

บทที่ 4

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีระดับทางเศรษฐกิจอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (developing country) ความต้องการพัฒนาสิ่งสาธารณูปโภคเพื่อรองรับการขยายตัวของภาคอุตสาหกรรม จึงเป็นนโยบายที่สำคัญประการที่รัฐบาลทุกชุดที่เข้ามาบริหารประเทศให้การสนับสนุน แต่อย่างไรก็ตาม งบประมาณของภาครัฐในการลงทุน ก็มีไม่เพียงพอต่อความต้องการของสังคม วิธีแก้ปัญหาดังกล่าวคือการคลังเช่นการก่อหนี้สาธารณะ ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อระยะยาวในการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้นการเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการก่อสร้างหรือจัดทำบริการจึงเป็นวิธีแก้ปัญหาดังกล่าวประการหนึ่งของปัญหาการขาดแคลนเงินทุนของภาครัฐ

รูปแบบการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมงานที่ได้รับความนิยมได้แก่ รูปแบบการร่วมทุนแบบหุ้นส่วนทวิภาค (public-private partnerships) ซึ่งประเทศไทยมีประสบการณ์ในการร่วมทุนรูปแบบนี้ ในโครงการซื้อกระแสไฟฟ้าจากภาคเอกชน (independent power producers) โดย การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยร่วมทุนกับภาคเอกชนให้ภาคเอกชนลงทุนก่อสร้างโรงไฟฟ้าในรูปแบบ Build-Own-Operate และภาครัฐจะเป็นผู้ที่ซื้อกระแสไฟฟ้าจากเอกชน (power purchasing agreement)¹

นอกจากนี้ยังมีโครงการการให้บริการโทรคมนาคมในการส่งสัญญาณโทรศัพท์มือถือที่ดำเนินการควบคุมโดย บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) และบริษัท กสท.โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นภาครัฐในการให้สัมปทานแก่ บริษัท แอดวานซ์อินโฟร์เซอริวส์ จำกัด (มหาชน) บริษัท เทเลคอมเอเชียคอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทรูมูฟ จำกัด (มหาชน) ในการให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ โดยเป็นการร่วมทุนในรูปแบบ Build-Transfer-Operate

สำหรับกรอบการเข้าร่วมงาน ประเทศไทยได้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการกำหนดขั้นตอนการเข้าร่วมงานโดยมีกฎหมายกลางก็คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางใน

¹ Chalongphob Susangarn, "Public Private Partnerships in Thailand: past Experiences and Future Prospects", The report presented at the Asia-Pacific Ministerial Conference on PPPs in infrastructure, Republic of Korea 4-5 October 2007, pp.1-3.

การเข้าร่วมงานและกฎหมายเฉพาะ ในบางกิจการที่มีลักษณะพิเศษอันต้องอาศัยหลักเกณฑ์เฉพาะด้านในการกำหนดขั้นตอนการเข้าร่วมงาน

4.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ของประเทศไทย

การให้สัมปทานแก่ภาคเอกชนในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรของรัฐได้ปรากฏมาแล้วตั้งแต่ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง ซึ่งในช่วงแรกเป็นลักษณะของการให้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเช่น การทำไม้ ขุดคลอง ทำทาง เป็นต้น ในส่วนการให้สัมปทานแก่ภาคเอกชนเข้าร่วมในการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภค ได้ปรากฏขึ้นในปี พ.ศ. 2429 ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานสัมปทานให้บริษัทเดนมาร์กสร้างทางรถไฟสาย กรุงเทพฯ-สมุทรปราการ จากนั้นก็มีการให้สัมปทานขุดคลองแก่เอกชนเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม การให้สัมปทานต่างๆ เหล่านี้มีได้เรียกชื่อว่าเป็น “สัมปทาน” แต่เรียกว่า “การพระราชทานพระบรมราชานุญาต” ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือ ให้ผู้รับอนุญาตมีสิทธิแต่ผู้เดียว และต้องลงทุนในการดำเนินการด้วยตัวเอง แต่มีสิทธิพิเศษในการจัดเก็บรายได้จากการบริการนั้นๆ และผู้รับอนุญาตจะต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐเป็นการตอบแทนที่รัฐให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับอนุญาตซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับการให้สัมปทานในปัจจุบัน²

ระบบกฎหมายที่ใช้ควบคุมการดำเนินงานในการรับสัมปทานของเอกชนฉบับแรกก็คือ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ซึ่งได้ให้คำนิยามของคำว่า กิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคไว้ คือ การรถไฟ ขุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และบรรดากิจการอื่นอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ทั้งนี้การจะประกอบกิจการดังกล่าวได้จะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือได้รับสัมปทานแล้ว ถ้ามีการประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคโดยไม่ได้ขอพระราชทาน พระบรมราชานุญาตหรือได้รับสัมปทานแล้วจะมีความผิดและต้องระวางโทษปรับ³

² สุรพงศ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.108-115.

³ เพิ่งอ้าง

ในปี พ.ศ. 2473 ได้มีการออกพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พุทธศักราช 2473 ซึ่งมีเนื้อหาที่กำหนดให้เอกชนสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงในราชอาณาจักรโดยอาศัยอำนาจแห่งสัมปทาน ที่ได้รับจากรัฐบาลโดยให้ยื่นเรื่องราวขอสัมปทานต่อเสนาบดีกระทรวงพาณิชย์และคมนาคม

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยในปีพ.ศ. 2475 ระบบการให้สัมปทานโดยรัฐบาลกษัตริย์ได้เปลี่ยนมาเป็นอำนาจของรัฐบาลที่มาจากระบอบประชาธิปไตย ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ. 2482 เอกชนรายใดจะขอสัมปทานในการทำการชลประทานส่วนการค้ำ ให้ยื่นคำขอสัมปทานต่อกระทรวงเกษตรราธิการ นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิพิเศษของผู้รับสัมปทานคือ จะให้สิทธิในการเรียกเก็บค่าตอบแทนจากผู้ได้รับน้ำจากการชลประทานที่ผู้รับสัมปทานได้ทำขึ้น แต่ไม่ให้สิทธิเรียกเก็บค่าตอบแทนจากผู้ที่ได้รับน้ำตามธรรมชาติอย่างเพียงพอแล้ว⁴

ในปี พ.ศ. 2515 รัฐบาลในขณะนั้นได้ออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 (กฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชน) ที่ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดที่จะอนุมัติการให้สัมปทานเอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภคซึ่งเป็นการมอบอำนาจให้รัฐมนตรีแต่เพียงผู้เดียวสามารถอนุมัติการให้สัมปทานแก่ภาคเอกชนได้ ทำให้เกิดปัญหาการทุจริตในโครงการที่ให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมงานในสมัยรัฐบาลที่มี พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เป็นนายกรัฐมนตรี จนเกิดการก่อรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ(รสช.)⁵

ต่อมาเมื่อมีการแต่งตั้ง นายอนันต์ บันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี จึงเกิดแนวความคิดในการวางกรอบการให้เอกชนเข้าร่วมงานที่โปร่งใส จึงมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 โดยมีเนื้อหาในการกำหนดขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่ต้องผ่านการพิจารณาและตรวจสอบขององค์กรกลุ่ม และกำหนดให้อำนาจในการตัดสินใจในขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่สำคัญเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี เพื่อแก้ปัญหาการทุจริตในขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอน

⁴ เพิ่งอ้าง

⁵ สุกัญญา นาชัยเวียง, การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 18, ตอน 1, น.7-8, (เมษายน 2542).

4.2 การร่วมทุนแบบหุ้นส่วนวิภาค (public-private partnerships) ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ แม้จะมีข้อดีคือการกระจายความเสี่ยงในการลงทุนและได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากภาคเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการลงทุน ในกิจการของรัฐโดยส่วนใหญ่มักจะเป็นกิจการที่ถูกผูกขาด(monopoly) จึงเป็นที่ต้องการของภาคเอกชนเพื่อเข้ามาแสวงหาประโยชน์ ดังนั้นเพื่อให้ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้รับสัมปทาน จึงอาจใช้วิธีที่ไม่โปร่งใสเพื่อให้ได้รับการคัดเลือก โดยเฉพาะวิธีการที่ให้ผลตอบแทนแก่ผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติสัมปทานซึ่งอาจเป็นการแบ่งผลประโยชน์ให้ ไม่ว่าจะเป็นการให้ในรูปแบบของทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ที่ไม่ใช่ทรัพย์สิน

ดังนั้นการให้อำนาจแก่รัฐมนตรีประจำกระทรวงในการอนุมัติโครงการแต่เพียงผู้เดียวตามที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ได้กำหนดไว้ จึงเป็นความเสี่ยงที่อาจจะทำให้เกิดการใช้ อำนาจในการอนุมัติโครงการที่ไม่โปร่งใสได้ ในสมัยรัฐบาล นาย อนันต์ ปันยารชุน จึงได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 (ซึ่งต่อไปจะกล่าวถึงในชื่อของกฎหมายร่วมทุน) เพื่อให้ขั้นตอนการเข้าร่วมงานเป็นไปด้วยความโปร่งใส โดยใช้วิธีจัดตั้งองค์กรกลุ่ม เพื่อประเมินโครงการในแต่ละช่วงของขั้นตอนเข้าร่วมงานและให้อำนาจในการตัดสินใจในขั้นตอนที่มีความสำคัญเป็นของคณะรัฐมนตรี

อนึ่ง แม้ว่าโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ แต่อย่างไรก็ตามในกิจการสาธารณะบางลักษณะที่มีความพิเศษเป็นกรณีเฉพาะราย การเข้าร่วมทุนในกิจการดังกล่าวจึงอาจมีกฎหมายพิเศษขึ้นมาใช้ประกอบกับกฎหมายร่วมทุนหรือเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายร่วมทุนซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป ในหัวข้อ “การร่วมทุนแบบหุ้นส่วนวิภาค (public-private partnerships) ภายใต้กรอบของกฎหมายเฉพาะ”

4.2.1 เงื่อนไขของกิจการที่อยู่ในบังคับของกฎหมาย

โครงสร้างของกฎหมายร่วมทุนมีเนื้อหาในการกำหนดขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่มีความซับซ้อน โดยมีการจัดตั้งองค์กรกลุ่มขึ้นมาตรวจสอบการเข้าร่วมงานและให้อำนาจในการตัดสินใจในการดำเนินโครงการเป็นของคณะรัฐมนตรีเพื่อให้เกิดความโปร่งใส ทำให้เกิดปัญหาการ

ดำเนินงานที่มีความล่าช้า ดังนั้นเพื่อให้กฎหมายดังกล่าวกลั่นกรองเฉพาะโครงการที่มีความสำคัญอย่างแท้จริง กฎหมายร่วมทุนจึงกำหนดเงื่อนไขของโครงการที่จำต้องเข้าขั้นตอนการเข้าร่วมทุนไว้ดังนี้

4.2.1.1 ลักษณะของคู่สัญญา

กฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ไม่ได้ให้นิยามองค์กรภาคเอกชนไว้ แต่ได้ให้นิยามองค์กรที่เป็นภาครัฐ⁶ ซึ่งได้แก่ หน่วยงานที่มีสถานะกรมหรือเทียบเท่ากรม หน่วยงานอื่นของรัฐซึ่งได้แก่องค์การมหาชน ราชการส่วนท้องถิ่น และ รัฐวิสาหกิจ ดังนั้นหากพิจารณาจากนิยามองค์กรภาครัฐแล้วก็อาจจะให้ความหมายหน่วยงานภาคเอกชนในเชิงปฏิเสธได้ว่า คือองค์กรที่ไม่ได้อยู่ในนิยามขององค์กรภาครัฐ ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือเป็นนิติบุคคลเอกชนที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้

แต่อย่างไรก็ตาม หากนิติบุคคลที่จัดตั้งด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นนิติบุคคลที่ภาครัฐถือหุ้นเกินกว่าครึ่งหนึ่งและมีอำนาจครอบงำการบริหาร สถานภาพของนิติบุคคลนั้นก็มิใช่องค์กรภาคเอกชนที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุน ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา⁷ ที่ได้ให้ไว้ในประเด็นสถานภาพของ บริษัทกรุงเทพมหานคร จำกัด ที่กรุงเทพมหานครได้จัดตั้งขึ้นในรูปบริษัทโดยถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 99 ซึ่งเป็นการถือหุ้นเกินกว่าครึ่งหนึ่งและส่งผลให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจในการครอบงำการบริหารของ บริษัทกรุงเทพมหานครฯ อันมีผลให้บริษัทดังกล่าวไม่ใช่องค์กรภาคเอกชนแต่เป็น “วิสาหกิจมหาชนท้องถิ่น” ดังนั้นหากบริษัทดังกล่าวได้ร่วมลงทุนกับกรุงเทพมหานครก็ไม่ใช่กรณีการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

4.2.1.2 ประเภทของกิจการและรูปแบบการเข้าร่วมทุน

กิจการของรัฐเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของเหตุผลในการมีรัฐ เพราะรัฐสามารถจัดทำบริการสาธารณะที่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของสาธารณชนได้ โดยสาธารณชนมีหน้าที่ในการจ่ายภาษีตอบแทน และรัฐจะต้องจัดทำบริการให้สาธารณชนได้รับการบริการอย่างเสมอภาคกัน

⁶ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

มาตรา 5

⁷ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 222/2550

ในบางกิจการที่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างความคุณภาพชีวิตที่ดีของประชาชน เช่น การสร้างสิ่งสาธารณูปโภค การให้บริการในเรื่องการศึกษา และการรักษาพยาบาล ฯลฯ รัฐอาจจะมอบภารกิจดังกล่าวให้ภาคเอกชนเข้ามาบริหารจัดการก็ได้

สำหรับกิจการของรัฐที่จะให้เอกชนเข้ามาช่วยบริหารจัดการได้นั้น ในกฎหมายร่วมทุนของไทยได้กำหนดไว้ในมาตรา 5 โดยแบ่งประเภทของกิจการที่จะให้เอกชนเข้าร่วมทุนได้ดังนี้

ก.) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ที่ต้องทำตามกฎหมาย

ข.) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ

ค.) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ

สำหรับกิจการที่ได้รับการยกเว้นโดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ก็คือกิจการที่เกี่ยวกับสัมปทานเหมืองแร่และสัมปทานปิโตรเลียม⁸

ประเด็นที่น่าสนใจของการให้คำนิยามของมาตรา 5 ก็คือการที่กฎหมายร่วมทุนของไทยมิได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมในการตีความคำว่า “กิจการของรัฐ” แต่อย่างใด ซึ่งส่งผลให้ขอบเขตในการตีความมาตรา 5 มีความหมายที่กว้าง เช่น กรณีความหมายกิจการของรัฐประเภทที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของส่วนภาครัฐ ก็ได้ให้ความหมายที่ชัดเจนว่า การใช้ทรัพย์สินของรัฐนี้จะต้องเป็นการใช้ในลักษณะใด ซึ่งอาจจะเป็นการใช้ทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์ในการสนองต่อประโยชน์สาธารณะก็ได้ โดยเฉพาะกรณีที่ใช้ทรัพย์สินของรัฐไปในการหาผลประโยชน์เข้าหน่วยงาน

ในส่วนรูปแบบของการเข้าร่วมทุน ในกฎหมายร่วมทุนของไทยได้กำหนดไว้ในบทนิยามของ มาตรา 5 อีกเช่นกันโดยให้นิยามไว้ว่า “คือการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทาน หรือ ให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด”

การกำหนดรูปแบบการเข้าร่วมทุนของไทยจึงมี 2 รูปแบบคือการให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวและการที่รัฐร่วมลงทุนกับเอกชน ซึ่งรูปแบบของการร่วมทุนแบบ public-private partnerships เป็นลักษณะหนึ่งที่เป็นรูปแบบการร่วมทุนร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชน ตามที่ปรากฏในข้อหารือของคณะกรรมการกฤษฎีกา⁹ที่ได้วินิจฉัยโครงการร่วมทุนระหว่างการรถไฟขนส่ง

⁸ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535
มาตรา 3

⁹ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 284/2552

มวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) และภาคเอกชนในการให้เอกชนเข้าร่วมจัดหาและบำรุงรักษางานระบบรถไฟฟ้ารวมถึงการจ้างเอกชนเดินรถไฟฟ้าซึ่งเป็นการร่วมทุนในรูปแบบ public-private partnerships ที่ภาครัฐจะจ่ายค่าลงทุนในการก่อสร้างภายหลังโครงการได้ก่อสร้างเสร็จแต่ค่าโดยสารรถไฟฟ้าจะตกเป็นของภาครัฐทั้งหมด ในการดำเนินงานนี้ ฝ่ายรัฐ (รฟม.) มีความเห็นว่าโครงการดังกล่าวไม่ต้องเข้าขั้นตอนของกฎหมายร่วมทุนเพราะเอกชนไม่ต้องร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนจากการเดินรถไฟฟ้าแต่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ตอบข้อหาหรือว่าการร่วมทุนในโครงการดังกล่าวแม้ภาคเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้างแต่ค่าจ้างดังกล่าวนั้นก็ก็มีลักษณะเป็นการจ่ายค่าลงทุนให้แก่ภาคเอกชนรวมอยู่ในค่าตอบแทนด้วยจึงเป็นการร่วมงานตามนิยามของกฎหมายร่วมทุน

4.2.1.3 ทุนทรัพย์ของโครงการ

โครงการร่วมทุนที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายร่วมทุนของไทย จะต้องมีความทุนทรัพย์ของโครงการตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทเป็นต้นไป¹⁰ โดยพิจารณาจากวงเงินและทรัพย์สินในการลงทุน แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ก็ได้ให้รายละเอียดในเรื่องระยะเวลาเริ่มต้นในการคำนวณทุนทรัพย์ และประเภทของทรัพย์สินที่จะต้องนำมาใช้ในการคำนวณแต่อย่างใด ทำให้เกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติในการคำนวณทุนทรัพย์

หลักเกณฑ์ทั้งสามประการจะต้องนำมาใช้พิจารณาในโครงการที่มีการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเสมอ เพราะหากโครงการเข้าเกณฑ์ตามเงื่อนไขของกฎหมาย โครงการนั้นจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการเข้าร่วมทุน ซึ่งหากมีการหลีกเลี่ยงก็อาจส่งผลให้โครงการนั้นดำเนินการโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้

4.2.2 ขั้นตอนในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

เมื่อโครงการที่เกิดการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนเข้าเงื่อนไขของโครงการตามที่กฎหมายร่วมทุนได้กำหนดไว้ โครงการดังกล่าวจะต้องผ่านขั้นตอนของการเข้าร่วมงานซึ่งมีขั้นตอนหลักอยู่สามขั้นตอนคือ ขั้นตอนการนำเสนอโครงการ, ขั้นตอนการดำเนินโครงการและขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล โดยสาระสำคัญของการกำหนดขั้นตอนดังกล่าวมีขึ้นเพื่อมิให้ขั้นตอน

¹⁰ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535

การอนุมัติโครงการ อยู่ในอำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจในการพิจารณาหลากหลายองค์กรโดยมีการให้องค์กรกลุ่มใช้อำนาจในการตรวจสอบการดำเนินการคัดเลือกโครงการและคัดเลือกเอกชนคู่สัญญา

4.2.2.1 ขั้นตอนการนำเสนอโครงการ

เมื่อหน่วยงานของรัฐมีความประสงค์ที่จะจัดทำบริการสาธารณะ และต้องการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุน หน่วยงานของรัฐจะต้องเสนอการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวเป็นโครงการโดยจะต้องทำการศึกษาและวิเคราะห์ความคุ้มค่าของโครงการ โดยศึกษาจากข้อกำหนดของคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ¹¹ ซึ่งเป็นรายละเอียดเกี่ยวกับ ความสอดคล้องของนโยบายโดยศึกษาจากกรอบนโยบายของรัฐบาลเพื่อวิเคราะห์ถึงผลดีผลเสียของการลงทุน นอกจากนี้หน่วยงานของรัฐจะต้องศึกษาถึงเรื่องความเหมาะสมของโครงการ และผลกระทบของโครงการว่ามีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและฐานะทางการเงินของรัฐมากน้อยเพียงใด โดยโครงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอจะต้องผ่านการพิจารณาจากกระทรวงที่หน่วยงานดังกล่าวได้สังกัด¹²

ในกรณีที่โครงการดังกล่าวมีทุนทรัพย์เกินห้าพันล้านบาทขึ้นไป หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องจ้างที่ปรึกษาโครงการตามคุณสมบัติที่รัฐมนตรีกระทรวงการคลังได้กำหนดไว้ เพื่อศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามข้อกำหนดของคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและทำรายงานเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ¹³

เมื่อกระทรวงเจ้าสังกัดได้พิจารณาโครงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอ¹⁴ หากโครงการดังกล่าวเป็นโครงการใหม่ จะต้องนำโครงการดังกล่าวให้คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติพิจารณา ซึ่งถ้าหากคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเห็นด้วยกับการ

¹¹ ดูรายละเอียดใน ประกาศคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เรื่องหัวข้อในการเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ วันที่ 13 มกราคม 2536

¹² พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 6

¹³ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 7

¹⁴ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 8

ลงทุน ก็จะเสนอโครงการดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้อนุมัติเป็นโครงการที่จะนำไปประมูลคัดเลือกผู้ที่จะเข้ามาร่วมลงทุน แต่อย่างไรก็ตาม หากคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติไม่เห็นด้วยกับโครงการที่นำเสนอ โครงการดังกล่าวจะต้องส่งคืนหน่วยงานเจ้าของโครงการ และหากหน่วยงานไม่เห็นด้วย ให้ชี้แจงต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อให้นำโครงการเข้าสู่การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี¹⁵

หากโครงการดังกล่าวเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว ให้เสนอต่อกระทรวงการคลังเป็นผู้พิจารณาซึ่งหากเห็นด้วยกับโครงการก็ให้เสนอโครงการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้อนุมัติโครงการ แต่ถ้ากระทรวงการคลังไม่เห็นด้วย ก็จะต้องส่งคืนหน่วยงานเจ้าของโครงการ และหากหน่วยงานไม่เห็นด้วย ให้ชี้แจงต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อให้นำโครงการเข้าสู่การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี¹⁶

เมื่อโครงการดังกล่าวได้รับการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี หน่วยงานเจ้าของโครงการก็จะร่างประกาศเชิญชวนเอกชน ซึ่งเป็นขั้นตอนการดำเนินโครงการอื่นจะได้นำเสนอในหัวข้อต่อไป

4.2.2.2 ขั้นตอนการดำเนินโครงการ

ภายหลังจากการอนุมัติโครงการของคณะรัฐมนตรี หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องทำการแต่งตั้งคณะกรรมการประจำโครงการตามมาตรา 13¹⁷ ซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มที่มีอำนาจ¹⁸ ดังต่อไปนี้

¹⁵ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 9 (1)

¹⁶ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 9 (2)

¹⁷ คณะกรรมการประจำโครงการประกอบไปด้วยผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พนักงานหน่วยงานอื่นของรัฐหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นแล้วแต่กรณี เป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนกระทรวงอื่นอีกสองกระทรวง กระทรวงละหนึ่งคน ผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสามคน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคนเป็นกรรมการและเลขานุการ

ก.) พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีส่วนในสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการ

ข.) กำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา

ค.) พิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ

ง.) พิจารณาดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการตามที่เห็นสมควร

ดังนั้นในขั้นตอนการประกาศเชิญชวนเอกชน ร่างประกาศก่อนที่จะมีการเชิญชวนจึงต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการประจำโครงการ นอกจากนี้คณะกรรมการดังกล่าวยังมีอำนาจในการคัดเลือกเอกชนเข้ามาร่วมโครงการ ซึ่งส่งผลให้ขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนมีความโปร่งใสมากขึ้นเพราะผ่านการกลั่นกรองในการคัดเลือกที่ไม่ได้เกิดจากองค์กรที่มีส่วนได้เสียในการนำเสนอโครงการโดยตรง

ในส่วนวิธีการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญา กฎหมายร่วมทุนได้กำหนดให้ใช้วิธีการประมูลเป็นวิธีหลัก แต่กฎหมายไม่ได้บังคับอย่างชัดเจนว่า ภาครัฐจะต้องใช้วิธีประมูลเท่านั้นในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเสนอโครงการและความเห็นของคณะรัฐมนตรี

เมื่อผ่านขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาแล้ว ก็จะเข้าสู่กระบวนการเจรจาต่อรองข้อสัญญาสัมปทานในการร่วมทุน ซึ่งเมื่อเสร็จสิ้นการเจรจา ก็จะนำผลของการเจรจามาร่างเป็นสัญญาสัมปทานร่วมทุน และจะต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้พิจารณาในเนื้อหาของสัญญาก่อนมีการลงนาม¹⁹

