

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

โครงการสัมปทานบริการสาธารณะโดยมากเป็นโครงการขนาดใหญ่ต้องใช้เงินทุนในการดำเนินการจำนวนมากหลายพันหรือหลายหมื่นล้านบาท ภาครัฐมีแผนการก่อนนี้เป็นข้อจำกัดอยู่จึงต้องมอบหมายให้สัมปทานแก่เอกชนในการดำเนินการ เอกชนผู้รับสัมปทานก็ต้องกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินเพื่อใช้ในการก่อสร้างโครงการ ซึ่งในการกู้ยืมเงินต้องมีหลักประกันที่มีมูลค่าเพียงพอกับเงินกู้ยืม เนื่องจากการให้สัมปทานบริการสาธารณะส่วนใหญ่เป็นรูปแบบ BTO (Build - Transfer - Operate) (สร้าง - โอนให้ - ให้บริการ) คือก่อสร้างโครงการแล้วโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่รัฐแล้วบริหารโครงการ เอกชนจึงไม่เหลือทรัพย์สินใดในโครงการ นอกจากสิทธิตามสัญญาสัมปทานในส่วนในกรณีที่เป็นโครงการ BOT (Build - Operate - Transfer) (สร้าง - ให้บริการ - โอนให้) และโครงการ BOO (Build - Own - Operate) (สร้าง - เป็นเจ้าของ - ให้บริการ) การใช้ทรัพย์สินในโครงการเป็นหลักประกันก็มีข้อจำกัด ด้วยเหตุนี้จึงทำให้สถาบันการเงินผู้ให้กู้ยืมเงินไปซื้อหรือสร้างทรัพย์สินในโครงการไม่สามารถมีสิทธิไถ่เบียหนี้ทรัพย์สินเหล่านั้น และเนื่องมาจากการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามระบบกฎหมายไทยมีอยู่ในรูปแบบและมีข้อจำกัดในการใช้ กล่าวคือ ทรัพย์สินจำพวกเครื่องจักร เครื่องอุปกรณ์ขนาดใหญ่ในระบบขนส่งมวลชนทั้งประเภทรถใต้ดิน รถบนดินและรถลอยฟ้า เช่น ชิ้นส่วนรถไฟฟ้าที่ยังไม่ประกอบขึ้นเป็นเครื่องจักร อุปกรณ์กับเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุมระบบ และใช้ในการบำรุงรักษาซ่อมแซม รวมทั้ง อะไหล่ต่าง ๆ ทรัพย์สินในระบบโทรคมนาคม จำพวกระบบเครือข่ายเส้นใยแก้วนำแสง ทรัพย์สินเหล่านี้ไม่สามารถจำหน่ายได้ ถ้าจะนำไปจำหน่ายก็ต้องสูญเสียการครอบครองใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน สำหรับสิทธิตามสัญญาสัมปทานนั้นก็อาจจำหน่ายหรือจำหน่ายได้ รูปแบบการโอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาสัมปทานจึงเป็นทางออกที่นิยมใช้เป็นหลักประกันในปัจจุบัน และภาครัฐก็เห็นถึงความจำเป็นจึงอนุญาตให้ทำได้ แต่รูปแบบนี้มิได้ทำให้สถาบันการเงินผู้รับโอนสิทธิดังกล่าวเป็นหลักประกันมีฐานะเป็นเจ้าของที่นุริมสิทธิ หรือเป็นเจ้าของที่มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย ทั้งยังอาจมีปัญหากที่ทำให้สถาบันการเงินเหล่านี้ได้รับความเสียหายได้ เพราะแม้ว่าสิทธิในการรับเงินจะได้ตกเป็นของสถาบันการเงินแล้วแต่โดยเหตุที่มีได้มีการจดทะเบียนการให้หลักประกันเพื่อให้สาธารณชนได้ทราบ ดังนั้นหากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของเอกชนผู้รับสัมปทาน

แถลงยืนยันต่อเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีก็อาจอาศัยสิทธิเรียกร้องดังกล่าว ทำให้สถาบันการเงินได้รับความเสียหายต้องไปร้องคัดค้านต่อศาล

