

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการใช้สิทธิในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นหลักประกัน

1. ข้อความทั่วไป

คงได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ถึงความสำคัญของหลักการและเหตุผลในการเรียกหลักประกันว่า เจ้าหนี้ผู้ให้เงินกู้สนับสนุนการซื้อ หรือสร้างทรัพย์สินใดควรจะมีสิทธิไต่เบี่ยเหนือทรัพย์สินดังกล่าวที่ใช้เงินกู้ยืมของเจ้าหนี้นั้น ซื้อหรือสร้างมา สำหรับโครงการสัมปทานบริการสาธารณะส่วนใหญ่แล้ว เป็นโครงการที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก นับพันล้านหรือหมื่นล้านบาทขึ้นไป ซึ่งก็เป็นเหตุผลของการให้เอกชนเข้าร่วมการงาน เนื่องจากรัฐไม่ต้องการลงทุนเองหรือเสี่ยงภัยเอง จึงเป็นธรรมดาที่เอกชนที่จะเข้าร่วมการงานจะไม่มีเงินทุนของตนเอง การจะระดมทุนจากประชาชนในรูปของการตั้งบริษัทและนำเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์อาจทำไม่ได้ในระยะแรก ดังนั้น วิธีจัดหาเงินทุนมาใช้ในโครงการที่น่าจะเป็นไปได้มากที่สุดคือ กู้ยืมจากสถาบันการเงินต่าง ๆ ซึ่งในแนวทางประเพณีการค้าของธนาคารต่าง ๆ การปล่อยสินเชื่อจำเป็นต้องมีหลักประกันตามสัดส่วนของเงินที่กู้ยืม

เนื่องจากการให้สินเชื่อสนับสนุนโครงการนี้อยู่บนพื้นฐานที่ว่าโครงการจะก่อรายได้ เพียงพอที่จะชำระหนี้คืน ดังนั้น ปัจจัยสำคัญที่จะทำให้เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ก็คือ

ก. โครงการจะต้องสร้างแล้วเสร็จภายในเวลาที่ได้กำหนดไว้ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ก่อนโครงการแล้วเสร็จ เจ้าหนี้ต้องสามารถเข้าควบคุมการก่อสร้างหรือติดตั้งโครงการและดำเนินงานต่อไปเพื่อให้ โครงการนั้นสำเร็จตามวัตถุประสงค์ ช่วงก่อสร้างโครงการนี้จะมีความเสี่ยงสูง (a high risk construction phase)

ข. เมื่อโครงการเสร็จแล้วจะต้องมีการดำเนินงานเพื่อให้โครงการเกิดรายได้เพื่อนำมาชำระหนี้ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ในขณะที่โครงการอยู่ในระหว่างการค้าดำเนินงานเจ้าหนี้ต้องสามารถเข้าควบคุมการดำเนินงานของโครงการเพื่อให้โครงการเกิดรายได้เพื่อนำมาชำระหนี้ได้ในช่วงดำเนินการบริหารโครงการนี้จะมีความเสี่ยงต่ำ (a lower risk operating phase)

เจ้าหนี้ผู้สนับสนุนการเงินแก่โครงการทั่วไปย่อมประสงค์จะได้หลักประกันที่ทำให้สิทธิครอบงำทรัพย์สินทั้งหมดของทั้งโครงการ เพราะเจ้าหนี้เป็นผู้ให้กู้ยืมเงินไปซื้อและจัดหา ซึ่งทรัพย์สินเกือบทั้งโครงการเจ้าหนี้จึงควรมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งโครงการ¹ ในกรณีที่มีความจำเป็นเจ้าหนี้ก็อยากมีสิทธิที่จะสามารถเข้าครอบงำดำเนินกิจการเองได้ทั้งโครงการและด้วยเหตุนี้เองสิ่งเหล่านี้จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญ

- สัญญาต่าง ๆ ที่สำคัญ เช่น สัมปทาน หนังสืออนุญาต สัญญาดำเนินการ สัญญาขาย และสัญญาอื่นๆ เป็นต้น และ

- โครงสร้างของโครงการตั้งแต่เครื่องจักร โรงงาน สิทธิที่จะใช้ที่ดินเป็นที่ตั้งของโครงการ เป็นต้น รวมถึงตลอดถึงอาไหล่ เครื่องมือ และอุปกรณ์ที่จะประกอบเครื่องจักร ตลอดจนวัตถุดิบและผลิตภัณฑ์

2. ปัญหาและข้อจำกัดในการใช้ทรัพย์สินในโครงการสัมปทานบริการสาธารณะเป็นหลักประกัน

ในกรณีที่โครงการนั้นเป็นโครงการแบบ BTO เอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ลงทุนสร้างในโครงการให้แก่ภาครัฐเมื่อสร้างเสร็จและโอนไปแล้วเอกชนผู้รับสัมปทานนั้นมีสิทธิใช้สอยหาประโยชน์จากทรัพย์สินเหล่านั้น หรือได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการดำเนินงานตามเงื่อนไขและภายในระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาสัมปทาน เอกชนผู้ลงทุนจึงไม่มีทรัพย์สินที่จับต้องได้หรือที่เป็นอสังหาริมทรัพย์เหลืออยู่เลย คงเหลือแต่ทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดอย่างเดียวที่จะใช้เป็นหลักประกันได้ก็คือ สิทธิในการรับเงินส่วนแบ่งจากภาครัฐในการดำเนินงานตามสัญญาสัมปทานนั้น ตัวอย่างเช่น

ก. โครงการติดตั้งโทรศัพท์ 2 ล้านเลขหมาย ในเขตโทรศัพท์กรุงเทพมหานคร จำนวนเงินที่กู้ยืมมาใช้ในโครงการติดตั้งโทรศัพท์มีจำนวนสูงถึงสองพันกว่าล้านบาทสหรัฐ เมื่อเอกชนลงทุนติดตั้งแล้วก็โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่องค์การโทรศัพท์ เอกชนผู้ลงทุนจึง

¹ Philip R. Wood, Comparative Law of Security and Guarantees, p. 11.

เหลือแต่ทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดอย่างเดียวที่จะใช้เป็นหลักประกันได้ก็คือสิทธิในการรับเงินค่าส่วนแบ่งจากองค์การโทรศัพท์

ข. โครงการทางด่วนขั้นที่ 2 เมื่อเอกชนลงทุนสร้างทางด่วนขั้นแล้วก็โอนกรรมสิทธิในทางด่วนนั้นให้แก่การทางพิเศษฯ เพื่อใช้เชื่อมเข้าเป็นระบบเดียวกันกับระบบทางด่วนเดิมของการทางพิเศษฯ เมื่อเอกชนกู้ยืมเงินมาจัดสร้างและติดตั้งอุปกรณ์ต่างๆ ของทางด่วนแล้ว ก็โอนกรรมสิทธิให้การทางพิเศษฯ โดยในสัญญาระบุว่าเมื่อการทางพิเศษฯ เก็บค่าผ่านทางได้ก็นำมาแบ่งให้แก่เอกชนผู้ลงทุน เอกชนผู้ลงทุนจึงเหลือแต่ทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดอย่างเดียวที่จะใช้เป็นหลักประกันได้ก็คือสิทธิในการรับค่าส่วนแบ่งจากการทางพิเศษฯ

ในการปฏิบัติการกู้ยืมเงินเพื่อลงทุนในโครงการที่ใช้เงินจำนวนเป็นหมื่นล้านบาทนั้นเป็นการยาก หรืออาจกล่าวได้ว่าแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่ผู้กู้จะสามารถหาทรัพย์สินนอกโครงการที่มีมูลค่าสูงเป็นสัดส่วนใกล้เคียงกับจำนวนเงินที่กู้ยืมมาเป็นหลักประกันได้หรือแม้ันอาจหาได้ ก็ย่อมไม่คุ้มค่าเลขที่ที่จะนำมาเป็นหลักประกัน โดยทั่วไปแล้วผู้กู้จะใช้ทรัพย์สินในโครงการเป็นหลักประกันแก่สถาบันการเงินผู้ให้กู้ ซึ่งสามารถใช้ได้เฉพาะในโครงการ BOT หรือ BOO เท่านั้น อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่า การใช้ทรัพย์สินในโครงการเป็นหลักประกันอาจมีข้อจำกัดดังกล่าวต่อไปนี้

2.1. ทรัพย์สินในโครงการส่วนใหญ่จะมีทรัพย์สินที่มีสภาพคล่องแต่จะมีมูลค่าสูงเฉพาะในสถานที่ซึ่งทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ กล่าวคือ คุณค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสิ่งปลูกสร้างนั้นอยู่ที่ว่า สิ่งปลูกสร้างจะต้องสามารถมีสภาพคงอยู่ได้โดยไม่ต้องรื้อถอนเพื่อจะได้ทำหน้าที่ของมันต่อไป เช่น ท่อส่งน้ำประปา ท่อส่งก๊าซ เส้นใยแก้วนำแสง (fiber optic)

2.2. ในปัจจุบัน ทางกรมรับจดทะเบียนงานอาคารสิ่งปลูกสร้างแยกจากที่ดิน ในการนี้ ทางกรมต้องให้ผู้จ้างองแสดงหลักฐานว่าผู้จ้างองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างนั้น ในทางปฏิบัติทางการจะมีระเบียบในการปฏิบัติงานกำหนดให้ผู้จ้างองจะต้องแสดงสัญญาซื้อขาย หรือใบเลขหมายประจำบ้านกับหนังสืออนุญาตให้ปลูกสร้างอาคาร มิฉะนั้นแล้วก็ไม่รับจดทะเบียนงานจ้างให้ ซึ่งระเบียบดังกล่าวหาใช่กฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหากผู้

จ้างสามารถแสดงหลักฐานว่าคุณเป็นเจ้าของแล้ว เจ้าพนักงานจะต้องจดทะเบียนจ้างให้ จะอ้างระเบียบให้แสดงเอกสารตามที่กำหนดหาได้ไหม

2.3. ปัญหาการใช้เครื่องจักรในโครงการระบบขนส่งมวลชนเป็นหลักประกัน

ในโครงการระบบขนส่งมวลชนประเภท รถไฟฟ้าใต้ดิน รถไฟลอยฟ้า และรถเมล์ราง นั้น มีเครื่องจักรขนาดใหญ่ได้แก่ รางรถ ตู้รถโดยสารที่มีอุปกรณ์ควบคุมการขับเคลื่อนด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือระบบคอมพิวเตอร์และตู้รถโดยสารที่มีระบบเปิด-ปิดประตูอัตโนมัติ ถูกลากจูงและอุปกรณ์สนับสนุนทั้งที่จะใช้เป็นระบบรถไฟฟ้าใต้ดินและระบบรถลอยฟ้า และระบบรถเมล์ราง เป็นต้น ระบบขนส่งมวลชนต่างๆ ดังกล่าว มีมูลค่าตั้งแต่หลายพันล้านบาท จนถึงหมื่นกว่าล้านบาท ยังมีปัญหากันอยู่มากว่าจะจัดเป็นเครื่องจักร เพื่อจดทะเบียนและทำการจ้างได้หรือไม่

จากการศึกษาเรื่องการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักร และจ้างเครื่องจักรพบว่า ในระยะแรกของการประกาศใช้พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 มีกฎกระทรวงฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2514) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดว่าเครื่องจักรที่จะจดทะเบียนได้ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจะต้องเป็นเครื่องจักรที่ใช้อยู่ในกิจการอุตสาหกรรมประเภทที่ระบุไว้ เป็นผลให้ผู้ประกอบการที่ได้ลงทุนซื้อเครื่องจักรมาไม่อาจจดทะเบียนเครื่องจักรเพื่อทำการจ้างได้ จนกว่าจะมีการใช้งานในกิจการอุตสาหกรรม จึงจะจดทะเบียนได้ ต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2532) แก้ไขกฎกระทรวงฉบับที่ 1 ผลของการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 8 นี้ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักรสำหรับเครื่องจักรที่เข้าองค์ประกอบดังนี้

- (1) เป็นเครื่องจักรประเภทที่กำหนดไว้ตามบัญชี 1 ในกฎกระทรวงฉบับที่ 8 และ
- (2) เป็นเครื่องจักรสำหรับใช้ในกิจการอุตสาหกรรมตามบัญชีที่ 2 ของกฎกระทรวงฉบับที่ 8 ซึ่งขณะนั้นกำหนดไว้ 99 ประเภทกิจการ

ทั้งนี้ เป็นเครื่องจักรที่มีได้ติดตั้งหรือติดตั้งแล้วแต่ยังมิได้ใช้งานก็ได้²

การออกกฎกระทรวงฉบับที่ 8 จึงเป็นการเปิดทางให้ผู้ประกอบการซึ่งซื้อเครื่องจักรบางประเภทสามารถจดทะเบียนเครื่องจักรนั้น และจดทะเบียนจำนองได้เร็วขึ้น

อย่างไรก็ตาม ในการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักรในขณะจดทะเบียนนั้น เครื่องจักรดังกล่าวจะต้องมีสภาพเป็นเครื่องจักร กล่าวคือเป็น “สิ่งที่ประกอบด้วยชิ้นส่วนหลายชิ้น สำหรับใช้ก่อกำเนิดพลังงานเปลี่ยนหรือแปลงสภาพพลังงานหรือส่งพลังงาน ทั้งนี้ ด้วยกำลังน้ำ ไอน้ำ เชื้อเพลิง ลม ก๊าซ ไฟฟ้า หรือพลังงานอื่นใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน และหมายความรวมถึงอุปกรณ์ไฟลิวัด ปุเลล สายพาน เพลา เกียร์ หรือสิ่งอื่นที่ทำงานสนองกัน”³

สำหรับโครงการระบบขนส่งมวลชนจำพวกรถไฟฟ้า ทั้งรถลอยฟ้า และได้ดิน และบนดินนั้น ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 8 ไม่มีระบุถึงกิจการอุตสาหกรรมประเภทรถไฟฟ้า ต่อมาได้มีการออกกฎหมายฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2538) กำหนดเพิ่มประเภทกิจการอุตสาหกรรมอีกหลายประเภท ซึ่งรวมถึง อุตสาหกรรมเกี่ยวกับการให้บริการขนส่งที่ขับเคลื่อนบนราง หรือเคเบิล จึงทำให้เครื่องจักรจำพวก รถไฟฟ้า รถรางสามารถจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ และจดทะเบียนจำนองได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเครื่องจักรประเภทรถไฟฟ้านี้เป็นเครื่องจักรขนาดใหญ่ที่ต้องนำชิ้นส่วนต่าง ๆ ของเครื่องจักรมาติดตั้งบนราง และประกอบเข้าด้วยกันเป็นเครื่องจักรการติดตั้งระบบขนส่งมวลชนนี้จะต้องสั่งระบบราง ตัวราง ระบบสัญญาณ ผู้โดยสารทั้งที่มีและไม่มีเครื่องจักรขับเคลื่อนลากจูงเข้ามาเพื่อประกอบเป็นระบบขนส่งขึ้นนั้น ในขั้นแรกที่มีการจ่ายราคาค่าของกันนั้น ชิ้นส่วนต่าง ๆ เหล่านี้ก็จะไม่มีสภาพเป็นเครื่องจักรตามคำจำกัดความของกฎหมายดังกล่าว จึงไม่สามารถจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ในอุปกรณ์เหล่านี้ได้ตั้งแต่เวลาที่ซื้อมา ทั้ง ๆ ที่ของเหล่านี้มีราคาและมีมูลค่าในตลาดสูงแต่นักลงทุนต้องรองจนกว่าจะประกอบอุปกรณ์เหล่านี้ให้เป็นเครื่องจักรเสร็จแล้วซึ่งอาจใช้เวลานานเกิน 1 ปี กว่าที่จะสามารถจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักรเพื่อใช้จำนองเป็นหลักประกันเพื่อการระดมทุนมาใช้ในโครงการได้ ข้อจำกัดอีกประการหนึ่งของการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักรเพื่อใช้เป็นหลักประกันก็คือ กฎหมายไม่เปิดช่องให้จดทะเบียน

² ทินกร ไผ่แก้ว, คู่มือการจดทะเบียนเครื่องจักร, นิติธรรม 2534, หน้า 50.

