

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ที่ปรากฏในประเทศไทย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายหลักที่ใช้วางกรอบในการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนไม่ว่าจะเป็น การเข้าร่วมทุน ในรูปแบบหุ้นส่วนวิภาค (public-private partnerships) หรือรูปแบบอื่นๆ ซึ่งเจตนารมณ์ในการออกกฎหมายเพื่อสร้างความโปร่งใสและป้องกันการทุจริตในการเข้าร่วมงาน ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้จึงได้สร้างขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากและซับซ้อน ในขณะที่ การเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีรากฐานมาจากแนวนโยบายของภาครัฐในการกระจาย ความเสี่ยงในการลงทุนให้กระจายไปยังภาคเอกชน โดยธรรมชาติของการดำเนินงานจึงต้องมีความยืดหยุ่นและมีความคล่องตัวในขั้นตอนการเข้าร่วมงาน เพราะงานบริการสาธารณะเป็น งานประจำที่จะต้องปรับเปลี่ยนรูปแบบการให้บริการให้สอดคล้องต่อความต้องการของ สาธารณชนตามหลักการให้บริการสาธารณะ

แนวนโยบายในการเข้าร่วมทุนจึงมีความต้องการที่ขัดแย้งกับระบบกฎหมายร่วมทุน ที่เป็นอยู่ ดังนั้นในภาคปฏิบัติของการเข้าร่วมทุนจึงเกิดปัญหาการดำเนินงานภายใต้ขั้นตอนที่ ระบบกฎหมายร่วมทุนได้สร้างขึ้น ทั้งปัญหาความไม่ชัดเจนในถ้อยคำของกฎหมายหรือการ ไม่บัญญัติขั้นตอนในบางกรณีที่ส่งผลให้การดำเนินงานขาดความชัดเจนแน่นอน นอกจากนี้ยังมีการ สร้างขั้นตอนบางอย่างที่ทำให้ขาดความคล่องตัว แต่อย่างไรก็ดีแม้กฎหมายร่วมทุนจะเป็น อุปสรรคในการเข้าร่วมงานระหว่างรัฐและเอกชน แต่การสร้างขั้นตอนเพื่อให้เกิดความโปร่งใส ในการดำเนินงานก็ยังเป็นสิ่งที่จำเป็นในการเข้าร่วมทุน สิ่งที่ต้องแสวงหาในการสร้างระบบ การเข้าร่วมทุนที่มีประสิทธิภาพก็คือวิธีการประสานความโปร่งใสในการเข้าร่วมงานและ ความคล่องตัวในการปฏิบัติงานให้มีความสมดุลและมีความสอดคล้องกัน

อนึ่ง สำหรับการนำเสนอเนื้อหาของปัญหาในบทนี้ จะเป็นการนำเสนอปัญหา เป็นรายกรณี โดยศึกษาจากเนื้อหาของกฎหมายร่วมทุนและข้อเท็จที่เกิดขึ้นจากความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาของศาลปกครอง โดยแยกอธิบายหัวข้อประเด็นปัญหา และแนวทางในการแก้ไขปัญหา

5.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายที่เกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (public-private partnerships)

โครงการที่เกิดจากการร่วมทุนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (public-private partnerships) เป็นโครงการที่จะต้องเข้าขั้นตอนการเข้าร่วมงานของกฎหมายร่วมทุน แต่ระบบการเข้าร่วมงานของกฎหมายฉบับนี้ ยังคงมีข้อบกพร่องในทางปฏิบัติและเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติงาน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1.1 ปัญหาการพิจารณาเงื่อนไขของโครงการที่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายร่วมทุน

ในขั้นตอนแรกของการเข้าร่วมงานจะต้องมีการพิจารณาว่า โครงการดังกล่าวจะต้องเข้าเงื่อนไขในบังคับของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งกฎหมายร่วมทุนของไทยได้วางเงื่อนไขที่สำคัญสามประการก็คือ การพิจารณาจากลักษณะของคู่สัญญา การพิจารณาจากประเภทของโครงการ และลักษณะของการเข้าร่วมงาน และการพิจารณาจากทุนทรัพย์ของโครงการที่เข้าร่วมทุน หากโครงการใดมีเงื่อนไขครบถ้วนทั้งสามประการโครงการดังกล่าวก็ต้องเข้าสู่ขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุน โดยในหัวข้อนี้จะนำเสนอถึงปัญหาของการบังคับใช้นิยามของกฎหมายในการกำหนดเงื่อนไขของโครงการร่วมทุน

5.1.1.1 ปัญหากรอบการพิจารณาจำนวนทุนทรัพย์ของโครงการ

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้กิจการของรัฐที่ให้เอกชนเข้าร่วมในการดำเนินการอันมีทุนทรัพย์เกินหนึ่งพันล้านบาทจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ทุนทรัพย์ที่เกินหนึ่งพันล้านบาทจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าโครงการร่วมทุนประเภทใดบางที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุน แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายร่วมทุนมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณทุนทรัพย์ว่าต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ใด ทำให้ในทางปฏิบัติเกิดปัญหาในการดำเนินงานว่าการคำนวณทุนทรัพย์ของโครงการร่วมทุนจะต้องเริ่มต้นคำนวณเมื่อใด และจะต้องคำนวณจากทรัพย์ประเภทใดบ้าง

หลักปฏิบัติที่ปรากฏในปัจจุบัน ได้รับการวางหลักการคำนวณทุนทรัพย์จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งได้วางหลักการคำนวณว่าจะต้องพิจารณาจากทรัพย์ประเภทใดบ้าง โดยปรากฏในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 785/2541

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาของการคำนวณทุนทรัพย์ของโครงการดำเนินการจัดบริการขนส่งบนทางรถไฟซึ่งเป็นการร่วมลงทุนระหว่าง กระทรวงคมนาคมและเอกชน โดยเอกชนเป็นฝ่ายลงทุนจัดหารถจักร รถพ่วง หรือรถโดยสารที่มีกำลังขับเคลื่อนอยู่ในตัว (รถดีเซลราง) มาเดินให้บริการขนส่งบนทางรถไฟในเส้นทางสายต่าง ๆ ของการรถไฟฯ และต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการจัดเดินขบวนรถทั้งหมด รายได้ที่ได้รับการดำเนินงานบริการขนส่งให้ตกเป็นของเอกชน โดยที่เอกชนที่ดำเนินการดังกล่าวต้องจ่ายค่าตอบแทนการใช้ทางและค่าตอบแทนอื่น ๆ ให้กับการรถไฟฯ

การร่วมทุนในโครงการดังกล่าวจึงเกิดปัญหาขึ้น ว่าจะต้องคำนวณทุนทรัพย์ของโครงการจากทรัพย์อะไรบ้างเพื่อนำมาใช้พิจารณาว่าโครงการดังกล่าวจะต้องตกอยู่ในบังคับของกฎหมายร่วมทุนหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า “การคิดวงเงินลงทุนจึงต้องคิดจากการลงทุนทั้งในส่วนของเอกชน เช่น มูลค่าของรถจักร ฯลฯ ที่เอกชนลงทุน รวมกับมูลค่าของทรัพย์สินของรัฐที่เอกชนใช้ในโครงการ เช่น ที่ดิน รางรถไฟ อาณัติสัญญาณ หรือสถานีรถไฟ เป็นต้น ตามสัดส่วนการใช้ทรัพย์สินของรัฐดังกล่าว”

ในบางกรณี การที่สัญญาร่วมทุนอาจมีการแบ่งแยกสัญญาออกเป็นหลายฉบับ จึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่าการคำนวณทุนทรัพย์ในโครงการดังกล่าวสามารถแยกการคำนวณตามจำนวนสัญญาที่ได้แบ่งแยกไว้ได้หรือไม่

ในข้อเท็จจริงของความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 47/2541 องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยประสงค์จะให้เอกชนหลายรายเข้าร่วมดำเนินการในการให้บริการโทรศัพท์สาธารณะโดยการดำเนินการดังกล่าวจะมีการทำสัญญาหลายฉบับทยอยไปตามลำดับที่เอกชนสนใจขอมา และขึ้นอยู่กับความพร้อมขององค์การ จึงเกิดปัญหาว่าการคำนวณทุนทรัพย์ในโครงการดังกล่าวสามารถแยกการคำนวณตามจำนวนสัญญาที่ได้แบ่งทำกับเอกชนได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า “การดำเนินการตามโครงการที่ให้เอกชนหลายรายเข้าร่วมลงทุนในแต่ละสัญญาที่มีวงเงินไม่ถึง 1,000 ล้านบาท โดยแยกแผนการดำเนินงานเป็นรายปีและแยกพิจารณาเอกชนแต่ละรายแล้วทำสัญญาเป็นแต่ละสัญญาย่อย ๆ นั้นเป็นเพียงวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามโครงการเพื่อขยายบริการโทรศัพท์สาธารณะให้เหมาะสมกับแต่ละท้องที่และสอดคล้องกับความพร้อมขององค์การโทรศัพท์เท่านั้น แต่จะไม่ทำให้โครงการเดียวดังกล่าวกลายเป็นโครงการย่อยหลายโครงการได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าว การให้เอกชนหลายรายร่วมลงทุนในโครงการขยายบริการโทรศัพท์สาธารณะจำนวน 200,000 เครื่องซึ่งมี

มูลค่าเงินลงทุนทั้งโครงการจำนวน 6,000 ถึง 8,000 ล้านบาท โดยแยกเป็นหลายสัญญา นั้นเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

จากกรณีศึกษาทั้งสองกรณี การวางหลักของคณะกรรมการกฤษฎีกามีผลทำให้การคำนวณทุนทรัพย์ของโครงการจะต้องพิจารณามูลค่าของทรัพย์สินที่ใช้ในการก่อสร้างและที่ดินที่ใช้ในโครงการซึ่งมูลค่าทรัพย์สินทั้งสองประเภทมีมูลค่าที่ไม่แน่นอน มีการขึ้นลงของราคาทรัพย์สินที่เป็นพลวัตจึงหามูลค่าที่แน่นอนของโครงการได้ยาก อีกทั้งในบทบัญญัติของกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการคำนวณทุนทรัพย์ไม่ หากโครงการซึ่งรัฐร่วมลงทุนกับเอกชนในช่วงแรกทุนทรัพย์ไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท ซึ่งต่อมากุณทรัพย์ได้เพิ่มขึ้นเกินหนึ่งพันล้านบาทเพราะมูลค่าของทรัพย์สินที่ใช้ในการก่อสร้างและที่ดินที่ใช้ในโครงการได้เพิ่มมูลค่าขึ้น และถ้ามีการแก้ไขสัญญาจึงอาจเกิดปัญหาว่าจะต้องมีการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้จะต่างกับการแก้ไขสัญญาของโครงการที่มีทุนทรัพย์เกินหนึ่งพันล้านบาทอยู่แล้ว แต่ได้รับการอนุมัติโครงการก่อนการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ เพราะคู่สัญญารับรู้ในช่วงเริ่มต้นของโครงการว่ามูลค่าของโครงการเกินกว่าหนึ่งพันล้านบาทอยู่แล้ว

5.1.1.2 ปัญหาขั้นตอนการดำเนินงานบังคับใช้ซ้ำซ้อน

กับพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518

การพิจารณาว่าโครงการใดที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุนสามารถพิจารณาได้จากนิยามของกิจการของรัฐที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ของกฎหมายร่วมทุนตามรายละเอียดที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ซึ่งโครงการดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายร่วมทุนได้กำหนดไว้ ซึ่งมีบางกรณีที่โครงการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายร่วมทุน อาจจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของการปฏิบัติตามขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่กฎหมายฉบับอื่น ซึ่งมีค่าบังคับระดับเดียวกับกฎหมายร่วมทุน

โครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่เกิดปัญหาความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงาน ได้แก่ โครงการที่กรมธนารักษ์ได้นำที่ราชพัสดุไปให้เอกชนเช่า ซึ่งเมื่อพิจารณาจากนิยามของคำว่ากิจการของรัฐที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จะเห็นได้ว่าที่ราชพัสดุเป็นทรัพย์สินของรัฐ และการนำไปให้เอกชนเช่าก็เป็นกิจการที่จะต้องใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของส่วนราชการ จึงต้องตกอยู่ในบังคับของการปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้

แต่อย่างไรก็ตาม การให้เอกชนแสวงหาประโยชน์จากราชพัสดุนั้นมีขั้นตอนกำหนด อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วย วิธีประมูลจัดให้เช่าที่ราชพัสดุ พ.ศ.2538 ไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว ดังนั้นจึงเกิดปัญหาที่เอกชนจะต้อง ปฏิบัติขั้นตอนการเข้าร่วมงานตามกฎหมายฉบับใด

ปัญหาที่เกิดขึ้นปรากฏในข้อเท็จจริงของความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 239/2542 ซึ่งเป็นปัญหาที่กรมธนารักษ์ได้นำที่ดินราชพัสดุบริเวณที่ตั้งกรมปศุสัตว์ มาใช้จัดหา ประโยชน์โดยวิธีเปิดประมูลหาผู้ลงทุนปลูกสร้างอาคารยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงการคลัง โดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประมูลจัดซื้อที่ดินพร้อมจัดสร้างอาคารชุดเช่าให้ส่วนราชการนั้น ๆ และกระทรวงการคลังได้อนุมัติให้บริษัท ธนายง จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ได้รับสิทธิการพัฒนาลงทุน เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2538 ซึ่งบริษัทฯ ได้เสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้กับทางราชการ รวมมูลค่า ทรัพย์สินตามโครงการประมาณ 1,765,345,670 บาท

ปัญหาในการดำเนินโครงการดังกล่าวจึงมีว่า โครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณที่ตั้ง กรมปศุสัตว์ อยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวว่า “การจัดหาประโยชน์ในที่ราช พสดุโดยการจัดให้เช่าเป็น “กิจการของรัฐ” ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้า ร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 เพราะเป็นกิจการซึ่งกรมธนารักษ์มีอำนาจ หน้าที่ต้องทำตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุพ.ศ.2518 ประกอบกับข้อ 6 ของกฎกระทรวง (พ.ศ. 2519) ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518 อย่างไรก็ดี การจะพิจารณาว่า กิจการจัดหาประโยชน์ในที่ดินตามโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณที่ตั้งกรมปศุสัตว์จะถือเป็นการ ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการอันจะอยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่า ด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐหรือไม่ นั้น เห็นว่า หากโครงการ จัดหาประโยชน์ตามโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุดังกล่าวมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้าน บาทขึ้นไปตามความหมายของบทนิยามคำว่า “โครงการ” แล้ว การจัดหาประโยชน์ตามโครงการ ดังกล่าวย่อมอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535”

นอกจากนี้ยังปรากฏในความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 587/2538 ซึ่งข้อเท็จจริง มีว่ากระทรวงการคลังได้ดำเนินการเจรจากับบริษัท เอ็น ซี ซี แมนเนจเม้นท์ แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ผู้ได้สิทธิบริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ในปัจจุบันเกี่ยวกับการต่อสัญญาการบริหาร

ศูนย์การประชุมดังกล่าวซึ่งมีมูลค่าอาคารและที่ดินหลายพันล้านบาท บริษัทตกลงจะจ่ายเงินผลประโยชน์ตอบแทนเป็นเงินค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนรายปี และตกลงจะสร้างอาคารสถานที่เพิ่มเติมยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงการคลังมีมูลค่าก่อสร้างอีกกว่าสองพันเจ็ดร้อยล้านบาท

ปัญหาที่ปรากฏจากการทำสัญญาฉบับนี้ก็คือ การให้สิทธิเอกชนเข้าบริหารกิจการที่ใช้ที่ดินและอาคารที่ราชพัสดุเช่นกรณีศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์จะถือว่าเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ว่า “กรมธนารักษ์เป็นส่วนราชการสังกัดกระทรวงการคลัง มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการที่ราชพัสดุตามกฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุตามนัยมาตรา 9 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ประกอบด้วยมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมธนารักษ์ กระทรวงการคลัง พ.ศ. 2537 กรมธนารักษ์จึงมีอำนาจหน้าที่ในการปกครอง ดูแล บำรุงรักษา ใช้และจัดหาประโยชน์เกี่ยวกับศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ซึ่งเป็นอาคารและที่ดินราชพัสดุตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 กรณีการบริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “กิจการของรัฐ” ตามบทนิยามของคำว่า “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

ส่วนการให้สิทธิเอกชนเข้าบริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ จะถือว่าเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐหรือไม่ นั้น เห็นว่า การเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่ต้องอยู่ภายในบังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะต้องปรากฏว่า มีการลงทุนในโครงการ ที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า การให้สิทธิเอกชนเข้าบริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ซึ่งมีมูลค่าของอาคารศูนย์การประชุมและที่ราชพัสดุซึ่งเป็นที่ตั้งของศูนย์การประชุมแห่งชาติดังกล่าวมีวงเงิน หรือ ทรัพย์สินเกินหนึ่งพันล้านบาท การให้สิทธิเอกชนเข้าบริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์จึงถือเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจาก ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้งสองกรณีจึงพิจารณาได้ว่า การที่กรมธนารักษ์ให้เอกชนเช่าที่ราชพัสดุ แม้จะมีกฎหมายที่ราชพัสดุกำหนดขั้นตอนการ

เข้าร่วมงานของเอกชนไว้โดยเฉพาะ แต่โครงการดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายร่วมทุนซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนการเข้าร่วมงานอีกฉบับหนึ่ง

โครงการให้เช่าที่ราชพัสดุคู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายทั้งสองฉบับ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือภาระที่เพิ่มขึ้นของคู่สัญญาในการที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายทั้งสองฉบับ ไม่ว่าจะเป็น ขั้นตอนการประมูลคัดเลือกคู่สัญญา หรือ ขั้นตอนในการตกลงทำสัญญา หรือ การแก้ไขสัญญาในภายหลัง ซึ่งเป็นเนื้อหาของการปฏิบัติที่ซ้ำซ้อนกัน ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตกลงเข้าทำสัญญาว่าจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับใดก่อนเป็นฉบับแรก

5.1.1.3 ปัญหาความไม่สัมพันธ์กันระหว่างเงื่อนไขของโครงการ

และระบบตรวจสอบ

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายร่วมทุนในการกำหนดรูปแบบของการเข้าร่วมงานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 โดยการให้คำนิยาม “การร่วมทุนหรือดำเนินการ” ว่าเป็นร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขของโครงการร่วมทุนมิได้จำกัดเฉพาะการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน แต่ขอบเขตของการร่วมทุนได้ขยายไปถึงการที่ภาครัฐให้ภาคเอกชนลงทุนโดยฝ่ายเดียวซึ่งรวมถึงวิธีการอนุญาตอันเป็นการออกคำสั่งทางปกครองของภาครัฐในการควบคุมการประกอบกิจการบางอย่างเพื่อให้ภาครัฐได้ประเมินความเหมาะสมของภาคเอกชนก่อนที่จะออกใบอนุญาตในการประกอบกิจการ ซึ่งมีความแตกต่างจากระบบการเข้าร่วมงานโดยการทำสัญญาร่วมทุนเพราะสัญญาร่วมทุนเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่คู่สัญญาจะต้องตกลงยินยอมในการผูกนิติสัมพันธ์กันและมีความผูกพันในทางสิทธิและหน้าที่ตามข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาเนื้อหาของระบบตรวจสอบของกฎหมายร่วมทุนในขั้นตอนการเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ และการกำกับดูแล กลับมีเนื้อหาที่ตรวจสอบเฉพาะระบบการเข้าร่วมงานในรูปแบบที่ภาครัฐทำสัญญาร่วมทุนกับภาคเอกชน ดังปรากฏในขั้นตอนดังต่อไปนี้

ก.) ในเรื่องการประกาศเชิญชวนภาคเอกชน ในมาตรา 12 กฎหมายบังคับในหน่วยงานเจ้าของโครงการร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีใน “สัญญาร่วมทุนหรือดำเนินการ”

ข.) ในเรื่องของอำนาจคณะกรรมการประจำโครงการ ในมาตรา 14 (1) ได้กำหนดไว้ให้ตรวจสอบในเรื่องพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีใน “สัญญาร่วมงานหรือดำเนินการ”

ค.) ในเรื่องอำนาจตรวจสอบโครงการของอัยการ ในมาตรา 20 ได้กำหนดไว้ว่าให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา “ร่างสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการ” ก่อนลงนาม

ง.) ในเรื่องการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงาน ในมาตรา 22 จะต้องจัดตั้งขึ้นภายหลังเมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของระบบการตรวจสอบโครงการร่วมทุนดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าระบบการตรวจสอบของกฎหมายร่วมทุนได้วางโครงสร้างมาเพื่อรองรับการตรวจสอบระบบการเข้าร่วมทุนที่ใช้สัญญาร่วมทุนเป็นหลัก แต่เงื่อนไขของโครงการที่จะต้องถูกตรวจสอบกลับขยายความรวมถึง “ระบบการออกใบอนุญาต” ตามนิยามในมาตรา 5 ซึ่งเป็นการให้นิยามที่ไม่สอดคล้องกับระบบตรวจสอบที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายร่วมทุน ทำให้เมื่อโครงการที่มีทุนทรัพย์เกิน 1,000 ล้านบาท แต่เอกชนได้รับใบอนุญาตในการประกอบกิจการ จึงเกิดความสับสนว่าคู่สัญญาร่วมทุนจะให้องค์กรต่างๆ ในกฎหมายร่วมทุนตรวจสอบโดยอาศัยอำนาจอะไร เพราะอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็ได้บัญญัติชัดเจนว่าให้ตรวจสอบในเรื่องของสัญญา มิได้บัญญัติให้ตรวจสอบในเรื่องการออกใบอนุญาต

5.1.2 ปัญหาการมิได้บัญญัติขั้นตอนบางประการในการดำเนินงานตามกฎหมายร่วมทุน

กฎหมายร่วมทุนของประเทศไทยมีโครงสร้างหลักคือการกลั่นกรองการเข้าร่วมงานระหว่างรัฐและเอกชน ดังนั้นเนื้อหาที่กำหนดไว้จึงเป็นการกำหนดขั้นตอนการเข้าร่วมงานเป็นหลัก ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ในการดำเนินงานภายหลังการเข้าร่วมทุนมิได้มีการประกอบการปฏิบัติงานที่ชัดเจนแน่นอนในเรื่อง การแก้ไขสัญญา การโอนสิทธิในสัญญา และ การสร้างมาตรการรองรับในการให้บริการอย่างต่อเนื่อง โดยในปัจจุบันปัญหาดังที่ได้กล่าวมาได้อาศัยแนวปฏิบัติที่วินิจฉัยโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองเป็นบรรทัดฐานในการดำเนินงาน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1.2.1 ปัญหาขั้นตอนการแก้ไขสัญญาร่วมทุน

เมื่อโครงการได้ผ่านการอนุมัติและได้ดำเนินงานในช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้ว หากคู่สัญญาประสงค์ที่จะทำการแก้ไขสัญญาสัมปทาน คู่สัญญาจะต้องนำข้อสัญญาที่ได้แก้ไขหรือ

เพิ่มเติม เข้าสู่ขั้นตอนต่างๆตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุน และจะต้องให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติข้อสัญญาที่ได้แก้ไขหรือเพิ่มเติม ดังที่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 625/2537 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า “การที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหากเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญา จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และจะลดขั้นตอนตามพระราชบัญญัตินี้ก็สามารถกระทำได้โดยในขั้นตอนการดำเนินโครงการ คณะกรรมการตามมาตรา 13 อาจคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการโดยไม่ใช้วิธีประมูลก็ได้ แล้วรายงานต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลังเพื่อพิจารณา และเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติได้ตามนัยมาตรา 16 จึงแก้สัญญาได้”

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติก็คือ คู่สัญญาจะต้องนำข้อสัญญาที่ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่ขั้นตอนการเข้าร่วมงานตามที่กฎหมายกำหนดไว้อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน และเกิดความซ้ำซ้อนในการคัดเลือกเอกชนซึ่งผ่านการคัดเลือกมาแล้วตามการประมูลครั้งแรก แม้ไม่มีผู้ประมูลแข่งขันแต่ก็ต้องให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเห็นชอบอีก

เมื่อพิจารณาจากขั้นตอนการเข้าร่วมงานตามกฎหมายร่วมทุน สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาโครงการที่หน่วยงานรัฐได้นำเสนอ แต่ไม่ใช่องค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาร่างสัญญา โดยองค์กรที่รับผิดชอบก็คือคณะกรรมการประจำโครงการและสำนักงานอัยการสูงสุด จึงมีข้อสังเกตว่าสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติจะมีความเข้าใจในปัญหาของข้อสัญญาที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมได้ดีเพียงใด ในเมื่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมชาติมิได้เป็นผู้พิจารณาร่างของสัญญาร่วมทุน

การลดขั้นตอนที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ ก็ได้กล่าวถึงรายละเอียดว่าระหว่าง การพิจารณาโครงการของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและ กระทรวงการคลัง ก่อนที่จะนำร่างสัญญาที่ได้แก้ไขให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติ จะต้องทำการ จัดตั้งคณะกรรมการประจำโครงการขึ้นมาอีกครั้งหรือไม่ และจะต้องนำร่างสัญญาดังกล่าว ให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้พิจารณาอีกวาระหนึ่งหรือไม่ เพราะวิธีการลดขั้นตอนที่ คณะกรรมการกฤษฎีกานำเสนอก็คือเป็นกรณีเฉพาะขั้นตอนการคัดเลือกเอกชน ซึ่งอาจจะตีความได้ ว่าในขั้นตอนที่เหลืออยู่ คู่สัญญาอาจจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนการเข้าร่วมทุนตามที่กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดไว้ทั้งหมด

5.1.2.2 ปัญหาการขาดมาตรการรองรับการให้บริการต่อเนื่อง ในกรณีการยกเลิกข้อสัญญา

การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ ในบางกรณีอาจเกิดข้อบกพร่องในการดำเนินงานของภาคเอกชนจนเป็นเหตุให้ภาครัฐต้องบอกเลิกสัญญา หรือ ภาคเอกชนไม่สามารถดำเนินกิจการสาธารณะต่อไปได้เพราะถูกฟ้องล้มละลาย หรือ โครงการร่วมทุนไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายร่วมทุนและถูกคณะรัฐมนตรีเพิกถอนสัมปทาน ฯลฯ สถานการณ์ที่ได้กล่าวมาทั้งหมดล้วนเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้โครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องล้มเหลว ซึ่งสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาร่วมทุน หรือตามเนื้อหาของกฎหมายเฉพาะสำหรับกิจการนั้นๆ

แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งภายหลังโครงการได้สิ้นสุดลงก็คือ ประชาชนที่ต้องเดือดร้อนจากการพึ่งพาการให้บริการจากโครงการดังกล่าว จะมีหลักในการคุ้มครองสิทธิให้ได้รับการบริการอย่างต่อเนื่อง¹ ในหลักเกณฑ์ใด ถ้าหากข้อสัญญามีได้กำหนดข้อตกลงไว้อย่างชัดเจน และเนื้อหาของกฎหมายร่วมทุนเองก็ได้กำหนดข้อกฎหมายที่รองรับในสถานการณ์ดังกล่าวไว้แต่อย่างใด

ปัญหาดังกล่าวนี้ได้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมในกรณีของคดีพิพาทระหว่างไอทีวีและสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ที่ผลของข้อพิพาทในคำวินิจฉัยศาลปกครองคดีที่ 349/2549 ได้ส่งผลให้ไอทีวีต้องรับภาระในการจ่ายค่าปรับในการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญา จากการเปลี่ยนแปลงผังรายการขัดต่อสัญญาสัมปทาน คิดเป็นร้อยละ 10 ของค่าสัมปทานในแต่ละปี โดยคิดเป็นรายวัน วันละ 100 ล้านบาท นับตั้งแต่เริ่มมีการปรับผังรายการ รวมระยะเวลา 2 ปี เป็นค่าปรับทั้งสิ้น ประมาณ 9.4 หมื่นล้านบาท (นับจนถึงวันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2549 อันเป็นวันที่ศาลปกครองกลางได้ตัดสิน) ทั้งนี้คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 ให้ไอทีวีจ่ายค่าปรับและค่าสัมปทานที่ค้างอยู่ภายในวันที่ 7 มีนาคม มิเช่นนั้นจะทำการเลิกสัมปทาน เมื่อไอทีวีไม่จ่ายเงินดังกล่าว สัญญาร่วมทุนก็ได้สิ้นสุดลงโดยปัญหาที่ตามมาคือการให้บริการสถานีโทรทัศน์ผ่านระบบยูเอชเอฟจะเปิดให้บริการต่อไปด้วยวิธีใด ซึ่งรัฐบาลได้แก้ปัญหาดังกล่าว โดยการให้กรมประชาสัมพันธ์ดำเนินงานแทนในวันที่ 8 มีนาคม 2550 ในนามของสถานีโทรทัศน์ไอทีวี

¹ หลักการให้บริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง เป็นหลักการที่สำคัญของหลักการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งจะต้องพิจารณาหลักความเสมอภาคและหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงประกอบไปด้วย

กรณีของคดีไอทีวีจึงได้เป็นกรณีศึกษาในการแสดงผลลัพธ์ของการขาดมาตรการที่รองรับการให้บริการอย่างต่อเนื่องของกฎหมายร่วมทุน อันส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนของแนวปฏิบัติที่เหมาะสมภายหลังการสิ้นสุดของสัญญาสัมปทาน

5.1.2.3 ปัญหาการขาดขั้นตอนการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาสัมปทาน

ภาคเอกชนที่เข้าร่วมทุนในกิจการของรัฐ จะต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติและเงื่อนไขผลประโยชน์ที่เสนอผลตอบแทนแก่ภาครัฐตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุนหรือกฎหมายเฉพาะ ดังนั้นคุณสมบัติเฉพาะตัวของภาคเอกชนที่ได้รับสัมปทานจึงเป็นสาระสำคัญในการดำเนินงาน ในบางกรณีในระหว่างการดำเนินงานของภาคเอกชน อาจเกิดสถานการณ์ที่ภาคเอกชนจำต้องโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานให้แก่ภาคเอกชนรายอื่น เช่น ความจำเป็นในเรื่องงบประมาณในการลงทุนเพิ่มเติม หรือ ประสบปัญหาการขาดสภาพคล่อง หรือ การขาดแคลนเทคโนโลยีจนไม่สามารถพัฒนาระบบการให้บริการอย่างมีประสิทธิภาพได้ ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวนี้ ในกฎหมายร่วมทุนมิได้กำหนดสาเหตุการโอนและขั้นตอนการโอนไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน แต่อาศัยทางปฏิบัติที่เกิดจากแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 293/2550 โดยโครงการที่ภาคเอกชนประสงค์จะทำการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานจะต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการประจำโครงการตามมาตรา 13 เพื่อตรวจสอบและนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติต่อไป

