฐมีสิทธิจำกัดจำนวนผู้ประมูลได้น้อยกว่า

เมื่อภาครัฐได้จำนวนผู้ประมูลตามสัดส่วนที่ตนเองได้คัดเลือกไว้แล้ว ภาครัฐจะต้องทำการเจรจาต่อรองกับผู้ประมูลที่ได้รับคัดเลือกเพื่อหาผู้ประมูลที่ให้ผลประโยชน์แก่ภาครัฐมากที่สุด ในการเจรจาดังกล่าวนี้อาจต้องวางมาตรการป้องกันการรั่วไหลของข้อมูลในการเจรจาเพื่อมิให้เกิดการเสนอผลตอบแทนที่ไม่ชอบธรรมในการแข่งขันให้ได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญา

²⁹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 13

³⁰ The Public Contracts Regulations 2006 Article 14

เมื่อการเจรจาต่อรองได้เสร็จสิ้น ภาครัฐสามารถที่คัดเลือกผู้ประมูลที่ให้ผลประโยชน์ในการเจรจาต่อรองมากที่สุดให้เป็นคู่สัญญาร่วมทุนได้ทันที หรือจะใช้วิธีการเจรจาต่อรองเพื่อลดจำนวนผู้ประมูลเพื่อนำไปสู่ขั้นตอนการประกวดราคาต่อไปก็ได้³¹

ง.) การประมูลแบบแข่งขันโดยการอภิปราย

(The competitive dialogue procedure)³²

การประมูลแบบแข่งขันโดยการอภิปราย(The competitive dialogue procedure) เป็นรูปแบบการเปิดประมูลในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนรูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นทางเลือกของภาครัฐในการใช้วิธีการเปิดประมูลรูปแบบนี้นอกจากวิธีการเปิดประมูลวิธีหลัก โดยวิธีการเปิดประมูลรูปแบบนี้เป็นวิธีที่เหมาะสมกับการประมูลโครงการที่มีความซับซ้อนทำให้การประมูลวิธีหลักอาจจะไม่สามารถคัดเลือกภาคเอกชนที่มีศักยภาพในการดำเนินงานได้อย่างแท้จริง

สำหรับขั้นตอนในการเปิดประมูลโครงการรูปแบบนี้ ในเบื้องต้นมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการเปิดประมูลโดยวิธีหลัก ซึ่งภาครัฐจะต้องประกาศแผนงานร่วมทุนที่ได้ส่งไปให้คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 ประกาศในกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป เพื่อเชิญชวนให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมประมูลโครงการ โดยระยะเวลาตอบรับของภาคเอกชน ภาครัฐสามารถกำหนดระยะเวลาได้ไม่น้อยกว่า 37 วันนับแต่วันที่ได้ประกาศ นอกจากนี้ภาครัฐจะต้องประเมินคุณสมบัติขั้นพื้นฐานของภาคเอกชนที่ได้ตอบรับข้อเสนอในการประมูล และมีอำนาจในการคัดเลือกภาคเอกชนที่มีศักยภาพดีที่สุดในการเข้าร่วมประมูลในจำนวนที่ไม่น้อยกว่า 3 องค์กร โดยส่งหนังสือเชิญให้เอกชนที่ได้รับการคัดเลือกมาเข้าร่วมขั้นตอนการประมูล

ในส่วนวิธีการเปิดประมูลโดยใช้รูปแบบแข่งขันโดยการอภิปราย ภาครัฐจะต้องเชิญผู้ประมูลทั้งหมดให้มาประชุมร่วมกัน โดยกำหนดประเด็นในการอภิปรายเกี่ยวกับเป้าหมายในการดำเนินงานที่เหมาะสมกับโครงการ การสร้างความพึงพอใจในการดำเนินงาน และความเห็นเกี่ยวกับสัญญาที่จะบังคับใช้กับโครงการที่เปิดประมูล ซึ่งภาครัฐจะต้องไม่ให้เกิดการสมยอมกันขึ้นในระหว่างการประมูล

เมื่อการอภิปรายเสร็จสิ้นแล้ว ภาครัฐจะต้องทำการสรุปการอภิปราย โดยกำหนดให้ผู้ประมูลแต่ละคนเสนอองค์ประกอบที่ต้องการและการแก้ปัญหาที่จำเป็นในการเข้าร่วมโครงการ หลังจากนั้นภาครัฐจะต้องนำข้อมูลทั้งหมดมาประเมินความเหมาะสมในการคัดเลือก

³¹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 17

³² The Public Contracts Regulations 2006 Article 18

คู่สัญญา ซึ่งภาครัฐสามารถเลือกผู้ประมูลที่ได้รับการประเมินในระดับที่ดีที่สุด หรือภาครัฐจะเปิดให้มีการประกวดราคาโดยคัดเลือกผู้ประมูลที่มีศักยภาพในการเข้าร่วมงานจำนวนหนึ่งจากการประเมินข้างต้นก็ได้

จ.) ระบบการเปิดประมูลภายใต้ The Utilities Contracts Regulations 2006

ระบบการเปิดประมูลภายใต้ The Utilities Contracts Regulations 2006 เป็นรูปแบบการประมูลที่ใช้กับภาครัฐและกิจการสาธารณะที่อยู่ในบังคับของ The Utilities Contracts Regulations 2006 ซึ่งระบบการเปิดประมูลของกฎหมายฉบับดังกล่าวก็นำระบบการเปิดประมูลของ The Public Contracts Regulations 2006 มาใช้บังคับในรูปแบบการประมูลแบบเปิดเสรี การประมูลแบบจำกัดผู้ประมูล และการประมูลแบบเจรจาต่อรอง³³ โดยขั้นตอนในการคัดเลือกผู้ประมูล ภาครัฐจะต้องใช้วิธีการประกวดราคาแข่งขันกันระหว่างผู้ประมูลเพื่อที่จะสามารถคัดเลือกผู้ประมูลที่มีคุณสมบัติที่ดีที่สุด³⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ภาครัฐสามารถคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชนโดยไม่ใช้ระบบการแข่งขันก็ได้ ถ้าในการประมูลนั้นปรากฏว่าไม่มีภาคเอกชนรายใดเข้าร่วมประมูล หรือผู้ที่ประมูลขาดคุณสมบัติในการเข้าร่วมงาน หรือโครงการดังกล่าวมีความจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีและศิลปะขั้นสูงซึ่งไม่สามารถใช้ระบบการประกวดราคาในการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติในการดำเนินงานมากที่สุดได้³⁵

3.1.3.3 ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญาภาคเอกชน³⁶

เมื่อภาครัฐเปิดประมูลโครงการเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชน นอกจากภาครัฐจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายได้กำหนดไว้สำหรับวิธีการเปิดประมูล ภาครัฐยังจะต้องตรวจสอบคุณสมบัติขั้นพื้นฐานของภาคเอกชนที่ตอบรับข้อเสนอในการประมูลเพื่อที่จะคัดเลือกภาคเอกชนที่เหมาะสมในการเข้าร่วมการประมูล ซึ่งเป็นขั้นตอนที่บังคับใช้กับการเปิดประมูล

³³ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 14

³⁴ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 16

³⁵ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 17

³⁶ โครงการร่วมทุนที่อยู่ภายใต้บังคับของ The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาคุณสมบัติภาคเอกชน ที่มีเนื้อหาเหมือนกัน

ทุกรูปแบบ โดยภาคเอกชนมีหน้าที่ในการยื่นข้อมูลที่ต้องใช้ตรวจสอบแก่ภาครัฐดังรายละเอียดต่อไปนี

ก.) ลักษณะทั่วไปของภาคเอกชน

ภาคเอกชนที่จะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนกับภาครัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ จะต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติขององค์กรตามที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ จึงจะมีสิทธิเสนอตัวเข้าแข่งขันประมูลราคาในการเข้ามาร่วมทุนกับภาครัฐที่เป็นเจ้าของโครงการ ซึ่งคุณสมบัติสำคัญที่ภาครัฐจะต้องพิจารณาก็คือคุณสมบัติทางการเงิน (economic and financial standing) และคุณสมบัติในความสามารถและการถือครองเทคโนโลยี (technical or professional ability)³⁷ อนึ่ง คุณสมบัติดังกล่าวเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการคัดเลือกภาคเอกชน ดังนั้นภาคเอกชนจึงมีหน้าที่ในการนำข้อมูลที่แสดงถึงคุณสมบัติขององค์กรให้แก่ภาครัฐเพื่อใช้ในการตรวจสอบด้วย³⁸

ก.1) ข้อมูลในเรื่องคุณสมบัติทางการเงิน

สำหรับคุณสมบัติทางการเงินที่ภาครัฐจะต้องพิจารณา ภาครัฐจะต้องตรวจสอบสถานะทางการเงินของภาคเอกชนที่ยื่นข้อเสนอในการประมูลงาน โดยต้องตรวจสอบข้อมูลดังต่อไปนี้คือ

- 1) ข้อมูลที่ธนาคารผู้รับฝากเงินของผู้ประมูลได้ทำการรับรอง
- 2) ข้อมูลการทำประกันความเสี่ยงกับสถาบันประกันภัย
- 3) ข้อมูลการจัดทำบัญชีขององค์กร
- 4) ข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบการทางธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงการดำเนินงานย้อนหลังสามปี³⁹

ก.2) ข้อมูลในเรื่องคุณสมบัติเกี่ยวกับความสามารถและการถือครองเทคโนโลยี

ในส่วนคุณสมบัติในความสามารถและการถือครองเทคโนโลยี ภาครัฐมีหน้าที่จะต้องทำการตรวจสอบโดยพิจารณาข้อมูลดังต่อไปนี้⁴⁰

- 1) ข้อมูลเกี่ยวกับระดับความสามารถของผู้ยื่นประมูล ประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน และประสิทธิภาพของผู้ยื่นประมูล

³⁷ The Public Contracts Regulations 2006 Article 18 (10) (b)

³⁸ The Public Contracts Regulations 2006 Article 26

³⁹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 24 (1)(b)

⁴⁰ The Public Contracts Regulations 2006 Article 25 (2)

2) ข้อมูลเกี่ยวกับผลงานในการประกอบการมากกว่าห้าปีขึ้นไปในเรื่องผลงานที่ประสบความสำเร็จในการดำเนินงาน ซึ่งข้อมูลดังกล่าวจะต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับ มูลค่าผลตอบแทนที่ภาคเอกชนได้รับจากการประกอบการ สถานที่และเวลาที่ดำเนินงาน และวิธีการหรือกลยุทธ์ทางการค้าที่ทำให้ประสบความสำเร็จ

3) ข้อมูลเกี่ยวกับการขายสินค้าและการให้บริการในช่วงเวลาย้อนหลังสามปี ซึ่งข้อมูลดังกล่าวจะต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับ วันที่ขายสินค้าหรือวันที่ให้บริการ ผลตอบแทนที่ได้รับ รายชื่อลูกค้าที่รับบริการให้บริการ และใบรับรองมาตรฐานของสินค้าและการให้บริการ

4) ข้อมูลเกี่ยวกับการวัดระดับเทคโนโลยีที่ภาคเอกชนถือครองซึ่งรับรองข้อมูลโดยผู้เชี่ยวชาญในเรื่องผลสำเร็จของการดำเนินงาน และการรับรองว่าระบบการผลิตสินค้าและการให้บริการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเข้าร่วมทุน

5) ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้าและการให้บริการในเรื่องเทคโนโลยีของโรงงาน มาตรการในการรับรองคุณภาพ และผลของการศึกษาและรายงานการวิจัยคุณภาพของโรงงาน

6) ข้อมูลเกี่ยวกับผลการศึกษาและระดับความเชี่ยวชาญของผู้บริหารองค์กรภาคเอกชน

7) ข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการในการจัดการเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการแสดงผลงานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และมาตรการที่จำเป็นสำหรับผลกระทบที่เกิดขึ้น

8) ข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนบุคลากรของภาคเอกชนในระยะเวลาย้อนหลังสามปี

9) ข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องมือ เครื่องจักร อุปกรณ์เทคโนโลยี ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้าและการให้บริการ

10) ข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการที่เหมาะสมในกรณีที่ภาคเอกชนจะต้องมีการจ้างช่วง (sub-contract)

11) ข้อมูลเกี่ยวกับตัวอย่างหรือรูปภาพสินค้าที่ผลิตโดยภาคเอกชน

12) ใบรับรองมาตรฐานในการผลิตสินค้าและการให้บริการที่รับรองจากหน่วยงานภาครัฐในระดับมาตรฐานของสหภาพยุโรป (European standard)

ข.) ลักษณะต้องห้ามของภาคเอกชน

ในการคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชนของภาครัฐ ภาครัฐจะต้องคำนึงถึงลักษณะต้องห้ามตามที่ Public Contracts Regulations 2006 กำหนดเอาไว้ด้วย ซึ่งปรากฏลักษณะของภาคเอกชนที่ต้องห้ามมิให้เข้ามาร่วมทำสัญญาอยู่ในมาตราที่ 23 ดังรายละเอียดต่อไปนี้⁴¹

⁴¹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 23 (1)

- ข.1) เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องสมคบคิด (conspiracy) กับองค์กรอาชญากรรมตามลักษณะที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา ค.ศ. 1977 (The Criminal Law Act 1977)
- ข.2) เป็นเป็นผู้ที่กระทำการอันเป็นการทุจริตตามลักษณะของพระราชบัญญัติป้องกันการทุจริต ค.ศ.1906 (The Prevent of Corruption Act 1906)
- ข.3) เป็นผู้ที่กระทำความผิดในการให้สินบนแก่ภาครัฐ
- ข.4) เป็นผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงในเรื่องผลประโยชน์ทางการเงิน เช่น การหลีกเลี่ยงภาษีหรือพิกัดอากรตาม The Custom and Excise Management Act 1979 การสมคบคิดกระทำการขโมย การกระทำผิดฐานลักทรัพย์และการกระทำความผิดฐานทำลายเอกสารตาม The Theft Act 1968

3.1.3.4 ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชน

เมื่อภาครัฐได้คัดเลือกผู้ประมูลตามขั้นตอนการเปิดประมูลและได้พิจารณาคุณสมบัติของภาคเอกชนที่เสนอตัวในการประมูล ภาครัฐจะต้องคัดเลือกผู้ประมูลที่มีศักยภาพในการดำเนินงานที่ดีที่สุดให้เข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมทุนโดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาศักยภาพก็คือการได้รับคะแนนการประเมินศักยภาพสูงสุดของแผนการดำเนินงานในเรื่อง คุณภาพ ราคา เทคนิค ความสวยงาม มาตรการทางสิ่งแวดล้อม และมีการเสนอราคาที่ภาครัฐต้องรับผิดชอบในราคาต่ำที่สุด

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ภาคเอกชนจะได้รับการประเมิน ว่าสมควรที่จะเป็นคู่สัญญาในการเข้าร่วมทุนกับภาครัฐ ภาครัฐก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธภาคเอกชนรายนั้นได้ถ้าหากพบว่าการยื่นประกวดราคาของเอกชนรายนั้นให้ราคาต่ำกว่าปกติ ซึ่งภาคเอกชนที่ได้รับการปฏิเสธมีสิทธิที่จะยื่นคำชี้แจงในเรื่องจำนวนราคาที่ได้นำเสนอพร้อมทั้งหลักฐานที่ใช้ชี้แจงในเรื่องดังกล่าว

อนึ่งหากการที่ภาคเอกชนเสนอราคาต่ำกว่าปกติมีสาเหตุมาจากกรณีภาคเอกชนได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลในประเทศของตน ภาครัฐจะต้องรับฟังคำชี้แจงจากภาคเอกชนรายนั้นก่อนและตรวจสอบว่าการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวนี้ขัดต่อสนธิสัญญาของสหภาพยุโรปหรือไม่ เมื่อภาครัฐปฏิเสธข้อเสนอของภาคเอกชนที่ยื่นประกวดราคาต่ำกว่าปกติในกรณีนี้ ภาครัฐจะต้องส่งรายงานการปฏิเสธไปให้สำนักงานของกระทรวงพาณิชย์ (The Office of Government Commerce) เพื่อที่จะส่งข้อมูลดังกล่าวไปให้คณะกรรมาธิการประจำสหภาพยุโรป (The Commission European) เพื่อตรวจสอบความช่วยเหลือที่ผิดปกติดังกล่าวต่อไป⁴²

⁴² The Public Contracts Regulations 2006 Article 30

เมื่อภาครัฐเลือกภาคเอกชนผู้ซึ่งเป็นผู้สัญญาได้แล้ว ภาครัฐจะต้องแจ้งต่อ คณะกรรมการโครงการประจำสหภาพยุโรปที่ 1564/2005 ภายในระยะเวลา 48 วัน เพื่อประกาศ ผลการคัดเลือกผู้สัญญาในกิจจนาเบกษาของสหภาพยุโรป⁴³ และแจ้งผลการคัดเลือกให้ ภาคเอกชนรายอื่นที่ไม่ได้รับการคัดเลือกทราบ⁴⁴ ภายหลังจากนั้น ภาครัฐจะต้องเจรจากรอบการ ดำเนินงาน (framework) กับภาคเอกชนที่ได้รับการคัดเลือก ในเรื่องข้อตกลงในการทำสัญญาและ การบริหารจัดการ⁴⁵ เพื่อที่จะกำหนดขอบเขตการดำเนินงานระหว่างคู่สัญญา

ในส่วนการคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชนของ The Utilities Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกคู่สัญญาที่มีลักษณะเดียวกันกับ The Public Contracts Regulations 2006 โดยมีรายละเอียดที่แตกต่างในเรื่องการจำกัดสิทธิบางประการของภาคเอกชนที่ มิได้มีสัญชาติของกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป หากการร่วมทุนโครงการดังกล่าวเป็นการ ลงทุนของภาคเอกชนนอกกลุ่มสหภาพยุโรปในมูลค่ามากกว่าร้อยละ 50 ของมูลค่าในการลงทุน ทั้งหมด ภาครัฐจะต้องปฏิเสธข้อเสนอในการเข้าร่วมทุนของภาคเอกชนที่มีลักษณะดังกล่าวเว้นแต่ ว่าโครงการที่ต้องการการเข้าร่วมทุนนั้นจะเป็นโครงการที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีระดับสูง⁴⁶

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาในขั้นตอนการเข้าร่วมงานของประเทศอังกฤษ ผู้เขียนเห็นว่า ระบบการคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชนมีความน่าสนใจในการใช้เป็นกรณีศึกษา เพราะในกฎหมาย ได้เสนอทางเลือกแก่ภาครัฐหลากหลายวิธีในการคัดเลือกภาคเอกชน ในขณะที่ระบบการเข้าร่วมงานในประเทศอื่นๆ มักจะใช้วิธีการคัดเลือกโดยการเปิดประมูลเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งข้อดีของ ระบบการเปิดประมูล ผลของการคัดเลือกจะได้ภาคเอกชนที่ให้ราคาต่ำที่สุด แต่ข้อเสียของ การคัดเลือกวิธีนี้ ภาครัฐก็อาจจะไม่ได้ภาคเอกชนที่มีประสิทธิภาพดีที่สุดในการเข้ามาบริหารงาน เพราะ วิธีการแข่งขันได้ให้ความสำคัญในการประกวดราคา มิใช่วัดจากประสิทธิภาพในการ ดำเนินงาน ซึ่งระบบการคัดเลือกของอังกฤษได้เพิ่มวิธีการคัดเลือกแบบจำกัดผู้ประมูล แบบเจรจา ต่อดirect และ แบบแข่งขันกันอภิปราย เพื่อความเหมาะสมในการร่วมทุนในกิจการที่จำต้องอาศัย ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของเอกชน

⁴³ The Public Contracts Regulations 2006 Article 31

⁴⁴ The Public Contracts Regulations 2006 Article 32

⁴⁵ The Public Contracts Regulations 2006 Article 19

⁴⁶ The Utilities Contracts Regulations 2006 article 31

3.1.4 การบังคับใช้สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการสาธารณะ⁴⁷

สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน (private finance initiative contracts) เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญของภาครัฐในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนในการแบ่งหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินงานซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องเจรจาในการร่างข้อตกลงเพื่อให้เนื้อหาในตัวสัญญาสอดคล้องกับวัตถุประสงค์การทำงานของโครงการ ภายหลังจากที่โครงการผ่านขั้นตอนการเข้าร่วมงานแล้ว โดยภาครัฐจะต้องอาศัยการร่างสัญญาร่วมทุนตามกรอบคู่มือที่คณะกรรมการหุ้นส่วนวิภาคของสหราชอาณาจักร (Partnerships UK :PUK) ได้จัดทำให้กระทรวงการคลังของประเทศอังกฤษ (HM Treasury) ดังนั้นถึงแม้คู่มือฉบับดังกล่าวจะไม่มีสถานะทางกฎหมายในการบังคับใช้แต่การที่คู่มือฉบับดังกล่าวเป็นแนวปฏิบัติที่ภาครัฐจำเป็นต้องใช้ในการร่างข้อสัญญา ทำให้สถานะของเนื้อหาในคู่มือฉบับนี้มีค่าบังคับใช้ในสาระข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงร่วมกันในสัญญาร่วมทุน

คู่มือในการร่างสัญญาร่วมทุนฉบับมาตรฐาน (Standardisation of Private finance initiative contracts) ที่บังคับใช้ฉบับแรกได้ประกาศใช้ในเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ.1999 ในส่วนฉบับที่สองประกาศใช้ในเดือนกันยายน ปี ค.ศ.2002 และฉบับที่สามประกาศใช้ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ.2004 โดยคู่มือการร่างสัญญาฉบับปัจจุบันเป็นฉบับที่ 4 (Version 4) ประกาศใช้ในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ.2007 ซึ่งสาเหตุสำคัญในการออกคู่มือการร่างสัญญาฉบับใหม่ก็เนื่องมาจากประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายในการวางระบบการเข้าร่วมทุนรูปแบบใหม่ตามมาตรฐานของกฎหมายสหภาพยุโรปสองฉบับคือ The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 ดังนั้นเพื่อการสร้างระบบการร่วมทุนให้มีเอกภาพในการดำเนินการจึงได้มีการออกคู่มือการร่างสัญญาฉบับปัจจุบันขึ้น ซึ่งมีสาระสำคัญในการกำหนดข้อสัญญาร่วมทุนในเรื่องดังต่อไปนี้

3.1.4.1 ระยะเวลาการบังคับใช้ของสัญญาร่วมทุน⁴⁸

การร่วมทุนแบบหุ้นส่วนวิภาค public-private partnerships มีลักษณะที่สำคัญคือการนำระบบการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพของเอกชนมาใช้ในการก่อสร้างและการบริหาร

⁴⁷ HM Treasury, Standardisation of Private finance initiative contracts version 4, (London: HM Treasury, 2007), pp.1.

⁴⁸ *Ibid*, pp.15-16.

โครงการโดยที่กรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างทั้งหมดจะต้องตกของภาครัฐ ดังนั้นเพื่อสร้างแรงจูงใจในการให้ภาคเอกชนสนใจที่จะเข้ามาร่วมทุน ภาครัฐจะต้องให้สิทธิแก่ภาคเอกชนในการแสวงหาประโยชน์จากโครงการที่ตนได้ลงทุนก่อสร้างในระยะเวลาที่ยาวนานพอที่จะทำให้การแสวงหาผลประโยชน์มีความคุ้มค่าต่อเงินลงทุน ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะกำหนดระยะเวลาของสัญญาไว้ที่ 20 ถึง 30 ปี

ในคู่มือสัญญาร่วมทุนมาตรฐานฉบับที่ 4 ของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้ภาครัฐจะต้องระบุวันเวลาที่สัญญาเริ่มต้นมีผลใช้บังคับและต้องกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาในส่วนกรณีที่เกิดเหตุการณ์ขัดข้องในการดำเนินงานขึ้น เช่นกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยหรือเหตุการณ์ที่ทำให้การเริ่มต้นโครงการ ไม่เป็นไปตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา จะไม่ส่งผลให้ระยะเวลาของสัญญาร่วมทุนขยายออกไปจากที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา

3.1.4.2 การจ่ายค่าตอบแทนในการให้บริการ⁴⁹

ค่าตอบแทนในการให้บริการของภาคเอกชน โดยส่วนใหญ่มาจากสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคที่ได้ก่อสร้างโดยการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ แต่ในบางกรณีภาครัฐอาจจะเป็นผู้จ่ายค่าใช้บริการแทนประชาชนผู้บริโภคก็ได้ ซึ่งในการจ่ายค่าตอบแทนดังกล่าวนี้จะต้องสร้างระบบการจ่ายเงินไว้ในสัญญาร่วมทุนในลักษณะดังต่อไปนี้

ก.) การจ่ายค่าตอบแทนของภาครัฐจะจ่ายเมื่อการให้บริการของภาคเอกชนประสบผลสำเร็จ

ข.) การจ่ายเงินค่าตอบแทนเต็มจำนวน (unitary charge) จะต้องไม่ใช้ในการจ่ายล่วงหน้าก่อนการให้บริการ และจะจ่ายได้เมื่อการให้บริการนั้นไม่ใช่การดำเนินงานที่แยกส่วนในการทำงาน

ค.) ในการให้บริการที่มีการแยกส่วนในการดำเนินงาน การจ่ายค่าตอบแทนของภาครัฐให้ใช้วิธีการจ่ายแยกส่วนตามระดับของการให้บริการโดยประเมินจากประสิทธิภาพในการให้บริการ

ง.) ในกรณีที่ภาคเอกชนให้บริการต่ำกว่าระดับมาตรฐานหรือไร้ประสิทธิภาพ ภาครัฐสามารถที่จะลดจำนวนค่าตอบแทนโดยไม่ต้องจ่ายเต็มจำนวนได้

⁴⁹ *Ibid*, pp. 48.

3.1.4.3 การแก้ไขสัญญาร่วมทุน⁵⁰

การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระยะเวลาที่ยาวนานถึง 30 ปี ในบางกรณี ภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้ที่ต้องให้บริการ มีเหตุจำเป็นที่จะต้องปรับเปลี่ยนรูปแบบการให้บริการ ดังนั้น ในการร่างสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ภาครัฐจะต้องวางกรอบข้อตกลงในสัญญา เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาที่มีเนื้อหาที่ชัดเจน ต้องสร้างขั้นตอนการแก้ไขที่รวดเร็ว และมีความโปร่งใส โดยในคู่มือสัญญาร่วมทุนมาตรฐานฉบับที่ 4 ได้กำหนดให้ภาครัฐวางกรอบ การแก้ไขสัญญาที่มีเนื้อหาเคร่งครัดในการปรับเปลี่ยนการดำเนินงานที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปรับเปลี่ยนข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการให้บริการที่ภาคเอกชนได้ประมูลชนะคู่แข่งราย อื่นในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา

ในทางกลับกัน หากเนื้อหาข้อสัญญาที่เป็นกรณีที่คาดหมายได้อยู่แล้ว เช่น การเปลี่ยนไปบนทางหลวง การขยายขนาดสิ่งก่อสร้างเพื่อรองรับการผลิตที่เพิ่มขึ้น ในการร่าง เงื่อนไขการแก้ไขสัญญาจึงสมควรที่จะต้องวางหลักเกณฑ์ที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดเพื่อความ สะดวกในการดำเนินงาน

3.1.4.4 การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาโดยการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาสัมปทาน⁵¹

ในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน การที่ภาครัฐเลือกภาคเอกชนเข้ามาเป็น คู่สัญญาก็เพราะภาคเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกมีคุณลักษณะเฉพาะตัว อันมีความเหมาะสมกับ การร่วมทุนในโครงการ ดังนั้นหากเกิดการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาภาคเอกชนในระหว่างการทำงาน ก็อาจส่งผลกระทบต่อคุณลักษณะเฉพาะตัวที่ภาครัฐต้องการจากภาคเอกชนได้ ซึ่งอาจจะทำให้ แผนงานภายหลังการเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาไม่สอดคล้องกับการวางแผนในเบื้องต้น อนึ่งในการ เปลี่ยนแปลงคู่สัญญานั้น ไม่จำกัดเฉพาะการโอนสิทธิในสัญญาให้แก่เอกชนรายอื่นเท่านั้น แต่ยัง หมายรวมถึงการโอนหุ้น การขายทรัพย์สิน และการโอนผลประโยชน์ให้แก่เอกชนรายอื่น ซึ่งมี ผลกระทบต่อการดำเนินงานของภาคเอกชนที่ได้รับสัมปทาน

ในการร่างสัญญาร่วมทุนของประเทศอังกฤษจึงต้องมีข้อสัญญาที่กำหนดหลักเกณฑ์ ที่ให้อำนาจแก่ภาครัฐในการควบคุมการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาของภาคเอกชน โดยภาครัฐ จะต้องร่างข้อสัญญาเกี่ยวกับเงื่อนไขในการจำกัดการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานในลักษณะ ดังต่อไปนี้

⁵⁰ *Ibid*, pp. 84.

⁵¹ *Ibid*, pp. 124-127.

ก.) ภาครัฐจะต้องให้ภาคเอกชนวางหลักประกันในการห้ามโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานไม่ว่าจะเป็นการโอนหุ้น การโอนผลประโยชน์ หรือ การโอนสิทธิในการดำเนินงาน โดยอาจจะกำหนดระยะเวลาห้ามโอนในช่วงเวลาหนึ่ง หรือกำหนดให้มีการก่อสร้างส่วนที่สำคัญเสร็จก่อนจึงจะอนุญาตให้โอนได้

ข.) เมื่อภาคเอกชนมีสิทธิในการโอนสิทธิในสัญญา หากได้ดำเนินการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานแล้ว จะต้องแจ้งแก่ภาครัฐถึงการโอนสิทธิดังกล่าวภายใน 30 วัน

ค.) ในระยะเวลาที่ถูกจำกัดการโอนสิทธิในสัญญา หากภาคเอกชนได้รับความยินยอมจากภาครัฐ หรือการโอนสิทธิดังกล่าวนั้นก็เพื่อต้องการเงินลงทุนเพิ่มเติมในการก่อสร้างโครงการ ภาคเอกชนย่อมสามารถที่จะโอนสิทธิในสัญญาให้แก่เอกชนรายอื่นได้

3.1.4.5 การจ้างคู่สัญญาช่วงของภาคเอกชน⁵²

ในการลงทุนก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ เพื่อให้โครงการสามารถเสร็จสิ้นตามกำหนดเวลา ภาคเอกชนที่ได้รับสัมปทานก็อาจเลือกวิธีกระจายภาระงานโดยการจ้างคู่สัญญาช่วงก็ได้ (sub-contractor) โดยภาคเอกชนจะต้องแบกรับความเสี่ยงจากการมอบหมายงานช่วงให้คู่สัญญาช่วงเองนอกจากนี้ในการทำสัญญาจ้างช่วง ภาคเอกชนจะต้องวางเงื่อนไขที่จะสามารถยกเลิกสัญญาช่วงได้ หากปรากฏว่าการดำเนินงานของคู่สัญญาช่วงไม่มีประสิทธิภาพโดยกำหนดระยะเวลาในการประเมินผลงาน

3.1.5 การสิ้นสุดของสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน⁵³

สัญญาร่วมทุนเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยส่วนใหญ่ข้อผูกพันดังกล่าวจะสิ้นสุดไปเมื่อสัญญาได้กำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการสิ้นสุดของสัญญา แต่อย่างไรก็ตามหากเกิดเหตุการณ์ที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้เช่น เหตุสุดวิสัย หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายผิดสัญญา สัญญาร่วมทุนก็อาจจะสิ้นสุดลงก่อนที่ระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ได้ซึ่งส่งผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่บางประการของคู่สัญญาภายหลังการสิ้นสุดของสัญญาร่วมทุน

⁵² *Ibid*, pp. 70.

⁵³ *Ibid*, pp. 139-167.

3.1.5.1 สาเหตุของการสิ้นสุดสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

ก.) ข้อตกลงในสัญญา

ในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนแบบหุ้นส่วนทวิภาค จะมีระยะเวลาในการภาคเอกชนแสวงหาผลประโยชน์จากการให้บริการสาธารณะในช่วงเวลาหนึ่งซึ่งโดยส่วนใหญ่ มักจะกำหนดไว้ 20-30 ปี เมื่อครบกำหนดตามสัญญาก็จะมีการโอนทรัพย์สินในโครงการให้ภาครัฐถือครอง ภายหลังจากนั้นสัญญาร่วมทุนก็จะสิ้นสุดไปตามเงื่อนไขเวลา (expiry date)

ข.) เหตุสุดวิสัย

เหตุสุดวิสัยที่เป็นสาเหตุทำให้สัญญาร่วมทุนต้องสิ้นสุดก่อนถึงกำหนดในสัญญา ในคู่มือการร่างสัญญาร่วมทุนฉบับมาตรฐานได้กำหนดในสถานการณ์ดังต่อไปนี้

- ข.1) ในสถานการณ์ที่เกิดภาวะสงคราม สงครามกลางเมือง หรือสงครามการก่อการร้าย
- ข.2) ในสถานการณ์ที่เกิดมลภาวะทางเคมี หรือสารกัมมันตภาพรังสีจากนิวเคลียร์
- ข.3) ในสถานการณ์ที่เกิดความเสียหายจากแรงกระทบของคลื่นความเร็วเหนือเสียง (supersonic)

เมื่อเกิดสถานการณ์อันเป็นเหตุสุดวิสัย ภาคเอกชนที่ได้รับผลกระทบจะต้องแจ้งเหตุสุดวิสัยดังกล่าวให้ภาครัฐและคู่สัญญาร่วมงานในส่วนอื่นทราบ โดยการทำเป็นหนังสือบอกกล่าวที่แสดงรายละเอียดของข้อเท็จจริงประกอบกับเหตุผลที่ทำให้การดำเนินงานไม่สามารถกระทำต่อได้ ซึ่งภาคเอกชนสามารถที่จะบอกกล่าวขอให้สัญญาสิ้นสุดลงได้

ค.) การกระทำผิดต่อหน้าที่ของคู่สัญญา

การกระทำผิดหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นเหตุประการหนึ่งในที่ทำให้สัญญาร่วมทุนสิ้นสุดลงได้ เพราะคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาได้ ซึ่งในการร่างสัญญาร่วมทุนจะต้องมีการกำหนดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเอาไว้ เพื่อเป็นหลักประกันให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องปฏิบัติตามภารกิจของตน ในคู่มือในการร่างสัญญาร่วมทุนฉบับมาตรฐานได้กำหนดให้มีการร่างข้อตกลงไว้สองกรณีคือ กรณีที่ภาครัฐเป็นผู้กระทำการผิดสัญญา และกรณีที่ภาคเอกชนเป็นผู้กระทำการผิดสัญญา

ค.1) กรณีที่ภาครัฐเป็นผู้กระทำการผิดสัญญา

1) กรณีที่โครงการร่วมทุนจำเป็นต้องอาศัยการเวนคืนที่ดินของภาครัฐหรือจำเป็นต้องอาศัยทรัพย์สินของรัฐบางส่วนเพื่อใช้ดำเนินการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค แต่ภาครัฐมิได้ปฏิบัติตามความต้องการดังกล่าว

2) กรณีที่ภาครัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายงบประมาณในการลงทุนให้แก่ภาคเอกชนตามกำหนดการให้บริการที่กำหนดไว้ในสัญญา และภาครัฐมิได้จ่ายงบประมาณดังกล่าวภายใน 30 วันในกรณีที่ต้องจ่ายภายหลังการดำเนินงานหรือมิได้จ่ายก่อนล่วงหน้า 2 เดือนในกรณีที่สัญญาได้กำหนดให้ต้องจ่ายล่วงหน้าก่อนการดำเนินงาน

3) กรณีที่ภาครัฐกระทำผิดหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาอย่างร้ายแรงซึ่งส่งผลให้การดำเนินงานต่อจะประสบอุปสรรคในการปฏิบัติงานของภาคเอกชน

เมื่อภาคเอกชนมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาเพราะภาครัฐเป็นผู้กระทำการผิดสัญญา ภาคเอกชนจะต้องทำหนังสือบอกกล่าวการบอกเลิกสัญญาเพื่อส่งให้แก่ภาครัฐภายใน 45 วัน นับตั้งแต่ได้รับทราบเหตุแห่งการผิดสัญญา โดยระบุเหตุแห่งการผิดสัญญาให้ภาครัฐรับทราบด้วย หากภาครัฐมิได้ปรับปรุงการทำหน้าที่ของตนภายใน 30 วันนับแต่ได้รับหนังสือบอกกล่าว สัญญาร่วมทุนจะสิ้นสุดลงภายหลังการได้รับหนังสือบอกกล่าว 45 วัน

ค.2) กรณีที่ภาคเอกชนเป็นผู้กระทำการผิดสัญญา

1) กรณีที่ภาคเอกชนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในข้อสัญญาซึ่งส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการให้บริการ และ ขั้นตอนการดำเนินงานที่สัญญาได้กำหนดไว้ เช่น การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนการจ้างคู่สัญญาช่วง การโอนสิทธิในสัญญาสัมปทาน และการมอบหมายงาน

2) กรณีที่ภาคเอกชนเป็นผู้ยื่นกรณในการไม่ปฏิบัติตามสัญญา (persistent breach) เมื่อภาครัฐได้แจ้งให้ปฏิบัติตามสัญญาแล้วโดยการส่งหนังสือเตือนอย่างเป็นทางการ

3) กรณีที่ภาคเอกชนไม่สามารถให้บริการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ เพราะภาคเอกชนเป็นผู้ที่จ้างงาน หรือไม่สามารถเริ่มให้บริการตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือไม่ผ่านการประเมินคุณภาพในการให้บริการตามเวลาที่ต้องได้รับการประเมิน

ในการทำผิดสัญญาของภาคเอกชน ภาครัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนปรับปรุงการดำเนินงานให้สอดคล้องกับข้อตกลงในสัญญาก่อนที่จะใช้สิทธิในการบอกเลิก โดยภาครัฐจะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวให้ภาคเอกชนปฏิบัติตามสัญญาซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับสาเหตุที่ภาคเอกชนได้กระทำผิดสัญญาและระยะเวลาในการปรับปรุงการดำเนินงาน หากภาคเอกชนมิได้ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าว สัญญาร่วมทุนก็จะสิ้นสุดบังคับใช้ตามระยะเวลาที่ภาครัฐได้กำหนด

3.1.5.2 ผลของการสิ้นสุดสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

ก.) กรณีที่การสิ้นสุดเกิดจากข้อสัญญา

การร่วมทุนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาคมีขึ้นเพื่อรองรับวัตถุประสงค์ในการนำรูปแบบการผลิตและการบริหารจัดการที่ดีของภาคเอกชนในการเข้ามาจัดการในโครงการสาธารณะ โดยเงื่อนไขที่สำคัญของการร่วมทุนรูปแบบนี้ก็คือการที่ทรัพย์สินที่เอกชนได้ก่อสร้างต้องตกเป็นกรรมสิทธิ์ของภาครัฐทันทีเมื่อครบอายุสัญญาร่วมทุน (หรือตกเป็นของรัฐทันทีที่ก่อสร้างเสร็จซึ่งขึ้นอยู่กับรูปแบบของการร่วมทุน) ดังนั้นในการทำสัญญาร่วมทุน คู่สัญญาจะต้องกำหนดข้อตกลงในสัญญาเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในโครงการที่ก่อสร้างไว้อย่างชัดเจนเพื่อขจัดความเสี่ยงในการโอนกิจการและกำหนดวิธีการดำเนินการเมื่อสัญญาสัมปทานได้สิ้นสุดลง

ในระยะเวลาก่อนที่สัญญาร่วมทุนจะสิ้นสุดลง ภาครัฐจะต้องทำการสำรวจทรัพย์สินของโครงการที่ภาคเอกชนจะต้องส่งมอบล่วงหน้าในเวลา 18 เดือน เพื่อประเมินสภาพของทรัพย์สินว่าสามารถใช้การได้หรือไม่ หากทรัพย์สินมีสภาพชำรุด ภาคเอกชนจะต้องทำการซ่อมแซมก่อนที่จะส่งมอบซึ่งถ้าหากภาคเอกชนมิได้ทำการซ่อมแซมก่อนการส่งมอบ ภาครัฐจะต้องเข้าไปทำการซ่อมแซมเองโดยใช้เงินของภาคเอกชนจากการหักเงินที่ภาครัฐจะต้องจ่ายค่าให้บริการ

ข.) กรณีที่การสิ้นสุดเกิดจากเหตุสุดวิสัย

ผลของการสิ้นสุดของสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัย โดยหลักแล้วคู่สัญญาฝ่ายที่รับภัยพิบัติ ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายใดๆจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ แต่อย่างไรก็ตามในสัญญาร่วมทุน ระหว่างรัฐและเอกชนเป็นสัญญาที่มีลักษณะกระจายความเสี่ยงในโครงการแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นผลของภัยพิบัติที่เกิดขึ้นจึงไม่ตกเป็นภาระของภาคเอกชนแต่เพียงฝ่ายเดียว ภาครัฐจึงต้องเยียวยาความเสียหายดังกล่าวโดยการจ่ายค่าชดเชยบางส่วนในรายจ่ายดังต่อไปนี้

- 1) เงินชดเชยในการปลดพนักงานอันเนื่องมาจากการสิ้นสุดลงของโครงการ
- 2) เงินปันผลที่ภาคเอกชนมีหน้าที่ต้องปันส่วนให้แก่ผู้ถือหุ้นแต่ไม่สามารถจ่ายได้

เพราะการสิ้นสุดของโครงการอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย

- 3) เงินกู้และดอกเบี้ยที่ภาคเอกชนกู้มาใช้ลงทุน

นอกจากนี้ภาคเอกชนจะต้องโอนสิทธิประโยชน์และทรัพย์สินของโครงการที่เหลืออยู่ให้แก่ภาครัฐภายหลังการสิ้นสุดของสัญญาร่วมทุน

ค.) กรณีที่การสิ้นสุดเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

การสิ้นสุดของสัญญาในกรณีเกิดมาจากการกระทำผิดของคู่สัญญา ซึ่งผลของการเลิกสัญญาจะก่อให้เกิดหน้าที่ของฝ่ายที่ผิดสัญญาในการชดเชยค่าเสียหาย ในกรณีที่ภาครัฐเป็นผู้ผิดสัญญา ภาครัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ภาคเอกชนในความเสียหายที่เกิดจากการปลดพนักงาน การชำระเงินกู้พร้อมดอกเบี้ยของภาคเอกชน และค่าเสียหายอื่น ๆ ที่เกิดจากความผิดของภาครัฐ

ในส่วนกรณีที่ภาคเอกชนเป็นผู้ผิดสัญญา การจ่ายค่าชดเชยกลับกลายเป็นหน้าที่ของภาครัฐที่ต้องจ่ายให้แก่ภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้ที่กระทำการผิดสัญญา ด้วยเหตุที่ภาครัฐมีสิทธิในการถือครองทรัพย์สินของโครงการร่วมทุนจึงต้องเสียค่าชดเชยจำนวนหนึ่งในการลงทุนก่อสร้างโครงการของภาคเอกชน เมื่อสัญญาร่วมทุนได้สิ้นสุดลง ภาครัฐจะต้องดำเนินการหาคู่สัญญาภาคเอกชนรายใหม่เข้ามาดำเนินการแทนภาคเอกชนรายเดิม (retendering election) โดยคัดเลือกผู้ประมูลโครงการที่เสนอผลตอบแทนที่ดีที่สุดพร้อมทั้งพิจารณาคูณสมบัติพื้นฐานและลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้กำหนดไว้

ผลจากการศึกษาจากระบบร่วมทุนของอังกฤษ แสดงให้เห็นว่าระบบการเข้าร่วมงานในกระบวนการที่เกี่ยวข้อง ไม่จำเป็นที่จะต้องมาจากกฎหมายร่วมทุนทั้งหมด โดยในประเทศอังกฤษได้ใช้คู่มือทางปฏิบัติในการวางแนวทางในเรื่องขั้นตอนการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุนและแนวทางการร่างสัญญาร่วมทุน ส่วนมาตรการทางกฎหมายได้ถูกกำหนดบทบาทให้ทำหน้าที่ในการสร้างกระบวนการคัดเลือกภาคเอกชน ซึ่งความโดดเด่นอันเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ ก็คือการสร้างวิธีการคัดเลือกภาคเอกชนที่มีหลากหลายวิธีการ โดยได้รับอิทธิพลมาจากข้อกำหนดของสหภาพยุโรป (Directive) และข้อกำหนดนี้เองจะเป็นแนวทางในการสร้างกฎหมายร่วมทุนในกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปให้มีความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะไม่แตกต่างกัน

3.2 กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภค ของประเทศเกาหลีใต้

ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายเป็นกรอบในการปฏิบัติงานในการร่วมทุนกับภาคเอกชน กฎหมายดังกล่าวมีชื่อว่ากฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภค (Act on Private Participation in Infrastructure) ซึ่งโครงสร้างของกฎหมาย

ฉบับดังกล่าว จะมีเนื้อหาในการวางกรอบของการพิจารณาประเภทของโครงการที่จะใช้วิธีการร่วมทุนแบบหุ้นส่วนทวิภาค (public-private partnerships) และยังเป็นกรอบในการกำหนดขั้นตอนการเข้าร่วมงานรวมถึงการใช้อำนาจของภาครัฐในการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชน ดังนั้นในการอธิบายระบบการร่วมทุนของประเทศเกาหลีได้จึงมุ่งเน้นในการอธิบายเนื้อหาของกฎหมายร่วมทุนของประเทศเกาหลีได้เป็นสำคัญ

3.2.1 ความเป็นมาของการร่างกฎหมาย

ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้เป็นประเทศหนึ่งที่อยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออก และมีการดำเนินนโยบายในการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจภายในประเทศ ซึ่งริเริ่มมาตั้งแต่ทศวรรษที่เจ็ดสิบถึงแปดสิบ แต่อย่างไรก็ตามการลงทุนของภาครัฐในช่วงนี้มักจะเป็นโครงการระยะสั้น⁵⁴ ต่อมาในปี ค.ศ.1994 รัฐบาลของประเทศเกาหลีได้ได้ออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการระดมทุนของภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการสาธารณูปโภค (The Private Capital Inducement Act) เพื่อเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภคและลดภาระทางด้านงบประมาณรายจ่ายการลงทุนของภาครัฐ นอกจากนี้รัฐบาลยังจะได้รับประโยชน์จากการบริหารจัดการที่มีศักยภาพและนวัตกรรมที่ทันสมัยของภาคเอกชนที่จะนำมาใช้ในการดำเนินโครงการ โดยให้สิทธิแก่ภาคเอกชนในการดำเนินงานรวมทั้งการก่อสร้าง การบริหารจัดการ การซ่อมแซมและบำรุงรักษา⁵⁵

เมื่อเกิดวิกฤติเศรษฐกิจในทวีปเอเชีย เมื่อปี 1997 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้ประสบปัญหาวิกฤติทางการเงินเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในทวีปเอเชีย การลงทุนก่อสร้างในสิ่งสาธารณูปโภคจึงประสบปัญหาทางด้านเงินลงทุน สาธารณรัฐเกาหลีได้จึงได้ออกกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภค (Act on Private Participation in Infrastructure) ในปี 1999 ขึ้นมาเพื่อระดมทุนจากภาคเอกชนและกระจายความเสี่ยงของภาครัฐ

⁵⁴ Richard Common. "The East Asia region-Do public-private partnerships make sense", In Public-Private Partnerships Theory and Practice in International Perspective, Stephan P. Osborne. (New York :Routledge, 2000), pp.143.