อีกรูปแบบหนึ่งที่น่าสนใจก็คือการ โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นหลักประกัน ซึ่งก็มิได้ทำให้สถาบันการเงินมีฐานะเป็นเจ้าของนิติกรรมเหนือเจ้าหนี้ มีประกัน เช่นกัน การโอนรูปแบบดังกล่าวเป็นการโอนแบบมีเงื่อนไขให้แก่นิติบุคคลแทนที่ซึ่งสถาบันการเงินเป็นผู้กำหนด โดยให้การโอนมีผลบังคับเมื่อ (1) เอกชนผู้รับสัมปทานผิดสัญญาเงินกู้ และสถาบันการเงินหรือตัวแทนได้แจ้งการผิดสัญญาดังกล่าวไปยังหน่วยงานภาครัฐที่เป็นคู่สัญญาแล้ว หรือเมื่อ (2) เอกชนผู้รับสัมปทานผิดสัญญากับหน่วยงานภาครัฐจนภาครัฐจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา แต่สถาบันการเงินแสดงเจตนาให้นิติบุคคลที่ตนมอบหมายเข้าแทนที่ก่อนจะมีการบอกเลิกสัญญา ซึ่งรูปแบบนี้หน่วยงานภาครัฐก็อนุญาตให้ทำได้ โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขการอนุญาตไว้ในสัญญาสัมปทานด้วย สัญญาดังกล่าวนี้อาจมีเงื่อนไขใหม่เพราะเป็นการเข้าสวมสิทธิแทนที่ผู้รับสัมปทานเดิมมิใช่ระงับหนี้เดิมทั้งมีข้อตกลงให้ผู้รับสัมปทานยังคงผูกพันรับผิดชอบตามสัญญาสัมปทานต่อไปร่วมกับนิติบุคคลแทนที่ด้วย และเมื่อพิจารณาจากข้อตกลงที่กำหนดให้นิติบุคคลแทนที่เข้ารับโอนสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่กำหนดประโยชน์ให้แก่บุคคลภายนอก ข้อตกลงดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 อยู่ด้วย

สำหรับปัญหาว่าการ โอนโดยมีเงื่อนไขดังกล่าวในวรรคก่อนเกิดขึ้นเมื่อใดอันมีผลต่อการใช้สิทธิเพิกถอนของเจ้าพนักงานพิทักษ์ตามกฎหมายล้มละลายนั้น ข้อนี้ยังไม่มีความพิพากษาศาลฎีกาชี้ขาดในเรื่องนี้ให้เป็นบรรทัดฐานว่าการ โอนเกิดขึ้นในวันที่ทำสัญญาโอนโดยมีเงื่อนไข หรือเกิดขึ้นในวันที่ตัดสินใจให้การ โอนมีผลบังคับสถาบันการเงินจึงไม่อาจมั่นใจได้

ปัญหาอีกเรื่องหนึ่งที่สำคัญ คือ ปัญหาข้อจำกัดในการใช้สัญญาสัมปทานเป็นหลักประกัน ซึ่งสัญญาสัมปทานแต่ละฉบับวางข้อกำหนด การอนุญาตไว้แตกต่างกัน บางฉบับยินยอมให้โอนสิทธิ และหน้าที่ให้แก่สถาบันการเงินได้ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานผิดสัญญาผู้กับสถาบันการเงิน และรวมถึงในกรณีที่ผู้รับสัมปทานผิดสัญญากับหน่วยงานภาครัฐ บางฉบับยินยอมให้โอนในกรณีแรก แต่ไม่กล่าวถึงกรณีหลัง บางฉบับกำหนดนิติบุคคลที่เข้าแทนที่ซึ่งเป็นตัวแทนของสถาบันการเงินไว้ บางฉบับไม่ได้บอกชื่อนิติบุคคลแทนที่ไว้ และบางฉบับไม่มีข้อกำหนดอนุญาตที่เกี่ยวข้อง

กับการใช้สัญญาเป็นหลักประกันไว้เลย อันมีผลให้สถาบันการเงินเจ้าหนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองที่ดี ซึ่งอาจมีผลกระทบทำให้การบริการสาธารณะหยุดชะงัก เช่น ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานผิดสัญญา กับหน่วยงานภาครัฐจนถูกบอกเลิกสัญญาสัมปทาน แต่เนื่องจากไม่มีข้อกำหนดยินยอมให้เข้าแทนที่โดยนิติบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนของสถาบันการเงิน การหาผู้รับสัมปทานใหม่มาแทนที่เป็นเรื่องยาก และใช้เวลามีใช้น้อย คังนั้น นอกจากสถาบันการเงินจะเสียหายแล้ว การบริการสาธารณะก็อาจหยุดชะงักขาดความต่อเนื่อง ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาสัมปทานที่ดี ซึ่งสามารถคุ้มครองประโยชน์ของทั้งเจ้าหนี้ และประโยชน์ของมหาชนได้นั้น ไม่ควรมีข้อห้ามหรือข้อจำกัดการใช้สิทธิตามสัญญาเป็นหลักประกัน เว้นแต่ข้อจำกัดเพื่อคุ้มครองมิให้กระทบกระเทือนการบริการสาธารณะ เช่น ข้อกำหนดเรื่องคุณสมบัติของผู้เข้าแทนที่ ผู้รับสัมปทาน หรือข้อห้ามว่าในการบังคับให้ผู้รับสัมปทานชำระหนี้ หรือบังคับการโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาสัมปทาน สถาบันการเงินเจ้าหนี้จะดำเนินการในประการที่ทำให้การบริการสาธารณะหยุดชะงักมิได้