³ พ.ร.บ. จดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514, มาตรา 3

กรรมสิทธิ์ในอุปกรณ์ที่เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการบำรุงรักษาซ่อมแซมเครื่องจักร และอุปกรณ์อะไหล่ของเครื่องจักร ซึ่งต้องเตรียมไว้ในปริมาณที่เหมาะสม และเพียงพอแต่เครื่องมือเหล่านั้นไม่มีสภาพเป็น “เครื่องจักร” ตามคำจำกัดความดังกล่าวทั้ง ๆ ที่เครื่องมือเหล่านั้นอาจมีราคาสูงมากก็ตาม⁴

สรุปแล้ว เครื่องจักรที่ใช้ในระบบขนส่งมวลชน จะจำหน่ายได้เมื่ออยู่ในสภาพที่พร้อมที่จะเดินเครื่องทำงานได้ และส่วนใหญ่แล้วเครื่องจักรใหม่ระบบขนส่งมวลชนจะเป็นเครื่องจักรที่ต้องประกอบขึ้น ซึ่งจะต้องใช้เวลาในการประกอบและติดตั้งนานเป็นปี การจำหน่ายจะกระทำได้ภายหลังจากที่เครื่องจักรนั้นได้ประกอบเรียบร้อยแล้ว ดังนั้น ในระหว่างที่เอกชนผู้ลงทุนกู้ยืมเงินสถาบันการเงินมาซื้อเครื่องจักรในระบบขนส่งมวลชนมาประกอบและติดตั้งนั้น เครื่องจักรเหล่านั้นไม่สามารถจำหน่ายได้ นอกจากนี้เครื่องมืออุปกรณ์ต่างๆ ที่ใช้ในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมเครื่องจักรดังกล่าวก็ไม่สามารถจำหน่ายได้เช่นกัน ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวอาจแก้ไขได้โดยการออกกฎหมายพิเศษให้สามารถใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นหลักประกันได้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง ทั้งนี้เพราะผู้รับผิดชอบต้องใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นในการให้บริการสาธารณะ และในการซ่อมแซมบำรุงรักษา หรือในอีกแนวทางหนึ่ง คือ การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ให้นำนิติกรรมแก่สถาบันการเงินผู้ให้สินเชื่อแก่ผู้รับสัมปทานประเภทนี้ โดยให้เป็นนิติกรรมพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ในโครงการระบบขนส่งมวลชน ซึ่งผู้รับสัมปทานใช้เงินสินเชื่อตามสถาบันการเงินไปซื้อ

3. ประเภทและรูปแบบสัญญาของหลักประกันในการให้สินเชื่อสนับสนุนโครงการ

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า ในการให้สินเชื่อสนับสนุนโครงการทั่วไป เจ้าหนี้ผู้สนับสนุนทางการเงินแก่โครงการ และโดยที่เงินกู้ยืมนั้นได้ใช้ไปเพื่อซื้อหรือสร้างทรัพย์สินเกือบทั้งหมดในโครงการ เจ้าหนี้จึงต้องการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินในโครงการ ด้วยเหตุนี้ทรัพย์สินที่มักใช้เป็นหลักประกันสำหรับสินเชื่อสนับสนุนโครงการจึงได้แก่ทรัพย์สินประเภทต่อไปนี้

⁴ อธิก อิศวานันท์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงิน และแนวทางแก้ไข, หน้า 26-87.

- ก. สิทธิตามสัญญาสัมปทานหรือใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับโครงการ
- ข. สิทธิตามสัญญาจ้างให้บริหารงาน
- ค. โครงสร้างของโครงการ
- ง. สิทธิตามสัญญาขาย
- จ. สิทธิที่จะได้รับเงินค่าสินไหมทดแทนตามกรมธรรม์ประกันภัย
- ฉ. ผลผลิตหรือรายได้จากการขาย
- ช. สัญญาและสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับโครงการหรือโครงสร้าง

สำหรับรูปแบบของการทำเอกสารหลักประกัน (security documents) สำหรับสินเชื่อโครงการ (project finance) ได้แก่รูปแบบเอกสารสัญญาดังต่อไปนี้

ก. การจำนองหรือภาระค้ำประกัน (mortgages or fixed charges) เหนือที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง และสินทรัพย์คงที่อื่น ๆ (other fixed assets)

ข. ภาระค้ำประกันคงที่หรือลอยตัว (fixed and / or floating charges) เหนือสินทรัพย์ที่เป็นสังหาริมทรัพย์ (movable assets) หนี้ที่บันทึกลงสมุดบัญชี (book debts) และการผลิตหรืองานที่ได้ทำไปแล้ว (production / work in progress)

ค. การโอนสิทธิทั้งหลายภายใต้เอกสารของโครงการที่เป็นเอกสารหลัก ๆ (assignments of rights under underlying project documents) เช่น

- การโอนใบอนุญาตทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานในโครงการ
- การโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทาน อันได้แก่สิทธิในรายได้ที่ได้รับในโครงการ และสิทธิอื่น เช่น สิทธิในการพัฒนา หรือใช้ หรือแสวงหาประโยชน์จากการพัฒนาพื้นที่ในโครงการ

* ภาระค้ำประกันคงที่ (fixed charges) คือภาระค้ำประกันเหนือสินทรัพย์หรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอย่าง (charges over a particular asset or property)

ภาระค้ำประกันลอยตัว (floating charges) คือ ภาระค้ำประกันเหนือสินทรัพย์ที่เปลี่ยนแปลงได้เช่นหนี้หรือหุ้น (charges over the changing assets such as debts or stock)

- การโอนสิทธิในสัญญาก่อสร้าง (construction contracts) คือ สิทธิที่จะเข้ารับผลงานตามสัญญาก่อสร้าง

- การโอนสิทธิตามหนังสือค้ำประกันผลงานของผู้รับเหมา (contractors' performance bonds) โดยปกติในงานก่อสร้างขนาดใหญ่ เจ้าของโครงการผู้ว่าจ้าง จะเรียกร้องให้ผู้รับเหมาจัดหาธนาคาร หรือสถาบันการเงินมาค้ำประกันผลงานก่อสร้าง ซึ่งธนาคารจะออกหนังสือค้ำประกันผลงานมอบให้แก่เจ้าของโครงการผู้ว่าจ้าง เมื่อเจ้าของโครงการผู้ว่าจ้างขอสินเชื่อจากสถาบันการเงิน สถาบันการเงินจะกำหนดให้เจ้าของโครงการโอนสิทธิที่ดินมีสิทธิได้รับเงินตามหนังสือค้ำประกันผลงานให้แก่สถาบันการเงิน เพื่อเป็นหลักประกัน

ง. การโอนไปซึ่งการประกันภัยโครงการ (project insurances) และกิจการนายหน้า (brokers' undertakings)

จ. การโอนซึ่งสัญญาซื้อขาย (sales contracts)

ฉ. บัญชีประเภท escrow accounts^{*} ซึ่งใช้ควบคุมและกรณีจำเป็นก็ใช้คงสภาพคล่อง (cash flows) เกี่ยวกับโครงการ

ช. การโอนไปซึ่งสัญญาจัดหาส่งมอบสินค้าระยะยาว รวมทั้งจัดหาส่งมอบวัตถุดิบ

ซ. การโอนไปซึ่งการจัดการโครงการ (project management) ความช่วยเหลือทางเทคนิค (technical assistance) และสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา (consultancy agreements)

ณ. การจำนำหุ้นของบริษัทเจ้าของโครงการ (pledge of shares of project company) รวมทั้งค่าภาระติดพันเหนือสิทธิในเงินปันผล (charge over dividend rights) และ

ญ. ประกาศ (notices) หนังสือรับทราบ (acknowledgements) หนังสือรับรองสนับสนุน (endorsements) ราชการลำดับเอกสารและทะเบียน (filings and registrations) ซึ่งจะทำให้หลักประกันที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้ค่าภาระติดพันและการโอนต่างๆ มีความสมบูรณ์ขึ้น ("perfecting" the security created under the various charges and assignments)

* บัญชีประเภท escrow account คือ บัญชีซึ่งบุคคลที่สามเป็นผู้ดูแลรักษาเงินเอาไว้อย่างใดจนกว่าจะมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่นจนกว่าคู่กรณีจะเซ็นสัญญากัน หรือจนกว่าจะได้ส่งมอบสินค้ากัน

4. วิเคราะห์ปัญหาและรูปแบบสัญญาในการใช้สิทธิตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นหลักประกัน

4.1 วิเคราะห์ปัญหา

เนื่องจากสิทธิตามสัญญาสัมปทานมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องซึ่งผูกพันระหว่างหน่วยงานภาครัฐกับเอกชนคู่สัญญา สิทธิดังกล่าวเป็นเพียงบุคคลสิทธิมิใช่ทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีตราสารจึงไม่อาจนำไปใช้เป็นหลักประกันในรูปแบบเช่นเดียวกับการจำนองหรือจำนำได้ แต่โดยที่สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินซึ่งตามหลักทั่วไปผู้ทรงสิทธิควรมีอำนาจจำหน่ายโอนสิทธิในทางทรัพย์สินของเขาได้ในเมื่อไม่ขัดกับหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 จึงต้องเคารพเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของเขา ดังนั้นในทางปฏิบัติรูปแบบในการใช้สิทธิตามสัญญาเป็นหลักประกันที่นิยมทำกันในแวดวงนักกฎหมายสถาบันการเงินก็คือการโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้แห่งสิทธิตามสัญญา (ผู้โอน) กับผู้รับโอน โดยลูกหนี้แห่งสิทธิไม่ต้องให้ความยินยอมหรือไม่ต้องเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วย แต่จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิ มิฉะนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้⁵

การโอนสิทธิเรียกร้อง คือการที่เจ้าหนี้หรือผู้มีสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามสัญญาโอนสิทธิตามสัญญาให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ซึ่งจะมีผลให้ลูกหนี้แห่งสิทธิตามสัญญาต้องชำระหนี้แก่ผู้รับโอน และทำให้ผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนเจ้าหนี้เดิม⁶

⁵ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306

⁶ ไสภณ รัตนกร , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ , กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา , พ.ศ. 2532 หน้า 348.

ปัญหาสำคัญที่ควรพิจารณาก็คือ การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั้นมีข้อห้ามหรือข้อจำกัดหรือไม่ ซึ่งข้อนี้ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้ว สิทธิเรียกร้องตามสัญญาสัมปทานเป็นสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัวซึ่งเจ้าหนี้ที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้นจะเรียกชำระหนี้ได้ กล่าวคือสภาพแห่งสิทธิเปิดช่องให้โอนกันได้ และ การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาต่างตอบแทนเป็นทั้งเจ้าหนี้ และลูกหนี้ไม่ทำให้ฐานะทั้งสองแบ่งแยกจากกันไม่ได้ คู่สัญญาในฐานะเจ้าหนี้ย่อมสามารถโอนสิทธิเรียกร้องที่ตนมีอยู่ไปได้ โดยคนยังคงเป็นลูกหนี้ต้องชำระหนี้ตอบแทนต่อไป เมื่อคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาห้ามโอนไว้ สิทธิเรียกร้องดังกล่าวก็สามารถโอนได้⁷

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือ การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันนั้นสามารถทำได้ตามกฎหมายหรือไม่ ข้อนี้อาจารย์รชฎ เจริญถ้ำ ให้ความเห็นไว้ว่าสามารถทำได้โดยเห็นว่า กรณีที่จะใช้การโอนสิทธิเรียกร้อง เพื่อเป็นหลักประกันนั้นกฎหมายให้ทำได้ไม่ต้องด้วย ข้อห้ามตามกฎหมาย และถือว่าการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันนี้เป็นหลักประกันแบบใหม่ที่นอกเหนือไปจากค้ำประกัน จำนอง และจำนำ โดยวิธีการนี้จะเป็นภาระแก่เจ้าหนี้ผู้รับโอนที่จะต้องทำให้ถูกต้องตามแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 ซึ่งมี 2 ขั้นตอน จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอน โดยทำเป็นหนังสือ การโอนสิทธิเรียกร้องที่ทำขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันนั้นไม่มีกฎหมายรองรับไว้แต่เป็นเรื่องที่ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องจะต้องชำระหนี้ที่มีอยู่ตามสิทธิเรียกร้องเมื่อถึงเวลา⁸

ปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันนี้เคยเกิดขึ้นกับหน่วยงานของรัฐด้วยกล่าวคือ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน⁹ (กองทุน) ได้มีหนังสือ

⁷ รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องนี้โปรดดู ไสภณ วัฒนการ. “การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน” บทบัญญัติ 42 (2529) น. 1-9

⁸ รชฎ เจริญถ้ำ. หมายเหตุท้ายข้อหาหรือสำเนียงงานอัยการสูงสุดที่ 46/2540 วารสารอัยการปีที่ 20 ฉบับที่ 237 ประจำเดือนพฤศจิกายน 2540, หน้า 64.