⁵⁵ Asian Development Bank, Knowledge Sharing on Infrastructure Public-Private Partnerships In Asia, Asian Development Bank Report no 42105, 2008, pp.3.

ซึ่งในภายหลัง รัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ก็ได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ทำหน้าที่ส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานตามนโยบายรัฐบาลรวมทั้งเสนอแนะนโยบายในการลงทุนโดยให้คำปรึกษาทางด้านโครงการลงทุนแก่ภาครัฐและภาคเอกชนที่มีชื่อว่า Public and Private Infrastructure Investment Management Center (PIMAC) และมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ดียิ่งขึ้นซึ่งฉบับปัจจุบันได้แก้ไขเพิ่มเติมในปี 2005

ในปัจจุบันประเทศเกาหลีใต้ได้ให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนหลากหลายโครงการ โดยมีรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นเป็นผู้กำกับดูแล ซึ่งรูปแบบการลงทุนที่นำมาใช้กับโครงการต่างๆ ส่วนใหญ่จะเป็นรูปแบบของ Build-Transfer-Operate, Build-Operate-Transfer, Build-Own-Operate และ Build-Transfer-Lease

3.2.2 หลักการเบื้องต้นในการพิจารณาโครงการร่วมทุน

3.2.2.1 ลักษณะของคู่สัญญา⁵⁶

คู่สัญญาในโครงการที่ร่วมทุนจะต้องเป็นการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน โดยกฎหมายร่วมทุนของประเทศเกาหลีใต้ได้ให้คำนิยามขององค์กรภาครัฐว่า “ภาครัฐหมายถึงรัฐบาลและรัฐบาลท้องถิ่น รวมทั้งสถาบันการลงทุนของภาครัฐ (government-invested institutions) และองค์การมหาชนหรือองค์กรของภาครัฐที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ”

ในส่วนคำนิยามของภาคเอกชนคือ บริษัทจำกัด รวมทั้งบริษัทเอกชนที่เป็นต่างด้าวด้วย เนื่องจากภาครัฐต้องการการระดมเงินทุนจากแหล่งเงินทุนต่างชาติ นอกจากนี้ยังหมายรวมถึง บริษัทเอกชนที่จัดตั้งขึ้นโดยการร่วมกันจัดตั้งของภาครัฐและภาคเอกชน (public and private joint corporation)

3.2.2.2 ลักษณะของโครงการร่วมทุน⁵⁷

ในกฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้กำหนดไว้ว่าต้องเป็นการลงทุนร่วมกันในสิ่งสาธารณูปโภค โดยลักษณะของสิ่งสาธารณูปภคนั้นคือโครงสร้างพื้นฐานของการก่อตั้งระบบการผลิต หรือเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของสิ่งสาธารณูปโภคที่มีอยู่เดิม หรือเป็นสิ่งก่อสร้างที่สร้างความสะดวกสบายแก่ประชาชน เช่น ถนนหลวง ทางรถไฟ ท่าเรือ สนามบิน เขื่อน

⁵⁶ Act on Private Participation in Infrastructure Article 2 (10)(11)

⁵⁷ Act on Private Participation in Infrastructure Article 2 (1)

ระบบชลประทาน ระบบการกำจัดขยะ การโทรคมนาคม แพลตฟอร์ม ระบบอิเล็กทรอนิกส์ แหล่งพลังงาน ระบบอินเทอร์เน็ต โรงเก็บคลังสินค้าสาธารณะ ด้านตรวจคนเข้าเมือง สวนสาธารณะ ระบบบำบัดน้ำเสีย สนามกีฬา หอสมุด พิพิธภัณฑ์ โรงเรียนและโรงพยาบาล เป็นต้น

ในส่วนลักษณะของการเข้าร่วมงานนั้น งานหลักของการเข้าร่วมทุนก็คือการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคโดยกฎหมายร่วมทุนให้หมายความรวมถึง การขยายสิ่งสาธารณูปโภคที่มีอยู่เดิม การเพิ่มนวัตกรรมในสิ่งสาธารณูปโภคให้ทันสมัย และการเข้ามาบริหารงานในสิ่งสาธารณูปโภคด้วย

3.2.2.3 รูปแบบของการเข้าร่วมงาน⁵⁸

ก.) รูปแบบที่หนึ่ง (Build-Transfer-Operate) ในการเข้าร่วมงานเป็นรูปแบบที่ภาคเอกชนเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค โดยการหาแหล่งเงินทุน ออกแบบสิ่งก่อสร้างและลงมือก่อสร้างเอง โดยกรรมสิทธิ์ในโครงการจะถูกโอนให้ภาครัฐถือครองเมื่อการก่อสร้างเสร็จและภาคเอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิ์ที่จะเข้าจัดการและบริหารสิ่งก่อสร้างตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา

ข.) รูปแบบที่สอง (Build-Transfer-Lease) ในการเข้าร่วมงานเป็นรูปแบบที่ภาคเอกชนเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค โดยการหาแหล่งเงินทุน ออกแบบสิ่งก่อสร้างและลงมือก่อสร้างเองเช่นเดียวกับการร่วมทุนรูปแบบแรก โดยกรรมสิทธิ์ในโครงการจะตกเป็นของภาครัฐทันทีที่สร้างเสร็จเช่นกัน แต่สิทธิ์การจัดการและการบริหารของภาคเอกชนจะต้องอาศัยการเข้าโครงการจากภาครัฐตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งข้อดีของการร่วมทุนในรูปแบบนี้ก็คือภาครัฐจะได้รับส่วนแบ่งจากผลประโยชน์ของโครงการในจำนวนที่แน่นอนจากการกำหนดค่าเช่าโครงการที่ตายตัว อนึ่งรูปแบบดังกล่าวนี้ได้รับการเพิ่มเติมขึ้นมาจากเดิมในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ในปี 2005

ค.) รูปแบบที่สาม (Build-Operate-Transfer) ในการเข้าร่วมงานเป็นรูปแบบที่ภาคเอกชนเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค โดยการหาแหล่งเงินทุน ออกแบบสิ่งก่อสร้างและลงมือก่อสร้างเองเช่นเดียวกับการร่วมทุนรูปแบบแรก แต่กรรมสิทธิ์ในโครงการจะตกเป็นของภาคเอกชนตลอดนับตั้งแต่ลงมือก่อสร้างจนกระทั่งโครงการได้ก่อสร้างเสร็จ โดยภาครัฐจะมีสิทธิ์ในการถือครองกรรมสิทธิ์ภายหลังจากการสิ้นสุดระยะเวลาในสัญญาสัมปทาน

⁵⁸ Act on Private Participation in Infrastructure Article 4

ง.) รูปแบบที่สี่ (Build-Own-Operate) ในการเข้าร่วมงานเป็นรูปแบบที่ภาคเอกชนเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค โดยการหาแหล่งเงินทุน ออกแบบสิ่งก่อสร้าง และลงมือก่อสร้างเองเช่นเดียวกับการร่วมทุนรูปแบบแรกโดยกรรมสิทธิ์ในโครงการจะตกเป็นของภาคเอกชนตลอดไป

จ.) รูปแบบที่ห้าในการเข้าร่วมงานเป็นรูปแบบที่ภาคเอกชน มีสิทธิ์ที่จะเสนอรูปแบบการร่วมทุนที่แตกต่างจากการร่วมทุนทั้งสี่ลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น โดยอาจจะดัดแปลงภาระงานหรือผลประโยชน์จากการลงทุนในบางส่วน ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวนี้จะต้องยื่นเข้ามาตามที่กฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้ได้กำหนดไว้

ฉ.) รูปแบบที่หกในการเข้าร่วมงานเป็นรูปแบบอื่นๆที่ภาครัฐเป็นผู้เสนอในการประกาศการก่อสร้างโครงการที่ต้องการร่วมทุน รูปแบบดังกล่าวได้รับการเพิ่มเติมขึ้นมาจากการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ในปี 2005

3.2.2.4 องค์กรอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมทุน

ก.) คณะกรรมการกำกับดูแลประจำโครงการ

คณะกรรมการชุดนี้เป็นองค์กรที่มีอำนาจตามมาตรา 5 ในการใช้ให้คำแนะนำและออกคำสั่งในขั้นตอนที่สำคัญ ซึ่งมีสมาชิก 10 คนประกอบไปด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง 1 คนซึ่งมีสถานะเป็นประธานคณะกรรมการ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเจ้าของโครงการ 1 คน (ขึ้นอยู่กับโครงการดังกล่าวเป็นของกระทรวงใด) ตัวแทนภาคเอกชน 8 คน ซึ่งจะต้องมีความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ในการลงทุนตามคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง⁵⁹ โดยมีอำนาจดังนี้⁶⁰

ก.1) พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับนโยบายหลักในการให้เอกชนเข้ามาร่วมทุน

ก.2) พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการวางแผนและการปรับปรุงแผนงานขั้นพื้นฐานสำหรับการลงทุนของเอกชนและการพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในโครงการก่อสร้างที่ภาคเอกชนเป็นผู้เสนอ

ก.3) พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการวางแผนและปรับปรุงโครงตามข้อกำหนดของรัฐธรรมนูญ

⁵⁹ Act on Private Participation in Infrastructure Article 6

⁶⁰ Act on Private Participation in Infrastructure Article 5

- ก.4) พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับข้อสัญญาในสัญญาสัมปทานและการจัดการผลประโยชน์ของภาครัฐ
- ก.6) พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการยกเลิกโครงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการได้นำเสนอ
- ก.7) พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่ได้นำเสนอในระหว่างการดำเนินงาน
- ข.) สถาบันการเงินประจำโครงการ⁶¹

สถาบันการเงินประจำโครงการคือองค์กรที่กฎหมายร่วมทุนกำหนดให้เป็นแหล่งเงินทุนในการกู้ยืมของภาคเอกชน เพื่อนำเงินทูลดงกล่าวมาใช้ในการลงทุนก่อสร้างและการบริหารงาน หนึ่งใกฎหมายร่วมทุนได้ให้นิยามของสถาบันเงินทุนให้หมายถึง สถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายการธนาคาร ธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเกาหลีใต้ ธนาคารเพื่อการนำเข้าส่งออกแห่งเกาหลี ธนาคารเพื่อการอุตสาหกรรม บริษัททรัพย์สิน บริษัทประกันภัย ธนาคารพาณิชย์ที่จัดตั้งตามกฎหมายธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น

ค.) สถาบันการลงทุนและจัดการโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน(PIMAC⁶²)

หน้าที่หลักขององค์กรนี้ คือการบริหารจัดการในการศึกษาถึงความเป็นไปได้ของการลงทุนในโครงการก่อสร้างที่ใช้วิธีการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน นอกจากนี้ยังมีภารกิจวิจัยภาพรวมของโครงการก่อสร้าง ทั้งในการศึกษาถึงความคุ้มค่า นโยบายของภาครัฐในการกำหนดโครงการให้คำแนะนำในการเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน วางแผนการดำเนินงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการร่วมทุนแบบ Build-Transfer-Lease หนึ่งการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวนี้อาศัยอำนาจตามมาตรา 23 ของกฎหมายร่วมทุนของประเทศเกาหลีใต้

3.2.3 ขั้นตอนการเข้าร่วมโครงการตามกฎหมายร่วมทุนของประเทศเกาหลีใต้

3.2.3.1 ขั้นตอนการกำหนดนโยบายขั้นพื้นฐานของภาครัฐ

เนื่องจากการเข้าร่วมงานระหว่างรัฐและเอกชนเป็นการร่วมกันลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภคซึ่งมีผลประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง กรอบการดำเนินงานของคู่สัญญา

⁶¹ Act on Private Participation in Infrastructure Article 2

⁶² PIMAC มีชื่อเป็นทางการคือ Public and Private Infrastructure Investment

จึงต้องตอบสนองต่อผลประโยชน์ส่วนรวม แม้การเข้าร่วมงานจะดำเนินการโดยภาคเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ภาครัฐจึงมีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายขั้นพื้นฐาน (basic plan) เพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติงานของภาคเอกชน โดยก่อนที่จะมีการนำเสนอโครงการก่อสร้าง ภาครัฐจะต้องประกาศนโยบายพื้นฐานต่อสาธารณชนสำหรับโครงการที่ต้องการการร่วมทุนเพื่อให้ภาคเอกชนที่มีความสนใจได้รับทราบ โดยกฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้ได้ให้สิทธิแก่ภาคเอกชนที่มีสัญชาติเกาหลีใต้ได้รับการพิจารณาคุณสมบัติในการเข้าร่วมงานก่อน ทั้งนี้โดยพิจารณาจากคุณสมบัติในความคิดริเริ่มหรือประสิทธิภาพในการดำเนินการ⁶³

สำหรับเนื้อหาของนโยบายขั้นพื้นฐาน⁶⁴ กฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้ได้กำหนดกรอบการร่างไว้ให้มีเนื้อหาเกี่ยวกับ

- ก.) เป้าหมายของภาคเอกชนในการดำเนินนโยบายในการลงทุน
- ข.) ขนาดของการลงทุน วิธีการลงทุน
- ค.) การบริหารจัดการสิ่งสาธารณูปโภค
- ง.) มาตรการส่งเสริมการลงทุนของภาครัฐ
- จ.) นโยบายอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภค

3.2.3.2 ขั้นตอนการนำเสนอโครงการ

เมื่อภาครัฐได้วางกรอบนโยบายของการร่วมทุนขั้นพื้นฐาน หน่วยงานต่างๆของภาครัฐที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะและมีความต้องการในการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภคก็มีสิทธิในการนำเสนอโครงการเพื่อดำเนินการก่อสร้างตามกฎหมายร่วมทุน โดยโครงการที่ภาครัฐเป็นผู้นำเสนอนี้เรียกว่า solicited project proposal แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้ได้ให้สิทธิพิเศษแก่ภาคเอกชนในการนำเสนอโครงการที่ต้องการร่วมทุน ซึ่งเป็นนวัตกรรมใหม่ในระบบกฎหมายร่วมทุนที่ภาครัฐซึ่งเป็นเจ้าของโครงการก่อสร้างได้เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนซึ่งเป็นเพียงผู้ลงทุน มีสิทธิในการเสนอโครงการที่ตนประสงค์จะลงทุนร่วมกับภาครัฐได้ซึ่งเหมาะสมกับลักษณะของประเทศกำลังพัฒนา(developing country)ที่ยังขาดความพร้อมในการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง โดยข้อดีของการที่ให้ภาคเอกชนมีสิทธิเสนอโครงการได้ก็คือ ภาครัฐจะได้โครงการที่ทันสมัยในทางนวัตกรรมและเทคโนโลยี

⁶³ Act on Private Participation in Infrastructure Article 7

⁶⁴ Act on Private Participation in Infrastructure Article 7/2

(นอกจากที่ภาครัฐต้องการ) และได้ภาคเอกชนที่มีความพร้อมในการลงทุนอย่างแท้จริง⁶⁵ สำหรับโครงการที่นำเสนอโดยภาคเอกชนนี้ ในกฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้เรียกว่า unsolicited project proposal ดังนั้นขั้นตอนในการนำเสนอโครงการร่วมทุนของกฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้จึงแบ่งขั้นตอนการนำเสนอในสองรูปแบบ

ก.) ขั้นตอนการนำเสนอโครงการที่ภาครัฐนำเสนอ (solicited project proposal)

หน่วยงานของภาครัฐที่ประสงค์จะนำเสนอโครงการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคจะต้องวางแผนการดำเนินงานสำหรับการลงทุนระยะยาวโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่จะสร้างแรงจูงใจในการให้เอกชนเข้ามาร่วมทุน⁶⁶ หากโครงการที่นำเสนอมีมูลค่าการลงทุนจำนวนเกินกว่าห้าแสนล้านวอน โครงการดังกล่าวจะต้องมีการศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการลงทุน(feasibility study) โดยสถาบันการลงทุนและจัดการโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PIMAC) ซึ่งหากผลของการศึกษามีความเป็นไปได้ในการก่อสร้างก็จะเข้าสู่กระบวนการประกาศแผนงาน แต่ถ้าโครงการดังกล่าวมีมูลค่าสูงเกินกว่าสองล้านล้านวอน⁶⁷ จะต้องผ่านการพิจารณาถึงความเป็นไปได้และความคุ้มค่าของการลงทุนอีกครั้งโดยคณะกรรมการประจำโครงการ หากผ่านการพิจารณาจึงจะประกาศแผนงานในรัฐกิจจานุเบกษา (official gazette)

ขั้นตอนการประกาศแผนการดำเนินงาน (formulation and announcement of request for proposal) เป็นขั้นตอนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องนำแผนการดำเนินงานที่ผ่านการศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการลงทุนมากำหนดรายละเอียดในการลงทุน⁶⁸ ซึ่งจะต้องกำหนดให้สอดคล้องกับนโยบายขั้นพื้นฐานที่รัฐบาลได้ประกาศไว้ และจะต้องมีเนื้อหาเกี่ยวกับ⁶⁹

- ก.1) แผนการลงทุนประจำปี ขนาดของโครงการ สถานที่ตั้ง และขนาดของสิ่งก่อสร้าง
- ก.2) ขั้นตอนการดำเนินงาน
- ก.3) การออกแบบสิ่งก่อสร้าง

⁶⁵ Paul Numba and Severine Dinghem, Private participation in Infrastructure Project in the Republic of Korea, World Bank Report (WPS3689), pp.24-27 <[http://info.worldbank.org/etools/docs/library/240076/Private participation in infrastructure projects in the Republic of Korea.pdf](http://info.worldbank.org/etools/docs/library/240076/Private%20participation%20in%20infrastructure%20projects%20in%20the%20Republic%20of%20Korea.pdf) >, Retrieved June 17, 2009.

