

บทที่ 5

แนวทางแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

บทที่ผ่านมาได้กล่าวถึงปัญหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งอาจสรุปได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวมีความไม่ชัดเจน เนื่องจากมิได้มีการให้คำนิยามของคำว่า “โครงการใหม่” และ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” ไว้อย่างใด และมีได้มีการกำหนดถึงรายละเอียดวิธีการคำนวณมูลค่าการลงทุนของโครงการไว้ รวมทั้งขอบเขตของนิยามศัพท์คำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ยังไม่ครอบคลุมถึงโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turnkey) ประการหนึ่ง กับกรณีที่กฎหมายฉบับนี้มีกระบวนการต่าง ๆ ที่ไม่ครบถ้วนและเหมาะสม ซึ่งได้แก่ กระบวนการกำกับดูแลและติดตามผล ตามหมวด 4 ไม่อาจกำกับดูแลโครงการให้เป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงมิได้มีการบัญญัติถึงกระบวนการแก้ไขสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการในภายหลังจากที่โครงการได้เริ่มดำเนินการไปแล้วอีกประการหนึ่ง ซึ่งถ้าหากแก้ไขปัญหาเหล่านั้นได้จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้สมดังวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์ในโครงการของรัฐ ดังนั้น ในบทนี้จะกล่าวถึงทฤษฎีกฎหมายสามชั้นกับการบัญญัติกฎหมาย และแนวทางการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

5.1 ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นกับการบัญญัติกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ นักวิชาการด้านกฎหมายชาวไทยได้พัฒนาคำสอนว่าด้วยทฤษฎีกฎหมายสามชั้นขึ้นมาเพื่ออธิบายพัฒนาการของกฎหมายและปรากฏการณ์ทางกฎหมายในสมัยใหม่ โดยทฤษฎีนี้ยังสามารถนำมาใช้เป็นฐานแห่งการทำความเข้าใจปัญหารากฐานและการศึกษาวิจัยกฎหมายในหลายสาขา¹ และยังสามารถนำทฤษฎีนี้มาใช้อธิบายในเรื่องการนิติบัญญัติได้อีกด้วย

¹ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (ม.ป.ป.). คำประกาศสดุดีเกียรติคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์ ปีการศึกษา 2538. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ประกาศ.

5.1.1 ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น²

ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นจะมองกฎหมายในสภาพที่มีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงตลอดมาตามวิวัฒนาการของสังคม เพราะถือว่ากฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่คู่กับสังคม ดังสุภาษิตลาตินที่ว่า *Ubi societas, ibi jus* ฉะนั้น การอธิบายวิวัฒนาการของกฎหมายต้องอธิบายพร้อมกับวิวัฒนาการของสังคม จึงอาจสรุปวิวัฒนาการของกฎหมายได้เป็น 3 ยุค กล่าวคือ

5.1.1.1 กฎหมายประเพณีหรือกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht)

กฎหมายในยุคนี้ปรากฏออกมาในรูปแบบของขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ซึ่งมีองค์ประกอบสองประการ ได้แก่ องค์ประกอบภายนอก คือ ต้องประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและเป็นเวลานาน และองค์ประกอบภายใน คือ สิ่งที่ปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอนั้นได้รับการยอมรับกันในชุมชนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (*Opinio juris*) ซึ่งถ้าหากไม่ปฏิบัติเช่นนั้นก็จะรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ผิดหรืออีกนัยหนึ่งรู้สึกว่าเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น (*Opinio necessitates*)

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น กฎหมายในยุคนี้จึงเริ่มจากกฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมประเพณีง่าย ๆ ซึ่งรู้จักกันโดยทั่วไปว่าเป็นกฎหมายที่ตกทอดกันมาแต่โบราณที่เรียกว่า กฎหมายที่ดีของบรรพบุรุษ ซึ่งในยุคนี้มนุษย์ยังไม่สามารถแยกได้ว่าศีลธรรมขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี กับกฎหมายแตกต่างกันอย่างไร จึงได้มีการเรียกยุคนี้ว่าเป็นยุคกฎหมายประเพณีหรือกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht) เพราะถือว่าเป็นสิ่งที่รู้จักกันโดยชาวบ้านสามัญทั่วไป ที่อาจใช้เหตุผลธรรมดาสามัญก็สามารถเข้าใจได้ ตัวอย่างของกฎหมายในยุคนี้ เช่น การห้ามฆ่าคน ห้ามลักทรัพย์ของผู้อื่น เป็นต้น

5.1.1.2 กฎหมายของนักกฎหมาย (Juristenrecht)

หลังจากที่มนุษย์รู้จักการรวมตัวกันเป็นสังคมแล้ว มนุษย์ย่อมต้องรู้จักและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ซึ่งเกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ ซึ่งในเบื้องต้นมนุษย์ย่อมคล้อยตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ด้วยความเข้าใจอย่างง่าย ๆ ว่าเป็นสิ่งที่ถูกและควรกระทำตาม โดยมีได้เข้าใจเหตุผลหรือความหมายที่แฝงอยู่โดยละเอียดลึกซึ้งแต่อย่างใด ซึ่งยุคดังกล่าวนี้เรียกว่ายุคกฎหมายประเพณีหรือกฎหมายชาวบ้าน แต่ต่อมามนุษย์ได้ค่อย ๆ เรียนรู้ถึงความหมายของกฎเกณฑ์เหล่านั้น และเมื่อมีข้อพิพาทโต้แย้งในระหว่างกันขึ้น มนุษย์ก็จะนำเอาความหมายของกฎเกณฑ์นั้นมาวินิจฉัยข้อพิพาท ในขณะเดียวกันยังได้มีการปรุงแต่งกฎเกณฑ์และวิธีบังคับตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ให้ละเอียดและซับซ้อนยิ่งขึ้น ถึงตอนนี้กฎเกณฑ์เหล่านั้นจึงคลี่คลายจากกฎเกณฑ์ที่สามารถเข้าใจได้โดยสามัญสำนึกตามเหตุผลธรรมดาสามัญ (Simple Natural Reason) กลายเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องใช้เหตุผลซับซ้อนมากขึ้น

² สมยศ เชื้อไทย. (2550). *นิติปรัชญาเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน, หน้า 150-157.

ซึ่งถ้าหากมีข้อพิพาทขัดแย้งกันก็ต้องอาศัยนักกฎหมายมาพิจารณาไตร่ตรองกฎเกณฑ์และเหตุผลที่ สละสมอยู่ เพื่อแสวงหาหลักการที่ถูกต้องเหมาะสมมาใช้ชี้ขาดข้อพิพาทนั้น

ยุคกฎหมายของนักกฎหมายถือเป็นยุคที่มีการแสวงหาหลักการหรือเหตุผลเพิ่มเติมจาก กฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีดั้งเดิม เพื่อนำหลักการหรือเหตุผลเหล่านั้นมาใช้ในการ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งถ้าหากในการวินิจฉัยชี้ขาดมิได้ใช้เหตุผลเป็นเครื่องตัดสินแล้ว ย่อมถือว่าคำ ชี้ขาดนั้นไม่เป็นธรรม แต่ถ้าหากการชี้ขาดข้อพิพาทใดได้มีการค้นหาหลักการหรือเหตุผลที่ถูกต้อง เหมาะสมมาใช้ในการพิจารณา คำชี้ขาดข้อพิพาทเหล่านั้นย่อมได้รับการยอมรับว่าถูกต้องเป็นธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่ายุคนี้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ค่อย ๆ พัฒนาจนกลายเป็นกฎหมาย ได้ และได้มีการใช้เหตุผลที่นักกฎหมายปรุงแต่งขึ้นมาตัดสินคดี ซึ่งอาจเรียกเหตุผลดังกล่าวได้ว่า เหตุผลปรุงแต่งทางนักกฎหมาย (Artificial Juristic Reason) อันทำให้ยุคนี้เกิดหลักกฎหมายหรือ กฎหมายของนักกฎหมายขึ้น

การใช้เหตุผลแบบธรรมดาสามัญในยุคมกฎหมายประเพณีหรือกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht) ก็กับการใช้เหตุผลปรุงแต่งแบบนักกฎหมายในยุคมกฎหมายของนักกฎหมาย (Juristenrecht) แตกต่างกันอย่างเห็นได้จากคดีตัวอย่างต่อไปนี้

คดีที่ 1 ในสมัยเริ่มแรกซึ่งมนุษย์ยังมีชีวิตแบบคนป่าที่มีใค้อยู่รวมตัวกันเป็นชุมชนหรือ สังคม หากคนป่าคนหนึ่งไปล่ากวางได้ตัวหนึ่งแล้วจะนำกลับที่อยู่อาศัย แต่คนป่าอีกคนหนึ่งซึ่งไม่ได้ ทำอะไรเห็นเข้าอยากได้กวางจึงเข้าไปแย่งเอากวางตัวนั้น คนป่าทั้งสองคนยอมต้องต่อสู้กัน ซึ่งถ้าหาก ใครมีกำลังมากกว่าก็ชนะก็เอากวางไป นี่คือกฎของป่า (Law of the jungle) กรณีดังกล่าวเป็นไปตาม สุภาษิตที่ว่าปลาใหญ่กินปลาเล็ก แต่เมื่อมนุษย์ใค้อยู่รวมตัวกันเป็นชุมชนหรือสังคมแล้ว ย่อมต้องมีความรู้สึกร่วมกันว่าอะไรผิดอะไรถูก ทั้งนี้เพื่อให้การอยู่รวมกันเป็นไปได้อย่างสงบสุข ฉะนั้น หากเกิดข้อพิพาทดังกล่าวข้างต้นขึ้นผู้ที่อยู่ในชุมชนหรือสังคมนั้นย่อมตอบได้ว่าผู้ที่ล่าควรจะได้กวางนั้น ส่วนผู้ที่เข้าไปแย่งถือเป็นฝ่ายผิด ความคิดเช่นนี้ไม่ต้องเรียนกฎหมายก็วินิจฉัยได้เอง เพราะเป็นไปตามสามัญสำนึกตามปกติ ยุคกฎหมายประเพณีหรือกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht) ได้ใช้เหตุผลง่าย ๆ เช่นนี้ในการวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ทำให้กฎหมายในยุคนี้จึงไม่อาจแยกออกจากศีลธรรมขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีและสามัญสำนึกของคนทั่วไป

คดีที่ 2 ถ้าหากผู้ล่าได้ทำให้กวางเพียงบาดเจ็บและกวางหนีไปได้ แต่ผู้ล่าก็ยังติดตาม ไล่จับกวางตัวนั้นอยู่ แม้ในที่สุดกวางจะได้ตายในมือของผู้ล่า เช่นนี้คนกลางยอมตัดสินให้ผู้ล่าได้กวาง นั้น เพราะถือว่าผู้ล่าเป็นฝ่ายที่ได้ลงทุนลงแรงทำร้ายกวางจนบาดเจ็บจึงสมควรที่จะได้กวางนั้นยิ่งกว่า จะให้คนที่อยู่เฉย ๆ ไม่ได้ทำอะไรเลยมาได้ไป และเมื่อใช้เหตุผลแยกแยะข้อเท็จจริงอย่างละเอียดจะ เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การที่ทำร้ายกวางจนบาดเจ็บและไล่ติดตามอยู่นั้น ถือเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ กวางตัวนั้นตกอยู่ในวงเขตหวงกันของผู้ล่า เพราะฉะนั้น ผู้ล่าจึงมีความชอบธรรมที่จะหวงกันไม่ให้

คนอื่นมาแย่งเอาไป ถึงแม้ยังจับตัววางไม่ได้ก็ตาม ด้วยเหตุเช่นนี้ ผู้เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่เฉย ๆ แม้จะจับวางได้ ก็มีใช้เป็นการจับวางตัวที่อยู่ในสภาพอิสระตามปกติธรรมดา แต่เป็นการจับวางที่อยู่ใต้การยึดถือของคนอื่นที่มีความชอบธรรมที่จะหวงกันได้ กรณีดังกล่าวถือเป็นหลัก The Right of the First Taker

คดีที่ 3 หากผู้ล่าใช้ฆูยงนุก ปราบกฏว่าไปถูกล่าส่วนทางทำให้ขนนกร่วงโดยมิได้ถูกตัวนุก และนุกตัวนั้นยังบินต่อไปได้ แต่เมื่อบินเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น ผู้เป็นเจ้าของที่ดินกลับจับนุกนั้นได้ ในกรณีเช่นนี้หากพิพาทกันว่าผู้ใดควรจะได้มันนั้น หากผู้ตัดสินได้ใช้สติปัญญา แยกแยะเรื่องดังกล่าวอย่างละเอียดชัดเจนจะเห็นได้ว่าแตกต่างจากคดีที่ 2 เพราะแม้ผู้ล่าจะได้ทำร้ายนุกนั้น แต่นุกมิได้รับบาดเจ็บถึงขนาดเสื่อมสมรรถภาพในการหนีซึ่งถ้าหากไล่ล่าต่อไปก็มีโอกาสที่จะจับนุกนั้นได้อันจะถือเป็นการทำให้มันตกมาอยู่ในปริมณฑลแห่งอำนาจของตนเหมือนในคดีที่ 2 ดังนั้น นุกตัวดังกล่าวจึงเป็นอิสระอยู่มิใช่ตกมาอยู่ในเขตอำนาจของผู้ล่าแต่อย่างใด

การให้เหตุผลในคดีที่ 2 และ 3 ทำให้หลัก The Right of the First Taker มีเนื้อหาละเอียดมากยิ่งขึ้น ซึ่งเหตุผลของชาวบ้านธรรมดาถ้ามิได้ไตร่ตรองอย่างลึกซึ้งแล้วก็จะเข้าใจไม่ถึงเหตุผลเช่นนี้ ฉะนั้น การใช้เหตุผลดังกล่าวจึงเป็นการใช้เหตุผลที่ต้องมีวิจาร์ณญาณอย่างละเอียดอ่อนและสุขุมลึกซึ้ง ซึ่งถือเป็นเหตุผลปรุงแต่งโดยนักนิติศาสตร์ หรือที่เรียกว่าเหตุผลทางกฎหมาย (Artificial Juristic Reason) กรณีดังกล่าวทำให้ยุคนี้มีการศึกษาทำความเข้าใจหลักกฎหมายต่าง ๆ จนเกิดศิลปะในการตีความและการใช้กฎหมายเป็นผลให้เกิดหลักวิชานิติศาสตร์ ดังจะเห็นได้ชัดจากการที่ชาวโรมันใช้เหตุผลที่ละเอียดอ่อนลึกซึ้งทางกฎหมายปรุงแต่งกฎหมายประเพณีหรือกฎหมายชาวบ้านซึ่งมีมาแต่โบราณให้ค่อย ๆ พัฒนาขึ้นเป็นกฎหมายที่ละเอียดอ่อนลึกซึ้งขึ้นมาจนกลายเป็นวิชานิติศาสตร์

5.1.1.3 กฎหมายเทคนิค (Technical Law)

ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองว่าสังคมมิได้หยุดนิ่งอยู่กับที่จะมีการเปลี่ยนแปลงไปเรื่อย ๆ ฉะนั้น เมื่อสังคมเจริญขึ้นทำให้การติดต่อระหว่างคนในสังคมมีมากและซับซ้อนยิ่งขึ้น รวมทั้งเครื่องมือเครื่องใช้ในการดำรงชีวิตก็มีมากขึ้น เป็นผลให้เกิดข้อขัดแย้งในสังคมมากขึ้น ซึ่งกฎเกณฑ์ที่เป็นแต่เพียงขนบธรรมเนียมประเพณีไม่เพียงพอ จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นมาใหม่โดยทันทีเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ยกตัวอย่างเช่น เดิมเคยใช้เกวียน เมื่อวิทยาการได้พัฒนาขึ้นจนมีพาหนะที่มีความเร็วสูง เป็นต้นว่า รถยนต์ จึงต้องมีกฎเกณฑ์ขึ้นมาใหม่เพื่อใช้กับรถยนต์แทนกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติในการใช้เกวียน