⁹ กองทุนเพื่อการฟื้นฟู และพัฒนาระบบสถาบันการเงิน เป็นนิติบุคคลจัดตั้งขึ้นในธนาคารแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 มาตรา 29 ทวิ มาตรา 29 ทริ มีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงินให้มีความมั่นคงและเสถียรภาพ

หรือสำนักงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับปัญหาการรับโอนสิทธิเรียกร้องจากสถาบันการเงินว่า กองทุน
 ได้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่สถาบันการเงินเพื่อแก้ไขปัญหาดสภาพคล่องในรูปของเงินกู้
 ยืมโดยมีหลักประกันซึ่งสถาบันการเงินบางแห่งได้โอนสิทธิเรียกร้องอันมีอยู่เหนือลูกหนี้ให้แก่กอง
 ทุนเพื่อเป็นหลักประกัน จึงหาหรือโดยสรุปดังนี้ หากสถาบันการเงินผู้โอนสิทธิเรียกร้องไม่ประสงค์
 จะบอกกล่าวลูกหนี้ให้ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่กองทุนจะมีวิธีป้องกันความเสียหาย
 อันเกิดจากการไม่บอกกล่าวบ้าง และถ้าสถาบันการเงินนำสิทธิเรียกร้องที่ได้โอนให้แก่กองทุนแล้ว
 ไปโอนให้แก่ผู้รับโอนรายอื่นอีก ซึ่งขณะรับโอนผู้รับโอนก็ทราบว่าสิทธิเรียกร้องนั้นได้โอนให้แก่
 กองทุนก่อนแล้ว ถ้าการโอนรายหลังนี้ได้บอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ก่อน การโอนรายใดจะมี
 สิทธิดีกว่า สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตอบข้อหาหรือดังกล่าวว่า กองทุนในฐานะผู้รับโอนย่อมมี
 หนังสือบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ได้โดยไม่จำเป็นต้องให้สถาบันการเงินผู้โอนมีหนังสือบอก
 กล่าว และเป็นกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นหลายราย รายใดได้มีการบอกกล่าวการโอนก่อน
 ย่อมมีสิทธิดีกว่า ดังนั้นหากลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอนภายหลังโดยผู้รับโอนรายหลังได้
 บอกกล่าวการโอนหรือได้มีการตกลงยินยอมการโอนกันก่อนผู้รับโอนรายแรกก็ถือว่าเป็นการ
 ชำระหนี้โดยชอบของลูกหนี้และเป็นการรับชำระหนี้โดยชอบของผู้รับโอนรายหลังด้วย⁹

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำตามแบบที่กำหนดค่าใช้จ่าย
 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 ซึ่งได้กล่าวมาแล้ว หากไม่ทำให้ครบ เช่น มิได้
 บอกกล่าวการโอนหรือลูกหนี้ไม่ได้ยินยอมด้วย ก็ไม่สามารถใช้ชั้นลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้^{*}
 จึงเป็นช่องทางให้ผู้โอนเอาสิทธิเรียกร้องนั้นไปผูกพันเป็นหลักประกันหนี้รายอื่น ซึ่งกรณีเช่นนี้
 ด้วยบทกฎหมายเองเปิดช่องให้ทำได้โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 307
 ว่า “ถ้าพิพาทอ้างสิทธิในการโอนต่างรายโอนรายใดได้บอกกล่าวหรือตกลงกันก่อน โอนรายนี้มี
 สิทธิดีกว่าโอนรายอื่นๆ” ดังนั้นหากกองทุนติดขัดในเรื่องการบอกกล่าวการโอนไม่ว่าจะด้วยเห็น
 ว่าหนี้ของกองทุนยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ดีหรือต้องการให้สถาบันการเงินได้ใช้สอยเงินตามสิทธิ
 เรียกร้องโอนเพื่อรักษาสภาพคล่องของสถาบันการเงินนั้นก็ดี หรือด้วยเห็นว่าการบอกกล่าวการ
 โอนไปยังลูกหนี้ โดยเฉพาะที่เป็นลูกหนี้รายย่อยเป็นลูกหนี้เช่าซื้อนั้นมีปริมาณมากอาจจะเป็นการ

⁹ ข้อหาหรือสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ 46/2540.

* การโอนสิทธิเรียกร้องที่ทำเป็นหนังสือถูกต้องแล้วแต่ไม่ได้บอกกล่าวแก่ลูกหนี้หรือลูกหนี้มิได้
 ยินยอมด้วย ต้องถือว่าการโอนหนี้หนี้สมบูรณ์แล้วไม่ชำระการโอนไม่สมบูรณ์ เป็นแต่ยกขึ้นต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคล
 ภายนอกไม่ได้เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 290/2518)

ที่ยู่ชากก็ดี หรืออาจเกรงจะเกิดผลกระทบตามมาคือประชาชนผู้ฝากเงินสถาบันการเงิน ซึ่งได้ทราบจากลูกหนี้รายย่อยจำนวนมากนั้นอาจตื่นตระหนกพากันไปถอนเงินจากสถาบันการเงินนั้น ซึ่งจะเป็นการให้กองทุนต้องแก้ไขอีกก็ดี กองทุนก็ต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่ว่า สถาบันการเงินผู้โอนอาจนำสิทธิเรียกร้องนั้นไปโอนเป็นหลักประกันหนี้รายอื่นอีกซึ่งหากมีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอมกันก่อน ผู้รับโอนรายหลังก็จะมีสิทธิดีกว่า

มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจมากคดีหนึ่งคือคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 3284/2532 ระหว่างบริษัทเงินทุน ไทยเซฟวิ้งค์ทรัสต์ จำกัด โจทก์ กระทรวงการคลัง จำเลยซึ่งพิพากษาว่า โจทก์อ้างว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด จ. และห้างหุ้นส่วนจำกัด บ. ได้โอนสิทธิเรียกร้องเงินค่าปอที่ห้างทั้งสองขายปอให้แก่โจทก์เพื่อชำระหนี้เงินกู้ และการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวสมบูรณ์แล้ว เพราะโจทก์ได้มีหนังสือแจ้งการโอนไปยังจำเลย แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าหลังจากที่โจทก์มีหนังสือแจ้งดังกล่าว โจทก์ก็ยังปฏิบัติเป็นการรับรู้และรับรองสิทธิในการรับเงินค่าปอของห้างทั้งสองที่มีต่อจำเลยโดยมิได้มีการโต้แย้ง ทั้งนี้ได้ตั้งเอาไว้ในบัญชีของโจทก์ว่าจำเลยเป็นลูกหนี้ของโจทก์ ยังถือว่าห้างทั้งสองเป็นลูกหนี้ของโจทก์อยู่เช่นเดิม มูลหนี้เดิมมีอยู่เท่าใดก็มิได้ลดลงไปตามจำนวนสิทธิที่อ้างว่าได้รับโอนมา ประกอบกับโจทก์มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นเจตนาอันแท้จริงว่าโจทก์อาศัยความเป็นเจ้าหนี้ของห้างทั้งสองติดตามรับเงินเพื่อเป็นการชำระหนี้ของโจทก์เท่านั้น กรณีจึงถือไม่ได้ว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย

จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ศาลฎีกาเห็นว่าการโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องโอนไปเพื่อชำระหนี้กันจริงๆ จะโอนไปโดยที่สถาบันการเงินผู้รับโอนยังยินยอมให้ลูกค้าผู้โอนเป็นผู้ไปรับเงินตามสิทธิเรียกร้องนั้นอยู่บ้าง หรือยินยอมให้ลูกค้าผู้โอนได้ใช้สอยเงินนั้นโดยมิได้นำมาชำระหนี้ นั้น ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งอาจมองได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกานี้ไม่ยอมรับการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกัน

ปัญหาที่ว่า จะโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันได้หรือไม่นั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าสามารถทำได้ เพราะเมื่อพิจารณา ตามหลักการของการรับหลักประกันนั้นมิใช่รับมาแล้วนำมาชำระหนี้เลย แต่เป็นการรับมาเพื่อลดความเสี่ยงของเจ้าหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดเจ้าหนี้จะมีสิทธิบังคับชำระหนี้ เอาจากหลักประกันได้ ถึงแม้ว่าหลักประกันจะได้โอนสิทธิเรียกร้องเงินนี้จะสามารถจะนำมาชำระหนี้ได้เลยก็ตาม แต่หากหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ยังไม่ถึงกำหนดแล้ว

ลูกหนี้ย่อมได้รับประโยชน์จากเงื่อนไขเวลาอยู่ เจ้าหนี้หาอาจหักชำระหนี้ได้ไม่ เจ้าหนี้คงมีสิทธิแต่เพียงยึดถือไว้เท่านั้น ในกรณีนี้ หากเจ้าหนี้จะไม่ยึดถือเช่นนั้นไว้ แต่ยอมคืนให้ลูกหนี้หรือยอมให้ลูกหนี้ไปปรับเงินเองบ้างก็มิได้ทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด อันที่จริงแล้วในทางปฏิบัติของการรับหลักประกันประเภทสิทธิเรียกร้องเงินโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสินเชื่อโครงการ (project finance) นั้น ลูกค้าผู้ทำโครงการย่อมต้องการกระแสเงินสดหมุนเวียนไปใช้ในโครงการ จึงเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่เจ้าหนี้ผู้ให้กู้ยืมเช่นจะตกลงยอมให้ลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องได้ใช้สอยเงินเพื่อหมุนเวียนในกิจการหรือรักษาสภาพคล่องทางการเงินในกิจการของลูกหนี้ และยอมให้ทำเช่นนี้ได้เพียงช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งที่กำหนดไว้เพื่อควบคุมให้ลูกหนี้ได้ใช้สอยเงินเท่าที่จำเป็นจริง ๆ ความตกลงเช่นนี้ไม่ขัดต่อกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งกฎหมายก็มิได้มีบทบัญญัติจำกัดวัตถุประสงค์ของการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ ดังนั้นเมื่อไม่มีกฎหมายห้ามทำ ก็ย่อมทำได้ ซึ่งคำพิพากษาฎีกาที่ 395 / 2502 ก็พิพากษาว่าสามารถโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นประกันหนี้ได้

4.2 แนวทางปฏิบัติของภาครัฐในการอนุญาตให้สิทธิตามสัญญาสัมปทานเป็นหลักประกัน

ในทางปฏิบัติของทางราชการ กระทรวงการคลังเคยวางแนวปฏิบัติไว้ว่า เมื่อหน่วยของรัฐได้รับการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องในเงินค่าซื้อทรัพย์สินหรือค่าจ้างทำของ ให้หน่วยของรัฐส่งสำเนาหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิการรับเงินค่าซื้อทรัพย์สินหรือค่าจ้างทำของดังกล่าวให้กรมสรรพากรหรือสำนักงานสรรพากรจังหวัดแล้วแต่กรณีทราบ (หน่วยของรัฐไม่ต้องแจ้งความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับโอนทราบ) ให้จ่ายเงินให้แก่ผู้รับโอนโดยตรง และให้ผู้รับโอนออกไปเสร็จรับเงินเท่าจำนวนสุทธิที่ได้รับไปจากหน่วยของรัฐ โดยระบุว่าเป็นการรับเงินตามสิทธิเรียกร้องของผู้ใด เหตุที่ไม่ให้ส่วนราชการแจ้งตอบแสดงความยินยอมในการโอนสิทธิ ก็เพราะหากทำเช่นนั้นหน่วยของรัฐจะไม่สามารถยกข้อต่อสู้ทั้งหลายที่มีต่อคู่สัญญาเดิมขึ้นใช้กับผู้รับโอนได้ เช่น ข้อต่อสู้ที่จะยึดหน่วงการจ่ายเงินเมื่อคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือสิทธิที่

จะหักค่าปรับออกจากเงินที่จะจ่าย ผลก็คือต้องจ่ายเงินเต็มจำนวนตามกำหนดให้ผู้รับโอนโดยไม่มีทางอีกเดือน ซึ่งอาจทำให้ทางราชการเสียประโยชน์ได้¹⁰

ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะที่ให้เอกชนเข้าร่วมการงานนั้น ในทางปฏิบัติแล้วภาครัฐก็เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องผ่อนคลายให้เอกชนที่เป็นคู่สัญญาสามารถนำสิทธิที่มีอยู่ตามสัญญาไปเป็นหลักประกันได้ในรูปแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องโดยจะเขียนเป็นเงื่อนไขไว้ในสัญญาเกี่ยวกับเรื่องนี้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสถาบันการเงินผู้ให้กู้ยืมเงินนั้นเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมิได้ผ่านการคัดเลือกให้เข้ามาทำบริการสาธารณะ จึงมีสถานะแตกต่างจากเอกชนคู่สัญญา การจะอนุญาตให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องไปทั้งหมดโดยปราศจากเงื่อนไขใดๆ ก็อาจเกิดผลกระทบต่อ การดำเนินการของโครงการได้ เงื่อนไขในสัญญาจึงต้องระบวงเงื่อนไขบางประการเพื่อเป็นหลักประกันความสำเร็จและต่อเนื่องของโครงการ แต่ขณะเดียวกันก็ต้องให้ความมั่นใจแก่สถาบันการเงินผู้ให้สินเชื่อด้วยว่า จะสามารถเข้าบังคับตามสิทธินั้นได้เมื่อจำเป็น

ในการโอนสิทธิเรียกร้อง สถาบันการเงินมักจะเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับทราบและยินยอมในการโอนสิทธิเพื่อให้เกิดความแน่นอนว่า สถาบันการเงินจะบังคับตามสิทธิได้ การที่หน่วยงานของรัฐจะเพียงแต่รับทราบเพียงอย่างเดียว โดยไม่แจ้งให้สถาบันการเงินทราบนั้น ย่อมไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดความมั่นใจ แต่ถ้าหน่วยงานของรัฐมีหนังสือแจ้งให้ความยินยอมการโอนสิทธิ ก็จะทำให้ไม่สามารถยกข้อต่อสู้คดีที่มีอยู่ต่อเอกชนคู่สัญญาขึ้นชั้นสถาบันการเงินได้

สำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของหน่วยงานของรัฐได้เสนอแนวทางป้องกันปัญหาลักษณะดังกล่าว โดยการทำสัญญาสามฝ่ายระหว่างหน่วยงานของรัฐ เอกชนผู้รับสิทธิและสถาบันการเงิน โดยมีสาระดังนี้

- (1) การโอนจะมีผลใช้บังคับเป็นการโอนเด็ดขาดต่อเมื่อเอกชนผิดสัญญากับสถาบันการเงิน และสถาบันการเงินมีหนังสือแจ้งไปยังหน่วยงานของรัฐแล้ว
- (2) เอกชนผู้รับสิทธิไม่หลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญา

¹⁰ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ (ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทาน การบริการสาธารณะ) เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38. พ.ศ. 2538-2539. หน้า 53. (เอกสารอัดสำเนา.)

