

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการเมืองการบินภาคตะวันออกในรูปแบบ
Build-Operate-Transfer

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกได้มีหนังสือที่ สกพอ ๑๐๐๓/๑๐๑๗ ลงวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๑ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาสรุปความได้ว่า คณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก (กพอ.) ได้มีมติในคราวประชุมครั้งที่ ๔/๒๕๖๑ วันที่ ๔ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๖๑ อนุมัติหลักการโครงการพัฒนาสนามบินอู่ตะเภาและเมืองการบินภาคตะวันออก (โครงการฯ) และเห็นชอบให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก (สกพอ.) เป็นหน่วยงานหลักร่วมกับกองทัพเรือรับผิดชอบในการดำเนินโครงการฯ เพื่อผลักดันโครงการฯ ซึ่งเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญในการส่งเสริมเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกให้เป็นรูปธรรม

เพื่อให้การดำเนินโครงการฯ สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องและเป็นไปตามมติของ กพอ. และเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีว่า กรณีมีประเด็นกฎหมาย ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอความเห็น สกพอ. ในฐานะหน่วยงานหลักในการดำเนินโครงการฯ จึงขอความอนุเคราะห์สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โปรดพิจารณาให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะโดยมีรายละเอียดดังนี้

๑. ข้อเท็จจริง

๑.๑ โครงการฯ เป็นหนึ่งในโครงการภายใต้ EEC Project List ซึ่งจะต้องดำเนินการตามประกาศคณะกรรมการนโยบายพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการ ในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๐ (ประกาศคณะกรรมการนโยบายฯ) โดยกองทัพเรือได้ดำเนินการร่วมกับที่ปรึกษาในการจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการของโครงการฯ แล้วเสร็จและจัดส่งให้สกพอ. เพื่อนำเสนอ กพอ. พิจารณาให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการฯ แล้ว

๑.๒ กองทัพเรือโดยสำนักงานบริหารเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกของกองทัพเรือได้มีหนังสือขอหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องความชัดเจนของรูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ในส่วนอาคารผู้โดยสารหลังที่ ๓ และศูนย์การขนส่งภาคพื้นดินของโครงการฯ เพื่อให้การดำเนินโครงการฯ สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๑.๓ ในคราวประชุมคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก ครั้งที่ ๔/๒๕๖๑ วันที่ ๔ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๖๑ ได้มีการอนุมัติหลักการของโครงการฯ ในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ขอความเห็นจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า กรรมสิทธิ์ในส่วนอาคารผู้โดยสารหลังที่ ๓ และศูนย์การขนส่งภาคพื้นดินจะอยู่ในลักษณะให้เอกชนโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ภาครัฐในทันทีเมื่อมีการก่อสร้างเสร็จสิ้น (Build-Transfer-Operate: BTO) หรือจะอยู่ในลักษณะให้เอกชนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปจนกระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาของโครงการฯ โดยเอกชนจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ภาครัฐในทันทีเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของโครงการฯ (Build-Operate-Transfer: BOT) ทั้งนี้ จะเป็นไปตามความเห็น

ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และมีมติเห็นชอบให้ สกพอ. เป็นหน่วยงานหลัก ร่วมกับกองทัพเรือในการดำเนินโครงการฯ ในกระบวนการคัดเลือกเอกชน การกำกับดูแลและติดตาม รวมทั้งประสานงานกับหน่วยงานรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้โครงการฯ สามารถดำเนินการได้ ประสพผลสำเร็จตามกำหนดการและนโยบายของ กพอ.

๒. ข้อหารื้อเพื่อพิจารณารูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ในส่วนของอาคารผู้โดยสาร หลังที่ ๓ และศูนย์การขนส่งภาคพื้นดินของโครงการฯ สรุปความได้ว่า ตามมาตรา ๕๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการ สาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะกระทำด้วยประการใดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละ ห้าสิบเอ็ดมิได้ นั้น ภายใต้อำนาจของโครงการฯ ทรัพย์สินที่เป็นโครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐาน ของสนามบิน คือ ทางวิ่ง (Runway) และทางขับ (Taxiway) รัฐจะเป็นผู้ออกแบบและก่อสร้าง และเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับคำจำกัดความของสนามบินตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๔๙๗ ซึ่งมุ่งเน้นองค์ประกอบสำคัญของสนามบินไปที่พื้นที่ ที่กำหนดไว้เพื่อการขึ้นลงหรือเคลื่อนไหวของอากาศยาน อย่างไรก็ตาม จากผลการศึกษาตามรายงานฯ ระบุว่า การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนจะถูกดำเนินการในรูปแบบของ BOT โดยกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินของโครงการฯ จะเป็นของภาคเอกชนในระหว่างดำเนินโครงการฯ และกรรมสิทธิ์ จะถูกโอนไปให้ภาครัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของโครงการฯ เว้นแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับ พื้นที่ขึ้น-ลง ของอากาศยาน (เช่น ทางวิ่ง และหลุมจอดอากาศยาน ที่เอกชนจะเป็นผู้ลงทุนก่อสร้าง) ถนน และโครงสร้างพื้นฐานภายในโครงการฯ จะถูกดำเนินการในรูปแบบ BTO

จากผลการศึกษาข้างต้น องค์ประกอบซึ่งดำเนินการก่อสร้างโดยเอกชน ซึ่งจะดำเนินการในรูปแบบ BOT ประกอบด้วย (๑) อาคารผู้โดยสารหลังที่ ๓ และศูนย์การขนส่ง ภาคพื้นดิน (๒) ศูนย์ธุรกิจการค้า (๓) ธุรกิจขนส่งสินค้าทางอากาศและโลจิสติกส์ และ (๔) พื้นที่ เขตประกอบการค้าเสรีและธุรกิจเกี่ยวเนื่อง ข้อสรุปข้างต้นอาจถือได้ว่า อาคารผู้โดยสารหลังที่ ๓ และศูนย์การขนส่งภาคพื้นดินไม่เป็นทรัพย์สินที่เป็นโครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของสนามบิน เช่นเดียวกับทรัพย์สินในองค์ประกอบอื่น ๆ ประกอบกับที่ปรึกษาของกองทัพเรือมีความเห็น ว่า รูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอาคารผู้โดยสารหลังที่ ๓ และศูนย์การขนส่งภาคพื้นดินควรอยู่ ในลักษณะ BOT เพื่อมุ่งใจให้เอกชนที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมและมีศักยภาพสูงในการดำเนิน โครงการฯ สนใจเข้าร่วมลงทุนในโครงการฯ

ในการนี้ เพื่อให้รูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ของอาคารผู้โดยสารหลังที่ ๓ และ ศูนย์การขนส่งภาคพื้นดินมีความชัดเจน สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และเป็นประโยชน์สูงสุดต่อประเทศ สกพอ. จึงใคร่ขอหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เกี่ยวกับรูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอาคารผู้โดยสารหลังที่ ๓ และศูนย์การขนส่งภาคพื้นดิน ในลักษณะให้เอกชนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ภาครัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของโครงการฯ (Build-Operate -Transfer) ได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) ได้พิจารณาข้อหารือของสำนักงาน คณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก โดยมีผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงาน คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกองทัพเรือ และผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบาย เขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า การพิจารณาว่ากิจการใด เป็นกิจการสาธารณูปโภคหรือไม่นั้น ย่อมจะต้องพิจารณาจากลักษณะของกิจการเป็นสำคัญ กิจการ

ที่เป็นสาธารณูปโภคจะต้องมีลักษณะเป็นกิจการสาธารณะ หรือเป็นกิจการที่จัดไว้ให้ประชาชน โดยทั่วไปสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยตรง ทั้งนี้ ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๕) ในเรื่องเสร็จที่ ๓๘๓/๒๕๓๓^๑ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๖) ในเรื่องเสร็จที่ ๑๐๘/๒๕๓๔^๒ และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) ในเรื่องเสร็จที่ ๓๓๔/๒๕๖๑^๓ ประกอบกับคำว่า “สาธารณูปโภค” ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ หมายถึง บริการสาธารณะ ที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินรถประจำทาง โทรศัพท์ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า โครงการเขตส่งเสริมระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก : เมืองการบินภาคตะวันออก (ท่าอากาศยานอู่ตะเภา) ของกองทัพเรือ เป็นการจัดให้มีอาคารผู้โดยสาร ศูนย์การขนส่งภาคพื้นดิน ศูนย์ธุรกิจการค้า ศูนย์ธุรกิจขนส่งสินค้า ทางอากาศและโลจิสติกส์ เขตประกอบการค้าเสรีและเขตพื้นที่ธุรกิจเกี่ยวเนื่อง และสาธารณูปโภค ในพื้นที่ เพื่ออำนวยความสะดวกทางการขนส่งทางอากาศให้แก่ประชาชน ซึ่งประชาชนโดยทั่วไป สามารถเข้าใช้บริการได้ จึงถือเป็นกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน และเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงว่า ปัจจุบันการขนส่งทางอากาศเป็นส่วนหนึ่งของระบบโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งอันจำเป็นสำหรับการเคลื่อนย้ายคน สินค้าและบริการจากพื้นที่หนึ่งไปยังอีกพื้นที่หนึ่งเพื่ออำนวยความสะดวก รวดเร็ว และปลอดภัย จึงเป็นกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน ตามความหมายของมาตรา ๕๖^๔ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งมาตรา ๕๖ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า “โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะกระทำได้ด้วยประการใดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละ ห้าสิบเอ็ดมิได้” กรณีจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อว่า การที่กองทัพเรือจะให้เอกชนร่วมลงทุน ในโครงการเมืองการบินภาคตะวันออกในส่วนของอาคารผู้โดยสารที่ ๓ และศูนย์การขนส่งภาคพื้นดิน

บันทึก เรื่อง การยกเว้นภาษีโรงเรือนและที่ดินให้กับรัฐวิสาหกิจที่ประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือสาธารณูปการ (กรณีการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนมาก ที่ นร ๐๖๐๑/๘๒๑ ลงวันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๓๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

บันทึก เรื่อง การวางท่อส่งน้ำมันเชื้อเพลิงในเขตทางพิเศษ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๖๐๑/๒๐๕ ลงวันที่ ๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๔ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง เสาโทรคมนาคมและสายไฟเบอร์ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนตาม มาตรา ๕๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๔๐๔/๓๐ ลงวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๑ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

“มาตรา ๕๖ รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะกระทำได้ด้วยประการใดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้

การจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง รัฐต้องดูแลมิให้มีการเรียกเก็บค่าบริการจนเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร

การนำสาธารณูปโภคของรัฐไปให้เอกชนดำเนินการทางธุรกิจไม่ว่าด้วยประการใด ๆ รัฐต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงการลงทุนของรัฐ ประโยชน์ที่รัฐและเอกชนจะได้รับ และค่าบริการที่จะเรียกเก็บจากประชาชนประกอบกัน

ในรูปแบบ Build-Transfer-Operate (BTO) หรือ Build-Operate-Transfer (BOT) จะขัดต่อ มาตรา ๕๖ วรรคสอง^๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

เมื่อพิจารณามาตรา ๕๖ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติว่า รัฐจะกระทำด้วยประการใดให้โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการ สาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้ เห็นได้ว่าเป็นกรณีที่โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานดังกล่าวต้องเป็นทรัพย์สินของรัฐ มิใช่กรณีที่ เป็นทรัพย์สินที่เอกชนจัดให้มีขึ้นโดยกรรมสิทธิ์ยังคงเป็นของเอกชน โดยการร่วมลงทุนกับเอกชน ตามข้อหารือ ในกรณีการร่วมลงทุนแบบ Build-Transfer-Operate (BTO) นั้น เป็นกรณีที่เอกชน ก่อสร้างแล้วเสร็จและโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่รัฐและรัฐมอบสิทธิให้เอกชนในการบริหารจัดการทรัพย์สิน ดังกล่าวตลอดอายุสัญญา ส่วนในการร่วมลงทุนแบบ Build-Operate-Transfer (BOT) เป็นกรณีที่ เอกชนก่อสร้างและใช้สิทธิในการบริหารจัดการทรัพย์สินดังกล่าวตลอดอายุสัญญา และเมื่อครบ กำหนดระยะเวลาตามสัญญาร่วมลงทุนแล้ว จึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่รัฐ การที่กองทัพเรือจะให้เอกชน ร่วมลงทุนในโครงการเมืองการบินภาคตะวันออกในรูปแบบ Build-Transfer-Operate (BTO) หรือ Build-Operate-Transfer (BOT) จึงเป็นเพียงการจัดให้มีโครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐาน ของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน และไม่เข้ากรณีการกระทำด้วยประการใดให้โครงสร้าง หรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน ตามมาตรา ๕๖ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้อหารือนี้เป็นปัญหาที่เกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะเป็นผู้วินิจฉัย ดังนั้น การให้ความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) ในกรณีนี้ จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการในการบริหาร ราชการแผ่นดินเท่านั้น แต่การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นที่สุดย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ



(นางสาวจรรวรณ์ เฮงตระกูล)

รองเลขาธิการ รักษาราชการแทน

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ธันวาคม ๒๕๖๑

^๕โปรดดูเชิงอรรถที่ ๔, ข้างต้น