

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

ความเห็นและข้อเสนอแนะ

เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.

๑. ความเป็นมา

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ได้มีคำสั่งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ที่ ๑๐/๒๕๕๕ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายด้านกฎหมายเอกชนและธุรกิจ ลงวันที่ ๖ มีนาคม ๒๕๕๕ ให้มีอำนาจหน้าที่ สํารวจ ศึกษา วิเคราะห์ทางวิชาการ เพื่อปรับปรุงและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกชนและธุรกิจ ให้เป็นธรรม และทันต่อสถานการณ์และเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ให้คำปรึกษาและสนับสนุนการดำเนินงานในการร่าง กฎหมายของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง

ในปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำและปรับปรุงโครงสร้างพื้นฐานการให้บริการ สาธารณะต่างๆซึ่งการดำเนินการดังกล่าวต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก จึงเป็นเหตุให้ต้องเปิดโอกาสให้เอกชน สามารถเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐ ในรูปแบบที่เรียกว่า Public-Private Partnerships (PPPs) เพื่อ จัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะร่วมกัน อีกทั้งเป็นการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนในการร่วมงานของ ภาครัฐ โดยอาศัยจุดเด่นของการบริหารงานขององค์กรเอกชนที่มีศักยภาพดีกว่าองค์กรของรัฐอีกทั้งเป็นการปรับ รูปแบบการร่วมงานที่ป้องกันมิให้เกิดการผูกขาดในการถือครองกรรมสิทธิ์ของภาคเอกชนแต่เท่ากับเป็นการ สนับสนุนส่งเสริมการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนในการลงทุนอีกด้วย^๑

จากการสำรวจพบว่าสัดส่วนรายจ่ายการลงทุนต้องงบประมาณแผ่นดิน มีแนวโน้มลดลงอย่าง ต่อเนื่อง นับตั้งแต่ปี ๒๕๔๐ ทำให้งบประมาณไม่เพียงพอต่อการลงทุน อย่างไรก็ตามการสนับสนุนและส่งเสริม การเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งได้มีการกำหนด ขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการแก้ไขเพิ่มเติม สัญญาเพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมถึง การกำหนดขั้นตอนหลักเกณฑ์การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน เพื่อให้เกิดความโปร่งใส สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาล รวมทั้งหลักวินัยทางการเงิน การคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนร่วม

^๑ ฤกษ์พงษ์ ขาววิจิตรวงศ์. (๒๕๕๓). ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏใน ประเทศไทย วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ลงทุนในกิจการของรัฐโดยให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน ดูแล กำกับส่งเสริม และ สนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศในการให้เอกชนร่วมลงทุน^๒

ที่ผ่านมา รัฐบาลพยายามแก้ไขหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติ ฯ ฉบับนี้ ซึ่งใช้บังคับมาเป็นเวลานานกว่า ๒๐ ปี จนมีการพัฒนาอีกครั้งในรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. โดยมีการนำร่างพระราชบัญญัติ ฯ เข้าสู่สภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๕๕ และมีการเริ่มประชุมครั้งแรกเมื่อวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๕๕ และขณะนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญของรัฐสภา

๒. เหตุผลความจำเป็นและความเร่งด่วนของเรื่อง

ด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ มีหลักเกณฑ์ในบางบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้และการตีความตามกฎหมาย อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ ยกตัวอย่างเช่น การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา เป็นต้น ประกอบกับปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นในการเร่งจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่างๆ เพื่อรองรับการขยายตัวของเศรษฐกิจและการลงทุนของประเทศ โดยการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอน รวมถึงกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน เพื่อให้เกิดความโปร่งใสสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง นอกจากนี้ยังเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน กำกับดูแล ส่งเสริมและสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน จึงจำเป็นต้องมีการร่างพระราชบัญญัติ ฉบับนี้

๓. สารสำคัญ/ข้อเท็จจริง/ข้อกฎหมาย

๓.๑ ปัญหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

ร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ฉบับนี้มีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาบางประการที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งมีปัญหาแบ่งได้เป็น ๒ กรณี คือ ดังต่อไปนี้

^๒ อิศรกุล อุณเทต, รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง

๓.๑.๑ ปัญหาโครงสร้างเชิงสถาบัน

(ก) การเสนอโครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการนั้นเป็นการเสนอโครงการที่มีลักษณะจากล่างขึ้นบน (Down – Top process) โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอโครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหรือกระทรวงการคลังแล้วแต่กรณี โดยไม่ได้มียุทธศาสตร์ในการให้เอกชนร่วมลงทุนและไม่มีหน่วยงานที่ดูแลภาพรวมในการพิจารณากลับกรอง ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาเนื่องจากโครงการที่ได้รับการอนุมัติไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศหรือเกิดความซ้ำซ้อน สิ้นเปลืองงบประมาณในการดำเนินการ

(ข) การพิจารณากลับกรองและอนุมัติโครงการนั้นเป็นการพิจารณาเป็นกรณีๆ โดยไม่มีแนวทางในการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐที่ชัดเจน

(ค) การขาดหน่วยงานกลางที่เข้ามามีส่วนร่วมประสานงานตั้งแต่เริ่มโครงการ ทำให้ประสบปัญหาในการกำกับดูแล เนื่องจากมีเฉพาะหน่วยงานที่เป็นเจ้าของโครงการเท่านั้นที่รู้ถึงข้อเท็จจริง

นอกจากนี้พระราชบัญญัติฯ นั้นออกแบบมาสำหรับหน่วยงานเจ้าของโครงการที่อยู่ในส่วนกลาง ยกตัวอย่างเช่น ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ แต่ไม่ได้คำนึงถึงหน่วยงานส่วนท้องถิ่น เนื่องจากในการดำเนินการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการนั้นต้องให้ผู้แทนจากราชการส่วนกลางพิจารณา และต้องเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี จึงควรกำหนดบทบัญญัติพิเศษกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาโครงการในส่วนท้องถิ่นเพื่อเป็นการลดขั้นตอนการประสานงานของหน่วยงานภูมิภาคกับหน่วยงานส่วนกลาง^๓

(ง) กระบวนการพิจารณาโครงการค่อนข้างใช้เวลายาวนาน เนื่องจากต้องมีการนำเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีอย่างน้อย ๒ ครั้ง เพื่อขอความเห็นชอบในหลักการและผลการคัดเลือกเอกชน ทั้งนี้ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการมีงบประมาณไม่เพียงพอต่อการศึกษาและวิเคราะห์โครงการจะทำให้กระบวนการเสนอโครงการล่าช้าลงไปอีก

๓.๑.๒ ปัญหาในข้อกฎหมาย

(ก) บทบัญญัติบางมาตรากำหนดขอบเขตไว้กว้างเกินไปก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตีความ ยกตัวอย่างเช่น “โครงการ” “กิจการของรัฐ” หรือ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” เป็นต้น อีกทั้งมีบทบัญญัติบางมาตราหรือถ้อยคำบางข้อไม่ชัดเจนเนื่องจากขาดการกำหนดความหมายไว้ เช่น “โครงการใหม่” และ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” เป็นต้น

(ข) ปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณมูลค่าการลงทุน ซึ่งพระราชบัญญัติฯ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการคำนวณมูลค่าการลงทุนไว้ และขาดหลักเกณฑ์เรื่องให้มีการออกอนุบัญญัติเพื่อกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติม

^๓ เข็มชัย ชุตินวงศ์ , ข้อคิดเห็นต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ , ที่อส ๐๐๐๕/๒๑๖ ลงวันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๕๕๕

(ค) ปัญหาจากขาดบทบัญญัติที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการ ดังเช่นใน บทบัญญัติมาตรา ๒๐ กำหนดหลักเกณฑ์ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่างสัญญาก่อนมีการลงนาม ซึ่งในทางปฏิบัติมักจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมและแจ้งข้อสังเกตในบางประเด็นที่ควรมีการเจรจาเพิ่มเติม แต่ในพระราชบัญญัติฯ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดการแก้ไขเพิ่มเติมร่างสัญญาแต่ประการใด รวมถึงในบทบัญญัติมาตรา ๒๐ และ มาตรา ๒๑ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าร่างสัญญาที่เสนอให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบตามมาตรา ๒๑ ต้องเป็นร่าง สัญญาที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดเท่านั้น หรือให้คณะรัฐมนตรีสามารถพิจารณาอนุมัติร่าง สัญญาไปก่อนแล้วจึงส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในภายหลัง หรือเป็นกรณีที่ส่งร่างสัญญาไปให้ คณะรัฐมนตรีและสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาไปพร้อมกัน จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้ชัดเจน

๓.๒ สารสำคัญของร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.

เพื่อแก้ปัญหาบางประการที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้า ร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ได้ปรับปรุงเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ โดยมีรายละเอียดดังนี้

๓.๒.๑ การบังคับใช้และกิจการที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติ

ร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา ๗ ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องการบังคับใช้หลักเกณฑ์กับกิจการที่ เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตาม กฎหมายว่าด้วยแร่ ส่วนในกรณีที่กิจการของรัฐมีกฎหมายที่ได้กำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุน และมีการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอและเหมาะสมแล้วจะได้รับการยกเว้น เช่นกัน

๓.๒.๒ บทนิยาม

(ก) “ร่วมลงทุน” ซึ่งเดิมในพระราชบัญญัติฯ ใช้คำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” แต่ร่าง พระราชบัญญัติฯ ใช้คำว่า “ร่วมลงทุน” แทน แต่ยังคงความหมายเดิมตามที่พระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดไว้

(ข) “รัฐวิสาหกิจ” ในร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ขยายคำนิยามจากพระราชบัญญัติฯ เดิมให้ หน่วยงานรัฐวิสาหกิจหมายความว่า (๑) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล (๒) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวงการคลัง และ/หรือ รัฐวิสาหกิจตาม (๑) และ/หรือ หน่วยงานอื่นของรัฐ มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ ๕๐

(ค) “โครงการ” ในร่างพระราชบัญญัติฯ มิได้กำหนดวงเงินหรือทรัพย์สินไว้ในนิยาม โดยตรง แต่กำหนดแยกออกมาต่างหากในร่างมาตรา ๒๓ ซึ่งกำหนดมูลค่าโครงการไว้ตั้งแต่ ๑ พันล้านบาทขึ้นไป หรือมูลค่าที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยกฎกระทรวงโดยต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในร่าง พระราชบัญญัติฯ นี้

๓.๒.๓ ผู้รักษาการ

ร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา ๕ กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

๓.๒.๔. การเสนอโครงการ

(ก) การศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ในร่างพระราชบัญญัติมาตรา ๒๔ กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการมีหน้าที่ต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐออกประกาศกำหนด

(ข) วิธีการเสนอโครงการ ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้มีได้แบ่งวิธีการเสนอโครงการเป็น ๒ กรณี เหมือนดังเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๙^๔ กำหนดไว้ แต่ได้กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบตามร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา ๒๖ แล้วจึงเสนอให้สำนักงานพิจารณาโครงการและให้ความเห็นประกอบก่อนเสนอให้คณะกรรมการฯ พิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา ๒๗ แทนเสนอต่อคณะรัฐมนตรี

ทั้งนี้ในมาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ ของร่างพระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดเวลาการพิจารณาเช่นเดียวกันคือต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวัน หากเกินกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจะถือว่าหน่วยงานที่พิจารณาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว

^๔ มาตรา ๙ ให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ หรือกระทรวงการคลังดำเนินการดังนี้

(๑) สำหรับโครงการใหม่

(ก) หากสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเห็นด้วยกับโครงการ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการ

(ข) ถ้าสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติไม่เห็นด้วยกับโครงการ ให้แจ้งหน่วยงานเจ้าของโครงการในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่เห็นด้วยกับความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติตาม (ข) ให้เสนอความเห็นหรือคำชี้แจงเพิ่มเติมต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัด เพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาดัดสินโดยต้องแจ้งข้อมูลต่าง ๆ ตามที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติกำหนดตามมาตรา ๖ และข้อมูลอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควร

(๒) สำหรับโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว

(ก) ในกรณีที่กระทรวงการคลังเห็นด้วยกับโครงการ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นชอบในหลักการของโครงการ

(ข) ในกรณีที่กระทรวงการคลังไม่เห็นด้วยกับโครงการ ให้แจ้งหน่วยงานเจ้าของโครงการ

ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลังตาม (ข) ให้เสนอความเห็นหรือคำชี้แจงเพิ่มเติมต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาดัดสิน โดยต้องแจ้งข้อมูลต่าง ๆ ตามที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติกำหนดตามมาตรา ๖ และข้อมูลอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควร

ให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลังพิจารณาโครงการตามมาตรานี้ให้เสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับโครงการ หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกระทรวงการคลังเห็นด้วยกับโครงการ

๓.๒.๕ การคัดเลือกโครงการ

(ก) องค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือก

ร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ปรับลดจำนวนคณะกรรมการคัดเลือกให้เหลือไม่เกิน ๙ คน และมีการแก้ไของค์ประกอบคณะกรรมการคัดเลือก โดยให้ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ (เดิมในพระราชบัญญัติฯ กำหนดให้ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พนักงานหน่วยงานอื่นของรัฐหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี เป็นประธาน) และตัดผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนกระทรวงอื่นๆ อีก ๒ กระทรวง กระทรวงละ ๑ คน ออก และปรับจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิเพิ่มขึ้นเป็นจำนวน ไม่เกิน ๔ คน (จากเดิมไม่เกิน ๓ คน) นอกจากนี้ยังได้เพิ่ม ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจด้วย

(ข) วิธีการที่เกี่ยวข้องกับการคัดเลือกเอกชน

มาตรา ๓๗ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดให้ออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับการออกประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมงานหรือดำเนินการ วิธีประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการซึ่งจะต้องใช้วิธีประมูล การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา (พระราชบัญญัติฯ มาตรา ๑๕) แต่ในร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกในการมีความเห็นว่าการควรหรือไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูล

(ค) การเสนอผลคัดเลือก

มาตรา ๓๘ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การคัดเลือกเอกชน ในประเด็นเรื่องการเจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุน และเอกสารที่เกี่ยวข้องเสนอสำนักงาน โดยให้สำนักงานเสนอความเห็นเกี่ยวกับผลการคัดเลือกเอกชนและการเงินการคลังภาครัฐและส่งความเห็นและเอกสารที่เกี่ยวข้องต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด

๓.๒.๖ หลักการในการร่วมลงทุน

มาตรา ๖ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ ได้วางหลักเกณฑ์การร่วมลงทุนไว้ โดยเน้นเรื่องประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นหลัก เพื่อให้เกิดวินัยและความโปร่งใสในการใช้เงินคลังเพื่อประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจ นำไปสู่การจัดสรรความเสี่ยงที่เหมาะสมของโครงการระหว่างรัฐและเอกชน

๓.๒.๗ คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- จัดทำแผนยุทธศาสตร์เพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี
- ให้ความเห็นชอบหลักการโครงการที่จะให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนและการดำเนินโครงการ

ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

- พิจารณาเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางด้านการเงินหรือการคลังในการสนับสนุนเอกชนให้ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต่อคณะรัฐมนตรี

- พิจารณานุมัติหรือตัดสินใจขาดการไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูล

- ให้คำแนะนำหรือความเห็นต่อรัฐมนตรีก่อนมีการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนไว้อย่างเพียงพอแล้วกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา ๒๓ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติ ออกประกาศและจัดทำรายงานตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฯ หรือที่กฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการ หรือตามที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย และให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจรับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการ

๓.๒.๘ การจัดทำแผนยุทธศาสตร์

มาตรา ๑๙ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดให้มีการจัดทำแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อกำหนดนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยมีระยะเวลาดำเนินการตามแผนไม่น้อยกว่า ๕ ปี และเสนอแผนยุทธศาสตร์ให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อทราบและประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้ถือว่าแผนยุทธศาสตร์เป็นนโยบายของรัฐบาลในการจัดทำและเสนอโครงการ และยึดถือเป็นหลักในการพิจารณาให้ความเห็นชอบโครงการ

๓.๒.๙ การแก้ไขสัญญา

มาตรา ๔๖ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดหลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน โดยให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอเหตุผลและความจำเป็นในการขอแก้ไขต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณา โดยมีหลักการพิจารณา ๒ ประการ ได้แก่ หลักความจำเป็น (Necessity) และหลักสาระสำคัญ (Substantial clause)

นอกจากนี้ มาตรา ๔๗ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ ยังกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำแนวทางการดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจากสัญญาร่วมลงทุนสิ้นสุด เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี

๓.๒.๑๐ กองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

มาตรา ๔๘ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดให้มีกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อสนับสนุนการจัดทำแผนยุทธศาสตร์และสนับสนุนหน่วยงานของรัฐในการเสนอโครงการที่สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ การจัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการและการจ้างที่ปรึกษา โดยให้มีคณะกรรมการกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐทำหน้าที่กำกับดูแลการบริหารจัดการกองทุน

๓.๒.๑๑ บทเฉพาะกาล

เพื่อรองรับโครงการที่ได้ดำเนินการอย่างถูกต้องและอยู่ในระหว่างดำเนินการ บรรดา กฎกระทรวง หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้ยังคงใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัตินี้ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

(ก) กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเสนอร่างประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีภายในหกสิบวันนับแต่วันที่มีการออกประกาศดังกล่าว

(ข) กำหนดบทบัญญัติเพื่อรองรับโครงการที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

(ค) กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการที่อยู่ระหว่างการดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ จัดทำแนวทางการดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจากสัญญาร่วมลงทุนสิ้นสุดเสนอให้กระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาและเสนอต่อคณะรัฐมนตรี

(ง) ในกรณีที่ปรากฏว่าโครงการใดต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ แต่มิได้ดำเนินการหรือดำเนินการไม่ถูกต้องครบถ้วนในขั้นตอนใดและยังไม่มี การดำเนินกระบวนการรับข้อพิพาทตามสัญญาหรือยื่นฟ้องต่อศาล ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่งเพื่อพิจารณากำหนดแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสม ซึ่งรวมถึงการยกเลิก การแก้ไขสัญญาและการให้สัญญามีผลใช้บังคับต่อไป

๔. ความเห็นของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้ทำการศึกษาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับดังกล่าว รวมทั้งรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้แทนจากสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนจากสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ผู้แทนจากบริษัท ทูริ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เห็นควรให้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับดังกล่าว โดยมีรายละเอียดดังนี้

๔.๑ ขอบเขตการบังคับใช้

๔.๑.๑ มาตรา ๗ วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่” นั้น

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย พิจารณาแล้วเห็นว่า การกำหนดข้อยกเว้นในร่างมาตรา ๗ ในเรื่องการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ให้ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ เป็นการไม่สมควร เนื่องจากการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่นั้น ถือเป็นการอนุญาตให้เอกชนเข้ามาใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติของประเทศโดยมุ่งแสวงหาผลกำไร จึงควรมีการควบคุมตรวจสอบอีกขั้นตอนหนึ่ง อย่างไรก็ตามหากเห็นว่าเรื่องดังกล่าวมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนและการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้ว ก็ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขในร่างมาตรา ๗ วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้มีการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาใช้บังคับแก่การเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้น

ด้วยเหตุผลที่กล่าวไปแล้วในข้างต้น คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย จึงเห็นควรให้มีการตัดข้อยกเว้นของร่างมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง “เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่” ออก แต่ยังคงหลักเกณฑ์ในร่างมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ไว้

๔.๑.๒ มาตรา ๗ วรรคสอง ของร่างพระราชบัญญัติฯ ที่กำหนดว่า “ในกรณีที่กิจการของรัฐในเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนและการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้ว จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้นก็ได้” นั้น

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย พิจารณาแล้วเห็นว่า การกำหนดข้อยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้มาใช้บังคับหากมีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะ ก็หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการได้ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการกำหนดหลักเกณฑ์โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติอีก คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย จึงเห็นชอบกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่กำหนดให้มีการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่ให้นำร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้มาใช้กับกรณีที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ดีคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายเห็นควรกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขเพิ่มเติม ให้กระบวนการพิจารณาและกระบวนการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการนโยบายการ

ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยกำหนดให้คณะกรรมการฯ ดังกล่าวทำหน้าที่พิจารณาและกลั่นกรองการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในพระราชกฤษฎีกา^๕

ดังนั้นคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เห็นควรให้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในข้อยกเว้นของร่างมาตรา ๗ วรรคสอง “ในกรณีที่กิจการของรัฐในเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนและการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้วจะตราพระราชกฤษฎีกาโดยให้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนเพื่อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้นก็ได้”

๔.๒ คุณสมบัติของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ร่างมาตรา ๙ “การแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘” ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาจากรายชื่อบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อโดยวิธีการสรรหา ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี”

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ตั้งข้อสังเกตว่าการกำหนดให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิควรกำหนดคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้หรือมีความเชี่ยวชาญ อาทิเช่น ผู้ทรงคุณวุฒิ ในสาขานิติศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ การเงิน การบัญชี หรือสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถปฏิบัติงานได้อย่างเต็มศักยภาพ

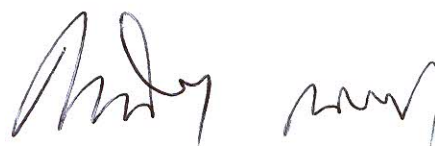
ดังนั้นคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เห็นควรให้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในข้อยกเว้นของร่างมาตรา ๙ “การแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาแต่งตั้งจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ในสาขานิติศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ การเงิน การบัญชี หรือสาขาอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อโดยวิธีการสรรหา ”

^๕ ธรรมนูญ สมนันตกุล “การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง” www.lawreform.go.th

^๖ มาตรา ๘ ของร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. “ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง เลขาธิการ คณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกินห้าคน เป็นกรรมการ

ให้ผู้ช่วยเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เป็นกรรมการและเลขานุการ และข้าราชการในสำนักงานที่ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจแต่งตั้งอีกไม่เกินสองคน เป็นผู้ช่วยเลขานุการ

ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว หลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ยังมีข้อบกพร่องบางประการ ดังนั้นเพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐครบถ้วน โปร่งใส และสอดคล้องกับนโยบายของรัฐ อีกทั้งยังเป็นการสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนด้วยอีกทางหนึ่ง จึงจำเป็นต้องมีการตราพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ดังกล่าวโดยเร็ว



(ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร)

ประธานกรรมการปฏิรูปกฎหมาย