- (3) สถาบันการเงินหรือนิติบุคคลที่เข้ามาแทนที่จะต้องผูกพันตามพันธะหน้าที่ที่เอกชนผู้รับสิทธิมีอยู่ตามสัญญา
- (4) หน่วยงานของรัฐยังคงมีสิทธิยกข้อต่อสู้ขึ้นชั้นสถาบันการเงินได้
- (5) แม้หน่วยงานของรัฐจะชำระหนี้ผิดตัว ระหว่างเอกชนผู้รับสิทธิกับสถาบันการเงิน หน่วยงานของรัฐก็หลุดพ้นความรับผิด¹¹

4.3 วิเคราะห์รูปแบบการใช้สิทธิตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นหลักประกัน

จากการศึกษาพบว่า การใช้สิทธิตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นหลักประกันนั้นจะอยู่ในรูปแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหลัก โดยจะมีเงื่อนไขของสัญญาแตกต่างกันบ้างตามแต่การต่อรองสัญญา ซึ่งอาจแบ่งแยกเป็นลักษณะกว้าง ๆ ได้ดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.3.1 การโอนสิทธิการรับเงิน

4.3.1.1 ตัวอย่างสัญญา

ก. ตามสัญญาโครงการระบบทางด่วน ชั้นที่ 2 ฉบับลงวันที่ 22 ธันวาคม 2531 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (บีอีซีแอล) ข้อ 23.1 ระบุว่า “บีอีซีแอลอาจโอนสิทธิที่ได้รับมอบหมายจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ในการรับรายได้จากค่าผ่านทางตามสัญญาให้แก่บุคคลอื่นได้ แต่การโอนดังกล่าวจะไม่กระทบกระเทือนต่อความผูกพันและหน้าที่ของบีอีซีแอลตามสัญญา ทั้งนี้ บีอีซีแอลจะต้องแจ้งการโอนดังกล่าว ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยทราบเป็นลายลักษณ์อักษร”

ข. ตามสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการ โทรศัพท์ในเขต นครหลวง ฉบับลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534 ระหว่างบริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (บริษัท)

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55-56

กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในข้อ 27 (ข) ระบุว่า “ทศท.ยินยอมให้บริษัทโอนสิทธิในการรับเงินส่วนแบ่งที่เกี่ยวข้องให้เจ้าหนี้เพื่อเป็นหลักประกันหนี้สินของบริษัทได้”

ค. ตามสัญญาร่วมการงาน และร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1 ล้านเลขหมายในเขตภูมิภาค ฉบับลงวันที่ 2 กรกฎาคม 2535 ระหว่าง บริษัทไทยเทเลโฟนแอนด์เทเลคอมมิวนิเคชัน จำกัด (บริษัท) กับ องค์การ โทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ระบุไว้ในข้อ 27 (ข) ว่า “ทศท. ยินยอมให้บริษัทโอนสิทธิในการรับเงินส่วนแบ่งที่เกี่ยวข้องให้เจ้าหนี้ (รวมทั้งผู้ถือหุ้น) เพื่อเป็นหลักประกันหนี้สินของบริษัทได้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งการสนับสนุนทางการเงินในโครงการนี้ได้”

ง. ตามสัญญาโอนสิทธิในค่าผ่านทาง ฉบับลงวันที่ 8 กรกฎาคม 2540 ระหว่าง บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) กับ ธนาคาร ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้และในฐานะที่เป็นตัวแทนหลักประกัน ระบุไว้ในข้อ 2 (ก) ว่า “เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการชำระหนี้มีประกัน บริษัทตกลงโอนสิทธิทั้งหมดดังต่อไปนี้ให้แก่ตัวแทนหลักประกัน เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ คือ (1) สิทธิในการจัดเก็บ รับ และเก็บรักษาค่าผ่านทางจากผู้ใช้งานสัมปทานทั้งหมดตามสัญญาสัมปทาน และ (2) สิทธิรับค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 28.3 และ 29.1 ของสัญญาสัมปทาน และตัวแทนหลักประกันตกลงรับโอนสิทธิดังกล่าวนี้โดยให้มีผลบังคับตั้งแต่วันที่บริษัทได้รับเงินกู้ตามสัญญาให้การสนับสนุนทางการเงินเป็นต้นไป”

4.3.1.2 ลักษณะสัญญาของการโอนสิทธิรับเงิน

การโอนสิทธิการรับเงินนี้เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 ซึ่งเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องแบบพื้นฐานที่สุด ซึ่งในทางปฏิบัติภาครัฐอนุญาตให้ทำได้ไม่ต้องมีเงื่อนไขใดๆ รวมทั้งไม่ต้องขอความยินยอมจากหน่วยงานคู่สัญญาด้วย โดยเอกชนผู้รับสิทธิสามารถโอนสิทธิรับเงินไปให้บุคคลภายนอกได้เพียงแต่แจ้งเป็นหนังสือมาให้หน่วยงานคู่สัญญาทราบแล้วหน่วยงานคู่สัญญาที่สามารถจ่ายเงินให้ผู้รับโอนได้โดยตรง ซึ่งการโอนสิทธิในลักษณะนี้เป็นหลักประกันพื้นฐานที่สุดที่ให้แก่สถาบันการเงินผู้ให้กู้ เพราะทำให้สถาบันการเงินมั่นใจได้ว่า จะได้รับเงินตามสัญญาทุกงวดที่ถึงกำหนดชำระ โดยเจ้าหนี้อื่นไม่สามารถมาขอแบ่งชำระหนี้ได้

4.3.1.3 วิเคราะห์ความคุ้มครองที่เจ้าหน้าที่ได้รับ

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในข้อ 5 ของบทที่ 2 แล้วว่าสิทธิเรียกร้องในการรับเงินตามสัญญาต่างตอบแทนนั้นสามารถแยกออกจากหน้าที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ตอบแทนได้ทำให้คู่สัญญาในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้มีสิทธิเรียกร้องในการรับเงินสามารถโอนสิทธิเรียกร้องนั้นไปได้ โดยคนยังคงเป็นลูกหนี้ ซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติชำระหนี้ตอบแทนต่อไป เมื่อคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาห้ามโอนไว้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวย่อมโอนได้ แม้สิทธิเรียกร้องนั้นจะยังไม่ถึงกำหนดชำระตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 891/2476, 652/2508, 2185/2524, 1974/2525 และ 1366/2530 และโอนกันได้แม้จำนวนเงินที่จะต้องชำระอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามสัญญาจะมีแน่นอนหรือจะรู้ได้ต่อเมื่อคำนวณเอาตามข้อผูกพันอันจะรู้ได้แน่นอนในเวลาต่อไปข้างหน้าก็ตาม ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1974/2525 และ 4306/2538 และนอกจากนี้ การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันก็สามารถทำได้เพราะไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ซึ่งคำพิพากษาฎีกาที่ 395/2502 ก็พิพากษาว่าสามารถโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันนี้ได้ ทั้งวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันนี้ก็เป็นที่นิยมใช้กันในการนํากฎหมายสถาบันการเงิน

โดยเหตุที่สัญญาโอนสิทธิการรับเงินเป็นรูปแบบสัญญาที่ง่ายจึงไม่ค่อยมีปัญหาในการปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้กล่าวคือ เพียงแต่เอกชนผู้รับสิทธิซึ่งเป็นผู้โอนสิทธิการรับเงินกับสถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้รับโอนสิทธิการรับเงินทำหนังสือสัญญาโอนสิทธิกันแล้วแจ้งการโอนไปยังหน่วยงานของภาครัฐคู่สัญญาก็มีผลใช้ได้แล้ว ยิ่งไปกว่านั้นการที่หน่วยงานภาครัฐยังได้อนุญาตและยินยอมให้เอกชนคู่สัญญาสามารถโอนสิทธิการรับเงินเพื่อเป็นหลักประกันได้ด้วยคงปรากฏตามตัวอย่างสัญญาข้างต้น ก็เป็นการรับรองสิทธิดังกล่าวให้แน่นอนหนามั่นคงยิ่งขึ้น ทั้งเป็นการขจัดความไม่แน่ใจว่าหน่วยงานภาครัฐจะมีเหตุขัดข้องหรือไม่ และยังผลให้สถาบันการเงินอบอุ่นใจในการรับหลักประกันรูปแบบนี้

การโอนลักษณะนี้มีผลทำให้สิทธิในการรับเงินตกเป็นของสถาบันการเงินผู้รับโอน และเอกชนผู้โอนขาดจากสิทธิรับเงินนั้นทันทีที่หน่วยงานภาครัฐรับทราบหรือให้ความยินยอมในการโอน เจ้าหน้าที่อื่นของเอกชนผู้โอนไม่อาจจะอายัดเงินดังกล่าวได้¹² ทั้งไม่มีสิทธิขอลดหนี้ด้วยเพราะมิใช่ทรัพย์สินของเอกชนผู้โอนนั้นเสียแล้ว

¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 2185 / 2524

อย่างไรก็ตาม ความคุ้มครองที่เจ้าหน้าที่ได้รับดังกล่าวหน้าก็อาจถูกกระทบกระทั่งให้ต้องเสียหายได้ ทั้งนี้เพราะอาจมีเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาของเอกชนผู้โอนสิทธิเรียกร้องนั้น อ้างว่าคนไม่รู้ถึงการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น โดยแถลงยืนยันต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ยึดหรืออายัดเงินตามสิทธิเรียกร้องนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติเมื่อเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาแถลงยืนยัน เช่นนี้ เจ้าพนักงานบังคับคดีก็จะทำยึดหรืออายัดให้ ซึ่งคงเป็นเพราะตามกฎหมายแล้วความรับผิดชอบต่องูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือต่อบุคคลภายนอกเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการยึดโดยมิชอบนั้น ไม่ตกแก่เจ้าพนักงานของคดีแต่ตกอยู่กับเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา¹³ ถ้าเป็นเช่นนี้มีสถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องก็ต้องร้องขอชดเชยต่อศาล ซึ่งศาลต้องใช้เวลาระยะหนึ่งในการพิจารณาและพิพากษาสั่งให้ปล่อยทรัพย์สิน เช่นนี้สถาบันการเงินย่อมได้รับความเสียหาย เรื่องทำนองนี้ดูเหมือนไม่น่าจะเกิดขึ้นได้แต่ก็เกิดขึ้นแล้ว ดังครั้งหนึ่ง กรมโยธาธิการมีหนังสือหรือสำนักงานอัยการสูงสุด เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินตามสัญญากับกรมโยธาธิการ มีข้อหารือโดยสรุปว่า เอกชนคู่สัญญา 2 ราย ได้โอนสิทธิการรับโอนตามสัญญาจ้างให้สถาบันการเงินและได้บอกกล่าวการโอนให้กรมโยธาธิการทราบแล้วต่อมาเจ้าพนักงานบังคับคดีได้อายัดเงินตามสิทธิเรียกร้องดังกล่าวทั้ง 2 ราย ปรากฏว่ากรมโยธาธิการได้จ่ายเงินให้เจ้าพนักงานบังคับคดีไปแล้ว รายหนึ่งอีกรายหนึ่งยังมีได้จ่าย สำหรับรายที่ได้จ่ายเงินไปนั้นกรมโยธาธิการได้มีหนังสือขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีส่งเงินที่อายัดคืน แต่เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งว่าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาแถลงยืนยันให้อายัดเงินนั้นไว้ หากกรมโยธาธิการจะคัดค้านประการใดก็ให้ร้องคัดค้านต่อศาล จึงหาหรือว่า ระหว่างสถาบันการเงินกับเจ้าพนักงานบังคับคดี ผู้ใดควรจะมีสิทธิในการรับเงินค่าจ้างตามสัญญานั้น ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยตอบข้อหารือว่าการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมาย กรมโยธาธิการจึงมีหน้าที่ต้องชำระเงินตามสัญญาให้แก่สถาบันการเงินในฐานะผู้รับโอน ส่วนเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่มีสิทธิอายัดเงินค่าจ้างดังกล่าวได้ กรมโยธาธิการควรแจ้งเหตุขัดข้องในการชำระเงินตามหนังสือขออายัดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบ ส่วนกรณีที่ได้ชำระเงินตามหนังสืออายัดของเจ้าพนักงานบังคับคดีไปแล้ว กรมโยธาธิการชอบที่จะร้องคัดค้านต่อศาลเพื่อให้ส่งคืนเงินดังกล่าวต่อไป โดยไม่ต้องดำเนินการใด ๆ กับเอกชนคู่สัญญาทั้งสองซึ่งเป็นผู้โอนอีก¹⁴

¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 284 วรรคสอง

¹⁴ ข้อหารือสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 82/2540

ปัญหากรณีดังกล่าวข้างต้นจะไม่เกิดขึ้นในทรัพย์สินที่ให้ไว้เป็นหลักประกันประเภทจำนอง ซึ่งตามกฎหมายการจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเป็นหนังสือต่อเจ้าพนักงานในกรณีสังหาริมทรัพย์ให้จดทะเบียนจำนอง ณ สำนักงานที่ดิน ซึ่งที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นตั้งอยู่ในกรณีจำนองเครื่องจักรก็ต้องมีการจดทะเบียนจำนอง ณ สำนักงานทะเบียนเครื่องจักรที่มีเขตอำนาจ ซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถตรวจสอบป้องกันมิให้คนหลงผิดในสถานะทางการเงินและทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ ดังนั้น ทางแก้ปัญหาดังกล่าวอาจทำได้โดยการออกกฎหมายกำหนดให้มีการจดทะเบียนการให้หลักประกันโดยการโอนสิทธิเรียกร้อง เมื่อมีการจดทะเบียนกับส่วนราชการ เพื่อให้ประชาชนผู้สนใจสามารถตรวจสอบได้ถึงความมีอยู่ของหลักประกันแล้ว ก็สามารถป้องกันการหลงผิดในสถานะของลูกหนี้ได้ และเจ้าหน้าที่ที่ไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่อไม่ทำการตรวจสอบก็ไม่อาจอ้างความไม่รู้ใช้สิทธิของตนทำให้เจ้าหน้าที่สุจริตต้องเดือดร้อน

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติซึ่งน่าสนใจอีกเรื่องหนึ่งได้แก่ กรณีผู้รับเหมารายหนึ่งขององค์การโทรศัพท์ ได้ทำสัญญาโอนสิทธิการรับเงินให้แก่สถาบันการเงินแห่งหนึ่ง เพื่อเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน และได้แจ้งการโอนไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องคือ องค์การโทรศัพท์ ต่อมาผู้รับเหมารายนั้นได้ เปลี่ยนสถาบันการเงินและได้ทำสัญญาโอนสิทธิการรับเงินให้แก่สถาบันการเงินแห่งใหม่กับแจ้งให้องค์การโทรศัพท์ในฐานะลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องทราบด้วย ในช่วงเวลาคาบเกี่ยวนั้นเองเป็นเวลาที่ถึงกำหนดชำระเงินค้างจ่าย ปรากฏว่าองค์การโทรศัพท์ได้จ่ายเงินให้แก่สถาบันการเงินแห่งเดิมทั้งนี้เพราะหน่วยงานซึ่งทำหน้าที่จ่ายเงินยังมีได้รับแจ้งการเปลี่ยนแปลง

กรณีดังกล่าวข้างต้น นับเป็นอุทธรณ์ที่ดีแก่สถาบันการเงิน โดยเฉพาะสถาบันการเงินที่ปล่อยกู้เพื่อให้ลูกค้าไปชำระหนี้เงินกู้แก่สถาบันการเงินเดิม (Re-finance) ผู้เขียนเห็นว่าสถาบันการเงินควรมีวิธีป้องกันปัญหาดังกล่าวโดยก่อนที่จะปล่อยเงินกู้ต้องแน่ใจว่าได้มีการยกเลิกการโอนสิทธิการรับเงินเดิมแล้ว และได้มีการบอกกล่าวหรือมีการให้ความยินยอมกับการโอนรายใหม่แล้ว และหน่วยงานที่รับผิดชอบการจ่ายเงินโดยตรงได้รับทราบการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวแล้ว สำหรับการแก้ไขปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่าควรออกกฎหมายให้มีการจดทะเบียนการให้หลักประกันชนิดดังกล่าวซึ่งรวมถึงการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลง หรือระงับการให้หลักประกันนั้นด้วย เพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจสอบ และรู้ถึงสถานะของสิทธิดังกล่าวด้วย

ปัญหาว่าการโอนสิทธิการรับเงินตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั้น อาจถูกเพิกถอนตาม พ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ.2483 ม.114 หรือ 115¹⁵ ได้หรือไม่นั้น เรื่องนี้เมื่อพิจารณาถึงวันที่ การโอนมีผลเมื่อใดก็จะเห็นได้ว่าการโอนสิทธิรับเงินนั้นเป็นการโอนโดยไม่มีเงื่อนไข การโอนจึงมีผลในวันทำสัญญาซึ่งโดยปกติคู่สัญญาจะตกลงกันให้มีผลบังคับตั้งแต่วันที่เอกชนผู้รับสัมปทาน ได้รับเงินกู้ จึงไม่มีปัญหาที่จะต้องตีความว่าการโอนเกิดขึ้นเมื่อใด หากมีการขอเพิกถอนตามมาตรา 114 สถาบันการเงินในฐานะผู้รับโอนย่อมสามารถพิสูจน์ได้ไม่ยากว่าการโอนสิทธิรับเงินได้กระทำโดยสุจริต และมีค่าตอบแทน คือ การให้เงินกู้ อันเป็นข้อยกเว้นในกรณีที่ศาลจะเพิกถอนการโอนไม่ได้ ส่วนการขอเพิกถอนตาม ม.115 นั้น ไม่น่าจะมีปัญหาเพราะแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่เอกชนผู้ซึ่งเพิ่งจะได้รับคัดเลือกเป็นผู้รับสัมปทาน และได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากสถาบันการเงิน โดยได้ผ่านการพิจารณาจากหน่วยงานภาครัฐ และสถาบันการเงินในเรื่องสถานะทางการเงิน แล้วจะถูกขอให้เป็นผู้ล้มละลายภายใน 3 เดือน หลังการรับเงินกู้ อันเป็นวันที่ การโอนมีผล และถึงแม้หากเป็นไปได้ก็ไม่อาจเพิกถอนได้เพราะ ผู้รับสัมปทานซึ่งเป็นผู้โอนสิทธิรับเงินมิได้มุ่งหมายให้สถาบันการเงินผู้ให้กู้สนับสนุนโครงการได้เปรียบแก่เจ้าหนี้คนอื่นแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามเนื่องจากยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นบรรทัดฐานในเรื่อง ดังกล่าว จึงควรป้องกันปัญหาดังกล่าว โดยการออกกฎหมายให้สามารถจดทะเบียนการให้หลักประกันชนิดดังกล่าวได้โดยให้ถือว่าวันจดทะเบียนในหลักประกันเป็นวันที่เกิดนิติกรรมให้หลักประกัน

ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้มพันตัว ตามระบบกฎหมายไทยไม่ถือว่าเจ้าหนี้ที่ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหลักประกัน เป็นเจ้าหนี้มีประกัน ตามกฎหมายล้มละลาย จึงทำให้มีโอกาสได้รับชำระหนี้ดีกว่าเจ้าหนี้มีประกัน เช่น ถ้าขอรับชำระ

¹⁵ มาตรา 114 บัญญัติว่า “การโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำ หรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลาสามปีก่อนมีการขอให้ล้มละลาย และภายหลังนั้นถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอน หรือการกระทำนั้นได้ เว้นแต่ผู้รับโอน หรือผู้รับประโยชน์จะแสดงให้เห็นพอใจศาลว่าการโอน หรือการกระทำนั้นได้กระทำโดยสุจริต และมีค่าตอบแทน”

มาตรา 115 บัญญัติว่า “การโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำ หรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลาสามเดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลาย และภายหลังนั้น โดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอน หรือการกระทำนั้นได้”

หนี้เจ้าหนี้จะมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยถึงเพียงวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์¹⁶ ในขณะที่เจ้าหนี้มีประกัน จะมีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันซึ่งได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์¹⁷ และถ้าไม่ขอรับชำระหนี้ดอกเบี้ยในหนี้ที่มีจำนองเป็นหลักประกันอยู่ก็จะคิดจนถึงวันขายทอดตลาดทรัพย์ที่จำนองนั้น¹⁸ ปัญหาข้อนี้ แก้ไขได้โดยการออกกฎหมายให้ถือว่าเจ้าหนี้มีหลักประกันประเภทโอนสิทธิเรียกร้องเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย

ปัญหาอีกประการหนึ่งซึ่งสถาบันการเงินผู้รับโอนสิทธิรับเงินควรต้องตระหนักก็คือ ภายหลังจากการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว จะต้องระมัดระวังมิให้มีพฤติกรรมที่อาจสื่อแสดงว่า ผู้โอนกับผู้รับโอนสิทธิได้ปฏิบัติตนเสมือนไม่มีการโอนสิทธิเกิดขึ้น หรือมีพฤติกรรมที่แสดงว่า มิได้อาศัยสิทธิของตนในฐานะผู้รับโอนในการรับเงินตามสัญญา แต่ไปอาศัยสิทธิที่ตนเป็นเจ้าของผู้โอนคิดตามรับเงินตามสัญญา เพราะอาจมีความเสี่ยงที่จะถูกโต้แย้งว่า การโอนนั้นไม่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายดังที่กล่าวไว้แล้วในข้อ 4.1 ของบทนี้

การใช้สิทธิการรับเงินเป็นหลักประกันนี้ในโครงการสัมปทานบริการสาธารณะจะใช้ได้ต่อเมื่อโครงการสร้างเสร็จและเปิดให้บริการเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชนได้แล้ว ดังนั้นในช่วงเวลาที่ยังก่อสร้างโครงการสัมปทานบริการสาธารณะไม่เสร็จ สถาบันการเงินผู้ให้กู้ก็ยังไม่ได้รับเงินตามสัญญาโอนสิทธิรับเงิน ซึ่งเป็นข้อจำกัดโดยสภาพของการให้สินเชื่อโครงการ (project finance) กล่าวคือ ช่วงก่อสร้างโครงการจะมีความเสี่ยงสูง (a high risk construction phase) อย่างไรก็ตาม ถึงแม้โครงการจะสร้างเสร็จเรียบร้อย และเปิดให้บริการแล้ว ซึ่งเป็นช่วงที่มีความเสี่ยงต่ำ (a lower risk operating phase) ก็ตาม แต่ถ้าหากเอกชนผู้รับสัมปทานปฏิบัติผิดสัญญากับหน่วยงาน ภาครัฐจนเป็นเหตุให้หน่วยงานภาครัฐนั้นคิดเบี้ยปรับแล้ว สถาบันการเงินเจ้าหนี้ก็ย่อมได้รับความเสียหาย ได้รับเงินไม่เต็มจำนวน หรือไม่ได้รับในบางงวด เพราะอาจถูกหน่วยงานภาครัฐนั้นหักกลบลบหนี้ค่าเบี้ยปรับ ยิ่งไปกว่านั้นถ้าหากเอกชนผู้รับสัมปทาน

¹⁶ พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ. 2483 ม. 100

¹⁷ พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ. 2483 ม. 95

¹⁸ ปพพ. ม.744(5) คำพิพากษาฎีกาที่ 725/2495

* โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3284/2532

ปฏิบัติผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จนเป็นเหตุให้ถูกหน่วยงานภาครัฐบอกเลิกสัญญาแล้ว สถาบันการเงินเจ้าหนี้ยิ่งเสียหายมาก เพราะจะไม่มีสิทธิในการรับเงินหลงเหลืออยู่อีกต่อไป การป้องกันปัญหานี้อาจทำได้โดย การจัดให้มีเงื่อนไขข้อตกลงว่าด้วยการเข้าแทนที่ หรือการรับโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาทั้งหมดคงจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

4.3.2 การโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาโดยมีเงื่อนไข

4.3.2.1 ตัวอย่างสัญญา

ก. ตามสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวง ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534 ระหว่าง บริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (บริษัท) กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในข้อ 27 (ก) ระบุว่า "ในกรณีที่บริษัทผิดสัญญากับเจ้าหนี้และมีภาระหนี้ที่ไม่อาจชำระได้ตามกำหนด ทศท. ยอมให้บริษัทโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาให้แก่บริษัทดับบลิวทีเอ (ประเทศไทย) จำกัด อย่างไรก็ตาม บริษัทยังคงต้องร่วมรับผิดชอบในหน้าที่ที่โอนไปนั้นทุกประการ"

ข. ตามสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ 1 ล้านเลขหมาย ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค ลงวันที่ 2 กรกฎาคม 2535 ระหว่าง บริษัทไทยเทเลโฟนแอนด์เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (บริษัท) กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ระบุไว้ในข้อ 27 (ก) ว่า ระบุว่า "ในกรณีที่บริษัทผิดสัญญากับเจ้าหนี้ (รวมทั้งผู้ค้ำประกันที่ได้ชำระหนี้แทนบริษัทไปแล้ว) และมีภาระหนี้ที่ไม่อาจชำระได้ตามกำหนด ทศท. ยอมให้บริษัทโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญานี้ให้แก่บริษัทที่เจ้าหนี้ (รวมทั้งผู้ค้ำประกันที่ได้ชำระหนี้แทนบริษัทไปแล้ว) ดังกล่าวเป็นผู้กำหนด ทั้งนี้โดยความเห็นชอบของ ทศท. อย่างไรก็ตามบริษัทยังคงต้องร่วมรับผิดชอบในหน้าที่ที่โอนไปนั้นทุกประการ"

ค. Conditional Transfer of Concession ซึ่งเป็นสัญญาหลักประกันระหว่าง บริษัทไทยเทเลโฟน แอนด์ เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด ซึ่งเป็นเอกชนผู้รับสัมปทานในฐานะผู้กู้ กับสถาบันการเงินผู้เป็นตัวแทนหลักประกัน และบริษัท ที ที แอนด์ ที แอสโซซิเอท จำกัด ในฐานะ นิติบุคคลผู้ได้รับมอบหมายจากสถาบันการเงิน ฉบับลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2536 ข้อ 1 ระบุว่า

" 1 TRANSFER

1.1 Following the occurrence of an Event of Default which has not been remedied or waived the Designee may upon the instructions of the Security Agent substitute itself as a party to the Concession Agreement in place of the Company by way of transfer and novation of the Company's rights, benefits and obligations under the Concession Agreement by delivering a notice to the Company and TOT in the form set forth in the First Schedule hereto (a "Transfer Notice") in relation to the Concession Agreement signed by the Security Agent and the Designee. Any such substitution shall become immediately effective and binding upon delivery of the Transfer Notice in respect of such substitution without any judicial or other formality or presentment, demand, protest or notice of any kind, the requirement of all or any of which is hereby expressly waived by the Company.

1.2 By delivery to the Company and TOT of a Transfer Notice as referred to in Section 1.1 the Designee shall acquire rights and benefits under and an interest in the Concession Agreement identical to those of the Company under and in the Concession Agreement (excluding the rights assigned to the Security Agent pursuant to the Assignment of Relevant Revenue Sharing and Other Rights Under the Concession of even date herewith) and shall assume obligations towards TOT identical to the obligations owed by the Company to TOT which rights, benefits and obligations shall differ from those possessed and owed (as the case may be) by the Company only insofar as TOT and the Designee have assumed and/or acquired the same in place of TOT and the Company respectively, and the Company shall cease to be entitled to exercise such rights and benefits but shall remain, jointly and severally with the Designee, liable to perform such obligations. After delivery of such Transfer Notice all references in the Concession Agreement to "the Company" shall be construed as references to the Designee"

ซึ่งอาจแปลความได้ดังนี้

" 1. การโอน

1.1 เมื่อมีเหตุฉุกเฉินซึ่งไม่ได้รับการแก้ไข หรือไม่ได้รับการผ่อนผันแล้ว ให้ผู้ที่ได้รับมอบหมาย เมื่อได้รับคำสั่งจากตัวแทนหลักประกันแล้วเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุน ขยายบริการโทรศัพท์ 1 ล้านเลขหมาย ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค แทนที่บริษัทโดยการโอนสิทธิ ประโยชน์ ภาระผูกพันของบริษัทตามสัญญาร่วมการงานฯ ทั้งนี้ โดยการส่งคำบอกกล่าวไปยัง บริษัทและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ตามแบบที่กำหนดไว้ในภาคผนวกฯ (“คำบอกกล่าว การโอน”) ที่เกี่ยวเนื่องกับ สัญญาร่วมการงานฯ ที่ลงนามโดยตัวแทนหลักประกันกับผู้ที่ได้รับ มอบหมาย การเข้าแทนที่ดังกล่าวให้มีผลบังคับทันทีเมื่อได้มีการส่งคำบอกกล่าวการโอนในส่วน ของการเข้าแทนที่นั้น โดยไม่ต้องมีแบบพิธี การนำเสนอ การเรียกร้อง การคัดค้าน หรือ คำบอก กล่าวอย่างใดๆ ซึ่งบริษัทตกลงขอสิทธิโดยชัดแจ้งต่อการกระทำเหล่านี้ด้วย

1.2 โดยการส่งคำบอกกล่าวการโอนไปยังบริษัทกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ตามที่อ้าง ถึงในข้อ 1.1 ให้ผู้ที่ได้รับมอบหมายได้มาซึ่งสิทธิและประโยชน์ ตาม อย่างเดียวกับที่บริษัทได้รับ ตาม สัญญาร่วมการงานฯ (แต่ไม่รวมถึงสิทธิที่โอนไปยังตัวแทนหลักประกันตามการโอนส่วน แบ่งราย ได้ และสิทธิอย่างอื่นภายใต้สัญญาร่วมการงาน) และให้ได้มาซึ่งภาระผูกพันที่มีต่อองค์การ โทรศัพท์แห่งประเทศไทย อย่างเดียวกับที่บริษัทมีต่อองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย โดยสิทธิ ประโยชน์ และภาระผูกพันจะมีความแตกต่างตามที่บริษัทมี หรือที่บริษัทมีความผูกพัน (แล้วแต่ กรณี) เพียงเท่าที่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย กับผู้ที่ได้รับมอบหมายได้รับมาแทนที่องค์การ โทรศัพท์แห่งประเทศไทย และบริษัทตามลำดับ และให้บริษัทหมดสิทธิที่จะใช้สิทธิและประโยชน์ แต่ทั้งนี้ยังคงมีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันกับผู้ที่ได้รับมอบหมายในการปฏิบัติตามภาระผูกพัน เช่นว่านั้น หลังจากที่ได้ส่งคำบอกกล่าวการโอนแล้ว การอ้างอิงทั้งปวงถึง “บริษัท” ใน สัญญา ร่วมการงานฯ ให้หมายถึงการอ้างอิงถึงผู้ที่ได้รับมอบหมาย”

ง. ตามสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชน กรุงเทพมหานคร ระหว่างกรุงเทพ มหานคร (กทม.) กับ บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (บริษัท) ฉบับลงวันที่ 9 เมษายน 2535 ข้อ 24 24 ระบุว่า

“ข้อ 24. การใช้สัญญาเป็นหลักประกัน

กทท.ตกลงว่าบริษัทอาจโอนสิทธิตามสัญญานี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้แก่บุคคลผู้ให้ความสนับสนุนทางการเงินแก่บริษัทเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการระดมทุนของบริษัท เพื่อสนับสนุนระบบขนส่งมวลชนกทท. บริษัทจะจัดส่งสำเนาสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนดังกล่าวแก่ กทท.และกทท.จะให้ความยินยอมในการที่บริษัททำสัญญานั้น ทั้งนี้ โดยที่จะต้องไม่เป็นการก่อการระงับการเพิ่มเงินเพิ่มขึ้นแก่ กทท.”

จ. สัญญาโครงการทางด่วน ชั้นที่ 2 ฉบับลงวันที่ 22 ธันวาคม 2531 ระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทท.) กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (บีอีซีแอล) ระบุเรื่องการโอนสิทธิและหน้าที่โดยมีเงื่อนไขไว้ในข้อ 23.2 และ 23.3 ดังนี้

23.2. “การโอนสิทธิโดยมีเงื่อนไข”

“บีอีซีแอล” อาจโอน “สิทธิตามสัญญา” นี้โดยมีเงื่อนไขให้กับ “ตัวแทนผู้ให้กู้” หรือบริษัทที่ “ตัวแทนผู้ให้กู้” เป็นเจ้าของการโอนสิทธิดังกล่าวจะมีผลบังคับและโดยปราศจากเงื่อนไข เมื่อ “ตัวแทนผู้ให้กู้” ได้มีหนังสือบอกกล่าวถึง “บีอีซีแอล” และ “กทท.” ว่าได้เกิดการผิดสัญญา และได้มีการบอกกล่าวการผิดสัญญาตามสัญญาเงินกู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้รับโอนจะมี และเข้ารับสิทธิในรายได้ค่าผ่านทางของ “บีอีซีแอล” ตามสัญญานี้โดยมีเงื่อนไขว่าเมื่อสัญญาเงินกู้ได้มีการชำระแล้ว สิทธิในการรับรายได้ค่าผ่านทางตามสัญญาจะกลับคืนเป็นของ “บีอีซีแอล”

แต่การโอนเช่นนี้จะไม่กระทบกระเทือนความผูกพัน และภาระหน้าที่ของ “บีอีซีแอล” ตามสัญญานี้

23.3. “นิติบุคคลที่เข้าแทนที่”

ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง สิทธิและภาระหน้าที่ของ “บีอีซีแอล” อาจโอนไปได้ตามเงื่อนไขดังนี้

(ก). คู่สัญญายอมรับว่าอาจมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ “บีอีซีแอล” (ซึ่งหมายความรวมถึงนิติบุคคลที่เข้าแทนที่ “บีอีซีแอล” แล้วตามเงื่อนไขของข้อนี้) ได้ดังต่อไปนี้

(1). เมื่อมีการแจ้งว่า "บีอีซีแอล" ได้มีเหตุฉุกเฉินภายใต้สัญญาเงินกู้ในส่วนที่เกี่ยวกับ"เอสอีเอส" ที่ "กทพ." ได้ตกลงให้ "ผู้ให้กู้" เงินตามสัญญาเงินกู้ดังกล่าวได้รับสิทธิตามข้อนี้ หรือถ้า "กทพ." ได้มีหนังสือบอกกล่าวตามข้อ 20.2. ถึงเจตนาที่จะบอกเลิกสัญญา "ตัวแทนผู้ให้กู้" มีสิทธิที่จะเสนอนิติบุคคลตามกฎหมาย ("นิติบุคคลที่เข้าแทนที่") ต่อ "กทพ." (ทั้งนี้ตามเงื่อนไขที่กำหนดท้ายนี้) เพื่อเข้าแทนที่ "บีอีซีแอล" และ

(2). "นิติบุคคลที่เข้าแทนที่" จะต้องแสดงหลักฐานต่อ "กทพ." จนเป็นที่พอใจได้ว่า "นิติบุคคลที่เข้าแทนที่" นั้นมีสถานะทางการเงิน และมีความสามารถทางเทคนิคอย่างเพียงพอที่จะเข้าปฏิบัติและรับภาระหน้าที่ของ "บีอีซีแอล" ตามสัญญานี้ ทั้งนี้รวมทั้งจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเสียหายใดๆที่ "กทพ." มีสิทธิได้รับจาก "บีอีซีแอล" แทน "บีอีซีแอล" และต้องจ่ายเงินใดๆที่ "บีอีซีแอล" มีความผูกพันให้แก่ "กทพ." ซึ่งยังคงชำระอยู่ก่อนหรือในขณะที่เข้าแทนที่ "บีอีซีแอล" ด้วย

(ข). "ตัวแทนผู้ให้กู้" มีสิทธิภายในระยะเวลาที่สมควรเพื่อดำเนินการให้มีการแทนที่ดังกล่าว เพื่อให้การแทนที่ดังกล่าวมีผล

(ค). นับตั้งแต่วันที่ "กทพ." ได้ยอมรับหรือถือว่าได้ยอมรับการแทนที่ "นิติบุคคลที่เข้าแทนที่" จะเข้ารับประโยชน์จากสิทธิต่างๆ และจะเข้ารับภาระหน้าที่ต่อ "กทพ." ตามสัญญานี้แทนที่ "บีอีซีแอล" ซึ่ง "บีอีซีแอล" จะโอนสินทรัพย์ทั้งหมดให้แก่ "นิติบุคคลที่เข้าแทนที่" ในทันที

(ง). ภายใต้เงื่อนไขที่ "นิติบุคคลที่เข้าแทนที่" จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามภาระหน้าที่ของ "บีอีซีแอล" ตามสัญญานี้ "ตัวแทนผู้ให้กู้" มีสิทธิที่จะสับเปลี่ยนให้ "บีอีซีแอล" กลับเข้าแทนที่ "นิติบุคคลที่เข้าแทนที่" ในเวลาใดตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อย่อย (ก) (2) (ข) และ (ค) ข้างต้น(โคยอนุโลม) "

ในทุกกรณี "กทพ." จะให้การแทนที่ที่ดำเนินการโดยชอบซึ่ง "กทพ." ได้ยอมรับตามเงื่อนไขในข้อนี้มีผลสมบูรณ์

ฉ. สัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับใน กทม. และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของ รฟท. ฉบับลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 ระหว่างกระทรวงคมนาคม และการรถไฟแห่งประเทศไทย กับ บริษัทโฮปเวลล์ จำกัด มีข้อกำหนดดังกล่าวไว้ในข้อ 33. ดังนี้

“33. การโอนสิทธิและการปฏิบัติที่ทดแทนกันได้

33.1 เพื่อเป็นประกันว่าโครงการจะดำเนินไปเป็นผลสำเร็จตลอดอายุสัมปทานนี้ และโดยเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้หลักประกันแก่ผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินสำหรับการก่อสร้าง ประกอบการ และบำรุงรักษาระบบหรือระยะใด ๆ ของระบบ ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกรณีที่บริษัทไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาได้ บริษัทอาจโอนสิทธิตามสัญญานี้ให้แก่บุคคลใดที่ให้การสนับสนุนทางการเงินหรือผู้แทนของบุคคลดังกล่าว (แต่ไม่รวมถึงบุคคลอื่น) และมอบอำนาจให้แก่บุคคลที่สามในนามของบุคคลที่กล่าวถึงข้างต้น เพื่อจัดการและดำเนินงานของบริษัททั้งหมดตามสัญญานี้และทำการเก็บค่าผ่านทาง ค่าโดยสาร และค่าเช่า รวมทั้งการใช้จ่ายรายได้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องรับรู้การโอนสิทธินี้ โดยการให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ตาม แม้จะได้มีการมอบอำนาจหรือการโอนสิทธิหรือการรับรู้ดังกล่าวแล้วก็ตาม บริษัทจะต้องรับผิดชอบในข้อผูกพันของตนตามสัญญานี้ต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐต่อไปทุกประการ

33.2 หากมีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้น อันจะให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในอันที่จะบอกเลิกสัญญานี้ตามข้อ 26.3 หรือ 27 กระทรวงคมนาคมต้องแจ้งให้บริษัทและตัวแทน ซึ่งบริษัทได้แจ้งต่อกระทรวงคมนาคมว่าเป็นผู้แทนของบรรดาผู้ให้การสนับสนุนทางการเงิน (ผู้ให้กู้) แก่บริษัทที่กล่าวถึงข้างต้นทราบ (ถ้ามี) หากเป็นความประสงค์ของผู้ให้กู้และหากผู้ให้กู้ตกลงที่จะแก้ไขเหตุการณ์อันเป็นเหตุให้เกิดสิทธิบอกเลิกสัญญานี้รวมทั้งด้วยการให้ได้มาซึ่งสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของบริษัทภายใต้สัญญานี้ ผู้ให้กู้อาจสั่งให้ตัวแทนดังกล่าวร้องขอต่อ คู่สัญญาฝ่ายรัฐขอให้ไม่ใช่สิทธิบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องใช้เวลาแก่ผู้ให้กู้พอสมควรในการร้องขอ หากมีการร้องขอดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องพิจารณาคำร้องขอนั้นด้วยดี และหากเป็นการเหมาะสมก็อาจเรียกให้ตัวแทนดังกล่าวดำเนินการทางเอกสารในนามของผู้ให้กู้ เพื่อเป็นหลักฐานแสดงการได้มาซึ่งสิทธิและหน้าที่ของบริษัท ตามแต่จะสมควร”

ข. สัญญาโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทานทางหลวง ฉบับลงวันที่ 8 กรกฎาคม 2540 ระหว่าง บริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) กับ สถาบันการเงินในฐานะเจ้าหนี้และใน

ฐานะตัวแทนหลักประกัน ได้กำหนดเรื่องการโอนสิทธิทั้งหมดของผู้รับสัมปทาน โดยมีเงื่อนไขไว้ในข้อ 2 ดังนี้

“2. การโอนสิทธิ

(ก) เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการชำระหนี้มีประกัน บริษัทตกลงโอนสิทธิของบริษัททั้งสิ้นตามสัญญาสัมปทาน นอกเหนือจากสิทธิของบริษัทในการจัดเก็บ รับ และเก็บรักษาค่าผ่านทางจากผู้ใช้ทางสัมปทานทั้งหมดตามสัญญาสัมปทาน และสิทธิรับค่าสินไหมทดแทน ตามข้อ 28.3 และ 29.1 ของสัญญาสัมปทาน (ซึ่งได้โอนไปตามสัญญาโอนสิทธิอีกฉบับหนึ่งต่างหาก) ให้แก่ตัวแทนหลักประกัน หรือบริษัทที่มีวัตถุประสงค์โดยเฉพาะซึ่งกำหนดโดยตัวแทนหลักประกัน เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ และตัวแทนหลักประกันตกลงยอมรับโอนสิทธิทั้งปวงดังกล่าว การโอนสิทธิเช่นว่านั้นเป็นการโอนแบบมีเงื่อนไข และจะมีผลบังคับเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ตามมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 และตัวแทนหลักประกันได้มีหนังสือบอกกล่าวว่าการโอนสิทธิมีผลบังคับแล้ว (โดยทำตามคำสั่งของผู้ให้กู้เสียงข้างมาก) ภายหลังจากที่มีการบอกกล่าวการผิคนัดตามข้อ 15.2 (ข) ของสัญญาให้การสนับสนุนทางการเงินฉบับใดฉบับหนึ่ง และบริษัทได้มีหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิตามแบบในเอกสารแนบท้ายหมายเลข 2 ให้แก่กรมทางหลวงแล้ว

(ข) แม้ว่าการโอนสิทธิจะมีผลตามข้อ 2 (ก) แล้วก็ตาม ไม่ว่าเวลาใดๆ บริษัทยังต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันของบริษัทตามสัญญาสัมปทานอยู่ต่อไป การโอนสิทธิตามสัญญานี้ไม่เป็น และมีให้ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หรือเป็นการระงับหนี้มีประกัน และมีให้ถือว่าตัวแทนหลักประกันและ/หรือเจ้าหนี้แต่ละรายเข้ารับเอาหนี้ใดๆ ของบริษัทตามสัญญาสัมปทาน

(ค) ไม่ว่าข้อความในข้อ 2 (ก) จะกำหนดไว้เป็นประการใด ตัวแทนหลักประกันจะบังคับตามสิทธิที่โอนตามสัญญาโอนสิทธินี้ได้ต่อเมื่อผู้จัดการเงินกู้ได้บอกกล่าวการผิคนัดตามข้อ 15.2 (ข) ของสัญญาให้การสนับสนุนทางการเงินแล้วเท่านั้น ในการนี้เมื่อได้รับการร้องขอจากตัวแทนหลักประกัน บริษัทจะกระทำการและลงนามในเอกสาร ตราสารและการอื่นๆ ใดทั้งหมด ตามที่ตัวแทนหลักประกันจะเป็นสมควร เพื่อให้สัญญาโอนสิทธินี้มีผลสมบูรณ์ ทั้งนี้ด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัทเอง”

4.3.2.2 ลักษณะสัญญาของการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาโดยมีเงื่อนไข

การโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาในสัญญาโดยมีเงื่อนไขเป็นการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาสัมปทานทั้งหมดให้แก่นิติบุคคลที่ สถาบันการเงินกำหนด (นิติบุคคลแทนที่) ให้เข้าดำเนินการแทนที่ได้หากเอกชนผู้รับสิทธิในสัญญาสัมปทานนั้นผิดสัญญากับสถาบันการเงิน หรือผิดสัญญากับหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งเป็นมาตรการบังคับที่สถาบันการเงินที่ให้อำนาจใช้บังคับกับเอกชนผู้รับสิทธินั้น ในทางปฏิบัติสถาบันการเงินจะกำหนดให้เอกชนผู้รับสิทธิทำสัญญาโอนสิทธิและหน้าที่ไว้แต่แรกโดยกำหนดไว้ในเงื่อนไขของสัญญาว่า สัญญาโอนสิทธิ และหน้าที่จะมีผลบังคับเมื่อเอกชนผู้รับสิทธิผิดสัญญาเงินกู้¹⁹ และได้มีการบอกกล่าวการผิดสัญญาไปยังเอกชนผู้รับสิทธิและหน่วยงานคู่สัญญาแล้ว หรือเมื่อเอกชนผู้รับสิทธิผิดสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานภาครัฐและจะถูกลบเลิกสัญญา และหน่วยงานภาครัฐนั้นได้แจ้งให้สถาบันการเงินทราบและสถาบันการเงินได้เสนอนิติบุคคลที่สถาบันการเงินกำหนดเข้าสวมสิทธิแทนที่เอกชนผู้รับสิทธิ

ผู้เขียนขอแยกวิเคราะห์ว่า ลักษณะสัญญาของเงื่อนไขข้อตกลง ในสัญญาสัมปทานในเรื่องการโอนสิทธิ และหน้าที่ให้บุคคลแทนที่ ซึ่งทำขึ้นระหว่างเอกชนผู้รับสัมปทานกับหน่วยงานภาครัฐ และลักษณะสัญญาของสัญญาหลักประกันซึ่งทำขึ้นระหว่างสถาบันการเงินกับเอกชนผู้รับสัมปทานในเรื่องการโอนสิทธิ และหน้าที่ โดยมีเงื่อนไข ดังนี้

สำหรับ ลักษณะสัญญาของเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาสัมปทานนั้น มีปัญหาว่า อาจมีลักษณะเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยมีเงื่อนไข หรือไม่ ข้อนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงหลักกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ เพื่อพิจารณาเปรียบเทียบดังต่อไปนี้

หลักเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ อาจสรุปได้ดังนี้

(1) ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง คู่สัญญาของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ อาจทำเป็น 3 ฝ่าย คือ เจ้าหนี้ ลูกหนี้เดิม และลูกหนี้ใหม่ หรือทำเป็นสัญญา 2 ฝ่าย คือ เจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่ก็ได้ แต่ในกรณีของสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาเดิมมีฐานะเป็นเจ้า

¹⁹ จุลสิงห์ วสันตสิงห์. สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้ภาครัฐ(ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญา สัมปทาน การบริการสาธารณะ) เอกสารวิจัยส่วนบุคคล, ประกอบการศึกษาตามหลักสูตรของวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 38. พ.ศ. 2538-2539. หน้า 54. (เอกสารอัดสำเนา.)

หนี้ ลูกหนี้ ต่อกัน แต่หากมีการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ประสงค์ที่จะให้ระงับความเป็นลูกหนี้ต่อกัน จึงต้องทำเป็นสัญญา 3 ฝ่าย

(2) ต้องมีการตกลงเปลี่ยนตัวลูกหนี้ กล่าวคือ ต้องให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากหนี้ นั้น และมีลูกหนี้คนใหม่เข้ามาแทนที่ เพราะในบางครั้งอาจมีปัญหาโต้แย้งกันได้ หากเจตนาไม่ตรงกันระหว่างเจ้าหนี้ที่กับลูกหนี้ในการทำสัญญา เจ้าหนี้มีเจตนาที่จะได้ลูกหนี้ใหม่เพิ่มเข้ามา แต่ลูกหนี้มีเจตนาที่จะให้ตนหลุดพ้นจากหนี้ นั้น เมื่อมีลูกหนี้ใหม่เข้ามาผูกพันแล้ว ฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงต้องมีเจตนาที่จะให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากหนี้ นั้น และมีลูกหนี้คนใหม่เข้ามาผูกพันแทนลูกหนี้เดิม หากเพียงแต่มีเจตนาที่จะเพิ่มลูกหนี้ใหม่เข้ามาผูกพันในหนี้ นั้นอีกคนหนึ่ง ก็มีใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ อาจเป็นสัญญาเข้าเป็นลูกหนี้ร่วมก็ได้ และหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้สามารถนำไปใช้กับกรณีของการที่ลูกหนี้ นำเช็คของบุคคลภายนอกมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ด้วย

(3) ต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะแปลงหนี้ใหม่เพื่อระงับหนี้เดิม และก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้น ในบางครั้ง การทำสัญญาเพื่อเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้หนี้เดิมระงับเพียงแต่ต้องการให้ลูกหนี้คนใหม่เข้ามาเป็นลูกหนี้เดิมเท่านั้น ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ไม่ใช่กรณีของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เพราะตามหลักการของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยมีเจตนาไม่ให้หนี้เดิมระงับนั้น เป็นกรณีของสัญญา โอนหนี้ ฉะนั้น กรณีมีการทำสัญญาเปลี่ยนลูกหนี้ขึ้นจะต้องดูเจตนาของคู่สัญญาด้วยว่า มีเจตนาที่จะแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ หรือทำสัญญาโอนหนี้

(4) การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม การทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ไม่อาจจะเกิดเป็นสัญญาดังกล่าวได้ หากลูกหนี้เดิมคัดค้าน เพราะประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 350 บัญญัติไว้ให้เป็นองค์ประกอบว่า การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมได้ไม่ ส่วนกรณีใดถือว่าเป็นการขึ้นใจลูกหนี้เดิมหรือไม่นั้น คำนึงในเรื่องหลักสุจริต มาปรับใช้กับข้อเท็จจริง

เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาสัมปทานที่ให้เอกชนผู้รับสัมปทานยังคงต้องร่วมรับผิดชอบในหน้าที่ที่โอนไปนั้นทุกประการ และตัวแทนผู้ให้กู้มีสิทธิสับเปลี่ยนให้ผู้รับสัมปทานเดิมกลับเข้าแทนที่นิติบุคคลแทนที่ในเวลาใดเวลาหนึ่งตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ อันเป็นเงื่อนไขที่สนองตอบหลักการที่ว่า การบริการสาธารณะจะต้องต่อเนื่อง และจะหยุดชะงักมิได้แล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า คู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะให้หนี้เดิมระงับลงเหมือนเช่นผลของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ แต่คู่สัญญาประสงค์จะให้มีการรับช่วงในหน้าที่ทางหนี้เป็นการสงวนหนี้เดิมไม่ได้ทำลายหนี้เดิม ไม่มีผลทำให้สิทธิ และหน้าที่ในหนี้เดิมระงับ ไม่ก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้น

แทน จึงมิใช่การแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัญหาว่าสัญญาลักษณะดังกล่าวเป็นสัญญาลักษณะใดนั้น เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขข้อตกลงที่กำหนดให้นิติบุคคลแทนที่เข้ารับโอนสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่กำหนดประโยชน์ให้แก่บุคคลภายนอก เงื่อนไขข้อตกลงดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374

สำหรับลักษณะสัญญาของสัญญาหลักประกันที่เอกชนผู้รับสัมปทานทำไว้กับสถาบันการเงิน ซึ่งมีเนื้อหาสัญญาโดยสรุปว่าเอกชนผู้รับสัมปทานตกลงยินยอมโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานให้แก่นิติบุคคลแทนที่โดยให้การโอนมีผลบังคับต่อเมื่อเกิดกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ คือ (1) เมื่อเกิดกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานผิดนัดตามสัญญาผู้ยืมเงินที่ทำไว้กับสถาบันการเงินผู้ให้กู้ และมีการแจ้งการผิดนัดดังกล่าวต่อหน่วยงานของรัฐผู้ให้สัมปทาน หรือ (2) เมื่อเกิดกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานผิดสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐ และจะถูกบอกเลิกสัญญา และเมื่อหน่วยงานของรัฐนั้นได้แจ้งให้สถาบันการเงินทราบ และสถาบันการเงินได้สนองนิติบุคคลเข้ารับโอนสิทธิ และปฏิบัติหน้าที่ทดแทนเอกชนผู้รับสัมปทานแล้ว จะเห็นได้ว่าในส่วนของ การโอนสิทธินั้นมีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 แต่เป็นการโอนโดยมีเงื่อนไข และในส่วนของ การโอนหน้าที่นั้น เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ในการวิเคราะห์ลักษณะเงื่อนไขที่ระบุสัญญาสัมปทานดังกล่าวในวรรคก่อนจะเห็นได้ว่ามิใช่สัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เมื่อมีเงื่อนไขที่กำหนดประโยชน์ให้แก่นิติบุคคลแทนที่ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

สำหรับข้อตกลงในสัญญาหลักประกันระหว่าง บริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) กับ สถาบันการเงินในฐานะเจ้าหนี้ และในฐานะตัวแทนหลักประกัน ที่กำหนดให้โอนสิทธิตามสัญญาทั้งหมดแก่สถาบันการเงิน ซึ่งเป็นตัวแทนหลักประกันนั้น จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 โดยเป็นการโอนอย่างมีเงื่อนไขด้วย

4.3.2.3 วิเคราะห์ความคุ้มครองที่เจ้าหนี้ได้รับ

เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของสถาบันการเงินเจ้าหนี้ จากตัวอย่างสัญญาที่กล่าวมาข้างต้นนี้จะเห็นได้ชัดเจนว่า สถาบันการเงินไม่ต้องการให้มีการเลิกสัญญากันได้ง่าย ๆ เพราะถ้า

เป็นเช่นนั้น เอกชนผู้รับสัมปทาน โดยเฉพาะในรูปแบบ BTO ย่อมไม่มีทรัพย์สินที่มีมูลค่าลงเหลืออยู่เลย สถาบันการเงินเจ้าหนี้ก็จะกลายเป็นเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน เหตุฉะนั้นจึงเป็นที่มาของเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดว่า ในกรณีที่เอกชนผู้รับสิทธิผิดสัญญาร่วมการงานฯ กับหน่วยงานของรัฐ และจะถูกบอกเลิกสัญญาหน่วยงานของรัฐจะบอกเลิกสัญญาทันทีไม่ได้ และต้องแจ้งให้สถาบันการเงินทราบเพื่อให้โอกาสสถาบันการเงินเข้ามาแก้สถานการณ์ก่อนนั้นเงื่อนไขนี้ย่อมถือเป็นการคุ้มครองอย่างหนึ่งเพื่อให้สถาบันการเงินในฐานะเจ้าหนี้สามารถเข้าบริหารงานได้แทน มิฉะนั้นแล้วหากโครงการตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวเกิดถูกระงับหรือยกเลิกแล้วย่อมสร้างความเสียหายให้แก่สถาบันการเงินเป็นอย่างมาก

หลักการของสัญญาลักษณะนี้มาจากหลักการสินเชื่อโครงการ (project finance) ซึ่งสถาบันการเงินเจ้าหนี้ต้องมีสิทธิเข้าแทนที่ และได้รับสิทธิทุกอย่างซึ่งเกี่ยวข้องกับโครงการผู้รับสัมปทานมี ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นของบทนี้

จากตัวอย่างสัญญาข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญาสัมปทานหลายโครงการไม่มีเงื่อนไขสัญญากำหนดในสถาบันการเงินมีสิทธิเข้าไปแก้ไขสถานการณ์ในกรณีหน่วยงานภาครัฐจะบอกเลิกสัญญา โดยมีเงื่อนไขสัญญาให้เข้ารับโอนสิทธิ และหน้าที่ หรือเข้าแทนที่ในกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทาน ผิดสัญญากับสถาบันการเงินเจ้าหนี้ แต่ในกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานผิดสัญญากับหน่วยงานของภาครัฐ กลับไม่ได้กำหนดไว้ ดังนั้นสถาบันการเงินจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในกรณีดังกล่าว

อย่างไรก็ตามเมื่อเกิดกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานผิดสัญญากับหน่วยงานภาครัฐ จนจะถูกบอกเลิกสัญญา ก็หาใช่ว่าฝ่ายสถาบันการเงินจะเข้าแทนที่เสมอไปเพราะ สถาบันการเงินจะพิจารณาประเมินทางได้ทางเสียว่าคุ้มหรือไม่ที่จะส่งนิติบุคคลเข้าแทนที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าโครงการยังสร้างไม่เสร็จย่อมเป็นช่วงที่มีความเสี่ยงสูง (a high risk construction phase) ดังเช่นกรณีโครงการระบบขนส่งทางรถไฟ และถนนยกระดับ (โครงการโฮปเวลล์) ซึ่งหน่วยงานภาครัฐได้บอกเลิกสัญญาแล้ว เนื่องจากการก่อสร้างเป็นไปด้วยความล่าช้า และไม่เสร็จตามกำหนด ก็ไม่ปรากฏว่ามีสถาบันการเงินส่งตัวแทนเข้าแทนที่แต่อย่างใด

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการทำสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ระดับสูงใน บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) มีสาระสำคัญ และข้อเสนอแนะ พอสรุปได้ดังนี้

(1) ตามสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ข้อ 23.2 ซึ่งระบุเรื่องการโอนสิทธิตามสัญญา โดยมีเงื่อนไขนั้น ฝ่ายสถาบันการเงินผู้ให้กู้เห็นว่าการโอนดังกล่าวไม่รวมถึงสิทธิในการพัฒนาที่ดินใต้ทางด่วนด้วย จึงเป็นเหตุให้สถาบันการเงินเรียกหลักประกันเพิ่มเติมจากผู้รับสัมปทาน ซึ่งทำให้ผู้รับสัมปทานมีต้นทุนในการลงทุนที่สูงขึ้น และผลเสียที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ผู้รับสัมปทานก็มีความจำเป็นจะต้องขอส่วนแบ่งจากรายได้ค่าผ่านทางสูงขึ้นเพื่อไปชดเชยกับต้นทุนส่วนเพิ่มดังกล่าว

(2) ผู้ให้สัมภาษณ์ดังกล่าวมีข้อเสนอแนะว่าในการเจรจาร่างสัญญาสัมปทานนั้น ควรให้สถาบันการเงินผู้สนับสนุนโครงการเข้าร่วมตั้งแต่แรกจนร่างเสร็จ ทั้งนี้เพื่อให้สถาบันการเงิน และหน่วยงานภาครัฐได้เข้าใจในสิทธิ และทางได้ ทางเสียของตนตลอดจนผลกระทบด้านต่าง ๆ ซึ่งอาจเกิดขึ้นทั้งทางตรง และทางอ้อม และเพื่อหาทางแก้ไข หรือขจัดเหตุที่ส่งให้เกิดผลเสีย เช่น ขจัดปัญหาผู้รับสัมปทานต้องแบกรับต้นทุนสูงโดยไม่จำเป็น

ปัญหาการได้รับความคุ้มครองของเจ้าหน้าที่ที่น่าสนใจได้แก่ปัญหาโครงการสัมปทานทางหลวง คอนเมืองโทลล์เวย์ ซึ่งเอกชนผู้รับสัมปทานมีปัญหาการเงินสองครั้ง ครั้งแรกเมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมา ซึ่งครั้งนั้นภาครัฐได้เข้าซื้อหุ้นเพิ่มทุน และต่อมาธนาคารออมสินได้ให้กู้ยืมเงินอีกด้วย ครั้งที่สอง คือ ปัจจุบันนี้ โดยเอกชนผู้รับสัมปทานไม่สามารถชำระเงินกู้คืนแก่สถาบันการเงินตามที่กำหนดไว้ เนื่องจากได้กู้เงินมาเป็นเงินสกุลต่างประเทศก่อนการเปลี่ยนแปลงค่าเงินบาทเมื่อเดือนกรกฎาคม 2540 และยังประสบปัญหารายได้ค่าผ่านทางต่ำกว่าที่คาดหมายไว้ และเอกชนผู้รับสัมปทานยังต้องชำระเงินค่าก่อสร้างส่วนต่อขยายคอนเมือง-รังสิตด้วย ปรากฏว่าขณะนี้อยู่ระหว่างการเจรจาปรับโครงสร้างหนี้ เนื่องจากสัญญาสัมปทานโครงการนี้ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขการโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญา หรือกำหนดเรื่องนิติบุคคลจะแทนที่ไว้ คงมีแต่เพียงสัญญาหลักประกันระหว่างสถาบันการเงินกับเอกชนผู้รับสัมปทาน จึงมีข้อสัญญาในการโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทานแบบมีเงื่อนไขว่าการโอนจะมีผลบังคับเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงคมนาคม ดังนี้จะเห็นได้ว่า สิทธิของสถาบันการเงินเจ้าหนี้โครงการนี้ไม่ได้รับการรับรองไว้โดยหน่วยงานภาครัฐดังเช่นในสัญญาสัมปทานอื่น

ปัญหาที่เกิดขึ้นในโครงการบริการสาธารณะอีกโครงการหนึ่ง ก็คือ โครงการขยายบริการโทรศัพท์ 1 ล้านเลขหมายในเขตภูมิภาค ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันก็คือ โครงการมีปัญหาต้นทุน และค่าใช้จ่ายสูงกว่าที่คาดหมายไว้ (Cost over run) ทำให้มีปัญหาการชำระคืนเงินกู้แก่สถาบันการเงินเจ้าหนี้ ปัจจุบันนี้เจ้าหนี้อยู่ระหว่างพิจารณาประเมินสถานการณ์ตลอดจนทางได้ทางเสียเพื่อหาทางแก้ที่ดีที่สุด ข้างฝ่ายผู้รับสัมปทานก็พยายามต่อรองกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ให้แปลงสัญญาสัมปทานดังกล่าวเป็นทุน ปัญหาดังกล่าวเมื่อพิจารณาถึงความคุ้มครองเจ้าหนี้จะได้รับตามเงื่อนไขข้อตกลงที่ระบุในข้อ 27 (ก) ของสัญญาสัมปทานตามตัวอย่างสัญญาที่กล่าวไว้ในข้อ 4.3.2.1 ของบทนี้ จะเห็นว่า แม้ ทศท. จะยอมให้ผู้รับสัมปทานโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานให้แก่บริษัทที่เจ้าหนี้กำหนดก็ตาม แต่ก็มีเงื่อนไขวางไว้ด้วยว่า ทั้งนี้โดยความเห็นชอบของ ทศท. ดังนี้เจ้าหนี้จึงมีความเสี่ยงตรงที่ ทศท. อาจไม่เห็นชอบด้วยก็เป็นได้ ซึ่งความจริงแล้วการที่ ทศท. กำหนดข้อแม้ไว้เช่นนี้ ก็เพื่อให้มีโอกาสได้พิจารณาคุณสมบัติของบริษัทที่เจ้าหนี้ให้เข้าแทนที่นั่นเองเพียงแต่ไม่ได้ชี้ชัดไว้ว่า ทศท. ต้องการคุณสมบัติเช่นใดบ้างจึงเท่ากับเป็นการยึดถือดุลยพินิจยิ่งกว่าหลักการ และเหตุผล ซึ่งแตกต่างจากเงื่อนไขนิติบุคคลแทนที่ในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ที่ระบุว่า นิติบุคคลที่เข้าแทนที่จะต้องแสดงหลักฐานต่อ กทพ. จนเป็นที่พอใจว่า มีสถานะทางการเงิน และมีความสามารถทางเทคนิคอย่างไรที่จะเข้าปฏิบัติ และรับภาระหน้าที่ของผู้รับสัมปทานได้ หากพิจารณาตามหลักการ และเหตุผลแล้ว การที่หน่วยงานภาครัฐจะกำหนดเงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดในการโอนนั้นควรมีความชัดเจน และจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ เช่น ถ้าต้องการสงวนมิให้กิจการโทรศัพท์อยู่ภายใต้การครอบงำของต่างชาติเพราะอาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ ก็ชอบที่จะระบุเงื่อนไขให้ชัดเจนลงไปเลยว่าเป็นนิติบุคคลแทนที่จะต้องมีสัญชาติไทย และจะต้องไม่มีส่วนการถือหุ้นของต่างชาติไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อม เกินกว่าอัตราที่กำหนด หรือเงื่อนไขที่ชัดเจนอื่น ๆ ซึ่งไม่ได้ขัดกับหลักการบริการสาธารณะ

ปัญหาข้อจำกัดในการโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวในวรรคก่อนนับเป็นปัญหาในเชิงหลักการที่เคียว เพราะถ้าหากมีข้อจำกัดไว้มาก หรือถึงขนาดห้ามโอนย่อมทำให้สิทธิตามสัญญาสัมปทานไร้มูลค่า ทำให้เอกชนผู้รับสัมปทานไม่มีทรัพย์สินมาใช้เป็นหลักประกันได้ เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลของการเข้าแทนที่แล้วจะเห็นว่าเกิดขึ้นเพราะเอกชนผู้รับ

สัมปทานมีปัญหาเรื่องการเงินเป็นสำคัญ ดังนั้นการที่ตัวแทนของฝ่ายสถาบันการเงินเจ้าหนี้ คือนิติบุคคลแทนที่ ซึ่งข้อมมีสถานะทางการเงินที่ดีกว่า เข้ามารับโอนสิทธิ และหน้าที่แทนผู้รับสัมปทานซึ่งล้มเหลวทางการเงิน ข้อมทำให้หน่วยงานภาครัฐคู่สัญญาได้รับประโยชน์ ทั้งเป็นการคุ้มครองหลักการบริการสาธารณะที่ว่า การบริการสาธารณะต้องต่อเนื่องจะหยุดชะงักมิได้ด้วย เพราะหน่วยงานภาครัฐจะปล่อยให้เอกชนผู้ล้มเหลวทางการเงิน ทำโครงการต่อไปก็อาจกระทบกระเทือนต่อการให้บริการสาธารณะได้ ครั้นจะหาเอกชนรายใหม่มาทำโครงการต่อไปก็คงหาได้ยาก เพราะสถาบันการเงิน รายใหม่อาจเกิดความไม่มั่นใจ หรือหากหาได้ก็ต้องใช้เวลามาก ข้อมส่งผลกระทบต่อกรให้บริการสาธารณะได้ เมื่อได้พิจารณาประโยชน์ทางได้ทางเสียเช่นนี้แล้ว ก็ไม่มีเหตุผลอื่นที่จะมีข้อจำกัด หรือห้ามการโอนให้เป็นอุปสรรคข้อขัดข้องในการนำไปใช้เป็นหลักประกัน เว้นเสียแต่ว่าหน่วยงานภาครัฐนั้นจะมีเหตุผล และความจำเป็นที่เราต้องกำหนดข้อจำกัดไว้ซึ่งควรจะได้อยู่ภายในขอบเขต และเป็นไปตามหลักการว่าด้วยการคุ้มครองการบริการสาธารณะเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีข้อกำหนดว่า ในการบังคับชำระหนี้ หรือในการบังคับให้มีการโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานนั้น สถาบันการเงินผู้ได้รับโอนจะดำเนินการในประการที่กระทบกระเทือนต่อการบริการสาธารณะไม่ได้ นอกจากนี้ในด้านคุณสมบัติของนิติบุคคลแทนที่อาจกำหนดว่าต้องมีสถานะทางการเงินที่ดี และมีความสามารถทางเทคนิคอย่างเพียงพอในการเข้ารับภาระหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนด (Term of reference) ของโครงการให้เอกชนร่วมลงทุน

จากการวิเคราะห์ข้างต้นจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขข้อกำหนดในสัญญาสัมปทานที่คุ้มครองสิทธิเจ้าหนี้ได้ดี ควรมีเงื่อนไขการยินยอมให้สามารถโอนสิทธิ และหน้าที่ ตามสัญญา โดยมีเงื่อนไขทั้งในกรณีที่มีการผิดสัญญาผู้เงิน และในกรณีผิดสัญญาสัมปทานรัฐจะให้โอกาสฝ่ายสถาบันการเงินส่งนิติบุคคลแทนที่เข้าปฏิบัติหน้าที่แทนที่ผู้รับสัมปทานได้ และในส่วนสัญญาหลักประกันซึ่งทำระหว่างสถาบันการเงินผู้ให้กู้กับเอกชนผู้รับสัมปทาน ก็ควรมีข้อตกลงโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาสัมปทาน โดยมีเงื่อนไขทำนองเดียวกันด้วย นอกจากนี้ควรกำหนดชื่อนิติบุคคลแทนที่ไว้ล่วงหน้าซึ่งไม่ควรเป็นตัวสถาบันการเงินเอง ทั้งนี้ เนื่องจากตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์และกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุนฯ วางหลักห้ามธนาคารพาณิชย์หรือบริษัท

เงินทุนประกอบกิจการอื่นนอกจากกิจการธนาคารหรือกิจการเงินทุน²⁰ ดังนั้นในการทำสัญญาจึงต้องกำหนดให้บุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่สถาบันการเงินมอบหมายเข้ามาแทนที่ในกรณีที่เอกชนผู้รับสิทธิผิดสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐอีกประการหนึ่งก็เพื่อตัดปัญหาว่า ผู้เข้าแทนที่มีความสามารถทางเทคนิคอย่างไรจะเข้าปฏิบัติและรับภาระหน้าที่ของผู้รับสัมปทานซึ่งผิดสัญญาหรือไม่ เพราะสถาบันการเงินจะถูกมองว่ามีความสามารถแต่เพียงด้านการเงินการธนาคารเท่านั้น

ปัญหาความคุ้มครองสิทธิเจ้าหนี้เรื่องหนึ่งก็คือ การโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาโดยมีเงื่อนไขว่าการโอนจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อมีการผิดสัญญา²¹ และสถาบันการเงินได้แจ้งการผิดสัญญาดังกล่าวให้หน่วยงานภาครัฐทราบแล้ว นั้นอาจถูกเพิกถอนตาม พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 114 หรือมาตรา 115 ได้หรือไม่ เรื่องนี้มีปัญหาในการตีความว่าการโอนเกิดขึ้นเมื่อวันทำสัญญา หรือเกิดขึ้นเมื่อมีการตัดสินใจให้การโอนมีผลบังคับ ผู้เขียนเห็นว่า กรณีขอเพิกถอนตาม มาตรา 114 แม้ตีความเป็นการโอนที่เกิดขึ้นในระหว่างระยะเวลาสามปีก่อนมีการขอให้ล้มละลาย สถาบันการเงินในฐานะผู้รับโอนย่อมสามารถพิสูจน์ได้ไม่ยากว่าการโอนนั้นได้กระทำโดยสุจริต และมีค่าตอบแทน คือการให้เงินกู้ อันเป็นข้อยกเว้นที่ศาลจะเพิกถอนการโอนไม่ได้ ส่วนกรณีการขอเพิกถอนตามมาตรา 115 นั้น หากตีความว่าการโอนเกิดขึ้นในวันที่ตัดสินใจให้การโอนมีผลบังคับก็ย่อมเป็นไปได้ที่ผู้รับสัมปทานนั้นจะถูกขอให้ล้มละลาย เพราะสถานะทางการเงินไม่ดีขึ้น ผิดนัดกับสถาบันการเงินผู้รับโอน และผิดนัดกับเจ้าหนี้อื่น การเพิกถอนตามมาตรา 114 สถาบันการเงินไม่อาจอ้างว่าตนกระทำการโดยสุจริต และมีค่าตอบแทนเป็นข้อยกเว้นการเพิกถอน จึงต้องพิจารณาว่าว่าการโอนนั้นลูกหนี้ได้กระทำ หรือยินยอมให้กระทำโดยมุ่งหมายให้สถาบันการเป็นผู้รับโอนได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น หรือไม่ ปัญหาการเพิกถอนทั้งสองกรณียังไม่มีคำพิพากษาของศาลชี้ขาดออกมา ซึ่งหากศาลเห็นว่าเพิกถอนได้ การโอนดังกล่าวก็จะไร้ความหมาย สถาบันการเงินทั้งหลายที่จะสนับสนุนโครงการบริการสาธารณะย่อมไม่อาจมั่นใจได้ ปัญหาเหล่านี้อาจป้องกันได้โดยเมื่อมีการออกกฎหมายให้สามารถใช้สิทธิตามสัญญาสัมปทานเป็นหลักประกันได้ โดยให้มีการจดทะเบียนการให้หลักประกันกับนายทะเบียน และให้ถือว่านิติกรรมการให้หลักประกันเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่จดทะเบียนให้หลักประกัน

²⁰ พ.ร.บ. การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505. แก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. การธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ม. 9 ทวิ และ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522. ม.20(6)

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ นิติบุคคลที่เข้าแทนที่ ซึ่งเป็นตัวแทนของสถาบันการเงิน จะมีสิทธิอยู่แทนที่ผู้รับสัมปทานได้นานแค่ไหน จะมีสิทธิอยู่แทนที่จนกว่าหมดอายุสัมปทาน หรือเพียงแค่ช่วงระยะเวลาหนึ่งจนกว่าสถาบันการเงินจะได้รับชำระหนี้สิ้นครบถ้วนนั้น ข้อนี้เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการเข้าแทนที่ ซึ่งก็คือเพื่อให้สถาบันการเงินได้รับชำระหนี้คืน และจากหลักที่ว่าเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้เกินกว่าที่ตนมีสิทธิ แล้วจะเห็นได้ว่านิติบุคคลแทนที่นั้นควรมีสิทธิอยู่แทนที่ได้จนกระทั่งถึงเวลาที่สถาบันการเงินได้รับชำระหนี้สิ้นครบถ้วนแล้ว และผู้รับสัมปทานที่ยังคงมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานภาครัฐกำหนด จึงควรมีสิทธิกลับเข้าแทนที่นิติบุคคล แทนที่ได้เมื่อสถาบันการเงินได้รับชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้ว ดังจะเห็นได้จากสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 ก็คือคือหลักการที่กล่าวมานี้

มาตรการด้านหลักประกันที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งเจ้าหนี้อาจได้รับความคุ้มครองเพิ่มขึ้น และเป็นที่ยอมรับกันในวงการณ์กฎหมายสถาบันการเงิน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะกล่าวไว้ในที่นี้ ก็คือมาตรการที่กำหนดให้ ผู้ถือหุ้นในบริษัทผู้รับสัมปทานจํานำหุ้เหล่านี้แก่สถาบันการเงิน เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ด้วย ทั้งนี้สถาบันการเงินอาจใช้เป็นทางเลือกในกรณีที่สถาบันการเงินเห็นว่าการบังคับให้โอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานเกิดข้อขัดข้อง หรืออาจเห็นว่ามิใช่เหตุผลประการอื่นที่ยังไม่สมควรบังคับการโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาสัมปทาน การบังคับจํานำหุ้ก็จะเป็นทางเลือกหนึ่ง เมื่อเกิดกรณีผิดสัญญาเงินกู้ ซึ่งอาจได้ผลเร็วกว่าบังคับให้โอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญา แต่การบังคับจํานำหุ้มีปัญหา และข้อจำกัดพอสรุปได้ดังนี้

(1) การบังคับจํานำหุ้แม้ไม่ต้องฟ้องคดีแต่ต้องขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้²¹ และคู่สัญญาไม่อาจตกลงกันก่อนเวลาหนึ่งถึงกำหนดชำระว่าถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจํานำหุ้เข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จํานำหุ้ หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จํานำหุ้โดยประการอื่น²²

(2) การขายทอดตลาดต้องทำโดยผู้มีใบอนุญาตขายทอดตลาด และใบอนุญาตค้าของเก่า มิฉะนั้นจะมีความผิดตาม พ.ร.บ. ควบคุมการขายทอดตลาด และค้าของเก่า พ.ศ.2474

(3) แม้หุ้ที่ถูกบังคับจํานำหุ้จะเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แต่ก็ไม่สามารถใช้บริษัทหลักทรัพย์จัดการขายให้ตลาดหลักทรัพย์ได้เพราะมิใช่หลักทรัพย์ที่ซื้อจากตลาด

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 764

²² ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 756

หลักทรัพย์โดยการกู้ยืมเงินบริษัทหลักทรัพย์มาร์จิน(Margin) ตามนัย พ.ร.บ. หลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 195

(4) การได้มาซึ่งหุ้นจากการบังคับจำหน่าย หากไม่ถึงจำนวน 3 ใน 4 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่ออก และจำหน่ายได้แล้ว ข่อมไม่สามารถถอดถอนกรรมการเพื่อเข้าควบคุมอำนาจบริหารภายในบริษัทผู้รับสัมปทานได้