

ปัญหาตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562¹

จงจิตต์ กงนคร²

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พบว่า แนวคิดที่ให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐนั้น ส่วนหนึ่งได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดเสรีนิยมที่เชื่อมั่นในศักยภาพของเอกชนว่ามีความพร้อมในการร่วมลงทุนกับรัฐ ประกอบกับรัฐต้องการลดภาระในการใช้จ่ายเงินงบประมาณในการลงทุนโครงการขนาดใหญ่ที่มีมูลค่าสูง และความเสี่ยงที่สูงขึ้นด้วย จึงเกิดการร่วมมือกันระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งจะเห็นได้ว่าปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลสำคัญที่ทำให้การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเกิดความสัมฤทธิ์ผล คือ การสะท้อนความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน จึงกำหนดให้จัดการบริหารความเสี่ยงทั้งด้านการหาแหล่งเงินทุน การลงทุน การก่อสร้างและแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งต้องมีการบริหารจัดการหน้าที่ระหว่างรัฐและเอกชนอย่างเท่าเทียมกันตามแนวคิดทฤษฎีความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนที่มุ่งเน้นในการจัดทำกิจการอันเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและจัดทำบริการสาธารณะ ให้ตอบสนองความต้องการของประชาชน รวมถึงเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการร่วมลงทุนในโครงการที่มีขนาดใหญ่ ลดภาระการใช้จ่ายเงินงบประมาณ และลดภาระการกู้ยืมหนี้สาธารณะ โดยกำหนดให้เอกชนเป็นผู้แสวงหาแหล่งเงินทุน และถ่ายทอดเทคโนโลยี และนวัตกรรมใหม่ ๆ ให้แก่บุคลากรรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ส่วนรัฐต้องให้ความช่วยเหลืออำนวยความสะดวกให้แก่เอกชน คอยกำกับดูแลให้ปฏิบัติตามขั้นตอนในการร่วมลงทุน

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของประเทศไทย พบว่า แม้จะได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปตามหลักสากลในการดำเนินการตามขั้นตอนของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน แต่คงยังพบปัญหาที่มีสาเหตุมาจากการกำหนดแนวทางที่ไม่ชัดเจน การใช้อำนาจของรัฐเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจผ่านทางกฎหมาย ส่งผลทำให้ไม่สามารถถ่วงดุลและตรวจสอบการทำงานของหน่วยงานรัฐได้ อีกทั้ง ทำให้เกิดความไม่โปร่งใสในการทำงานของรัฐ ประกอบกับได้มีการศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มต่างประเทศที่มีการดำเนินการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law) ซึ่งล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการร่วมลงทุนในรูปแบบของความเป็นหุ้นส่วนกัน

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง ปัญหาตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์พัฒนา เรือนใจดี และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ ดร.รัชชัย รุดทอง และรองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบุญแนว

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่สำคัญในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย จำนวนสัดส่วนในคณะกรรมการคัดเลือก และคณะกรรมการกำกับดูแล การใช้อำนาจของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ไม่เป็นไปตามหลักการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง รวมถึงการไม่กำหนดกลไกรองรับกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งสรุปได้ ดังนี้

ประการแรก คือ ปัญหาการออกประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง “กิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น” ในมาตรา 7 วรรคสอง โดยมีการกำหนดว่า “กิจการตามวรรคหนึ่งให้รวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี” เมื่อพิจารณากิจการที่บัญญัติให้สามารถออกประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น พบว่าเป็นการให้อำนาจออกประกาศโดยฝ่ายบริหารให้ความเห็นชอบถึง 11 ฉบับ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในด้านใช้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงในการกำหนดรายละเอียดเนื้อหาโดยออกประกาศเป็นจำนวนมาก และยังเป็นการสร้างภาระให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต้องเร่งจัดทำประกาศ เนื่องจากในบทเฉพาะกาลตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดให้ดำเนินการภายใน 180 วันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ โดยปัจจุบันมีการประกาศเพียงฉบับและยังคงค้างอีก 10 ฉบับ จึงเกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายทั้งของหน่วยงานและทางเอกชนผู้ที่ต้องการเข้าร่วมโครงการร่วมลงทุน ประกอบกับการให้อำนาจออกประกาศดังกล่าวเป็นการหลีกเลี่ยงการกำหนดรายละเอียดแทนการบัญญัติลงในพระราชบัญญัติที่มีการพิจารณาผ่านรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ อันมีผลกระทบทำให้ไม่มีการถ่วงดุลและตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร เป็นการใช้อำนาจรัฐที่เกินขอบเขต