จากการศึกษา ผู้เขียนมีความเห็นว่า การคุ้มครองสิทธิของผู้รับสัมปทาน และสถาบันการเงินผู้ให้กู้ ซึ่งในที่นี้ขอรวมเรียกว่า การคุ้มครองสิทธิของเอกชน ย่อมไม่เพียงแต่เกิดผลดีแก่เอกชนเท่านั้น แต่จะยังผลให้มหาชนได้รับผลดีสะท้อนกลับมาด้วย กล่าวคือ ถ้าสิทธิตามสัญญาสัมปทานได้รับการยอมรับทั้งโดยฝ่ายที่เกี่ยวข้อง หรือโดยมีกฎหมายรองรับว่า สามารถโอน หรือนำไปใช้เป็นหลักประกันได้โดยสะดวก สิทธิตามสัญญาย่อมมีความมั่นคง เอกชนทั้งผู้รับสัมปทาน และทั้งสถาบันการเงินทั้งใน และต่างประเทศก็จะมี ความมั่นใจในการมาลงทุน หรือให้การสนับสนุนทางการเงิน ยังผลให้มหาชนได้รับประโยชน์ด้วยคือ ระบบโครงสร้างพื้นฐานของประเทศจะพัฒนาเจริญขึ้น อันเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนด้านต่าง ๆ มากขึ้น เมื่อผู้รับสัมปทานได้รับการสนับสนุนทางการเงิน ทำโครงการเสร็จมีรายได้ ชำระคืนเงินกู้สถาบันการเงินได้ ในกรณีที่มีปัญหาสถาบันการเงินมีทางแก้ และได้รับความคุ้มครองที่ดี บังคับตามสิทธิของตนได้ สถาบันการเงินย่อมไม่มีปัญหาหนี้เสีย และมีความมั่นคงย่อมส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ในทางตรงข้ามถ้าไม่มีการคุ้มครองสิทธิของเอกชนดังกล่าว นักลงทุน และสถาบันการเงินย่อมไม่ยอมมาลงทุน ระบบโครงสร้างพื้นฐานก็ไม่พัฒนาเท่าที่ควร การลงทุนด้านต่าง ๆ ลดลง สถาบันการเงินไม่สามารถบังคับหลักประกันได้ก็จะมีหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (non performing loan) สูง เมื่อผู้รับสัมปทานซึ่งเป็นลูกหนี้รายใหญ่ของสถาบันการเงินเป็นลูกหนี้มีปัญหา สถาบันการเงินก็พลอยกระทบกระเทือนไปด้วย อาจถึงขั้นต้องขอความช่วยเหลือจากทางการซึ่งก็คือต้องใช้เงินของประชาชนไปให้กู้เสริมสภาพคล่อง แก่สถาบันการเงินเป็นภาระแก่สังคม จะเห็นได้ว่า หากไม่มีการ

คุ้มครองสิทธิของเอกชนที่ดี ผลเสียมิได้เกิดแก่เอกชนเท่านั้น แต่ส่งผลกระทบต่อทำให้มหาชนได้รับความกระทบกระเทือนด้วย

สำหรับปัญหาว่าการเข้าสวมสิทธิของนิติบุคคลแทนที่ซึ่งเป็นตัวแทนของสถาบันการเงินนั้นเป็นการถาวรจนกว่าจะหมดอายุสัญญาหรือเพียงแค่ช่วงระยะเวลาหนึ่งจนกว่าสถาบันการเงินจะได้รับชำระหนี้คืนครบถ้วนนั้น ข้อนี้เห็นได้ชัดว่าวัตถุประสงค์ในการเข้าแทนที่คือเพื่อให้สถาบันการเงินได้รับชำระหนี้คืน ดังนั้นผู้รับสัมปทานเดิมซึ่งยังคงมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานภาครัฐกำหนดจึงควรมีสหทธิกลับเข้าแทนที่นิติบุคคลแทนที่ได้เมื่อสถาบันการเงินได้รับชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้ว ส่วนปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการบังคับให้มีการเข้าแทนที่ตามสัญญาก็คือผลกระทบต่อค่าบริการสาธารณะซึ่งตามหลักบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่องจะหยุดชะงักมิได้นั้น ข้อนี้ควรต้องกำหนดในสัญญาว่าสถาบันการเงินจะใช้สิทธิในการบังคับคดีหรือบังคับชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกันในประการที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือกระทบกระเทือนต่อการบริการสาธารณะมิได้

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษา ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะพอสรุปได้สองแนวทางดังนี้