กฎเกณฑ์แบบนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจงบางอย่างไม่เกี่ยวกับศีลธรรมขนบธรรมเนียมประเพณี และไม่เกี่ยวกับหลักกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่ชุมชนจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาทันทีทันใดเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าบางอย่างนั้น กฎหมายที่ถูกตั้งขึ้นมาเช่นนี้

เรียกว่ากฎหมายเทคนิค ในสมัยใหม่กฎเกณฑ์ที่กำหนดตั้งขึ้นมาอย่างนี้มีมากมายและกระทำเป็นประจำ โดยองค์กรที่บัญญัติกฎหมายที่เรียกว่าสภานิติบัญญัติหรือฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งเกิดขึ้นในสมัยใหม่

เมื่อสังคมมีกระบวนการนิติบัญญัติอย่างเป็นทางการแล้ว ยุคกฎหมายเทคนิคก็เริ่มขึ้นซึ่งนับเป็นยุคที่สาม โดยในปัจจุบันกฎหมายก็วิวัฒนาการมาถึงยุคนี้ อันจะเห็นได้ว่ามีกฎหมายตราออกมามากมาย ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายป่าไม้ที่กำหนดว่าถ้าจะตัดไม้ต้องขออนุญาต ไม้บางอย่างห้ามไม่ให้ตัด การเคลื่อนย้ายไม้ต้องมีใบอนุญาตให้เคลื่อนย้ายจึงจะเคลื่อนย้ายได้ ซึ่งปัญหาว่าทำไมถึงห้ามตัดไม้มิใช่ว่าการตัดไม้จะถือเป็นความชั่วหรือผิดศีลธรรม เพราะในสมัยโบราณป่าไม้มีมากและคนอาจทำป่าให้เป็นนาได้ แต่ปัจจุบันมีกฎหมายห้ามด้วยเหตุผลที่ต้องการรักษาป่าไม้ไว้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาสิ่งแวดล้อม เนื่องจากหากป่าถูกทำลายมาก จะเกิดวิกฤตการณ์ต่าง ๆ ตามมา ด้วยเหตุผลเช่นว่านี้จึงต้องมีกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ขึ้น และถือว่ากฎหมายว่าด้วยป่าไม้เป็นกฎหมายเทคนิค

กล่าวโดยสรุป กฎหมายเทคนิคต้องมีลักษณะ 2 ประการ คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นทันทีเพื่อวัตถุประสงค์บางประการซึ่งเป็นเหตุผลทางเทคนิค (Technical Reason) และกฎเกณฑ์เหล่านั้นไม่มีเหตุผลในทางศีลธรรม (Moral Reason) หรือหลักกฎหมายคอยสนับสนุนอยู่ กฎหมายเทคนิคเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติจึงมักจะเรียกว่ากฎหมายส่วนบัญญัติหรือกฎหมายนิติบัญญัติ

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้ว ถือได้ว่าเป็นกฎหมายเทคนิคเนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณาดังกล่าวเป็นไปด้วยความรอบคอบ รัดกุม ซึ่งจะนำไปสู่ประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ

5.1.2 การบัญญัติกฎหมายในมุมมองของทฤษฎีกฎหมายสามชั้น³

ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่าการนิติบัญญัตินั้นมีขอบเขตจำกัด ผู้มีอำนาจไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นได้ตามอำเภอใจ เพราะทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองกฎหมายว่ามีเนื้อหาอยู่ 3 ชั้น ได้แก่ จารีตประเพณี หลักกฎหมาย และกฎหมายที่บัญญัติขึ้น โดยส่วนที่เป็นรากฐาน คือ กฎหมายที่มาจากขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญา

หลักในทางกฎหมายอาญาเป็นต้นว่า เรื่องลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆ่าคนตายนั้น ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่าล้วนมีรากฐานมาจากศีลธรรมทั้งสิ้น เพราะก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายซึ่งบัญญัติใน

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 159-163.

เรื่องเหล่านี้ หากผู้ใดกระทำการดังกล่าวก็ถือว่าเป็นความผิดต้องถูกลงโทษ ประมวลกฎหมายอาญา เป็นเพียงการรับรองสิ่งที่มีอยู่แล้ว โดยอาจเรียกกฎหมายประเภทนี้ว่าเป็นกฎหมายที่มาจากจารีตประเพณี ซึ่งใกล้ชิดกับเรื่องศีลธรรมมาก ในทางกฎหมายอาญาเรียกความผิดประเภทนี้ว่าความผิดในตัว หรือ *Mala in se*

หลักในทางกฎหมายแพ่ง เช่น ในเรื่องครอบครัวซึ่งมีบทบัญญัติให้บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดานั้น หาใช่เป็นเพราะมีประมวลกฎหมายแพ่งจึงมีหน้าที่เช่นนี้ แต่หลักดังกล่าวมีอยู่ก่อนหน้านั้นแล้ว ในส่วนนี้กฎหมายนิติบัญญัติเพียงแต่รับรองของที่มีอยู่ให้ชัดเจนขึ้นเท่านั้น ไม่ได้บัญญัติตั้งขึ้นมาใหม่ หรือในเรื่องทรัพย์สินซึ่งหลักการเคารพทรัพย์สินของผู้อื่นอันถือเป็นกฎหมายที่เป็นจารีตประเพณี และยังมีส่วนที่เป็นหลักกฎหมายของนักกฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์เข้ามาปรุงแต่ง เช่น การครอบครองปรปักษ์ เป็นต้น โดยฝ่ายผู้ร่างกฎหมายจะเลือกกำหนดเวลาการครอบครองกี่ปีซึ่งจะถือว่าได้สิทธิทรัพย์สินนั้นเป็นเรื่องนิติบัญญัตินโยบาย เพราะฉะนั้น ในส่วนนี้จึงนับว่าเป็นกฎหมายเทคนิค ด้วยเหตุดังกล่าว กฎหมายเรื่องทรัพย์สินจึงประกอบด้วยองค์ประกอบทั้งสามส่วน หรือในเรื่องนิติกรรมสัญญาอันมีหลักพื้นฐานว่าคนต้องมีสัจจะซึ่งส่วนนี้มีอยู่แล้ว ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้น แต่ส่วนที่ว่าคำเสนอ คำสนองเป็นอย่างไร มีผลเมื่อใด หรือสัญญาเกิดขึ้นเมื่อไรเหล่านี้เป็นรายละเอียดของกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมาย แต่ในส่วนที่ว่าสัญญาอย่างใดต้องทำตามแบบหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดเอา อันถือเป็นกฎหมายเทคนิค เป็นต้น

ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่ากฎหมายเทคนิคเป็นกฎหมายที่คนสร้างขึ้นมาจึงไม่มีพลังทางศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีหนุนหลัง ซึ่งต่างกับกฎหมายที่เกิดจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี เช่น ในกรณีของการลักทรัพย์ของผู้อื่น หรือการทำให้ทรัพย์ของผู้อื่นเสียหายอันถือเป็นการทำผิดศีลธรรม ซึ่งคนในสังคมจะประมาณว่าการกระทำเหล่านี้เป็นความชั่วร้าย ฉะนั้น จึงมีพลังในทางศีลธรรมคอยบังคับให้คนต้องปฏิบัติตาม ถึงแม้จะไม่มีตำรวจหรือศาลคอยควบคุมก็มีการบังคับในเชิงสังคม แต่กฎหมายเทคนิคซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยแท้ จะไม่มีพลังศีลธรรมและจารีตประเพณีช่วย เพราะฉะนั้น จึงต้องอาศัยอำนาจของรัฐล้วน ๆ โดยในทางอาญาจะเรียกความผิดประเภทนี้ว่าความผิดเพราะกฎหมายห้าม หรือ *Mala prohibita*

ประสิทธิภาพของกฎหมายเทคนิคจึงต้องอาศัยการปฏิบัติของฝ่ายรัฐที่จะดำเนินการบางอย่างให้กฎหมายเกิดความศักดิ์สิทธิ์เหมือนว่าเป็นขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ซึ่งจะทำให้รู้สึกว่าจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ด้วยเหตุดังกล่าวทฤษฎีกฎหมายสามชั้นจึงมีข้อเสนอเพื่อให้นักกฎหมายเทคนิคมีประสิทธิภาพ ดังต่อไปนี้

- (1) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นจะต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอน
- (2) ข้อความของกฎหมายนั้นจะต้องไม่ฝ่าฝืนธรรมชาติ หรือหักหาญต่อความรู้สึกของคนที่ถูกบังคับมากเกินไป

(3) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ทำให้เสียผลประโยชน์แก่ผู้ที่ถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามมากเกินไป เพราะถ้าเขียนกฎหมายให้เขาเสียประโยชน์มากเกินไปเขาจะหลีกเลี่ยง ประสิทธิภาพของกฎหมายจะเสียไป ฉะนั้น ความผิดกับโทษที่จะลงต้องได้ส่วนสัมพันธ์กับการห้าม

(4) ต้องคำนึงถึงกระบวนการ (Process) องค์กร (Organ) หรือกลไก (Mechanism) ในการบังคับตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อจะออกกฎหมายใดที่เป็นกฎหมายเทคนิคแท้ ๆ รัฐหรือฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเขียนกระบวนการ องค์กร หรือกลไก ที่ครบถ้วน ถูกต้อง และเหมาะสม

(5) จะต้องคำนึงถึงบรรยากาศในสังคมที่เอื้ออำนวยให้มีการเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายอย่างจริงจัง

เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ถือได้ว่าเป็นกฎหมายเทคนิค เพราะฉะนั้น กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงต้องมีคุณสมบัติตามข้อเสนอดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐสมดังวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์ในโครงการของรัฐ

5.2 แนวทางการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

จากปัญหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีความไม่ชัดเจน และมีกระบวนการต่าง ๆ ที่ไม่ครบถ้วนและเหมาะสมดังที่กล่าวมาแล้วส่งผลให้เกิดปัญหาและอุปสรรคต่อการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ฉะนั้น หากแก้ไขปัญหาดังกล่าวจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้สมดังเจตนารมณ์ที่จะป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์ในโครงการของรัฐ โดยแนวทางการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มีดังนี้

5.2.1 การรวมพิจารณาระหว่างโครงการใหม่และโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว

ในขั้นตอนการเสนอโครงการได้กำหนดให้กระทรวงเจ้าสังกัดเมื่อได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการจากหน่วยงานเจ้าของโครงการแล้ว ต้องพิจารณาเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อส่วนราชการต่าง ๆ โดยแยกพิจารณาเป็นโครงการใหม่กับโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว ซึ่งแนวคิดของเรื่องนี้มาจากกรณี สศช. เป็นผู้ดูแลลงทุนของรัฐจึงควรพิจารณาโครงการใหม่ ส่วนกระทรวงการคลังซึ่งเป็นผู้ดูแลทรัพย์สินของแผ่นดินจึงควรพิจารณาโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว แต่กรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

มิได้ให้ความหมายของคำว่า “โครงการใหม่” และ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” จึงทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งจะต้องหารือต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่เสมอ เป็นผลให้โครงการที่จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการเพื่อการพัฒนาประเทศเกิดความล่าช้า

ผู้เขียนเห็นว่าหากให้คณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นผู้พิจารณาผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการในกรณีที่กระทรวงเจ้าสังกัดเสนอมาแต่เพียงองค์กรเดียว โดยไม่แยกพิจารณาเป็นโครงการใหม่กับโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วจะทำให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติ ซึ่งเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้ คือ

(1) เมื่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติมีหน้าที่เสนอแนะและให้ความเห็นเกี่ยวกับการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมต่อคณะรัฐมนตรี⁴ ดังนั้น การให้คณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นผู้พิจารณาผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการแต่เพียงองค์กรเดียวก่อนที่จะมีการนำเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์นั้นต่อคณะรัฐมนตรี จะทำให้การพิจารณาโครงการดังกล่าวมีความสอดคล้องกับแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

(2) กรณีที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นผู้กำหนดหัวข้อในการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ⁵ ดังนั้น การให้คณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นผู้พิจารณาผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการจึงเป็นการเหมาะสมแล้ว

5.2.2 การออกกฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับวิธีการคิดคำนวณมูลค่าการลงทุนของโครงการ

กรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หารได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการคิดคำนวณมูลค่าของโครงการไว้ ทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่ามูลค่าโครงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการคิดไว้นั้นเป็นการถูกต้องตามหลักการหรือไม่ ซึ่งการตีความของหน่วยงานต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือสำนักงานอัยการสูงสุดก็เป็นเพียงการวางหลักกฎหมาย ดังเช่นกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับวงหรือทรัพย์สินของโครงการไว้ว่า หมายความว่าถึง วงเงินหรือทรัพย์สินของการลงทุนในกิจการของรัฐในส่วนของรัฐและในส่วนของเอกชนที่เข้าร่วมลงทุนในโครงการซึ่งจะทำให้โครงการนั้นบรรลุผล⁶ และสามารถดำเนินการนั้นให้คงอยู่ได้ เช่น มูลค่าของที่ดิน อาคาร หรือทรัพย์สินในการดำเนินการ เป็นต้น รวมทั้งต้องพิจารณามูลค่าของการลงทุนที่แท้จริงทั้งหมด

⁴ พระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521. มาตรา 6 (1).

⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535. มาตรา 6.

⁶ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) เรื่อง การให้เอกชนเช่า ลงทุน บริหาร และประกอบการท่าเทียบเรือ A.3 ในท่าเรือแหลมฉบัง ของการทำเรือแห่งประเทศไทย เรื่องเสร็จที่ 786/2541.

ตลอดทั้งโครงการ โดยไม่แยกเป็นรายสัญญาหรือเฉพาะคู่สัญญารายใดรายหนึ่งในโครงการเท่านั้น⁷ เป็นต้น ทั้งนี้ หน่วยงานต่าง ๆ เหล่านี้จะมีได้ทำการพิจารณาในประเด็นว่าจำนวนมูลค่าที่กำหนดขึ้นในแต่ละโครงการนั้นเป็นจำนวนที่ถูกต้องหรือไม่

หลักเกณฑ์ของการคิดคำนวณมูลค่าโครงการอยู่ที่วิธีการประเมินราคาซึ่งในทางสากลแบ่งออกได้ 3 วิธี คือ⁸

(1) วิธีเปรียบเทียบข้อมูลตลาด วิธีนี้เป็นวิธีการที่ง่ายและเปรียบเทียบโดยตรงเพื่อที่จะให้มูลค่าออกมาเลขที่เดียว โดยเปรียบเทียบกับทรัพย์สินที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับทรัพย์สินที่กำลังทำการประเมินราคา แต่จุดอ่อนของวิธีนี้ คือ การขาดแคลนข้อมูลเปรียบเทียบ ซึ่งถ้าไม่มีข้อมูลใด ๆ ที่เหมาะสมสำหรับเปรียบเทียบแล้ว การประเมินราคาก็จะใช้วิธีสมมุติในการพัฒนาให้ได้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุด โดยการสมมุติว่าถ้าหากพัฒนาทรัพย์สินนั้นให้ได้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุดแล้วให้อัตราผลตอบแทนที่เหมาะสมที่เหลือสุดท้ายหลังจากหักค่าใช้จ่ายทั้งหมดแล้ว ก็จะเป็นตัวแทนของราคาทรัพย์สินที่ยังไม่ได้พัฒนา

(2) วิธีต้นทุน ซึ่งมูลค่าของวิธีนี้ก็หาได้จากการคิดหามูลค่าของต้นทุนทดแทนใหม่ของทรัพย์สิน แล้วก็คำนวณค่าเสื่อมราคาแล้วนำไปหักออก ก็จะได้มูลค่าตามสภาพของทรัพย์สินแล้วนั้น แต่จุดอ่อนของวิธีนี้ คือ การคิดค่าเสื่อมราคา เนื่องจากการสูญเสียมูลค่าของทรัพย์สินมีสาเหตุมาจากการเสื่อมราคาทางกายภาพ การเสื่อมราคาเนื่องจากประโยชน์ใช้สอย และการเสื่อมราคาทางเศรษฐกิจ ซึ่งถ้าหากทรัพย์สินเก่ามาก ๆ หรือสร้างมานานแล้ว การคิดราคามูลค่าตลาดหรือมูลค่าตามสภาพบางครั้งก็กระทำได้ด้วยความยากลำบากหรือไม่ถูกต้องนัก

(3) วิธีรายได้ ก็เป็นการหามูลค่าโดยการคำนวณหามูลค่าปัจจุบันจากการคาดคะเนรายได้ในอนาคต ซึ่งจะมีเงื่อนไขที่จะต้องใช้คิดคำนวณ คือ จะคาดคะเนรายได้ได้เท่าใด ระยะเวลาเป็นอย่างไร และผลตอบแทนจะเป็นอย่างไร ซึ่งเงื่อนไขทั้งหมดนี้ก็จะหามูลค่าออกมาได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากให้กระทรวงการคลังมีหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข สำหรับการคิดคำนวณมูลค่าของโครงการแล้ว โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขดังกล่าวนี้ควรออกเป็นกฎหมายลำดับรองในรูปของกฎกระทรวง น่าจะทำให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติยิ่งขึ้น

⁷ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) เรื่อง การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโทรศัพท์สาธารณะ เรื่องเสร็จที่ 47/2541.

⁸ ไพโรจน์ ชิงศิลป์. (2538). *หลักการประเมินราคาทรัพย์สิน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สุชาติ, หน้า 43-46.

5.2.3 การจัดตั้งหน่วยงานกลางเพื่อกำกับดูแลและติดตามผล

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 เพื่อทำการติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา และรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา รวมถึงแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด ทั้งยังบัญญัติให้ผู้แทนกระทรวงการคลังในคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรี ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาที่ลงนามไปแล้ว

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ไม่อาจกำกับดูแลโครงการได้อย่างใกล้ชิด โดยมีเฉพาะแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการเท่านั้นที่จะทราบรายละเอียดและประเด็นปัญหาต่าง ๆ ทั้งหมดของโครงการ รวมทั้งผู้แทนกระทรวงการคลังในคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ก็หาได้ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะไม่อาจกำกับดูแลโครงการได้อย่างใกล้ชิด

ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจัดตั้งหน่วยงานกลางที่จะกำกับดูแลและติดตามผลของโครงการในรูปแบบขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent Regulatory Agency) แทนรูปแบบคณะกรรมการประสานงานตามที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยมีเหตุผลดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

(1) โครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐมีความสลับซับซ้อนมาก และมีผลกระทบในทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างมาก ดังนั้น การปล่อยให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ซึ่งมีเฉพาะแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเท่านั้นที่ทราบรายละเอียดและประเด็นปัญหาต่าง ๆ ของโครงการเป็นอย่างดี ย่อมเป็นเรื่องที่น่ากลัวว่าการกำกับดูแลจะไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินโครงการและส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยส่วนร่วม ด้วยเหตุผลดังกล่าวการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งมีสถานะพิเศษ คือ ยังคงเป็นองค์กรของรัฐอยู่ แต่มีหลักประกันให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระ ปลอดพ้นจากการแทรกแซงจากองค์กรของรัฐอื่นหรือสถาบันการเมืองอื่น ๆ แล้ว ย่อมจะทำให้การควบคุมกำกับดูแลโครงการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

(2) โครงสร้างของคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชำนาญเฉพาะด้านของตัวแทน หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ที่เข้าร่วมเป็นกรรมการ แต่เมื่อขาดการประสานงานระหว่างหน่วยงานในลักษณะที่มองผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นใหญ่แล้ว ย่อมจะทำให้การควบคุมกำกับดูแลโครงการเป็นไปอย่างไม่สมวัตถุประสงค์ ฉะนั้น การจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระเพื่อเข้ามาเฝ้าติดตามการดำเนินโครงการต่าง ๆ นั้นอย่างใกล้ชิด รวมทั้งเสนอแนะแนว

ทางการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ย่อมจะทำให้โครงการเหล่านั้นดำเนินการได้อย่างบรรลุวัตถุประสงค์

5.2.4 การกำหนดขั้นตอนของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มิได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร รวมถึงมิได้บัญญัติว่าใครจะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งจะต้องหาหรือถึงแนวปฏิบัติในแต่ละกรณีต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นผลให้เกิดความล่าช้า และบางครั้งแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน กลับมีความเห็นที่แตกต่างกัน ดังเช่นตัวอย่างที่ปรากฏในกรณีของการก่อสร้างส่วนต่อขยายโครงการจากอนุสาวรีย์ชัยสมรภูมิถึงสถานีขนส่งหมอชิต กับกรณีของการก่อสร้างส่วนต่อขยายโครงการข่ารถไฟฟ้าอีก 3 เส้นทาง คือ ส่วนต่อขยายสีลมข้ามแม่น้ำเจ้าพระยา – ถนนตากสิน ส่วนต่อขยายจากอ่อนนุช – ลำโพง และส่วนต่อขยายจากถนนราธิวาสราชนครินทร์ – ถนนสาธุประดิษฐ์ เป็นต้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรเพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการที่ได้ลงนามไปแล้ว โดยควรกำหนดให้หน่วยงานกลางที่จะกำกับดูแลโครงการมีหน้าที่พิจารณาว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ ถ้าหากเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนสาระสำคัญของสัญญาแล้ว ก็ต้องดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 – 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยอนุโลม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

5.2.5 การกำหนดขอบเขตของการร่วมงานหรือดำเนินการให้ครอบคลุมโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key)

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัตินิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ที่เข้าข่ายจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้เอาไว้ว่า การร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด โดยหากว่าโครงการหรือการลงทุนในกิจการนั้น ๆ มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปแล้ว ก็ต้องถือปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้โดยไม่มีข้อยกเว้น

เมื่อนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ครอบคลุมแต่เฉพาะการให้สัมปทาน หรือให้สิทธิ หรืออนุญาตให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินกิจการ หรือ โครงการรัฐในรูปแบบต่าง ๆ เท่านั้น ซึ่งในส่วนของรูปแบบการลงทุน ในลักษณะการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นผู้ลงทุนในโครงการนั้น ๆ แต่จะไม่ได้รับสิทธิอย่างใด เพราะเมื่อดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จก็จะยกทรัพย์สินหรือโครงการนั้นให้แก่รัฐ และภาครัฐผูกพันที่จะชำระคืนการลงทุนในภายหลัง ดังนั้น การจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จจึงไม่อยู่ในนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ของกฎหมายฉบับนี้ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า ถ้าหากการจ้างรายใดมิได้เป็นการให้เอกชนได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์อย่างอื่นนอกจากค่าจ้างแล้ว ย่อมถือว่าการจ้างนั้นไม่เข้าข่ายที่จะต้องบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เช่น ในกรณีสัญญาเพื่อรับสินจ้างจากกรุงเทพมหานคร ได้จ้างให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการขนมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยไปทำลายโดยวิธีฝังกลบ โดยไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดจากการดำเนินการตามสัญญานี้ อีก การจ้างเหมาตามสัญญาดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการที่กรุงเทพมหานครร่วมลงทุนกับเอกชนแต่ประการใด ทั้งการจ้างเหมาเอกชนดังกล่าวมิได้มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิในลักษณะเดียวกับการอนุญาต หรือให้สัมปทาน การดำเนินการในลักษณะดังกล่าว จึงไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535⁹

อย่างไรก็ตาม เมื่อการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จเป็นเรื่องที่หน่วยงานเจ้าของ โครงการมอบอำนาจให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปทำการจัดหาแหล่งเงิน เจริญทางการเงิน ออกแบบก่อสร้าง ประเมินมูลค่าลงทุนจึงอาจเกิดผลเสีย คือ ค่าก่อสร้างสูงกว่าที่ควรจะเป็น เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะตั้งสำรองไว้สูงเนื่องจากวิธีการออกแบบไป ก่อสร้างไป มีอัตราความเสี่ยงสูง และการกู้เงินโดยภาคเอกชนจะเสียดอกเบี้ยในอัตราสูงกว่าการกู้โดยภาครัฐซึ่งทำให้ราคาค่าจ้างเพิ่มสูงขึ้น ทั้งหน่วยงานเจ้าของ โครงการไม่สามารถประมาณราคาต่อหน่วยและปริมาณงานได้จึงทำให้การควบคุมและตรวจสอบงานเป็นไปได้ยาก ดังเช่นกรณีโครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียรวมคลองด่าน สมุทรปราการ หรือโครงการทางด่วนบางนา – บางพลี – บางปะกง เป็นต้น นอกจากนี้ การพิจารณาคัดเลือกผู้รับจ้างก็มีข้อจำกัดด้วยเหตุที่ว่าผู้เสนอราคาเข้ารับจ้างแต่ละรายจะทำการสำรวจ ออกแบบก่อสร้าง ควบคุมงานเอง จึงเสนอราคาที่แตกต่างกัน การพิจารณาเปรียบเทียบข้อเสนอให้เป็นธรรมจึงทำได้ยากและมี โอกาสทุจริตในขั้นตอนนี้ได้มาก ประกอบกับ กรณีที่มีผู้รับจ้างน้อยรายซึ่งจะมีคุณสมบัติตามข้อกำหนดไว้ให้มีสิทธิเข้าแข่งขันในการประกวดราคา จึงเป็นช่องทางให้เกิดการ

⁹ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่อง การจ้างให้เอกชนขนขยะมูลฝอยจากโรงงานกำจัดมูลฝอยไปทำลายโดยวิธีฝังกลบ เรื่องเสร็จที่ 167/2551.

สมยอมกันได้ ดังเช่นข้อครหาในโครงการทางหลวงวงแหวนกาญจนภิเษกด้านใต้ ช่วงสุขสวัสดิ์-บางพลี เป็นต้น

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรให้การจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วย โดยขยายขอบเขตนิยามของคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ให้ครอบคลุมถึงการจ้างเอกชนให้ดำเนินการ ไม่ว่าจะการจ้างนั้นเอกชนจะได้รับสิทธิหรือประโยชน์อย่างอื่น โดยทางตรงหรือทางอ้อมนอกเหนือจากค่าจ้างด้วยด้วยหรือไม่ก็ตาม