ปัญหาของการขาดมาตรการทางกฎหมายในเรื่องการโอนสิทธิสัมปทาน ทำให้ไม่สามารถวางกรอบการปฏิบัติที่ชัดเจนได้ อันมีผลทำให้เหตุผลในการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานในบางกรณีอาจจะมิได้เกิดมาจากความจำเป็นที่จะต้องโอนเพราะเรื่องประสิทธิภาพในการดำเนินงาน แต่อาจจะเกิดมาจากเหตุผลทางธุรกิจของเอกชนรายอื่นที่ต้องการเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์จากกิจการของรัฐซึ่งเป็นธุรกิจที่มีผลตอบแทนสูง หากไม่มีกฎหมายที่กำหนดเหตุผลของการโอนสัมปทานอยู่บนฐานของประสิทธิภาพในการดำเนินงาน ก็จะทำให้กิจการของรัฐมีลักษณะเชิงเช่นธุรกิจทั่วไปที่จำหน่ายจ่ายโอนอย่างเสรีได้² นอกจากนี้ การกำหนดคุณสมบัติของ

² ข้อเท็จจริงในความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 293/2550 การโอนสิทธิของบริษัท โทเทิลแอนด์เคเบิลคอมมูนิเคชั่น จำกัด ให้แก่ บริษัท ไวร์เลส คอมมูนิเคชั่นเซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ได้ใช้วิธีการโอนสิทธิที่จะโอนกลับไปให้บริษัท กสท. โทรคมนาคมจำกัด(มหาชน) เพื่อที่จะให้ บริษัท กสท. โทรคมนาคมจำกัด(มหาชน) ให้สัมปทานในสิทธิดังกล่าวแก่บริษัท ไวร์เลส คอมมูนิเคชั่นเซอร์วิส จำกัด (มหาชน)

เอกชนที่เข้ามารับโอนกิจการร่วมทุน ก็มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดคุณสมบัติพื้นฐานไม่ด้อยไปกว่าภาคเอกชนผู้รับสัมปทานรายเดิม³ มิเช่นนั้นก็ไม่ได้มีความจำเป็นที่จะมอบหมายภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้ภาคเอกชนที่มีศักยภาพด้อยกว่าในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อคุณภาพและมาตรฐานของการให้บริการ

ในการทำธุรกรรมบางอย่างของภาคเอกชน เช่น การขายกิจการให้ภาคเอกชนรายอื่น หรือ การขายหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่ง แม้จะมีใช้การโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานโดยตรง แต่ก็อาจส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการของภาคเอกชนดังเช่นการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทาน เพราะอำนาจในการตัดสินใจขององค์กรย่อมเป็นไปตามผู้ถือหุ้นใหญ่ซึ่งอาจมีความต้องการต่างจากกลุ่มผู้บริหารรายเดิม ดังนั้นการควบคุมการทำธุรกรรมดังที่ได้กล่าวมานี้จึงมีความจำเป็นเช่นเดียวกับการควบคุมการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทาน แต่อย่างไรก็ตาม หากภาครัฐใช้มาตรการควบคุมที่เข้มงวดมากเกินไป ภาคเอกชนก็อาจขาดความคล่องตัวในการบริหารงานได้ ซึ่งอาจจะทำให้ขัดต่อวัตถุประสงค์ ในการกระจายภาระงานของรัฐเพื่อต้องการความคล่องตัวในการบริหารของภาคเอกชน

5.1.2.4 ปัญหาการขาดมาตรการควบคุมและขาดกระบวนการ

ในการต่ออายุสัญญา

สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นสัญญาสัมปทานที่มีการกำหนดอายุสัมปทานในการดำเนินงานและแสวงหาผลประโยชน์ของภาคเอกชน เมื่อสัญญาดังกล่าวครบอายุการให้สัมปทาน หากคู่สัญญาประสงค์จะให้กิจการยังคงดำเนินต่อไปก็就会有การเจรจาต่อรองในการต่ออายุสัญญาต่อไป การที่สัญญาสัมปทานมีการกำหนดอายุสัญญา ก็เพื่อป้องกันการผูกขาดในการแสวงหาผลประโยชน์ของเอกชนผู้รับสัมปทาน และเป็นการสร้างอำนาจต่อรองแก่ภาครัฐในการเจรจาต่อรองที่จะได้รับคุณภาพของการให้บริการที่ดีมากยิ่งขึ้น และหากเอกชนรายเดิมไม่อาจเสนอผลตอบแทนที่น่าพึงพอใจ ภาครัฐก็มีสิทธิที่จะหาผู้รับสัมปทานรายใหม่ที่มีประสิทธิภาพมากกว่าเดิม

ปัญหาในเรื่องดังกล่าวของกฎหมายร่วมทุนคือ การขาดมาตรการควบคุมในเชิงคุณภาพ และขาดกระบวนการในการประเมินความเหมาะสมของการต่ออายุสัญญา ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อมาตรฐานในการพัฒนาระบบการให้บริการของโครงการร่วมทุน

³ กิจการสาธารณะบางกิจการมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดคุณสมบัติของผู้รับโอนสัมปทานไว้อย่างชัดเจน เช่น กิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน และ กิจการปิโตรเลียม

เพราะการต่ออายุสัญญาโดยไม่มีการควบคุม เอกชนผู้รับสัมปทานมีต้องกังวลกับสภาพที่จะต้องเผชิญกับการแข่งขันกับเอกชนรายอื่นในการประมูลสัมปทาน ทำให้ไม่ต้องเสนอรูปแบบการให้บริการใหม่ที่ดีกว่าเดิม

นอกจากปัญหาที่ได้กล่าวมานี้ ในทางปฏิบัติยังมีปัญหาของการต่ออายุสัญญาล่วงหน้าก่อนครบกำหนดสัญญาในระยะเวลาที่มากเกินไปจนสมควร ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น⁴ ในการต่ออายุสัญญาร่วมทุนล่วงหน้าของ บริษัท กรุงเทพและวิทยุ จำกัด (สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง 7) ผู้รับสัมปทานในการดำเนินกิจการโทรทัศน์จากกองทัพบก โดยเริ่มทำสัญญาในปี พ.ศ.2511 ต่อมาในปี พ.ศ. 2541 ผู้บัญชาการกองทัพบกในเวลานั้นได้ทำการต่ออายุสัญญาให้กับ บริษัท กรุงเทพและวิทยุ จำกัด ล่วงหน้าก่อนครบกำหนดอายุสัญญาเดิมเป็นเวลาถึง 8 ปี (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5) และ ยังเป็นการต่ออายุสัญญาภายหลังจากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งในมาตรา 40 ได้กำหนดให้อำนาจในการดูแลคลื่นความถี่ในการส่งวิทยุโทรทัศน์เป็นอำนาจขององค์กรอิสระในการกำกับดูแล โดยในระบอบเวลานั้นยังมิได้มีการจัดตั้งองค์กรดังกล่าว

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากกิจการร่วมทุนไม่มีการควบคุมการต่ออายุสัญญากิจการดังกล่าวนี้ย่อมมีแนวโน้มที่จะเกิดการผูกขาดในการดำเนินงาน ทำให้ไม่เกิดการแข่งขันในการเสนอรูปแบบการให้บริการที่ดีกว่า และทำให้เอกชนผู้รับสัมปทานขาดแรงจูงใจในการพัฒนาคุณภาพการให้บริการของตนเอง ผลเสียที่เกิดขึ้น นอกจากประชาชนจะไม่ได้รับการให้บริการที่มีคุณภาพแล้ว ยังเป็นการกีดกันเอกชนรายอื่นที่มีศักยภาพดีกว่าในการเข้ามาร่วมแข่งขันในการประมูลสัมปทาน

⁴ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และ อิศร์กุล อุณหฤต, “ผลตอบแทนส่วนเกินจากสัมปทาน: กรณีศึกษาสัมปทานโทรคมนาคมโทรทัศน์ และการจำหน่ายสินค้าปลอดอากร”, เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี 2552, มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา เช่นทราแกรนด์ และบางกอกคอนเวนชันเซ็นเตอร์ เช่นทรีวิลด์, 25-26 พฤศจิกายน 2552, น.13-14.

5.1.3 ปัญหาเรื่องผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการฝ่าฝืน มาตรการในกฎหมายร่วมทุน

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายร่วมทุนปี 2535 ทั้งฉบับแล้ว โครงสร้างของกฎหมายร่วมทุนอาจจำแนกโครงสร้างหลักได้สองประการ ประการแรกคือ การกำหนดเนื้อหาเกี่ยวกับขั้นตอนการเข้าร่วมทุน และประการที่สองคือ การกำหนดนิติสัมพันธ์ขององค์กรเกี่ยวข้องซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นเรื่องอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานภายในภาครัฐที่ต้องสร้างกระบวนการตรวจสอบภายในของฝ่ายบริหารเอง⁵ เนื้อหาจากโครงสร้างทั้งสองประการได้สร้างมาตรการทางกฎหมายที่บังคับให้องค์กรที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม แต่มิได้ระบุว่าหากเกิดการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายจะมีผลอย่างไรต่อสัญญาร่วมทุน และสาเหตุในกรณีใดบ้างที่จะทำให้การเข้าร่วมงานไม่ชอบด้วยกฎหมาย บทวิเคราะห์ในประเด็นนี้ จึงได้จำแนกออกเป็นสองประเด็นคือ ปัญหาการกำหนดสาเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายร่วมทุน และปัญหาการกำหนดผลของการความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายร่วมทุน โดยมีรายละเอียดดังนี้

5.1.3.1 ปัญหาการกำหนดสาเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ของกฎหมายร่วมทุน

สาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเป็นตัวกำหนดว่าขั้นตอนใดบ้างที่เป็นมาตรการซึ่งกฎหมายได้บังคับให้บุคคลที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม มิเช่นนั้น การกระทำที่ฝ่าฝืนก็จะต้องได้รับโทษจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจจะส่งผลให้นิติกรรมที่เกี่ยวข้องมีผลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันอาจจะมีผลเป็น โมฆะ โมฆียะ หรือ เป็นนิติกรรมที่บกพร่องอันอาจถูกเพิกถอนได้

กฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ ได้สร้างมาตรการให้คู่สัญญาร่วมทุนจำต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่กฎหมายได้กำหนด แต่มิได้ระบุในเนื้อหาว่า หากเกิดการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวนั้นจะเป็นสาเหตุให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทำให้เกิดความคลุมเครือในการปฏิบัติงาน

⁵ ในหมายเหตุของการออกกฎหมายร่วมทุนได้กล่าวไว้ว่า “เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในปัจจุบันส่วนใหญ่ จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน.....”

ว่าขั้นตอนใดบ้างเป็นมาตรการที่กฎหมายบังคับในคู่สัญญาต้องปฏิบัติ หรือ ขั้นตอนใดเป็นเพียงกระบวนการภายในของภาครัฐ⁶ เนื่องจากโครงสร้างของกฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ ได้กำหนดเนื้อหาเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบภายในหน่วยงานของภาครัฐเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งความบกพร่องที่เกิดขึ้นภายในองค์กรภาครัฐก็ไม่สมควรที่จะต้องผูกพันคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่สุจริต เพราะภาคเอกชนมิได้มีส่วนในการสร้างความบกพร่องดังกล่าว

ยกตัวอย่างเช่น โครงการร่วมทุนที่ไม่ผ่านการประเมินจากสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (อันดับต่อมาตรา 6) ก่อนการนำโครงการเข้าสู่ขั้นตอนการดำเนินโครงการ ภาคเอกชนไม่อาจรับรู้ความบกพร่องของขั้นตอนดังกล่าวได้ หากนำความบกพร่องที่เกิดจากกระบวนการภายในของภาครัฐเองยื่นต่อเอกชนได้ก็จะทำลายความเชื่อถือและไว้วางใจของเอกชน แม้การกำหนดผลลักษณะดังกล่าวจะชอบด้วยหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” แต่อย่างไรก็ตาม ในหลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง แม้การกระทำทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าหากคู่กรณีอีกฝ่าย เชื่อมั่นในความมีผลของการกระทำทางปกครองดังกล่าวนั้นโดยสุจริต กฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อมั่นของคู่กรณีอีกฝ่ายด้วยตามหลัก “การคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ” เว้นแต่ปรากฏข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าภาคเอกชนรับรู้ถึงความบกพร่องดังกล่าวของโครงการ หรือ ได้กระทำการโดยสุจริต

⁶ กระบวนการภายในของภาครัฐที่กฎหมายร่วมทุนได้กำหนดไว้บังคับใช้ระหว่างองค์กรภาครัฐ ปรากฏในขั้นตอนดังนี้

1.) ขั้นตอนการนำเสนอโครงการ ซึ่งกฎหมายบังคับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องนำเสนอแผนงานเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อศึกษาถึงความคุ้มค่าในการลงทุน และ หากโครงการดังกล่าวมีมูลค่าเกินห้าพันล้านบาท จะต้องมีการว่าจ้างที่ปรึกษาเพิ่มเติมขึ้นไปด้วย ซึ่งจะต้องมีการส่งให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติในการก่อสร้างโครงการ

2.) ขั้นตอนการดำเนินโครงการ ในกระบวนการดังกล่าว หน่วยงานเจ้าของโครงการมีหน้าที่ในการจัดตั้งคณะกรรมการประจำโครงการ และ กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้พิจารณาว่าสัญญา ซึ่งคณะกรรมการประจำโครงการจะต้องนำเสนอผลการคัดเลือกเอกชน และ ร่างสัญญาให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติ

3.) ขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล ซึ่งหน้าที่ในขั้นตอนนี้ กฎหมายได้กำหนดให้เป็นภาระของหน่วยงานเจ้าของโครงการในการจัดตั้งคณะกรรมการประสานเพื่อใช้อำนาจในการกำกับดูแล

ในส่วนเนื้อหาของ “มาตรการ” ที่กฎหมายบังคับในคู่สัญญาต้องปฏิบัติ กลับมิได้ปรากฏในกฎหมายร่วมทุน แต่เกิดจากแนวทางปฏิบัติของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครอง ที่กำหนดเป็นมาตรการให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม มิเช่นนั้น โครงการร่วมทุนก็จะมีผลไม่ชอบด้วยกฎหมาย (รายละเอียดอยู่ใน หัวข้อ 4.2.3) ในเรื่องดังต่อไปนี้

- 1.) การนำโครงการร่วมทุนเข้าสู่กระบวนการเข้าร่วมงาน
- 2.) การแก้ไขสัญญาร่วมทุน
- 3.) การบอกเลิกสัญญาร่วมทุน
- 4.) การต่ออายุสัญญาร่วมทุน
- 5.) การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาร่วมทุน

มาตรการดังกล่าวนี้ มิได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายร่วมทุน จึงยังคงขาดความแน่นอนชัดเจนในการบังคับใช้ อีกทั้งในบางมาตรการองค์กรที่วินิจฉัยก็ได้ให้ความเห็นในผลของความบกพร่องที่แตกต่างกัน⁷ (ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดในหัวข้อถัดไป) นอกจากนี้ การกำหนดสาเหตุที่บกพร่องก็มิได้แยกความบกพร่องที่เกิดจากกระบวนการภายในของภาครัฐ หรือ ความบกพร่องที่คู่สัญญาจำต้องรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งความบกพร่องประการแรกไม่สมควรผูกพันฝ่ายเอกชนที่สุจริตดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

5.1.3.2 ปัญหาการกำหนดผลของการความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ของกฎหมายร่วมทุน

ในเรื่องผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายร่วมทุน ก็ได้ระบุไว้ในกฎหมายร่วมทุน เช่นเดียวกับการกำหนดสาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เกิดขึ้นจากแนวปฏิบัติที่เกิดจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองโดยได้กำหนดผลของความไม่ชอบไว้สองกรณี คือ ผลของความไม่ชอบที่มีผลทำให้สัญญาร่วมทุนที่เกิดขึ้นไม่ผูกพันคู่สัญญา (โมฆะ) และ ผลของความไม่ชอบที่มีผลให้สัญญาร่วมทุนอาจถูกเพิกถอนได้

สำหรับผลการฝ่าฝืนขั้นตอนของกฎหมายร่วมทุนที่ส่งผลให้สัญญาร่วมทุนมีผลไม่ผูกพันคู่สัญญา (โมฆะ) คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ในกรณีคู่สัญญาร่วมทุนมิได้นำโครงการร่วมทุนที่อยู่ในบังคับของกฎหมายเข้าสู่กระบวนการเข้าร่วมงาน (ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 339/2544) ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็น

⁷ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 292/2550 และ คำวินิจฉัยศาลปกครองที่

ดังกล่าว เพราะ วัตถุประสงค์ของกฎหมายร่วมทุนต้องการที่ให้โครงการสาธารณะที่มีมูลค่าสูงได้รับการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุน และ ได้รับการตรวจสอบในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนว่ามีประสิทธิภาพในการดำเนินงานหรือไม่ หากโครงการที่อยู่ในบังคับของกฎหมายหลักเล็งไม่เข้ากระบวนการทางกฎหมายแล้วยังมีผลในทางกฎหมายอยู่ กฎหมายร่วมทุนก็ไม่อาจจะใช้บังคับกับโครงการร่วมทุนที่อยู่ในบังคับได้ ซึ่งส่งผลกระทบต่อ “ความมั่นคงในนิติฐานะ” ของกฎหมาย

ในส่วนผลของความบกพร่องที่อาจทำให้สัญญาร่วมทุนถูกเพิกถอนได้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ในความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 292/2550 ในประเด็นข้อบกพร่องที่เกิดจาก “การแก้ไขสัญญาร่วมทุนที่ไม่ผ่านกระบวนการเข้าร่วมงาน” โดยได้กล่าวหาเหตุแห่งความไม่ชอบในกรณีการแก้ไขสัญญาร่วมทุนสามารถแยกกระบวนการแก้ไขสัญญาออกจากตัวสัญญา โดยกระบวนการดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกมาได้ ดังนั้นหากกระบวนการแก้ไขสัญญามีได้ให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ ก็เป็นความไม่ชอบในกระบวนการทำสัญญาและข้อสัญญาที่ได้แก้ไขยังคงมีผลบังคับอยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอนโดยคณะรัฐมนตรี ซึ่งก็หมายความว่าสัญญาที่ได้แก้ไขโดยมิชอบ มิได้มีผลเป็นโมฆะ อนึ่ง คำวินิจฉัยที่ให้ความเห็นในลักษณะเดียวกันนี้ ก็ได้ปรากฏในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาโดยไม่ผ่านกระบวนการร่วมการงานด้วย (293/2550)⁸ แต่อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยศาลปกครองคดีที่ 349/2549 ได้วินิจฉัยต่างออกไปจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าสัญญาที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยไม่ผ่านการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรีข้อสัญญาที่ได้แก้ไขไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา⁹

จากแนวคำวินิจฉัยที่กล่าวมาแสดงให้เห็นว่า องค์การที่วินิจฉัยยังคงมีความเห็นในเรื่องผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายร่วมทุนที่แตกต่างกันอยู่ จึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่าจะยึดถือแนวคำวินิจฉัยใดเป็นหลักในการปฏิบัติ อีกทั้ง การที่กฎหมายร่วมทุนมิได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็มีปัญหาเรื่องความชอบในการบังคับใช้ในแง่นิติวิธี เพราะ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองมิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร

⁸ ในเรื่องกระบวนการในการต่ออายุสัญญาและการบอกเลิกสัญญาเนื่องจากในข้อหาหรือ หน่วยงานที่ขอคำปรึกษามีได้ขอความเห็นในประเด็นเรื่องผลของความไม่ชอบ จึงไม่ปรากฏคำวินิจฉัยผลของการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าว

⁹ รายละเอียดของคดี ดู บทที่ 4 หัวข้อ 4.2.3.5

ที่จะมีผลเป็นการทั่วไปในการบังคับใช้เช่นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวก็อาจเปลี่ยนแปลงการตีความได้ในอนาคต

5.1.4 ปัญหากระบวนการตรวจสอบโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

บทวิเคราะห์ในประเด็นปัญหานี้ ได้พิจารณาประเด็นปัญหาของระบบตรวจสอบของกฎหมายร่วมทุนไว้ 3 ประการ ประการแรก จะเป็นการวิเคราะห์ถึงปัญหาระบบตรวจสอบของคณะกรรมการที่กฎหมายร่วมทุนได้จัดตั้งขึ้น อันเป็นระบบการตรวจสอบหลักของกฎหมายฉบับนี้ ประการที่สอง จะเป็นการวิเคราะห์ถึงปัญหาการขาดระบบการเผยแพร่ผลการดำเนินงาน ซึ่งทำให้ภาคสาธารณะไม่อาจได้รับความสะดวกในการเข้ามาตรวจสอบการดำเนินงานได้ ประการสุดท้าย จะเป็นการวิเคราะห์ถึงปัญหาของโครงการสาธารณะที่ไม่ถูกตรวจสอบโดยกฎหมายร่วมทุน แต่ความสำคัญของโครงการ สมควรที่จะต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบบางขั้นตอนเพื่อความโปร่งใสในการดำเนินงาน

5.1.4.1 ปัญหาประสิทธิภาพในการตรวจสอบขั้นตอนการเข้าร่วมงาน ของคณะกรรมการที่จัดตั้งตามกฎหมายร่วมทุน

คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายร่วมทุน มีหน้าที่สำคัญคือการตรวจสอบการเข้าร่วมงานให้มีความโปร่งใสและดำเนินการภายใต้กรอบของกฎหมาย ดังนั้นการที่โครงการจะได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพของกรรมการที่เป็นสมาชิกด้วย ซึ่งในหัวข้อนี้จะเป็นการนำเสนอปัญหาในเรื่องประสิทธิภาพของการจัดตั้งคณะกรรมการเป็นหลัก โดยพิจารณาจากการประสานงานของคณะกรรมการกลุ่มต่างๆ คุณสมบัติของกรรมการ และอำนาจของคณะกรรมการในการกำกับดูแล

ก.) ปัญหาการขาดเอกภาพในการดำเนินงานของคณะกรรมการในกฎหมายร่วมทุน

กฎหมายร่วมทุนของประเทศไทยมีขึ้นเพื่อสร้างความโปร่งใสในการเข้าร่วมงานระหว่างรัฐและเอกชน จึงมีการกำหนดขั้นตอนการดำเนินงานที่มีความซับซ้อนโดยมีการจัดตั้งองค์กรกลุ่มขึ้นมาเพื่อตรวจสอบขั้นตอนการเข้าร่วมงาน ซึ่งมีสององค์กรคือ คณะกรรมการประจำโครงการตามมาตรา 13 และ คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 โดยอำนาจในการจัดตั้งอาศัยอำนาจจากกฎหมายร่วมทุนและมีสถานะชั่วคราวประจำเฉพาะโครงการที่ตนรับผิดชอบ ทั้งนี้องค์กรทั้งสองมีภารกิจในการตรวจสอบในขั้นตอนการเข้าร่วมงานที่แตกต่างกัน โดยคณะกรรมการประจำโครงการมีหน้าที่ในการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาและการพิจารณากรอบการ

ร่างสัญญาร่วมทุนในเบื้องต้นในส่วนคณะกรรมการประสานงานมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชนคู่สัญญาว่าได้ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาหรือไม่ ซึ่งเป็นขั้นตอนภายหลังจากการคัดเลือกคู่สัญญาและมีการทำสัญญาขึ้นมาแล้ว

นอกจากองค์การตรวจสอบประจำโครงการทั้งสองแล้ว ในกฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ยังกำหนดให้ขั้นตอนการนำเสนอโครงการของหน่วยงาน(solicited project)ยังจะต้องผ่านการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มที่จัดตั้งอยู่แล้ว ดังนั้นขั้นตอนการเข้าร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน จึงต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการถึงสามองค์กร ซึ่งองค์ประกอบของสมาชิกประจำคณะกรรมการก็มีความแตกต่างกัน ในการตรวจสอบขั้นตอนการเข้าร่วมงานก็ตรวจสอบในขั้นตอนที่แตกต่างกัน ดังนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการขาดเอกภาพในการประสานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับโครงการที่ต้องตรวจสอบ กล่าวคือ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติมีหน้าที่ประเมินความคุ้มค่าในการลงทุนเบื้องต้น ข้อมูลในส่วนนี้จะต้องเป็นฐานข้อมูลในการพิจารณาประสิทธิภาพของการคัดเลือกภาคเอกชนคู่สัญญาและกรอบในการร่างสัญญาร่วมทุนซึ่งเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการประจำโครงการ แม้ผู้แทนของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติจะเป็นหนึ่งในสมาชิกของคณะกรรมการประจำโครงการแต่ก็เป็นเพียงแค่สมาชิกคนหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดดังนั้นคณะกรรมการประจำโครงการจะต้องทำการศึกษาข้อมูลของโครงการอีกครั้งหนึ่ง ในกรณีของคณะกรรมการประสานงานก็มีลักษณะเดียวกัน เพราะการจะตรวจสอบการปฏิบัติงานของภาคเอกชนได้จะต้องมีความเข้าใจเนื้อหาของข้อตกลงในสัญญาร่วมทุน ดังนั้นคณะกรรมการประสานงานจึงต้องทำการศึกษาเนื้อหาของสัญญาอีกครั้งหนึ่งเช่นกัน

ในปัญหาดังกล่าวนี้อาจจะทำให้ขั้นตอนการเข้าร่วมงานไม่ดำเนินงานไปอย่างต่อเนื่องและทำให้ขั้นตอนการเข้าร่วมทุนจะต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนานจึงเป็นอุปสรรคประการหนึ่งของการเข้าร่วมทุนตามขั้นตอนของกฎหมายฉบับนี้

ข.) ปัญหาของการกำหนดสมาชิกประจำคณะกรรมการตามกฎหมายร่วมทุน

คณะกรรมการที่จัดตั้งตามกฎหมายร่วมทุนมีอยู่สององค์กรคือคณะกรรมการประจำโครงการและคณะกรรมการประสานงาน การกำหนดจำนวนสมาชิกเป็นไปโดยสถานะของบุคคลที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยคณะกรรมการประจำโครงการมีสมาชิกประกอบไปด้วยผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พนักงานหน่วยงานอื่นของรัฐหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี เป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและ

สังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานประมาณ ผู้แทนกระทรวงอื่นอีกสองกระทรวง กระทรวงละหนึ่งคน ผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสามคนเป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคนเป็นกรรมการและเลขานุการ

ในส่วนคณะกรรมการประสานงานมีสมาชิกประกอบไปด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคนเป็นกรรมการ

ข้อสังเกตประการหนึ่งของการกำหนดสมาชิกประจำคณะกรรมการขององค์กรทั้งสอง จะเห็นได้ว่ามีสัดส่วนของข้าราชการประจำที่มีจำนวนสูงมาก โดยคณะกรรมการประจำโครงการสามารถแต่งตั้งสมาชิกได้เต็มที่ในจำนวนสิบสองคนซึ่งเป็นข้าราชการประจำโดยตำแหน่ง จำนวนเก้าคนและบุคลากรของภาคเอกชนอาจจะอยู่ในสถานะของผู้ทรงคุณวุฒิในจำนวนไม่เกินสามคนซึ่งมีสัดส่วนที่น้อย ในส่วนคณะกรรมการประสานงานสามารถแต่งตั้งสมาชิกในจำนวนไม่เกินเก้าคนโดยมีข้าราชการประจำโดยตำแหน่งจำนวนห้าคนและภาคเอกชนจำนวนหนึ่งคน โดยผู้แทนอื่นจำนวนสามคนเป็นอำนาจในการคัดเลือกของหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งอาจจะไม่ใช่สมาชิกที่มาจากภาคเอกชนก็เป็นได้

การที่คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายร่วมทุนมีสัดส่วนจำนวนสมาชิกที่เป็นภาคเอกชนในจำนวนที่น้อย ดังนั้นประสิทธิภาพในการประเมินโครงการไม่ว่าจะเป็นการคัดเลือกภาคเอกชน การพิจารณากรอบการร่างสัญญา หรือ การประเมินประสิทธิภาพในการบริหารงานของภาคเอกชน อาจจะทำให้ขาดมุมมองในด้านธุรกิจซึ่งเป็นมุมมองที่ภาคเอกชนมีความถนัดมากกว่ากลุ่มข้าราชการประจำ ซึ่งอาจจะทำให้การตัดสินใจของคณะกรรมการนั้นไม่เหมาะสมกับการปฏิบัติงานของภาคเอกชนในบางกรณี

ค.) ปัญหาการขาดอำนาจในการกำกับดูแลของคณะกรรมการประสานงาน

คณะกรรมการประสานงานเป็นคณะกรรมการที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการปฏิบัติงานของภาคเอกชนภายหลังการทำสัญญาร่วมทุนตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งหากเกิดการไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ว่าจะเป็นการผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด ในกฎหมายมิได้กำหนดมาตรการใดๆ ในเบื้องต้นของการบังคับให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญา โดยกฎหมายได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการประสานงานแค่เพียงการรายงานผ่านรัฐมนตรีการคลัง

เพื่อเสนอปัญหาต่อคณะรัฐมนตรีอีกครั้งในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้ผิดสัญญา¹⁰ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่อาจจะต้องใช้ระยะเวลายาวนานเกินความจำเป็น ทั้งนี้หากการไม่ปฏิบัติงานตามสัญญาดังกล่าวนั้นจะทำให้การให้บริการขาดความต่อเนื่อง ผลกระทบที่เกิดขึ้นจะสร้างความเสียหายต่อประชาชนที่มีความจำเป็นต้องได้รับการให้บริการดังกล่าวอันจะเป็นปัญหาที่กระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ

5.1.4.2 ปัญหาการใช้ระบบตรวจสอบโดยภาคสาธารณะ

เมื่อพิจารณาจากระบบโครงสร้างของกฎหมายร่วมทุน การสร้างระบบตรวจสอบของกฎหมายฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญกับการใช้องค์การของภาครัฐในการตรวจสอบ ไม่ว่าจะเป็นองค์การประจำเช่น สำนักงานอัยการสูงสุด คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และคณะรัฐมนตรี หรือ องค์การเฉพาะกิจการตามกฎหมายร่วมทุน เช่น คณะกรรมการประจำโครงการ และ คณะกรรมการประสานงาน โดยการใช้ระบบการตรวจสอบในลักษณะนี้จะทำให้อำนาจการตัดสินใจไม่อยู่ภายใต้การตัดสินใจของหน่วยงานเจ้าของโครงการเพียงองค์การเดียวซึ่งเป็นการป้องกันมิให้เกิดการสมคบคิดร่วมกันทุจริตระหว่างหน่วยงานเจ้าของโครงการและภาคเอกชนผู้รับสัมปทาน

แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ก็ขาดการสร้างระบบการเผยแพร่ข้อมูลต่อภาคสาธารณชนซึ่งเป็นระบบที่เปิดโอกาสให้ภาคสาธารณชนเข้ามาตรวจสอบการดำเนินกิจการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนได้ หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ก็ไม่อาจบังคับหน่วยงานเจ้าของโครงการให้ทำการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชนได้ ซึ่งกว่าภาคสาธารณะจะได้รับรู้ก็ต้องผ่านการนำเสนอของสื่อมวลชน หรือ ขั้นตอนการดำเนินงานได้ผ่านกระบวนการเสร็จสิ้นตามกฎหมาย

ในกระบวนการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชนนั้น ในกฎหมายร่วมทุนฉบับปัจจุบันได้บัญญัติไว้เฉพาะขั้นตอนการประกาศเชิญชวนให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมทุนเท่านั้น ในข้อที่ 4 ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2545) ออกตามความใน พ.ร.บ.ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ในส่วนขั้นตอน ผลการคัดเลือกเอกชนผู้รับสัมปทาน ผลของการเจรจาต่อรองเนื้อหาในสัญญา ผลของการแก้ไขสัญญา ผลของการโอนสิทธิในสัญญา และการต่ออายุสัญญา ไม่ปรากฏเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้บังคับหน่วยงานเจ้าของโครงการให้

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

เผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว (ซึ่งในทางปฏิบัติอาจมีการเผยแพร่ในบางขั้นตอนแต่อาจไม่ครบถ้วนในขั้นตอนที่กล่าวมาทั้งหมด) โดยขั้นตอนการดำเนินงานดังที่ได้กล่าวมาแล้วเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญอันอาจส่งผลกระทบต่องานจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นภาคสาธารณะย่อมมีสิทธิที่จะรับรู้ผลการดำเนินงานระหว่างรัฐและเอกชน และร่วมตรวจสอบให้โครงการสาธารณะดำเนินงานอย่างโปร่งใส การสร้างมาตรการบังคับให้คู่สัญญาร่วมทุนเปิดเผยข้อมูลการดำเนินงานจึงมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายร่วมทุนเพื่อเปิดโอกาสให้ภาคสาธารณะเข้ามาร่วมตรวจสอบโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

5.1.4.3 ปัญหาโครงการสาธารณะที่ไม่ถูกตรวจสอบโดยกฎหมายร่วมทุน

กฎหมายร่วมทุนเป็นกฎหมายที่สร้างกระบวนการกลั่นกรองความโปร่งใสในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยโครงการร่วมทุนที่อยู่ในบังคับของกฎหมายฉบับนี้จะต้องผ่านเกณฑ์เงื่อนไขทั้ง 3 ประการดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 4.2.1 มิฉะนั้นโครงการดังกล่าวก็ไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามกระบวนการของกฎหมายร่วมทุน ทั้งนี้อาจจะอยู่ในบังคับของกฎหมายเฉพาะของกิจการนั้น หรือประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58¹¹

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับกิจการสิ่งสาธารณูปโภคซึ่งกำหนดให้กิจการที่อยู่ในเงื่อนไขของกฎหมายจำเป็นต้องให้รัฐมนตรีที่รับผิดชอบเป็นผู้ให้สัมปทานในการดำเนินงาน โดยไม่มีกระบวนการประเมินโครงการและกระบวนการในการเข้าร่วมงาน อันนำไปสู่ปัญหาการขาดกระบวนการกลั่นกรองที่มีประสิทธิภาพและทำให้เกิดการร่างกฎหมายร่วมทุนฉบับปี พ.ศ. 2535 ขึ้น ปัญหาที่เกิดขึ้นกับสิ่งสาธารณูปโภคที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายร่วมทุน ก็คือโครงการดังกล่าวจะเป็นโครงการที่ไม่ผ่านกระบวนการตรวจสอบที่สำคัญหลายขั้นตอน เช่น การประเมินโครงการและการตรวจร่างสัญญาที่ได้เจรจากับภาคเอกชน สิ่งที่ต้องพิจารณาในกรณีนี้คือกระบวนการกลั่นกรองที่มีประสิทธิภาพมีความเหมาะสมเฉพาะกิจการที่มีมูลค่าเกินกว่า 1,000 ล้านบาทหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าความสำคัญของโครงการที่ต้องผ่านกระบวนการกลั่นกรองที่มีประสิทธิภาพ มิใช่เพราะเหตุที่โครงการดังกล่าวนั้นมีมูลค่าสูง แต่มาจากสาเหตุที่โครงการร่วมทุนนั้นมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับประชาชน ดังนั้นไม่ว่าโครงการที่ร่วมทุนนั้นจะเป็นโครงการที่มีมูลค่าเกินกว่า 1,000 ล้านบาทหรือไม่ หากโครงการนั้นเป็นกิจการสิ่งสาธารณูปโภคที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์มหาชน โครงการนั้นก็ย่อมต้องผ่านกระบวนการกลั่นกรองที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับโครงการที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมาย

¹¹ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 703/2540

ร่วมทุน (ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58) ก็ได้สร้างกระบวนการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ตาม

5.1.5 ปัญหาการขาดเอกภาพของระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย

ระบบการเข้าร่วมงานของโครงการร่วมทุนในรูปแบบ public private partnerships โดยหลักจะต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุน แต่อย่างไรก็ตามมีกิจการบางอย่างที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะในกิจการนั้น ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นก็อาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับมีเนื้อหาที่ทับซ้อนกันในเรื่องดังต่อไปนี้

5.1.5.1 ปัญหาการขัดกันระหว่างแนวปฏิบัติของกฎหมายร่วมทุน กับเนื้อหาของกฎหมายเฉพาะ

โครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศไทยอาศัยกระบวนการเข้าร่วมงานของกฎหมายร่วมทุนฉบับปี พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายหลักในการดำเนินงาน โดยมีบางกิจการที่ต้องบังคับใช้ประกอบกับกฎหมายเฉพาะฉบับอื่นดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 4.4 ซึ่งโดยส่วนใหญ่กิจการเฉพาะก็ยังคงอาศัยกระบวนการเข้าร่วมงานตามที่กฎหมายร่วมทุนได้กำหนดไว้ แต่มีบางขั้นตอนที่กฎหมายร่วมทุนได้อาศัยการวางหลักตามแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เช่น การแก้ไขสัญญา การต่ออายุสัญญา การโอนสิทธิในสัญญา และผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายร่วมทุน โดยขั้นตอนทั้งหมดที่ได้กล่าวมาเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีในการใช้ดุลพินิจในการอนุมัติหรือเพิกถอนซึ่งในกฎหมายร่วมทุนมิได้บัญญัติอำนาจดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพียงแค่ว่าเป็นแนวปฏิบัติที่เกิดจากการวางหลักตามแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา

แต่อย่างไรก็ตาม ในเนื้อหาของกฎหมายเฉพาะเช่น กฎหมายกิจการสัมปทานทางหลวง ได้กำหนดอำนาจการเพิกถอนสัญญาเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม¹² โดยมีได้ระบุว่าการเพิกถอนดังกล่าวที่รัฐมนตรีจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีด้วย ในขณะที่โครงการที่เข้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายร่วมทุนในกิจการอื่น ก็ได้ปฏิบัติตามแนวความเห็นที่ 292/2550 ที่กำหนดให้อำนาจในการเพิกถอนโครงการเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี

¹² พ.ร.บ.ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 29

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือโครงการสัมปทานทางหลวงจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ใด อันเป็นเนื้อหาที่ขัดแย้งกันระหว่างแนวแนวปฏิบัติของกฎหมายร่วมทุนกับเนื้อหาของกฎหมาย เฉพาะ แต่เนื่องจากแนวปฏิบัติของกฎหมายร่วมทุนมิใช่หลักเกณฑ์ที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร การที่จะบังคับใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นลำดับแรก จึงสมควรที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญซึ่งเป็นเหตุผลความชอบในทางนิติวิธีของการบังคับใช้กฎหมายระบบ Civil Law

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากเหตุผลของโครงการที่เข้าเงื่อนไขของกฎหมายร่วมทุนที่จำต้องอาศัยการอนุมัติโครงการและการเข้าผูกพันตามสัญญาเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี ในเรื่องการเพิกถอนสัญญาสัมปทานย่อมเป็นการกระทำที่ส่งผลให้สัญญาร่วมทุนสิ้นสุดลง จึงสมควรที่จะให้อำนาจการตัดสินใจเป็นขององค์กรที่มีอำนาจในการผูกพันตามสัญญา ซึ่งเป็นเหตุผลจากการตีความกฎหมายร่วมทุนที่ประสงค์จะให้การตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญของโครงการร่วมทุนเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี

การวางระบบของการใช้กฎหมายร่วมทุนประกอบกับการใช้กฎหมายเฉพาะจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดวิธีการบังคับใช้ไปในแนวทางที่เป็นเอกภาพ แม้บางหลักเกณฑ์ของกฎหมายร่วมทุนจะมีได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่หลักการดังกล่าวนั้นก็อาศัยการตีความจากเจตนารมณ์ในการสร้างระบบกฎหมายร่วมทุน ซึ่งหลักเกณฑ์ของกฎหมายเฉพาะก็อาจจะบังคับใช้ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายร่วมทุนก็เป็นได้

5.1.5.2 ปัญหาความสัมพันธ์ขององค์กรกำกับดูแลตามกฎหมายเฉพาะ และคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22

โครงการสาธารณะที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุน เมื่อคู่สัญญาได้ทำสัญญาร่วมทุนตามกระบวนที่กฎหมายได้กำหนดไว้ คู่สัญญาจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 เพื่อกำกับดูแลให้คู่สัญญาดำเนินงานตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวของคณะกรรมการประสานงานจะต้องปฏิบัติกับทุกโครงการที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุน

แต่อย่างไรก็ตาม การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในบางโครงการเช่น กิจการรถไฟฟ้า หรือ โครงการทางหลวงสัมปทานจะต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายเฉพาะด้วย ซึ่งกฎหมายเฉพาะก็ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลโครงการให้ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานไว้เช่นกัน โดยในกฎหมายกิจการรถไฟฟ้าได้กำหนดให้เป็นอำนาจ

ของคณะกรรมการการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย¹³ในการเตือนให้ภาคเอกชนปฏิบัติตามสัญญาและมีอำนาจในการเพิกถอนสัญญาสัมปทานได้โดยการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ในส่วนกิจการทางหลวงสัมปทานได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม¹⁴

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายเฉพาะได้กำหนดอำนาจในการกำกับดูแลโครงการไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้เกิดปัญหาว่าอำนาจในการกำกับดูแลให้การดำเนินงานเป็นไปตามสัญญาจะเป็นอำนาจขององค์กรใดระหว่างองค์กรที่กฎหมายเฉพาะได้กำหนดขึ้น หรือ เป็นอำนาจของคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 หรือ เป็นอำนาจที่ทั้งสององค์กรต้องใช้ร่วมกัน ซึ่งหากพิจารณาถึงข้อดีของการให้คณะกรรมการประสานงานเป็นผู้กำกับดูแลให้โครงการดำเนินงานไปตามสัญญา การกำกับดูแลนั้น ก็จะได้รับพิจารณาจากองค์กรกลุ่มที่มีผู้เชี่ยวชาญจากหลากหลายหน่วยงานอื่นทำให้มุมมอง ในการพิจารณาเป็นไปด้วยความรู้รอบด้าน แต่ก็อาจจะไม่เหมาะกับโครงการซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่ต้องการผู้พิจารณาที่เชี่ยวชาญเฉพาะกิจการนั้นอันเป็นข้อดีที่กฎหมายเฉพาะได้กำหนดไว้

ความไม่แน่นอนในการใช้อำนาจกำกับดูแลขององค์กรกำกับดูแลตามกฎหมายเฉพาะ และคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ทำให้ระบบการกำกับดูแลในโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนขาดความเป็นเอกภาพในการดำเนินงานเพราะไม่อาจทราบได้ว่าโครงการสาธารณะนั้น องค์กรใดเป็นผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลการดำเนินงาน ซึ่งจะต้องสร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกำกับดูแลตามกฎหมายเฉพาะ และคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ในการใช้อำนาจกำกับดูแล

5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนวิภาค (public-private partnerships)

แนวทางการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในหัวข้อนี้ จะใช้วิธีการอธิบายโดยการเสนอแนวทางการปรับปรุงระบบกฎหมายของการเข้าร่วมทุนในประเทศไทย โดยยึดประเด็นปัญหาที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้เป็นหลักในการอธิบาย ซึ่งแนวทางการแก้ปัญหาจะยึดทฤษฎีพื้นฐานของการจัดทำบริการสาธารณะเป็นหลักการที่สำคัญประกอบกับการพิจารณาตัวอย่างของ

¹³ พ.ร.บ.การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 มาตรา 51

¹⁴ พ.ร.บ.ทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 มาตรา 29

กฎหมายร่วมทุนในต่างประเทศ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงระบบการเข้าร่วมทุนให้มีความเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

5.2.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาการพิจารณาเงื่อนไขของโครงการ ที่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายร่วมทุน

5.2.1.1 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเงื่อนไขของโครงการด้านทุนทรัพย์ ที่ขาดความแน่นอน

ปัญหาในกรณีนี้ ส่งผลสำคัญอย่างยิ่งต่อการพิจารณาเงื่อนไขของโครงการร่วมทุน เพราะกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทยได้ยึดถือมูลค่าของโครงการเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการใช้กระบวนการตรวจสอบการเข้าร่วมงานตามกฎหมายร่วมทุนฉบับปี 2535 แต่กระบวนการพิจารณาทุนทรัพย์ของโครงการยังคงขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนดังที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อ 5.1.1.1 นอกจากนี้ ในบางโครงการที่มีทุนทรัพย์ต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท แต่เป็นโครงการที่มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสาธารณะชนดังที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อ 5.1.4.3 ก็ถูกจำกัดการตรวจสอบด้วยเงื่อนไขทุนทรัพย์ของโครงการ

แนวทางการแก้ปัญหาในกรณีนี้ เมื่อพิจารณาจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศในเชิงเปรียบเทียบ กลุ่มประเทศที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้คัดเลือกมาศึกษา(ประเทศอังกฤษ เกาหลีใต้ และ ญี่ปุ่น) มิได้ให้ความสำคัญกับเกณฑ์การพิจารณาทางด้านมูลค่าทุนทรัพย์ของโครงการแต่อย่างใด ซึ่งความสำคัญของโครงการที่จำต้องถูกตรวจสอบตามกฎหมายกลุ่มประเทศเหล่านี้ ได้ใช้วิธีการระบุประเภทของโครงการไว้อย่างชัดเจน และโดยส่วนใหญ่ก็เป็นประเภทของสิ่งสาธารณูปโภค เช่น กฎหมายร่วมทุนของอังกฤษก็ระบุประเภทกิจการไว้ใน The Public Contracts Regulations 2006 schedule 2-3 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 Appendix 1, กฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้ก็ระบุใน Act on Private Participation in Infrastructure Article 2 (1), และกฎหมายร่วมทุนของญี่ปุ่นก็ระบุใน Act on Promotion of Private Finance Initiative Article 2 (1)

ในการกำหนดเกณฑ์ทุนทรัพย์ของโครงการนั้น กฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้ก็ได้มีการระบุไว้เช่นกัน แต่มิใช่เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาโครงการที่จะต้องอยู่ในบังคับการตรวจสอบของกฎหมายดังเช่นกฎหมายร่วมทุนของไทย แต่เป็นการระบุทุนทรัพย์ไว้เป็นเงื่อนไขในการกำหนดหน้าที่ให้เกิดการตรวจสอบเพิ่มเติม เช่น ในขั้นตอนการนำเสนอโครงการก่อนการลงทุน ในกรณีที่โครงการร่วมทุนมีมูลค่าโครงการเกินกว่าห้าแสนล้านบาท โครงการดังกล่าวจะต้องผ่าน

การประเมินความคุ้มค่าในการลงทุนโดยสถาบันการลงทุนและจัดการโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน และหากโครงการร่วมทุนดังกล่าวมีมูลค่าโครงการเกินกว่าสองล้านล้านบาท โครงการดังกล่าวจะต้องผ่านการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุนโดยคณะกรรมการประจำโครงการอีกครั้ง¹⁵

ในการแก้ปัญหาในกรณีนี้ กฎหมายร่วมทุนของไทยจึงควรที่จะเปลี่ยนเกณฑ์การพิจารณาเงื่อนไขของโครงการจากการพิจารณาทุนทรัพย์ของโครงการ มาเป็นการพิจารณาจากประเภทของโครงการจากสิ่งสาธารณูปโภค ทั้งนี้ เพื่อสร้างความชัดเจนแน่นอนของการกำหนดประเภทโครงการที่ประสงค์จะตรวจสอบโดยไม่ต้องประสบกับปัญหาการกำหนดประเภทของทรัพย์ที่จะนำมาใช้คำนวณ และ ปัญหาการขึ้นลงในราคาของทรัพย์สินในโครงการ นอกจากนี้ สิ่งสาธารณูปโภคเป็น “สินค้าสาธารณะ” ที่มีผลประโยชน์สาธารณะมาเกี่ยวข้อง ความสำคัญจึงมิใช่การพิจารณาว่าโครงการดังกล่าวมีมูลค่าเท่าไร แต่ควรพิจารณาว่าโครงการนั้นให้ประโยชน์แก่สาธารณชนหรือไม่ ดังนั้น สิ่งสาธารณูปโภคแม้มีมูลค่าต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท ก็สมควรที่จะต้องมีการตรวจสอบการเข้าร่วมทุนดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อ 5.2.4.3

5.2.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาลำดับขั้นตอนการดำเนินงานบังคับใช้

เข้าช้อนกับพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุพ.ศ. 2518

ในกรณีของการเข้าที่ราชพัสดุของภาคเอกชน ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือคู่สัญญาจะต้องรับภาระในการนำโครงการเข้าขั้นตอนการเข้าร่วมงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ราชพัสดุและกฎหมายร่วมทุนซึ่งเป็นกระบวนการที่ทับซ้อนกันของกฎหมายสองฉบับ โดยอาจสร้างความสับสนแก่ภาคเอกชนที่ต้องการเข้าที่ราชพัสดุว่าจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายฉบับใดก่อน อุปสรรคของปัญหาดังกล่าวนี้อาจจะทำให้การให้บริการสาธารณะขาดความต่อเนื่องในการดำเนินงานได้ ดังนั้นเพื่อไม่ให้เกิดภาระในการปฏิบัติตามขั้นตอนในการเข้าทำสัญญาที่มากเกินไป สมควรที่จะให้โครงการเข้าที่ราชพัสดุ ภาคเอกชนพึงปฏิบัติตามขั้นตอนการเข้าร่วมงานในกฎหมายที่ราชพัสดุเพียงฉบับเดียวก็เพียงพอต่อความต้องการความโปร่งใสในการดำเนินการ

¹⁵ Decree of the Act on Private Participation in Infrastructure Article 6

5.2.1.3 แนวทางการแก้ไขปัญหาค่าความไม่สัมพันธ์กันระหว่างเงื่อนไขของ โครงการและระบบตรวจสอบ

จากปัญหาค่าความไม่สัมพันธ์กันระหว่างเงื่อนไขของโครงการที่นิยามรวมถึง “ระบบการออกใบอนุญาต” ตามนิยามในมาตรา 5 ซึ่งเป็นการให้นิยามที่ไม่สอดคล้องกับระบบตรวจสอบที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายร่วมทุนที่รองรับการตรวจสอบระบบการเข้าร่วมทุนที่ใช้สัญญาร่วมทุนเป็นหลัก ในการแก้ปัญหาดังกล่าว เห็นควรให้ใช้วิธีการกำหนดบทนิยามใหม่ของคำว่า “การร่วมงานหรือดำเนินการ” โดยการตัดทอนข้อความที่รองรับระบบการออกใบอนุญาต ทั้งนี้เพื่อให้ระบบการตรวจสอบที่วางระบบไว้สอดคล้องกับการกำหนดเงื่อนไขของโครงการตามนิยามของกฎหมาย

5.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาค่าความไม่ชัดเจนของข้อกำหนดในการพิจารณาโครงการ ที่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายร่วมทุน

5.2.2.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาลำดับขั้นตอนการแก้ไขสัญญาร่วมทุน

เนื่องด้วยกฎหมายฉบับนี้มิได้กำหนดเนื้อหาในการแก้ไขสัญญาร่วมทุนไว้เป็นการเฉพาะและการแก้ไขสัญญาที่ปรากฏขึ้นในทางปฏิบัติเป็นแนวปฏิบัติที่ใช้ระยะเวลานานเกินไป การสร้างบรรทัดฐานของการแก้ไขสัญญาจึงมีความจำเป็น ทั้งนี้เพราะในการเข้าร่วมงานโดยส่วนใหญ่เป็นงานบริการสาธารณะซึ่งโดยธรรมชาติจะต้องมีการปรับเปลี่ยนรูปแบบการให้บริการที่สอดคล้องต่อความต้องการของประชาชนผู้บริโภค(หลักการบริการสาธารณะต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง)

ดังนั้นความไม่ชัดเจนของขั้นตอนการแก้ไขสัญญาก็เป็นอุปสรรคที่สำคัญของการดำเนินงาน โดยเมื่อพิจารณาจากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ในระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศเกาหลีใต้ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 29 โดยเหตุในการแก้ไขสัญญาจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อผลประโยชน์สาธารณะและการทำงานของสิ่งสาธารณูปโภคไม่มีทางประสบความสำเร็จได้ถ้าหากมิได้ปรับเปลี่ยนการใช้งาน ภาครัฐก็มีสิทธิที่จะปรับเปลี่ยนการใช้งานในสิ่งสาธารณูปโภคได้โดยไม่ต้องหารือร่วมกับภาคเอกชนก่อนออกคำสั่งดังกล่าว และถ้าหากในการเปลี่ยนนั้นภาคเอกชนได้รับความเสียหาย ภาครัฐก็ต้องจ่ายค่าชดเชยแก่ภาคเอกชน ดังนั้นหากการเข้าร่วมงานได้เกิดเหตุดังที่ได้กล่าวมานี้ ในขั้นตอนการแก้ไขสัญญา ภาครัฐจึงต้องมีการปรึกษาร่วมกับภาคเอกชนก่อน

ในการปรับปรุงระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย จึงเห็นควรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการแก้ไขสัญญาสัมปทานไว้เป็นการเฉพาะเพื่อเป็นการสร้างบรรทัดฐานที่ชัดเจน โดยอาจจะระบุสาเหตุในการแก้ไขสัญญาไว้ให้ชัดแจ้งซึ่งจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาผลประโยชน์สาธารณะเพื่อป้องกันการแก้ไขสัญญาที่มุ่งจะเอาเปรียบผู้ให้บริการในเชิงธุรกิจ ซึ่งในขั้นตอนการแก้ไขสัญญาก็ไม่ควรจะยุ่งยากดังเช่นที่ปรากฏในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 625/2537 ซึ่งอาจลดขั้นตอนในการนำเสนอสัญญาที่ได้แก้ไขแล้วไปให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง โดยให้ขั้นตอนการตรวจสอบร่างสัญญาที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นอำนาจของคณะกรรมการประจำโครงการ (ที่ทำหน้าที่ประสานงานโครงการตามข้อเสนอ 5.2.4.1 (ก)) โดยอำนาจในการอนุมัติร่างสัญญาที่ได้แก้ไขเห็นสมควรให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีเช่นเดิม

5.2.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการขาดมาตรการรองรับ

การให้บริการต่อเนื่องในกรณีการยกเลิกข้อสัญญา

ประเด็นปัญหาที่สำคัญของการขาดมาตรการรองรับการให้บริการต่อเนื่องก็คือ การสร้างหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการกำหนดขั้นตอนการพิจารณาคัดเลือกเอกชนรายใหม่เข้ามาแทนที่เอกชนรายเดิม และการกำหนดคุณสมบัติพื้นฐานของเอกชนที่เข้ามารับช่วงแทนที่มีให้มีประสิทธิภาพในการดำเนินงานที่ดีกว่าเอกชนรายเดิม ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาเช่นเดียวกับเรื่อง การโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานในการรักษาคุณภาพของการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ปัจจัยที่แตกต่างจากการโอนสิทธิในสัญญาคือสาเหตุของการสร้างมาตรการรองรับการให้บริการต่อเนื่องเกิดมาจากความจำเป็นที่ภาคเอกชนรายเดิมไม่สามารถปฏิบัติงานตามสัญญาได้และงานบริการสาธารณะจำเป็นต้องให้บริการอย่างต่อเนื่อง ซึ่งการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานอาจจะเกิดมาจากเหตุผลทางด้านธุรกิจโดยที่เอกชนรายเดิม ยังมีความสามารถในการปฏิบัติงานได้ ดังนั้นการวางระบบในการสรรหาเอกชนรายใหม่เข้ามาแทนที่เอกชนรายเดิมจึงต้องมีความเคร่งครัดน้อยกว่าการวางระบบรับรองการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานทั้งนี้เพื่อสร้างแรงจูงใจแก่เอกชนรายใหม่ให้กล้าที่จะลงทุนในกิจการนั้น และขั้นตอนการพิจารณาคัดเลือก ก็สมควรที่จะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วเพื่อให้งานบริการยังคงดำเนินการต่อไปได้

การสร้างมาตรการรองรับการให้บริการต่อเนื่อง โดยปกติในสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนมักจะกำหนดข้อสัญญาในการสรรหาเอกชนเข้ามาดำเนินงานแทนที่ เมื่อเอกชนรายเดิมไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ เช่น ในคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs ของสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ ได้ให้ตัวอย่างการร่างสัญญาร่วมทุนมาตรฐานในเรื่องดังกล่าว

โดยกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างสัญญาอีกฉบับหนึ่งเรียกว่า “สัญญาสมมติดำเนินการโครงการ” (direct agreement) อันเป็นการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้โครงการในการหาเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนที่เนื่องจากเอกชนรายเดิม ไม่สามารถดำเนินงานประสบความสำเร็จ (สัญญาข้อที่ 30)¹⁶ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีการกำหนดเป็นข้อสัญญามีได้มาตรการบังคับที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องกำหนดไว้ในสัญญาทุกครั้งและเนื้อหาของสัญญาแต่ละโครงการก็ย่อมมีความแตกต่างกัน

การใช้วิธีการบัญญัติมาตรการดังกล่าวเป็นกฎหมายจะเป็นวิธีการทำให้มาตรการนั้นมีความชัดเจนและเป็นการสร้างมาตรฐานการปฏิบัติงานของโครงการสาธารณะทุกโครงการ โดยเนื้อหากฎหมายที่ควรจะเป็นจะต้องเป็นเนื้อหาที่ระบุสาเหตุของการที่จำต้องสรรหาเอกชนเข้ามาแทนที่ เช่น เอกชนรายเดิมไม่สามารถปฏิบัติงานดังกล่าวได้เพราะสถานะของบริษัทล้มละลาย หรือ ผิดสัญญาในข้อสำคัญทำให้ภาครัฐต้องบอกเลิกสัญญา หรือ เอกชนรายเดิมมิได้ถือครองเทคโนโลยีที่สามารถลงทุนเพิ่มเติมทำให้คุณภาพของการให้บริการด้อยลงทั้งนี้สาเหตุที่กล่าวมาทั้งหมดล้วนเป็นเหตุที่ทำให้เอกชนรายเดิมไม่สามารถปฏิบัติงานต่อไปได้ นอกจากการระบุสาเหตุเนื้อหาของกฎหมายก็ต้องวางระบบการสรรหาเอกชนรายใหม่โดยการบังคับให้ภาครัฐต้องหาเอกชนรายใหม่ภายในกำหนดระยะเวลาที่รวดเร็วและในขณะที่อยู่ในกระบวนการสรรหา ภาครัฐก็ต้องเข้าดำเนินงานแทนที่ภาคเอกชนชั่วคราวเพื่อให้งานบริการสาธารณะไม่ขาดช่วงการให้บริการทั้งนี้อำนาจในการอนุมัติการคัดเลือกเอกชนรายใหม่ก็สมควรจะเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยผ่านการประเมินคุณสมบัติเอกชนรายใหม่โดยคณะกรรมการประจำโครงการ

5.2.2.3 แนวทางการแก้ปัญหาการขาดขั้นตอนการโอนสิทธิเรียกร้อง ในสัญญาสัมปทาน

ในประเด็นปัญหาการขาดขั้นตอนการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทาน โดยปกติมักจะกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในสัญญาร่วมทุนอยู่แล้ว หรือ กฎหมายเฉพาะในบางกิจการก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ¹⁷ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายเฉพาะดังกล่าวมานั้นก็ไม่สามารถบังคับใช้กับทุกโครงการที่อยู่ในบังคับของกฎหมายร่วมทุน และการกำหนดข้อสัญญา

¹⁶ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs, น.317 < www.pdmo.mof.go.th >, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ.2552.

¹⁷ อาทิเช่น กฎหมายการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย และกฎหมายทางหลวงสัมปทาน

เรื่องการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานก็เป็นดุลพินิจของหน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะเจรจากับภาคเอกชนซึ่งอาจจะมีข้อหลักเกณฑ์ที่ได้มาตรฐานในการบังคับใช้ก็เป็นได้ ทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนสิทธิในสัญญาแต่ละโครงการมีมาตรฐานในการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน

การกำหนดขั้นตอนการโอนสิทธิในสัญญาร่วมทุนเป็นกฎหมายจึงเป็นการสร้างมาตรการที่มีความชัดเจนแน่นอน ซึ่งสาเหตุของการโอนสิทธิในสัญญาร่วมทุนนั้น สมควรที่จะกำหนดเหตุที่สืบเนื่องมาจากปัญหาทางการเงินและการขาดแคลนเทคโนโลยีของภาคเอกชนอันเป็นเหตุผลที่ภาคเอกชนรายเดิมมีความจำเป็นในการโอนสิทธิให้ภาคเอกชนรายอื่นดำเนินงานแทน และต้องสร้างมาตรการในการตรวจสอบคุณสมบัติของเอกชนรายใหม่ว่ามีศักยภาพไม่ด้อยกว่าเอกชนรายเดิม (อาจกำหนดขั้นตอนลักษณะเดียวกับการรองรับการให้บริการต่อเนื่อง) โดยอำนาจในการตัดสินใจก็สมควรที่จะให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการพิจารณาโดยผ่านการพิจารณาสาเหตุการโอนและประเมินคุณสมบัติเอกชนผู้รับโอนโดยคณะกรรมการประจำโครงการ

ในส่วนเหตุผลการโอนในทางการพาณิชย์เพื่อประสงค์ที่จะแสวงหากำไรจากการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทาน ในกรณีนี้ภาครัฐจะต้องควบคุมอย่างเข้มงวดมิให้เกิดผลทางกฎหมายในการโอนสัมปทานในลักษณะนี้ เพราะเป็นการปฏิบัติต่อกิจการของรัฐประดุจดังกิจการของภาคเอกชนเอง ซึ่งส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะในแง่ความต่อเนื่องของการให้บริการและมาตรฐานคุณภาพของงานที่อาจด้อยศักยภาพลง นอกจากนี้ภาคเอกชนรายเดิมยังมีความสามารถในการจัดทำบริการสาธารณะได้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องโอนงานที่ตนเองรับผิดชอบไปให้เอกชนรายอื่นแต่อย่างใด การหลีกเลี่ยงที่จะปฏิบัติงานให้ครบอายุในสัญญาก็ไม่แตกต่างจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่รับภาระงานจากภาครัฐเข้ามาบริหารจัดการเองเมื่อประสงค์ที่จะป้องปรามมิให้เกิดการโอนสิทธิในสัญญาด้วยเหตุที่ไม่จำเป็นก็อาจกำหนดผลของการฝ่าฝืนเป็นเหตุแห่งการกระทำที่ผิดสัญญา หรือเป็นเหตุที่กระทำผิดกฎหมายอันอาจทำให้ภาครัฐเพิกถอนสัมปทานได้

นอกจากการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานโดยตรง ในการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างผู้ถือหุ้น หรือการขายกิจการให้แก่ภาคเอกชนรายอื่น แม้จะเป็นเรื่องภายในองค์กรของภาคเอกชน แต่ก็ยังเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้อำนาจบริหารขององค์กรเกิดการเปลี่ยนแปลง ดังนั้นภาครัฐจะต้องเข้ามาควบคุมการดำเนินธุรกรรมดังกล่าวเพราะอาจส่งผลกระทบต่อนโยบายในการบริหารโครงการสาธารณะที่เปลี่ยนแปลงไป โดยอาจกำหนดให้ภาคเอกชนต้องขออนุมัติจากภาครัฐก่อนการขายหุ้นที่เกินกว่าครึ่ง หรือ การขายกิจการทั้งหมด และต้องวางหลักประกันของภาคเอกชน

ผู้ที่ซื้อกิจการว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงรูปแบบการให้บริการที่ด้อยประสิทธิภาพกว่าการบริหารจัดการของกลุ่มผู้บริหารรายเดิม

5.2.2.4 แนวทางการแก้ไขปัญหาการขาดมาตรการควบคุมและ ขาดกระบวนการในการต่ออายุสัญญา

ปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าระบบกฎหมายจะต้องเข้ามาควบคุมการต่ออายุสัญญาระหว่างภาครัฐและเอกชน เพื่อป้องกันการผูกขาดสัมปทานโดยผู้รับสัมปทานที่ด้อยคุณภาพ และเปิดโอกาสให้เอกชนที่มีศักยภาพเข้ามาสู่กระบวนการแข่งขันประมูลสัมปทาน โดยระบบกฎหมายจะต้องวางมาตรการดังต่อไปนี้

ก.) การต่ออายุสัญญาจะต้องสร้างกระบวนการในการประเมินผลการให้บริการของผู้รับสัมปทาน โดยกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการประจำโครงการที่รวมอำนาจการกำกับดูแล(ตามข้อเสนอในหัวข้อ 5.2.4.1) ในการประเมิน และให้ทำเป็นข้อเสนอประกอบการตัดสินใจ โดยให้อำนาจในการตัดสินใจเป็นของคณะรัฐมนตรี

ข.) ระยะเวลาในการต่ออายุสัญญาจะต้องกำหนดให้เสนอได้ล่วงหน้าในระยะเวลาที่ไม่นานมากนัก ระยะเวลาที่เหมาะสม ผู้เขียนเสนอควรจะใช้ระยะเวลาก่อนครบอายุสัญญา 3 ปี เพื่อให้โอกาสเอกชนรายอื่น รับรู้ล่วงหน้าว่ากิจการดังกล่าวจะสิ้นสุดระยะสัมปทาน ทำให้เกิดการเตรียมความพร้อมในการแข่งขันประมูลสัมปทาน

5.2.3 แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการฝ่าฝืน มาตรการในกฎหมายร่วมทุน

การขาดความชัดเจนในเรื่องผลของสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นปัญหาที่สำคัญในการดำเนินงานตามกฎหมายร่วมทุนฉบับนี้ และแนวทางปฏิบัติที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ยังขาดความชัดเจนในการตีความ ทำให้โครงการร่วมทุนที่ดำเนินการอยู่เพิ่มความเสี่ยงในการลงทุนมากขึ้น หากโครงการที่ร่วมทุนเกิดข้อบกพร่องจากขั้นตอนการเข้าร่วมงาน แต่ยังคงมีการดำเนินงานก่อสร้างอยู่ ความไม่ชัดเจนในผลของสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะทำให้คู่สัญญาเกิดอุปสรรคในการดำเนินงานต่อไปและความน่าเชื่อถือของโครงการก็จะลดลง ทำให้การระดมเงินทุนของภาคเอกชนเกิดอุปสรรค นอกจากนี้ การไม่แยกกระบวนการภายในของภาครัฐ ออกจากขั้นตอนการทำสัญญากับภาคเอกชน โดยเฉพาะ

กระบวนการที่ภาคเอกชนมีส่วนร่วมเกี่ยวข้อง ก็เป็นการทำลายความไว้วางใจของภาคเอกชนที่จะต้องปฏิบัติงานร่วมกับทางภาครัฐ

ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนได้ใช้วิธีการนำเสนอในการตอบปัญหาสองประเด็น คือ ปัญหาเรื่องการกำหนดสาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ ปัญหาเรื่องการกำหนดผลแห่งความไม่ชอบ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

5.2.3.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องการกำหนดสาเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายร่วมทุน

การแก้ปัญหานี้ในเบื้องต้นจะต้องทำการพิจารณาว่า ขั้นตอนตามกฎหมายขั้นตอนใดที่มีคุณค่าในการกำหนดให้เป็น “มาตรการ” เพื่อบังคับให้คู่กรณีในโครงการร่วมทุนจำต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้น จะทำให้โครงการมีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ “มาตรการ” ดังกล่าวนี้อาจต้องแยกออกมาจากขั้นตอนที่เป็น “กระบวนการภายในของทางภาครัฐ” ซึ่งไม่ควรจะนำข้อบกพร่องที่เกิดจากองค์กรฝ่ายภาครัฐเอง ไปใช้ยื่นต่อเอกชนผู้สุจริตได้ ทั้งนี้เพื่อรักษาคุณค่าของความไว้วางใจกันในระหว่างคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาจากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ในระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศเกาหลีใต้ก็ได้บัญญัติเรื่อง “สาเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายร่วมทุน” ไว้อย่างชัดเจนโดยระบุไว้ในมาตรา 49 ประกอบกับมาตรา 46 ในกรณีที่ภาคเอกชนไม่ยื่นรายงานในการดำเนินงานและโครงสร้างวิศวกรรม (DEDPI) โดยไม่มีเหตุอันควร หรือ ภาคเอกชนได้ใช้วิธีที่ทุจริตในการเข้าประกวดราคา ซึ่งผลของการฝ่าฝืนภาครัฐมีสิทธิที่จะยกเลิกโครงการและหาเอกชนรายอื่นมารับช่วงในการดำเนินงานต่อ โดยขั้นตอนดังกล่าวนี้เป็นข้อบกพร่องที่เกิดจาก “มาตรการ” ที่ภาครัฐต้องการบังคับและลงโทษภาคเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ความบกพร่องที่เกิดขึ้นจึงเกิดจากการปฏิบัติของภาคเอกชนเอง ซึ่งในกฎหมายร่วมทุนของประเทศเกาหลีใต้ก็มิได้บัญญัติ “ความไม่ชอบที่เกิดจากกระบวนการภายในของภาครัฐ” ให้มีผลผูกพันโครงการร่วมทุน

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายร่วมทุนในกิจการเฉพาะของประเทศไทยเอง การกำหนดสาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นการพิจารณาจากความผิดที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของภาคเอกชนไม่ว่าหน้าที่ตามกฎหมายหรือหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งไม่ปรากฏการกำหนดความไม่ชอบที่เกิดจากกระบวนการภายในของภาครัฐให้มีผลผูกพันโครงการร่วมทุน

ยกตัวอย่างเช่น ในกฎหมายกิจการรถไฟไฟฟ้า ได้กำหนดสาเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องดังต่อไปนี้

- 1.) ภาคเอกชนมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ได้รับสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าหรือความเสียหายในการให้บริการแก่ประชาชน
- 2.) ภาคเอกชนมิได้ปฏิบัติตามมาตรฐานวิธีการประกอบกิจการรถไฟฟ้าของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยจนเป็นเหตุให้ประชาชนได้รับความเสียหาย
- 3.) ภาคเอกชนไม่ชำระผลประโยชน์ตามสัญญาสัมปทานให้แก่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย
- 4.) ภาคเอกชนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทานว่าเป็นเหตุให้เพิกถอนสัญญาสัมปทานได้

ในกฎหมายว่าด้วยกิจการปิโตรเลียมและกฎหมายทางหลวงสัมปทานก็ได้กำหนดสาเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้เช่นกัน โดยพิจารณาจากความผิดที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของภาคเอกชนไว้ในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายกิจการรถไฟฟ้า (โดยปรากฏในรายละเอียดของหัวข้อ 4.3.2.4 (ข) และ 4.3.3.3 (ข))

เมื่อพิจารณาจากกรณีศึกษาจากกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายร่วมทุนในกิจการเฉพาะของประเทศไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่าจะต้องกำหนดเรื่องดังต่อไปนี้ให้เป็นมาตรการในกฎหมายร่วมทุน ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามก็จะเป็นสาเหตุให้โครงการนั้นมีผลไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- 1.) การนำโครงการร่วมทุนเข้าสู่กระบวนการเข้าร่วมงาน เพื่อให้โครงการสาธารณะที่มีมูลค่าสูงได้รับการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุน และ ได้รับการตรวจสอบในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา
- 2.) นิติกรรมที่มีผลกระทบต่อเนื่องของกฎหมายร่วมทุนจะต้องผ่านขั้นตอนการเข้าร่วมงานตามข้อเสนอในหัวข้อ 5.2.2 อันได้แก่ ขั้นตอนการแก้ไขสัญญาร่วมทุน การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาร่วมทุน และการต่ออายุสัญญาร่วมทุน
- 3.) ภาคเอกชนจะต้องไม่มีส่วนในการรับรู้และได้กระทำการโดยทุจริตในความบกพร่องที่เกิดจากกระบวนการภายในของภาครัฐ

5.2.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องกำหนดผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายร่วมทุน

การกำหนดผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการฝ่าฝืนมาตรการในกฎหมายร่วมทุน จะต้องพิจารณาว่าการฝ่าฝืนมาตรการในขั้นตอนนี้กระทบต่อสาระสำคัญในกระบวนการ

สร้างขั้นตอนการเข้าร่วมการงานหรือไม่ ซึ่งผลกระทบที่เกิดขึ้นไม่เพียงแต่มีผลเฉพาะคู่สัญญาภาครัฐและภาคเอกชน แต่ยังส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้รับบริการสาธารณะด้วย ดังนั้นการจะกำหนดผลร้ายแรงให้สัญญาร่วมทุนมีผลเป็นโมฆะจึงต้องชั่งน้ำหนักให้ตีระหว่างคุณค่าของ “การรักษาความชอบด้วยกฎหมาย” กับ “การรักษาผลประโยชน์สาธารณะ”

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าผลของสัญญาที่จะให้เป็นโมฆะนั้นจะต้องใช้กับกรณีที่มีได้นำโครงการร่วมทุนเข้าสู่กระบวนการเข้าร่วมงานตั้งแต่เริ่มต้น เพราะโครงการดังกล่าวนั้นไม่ผ่านการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุน และไม่เกิดการคัดเลือกเอกชนโดยการพิจารณาจากคณะกรรมการ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรการที่กฎหมายร่วมทุนมุ่งที่จะให้เกิดกระบวนการตรวจสอบขึ้น นอกจากนี้ หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าภาคเอกชนได้ทุจริตในขั้นตอนการเข้าร่วมงาน หรือ ในขั้นตอนการดำเนินการที่มีผลกระทบต่อเนื้อหาของกฎหมายร่วมทุน นิติกรรมที่สร้างขึ้นก็มิได้เกิดขึ้นบนฐานของ “การรักษาผลประโยชน์สาธารณะ” จึงไม่ควรที่จะให้มีผลในทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากการฝ่าฝืนมาตรการทางกฎหมายนั้นมิได้เกิดจากการกระทำที่ทุจริต แต่เกิดจากข้อบกพร่องจากความสามารถในการปฏิบัติงานของภาคเอกชนเอง ผลของความร้ายแรงในเหตุดังกล่าวนั้นก็สมควรที่จะให้เป็นโมฆะในทันที ผู้เขียนเห็นควรให้เป็นเหตุบกพร่องที่ภาครัฐสามารถจะยกเลิกสัญญาได้ เพื่อหาเอกชนรายใหม่มาดำเนินการแทน

หากเหตุบกพร่องในกระบวนการของการเข้าร่วมทุน เกิดจากข้อบกพร่องในกระบวนการภายในของฝ่ายภาครัฐเอง เหตุบกพร่องดังกล่าวนี้ ภาครัฐย่อมไม่สามารถอ้างความไม่สมบูรณ์ของกระบวนการร่วมทุน ใช้ยื่นต่อเอกชนผู้ทุจริตได้ เพื่อการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของฝ่ายเอกชนคู่สัญญา

5.2.4 แนวทางการแก้ไขปัญหาระบบตรวจสอบโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน

5.2.4.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาประสิทธิภาพในการตรวจสอบขั้นตอน

การเข้าร่วมงานโดยคณะกรรมการที่จัดตั้งตามกฎหมายร่วมทุน

ก.) แนวทางการแก้ไขปัญหาการขาดเอกภาพในการดำเนินงานของคณะกรรมการ

ในกฎหมายร่วมทุน

ปัญหาในกรณีนี้เกิดขึ้นจากการแยกหน้าที่ในการตรวจสอบขั้นตอนการเข้าร่วมงานเป็นอำนาจของคณะกรรมการที่ต่างกัน โดยให้อำนาจในการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญาเป็นอำนาจของคณะกรรมการประจำโครงการ และอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของภาคเอกชน

เป็นของคณะกรรมการประสานงาน ระบบการตรวจสอบขั้นตอนการเข้าร่วมงานเชิงภาคเอกชนในการดำเนินงานดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

เมื่อศึกษาจากระบบกฎหมายร่วมทุนของต่างประเทศในบทที่ 3 ทั้งประเทศเกาหลีใต้และประเทศญี่ปุ่นก็ได้ใช้ระบบการตรวจสอบขั้นตอนการเข้าร่วมงานโดยใช้การจัดตั้งคณะกรรมการเช่นกัน แต่การจัดตั้งของประเทศทั้งสองได้จัดตั้งคณะกรรมการเพียงแค่หนึ่งชุดในการดำเนินงาน โดยอำนาจของคณะกรรมการของเกาหลีใต้มีหน้าที่ในการตรวจสอบโครงการที่มีมูลค่าเกินกว่าห้าล้านล้านวอนในเรื่องการศึกษาโครงการที่ภาครัฐนำเสนอ การคัดเลือกคู่สัญญา และการพิจารณาข้อตกลงในสัญญาร่วมทุน ในส่วนระบบกฎหมายร่วมทุนของญี่ปุ่นได้ให้อำนาจคณะกรรมการในการตรวจสอบการดำเนินงานของคู่สัญญาและให้ความเห็นแก่คู่สัญญาในบางกรณี

ในการปรับปรุงระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย จึงสมควรที่จะจัดตั้งคณะกรรมการในการตรวจสอบขั้นตอนการเข้าร่วมงานเพียงแค่ชุดเดียวก็เพียงพอ โดยการให้อำนาจในการคัดเลือกคู่สัญญา การพิจารณาข้อสัญญา และอำนาจกำกับกับการดำเนินงานของคู่สัญญาเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการประจำโครงการ ทั้งนี้เพื่อให้ขั้นตอนการเข้าร่วมงานเป็นไปอย่างต่อเนื่องและเกิดเอกภาพในการตรวจสอบขั้นตอนการเข้าร่วมงาน