### 2.1 แนวทางที่หนึ่ง

ควรออกพระราชบัญญัติ ให้สามารถใช้สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ และทรัพย์สินในโครงการสัมปทานบริการสาธารณะเป็นหลักประกันแก่สถาบันการเงินที่ให้สินเชื่อเพื่อการสร้าง หรือทำโครงการสัมปทานบริการสาธารณะได้ โดยกฎหมายดังกล่าว อาจมีหลักเกณฑ์ และวิธีการเกี่ยวกับการให้หลักประกัน และการจดทะเบียนหลักประกันคล้ายกับมาตรา 9 ของ Uniform Commercial Code ของสหรัฐอเมริกา และควรมีเนื้อหาสาระสำคัญดังต่อไปนี้ด้วย

1. กฎหมายดังกล่าว ควรวางหลักว่าในการทำสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะนั้น คู่สัญญาจะมีข้อกำหนดห้าม หรือจำกัดการโอน หรือการนำสัญญาไปใช้เป็นหลักประกันมิได้ เว้นแต่เป็นข้อกำหนดที่คุ้มครองมิให้การบริการสาธารณะได้รับความเสียหาย

2. เพื่อป้องกันการหลงผิดในฐานะของลูกหนี้ จะต้องมีกรจดทะเบียนการให้และรับสิทธิดังกล่าวเป็นหลักประกันไว้กับนายทะเบียนของส่วนราชการตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กระทรวงพาณิชย์ ทั้งนี้ เพื่อประชาชนสามารถตรวจสอบได้ และได้ทราบฐานะของลูกหนี้เกี่ยวข้อง

กับสิทธิตามสัญญาสัมปทานดังกล่าว และให้ถือว่าวันที่จดทะเบียนให้หลักประกันเป็นวันที่ทำนิติกรรมให้หลักประกันเพื่อตัดปัญหาการตีความในการนับระยะเวลาตาม กฎหมายล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 114 และ 115

3. ในการใช้สิทธิ หรือทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง และถ้าตราบไคยังไม่มี การผิดสัญญาเงินกู้ ผู้ให้หลักประกันอาจใช้สอยเงินตามสิทธิ หรือทรัพย์สินนั้นได้ตามข้อตกลงระหว่างผู้ให้หลักประกันกับผู้รับหลักประกัน

4. กำหนดให้ผู้รับเป็นหลักประกันประเภทนี้ เป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย และให้มีบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้ซึ่งมีบุริมสิทธิสามัญ

5. เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะ ควรมีบทบัญญัติ ห้ามเจ้าหนี้ผู้รับสิทธิตามสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะเป็นหลักประกัน มิให้ใช้สิทธิบังคับคดีหรือบังคับชำระหนี้ในประการที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือกระทบกระเทือนต่อการบริการสาธารณะ

## 2.2 แนวทางที่สอง

เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้โดยอาศัยอำนาจแห่งบุริมสิทธิ ควรออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ กำหนดให้สถาบันการเงินผู้ให้สินเชื่อแก่ผู้รับสัมปทาน หรือผู้รับสิทธิเข้าร่วมการงาน หรือร่วมลงทุนในกิจการบริการสาธารณะ จากหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เป็นเจ้าหนี้ซึ่งมีบุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้รับสัมปทานได้ซื้อ หรือสร้างขึ้นในโครงการบริการสาธารณะ ด้วยเงินที่สถาบันการเงินให้สินเชื่อมา สำหรับการจัดลำดับบุริมสิทธินั้น ในกรณีสังหาริมทรัพย์ให้จัดอยู่ในลำดับเดียวกับเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์ ในมูลซื้อขายสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมาย และพาณิชย์ มาตรา 259(5) ส่วนในกรณีอสังหาริมทรัพย์นั้นให้จัดอยู่ในลำดับเดียวกับเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ในมูลจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 273 (2)

เหตุผลในการกำหนดบุริมสิทธิประเภทนี้ก็เพื่อให้สถาบันการเงินเกิดความมั่นใจในการให้สินเชื่อดังกล่าวซึ่งเป็นการช่วยพัฒนาบ้านเมืองให้เจริญขึ้น และทำให้ประชาชนส่วนรวมได้มีสาธารณูปการดีขึ้น

อนึ่ง ข้อเสนอในแนวทางนี้จะมีประโยชน์ และใช้คุ้มครองสถาบันการเงิน ผู้ให้สินเชื่อแก่ผู้รับสัมปทานได้เฉพาะเป็นโครงการบริการสาธารณะในรูปแบบ BOT (Build-Operate-Transfer) (สร้าง-ให้บริการ-โอนให้) และในโครงการรูปแบบ BOO (Build-Own-Operate) เท่านั้น