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการร่วมลงทุนในต่างประเทศ ซึ่งมีการกำหนดไว้ในกฎหมายและคู่มือ ซึ่งพิจารณาได้ว่าทั้งในประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ และประเทศญี่ปุ่น มีการกำหนดประเภทของกิจการที่เข้าข่ายลักษณะการเป็นกิจการที่อยู่ในรูปแบบโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนภายใต้คู่มือ หรือภายใต้พระราชบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ไม่มีการให้อำนาจคณะกรรมการในการออกประกาศเป็นการเพิ่มเติม ฉะนั้น ในปัญหาการออกประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในเรื่อง “กิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น” ในมาตรา 7 วรรคสอง จึงเป็นเรื่องที่ต้องมีการปรับปรุงในการให้อำนาจออกประกาศของคณะกรรมการโดยให้มีการกำหนดคำนิยามหรือคำอธิบายของการเข้าลักษณะกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นโดยต้องให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะในกิจการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะด้วย

ประการที่สอง คือ ปัญหาองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกและคณะกรรมการกำกับดูแล เนื่องจากในองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มีปัญหาด้านสัดส่วนกรรมการที่เป็นฝ่ายที่มีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการ มีจำนวนน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของคณะกรรมการทั้งหมด ซึ่งมีอัตราส่วน 5 ต่อ 2 ทำให้การตัดสินใจของคณะกรรมการอาจทำให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือและไม่ไว้วางใจ ด้วยสัดส่วนของคะแนนเสียงของคณะกรรมการที่เป็นตัวแทนจากหน่วยงานภายนอกมีจำนวนน้อย จึงทำให้ไม่สามารถคานอำนาจและถ่วงดุลตรวจสอบได้ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความโปร่งใส และอีกปัญหาคือในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแล ตามมาตรา 42 ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เนื่องจากมีสัดส่วนของคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้แทนของหน่วยงานของรัฐทั้งหมด ทำให้การตัดสินใจบางอย่างอาจไม่คำนึงถึงด้านเอกชน จึงเกิดการใช้อำนาจของรัฐดูแลฝ่ายเดียว หรือมีการดำเนินการโดยไม่มีการตรวจสอบ ซึ่งอำนาจของคณะกรรมการกำกับดูแล คือการกำกับดูแลภายหลังการเกิดสัญญาที่มีระยะเวลายาวนานสูงสุดถึง 30 ปี รวมไปถึงการการพิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ควรเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยดูแลตรวจสอบในระหว่างการทำสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมีความโปร่งใสในการทำงานของคณะกรรมการ นอกจากนี้ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาสัดส่วนคณะกรรมการในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ และประเทศญี่ปุ่น ที่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นคณะกรรมการประจำโครงการได้ ดังนั้น จึงเห็นควรให้มีการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนคณะกรรมการทั้งคณะกรรมการคัดเลือกและคณะกรรมการกำกับดูแล

