

ปัญหาทางกฎหมายในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

อนุกุล ตันติมาสน์¹ สุขสมัย สุทธิบัติ²

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาทางกฎหมายในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยการนำแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักกฎหมายการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน และหลักการใช้อำนาจเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว ประกาศข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของประเทศอังกฤษ “Standardization of PF2 Contracts” และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาใช้เป็นกรอบในการวิเคราะห์

ผลการวิเคราะห์ พบว่า ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ฝ่ายเอกชนที่ถูกบอกเลิกสัญญาโดยมิได้ผิดสัญญา ซึ่งเป็นวิธีการปกครองที่ดีโดยรัฐควรพึงกระทำต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

คำสำคัญ: การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน; เลิกสัญญาโดยรัฐฝ่ายเดียว; สัญญาร่วมลงทุน

ประเภทบทความ: บทความวิชาการ

การอ้างอิง:

อนุกุล ตันติมาสน์ และสุขสมัย สุทธิบัติ. (2565). ปัญหาทางกฎหมายในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562. *วารสารดุสิตบัณฑิตทางสังคมศาสตร์*, 12(1), 15-26.

¹ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240, ประเทศไทย

อีเมล: anukul.ck@gmail.com

² คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Legal Problems to Rescind the Administrative Contract of a Government Party Under Public-Private Partnership Act, B.E. 2562

Anukool Tuntimas¹ Suksmai Sutthibodee²

Abstract

This academic article has an objective to analyze the legal problems for the unilateral termination of the contract of the government party by applying the principles of law on public-private investment, the use of power to unilaterally terminate the contract, the United Kingdom's Standardization of PF2 Contracts and the Public-Private Partnership Act, B.E. 2562 as the framework of study

The result found that the Public-Private Partnership Act, B.E. 2562 should set the criteria and methods for the fair treatment to the private parties whom the contract were terminated for without causes by the government party as the good governance practice which the government should perform to the private contract parties

Keywords: Public-Private Partnership; Rescind the Administrative Contract of a Government Party; Joint Venture Agreement

Type of Article: Research Article

Cite this article as:

Tuntimas, A., & Sutthibodee, S. (2022). Legal problems to rescind the Administrative Contract of a Government Party Under Public-Private Partnership Act, B.E. 2019. *Ph.D. in Social Sciences Journal*, 12(1), 15-26.

¹ Doctor of Laws Program, Ramkhamhaeng University
2086 Ramkhamhaeng Road, Huamak, Bangkok, Bangkok, 10240, Thailand
E-mail: anukul.ck@gmail.com

² Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

บทนำ

Public-Private Partnerships หรือ PPPs เป็นรูปแบบการดำเนินโครงการของภาครัฐประเภทหนึ่ง ที่ได้รับความนิยมในฐานะเครื่องมือทางเลือกในการใช้ดำเนินโครงการสาธารณะของรัฐให้มีประสิทธิภาพสูงสุด ซึ่งโครงการบริการสาธารณะต่างๆ ของประเทศ ที่พัฒนาแล้วที่ประสบความสำเร็จมักใช้รูปแบบ PPPs ในการดำเนินโครงการ เนื่องจากรัฐสามารถควบคุมคุณภาพและสามารถกระจายความเสี่ยงไปสู่เอกชน ผู้ร่วมลงทุนในโครงการของรัฐได้ โดยรัฐเองไม่ต้องใช้เงินลงทุนหรืองบประมาณจำนวนมากในการดำเนินโครงการเอง อีกทั้งรัฐยังไม่ต้องบริหารโครงการต่างๆ เองทั้งหมด ซึ่งถือเป็นการนำศักยภาพของเอกชนที่มีความชำนาญในการดำเนินโครงการควบคู่กับการดำเนินนโยบายของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ (Tana-o-lan, 2016)

สำหรับประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ตอบสนองต่อนโยบายของรัฐบาลที่ต้องการส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนโครงการของรัฐในรูปแบบ PPPs ที่เป็นรูปแบบการดำเนินงานที่ภาครัฐให้เอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการให้บริการสาธารณะและโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ โดยมุ่งเน้นการให้บริการที่มีประสิทธิภาพ คำนึงต้นทุนมากกว่าการดำเนินการโดยภาครัฐเอง (Public-Private Partnership Act B.E. 2562, 2009)

กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้มีการจัดทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน เมื่อมีการเสนอโครงการสัญญาร่วมลงทุนแล้ว หากมีเพื่อเหตุกรณีพิเศษในกรณีที่จะต้องรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักจนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือ

เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ หน่วยงานเจ้าของโครงการฝ่ายรัฐ โดยคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในการมีอำนาจพิจารณาที่จะเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้ตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง และหากเป็นกรณีที่เอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาร่วมลงทุนให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 50 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยมีได้กำหนดวิธีการขั้นตอนการแก้ไขเยียวยาชดเชยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ฝ่ายของเอกชนที่เป็นคู่สัญญาร่วมลงทุน ให้ได้รับความยุติธรรมจากการถูกเลิกสัญญา ซึ่งเป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ โดยผู้เขียนมุ่งศึกษาประเด็นปัญหาดังนี้

1. ปัญหาการกำหนดวิธีการบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนตามเหตุพิเศษมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

ด้วยพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50 ได้บัญญัติเหตุพิเศษในการเลิกสัญญาร่วมลงทุนของเอกชนได้แต่ฝ่ายเดียว หากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่จะต้องรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน

(2) การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักจนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ

(3) หน่วยงานเจ้าของโครงการฝ่ายรัฐ โดยคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในการมีอำนาจพิจารณาที่จะเลิกสัญญาร่วมลงทุนได้

การนำเอาเงื่อนไขเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อนำมาเป็นข้ออ้างในการเลิกสัญญาร่วมลงทุนของฝ่ายรัฐ แม้รัฐจะมีอำนาจโดยอำเภอใจในการบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุนเอกชนได้ การใช้อำนาจโดยคณะรัฐมนตรียกเลิกสัญญาฝ่ายเอกชนย่อมได้รับผลกระทบ

ให้เกิดความเสียหายทั้งมูลค่าทรัพย์สินและเงินทุนมหาศาลและไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2. ปัญหาการกำหนดค่าชดเชยที่เหมาะสมในกรณีที่เอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาร่วมทุน

แม้ว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 บพัญญัติให้ใช้ในกรณีที่เอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาร่วมทุนให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชน คู่สัญญาอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 50 บรรดาที่มิได้กำหนดจำนวนเงินที่ต้องชดเชยและวิธีการคำนวณอย่างชัดเจน นอกจากนี้ ความเสียหายในส่วนอื่นที่ไม่ได้เกี่ยวกับมูลค่าสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งฝ่ายเอกชนได้สัญญาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐย่อมเกิดความเชื่อถือในทางธุรกิจ ดังนั้น การที่เอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาร่วมทุนจะต้องถูกเลิกสัญญาร่วมทุนโดยรัฐย่อมเกิดความเสียหายจากการค่าเสียโอกาสจากการดำเนินธุรกิจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เอกชน เช่นกัน

ดังนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50 ที่ใช้บังคับอยู่ยังไม่มีการแก้ไขและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและครอบคลุมความเสียหายได้อย่างแท้จริงและเพียงพอในอันที่จะเกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

แนวคิดการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

ในปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่างๆ เพิ่มขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้ ต่อมาจึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ขึ้นบังคับใช้แทนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อส่งเสริมและเอื้ออำนวยให้เอกชน

เข้าร่วมลงทุนกับหน่วยงานของรัฐ และเพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ สร้างกลไกที่สำคัญหลายๆ อย่างที่จะส่งเสริมและเอื้ออำนวยต่อการเข้าร่วมลงทุนระหว่างรัฐ สรุปลงสาระสำคัญได้ดังนี้

1. การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน หมายถึง การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public Private Partnership--PPP) โดยการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่เอกชนดำเนินกิจการของรัฐ ทั้งในกิจการเชิงพาณิชย์และสังคม ซึ่งกิจการของรัฐดังกล่าวต้องเป็นกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่น ของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือกิจการดังกล่าวจะต้องให้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นวิธีการลงทุนภาครัฐ (public investment) ที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจไทย โดยส่วนใหญ่เป็นการลงทุนในโครงสร้างขั้นพื้นฐาน (infrastructure) อันจะช่วยเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ ก่อให้เกิดการสร้างงาน เพิ่มผลิตภาพและศักยภาพ การผลิตในระยะยาว แต่เนื่องจากการลงทุนดังกล่าวต้องใช้เม็ดเงินจำนวนมากซึ่งหากเป็นการลงทุน จากภาครัฐเพียงฝ่ายเดียวอาจไม่สามารถระดมเงินทุนได้เพียงพอ เนื่องจากข้อจำกัดในด้านการระดมทุนและ การดำเนินนโยบายด้านการลงทุนที่ต้องคำนึงถึงเสถียรภาพการคลังของประเทศด้วย ซึ่งมีแหล่งการระดมทุน ของภาครัฐจาก 3 แหล่งคือ เงินกู้ต่างประเทศ เงินกู้ในประเทศ และการระดมทุนรูปแบบใหม่ๆ เช่น การเปิดให้ภาคเอกชนเข้าร่วมลงทุนในรูปแบบ Public Private Partnership หรือ PPP ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นโครงการ ด้านโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ ทั้งนี้ การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นการเพิ่มศักยภาพในการ ลงทุนโครงการพัฒนาระบบสาธารณูปโภค ที่สำคัญยังสามารถถ่ายโอนความเสี่ยง

ให้ภาคเอกชนซึ่งภาคเอกชน จะมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการความเสี่ยงได้มากกว่าภาครัฐ นอกจากนี้ยังสามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการและยังช่วยส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรม การถ่ายโอนเทคโนโลยี หรือให้เกิดการขยายตลาดทุน ภายในประเทศ

2. ความสำคัญให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน การลงทุนภาครัฐ (public investment) มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจไทย ซึ่งเป็นการลงทุนในโครงสร้างขั้นพื้นฐาน (infrastructure) อันจะช่วยเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ ก่อให้เกิดการสร้างงาน เพิ่มผลิตภาพและศักยภาพการผลิตในระยะยาว เพื่อการส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรม และการโอนถ่ายเทคโนโลยี หรือเพื่อก่อให้เกิดการขยายของตลาดทุนภายในประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในกรณีที่เอกชนที่ร่วมลงทุนนั้นมาจากต่างประเทศ การใช้ PPP ของประเทศต่างๆ นั้นมีเหตุผลที่ไม่เหมือนกัน โดยเหตุผลหลักนั้นมีอยู่ 2 ประการ ได้แก่

(1) ภาคเอกชนทำงานมีประสิทธิภาพมากกว่ารัฐ ฉะนั้นให้ภาคเอกชนดำเนินโครงการก็น่าจะทำให้มีประสิทธิภาพมากกว่า ค่าบริการที่เก็บจากประชาชนก็น่าจะต่ำกว่าการที่รัฐจะดำเนินการเอง

(2) รัฐขาดงบประมาณลงทุน หรือมีงบประมาณแต่น่าจะนำไปใช้ในการลงทุนด้านอื่นๆ ไม่สามารถให้ภาคเอกชนมาลงทุนได้ อาทิ ด้านการศึกษา ด้านความมั่นคง ฯลฯ การร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชนเป็นส่วนหนึ่งของการแปรรูปกรรมสิทธิ์ของรัฐให้เป็นเอกชน โดยการแปรรูปกรรมสิทธิ์ดังกล่าวมีทั้งการโอนกรรมสิทธิ์ให้ทั้งหมด หรือการโอนกรรมสิทธิ์บางส่วนให้แก่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ

แม้รัฐบาลจะมีหน้าที่สร้างและให้บริการสินค้าสาธารณะ ในส่วนที่เอกชนดำเนินการตามกลไกตลาดแล้วมีความล้มเหลวของการตลาด เช่น ถนน สะพาน โรงเรียน โรงพยาบาล และสาธารณูปโภคต่างๆ แต่รัฐ มีขีดจำกัดของตัวเองทั้งด้านประสิทธิภาพ การ

ดำเนินการ และด้านการลงทุน ขณะที่ภาคเอกชนจะมีประสิทธิภาพมากกว่าในส่วนของการออกแบบ การก่อสร้าง การดำเนินการ และการดูแลรักษา รวมถึงความเป็นมืออาชีพในแต่ละด้าน การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วม จึงสามารถช่วยสร้างงานให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด (Ewanpan & Varakham, 2019)

3. ประโยชน์และข้อจำกัดของการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน เป็นการเพิ่มบทบาทให้หน่วยงานเอกชนเข้ามามีส่วนร่วม กับรัฐบาลจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพการทำงาน สร้างทางเลือกทางการทำงานให้มากขึ้น และเป็นการขยาย การเข้าถึงบริการของรัฐกับภาคประชาชน ในขณะที่เดียวกันจะเป็นการลดข้อจำกัดด้านงบประมาณการลงทุน ในโครงการต่างๆ ของรัฐบาลในช่วงที่เกิดวิกฤตเศรษฐกิจ ทำให้รัฐบาลจัดเก็บรายได้ไม่เพียงพอกับความต้องการการลงทุน ซึ่งการร่วมทุนรูปแบบ PPP ดังกล่าวนั้นเป็นที่ยอมรับจากทั่วโลกจะช่วยลดข้อจำกัดด้านงบประมาณและการก่อหนี้สาธารณะของภาครัฐ ช่วยให้รัฐบาลสามารถขยายการลงทุนในโครงการพื้นฐานต่างๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันต่อความต้องการของประชาชน ประโยชน์ของ PPP เกิดขึ้นกับทุกฝ่ายที่มีส่วนร่วม (stake-holders) สรุปได้ดังนี้

(1) ประโยชน์ต่อภาครัฐ โครงการ PPP สามารถสนับสนุนการดำเนินงานภาครัฐ โดยสร้างความคุ้มค่าทางการเงินจะช่วยให้ประหยัดต้นทุนได้ เนื่องจากเอกชนรายนั้นจะสามารถออกแบบเพื่อก่อให้เกิดการประหยัด ในการดำเนินโครงการ รวมทั้งรัฐบาลไม่มีภาระค่าใช้จ่ายหรือการลงทุนกว่าการก่อสร้างจะดำเนินการแล้วเสร็จ และยังเป็นการแบ่งหน้าที่การบริหารความเสี่ยงที่ได้รับจากความรู้ประสบการณ์จากภาคเอกชน รวมถึงความสามารถ ในการบริหารจัดการระบบงบประมาณของภาครัฐ ในกรณีที่ภาครัฐได้พิจารณาถึงความคุ้มค่าทางการเงินแล้ว เห็นว่ามี

ความเหมาะสมที่จะให้เอกชนร่วมดำเนินการ จะทำให้ภาครัฐสามารถจัดสรรงบประมาณดังกล่าวไปลงทุนในโครงการอื่นๆ ตามความจำเป็นและเหมาะสมมากขึ้น รวมทั้งยังเป็นการช่วยลดปัญหาความล่าช้าและค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นของโครงการ เนื่องจากเอกชนต้องบริหารจัดการเงินด้วยตนเอง จึงมีแรงจูงใจให้ก่อสร้างเสร็จภายในระยะเวลาที่เหมาะสม เพื่อลดค่าใช้จ่ายและภาระดอกเบี้ย อีกทั้งเพื่อให้สามารถเรียกเก็บค่าบริการจากรัฐได้เร็วขึ้น

(2) ประโยชน์ต่อภาคเอกชน โครงการ PPP สามารถเพิ่มโอกาสการทำธุรกิจให้กับภาคเอกชน ในการให้บริการสาธารณะด้วยความมีประสิทธิภาพและในบางครั้งที่สภาพเศรษฐกิจเริ่มชะลอตัว (Economic Downturn) จะถือว่าเป็นการสนับสนุนเศรษฐกิจของประเทศโดยส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการของรัฐ นอกจากนี้ ในการลงทุนในรูปแบบ PPP ภาคเอกชนจะมีโอกาสเสนอแนะแนวทางในการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

(3) ประโยชน์ต่อประชาชน ในการให้บริการสาธารณะของโครงการ PPP ประชาชนผู้รับบริการสามารถได้รับบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพ ในราคาที่เหมาะสมมีมาตรฐาน เนื่องจากโครงการ PPP เป็นการดำเนินงานและให้บริการโดยรวมความเชี่ยวชาญของทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ภายใต้เงื่อนไขการกำกับดูแลที่เหมาะสม ของภาครัฐให้การบริการของภาคเอกชนคู่สัญญา PPP สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีความน่าเชื่อถือในการบริการ และกำหนดกลไกราคาที่เหมาะสมกับผู้บริโภค โดยค่าตอบแทนจะถูกหักทันทีหากไม่สามารถให้บริการได้ตามมาตรฐานที่ภาครัฐกำหนด

อย่างไรก็ตาม การลงทุนในรูปแบบ PPP มีข้อจำกัดเช่นกัน ดังนี้

(1) การกำกับดูแล โครงการลงทุนในรูปแบบ PPP อาจมีความซับซ้อนมากกว่ากิจการที่ภาครัฐดำเนิน

การเอง การกำกับดูแลมีความสำคัญเพื่อให้โครงการ PPP มีความเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายและมีความชัดเจนในหลักเกณฑ์ เพื่อเอื้อต่อการลงทุนของภาคเอกชน โดยเฉพาะในประเด็นการรับภาระความเสี่ยง (risk transfer) ระหว่างภาครัฐและเอกชนซึ่งหากดำเนินการไม่เหมาะสมจะทำให้โครงการ PPP เกิดความล้มเหลวและไม่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ การกำกับดูแลต้องให้ภาคประชาชนได้รับประโยชน์จากการบริการที่มีประสิทธิภาพและต้นทุนที่เหมาะสม และการดำเนินงานโครงการลงทุนในรูปแบบ PPP ต้องมีความโปร่งใสและคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะ (value for money)

(2) ความเสี่ยงของโครงการลงทุนในรูปแบบ PPP มีหลายประการที่ต้องคำนึงถึง โดยเฉพาะความเสี่ยงจากโครงการ (project risks) ได้แก่ ความเสี่ยงจากการพัฒนาโครงการ (development risk) การออกแบบ ก่อสร้างและทดสอบระบบ (design and construction risk) ซึ่งความเสี่ยงที่เกิดจากการออกแบบ ก่อสร้างและทดสอบระบบ อาจก่อให้เกิดต้นทุนเพิ่มและการให้บริการที่ไม่ได้ตามมาตรฐาน โดยผลกระทบของความเสี่ยงอาจก่อให้เกิดความล่าช้าหรือต้นทุนเพิ่มในขั้นตอนของการออกแบบ ก่อสร้างและทดสอบระบบ อีกทั้งการออกแบบและก่อสร้างที่ไม่เหมาะสมอาจส่งผลกระทบต่อคุณภาพของโครงสร้างพื้นฐานรวมถึงคุณภาพของการให้บริการ ความเสี่ยงด้านเทคโนโลยี (technology risk) ซึ่งการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี หรือการใช้เทคโนโลยีใหม่ๆ อาจไม่เป็นไปตามที่คาดไว้ และความเสี่ยงทางด้านรายได้ (revenue risk-price/demand) ที่อาจเกิดจากความต้องการการบริการที่ไม่แน่นอน หรือค่าบริการที่แตกต่างจากแผนการที่วางเอาไว้ส่งผลให้รายได้จากการให้บริการแตกต่างจากที่คาดการณ์เอาไว้ นอกจากนี้ ยังมีความเสี่ยงจากปัจจัยภายนอก (external risks) เช่น ความเสี่ยงจากเหตุสุดวิสัย (force majeure risk)

ที่เป็นความเสี่ยงจากเหตุการณ์ซึ่งไม่สามารถควบคุมได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความล่าช้า และการละเมิดสัญญาของเอกชนในการดำเนินโครงการ และสุดท้าย ความเสี่ยงจากการเมือง (political risk) การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองอาจทำให้การดำเนินนโยบายไม่ต่อเนื่อง ซึ่งจะกระทบต่อการดำเนินโครงการ PPP

การใช้อำนาจเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว (le pouvoir de résiliation unilatérale)

โดยปกติแล้วฝ่ายปกครองสามารถเลิกสัญญาได้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยอาศัยหลักกฎหมายสัญญาตามกฎหมายเอกชน เช่นในกรณีที่เกิดการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาตกลงกันเลิกสัญญากัน สัญญาเลิกกันโดยปริยาย หรือแม้แต่การเลิกสัญญาตามคำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตามในกรณีของสัญญาทางปกครองนั้น ด้วยลักษณะที่พิเศษของสัญญาทางปกครอง สภาแห่งรัฐได้ยอมรับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยอาศัยมูลเหตุมาจากประโยชน์สาธารณะ (motif d'intérêt général) ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง ทุกประเภท ไม่ว่าจะมีการกำหนดอำนาจดังกล่าวของคู่สัญญาไว้ในข้อสัญญาหรือไม่ก็ตาม และคู่สัญญาไม่อาจทำสัญญาจำกัดอำนาจนี้ของฝ่ายปกครองในสัญญาได้

การใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึงถูกจำกัดอยู่ไว้ว่าจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งศาลปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ และศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยอมรับอำนาจของศาลปกครองในการเพิกถอนคำสั่งเลิกสัญญาที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ตั้งแต่ปี 2011 เป็นต้นมาจากหลักที่วางไว้ในคดี Bézier 2 (CE 21 Mars 2011) โดยเฉพาะในคดีที่มีมูลค่าสูงอย่างสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมทุน ซึ่งศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของคู่สัญญา

ในการตรวจสอบการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเลิกสัญญาทางปกครอง (Akarapiman, 2002)

หากมีการใช้อำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าชดเชย (indemnité) ซึ่งครอบคลุมทั้งค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (dammum emergens) และค่าขาดรายได้ คือผลกำไรที่ควรจะได้รับหรือคาดว่าจะเสียไป (lucrum cessans)

ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนี้ในฐานะวิธีการสุดท้ายและใช้อย่างระมัดระวังอย่างยิ่ง นอกจากนั้น สัญญาทางปกครองยังมีลักษณะพิเศษอันเนื่องมาจากสภาพของสัญญา เช่นในเรื่องของระยะเวลา (La durée) ในสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากกฎหมายในระบอบกฎหมายเอกชน เช่น ระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาทางปกครอง (Le temp de jeu) ในสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษกว่าเพราะมีกฎหมายกำหนด เช่นเรื่อง สัญญาพัสดุเองจะต้องทำเป็นครั้งๆ ไป ห้ามทำสัญญาในลักษณะต่อเนื่องยาวนานหลายปี อันเป็นการขัดกับหลักแข่งขันทางการค้าที่เสรีเป็นธรรม สัญญาบางประเภทนั้นมีระยะเวลากำหนดโดยกฎหมาย เช่น สัญญาเช่าระยะยาว (Bailem-phytéotique BEA) มีระยะเวลา 18-39 ปี แม้แต่สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะหากไม่กำหนดระยะเวลาของสัญญาไว้ อาจเกิดข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงถึงขั้นทำให้สัญญาเป็นโมฆะเพราะขัดหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะ (Teevakul, 2016)

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

ปัจจุบันเอกชนที่เข้าร่วมลงทุนในโครงการของรัฐประสบปัญหาขัดข้องทางกฎหมายระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องและมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน อันส่งผลให้การดำเนินโครงการมีความล่าช้าและเอกชนยังไม่ให้ความสนใจที่จะเข้าร่วม

ลงทุนในโครงการของรัฐเท่าที่ควร จึงมีความจำเป็นต้องมีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน กำหนดกลไกในการแก้ไขปัญหา อุปสรรคหรือความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการร่วมลงทุน และมีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสม ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง โดยมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมของเอกชนรวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ในขณะเดียวกัน หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนให้และตรวจสอบได้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ (Public-Private Partnership Act B.E. 2562, 2009)

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มีทั้งหมด 70 มาตรา โดยแบ่งออกเป็น 7 หมวด ดังนี้

หมวดที่ 1 บททั่วไป

หมวดที่ 2 แผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน

หมวดที่ 3 คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

หมวดที่ 4 การจัดทำและดำเนินโครงการ
หมวดที่ 5 การใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ
หมวดที่ 6 กองทุนส่งเสริมการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

หมวดที่ 7 บทเบ็ดเตล็ด

หมวดที่ 8 บทกำหนดโทษ

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50 เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักลงจนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ หน่วยงานเจ้าของโครงการโดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีมีอำนาจพิจารณาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

(3) บกเลิกสัญญาร่วมลงทุน

ในกรณีที่เหตุเกิดจากการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งไม่ได้มาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญาให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

กรอบในการวิเคราะห์

1. พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562
2. ประกาศข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของประเทศอังกฤษ “Standardisation of PF2 Contracts”
3. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักกฎหมายการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน และหลักการใช้อำนาจขลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

ภาพ 1 กรอบในการวิเคราะห์

ผลการวิเคราะห์

สำหรับประเด็นที่ผู้เขียนจะนำมาวิเคราะห์ในครั้งนี้ มีอยู่ด้วยกัน 2 ประเด็นกล่าวคือ

ประเด็นแรก คือเรื่อง แนวทางการกำหนดวิธีการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ประเทศไทย อำนาจในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายเอกชนไม่มีความผิดแท้จริงแล้วเป็นอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง เพราะกรณีการบอกเลิกสัญญาก็เปรียบเสมือนการแก้ไขสัญญาในส่วนของระยะเวลาของสัญญา ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าฝ่ายรัฐมีอำนาจยกเลิกสัญญาหรือไม่ก็เป็นเช่นเดียวกับที่ใช้พิจารณาอำนาจการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวนั่นเอง กล่าวคือ จะต้องมีความเหตุอันสมควรที่แทรกแซงเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และทำให้สัญญากลายเป็นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะ ดังนั้น การยกเลิกสัญญาที่ขัดด้วยกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

ปัจจุบันพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50 ได้กำหนดให้อำนาจให้หน่วยของโครงการของรัฐเสนอเพื่อขอความเห็นชอบคณะรัฐมนตรี ให้มีอำนาจเลิกสัญญาร่วมทุนได้ หากเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักลงจนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้กำหนดวิธีการเลิกสัญญาร่วมทุนเป็นผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญา จากการศึกษาในต่างประเทศพบว่าในประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ตามประกาศข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของประเทศอังกฤษ “Standardisation of

PF2 Contracts” ใน Section 23.5.1 โดยกำหนดว่าในกรณีที่มีสถานการณ์อันเปลี่ยนแปลงไปของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งทำให้สัญญาไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ เช่นการเปลี่ยนแปลงนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อให้บริการของรัฐ เป็นต้น จนเป็นให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาที่ได้ทำกับคู่สัญญาเอกชนได้

วิธีการบอกเลิกสัญญา การใช้สิทธิบอกเลิกคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องดำเนินการตามวิธีที่กำหนดดังนี้

1. คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวแจ้งไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยจะต้องประกอบไปด้วยเนื้อหาดังนี้

(ก) ต้องระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลิกสัญญาภายใต้เงื่อนไขแห่งข้อกำหนดนี้

(ข) ต้องระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลิกสัญญาวันที่กำหนดไว้ในหนังสือ ซึ่งจะต้องมีกำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกกล่าว

(ค) ต้องระบุคู่สัญญาจะใช้สิทธิในการเลือกหรือไม่

2. การใช้สิทธิในการเลือกคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะรับสิทธิใดๆ มาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อการรับมอบการโอนสิทธิ์ และผลประโยชน์อื่นใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของโครงการคืนแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือตามคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ดำเนินการในวันที่สัญญามีผลสิ้นสุดลง

3. สัญญาจะสิ้นสุดลงทันทีในวันที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดไว้เป็นหนังสือ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ตามประกาศข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของประเทศอังกฤษ “Standardisation of PF2 Contracts” พบว่าให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาที่ได้ทำกับคู่สัญญาเอกชนได้ แต่ต้องมีวิธีการและขั้นตอน รวมทั้งกำหนดระยะเวลาแจ้งเป็นหนังสือบอกกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเตรียมการเพื่อรองรับสถานการณ์ดังกล่าวได้

ประเด็นที่สอง คือ การกำหนดค่าชดเชยในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างและเอกชน พ.ศ. 2562 ได้กำหนดค่าชดเชยว่าในกรณีที่เหตุเกิดจากการใช้อำนาจตามมาตรา 50 ในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยไม่ได้มาจากการความผิดของเอกชนคู่สัญญาให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม การพิจารณาจำนวนเงินค่าชดเชยในความเสี่ยงภัยให้เอกชนในการเลิกสัญญานั้น พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการอย่างใด เป็นผลให้เกิดความไม่ชัดเจนและในการกำหนดค่าชดเชย จากการศึกษาในต่างประเทศพบว่าในประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดค่าบอกเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ตามประกาศข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของประเทศอังกฤษ “Standardisation of PF2 Contracts” ใน Section 23.5.2.1 ได้กำหนดไว้ในกรณีการเลิกสัญญาคู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายเดียว (Compensation for Voluntary Termination) คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องชำระค่าชดเชยเต็มจำนวนอันเนื่องมาจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าว แต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชำระค่าบอกเลิกสัญญา (termination payment) ในจำนวนไม่น้อยกว่าค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จะต้องใช้ในการโครงการ พบว่ามีการกำหนดค่าบอกเลิกสัญญาที่เป็นการคำนวณตามสัญญาที่แน่นอน

ซึ่งตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่ได้กำหนดค่าชดเชยในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยไม่ได้มาจากการความผิดของเอกชนคู่สัญญาให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม พระราชบัญญัติฯ ในส่วนนี้ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เกิดความชัดเจนและในการกำหนดค่าชดเชยที่แน่นอน ในจำนวนไม่น้อยกว่าค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จะต้องใช้ในการโครงการและไม่ได้พิจารณาถึงความเสียหายในส่วนที่

ถึง ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (dammum emergens) และค่าขาดรายได้ คือผลกำไรที่ควรจะได้รับหรือคาดว่าจะเสียไป (lucrum cessans) ซึ่งฝ่ายเอกชนย่อมเสียโอกาสทางการค้าและได้รับความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญา ซึ่งหากกรณีเอกชนที่ถูกเลิกสัญญาไม่พอใจจำนวนเงินชดเชยที่หน่วยงานฝ่ายรัฐกำหนดให้ ย่อมเกิดข้อพิพาทฟ้องเรียกร้องค่าชดเชยต่อศาลปกครอง ดังนั้น นอกจากจะกำหนดค่าชดเชยแล้ว ควรกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นธรรมแก่ฝ่ายเอกชนที่ถูกบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุน

บทสรุป

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50 ให้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวบอกเลิกสัญญาร่วมลงทุน ในกรณีหากเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการหยุดชะงักลงจนทำให้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยกำหนดให้อำนาจให้หน่วยของโครงการของรัฐเสนอเพื่อขอความเห็นชอบคณะรัฐมนตรี ให้มีอำนาจเลิกสัญญาร่วมทุนได้ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนกำหนดระยะเวลาพอสมควรแจ้งเป็นหนังสือบอกกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเตรียมการเพื่อรองรับสถานการณ์ดังกล่าวได้

สำหรับในกรณีในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยไม่ได้มาจากการความผิดของเอกชนคู่สัญญาให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจ่ายค่าชดเชยแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม พระราชบัญญัติฯ ในส่วนนี้ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เกิดความชัดเจนและในการกำหนดค่าชดเชยที่แน่นอน ในจำนวนไม่น้อยกว่าค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จะต้องใช้ในการโครงการและไม่ได้พิจารณาถึงความเสียหายในส่วนที่

เสียโอกาสทางธุรกิจของเอกชนที่ถูกบอกเลิกสัญญา เพื่อเกิดความเป็นธรรม

ข้อเสนอแนะ

1. หลักเกณฑ์วิธีการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของ คู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ สาธารณะ ควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเลิกสัญญา ร่วมลงทุน กรณีตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชน มาตรา 50 (3) โดยเพิ่มเติม หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

การใช้สิทธิบอกเลิกคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องดำเนินการตามวิธีที่กำหนดดังนี้

1.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวแจ้งไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยจะต้องประกอบไปด้วยเนื้อหา ดังนี้

(1) คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลิกสัญญาภายใต้เงื่อนไขแห่งข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญาร่วมลงทุน

(2) คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลิกสัญญาวันที่กำหนดไว้ในหนังสือ ซึ่งจะต้องมีกำหนดระยะเวลาไม่

น้อยกว่า 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกกล่าว

(3) คู่สัญญาจะใช้สิทธิในการเลือกหรือไม่

1.2 การใช้สิทธิในการเลือกคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะรับสิทธิใดๆ มาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อการรับมอบการโอนสิทธิ์ และผลประโยชน์อื่นใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของโครงการคืนแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือตามคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ดำเนินการในวันที่สัญญา มีผลสิ้นสุดลง

1.3 สัญญาจะสิ้นสุดลงทันทีในวันที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดไว้เป็นหนังสือ

2. การกำหนดค่าชดเชยในการการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยไม่ได้มาจากความผิดของเอกชน ควรกำหนดชำระค่าชดเชยโดยคิดคำนวณค่าบอกเลิกสัญญา (termination payment) ในจำนวนไม่น้อยกว่าค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จะต้องใช้ในการดำเนินการโครงการ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและแน่นอน และควรกำหนดให้นำความเสียหายที่เสียโอกาสทางธุรกิจมาพิจารณาเข้ากับค่าชดเชยในการเลิกสัญญาร่วมลงทุน

References

- Akarapiman, B. (2002). *Administrative contract : Concepts and legal principles of France and Thailand*. Office of the Administrative Courts. [In Thai]
- Ewanpan, C., & Varakham, S. (2019). *Public Private Partnership: PPP*. The Secretariat of The House of Representatives. [In Thai]
- Public-Private Partnership Act B.E. 2562. (2009). *Royal Thai Government Gazette*, 136(29 A), 1-29 [In Thai]
- Tana-o-lan, U. (2016). *Private investments in State Undertakings Act B.E. 2556: Study on requirements of PPPS standard contracts in relation to public land development projects*. Master's of Thesis of Laws, Chulalongkorn University. [In Thai]
- Teevakul, S. (2016). *Administration contracts: A comparative study on EU public contracts, French and Thai administration contracts*. Master's Thesis of Laws Faculty of Law Thammasat University. [In Thai]