

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ
ในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน)
จัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้า)

บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ได้มีหนังสือ ที่ กบ. ๐๑/๑๑๓๘ ลงวันที่ ๒
ธันวาคม ๒๕๕๗ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า คณะกรรมการบริษัทการ
บินไทย จำกัด (มหาชน) ได้มีมติให้บริษัทการบินไทยฯ ดำเนินการจัดตั้งบริษัทร่วม
ทุนในรูปแบบบริษัทจำกัด เพื่อให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้า ซึ่งมีมูลค่าการ
ลงทุนประมาณ ๘,๐๐๐ ล้านบาท (แปดพันล้านบาท) โดยมีสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทการบิน
ไทยฯ และรัฐวิสาหกิจอื่นร่วมกันได้ไม่เกินร้อยละ ๔๙ และส่วนที่เหลือร้อยละ ๕๑ เป็นของ
พันธมิตรร่วมทุนและผู้ร่วมทุนรายอื่นๆ ทั้งนี้ ในสัดส่วนการถือหุ้น บริษัทการบินไทยฯ จะต้อง
เป็นผู้ถือครองหุ้นรายใหญ่ที่สุดตามมติคณะกรรมการบริษัทการบินไทยฯ

บริษัทการบินไทยฯ จึงขอหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า กรณีการ
จัดตั้งบริษัทร่วมทุนตามมติคณะกรรมการบริษัทการบินไทยฯ ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งมีมูลค่าการ
ลงทุนสูงกว่า ๑,๐๐๐ ล้านบาทนั้น จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้า
ร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่ อย่างไร

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาปัญหาข้อหารือของบริษัท
การบินไทย จำกัด (มหาชน) โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการ
พัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลางและสำนักงาน
คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกระทรวงคมนาคม (สำนักงานปลัดกระทรวงและ
กรมการขนส่งทางอากาศ) และผู้แทนบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริง
แล้วปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า โครงการให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้าตาม
ข้อหารือ นั้น จะเป็นการให้บริการในเส้นทางบินต่างๆ ในทวีปยุโรปและทวีปเอเชีย โดยในขณะนี้
ยังอยู่ในระหว่างขั้นตอนการศึกษารูปแบบการลงทุน การดำเนินงาน และการบริหารจัดการ ซึ่งได้
มีการประเมินมูลค่าเบื้องต้นของโครงการดังกล่าวว่า เป็นวงเงินลงทุนประมาณ ๘,๐๐๐ ล้านบาท
แต่ยังมิได้มีการเสนอผลการศึกษาโครงการลงทุนและบริหารจัดการเครื่องบินบรรทุกสินค้าและ
รายละเอียดที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการบริษัทการบินไทยฯ เพื่อพิจารณาอนุมัติหรือให้ความ
เห็นชอบแต่ประการใด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาปัญหาข้อหารื้อประกอบกับข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นแล้ว มีความเห็นว่า กรณีตามข้อหารื้อ การที่บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ประสงค์จะจัดตั้งบริษัทร่วมทุน (Joint Venture Company) เพื่อดำเนินโครงการให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้าซึ่งมีมูลค่าการลงทุนประมาณ ๘,๐๐๐ ล้านบาท โดยบริษัทการบินไทยฯ และรัฐวิสาหกิจอื่นถือหุ้นไม่เกินร้อยละ ๔๙ และพันธมิตรร่วมทุนและผู้ร่วมทุนรายอื่น ๆ ถือหุ้นส่วนที่เหลืออีกร้อยละ ๕๑ นั้น เป็นการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนในลักษณะที่เป็นการตกลงเข้าทำกิจการบริการขนส่งสินค้าโดยนำเงินมาลงทุนเป็นหุ้น อันเป็นลักษณะของการลงทุนประเภทหนึ่ง จึงอยู่ในความหมายของนิยามคำว่า “ร่วมทุนหรือดำเนินการ”^๑ ในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๑) ได้เคยให้ความเห็นในประเด็นการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนไว้ในเรื่องเสร็จที่ ๔๓๓/๒๕๓๖^๒ และคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ได้ให้ความเห็นในทำนองเดียวกันในเรื่องเสร็จที่ ๘๘/๒๕๔๑^๓ ดังนั้น เมื่อบริษัทการบินไทยฯ มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ^๔ ตามพระราชบัญญัติวิธีการ

๑ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ

ฯลฯ

ฯลฯ

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือ กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือ ราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

“ร่วมทุนหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

๒ บันทึก เรื่อง การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีองค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทยทำสัญญาซื้อขายผลิตภัณฑ์นมกับเอกชน และร่วมลงทุนกับเอกชนเพื่อจัดตั้งบริษัทจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์นม) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๖๐๑/๙๑๐ ลงวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๓๖ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

๓ บันทึก เรื่อง การร่วมทุนของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยในโครงการท่อขนส่งน้ำมันภาคตะวันออกเฉียงเหนือและโครงการท่อขนส่งน้ำมันภาคเหนือ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วน ที่ นร ๐๖๐๑/๑๗๖ ลงวันที่ ๕ มีนาคม ๒๕๔๑ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

๔ มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(ก) องค์การของรัฐบาลหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(ข) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

งบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ การจัดตั้งบริษัทร่วมทุนตามกรณีข้อหาหรือจึงเป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามนิยามในมาตรา ๕ ดังกล่าว

ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาคือ การร่วมงานหรือดำเนินการในบริษัทร่วมทุนดังกล่าว เป็นการร่วมงานหรือดำเนินการใน “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของ “กิจการของรัฐ” ในเรื่องเสร็จที่ ๔๐๘/๒๕๔๑^๕ ไว้ว่าหมายความว่า ๑) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐหรือราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ที่ต้องทำตามกฎหมายจัดตั้งส่วนราชการหรือองค์การนั้น ๆ กำหนดไว้ หรือตามที่กฎหมายอื่นหรือกฎหมายเฉพาะที่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้ส่วนราชการหรือองค์การนั้น ๆ ต้องทำด้วย แต่ไม่รวมถึงอำนาจหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของนิติบุคคล ซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งเป็นนิติบุคคลส่วนแพ่ง แม้ว่านิติบุคคลนั้นจะมีสถานภาพเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณก็ตาม หรือ ๒) กิจการที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจที่ต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือ ๓) กิจการที่ต้องใช้ทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการขององค์การของรัฐตามกฎหมาย หรืออำนาจพิเศษของรัฐที่เอกชนไม่สามารถมีได้ ซึ่งให้สิทธิแก่เอกชนในการเข้ามาใช้ประโยชน์ และเป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐโดยตรง มิใช่เพียงให้เข้ามาร่วมถือหุ้นใหม่และบริหารงานร่วมกัน

เมื่อบริษัทร่วมทุนที่จะจัดตั้งขึ้นดำเนินโครงการให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้า ในเส้นทางบินต่าง ๆ ในทวีปยุโรปและทวีปเอเชียอันเป็นการให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ ซึ่งบริษัทร่วมทุนจะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศตามข้อ ๓ (๔)^๖ ประกอบกับข้อ ๔^๗ และข้อ ๙^๘ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่

(ค) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(ง) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ค) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(จ) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ง) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) และ/หรือ (ค) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

ฯลฯ

ฯลฯ

^๕ บันทึก เรื่อง ธนาкарรัตนสิน จำกัด (มหาชน) หรือกรณีหาผู้ร่วมทุนรายใหม่ โดยการออกหุ้นสามัญเพิ่มทุนและเสนอขายเฉพาะเจาะจงให้แก่ผู้ร่วมทุนรายเดียว ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๖๐๑/๕๖๔ ลงวันที่ ๑๗ กรกฎาคม ๒๕๔๑ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^๖ ข้อ ๓ กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

ฯลฯ

ฯลฯ

(๔) การเดินอากาศ

ฯลฯ

ฯลฯ

๕๘ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม พ.ศ. ๒๕๑๕ และโดยที่การอนุญาตดังกล่าวเป็นการให้เอกชนใช้สิทธิประโยชน์ในการเดินอากาศระหว่างประเทศซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์ที่ประเทศไทยได้มาตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศและความตกลงทวิภาคี อันเป็นสิทธิประโยชน์ของรัฐที่เอกชนไม่สามารถมีได้ จึงยอมถือได้ว่าเป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐตามความหมายของคำว่า “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา ๕ ดังกล่าว เนื่องจากทรัพย์สินของรัฐหมายถึงทรัพย์สินทุกประเภทที่เป็นของรัฐ และรวมตลอดถึงสิทธิประโยชน์ของรัฐที่รัฐอาจนำมาให้อนุญาต ให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่เอกชนที่จะเข้าถือประโยชน์ต่อไปได้ทั้งนี้ ตามแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ในเรื่องเสร็จที่ ๒๒๒/๒๕๔๔^๙

ดังนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงเห็นว่า การจัดตั้งบริษัทร่วมทุนโดยบริษัทการบินไทยฯ และรัฐวิสาหกิจอื่นถือหุ้นไม่เกินร้อยละ ๔๙ และมีเอกชนซึ่งเป็นพันธมิตรร่วมทุนและผู้ร่วมทุนรายอื่นถือหุ้นส่วนที่เหลืออีกร้อยละ ๕๑ อันมีฐานะเป็นเอกชน มิใช่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ เพื่อดำเนินโครงการให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้าในเส้นทางบินระหว่างประเทศ เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ และหากโครงการ^{๑๐} มีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป การดำเนินโครงการดังกล่าวต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

(ลงชื่อ) พรทิพย์ จาละ

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กุมภาพันธ์ ๒๕๔๘

^๙ ข้อ ๔ ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

^{๑๐} ข้อ ๙ ให้กระทรวงคมนาคมมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับกิจการการรถไฟและการเดินอากาศ

^{๑๑} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ในกรณีการกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (designated airline) เพื่อใช้สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ ๐๖๐๑/๑๔๒๑ ลงวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๔๔ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^{๑๒} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, หน้า ๒