ประการที่สาม คือ ปัญหาการใช้อำนาจของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องมีใช้อำนาจตามอำเภอใจและต้องมีการถ่วงดุลตรวจสอบควบคุมการทำงานภายใต้กฎหมาย เพื่อให้การทำงานไม่เกิดการเอื้อประโยชน์หรือมีผลประโยชน์ร่วมกัน เมื่อพิจารณาคณะกรรมการตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ที่มีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในฐานะประธานคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยคณะกรรมการมีอำนาจ ตั้งแต่ในพิจารณาแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน กำหนดแนวทางการจัดทำปรับปรุง และติดตามผลการดำเนินการตามแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน ในขั้นตอนเสนอโครงการก็ให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการร่วมลงทุน ขั้นตอนในการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ก็มีอำนาจให้ความเห็นชอบ อีกทั้ง มีอำนาจในการออกประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหา คือการดำรงตำแหน่งในฐานะประธานกรรมการของนายกรัฐมนตรี มีความทับซ้อนกับฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการทั้งหมดรวมถึงเป็นหนึ่งในชุดคณะรัฐมนตรี จึงทำให้การทำงานที่มีฐานะขัดแย้งกัน ด้วยหน้าที่ของคณะกรรมการคือพิจารณาแล้วเสนอความเห็นให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ เมื่อนายกรัฐมนตรีอยู่ในฐานะผู้บังคับบัญชาอาจทำให้ไม่มีการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจภายในของฝ่ายปกครอง กลายเป็นว่าเป็นทั้ง

ผู้เสนอและผู้อนุมัติในเรื่องเดียวกัน ส่งผลทำให้การทำงานของคณะกรรมการอื่นมีความเกรงใจกัน ไม่กล้าแสดงความคิดเห็น ทำให้น้อยครั้งที่คณะกรรมการเสนอเรื่องแล้วจะเกิดการคัดค้านจากคณะรัฐมนตรี นอกจากนี้ ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบผู้ดำรงตำแหน่งฐานะประธานกรรมการในต่างประเทศ พบว่าส่วนใหญ่ให้เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ดำรงตำแหน่งแทน เช่น ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ให้รัฐมนตรีกระทรวงการคลังเป็นผู้ดำรงตำแหน่ง ส่วนประเทศญี่ปุ่นให้นายกรัฐมนตรีแต่งตั้งบุคคลที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเป็นเอกชนดำรงตำแหน่งก็ได้ เมื่อเทียบกับประเทศไทยเห็นว่าควรมีการปรับเปลี่ยนตำแหน่งประธานคณะกรรมการเป็นรัฐมนตรีกระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความสามารถทางด้านการเงินงบประมาณ การเงินและเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อเป็นข้าราชการทำงานโดยไม่เกิดความเกรงใจและเกิดการถ่วงดุลตรวจสอบการทำงานได้อย่างแท้จริง

ประการที่สี่ คือ ปัญหาการถือหุ้นในเอกชนที่ได้รับเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก เนื่องด้วยความมีส่วนได้ส่วนเสียในหุ้นที่ถืออยู่ การทำงานของคณะกรรมการจึงไม่เกิดความยุติธรรมและสูญเสียความเชื่อมั่นในการทำงานของเจ้าหน้าที่ในการมีมติหรือออกคำสั่งใด ด้วยข้าราชการมีการออกระเบียบบังคับตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อเป็นการประกันการทำงานของเจ้าหน้าที่ว่าจะไม่มีส่วนได้เสียกับคู่กรณี หรือในลักษณะที่อาจเป็นผู้ถือประโยชน์ร่วมกัน เช่น เป็นหุ้นส่วน จากเหตุสัมพันธ์ใกล้ชิดอาจทำให้เจ้าหน้าที่พิจารณาโน้มเอียงไม่เป็นกลาง ซึ่งในมาตรา 37 พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ได้มีการกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามของการเป็นคณะกรรมการคัดเลือก ซึ่งห้ามคณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการหรือที่ปรึกษาในเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนในโครงการร่วมลงทุนที่ตนเป็นกรรมการคัดเลือก หรือถือหุ้นในเอกชนที่ได้รับคัดเลือกเป็นจำนวนเกินร้อยละ 0.5 ของทุนที่ชำระแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นด้วยตนเองหรือโดยคู่สมรสหรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็ตาม รวมไปถึงไม่ได้ถือหุ้นโดยตรงแก่เอกชนที่ถือหุ้นมีความเกี่ยวพันทางอ้อม แม้เป็นการถือหุ้นที่จำนวนน้อย แต่เมื่อพิจารณาถึงมูลค่าของโครงการที่สูงกว่า 5,000 ล้านบาท และความมีส่วนได้เสียแม้เล็กน้อยแต่ไม่ควรเกี่ยวข้องทั้งทางตรงและทางอ้อมที่ทำให้เกิดปัญหาว่าอาจจะมีการใช้อิทธิพลในการรู้จักดำเนินการเข้าแทรกแซงการคัดเลือกเอกชนหรือในช่วงเวลาใดภายในระยะเวลาของสัญญาก็ได้ ย่อมทำให้คณะกรรมการไม่ควรได้ถือหุ้นส่วนในเอกชนที่รับการเลือกทั้งทางตรงและทางอ้อมเลย

ประการที่ห้า คือ ปัญหาเกี่ยวกับผลของการไม่กำหนดกลไกรองรับ กรณีไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นกลไกรับรองผลของการไม่ได้ดำเนินการหรือดำเนินการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด จึงทำให้เกิดผลกระทบต่อความต่อเนื่องของผู้ให้บริการสาธารณะ จากการหยุดชะงักของการให้บริการสาธารณะ และด้วยจำนวนวงเงินมูลค่าในโครงการค่อนข้างสูง จึงทำให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจได้ รวมไปถึงหากโครงการดังกล่าวได้ใช้งบประมาณหรือกู้ยืมเงินจากรัฐการหยุดชะงักของโครงการจะทำให้เงินของรัฐสูญเปล่า ไม่เกิดความคุ้มค่าในการลงทุน ซึ่งจาก

การศึกษาในกรณีดังกล่าวมีเพียงคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้บัญญัติไว้เป็นแนวทางมี 2 ลักษณะ คือ กำหนดให้ผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องนั้นมีผลเป็นเป็นโมฆะ ส่งผลทำให้ข้อสัญญานั้นสิ้นสุดลง และอีกแนวทางคือ มีผลบังคับใช้ของสัญญานั้นอยู่ จนกว่าจะมีกระบวนการให้คณะรัฐมนตรีมีมติเพิกถอน แก่ไขสัญญานั้น เนื่องจากไม่มีการบัญญัติรายละเอียดที่ชัดเจน จึงเกิดความคลุมเครือ โดยในพระราชบัญญัตินี้มีเพียงมาตรา 70 ในบทเฉพาะกาลที่กล่าวถึงคณะกรรมการที่อยู่ก่อนพระราชบัญญัตินี้บังคับใช้ให้พิจารณากรณีการทำผิดขั้นตอนนั้น ส่งผลทำให้เกิดการสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย ผู้ศึกษาจึงได้ทำการเปรียบเทียบกับผลการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของต่างประเทศ เช่นประเทศอังกฤษที่พิจารณาแยกกรณี หากเป็นกรณีเอกชนเป็นผู้ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนสัญญาได้เลย แต่หากเป็นกรณีของรัฐให้เวลาในการแก้ไขให้เป็นไปตามสัญญานั้น กรณีประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้จะกำหนดให้ยกเลิกสัญญาทันที ส่วนประเทศญี่ปุ่นเพียงรายงานผลการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนเท่านั้น ซึ่งเห็นว่าประเทศไทยควรพิจารณาตามหลักของประเทศอังกฤษพิจารณาเป็นรายกรณี โดยประกอบคำวินิจฉัยที่เห็นควรยึดหลักการบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่อง ประโยชน์ของรัฐและของประชาชน ให้มีการพิจารณาจากคณะกรรมการเพื่อดำเนินการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติเพิกถอนหรือแก้ไขสัญญาต่อไป

ทั้งนี้ จากการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนพ.ศ. 2562 ข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นควรมีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้เกิดการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่สัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดังนี้

1. ปัญหาการออกประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ในเรื่อง “กิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น” ในมาตรา 7 วรรคสอง

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ เห็นควรให้มีการกำหนดคำนิยามเพื่อให้มีความชัดเจน ไม่เกิดความคลุมเครือ เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายและง่ายต่อการทำความเข้าใจ และลดการแทรกแซงของรัฐที่ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์กระทบโครงการร่วมลงทุน เพื่อให้เกิดถ่วงดุลและตรวจสอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งคำว่ากิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็น ย่อมหมายถึงกิจการที่ไม่ใช่กิจการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 7 วรรคหนึ่งโดยตรง เพียงแต่เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกันแต่อยู่ในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกิจการและมีความจำเป็น รวมทั้งต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับนิยามกิจการในกฎหมายเฉพาะของกิจการนั้นด้วย จึงขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหา คือให้มีการปรับแก้ถ้อยคำในมาตรา 7 วรรคสองยกเลิกคำว่า “ทั้งนี้ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี” กำหนดให้มีคำนิยามความหมายเพิ่มเติมในบททั่วไปเป็นมาตรา 7/1 ดังนี้

“กิจการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวด้วย”

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

2. ปัญหาของคณะกรรมการคัดเลือกและคณะกรรมการกำกับดูแล

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ ในการกำหนดสัดส่วนของคณะกรรมการคัดเลือก ให้มีการเพิ่มสัดส่วนของคณะกรรมการที่มาจากหน่วยงานภายนอกเข้ามาเป็นคณะกรรมการ โดยพิจารณาเทียบเคียงกับคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่มีผู้แทนหน่วยงานภายนอกที่มีความรู้ความสามารถมาก จึงเห็นควรเพิ่มผู้แทนหน่วยงานภายนอกที่จากเดิมปกติมี 2 คน เพื่อให้สามารถนำอำนาจเสียงของผู้แทนที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานเจ้าของโครงการได้ที่มีจำนวน 5 คน เห็นควรแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 36 วรรคหนึ่ง โดยเพิ่มผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมาย และให้คำปรึกษาในเรื่องของสัญญาได้ และผู้แทนสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่มีความรู้ในเรื่องสถานะเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ มาตราการที่กระทบต่อเศรษฐกิจที่สามารถนำมาประกอบการตัดสินใจในการร่างสัญญาร่วมลงทุนได้ รวมถึงกำหนดให้สามารถลดจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการแต่งตั้งของหน่วยงานเจ้าของโครงการได้ โดยกำหนดให้พิจารณาไม่เกิน 2 คน จากเดิมที่กำหนดจำนวนตายตัว

ส่วนกรณีของคณะกรรมการกำกับดูแล เมื่อพิจารณากรณีคณะกรรมการต่างประเทศที่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมด้วย จึงเห็นควรให้มีการเพิ่มคณะกรรมการที่มาจากภาคเอกชน โดยพิจารณาผู้แทนที่มีความรู้ความสามารถเพื่อเป็นตัวแทนในการเสนอความเห็นที่มาจากประชาชนได้ จำนวน 3 คน คือ ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ประธานสมาคมธนาคารไทย ที่เป็นตัวแทนภาคเอกชนที่ได้รับความไว้วางใจและมีความรู้ด้านการลงทุน และทางเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้น ในการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำใหม่ในมาตรา 36 วรรคหนึ่ง และมาตรา 42 จึงมีดังนี้

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

“ มาตรา 43 เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้วให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในกระทรวงเจ้าสังกัดที่มีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการและมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าประเภทบริหารระดับต้น

เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงาน ผู้แทนประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย และ ประธานสมาคมธนาคารไทย เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ”

3. ปัญหาการใช้อำนาจของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ เพื่อมิให้การทำงานเกิดข้อขัดแย้งและมีการตรวจสอบและถ่วงดุลในการทำงาน จึงควรมีการเปลี่ยนแปลงให้รัฐมนตรีกระทรวงการคลังเป็นประธานกรรมการแทนนายกรัฐมนตรี เนื่องจากเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ ด้านการเงินการคลังของประเทศ และให้มีการสรรหากรรมการเพิ่มเติมเพื่อให้คณะกรรมการครบจำนวน จึงขอเสนออธิบดีกรมบัญชีกลางเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการด้วย จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขปรับปรุงมาตรา 13 ดังนี้

“ มาตรา 13 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน” ประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นรองประธานกรรมการ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน อัยการสูงสุด ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยประธานสมาคมธนาคารไทย และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกินห้าคนเป็นกรรมการ”

4. ปัญหาการถือหุ้นในเอกชนที่ได้รับเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ เพื่อมิให้คณะกรรมการคัดเลือกเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือเป็นผู้มีผลประโยชน์กับเอกชนที่ได้รับคัดเลือก จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมห้ามมิให้มีการถือหุ้นใด ๆ เลย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ดังนี้

“มาตรา 37 ในระหว่างการดำรงตำแหน่งและภายในระยะเวลาสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกตามมาตรา 42 ห้ามมิให้กรรมการในคณะกรรมการคัดเลือกเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางตรงและทางอ้อมกระทำการเป็นกรรมการผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือที่ปรึกษาในเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนในโครงการร่วมลงทุนที่ตนเป็นกรรมการคัดเลือก ไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นด้วยตนเองหรือโดยคู่สมรสหรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ”

5. ปัญหาเกี่ยวกับผลของการไม่กำหนดกลไกรองรับ กรณีไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไข คือ ให้มีการกำหนดผลของการที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายให้มีความชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อไม่เกิดความสับสนและไม่เป็นการปล่อยปละละเลยในโครงการร่วมลงทุนที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอน โดยมีได้คำนึงถึงความต่อเนื่องของบริการสาธารณะและ

ประโยชน์สาธารณะของประชาชน จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติมาตราขึ้นใหม่ในบทเปิดเตี๊ต และเพิ่มถ้อยคำในบทเฉพาะกาลมาตรา 70 ดังนี้

“มาตรา...ในกรณีที่ปรากฏว่ามีโครงการใดมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องให้คณะกรรมการรายงานผลความเห็นพร้อมแนวทางในการแก้ไขต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งการให้แก้ไขตามแนวทางที่เหมาะสม หรือแก้ไขสัญญา หรือเพิกถอนสัญญาทั้งนี้ ให้พิจารณาถึงความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและผลกระทบต่อประชาชนด้วย”

“มาตรา 70 ในกรณีที่โครงการไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดไว้ ให้คณะกรรมการซึ่งแต่งตั้งขึ้นตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และปฏิบัติหน้าที่อยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับดำเนินการพิจารณาต่อไป จนกว่าคณะรัฐมนตรีจะสั่งการตามข้อเสนอของคณะกรรมการดังกล่าว ทั้งนี้ ให้พิจารณาถึงความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและผลกระทบต่อประชาชนด้วย”

เอกสารอ้างอิง

วิรัช ธเนศวร และอัมพร วิจิตรพันธ์. **ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจ**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2557.

เพ็ญแข ลาภยิ่ง. **ความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน : แนวคิด หลักการ พัฒนาการ และประสบการณ์ด้านสุขภาพ PUBIC-PRIVATE PARTNERSHIPS**. พิมพ์ครั้งที่ 1. นนทบุรี:โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2554.

ณัฐฐาลดา สภานนท์. “มาตรการจูงใจทางภาษีสำหรับการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน กรณีระบบขนส่งมวลชนทางราง.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต**, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

ธัญญา วงษ์กมลคุณห์ และคณะ. “ปัญหาของมาตรา 13 และ มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.” **วารสารการบริหารการปกครอง** 7,1 (มกราคม – มิถุนายน 2561):158-165.