⁶⁶ Act on Private Participation in Infrastructure Article 8/2

⁶⁷ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 6

⁶⁸ Act on Private Participation in Infrastructure Article 10

⁶⁹ Act on Private Participation in Infrastructure Article 11

- ก.4) รายละเอียดเกี่ยวกับเงินช่วยเหลือของภาครัฐ
- ก.5) รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการบริหารงานและจัดการในสิ่งสาธารณูปโภคภายหลังการก่อสร้างเสร็จ
- ก.6) รายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการที่เหมาะสมสำหรับผู้รับสัมปทาน
- ก.7) เรื่องอื่นๆที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นว่าจำเป็น เมื่อกำหนดแผนการดำเนินงานดังกล่าวเสร็จสิ้นจึงจะประกาศแผนงานเพื่อเชิญชวนภาคเอกชนเข้ามาร่วมทุนได้
- ข.) ขั้นตอนการนำเสนอโครงการที่ภาคเอกชนนำเสนอ
(unsolicited project proposal)

การลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศเกาหลีใต้ นอกจากโครงการร่วมทุนที่ภาครัฐเป็น ผู้นำเสนอ ภาคเอกชนก็มีสิทธินำเสนอโครงการร่วมทุนได้⁷⁰ โดยการยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานภาครัฐที่มีหน้าที่รัฐผิดชอบเกี่ยวกับโครงการก่อสร้างนั้น ทั้งนี้จะต้องยื่นรายละเอียดเกี่ยวกับผลประโยชน์ที่จะได้ จากการศึกษา รายละเอียดของสิ่งก่อสร้าง งบประมาณในการลงทุน ระยะเวลาในการแสวงหาผลประโยชน์ของภาคเอกชน แผนของการบริหารโครงการภายหลังการก่อสร้าง ระบบการจัดหาวัสดุก่อสร้าง และมาตรการอื่นๆที่จำเป็นสำหรับการดำเนินงาน⁷¹

การยื่นข้อเสนอของเอกชนรายนี้ ภาครัฐจะต้องไม่รับข้อเสนอของเอกชนรายอื่นเพื่อไม่ให้เกิดการตัดราคากันในระหว่างภาครัฐพิจารณาข้อเสนอดังกล่าว ในการพิจารณาข้อเสนอของเอกชน หน่วยงานที่รับข้อเสนอจะต้องพิจารณาว่าโครงการที่ก่อสร้างนั้นขัดต่อกฎหมายหรือนโยบายของหน่วยงานตนเองหรือไม่ ถ้าหากไม่ขัดก็ต้องส่งข้อเสนอดังกล่าวให้หัวหน้าสถาบันการลงทุนและจัดการโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน(PIMAC) พิจารณาข้อเสนอดังกล่าวอีกครั้งภายในระยะเวลาสิบห้าวัน⁷²

เมื่อสถาบันการลงทุนและจัดการโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน(PIMAC) พิจารณาข้อเสนอดังกล่าวเสร็จสิ้น จึงแจ้งความเห็นของตนให้แก่หน่วยงานภาครัฐที่รับผิดชอบซึ่งหากเห็นด้วยกับการก่อสร้างโครงการดังกล่าว ข้อเสนอนั้นก็จะได้รับการประกาศแผนการ

⁷⁰ Act on Private Participation in Infrastructure Article 9

⁷¹ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 7(1)

⁷² Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 7(3)

ดำเนินงานภายในหกสิบวัน⁷³ การประกาศดังกล่าวนี้จะต้องประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา หนังสือพิมพ์รายวันและทางระบบอินเทอร์เน็ต⁷⁴

3.2.3.3 ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (designation of concessionaire) จะใช้วิธีการประมูลงาน⁷⁵ ซึ่งเอกชนที่ต้องการเข้ามาร่วมทุนจะต้องยื่นข้อเสนอในรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาของโครงการที่จะก่อสร้าง มูลค่าของการลงทุน ระยะเวลาในการแสวงหาประโยชน์ของภาคเอกชน แผนการบริหารโครงการภายหลังการก่อสร้าง มูลค่าที่จะได้รับ เช่น อัตราค่าธรรมเนียม ระบบการจัดหาวัสดุก่อสร้าง ข้อเสนอที่ขอปรับเปลี่ยนจากแผนดำเนินงาน และมาตรการอื่นๆที่จำเป็นสำหรับการดำเนินงาน⁷⁶ หน่วยงานเจ้าของโครงการจะคัดเลือกเอกชนที่ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดแต่อย่างไรก็ตามหากมูลค่าของโครงการเกินกว่าห้าล้านล้านบาทจะต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการประจำโครงการ⁷⁷

สำหรับโครงการที่ภาคเอกชนเป็นผู้นำเสนอจะมีระบบการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่แตกต่างจากโครงการซึ่งนำเสนอโดยภาครัฐ โดยการคัดเลือกคู่สัญญาจะให้คะแนนแก่เอกชนผู้ที่ยื่นข้อเสนอในการก่อสร้างโครงการมากกว่าเอกชนรายอื่น ซึ่งถ้าหากลักษณะของผู้ยื่นประมูลมีคุณสมบัติที่ไม่แตกต่างกัน เอกชนรายที่ยื่นข้อเสนอในการก่อสร้างจะได้รับการพิจารณาให้เป็นคู่สัญญาก่อน⁷⁸ สำหรับเนื้อหาของข้อเสนอในการประมูลงานจะมีเนื้อหาเช่นเดียวกับโครงการที่นำเสนอโดยภาครัฐ

⁷³ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 7(7)

⁷⁴ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 7(8)

⁷⁵ Act on Private Participation in Infrastructure Article 13

⁷⁶ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 13

⁷⁷ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 14

⁷⁸ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 7(9)

3.2.3.4 ขั้นตอนการเจรจาข้อตกลงในสัญญาสัมปทาน

เมื่อภาครัฐได้คัดเลือกเอกชนผู้ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดแล้ว ก็ต้องดำเนินการร่างสัญญาสัมปทานในการปฏิบัติงาน สำหรับการเจรจาข้อตกลงในสัญญาสัมปทานจะต้องมีเนื้อหาดังต่อไปนี้⁷⁹

ก.) เนื้อหาเกี่ยวกับข้อมูลโครงการขั้นพื้นฐาน การออกแบบสิ่งก่อสร้าง ระบบการบริหารการจัดการสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาซึ่งรวมถึงมาตรการในรับมือกับการยกเลิกโครงการและผลของการฝ่าฝืนข้อสัญญาและข้อกฎหมาย

ข.) เนื้อหาเกี่ยวกับระบบการดำเนินงานเช่นการดำเนินงานตามแผนการดำเนินงานและโครงสร้างวิศวกรรม การรับประกัน ความเสี่ยงของการดำเนินงาน ระบบรักษาความปลอดภัย และการรักษาสิ่งแวดล้อม

ค.) เนื้อหาเกี่ยวกับการก่อสร้างในเรื่องระยะเวลาในการเริ่มต้นและสิ้นสุด

ง.) เนื้อหาเกี่ยวกับการปรับมูลค่าของการลงทุนรวมทั้งการกำหนดค่าใช้จ่ายบริการ

จ.) เนื้อหาเกี่ยวกับมาตรการช่วยเหลือของทางภาครัฐ

ฉ.) เนื้อหาเกี่ยวกับการซ่อมบำรุงและการบริหารจัดการสิ่งสาธารณูปโภค

หากโครงการก่อสร้างมีมูลค่าเกินกว่าห้าล้านล้านบาท หน่วยงานจะเจรจาในข้อตกลงใดจะต้องทำการปรึกษากับสถาบันการลงทุนและจัดการโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PIMAC) สำหรับข้อตกลงที่เกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการลงทุนของภาครัฐ หน่วยงานจะต้องปรึกษากับรัฐมนตรีกระทรวงการคลังเพื่อขอความเห็นในข้อตกลงดังกล่าว⁸⁰

3.2.3.5 ขั้นตอนการเสนอแผนในการดำเนินงานและโครงสร้างวิศวกรรม

ภายหลังจากทำสัญญาสัมปทาน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเสนอแผนในการดำเนินงานและโครงสร้างวิศวกรรม⁸¹ (detailed engineering and design plan for implementation-DEDPI) โดยจะต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับพื้นที่ในการดำเนินงาน วิธีการ

⁷⁹ PIMAC, “General Guidelines for Private Participation in Infrastructure Projects”, pp.129-130 < <http://pimac.kdi.re.kr/eng/main.jsp> >, Retrieved August 4, 2009.

⁸⁰ *Ibid.* p.130.

⁸¹ Act on Private Participation in Infrastructure Article 15

ก่อสร้างและรายละเอียดทางเทคโนโลยี กระบวนการดำเนินการก่อสร้าง แผนการเวนคืนพื้นที่ แผนการจัดหาวัสดุและเรื่องอื่นที่จำเป็นต่อการก่อสร้าง⁸² หากภาคเอกชนมิได้ทำข้อเสนอ ดังกล่าว (DEDPI) ภายในหนึ่งปี ภาครัฐมีสิทธิที่จะยกเลิกการคัดเลือกเอกชนรายนั้นได้

เมื่อภาคเอกชนได้เสนอแผนในการดำเนินงานและโครงสร้างวิศวกรรม (DEDPI) ต่อ หน่วยงานเจ้าของโครงการแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องประกาศโครงการร่วมทุนในสิ่ง สาธารณูปโภคต่อสาธารณชน

3.2.3.6 ขั้นตอนการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค

เมื่อคู่สัญญาผ่านกระบวนการตามขั้นตอนดังที่ได้กล่าวมา การก่อสร้างสิ่ง สาธารณูปโภคก็ได้รับการพิจารณาในด้านต่างๆอย่างรอบคอบ คู่สัญญาจึงมีความพร้อมในการ ก่อสร้าง โดยหน้าที่ในการก่อสร้างเป็นของเอกชนผู้รับสัมปทาน ซึ่งในระหว่างการก่อสร้างภาครัฐก็ มีหน้าที่ในการกำกับดูแลและให้ความช่วยเหลือบางประการแก่ภาคเอกชนเช่น การช่วยเวนคืน ที่ดินที่ต้องการก่อสร้าง การค้ำประกันเงินกู้ของภาคเอกชน ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อ มาตรการส่งเสริมการลงทุนของภาครัฐ

เมื่อโครงการได้ก่อสร้างเสร็จ ภาคเอกชนมีหน้าที่ในการรายงานต่อหน่วยงานเจ้าของ โครงการภายในห้าสิบห้าวันนับตั้งแต่ก่อสร้างเสร็จ เมื่อหน่วยงานได้รับรายงานดังกล่าวก็จะออก ใบรับรองว่าโครงการได้ก่อสร้างเสร็จสิ้น ซึ่งหากภาคเอกชนมิได้รับใบรับรองดังกล่าวจะไม่สามารถ ใช้ประโยชน์ในสิ่งสาธารณูปโภคที่สร้างเสร็จได้⁸³

3.2.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในการบริหารงานสิ่งสาธารณูปโภค

เมื่อสิ่งสาธารณูปโภคได้ก่อสร้างเสร็จสิ้น บทบาทของคู่สัญญาย่อมดำเนินไปตาม กรอบของข้อกำหนดและข้อตกลงในสัญญา โดยภาคเอกชนซึ่งมีประสิทธิภาพในการบริหารงาน ที่ดีกว่าภาครัฐ ภาคเอกชนจึงมีหน้าที่ในการบริหารโครงการ ส่วนภาครัฐมีหน้าที่หลักในการกำกับการ ดำเนินงานของภาคเอกชน หนึ่งในหัวข้อนี้จะใช้วิธีการอธิบายเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา โดยแยกตามประเภทขององค์กรเป็นหลัก

⁸² Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 16

⁸³ Act on Private Participation in Infrastructure Article 22(5)

3.2.4.1 สิทธิและหน้าที่ของภาคเอกชนในการบริหารงานสิ่งสาธารณูปโภค

บทบาทของภาคเอกชนในการบริหารงานสิ่งสาธารณูปโภคก็คือภารกิจในการให้บริการแก่ประชาชนผู้ที่ต้องการบริโภคผลผลิตที่เกิดจากสิ่งสาธารณูปโภค โดยภาคเอกชนก็ย่อมมีสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคด้วย ซึ่งจำแนกสิทธิและหน้าที่ได้ดังต่อไปนี้

ก.) สิทธิในการใช้สิ่งสาธารณูปโภค

เมื่อสิ่งสาธารณูปโภคได้ก่อสร้างเสร็จ หากการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนเข้าร่วมในรูปแบบ Build-Transfer-Operate (รูปแบบที่หนึ่ง) หรือ Build-Transfer-Lease (รูปแบบที่สอง) ซึ่งต้องโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งสาธารณูปโภคให้รัฐทันทีที่ก่อสร้างเสร็จ ภาคเอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะใช้สิ่งสาธารณูปโภคและแสวงหาประโยชน์จากโครงการ โดยการเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้งานสิ่งสาธารณูปโภคจากประชาชนผู้บริโภคตลอดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา⁸⁴ อนึ่งหากภาคเอกชนผู้รับสัมปทานได้ก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคเสร็จก่อนเวลาที่กำหนดไว้ระยะเวลาที่ภาคเอกชนผู้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์ก็มิได้รับการเปลี่ยนแปลงให้มีสิทธิที่นานขึ้น⁸⁵

ข.) สิทธิในการถือครองกรรมสิทธิ์ในสิ่งสาธารณูปโภค

การถือครองกรรมสิทธิ์ในสิ่งสาธารณูปโภคที่เพิ่งก่อสร้างเสร็จปรากฏเฉพาะการเข้าร่วมทุนในรูปแบบ Build-Operate-Transfer (รูปแบบที่สาม) และ Build-Own-Operate (รูปแบบที่สี่)⁸⁶ ซึ่งประโยชน์ของภาคเอกชนในการถือครองกรรมสิทธิ์นี้รวมถึงการได้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในสิ่งสาธารณูปโภคแต่การถือครองกรรมสิทธิ์ในรูปแบบ Build-Operate-Transfer จะมีระยะเวลาในการถือครองกรรมสิทธิ์ซึ่งเมื่อครบกำหนด ภาคเอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งสาธารณูปโภคคืนกลับไปให้ภาครัฐถือครอง

ค.) สิทธิในการได้รับค่าชดเชย

ในการดำเนินงานของภาคเอกชนโดยส่วนใหญ่เป็นไปตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน แต่ในบางกรณีก็กฎหมายกำหนดให้ภาครัฐมีอำนาจฝ่ายเดียวในการปรับเปลี่ยนการดำเนินงานหรือเพิกถอนคำสั่งที่ได้ให้ไว้ โดยสาเหตุมิได้เกิดจากความผิดของภาคเอกชน

⁸⁴ Act on Private Participation in Infrastructure Article 25(1)

⁸⁵ Act on Private Participation in Infrastructure Article 25(5)

⁸⁶ Act on Private Participation in Infrastructure Article 25(2)

กฎหมายจึงได้กำหนดให้ภาครัฐมีหน้าที่ในการจ่ายค่าชดเชยให้แก่ภาคเอกชนหากเกิดความเสียหาย

ง.) หน้าที่ในการเข้าบริหารและจัดการสิ่งสาธารณูปโภค

เมื่อโครงการได้ก่อสร้างเสร็จ นอกจากภาคเอกชนจะได้รับสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคแล้ว ภาคเอกชนผู้รับสัมปทานยังจะต้องมีหน้าที่ในการเข้าบริหารและจัดการ⁸⁷ในการให้บริการแก่ประชาชนผู้ซึ่งบริโภคผลผลิตที่เกิดจากผลิตผลของสิ่งสาธารณูปโภคในระดับมาตรฐานที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาสัมปทาน นอกจากนี้ภาคเอกชนผู้รับสัมปทานยังมีหน้าที่ในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมในสิ่งสาธารณูปโภคที่ตนเองถือครองตลอดอายุของสัญญา โดยก่อนที่จะมีการบำรุงรักษาและซ่อมแซมภาคเอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องนำเสนอแผนงานในภาระดังกล่าวต่อหน่วยงานที่กำกับดูแลโครงการด้วย⁸⁸

จ.) หน้าที่ในการโอนกรรมสิทธิ์ในโครงการสิ่งสาธารณูปโภคคืนให้ภาครัฐ

ในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนด้วยรูปแบบ Build-Transfer-Operate หรือ Build-Transfer-Lease และ Build-Operate-Transfer ภาคเอกชนมีสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์จากโครงการภายในอายุของสัญญาสัมปทาน แต่อย่างไรก็ตามภาคเอกชนยังมีหน้าที่ในการโอนกรรมสิทธิ์ในโครงการคืนให้ภาครัฐภายหลังการก่อสร้างเสร็จสิ้นหากเป็นการร่วมทุนในรูปแบบ Build-Transfer-Operate และ Build-Transfer-Lease หรือภายหลังครบกำหนดในอายุของสัญญาสัมปทานในการร่วมทุนรูปแบบ Build-Operate-Transfer

3.2.4.2 สิทธิและหน้าที่ของภาครัฐในการบริหารงานสิ่งสาธารณูปโภค

บทบาทของภาครัฐในการบริหารสิ่งสาธารณูปโภคภายหลังการก่อสร้างเสร็จก็คือการกำกับดูแลในเชิงนโยบายและแทรกแซงการดำเนินงานของภาคเอกชนในกรณีที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากภาครัฐเป็นองค์กรที่มีเป้าหมายในการรักษาผลประโยชน์สาธารณะ จึงต้องรับภารกิจดังกล่าวโดยมีสิทธิและหน้าที่ดังต่อไปนี้

ก.) สิทธิในการปรับเปลี่ยนวิธีการใช้งานสิ่งสาธารณูปโภค

สิทธิดังกล่าวนี้เป็นอำนาจของภาครัฐในการกำกับดูแลการบริหารจัดการของภาคเอกชนผู้รับสัมปทาน ซึ่งโดยหลักแล้วภาครัฐไม่สามารถบังคับให้ภาคเอกชนปรับเปลี่ยนวิธีการใช้งานสิ่งสาธารณูปโภคได้เพราะเป็นการกระทบสิทธิในการบริหารงานของภาคเอกชน แต่

⁸⁷ Act on Private Participation in Infrastructure Article 26

⁸⁸ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 25

ถ้าหากว่าการปรับเปลี่ยนการใช้งานดังกล่าวนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อผลประโยชน์สาธารณะ และการทำงานของสิ่งสาธารณูปโภคไม่มีทางประสบความสำเร็จได้ถ้าหากมิได้ปรับเปลี่ยนการใช้งาน⁸⁹ ภาครัฐก็มีสิทธิที่จะปรับเปลี่ยนการใช้งานในสิ่งสาธารณูปโภคได้⁹⁰ โดยต้องหารือร่วมกับภาคเอกชนก่อนออกคำสั่งดังกล่าว และถ้าหากในการปรับเปลี่ยนนั้นภาคเอกชนได้รับความเสียหาย ภาครัฐก็จะต้องจ่ายค่าชดเชยแก่ภาคเอกชน

ข.) สิทธิในการเพิกถอนคำสั่งหรือปรับเปลี่ยนคำสั่งในการดำเนินงานตามกฎหมาย

สิทธิของภาครัฐในกรณีนี้เป็นสิทธิที่เกิดจากเหตุของการละเมิดในการดำเนินงานตามกฎหมายร่วมทุนของทางภาคเอกชนหรือในกรณีที่ภาคเอกชนไม่ยื่นรายงานในการดำเนินงานและโครงสร้างวิศวกรรม(DEDPI) โดยไม่มีเหตุอันควรหรือภาคเอกชนได้ใช้วิธีที่ทุจริตในการประกวดราคา เมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น ภาครัฐมีอำนาจในการเพิกถอนหรือปรับเปลี่ยนคำสั่งของตนที่ได้ให้ไว้ในการทำงานได้⁹¹ โดยไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย

แต่อย่างไรก็ตามภาครัฐก็อาจมีสิทธิใช้อำนาจดังกล่าวได้แม้ภาคเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิด ถ้าหากการใช้อำนาจเพิกถอนหรือปรับเปลี่ยนการดำเนินงานมีผลประโยชน์สาธารณะมาเกี่ยวข้องหรือเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของสิ่งสาธารณูปโภคหรือเกิดเหตุสุดวิสัยเช่น อยู่ในสภาวะสงครามหรือเกิดภัยธรรมชาติ⁹²

ค.) สิทธิในการยกเลิกโครงการร่วมทุน

สิทธิดังกล่าวนี้เป็นอำนาจในการกระทำฝ่ายเดียวของทางภาครัฐ โดยการยกเลิกโครงการร่วมทุนสามารถกระทำได้ในสองขั้นตอนคือขั้นการกำหนดแผนงานที่ภาครัฐนำเสนอ (solicited project proposal) โดยอาศัยเหตุที่การประกาศแผนงานมิได้รับการประกาศตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือภาครัฐได้ประกาศยกเลิกแผนงานในรัฐกิจจานุเบกษาแล้ว⁹³

ในส่วนการยกเลิกขั้นตอนที่สองก็คือขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยอาศัยสาเหตุในการยกเลิกเช่นเดียวกับสาเหตุในการเพิกถอนคำสั่งที่ได้กล่าวมาแล้วซึ่งถ้า

⁸⁹ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 26

⁹⁰ Act on Private Participation in Infrastructure Article 29

⁹¹ Act on Private Participation in Infrastructure Article 46

⁹² Act on Private Participation in Infrastructure Article 47

⁹³ Act on Private Participation in Infrastructure Article 50

หากมิใช่เกิดจากความผิดของทางภาคเอกชน ภาครัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชยหากภาคเอกชนเกิดความเสียหาย⁹⁴

ง.) สิทธิในการปรับลดการเก็บค่าธรรมเนียมของภาคเอกชน

ในการแสวงหาประโยชน์ในโครงการของภาคเอกชน ภาครัฐจะต้องไม่แทรกแซงการแสวงหาประโยชน์ของภาคเอกชนโดยไม่จำเป็นเว้นแต่เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นหากภาคเอกชนผู้รับสัมปทานเก็บค่าธรรมเนียมในการใช้สิ่งสาธารณูปโภคจากประชาชนในอัตราที่สูงเกินควร ภาครัฐก็มีหน้าที่ในการแทรกแซงการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมเพื่อให้ประชาชนทุกระดับชั้นสามารถใช้ประโยชน์ในสิ่งสาธารณูปโภคอย่างเสมอภาค⁹⁵

จ.) หน้าที่ในการรับฟังเหตุผลก่อนการเพิกถอนคำสั่งหรือปรับเปลี่ยนคำสั่งในการดำเนินงาน

ในการออกคำสั่งของภาครัฐกรณีเพิกถอนคำสั่งหรือปรับเปลี่ยนคำสั่งในการดำเนินงานที่ได้ให้ไว้ไม่ว่าการออกคำสั่งดังกล่าวจะเกิดจากความผิดของภาคเอกชนหรือไม่ ภาครัฐจะต้องรับฟังเหตุผลของทางภาคเอกชนก่อนมีการออกคำสั่งเพื่อโอกาสของทางภาคเอกชนในการชี้แจงเหตุผล⁹⁶

3.2.5 มาตรการส่งเสริมการลงทุนของภาครัฐ⁹⁷

เนื่องจากในการลงทุนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคจำเป็นที่จะต้องใช้ทุนทรัพย์ในการก่อสร้างจำนวนมาก ภาคเอกชนจำเป็นต้องแบกรับความเสี่ยงในการลงทุนไม่ว่าภาวะทางด้าน การหาเงินทุน การหาวัตถุดิบในการก่อสร้าง และการจ้างผู้เชี่ยวชาญในด้านต่างๆ อีกทั้งผลประโยชน์ที่

⁹⁴ Act on Private Participation in Infrastructure Article 49

⁹⁵ Seung Ho Choi, The Korean Market for Private Participation in Infrastructure- An Analysis of Risks and Opportunities for Private Investors, Journal of Korean Law, Vol 4, No 2, pp.234, (2005).

⁹⁶ Act on Private Participation in Infrastructure Article 48

⁹⁷ Junglim Hahm, Private participation in the infrastructure program of the republic of Korea, pp.69-70

<<http://www.unescap.org/TTDW/ppp/trainingmaterials/MonitoringPPIInROK.pdf>> ,

Retrieved January 14, 2009.

เอกชนคาดว่าจะได้รับก็เป็นผลที่จะพึงได้ในอนาคต ดังนั้นเพื่อการกระตุ้นแรงจูงใจของภาคเอกชน และลดความเสี่ยงในการลงทุน ภาครัฐจึงต้องออกมาตรการในการส่งเสริมการลงทุนเพื่อช่วยเหลือภาคเอกชนโดยมีรายละเอียดดังนี้

3.2.5.1 การส่งเสริมการลงทุนด้วยการเวนคืนที่ดิน

ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคที่จำเป็นต้องใช้พื้นที่ในการก่อสร้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการก่อสร้างทางด่วนหรือทางรถไฟหากพื้นที่ที่ภาคเอกชนต้องการใช้ในการก่อสร้างเป็นพื้นที่ของประชาชน ภาครัฐจะต้องช่วยเหลือในการเวนคืนที่ดินด้วยอำนาจทางกฎหมายที่ดินมีอยู่ หากภาครัฐต้องการเล็งปัญหา ภาครัฐก็อาจจะเสนอพื้นที่ที่ตนเองมีกรรมสิทธิ์ให้ใช้ในการก่อสร้างก่อนที่ภาคเอกชน จะลงมือก่อสร้าง

3.2.5.2 การส่งเสริมการลงทุนด้วยการค้ำประกันเงินกู้

ในกรณีที่ภาคเอกชนมีปัญหาในการระดมเงินทุน การกู้เงินเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องกระทำ หากต้องการดำเนินงานให้สำเร็จ แต่การปล่อยเงินกู้ของสถาบันการเงินภาคเอกชนที่ต้องการกู้เงิน จะต้องมีความน่าเชื่อถือในระดับหนึ่งและการกู้เงินจำนวนมากผู้กู้ก็ต้องหาหลักประกันที่มีมูลค่าสูงตามไปด้วย ภาครัฐจึงต้องเข้ามาช่วยค้ำประกันในการระดมเงินทุนของภาคเอกชน ผู้รับสัมปทานเพราะมิเช่นนั้นอาจเกิดปัญหาในการก่อสร้างเนื่องจากเงินทุนไม่เพียงพอ

3.2.5.3 การส่งเสริมการลงทุนด้วยมาตรการทางด้านภาษี

การเก็บภาษีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภคจะเป็นการเพิ่มต้นทุนของการก่อสร้างซึ่งนอกจากจะเป็นการเพิ่มอัตราความเสี่ยงแล้วยังเป็นการลดแรงจูงใจของภาคเอกชนในเข้าร่วมลงทุน ดังนั้นภาครัฐจึงต้องออกข้อยกเว้นในการเก็บภาษีเพื่อลดต้นทุนในการก่อสร้าง เช่นการยกเว้นภาษีที่ดินในที่ดินที่เวนคืน หรือการลดภาษีร้อยละศูนย์ในการจัดหาวัสดุในการก่อสร้าง หรือการลดภาษีเงินได้นิติบุคคลของภาคเอกชนที่เป็นผู้ดำเนินงาน

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาและโครงสร้างทั้งหมดของกฎหมายร่วมทุนในประเทศเกาหลีใต้ อาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายดังกล่าวนี้ ได้วางระบบการเข้าร่วมงานที่ครอบคลุมเกือบทุกขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็น ขั้นตอนในการนำเสนอโครงการ ขั้นตอนในการคัดเลือกภาคเอกชน ขั้นตอนในการเจรจาข้อตกลงในสัญญา ขั้นตอนการก่อสร้างโครงการ ตลอดจนการกำหนด

สิทธิและหน้าที่ภายหลังการก่อสร้างหรือการบำรุงรักษาได้เสร็จสิ้น ซึ่งทำให้ระบบการเข้าร่วมงานมีความชัดเจนเพียงพอที่คู่สัญญาจะปฏิบัติตามได้

สำหรับความโดดเด่นของกฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนสามารถที่จะนำเสนอโครงการร่วมทุนได้เอง เป็นเรื่องที่น่าสนใจ เพราะในการนำเสนอโครงการร่วมทุนในประเทศอื่นๆ โดยส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้เป็นบทบาทของทางภาครัฐ การให้โอกาสดังกล่าวแก่ภาคเอกชนจึงเป็นช่องทางในการนำเสนอโครงการใหม่ๆ ที่ภาคเอกชนมีความพร้อมในการผลิต และอาจจะสอดคล้องกับความต้องการในระบบตลาดที่มากกว่า

นอกจากนี้ การที่กฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ได้กำหนด “ผลของการฝ่าฝืน” ในบางขั้นตอนด้วยเนื้อหาทางกฎหมายที่มีความชัดเจน ทำให้กระบวนการที่บังคับนั้นมีลักษณะเป็น “มาตรการ” ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายร่วมทุน สมควรจะต้องมี หากต้องการสร้างขั้นตอนดังกล่าวขึ้น ให้มีผลใช้บังคับในโครงการร่วมทุน

3.3 กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐของประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ในการวางกรอบการดำเนินงาน ในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนเช่นเดียวกันกับประเทศเกาหลีใต้ แต่โครงสร้างทางกฎหมายของกฎหมายร่วมทุนของญี่ปุ่นมีความเคร่งครัดที่น้อยกว่า โดยเนื้อหาของกฎหมายมิได้บัญญัติทุกขั้นตอนครอบคลุมเท่ากฎหมายร่วมทุนของประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า อาจจะมาจกข้อแตกต่างในสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศที่ประเทศญี่ปุ่นมีความเจริญทางเทคโนโลยีและมีเงินทุนมากกว่า การร่วมทุนกับภาคเอกชนจึงมีเป้าหมายหลักในการกระจายภาระงานให้แก่ภาคเอกชน

3.3.1 ความเป็นมาของการร่างกฎหมาย

ประเทศญี่ปุ่นเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ได้รับแนวคิดในการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค โดยมีการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีชื่อว่า Act on Promotion of Private Finance Initiative สำหรับแนวความคิดที่มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายฉบับนี้ก็คือ แนวคิดในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศอังกฤษ ซึ่งแนวคิดในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศญี่ปุ่นมีแนวคิดที่สอดคล้องกับแนวคิดของประเทศอังกฤษหลากหลายประการ โดยเฉพาะการ

ดั่งศักยภาพของภาคเอกชนที่ภาครัฐไม่มี หรือภาครัฐมีแต่ศักยภาพไม่เทียบเท่า เช่น การออกแบบงบประมาณในการลงทุน เทคโนโลยี รวมถึงการบริหารจัดการที่มีความคล่องตัวมากกว่า และเป็นการลดปัญหาจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ที่มีปัญหาว่าเป็นการขายทรัพย์สินของรัฐให้กับเอกชน โดยแนวคิดในการร่วมทุนดังกล่าวนี้ จะทำให้รัฐไม่ต้องรับภาระความเสี่ยงในการลงทุนทั้งหมดและสามารถที่จะเวนคืนสิ่งสาธารณูปโภคในโครงการ กลับมาเป็นของรัฐภายหลังระยะเวลาในสัญญาสัมปทานได้สิ้นสุดลง

กฎหมายว่าด้วยการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศญี่ปุ่น ได้รับการเสนอร่างกฎหมายโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสภาไดเอต ในเดือนพฤษภาคมปี ค.ศ.1998 และมีผลบังคับใช้ในช่วงฤดูใบไม้ผลิของปี ค.ศ.1999 โดยภายหลังจากการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว ภาครัฐสามารถลดความเสี่ยงในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคได้ดียิ่งขึ้นโดยการกระจายความเสี่ยงไปสู่ภาคเอกชนในการลงทุนและการก่อสร้าง แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ ก็ได้กำหนดมาตรการช่วยเหลือแก่เอกชนผู้ที่เข้ามาร่วมลงทุนโดยการให้กู้เงินจากภาครัฐและมีการลดหย่อนภาษี เพื่อกระตุ้นความน่าสนใจของภาคเอกชนในการเข้ามาลงทุน⁹⁸

3.3.2 หลักการเบื้องต้นในการพิจารณาโครงการร่วมทุน

3.3.2.1 ลักษณะของคู่สัญญา

คู่สัญญาในโครงการร่วมทุนได้แบ่งเป็นสองฝ่ายคือฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชน โดยกฎหมายร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่นได้ให้คำนิยามคู่สัญญาฝ่ายรัฐในความหมายของรัฐบาล รัฐบาลท้องถิ่น องค์การมหาชน นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงหน่วยงานของภาครัฐองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ฝ่ายบริหาร เช่น ประธานศาลสูง ประธานรัฐสภา และประธานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน⁹⁹

ในส่วนนิยามของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้แก่บุคคลเอกชนซึ่งต้องการที่จะเข้ามาร่วมทุนในกิจการของทางภาครัฐโดยมิได้จำกัดกรอบว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลหนึ่ง ในนิยามคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามกฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ได้หมายความว่ารวมถึงนิติบุคคลที่

⁹⁸ Fumio Shinohara, *Perspectives on Private Finance Initiative in Japan*, NLI Research Institute, 1998, pp.27-28

<<http://www.nliresearch.co.jp/english/socioeconomics/1998/li9808.pdf>> ,

Retrieved December 20, 2008.

⁹⁹ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 2 (3)(5)

ภาครัฐได้ถือครองจำนวนหุ้นเป็นส่วนใหญ่ เช่น รัฐวิสาหกิจ (state enterprise) ซึ่งหากนิติบุคคลประเภทนี้เข้าร่วมทุนกับภาครัฐนอกจากจะมีสภาพเป็นฝ่ายเอกชนแล้ว ยังจะต้องผ่านกระบวนการร่วมงานที่ซับซ้อนกว่านิติบุคคลธรรมดา¹⁰⁰

3.3.2.2 กิจกรรมที่ให้เอกชนร่วมทุน

กฎหมายร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่นได้ให้คำนิยามของโครงการที่จะเข้าร่วมงานก็คือการลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งได้แบ่งประเภทของสิ่งสาธารณูปโภคในการร่วมทุนไว้สี่ประเภทได้แก่

ก.) สิ่งสาธารณูปโภคสาธารณะเช่น ถนน ทางรถไฟ ท่าเรือ ท่าอากาศยาน แม่น้ำ สวนสาธารณะการชลประทานและระบบกำจัดของเสีย

ข.) สิ่งสาธารณูปโภคของทางราชการ เช่น อาคารและสถานที่ของราชการ

ค.) สิ่งสาธารณูปโภคเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่น การเคหะแห่งชาติ สิ่งสาธารณูปโภคด้านการศึกษาและวัฒนธรรม เครื่องบำบัดน้ำเสีย โรงพยาบาล สิ่งสาธารณูปโภคด้านสวัสดิการสังคม เครื่องรักษาความปลอดภัย ที่จอดรถ

ง.) สิ่งสาธารณูปโภคด้านการสื่อสาร เครื่องทำความร้อน สิ่งสาธารณูปโภคด้านพลังงาน¹⁰¹

ในส่วนลักษณะของการเข้าร่วมโครงการก็จะมีลักษณะในการพัฒนาเมือง การปรับปรุงคุณภาพของพื้นดิน การก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค การฟื้นฟูสิ่งสาธารณูปโภค การบำรุงรักษาสิ่งสาธารณูปโภค และ การบริหารจัดการในสิ่งสาธารณูปโภค¹⁰²

3.3.2.3. รูปแบบของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

รูปแบบของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกฎหมายร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่นมิได้กำหนดรายละเอียดของรูปแบบการเข้าร่วมทุนไว้เป็นการเฉพาะ แต่ปรากฏในทางปฏิบัติว่ามีแนวปฏิบัติที่ทางรัฐบาลได้กำหนดรูปแบบการให้เอกชนร่วมทุนไว้เป็นการเฉพาะ (guidelines)

¹⁰⁰ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 10

¹⁰¹ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 2 (1)

¹⁰² Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 2 (2)

ซึ่งเป็นข้อกำหนดของรัฐมนตรีกระทรวงโยธาธิการ (Ministry of Construction) โดยเป็นรูปแบบของการเข้าร่วมทุนที่กำหนดบทบาทของภาครัฐและภาคเอกชนในการดำเนินงาน¹⁰³

ก.) รูปแบบที่หนึ่งเป็นรูปแบบที่ให้สิทธิแก่เอกชนในการรับผลประโยชน์จากการสิ่งสาธารณูปโภคที่ได้ก่อสร้าง โดยภาคเอกชนจะต้องลงทุนในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคและบริหารจัดการในสิ่งสาธารณูปโภคด้วยตนเอง สำหรับผลประโยชน์ที่เอกชนจะพึงได้ก็คือค่าธรรมเนียมจากประชาชนผู้ซึ่งได้รับประโยชน์จากใช้บริการสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ในส่วนบทบาทของภาครัฐ ถูกจำกัดเพียงแค่อำนาจในการเสนอแบบแปลนของสิ่งก่อสร้างขั้นพื้นฐานและอำนาจในการเวนคืนที่ดินสำหรับใช้ในโครงการ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาในการหาประโยชน์ในสิ่งสาธารณูปโภคที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน ภาครัฐมีสิทธิที่จะได้รับสิ่งสาธารณูปโภคคืนจากเอกชน ซึ่งการร่วมทุนรูปแบบดังกล่าวเป็นการร่วมทุนในรูปแบบ Build Operate Transfer (BOT)

สำหรับตัวอย่างโครงการที่ก่อสร้างตามรูปแบบการเข้าร่วมทุนลักษณะนี้ อาทิเช่น ทางด่วนข้ามอ่าวโตเกียว สนามกีฬาอเนกประสงค์ พิพิธภัณฑสถานสวนสาธารณะ ถนนทางยกระดับ และ โครงการนำขยะกลับมาใช้ใหม่

ข.) รูปแบบที่สองเป็นรูปแบบที่ภาครัฐและเอกชนต่างมีบทบาทในการปฏิบัติงานที่สมดุลกัน เป็นลักษณะของการแบ่งงานกันทำ โดยแบ่งความเสี่ยงให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมรับภาระในการปฏิบัติงานซึ่งภาครัฐสามารถลดมูลค่าการลงทุนในกรณีนี้ที่โครงการดังกล่าวภาครัฐเป็นเจ้าของในทรัพยากรที่จะนำมาใช้ในการดำเนินงาน

สำหรับตัวอย่างโครงการที่ก่อสร้างตามรูปแบบการเข้าร่วมทุนลักษณะนี้ อาทิเช่น สวนสาธารณะ ทางเดินสาธารณะ ทางเชื่อมโยงครือข่ายเหนือแม่น้ำ การฟื้นฟูสิ่งสาธารณูปโภค และการพัฒนาพื้นที่ลานกว้างริมแม่น้ำ

ค.) รูปแบบที่สามเป็นรูปแบบของการมอบภาระในการก่อสร้างและการออกแบบให้แก่ภาคเอกชน และเมื่อก่อสร้างเสร็จเอกชนจะต้องรับภาระในการบริหารจัดการสิ่งสาธารณูปโภคนั้น โดยภาครัฐจะเป็นผู้ที่รับผิดชอบในการจ่ายค่าใช้บริการของประชาชนให้แก่ภาคเอกชน

¹⁰³ Nobuhiro MORI, *Challenge and Prospects for the Japanese PFI*, pp.4

<www.jsceint.org/civil_engineering/1998/challenges.pdf>, Retrieved January 14, 2009.

สำหรับตัวอย่างโครงการที่ก่อสร้างตามรูปแบบการเข้าร่วมทุนลักษณะนี้ อาทิเช่น
สวัสดิการบ้านจัดสรร การกำจัดน้ำเสีย การกำจัดขยะ สนามกีฬา และพิพิธภัณฑ์ศิลปะ

3.3.2.4 ลักษณะของคณะกรรมการประจำโครงการ

คณะกรรมการประจำโครงการตามกฎหมายร่วมทุนของญี่ปุ่นมีสมาชิกจำนวนเก้าคน
ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากนายกรัฐมนตรีและอาศัยอำนาจของคณะรัฐมนตรีในการแต่งตั้ง
โดยคุณสมบัติของคณะกรรมการประจำโครงการจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ใน
โครงการร่วมทุน ซึ่งไม่จำเป็นจะต้องดำรงตำแหน่งทางการเมืองในตำแหน่งใด¹⁰⁴

ในเรื่องอำนาจของคณะกรรมการประจำโครงการในกฎหมายร่วมทุนได้กำหนดให้มี
อำนาจในการตรวจสอบว่าขั้นตอนการเข้าร่วมทุนได้ดำเนินการไปตามกฎหมายหรือไม่ และมี
อำนาจในการออกความเห็นเกี่ยวกับการบริหารเงินในการลงทุนของภาคเอกชน โดยภาคเอกชน
จะต้องรับฟังในการให้ความเห็นดังกล่าวมาใช้ในการปรับปรุงการบริหารเงินทุนของตนเอง¹⁰⁵
นอกจากนี้ในกรณีที่มีความจำเป็นคณะกรรมการประจำโครงการจะจัดตั้งอนุคณะกรรมการ
ให้รับผิดชอบในเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ได้

3.3.3 ขั้นตอนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

3.3.3.1 ขั้นตอนการกำหนดนโยบายขั้นพื้นฐานของรัฐบาล

ขั้นตอนการให้เอกชนเข้าร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรี
มีบทบาทในการวางกรอบนโยบายแก่หน่วยงานเจ้าของโครงการนำไปปฏิบัติ โดยกรอบนโยบาย
ดังกล่าวเรียกว่า “กรอบนโยบายขั้นพื้นฐาน” (basic policy) ซึ่งนโยบายขั้นพื้นฐานที่
นายกรัฐมนตรีได้กำหนดออกมานี้ จะเป็นแนวปฏิบัติของหน่วยงานเจ้าของโครงการในการคัดเลือก
แผนงานที่เหมาะสมกับการลงทุน ทั้งการกำหนดแผนในการบริหารงบประมาณในการลงทุน
การปฏิรูปองค์กรของภาครัฐให้มีความเหมาะสมกับการให้บริการที่มีคุณภาพมากยิ่งขึ้น การเปิด
การประมูลโครงการที่มีความโปร่งใส และการวางมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่เพิ่มแรงจูงใจ
ในการลงทุนของภาคเอกชน

¹⁰⁴ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 22

¹⁰⁵ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 21

หนึ่งในกฎหมายร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดรายละเอียดที่นายกรัฐมนตรีจะต้องวางหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไว้ในนโยบายขั้นพื้นฐาน¹⁰⁶

- ก.) หลักเกณฑ์ในการคัดเลือกข้อเสนอในการประมูลโครงการของเอกชน
- ข.) หลักเกณฑ์ในการจัดการประมูลโครงการและการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน
- ค.) หลักเกณฑ์ในการดำเนินงานที่มีความเหมาะสมในการลงทุนโดยการแบ่งแยกหน้าที่ในการดำเนินงานของภาครัฐและเอกชนอย่างชัดเจน
- ง.) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการออกกฎหมายและมาตรการในการส่งเสริมการลงทุนโดยภาครัฐในด้านการเงินหรือการคลัง

ก่อนการออกนโยบายขั้นพื้นฐาน นายกรัฐมนตรีจะต้องขอคำปรึกษาหารือจากปลัดกระทรวงและหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อใช้ในการกำหนดกรอบนโยบายขั้นพื้นฐานที่สอดคล้องกับทางปฏิบัติในการดำเนินงาน เมื่อนายกรัฐมนตรีได้กำหนดนโยบายขั้นพื้นฐานเสร็จก็ต้องจัดพิมพ์และส่งให้องค์กรของภาครัฐภาคีที่มีส่วนเกี่ยวข้อง หนึ่งขอขอบเขตการบังคับของนโยบายขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้บังคับไปถึงการดำเนินการของรัฐบาลท้องถิ่นด้วย

3.3.3.2 ขั้นตอนการกำหนดนโยบายในการดำเนินงาน ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ

เมื่อนายกรัฐมนตรีได้กำหนดนโยบายพื้นฐานออกมาแล้ว นโยบายพื้นฐานดังกล่าวก็จะเป็นกรอบในการดำเนินงานของหน่วยงานเจ้าของโครงการในการกำหนด “นโยบายในการดำเนินงาน” (Implementation Policy)¹⁰⁷ เพื่อให้บังคับในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค โดยนโยบายในการดำเนินงานจะต้องกำหนดเนื้อหาดังต่อไปนี้

- ก.) รายละเอียดเกี่ยวกับเกณฑ์ในการคัดเลือกโครงการที่เหมาะสม
- ข.) รายละเอียดของการคัดเลือกคุณสมบัติของฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทาน
- ค.) รายละเอียดในการดำเนินงานที่มีความเหมาะสมในการลงทุนโดยการแบ่งแยกหน้าที่ในการดำเนินงานของภาครัฐและเอกชนอย่างชัดเจน
- ง.) รายละเอียดของสิ่งสาธารณูปโภคในเรื่องของขนาดและที่ตั้งของการก่อสร้าง
- จ.) รายละเอียดเกี่ยวกับการวางมาตรการในการตีความสัญญาร่วมทุนในกรณีนี้อาจจะมีปัญหาเกิดขึ้นในการดำเนินงานภายภาคหน้า

¹⁰⁶ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 4

¹⁰⁷ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 5

- ฉ.) รายละเอียดของมาตรการป้องกันในกรณีที่มีการดำเนินงานเกิดการขาดช่วง
- ช.) รายละเอียดเกี่ยวกับการออกกฎหมายและมาตรการในการส่งเสริมการลงทุน โดยภาครัฐในด้านการเงินหรือการคลัง
- ข.) รายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการต่างๆที่มีความจำเป็นในการดำเนินงาน เมื่อหน่วยงานเจ้าของโครงการได้กำหนดนโยบายในการดำเนินงานแล้ว หลังจากนั้นจะต้องมีการประกาศแผนการดำเนินงานดังกล่าวต่อสาธารณะ เพื่อให้เอกชนผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาร่วมทุน ได้รับทราบและจะได้เตรียมตัวในการแข่งประมูลโครงการ

3.3.3.3 ขั้นตอนการเปิดนำเสนอโครงการและ การคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

โครงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องการจะนำเสนอในการก่อสร้างและบริหารงานโดยวิธีการร่วมลงทุนกับภาคเอกชน ซึ่งต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าแผนงานในการดำเนินการมีความเหมาะสมกับนโยบายขั้นพื้นฐานที่นายกรัฐมนตรีได้กำหนดไว้หรือไม่ หลังจากนั้นจึงต้องพิจารณาจากนโยบายในการดำเนินงานที่หน่วยงานของตนได้ออกเป็นลำดับถัดไป หากแผนงานสอดคล้องกับนโยบายทั้งสอง หน่วยงานเจ้าของโครงการจึงจะสามารถเปิดประมูลโครงการเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน¹⁰⁸ แต่อย่างไรก็ตาม โครงการที่ได้นำเสนอ อาจจะถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการประจำโครงการก็ได้ เพื่อที่จะได้รายงานผลของการตรวจสอบแก่นายกรัฐมนตรีในลำดับต่อไป¹⁰⁹

ในการประมูลโครงการก่อสร้าง ภาคเอกชนจะต้องเสนอของประกวดราคาต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ และเมื่อหน่วยงานเจ้าของโครงการได้พิจารณาเอกชนรายที่ได้เสนอเงื่อนไขที่ดีที่สุด หน่วยงานเจ้าของโครงการก็จะติดต่อเอกชนรายนั้นเพื่อเข้าสู่ขั้นตอนการเจรจาข้อสัญญาเบื้องต้น¹¹⁰

¹⁰⁸ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 6

¹⁰⁹ Miwa Yamada, "Introduction of the Private Finance Initiative Promotion Act in Japan", In *Private initiatives in infrastructure: priorities, incentives, and performance*, Masatsuga Tsuji, (Chiba: Institute of Developing Economies, 2000), pp.58.

¹¹⁰ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 7

สำหรับหลักเกณฑ์ของการคัดเลือกคู่สัญญา¹¹¹ กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องพิจารณาคุณสมบัติของภาคเอกชนที่ยื่นข้อเสนอโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการดำเนินงาน การประเมินราคาของโครงการ ประสิทธิภาพในการให้บริการ ประชาชนซึ่งรวมทั้งการใช้เทคโนโลยีในการจัดทำบริการ

เมื่อหน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้แล้ว จะต้องมีการประกาศโครงการที่ได้นำเสนอและรายละเอียดของภาคเอกชนที่ได้คัดเลือกให้สาธารณชนได้รับทราบ¹¹²

3.3.3.4 ขั้นตอนการเจรจาข้อตกลงในสัญญาร่วมทุน

เมื่อภาครัฐได้คัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสร็จสิ้นแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือการเจรจาต่อรองข้อสัญญาในการร่วมทุน เมื่อการเจรจาต่อรองเสร็จสิ้นแล้ว คู่สัญญาจึงจะลงนามในสัญญาการเข้าร่วมทุน โดยคู่สัญญาจะต้องผูกพันโดยสัญญาตกลงกันไว้และสามารถดำเนินการปฏิบัติงานในโครงการร่วมทุนซึ่งต้องดำเนินงานภายใต้กรอบของ นโยบายพื้นฐานและนโยบายในการดำเนินงานที่ภาครัฐได้กำหนดไว้ก่อนหน้านี้¹¹³ ซึ่งหากเกิดการไม่ปฏิบัติตามกรอบนโยบายที่กล่าวมา คณะกรรมการประจำโครงการที่จัดตั้งโดยกฎหมายฉบับนี้ก็จะกำกับดูแลและรายงานต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อกำหนดมาตรการในการลงโทษต่อไป

หนึ่งในกรณีภาครัฐเป็นรัฐบาลท้องถิ่น ในการตกลงเจรจาข้อสัญญากับภาคเอกชน เมื่อได้ตกลงทำสัญญากัน สัญญาร่วมทุนดังกล่าวนั้นจะต้องส่งไปให้สภาท้องถิ่นเป็นผู้ตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง¹¹⁴

3.3.4 มาตรการส่งเสริมการลงทุนของภาครัฐ

กฎหมายร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่นได้ให้อำนาจแก่ภาครัฐหลากหลายมาตรการในการส่งเสริมการลงทุนแก่ภาคเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้โครงการร่วมทุนมีประสิทธิภาพในการดำเนินงาน และเป็นการแบ่งเบาภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการแบกรับความเสี่ยงในการลงทุนด้านต่างๆ

¹¹¹ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 8 (2)

¹¹² Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 8 (1)

¹¹³ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 10

¹¹⁴ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 9

สำหรับสิ่งที่น่าสนใจในมาตรการช่วยเหลือในการลงทุนของประเทศญี่ปุ่นก็คือ การที่ภาครัฐสามารถถ่ายทอดเทคโนโลยีของตนให้แก่ฝ่ายเอกชนและทำให้ภาคเอกชนสามารถกู้เงินจากภาครัฐได้ ซึ่งสะท้อนถึงแนวความคิดในการให้เอกชนเข้าร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่นได้ว่ามีความเห็นความต้องการในด้านเทคโนโลยีและเงินทุนจากภาคเอกชน แต่มีเป้าหมายหลักคือการกระจายภาระงานบริการสาธารณะและต้องการคุณภาพในการบริหารงานองค์กรแบบภาคเอกชน ซึ่งมาตรการส่งเสริมการลงทุนมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.3.4.1 การให้ภาคเอกชนใช้ทรัพย์สินของภาครัฐในการดำเนินงาน¹¹⁵

ในการลงทุนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค ภาคเอกชนมีความจำเป็นที่จะต้องหาวัสดุและพื้นที่สำหรับการก่อสร้าง ในการลงทุนแสวงหาทรัพยากรดังกล่าวย่อมทำให้ต้นทุนในการผลิตมีปริมาณที่สูงขึ้น หากภาครัฐซึ่งเป็นหุ้นส่วนในการก่อสร้างสามารถหาทรัพยากรดังกล่าวมาสนับสนุนภาคเอกชน ภาระที่ภาคเอกชนจะต้องรับผิดชอบก็จะผ่อนคลายนลง ดังนั้นในกฎหมายร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่นจึงได้ให้อำนาจแก่ภาครัฐในการให้เอกชนใช้ทรัพยากรที่ภาครัฐถือครองโดยไม่เก็บเงินค่าใช้งานหรือหากจะมีการเก็บเงินก็ให้ภาครัฐเก็บในราคาต่ำกว่าท้องตลาด

3.3.4.2 การให้ภาคเอกชนกู้เงินของภาครัฐโดยไม่เก็บดอกเบี้ย

ในการลงทุนก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค การมีทุนทรัพย์ในการลงทุนที่เพียงพอเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดหากต้องการให้การลงทุนนั้นประสบความสำเร็จ แต่อย่างไรก็ตามในการลงทุนแต่ละโครงการย่อมใช้ทุนทรัพย์ที่ไม่เท่ากัน โครงการที่มีขนาดใหญ่และใช้เทคโนโลยีขั้นสูงย่อมต้องอาศัยทุนทรัพย์ในการก่อสร้างที่สูงตาม ภาคเอกชนที่ต้องการเข้าร่วมงานอาจจะไม่ต้องการแบกรับความเสี่ยงทางการเงินที่มีมากเกินไป การที่ภาครัฐเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนกู้เงินจากงบประมาณของตนได้จึงสามารถสร้างแรงจูงใจในการเข้ามาร่วมทุนของภาคเอกชน ในกฎหมายร่วมทุนของประเทศญี่ปุ่นจึงได้ให้อำนาจแก่รัฐบาลในการปล่อยกู้ให้แก่ภาคเอกชนโดยไม่เก็บดอกเบี้ย¹¹⁶ ซึ่งสะท้อนหลักการร่วมทุนของญี่ปุ่นที่มีเป้าหมายในการกระจายภาระงานในการจัดทำบริการให้แก่ภาคเอกชนมากกว่าการต้องการเงินทุนของภาคเอกชนเข้ามาใช้ในการร่วมทุน

¹¹⁵ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 12

¹¹⁶ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 13 (1)

3.3.4.3 การช่วยค้ำประกันเงินกู้ในการกู้เงินของภาคเอกชน

การที่ภาครัฐเข้าช่วยค้ำประกันเงินกู้ของภาคเอกชนก็เป็นมาตรการหนึ่งในการแบ่งเบาภาระในการหาแหล่งเงินทุนของเอกชนนอกจากการให้เอกชนกู้จากเงินงบประมาณของทางภาครัฐเอง¹¹⁷ เพราะการกู้เงินที่มีจำนวนเงินที่สูงมาก ผู้กู้จะต้องมีสินทรัพย์ที่น่าเชื่อถือจึงจะกู้ได้ หากภาครัฐเข้ามาช่วยค้ำประกัน สถาบันการเงินที่มีแหล่งเงินทุนก็ยอมที่จะมีความเชื่อมั่นในการปล่อยเงินกู้ เพราะภาครัฐเป็นสถาบันที่มีความมั่นคงและสามารถใช้จ่ายเงินคลังมาชำระหนี้แทนได้ หากเกิดการผิดนัดไม่มีการชำระหนี้ตามสัญญา

3.3.4.4 การช่วยเหลือโดยใช้มาตรการทางภาษี

การเก็บภาษีจากการประกอบการของเอกชนเป็นการหารายได้ประการหนึ่งของภาครัฐ แต่การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นการดำเนินงานลักษณะที่เป็นหุ้นส่วนซึ่งต่างต้องพึ่งพาอาศัยกัน ดังนั้นเพื่อให้ต้นทุนในการลงทุนของภาคเอกชนมีจำนวนที่ลดลง ภาครัฐจึงสามารถช่วยเหลือภาคเอกชนโดยการออกกฎหมายในการลดหรืองดเว้นการเก็บภาษีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในโครงการร่วมทุนได้¹¹⁸

3.3.4.5 การผ่อนคลายกฎเกณฑ์ที่ขัดขวางการใช้เทคโนโลยีของภาคเอกชน

ในการร่วมทุนโครงการก่อสร้างบางประเภท มีความจำเป็นที่จะต้องใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรมขั้นสูง แต่เกิดปัญหาในข้อกำหนดที่มีอยู่เดิมอันทำให้ภาคเอกชนไม่สามารถใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรมดังที่กล่าวนั้นได้ ซึ่งอาจจะมีปัญหาในเรื่องสิทธิบัตรในการใช้เทคโนโลยี ภาครัฐจึงสามารถเข้าช่วยเหลือได้โดยการผ่อนคลายกฎเกณฑ์ที่ขัดขวางอยู่เพื่อให้ภาคเอกชนสามารถดำเนินงานได้ต่อไป

3.3.4.6 การสนับสนุนโดยการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ภาครัฐถือครอง

การช่วยเหลือของภาครัฐในเรื่องการใช้เทคโนโลยีในการลงทุน นอกจากการผ่อนคลายกฎเกณฑ์ที่ขัดขวางการใช้เทคโนโลยีของภาคเอกชนแล้ว ภาครัฐยังสามารถช่วยเหลือภาคเอกชนโดยการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่จำเป็นจะต้องใช้ในการก่อสร้างได้¹¹⁹ ซึ่งประเทศญี่ปุ่นเป็น

¹¹⁷ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 13 (2)

¹¹⁸ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 16 (1)

¹¹⁹ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 19 (2)

กลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว (developed country) ย่อมจะมีเทคโนโลยีที่ได้รับการค้นคว้าวิจัย มาเป็นอย่างดี การช่วยเหลือภาคเอกชนโดยการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้จึงเป็นลักษณะการช่วยเหลือที่รัฐบาลญี่ปุ่นสามารถช่วยเหลือได้

3.3.4.7 การช่วยเหลือโดยการออกกฎหมายเวนคืนที่ดิน

ที่ดินคือพื้นที่ที่รองรับโครงการในการก่อสร้าง ดังนั้นในการก่อสร้างโครงการ สาธารณูปโภคจึงต้องวางแผนการใช้ที่ดินในการก่อสร้างอย่างชัดเจน หากการก่อสร้างนั้นมีความ จำเป็นที่จะต้องใช้พื้นที่ที่เอกชนรายอื่นถือครอง ภาครัฐจึงจำเป็นต้องช่วยเหลือภาคเอกชนในการ ดำเนินการทางกฎหมายในการเวนคืนที่ดินเพื่อให้โครงการสามารถดำเนินการได้ต่อไป¹²⁰

เมื่อศึกษาระบบกฎหมายร่วมทุนของญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่าอำนาจในการดำเนินการ กระบวนการเข้าร่วมงาน ระบบของญี่ปุ่นยังคงไว้วางใจที่จะให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นองค์กรหลักในการดำเนินงาน โดยอำนาจกำกับดูแลของคณะกรรมการประจำโครงการ มีเพียงแค่การให้ความเห็น หรือการทำรายงานเสนอต่อนายกรัฐมนตรี แต่ไม่มีอำนาจในการลงโทษ ด้วยตนเอง จึงทำให้กระบวนการเข้าร่วมงานของญี่ปุ่นมีความคล่องตัว เมื่อเปรียบเทียบกับระบบร่วมทุนของประเทศอื่น นอกจากนี้ การกำหนดมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่มีความ หลากหลายก็เป็นสิ่งโดดเด่นของกฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึง การให้ความสำคัญของรัฐบาลประเทศญี่ปุ่นในนโยบายที่ต้องการการร่วมทุนกับภาคเอกชน

ผลสรุปจากการศึกษาระบบกฎหมายร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า แต่ละประเทศที่ได้ศึกษาก็มีความโดดเด่นในการสร้างระบบการเข้าร่วมทุนที่มีความแตกต่างกัน อาทิเช่น ประเทศอังกฤษได้สร้างกระบวนการคัดเลือกภาคเอกชนที่มีวิธีการ ที่หลากหลายนอกเหนือจากวิธีการเปิดประมูลซึ่งเป็นลักษณะทั่วไป ในส่วนประเทศเกาหลีใต้ ก็มีการเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเสนอโครงการที่ตนเองต้องการลงทุน ซึ่งโดยทั่วไป ภาครัฐจะเป็น ผู้ที่มีบทบาทในการนำเสนอโครงการแต่เพียงองค์กรเดียว ในส่วนประเทศญี่ปุ่น แม้กระบวนการ เข้าร่วมงานจะมีความซับซ้อนน้อยกว่าระบบการเข้าร่วมทุนของประเทศอื่น แต่การสร้างมาตรการ ส่งเสริมการลงทุนที่มีความหลากหลาย ก็เป็นลักษณะที่โดดเด่นของกฎหมายร่วมทุนของประเทศนี้

¹²⁰ Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 15

ในการประเมินคุณค่าและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงในการศึกษาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ ดังนั้นการนำเสนอข้อมูลทั้งหมดในบทนี้ จะเป็นข้อมูลที่สำคัญในการนำไปใช้วิเคราะห์ถึงปัญหาของระบบกฎหมายร่วมทุนในประเทศไทยดังจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 5