หลังจากนั้นคณะกรรมการต้องนำผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญา และเอกสารทั้งหมดเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาภายในเก้าสิบวันนับจากวันที่คณะกรรมการตัดสินใจ หากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วย ให้ส่งเรื่องคืนคณะกรรมการ เพื่อพิจารณาทบทวนความเห็น แล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจซ้ำ²⁰

¹⁸ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535
มาตรา 14

¹⁹ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535
มาตรา 20

²⁰ พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535
มาตรา 21

ดังนั้น จึงมีผลในทางกฎหมายด้วยว่า หากรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่เห็นด้วยกับการพิจารณาของคณะกรรมการตามมาตรา 13 ไม่ว่าในเรื่องใดหรือประเด็นใดก็ตาม ก็จะส่งเรื่องคืนเพื่อให้คณะกรรมการ พิจารณาทบทวนไม่ได้ คงเพียงแต่เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี และเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติประการใดก็ต้องดำเนินการตามนั้น

4.2.2.3 ขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล

เมื่อคู่สัญญาได้ลงนามในสัญญาสัมปทานแล้ว เอกชนผู้รับสัมปทานก็ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในเนื้อหาของสัญญา ส่วนหน่วยงานเจ้าของโครงการก็มีหน้าที่ในการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงาน²¹ คณะหนึ่ง²² ซึ่งมีตัวแทนของหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน และมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 23 ในการติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา และรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัด ซึ่งถ้าหากหน่วยงานเจ้าของโครงการ ไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน คณะกรรมการประสานงานมีหน้าที่เสนอรายงานต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินมาตรการที่เหมาะสมต่อไป

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ มีแต่เฉพาะหน่วยงานเจ้าของโครงการเท่านั้นที่ทราบเรื่องทั้งหมด แต่จะไม่มีหน่วยงานกลาง²³ ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในโครงการที่จะเข้ามาดูแลโครงการตั้งแต่เริ่ม

²¹ คณะกรรมการประสานงานประกอบไปด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

²² พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มาตรา 22

²³ หน่วยงานกลางที่มีหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในเรื่อง public-private partnerships เรียกว่า PPPs unit ซึ่งมีหน้าที่ในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับโครงการร่วมทุน ประเมินความคุ้มค่าของโครงการ และบางกรณีก็อาจจะพิจารณาเนื้อหาของสัญญาร่วมทุนด้วย ในทางต่างประเทศก็มีตัวอย่างในการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวนี้อยู่ เช่น เกาหลีใต้

โครงการจนจบโครงการ จึงไม่สามารถกำกับดูแลได้อย่างใกล้ชิดและให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเมื่อเกิดปัญหาในการปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว จึงค่อยมาพิจารณาแก้ไขปัญหานั้นภายหลัง ทำให้เกิดความเสียหายกับรัฐและเอกชนขึ้นได้²⁴

4.2.3 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการบังคับใช้สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

หลักเกณฑ์การดำเนินงานที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทยโดยส่วนใหญ่เป็นเนื้อหาของ การวางระบบการตรวจสอบการเข้าร่วมงานให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินงาน จึงเป็นการวางระบบให้มีการจัดตั้งองค์กรกลุ่มเข้ามาตรวจสอบ และกำหนดอำนาจการตัดสินใจให้เป็นของคณะรัฐมนตรีโดยการที่กฎหมายร่วมทุนได้กำหนดขั้นตอนการตรวจสอบก่อนการเข้าทำสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน ทำให้สัญญาร่วมทุนซึ่งมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครองปรากฏหลักเกณฑ์แนวปฏิบัติในการบังคับใช้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อาศัยแนวปฏิบัติที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนั้นในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนจึงต้องพิจารณาแนวปฏิบัติดังกล่าวในการดำเนินงาน เพราะมิฉะนั้นอาจทำให้สัญญาร่วมทุนมีผลไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เป็นได้

4.2.3.1 การแก้ไขสัญญาสัมปทาน

เมื่อสัญญาสัมปทานมีผลบังคับใช้ คู่สัญญาก็ต่างมีภาระหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม สภาพการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาก็อาจมีความแตกต่างจากการคาดการณ์ของคู่สัญญา เช่น ราคาอุปกรณ์ก่อสร้างราคาเพิ่มขึ้น ราคาน้ำมันเพิ่มขึ้น หรือ เกิดความล่าช้าในการเวนคืนที่ดิน ปัจจัยเหล่านี้ย่อมส่งผลให้เกิดการขอแก้ไขสัญญาสัมปทาน เพื่อให้เกิดความเหมาะสมต่อสภาพการณ์ที่เปลี่ยนไป

ก็ได้จัดตั้งเป็น Public and Private Infrastructure Investment Management Center (PIMAC) ในอังกฤษเองก็ได้จัดตั้งเป็น Partnerships UK (PUK)

²⁴ จารุวรรณ เสงตระกุล, แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535, ตุลาคม 2551, น.16, <www.lawreform.go.th> สืบค้นเมื่อ 30 พฤศจิกายน 2551.

แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายร่วมทุนก็มีได้บัญญัติขั้นตอนการแก้ไขสัญญาไว้อย่างชัดเจนและโครงการที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุนก็มีใช้จะแก้ไขสัญญาได้โดยอาศัยเพียงความยินยอมของคู่สัญญาดังเช่นสัญญาทางแพ่งเพราะมีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในทางปฏิบัติขั้นตอนการแก้ไขสัญญาสัมปทานจะต้องผ่านขั้นตอนของการเข้าร่วมงานด้วย โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวเกิดจากแนวการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา

แนวปฏิบัติในเรื่องการแก้ไขสัญญาร่วมทุนปรากฏในข้อหารือคณะกรรมการกฤษฎีกา²⁵ ในการร่วมทุนระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับ บริษัทเทเลคอมเอเชียคอร์ปอเรชั่น จำกัด (TA) และบริษัทไทยเทเลโฟนแอนด์เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (TT&T) ซึ่งคู่สัญญาประสงค์จะทำการแก้ไขข้อสัญญา จึงหารือมายังคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไร

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ว่า “การที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหากเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญา จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และจะลดขั้นตอนตามพระราชบัญญัตินี้ก็สามารถกระทำได้โดยในขั้นตอนการดำเนินโครงการ คณะกรรมการตามมาตรา 13 อาจคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการโดยไม่ใช้วิธีประมูลก็ได้ แล้วรายงานต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลังเพื่อพิจารณา และเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติได้ตามนัยมาตรา 16 จึงแก้ไขสัญญาได้”

แนวปฏิบัติที่ได้จากข้อหารือดังกล่าวก็คือ การแก้ไขสัญญาร่วมทุน หากเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญา คู่สัญญาจะต้องนำข้อสัญญาที่ได้แก้ไขหรือเพิ่มเติม เข้าสู่ขั้นตอนต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุน และจะต้องให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติข้อสัญญาที่ได้แก้ไขหรือเพิ่มเติม ซึ่งผลของการฝ่าฝืนก็จะทำให้การเข้าร่วมงานของโครงการดังกล่าว นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.2.3.2 วิธีการใช้สิทธิของภาครัฐในการบอกเลิกสัญญา

การบอกเลิกสัญญาเป็นวิธีการอย่างหนึ่งในการแก้ปัญหาในกรณีที่การปฏิบัติงานตามข้อตกลงในสัญญาเกิดอุปสรรคในการดำเนินงานซึ่งอาจจะมีสาเหตุมาจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาหรือสภาพการดำเนินงานเป็นอุปสรรคในการร่วมงานกันต่อไป ตามปกติอำนาจในการบอกเลิกสัญญาโดยส่วนใหญ่มักจะเป็นข้อตกลงในสัญญาที่กำหนดเหตุในการบอกเลิกสัญญาไว้ล่วงหน้าซึ่งขึ้นอยู่กับว่าคู่สัญญาได้ตกลงไว้ในกรณีใดบ้างหรืออาจจะ

²⁵ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 625/2537

เป็นเหตุในการบอกเลิกสัญญาที่กำหนดไว้ในกฎหมายเช่นการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 386 ถึง มาตรา 391 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวิธีการบอกเลิกสัญญาไม่ว่าจะอาศัย อำนาจจากสัญญาหรืออำนาจจากกฎหมาย ฝ่ายที่มีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาเพียงแค่แสดง เจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีผลเป็นการบอกเลิกสัญญา (ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ เป็นการเฉพาะด้วย เช่น กรณีการบอกกล่าวล่วงหน้า)

ในโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุน การเข้าร่วมงานก็อาศัยสัญญาสัมปทานเป็นเครื่องมือในการผูกนิติสัมพันธ์กันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งในการบอกเลิกสัญญาก็มิได้ปรากฏขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในกฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ ดังนั้นหาก ภาครัฐซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชนประสงค์จะบอกเลิกสัญญาจึงต้องอาศัย วิธีการบอกเลิกสัญญาตามข้อตกลงในสัญญาเป็นหลัก แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติวิธีการบอกเลิก สัญญาจะต้องผ่านขั้นตอนตามกฎหมายร่วมทุนด้วย ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีการเข้าร่วม ทุนระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด(มหาชน)ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจ กับฝ่ายเอกชนบริษัทกิจการร่วมค้า Consortium Starcom ในการทำสัญญาปรับปรุงเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ 470 MHz²⁶ ต่อมาเกิด อุปสรรคในการดำเนินงานทำให้ไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาได้ บริษัท ทีโอที จำกัด(มหาชน) จึงประสงค์จะบอกเลิกการทำสัญญา โดยได้ปรึกษาวิธีการบอกเลิกสัญญาไปยังคณะกรรมการ กฤษฎีกา ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบข้อหารือว่าโครงการดังกล่าวเป็นโครงการที่ผ่าน ขั้นตอนการเข้าร่วมงานตามกฎหมายร่วมทุนการบอกเลิกสัญญามีผลเป็นการยุติการดำเนินงาน โครงการ ดังนั้นจะต้องเสนอเรื่องในการบอกเลิกสัญญาต่อคณะกรรมการประสานงานเพื่อเสนอ แนวทางแก้ไขให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดทราบหรือเสนอต่อคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เป็นผู้พิจารณา

จากข้อหาดังกล่าวทำให้เกิดแนวปฏิบัติในการบอกเลิกสัญญาของโครงการที่อยู่ใน บังคับของกฎหมายร่วมทุน จะต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการประสานงานก่อนเป็น ลำดับแรก ส่วนองค์กรที่มีอำนาจในการตัดสินใจก็คือคณะรัฐมนตรีในการบอกเลิกสัญญา

4.2.3.3 การโอนสิทธิเรียกร้องของฝ่ายเอกชนผู้รับสัมปทาน

ในการทำสัญญาโดยปกติ คู่สัญญาที่เป็นผู้ทรงสิทธิ์ย่อมมีสิทธิ์ที่จะโอนสิทธิ์ ในสัญญาของตนให้แก่บุคคลภายนอกได้ตามหลักเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องของประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สัญญาที่อาศัยคุณสมบัติเฉพาะบุคคลเช่นสัญญา

²⁶ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 663/2551

เช่าหรือสัญญาจ้างหุ้นส่วน การจะโอนสิทธิให้แก่บุคคลภายนอกโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ยินยอมย่อมไม่สามารถทำได้ ในสัญญาสัมปทานร่วมทุนก็อาศัยคุณสมบัติเฉพาะของเอกชนผู้ถูกคัดเลือกเช่นกันเพราะในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ภาครัฐจะต้องประเมินประสิทธิภาพในการบริหารจัดการและแหล่งเงินทุนที่ใช้ในการลงทุน การโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานจึงอาจจะกระทบต่อคุณภาพในการจัดทำบริการสาธารณะ ภาคเอกชนจึงไม่สามารถโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานได้เว้นแต่ภาคเอกชนเกิดภาวะขาดสภาพคล่องจนไม่อาจจะลงทุนในโครงการต่อไปได้ และเงื่อนไขในการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานโดยส่วนใหญ่ก็ต้องผ่านการพิจารณาจากภาครัฐ²⁷

ขั้นตอนในการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทาน ในกฎหมายร่วมทุนมิได้กำหนดขั้นตอนที่มีความชัดเจนไว้ แต่เกิดหลักการจากแนวปฏิบัติในข้อเท็จจริงของการร่วมทุนระหว่างบริษัท กสท. โทรคมนาคมจำกัด(มหาชน)ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจและบริษัทโทเทิลแอ็คเซ็สคอมมูนิเคชั่น จำกัด(มหาชน)(DTAC) เพื่อให้ บริษัทโทเทิลแอ็คเซ็สคอมมูนิเคชั่น จำกัด ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ทั่วประเทศ โดย กสท.เป็นผู้จัดหาสถานที่ติดตั้งเครื่องและอุปกรณ์ระบบทั้งหมด²⁸

ต่อมาในภายหลัง บริษัทโทเทิลแอ็คเซ็สคอมมูนิเคชั่น จำกัด ได้ตกลงโอนสิทธิและหน้าที่ในการให้บริการบางส่วนตามสิทธิในการได้รับสัมปทานในระบบเซลลูลาร์ Digital PCN 1800 ให้แก่บริษัทไวร์เลส คอมมูนิเคชั่นเซอร์วิส จำกัด (มหาชน) หรือในปัจจุบันก็คือบริษัททรูมูฟ จำกัด (มหาชน) โดยบริษัท กสท. โทรคมนาคมจำกัด(มหาชน) ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ยินยอมในการโอนสิทธิของบริษัทโทเทิลแอ็คเซ็สคอมมูนิเคชั่น จำกัด และได้ทำสัญญาสัมปทานเฉพาะระบบเซลลูลาร์ Digital PCN 1800 กับ บริษัทไวร์เลส คอมมูนิเคชั่นเซอร์วิส จำกัด (มหาชน) โดยทำเป็นสัญญาสามฝ่าย กำหนดให้ บริษัทโทเทิลแอ็คเซ็สคอมมูนิเคชั่น จำกัด ส่งมอบความถี่วิทยุคมนาคมระหว่าง 1710 MHz ถึง 1722.6 MHz และ 1805 MHz ถึง 1817.6 MHz ให้แก่ กสท. และ กสท. ตกลงจะอนุญาตให้ บริษัทไวร์เลส คอมมูนิเคชั่นเซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ใช้ความถี่วิทยุคมนาคมช่วงดังกล่าวในการให้บริการต่อไปและในวันที่ 20 มิถุนายน 2539 กสท. ได้ทำสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ Digital PCN (PERSONAL

²⁷ ฤทัย หงส์ศิริ, การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 18, ตอน 1, น.68-69, (เมษายน 2542).

²⁸ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 293/2550

COMMUNICATION NETWORK) 1800 กับ บริษัทไวร์เลส คอมมูนิเคชั่นเซอร์วิส จำกัด (มหาชน) เพื่ออนุญาตให้บริษัทไวร์เลส คอมมูนิเคชั่นเซอร์วิส จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ให้บริการ วิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ในพื้นที่ต่าง ๆ ทั่วประเทศ เฉพาะช่วงความถี่วิทยุคมนาคม ที่ได้รับโอนจาก บริษัทโทเทิลแอนด์แซตเทลีสคอมมูนิเคชั่น จำกัด ตั้งแต่วันที่ 20 มิถุนายน 2539 ถึงวันที่ 15 กันยายน 2556

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือโครงการเข้าร่วมทุนในการให้บริการระบบเซลลูลาร์ เป็นกิจการที่ต้องผ่านขั้นตอนการเข้าร่วมทุนตามกฎหมาย จึงเกิดประเด็นว่าในสัญญาฉบับใหม่ที่ บริษัทไวร์เลสคอมมูนิเคชั่นเซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ได้ทำขึ้นใหม่กับ บริษัท กสท. โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) จะต้องผ่านขั้นตอนการเข้าร่วมงานของกฎหมายร่วมทุนหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบข้อหารือในประเด็นดังกล่าว แม้ประเด็นหลักในการวินิจฉัยจะเป็นเรื่องผลของสัญญาที่ได้ทำขึ้นใหม่แต่ก็มีความเกี่ยวเนื่องมาจากการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานโดยได้วางแนวปฏิบัติไว้ว่าสัญญาที่ได้ทำขึ้นใหม่ภายหลังการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานจะต้องผ่านขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่กำหนดไว้ในกฎหมาย แต่เนื่องจากการโอนสิทธิในสัญญาทำให้ได้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว จึงไม่ต้องดำเนินการคัดเลือกเอกชนอีก แต่ต้องมีการจัดตั้งคณะกรรมการประจำโครงการตามมาตรา 13 เพื่อตรวจสอบและนำเสนอรายละเอียดของโครงการให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการอนุมัติเป็นขั้นตอนต่อไป สำหรับการทำสัญญาที่ได้รับโอนสิทธิที่ยังไม่ผ่านขั้นตอนการเข้าร่วมงานก็ยังมีผลบังคับใช้ได้ต่อไป แต่อย่างไรก็ตามคณะรัฐมนตรียังคงมีดุลพินิจที่จะเพิกถอนการดำเนินงานดังกล่าวได้หากเห็นว่ากระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

แนวปฏิบัติที่ได้จากข้อหารือข้างต้น ทำให้การโอนสิทธิในโครงการร่วมทุนจะต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาของคณะกรรมการประจำโครงการเพื่อเสนอให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการตัดสินใจอีกครั้งหนึ่งในการทำสัญญาฉบับใหม่กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เป็นผู้รับโอนสิทธิ ซึ่งหากเกิดการฝ่าฝืนแม้สัญญาที่ได้ทำขึ้นใหม่จะไม่มีผลเป็นโมฆะแต่คณะรัฐมนตรีก็อาจใช้สิทธิเพิกถอนได้

4.2.3.4 การต่ออายุสัญญาร่วมทุน

ในการทำสัญญาที่กำหนดระยะเวลาในการบังคับใช้ เมื่อถึงระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ก็จะมีผลให้สัญญานั้นสิ้นสุดลง แต่อย่างไรก็ตามหากคู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับใช้ต่อไปก็ต้องมีการเจรจาเพื่อที่จะต่ออายุสัญญาให้มีผลบังคับใช้ต่อไป

โดยหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญา หากคู่สัญญาสามารถตกลงและยอมรับข้อสัญญาที่จะใช้บังคับต่อไปได้ สัญญาดังกล่าวก็จะขยายระยะเวลาสิ้นสุดออกไปตามระยะเวลาที่ได้ตกลงกัน

แต่อย่างไรก็ตาม หากการทำสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายร่วมทุน ในการต่ออายุสัญญาร่วมทุนไม่สามารถใช้หลักกฎหมายแพ่งที่อาศัยความยินยอมของคู่สัญญาเป็นหลักได้ ซึ่งในทางปฏิบัติได้อาศัยการวางหลักไว้โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา²⁹ ในประเด็นข้อหาหรือเรื่อง การรถไฟแห่งประเทศไทยต้องการต่ออายุสัญญาสัมปทานกับภาคเอกชนในการประกอบกิจการสถานีบรรจุและแยกสินค้ากล่อง³⁰ ซึ่งโครงการดังกล่าวเข้าเงื่อนไขที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายร่วมทุนและมีข้อสัญญาให้สิทธิแก่ภาคเอกชนในการต่ออายุสัญญากับการรถไฟแห่งประเทศไทยเมื่อคู่สัญญาประสงค์ที่จะทำการต่ออายุสัญญาและอาจมีการเจรจาเงื่อนไขของสัญญาที่มีลักษณะแตกต่างจากเดิม การต่ออายุสัญญาในโครงการดังกล่าวจะต้องมีการแต่งตั้งคณะกรรมการประจำโครงการตามมาตรา 13 ขึ้นมาในการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ของรัฐ และต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาร่างข้อตกลงดังกล่าวเพื่อนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติในการต่ออายุสัญญาร่วมทุน

4.2.3.5 ผลของสัญญาในกรณีที่ไม่นปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหากฎหมายร่วมทุนของไทยแล้ว สาระสำคัญส่วนใหญ่ในโครงสร้างของกฎหมายเป็นเนื้อหาของการกำหนดขั้นตอนของการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการเข้าร่วมงาน ซึ่งถ้าหากเกิดการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามขั้นตอน ผลของสัญญาร่วมทุนก็จะมิชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายร่วมทุนมิได้กำหนดรายละเอียดในเรื่องผลของความมิชอบด้วยกฎหมายไว้แต่อย่างใด จึงเกิดปัญหาในการวินิจฉัยว่าสัญญาร่วมทุนที่มิชอบด้วยกฎหมายนั้น ควรจะกำหนดความร้ายแรงของเหตุที่มิชอบให้มีผลใน

²⁹ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 124/2547

³⁰ ข้อ 1.10 การต่ออายุสัญญา

ก่อนสิ้นสุดระยะเวลาของสัญญา ผู้ประกอบการมีสิทธิที่จะขอต่ออายุสัญญาออกไปได้อีก 5 ปี ตามที่ได้ระบุไว้ในย่อหน้าที่ 2 ของข้อ 1.10 ซึ่งจะได้ทำความเข้าใจร่วมกันและต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

ถ้าผู้ประกอบการประสงค์จะขอต่ออายุสัญญา จะต้องยื่นคำร้องขอต่อสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรกับการรถไฟแห่งประเทศไทยไม่เกิน 2 ปี และไม่น้อยกว่า 1 ปี ก่อนสิ้นสุดระยะเวลาของสัญญา

ลักษณะใด ให้มีผลร้ายแรงถึงขนาดเป็นโมฆะ โมฆียะ หรือมีผลบังคับใช้จนกว่าจะถูกเพิกถอน ซึ่งในทางปฏิบัติการพิจารณาผลของสัญญาที่มีชอบด้วยกฎหมายได้อาศัยจากแนวคำวินิจฉัยของ ศาลปกครองและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวได้วินิจฉัยเหตุแห่งความไม่ชอบของสัญญาร่วมทุนไว้สองกรณี ซึ่งได้แก่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีที่คู่สัญญาไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่กฎหมายกำหนด และ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีการแก้ไขสัญญา สัมปทานที่คู่สัญญามีได้นำข้อสัญญาที่แก้ไขเสนอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติในการอธิบายจึงขอแยก การศึกษาเป็นสองประเด็น

ก.) ประเด็นที่หนึ่งกรณีที่คู่สัญญาไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการเข้าร่วมงาน ที่กฎหมายกำหนด

สำหรับประเด็นแรกในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีที่คู่สัญญาไม่ดำเนินการ ตามขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่กฎหมายกำหนดนั้น เป็นเรื่องที่คู่สัญญามีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ กฎหมายได้กำหนดไว้เช่นขั้นตอนการนำเสนอโครงการหรือขั้นตอนการดำเนินการ ซึ่งอาจเกิดจาก ความสำคัญผิดว่าโครงการที่ดำเนินการอยู่ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายร่วมทุนเพราะไม่เข้าเงื่อนไข ของโครงการตามที่กฎหมายร่วมทุนกำหนดไว้ ซึ่งมีผลทำให้การดำเนินงานไม่ผ่านขั้นตอนการ ตรวจสอบขององค์กรต่างๆที่กฎหมายกำหนด และมีผลให้สัญญาร่วมทุนไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เหตุแห่งความมิชอบด้วยกฎหมายในกรณีดังกล่าว ได้เกิดปัญหาขึ้นซึ่งเป็นข้อเท็จจริง ในข้อหาหรือของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 339/2544 เป็นปัญหาของการร่วมทุนระหว่างกรม ธนารักษ์และบริษัทชินเอสเตท จำกัด (ภายหลังเปลี่ยนชื่อเป็นบริษัทบางกอกเทอร์มินอล จำกัด หรือ BKT) เพื่อพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิต เขตจตุจักรกรุงเทพมหานคร เป็นศูนย์ ระบบการขนส่งจราจรทางบก โดยจัดสร้างอาคารในลักษณะผสมผสานเป็นสถานีขนส่ง อาคารเชิง พาณิชยกรรมทั้งโรงจอดและซ่อมบำรุงรถไฟฟ้า ซึ่งคู่สัญญาได้ลงนามในสัญญาโดยมิได้ปฏิบัติตาม ขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุนเพราะเข้าใจว่าปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในการประชุม ที่ราชพัสดุตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุก็น่าจะมีผลสมบูรณ์

เมื่อได้เสนอปัญหาดังกล่าวต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ ให้ความเห็น ไว้ว่า “การประกาศเชิญชวนเอกชนเข้ามาร่วมงานหรือดำเนินการโครงการพัฒนา ระบบสาธารณูปโภคพื้นฐานในที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิตได้เริ่มดำเนินการหลังจากที่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐมีผลใช้บังคับ แล้ว โดยมีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัตินี้มาตั้งแต่เริ่มต้นโครงการและแม้ว่าในการ

ดำเนินโครงการจะได้มีการเสนอเรื่องการใช้ประโยชน์ที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิตต่อ คณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาด้วยแล้วก็ตาม กรณีนี้ก็มิได้เป็นการดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมาย แต่อย่างใด สัญญาจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการทำขึ้นโดยบุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการและได้ ดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น สัญญาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มี ผลผูกพันในแง่สัญญาต่อกัน”

จากข้อหาหรือดังกล่าวแม้จะให้ความเห็นไว้ว่า สัญญาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุ ที่ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการเข้าร่วมงาน จะมีผลไม่ผูกพันในแง่สัญญาต่อกัน แต่แท้ที่จริงแล้ว ผลของความไม่ชอบดังกล่าวก็คือผลของสัญญาที่เป็นโมฆะนั่นเอง

ในข้อเท็จจริงกรณีนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเหตุที่คู่สัญญามีได้ดำเนินการตาม กฎหมายร่วมทุนนั้นมิได้เกิดจากความจงใจหลบเลี่ยงขั้นตอนของกฎหมายแต่อย่างใด แต่เกิดจาก ความสำคัญผิดในลักษณะเงื่อนไขของโครงการตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการวินิจฉัยว่า สัญญาที่ไม่ชอบนี้ไม่ผูกพันในแง่สัญญาต่อกัน ก็อาจจะส่งผลร้ายแรงเกินกว่าที่ควรจะเป็นเพราะ มิได้เกิดจากความจงใจของคู่สัญญาแต่อย่างใด

ข.) ประเด็นที่สองกรณีการแก้ไขสัญญาสัมปทานที่คู่สัญญามีได้นำข้อสัญญา ที่แก้ไขเสนอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ

สำหรับประเด็นที่สอง ในเรื่องเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีการแก้ไข สัญญาสัมปทานที่คู่สัญญามีได้นำข้อสัญญาที่แก้ไขเสนอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ เป็นปัญหาที่ เกิดขึ้นภายหลังโครงการผ่านการปฏิบัติตามขั้นตอนตามที่กฎหมายร่วมทุนได้กำหนดไว้ และ คู่สัญญาได้เกิดความประสงค์ที่จะแก้ไขข้อสัญญาในสัญญาร่วมทุน ซึ่งขั้นตอนการแก้ไขสัญญา ร่วมทุนในกฎหมายร่วมทุนมิได้กำหนดรายละเอียดของการแก้ไขสัญญาร่วมทุนไว้เป็นการเฉพาะ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อการแก้ไขสัญญาสัมปทาน ดังนั้นจึงเกิดปัญหาขึ้นว่าถ้าเกิดการแก้ไข สัญญาโดยมิได้ให้องค์กรต่างๆตามกฎหมายร่วมทุน ทำการตรวจสอบและให้ความเห็นชอบ สัญญาร่วมทุนจะมีผลอย่างไร

ในทางปฏิบัติได้เกิดแนวทางการวางหลักกรณีนี้ ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองคดีที่ 349/2549 และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 292/2550 ซึ่งได้วางแนวทางในการกำหนด ผลที่แตกต่างกัน

สำหรับรายละเอียดของคำวินิจฉัยของศาลปกครองคดีที่ 349/2549 เป็นคดีที่เกิดจาก ข้อพิพาทของสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและบริษัท ไอทีวี จำกัด(มหาชน) ในกรณีที่เกิดข้อ พิพาทว่าสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้ผิดสัญญาร่วมทุนที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมภายหลังการ

ทำสัญญาโดยที่มีได้ผ่านการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี ในชั้นอนุญาตตุลาการได้ตัดสินให้สำนักปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีแพ้คดี สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีจึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

เมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้ให้วินิจฉัยในประเด็นของข้อสัญญาที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมไว้ว่า

“การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะจากคณะรัฐมนตรี ก่อนที่จะลงนามในสัญญาที่มีการเพิ่มเติมข้อสัญญาตามที่ผู้ถูกฟ้องขออันเป็นสัญญาที่แตกต่างไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบไว้แล้วในสาระสำคัญ จึงไม่ผูกพันรัฐตามกฎหมาย และถึงแม้ว่าสำนักงานปลัดสำนักปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ฟ้องจะมีได้หยิบยกประเด็นขึ้นต่อสู้ในชั้นอนุญาตตุลาการก็ตาม แต่เมื่อการเพิ่มเติมโดยมิได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน คำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการที่วินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีปฏิบัติผิดสัญญาเข้าร่วมงานจึงขัดต่อความสงบความเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยดังกล่าว ผลของการแก้ไขสัญญาร่วมทุนที่ไม่ผ่านขั้นตอนตามกฎหมายร่วมทุน ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่แก้ไขนั้นไม่มีผลผูกพันรัฐ ซึ่งก็คือผลของโมฆะกรรมนั่นเอง

ผลของคำวินิจฉัยคดีนี้ ทำให้สัญญาร่วมทุนที่รัฐได้ทำไว้กับเอกชนที่ได้มีการแก้ไขสัญญา เกิดความไม่แน่นอนในสถานะความมั่นคงของสัญญา และทำให้เกิดความเสี่ยงของโครงการที่ได้เริ่มดำเนินการไปแล้วซึ่งมีการแก้ไขสัญญาในภายหลัง เพราะขั้นตอนการนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบในข้อสัญญาที่ได้แก้ไขนั้น เป็นหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หากหน้าที่ของภาคเอกชน และภาคเอกชนก็มิได้อำนาจในการบังคับให้รัฐต้องเร่งดำเนินการแต่อย่างใด ซึ่งความเสี่ยงดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่ทำให้แรงจูงใจในการเข้าร่วมทุนของภาคเอกชนลดลง

ในส่วนรายละเอียดของ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 292/2550 เป็นข้อเท็จจริงในสัญญาร่วมทุนระหว่าง บริษัท กสท.โทรคมนาคม จำกัด(มหาชน) และ บริษัทโทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) เพื่อจัดทำให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ เมื่อได้ลงนามในสัญญาแล้ว คู่สัญญาได้ทำการแก้ไขสัญญาร่วมทุนในภายหลังโดยมิได้ให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ จึงหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าสัญญาที่แก้ไขจะมีผลอย่างไร

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้ดำเนินการโดยมิได้ปฏิบัติตามกฎหมาย จึงกระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามก็ดีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอันเป็นนิติกรรมทางปกครองสามารถแยกออกจากสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำได้ และสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือเหตุอื่น หากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายได้พิจารณาถึงเหตุแห่งการเพิกถอน ผลกระทบ และความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะแล้วว่า การดำเนินการไม่ถูกต้องนั้นมีความเสียหายอันสมควรจะต้องเพิกถอนสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำขึ้น คณะรัฐมนตรีก็ชอบที่จะเพิกถอนสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมที่ทำขึ้น แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ และเพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ คณะรัฐมนตรีก็อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ความเห็นชอบให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้ดำเนินการฯ ได้ตามความเหมาะสม”

การให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในคำวินิจฉัยนี้ ได้วิเคราะห์ผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาร่วมทุนไว้แตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง โดยได้แยกกระบวนการแก้ไขสัญญาออกจากตัวสัญญา ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกมาได้ ดังนั้นหากกระบวนการแก้ไขสัญญามีได้ให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ ก็เป็นความไม่ชอบในกระบวนการทำสัญญา แต่ข้อสัญญาที่ได้แก้ไขยังคงมีผลบังคับอยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอนโดยคณะรัฐมนตรี ซึ่งก็หมายความว่าสัญญาที่ได้แก้ไขโดยกระบวนการมิชอบมิได้มีผลเป็นโมฆะแต่ยังมีผลใช้บังคับได้อยู่ชั่วระยะเวลาหนึ่ง

จากกรณีศึกษาที่ได้ยกตัวอย่างมา ลักษณะข้อเท็จจริงที่ตรงกันก็คือสัญญาร่วมทุนคู่สัญญาในคดีได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาโดยมิได้ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ซึ่งทำให้ข้อสัญญาที่แก้ไขไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่องค์กรที่วินิจฉัยกรณีศึกษาดังกล่าว ก็ได้วินิจฉัยผลของความมิชอบไว้แตกต่างกัน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการดำเนินการตามสัญญาต่อไป แนวปฏิบัติในกรณีดังกล่าวจึงสมควรที่จะต้องบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในกฎหมายเพื่อให้หลักการดำเนินงานมีความชัดเจน

4.3 การร่วมทุนแบบหุ้นส่วนวิภาค (public-private partnerships)

ภายใต้กรอบของกฎหมายเฉพาะ

การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนวิภาคของประเทศไทยได้อาศัยขั้นตอนการเข้าร่วมงานของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เป็นหลักในการดำเนินการ แต่อย่างไรก็ตามในการลงทุนก่อสร้างหรือให้บริการในกิจการสาธารณะบางประเภทมีลักษณะพิเศษที่ต้องอาศัยหลักเกณฑ์เฉพาะด้าน ดังนั้นในการเข้าร่วมงานในกิจการดังกล่าวจึงต้องอาศัยขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่แตกต่างจากกฎหมายร่วมทุน ซึ่งอาจเป็นกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายร่วมทุน เช่น กฎหมายกิจการปิโตรเลียม หรือ เป็นกฎหมายที่เพิ่มหลักการเข้าร่วมงานซึ่งกฎหมายร่วมทุนมิได้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมถึง เช่น กฎหมายกิจการรถไฟฟ้า กฎหมายทางหลวงสัมปทาน โดยส่วนใหญ่กฎหมายเฉพาะดังกล่าวนี้ มักจะเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับการให้บริการของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งถ้าหากกิจการของรัฐวิสาหกิจใช้วิธีการร่วมทุนแบบหุ้นส่วนวิภาค โครงการที่ร่วมทุนนั้นจะต้องผ่านหลักเกณฑ์ที่กำหนดขั้นตอนไว้ เป็นการเฉพาะในกิจการสาธาณูปโภคนั้น

ลักษณะของกฎหมายร่วมทุนเฉพาะกิจการนี้ เนื้อหาโดยส่วนใหญ่ มักจะกำหนดรายละเอียดที่กฎหมายร่วมทุนฉบับปี 2535 ไม่ได้กำหนดไว้ เช่น การกำหนดรายละเอียดในคุณสมบัติของภาคเอกชน และการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจของภาครัฐในการกำกับดูแลการปฏิบัติงานของเอกชน ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายก็มีความแตกต่างกันตามลักษณะของประเภทกิจการ จึงกล่าวได้ว่า เนื้อหาของกฎหมายเฉพาะดังกล่าวนี้ มีความสัมพันธ์กับกฎหมายร่วมทุนฉบับปี 2535 ในฐานะที่กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมจากกฎหมายร่วมทุน โดยในขั้นตอนการเข้าร่วมงานก็ยังคงใช้กระบวนการในกฎหมายร่วมทุนฉบับปี 2535 เป็นหลักในการดำเนินงาน (ยกเว้น กฎหมายกิจการปิโตรเลียมที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายร่วมทุน)

4.3.1 ระบบการเข้าร่วมทุนภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543

พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 (กฎหมายกิจการรถไฟฟ้า) เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่ดูแลกิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนในชื่อ “การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย” ซึ่งในอดีตก็คือ องค์การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน

นคร เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดระบบขนส่งมวลชนในกรุงเทพมหานคร และปริมณฑล โดยการสร้างหรือจัดให้มีด้วยวิธีการใดๆ ซึ่งการขนส่งโดยรถไฟฟ้าและดำเนินการหรือให้บริการอันเกี่ยวกับการขนส่งโดยรถไฟฟ้างวดกล่าว กับดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ของกิจการรถไฟฟ้า³¹

นอกจากการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่มีเนื้อหาที่เพิ่มหลักการของกฎหมายร่วมทุนฉบับปี พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางของการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ดังนั้นในการพิจารณาขั้นตอนการเข้าร่วมงานของกิจการรถไฟฟ้าจึงจำต้องพิจารณากฎหมายทั้งสองฉบับไปด้วยกัน

4.3.1.1 ประเภทของกิจการที่ร่วมทุน

กิจการที่อยู่ในบังคับของกฎหมายนี้ คือกิจการเกี่ยวกับรถไฟฟ้าซึ่งรวมถึง การจัดสร้าง การขยาย การบูรณะ การปรับปรุงซ่อมแซมและการบำรุงระบบรถไฟฟ้า การเดินรถไฟฟ้า การจัดให้มีสถานที่จอดรถ การให้บริการ การอำนวยความสะดวก และการดำเนินกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องกับกิจการดังกล่าว³² โดยกิจการดังกล่าวนี้ องค์การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีอำนาจที่จะดำเนินการให้บริการด้วยตนเอง³³ หรือจะมอบหมายให้ภาคเอกชนเป็นผู้ดำเนินการโดยการรับสัมปทานก็ได้³⁴

ในปัจจุบัน (พ.ศ.2553) กิจการรถไฟฟ้าที่เปิดให้บริการแก่สาธารณะชนก็คือรถไฟฟ้าสายเฉลิมรัชมงคล (สายสีน้ำเงิน) ซึ่งขนส่งในเส้นทางหัวลำโพง-ศูนย์ประชุมแห่งชาติสิริกิติ์-บางซื่อในระยะทาง 20 กิโลเมตร โดยให้สัมปทานแก่ บริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (Bangkok Metro Company Limited: BMCL) เป็นผู้ดำเนินการในการให้บริการขนส่งระบบรางโดยการเดินรถไฟฟ้าใต้ดินจำนวน 18 สถานี³⁵ ในสัญญาร่วมทุนฉบับดังกล่าวได้ใช้รูปแบบการดำเนินการแบบ Build-Operate-Transfer (BOT) โดยกำหนดให้อุปกรณ์ในการวางระบบรถไฟฟ้าเป็นกรรมสิทธิ์ของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยทันทีที่สัญญาร่วมทุนได้สิ้นสุดลงตามระยะเวลา

³¹ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย, สาระสำคัญของโครงการรถไฟฟ้า
มหานคร, น. 2 <<http://www.mrta.co.th>>, สืบค้นเมื่อ 18 มกราคม 2553.

³² พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 5

³³ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 7

³⁴ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 9 (10)

³⁵ สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ข้อที่ 2.1

หรือจากการบอกเลิกสัญญา³⁶ ซึ่งรูปแบบการดำเนินงานในลักษณะดังกล่าวเป็นการร่วมทุนในรูปแบบหุ้นส่วนวิภาค (public-private partnerships)

4.3.1.2 คุณสมบัติของภาคเอกชน

กฎหมายกิจการรถไฟฟ้าได้กำหนดคุณสมบัติพื้นฐานของภาคเอกชนไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดไว้ในเรื่องคุณสมบัติของผู้รับสัมปทาน ซึ่งภาคเอกชนที่จะรับสัมปทานได้นั้นจะต้องเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย³⁷ และในการดำเนินกิจการรถไฟฟ้าจะต้องจัดให้บุคคลที่มีสัญชาติไทยเป็นผู้ปฏิบัติงานมากที่สุด ซึ่งหากมีการให้คนต่างชาติมาเป็นผู้ปฏิบัติงานจะต้องเป็นงานที่อาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (known-how) และมีการถ่ายทอดองค์ความรู้ให้แก่บุคคลสัญชาติไทยในเวลาภายใน 5 ปี³⁸ นอกจากนี้ภาคเอกชนยังจะต้องมีทุนในการดำเนินงาน มีเครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญที่มีความเชี่ยวชาญในการใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัย อันมีความเหมาะสมกับการดำเนินงานในกิจการรถไฟฟ้า

4.3.1.3 ขั้นตอนการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

เนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้ มิได้มีการบัญญัติขั้นตอนการเข้าร่วมงานระหว่างรัฐและเอกชนไว้อย่างครบถ้วน ดังนั้นระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการเข้าร่วมงานของกิจการรถไฟฟ้าจึงใช้วิธีการเข้าร่วมงานของกฎหมายร่วมทุนฉบับปี พ.ศ.2535 ในการดำเนินงานซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นในกรณีดังกล่าวไว้³⁹ ในประเด็นเรื่องรูปแบบการเข้าร่วมงานกิจการรถไฟฟ้าในโครงการประเภทที่ภาครัฐลงทุนก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานโดยมีมูลค่าการลงทุนเกิน 1,000 ล้านบาท และให้เอกชนจัดหาระบบอาณัติสัญญาณและระบบตัวรถไฟฟ้าเพื่อให้บริการโดยเช่าโครงสร้างพื้นฐาน ได้แก่ ราง สถานี ระบบอาณัติสัญญาณ และคู่อ้อมบำรุง โดยภาคเอกชนเป็นผู้จัดเก็บรายได้เอง เป็นโครงการที่มีลักษณะที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายร่วมทุนเพราะเป็นโครงการที่ดำเนินการโดยภาครัฐที่ร่วมทุนกับภาคเอกชนในลักษณะการเข้าร่วมงานในกฎหมายร่วมทุน มิใช่การจ้างเหมาภาคเอกชนให้จัดทำบริการเดินรถไฟฟ้า เพราะการจ้างเหมามิใช่ลักษณะการร่วมงานตามนิยามของกฎหมายร่วมทุน เพราะภาคเอกชนจะ

³⁶ สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ข้อที่ 5.2 และข้อ 18

³⁷ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 44

³⁸ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 45

³⁹ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 228/2550

ได้รับผลตอบแทนในรูปแบบของค่าจ้างและไม่ต้องร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนกับภาครัฐ
 หนึ่ง ในกรณีที่กิจการรถไฟฟ้าไม่เข้าตามเงื่อนไขของกฎหมายร่วมทุน กิจการดังกล่าวก็อาจจะต้อง
 ใช้ระบบการเข้าร่วมงานตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามกฎหมายกิจการรถไฟฟ้า⁴⁰
 แต่อย่างไรก็ตามอำนาจในการให้สัมปทานยังเป็นของคณะรัฐมนตรีเช่นเดียวกับกฎหมายร่วมทุน
 ปี พ.ศ.2535⁴¹

4.3.1.4 อำนาจการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชน

ในการดำเนินกิจการรถไฟฟ้า ผู้ที่มีอำนาจในการดำเนินงานตามกฎหมายคือการ
 รถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยซึ่งสามารถกระจายภาระงานไปให้ภาคเอกชนดำเนินงานได้
 โดยการรับสัมปทาน แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากงานที่ให้เอกชนรับสัมปทานไปนั้นเป็นงานบริการ
 สาธารณะ จึงต้องมีการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชนให้สอดคล้องกับนโยบายของ
 ภาครัฐ เพื่อให้งานบริการมีมาตรฐานมีความเสมอภาค และสามารถให้บริการเป็นไปอย่างต่อเนื่อง
 ซึ่งในกฎหมายกิจการรถไฟฟ้าวางหลักการกำกับดูแลในเรื่องดังต่อไปนี้

ก.) การควบคุมการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทาน

ภาคเอกชนผู้รับสัมปทานในกิจการรถไฟฟ้าจะต้องผ่านการพิจารณาคุณสมบัติใน
 การดำเนินงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อประเมินว่าภาคเอกชนดังกล่าวมีคุณสมบัติ
 เพียงพอที่จะให้บริการกิจการรถไฟฟ้าได้ ดังนั้นการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานให้แก่เอกชนราย
 อื่นจึงมีผลกระทบต่อการดำเนินงานกิจการรถไฟฟ้าระหว่างรัฐและเอกชนในเรื่องการพิจารณา
 คุณสมบัติของผู้ดำเนินงานที่ได้ประเมินคุณสมบัติไว้ล่วงหน้า ในกรณีดังกล่าวนี้จึงต้องมีระบบการ
 ควบคุมการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานโดยกฎหมายกิจการรถไฟฟ้าได้กำหนดให้การโอนสิทธิใน
 สัญญาสัมปทานจะต้องขออนุญาตจากคณะรัฐมนตรี⁴² โดยการเสนอขอของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน
 แห่งประเทศไทย และการโอนสิทธิดังกล่าวนี้จะต้องปรากฏเหตุจำเป็นในการโอนเนื่องมาจากการ
 การโอนเพื่อประโยชน์แก่การให้บริการประชาชนเช่น เอกชนรายใหม่มีเทคโนโลยีในการเดินรถที่
 ดีกว่า ซึ่งเอกชนรายใหม่นั้นจะต้องผ่านเกณฑ์คุณสมบัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายกิจการรถไฟฟ้า
 และการเข้ามาดำเนินการของเอกชนรายใหม่นั้นจะต้องไม่ทำให้กิจการรถไฟฟ้าหยุดชะงัก⁴³

⁴⁰ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 43

⁴¹ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 75 (7)

⁴² พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 75 (7)

⁴³ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 49

ข.) การเพิกถอนสัญญาสัมปทาน

การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีอำนาจในการเพิกถอนสัญญาสัมปทาน โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการรัฐมนตรี ในกรณีดังต่อไปนี้⁴⁴

- ข.1) ผู้รับสัมปทานมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ได้รับสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าหรือความเสียหายในการให้บริการแก่ประชาชน
- ข.2) ผู้รับสัมปทานมิได้ปฏิบัติตามมาตรฐานวิธีการประกอบกิจการรถไฟฟ้าของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยจนเป็นเหตุให้ประชาชนได้รับความเสียหาย
- ข.3) ไม่ชำระผลประโยชน์ตามสัญญาสัมปทานให้แก่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย
- ข.4) ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทานว่าเป็นเหตุให้เพิกถอนสัญญาสัมปทานได้
- ข.5) ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะและไม่สามารถหลีกเลี่ยงเหตุดังกล่าวได้⁴⁵

ในกรณีที่หนึ่งถึงสี่ ถ้าหากคณะกรรมการการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีความเห็นว่าเหตุเพิกถอนดังกล่าวสามารถแก้ไขได้และเป็นประโยชน์แก่การให้บริการประชาชน คณะกรรมการอาจให้โอกาสแก่ภาคเอกชนแก้ไขเหตุบกพร่องดังกล่าวภายในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ก็ได้⁴⁶ ในส่วนกรณีที่ห้าเนื่องจากสาเหตุของการเพิกถอนสัญญาสัมปทานไม่ได้เกิดมาจากความผิดของภาคเอกชน ดังนั้นภาคเอกชนจึงสมควรได้รับค่าชดเชยเพื่อเยียวยาความไว้นับเชื่อใจตามจำนวนความเสียหายที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน⁴⁷ อนึ่งภายหลังจากการเพิกถอนสัญญาสัมปทานไม่ว่าด้วยสาเหตุใด การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีสิทธิที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินของภาคเอกชนที่ใช้ในการให้บริการสาธารณะ⁴⁸

⁴⁴ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 51

⁴⁵ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 53 (2)

⁴⁶ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 52

⁴⁷ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 53 วรรคสาม

⁴⁸ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 46

4.3.2 ระบบการเข้าร่วมทุนภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

กิจการปิโตรเลียมเป็นกิจการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดการแหล่งพลังงานตามธรรมชาติซึ่งเป็นทรัพยากรสำคัญของประเทศ แม้ประเทศไทยจะอาศัยทรัพยากรปิโตรเลียมจากต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ แต่ประเทศไทยเองก็มีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมที่สำคัญอันเป็นแหล่งพลังงานสำรองของประเทศได้แก่ แหล่งลุ่มแอ่งผาง(อ.ผาง จ.เชียงใหม่) แหล่งสิริกิติ์ (จ.กำแพงเพชร) แหล่งเอราวัณ และ แหล่งบงกช (อ่าวไทย) ฯลฯ⁴⁹ ซึ่งในการสำรวจและการผลิตปิโตรเลียม ภาครัฐได้เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมทุนโดยการร่วมสัมปทานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ซึ่งเป็นกิจการที่ได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้บังคับในระบบการเข้าร่วมทุนของกฎหมายร่วมทุนฉบับปี พ.ศ.2535

4.3.2.1 ลักษณะของกิจการที่ร่วมทุน

กิจการปิโตรเลียมเป็นกิจการที่ครอบคลุมถึงการดำเนินงานในลักษณะการสำรวจปิโตรเลียม การผลิต การเก็บรักษา และการจำหน่ายปิโตรเลียม โดยลักษณะของปิโตรเลียมที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยกิจการปิโตรเลียมก็คือ น้ำมันดิบ ก๊าซธรรมชาติ ก๊าซธรรมชาติเหลว สารพลอยได้ สารประกอบไฮโดรคาร์บอนที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ซึ่งภาคเอกชนที่ได้รับสัมปทานมีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าวได้โดยการเสียผลตอบแทนให้แก่ภาครัฐในรูปแบบของค่าภาคหลวง ในส่วนทรัพย์สินของภาคเอกชนที่ใช้ในการประกอบกิจการได้รับการรับรองโดยกฎหมาย⁵⁰ว่าจะไม่ถูกภาครัฐเวนคืนทรัพย์สินมาเป็นของตนเว้นแต่มีการกำหนดข้อตกลงดังกล่าวไว้ในสัญญา (เช่นสัญญาในรูปแบบ BTO หรือ BOT) ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวนั้น อาทิเช่น แท่นขุดเจาะน้ำมันกลางทะเล หรือ โรงกลั่นน้ำมัน ฯลฯ

4.3.2.2 คุณสมบัติของภาคเอกชน

กิจการปิโตรเลียมเป็นกิจการที่มีความต้องการเงินลงทุนสูงและต้องอาศัยเทคโนโลยี เครื่องมือ เครื่องจักร และบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ ในกฎหมายปิโตรเลียมจึงกำหนดคุณสมบัติของผู้ร่วมสัมปทานให้มีการจัดตั้งเป็นบริษัทและจะต้องมีทุน เครื่องมือ อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญ

⁴⁹ สถาบันปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย, รอบรู้เรื่องปิโตรเลียม, กรุงเทพมหานคร: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2541, น.19-27.

⁵⁰ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 64

เพียงพอที่จะดำเนินกิจการปิโตรเลียมได้⁵¹ ซึ่งถ้าหากผู้รับสัมปทานไม่มีคุณสมบัติดังกล่าวก็ต้องอาศัยการร่วมทุนกับเอกชนรายอื่นที่มีศักยภาพเพียงพอโดยการทำสัญญาร่วมประกอบการ (Joint Operating Agreement)⁵²

4.3.2.3 ขั้นตอนการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน⁵³

ขั้นตอนการเข้าร่วมทุนในกิจการปิโตรเลียมเป็นขั้นตอนในการคัดเลือกผู้รับสัมปทานในการได้รับสิทธิเพื่อดำเนินการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมภายใต้หลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติปิโตรเลียมและกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ได้กำหนดไว้ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ก.) ขั้นตอนการเสนอโครงการ

หน่วยงานภาครัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการเสนอโครงการก็คือ กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ โดยมีหน้าที่ในการจัดทำประกาศกระทรวงพลังงานเชิญชวนให้ภาคเอกชนยื่นคำขอสัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงค่าคงที่แสดงสภาพธรณีวิทยา (ค่า K) และค่าลดหย่อนพิเศษของแปลงสำรวจ (ค่า SR) ใหม่ จะแต่งตั้งคณะทำงานพิจารณาเรื่องดังกล่าวแล้วนำเสนอ คณะกรรมการปิโตรเลียม ปลัดกระทรวงพลังงาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน และคณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาอนุมัติโดยลำดับ นอกจากนี้ยังมีคณะทำงานประเมินศักยภาพปิโตรเลียม มีหน้าที่ในการกำหนดเขตแปลงสำรวจ จัดทำชุดข้อมูลและเอกสารประชาสัมพันธ์จัดทำหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับการยื่นขอสัมปทานในประกาศเชิญชวน และจัดทำหลักเกณฑ์การพิจารณาให้สัมปทาน โดยเมื่อกำหนดเขตแปลงสำรวจได้แล้ว กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติจะต้องจัดทำประกาศกำหนดเขตพื้นที่แปลงสำรวจที่จะเปิดให้ยื่นขอสัมปทาน โดยส่งให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นชอบการกำหนดค่าคงที่แสดงสภาพทางธรณีวิทยา (K) และ ค่าลดหย่อนพิเศษ (SR) ของแปลงสำรวจ กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติดำเนินการจัดทำเอกสาร

⁵¹ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 24

⁵² สุจินต์ สุทธิการณัญญ, ภาษีอากรกับการประกอบกิจการปิโตรเลียมในประเทศไทย, กรุงเทพมหานคร:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548, น.117.

⁵³ สำนักบริหารสัมปทานปิโตรเลียม กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ, คู่มือการปฏิบัติงานเรื่องการจัดหาพลังงาน, <www.dmf.go.th/km/resource/files/resource-12.do>, สืบค้นเมื่อ 21 มกราคม 2553.

ประกาศเชิญชวนให้ยื่นขอสัมปทานปิโตรเลียมในรูปแบบของประกาศกระทรวงพลังงาน เพื่อเชิญชวนให้บริษัทเอกชนยื่นคำขอสัมปทานปิโตรเลียมในประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังนี้

- ก.1) เขตพื้นที่และแผนที่แปลงสำรวจที่เปิดให้ยื่นขอสัมปทาน
- ก.2) คุณสมบัติของผู้มีสิทธิยื่นขอสัมปทานปิโตรเลียมตามกฎหมาย
- ก.3) วิธีการยื่นขอสัมปทาน ต้องยื่นขอเป็นภาษาไทย ตามแบบฟอร์ม ชธ./ป1
- ก.4) หลักเกณฑ์การพิจารณาให้สัมปทาน
- ก.5) ข้อสงวนสิทธิอื่นๆ

เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานเพื่อลงนามในประกาศเชิญชวน เจ้าหน้าที่จะดำเนินการจัดเตรียมชุดข้อมูลการออกประกาศเชิญชวนให้ยื่นขอสัมปทาน พร้อมหนังสือนำส่งจาก กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติถึงหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ บริษัทผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมในประเทศไทยและบริษัทน้ำมันทั่วโลก สถานทูตไทยในต่างประเทศ สถานทูตต่างประเทศในประเทศไทย และบริษัทที่ปรึกษากฎหมายและภาษีอากร ซึ่งมีลูกค้าเป็นบริษัทน้ำมัน เป็นต้น

ข.) ขั้นตอนการคัดเลือกภาคเอกชน

ภาคเอกชนที่ประสงค์จะยื่นขอสัมปทาน จะต้องยื่นคำขอสัมปทาน พร้อมหลักฐานและเอกสารต่างๆ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁵⁴ และประกาศเชิญชวน และต้องยื่นคำขอภายในเวลาที่กำหนดในประกาศ เมื่อคณะกรรมการปิโตรเลียมรับคำขอสัมปทาน⁵⁵ รับเอกสารคำขอสัมปทานของภาคเอกชนและนำเอกสารคำขอสัมปทาน เสนอต่อคณะกรรมการพิจารณาคำขอสัมปทานปิโตรเลียม คณะอนุกรรมการพิจารณาคำขอสัมปทาน จะมอบหมายให้คณะทำงานพิจารณาคำขอสัมปทานปิโตรเลียมตรวจสอบเอกสาร หลักฐาน และคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอสัมปทานปิโตรเลียมตามมาตรา 24 และเปรียบเทียบข้อเสนอโครงการสำรวจข้อผูกพันด้านปริมาณงานและปริมาณเงิน และผลประโยชน์พิเศษของผู้ยื่นขอสัมปทานแต่ละราย แล้วสรุปการพิจารณาคำขอนำเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณาคำขอสัมปทาน

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาคำขอสัมปทาน เห็นชอบให้สัมปทานปิโตรเลียมแก่บริษัทที่สมควรได้รับสัมปทานแล้ว กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติจัดทำร่างสัมปทานปิโตรเลียมเสนอคณะกรรมการพิจารณาข้อกฎหมายและร่างสัมปทานปิโตรเลียมเพื่อพิจารณา และนำผลการพิจารณาให้สัมปทานปิโตรเลียมและร่างสัมปทานปิโตรเลียมที่ได้รับความเห็นชอบ

⁵⁴ กฎกระทรวงฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2514) ออกตามความใน พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

⁵⁵ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 16

เสนอต่อคณะกรรมการปิโตรเลียม ปลัดกระทรวงพลังงาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน และ คณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติตามลำดับ

เมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติแล้ว กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติจะต้องทำหนังสือแจ้งมติ คณะรัฐมนตรีให้บริษัทที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมทราบ เพื่อที่จะทำสัญญา สัมปทานปิโตรเลียมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานเป็นลำดับต่อไป⁵⁶

4.3.2.4 อำนาจการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชน

กฎหมายว่าด้วยกิจการปิโตรเลียมได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน ในการกำกับดูแลการดำเนินกิจการปิโตรเลียมของภาคเอกชนในเรื่องดังต่อไปนี้

ก.) การควบคุมการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทาน

การโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานในกิจการปิโตรเลียมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ภาคเอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานก่อน และจะต้อง แสดงคุณสมบัติของผู้รับสัมปทานว่ามีความเหมาะสมในการดำเนินกิจการปิโตรเลียมตามที่ กฎหมายได้กำหนดไว้หรือไม่⁵⁷ เว้นแต่ในกรณีที่ผู้รับโอนสัมปทานนั้นจะเป็นผู้ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ ห้าสิบในบริษัทผู้รับสัมปทานหรือผู้รับสัมปทานจะถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบในบริษัทผู้รับ สัมปทาน หรือในกรณีที่บริษัทที่สามได้ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบทั้งในบริษัทผู้รับสัมปทานและ ผู้รับโอนสัมปทาน⁵⁸ การโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานในกรณีดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจาก รัฐมนตรีแต่ต้องทำการแจ้งเป็นหนังสือต่อรัฐมนตรีเพื่อแสดงสัดส่วนการถือหุ้นพร้อมทั้ง ยื่นหลักฐานการรับรองคุณสมบัติของผู้รับโอนสัมปทานว่ามีความพร้อมในการดำเนินกิจการ ปิโตรเลียม

ข.) การเพิกถอนสัญญาสัมปทาน

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานมีอำนาจเพิกถอนสัญญาสัมปทานเมื่อปรากฏ เหตุการณ์ที่ภาคเอกชนผู้รับสัมปทานไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังต่อไปนี้⁵⁹

⁵⁶ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 22 (1)

⁵⁷ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 50

⁵⁸ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 48

⁵⁹ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 51

- ข.1) หน้าที่ในการปฏิบัติตามข้อสัญญาสัมปทานในเรื่องปริมาณเงินและปริมาณงานสำหรับการสำรวจปิโตรเลียม⁶⁰
- ข.2) หน้าที่ในการวางหลักประกันหรือวางหลักประกันการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างเพื่อประโยชน์ในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามจำนวนค่าใช้จ่ายในการเพิกถอน
- ข.3) หน้าที่ในการชำระค่าภาคหลวง⁶¹ หรือผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษในกรณีที่มีผลกำไรประจำปี
- ข.4) หน้าที่ในการชำระภาษีเงินได้ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียม
- ข.5) หน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักเทคนิคและวิธีการปฏิบัติงานปิโตรเลียมที่ดี
- ข.6) หน้าที่ในการปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานที่กำหนดว่าถ้าหากไม่ปฏิบัติตามจะเป็นเหตุให้เพิกถอนสัญญาสัมปทานได้

อนึ่ง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานอาจกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขให้ภาคเอกชนได้แก้ไขเหตุบกพร่องดังกล่าวก่อนการเพิกถอนก็ได้ หากภาคเอกชนยังไม่อาจแก้ไขเหตุบกพร่องดังกล่าว รัฐมนตรีก็สามารถเพิกถอนสัญญาสัมปทานได้ทันที⁶²

ค.) การควบคุมการส่งออกปิโตรเลียมไปต่างประเทศ

ปิโตรเลียมเป็นทรัพยากรสำคัญของประเทศ ดังนั้นหากจำนวนการผลิตไม่เพียงพอกับความต้องการในประเทศเนื่องมาจากเกิดภาวะขาดแคลนน้ำมัน หรืออยู่ในภาวะรักษาความปลอดภัยในประเทศ เช่น ภาวะสงคราม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานมีอำนาจที่จะควบคุมการส่งออกปิโตรเลียมในอัตราส่วนทั้งหมดหรือบางส่วนของการผลิตก็ได้⁶³

⁶⁰ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 30

⁶¹ ค่าภาคหลวงปิโตรเลียม คือ รายได้จากน้ำมันดิบ ก๊าซธรรมชาติ ก๊าซธรรมชาติเหลว สารพลอยได้ และสารประกอบไฮโดรคาร์บอนอื่นๆ ที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ โดยเก็บจากราคาซื้อขายจริงตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขาย ในอัตราร้อยละ 5-15 ของมูลค่าปิโตรเลียมที่ขายเป็นรายเดือน

⁶² พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 52

⁶³ พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 61

4.3.3 ระบบการเข้าร่วมทุนภายใต้บังคับของ

พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542

ทางหลวงสัมปทานเป็นเส้นทางคมนาคมทางบกที่ภาครัฐกระจายภารกิจในการสร้างทางหลวงให้แก่ภาคเอกชนในการรับสัมปทาน⁶⁴ เพื่อเพิ่มเส้นทางการขนส่งและแก้ปัญหาการจราจรติดขัดในเมืองที่มีขนาดใหญ่ โดยมีกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคมเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบในกิจการสัมปทานตามอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายทางหลวงสัมปทาน

4.3.3.1 ลักษณะของกิจการ⁶⁵

กิจการที่อยู่ในบังคับของกฎหมายทางหลวงสัมปทานคือ กิจการที่ก่อสร้างถนน การบำรุงรักษา โดยการเก็บค่าใช้ทาง ในระดับพื้นดิน ใต้ดิน หรือเหนือพื้นดิน หรือใต้หรือเหนืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น ซึ่งครอบคลุมถึงการสร้างอุโมงค์ สะพาน เรือข้ามฟากและท่าเรือสำหรับการขึ้นลงของรถที่รองรับการคมนาคมของทางหลวงสัมปทานด้วย

4.3.3.2 ขั้นตอนการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

การเข้าร่วมทุนในโครงการก่อสร้างทางหลวงสัมปทาน ในกฎหมายทางหลวงสัมปทานได้กำหนดไว้ให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี⁶⁶ แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่โครงการทางหลวงสัมปทานมีลักษณะที่เข้าเงื่อนไขของโครงการภายใต้บังคับในกฎหมายร่วมทุน โครงการดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุน⁶⁷ อันมีผลให้โครงการนั้นจะต้องผ่านขั้นตอนการนำเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ และการกำกับดูแลโครงการ ผ่านการพิจารณาขององค์กรต่างๆที่กฎหมายร่วมทุนให้อำนาจในการตรวจสอบและพิจารณานุมัติ

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์เฉพาะของสัญญาร่วมทุนก็จำต้องนำมาใช้บังคับในโครงการทางหลวงสัมปทานด้วย หากหลักเกณฑ์ดังกล่าวในกฎหมายทางหลวงสัมปทานมิได้กำหนดขั้นตอนไว้เป็นการเฉพาะ ดังเช่นวิธีการแก้ไขสัญญาร่วมทุนซึ่งต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการประสานงานที่จัดตั้งตามมาตรา 22 ของกฎหมายร่วมทุน ก่อนการนำเสนอให้

⁶⁴ พ.ร.บ.ทางหลวง พ.ศ.2535 มาตรา 12

⁶⁵ พ.ร.บ.ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 4

⁶⁶ พ.ร.บ.ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 8

⁶⁷ พ.ร.บ.ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 6

คณะรัฐมนตรีอนุมัติ อันเป็นหลักปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา⁶⁸ ในกรณีการขอแก้ไขสัญญาสัมปทานทางหลวงระหว่าง กรมทางหลวงและบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ในหลักการสาระสำคัญ เช่นการขยายอายุสัมปทาน การปรับอัตราค่าผ่านทาง การยกเลิกสิทธิในการฟ้องร้องคดีที่เกิดจากการก่อสร้างถนนท้องถิ่น (Local Road) ซึ่งการแก้ไขสัญญาดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการประสานงานและได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีจึงเป็นการปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุน

4.3.3.3 อำนาจการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชน

กฎหมายทางหลวงสัมปทานได้กำหนดกระบวนการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชนไว้เป็นการเฉพาะในโครงการทางหลวงสัมปทาน โดยกำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมทางหลวงและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมในเรื่องดังต่อไปนี้

ก.) การควบคุมการแก้ไขโครงสร้างของทางหลวง⁶⁹

ในการก่อสร้างทางหลวงสัมปทาน คู่สัญญาจะต้องทำการกำหนดแผนงานก่อสร้างโครงการเป็นเบื้องต้นก่อนที่ภาคเอกชนจะเข้าทำการก่อสร้างทางหลวง แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อการก่อสร้างทางหลวงได้เริ่มต้นขึ้น โครงสร้างแผนผังของทางหลวงที่ได้กำหนดไว้ก็อาจไม่เหมาะสมกับการก่อสร้างในสถานการณ์ดังกล่าวนั้น อันทำให้ภาคเอกชนจะต้องทำการปรับปรุงแผนงานในการก่อสร้าง อาทิเช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบและรายละเอียดทางเทคนิคในการก่อสร้าง ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตการดำเนินงานตามสัญญาและไม่เพิ่มค่าใช้จ่ายสัมปทาน ในกรณีดังกล่าวนี้อธิบดีกรมทางหลวงมีอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชน โดยพิจารณาอนุมัติในการแก้ไขแผนงาน

ข.) การเพิกถอนสัญญาสัมปทานทางหลวง⁷⁰

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมีอำนาจในการเพิกถอนสัญญาสัมปทานทางหลวงได้เมื่อภาคเอกชนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ภายหลังการเดือนเป็นหนังสือในกรณีดังต่อไปนี้

- ข.1) กรณีที่ภาคเอกชนไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายทางหลวงสัมปทาน เช่น หน้าที่ในการก่อสร้าง หน้าที่ในการบำรุงรักษา และหน้าที่ในการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง ฯลฯ

⁶⁸ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 476/2550

⁶⁹ พ.ร.บ.ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 14

⁷⁰ พ.ร.บ.ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 29

- ข.2) กรณีที่ภาคเอกชนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาสัมปทาน
- ข.3) กรณีที่ภาคเอกชนไม่ซ่อมแซมสภาพของทางหลวงอันเป็นเหตุให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้ใช้บริการ
- ข.4) กรณีที่ภาคเอกชนฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน

4.4 มาตรการส่งเสริมการลงทุนในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนภายใต้เงื่อนไขของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนพ.ศ.2520

การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบ public-private partnerships ของประเทศไทย แม้กรอบการเข้าร่วมงานจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุน แต่มาตรการส่งเสริมการลงทุนของภาครัฐมิได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับดังกล่าว แต่ได้บัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 โดยเป็นการส่งเสริมการลงทุนในกิจการประเภทของการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค หากเอกชนผู้เข้าร่วมงานประสงค์ที่จะได้รับสิทธิพิเศษดังกล่าวจะต้องยื่นคำร้องขอภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดไว้ โดยมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

4.4.1 ประเภทของกิจการที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย

ประเภทของกิจการที่จะได้รับมาตรการส่งเสริมการลงทุนจะต้องเป็นกิจการที่สำคัญ และเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ กิจการผลิตเพื่อส่งออกไปจำหน่ายต่างประเทศ กิจการที่ใช้ทุน แรงงานหรือบริการในอัตราสูง หรือกิจการที่ใช้ผลิตผลการเกษตร หรือทรัพยากรธรรมชาติเป็นวัตถุดิบ⁷¹ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน⁷² ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายฉบับนี้สามารถกำหนดประเภทกิจการที่ต้องการส่งเสริมการลงทุนโดยการ

⁷¹ พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520 มาตรา 16

⁷² คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนประกอบไปด้วยนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน กรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเป็นรองประธานกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่เกินสิบคนซึ่งนายกรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็นกรรมการ

ออกประกาศฉบับที่ 2/2543⁷³ ได้กำหนดเงื่อนไขของโครงการที่จะรับการส่งเสริมการลงทุนได้ จะต้องมีการลงทุนเกินกว่าหนึ่งล้านบาทและจะต้องเป็นประเภทของกิจการที่กำหนดไว้ในบัญชีที่อยู่ท้ายประกาศ ซึ่งโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบ public-private partnerships ที่ได้รับการส่งเสริมอยู่ในหมวดที่ 7 โดยอยู่ในประเภทของกิจการบริการและสิ่งสาธารณูปโภคเช่น โครงการผลิตไฟฟ้า การสร้างถนน การสร้างสนามบินพาณิชย์ กิจการโทรคมนาคมดาวเทียม และการให้บริการโทรศัพท์ เป็นต้น

4.4.2 ขั้นตอนของการขอรับสิทธิพิเศษ

ขั้นตอนการยื่นคำขอรับสิทธิพิเศษมีความแตกต่างกันในรูปแบบการเข้าร่วมทุนในแต่ละประเภท⁷⁴ หากเป็นการร่วมทุนในรูปแบบ Build-Transfer-Operate หรือ Build-Operate-Transfer ในการยื่นคำขอจะเป็นหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยจะต้องยื่นคำขอให้คณะกรรมการพิจารณาตั้งแต่ขั้นตอนการเริ่มต้นโครงการ ก่อนมีการประกาศประกาศเชิญชวนภาคเอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการ และในขั้นตอนการประมูลโครงการภาครัฐจะต้องระบุสิทธิประโยชน์ที่ภาคเอกชนจะได้รับอย่างชัดเจน ซึ่งคณะกรรมการจะให้สิทธิพิเศษก็ต่อเมื่อได้พิจารณาแล้วว่าการลงทุนในกรณีนี้ให้ผลตอบแทนที่สมเหตุสมผลแก่การลงทุนของภาครัฐ แต่หากการเข้าร่วมทุนในรูปแบบ Build-Own-Operate หลักเกณฑ์การให้สิทธิพิเศษเป็นไปตามหลักเกณฑ์ปกติ

4.4.3 สิทธิประโยชน์ที่ภาคเอกชนจะได้รับ

เมื่อโครงการได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนให้ได้รับสิทธิพิเศษ ผลประโยชน์ที่เอกชนผู้ลงทุนจะได้รับก็คือการได้รับการลดหย่อนภาษีหรือยกเว้นการเก็บภาษีที่เกี่ยวข้องกับโครงการที่ร่วมทุน เช่น การได้รับยกเว้น⁷⁵ หรือลดหย่อน⁷⁶ การเก็บภาษีสำหรับอากร

⁷³ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนฉบับที่ 2/2543 ประกาศวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2543

⁷⁴ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนฉบับที่ 3/2548 ประกาศวันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2548

⁷⁵ พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520 มาตรา 28

⁷⁶ พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520 มาตรา 29

เข้าในการนำเข้าเครื่องจักรที่ประเทศไม่สามารถผลิตได้ และ การได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล⁷⁷ สำหรับกำไรสุทธิที่ได้จากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ทั้งนี้ ให้พิจารณากำหนดเป็นสัดส่วนของเงินลงทุนโดยไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน ซึ่งต้องมีกำหนดเวลาไม่เกินแปดปีนับแต่วันที่เริ่มมีรายได้จากการประกอบกิจการนั้น

ผลสรุปจากการพิจารณาระบบกฎหมายร่วมทุนของไทย กฎหมายที่มีบทบาทเกี่ยวข้องกับระบบร่วมทุนอาจแบ่งได้สามประเภทโดยพิจารณาจากเนื้อหา โดยประเภทแรกคือ กฎหมายกลางที่วางระบบการเข้าร่วมงานในทุกโครงการที่มีมูลค่าเกินกว่าหนึ่งพันล้านบาท ซึ่งได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ส่วนประเภทที่สอง คือ กฎหมายเฉพาะที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายร่วมทุน หรือเป็นกฎหมายที่ขยายรายละเอียดเพิ่มเติมจากกฎหมายร่วมทุน ซึ่งได้แก่ กฎหมายปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กฎหมายทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 และ กฎหมายการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 ในส่วนประเภทที่สาม คือ กฎหมายส่งเสริมการลงทุนพ.ศ.2520 ที่วางมาตรการช่วยเหลือภาคเอกชนที่ประสงค์จะเข้ามาลงทุนในกิจการของรัฐ

กฎหมายร่วมทุนของไทยจึงมิได้วางหลักในเรื่องร่วมทุนไว้ในกฎหมายเพียงแค่ฉบับเดียว โดยกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญที่สุดก็คือ กฎหมายร่วมทุนฉบับปี 2535 แต่อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวก็พบอุปสรรคในทางปฏิบัติหลากหลายประการเนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายมิได้บัญญัติครอบคลุมในทุกขั้นตอนของระบบร่วมทุน นอกจากนี้เนื้อหาของกฎหมายที่บัญญัติไว้ ก็มีปัญหาจากการใช้ถ้อยคำที่มีความคลุมเครือในการตีความจึงเกิดปัญหาในการหาแนวทางที่ถูกต้องของการปฏิบัติงาน กฎหมายฉบับนี้จึงยังคงมีข้อบกพร่องในการบังคับใช้อยู่ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในเนื้อหาของบทต่อไป

⁷⁷ พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุนพ.ศ.2520 มาตรา 31