ข.) แนวทางการแก้ไขปัญหาของการกำหนดสมาชิกประจำคณะกรรมการ

ตามกฎหมายร่วมทุน

ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเกิดมาจากการที่กำหนดสมาชิกประจำคณะกรรมการให้มาจากตำแหน่งของข้าราชการประจำที่มากเกินไป โดยปรากฏสัดส่วนบุคลากรที่มาจากภาคเอกชนในจำนวนที่น้อย ทำให้การพิจารณาขั้นตอนต่างๆของคณะกรรมการอาจจะขาดมุมมองในเชิงธุรกิจซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญหากภาครัฐต้องการที่จะร่วมงานกับภาคเอกชน

เมื่อศึกษาจากระบบกฎหมายร่วมทุนของต่างประเทศทั้งประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ก็ได้ใช้ระบบการตรวจสอบการดำเนินงานโดยการจัดตั้งคณะกรรมการประจำโครงการเช่นกัน แต่การกำหนดสัดส่วนของกรรมการได้ให้ความสำคัญกับบุคลากรของภาคเอกชนเป็นอย่างมาก โดยในกฎหมายร่วมทุนของเกาหลีใต้ได้กำหนดจำนวนสมาชิก 10 คนประกอบไปด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง 1 คนซึ่งมีสถานะเป็นประธานคณะกรรมการ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเจ้าของโครงการ 1 คน (ขึ้นอยู่กับโครงการดังกล่าวเป็นของกระทรวงใด) และตัวแทนภาคเอกชนในจำนวนถึง 8 คน ซึ่งจะต้องมีความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ในการลงทุนตามคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

ในส่วนสมาชิกประจำคณะกรรมการของญี่ปุ่น ในกฎหมายได้กำหนดไว้จำนวน 9 คน ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากนายกรัฐมนตรี โดยคุณสมบัติของคณะกรรมการประจำโครงการจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ในโครงการร่วมทุน ซึ่งไม่จำเป็นจะต้องดำรงตำแหน่งทางการเมืองในตำแหน่งใด โดยอาจจะเป็นบุคคลากรที่มาจากภาคเอกชนทั้งหมดก็ได้

ในการปรับปรุงระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย จึงควรที่เพิ่มสัดส่วนกรรมการที่มาจากภาคเอกชนในจำนวนที่มากกว่าที่เป็นอยู่เดิม ทั้งนี้อาจจะให้อำนาจในการคัดเลือกเป็นของรัฐมนตรีประจำกระทรวงที่หน่วยงานเจ้าของโครงการสังกัด

ค.) แนวทางการแก้ไขปัญหาการขาดอำนาจในการกำกับดูแล

ของคณะกรรมการประสานงาน

คณะกรรมการประสานงานเป็นองค์กรกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นเพื่อติดตามการดำเนินงานของคู่สัญญาในโครงการร่วมทุน ซึ่งเป็นขั้นตอนที่คัดเลือกผู้รับสัมปทานและตกลงทำสัญญาเสร็จเรียบร้อยแล้ว แต่อำนาจในการกำกับดูแลของคณะกรรมการประสานงานยังคงขาดอำนาจในการตัดสินใจจึงควบคุมการดำเนินงานของคู่สัญญาไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ทั้งนี้เนื่องจากโครงสร้างของคณะกรรมการประสานงานได้กำหนดให้ผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธานคณะกรรมการ จึงอาจเกิดการประสานประโยชน์ระหว่างผู้กำกับดูแลและผู้ถูกดำเนินงาน¹⁸ การแก้ปัญหาในกรณีดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกับข้อเสนอที่สมควรจะจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบโครงการเพียงคณะเดียว โดยการให้อำนาจในการกำกับดูแลในบางเรื่องที่มีความสำคัญต่อโครงการให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการ เช่น อำนาจในการพิจารณาการแก้ไขสัญญาในเบื้องต้นก่อนเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบหรืออำนาจในการออกคำสั่งให้คู่สัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญา

5.2.4.2 แนวทางการแก้ปัญหานาระบบตรวจสอบโดยภาคสาธารณะ

ประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้นี้ เพื่อให้ข้อมูลการดำเนินงานของโครงการร่วมทุนสามารถเผยแพร่ในทางสาธารณะได้ กฎหมายร่วมทุนจำเป็นที่จะต้องบังคับให้มีการเผยแพร่ข้อมูลการดำเนินงานที่สำคัญ ขั้นตอนที่สำคัญดังกล่าวนี้ อาทิเช่น ผลการคัดเลือกภาคเอกชน การแก้ไข

¹⁸ สุภา ปิยะจิตติ, “การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อสนับสนุนการพัฒนาประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็วและโปร่งใส”, งานเอกสารวิชาการส่วนบุคคล วิทยาลัยการยุติธรรมสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม ปี 2551, น.1-2.

สัญญาร่วมทุน การโอนสิทธิในสัญญา การต่ออายุสัญญา และการเลิกสัญญาสัมปทาน ฯลฯ ทั้งนี้ อาจะกำหนดภาระหน้าที่ดังกล่าว ให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบ

นอกจากนี้ อาจะกำหนดอำนาจให้คณะกรรมการประจำโครงการ (ซึ่งทำหน้าที่แทนที่คณะกรรมการประสานงานตามสมมติฐานหัวข้อ 5.2.4.1) สามารถรับเรื่องร้องทุกข์จากประชาชนทั่วไปที่มีข้อมูลการประพฤติมิชอบในโครงการสาธารณะ เพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีในการแก้ไขและตรวจสอบการดำเนินงานของหน่วยงานเจ้าของโครงการ

5.2.4.3 แนวทางการแก้ไขปัญหาโครงการสาธารณะที่ไม่ถูกตรวจสอบ โดยกฎหมายร่วมทุน

เงื่อนไขของโครงการร่วมทุนที่จะต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายร่วมทุน ได้ใช้เงื่อนไขในการพิจารณาอยู่สามหลักเกณฑ์คือ ลักษณะของคู่สัญญา ลักษณะของกิจการและการเข้าร่วมงาน และ จำนวนทุนทรัพย์ของโครงการตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทเป็นต้นไป ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติก็คือการที่ไม่สามารถจำกัดขอบเขตการตีความในลักษณะของการเข้าร่วมงาน และการคำนวณมูลค่าของโครงการ อันทำให้เกิดปัญหาในหัวข้อ 5.1.1.1 และ 5.1.1.2 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในการแก้ปัญหการขาดความชัดเจนในเงื่อนไขโครงการดังที่ได้เสนอแนะในหัวข้อ 5.2.1.1 โดยการสร้างระบบการพิจารณาโครงการในเงื่อนไขที่แตกต่างจากเดิมโดยอาจะกำหนดเงื่อนไขจากการพิจารณาลักษณะของกิจการสิ่งสาธารณูปโภค (infrastructure project) ซึ่งอาจะกำหนดเป็นลักษณะประเภทของโครงการ เช่น สิ่งสาธารณูปโภคประเภทการคมนาคมขนส่ง กิจการโทรคมนาคม กิจการพลังงาน กิจการสาธารณสุข กิจการสถานศึกษา กิจการบำบัดน้ำเสียและกำจัดขยะ กิจการน้ำประปา ฯลฯ

การเปลี่ยนเงื่อนไขของโครงการร่วมทุนมาใช้เกณฑ์การพิจารณาลักษณะกิจการสิ่งสาธารณูปโภคนอกจากจะสร้างความชัดเจนในการตีความโครงการที่อยู่ในเงื่อนไขของกฎหมายร่วมทุนแล้ว ยังเป็นการทำให้โครงการร่วมทุนที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายร่วมทุนเพราะโครงการมีมูลค่าไม่ถึง 1,000 ล้านบาท แต่เป็นโครงการสิ่งสาธารณูปโภคที่ใช้รูปแบบการเข้าร่วมทุนแบบ public-private partnerships ได้รับการตรวจสอบโดยการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุนและผ่านการพิจารณาในขั้นตอนการเข้าร่วมงานดังเช่นโครงการสาธารณะที่มีมูลค่าเกินกว่า 1,000 ล้านบาทตามเงื่อนไขเดิมของกฎหมายร่วมทุน

สำหรับเหตุผลในการสร้างระบบเงื่อนไขโดยใช้เกณฑ์สิ่งสาธารณูปโภค เพราะความสำคัญในการลงทุนจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภคย่อมมีคุณค่าเพียงพอต่อการสร้างระบบในการ

คัดเลือกคู่สัญญาร่วมทุนและลักษณะงานที่ภาคเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบก็มักจะเป็นงานเกี่ยวกับการก่อสร้างและให้บริการสาธารณะ อันเป็นลักษณะเงื่อนไขของการเข้าร่วมงานในกฎหมายร่วมทุน ซึ่งจำต้องอาศัยการประเมินความคุ้มค่าในการลงทุนจากหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญ และขั้นตอนการเข้าร่วมทุนที่พิจารณาโดยคณะกรรมการอันมีบุคลากรผู้เชี่ยวชาญจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ หากพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ กฎหมายร่วมทุนในต่างประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ไม่ว่าจะเป็น ประเทศอังกฤษ ประเทศเกาหลีใต้ และ ประเทศญี่ปุ่นก็ใช้เกณฑ์เงื่อนไขของลักษณะโครงการสิ่งสาธารณูปโภคเป็นสำคัญ มิใช่ให้ความสำคัญกับจำนวนทุนทรัพย์ในการลงทุน ดังเช่นหลักเกณฑ์ที่กฎหมายร่วมทุนของประเทศไทยได้กำหนดขึ้น

5.2.5 แนวทางการแก้ไขปัญหาการขาดเอกภาพของระบบกฎหมายร่วมทุน ของประเทศไทย

ระบบกฎหมายร่วมทุนของประเทศไทย มิได้อาศัยเกณฑ์การบังคับของกฎหมายร่วมทุนเพียงฉบับเดียว แต่ยังคงต้องใช้บังคับประกอบกรกฎหมายเฉพาะของกิจการร่วมทุนบางประเภท ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือระบบการดำเนินงานมีความทับซ้อนกันดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อ 5.1.5 สิ่งที่ต้องพิจารณาในการแก้ปัญหาประเด็นนี้คือการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายร่วมทุนและกฎหมายเฉพาะมีเจตนารมณ์หรือความเหมาะสมที่จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการบังคับใช้ในเนื้อหากฎหมายที่ทับซ้อนกัน

กฎหมายร่วมทุนเป็นกฎหมายที่ออกบังคับใช้เพื่อการสร้างเกณฑ์มาตรฐานในการเข้าร่วมงานระหว่างรัฐและเอกชนเพื่อความคุ้มค่าในการลงทุนและความโปร่งใสในการดำเนินการสถานะของกฎหมายจึงเป็นลักษณะของกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับกิจการสาธารณะโดยทั่วไป ดังเนื้อหาของกฎหมายร่วมทุนในมาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “บรรดากฎหมาย กฎ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรีและคำสั่งอื่นใดในส่วนที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ หรือซึ่งขัดแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน” นอกจากนี้ในการตัดสินใจเรื่องสำคัญ เช่น การอนุมัติโครงการ การทำสัญญาร่วมทุน หรือ อำนาจกำกับดูแลในบางเรื่องซึ่งเกิดจากการวางหลักในทางปฏิบัติ กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดทางฝ่ายบริหาร อันเป็นการแสดงถึงความสำคัญของโครงการร่วมทุนที่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายร่วมทุน

ในส่วนกฎหมายเฉพาะเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อสร้างกระบวนการที่มีความเหมาะสมเฉพาะกิจการนั้น (ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เลือกศึกษาในกิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน กิจการปิโตรเลียม และ กิจการทางหลวงสัมปทาน) ในส่วนเฉพาะที่สมควรจะบังคับใช้ก็ควรจะเป็น

เรื่องที่เป็นหลักเฉพาะเฉพาะกิจการนั้น อาทิเช่น เกณฑ์การประเมินโครงการที่อาจจะใช้กระบวนการเฉพาะ หรือ การกำกับในบางเรื่องที่ไม่ใช่ผลต่อความเปลี่ยนแปลงในการดำเนินงาน ซึ่งหลักการในบางเรื่องก็อาจจะเป็นกระบวนการที่ใช้บังคับเฉพาะกับโครงการที่ไม่อยู่ในเงื่อนไขของกฎหมายร่วมทุน

วิธีการสร้างเอกภาพของระบบร่วมทุนของไทย ก็อาจจะแก้ปัญหาโดยการกำหนดหน้าที่โดยชัดแจ้งว่าอำนาจตัดสินใจที่สำคัญในการดำเนินโครงการของคณะกรรมการมีอะไรบ้าง ซึ่งหากกฎหมายร่วมทุนได้ปรับปรุงตามข้อเสนอแนะในหัวข้อ 5.2.2 (อำนาจในเรื่อง การแก้ไขสัญญา การโอนสิทธิ และการสร้างมาตรการรองรับการให้บริการต่อเนื่อง) ก็จะทำให้อำนาจกำกับดูแลในทางปฏิบัติของคณะกรรมการได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และจะทำให้แนวปฏิบัติซึ่งมีใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นปัญหาที่ได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อ 5.1.5.1 ได้รับการแก้ปัญหาในเรื่องการบังคับใช้แนวปฏิบัติชัดต่อหลักเกณฑ์ในกฎหมายเฉพาะ

ในส่วนปัญหาการสร้างเอกภาพในเรื่องอำนาจในการกำกับดูแลระหว่างคณะกรรมการประสานงานของกฎหมายร่วมทุน และองค์กรกำกับดูแลของกฎหมายเฉพาะ ตามบทวิเคราะห์ในหัวข้อ 5.1.5.2 วิธีการแก้ปัญหามีความเชื่อมโยงจากการกำหนดอำนาจกำกับดูแลของคณะกรรมการในหัวข้อที่ 5.2.4.1 (ค) ซึ่งหากมีการกำหนดอำนาจอย่างชัดเจนในกฎหมายร่วมทุน อำนาจกำกับดูแลในเรื่องที่กำหนดก็สมควรที่จะต้องอยู่ในภารกิจของคณะกรรมการตามกฎหมายร่วมทุน แต่อย่างไรก็ตาม การกำกับดูแลในบางเรื่องที่ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายร่วมทุนก็ต้องเป็นอำนาจขององค์กรเฉพาะในกฎหมายนั้น ทั้งนี้เพื่อความเหมาะสมในลักษณะเฉพาะของกิจการนั้น

แนวทางการแก้ปัญหาที่ผู้เขียนได้นำเสนอนี้ เป็นเพียงรายละเอียดที่เกิดจากการวิเคราะห์ขึ้นจากข้อมูลเบื้องต้นที่ได้ศึกษาจากระบบการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน และกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ แนวทางการแก้ปัญหาที่ดีที่สุดย่อมมิได้เกิดจากการปรับปรุงระบบกฎหมายร่วมทุนแต่เพียงประการเดียว แต่ผู้ปฏิบัติงานจะต้องเปิดใจยอมรับข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นและปรับปรุงกฎหมายร่วมทุนฉบับใหม่ไปในทิศทางที่ควรจะเป็น โดยปราศจากผลประโยชน์ส่วนตัวและคำนึงถึงการรักษา “ผลประโยชน์สาธารณะ” เป็นเป้าหมายสำคัญ การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนจึงจะเกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการจัดทำบริการสาธารณะ