



รายงานการศึกษาส่วนบุคคล
(Individual Study)

เรื่อง กรณีศึกษาเฉพาะค่านิยมการ “ร่วมลงทุน” ตาม
พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

จัดทำโดย นายคณา สกลสุต
รหัส 6022

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรม
หลักสูตรนักบริหารการทูต รุ่นที่ 6 ปี 2557
สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ
ลิขสิทธิ์ของกระทรวงการต่างประเทศ



รายงานการศึกษาส่วนบุคคล
(Individual Study)

เรื่อง กรณีศึกษาเฉพาะค่านิยมการ “ร่วมลงทุน” ตาม
พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

จัดทำโดย นายคณา สกลสุด
รหัส 6022

หลักสูตรนักบริหารการทูต รุ่นที่ 6 ปี 2557
สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ
รายงานนี้เป็นความคิดเห็นเฉพาะบุคคลของผู้ศึกษา



เอกสารรายงานการศึกษาส่วนบุคคลนี้ อนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรม
หลักสูตรนักบริหารการทูตของกระทรวงการต่างประเทศ

ลงชื่อ.....
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อัครเดช ไชยเพิ่ม)
อาจารย์ที่ปรึกษา

ลงชื่อ.....
(ดร. จิตริยา ปิ่นทอง)
อาจารย์ที่ปรึกษา

ลงชื่อ.....
(ศาสตราจารย์ ดร. ไชยวัฒน์ คำชู)
อาจารย์ที่ปรึกษา

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร

จุดเริ่มจากความไม่ชัดเจนของคำนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ของ พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นำไปสู่การหาหรือตีความกับคณะกรรมการกฤษฎีกา กว่า 30 เรื่อง นำไปสู่การพิพากษาตีความโดยศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาต่อมาก็นำไปสู่การยกเลิกกฎหมายดังกล่าวและประกาศใช้ พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2556 โดยมีผลใช้บังคับในวันถัดไป เหตุผลประการสำคัญในการประกาศใช้ พ.ร.บ. นี้ ที่ปรากฏในหมายเหตุท้าย พ.ร.บ. คือ “โดยที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งบังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการไม่ชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการตีความเป็นอย่างมาก...” อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าใน พ.ร.บ. ปี 56 กลับไม่ได้มีการแก้ไขคำนิยามคำว่า “ร่วมการงานหรือดำเนินการ” ให้มีนิยามที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ปัญหาจึงยังคงอยู่ โดยเพียงเปลี่ยนจากคำว่า “ร่วมการงานหรือดำเนินการ” เป็นคำว่า “ร่วมลงทุน” แต่เนื้อหาของสาระของคำนิยามยังเป็นเช่นเดิม จึงนำไปสู่โอกาสในการท้าวใจในประเด็นนี้ โดยได้สกัดหลักสำคัญจากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา หมายเหตุท้าย พ.ร.บ. เอกสารในการร่างกฎหมายชั้นรัฐสภา ประกอบกับรูปแบบการดำเนินการ PPP มุมมองของอาจารย์ในศาสตร์ด้านนี้ประกอบแนวความคิดในทางนโยบายสาธารณะของต่างประเทศและของประเทศไทยและหลักการตีความกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อหาหลักการที่ถูกต้องและเหมาะสม นำมาสู่หลักการสำคัญทั้ง 12 หลัก หลังจากนั้น ก็ได้เอาหลักการดังกล่าว โดยในการปรับปรุงคำนิยามก็ได้นำหลักในการนิยามศัพท์ตามคู่มือแบบการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาประกอบในการพิจารณาด้วย อีกทั้งเพื่อในการนิยามศัพท์เป็นไปโดยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ได้ขอคิดเห็นจากผู้เชี่ยวชาญในศาสตร์ด้านนี้ทั้งในมิติของการนิยามและมิติในด้านการลงทุนจากต่างประเทศแล้วนำมาพิจารณาว่าควรทำการปรับปรุงหรือไม่อย่างไรภายใต้กรอบเหตุผลอันสมควร ท้ายที่สุด ก็นำเอาคำนิยามนั้นมาประเมินประสิทธิภาพโดยนำมาปรับใช้กับกรณีศึกษาซึ่งเป็นโครงการที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วเพื่อทดสอบว่าคำนิยามนั้นใช้ได้จริงหรือไม่ อย่างไร โดยผลลัพธ์ของการปรับใช้คำนิยามก็มีประสิทธิภาพโดยสร้างความชัดเจนให้แก่การบังคับใช้กฎหมายและหลีกเลี่ยงการตีความอันไม่จำเป็น ประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย

การกำหนดนิยามศัพท์ที่ชัดเจนมีประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกภาคส่วนที่ปฏิบัติงานและภาคเอกชนที่มาลงทุนไม่ว่าจะมาจากภายในประเทศหรือภายนอกประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุนจากต่างชาติ ด้วยวิธีการกำจัดความกังวลและลังเลของนักลงทุนจากการที่กฎหมายไม่ชัดเจน ทำให้ไม่อาจประเมินความเสี่ยงและกำหนดค่าใช้จ่ายที่แน่นอนได้ หากมีความชัดเจนในจุดนี้ การลงทุนจากต่างประเทศที่มีศักยภาพสูงไม่ว่าจากสหรัฐอเมริกาหรือประเทศจีนที่มีความพร้อมทุกด้านในฐานะผู้ร่วมลงทุนกับประเทศไทยก็จะเข้ามาอีกมาก ส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศดียิ่งขึ้น

จากปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนิยามศัพท์ไม่ชัดเจนนำไปสู่ปัญหาอย่างมากในการตีความก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมาทั้งภาครัฐและภาคเอกชนทั้งในประเทศและต่างประเทศที่มาจากการร่วม

ลงทุนกับหน่วยงานของรัฐ จากการวิเคราะห์นำไปสู่ค่านิยมที่มีประสิทธิภาพ ยังผลให้สิ่งที่สมควรจะกำหนดเป็นข้อเสนอแนะในเชิงนโยบายที่เกิดจากการวิจัยครั้งนี้ คือการสร้างความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในประเด็นการ “ร่วมลงทุน” โดยวิธีการแก้ไข พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในส่วนของนิยามศัพท์ โดยในการดำเนินการในระยะยาวสมควรให้สำนักงานอัยการสูงสุดเสนอแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ในประเด็นนี้ ส่วนข้อเสนอแนะในการดำเนินการในระยะสั้นสมควรให้ สำนักงานอัยการสูงสุดเสนอหลักการสำคัญเพื่อจัดทำ Guideline

กิตติกรรมประกาศ

รายงานการศึกษาส่วนบุคคลฉบับนี้จะมีอาจสำเร็จได้หากมิได้รับความกรุณาจากท่านอาจารย์ที่ปรึกษาทั้งสาม กล่าวคือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อัครเดช ไชยเพิ่ม, ดร. จิตริยา ปิ่นทอง และศาสตราจารย์ ดร. ไชยวัฒน์ คำชู ที่สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้คำปรึกษาแนะนำแก่ข้าพเจ้าตั้งแต่กระบวนการแรกของการจัดทำรายงานส่วนบุคคลจนถึงกระบวนการสุดท้ายจนทำให้รายงานนี้มีความสมบูรณ์ ข้าพเจ้าจะมีขอลื้มพระคุณและสำนึกในพระคุณของท่านอาจารย์ทั้งสามอย่างหาที่สุดมิได้

นอกจากนี้ ขอบพระคุณนายธรรมพ์ ชาลีจันทร์ รองอธิการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ 2, นายชัชเวช ชิตวรากรณ์ หุ้นส่วน (Partner) ของบริษัท สยามพรีเมียร์ (ประเทศไทย) จำกัด, นายศิระ สว่างศิลป์ อัครราชทูตที่ปรึกษา สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงวอชิงตัน และนางจิรภาพรรณ มลิทอง นักวิชาการพาณิชย์เชี่ยวชาญ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศที่ให้ความอนุเคราะห์และความร่วมมืออย่างดียิ่งในการให้สัมภาษณ์เพื่อขอข้อมูลเห็นแก่ประเด็นต่างๆ ในการวิจัยนี้

ผู้เขียนเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่ารายงานฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อภาครัฐและภาคเอกชนในการดำเนินโครงการตาม พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หากมีข้อผิดพลาดประการใด ขออภัยไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ศดา สดลสุด

กรกฎาคม 2557

สารบัญ

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร	ง
กิตติกรรมประกาศ	๗
สารบัญ	๗
สารบัญภาพ	ณ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ภูมิหลังและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	1
1.3 ขอบเขตของการศึกษา วิธีการดำเนินการศึกษา และระเบียบวิธีการศึกษา	2
1.4 ประโยชน์ของการศึกษา	2
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	3
2.1 แนวคิดทฤษฎี	3
2.2 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	24
2.3 สรุปกรอบแนวคิด	32
บทที่ 3 ผลการศึกษา	33
3.1 หลักการสำคัญ	33
3.2 การปรับปรุงนิยามศัพท์ตามหลักการสำคัญ	35
3.3 การปรับปรุงนิยามศัพท์ตามข้อคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญ	36
3.4 การทดสอบประสิทธิภาพของคำนิยามโดยการนำมาปรับใช้กับกรณีศึกษา	39
บทที่ 4 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	43
4.1 สรุปผลการศึกษา	43
4.2 ข้อเสนอแนะ	46
บรรณานุกรม	47
ประวัติผู้เขียน	49

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ภูมิหลังและความสำคัญของปัญหา

พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐจะให้สัมปทานแก่เอกชนต่างๆ ซึ่งหมายรวมถึงเอกชนต่างชาติ ที่นำเม็ดเงินมาลงทุนในประเทศนั้นมีผลบังคับใช้มาเป็นระยะเวลาาร่วม 20 ปี พ.ร.บ. ปี 35 ข้อต่อๆ ประการสำคัญคือ ความไม่ชัดเจนของกฎหมายอันนำไปสู่การตีความอย่างมากมาย เป็นปัญหาแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในทุกภาคส่วน โดยประเด็นปัญหาสำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งคือ การใช้ถ้อยคำกว้างทำให้มีผลทางกฎหมายครอบคลุมไปในทุกกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งนิยามคำว่า “ร่วมการงานหรือดำเนินการ” จึงทำให้โครงการเกือบทุกโครงการที่มีการให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ดังปรากฏจากความเห็นของ ดร. จารุวรรณ เสงตระกุล ซึ่งเป็นกรรมการร่างกฎหมายประจำสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ปฏิบัติหน้าที่เลขานุการในคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับ พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ระหว่าง พ.ศ. 2544 ถึง พ.ศ. 2550 นำไปสู่การหาข้อตีความกับคณะกรรมการกฤษฎีกา กว่า 30 เรื่อง นำไปสู่การพิพากษาตีความโดยศาลปกครองสูงสุดในคดีที่ อ. 349/2549 (คดีไอทีวี) และนำไปสู่การพิพากษาตีความโดยศาลฎีกาในคดีที่ 2503/2552 (คดีห้วยจบก๊อ) ต่อมาก็นำไปสู่การยกเลิกกฎหมายดังกล่าวและประกาศใช้ พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2556 โดยมีผลใช้บังคับในวันถัดไป เหตุผลประการสำคัญในการประกาศใช้ พ.ร.บ. นี้ ที่ปรากฏในหมายเหตุท้าย พ.ร.บ. คือ “โดยที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งบังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการไม่ชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการตีความเป็นอย่างมาก...” อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าใน พ.ร.บ. ปี 56 กลับมิได้มีการแก้ไขคำนิยามคำว่า “ร่วมการงานหรือดำเนินการ” ให้มีนิยามที่ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยเพียงแค่เปลี่ยน คำว่า “ร่วมการงานหรือดำเนินการ” เป็นคำว่า “ร่วมลงทุน” แต่การให้ความหมายกับระบุเช่นเดิมว่า “ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดๆ” ดังนั้น ในประเด็นนี้การนิยาม “ร่วมลงทุน” อันเป็นเสาหลักสำคัญอันหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนจึงมิได้มีการแก้ไข การนี้ย่อมจะนำไปสู่ปัญหาในการบังคับใช้และการตีความในประเด็นนี้เช่นเดิม ยังผลให้ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ที่ทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องไม่ว่าภาครัฐหรือเอกชนจะต้องเผชิญหน้ากับปัญหาในประเด็นนี้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

เพื่อหาแนวทางในการบังคับใช้หรือการตีความในคำนิยามการ “ร่วมลงทุน” ที่มีการกำหนดไว้ใน พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 (ซึ่งยังไม่มีกำหนดให้ชัดเจนใน

พ.ร.บ. นี้ อันอาจนำมาซึ่งปัญหาในการบังคับใช้หรือตีความดังเช่น พ.ร.บ. ปี 35) ว่าควรจะเป็นอย่างไร รวมทั้งสร้างนิยามศัพท์ของการ “ร่วมลงทุน” เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย

1.3 ขอบเขตการศึกษา วิธีการศึกษา และระเบียบวิธีการศึกษา

ศึกษารูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน (Public-Private Partnership) และศึกษาความเป็นมาของร่าง พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, สารระสำคัญของ พ.ร.บ. นี้ที่สภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้ว, ประเด็นอภิปรายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สำคัญ, คำชี้แจงความจำเป็นในการตรากฎหมาย, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่าง พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, บทวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียและข้อสังเกตของร่าง พ.ร.บ. นี้, หนังสือ วารสารและบทความทางวิชาการ และคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด คำพิพากษาศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้เฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับการ “ร่วมลงทุน” นอกจากนี้ ยังศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องจากแหล่งข้อมูลข้างต้น รวมทั้งหลักการตีความกฎหมายและแนวคิดในการร่างคำนิยามศัพท์ โดยมุ่งเน้นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) จากแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Data) เป็นหลัก โดยอาจได้มาจากการค้นคว้าข้อมูลจากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด คำพิพากษาศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด บทความ ตำรา หนังสือ เอกสารวิชาการ วารสาร รวมทั้งเว็บไซต์ นอกจากนี้ อาจได้แหล่งข้อมูลปฐมภูมิ (Primary Data) มาจากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ ทั้งนี้ เพื่อการรวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์ผล

1.4 ประโยชน์ของการศึกษา

การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะตามกฎหมายนี้เป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลเป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพและเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศโดยมีการเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ด้วย ยังผลให้การศึกษาแนวทางการบังคับใช้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในส่วนของกรณีคำนิยามการ “ร่วมลงทุน” อันเป็นเสาหลักสำคัญอันหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนจึงเป็นประโยชน์กับทุกภาคส่วน ทั้งมีติภายใน ประเทศและระหว่างประเทศที่จะมาลงทุนในประเทศไทย โดยจะทำให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในประเด็นที่สำคัญนี้

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

2.1 แนวคิดทฤษฎี

2.1.1 รูปแบบการดำเนินโครงการในการที่เอกชนร่วมลงทุนกับภาครัฐ (Public Private Partnership หรือ PPPs)

โดยทั่วไปตามหลักปฏิบัติสากลประกอบไปด้วย

1) Design – Build (DB) เป็นรูปแบบที่ภาครัฐจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn-Key) ให้เอกชนดำเนินการออกแบบและดำเนินการก่อสร้างโครงการ โดยภาครัฐจะเป็นเจ้าของสินทรัพย์และเป็นผู้ดำเนินโครงการ และบำรุงรักษาภายหลังจากที่การก่อสร้างแล้วเสร็จ การดำเนินงานในรูปแบบนี้เป็นการลดระยะเวลาการก่อสร้าง และมีการจัดสรรความเสี่ยงให้กับภาคเอกชน

2) Design – Build – Maintain (DBM) เป็นรูปแบบที่ภาครัฐจ้างเอกชนในการออกแบบ และก่อสร้าง ซึ่งเหมือนกับรูปแบบ DB แต่รูปแบบนี้ภาคเอกชนจะมีหน้าที่ครอบคลุมการบำรุงรักษาโครงการนั้นๆ โดยภาครัฐเป็นผู้ดำเนินโครงการภายหลังจากที่การก่อสร้างแล้วเสร็จ การดำเนินงานในรูปแบบนี้นอกจากเป็นการช่วยลดระยะเวลาในการก่อสร้างแล้ว และการจัดสรรความเสี่ยงในการบำรุงรักษาให้กับภาคเอกชนด้วย

3) Design – Build – Operate (DBO) เป็นรูปแบบที่ภาครัฐจ้างภาคเอกชนในการออกแบบก่อสร้าง และจ้างให้เอกชนรายนั้นดำเนินการให้บริการโครงการนั้นๆ ด้วย โดยภาครัฐยังคงความเป็นเจ้าของสินทรัพย์ โดยเอกชนผู้ดำเนินโครงการอาจได้รับเงินในรูปค่าจ้างบริหาร (management fee) โครงการลักษณะนี้อาจเป็นโครงการที่มีขนาดใหญ่มาก และเงินทุนจากภาคเอกชนไม่พอที่จะลงทุนได้ในทั้งโครงการ

4) Design – Build – Operate - Maintain (DBOM) เป็นรูปแบบที่รวมหน้าที่ความรับผิดชอบของภาคเอกชนในการจัดซื้อจัดจ้างแบบ DB กับการดำเนินการ และการบำรุงรักษาสินทรัพย์ในโครงการในระยะเวลาที่กำหนด เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสัญญาแล้ว ภาครัฐจะเป็นผู้ดำเนินการโครงการ

5) Design – Build – Finance – Operate/Maintain (DBFO, DBFM, หรือ DBFO/M) เป็นรูปแบบที่นิยมกันแพร่หลายในการดำเนินโครงการ PPPs ซึ่งรวมหน้าที่หลักได้แก่ การออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาแหล่งเงินทุน และดำเนินการให้บริการ ซึ่งอาจรวมถึงการบำรุงรักษาสินทรัพย์ที่ใช้ในการดำเนินโครงการ ภายใต้อายุการใช้งานด้วย ภาคเอกชนจะเป็นผู้จัดหาแหล่งเงินทุนซึ่งอาจมาในรูปแบบเงินกู้ หรือผู้ร่วมทุนเพื่อพัฒนาโครงการ โดยภาคเอกชนจะได้รับค่าจ้างตามสัญญาบริการที่ได้ตกลงไว้ รูปแบบการดำเนินโครงการแบบ DBFO นี้ความเป็นเจ้าของสินทรัพย์

แล้วแต่ตกลงกัน ซึ่งอาจเป็นของรัฐหรือเอกชน หรือภาคเอกชนโอนสิทธิ์ให้กับภาครัฐเมื่อสิ้นสุดสัญญา

6) Build – Transfer – Operate (BTO) เป็นรูปแบบสัมปทาน ที่ความเป็นเจ้าของจะถูกโอนเป็นของรัฐเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ โดยผู้รับสัมปทานจะได้รับสิทธิในการดำเนินงานตามช่วงเวลาที่กำหนด

7) Build – Operate – Transfer (BOT) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ผู้รับสัมปทานจะถือกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ตลอดระยะเวลาที่ให้บริการ (และมีความเป็นเจ้าของสินทรัพย์นั้น) ไปจนกระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน

8) Build – Own – Operate – Transfer (BOOT) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ภาครัฐให้สิทธิภาคเอกชนในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้าง และดำเนินการให้บริการในช่วงระยะเวลาที่กำหนด โดยความเป็นเจ้าของสินทรัพย์จะโอนกลับไปสู่ภาครัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนด

9) Build – Own – Operate (BOO) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ดำเนินการ และบำรุงรักษาสินทรัพย์ของโครงการโดยมีความเป็นเจ้าของสินทรัพย์ และดำเนินการให้บริการหลังจากการก่อสร้างแล้วเสร็จและไม่มีข้อกำหนดในการโอนย้ายสินทรัพย์กลับเป็นของภาครัฐภายหลังสิ้นสุดสัญญา”¹

10) Buy – Build – Operate (BBO) ภาคเอกชนซื้อสินทรัพย์จากรัฐบาลเพื่อทำการปรับปรุงหรือพัฒนาเพื่อดำเนินการ ซึ่งไม่มีข้อตกลงในการที่ต้องโอนการดำเนินงานให้กับรัฐบาล

11) Lease – Develop – Operate (LDO) ภาคเอกชนเช่าสินทรัพย์จากรัฐบาลเพื่อทำการปรับปรุงหรือพัฒนาเพื่อดำเนินการ ซึ่งไม่มีข้อตกลงในการที่ต้องโอนการดำเนินงานให้กับรัฐบาล²

12) Build – Lease – Operate – Transfer (BLOT) ภาคเอกชนออกแบบ แหล่งเงินทุนสร้างอยู่บนพื้นที่ที่เช่าภาครัฐ โดยภาคเอกชนจะดำเนินงานตามช่วงเวลาที่ได้เช่าจากภาครัฐ และท้ายที่สุดก็จะโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างให้ภาครัฐ³

13) Build – Rent – Own – Transfer (BROT) ภาคเอกชนผู้ดำเนินการเช่าทรัพย์สินจากภาครัฐ หลังจากที่ได้โอนทรัพย์สินให้ภาครัฐแล้ว⁴

2.1.2 หลักการตีความกฎหมาย

หลักทั่วไปในการตีความ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4

¹ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs, หน้า 29 - 31

² Public – Private Partnerships Government Guarantees and Fiscal Risk เขียนโดย Richard Hemming and Staff International Money Fund 2006, แปลโดย วิมลชาติตะมีนา และมยุร บุญยรัตน์ กลุ่มงานบริหารความเสี่ยงด้านการคลัง, ใน เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ... (ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้ว), (สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2555), หน้า 36.

³ 27 พฤษภาคม.2557, แหล่งที่มา Website SearchCIO.in.

⁴ Eu-Singapore FTA: Chapter 10 – Annex I: Public- Private Partnerships, p. 1.

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณี ซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณี เช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้น ก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

การตีความกฎหมายต้องคำนึงถึงตัวอักษรให้ได้ความหมาย ซึ่งการจะทราบความหมายได้ก็ต้องคำนึงถึงเหตุผล หรือความมุ่งหมายของกฎหมายประกอบด้วยกัน การตีความกฎหมายจึงจะต้องพิจารณาประกอบกันทั้งคู่⁵

การตีความตามตัวอักษรเป็นการพิจารณาความหมายจากตัวบทกฎหมาย โดยหากเป็นกรณีใช้ภาษาสามัญที่ใช้กันอยู่ทั่วไปก็ให้เข้าใจตามความหมายที่เข้าใจกันตามธรรมดาทั่วไป แต่หากเป็นภาษาทางวิชาการหรือภาษาเทคนิค ก็ต้องถือความหมายตามที่เข้าใจกันในวงวิชาการนั้น อย่างไรก็ตามหากกฎหมายต้องการให้คำที่ใช้ในกฎหมายมีความหมายแตกต่างไปจากความหมายที่เข้าใจกันทั่วไปกฎหมายก็จะมิพยายามไว้เป็นการเฉพาะ⁶

การตีความตามเจตนารมณ์ คือ การค้นหาความหมายของถ้อยคำในบทกฎหมายจากเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นๆ

เจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องมีไม่เหมือนกัน เช่น เจตนารมณ์ของกฎหมายอาญามุ่งที่จะควบคุมการกระทำผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด ในขณะที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มุ่งที่จะให้มีการชดใช้เยียวยาความเสียหาย

เจตนารมณ์ของกฎหมายนี้มีปัญหาว่าจะค้นหาจากที่ใด ซึ่งในเรื่องนี้มีอยู่ 2 ทฤษฎี คือ

1) ทฤษฎีอำเภोजิต ซึ่งเห็นว่าสามารถค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายนั้นเองในทางประวัติศาสตร์ เช่น พิจารณาจากบันทึก รายงานการประชุมของสภา คำอภิปรายในสภา เป็นต้น

2) ทฤษฎีอำเภอการณ ซึ่งเห็นว่าต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นว่ากฎหมายมีความมุ่งหมายอย่างไร โดยอาจผันแปรไปตามบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น กฎหมายออกในสมัยที่ยังไม่มีวิทยุโทรทัศน์ แม้อายุหลังมีโทรทัศน์ก็สามารถใช้กฎหมายปรับได้⁷

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่บทกฎหมายมีความเคลือบคลุม ไม่อาจแสวงหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงได้ก็ย่อมจะต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาช่วยในการตีความกฎหมายให้ชัดเจน โดยมีหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญได้แก่

1) หากกฎหมายใดมีข้อความเป็นที่สงสัย หรือเคลือบคลุม พึงตีความไปในทางที่ทำให้กฎหมายนั้นเป็นธรรม หรือเป็นผลและโดยอย่างยิ่งจะต้องตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายบทนั้น

2) ความหมายของคำย่อมต้องเป็นไปตามความหมายในเรื่องที่ใช้คำนั้นๆ

⁵ ปนัดดา พงศ์สุรย์มาส, “การตีความและอุดช่องว่างกฎหมาย,” ใน ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 100.

⁶ ปนัดดา พงศ์สุรย์มาส, เรื่องเดียวกัน, หน้า 101-103.

⁷ ปนัดดา พงศ์สุรย์มาส, เรื่องเดียวกัน, หน้า 105.

3) ภาษากฎหมายต้องตีความตามความหมายในขณะที่ทำเอกสารหรือขณะที่ประกาศใช้กฎหมายนั้น

4) เมื่อกฎหมายระบุเฉพาะสิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยชัดแจ้ง ย่อมหมายความว่ากฎหมายไม่ประสงค์จะรวมถึงสิ่งอื่นซึ่งอยู่ในประเภทเดียวกัน

5) ถ้อยคำเดียวกันในกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องเดียวกันต้องมีความหมายเหมือนกัน

6) กฎหมายต้องตีความเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงการกระทำ ซึ่งกฎหมายห้ามไว้ว่า การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยหลบเลี่ยงหรือโดยประการอื่นๆ

7) พึงตีความกฎหมายไปในทางที่เป็นผลมากกว่าทางที่ไร้ผล⁸

2.1.3 แนวคิดจากคำพิพากษาศาลฎีกา

ศาลฎีกาคณะคดีปกครองในคำพิพากษาศาลฎีกา 2503/2552 (คดีห้วยจ้อ) ได้ยอมรับสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่าย และจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติที่หน่วยงานของรัฐได้มอบหมายให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยให้อนุญาต หรือให้สิทธิในการจำหน่ายและจ่ายรางวัลแทนสำนักงานสลากกินแบ่งฯ ถือว่าเป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ” ตามคำนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นอกจากนี้ยังกล่าวถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งให้การลงทุนในกิจการของรัฐที่มีวงเงินลงทุนสูงไม่ตกอยู่ภายใต้การพิจารณาของบุคคลผู้เดียว หรือหน่วยงานเดียว เพื่อประโยชน์โดยรวมของประเทศชาติอีกด้วย

2.1.4 แนวความคิดจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.349/2549 (คดีไอทีวี) ได้ยอมรับสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ ที่กรมประชาสัมพันธ์ได้มอบให้เอกชนเป็นผู้เข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยูเอชเอฟ จำนวน 1 เครื่องข่าย มีกำหนดอายุสัญญา 30 ปี โดยถือว่าเป็นการที่รัฐมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการให้สัมปทานแก่เอกชน

2.1.5 แนวความคิดจากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา

2.1.5.1 เรื่องเสรีจที่ 749/2535

“การดำเนินการตามบทบัญญัติมาตรา 6 จะหมายถึง การที่หน่วยงานเจ้าของโครงการประสงค์จะร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดในการดำเนินกิจการของรัฐที่มีการลงทุนเป็นวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป แต่สำหรับข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ปรากฏว่าการก่อสร้างเคเบิลใต้น้ำใยแก้วจากประเทศไทยถึงประเทศมาเลเซียนั้น การสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นผู้ดำเนินการเอง โดยใช้งบลงทุนของการสื่อสารแห่งประเทศไทยทั้งสิ้น เพียงแต่จะดำเนินการด้วยการว่าจ้างผู้รับจ้างทำการก่อสร้างเคเบิลใต้น้ำใยแก้วให้กับการสื่อสารแห่งประเทศไทยเท่านั้น และเมื่อการก่อสร้างเสร็จเรียบร้อยแล้ว การสื่อสารแห่งประเทศไทยจะเป็นผู้ดำเนินการในการให้บริการเอง ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่การสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นผู้ลงทุนฝ่ายเดียวไม่ได้มีการร่วม

⁸ ธาณินทร์ โกรวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย (กรุงเทพฯ: กองทุนพัฒนาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 198 -204

ลงทุนหรือมอบให้เอกชนลงทุนในกิจการดังกล่าวตามความหมายของบทนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” แต่อย่างไรก็ดี การดำเนินการของการสื่อสารแห่งประเทศไทยตามโครงการที่หารือ จึงไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.2 เรื่องเสรีจที่ 15/2536

“เมื่อพิจารณาความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติว่า “ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการที่ประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการใด เสนอ....” แล้ว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับโครงการที่รัฐเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้ริเริ่มขึ้นเท่านั้น ประกอบกับเมื่อได้พิจารณาขั้นตอนต่างๆ ในการดำเนินการตาม พระราชบัญญัตินี้ที่บัญญัติให้ต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการโดยละเอียดต่อกระทรวงเจ้าสังกัด (มาตรา 6) เพื่อพิจารณาและเมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว (มาตรา 10) จึงจะดำเนินการเชิญชวนให้เอกชนเข้าร่วมรวมทั้งร่างขอบเขตของโครงการและทำความเข้าใจประเมินการคัดเลือกให้เอกชนเข้าร่วมงานได้ (มาตรา 12) โดยหากโครงการนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินเกินห้าพันล้านบาท จะต้องว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อให้คำปรึกษา (มาตรา 7) รวมทั้งร่างขอบเขตของโครงการและทำความเข้าใจประเมินการคัดเลือกให้เอกชนเข้าร่วมงาน (มาตรา 17) แล้ว จะเห็นได้ว่า การดำเนินการตามขั้นตอน ของกฎหมายดังกล่าวจะสวนทางกับการดำเนินการตามความเป็นจริงของโครงการนี้ทั้งสิ้น เพราะโดยข้อเท็จจริงโครงการนี้เอกชนเป็นผู้ริเริ่มรวมทั้งศึกษาและวิเคราะห์โครงการมา

โดยสรุป คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) เห็นว่า การที่ ปตท. เข้าร่วมทุนกับเอกชนในการประกอบกิจการผลิตน้ำมันหล่อลื่นพื้นฐานในครั้งนี้ไม่อยู่ในข่ายที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.3 เรื่องเสรีจที่ 163/2536

“จากบทบัญญัติมาตรา 6 ประกอบกับบทนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ในมาตรา 5 แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้น เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ จะใช้บังคับเฉพาะการให้เอกชนมาดำเนินการร่วมกันโดยจะร่วมทำกันต่อไปในอนาคต หรือเป็นการมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวในกิจการของรัฐ แต่ไม่รวมถึงการซื้อขายไปอันเป็นเรื่องที่ต้องกระทำเป็นปกติในทางธุรกิจ ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่จะถือว่าการซื้อขายต่างๆ ในธุรกิจจะต้องมาเสนอโครงการและมีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ดังนั้น การซื้อขายโรงไฟฟ้าระหว่าง กฟผ. และ บผฟ. ไม่ว่ากระทำในขณะที่ บผฟ. เป็นรัฐวิสาหกิจหรือไม่ ผลจะไม่แตกต่างกันและไม่อยู่ในบังคับแห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

“การที่ บผฟ. ใช้สิทธิเลือกที่จะซื้อโรงไฟฟ้าพลังความร้อนร่วมขนอมนั้น มีลักษณะเป็นเพียงการปฏิบัติตามข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายกันโดยปกติในทางธุรกิจ มิใช่การ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่อย่างไรก็ดี ดังนั้น ไม่ว่าในขณะที่ บผฟ. เลือกที่จะซื้อโรงไฟฟ้าพลังความร้อนร่วม

ร้อนร่วมขอม หรือทำสัญญาซื้อขายโรงไฟฟ้าพลังความร้อนร่วมขอม บพฟ. จะมีฐานะเป็น รัฐวิสาหกิจหรือไม่ก็ตาม ย่อมไม่มีผลทำให้การเลือกหรือการทำสัญญาซื้อขายดังกล่าว เป็นกรณีที่อยู่ในข่ายที่จะต้องปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

“หากหุ้นเพิ่มทุนที่เสนอขายแก่ประชาชนทั่วไปมีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่ เห็นว่า การดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ให้เป็นไปโดยมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน เพื่อป้องกันมิให้มีการให้ประโยชน์กับเอกชนรายหนึ่งรายใดโดยเฉพาะโดยไม่เป็นธรรม จนต้องใช้วิธีการคัดเลือกโดยการประมูลและมีคณะกรรมการควบคุมดูแลมิให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว แต่การเสนอขายหุ้นต่อประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ นั้น เป็นการขายให้แก่ประชาชนโดยทั่วไปในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งมูลค่าการซื้อขายก็จะขึ้นไปตามกลไกของตลาดหลักทรัพย์มิใช่เอกชนคนใดจะได้ไปเป็นประโยชน์แต่เฉพาะตนจนไม่เป็นธรรมแก่ส่วนรวม ดังนั้น การดำเนินการกระจายหุ้นโดยนำออกขายในตลาดหลักทรัพย์ จึงไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.4 เรื่องเสร็จที่ 63/2537

“สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ยอมมิใช่ส่วนราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และมีใช้รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 (มาตรา 4) และก็มีใช้หน่วยงานอื่นใดภายใต้รัฐบาลด้วย เพราะมิได้อยู่ในการควบคุมหรือกำกับของรัฐบาลที่จะจัดให้ดำเนินงานตามความประสงค์ของรัฐบาลได้”

“แม้ว่าสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์จะถือหุ้นในบริษัท สหสินีมา ร้อยละ 91 ก็ตาม แต่เมื่อสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์มิได้เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ จึงไม่มีผลทำให้บริษัท สหสินีมา เป็นรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 แต่อย่างใด บริษัท สหสินีมา จึงมีฐานะเป็น “เอกชน” เช่นเดียวกัน”

2.1.5.5 เรื่องเสร็จที่ 725/2537

“โครงการที่ กพผ. หรือมานี้ปรากฏว่า การดำเนินการตามโครงการเป็นเรื่องที่เอกชนจะต้องรับผิดชอบในผลกำไรหรือขาดทุนเอง แต่โดยลำพัง กพผ. มิได้เข้าไปมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการดำเนินการหรือมีส่วนได้ส่วนเสียในผลกำไรหรือขาดทุนของกิจการนั้น กรณีจึงเป็นกิจการของเอกชนที่เอกชนดำเนินการเองโดยแท้ ในกรณีที่มีการจัดหาเชื้อเพลิงให้ก็เป็นเรื่องสัญญาซื้อขายตามปกติ ไม่มีการให้สิทธิที่จะใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของรัฐ ดังนั้น การดำเนินการตามโครงการดังกล่าวจึงไม่เป็นการดำเนินการในกิจการของรัฐ”

2.1.5.6 เรื่องเสร็จที่ 727/2537

“เนื่องจากโครงการที่ภาคเอกชน (บริษัท TAC) ริเริ่มเสนอมานี้เป็นกิจการที่รัฐวิสาหกิจ (กสท.) มีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย ตามความในมาตรา 7 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 ประกอบกับตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ก็ได้

กำหนดว่ากรณีที่จะอยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นโครงการที่ริเริ่มโดยหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ดังนั้น แม้เอกชนจะเป็นผู้ริเริ่มการร่วมลงทุนกับ กสท. ในกิจการของรัฐดังกล่าวก็ตาม ย่อมถือเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย”

2.1.5.7 เรื่องเสรีจที่ 587/2538

“การทำสัญญาตกลงให้สิทธิเอกชนที่บริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ทำการบริหารกิจการดังกล่าวต่อจากระยะเดิม โดยให้ทำการก่อสร้างอาคารสถานที่ที่กำหนดเพิ่มเติมยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงการคลัง ถือว่าเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ”

2.1.5.8 เรื่องเสรีจที่ 438/2540

“ในการดำเนินการกับเอกชนที่ได้รับสิทธิดังกล่าวจากหน่วยงานของรัฐนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องร่วมดำเนินการกับเอกชนโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในค่านิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ มิใช่จะหมายความว่า การดำเนินการต่างๆ ของเอกชนที่หน่วยงานของรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องจะต้องอยู่ในความหมายของพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมด ฉะนั้น เมื่อปรากฏว่าโครงการที่ กปภ. ประสงค์จะดำเนินการเป็นเรื่องที่เอกชนดำเนินการของตนเองซึ่งเป็นการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่งโดยจะต้องรับผิดชอบในผลกำไรหรือขาดทุนแต่โดยลำพัง กปภ. มิได้เข้าไปร่วมทุนหรือมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการดำเนินการหรือมีส่วนได้เสียในผลกำไรหรือขาดทุนของกิจการนั้น และมีได้ให้สิทธิที่ กปภ. มีอยู่ตามกฎหมายแก่เอกชนแต่อย่างใด กรณีจึงเป็นกิจการที่เอกชนดำเนินการเองโดยแท้ รวมทั้งน้ำดิบที่นำมาใช้ผลิตน้ำประปาก็เป็นของที่เอกชนซื้อจากเจ้าของหรือผู้มีอำนาจครอบครองแหล่งน้ำดิบเอง ไม่มีการอนุญาต การให้สัมปทานหรือการให้สิทธิเอกชนที่จะใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของรัฐ และการจัดซื้อน้ำจากเอกชนที่ผลิตได้ก็เป็นเรื่องที่ กปภ. ทำสัญญาซื้อขายในทางแพ่งตามปกติของการประกอบธุรกิจ ดังนั้น การดำเนินการตามโครงการดังกล่าวจึงไม่เป็นการดำเนินการใน “กิจการของรัฐ” กรณีจึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.9 เรื่องเสรีจที่ 88/2541

“สำหรับข้อที่ว่า การเข้าร่วมทุนของ ปตท. โดยเข้าเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในบริษัท (เกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน) จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่ นั้น เห็นว่า ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีหลักการสำคัญประการหนึ่งว่า การร่วมงานหรือการดำเนินการในกิจการของรัฐ หมายถึง การร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 ได้ยืนยันหลักการนี้ว่าขอบเขตของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ใช้บังคับกับการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการใดเท่านั้น การให้รัฐวิสาหกิจมาร่วมงานกันไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายดังกล่าว เพราะรัฐวิสาหกิจเป็นหน่วยงานในภาครัฐด้วยกัน และสำหรับการที่รัฐวิสาหกิจมีทุนรวมอยู่ในบริษัทเกินกว่าร้อยละ 50 นั้น พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 บัญญัติให้ถือเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทหนึ่ง ดังนั้น ตามปัญหาที่หารือมานั้น หากปตท. ร่วมทุนโดยถือหุ้นข้างมาก (เกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน และดำรงสถานะของทุน

ของบริษัทในสัดส่วนดังกล่าว) ในบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินโครงการท่อขนส่งน้ำมันภาคตะวันออกเฉียงเหนือและโครงการท่อขนส่งน้ำมันภาคเหนือย่อมถือว่าบริษัทดังกล่าวมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณฯ ดังนั้นเมื่อบริษัทดังกล่าวจะเข้าดำเนินโครงการซึ่งเป็นกิจการของรัฐวิสาหกิจ (ปตท.) กรณีจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพราะเป็นหน่วยงานภาครัฐด้วยกัน ส่วนการที่ ปตท. ร่วมทุนในโครงการดังกล่าวโดยเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย (ไม่เกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน) บริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นโดย ปตท.เป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยย่อมมีฐานะเป็นเอกชนมิใช่รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณฯ ดังนั้น หาก ปตท. ประสงค์จะให้บริษัทดังกล่าวเข้าดำเนินโครงการท่อขนส่งน้ำมันภาคตะวันออกเฉียงเหนือและโครงการท่อขนส่งน้ำมันภาคเหนืออันเป็นกิจการของรัฐซึ่งมีวงเงินลงทุนตามที่ประมาณไว้เกินหนึ่งพันล้านบาท ก็ย่อมจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วย”

2.1.5.10 เรื่องเสร็จที่ 288/2541

“แม้ว่าเปโตรนาสจะได้จัดตั้งขึ้นในรูปบริษัท แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเปโตรนาสเป็นบริษัทน้ำมันแห่งชาติที่รัฐบาลมาเลเซียถือหุ้นร้อยละ 100 และเป็นองค์กรที่ได้รับเอกสิทธิ์และอำนาจแทนรัฐบาลมาเลเซียในการเป็นเจ้าของและจัดการทรัพยากรปิโตรเลียม ประกอบกับคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้โครงการท่อส่งก๊าซ TTM และโครงการโรงแยกก๊าซฯ ที่ ปตท. และเปโตรนาสลงทุนร่วมกันเป็นโครงการความร่วมมือระหว่างรัฐต่อรัฐ เปโตรนาสจึงมิใช่ “เอกชน” ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ”

2.1.5.11 เรื่องเสร็จที่ 408/2541

“นอกจากนี้การใช้ทรัพย์สินของรัฐจะต้องเป็นการใช้ทรัพย์สินโดยตรงโดยเอกชนซึ่งเป็นอีกบุคคลหนึ่งต่างหาก แต่การเพิ่มทุนของธนาคารรัตนสินฯ โดยการออกหุ้นสามัญเพิ่มทุนเสนอขายเฉพาะเจาะจงให้แก่ผู้ร่วมทุนรายเดียว ธนาคารยังคงเป็นนิติบุคคลเดิม เพียงแต่มีผู้เข้าร่วมถือหุ้นใหม่และร่วมบริหารงานเพิ่มขึ้นอันมีลักษณะเป็นการที่ทั้งสองฝ่ายนำเงินมาลงทุนร่วมกันโดยใช้ประโยชน์จากเงินทุนและสินทรัพย์ของธนาคารร่วมกัน ตลอดจนรับผิดชอบร่วมกันทั้งหนี้สินและทรัพย์สินของกิจการ ซึ่งธนาคารรัตนสินฯ สามารถกระทำได้ตามปกติฐานะของกิจการธนาคารพาณิชย์ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดและกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ลักษณะการเพิ่มทุนดังกล่าวจึงมิได้เป็นการให้ผู้ร่วมทุนใช้ทรัพย์สินของรัฐโดยตรงและเมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ โดยตลอดแล้ว จะเห็นได้ว่ากระบวนการตามกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกรณีการเพิ่มทุนโดยการขายหุ้นของกิจการธนาคารพาณิชย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในหมวด 4 ว่าด้วยการกำกับดูแลและติดตามผล เนื่องจากการเพิ่มทุนดังกล่าวเป็นกระบวนการที่เสร็จเด็ดขาดในตัวเอง และมิ้องค์กรกำกับดูแลกรณีดังกล่าวอยู่แล้วโดยเฉพาะ เช่น สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ธนาคารแห่งประเทศไทย หรือกระทรวงการคลัง แล้วแต่กรณี ดังนั้น การที่เอกชนเข้ามาถือหุ้นและร่วมบริหารงานของธนาคารรัตนสินฯ จึงมิใช่เป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจตามความหมายของคำนิยามดังกล่าว ดังนั้น การเพิ่มทุนของธนาคารรัตนสินฯ โดยการออกหุ้นสามัญเพิ่ม

ทุนและชายเฉพาเจาะจงให้แก่ผู้ร่วมทุนรายเดียวและการออกหุ้นกู้ด้วยสิทธิแปลงสภาพ และการออกหุ้นสามัญเพื่อสำรองไว้สำหรับการใช้สิทธิแปลงสภาพของหุ้นกุดังกล่าวให้แก่ผู้ร่วมทุนนั้น จึงมิใช่การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ กรณีจึงไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ”

2.1.5.12 เรื่องเสรีจที่ 785/2541

“เนื่องจากการให้เอกชนดำเนินการจัดบริการขนส่งทางรถไฟโดยเอกชน เป็นฝ่ายลงทุนจัดการจักร ฯลฯ มาเดินให้บริการและรับภาระค่าใช้จ่ายตลอดจนรับผิดชอบในผลกำไรขาดทุนเอง ทั้งนี้ โดยเอกชนจ่ายค่าตอบแทนการใช้ทางและค่าตอบแทนอื่นๆ ให้กับการรถไฟแห่งประเทศไทยตามอัตราที่กำหนดหรือตกลงกันถือเป็น “การร่วมงานหรือดำเนินการ” ในกิจการของรัฐอย่างหนึ่ง”

2.1.5.13 เรื่องเสรีจที่ 102/2542

“ปรากฏข้อเท็จจริงตามข้อหาหรือว่า กฟผ. และบริษัทราชบุรีโฮลดิ้งฯ ซึ่ง กฟผ. ถือหุ้นอยู่ร้อยละ 100 จะร่วมกันตั้งบริษัทในเครือสองแห่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อซื้อโรงไฟฟ้าจาก กฟผ. มาเพื่อผลิตและขายไฟฟ้าให้กับ กฟผ. กิจการผลิตไฟฟ้าของบริษัท ในเครือทั้งสองแห่ง จึงยังคงเป็นกิจการผลิตไฟฟ้าของ กฟผ. การที่ กฟผ. จะให้พันธมิตรร่วมทุนเข้ามาร่วมมือหุ้นในบริษัทราชบุรีโฮลดิ้งฯ และ กฟผ. ยังคงคือหุ้นอยู่เพียงร้อยละ 49 เป็นเพียงวิธีการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการ”

2.1.5.14 เรื่องเสรีจที่ 127/2542

“ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการดำเนินงานตามโครงการนี้เป็นลักษณะที่การประปานครหลวงมอบให้เอกชนไปลงทุนฝ่ายเดียวในการก่อสร้างคลองส่งน้ำดิบแล้วมอบให้เอกชนเข้าบริหารและจัดการส่งน้ำดิบให้แก่การประปานครหลวงตลอดระยะเวลา 20 ปี โดยเอกชนจะได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยการเรียกเก็บเงินในอัตราค่าน้ำดิบต่อลูกบาศก์เมตรที่ส่งเข้าคลองประปาจากการประปานครหลวงตลอดระยะเวลา 20 ปี นั้น การดำเนินงานดังกล่าวจึงถือเป็นการให้สิทธิเอกชนฝ่ายเดียวไปลงทุนอันอยู่ในความหมายของการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ”

2.1.5.15 เรื่องเสรีจที่ 239/2542

“โครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณที่ตั้งกรมปศุสัตว์อยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่ เห็นว่า การจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุโดยการจัดให้เช่าเป็น “กิจการของรัฐ” ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพราะเป็นกิจการซึ่งกรมธนารักษ์มีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ประกอบกับข้อ 16 ของกฎกระทรวง (พ.ศ. 2519) ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 อย่างไรก็ดี การจะพิจารณาว่ากิจการจัดหาประโยชน์ที่ดินตามโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณที่ตั้งกรมปศุสัตว์จะถือเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการ อันจะอยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ นั้น เห็นว่า หากโครงการจัดหาประโยชน์ตามโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุดังกล่าวมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปตามความหมายของบทนิยามคำว่า “โครงการ” แล้ว การจัดหา

ประโยชน์ตามโครงการดังกล่าวย่อมอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ทั้งนี้ ตามนัยความเห็นของกรมการร่างกฎหมาย เรื่องเสร็จที่ 587/2538”

2.1.5.16 เรื่องเสร็จที่ 348/2542

“เมื่อโครงการก่อสร้างระบบบำบัดน้ำเสียรวมนี้เป็นกิจการของ อจน. แม้ว่าในส่วนหนึ่งของโรงบำบัดน้ำเสียจะมอบให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนจัดทำและดำเนินการ (BOO) ก็ตาม แต่ก็เป็นส่วนหนึ่งของระบบบำบัดน้ำเสียที่ อจน. จัดทำและรับผิดชอบในผลงานบริการต่อประชาชน ผู้ใช้บริการ กรณีจึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐ อันอยู่ในความหมายของการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ”

2.1.5.17 เรื่องเสร็จที่ 570/2542

“การที่สำนักงานสลากฯ มอบให้บริษัทจกฯ เข้ามาดำเนินการตามสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติเพื่อประโยชน์ในการจัดการออกสลากบำรุงการกุศลให้แก่หน่วยงานต่างๆ โดยมีการจำหน่ายสลากแบบอัตโนมัติด้วยเครื่องจำหน่ายสลาก จึงถือเป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐ ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.18 เรื่องเสร็จที่ 61/2543

“ข้อเท็จจริงปรากฏว่า กิจการผลิตอุปกรณ์การแพทย์ดังกล่าวเป็นกิจการของบริษัท CCIC และบริษัท OMIKRON GROUP ซึ่งเป็นเอกชน และได้มาเชิญชวนให้องค์การเภสัชกรรมเข้าร่วมลงทุน การเข้าร่วมลงทุนขององค์การเภสัชกรรมดังกล่าวจึงไม่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ”

2.1.5.19 เรื่องเสร็จที่ 130/2543

“การที่พันธมิตรร่วมทุนเข้ามาซื้อหุ้นที่กระทรวงการคลังถืออยู่ในบริษัทการบินไทยฯ เป็นกรณีที่พันธมิตรร่วมทุนเข้ามาร่วมลงทุนรูปแบบหนึ่งในกิจการของรัฐ ทั้งนี้ เพราะว่าการเข้าซื้อหุ้นของกระทรวงการคลังในบริษัทการบินไทยฯ ทำให้พันธมิตรร่วมทุนมีสิทธิในการเข้าร่วมบริหารกิจการของบริษัทการบินไทยฯ ด้วย จึงถือได้ว่าเป็นการดำเนินการอันเป็นกิจการของรัฐ”

2.1.5.20 เรื่องเสร็จที่ 281/2543

“การที่จะพิจารณาว่าเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่ามีการลงทุนหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนเพื่อจัดให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินถาวร หรือเพื่อใช้สำหรับการดำเนินการก็ตาม เมื่อพิจารณารายละเอียดและเงื่อนไขของสัญญารับสลากบำรุงการกุศลไปจำหน่ายแล้ว เอกชนเป็นเพียงผู้รับสลากบำรุงการกุศลไปจำหน่ายเท่านั้น ซึ่งเป็นวิธีประกอบธุรกิจตามปกติที่สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลอาจมอบหมายให้ผู้อื่นเป็นตัวแทนจำหน่ายได้ กรณีจึงมิใช่การร่วมงานหรือดำเนินการ”

2.1.5.21 เรื่องเสร็จที่ 392/2543

“บทม. ได้จัดทำร่างขอบเขต (Terms of Reference) ในการให้เอกชนลงทุนประกอบกิจการดังกล่าว โดยกำหนดว่าจะให้เอกชนประกอบการในบริเวณท่าอากาศยานซึ่งเป็นที่ราชพัสดุเป็นระยะเวลา 30 ปี และอาจต่อสัญญาได้สองครั้งๆ ละ 10 ปี โดยเอกชนต้องแบ่งรายได้ที่ได้รับให้แก่ บทม. ตามสูตรและหลักเกณฑ์ที่สัญญากำหนด จากข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าแนวทางการให้เอกชนดำเนินกิจกรรมตามโครงการนี้มีลักษณะเป็นการร่วมลงทุน เนื่องจากสัญญาที่จะทำกับเอกชนกำหนดเป็นการให้สิทธิระยะยาว คือ 30 ปี และกิจการดังกล่าวหากไม่ได้รับอนุญาตจาก บทม. ย่อมได้อาจกระทำได้ รวมทั้ง บทม. มีหน้าที่และภาระผูกพันตามสัญญาโดยจะต้องเป็นผู้กำกับดูแลเกี่ยวกับการลงทุน การบริหาร และการดำเนินการตามกิจกรรมดังกล่าวตลอดระยะเวลาของโครงการ”

2.1.5.22 เรื่องเสร็จที่ 324/2544

“การอนุญาตให้เอกชนดำเนินการตามโครงการพัฒนาจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุของกรมธนารักษ์แปลงหมายเลขทะเบียนที่ ปช. 242 เมื่อปี พ.ศ. 2535 และ พ.ศ. 2537 แต่ละโครงการ เป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของกรมธนารักษ์ในการจัดหาประโยชน์เกี่ยวกับที่ราชพัสดุโดยการจัดให้เช่าตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ประกอบกับข้อ 16 แห่งกฎกระทรวง (พ.ศ.2519) ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 การจัดหาประโยชน์โดยการจัดให้เช่าที่ราชพัสดุดังกล่าว จึงเป็นกิจการที่ใช้ทรัพย์สินของส่วนราชการซึ่งอยู่ในความหมายของนิยาม “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไม่ว่าจะการจัดให้เช่านั้นจะมีเงื่อนไขว่าผู้เช่าจะ

ก่อสร้างอาคารในที่ดินที่ราชพัสดุที่เช่าเพื่อยกกรรมสิทธิ์ให้แก่กระทรวงการคลังด้วยหรือไม่ก็ตาม และเมื่อมีการรวมโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุแปลงหมายเลขทะเบียนที่ ปช. 242 ทั้งสองโครงการเข้าเป็นโครงการใหม่เมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2538 เพื่อรวมการก่อสร้างเป็นโรงแรมเดียว ซึ่งมีมูลค่าการลงทุนของโครงการใหม่นี้รวมทั้งสิ้นเป็นเงิน 1,139,133,221 บาท มูลค่าการลงทุนของโครงการที่รวมกันแล้วนี้มีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จึงเป็นกรณีที่อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.23 เรื่องเสร็จที่ 472/2544

“โครงการระบบรถไฟฟ้ามหานคร สายเฉลิมรัชมงคล เป็นโครงการซึ่ง BMCL ได้รับสัมปทานจากรฟม. เพื่อดำเนินการ โดยให้ BMCL ลงทุนในระบบรถไฟฟ้าและการให้บริการรถไฟฟ้า โดยได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้ว กรณีตามที่หารือเป็นเพียงการที่ รฟม. จะเข้าซื้อหุ้น BMCL ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานคร สายเฉลิมรัชมงคล ข้อ 2.3 (ฉ) ซึ่งเป็นการที่หน่วยงานของรัฐคือ รฟม. จะเข้าซื้อหุ้นของบริษัทเอกชนตามเงื่อนไขของสัญญาโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 9 (8) แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ที่กำหนดให้ รฟม. มีอำนาจถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน จำกัดเพื่อประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการของ รฟม. ได้ กรณีจึงเป็นการที่รัฐวิสาหกิจเข้าซื้อหุ้นใน BMCL อันเป็นธุรกิจของเอกชน มิใช่เป็นกรณีที่เอกชนเข้าไปร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ดังนั้น การที่ รฟม. ซื้อหุ้น BMCL จึงไม่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.24 เรื่องเสร็จที่ 577/2544

“โดยที่วัตถุประสงค์ของสัญญาว่าจ้างทั้งสามฉบับคือ การให้ผู้รับจ้างดำเนินการลดน้ำสูญเสียโดยการตกลงรับจะดำเนินการซ่อมแซมท่อประปาที่แตกหรือรั่ว เปลี่ยนท่อประปาและปรับปรุงระบบท่อให้ทันสมัย เพื่อลดน้ำสูญเสีย โดยผู้รับจ้างจะได้รับค่าจ้างตามที่กำหนดไว้ซึ่งสัญญาดังกล่าวได้กำหนดวิธีการคำนวณค่าจ้างในส่วนที่เกี่ยวกับค่าบริการงานไว้เป็นพิเศษโดยคำนวณตามผลสำเร็จของงานกับให้มีค่าตอบแทนพิเศษเพิ่มขึ้นในกรณีที่สามารถทำงานได้ผลดีกว่าเป้าหมายที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งตามวิธีการคำนวณการจ่ายค่าจ้างในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารงานนั้น ผู้รับจ้างจะได้รับค่าจ้างเป็นเงินจำนวนกึ่งหนึ่งของมูลค่าน้ำสูญเสียที่สามารถลดได้ตามอัตราเป้าหมายขั้นสุดท้าย และตามวิธีการคำนวณค่าตอบแทนพิเศษนั้นผู้รับจ้างจะได้รับเงินเท่ากับจำนวนกึ่งหนึ่งของมูลค่าน้ำที่ประหยัดได้เพิ่มขึ้นเกินกว่าอัตราน้ำสูญเสียที่ผู้รับจ้างจะต้องดำเนินการตามที่กำหนดไว้ ซึ่งวิธีการคำนวณทั้งสองกรณีเป็นวิธีการที่กำหนดขึ้นเพื่อจูงใจให้ผู้รับจ้างดำเนินงานตามสัญญาให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้นเท่านั้นมิได้มีลักษณะเป็นการให้สิทธิในการแบ่งปันรายได้ กำไรหรือผลประโยชน์ใดๆ ระหว่าง กปน. และผู้รับจ้างแต่อย่างใด นอกจากนี้ ผู้รับจ้างยังเป็นผู้จัดทำแรงงานและวัสดุ เครื่องมือเครื่องใช้ ตลอดจนอุปกรณ์ต่างๆ เพื่อใช้งานตามสัญญาอีกด้วย สัญญาระหว่าง กปน. กับผู้รับจ้างเพื่อดำเนินการลดน้ำสูญเสียตามข้อหารือ จึงเป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 5874 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในเมื่อการว่าจ้างเอกชนดำเนินการลดน้ำสูญเสียตามข้อหารือมิได้มีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิในลักษณะใดๆ แก่ผู้รับจ้าง จึง

ไม่อยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.25 เรื่องเสร็จที่ 476/2545

“เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการประกวดราคาว่าจ้างเอกชนซ่อมบำรุง (full services) รถจักรดีเซลไฟฟ้าตามข้อหรือแล้ว เห็นได้ว่า วัตถุประสงค์หลักของการดำเนินการคือ การให้เอกชนซ่อมบำรุงรถจักรดีเซลไฟฟ้าของการรถไฟแห่งประเทศไทย จำนวน 60 คัน ซึ่งมีขอบข่ายงานและความรับผิดชอบในการซ่อมรถจักรดีเซลไฟฟ้า รวมถึงการจัดหาอุปกรณ์อะไหล่และการบำรุงรักษาเครื่องมือเครื่องใช้ในการซ่อมบำรุง การดำเนินการตามโครงการฯ จะมีอายุสัญญา 10 ปี รวมวงเงินค่าใช้จ่ายตลอดอายุสัญญา 2,522 ล้านบาท และสามารถต่อสัญญาได้อีกครั้งละ 5 ปี โดยประเมินตามผลงาน และเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าซ่อมเป็นเงินบาทตามงวดรายเดือนของจำนวนรถจักรที่พร้อมใช้งานเท่านั้น ทั้งนี้ ค่าซ่อมจะต้องรวมค่าภาษีและค่าใช้จ่ายอื่นๆ ทั้งหมด กรณีจึงเป็นเพียงทำการงานอย่างหนึ่งให้แก่การรถไฟแห่งประเทศไทย โดยการรถไฟแห่งประเทศไทยตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการซ่อมบำรุงรถจักรดีเซลไฟฟ้าของตน ซึ่งเป็นการจ้างทำของตามมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อการดำเนินการเช่นนี้มีได้มีการร่วมลงทุนกับเอกชน หรือหาประโยชน์อื่นใดร่วมกันระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทยและเอกชน หรือมีการมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด จึงไม่ใช่เป็นการร่วมงานหรือดำเนินการกับเอกชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

นอกจากนี้ การดำเนินการซ่อมบำรุงรถจักรดีเซลไฟฟ้ามิได้เป็นวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินการกิจการรถไฟหรือดำเนินธุรกิจอื่นเกี่ยวกับการขนส่งของรถไฟ หรือดำเนินธุรกิจซึ่งการรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 และการให้เอกชนใช้พื้นที่โรงซ่อมบำรุงของการรถไฟแห่งประเทศไทย ตามโครงการฯ เป็นเพียงการอำนวยความสะดวกที่การรถไฟแห่งประเทศไทยจัดให้มีสำหรับการซ่อมบำรุงรถจักรดีเซลไฟฟ้า เพราะการเคลื่อนย้ายรถจักรดีเซลไฟฟ้าเพื่อนำไปซ่อมบำรุงนั้นจะต้องใช้สถานที่ที่วางรถไฟเข้าถึงได้ กรณีจึงมิใช่เป็นการร่วมงานหรือดำเนินการกับเอกชนในกิจการของรัฐ”

2.1.5.26 เรื่องเสร็จที่ 78/2546

“การที่บริษัทไทยโอเลฟินส์ฯ ซึ่งจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการประกอบธุรกิจหลักในอุตสาหกรรมปิโตรเคมี โอเลฟินส์และผลิตภัณฑ์พลอยได้อื่น ๆ ของปิโตรเคมี และมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ประสงค์จะดำเนินโครงการผลิตผลิตภัณฑ์ mono ethylene glycol เป็นอุตสาหกรรมต่อเนื่อง โดยจะเพิ่มทุนจดทะเบียนด้วยการออกหุ้นสามัญอีกจำนวน 34,050,000 หุ้น เป็นมูลค่าการเพิ่มทุนทั้งสิ้น 3,405 ล้านบาท และจะเสนอขายหุ้นดังกล่าวทั้งหมดให้แก่ผู้ร่วมทุนรายใหม่ซึ่งเป็นเอกชนนั้น การขายหุ้นดังกล่าวให้แก่ผู้ร่วมทุนรายใหม่มีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนแบบหนึ่งระหว่างรัฐวิสาหกิจกับเอกชน จึงอยู่ในความหมายของนิยามของคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ””

2.1.5.27 เรื่องเสร็จที่ 115/2546

“การที่เอกชนประกอบกิจการครัวการบินนอกเขตท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ บมจ. ทอท. มิได้ร่วมลงทุนโดยวิธีการใดๆ หรือมอบให้เอกชนลงทุนฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือ ให้สัมปทาน หรือ ให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดๆ จะมีก็แต่การอนุญาตให้เข้าไปในเขตท่าอากาศยานที่อยู่ในความควบคุมดูแลของ บมจ. ทอท. เพื่อจัดส่งอาหารและเครื่องดื่มให้บริการแก่สายการบินต่างๆ ในเขตท่าอากาศยานเท่านั้น อีกทั้งเป็นการทำสัญญาให้บริการระหว่างเอกชนผู้ประกอบกิจการครัวการบินกับสายการบินต่างๆ โดย บมจ. ทอท. มิได้มีส่วนร่วมใดๆ ในการให้บริการ ลักษณะเช่นนี้ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ”

2.1.5.28 เรื่องเสร็จที่ 292/2546

“เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย พ.ศ. 2510 แล้ว จะเห็นได้ว่า สถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย เป็นสถาบันซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชียตามความตกลงของประเทศภาคีขององค์การสนธิสัญญาการป้องกันร่วมกันแห่งเอเชียอาคเนย์ (สปอ.) เพื่อให้การศึกษาแก่ประชาชนทางด้านวิศวกรรมศาสตร์ วิทยาศาสตร์ประยุกต์ และเทคโนโลยีขั้นสูง โดยอยู่บนหลักการของการไม่แสวงหากำไร ซึ่งมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติรับรองสถานะความเป็นนิติบุคคลเพื่อคุ้มครองการดำเนินงานในประเทศไทยของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชียประกอบกับสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชียไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2522 ดังนั้นจึงเห็นว่าสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชียซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างรัฐในเขตภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีฐานะเป็นองค์กรภายใต้ความร่วมมือระหว่างรัฐระดับภูมิภาคและไม่ถือว่าเป็นเอกชนตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.29 เรื่องเสร็จที่ 498/2546

“โครงการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ CDMA 2000-1X ในส่วนภูมิภาคในภาพรวมทั้งหมดแล้วเห็นว่า การดำเนินโครงการประกอบไปด้วย 3 ส่วน คือ 1) การใช้คลื่นความถี่วิทยุ 2) การวางโครงข่ายพื้นฐานในการให้บริการ และ 3) การทำการตลาดเพื่อขายบริการ ดังนั้น การดำเนินการเพื่อจัดหาเครื่องอุปกรณ์โครงข่ายพื้นฐานและการทำการตลาดจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการดำเนินโครงการระบบ CDMA 2000-1X เท่านั้น การดำเนินการในสองส่วนนี้ยังไม่สามารถนำไปสู่การให้บริการได้ หากไม่มีคลื่นความถี่ 800MHZ Band A ที่ กสท. ได้รับจัดสรรจากกรมไปรษณีย์โทรเลข นอกจากนี้เมื่อได้พิจารณาวิธีการดำเนินการเพื่อจัดให้มีเครื่องอุปกรณ์และการทำการตลาดตามข้อกำหนดการเช่าฯ แล้ว ปรากฏว่า ได้มีการกำหนดให้ผู้ยื่นซองประกวดราคาในการจัดหาเครื่องและอุปกรณ์ระบบ CDMA 2000-1X จะต้องเสนอบริษัททำการตลาดฯ มาด้วยอีกหนึ่งบริษัท โดยบริษัททำการตลาดฯ ต้องจัดทำกิจกรรมทางการตลาดทั้งหมดด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัทเองเพื่อขายบริการในระยะเวลาเท่ากับระยะเวลาการเช่าเครื่องอุปกรณ์ และประการสำคัญคือ ในกรณีที่ค่าเช่าเครื่องและอุปกรณ์ CDMA ในไตรมาสใดมีจำนวนมากกว่ารายได้ค่าบริการวิทยุคมนาคม บริษัททำการตลาดฯ จะต้องรับผิดชอบชำระค่าเช่าให้แก่ผู้ให้เช่าแทน กสท. เท่ากับค่าเช่าจำนวนที่มากกว่ารายได้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) จึงเห็นว่า การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวเท่ากับเป็นการให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยได้รับสิทธิในการใช้คลื่นความถี่ของ กสท. จึงอยู่ในความหมายของ

การร่วมงานหรือดำเนินการที่อยู่ในบังคับแห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535”

2.1.5.30 เรื่องเสรีจที่ 31/2547

“โดยที่การก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังน้ำขนาดเล็กดังกล่าวจะต้องใช้ที่ราชพัสดุ บริเวณเขื่อนของกรมชลประทานในการดำเนินโครงการทั้งสามแห่ง ย่อมเป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐ จึงเป็นกิจการของรัฐตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ การที่ กฟผ. จะเข้าถือหุ้นในบริษัทราชบุรีพลังงานฯ เป็นจำนวนร้อยละ 49 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมดตามบันทึกข้อตกลงการเข้าถือหุ้นบริษัทราชบุรีพลังงานฯ เป็นวิธีการร่วมลงทุนอย่างหนึ่ง ดังนั้น การดำเนินโครงการโรงไฟฟ้าพลังน้ำขนาดเล็กทั้งสามแห่งจึงเป็นโครงการที่เป็นการลงทุนใน “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา 5 ดังกล่าว”

2.1.5.31 เรื่องเสร็จที่ 135/2548

“กรณีตามข้อหาหรือ การที่บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ประสงค์จะจัดตั้งบริษัทร่วมทุน (Joint Venture Company) เพื่อดำเนินโครงการให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้าซึ่งมีมูลค่าการลงทุนประมาณ 8,000 ล้านบาทโดยบริษัทการบินไทยฯ และรัฐวิสาหกิจอื่นถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และพันธมิตรร่วมทุนและผู้ร่วมทุนรายอื่นๆ ถือหุ้นส่วนที่เหลืออีกร้อยละ 51 นั้น เป็นการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนในลักษณะที่เป็นการตกลงเข้าทำกิจการบริการขนส่งสินค้าโดยนำเงินมาลงทุนเป็นหุ้น อันเป็นลักษณะของการลงทุนประเภทหนึ่ง จึงอยู่ในความหมายของนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ””

2.1.5.32 เรื่องเสร็จที่ 222/2550

“การที่กรุงเทพมหานครหรือบริษัทกรุงเทพมหานครฯ จะว่าจ้างให้เอกชนเดินรถไฟฟ้ตามโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครส่วนต่อขยายและให้บริการเดินรถโดยสารประจำทางด่วนพิเศษ (BRT) ตามข้อหาหรืออันั้น เป็นกรณีที่กรุงเทพมหานครประสงค์จะประกอบกิจการรถไฟฟ้และกิจการรถโดยสารประจำทางด่วนพิเศษซึ่งเป็นการดำเนินการที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครเองตามมาตรา 89 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ โดยกรุงเทพมหานครเป็นผู้รับผลประโยชน์สุดท้ายเองทั้งหมด เพียงแต่ทำการจ้างเอกชนเดินรถโดยเอกชนจะรับค่าจ้างเป็นการตอบแทนเท่านั้น ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เอกชนได้รับค่าตอบแทนอื่นใดนอกจากค่าจ้าง หรือต้องร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อมด้วยแล้ว การจ้างดังกล่าวจึงมิใช่เป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนแต่อย่างใด และเมื่อการจ้างเอกชนมาเดินรถตามข้อหาหรือไม่มีกรณีที่จะต้องอนุญาต หรือให้สัมปทานหรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดแก่เอกชนในการประกอบกิจการรถไฟฟ้หรือกิจการรถโดยสารประจำทางด่วนพิเศษด้วยแล้ว การจ้างในลักษณะดังกล่าวจึงไม่เป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ในกิจการของรัฐตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ และไม่ถือว่ากรุงเทพมหานครร่วมลงทุนกับเอกชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ แต่อย่างใด”

2.1.5.33 เรื่องเสร็จที่ 228/2550

“แนวทางที่หนึ่ง ภาครัฐลงทุนโครงสร้างพื้นฐาน ระบบอานัติสัญญาณและระบบตัวรถไฟฟ้ โดยมีมูลค่าการลงทุนเกิน 1,000 ล้านบาท และว่าจ้างเอกชนให้บริหารการเดินรถไฟฟ้ขนส่งมวลชนและซ่อมบำรุงในลักษณะจ้างเหมาบริการ โดยทำสัญญากำหนดวงเงินชำระค่าจ้างเป็นรายปีตามจำนวนเงินค่าจ้างที่ตกลงกันบนพื้นฐานของมาตรฐานการให้บริการที่กำหนดขึ้นโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและหน่วยงานของรัฐเป็นผู้จัดเก็บรายได้จากค่าโดยสาร

แนวทางที่สอง ภาครัฐลงทุนโครงสร้างพื้นฐาน ระบบอานัติสัญญาณและระบบตัวรถไฟฟ้ โดยมีมูลค่าการลงทุนเกิน 1,000 ล้านบาท และว่าจ้างเอกชนให้บริหารการเดินรถไฟฟ้ขนส่งมวลชนและซ่อมบำรุงในลักษณะจ้างเหมาบริการโดยทำสัญญาชำระค่าจ้างเป็นรายปีตามจำนวนผู้โดยสารที่ให้บริการบนพื้นฐานของมาตรฐานการให้บริการที่กำหนดขึ้นโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และหน่วยงานของรัฐเป็นผู้จัดเก็บรายได้จากค่าโดยสาร

แนวทางที่สาม ภาครัฐลงทุนโครงสร้างพื้นฐาน โดยมีมูลค่าการลงทุนเกิน 1,000 ล้านบาทและให้เอกชนจัดหาระบบอาณัติสัญญาณและระบบตัวรถไฟฟ้าเพื่อให้บริการโดยเช่าโครงสร้างพื้นฐาน ได้แก่ ราง สถานี ระบบอาณัติสัญญาณ และอุโมงค์บ่อขุด โดยภาคเอกชนเป็นผู้จัดเก็บรายได้”

“เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงตามแนวทางที่หนึ่งและแนวทางที่สองแล้ว เห็นว่า เป็นกรณีที่มีการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย การรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทย และ กรุงเทพมหานคร ประสงค์จะประกอบกิจการรถไฟฟ้าตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่นโดยเป็นผู้ลงทุนและรับผลประโยชน์สุดท้ายเองทั้งหมดเพียงแต่ทำการจ้างเอกชนมาให้บริการการเดินรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนและซ่อมบำรุงโดยเอกชนจะรับค่าจ้างเป็นการตอบแทนเท่านั้น และแม้ตามแนวทางที่สองจะมีการกำหนดวงเงินชำระค่าจ้างเป็นรายปีตามจำนวนผู้โดยสารที่ทำการให้บริการด้วยก็ตาม ก็เป็นเพียงการจูงใจให้การทำงานเกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเท่านั้น ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เอกชนได้รับค่าตอบแทนอื่นใดนอกจากค่าจ้างเหมาบริการ หรือต้องร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนไม่ว่าในทางตรงหรือทาง อ้อมด้วยแล้ว การจ้างเหมาบริการดังกล่าวจึงมิใช่เป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนแต่อย่างใด และเมื่อการจ้างเอกชนมาให้บริการการเดินรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนและซ่อมบำรุงตามข้อหาหรือไม่มีกรณีที่จะต้องอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่เอกชนลงทุนไม่ว่าในลักษณะใดในการประกอบกิจการรถไฟฟ้าด้วยแล้ว การจ้างเหมาบริการในลักษณะดังกล่าวจึงไม่เป็นการ "ร่วมงานหรือดำเนินการ" ในกิจการของรัฐตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ การดำเนินการตามแนวทางที่หนึ่งและตามแนวทางที่สองจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐฯ แม้ปรากฏข้อเท็จจริงตามข้อหาหรือว่ามีมูลค่าการลงทุนเกิน 1,000 ล้านบาท

ส่วนกรณีตามแนวทางที่สามนั้น เป็นกรณีที่มีการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย การรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทย และกรุงเทพมหานคร ร่วมลงทุนกับเอกชน และให้เอกชนเป็นผู้ได้รับสิทธิเดินรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน จึงเป็นการ "ร่วมงานหรือดำเนินการ" ตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ดังนั้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงตามข้อหาหรือว่ามีมูลค่าการลงทุนเกิน 1,000 ล้านบาท การดำเนินการตามแนวทางที่สามจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ”

2.1.5.34 เรื่องเสรีจที่ 291/2550

“เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของสัญญาอนุญาตฯ ลงวันที่ 27 มีนาคม 2533 แล้ว ทศท. มีหน้าที่จัดหาความถี่ย่าน 905-915 MHz และ 950-960 MHz³ ให้บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด เพื่อที่บริษัทจะได้ดำเนินการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ NMT 900 และระบบ GSM ทั่วประเทศ มีกำหนด 20 ปี ให้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึงทั้งใน กรุงเทพมหานครและส่วนภูมิภาค โดยการดำเนินกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่จะต้องประกอบด้วยการจัดหาสถานที่ เครื่องมือและอุปกรณ์ และระบบซ่อมบำรุงหรืออะไหล่ โดยบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด เป็นผู้ให้บริการและลงทุนเครื่องมือและอุปกรณ์ในการดำเนินการ

ระบบ Mobile Telephone Exchange (MTX) ระบบ Base Stations และระบบ Microwave Lins และมีข้อตกลงในการให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ ทศท. จึงเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ ทศท. ได้มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดตามบทนิยาม “ร่วมงานหรือดำเนินการ”

2.1.5.35 เรื่องเสร็จที่ 292/2550

“โครงการที่มีการเชื่อมโยงตามข้อตกลง ได้แก่ โครงการข่ายโทรศัพท์พื้นฐานซึ่งบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ดำเนินการจัดสร้างตามสัญญาความร่วมมือการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534 และตามสัญญาความร่วมมือการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1.5 ล้านเลขหมายในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค ลงวันที่ 2 กรกฎาคม 2535 ตามลำดับ และโครงการข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด เป็นผู้ดำเนินการจัดสร้างตามสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Cellular Mobile Telephone) ลงวันที่ 27 มีนาคม 2533 โดยกรรมสิทธิ์ตกเป็นของ ทศท. ทั้งนี้ที่ติดตั้งแล้วเสร็จ จึงเป็นโครงการข่ายของรัฐวิสาหกิจ กับโครงการข่ายวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ที่ กสท. และ บริษัท TAC ดำเนินการ โดยการทำให้ข้อตกลงนี้เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์การคิดอัตราค่าเชื่อมโยง (access charge) ระหว่าง ทศท. และ กสท. เพื่อให้บริการและคิดอัตราค่าบริการวิทยุคมนาคมที่เหมือนกันเท่านั้น โดยกำหนดให้ บริษัท TAC มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเชื่อมโยงโครงการข่ายให้แก่ ทศท. ซึ่งมิได้มีผลกระทบต่อขอบเขตการให้บริการที่บริษัท TAC มีหน้าที่ปฏิบัติตามโครงการที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจาก กสท. และมีได้ให้บริษัท TAC เข้าไปลงทุนอื่นใดในโครงการข่ายดังกล่าว อีกทั้งการลงทุนในข้อตกลงของบริษัท TAC เป็นการลงนามเพื่อรับทราบและยอมรับที่จะปฏิบัติตามการจ่ายค่าเชื่อมโยงตามข้อตกลงที่กำหนด ด้วยเหตุนี้ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นเพียงข้อตกลงระหว่าง ทศท. กับ กสท. ซึ่งเป็นเจ้าของโครงการข่ายในการคิดค่าเชื่อมโยงโครงการข่าย มิได้เป็นการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการข่ายที่เชื่อมโยงกันแต่อย่างใด กรณีจึงมิใช่โครงการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

ส่วนข้อตกลง เรื่อง การคิดค่าเชื่อมโยงโครงการข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบใช้บัตรจ่ายเงินล่วงหน้า (Prepaid Card) ของบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ลงวันที่ 2 เมษายน 2544 นั้น แม้ว่าบริษัท TAC ซึ่งเป็นเอกชนจะเข้าเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วยก็ตาม แต่เป็นเพียงข้อตกลงเพิ่มเติมจากข้อตกลงเดิม เพื่อกำหนดอัตราค่าเชื่อมโยงโครงการข่ายสำหรับการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบใช้บัตรจ่ายเงินล่วงหน้าที่ต้องชำระให้แก่ ทศท. โดยมีได้มีลักษณะให้บริษัท TAC เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ กรณีจึงไม่อยู่ในความหมายของการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ”

2.1.5.36 เรื่องเสร็จที่ 167/2551

“โครงการที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จะต้องเป็นโครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ กล่าวคือ ต้องเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ในกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่ง

หรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงตามข้อหาหรือแล้วเห็นว่า การจ้างให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ บริษัท วัสดุภัณฑ์ธุรกิจ จำกัด และบริษัทกลุ่ม 79 จำกัด เป็นผู้ดำเนินการขนมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยและนำไปทำลายโดยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะตามที่กำหนดในสัญญาเพื่อรับสินจ้างจากกรุงเทพมหานครเท่านั้น โดยไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดจากการดำเนินการตามสัญญานี้ อีก ดังนั้น การจ้างเหมาตามสัญญาดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการที่กรุงเทพมหานครร่วมลงทุนกับเอกชนแต่ประการใด และเมื่อการจ้างเหมาเอกชนทั้ง 3 โครงการมิได้มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิในลักษณะเดียวกับการอนุญาต หรือให้สัมปทานการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวจึงมิได้เป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

อนึ่ง โดยที่ข้อเท็จจริงในการจ้างเหมาเอกชนทั้ง 3 โครงการตามผู้แทนกรุงเทพมหานครได้ชี้แจงในการหารือครั้งนี้ มีข้อเท็จจริงที่แตกต่างจากข้อเท็จจริงในเรื่องการให้เอกชนเข้ามาลงทุนในการดำเนินการก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอยที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะพิเศษ) ได้วินิจฉัยไว้ในเรื่องเสร็จที่ 688/2541 ซึ่งผู้แทนกรุงเทพมหานครชี้แจงว่า ตามปัญหาที่เคยหารือในครั้งนั้นเป็นกรณีที่ทำให้เอกชนเข้ามาลงทุนในการดำเนินการก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอย โดยนอกจากเอกชนจะได้รับค่าจ้างในการกำจัดมูลฝอยแล้ว เมื่อก่อสร้างระบบโรงงานแล้วเสร็จ เอกชนจะมีค่าตอบแทนจากการดำเนินงานของโรงงาน เช่น รายได้จากการจำหน่ายกระแสไฟฟ้าที่เกิดขึ้นจากความร้อนของการเผามูลฝอย หรือการขายปุ๋ยที่เกิดจากมูลฝอยอีกด้วย อันเป็นการให้สิทธิแก่เอกชนนอกเหนือจากค่าจ้าง จึงมีลักษณะเป็น “การร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ส่วนปัญหาตามข้อหาหรือในครั้งนี้ออกชนได้รับเพียงค่าจ้างในการดำเนินการให้กับกรุงเทพมหานครเท่านั้น เมื่อข้อเท็จจริงต่างกันจึงไม่อาจนำความเห็นตามเรื่องเสร็จที่ 688/2541 มาใช้เทียบเคียงกับการให้ความเห็นในปัญหาที่หารือครั้งนี้ได้”

2.1.5.37 เรื่องเสร็จที่ 363/2551

“โครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่จะอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้น จะต้องเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าจะโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ในกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือเป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือ

หลายหน่วยร่วมกัน และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

กรณีตามข้อหาหรือ ธพว. มีความประสงค์จะดำเนินการว่าจ้างเอกชนมาเป็นผู้บริหารหนี้ด้อยคุณภาพของ ธพว. ในลักษณะการจ้างทำของตามมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และผู้รับจ้างบริหารหนี้ด้อยคุณภาพจะได้รับสินจ้างเป็นค่าตอบแทน โดย ธพว. ไม่ได้มีการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด แม้ว่าจำนวนเงินค่าตอบแทนของผู้รับจ้างบริหารหนี้ด้อยคุณภาพจะขึ้นอยู่กับจำนวนหนี้ที่ผู้รับจ้างบริหารหนี้ด้อยคุณภาพเรียกเก็บได้ โดยคิดเป็นจำนวนเงินตามผลงานที่ผู้รับจ้างบริหารหนี้ด้อยคุณภาพจัดเก็บเป็นเงินสดได้ก็ตาม ก็เป็นเพียงการจูงใจให้ผู้รับจ้างบริหารหนี้ด้อยคุณภาพดำเนินการตามที่ได้ตกลงกันไว้ให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเท่านั้น การว่าจ้างเอกชนมาเป็นผู้บริหารหนี้ด้อยคุณภาพของ ธพว. จึงมีได้อยู่ในความหมายของบทนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ”

2.1.5.38 เรื่องเสร็จที่ 368/2551

“หากจะมีการดำเนินการปรับปรุงรูปแบบการดำเนินธุรกิจให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ CDMA ตามบันทึกความเข้าใจฯ ต่อไป โดย บมจ. กสท โทรคมนาคมจะเป็นเจ้าของโครงข่าย CDMA ทั้ง 76 จังหวัด (Mobile Network Operator (MNO)) และบริษัท ฮัทชีสัน ซีเอทีฯ จะเป็นผู้ให้บริการ CDMA (Mobile Virtual Network Operator (MVNO)) ทั้ง 76 จังหวัด โดยไม่มีโครงข่ายของตนเอง แต่จะใช้วิธีเช่าโครงข่ายจาก บมจ. กสท โทรคมนาคม และมีได้มีสิทธิเช่าโครงข่ายแต่เพียงผู้เดียว การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการประกอบกิจการโทรคมนาคมในลักษณะที่เป็นผู้ให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นทั่วไป ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งการประกอบกิจการโทรคมนาคมประเภทการขายส่งบริการและบริการขายต่อบริการ จะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจากคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามข้อ 4 ของประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การประกอบกิจการโทรคมนาคม ประเภทการขายส่งบริการและบริการขายต่อบริการ เช่นเดียวกับเอกชนผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมทั่วไป การดำเนินธุรกิจให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ CDMA ตามบันทึกความเข้าใจฯ จึงมิได้เป็นกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย ตามบทนิยามว่า “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และเมื่อบริษัท ฮัทชีสัน ซีเอทีฯ เช่าโครงข่ายโทรคมนาคมของ บมจ. กสท โทรคมนาคม ได้เช่นเดียวกับเอกชนผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมทั่วไปรายอื่นแล้ว จึงมิใช่เป็นการที่ บมจ. กสท โทรคมนาคม เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐกับบริษัท ฮัทชีสัน ซีเอทีฯ ตามบทนิยามว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามมาตรา 5 แต่อย่างใด และไม่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ”

2.1.5.39 เรื่องเสร็จที่ 389/2551

“ในการดำเนินโครงการขยายบริการโทรศัพท์ที่ได้กำหนดให้บริษัท ซี.พี. ๗ เป็นผู้จัดทำแผนแม่บทเสนอต่อ ทศท. พิจารณา และลงทุนจัดหาอุปกรณ์ที่ใช้ในระบบทั้งหมด เมื่อ

โครงการสามารถให้บริการได้แล้ว บริษัท ซี.พี.ฯ จะได้รับประโยชน์ตอบแทนจากส่วนแบ่งรายได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาความร่วมมือกันฯ จึงเป็นกรณีที่ บมจ. ทีโอที มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการให้สัมปทาน ถือเป็นความร่วมมือกันหรือดำเนินการตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ดังนั้น การดำเนินโครงการขยายบริการโทรศัพท์จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ”

2.1.5.40 เรื่องเสร็จที่ 284/2552

“โครงการที่ดำเนินการในรูปแบบ PPP (Public-Private Partnership) หมายถึงโครงการที่ให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการ ซึ่งอาจมีได้หลายรูปแบบแตกต่างกันแล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละโครงการ ซึ่งโครงการที่ดำเนินการในรูปแบบ PPP จะอยู่ในข่ายที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ จะต้องพิจารณาลักษณะการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในแต่ละโครงการเป็นรายกรณีไป โดยโครงการที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จะต้องปรากฏว่าเป็นโครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ กล่าวคือ ต้องเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ในกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือกิจการที่ต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 แล้ว เห็นว่า การดำเนินโครงการรถไฟฟ้าเป็นกิจการที่ รฟม. ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย จึงเป็น “กิจการของรัฐ” ตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เมื่อการดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวในรูปแบบ PPP-Gross Cost มีลักษณะเป็นการที่รัฐเป็นผู้ลงทุนดำเนินงานโยธา และให้เอกชนลงทุนจัดหาและบำรุงรักษางานระบบรถไฟฟ้า รวมถึงจ้างเอกชนเดินรถไฟฟ้า โดยรายได้ค่าโดยสารทั้งหมดเป็นของรัฐและรัฐจะทยอยจ่ายคืนค่าลงทุนให้เอกชนในภายหลังเมื่องานก่อสร้างแล้วเสร็จ รวมทั้งจ่ายค่าจ้างเดินรถและค่าบำรุงรักษาให้เอกชนตามพื้นฐานของผลการดำเนินงานที่กำหนด (Performance Based Contract) ดังนั้น เมื่อเอกชนเป็นผู้ลงทุนจัดหาและบำรุงรักษางานระบบรถไฟฟ้า ซึ่งเป็นสาระสำคัญของโครงการและเป็นทรัพย์สินถาวรที่มีลักษณะเป็นส่วนควบกับงานโยธาซึ่งเป็นของรัฐ กรณีดังกล่าวจึงเป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการและเอกชนได้รับค่าตอบแทน แม้จะมีการเรียกค่าตอบแทนนั้นว่าค่าจ้างก็ตาม แต่ค่าจ้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจ่ายคืนค่าลงทุนให้แก่เอกชนรวมอยู่ในค่าตอบแทนด้วย จึงชัดเจนว่าไม่ใช่เป็นการจ้างเอกชนเท่านั้น หากเป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการรถไฟฟ้าด้วย ซึ่งเป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ”

2.2 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

2.2.1 ความมุ่งหมายของการกำหนดบทนิยาม

“บทนิยาม” ได้แก่ ข้อความที่กำหนดหรือจำกัดความหมายที่แน่นอนเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมาย ในกฎหมายเก่าบางฉบับมีการเรียนบทนิยามว่า “บทวิเคราะห์ศัพท์” เช่น พระราชบัญญัติประชณีย์ พุทธศักราช 2477 ซึ่งในปัจจุบันไม่มีการใช้แล้ว

บทนิยามกำหนดขึ้นเพื่อความมุ่งหมายในการให้หรืออธิบายความหมายของถ้อยคำหรือข้อความที่ใช้ในกฎหมาย เนื่องจากการเขียนถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นอาจมีความหมายที่ไม่แน่นอนหรือมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน จึงต้องกำหนดบทนิยามขึ้นเพื่ออธิบายความหมายหรือขอบเขตของถ้อยคำหรือข้อความในการร่างกฎหมายที่แน่นอนและชัดเจน เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายเข้าใจความหมายของถ้อยคำหรือข้อความในกฎหมายตรงกัน

นอกจากนี้ ปรากฏว่าผู้ร่างกฎหมายได้นำบทนิยามมาใช้เป็นเทคนิคในการร่างกฎหมายประการหนึ่งเพื่อแทนข้อความหรือย่อความที่ใช้ในกฎหมายให้สั้นลง

ดังนั้น ความมุ่งหมายของการกำหนดบทนิยามจึงแยกได้ 2 ประการ คือ อธิบายความหมายของถ้อยคำในการร่างกฎหมาย และใช้แทนข้อความในกฎหมายนั้นหรืออธิบายคำศัพท์ทางเทคนิคในการย่อคำหรือข้อความในกฎหมายนั้น ดังนี้

2.2.1.1 อธิบายความหมายของถ้อยคำในการร่างกฎหมายในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดขอบเขตและความหมายของถ้อยคำให้ชัดเจนแน่นอน อาจเป็นเพราะถ้อยคำสั้นมีความหมายยังไม่เป็นที่ยุติ หรือผู้ร่างกฎหมายมีความประสงค์ที่จะใช้ถ้อยคำนั้นในลักษณะพิเศษ เช่น คนต่างด้าว เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ หรือเป็นถ้อยคำในทางวิชาการ เช่น พืช หมายความว่า พันธุ์พืชทุกชนิดทั้งพืชบก พืชน้ำ และพืชประเภทอื่น รวมทั้งส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช เช่น ต้น ตอ หน่อ กิ่ง ใบ ราก หัว ดอก ลูก เมล็ดไม่ว่าที่ยังใช้ทำพันธุ์ได้หรือตายแล้ว

2) การกำหนดถ้อยคำให้มีความหมายหรือขอบเขตกว้างกว่าปกติธรรมดาที่เข้าใจกัน เช่น ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร หมายความว่า ผู้ทำสัญญากับผู้จัดสรรที่ดินเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินจัดสรร และให้หมายความรวมถึงผู้รับโอนสิทธิในที่ดินคนต่อไปด้วย

3) การจำกัดความหมายของถ้อยคำที่กว้างเกินไปให้มีขอบเขตให้แคบลง เช่น ผลิต หมายความว่า ดำเนินการใดๆ เพื่อนำปิโตรเลียมขึ้นจากแหล่งสะสมและให้หมายความรวมถึงใช้กรรมวิธีใดๆ เพื่อทำให้ปิโตรเลียมอยู่ในสภาพที่จะขายหรือจำหน่ายได้ แต่ไม่หมายความรวมถึงกลั่นหรือประกอบอุตสาหกรรมเคมีปิโตรเลียม การที่กำหนดว่า “แต่ไม่หมายความรวมถึง” ก็เพื่อให้ความหมายของการผลิตไม่รวมขั้นตอนในการกลั่นด้วย

2.2.1.2 อธิบายศัพท์ทางเทคนิคหรือใช้แทนข้อความในกฎหมาย หรือย่อคำหรือข้อความในกฎหมายนั้น เพื่อจะได้ไม่ต้องเขียนให้ยาวเกินไป เช่น “คลื่นแฮตเซียน” หมายความว่า คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่มีความถี่ระหว่าง 10 กิโลไซเคลต่อวินาที และ 300,000,000 เมกกาไซเคลต่อวินาที “ก.ต.” หมายความว่า คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม “คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ หรือ “ข้าราชการ”

หมายความว่า ข้าราชการพลเรือนตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ข้าราชการฝ่ายตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ข้าราชการฝ่ายอัยการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ ข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย ข้าราชการครูตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการครู ข้าราชการรัฐสภาสามัญตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา ข้าราชการตำรวจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตำรวจ ข้าราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการทหาร ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญตามกฎหมายว่าด้วยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และข้าราชการซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นข้าราชการตามพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าผู้ร่างกฎหมายควรหลีกเลี่ยงการใช้คำนิยามเป็นคำย่อแทนข้อความในกฎหมาย การใช้คำนิยามในลักษณะเช่นนี้ควรเป็นกรณีจำเป็นเท่านั้น

2.2.2 แบบของการเขียนนิยาม

หลักเกณฑ์การกำหนดคำนิยาม

1) เขียนเพื่อให้เกิดความชัดเจนของถ้อยคำที่ใช้ในร่างกฎหมายนั้น เพื่อจะได้ไม่เกิดข้อสงสัยหรือเปิดโอกาสให้มีการตีความและต้องไม่เขียนกว้างเกินไปจนไม่ทราบขอบเขตของบทนิยามนั้น ใช้ภาษาที่เรียบง่าย ไม่ฟุ่มเฟือยมีความชัดเจนที่จะทำให้ประชาชนเข้าใจง่าย และหลีกเลี่ยงการเขียนบทนิยามที่มีลักษณะวากวนจนทำให้ไม่อาจทราบความหมายที่แน่นอนได้

2) เขียนเฉพาะที่มีความหมายไม่ชัดเจนหรือไม่ตรงตามความมุ่งหมายเท่านั้น บทนิยามมิใช่เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีในกฎหมายทุกฉบับ หากถ้อยคำสั้นมีความหมายชัดเจนอยู่แล้ว หรือถือตามความหมายทั่วไปตามที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมก็ไม่ต้องกำหนดบทนิยามให้สับสน เมื่อมีบทนิยามทำให้การแปลความหมายของคำที่ระบุ ต้องอยู่ในกรอบที่กำหนดไว้ตามบทนิยามนั้นไม่อาจแปลความตามทางศีลธรรม วัฒนธรรมของประชาชน หรือตามความก้าวหน้าในทางเทคโนโลยีเพื่อขยายความหรือจำกัดความได้

3) หลีกเลี่ยงการกำหนดบทนิยามโดยให้ขึ้นอยู่กับการออกกฎหมายลำดับรอง เพราะผู้ใช้กฎหมายจะไม่ทราบหลักเกณฑ์ว่าจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั้นเมื่อใด เช่น น้ำบาดาลหมายความว่า น้ำใต้ดินที่เกิดอยู่ในชั้นดิน กรวด หทรายหรือหิน ซึ่งอยู่ลึกจากผิวดินเกินความลึกที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่จะกำหนดความลึกน้อยกว่าสิบเมตรมิได้

4) เมื่อใช้ถ้อยคำใดเป็นบทนิยามแล้วต้องแปลความและใช้ให้เหมือนกันทุกมาตรา และผู้ใช้กฎหมายอ่านแล้วไม่สับสน และไม่ควรถูกกำหนดบทนิยามให้เป็นบทบังคับในกฎหมายเพราะการกำหนดบทนิยามเป็นการอธิบายความหมายของถ้อยคำในกฎหมาย จึงไม่ควรกำหนดเนื้อหาในส่วนที่เป็นสาระของกฎหมาย

5) หลีกเลี่ยงการกำหนดบทนิยามที่ขัดแย้งกับคำที่มีความหมายธรรมดา เช่น สัตว์น้ำ ก็ไม่สมควรให้หมายความว่าถึงพันธุ์ไม้น้ำ เพราะขัดแย้งกับความเข้าใจของบุคคลโดยทั่วไป แต่หากจำเป็นต้องการกำหนดให้กว้างกว่าความหมายปกติ ก็ควรต้องแยกเป็นความหมายที่เป็นความหมายปกติไว้ในส่วนต้นเพื่อจะได้เป็นความหมายหลัก แล้วจึงกำหนดให้ความหมายที่อยู่นอกเหนือจากความหมายปกติไว้ตอนท้าย

6) การกำหนดบทนิยามที่เป็นศัพท์ทางเทคนิค เช่น ซอฟต์แวร์ คลื่นแตรตเซียน นั้น สามารถกำหนดได้ แต่เมื่อกำหนดแล้วจะต้องจำกัดขอบเขตของบทนิยามนั้นไว้เฉพาะตามที่ให้ความหมายไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายบางฉบับก็มีการใช้เป็นคำธรรมดา โดยไม่กำหนดเป็นบทนิยาม แต่ถ้าในกฎหมายนั้นจำเป็นต้องจำกัดขอบเขตไว้ เนื่องจากเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของประชาชน และมีการกำหนดบทลงโทษไว้ด้วย ก็ควรกำหนดบทนิยามไว้ เพราะจะทำให้ประชาชนได้รับรู้ว่าจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั้น

7) บทนิยามที่มุ่งหมายจะใช้เฉพาะบางมาตรา หมวด หรือส่วน ไม่ควรกำหนดเป็นมาตราที่เป็นบททั่วไป แต่สมควรนำไปกำหนดไว้เป็นบทนิยามที่ใช้เฉพาะมาตรานั้น เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายและง่ายต่อการทำความเข้าใจ ในกรณีที่ต้องการกำหนดให้มีการใช้เฉพาะในบางหมวดหรือบางมาตรา ก็สมควรนำไปกำหนดไว้ใช้เฉพาะในหมวดหรือมาตรานั้น

8) ในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและต้องการกำหนดบทนิยาม ต้องตรวจสอบว่ามีการใช้ถ้อยคำนั้นเป็นบทนิยามอยู่แล้วหรือไม่ ถ้ามีต้องใช้ถ้อยคำตามบทนิยามนั้น และถ้าบทนิยามนั้นไม่มีการใช้ในที่อื่นแล้วเนื่องจากการแก้ไขในครั้งนั้นก็ต้องยกเลิกบทนิยามคำนั้นเพื่อไม่ให้เกิดข้อสงสัย

9) การกำหนดบทนิยามเพื่อให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต เนื่องจากถ้อยคำบางคำที่ใช้ในกฎหมายนั้นอาจมีความชัดเจนแล้ว แต่ในขณะเดียวกันก็อาจจะไม่ครอบคลุมถึงสิ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคต หรือถ้อยคำบางคำที่มีความหมายกว้างเกินกว่าจะนำมาบัญญัติเพื่อใช้บังคับกฎหมายในขณะนั้น และนโยบายจึงได้กำหนดให้แคบลง แต่ผู้ร่างกฎหมายก็อาจจะไม่แน่ใจว่า ผู้ใช้กฎหมายจะขยายความหมายของบทนิยามนั้นครอบคลุมไปถึงสิ่งหรือเหตุที่จะเกิดในอนาคตหรือไม่ กรณีเช่นนี้ การกำหนดคำนิยามก็อาจเปิดช่องให้ผู้มีอำนาจในการใช้กฎหมายนั้นสามารถประกาศกำหนดเพิ่มเติมได้ เช่น “ธุรกิจ” ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หมายความว่า กิจกรรมในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจกรรมอื่นที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

10) การกำหนดบทนิยามโดยการอ้างบทนิยามในกฎหมายอื่นนั้นสามารถกระทำได้ แต่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องคำนึงถึงว่า หากกฎหมายนั้นมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามนั้นในภายหลัง ก็ต้องมีความหมายตามบทนิยามดังกล่าวด้วย ดังนั้น ถ้าหากต้องการให้ยืดหยุ่นสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยการตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ยกอ้าง ก็ควรใช้วิธีลอกความหมายของนิยามตามกฎหมายอื่นนั้นมาบัญญัติไว้

11) การใช้ถ้อยคำในการกำหนดขอบเขตความหมายของบทนิยาม โดยทั่วไปการกำหนดขอบเขตความหมายคำนิยามจะมีการใช้อุปสรรคลักษณะ กล่าวคือ

(1) ใช้คำว่า “หมายความว่า” เมื่อต้องการอธิบายความหมายของคำนิยามนั้น เพราะความมุ่งหมายในการกำหนดนิยามนั้น เป็นการกำหนดความหมายของถ้อยคำที่จะใช้ในกฎหมายให้เกิดความชัดเจน อย่างไรก็ตาม ถ้าหากได้อ่านกฎหมายฉบับเก่าๆ จะมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน เช่น หมายความว่า หมายถึง คือ ได้แก่ รวมความว่า ซึ่งตามระบบการร่างกฎหมายในปัจจุบันไม่มีการกำหนดความหมายของคำนิยามโดยใช้ถ้อยคำดังกล่าวแล้ว

(2) ใช้คำว่า “ให้หมายความรวมถึง” เมื่อต้องการขยายความหมายของคำนิยาม นั้น ให้มีความหมายมากกว่าความหมายตามปกติ

(3) ใช้คำว่า “แต่ไม่หมายความรวมถึง” เมื่อต้องการจำกัดขอบเขตความหมายของคำนิยามนั้น ให้มีความหมายแคบกว่าปกติ”

12) ตำแหน่งของการเขียนบทนิยาม

โดยปกติแล้วตำแหน่งของบทนิยามควรอยู่ในส่วนต้นของกฎหมายเสมอ เป็นมาตราในลำดับต่อจากมาตรายกเลิกกฎหมาย ก่อนที่จะกล่าวในเนื้อความในบทบังคับของกฎหมาย เพราะจำเป็นต้องให้ผู้ร่างกฎหมายได้เข้าใจในเบื้องต้นของคำนิยามที่จะใช้ในกฎหมายนั้นว่า มีความหมายอย่างไร โดยในมาตราที่บัญญัติบทนิยามส่วนใหญ่มักจะขึ้นต้นด้วยความว่า “ในพระราชบัญญัตินี้” แล้ว จึงจะมีการกำหนดความหมายของคำนิยามที่จะใช้ในกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้มีความหมายเฉพาะที่หรือเฉพาะหมวดก็สามารถกำหนดความหมายให้อยู่เฉพาะในหมวดนั้นหรือในมาตรานั้น ซึ่งโดยทั่วไปจะขึ้นต้นว่า “ในหมวดนี้...” ในส่วนนี้...” หรือ “ในมาตรานี้...”

ในบางครั้งถ้าอ่านกฎหมายบางฉบับจะมีการเขียนในลักษณะคล้ายกับการอธิบายความหมายไว้ในบทบัญญัติบางมาตรา แต่เมื่ออ่านเนื้อหาทั้งหมดแล้ว ไม่เป็นการกำหนดความหมายของถ้อยคำ แต่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นสาระ (บทบังคับ) ของกฎหมายนั้น ในกรณีเช่นนี้แม้จะเป็นการกำหนดความหมายของถ้อยคำ แต่ก็มีใช้บทนิยามตามความมุ่งหมายที่กล่าวข้างต้น เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

13) การเรียงลำดับบทนิยามในพระราชบัญญัติ

โดยปกติก็ให้เรียงลำดับจากคำที่เป็นสาระสำคัญของร่างกฎหมายก่อน ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายจะได้เข้าใจในสาระของกฎหมายฉบับนั้น เมื่อกำหนดคำที่เป็นสาระของกฎหมายนั้นแล้วจึงไล่ลำดับคำนิยามที่มีความสำคัญรองลงไปตามลำดับ จนในที่สุดก็จะเป็นคณะกรรมการเลขาธิการสำนักงานและรัฐมนตรี

อย่างไรก็ดี ในการเรียงลำดับคำนิยามในบทนิยามนั้น ในบางครั้งผู้ร่างกฎหมายอาจมีการกำหนดคำนิยามที่เป็นลักษณะของกลุ่มคำที่มีลักษณะใกล้เคียงไว้ เช่น “เด็ก” “เด็กเร่ร่อน” “เด็กกำพร้า” การกำหนดคำนิยามในลักษณะดังกล่าวผู้ร่างกฎหมายจะต้องจัดเป็นกลุ่มคำนิยามในลักษณะเดียวกันไว้กลุ่มเดียวกันด้วย ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกในการอ่านกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายจะได้ทราบว่าถ้อยคำสั้นในกฎหมายมีการกำหนดความหมายไว้เป็นพิเศษหรือไม่ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546”⁹

2.2.3 มุมมองความหมายของคำว่า “ร่วมงาน หรือ ดำเนินงาน” ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ในหนังสือสัญญาของรัฐของศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์

⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือแบบการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 159-163.

“พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยการอนุญาตหรือให้สัมปทานหรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด” การพิจารณาว่าโครงการใดจะถือว่าเป็นการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการหรือไม่ ย่อมสามารถพิจารณาได้จากเนื้อหาของโครงการ โดยหากเป็นกรณีที่รัฐร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ก็ดี หรือแม้ว่าจะให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว แต่รัฐได้อนุญาตให้สัมปทานหรือให้สิทธิใดๆ ก็จะมีผลทำให้เป็นการที่เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการเข้าต้น นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการร่วมงานหรือดำเนินการที่น่าสนใจ กล่าวคือ กรณีที่คู่สัญญา มีสถานะเสมือนเป็นภาครัฐแต่แท้จริงมีสถานะเป็นเอกชน¹⁰

2.2.4 มุมมองความหมายของคำว่า “ร่วมงาน หรือ ดำเนินการ” ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ในบทความ “แนวทางการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ของ ดร.จรรุวรรณ เสงตรฤกล

ส่วนคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” นั้น ความหมายตามกฎหมายเป็นความหมายพิเศษที่มีขอบเขตกว้างจากความหมายที่เข้าใจโดยทั่วไป เพราะมิได้มุ่งหมายถึงการร่วมลงทุนในลักษณะของการนำเงินหรือทรัพย์สินหรือแรงงานมาเป็นทุนในการประกอบการค้าธุรกิจ แต่หมายความรวมถึง การมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยมีการอนุญาตให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดๆ แก่เอกชนนั้น ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนั้น การที่รัฐให้สิทธิบางประการแก่เอกชนไปเป็นส่วนหนึ่งในการดำเนินการ จึงถือว่าเป็นกรณีที่อยู่ในความหมายของ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” แต่ในปัจจุบันรูปแบบการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐอื่น ซึ่งเป็นการกระทำกิจการต่างๆ ตามอำนาจหน้าที่ของตน มีรูปแบบที่ใช้วิธีการในทางธุรกิจหรือมีลักษณะเป็นการว่าจ้างเอกชนเข้ามาทำกิจกรรมเช่น ดูแลระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมูลค่าสูง กรณีจึงเป็นปัญหาว่า จะถือว่าการกระทำกิจการนั้นๆ เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่¹¹

2.2.5 รูปแบบของการร่วมลงทุนในกิจการภาครัฐที่พบเสมอ ในมุมมองของศาสตราจารย์พิเศษ เข็มชัย ชุตินวงศ์

ในโครงการลงทุนในกิจการของรัฐที่เอกชนเข้าร่วมงานหรือร่วมลงทุนนั้นปัญหาหนึ่งที่มักพบเสมอ คือ การกำหนดรูปแบบของการร่วมงาน ซึ่งอาจแบ่งแยกเป็นประเภทได้ดังนี้

1) Build-Transfer-Operate (BTO) ในรูปแบบนี้เอกชนผู้ลงทุนจะต้องจัดหาเงินทุนและก่อสร้างถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่างๆ ในโครงการ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้ว เอกชนผู้ลงทุนจะโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมดรวมทั้งสิทธิ และหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินให้แก่หน่วยงานของรัฐ แต่จะยังมีสิทธิดำเนินการบริหารโดยใช้ทรัพย์สินดังกล่าวต่อไปได้จนครบอายุสัญญา

¹⁰ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, หนังสือสัญญาของรัฐ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 181.

¹¹ จรรุวรรณ เสงตรฤกล, แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, หน้า 4.

2) Build-Operate-Transfer (BOT) ในรูปแบบนี้เอกชนผู้ลงทุนจะจัดหาแห่งเงินทุน ก่อสร้างถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่างๆ ในโครงการเมื่อก่อสร้างเสร็จแล้ว เอกชนผู้ลงทุนจะยังคงถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการและดำเนินการบริหารงานต่อไปจนครบอายุสัญญาแล้วจึงโอนทรัพย์สินที่ก่อสร้างทั้งหมดให้แก่หน่วยงานของรัฐ

3) Build-Own-Operate (BOO) ในรูปแบบนี้เอกชนผู้ลงทุนจะจัดหาแห่งเงินทุน ก่อสร้างถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่างๆ ในโครงการ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้ว เอกชนผู้ลงทุนจะคงเป็นเจ้าของและดำเนินการบริหารงานต่อไปจนครบอายุสัญญา โดยไม่มีการโอนทรัพย์สินให้แก่หน่วยงานของรัฐ¹²

2.2.6 มุมมองความหมายคำว่า “ร่วมลงทุน” ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในบทความ “มุมมองของเอกชนต่อ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ของศาสตราจารย์พิเศษกิติพงษ์ อรุณีพัฒน์พงศ์

“พระราชบัญญัติใหม่ไม่ใช่คำว่า “ร่วมลงทุน” ซึ่งมีความหมายเดียวกันกับคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ของ พระราชบัญญัติเก่า คือ ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ผู้เขียนเห็นว่าความหมายดังกล่าว มีข้อน่าสังเกตว่าจะทำให้มีการตีความปรับใช้กฎหมายแบบกว้างเหมือนกัน พระราชบัญญัติเก่าเพราะมีลักษณะขอบเขตเนื้อหาที่ค่อนข้างกว้างมาก โดยจะเห็นได้จากตัวอย่างแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเคยได้ตีความเกี่ยวกับคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” เอาไว้เช่น การดำเนินการก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอย โดยเอกชนลงทุนก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะโดยวิธีการเช่าและนำพลังงานความร้อนไปใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าอันเป็นการให้สิทธิแก่เอกชน และกรณีที่รัฐลงทุนโครงสร้างพื้นฐานแต่ให้เอกชนจัดหาระบบอาณัติสัญญาและระบบรถไฟฟ้โดยเช่าโครงสร้างพื้นฐานโดยให้ภาคเอกชนเป็นผู้จัดเก็บรายได้ถือเป็นการให้สิทธิเอกชนในการเดินรถไฟฟ้จึงถือเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการ”¹³

2.2.7 หมายเหตุท้าย พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในปัจจุบัน ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะ

¹² Thailand Sector report, ‘Increasing Private Sector Participation and Improving Efficiency in State Enterprise’, Volume III-Annex, (World Bank 1994), p. 71, อ้างโดย เข็มชัย ชุตินวงศ์, “ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมทุน เอกชน เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ 1, 2556), หน้า 39.

¹³ กิติพงษ์ อรุณีพัฒน์พงศ์, “มุมมองของเอกชนต่อ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมทุน เอกชน เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ 1, 2556) หน้า 98-99.

กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป สมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

2.2.8 หมายเหตุท้าย พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ประกอบกับในปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้ ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้ มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลเป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพและเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมีการเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความโปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน กำกับดูแลส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศในการให้เอกชนร่วมลงทุน เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินและการคลังของประเทศในระยะยาวจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

2.2.9 เอกสารแสดงความเป็นมาของร่าง พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงประเด็นการนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน”

2.2.10 เอกสารแสดงสาระสำคัญของร่าง พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงประเด็นการนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน”

2.2.11 เอกสารแสดงรายละเอียดประเด็นการอภิปรายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สำคัญซึ่งผ่านการพิจารณาของวุฒิสภา

ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงประเด็นการนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน”

2.2.12 เอกสารแสดงคำชี้แจงความจำเป็นในการตรากฎหมายร่าง พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงประเด็นการนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน”

2.2.13 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่าง พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงประเด็นการนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน”

2.2.14 บทวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียและข้อสังเกตของร่าง พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงประเด็นการนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน”

2.2.15 รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556: กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย โดยนายธนกฤต วรณัชชากุล

เอกสารการวิจัยของ ดร. ธนกฤต ในหน้า 14 ข้อ 2.2.1 กล่าวถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ว่ามีการใช้ถ้อยคำกว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำนิยาม “ร่วมงานหรือดำเนินการ” จึงทำให้โครงการเกือบทุกโครงการที่ให้เอกชนเข้าดำเนินการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอยู่เสมอ และเมื่อต้องพิจารณาเป็นรายโครงการ โดยละเอียดก็มักมีปัญหา ต่อมาในส่วนของบทวิเคราะห์ปัญหาอันอาจเกิดจากการบังคับใช้ พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ข้อ 3.2.3 ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการที่คำนิยามในกฎหมายขาดความชัดเจน แต่กล่าวถึงเฉพาะคำนิยามคำว่า “หน่วยงานอื่นของรัฐ” ว่าอาจเกิดปัญหาในการตีความ แม้ว่า ดร. ธนกฤต จะไม่ได้กล่าวถึงในตอนบทวิเคราะห์ถึงปัญหาที่อาจเกิดจากการไม่นิยาม คำว่า “ร่วมลงทุน” แต่ในตอนต้นก็ได้กล่าวถึง เมื่อกฎหมายปี 56 ไม่ได้แก้ปัญหามาในประเด็นนี้ ปัญหาในการตีความย่อมมีเช่นเดิม เอกสารวิจัยฉบับนี้จึงเป็นส่วนเสริมที่สำคัญของเอกสารวิจัยของ ดร. ธนกฤต ที่มีได้วิเคราะห์ไว้ถึงประเด็นนี้

2.2.16 นโยบายสาธารณะตามมุมมองของ โทมัส อาร์ ดายเออ ในหนังสือ Understanding Public Policy

นโยบายสาธารณะคือ อะไรก็ตามที่รัฐบาลเลือกที่จะทำหรือไม่ทำ¹⁴

2.2.17 ประเภทของนโยบายสาธารณะ

“2.2.16.1 นโยบายสาธารณะประเภทการกำหนดข้อบังคับของสังคม (Regulatory policy) เป็นนโยบายที่เกี่ยวกับการออกกฎหมายและกติกากฎของสังคม

2.2.16.2 นโยบายสาธารณะประเภทการกระจายทรัพยากรของสังคม (Distributive Policy) เป็นนโยบายที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจและกระจายผลประโยชน์ของสังคมไปยังประชาชนให้มีอำนาจและผลประโยชน์ที่เท่าเทียมกันให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

¹⁴ Thomas R. Dye, *Understanding Public Policy*, Tenth Edition (Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ, 2002), p. 1

2.2.16.3 นโยบายสาธารณะประเภทการกระจายอำนาจหรือทรัพยากรของสังคมส่วนรวมเสียใหม่ (Redistributive policy) เป็นนโยบายสาธารณะเกี่ยวกับการกระจายสิทธิประโยชน์ให้แก่สังคมในเรื่องใหญ่ๆ เช่น การปฏิรูปที่ดินให้ประชาชนมีที่ทำกินโดยทั่วหน้าดังนี้ เป็นต้น

2.2.16.4 นโยบายสาธารณะประเภทศิลปวัฒนธรรมของสังคม (Cultural Policy) เป็นนโยบายเกี่ยวกับศาสนาต่างๆ อาจได้แก่ นโยบายเกี่ยวกับศาสนาพุทธ คริสต์ อิสลาม พราหมณ์ ฮินดูและซิกข์ เป็นต้น นโยบายศิลปวัฒนธรรมทั้งด้านวัตถุและวัฒนธรรมทางจิตใจจะเห็นได้จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับนโยบายประเภทนี้ เช่น สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ กรมศาสนาและกรมศิลปากร เป็นต้น¹⁵

2.3 สรุปกรอบแนวคิด

การดำเนินการศึกษาวิจัยรายงานการศึกษาส่วนบุคคลฉบับนี้จะนำเอาหลักอันเกิดขึ้นจากการ วิจัยโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้และตีความกฎหมายของประเทศเป็นสำคัญ มาวิเคราะห์ภายใต้กรอบของกฎหมายและกรอบนโยบายสาธารณะว่าเป็นแนวทางที่ถูกต้องหรือไม่อย่างไร โดยนำเอาแนวคิดทฤษฎีต่างๆ มาเป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์ เมื่อได้ข้อสรุปแล้ว ก็จะนำหลักดังกล่าวไปปรับปรุงบทนิยามที่มีอยู่ปัจจุบันให้ชัดเจนยิ่งขึ้น หลังจากนั้น ก็จะนำเอาบทนิยามที่ได้ปรับปรุงแล้วไปขอข้อคิดเห็นจากผู้มีประสบการณ์ในกฎหมายสายนี้เพื่อปรับปรุงให้ดียิ่งขึ้น หลังจากนั้น นำเอาข้อคิดเห็นจากบุคคลข้างต้นแล้ว ก็นำมาปรับปรุงคำนิยาม ท้ายที่สุด ก็นำเอาคำนิยามนั้นมาประเมินประสิทธิภาพโดยนำมาปรับใช้กับกรณีศึกษาซึ่งเป็นโครงการที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วเพื่อทดสอบว่าคำนิยามนั้นใช้ได้จริงหรือไม่ อย่างไร

¹⁵ บุญเลิศ ไพรินทร์, รัฐประศาสนศาสตร์ แนวคิด ทฤษฎี และวิธีปฏิบัติ, หน้า 59-60.

บทที่ 3 ผลการศึกษา

3.1 หลักการสำคัญ

จากแนวคิดทฤษฎี และข้อมูลต่างๆ ที่ระบุไว้ในบทที่ 2 เมื่อนำมาวิเคราะห์ประมวลผลแล้ว ได้หลักการสำคัญอันถือเป็นแนวทางการบังคับใช้กฎหมายในส่วนคำนิยามคำว่า การ “ร่วมลงทุน” ตาม พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งมีความหมายตามบทนิยาม เช่นเดียวกับคำนิยามคำว่า “การร่วมงานหรือดำเนินการ” พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ยังผลให้แนวทางการบังคับใช้ต้องเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ถ้อยคำเดียวกันในกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องเดียวกัน ต้องมีความหมายเหมือนกัน” โดยนำเสนอหลักการพร้อมไปกับการวิเคราะห์ภายใต้กรอบกฎหมายและนโยบายสาธารณะ ดังต่อไปนี้

3.1.1 การจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 749/2535, คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 577/2544, คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 476/2545

3.1.2 แม้เป็นการจ้างทำของ แต่หากให้เอกชนมาลงทุนต่างๆ โดยมีผลตอบแทนอย่างอื่น นอกจากค่าจ้างแล้ว ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 167/2551

3.1.3 การกำหนดวงเงินค่าจ้างเป็นรายปีตามจำนวนของการใช้บริการ โดยไม่มีค่าตอบแทนอื่น นอกเหนือจากค่าจ้าง ไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 228/2550

3.1.4 แม้จะมีการเรียกค่าตอบแทนนั้นว่าค่าจ้างก็ตาม แต่ค่าจ้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นการย่ำคืนค่าลงทุนให้แก่เอกชนรวมอยู่ในค่าตอบแทนด้วย เป็นการ “ร่วมลงทุน” คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 284/2552

3.1.5 การที่รัฐและเอกชนต้องร่วมกันรับผลกำไรหรือขาดทุนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เป็นตัวแปรสำคัญในการที่จะถือว่าเป็นการ “ร่วมลงทุน” ในส่วนของการร่วมลงทุนกับเอกชน ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 222/2550 และคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 228/2550

3.1.6 มีสำคัญว่าโครงการจะต้องเริ่มโดยภาครัฐเท่านั้น แม้เอกชนจะเป็นผู้เริ่มการลงทุนในกิจการของรัฐก็ตาม ก็ถือเป็น “การร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 727/2535 อันเป็นการกลับคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาเดิมที่ถือว่า

จะต้องเป็นการริเริ่มโดยภาครัฐเท่านั้น ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 167/2551

3.1.7 การทำธุรกรรมซื้อขายอันเป็นเรื่องที่จะต้องกระทำเป็นปกติในทางธุรกิจระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 163/2536

3.1.8 การที่ภาครัฐถือหุ้นร่วมกับเอกชนในบริษัทเป็นการตกลงเข้าทำกิจการโดยนำเงินมาลงทุนเป็นหุ้น เป็นลักษณะของการลงทุนประเภทหนึ่ง ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” รวมทั้งกรณีขายหุ้นทั้งหมดให้แก่เอกชนขายหุ้นดังกล่าวทั้งหมดให้แก่ผู้ร่วมทุนรายใหม่ซึ่งเป็นเอกชน ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 130/2543, คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 78/2546, คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 31/2547 และคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 135/2548

3.1.9 แต่การเสนอขายหุ้นต่อประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ นั้น เป็นการขายให้แก่ประชาชนโดยทั่วไปในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งมูลค่าการซื้อขายก็จะขึ้นไปตามกลไกของตลาดหลักทรัพย์มิใช่เอกชนคนใดจะได้ไปเป็นประโยชน์แต่เฉพาะตนจนไม่เป็นธรรมแก่ส่วนรวม การดำเนินการกระจายหุ้นโดยนำออกขายในตลาดหลักทรัพย์ ไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 163/2536

3.1.10 การที่หน่วยงานของรัฐจะเข้าถือหุ้นของบริษัทเอกชนตามเงื่อนไขของสัญญาโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งที่กำหนดให้ มีอำนาจถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด เพื่อประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการได้ เป็นการที่หน่วยงานของรัฐเข้าถือหุ้นใน BMCL อันเป็นธุรกิจของเอกชน มิใช่เป็นกรณีที่เอกชนเข้าไปร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 163/2536 อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ไม่น่าจะถูกตั้งเนื่องจากเหตุผลของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ว่าเป็นการที่ รพม. เข้าถือหุ้นในกิจการของเอกชนตามสัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้าระยะบูไว ซึ่ง รพม. มีอำนาจตามกฎหมายให้กระทำได้ โดยเป็นไปตามที่สัญญาสัมปทานหลัก จึงไม่เป็นการร่วมงานหรือดำเนินการนั้น ไม่ถูกต้อง ด้วยเหตุที่ว่าตามกรณีเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนโดยวิธีการเข้าถือหุ้น ซึ่งเป็นไปตามที่ มาตรา 5 บทนิยาม “ร่วมลงทุน” ระบุว่า “หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดๆ...” (ซึ่งแนวความเห็นของผู้เขียนนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้วินิจฉัยในเรื่องเสร็จที่ 31/2547 ไปในทิศทางเดียวกันว่า การที่ การที่ กพฟ. จะเข้าถือหุ้นในบริษัทราชบุรีพลังงาน เป็นจำนวนร้อยละ 49 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายทั้งหมดตามบันทึกข้อตกลงการเข้าถือหุ้นบริษัทราชบุรีพลังงาน เป็นวิธีการร่วมทุนอย่างหนึ่ง) แต่เหตุที่ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ก็เนื่องจากการดำเนินการตามสัญญาที่ได้ผ่านกระบวนการตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว ดังที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานคร สายเฉลิมมงคลได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยครบถ้วนแล้ว และในสัญญาสัมปทานได้ระบุให้ รพม. มีสิทธิในการซื้อหุ้นการซื้อหุ้นดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการตามสัญญาสัมปทานที่ได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้ว

3.1.11 ข้อตกลงที่มีลักษณะเพียงกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดโดยมิได้มีผลกระทบต่อขอบเขตที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจากภาครัฐตามสัญญาสัมปทานหลักและมีได้ให้เอกชนได้ลงทุนอื่นใดเพิ่มเติม ไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 292/2550

3.1.12 ให้สิทธิเอกชนที่บริหารทรัพย์สินของรัฐ หรือเช่าทรัพย์สิน ไม่ว่าจะการจัดให้เช่านั้นจะมีเงื่อนไขว่าผู้เช่าจะก่อสร้างอาคารในที่ดินของรัฐที่เช่าเพื่อยกกรรมสิทธิ์ให้แก่รัฐ ถือว่าเป็นการ “ร่วมลงทุน” ดังเห็นได้จากคณะกรรมการการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 587/2538, คณะกรรมการการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 239/2542, คณะกรรมการการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 324/2544

3.1.13 การ “ร่วมลงทุน” กับเอกชน หมายถึงการร่วมลงทุนกับรัฐต่างชาติหรือองค์การระหว่างประเทศด้วย เนื่องจากแต่เดิม พ.ร.บ. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “เอกชน” จึงเกิดการตีความว่าบริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้น 100 % ไม่ใช่เอกชน ไม่ถือเป็น “การร่วมงานหรือดำเนินการ” และสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศอันมีฐานะเป็นองค์กรภายใต้ความร่วมมือระดับรัฐ ไม่ใช่เอกชน ไม่ถือเป็น “การร่วมงานหรือดำเนินการ” ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 288/25541 และคณะกรรมการการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 292/2546 แต่ตาม พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้นิยามคำว่า “เอกชน” หมายความว่า “บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีใช้หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐบาลไทย” ดังนั้น เมื่อบริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้น หรือแม้รัฐต่างชาติเอง รวมทั้งสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศอันมีฐานะเป็นองค์กรภายใต้ความร่วมมือระดับรัฐ ไม่ใช่บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีใช้หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐบาลไทย ย่อมต้องถือเป็นเอกชนยังผลให้ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน”

โดยหลักการสำคัญทั้งหมดข้างต้นยกเว้นข้อ 3.2.10 เมื่อได้พิจารณาแล้ว ปรากฏว่าแนวทางดังกล่าวก็เป็นไปตามกับหลักการตีความของกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทั้งไม่ได้ขัดกับนโยบายสาธารณะของรัฐที่ต้องการกระจายทรัพยากรของสังคม (Distributive Policy) เป็นนโยบายที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจและกระจายผลประโยชน์ของสังคมไปยังประชาชนให้มีอำนาจและผลประโยชน์ที่เท่าเทียมกันให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้แต่อย่างใด

3.2 การปรับปรุงนิยามศัพท์ตามหลักการสำคัญ

พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 4 ได้นิยามคำว่า “ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ซึ่งขาดความชัดเจนและก่อปัญหาดังที่ได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้แล้ว จึงสมควรปรับปรุงคำนิยามให้ชัดเจนและดียิ่งขึ้นโดยนำมาจากหลักการสำคัญที่เกิดจากการวิเคราะห์ในข้อ 3.1 โดยนำเอาแนวทางและหลักในการนิยามศัพท์ตามคู่มือร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกามาเป็นแนวทางประกอบ ดังปรากฏต่อไปนี้

“ร่วมลงทุน” หมายความว่า

1. การร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด ให้หมายความรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะการร่วมลงทุนในรูปแบบการถือหุ้นร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือขายหุ้นให้เอกชน แต่ไม่หมายความรวมถึงกรณีการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนเป็นการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยตัวแปรสำคัญในการพิจารณาประการหนึ่งคือ การที่หน่วยงานของรัฐและเอกชนต้องร่วมกันรับผลกำไรขาดทุนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม หรือ

2. การมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ให้หมายความรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะการให้สิทธิเอกชนบริหารจัดการทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐหรือเช่าทรัพย์สินจากหน่วยงานของรัฐ แต่ไม่หมายความรวมถึงการจ้างทำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าค่าจ้างจะกำหนดวงเงินค่าจ้างเป็นรายปีตามจำนวนของการดำเนินการ แต่จะต้องไม่มีค่าตอบแทนอื่นๆ นอกจากค่าจ้าง หรือค่าจ้างมีลักษณะเป็นการจ่ายค่าตอบแทนอื่นคั้นการลงทุนให้กับเอกชนรวมอยู่ในค่าจ้าง, การทำธุรกรรมซื้อขายอันเป็นเรื่องที่ต้องกระทำเป็นปกติในทางธุรกิจ, ข้อตกลงที่มีลักษณะเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดที่ไม่มีผลกระทบต่อขอบเขตที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจากหน่วยงานของรัฐตามสัญญาสัมปทาน และมีได้ให้เอกชนได้ลงทุนอื่นใดเพิ่มเติม

3. โดยไม่สำคัญว่าการร่วมลงทุนกับเอกชน หรือ มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดตามข้อ 1 และข้อ 2 จะริเริ่มโดยหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน

4. เอกชน ให้หมายรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะบริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้นหรือแม้รัฐต่างชาติเอง รวมทั้งสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศอันมีฐานะเป็นองค์กรภายใต้ความร่วมมือระดับรัฐด้วย”

3.3 การปรับปรุงนิยามศัพท์ตามข้อคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

3.3.1 ข้อคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

3.3.1.1 นายธรรมภ์ ชาติจันทร์

ปัจจุบัน ดำรงตำแหน่งรองอธิการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ 2, กรรมการบริษัท IRPC จำกัด (มหาชน) และอาจารย์พิเศษ วิชากฎหมายว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศ หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง นายธรรมภ์ ได้สำเร็จการศึกษา นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง เนติบัณฑิตไทย และนิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยบรีสตอล ประเทศอังกฤษ โดยนายธรรมภ์ ได้มีประสบการณ์ตรวจร่างสัญญาของรัฐมากกว่า 20 ปี ผ่านงานเกี่ยวกับกฎหมายร่วมทุนเป็นอันมากจากการตรวจสัญญาภาครัฐ รวมทั้งได้รับมอบหมายให้เป็นคณะกรรมการกำกับดูแลโครงการตามกฎหมายร่วมทุนอีกด้วย

จากมุมมองของนายธรรมภ์ เห็นว่าการกำหนดนิยามให้ชัดเจนยิ่งขึ้นเป็นเรื่องที่ดีมากเนื่องจากตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันของกฎหมายร่วมลงทุนของไทยนั้น ความหมายของคำว่าร่วมงานหรือดำเนินการ หรือร่วมลงทุน ไม่ชัดเจนทำให้เกิดการตีความกันอย่างมากมาย เสียเวลาและทรัพยากรของภาครัฐในการต้องพิจารณาในประเด็นนี้โดยไม่จำเป็น และหากตีความผิดไปว่าไม่

เป็นร่วมลงทุน แต่หากที่จริงแล้วเป็นการร่วมลงทุน การจะเกิดปัญหาที่ตามมาอีกมากมายแก่ภาครัฐและภาคเอกชน การทำวิจัยในประเด็นนี้เพื่อสร้างแนวทางที่ชัดเจนจึงเป็นเรื่องดี

ในส่วนคำนิยามนั้น นายธรรมพ์ รู้สึกประทับใจในความมุ่งมั่นและตั้งใจที่สกัดหลักการสำคัญออกมาได้อย่างดีและถูกต้อง ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากมาก และการเขียนคำนิยามก็ยากพอๆ แต่ก็ขอให้ปรับปรุงอยู่ประการหนึ่งกล่าวคือ ในส่วนข้อ 4 ที่ระบุว่า “เอกชน หมายถึงรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะ บริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้น หรือแม้รัฐต่างชาติเอง รวมทั้งสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศอันมีฐานะเป็นองค์กรภายใต้ความร่วมมือระดับรัฐด้วย” นั้น ส่วนนี้ไม่น่าจะเกี่ยวข้องกับนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน” เพราะในบทนิยามของ พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 4 ได้มีการนิยามคำว่า “เอกชน” แล้ว ถ้าจะปรับแก้ควรจะไปแก้ในส่วนนั้น อย่างไรก็ตาม เห็นว่าในกรณีนี้คำนิยามในส่วนนี้ของคำว่า “เอกชน” ชัดเจนอยู่แล้วว่า “บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีใช้หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐบาลไทย” ไม่ว่าจะบริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้น, รัฐวิสาหกิจของรัฐต่างชาติ, รัฐต่างชาติ หรือสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศ ย่อมไม่ใช่บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีใช้หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐบาลไทยอย่างแน่นอน ในส่วนนี้จึงชัดเจนอยู่แล้ว ไม่ต้องไปปรับแก้คำนิยามอีก

3.3.1.2 นายชัชเวชช์ ชิดวารกรณ์

ปัจจุบันดำรงตำแหน่งหุ้นส่วน (Partner) ของบริษัท สยามพีริเมียร์ (ประเทศไทย) จำกัด จบการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (เกียรตินิยม) จาก London School of Economics ประเทศอังกฤษ โดยงานหลักของนายชัชเวชช์ คือ Foreign Direct Investment จึงต้องรองรับงานด้านกฎหมายที่ต่างชาติมาลงทุนในไทยอยู่ตลอดเวลา นอกจากนี้ นายชัชเวชช์ ยังมีส่วนสำคัญในการที่สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะจัดทำคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs จัดทำโดยสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะอีกด้วย

สิ่งที่นักลงทุนต่างชาติกังวลมากในการลงทุนคือเรื่องกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับ นักลงทุนจากประเทศที่พัฒนา ความไม่ชัดเจนของกฎหมายทำให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจกว้าง บางครั้งการตีความก็ยากที่จะคาดหมายได้ เป็นอุปสรรคในการลงทุนที่สำคัญประการหนึ่ง อะไรคือการร่วมลงทุนนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง เพราะหากเป็นแล้วและต้องปฏิบัติตามกฎหมายร่วมลงทุนก็จะมีขั้นตอนและกฎเกณฑ์มากมาย นำไปสู่ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่เพิ่มขึ้นและราคาในการประมูลที่สูงขึ้น ดังนั้น ในเรื่องนี้ จึงต้องมีความชัดเจน ซึ่งหนังสือและตำราปัจจุบันเกี่ยวกับเรื่องนี้ก็แทบจะไม่มีและไม่ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน จึงขอชื่นชมผู้ที่ทำวิจัยในเรื่องนี้ เพราะเป็นประโยชน์แก่ที่ต่างชาติจะมาลงทุนอย่างแท้จริง

ในส่วนคำนิยามเห็นด้วยทุกประการ เว้นแต่ในส่วนของการให้เอกชนเช่าทรัพย์สินจากหน่วยงานของรัฐเพราะการเช่าเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้หากเป็นการเช่าเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวของผู้ให้เช่า เช่น เช่าที่ดินเพื่อทำธุรกิจค้าขายสินค้า ไม่น่าจะถือเป็นการร่วมลงทุนในลักษณะการให้สิทธิ แต่หากเป็นการเช่าที่ดินหรืออาคารเพื่อนำบริหารจัดการต่อ เช่น เช่าอาคารของรัฐ แล้วนำไปบริหารจัดการ ยกตัวอย่างเช่น นำให้เช่าต่อ เช่นนี้ย่อมถือเป็นการร่วมลงทุนในลักษณะการให้สิทธิ

3.3.1.3 นายศิระ สว่างศิลป์

ปัจจุบัน ดำรงตำแหน่งอัครราชทูตที่ปรึกษา สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงวอชิงตัน จบการศึกษานิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และนิติศาสตร์มหาบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยทูเลน ประเทศสหรัฐอเมริกา ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเคยปฏิบัติราชการอยู่ที่กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย ดูแลงานเกี่ยวกับความตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าการลงทุน เคยปฏิบัติราชการในต่างประเทศเป็นเวลากว่า 10 ปี ไม่ว่าจะเป็นประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศสเปน และประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีบทบาทสำคัญประการหนึ่งในการส่งเสริมการค้าการลงทุนในประเทศไทย ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ต่างชาติไม่มั่นใจมาลงทุนในประเทศไทยคือ กฎหมายที่ไม่ชัดเจน ถ้ากฎหมายมีความชัดเจน ต่างชาติก็สามารถบริหารความเสี่ยงในการลงทุนและสร้างความโปร่งใสและความเป็นสากลได้ ในฐานะอัครราชทูตที่ปรึกษาก็สามารถนำกฎหมายที่ชัดเจนนี้ไปเผยแพร่ให้ข้อมูลแก่ต่างชาติเพื่อสร้างความมั่นใจในการมาลงทุนในประเทศไทย ประเทศไทยมีจุดแข็งในการที่เป็น Supply Chain อยู่แล้ว ถ้ากฎหมายมีความชัดเจน ต่างชาติก็จะกล้ามาลงทุนมากขึ้น ขยายเศรษฐกิจได้อีก ธุรกิจของประเทศอเมริกานั้นก็สามารถนำมาร่วมลงทุนกับภาครัฐของไทยได้ หลายประเภทไม่ว่าจะเป็นด้านการขนส่งมวลชน หรือพลังงานทางเลือก หรือนวัตกรรมต่างๆ ซึ่งพร้อมที่จะมาลงทุนในประเทศไทย ขณะเดียวกันนี้ กระทรวงการต่างประเทศก็ดำเนินนโยบาย Science Diplomacy ด้วยอันจะเป็นการเชื่อมบริษัทต่างชาติที่มีวิทยาการมาร่วมลงทุนกับภาครัฐของเรา

3.3.1.4 นางจิราพรพรรณ มลิตทอง

ปัจจุบันดำรงตำแหน่งนักวิชาการพาณิชย์เชี่ยวชาญ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ จบการศึกษา BBA. มหาวิทยาลัยรามคำแหง และ MPA. มหาวิทยาลัยนิด้า เคยดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครเฉิงตู 4 ปี และทำงานอยู่กรมส่งเสริมการค้าส่งออก กว่า 30 ปี ตอนดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครเฉิงตู ดูแลทั้งการค้าและการลงทุน ทำ Business Match ด้านการค้าและการลงทุนระหว่างไทย-จีน

การกำหนดกฎหมายที่ชัดเจนเป็นผลดีต่อการลงทุน เพราะจะนำข้อมูลที่ชัดเจนไปประกอบการตัดสินใจในการลงทุนที่ประเทศไทยในด้านต่างๆ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนที่ชัดเจนและตอบโจทย์ได้ ก็จะทำให้การตัดสินใจของนักลงทุนง่ายขึ้น เพราะประเทศไทยมีบรรยากาศที่เป็นมิตรต่อการลงทุนอยู่แล้ว เนื่องจากประเทศเราต้องการขยายการเติบโตทางเศรษฐกิจภายในประเทศ

ประเทศจีนมีศักยภาพในการลงทุนในต่างประเทศที่สูงมาก เนื่องจากรัฐบาลจีนสนับสนุน นโยบายชื่อว่า “ก้าวออกไป” โดยสนับสนุนให้ผู้ประกอบออกไปลงทุนทั่วโลกที่มีโอกาสในทางธุรกิจ ซึ่งบริษัทในประเทศจีนก็มีศักยภาพในการลงทุนหรือรับสัมปทานในธุรกิจหลายประเภท เช่น รถไฟความเร็วสูง, การสื่อสารโทรคมนาคม และการบริหารจัดการน้ำในลักษณะเขื่อน กระแสไฟฟ้าพลังน้ำดังเห็นได้จากการสร้างเขื่อนสามโตรกในแม่น้ำแยงซีเกียง

3.3.2 การปรับปรุงนิยามศัพท์ตามข้อคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

เห็นด้วยกับนายธรรมพ์ฯ ว่า คำว่า “เอกชน” ได้มีนิยามไว้แล้ว และหากพิจารณา ก็จะเข้าใจได้ว่า บริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้น, รัฐวิสาหกิจของรัฐต่างชาติ, สถาบันที่จัดตั้ง

ขึ้นด้วยความตกลงระหว่างประเทศถือเป็นเอกชนนั้น เห็นว่าแม้จะพิจารณาได้จากคำนิยามคำว่า “เอกชน” แต่ก็อาจเกิดปัญหาจากการใช้ดุลยพินิจจากผู้ตีความได้ ดังนี้ เพื่อความชัดเจนแก่ผู้ปฏิบัติการตามกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งเอกชนที่อาจไม่ได้มีความรู้ความเข้าใจมากเท่ากับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งก็จะสอดคล้องตามแนวคิดทางกฎหมายมหาชนที่ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายระบุให้อำนาจไว้เท่านั้น จึงได้คงไว้มิได้ตัดออกตามที่นายธรรม์ฯ เสนอ

ในส่วนของนายชัชเวชฯ ที่กล่าวคือ การให้เอกชนเช่าทรัพย์สินจากหน่วยงานของรัฐเพราะการเช่าเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้หากเป็นการเช่าเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวของผู้ให้เช่า เช่น เช่าที่ดินเพื่อทำธุรกิจค้าขายสินค้า ไม่น่าจะถือเป็นการร่วมลงทุนในลักษณะการให้สิทธิ แต่หากเป็นการเช่าที่ดินหรืออาคารเพื่อนำบริหารจัดการต่อ เช่น เช่าอาคารของรัฐ แล้วนำไปบริหารจัดการ ยกตัวอย่างเช่น นำให้เช่าต่อ เช่นนี้ ย่อมถือเป็นการร่วมลงทุนในลักษณะการให้สิทธินั้น ไม่อาจเห็นพ้องด้วยเนื่องจากการให้เช่าทรัพย์สินตามพ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นการเช่าขนาดใหญ่มีวงเงินถึง 1,000 ล้านบาท จึงเป็นการให้เช่าทรัพย์สินขนาดใหญ่ จึงอาจมองได้ว่าการที่เอกชนได้สิทธิการเช่าจากหน่วยงานของรัฐนั้น เป็นการได้สิทธิโดยมีการจ่ายค่าตอบแทน ซึ่งหากดูแนวความคิดทางสากลแล้วแม้จะไม่เหมือนกันเสียทั้งหมด แต่ก็ไปในทำนองเดียวกัน Lease-Develop-Operate (LDO) ที่กล่าวไว้ในข้อ 2.1.1.12 ในบทที่ 2 นอกจากนี้ หากพิจารณาจากการดำเนินธุรกิจปกติแล้ว การให้เช่าทรัพย์สินมูลค่าถึง 1,000 ล้านบาท จะมองว่าไม่ได้เป็นการให้สิทธิ คงเป็นไปได้ยาก ตามกรณีย่อมจะถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” จึงไม่แก้ไขตามที่นายชัชเวชฯ เสนอ คำนิยามจึงคงเดิมโดยมิได้มีการแก้ไข

3.4 การทดสอบประสิทธิภาพของคำนิยามโดยการนำมาปรับใช้กับกรณีศึกษา

3.4.1 กรณีศึกษาที่ 1 การขายหุ้นของรัฐในรัฐวิสาหกิจให้แก่เอกชน (กรณีที่กระทรวงการคลังจะขายหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) และกรณีที่บริษัท การบินไทยฯ จะขายหุ้นเพิ่มทุน)¹⁶

“กระทรวงการคลังได้มีหนังสือ ต่วนที่สุด ที่ กค 0529.2/16131 ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2541 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความว่า กระทรวงการคลังขอหารือการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เกี่ยวกับการขายหุ้นของรัฐในรัฐวิสาหกิจให้กับเอกชน เช่น การที่กระทรวงการคลังและธนาคารออมสินซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจถือหุ้นบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นสายการบินแห่งชาติ จำนวน 1,299.90 ล้านหุ้น หรือคิดเป็นร้อยละ 92.85 โดยกระทรวงการคลังประสงค์จะขายหุ้นที่กระทรวงการคลังถืออยู่จำนวนหนึ่ง และบริษัทการบินไทยฯจะขายหุ้นเพิ่มทุนอีกจำนวนหนึ่งให้แก่เอกชน จึงขอหารือเกี่ยวกับการขายหุ้น ในกรณีต่างๆ ดังนี้

¹⁶ ข้อเท็จจริงจากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 163/2536 เรื่อง การขายหุ้นของรัฐในรัฐวิสาหกิจ ให้แก่เอกชน (กรณีที่กระทรวงการคลังจะขายหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) และกรณีที่บริษัท การบินไทยฯ จะขายหุ้นเพิ่มทุน)

1) การที่กระทรวงการคลังจะขายหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัทการบินไทยฯ ให้แก่เอกชน โดยวิธีเฉพาะเจาะจง (private placement) ให้แก่พันธมิตรร่วมทุน (strategic partner) จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่

2) การที่บริษัทการบินไทยฯ จะขายหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทให้แก่เอกชนโดยวิธีเฉพาะ เจาะจง ให้แก่พันธมิตรร่วมทุน จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่

3) หากการขายหุ้นตามข้อ 1 หรือข้อ 2 ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หน่วยงานที่เป็นเจ้าของโครงการ คือ กระทรวงการคลังหรือบริษัทการบินไทยฯ ใช่หรือไม่ และการขายหุ้นตามข้อ 1 และข้อ 2 ยังคงต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจำหน่ายกิจการหรือหุ้นที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นเจ้าของ พ.ศ. 2504 หรือระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจำหน่ายหุ้นและซื้อหุ้นของส่วนราชการ พ.ศ. 2535 ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 24 วรรคสี่ ด้วยหรือไม่”

เมื่อพิจารณากรณีศึกษาข้างต้น คำถามที่ตรงกับประเด็นการนิยามคำว่า “ร่วมลงทุน” คือ คำถามที่ 1 และ 2 ข้างต้น จึงจะตอบคำถามเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องเท่านั้น โดยไม่ว่าจะเป็นคำถามที่ 1 และ 2 ก็จะต้องเป็นการ “ร่วมลงทุน” ทั้งสิ้น เนื่องจากคำนิยามได้กำหนดไว้โดยชัดเจนว่า “ร่วมลงทุน” หมายความว่า การร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หมายรวมถึง แต่ไม่จำกัด เฉพาะการร่วมลงทุนในรูปแบบการถือหุ้นร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือขายหุ้นให้เอกชน แต่ไม่รวมถึงกรณีการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนเป็นการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์... ดังนั้น การที่กระทรวงการคลังหรือการบินไทยฯ ขายหุ้นให้เอกชนโดยวิธีเฉพาะเจาะจง (private placement) จึงถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” เนื่องจากเข้าตามกรณีนิยามศัพท์ในส่วนที่ว่า การขายหุ้นให้กับเอกชน และไม่ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นที่ว่า “ไม่รวมถึงกรณีการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนเป็นการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์” เพราะกรณีนี้เป็นการขายหุ้นโดยเฉพาะเจาะจง มิใช่การเสนอขายหุ้นต่อประชาชนเป็นการทั่วไป

ผลลัพธ์ของการปรับใช้คำนิยามก็มีผลลัพธ์เดียวกับคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องนี้ อันแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพของคำนิยามที่สร้างความชัดเจนให้แก่การบังคับใช้กฎหมายและหลีกเลี่ยงการตีความอันไม่จำเป็น ประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย

3.4.2 กรณีศึกษาที่ 2: การจ้างให้เอกชนขนมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยไปทำลาย โดยวิธี ฝังกลบ¹⁷

“กรุงเทพมหานครได้มีหนังสือ ที่ กท 0405/5712 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 2550 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า กรุงเทพมหานครได้ประสบปัญหาการกำจัดมูลฝอยทั้งด้านปริมาณและวิธีการกำจัดมูลฝอย ซึ่งได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตลอดมา จึงได้มีนโยบายว่าจ้างเอกชนขนมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยของกรุงเทพมหานคร ซึ่งมีอยู่ 2 แห่ง คือ โรงงานกำจัดมูลฝอยหนองแขม และโรงงานกำจัดมูลฝอยอ่อนนุช รวมทั้งยังมีสถานีขนถ่ายมูลฝอยอีก

¹⁷ ข้อเท็จจริงจากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที 167/2551 เรื่องการจ้างให้เอกชนขนมูลฝอยจาก โรงงานกำจัดมูลฝอยไปทำลายโดยวิธีฝังกลบ

1 แห่ง คือ สถานีขนถ่ายมูลฝอยท่าแร่ แล้วจึงขนส่งไปทำลายด้วยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะ โดยได้มีการว่าจ้างเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ 3 ราย คือ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ บริษัท วัสดุภัณฑ์ธุรกิจ จำกัด และบริษัท กลุ่ม 79 จำกัด ซึ่งจากการดำเนินการที่ผ่านมาสามารถลดผลกระทบจากปริมาณมูลฝอยคงค้างในบริเวณโรงงานกำจัด มูลฝอยได้เป็นจำนวนมาก ซึ่งการจ้างเหมาเอกชนขนมูลฝอยไปทำลายโดยวิธีฝังกลบมีจำนวน 3 โครงการ ดังต่อไปนี้

1) โครงการจ้างเหมาเอกชนขนมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยอ่อนนุช และนำไปทำลายด้วยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะโดยอัดและห่อมูลฝอยด้วยแผ่นพลาสติก (Wrapping) ตามสัญญาเลขที่ สนร. 52/2547 ลงวันที่ 20 กรกฎาคม 2547 ซึ่งกำหนดให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ ผู้รับจ้างทำการขนมูลฝอยจากสถานีขนถ่ายมูลฝอยของกรุงเทพมหานคร ที่โรงงานกำจัดมูลฝอยอ่อนนุช เขตประเวศ กรุงเทพมหานคร วันละไม่น้อยกว่า 1,800 ตัน โดยทำการขนส่งมูลฝอยด้วยรถขนส่งมูลฝอยของผู้รับจ้างที่มีประสิทธิภาพแล้วนำไปทำลายด้วยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะ โดยอัดและห่อมูลฝอยด้วยแผ่นพลาสติก (Wrapping) ณ สถานที่ฝังกลบมูลฝอยที่ตำบลท่าถ่าน อำเภอพนมสารคาม จังหวัดฉะเชิงเทรา ซึ่งเป็นที่ดินของผู้รับจ้างในราคา 512 บาท ต่อตันน้ำหนักมูลฝอยที่ขนเข้าสู่สถานีขนถ่ายระยะเวลา 10 ปี และหรือตามวงเงิน 3,546,000,000 บาท ซึ่งแล้วแต่ว่าอย่างไรจะถึงกำหนดก่อนกันหากงบประมาณหมดก่อนและระยะเวลาจ้างเหมาอยู่ เหลืออยู่ และกรุงเทพมหานครมีความประสงค์จะจ้างเหมาต่อไป ผู้รับจ้างจะต้องดำเนินการขยายเวลาสัญญาตามความประสงค์ของกรุงเทพมหานคร

2) โครงการจ้างเหมาเอกชนขนมูลฝอยจากสถานีขนถ่ายมูลฝอยท่าแร่เขต บางเขน กรุงเทพมหานคร และนำไปทำลายด้วยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะ (แบบใหม่) ระยะที่ 2 ตามสัญญาเลขที่ สนร. 53/2547 ลงวันที่ 20 กรกฎาคม 2547 ซึ่งกำหนดให้บริษัทวัสดุภัณฑ์ธุรกิจ จำกัด ผู้รับจ้างทำการขนมูลฝอยจากสถานีขนถ่ายมูลฝอยของกรุงเทพมหานครที่สถานีขนถ่ายมูลฝอยท่าแร่ เขตบางเขน กรุงเทพมหานคร วันละไม่น้อยกว่า 2,000 ตัน โดยทำการขนส่งมูลฝอยด้วยรถขนส่งมูลฝอยของผู้รับจ้างที่มีประสิทธิภาพแล้วนำไปทำลายด้วยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะ ณ สถานที่ฝังกลบมูลฝอยที่ตำบลทุ่งบัว อำเภอกำแพงแสน จังหวัดนครปฐม ซึ่งเป็นที่ดินของผู้รับจ้างในราคา 435 บาท ต่อตันน้ำหนักมูลฝอย ที่ขนเข้าสู่สถานีขนถ่ายระยะเวลา 10 ปี และหรือตามวงเงิน 2,993,000,000 บาท ซึ่งแล้ว แต่อย่างไรจะถึงกำหนดก่อนกัน หากงบประมาณหมดก่อนและระยะเวลาจ้างเหมาอยู่ เหลืออยู่ และกรุงเทพมหานครมีความประสงค์จะจ้างเหมาต่อไป ผู้รับจ้างจะต้องดำเนินการขยายเวลาสัญญาตามความประสงค์ของกรุงเทพมหานคร

3) โครงการจ้างเหมาเอกชนขนมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยหนองแขม และนำไปทำลายด้วยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะ (แบบใหม่) ระยะที่ 2 ตามสัญญาเลขที่ สนร. 54/2547 ลงวันที่ 20 กรกฎาคม 2547 ซึ่งกำหนดให้บริษัทกลุ่ม 79 จำกัด ผู้รับจ้าง ทำการขนมูลฝอยจากสถานีขนถ่ายมูลฝอยของกรุงเทพมหานครที่โรงงานกำจัดมูลฝอยหนองแขม กรุงเทพมหานคร วันละไม่น้อยกว่า 2,000 ตัน โดยทำการขนส่งมูลฝอยด้วยรถขนส่งมูลฝอยของผู้รับจ้างที่มีประสิทธิภาพแล้วนำไปทำลายด้วยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะ ณ สถานที่ฝังกลบมูลฝอยที่ตำบลทุ่งบัว อำเภอกำแพงแสน จังหวัดนครปฐม ซึ่งเป็นที่ดินของผู้รับจ้างในราคา 435 บาท ต่อตันน้ำหนักมูลฝอยที่ขนเข้าสู่สถานีขนถ่ายระยะเวลา 10 ปี และหรือตามวงเงิน 3,050,000,000 บาท ซึ่งแล้วแต่ว่าอย่างไรจะถึงกำหนด

ก่อนกัน หากงบประมาณหมดก่อนและระยะเวลาจ้างเหมาฯยังเหลืออยู่ และกรุงเทพมหานครมีความประสงค์จะจ้างเหมาต่อไป ผู้รับจ้างจะต้องดำเนินการขยายเวลาสัญญาตามความประสงค์ของกรุงเทพมหานคร

การว่าจ้างเอกชนขนมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยของกรุงเทพมหานครแล้วนำไปทำลายโดยวิธีฝังกลบอย่างถูกสุขลักษณะทั้ง 3 โครงการข้างต้น กรุงเทพมหานครได้จ้างเอกชนดำเนินการโดยผู้รับจ้างจะได้รับค่าจ้างตามสัญญาเพียงประการเดียว นอกจากค่าจ้าง ในการกำจัดมูลฝอยที่จะได้ตามสัญญาแล้ว กรุงเทพมหานครมิได้ให้สิทธิอื่นใดซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครที่มีอยู่ แต่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาเห็นว่า การจ้างเหมาเอกชนขนมูลฝอยและนำไปทำลายโดยวิธีฝังกลบของกรุงเทพมหานครทั้ง 3 โครงการดังกล่าวเป็นกิจการที่กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ลักษณะของโครงการเป็นการให้เอกชนเข้ามาเป็นผู้ลงทุนในการจัดหาที่ดิน สิ่งก่อสร้าง เครื่องจักรอุปกรณ์เพื่อดำเนินการกำจัดมูลฝอยด้วยทุนทรัพย์ของผู้รับจ้าง รวมทั้งกรุงเทพมหานครได้ให้เอกชนใช้ที่ดินที่โรงงานกำจัดมูลฝอยอ่อนนุช สถานีขนถ่ายมูลฝอยท่าแร่ และโรงงานกำจัดขยะหนองแขมด้วย ซึ่งทั้ง 3 โครงการมีการลงทุนในวงเงินหรือทรัพย์สินมูลค่ามากกว่า 1,000 ล้านบาท การดำเนินการตามโครงการดังกล่าวจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ดังนั้น การอนุมัติให้จ้างเหมาโดยวิธีประกวดราคาตามนัยข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง การพัสดุ พ.ศ. 2535 จึงมีเจตนาหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพื่อให้อำนาจพิจารณาหรืออนุมัติเป็นของบุคคลในกรุงเทพมหานครแล้วสามารถใช้อำนาจกระทำการให้ผู้รับจ้างรายเดิมได้เป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ พฤติการณ์น่าเชื่อว่าเป็นการทุจริตหรือใช้อำนาจโดยมิชอบ

กรุงเทพมหานครจึงขอหารือในประเด็นข้อกฎหมายดังต่อไปนี้

การดำเนินการจ้างเหมาเอกชนทั้ง 3 โครงการดังกล่าวข้างต้นเป็นกรณีที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ ...”

เมื่อพิจารณากรณีศึกษาข้างต้นแล้ว การจ้างเหมาเอกชนทั้ง 3 โครงการ มิได้เป็นการ “ร่วมลงทุน” เนื่องจากคำนิยามได้กำหนดไว้โดยชัดเจนว่า “ร่วมลงทุน” หมายความว่า “การมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด... แต่ไม่หมายรวมถึงการจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าค่าจ้างจะกำหนดวงเงินค่าจ้างเป็นรายปีตามจำนวนของการดำเนินการ แต่จะต้องไม่มีค่าตอบแทนอื่นๆ นอกจากค่าจ้าง หรือค่าจ้างมีลักษณะเป็นการจ่ายค่าตอบแทนอื่นคืนการลงทุนให้กับเอกชนรวมอยู่ในค่าจ้าง” ซึ่งตามกรณีเป็นการจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากการทำเป็นกรณจ้างเหมากำจัดขยะ โดยมีค่าตอบแทนเพียงประการเดียวคือค่าจ้าง

ผลลัพธ์ของการปรับใช้คำนิยามก็มีผลลัพธ์เดียวกับคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องนี้ อันแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพของคำนิยามที่สร้างความชัดเจนให้แก่การบังคับใช้กฎหมายและหลีกเลี่ยงการตีความอันไม่จำเป็น ประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย

บทที่ 4

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 สรุปผลการศึกษา

จุดเริ่มจากความไม่ชัดเจนของคำนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ของ พ.ร.บ. ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 สร้างปัญหาให้กับผู้ปฏิบัติงานทั้งภาครัฐ และเอกชน เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนมายังประเทศไทย 20 ปีผ่านกฎหมายฉบับใหม่ที่ยกเลิกฉบับเก่า ฉบับใหม่มีผลบังคับใช้ สิ่งที่ควรจะแก้ไขประการสำคัญอันเป็นเสาหลักประการสำคัญในการพิจารณาว่าจะปฏิบัติตาม พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือไม่ กล่าวคือ นิยามคำว่า “ร่วมลงทุน” กลับไม่ได้รับการแก้ไขนำไปสู่โอกาสในการทำวิจัยในประเด็นนี้ ซึ่งได้รับการยอมรับจากผู้เชี่ยวชาญในสวนนี้ จะเป็นประโยชน์ทั้งในมิติของประเทศไทยและมิติต่อการลงทุนระหว่างประเทศ โดยได้สกัดหลักสำคัญจากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบกับรูปแบบการดำเนินการ PPP มุมมองของอาจารย์ในศาสตร์ด้านนี้ ประกอบแนวความคิดในทางนโยบายสาธารณะ และหลักการตีความกฎหมายเพื่อหาหลักการที่ถูกต้อง ได้ 12 หลัก ดังนี้

4.1.1 การจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน”

4.1.2 แม้เป็นการจ้างทำของ แต่หากให้เอกชนมาลงทุนต่างๆ โดยมีผลตอบแทนอย่างอื่นนอกจากค่าจ้างแล้ว ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน”

4.1.3 การกำหนดวงเงินค่าจ้างเป็นรายปีตามจำนวนของการใช้บริการ โดยไม่มีค่าตอบแทนอื่น นอกเหนือจากค่าจ้าง ไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน”

4.1.4 แม้จะมีการเรียกค่าตอบแทนนั้นว่าค่าจ้างก็ตาม แต่ค่าจ้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นการยัดเงินค่าลงทุนให้แก่เอกชนรวมอยู่ในค่าตอบแทนด้วย เป็นการ “ร่วมลงทุน”

4.1.5 การที่รัฐและเอกชนต้องร่วมกันรับผลกำไรหรือขาดทุนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเป็นตัวแปรสำคัญในการที่จะถือว่าเป็นการ “ร่วมลงทุน” ในส่วนของการร่วมลงทุนกับเอกชน

4.1.6 มีสำคัญว่าโครงการจะต้องเริ่มโดยภาครัฐเท่านั้น แม้เอกชนจะเป็นผู้เริ่มการลงทุน ในกิจการของรัฐก็ตาม ก็ถือเป็นการ “การร่วมลงทุน”

4.1.7 การทำธุรกรรมซื้อขายอันเป็นเรื่องที่จะต้องกระทำเป็นปกติในทางธุรกิจระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน”

4.1.8 การที่ภาครัฐถือหุ้นร่วมกับเอกชนในบริษัทเป็นการตกลงเข้าทำกิจการโดยนำเงินมาลงทุนเป็นหุ้น เป็นลักษณะของการลงทุนประเภทหนึ่ง ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” รวมทั้งกรณีขายหุ้นทั้งหมดให้แก่เอกชนขายหุ้นดังกล่าวทั้งหมดให้แก่ผู้ร่วมทุนรายใหม่ซึ่งเป็นเอกชน

4.1.9 แต่การเสนอขายหุ้นต่อประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ นั้น เป็นการขายให้แก่ประชาชนโดยทั่วไปในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งมูลค่าการซื้อขายก็จะ เป็นไปตามกลไกของตลาดหลักทรัพย์มิใช่เอกชนคนใดจะได้ไปเป็นประโยชน์แต่เฉพาะตนจนไม่เป็น ธรรมแก่ส่วนรวม การดำเนินการกระจายหุ้นโดยนำออกขายในตลาดหลักทรัพย์ ไม่ถือเป็นการ “ร่วม ลงทุน”

4.1.10 ข้อตกลงที่มีลักษณะเพียงกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดโดยมิได้มีผลกระทบต่อ ขอบเขตที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจากภาครัฐตามสัญญาสัมปทานหลักและมีได้ให้เอกชนได้ลงทุน อื่นใดเพิ่มเติม ไม่ถือเป็นการ “ร่วมลงทุน”

4.1.11 ให้สิทธิเอกชนที่บริหารทรัพย์สินของรัฐ หรือเช่าทรัพย์สิน ไม่ว่าจะการจัดให้เช่า นั้นจะ มีเงื่อนไขว่าผู้เช่าจะก่อสร้างอาคารในที่ดินของรัฐที่เขาเพื่อยกกรรมสิทธิ์ให้แก่รัฐ ถือว่าเป็นการ “ร่วม ลงทุน”

4.1.12 การ “ร่วมลงทุน” กับเอกชน หมายรวมการร่วมลงทุนกับรัฐต่างชาติหรือองค์การ ระหว่างประเทศด้วย เนื่องจากแต่เดิม พ.ร.บ. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการ ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “เอกชน” จึงเกิดการตีความ ว่าบริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้น 100 % ไม่ใช่เอกชน ไม่ถือเป็นการ “การร่วมงานหรือ ดำเนินการ” และ สถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศอันมีฐานะเป็นองค์กรภายใต้ ความร่วมมือระดับรัฐ ไม่ใช่เอกชน ไม่ถือเป็นการ “การร่วมงานหรือดำเนินการ”

หลังจากนั้น ก็ได้เอาหลักการดังกล่าวไปปรับแก้คำนิยามศัพท์เดิมที่มีมากกว่า 20 ปี ซึ่ง ก่อให้เกิดปัญหาโดยตลอด โดยในการปรับปรุงคำนิยามก็ได้นำหลักในการนิยามศัพท์ตามคู่มือแบบ การร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาประกอบในการพิจารณาด้วย นำการนิยาม ศัพท์ที่ชัดเจนกว่าเดิมเป็นอันมาก ดังนี้

“ร่วมลงทุน” หมายความว่า

1. การร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด ให้หมายความรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะการ ร่วมลงทุนในรูปแบบการถือหุ้นร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือขายหุ้นให้เอกชน แต่ ไม่หมายความรวมถึงกรณีการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนเป็นการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ โดยตัวแปรสำคัญในการพิจารณาประการหนึ่งคือ การที่หน่วยงานของรัฐและ เอกชนต้องร่วมกันรับผลกำไรขาดทุนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม หรือ

2. การมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิ ไม่ว่าในลักษณะใด ให้หมายความรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะการให้สิทธิเอกชนบริหารจัดการทรัพย์สิน ของหน่วยงานของรัฐหรือเช่าทรัพย์สินจากหน่วยงานของรัฐ แต่ไม่หมายความรวมถึงการจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าค่าจ้างจะกำหนดวงเงินค่าจ้างเป็นรายปีตามจำนวนของ การดำเนินการ แต่จะต้องไม่มีค่าตอบแทนอื่นๆ นอกจากค่าจ้าง หรือค่าจ้างมีลักษณะเป็นการจ่าย ค่าตอบแทนอื่นคือนการลงทุนให้กับเอกชนรวมอยู่ในค่าจ้าง, การทำธุรกรรมซื้อขายอันเป็นเรื่องที่ต้อง กระทำเป็นปกติในทางธุรกิจ, ข้อตกลงที่มีลักษณะเพียงกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดที่ไม่มี ผลกระทบต่อขอบเขตที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจากหน่วยงานของรัฐตามสัญญาสัมปทาน และมีได้ ให้เอกชนได้ลงทุนอื่นใดเพิ่มเติม

3. โดยไม่สำคัญว่าการร่วมลงทุนกับเอกชน หรือ มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดตามข้อ 1 และข้อ 2 จะริเริ่มโดยหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน

4. เอกชน ให้หมายรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะบริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้น หรือแม้รัฐต่างชาติเอง รวมทั้งสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศอันมีฐานะเป็นองค์กร ภายใต้ความร่วมมือระดับรัฐด้วย”

เพื่อในการนิยามศัพท์เป็นไปโดยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงได้ขอความคิดเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ ในศาสตร์ด้านนี้ทั้งในมิติของการนิยามและมิติในด้านการลงทุนจากต่างประเทศ แล้วทำการปรับปรุง ภายใต้กรอบเหตุผลอันสมควร เห็นด้วยกับนายธรรม์ฯ ว่า คำว่า “เอกชน” ได้มีนิยามไว้แล้ว และหากพิจารณาก็จะเข้าใจได้ว่า บริษัทเอกชนที่เป็นของรัฐต่างชาติถือหุ้น, รัฐวิสาหกิจของรัฐต่างชาติ, สถาบันที่จัดตั้งขึ้นด้วยความตกลงระหว่างประเทศถือเป็นเอกชนนั้น เห็นว่าแม้จะพิจารณาได้จากคำนิยามคำว่า “เอกชน” แต่ก็อาจเกิดปัญหาจากการใช้ดุลยพินิจจากผู้ตีความได้ ดังนี้ เพื่อความชัดเจนแก่ผู้ปฏิบัติการตามกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งเอกชนที่อาจไม่ได้มีความรู้ความเข้าใจมากเท่ากับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งก็จะสอดคล้องตามแนวคิดทางกฎหมายมหาชนที่ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายระบุให้อำนาจไว้เท่านั้น จึงได้คงไว้มิได้ตัดออกตามที่นายธรรม์ฯ เสนอ

ในส่วนของนายชัชเวชฯ ที่กล่าวคือ การให้เอกชนเช่าทรัพย์สินจากหน่วยงานของรัฐเพราะการเช่าเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้หากเป็นการเช่าเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวของผู้ให้เช่า เช่น เช่าที่ดินเพื่อทำธุรกิจค้าขายสินค้า ไม่น่าจะถือเป็นการร่วมลงทุนในลักษณะการให้สิทธิ แต่หากเป็นการเช่าที่ดินหรืออาคารเพื่อนำมาบริหารจัดการต่อ เช่น เช่าอาคารของรัฐ แล้วนำไปบริหารจัดการ ยกตัวอย่างเช่น นำให้เช่าต่อ เช่นนี้ ย่อมถือเป็นการร่วมลงทุนในลักษณะการให้สิทธินั้น ไม่อาจเห็นพ้องด้วยเนื่องจากการให้เช่าทรัพย์สินตามพ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นการเช่าขนาดใหญ่มีวงเงินถึง 1,000 ล้านบาท จึงเป็นการให้เช่าทรัพย์สินขนาดใหญ่ จึงอาจมองได้ว่าการที่เอกชนได้สิทธิการเช่าจากหน่วยงานของรัฐนั้น เป็นการได้สิทธิโดยมีการจ่ายค่าตอบแทน ซึ่งหากดูแนวความคิดทางสากลแล้วแม้จะไม่เหมือนกันเสียทั้งหมด แต่ก็เป็นทำนองเดียวกัน Lease-Develop-Operate (LDO) ที่กล่าวไว้ในข้อ 2.1.1.12 ในบทที่ 2 นอกจากนี้ หากพิจารณาจากการดำเนินธุรกิจปกติแล้ว การให้เช่าทรัพย์สินมูลค่าถึง 1,000 ล้านบาทจะมองว่าไม่ได้เป็นการให้สิทธิ คงเป็นไปได้ยาก ตามกรณีย่อมจะถือเป็นการ “ร่วมลงทุน” จึงไม่แก้ไขตามที่นายชัชเวชฯ เสนอ คำนิยามจึงคงเดิมโดยมิได้มีการแก้ไข

ท้ายที่สุด ก็นำเอาคำนิยามนั้นมาประเมินประสิทธิภาพโดยนำมาปรับใช้กับกรณีศึกษาซึ่งเป็นโครงการที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วเพื่อทดสอบว่าคำนิยามนั้นใช้ได้จริงหรือไม่ อย่างไร โดยกรณีศึกษาที่ 1: การขายหุ้นของรัฐในรัฐวิสาหกิจให้แก่เอกชน (กรณีที่กระทรวงการคลังจะขายหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และกรณีที่บริษัทการบินไทยฯ จะขายหุ้นเพิ่มทุน) นำข้อเท็จจริงมาจากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 163/2536 และกรณีศึกษาที่ 2: การจ้างให้เอกชนขนมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยไปทำลายโดยวิธีฝังกลบนำข้อเท็จจริงมาจากคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 167/2551 โดยผลลัพธ์ของการปรับใช้คำนิยามก็มีผลลัพธ์เดียวกับคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้งสองเรื่อง อันแสดงให้เห็น

เห็นถือประสิทธิภาพของค่านิยมที่สร้างความชัดเจนให้แก่การบังคับใช้กฎหมายและหลีกเลี่ยงการตีความอันไม่จำเป็น ประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย

การกำหนดนิยามศัพท์ที่ชัดเจนมีประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกภาคส่วนที่ปฏิบัติงานและภาคเอกชนที่มาลงทุนไม่ว่าจะมาจากภายในประเทศหรือภายนอกประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุนจากต่างชาติ ด้วยวิธีการกำจัดความกังวลและลังเลของนักลงทุนจากการที่กฎหมายไม่ชัดเจน ทำให้ไม่อาจประเมินความเสี่ยงและกำหนดค่าใช้จ่ายที่แน่นอนได้ หากมีความชัดเจนในจุดนี้ การลงทุนจากต่างประเทศที่มีศักยภาพสูงไม่ว่าจากสหรัฐอเมริกาหรือประเทศจีนที่มีความพร้อมทุกด้านในฐานะผู้ร่วมลงทุนกับประเทศไทยก็จะเข้ามาอีกมาก ส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศดีขึ้น

4.2 ข้อเสนอแนะ

4.2.1 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

จากปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนิยามศัพท์ไม่ชัดเจนนำไปสู่ปัญหาอย่างมากในการตีความ ก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมาทั้งภาครัฐและภาคเอกชนทั้งในประเทศและต่างประเทศที่มาจากการร่วมลงทุนกับหน่วยงานของรัฐ จากกรณีวิเคราะห์นำไปสู่ค่านิยมที่มีประสิทธิภาพดังเห็นได้จากข้อคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ยังผลให้สิ่งที่สมควรจะกำหนดเป็นข้อเสนอแนะในเชิงนโยบายที่เกิดจากการวิจัยครั้งนี้ คือ การสร้างความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในประเด็น การ “ร่วมลงทุน” โดยวิธีการแก้ไข พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในส่วนของนิยามศัพท์ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

4.2.2 ข้อเสนอแนะในการดำเนินการ

4.2.2.1 ข้อเสนอแนะในการดำเนินการในระยะยาว

สำนักงานอัยการสูงสุดจึงความเป็นผู้มีบทบาทหลักในการเสนอแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ในประเด็นนี้เนื่องจากสำนักงานอัยการสูงสุดมีบทบาทสำคัญในพ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จากการที่อัยการสูงสุดมีฐานะเป็นคณะกรรมการนโยบายให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามมาตรา 8, ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นคณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 35 และคณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43 และเป็นผู้มีหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาตามมาตรา 40

4.2.2.2 ข้อเสนอแนะในการดำเนินการในระยะสั้น

ให้สำนักงานอัยการสูงสุดเสนอหลักสำคัญในการพิจารณาการ “ร่วมลงทุน” ต่อคณะกรรมการนโยบายให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามมาตรา 8 ซึ่งมีหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตาม พ.ร.บ. นี้ เพื่อให้คณะกรรมการชุดนี้เห็นชอบเป็นแนวทางในการตีความกรณีมีปัญหาในการดำเนินการและจัดส่งให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจพิจารณาออกแนวทางปฏิบัติตามมาตรา 18 (8) ในประเด็นนี้ตามหลักการสำคัญซึ่งคณะกรรมการตามมาตรา 8 ได้เห็นชอบแล้วต่อไป

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

- กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. “มุมมองของเอกชนต่อพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556”. ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมทุน เอกชน เล่ม 2. กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ 1, 2556.
- เข้มชัย ชุตินวงศ์. “ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ”. ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมทุน เอกชน เล่ม 2. กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ 1, 2556.
- จรรุวรรณ เสงตระกุล. แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535.
- จุลสิงห์ วสันตสิงห์. หนังสือสัญญาของรัฐ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- ชนกฤต วรรณชชากุล. พ.ร.บ. การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556: กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย. รายงานการศึกษาส่วนบุคคล.
- ธานีรินทร์ ไกรวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. กรุงเทพฯ: กองทุนพัฒนาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2539.
- บุญเลิศ ไพรินทร์. รัฐประศาสนศาสตร์ แนวคิด ทฤษฎี และวิธีปฏิบัติ.
- ปนัดดา พงศ์สุรย์มาส. “การตีความและอุดช่องว่างกฎหมาย”. ใน ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. คู่มือแบบการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.
- สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ. คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ... (ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้ว). กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2555.
- Public – Private Partnerships Government Guarantees and Fiscal Risk เขียนโดย Richard Hemming and Staff International Money Fund 2006, แปลโดย วิมล ชาตะมีนา และ มยุร บุญยรัตน์. ใน เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ... (ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้ว). กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2555.

เอกสารภาษาอังกฤษ

Thomas R. Dye. Understanding Public Policy, Tenth Edition. Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ, 2002.

Eu-Singapore FTA: Chapter 10 – Annex I: Public- Private Partnerships

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - สกุล	นายคณา สกลสุด
ประวัติการศึกษา	<ul style="list-style-type: none"> - นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย - เนติบัณฑิตไทย - นิติศาสตรมหาบัณฑิต, Cornell Law School ประเทศสหรัฐอเมริกา - นิติศาสตรมหาบัณฑิต, Duke University ประเทศสหรัฐอเมริกา
ประวัติการทำงาน	<ul style="list-style-type: none"> - ที่ปรึกษากฎหมาย บริษัท ไวท์แอนด์เคส (ประเทศไทย) จำกัด - ผู้ช่วยเลขานุการอัยการสูงสุด - อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย
ทุนการศึกษา	ทุน กพ. ตามความต้องการของสำนักงานอัยการสูงสุดไปศึกษาต่อระดับปริญญาโทที่ประเทศสหรัฐอเมริกา
ประวัติการสอน	<ul style="list-style-type: none"> - อาจารย์พิเศษ วิชาสัญญาของรัฐ - หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย - อาจารย์พิเศษ วิชาสัญญาและละเมิดชั้นสูง หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม
ผลงานวิชาการ	<ul style="list-style-type: none"> - กุญแจดอกสำคัญของสัญญาซื้อขายหุ้นขนาดใหญ่, วารสารอัยการ - กุญแจดอกสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนและบริหารจัดการในบริษัท Joint Venture, วารสารอัยการ - กุญแจดอกสำคัญของสัญญากู้เงินขนาดใหญ่, วารสารอัยการ - แชนร์ลูกโซ่แห่งประวัติศาสตร์, วารสารอัยการ - การคุ้มครองเงินฝากในประเทศไทย, วารสารอัยการ - มาตรการใหม่สำหรับการบริหารจัดการบริษัทที่มีการระดมเงินทุนในตลาดทุน, วารสารอัยการ - กุญแจ 8 ดอกสำคัญของสัญญาภาครัฐ, หนังสือแทนดอกไม้ไหว้ครู รวบรวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม