

ปัญหากฎหมายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุน

ระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562¹

จตุพร เกียรติดำรง²

จากการศึกษาปัญหากฎหมายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนทำให้ผู้ศึกษาได้รับความรู้ความเข้าใจ โดยแนวคิดที่ให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐนั้นมีมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายที่กำหนดบทบาทของภาครัฐให้เป็นตัวแปรสำคัญหลักในการริเริ่มโครงการการลงทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ จึงทำให้สถานะทางกฎหมายดังกล่าว ถูกกำหนดขึ้นเพื่อกำกับกับการดำเนินโครงการของภาครัฐเพียงฝ่ายเดียวเป็นสำคัญ ซึ่งสวนทางกับธรรมชาติของกฎหมายที่มีลักษณะส่งเสริมการลงทุนที่มักจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ให้ผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาลงทุนกับภาครัฐอย่างมีนัยสำคัญด้วย ด้วยเหตุดังกล่าว จึงทำให้กลไกที่จะช่วยส่งเสริมและสนับสนุนการเกิดขึ้นของโครงการลงทุนต่าง ๆ ของรัฐสำหรับภาคเอกชนไม่ปรากฏอย่างชัดเจนในกฎหมาย ส่งผลให้ภาคเอกชนไม่อาจมีบทบาทเป็นผู้ริเริ่มหรือเสนอแนวคิดในการจัดทำโครงการร่วมกับภาครัฐได้อย่างเป็นรูปธรรม ภาครัฐเองก็ไม่สามารถใช้ดุลยพินิจรับข้อเสนองานริเริ่มโครงการจากภาคเอกชนได้ เนื่องจากข้อจำกัดของกฎหมายและด้วยบริบทดังกล่าวอาจถูกพิจารณาจากองค์กรตรวจสอบภายนอกว่าโครงการดังกล่าวมีลักษณะของการสมยอมหรือมีผลประโยชน์ได้เสียระหว่างภาครัฐและเอกชน รวมถึงเป็นการปิดโอกาสการเข้าถึงและแข่งขันกันของเอกชนรายอื่นๆ ได้ และด้วยสถานะดังกล่าวนอกจากจะทำให้มิติของกฎหมายมีลักษณะค่อนข้างแคบแล้วยังเป็นปฏิปักษ์ต่อธรรมชาติของการลงทุนต่าง ๆ ในระบบเศรษฐกิจและยังมีผลเป็นการปิดกั้นโอกาสของรัฐในการได้รับประโยชน์จากการลงทุนโดยภาคเอกชนอีกด้วย นอกจากนี้ เนื่องจากเป้าหมายพื้นฐานหลักที่สำคัญของการดำเนินกิจกรรมด้านการลงทุนของรัฐและเอกชนมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ภาครัฐมุ่งเน้นการลงทุนเพื่อการให้บริการสาธารณะที่มีคุณภาพภายใต้ราคาที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่ประชาชน โดยไม่ได้มีเป้าหมายในการการดำเนินกิจกรรมทางการค้าการธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรสูงสุดดังเช่นเอกชน ด้วยเหตุนี้ การสร้างความร่วมมือของภาครัฐและเอกชนในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะ จำเป็นต้องอาศัยปัจจัยที่ทำให้เกิดความสอดคล้องกันระหว่างเป้าหมายของภาครัฐและเอกชนไปพร้อมกัน แต่ในหลายกรณีที่กิจกรรมการให้บริการสาธารณะของรัฐเป็นกิจการที่โดยเนื้อแท้แล้วไม่ใช่

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหากฎหมายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษาคือ รองศาสตราจารย์พัฒนา เรือนใจดี และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ ดร.รัชช รัตทอง และ รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (วิทยาเขตบางนา) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

โครงการที่สามารถทำผลกำไรหรือผลตอบแทนที่สร้างความสนใจในการเข้ามาลงทุนของภาคเอกชนได้ก็ตาม แต่กิจกรรมดังกล่าวยังคงมีความสำคัญและเป็นหน้าที่ของรัฐในการให้บริการต่อประชาชนให้เข้าถึงได้อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม หากรัฐไม่สามารถใช้กลไกการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเข้าเป็นเครื่องมือของรัฐให้บรรลุเป้าประสงค์ได้ ย่อมส่งผลให้เกิดภาระและข้อจำกัดต่อภาครัฐและประชาชนดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นอย่างมาก ดังนั้น รัฐจึงต้องสร้างกลไกที่สำคัญเพื่อเป็นการพัฒนาและสนับสนุนการลงทุนในโครงการของรัฐในรูปแบบการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น เพื่อให้การดำเนินการกิจการด้านการบริการสาธารณะของรัฐเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทั้งถึง เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพมากที่สุด

จากการศึกษาทำให้ทราบว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มีปัญหาข้อกฎหมายหลายประการ ซึ่งมีประเด็นปัญหากฎหมายที่สำคัญในเรื่องการออกประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในเรื่องกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น สัดส่วนในคณะกรรมการคัดเลือก การถือหุ้นของเอกชนที่ได้รับคัดเลือก สัดส่วนของคณะกรรมการกำกับดูแล และการใช้อำนาจของคณะกรรมการนโยบายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งสรุปได้ ดังต่อไปนี้

ประเด็นปัญหาประการแรก คือ ปัญหาในการออกประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในเรื่องกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 7 วรรคหนึ่ง ที่ได้บัญญัติให้หน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะจัดทำโครงการร่วมลงทุนในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะตาม (1) ถึง (12) ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ และตามมาตรา 7 วรรคสอง ได้บัญญัติให้กิจการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าว ดังนั้น พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐ และเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 7 จึงมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การจำกัดขอบเขตของโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนให้แคบลง โดยจำกัดเฉพาะโครงการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะเท่านั้น

เนื่องจากกิจการหลักตามที่กำหนดไว้ใน (1) ถึง (12) เป็นการบัญญัติไว้ในลักษณะของการระบุชื่อกิจการแบบกว้าง ๆ เท่านั้น โดยไม่มีคำอธิบายของแต่ละกิจการ ซึ่งต้องไปพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องในแต่ละกิจการต่อไปตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้ว่ากิจการลักษณะใดเข้าตามกิจการหลักดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาคำถามไม่ชัดเจนดังกล่าว จึงมีการบัญญัติในวรรคสอง ของมาตรา 7 ให้กิจการตามวรรคหนึ่ง รวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวตามที่คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีด้วย ทั้งนี้เพื่อให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนสามารถประกาศกิจการที่อาจยังมีความคลุมเครือในการตีความว่าจะเข้าเป็นกิจการตามวรรคหนึ่งหรือไม่เพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อไปได้โดยคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนมีแนวทางในการกำหนดกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการ ตามมาตรา

7 พรรคสอง ว่าต้องเป็นกรณีหากไม่มีกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นนั้น จะไม่สามารถดำเนินกิจการ ตามมาตรา 7 พรรคหนึ่งได้และต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือคำสั่งกำหนด ให้ต้องมีกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นในการดำเนินกิจการตามมาตรา 7 พรรคหนึ่ง

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่จะพิจารณาถึงปัญหาการออกประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง “กิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น” ในมาตรา 7 พรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยมีการกำหนดว่า “กิจการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี” เมื่อพิจารณาถึงกิจการที่บัญญัติให้สามารถออกประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น พบว่าเป็นการให้อำนาจออกประกาศโดยฝ่ายบริหารให้ความเห็นชอบถึง 11 ฉบับ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในด้านใช้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงในการกำหนดรายละเอียดเนื้อหาโดยออกประกาศเป็นจำนวนมาก และยังเป็นการสร้างภาระให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องเร่งจัดทำประกาศ เนื่องจากในบทเฉพาะกาลตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดให้ดำเนินการภายใน 180 วันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ โดยปัจจุบันมีการประกาศเพียง 4 ฉบับและยังคงค้างอีก 7 ฉบับ จึงเกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายทั้งของหน่วยงานและทางเอกชนผู้ที่ต้องการเข้าร่วมโครงการร่วมลงทุน ประกอบกับการให้อำนาจออกประกาศดังกล่าวเป็นการหลีกเลี่ยงการกำหนดรายละเอียดแทนการบัญญัติลงในพระราชบัญญัติที่มีการพิจารณาผ่านรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติอันมีผลกระทบ ทำให้ไม่มีการถ่วงดุลและตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร เป็นการใช้อำนาจรัฐที่เกินขอบเขต

ประเด็นปัญหาประการที่สอง คือ ปัญหาองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือก เนื่องจากพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า “เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้ดำเนินโครงการร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัด ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงาน และผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับโครงการร่วมลงทุนจำนวนสองคนเป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคนเป็นกรรมการและเลขานุการ” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแล้ว จะพบว่า สัดส่วนกรรมการที่เป็นฝ่ายที่มิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการ มีจำนวนน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของคณะกรรมการทั้งหมด ซึ่งมีอัตราส่วน 5 ต่อ 2 ผู้ศึกษาเห็นว่า อาจทำให้การตัดสินใจของคณะกรรมการอาจทำให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือและไม่ไว้วางใจด้วยสัดส่วนของคะแนนเสียงของคณะกรรมการที่เป็นตัวแทนจากหน่วยงานภายนอกมีจำนวนน้อย จึงทำให้ไม่สามารถคานอำนาจและถ่วงดุลตรวจสอบได้ ซึ่งอาจไม่เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล ซึ่งก็คือ ความโปร่งใส เนื่องจาก การกระทำการใด ๆ ของภาครัฐ การดำเนินงานทางธุรกิจ และงานสาธารณประโยชน์ต่าง ๆ จะต้องมีการมีระบบงานและขั้นตอนการทำงานที่ชัดเจน การมีหลักเกณฑ์ประเมินหรือการให้คุณให้โทษที่ชัดเจน

การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องอย่างตรงไปตรงมา โปร่งใสจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการตรวจสอบความถูกต้อง และช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการทุจริต รวมทั้งนำไปสู่การสร้างควมไว้วางใจซึ่งกันและกันทั้งระหว่างผู้ปฏิบัติร่วมกันในองค์กรเดียวกัน ระหว่างประชาชนต่อรัฐ ไปจนถึงระหว่างคนในชาติด้วยกัน จึงเป็นทั้งหน้าที่และความรับผิดชอบที่ต้องสื่อให้ประชาชนมีความเข้าใจว่า ในขณะนั้น รัฐบาลกำลังทำอะไรอยู่ กำลังคิดอะไรอยู่ กำลังวางแผนอะไรอยู่ และประชาชนมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลถึงแนวทางความคิด ถึงวิธีการ ถึงกระบวนการ และวัตถุประสงค์บนปลายของแนวนโยบายต่าง ๆ ในขณะนั้น

ประเด็นปัญหาประการที่สาม คือ ปัญหาการถือหุ้นของเอกชนที่ได้รับคัดเลือก เมื่อพิจารณาจากมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จะเห็นได้ว่าหลังจากที่หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอผลการคัดเลือกเอกชนร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด และเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน ต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาให้ความเห็นชอบและนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชนและเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนตามที่คณะกรรมการกำหนด และให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชนในการร่างสัญญาร่วมลงทุนและเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าว ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับตั้งแต่วันที่ได้รับผลการคัดเลือกเอกชนในการร่างสัญญาร่วมลงทุนและเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนนั้น เมื่อคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนและเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนแล้ว จึงให้หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกนั้น ซึ่งตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง (1) ได้กำหนดข้อห้ามสำหรับคณะกรรมการว่าไม่ให้คณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 42 ถือหุ้นในเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกเป็นจำนวนเกินร้อยละศูนย์จุดห้าของทุนที่ชำระแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นด้วยตนเอง หรือถือหุ้นโดยคู่สมรส หรือโดยบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ และตามมาตรา 37 วรรคสอง ได้กำหนดให้หมายความรวมถึงการเป็นกรรมการผู้มีอำนาจในการจัดการหรือที่ปรึกษาหรือถือหุ้นเกินร้อยละศูนย์จุดห้าของทุนที่ชำระแล้ว ในนิติบุคคลที่เอกชนที่ได้รับคัดเลือกถือหุ้นอยู่เกินร้อยละยี่สิบห้า หรือในนิติบุคคลที่ถือหุ้นในเอกชนที่ได้รับคัดเลือกเกินร้อยละยี่สิบห้า

จากกรณีดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า การถือหุ้นในเอกชนที่ได้รับเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก เพราะความมีส่วนได้ส่วนเสียในหุ้นที่ถืออยู่ การทำงานของคณะกรรมการจึงไม่เกิดความยุติธรรมและสูญเสียความเชื่อมั่นในการทำงานของเจ้าหน้าที่ในการมีมติหรือออกคำสั่งใด ด้วยข้าราชการมีการออกกระเปียบบังคับตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อเป็นการประกันการทำงานของเจ้าหน้าที่ว่าจะไม่มีส่วนได้เสียกับคู่กรณีหรือในลักษณะที่อาจเป็นผู้ถือประโยชน์ร่วมกัน เช่น เป็นหุ้นส่วนจากเหตุ สัมพันธใกล้ชิดอาจทำให้เจ้าหน้าที่พิจารณาโน้มเอียงไม่เป็นกลาง ซึ่งในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ได้มีการกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามของการเป็นคณะกรรมการคัดเลือก ซึ่งห้ามคณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการหรือเป็นที่ปรึกษาในเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุนในโครงการร่วมลงทุนที่ตนเป็นกรรมการคัดเลือก หรือถือหุ้นในเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกเป็นจำนวน เกินร้อยละ 0.5 ของทุนที่ชำระแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นด้วยตนเองหรือโดยคู่

สมรสหรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็ตาม รวมไปถึงไม่ได้ถือหุ้นโดยตรง แต่เอกชนที่ถือหุ้นมีความเกี่ยวพันทางอ้อม แม้เป็นการถือหุ้นที่จำนวนน้อย แต่เมื่อพิจารณาถึงมูลค่าของโครงการที่สูงกว่า 5,000 ล้านบาท และความมีส่วนได้เสียแม้เล็กน้อย แต่ไม่ควรเกี่ยวข้องทั้งทางตรงและทางอ้อมที่ทำให้เกิดปัญหาว่า อาจจะมีการใช้อิทธิพลในการรู้จักดำเนินการเข้าแทรกแซงการคัดเลือกเอกชนหรือในช่วงเวลาใดภายในระยะเวลาของสัญญาได้ยื้อย่นทำให้คณะกรรมการไม่ควรได้ถือหุ้นส่วนในเอกชนที่รับการเลือกทั้งทางตรงและทางอ้อมเลย

ประเด็นปัญหาประการที่สี่ คือ ปัญหาองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแล ในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแล ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ปัญหาที่พบเมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ ปัญหาความโปร่งใสของคณะกรรมการกำกับดูแล ที่มีสัดส่วนของจำนวนคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้แทนของหน่วยงานของรัฐทั้งหมด ซึ่งอาจทำให้มีการเอื้อประโยชน์ต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการได้และอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ต้องมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และให้โอกาสในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม รวมทั้งกระบวนการติดตาม กำกับดูแลโครงการร่วมลงทุนให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุนอย่างตรงไปตรงมามีประสิทธิภาพ โดยอยู่บนพื้นฐานการรักษาผลประโยชน์ของรัฐและความโปร่งใสเป็นธรรม

เนื่องจากมีสัดส่วนของคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้แทนของหน่วยงานของรัฐทั้งหมด ทำให้การตัดสินใจกระทำการบางอย่าง อาจไม่คำนึงถึงด้านเอกชน จึงทำให้เกิดการใช้อำนาจของรัฐดูแลฝ่ายเดียว หรือมีการดำเนินการโดยไม่มีการตรวจสอบ ซึ่งอำนาจของคณะกรรมการกำกับดูแลคือการกำกับ ดูแลภายหลังการเกิดสัญญาที่มีระยะเวลายาวนานสูงสุดถึง 30 ปี รวมไปถึงการพิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ควรเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยดูแลตรวจสอบในระหว่างการทำสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมีความโปร่งใสในการทำงานของคณะกรรมการ

ประเด็นปัญหาประการสุดท้าย คือ ปัญหาในการใช้อำนาจของคณะกรรมการนโยบายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เมื่อพิจารณาคณะกรรมการตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ที่มีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในฐานะประธานคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยเป็นคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจตั้งแต่ในการพิจารณาแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน กำหนดแนวทางการจัดทำ ปรับปรุงและติดตามผลการดำเนินการตามแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน โดยเฉพาะในขั้นตอนการเสนอโครงการนายกรัฐมนตรีก็มีอำนาจและหน้าที่ให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการร่วมลงทุน ในขั้นตอนในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน นายกรัฐมนตรีก็ยังมีอำนาจให้ความเห็นชอบ อีกทั้งมีอำนาจในการออกประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ ในความเห็นของผู้ศึกษาเห็นว่า อาจทำให้เกิดปัญหาขึ้น เนื่องจากการดำรงตำแหน่งในฐานะประธานกรรมการของนายกรัฐมนตรี มีความทับซ้อนกับฐานะการเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการทั้งหมด รวมถึงเป็นหนึ่งในชุดคณะรัฐมนตรี จึงทำให้การทำงานที่มีฐานะขัดแย้งกันด้วยหน้าที่ของคณะกรรมการ คือ พิจารณาแล้วเสนอความเห็นให้

คณะรัฐมนตรีอนุมัติ เมื่อนายกรัฐมนตรีอยู่ในฐานะของผู้บังคับบัญชา จึงอาจทำให้ไม่มีการตรวจสอบ ควบคุมการใช้อำนาจภายในของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การที่นายกรัฐมนตรีเป็นทั้งผู้เสนอและผู้อนุมัติในเรื่อง เดียวกัน ผู้ศึกษาเห็นว่า อาจทำให้ผลการทำงานของคณะกรรมการอื่นมีความเกรงใจกัน และไม่กล้าแสดง ความคิดเห็น ทำให้บ่อยครั้งที่คณะกรรมการเสนอเรื่องแล้วจะเกิดการคัดค้านจากคณะรัฐมนตรี

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1. ปัญหาการใช้อำนาจของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

1.1 ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ เพื่อมิให้การทำงานเกิดข้อขัดแย้งและมีการตรวจสอบ และถ่วงดุลในการทำงาน จึงควรมีการเปลี่ยนแปลงให้รัฐมนตรี กระทรวงการคลังเป็นประธานกรรมการ แทนนายกรัฐมนตรี เนื่องจากเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ ด้านการเงินการคลังของประเทศ และให้มีการ สรรหากรรมการเพิ่มเติมเพื่อให้คณะกรรมการครบจำนวน จึงขอเสนออธิบดีกรมบัญชีกลางเข้าร่วมเป็น คณะกรรมการด้วย จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขปรับปรุงมาตรา 13 ดังนี้

“มาตรา 13 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่าง รัฐและเอกชน” ประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ ปลัด กระทรวงการคลัง เป็นรองประธานกรรมการ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานประมาณ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขาธิการ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน อัยการสูงสุด ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภา อุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ประธานสมาคมธนาคารไทย และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง จำนวนไม่เกินห้าคนเป็นกรรมการ”

2. ปัญหาของคณะกรรมการคัดเลือก

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ ในการกำหนดสัดส่วนของคณะกรรมการคัดเลือก ให้มี การเพิ่มสัดส่วนของคณะกรรมการที่มาจากหน่วยงานภายนอกเข้ามาเป็นคณะกรรมการ โดยพิจารณา เทียบเคียงกับคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่มีผู้แทนหน่วยงานภายนอกที่มี ความรู้ความสามารถมาก จึงเห็นควรเพิ่มผู้แทนหน่วยงานภายนอกที่จากเดิมปกติมี 2 คน เพื่อให้สามารถคาน อำนาจเสียงของผู้แทนที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานเจ้าของโครงการได้จากที่มีจำนวน 5 คน จึงเห็นควรแก้ไข ถ้อยคำในมาตรา 36 วรรคหนึ่ง โดยเพิ่มผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ในด้านกฎหมาย และให้คำปรึกษาในเรื่องของสัญญาได้ และผู้แทนสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและ สังคมแห่งชาติ ที่มีความรู้ในเรื่องสภาวะเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ มาตรการที่กระทบต่อเศรษฐกิจที่ สามารถนำมาประกอบการตัดสินใจในการร่างสัญญาร่วมลงทุนได้ รวมถึงกำหนดให้สามารถลดจำนวน ผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการแต่งตั้งของหน่วยงานเจ้าของโครงการได้ โดยกำหนดให้พิจารณาไม่เกิน 2 คน จาก เดิมที่กำหนดจำนวนตายตัว จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำใหม่ในมาตรา 36 ดังนี้

“มาตรา 36 วรรคหนึ่ง เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้ดำเนินโครงการร่วมลงทุนแล้วให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัด ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับโครงการร่วมลงทุนจำนวนไม่เกินสองคนเป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคนเป็นกรรมการและเลขานุการ”

3. ปัญหาการถือหุ้นในเอกชนที่ได้รับเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ เพื่อมิให้คณะกรรมการคัดเลือกเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือเป็นผู้มีผลประโยชน์กับเอกชนที่ได้รับคัดเลือก จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมห้ามมิให้มีการถือหุ้นใด ๆ เลย ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ดังนี้

“มาตรา 37 ในระหว่างการดำรงตำแหน่งและภายในระยะเวลาสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกตามมาตรา 42 ห้ามมิให้กรรมการในคณะกรรมการคัดเลือกเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางตรงและทางอ้อม กระทำการเป็นกรรมการผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือที่ปรึกษาในเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนในโครงการร่วมลงทุนที่ดินเป็นกรรมการคัดเลือก ไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นด้วยตนเองหรือโดยคู่สมรสหรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ”

4. ปัญหาของคณะกรรมการกำกับดูแล

ในกรณีของคณะกรรมการกำกับดูแล เมื่อพิจารณากรณีคณะกรรมการต่างประเทศที่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมได้ด้วย จึงเห็นควรให้มีการเพิ่มคณะกรรมการที่มาจากภาคเอกชน โดยพิจารณาผู้แทนที่มีความรู้ความสามารถเพื่อเป็นตัวแทนในการเสนอความเห็นที่มาจากประชาชนได้ จำนวน 3 คน คือ ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ประธานสมาคมธนาคารไทย ที่เป็นตัวแทนภาคเอกชนที่ได้รับความไว้วางใจและความรู้ด้านการลงทุน และทางเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้น ในการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำใหม่ในมาตรา 43 มีดังต่อไปนี้

“มาตรา 43 เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้วให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในกระทรวงเจ้าสังกัดที่มีหน่วยงานเจ้าของโครงการและมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าประเภทบริหารระดับต้น เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงาน ผู้แทนประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย และ ประธานสมาคมธนาคารไทย เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ”

5. ปัญหาของกฎหมายการออกประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในเรื่อง “กิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น” ในมาตรา 7 วรรคสอง

โดยผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ เห็นควรให้มีการกำหนดคำนิยามเพื่อให้มีความชัดเจนไม่เกิดความคลุมเครือ เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายและง่ายต่อการทำความเข้าใจ และลดการ

แทรกแซงของรัฐที่ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์กระทบโครงการร่วมลงทุน เพื่อให้เกิดถ่วงดุลและตรวจสอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งคำว่ากิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น ย่อมหมายถึงกิจการที่ไม่ใช่กิจการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 7 วรรคหนึ่งโดยตรง เพียงแต่เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกันแต่อยู่ในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกิจการและมีความจำเป็น รวมทั้งต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับนิยามกิจการในกฎหมายเฉพาะของกิจการนั้นด้วย จึงขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาคือให้มีการปรับแก้ถ้อยคำในมาตรา 7 วรรคสอง ดังนี้

โดยยกเลิกคำว่า “ทั้งนี้ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี” กำหนดให้มีคำนิยามความหมายเพิ่มเติมในบททั่วไปเป็นมาตรา 7/1 ดังนี้ “กิจการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวด้วย”

และเพิ่มเติม “มาตรา 7/1 กิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น หมายความว่า หากไม่มีกิจการที่เกี่ยวข้องที่จำเป็นดังกล่าว ก็จะไม่สามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกิจการตามมาตรา 7 วรรคหนึ่งได้ หรือในกรณีที่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับเป็นการกำหนดกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นไว้เป็นการเฉพาะ”

เอกสารอ้างอิง

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **สัญญาทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. พิมพ์ครั้งที่ 3.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

จรัญ โฆษณานันท์. **นิติปรัชญาแนววิพากษ์**. พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**. พิมพ์ครั้งที่ 3.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2551). **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ประยูร กาญจนกุล. (2538). **คำบรรยายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). **สัญญาทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ประยูร กาญจนกุล. (2533) **คำบรรยายกฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

นาถนรินทร์ จันทรงาม. (2562). **หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ**. คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน.