

ปัญหาหลักประกันการชำระหนี้ในการให้สินเชื่อ เพื่อพัฒนาการขนส่งระบบราง

Problems Concerning Secured Transaction in Rail Transportation Financing

ปรมาภรณ์ วีระพันธ์¹

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร
กรุงเทพมหานคร 10200 เมล์ติดต่อ: Prmprnwrpn@gmail.com

Paramaporn Weeraphan

Faculty of Law, Thammasat University, 2, Prachan Road, Phra Barom Maha Ratchawang, Phra Nakhon,
Bangkok, 10200, E-mail: Prmprnwrpn@gmail.com

Received: January 31, 2019; **Revised:** March 15, 2019; **Accepted:** March 26, 2019

บทคัดย่อ

การให้สินเชื่อเพื่อพัฒนาโครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทยในปัจจุบัน เอกชนผู้ลงทุนประสบปัญหาการมีต้นทุนทางการเงินสูง เนื่องจากเจ้าหนี้ไม่มีความมั่นใจในการที่จะบังคับตามสิทธิของตน ซึ่งส่วนหนึ่งเกิดจากปัญหาการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในสัญญาสินเชื่อในทางปฏิบัติที่ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้มีประกันได้เท่าที่ควร เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงมีการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 แต่กฎหมายดังกล่าวยังไม่สร้างความเชื่อมั่นแก่เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อในการรับเอาโครงการขนส่งระบบรางเป็นหลักประกันเท่าที่ควร เนื่องจากมีปัญหาเกี่ยวกับการนำโครงการขนส่งระบบรางมาจดทะเบียนเป็นหลักประกันทางธุรกิจในรูปแบบกิจการ และปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย

¹ อาจารย์ประจำคณะสังคมศาสตร์บูรณาการ มหาวิทยาลัยขอนแก่น วิทยาเขตหนองคาย (Lecturer, Faculty of Integrated Social Science, Khon Kaen University Nong Khai Campus).



ที่เกี่ยวกับการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในรูปแบบกิจการที่เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของโครงการขนส่งระบบราง และการมีสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่คุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาทุกฝ่ายได้จะทำให้เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อมีความมั่นใจในการรับเอาโครงการขนส่งระบบรางเป็นหลักประกันซึ่งจะเป็นการลดความเสี่ยงทางด้านกฎหมาย ทำให้ต้นทุนในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินถูกลง

คำสำคัญ: หลักประกันทางธุรกิจ การให้สินเชื่อ โครงการขนส่งระบบราง กฎหมาย



Abstract

The loan for rail transport development project in Thailand is, currently, facing a problem of high cost in financing since the creditors do not have confidence whether they can execute their rights in the securities. Such problems arise due to the concerns in using assets in rail transport as the securities for loan which, in practice, cannot be fully protected the creditors' rights as the secured creditor. In order to solve the problems, using the business of rail transport as the securities for loan is allowed under the Business Securities Act B.E. 2558. However, the Act has not ensured the confidence for creditor to accept the rail transport business as the securities in rail transport financing since there are problems regarding the registration of rail transport business as securities as well as concerns regarding the execution of securities. The author argues that there should be the legal rules relating to using the rail transport business as the securities that are suitable for the rail transport's unique characteristic. There should also be the business securities contract that protects all related parties' rights which will as certain the creditors' confidence in accepting the rail transport business as the securities for financing. The proposed suggestions will reduce legal risks and lead to lower financing cost for project owner.

Keywords: Business Securities, Financing, Rail Transport, Law and Regulation



1. บทนำ

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางเป็นทางเลือกหนึ่งที่รัฐใช้ในการหาแหล่งเงินทุนเพื่อพัฒนาโครงการขนส่งระบบรางโดยที่รัฐไม่ต้องรับภาระในการจัดสรรงบประมาณจำนวนมหาศาลเอง ทั้งยังเป็นการลดการกักตุนเงินจากต่างประเทศซึ่งอาจถูกจำกัดเพดานเงินกู้ตามระเบียบการกีดกันของประเทศ พ.ศ. 2528 อีกด้วย สำหรับแหล่งเงินทุนที่เอกชนผู้ลงทุนจัดหาเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางนั้น ส่วนหนึ่งมาจากการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินในประเทศ โดยที่ผ่านมามีโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเอกชนร่วมลงทุนที่สามารถเปิดให้บริการการเดินรถแก่ประชาชนได้ ได้แก่ โครงการรถไฟฟ้าบีทีเอส โครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน และโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง และมีโครงการขนส่งระบบรางที่ไม่สามารถก่อสร้างให้แล้วเสร็จเพื่อให้บริการแก่ประชาชนได้ ได้แก่ โครงการโฮปเวลล์ ซึ่งปัญหาส่วนหนึ่งมาจากการที่เอกชนผู้ลงทุนไม่สามารถหาสถาบันการเงินที่จะให้การสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการเพิ่มเติมได้ เนื่องจากเงื่อนไขในสัญญาสัมปทานทำให้เจ้าหนี้ไม่มีความมั่นใจในการที่จะได้รับชำระหนี้คืน²

การขอสินเชื่อเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางโดยส่วนใหญ่เมื่อเริ่มต้นขอสินเชื่อจะยังไม่มีการก่อสร้างโครงการ ดังนั้น ผู้ให้สินเชื่อจึงพิจารณาถึงการได้รับชำระหนี้จากรายได้ในอนาคตของโครงการขนส่งระบบราง นอกจากนี้ หากมีกรณีผิดสัญญาสินเชื่อเกิดขึ้น ผู้ให้สินเชื่อจะต้องมีสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งปวงของโครงการรวมถึงการเข้าดำเนินกิจการต่างๆ ในทุกระยะเวลาของโครงการหรือจัดหาบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการด้วยการรับประกันสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง

ในทางปฏิบัติของการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางนั้น ผู้ให้สินเชื่อจะพิจารณาให้สินเชื่อตามหลักการพิจารณาสินเชื่อโครงการ โดยประเมินฐานะและความเป็นไปได้ของโครงการขนส่งระบบราง ประเมินฐานะทางการเงิน ผลตอบแทน และความเสี่ยงของโครงการจากรายงานการศึกษาโครงการ (Feasibility Studies Report) ประกอบกับการพิจารณาเงื่อนไขในสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งโครงการขนส่งระบบราง แต่ละโครงการจะมีรูปแบบการลงทุนและสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนที่แตกต่างกัน และสัญญาร่วมลงทุนของแต่ละโครงการจะมีข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาให้สินเชื่อแตกต่างกัน เช่น ข้อสัญญาเกี่ยวกับการถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการ และข้อสัญญาที่อนุญาตให้

² สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักบริหารงานสารสนเทศ, “ประมวลข้อมูลมติคณะรัฐมนตรีโครงการถนนและทางรถไฟยกระดับในเขตกรุงเทพฯและปริมณฑลหรือโฮปเวลล์,” สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2560, <http://www.soc.go.th/acrobat/hopewell.pdf>.

นำสิทธิต่าง ๆ ในโครงการขนส่งระบบรางไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางนั้น มีข้อจำกัดจากลักษณะของโครงการขนส่งระบบรางที่โครงการขนส่งระบบรางหนึ่งโครงการจะประกอบด้วยทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ คือ โครงสร้างพื้นฐานทางโยธาและงานระบบราง และ/หรือทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน เช่น รถไฟและระบบรถไฟ โดยรถไฟและระบบรถไฟเป็นทรัพย์สินที่เป็นหัวใจสำคัญในการสร้างรายได้เพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ และเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเฉพาะ คือ จะต้องวิ่งตามราง บนราง หรือในราง ซึ่งจะมีเทคโนโลยีในการใช้งานเฉพาะสำหรับอุปกรณ์งานระบบ ทำให้รถไฟและระบบรถไฟมีมูลค่าเมื่อถูกใช้ในโครงการขนส่งระบบรางนั้น ๆ ซึ่งจากข้อจำกัดดังกล่าวทำให้การนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในสัญญาสินเชื่อในทางปฏิบัติประสบปัญหาหลายประการ ได้แก่ การไม่มีสถานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายในการจำหน่ายสิทธิการถอนเงินฝากในบัญชีรายได้ของโครงการขนส่งระบบราง การคุ้มครองสิทธิของผู้รับจำนองในการจำนองรถไฟและระบบรถไฟ และข้อจำกัดในการบังคับจำหน่ายหุ้นของผู้สนับสนุนโครงการขนส่งระบบรางทำให้เจ้าหนี้ไม่มีความมั่นใจในการได้รับชำระหนี้คืน

จากปัญหาข้างต้นจึงนำไปสู่การนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายพิเศษ คือ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558³ ซึ่งมีหลักการสำคัญ คือ ผู้ให้หลักประกันสามารถนำ “กิจการ” หรือ “Business” ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ โดยผู้ให้หลักประกันอาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที⁴

เมื่อศึกษาแนวทางการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันในรูปแบบกิจการ⁵ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ แล้วพบว่า กฎหมายดังกล่าวยังมีหลักเกณฑ์หลายประการที่เป็นอุปสรรคในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง ได้แก่ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวทางและหลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่ากิจการที่ยังไม่มีความชัดเจนสำหรับการประเมินมูลค่ากิจการที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐเพื่อนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ปัญหาการให้ความยินยอมในการโอนสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางของหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบราง และปัญหาความซ้ำซ้อนกัน

³ ต่อไปนี้ในบทความวิจัยนี้จะใช้คำว่าพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ.

⁴ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, มาตรา 3.

⁵ ต่อไปนี้ในบทความวิจัยนี้จะใช้คำว่าโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันฯ.



ของการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งมีปัญหากับคุณสมบัติของผู้บังคับหลักประกัน อำนาจของผู้บังคับหลักประกันและวิธีการบังคับหลักประกัน

จากปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาวิจัย “ปัญหาหลักประกันการชำระหนี้ในการให้สินเชื่อเพื่อพัฒนาการขนส่งระบบราง” เพื่อให้ทราบถึงปัญหาและข้อจำกัดของการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในสัญญาสินเชื่อตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ และหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ภายใต้สมมุติฐาน คือ “การขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของเอกชนผู้ลงทุนมีต้นทุนทางการเงินสูง โดยปัญหาส่วนหนึ่งมาจากเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อไม่มีความมั่นใจในการรับเอาทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายขาดความชัดเจนและไม่สอดคล้องกับลักษณะของโครงการขนส่งระบบรางที่เป็นบริการสาธารณะ ดังนั้น การมีมาตรการทางกฎหมายที่ ชัดเจน มีเสถียรภาพ คาดหมายได้ และมีสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่สามารถคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เพื่อให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจในการที่จะได้รับชำระหนี้คืนจะเป็นการลดอุปสรรคในการจัดหาเงินลงทุนของเอกชนได้”

งานวิจัยฉบับนี้ มีขอบเขตการศึกษา คือ ศึกษาปัญหาการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ และศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหากจากสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของต่างประเทศ คือ สัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock ของประเทศออสเตรเลีย และศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินในโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการให้สินเชื่อของประเทศอังกฤษ ได้แก่ การส่งเสริมการลงทุนในกิจการรถไฟตาม Railway Act 1993 และการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันในรูปแบบชาร์จกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการให้สินเชื่อโครงการขนส่งระบบรางของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ การจำนองระบบรถไฟ (Railroad Mortgage) และการนำทรัพย์สินในโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันตาม UCC Article 9 สุดท้ายจะศึกษากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้หลักประกัน คือ กฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่ต้องมีหลักประกัน

ผู้วิจัย ได้ทำการวิจัยในรูปแบบการวิจัยกฎหมายเชิงบรรยาย (Traditional Description Legal Research) โดยทำการศึกษาวิจัยจากข้อมูลที่เป็นเอกสารต่าง ๆ ที่มีในปัจจุบัน ทั้งหนังสือวารสาร เอกสารทางวิชาการต่าง ๆ ที่สามารถอ้างอิงได้ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

ซึ่งค้นคว้าจากห้องสมุด รวมทั้ง ข้อมูลจากการสืบค้นในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และวิเคราะห์ปัญหาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญา และจากกรณีตัวอย่าง ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงการสัมภาษณ์ผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง ทั้งผู้ทรงคุณวุฒิจากหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบราง ผู้ทรงคุณวุฒิจากสถาบันการเงินที่เป็นผู้ให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง และเอกชนผู้ลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง จากนั้นนำผลที่ได้จากการศึกษาปัญหาการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศไทยมาวิเคราะห์ และเปรียบเทียบกับ การนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันในต่างประเทศเพื่อให้ได้แนวทางการแก้ไขปัญหาการให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทย

ผู้วิจัย หวังว่างานวิจัยฉบับนี้จะเกิดประโยชน์กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง คือ เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อที่จะมีความมั่นใจในการบังคับตามสิทธิของตนจากการที่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน มีข้อสัญญาที่คุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ที่เป็น การลดความเสี่ยงในการให้สินเชื่อและทำให้มีการกระจายเงินทุนไปยังภาคธุรกิจได้กว้างขึ้น โดยที่เอกชนผู้ลงทุนได้รับการสนับสนุนทางการเงินในต้นทุนที่ต่ำลง ทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้ การลงทุนในกิจการขนส่งระบบรางมีการแข่งขันกันอย่างกว้างขวาง ลดการผูกขาดการลงทุน เฉพาะบางกลุ่มทุน ทำให้ประชาชนเป็นผู้ได้รับประโยชน์ โดยได้รับการบริการที่มีคุณภาพ ในราคาที่ถูกลง นอกจากนี้ ยังเป็นการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการชำระหนี้ของ ประเทศไทยให้สอดคล้องกับการพัฒนาทางด้านธุรกิจ เพื่อดึงดูดให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงสร้าง พื้นฐานซึ่งจะเป็นการลดภาระการใช้จ่ายเงินงบประมาณของรัฐได้อีกด้วย

2. ผลการศึกษา

การนำเสนอผลการวิจัยในบทความนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอปัญหา แนวทางการแก้ไข ปัญหา พร้อมทั้งวิเคราะห์ผลการศึกษาไปในคราวเดียวกัน โดยแบ่งหัวข้อการนำเสนอผลการวิจัย ออกเป็น 2 หัวข้อ คือ หัวข้อ 2.1 แนวทางในการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกัน ทางธุรกิจในรูปแบบกิจการ หัวข้อ 2.2 แนวทางการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ตามรายละเอียดดังต่อไปนี้



2.1 แนวทางในการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในรูปแบบกิจการ

พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ มาตรา 3 กำหนดนิยามของ “กิจการ” ที่จะนำมาเป็นหลักประกันว่า หมายถึง ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกันอาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที การนำกิจการมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจจึงเป็นการใช้ทรัพย์สินหรือสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เช่น สิ่งปลูกสร้างที่เป็นอาคาร ที่ดิน เครื่องจักร วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง และสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ ซึ่งจะมีความแตกต่างออกไปตามประเภทของกิจการ โดยการนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้มีสาระสำคัญ คือ เมื่อมีการบังคับหลักประกันแล้ว ผู้รับโอนจะต้องสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที โดยหากกิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกันนั้นเป็นกิจการที่ผู้ให้หลักประกันต้องได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต่าง ๆ ในการประกอบกิจการ ผู้รับหลักประกันจะต้องยื่นหนังสือของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ยินยอมให้ผู้ให้หลักประกันโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นได้ ต่อเจ้าพนักงานทะเบียนไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียนด้วย⁶

ในส่วนของการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันฯ นั้น มีข้อพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับแนวทางและหลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่ากิจการที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐเพื่อนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ซึ่งยังไม่มี ความชัดเจน โดยหลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่ากิจการที่มีอยู่จะใช้สำหรับการประเมินกิจการที่มีมูลค่าไม่เกิน 50 ล้านบาท ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการโอนสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางของหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบราง โดยมีปัญหาว่าการให้ความยินยอมของหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจนั้นหมายถึงความยินยอมเพียงใด และปัญหาความซ้ำซ้อนกันของการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ ซึ่งเกิดจากความไม่มั่นใจในการรับเอาทรัพย์สินในอนาคตมาเป็นหลักประกัน เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อ จึงมักเรียกหลักประกันที่เอกชนผู้ลงทุนมีอยู่ในขณะพิจารณาให้สินเชื่อไปก่อน

จากปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจึงได้ศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหามาจากการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันของต่างประเทศ ได้แก่ การกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันตามการจดทะเบียนหลักประกันในรูปแบบชาร์จ (Charge) ของประเทศอังกฤษ การบังคับจำนองระบบรถไฟตามกฎหมายว่าด้วยการจำนองระบบรถไฟ

⁶ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, มาตรา 17.

(Railroad Mortgage) ของมลรัฐนิวเม็กซิโก ประเทศสหรัฐอเมริกา การประกันหนี้ตาม UCC Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อตั้งสิทธิในหลักประกันเหนือโครงการขนส่งระบบราง 2 สัญญา ได้แก่ สัญญาก่อตั้งชาร์จ (RailCrop Deed Charge) สำหรับโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock ของประเทศออสเตรเลีย และสัญญาให้หลักประกัน (English Law Security Agreement) ของประเทศอังกฤษ รวมทั้ง ศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประเมินทรัพย์สินที่ใช้สำหรับการประเมินมูลค่ากิจการที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย ได้แก่ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่กำหนดแนวปฏิบัติในการประเมินมูลค่ากิจการตามความหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 สำหรับโครงการที่มีมูลค่าไม่เกิน 50 ล้านบาท แนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ากิจการสำหรับผู้ประกอบการรายย่อยและรายกลางของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย ร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย และประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ซึ่งสามารถสรุปแนวทางในการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ดังนี้

2.1.1 แนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ากิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกัน

จากลักษณะเฉพาะของโครงการขนส่งระบบรางที่แต่ละโครงการมีมูลค่าสูงกว่าพันล้านบาท และทรัพย์สินของโครงการมีทั้งทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐและทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน ทำให้ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ให้สินเชื่อยังไม่ยอมรับในการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกัน เนื่องจากเจ้าหน้าที่ให้สินเชื่อยังมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าของกิจการที่มีมูลค่าสูงที่ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน โดยในทางปฏิบัติมีเพียงประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งกำหนดแนวปฏิบัติในการประเมินมูลค่ากิจการตามความหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 สำหรับโครงการที่มีมูลค่าไม่เกิน 50 ล้านบาท⁷ และเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้สำหรับประเมินมูลค่าหลักประกันเพื่อนำมาหักจากมูลหนี้ก่อนการกันเงินสำรองของธนาคารพาณิชย์ และแนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ากิจการสำหรับผู้ประกอบการรายย่อยและรายกลางของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย⁸ ซึ่งมีขึ้นเพื่อรองรับการประเมินมูลค่า

⁷ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ ธปท.ผนส. (23) ว. 2559/745 เรื่อง แนวนโยบายการประเมินราคาหลักประกันและอสังหาริมทรัพย์หรือการขายที่ได้มาจากการรับชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อหรือที่ซื้อจากการขายทอดตลาดของสถาบันการเงิน.

⁸ ประกาศสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย ประกาศที่ 62559/ เรื่อง แนวทางและวิธีปฏิบัติในการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558.



กิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ เพื่อใช้ในการประเมินมูลค่ากิจการมีวงเงินมูลค่าไม่เกิน 15 ล้านบาท (5 เท่าของค่ามาตรฐานของทุนจดทะเบียนกิจการธุรกิจขนาดย่อม) โดยแนวปฏิบัติของธนาคารแห่งประเทศไทยและแนวทางและหลักเกณฑ์ของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทยนั้น จะเป็นการประเมินมูลค่ากิจการโดยรวมที่อาจคิดจากฐานทรัพย์สิน ฐานรายได้ หรือเปรียบเทียบราคาตลาดก็ได้⁹ ซึ่งการประเมินมูลค่ากิจการโดยรวมนั้นไม่สอดคล้องกับลักษณะของโครงการขนส่งระบบราง

จากข้อพิจารณาดังกล่าวผู้วิจัยได้ทำการศึกษาการประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่มีแนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าโครงการที่มีทั้งทรัพย์สินของรัฐและทรัพย์สินของเอกชนในประเทศไทย พบว่า มีแนวทางปฏิบัติสำหรับการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง แนวทางปฏิบัติสำหรับการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ซึ่งการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐจะมีการแยกประเภทของทรัพย์สินตามผู้ถือกรรมสิทธิ์เนื่องจากโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนหนึ่งโครงการอาจมีผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลายรายทั้งทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐและกรรมสิทธิ์ของเอกชน¹⁰ ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะของโครงการขนส่งระบบราง นอกจากนี้ ยังมีวิธีการประเมินมูลค่าโครงการโดยอาศัยการเปรียบเทียบราคาตลาด (Market Approach) ที่เป็นวิธีการประเมินวิธีการเดียวกับแนวปฏิบัติในการประเมินมูลค่ากิจการตามความหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 สำหรับโครงการที่มีมูลค่าไม่เกิน 50 ล้านบาท ของธนาคารแห่งประเทศไทยและแนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ากิจการของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทยอีกด้วย

ดังนั้น จึงพบว่า การประเมินมูลค่าหลักประกันที่เป็นกิจการมีแนวทางกำหนดไว้อยู่แล้ว ทั้งในส่วนหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยภาคเอกชน คือ แนวทางและหลักเกณฑ์ของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย และแนวทางที่กำหนดโดยภาครัฐ คือ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง แนวทางปฏิบัติสำหรับการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ให้สินเชื่อสามารถเลือกแนวทางที่เห็นว่าเหมาะสมกับโครงการขนส่งระบบรางที่จะให้สินเชื่อได้

⁹ รายละเอียดเกี่ยวกับการประเมินราคาทรัพย์สินโปรดศึกษาเพิ่มเติมจาก เจริญ เจษฎาวัลย์, *คู่มือการประเมินราคาทรัพย์สิน: แนวความคิดและกระบวนการวิธีปฏิบัติแบบบูรณาการ* (นนทบุรี:พอดี, 2548).

¹⁰ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558.

2.1.2 การให้ความยินยอมในการโอนสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง

การดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางมีสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการหลายประเภท ทั้งสิทธิระหว่างเอกชนกับเอกชน เช่น สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิตามสัญญาที่จำเป็นในการให้บริการการเดินรถ และสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางตามสัญญาร่วมลงทุนซึ่งเป็นสิทธิระหว่างรัฐกับเอกชน โดยในการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจเพื่อให้ตนมีฐานะเป็นเจ้าของนี้มีประกันนั้น ผู้รับหลักประกันจะต้องจัดให้มีหนังสือยินยอมให้โอนสิทธิต่าง ๆ จากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมาแสดงพร้อมการจดทะเบียนด้วย¹¹ เพื่อแสดงให้เห็นว่าหากมีผู้รับโอนโครงการขนส่งระบบรางจากการบังคับหลักประกันแล้ว ผู้รับโอนจะสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ทันที¹²

ในส่วนของการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจนั้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการโอนสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง กล่าวคือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิคือหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางจะให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าเพื่อให้เอกชนผู้ลงทุนสามารถนำโครงการขนส่งระบบรางไปเป็นหลักประกันในสัญญาสินเชื่อได้หรือไม่ เนื่องจากการให้เอกชนรายใดเข้าดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางนั้น จะมีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนที่สนใจยื่นข้อเสนอในการเข้าร่วมลงทุนไว้ในรายละเอียดและเงื่อนไขการเสนอโครงการของรัฐที่ปรากฏในเอกสารประกวดราคา (Tender Documents) หรือขอบเขตรายละเอียดของงาน (Terms of Reference) และหากเป็นกรณีที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่การรถไฟฯ axon ส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าของโครงการ ยังมีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนที่จะเป็นผู้รับสัมปทานไว้ในกฎหมายตามพระราชบัญญัติการรถไฟฯ axon ส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543¹³ อีกด้วย ส่วนการคัดเลือกเอกชนผู้ลงทุนนั้น จะต้องดำเนินการคัดเลือกตามวิธีการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 คือ หากโครงการขนส่งระบบรางนั้นเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่มีมูลค่าตั้งแต่ห้าพันล้านบาทขึ้นไปจะต้องดำเนินการคัดเลือกเอกชนผู้ลงทุนโดยวิธีการประมูล เว้นแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกมีความเห็นตรงกันว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลให้เสนอสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจพิจารณา¹⁴ โดยวิธีการประมูลจะต้องมีการแข่งขันเสนอราคาหรือสิ่งอื่นเป็นประโยชน์ตอบแทนเพิ่มเติมเพื่อให้ตนได้รับสิทธิในการร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง ซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกจะต้องคัดเลือกเอกชนที่เหมาะสมที่สุดเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางโดยพิจารณาจากคุณสมบัติ

¹¹ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, มาตรา 17 วรรค 4.

¹² พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, มาตรา 3.

¹³ พระราชบัญญัติการรถไฟฯ axon ส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543, มาตรา 44.

¹⁴ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, มาตรา 38.



และเงื่อนไขต่าง ๆ ตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุน และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานเจ้าของโครงการ จึงแสดงให้เห็นว่าคุณสมบัติของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนนั้นเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัว

จากข้อพิจารณาดังกล่าว ผู้วิจัยได้ทำการศึกษา Railway Act 1993 ของประเทศอังกฤษ พบว่า มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้เอกชนผู้ได้รับสัมปทานการเดินรถโอนสิทธิ ตามสัญญาสัมปทานการเดินรถไว้ในมาตรา 54 โดยให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมในการอนุญาตให้มีการโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทานการเดินรถและสิทธิเหนือขบวน รถไฟฟ้าเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้¹⁵ ซึ่งการนำทรัพย์สินหรือสิทธิต่าง ๆ ในโครงการ ขนส่งระบบรางที่ได้มาตามสัญญาสัมปทานการเดินรถมาเป็นหลักประกันนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้สัมปทาน¹⁶ สอดคล้องกับการโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทานของโครงการ ขนส่งระบบรางที่อยู่ในความรับผิดชอบของการรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย ที่กำหนดให้การโอนสัมปทานจะกระทำต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี โดยพิจารณา ถึงเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่การให้บริการประชาชน และผู้รับโอนมีคุณสมบัติตามที่ กฎหมายกำหนด โดยการโอนสัมปทานต้องไม่ทำให้กิจการตามที่ได้รับสัมปทานหยุดชะงัก¹⁷ และสอดคล้องกับข้อสัญญาในสัญญาโครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงินที่อนุญาตให้เอกชนผู้ลงทุน นำสิทธิต่าง ๆ ของตนทั้งหมดหรือบางส่วนของสัญญานี้ไปเป็นหลักประกันต่อผู้ให้สินเชื่อได้ โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการจะให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ในการลงนามเอกสารที่จำเป็น เพื่อให้การโอนสิทธิดังกล่าวมีผลสมบูรณ์¹⁸ แสดงให้เห็นว่าการนำสิทธิตามสัญญาร่วมลงทุนใน โครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจย่อมสามารถทำได้

ดังนั้น เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการจัดหาเงินลงทุนของเอกชนสำหรับลงทุน ในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งสนับสนุนความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน หน่วยงาน เจ้าของโครงการจึงสามารถออกหนังสือยินยอมให้โอนสิทธิตามสัญญาร่วมลงทุนให้แก่บุคคล อื่นได้ ภายใต้เงื่อนไขว่าเมื่อมีการบังคับหลักประกันจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การโอนสัญญา ร่วมลงทุน

¹⁵ Railway Act 1993, section 54 Exercise of functions for purpose of encouraging investment in the railways.

¹⁶ Railway Act 1993, section 27 Transfer of franchise assets and shares.

¹⁷ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543, มาตรา 49.

¹⁸ สัญญาโครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน ข้อ 6.2 การนำสิทธิไปเป็นหลักประกัน.

2.1.3 การกำหนดขอบเขตของการก่อตั้งสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางในรูปแบบกิจการ

จากข้อพิจารณาเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในรูปแบบกิจการตามข้อ 2.1.1 และ 2.1.2 ทำให้เจ้านี้ยังไม่มีความมั่นใจในการรับเอาโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจากในขณะพิจารณาให้สินเชื่อโครงการขนส่งระบบรางยังไม่ดำเนินการก่อสร้างหรือยังไม่มีบริการการเดินรถ ทำให้เอกชนผู้ลงทุนต้องนำทรัพย์สินที่มีอยู่ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามประเภทของทรัพย์สินนั้นๆ เพิ่มเติม เช่น การโอนสิทธิเรียกร้องในการได้รับชำระหนี้เงินเพื่อชำระหนี้หรือการโอนสิทธิเรียกร้องอื่นๆ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ เป็นต้น ซึ่งหากภายหลังโครงการนั้นก่อสร้างเสร็จพร้อมดำเนินการแล้ว จะมีปัญหาว่าจะต้องยกเลิกสัญญาหลักประกันเดิมที่เคยทำไว้และทำการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจใหม่หรือสามารถจดทะเบียนซ้อนไปได้เลย เนื่องจากวิธีการในการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินและวิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการแตกต่างกัน

จากการศึกษาการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันของต่างประเทศ พบว่าการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันนั้น มีทั้งกรณีที่คุณ้สัญญาตกลงกำหนดทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้เอง คือ การก่อตั้งสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบรางในรูปแบบของหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) ของประเทศอังกฤษ โดยที่คุณ้สัญญาหลักประกันจะตกลงกันให้สิทธิในหลักประกันครอบคลุมกิจการและทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการที่มีอยู่ในปัจจุบันและรวมถึงที่จะได้มาในอนาคต โดยระบุประเภทของทรัพย์สินไว้อย่างเฉพาะเจาะจง หากผู้ให้หลักประกันจะใช้ทรัพย์สินดังกล่าวต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับหลักประกันก่อน¹⁹ และมีการก่อตั้งสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในรูปแบบของหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)²⁰ ซึ่งจะไม่ระบุประเภทของทรัพย์สินไว้โดยเฉพาะเจาะจง²¹ แต่มีข้อความระบุประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาหรือที่จะได้มาในอนาคต²² และกรณีที่ถูกกฎหมาย

¹⁹ Companies Act 1985, section 486(1) (b).

²⁰ ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันในรูปแบบของหลักประกันแบบลอยที่คุณ้สัญญาสามารถตกลงกันให้ครอบคลุมทรัพย์สินเกือบทุกประเภทของกิจการได้ ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาคดี Wallace v. Universal Automatic Machines Co. ซึ่งวางหลักว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค้ของหลักประกันแบบลอย คือ ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเพื่อให้เกิดผลกำไร เช่น ทรัพย์สินของกิจการ ทรัพย์สินหมุนเวียน และทรัพย์สินถาวร ดูรายละเอียดใน Wallace v. Universal Automatic Machines Co. (1894) 2 Ch. 547 at 554.

²¹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สมิตร็อฟเซท, 2533), 74-75.

²² Goode R. M., *Legal Problems of Credit and Security*, 2nd ed. (London: Sweet&Maxwell, 1988), 15.



กำหนดประเภทหรือขอบเขตของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันไว้ ซึ่งการกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันมีทั้งที่กำหนดไว้โดยละเอียด คือ การจำนองระบบรถไฟ (Railroad Mortgage) ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายกำหนดคินยามของระบบรถไฟไว้ อย่างชัดเจน²³ ส่วนกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่ต้องมีหลักประกันนั้น ระบุให้ผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินและสิทธิทั้งหมดที่ใช้ในกิจการมาเป็นหลักประกันได้²⁴ โดยเมื่อมีการบังคับหลักประกันผู้รับโอนสามารถประกอบกิจการต่อไปได้ทันที²⁵ ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ อย่างไรก็ตามการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในกฎหมายต่างประเทศ ต่างกำหนดให้สิทธิในหลักประกันอาจครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินที่ได้มาในอนาคตด้วย²⁶ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของการนำกิจการมาเป็นหลักประกันที่มีหัวใจสำคัญอยู่ที่ผู้ให้หลักประกันต้องสามารถดำเนินกิจการของตนได้ตามแนวปฏิบัติตามปกติทางการค้าของธุรกิจ

ดังนั้น ผู้ให้หลักประกันจึงสามารถนำโครงการขนส่งระบบรางที่ยังไม่ก่อสร้างหรือยังไม่เริ่มให้บริการการเดินรถมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในรูปแบบกิจการได้ โดยใช้สัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมลงทุนเป็นหลักฐานแสดงต่อผู้รับหลักประกันในการที่จะได้มาซึ่งทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในอนาคต ส่วนการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเดิมเอกชนผู้ลงทุนนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในรูปแบบกิจการนั้น ก็สามารถทำได้เนื่องจากกฎหมายห้ามเฉพาะการนำทรัพย์สินที่ได้มีการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจแล้ว มิให้ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินนั้นไปจำนำเป็นหลักประกันหนี้อีก หากฝ่าฝืนจะมีผลให้การจำนำนั้นตกเป็นโมฆะ²⁷

ส่วนการระบุนายละเอียดของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้น จากการศึกษาสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งสิทธิในหลักประกันเหนือโครงการขนส่งระบบรางของต่างประเทศ ได้แก่ การจดทะเบียนหลักประกันในรูปแบบหลักประกันแบบลอยของประเทศอังกฤษ ในส่วนของการจดทะเบียนหลักประกันของบริษัท ซึ่งรายการ

²³ 2013 New Mexico Statutes Chapter 63 - Railroads and Communications Article 5 - Foreclosure of Mortgage on Railroad Property.

²⁴ Model Law on Secured Transactions, article 5 Charged Property.

²⁵ Model Law on Secured Transactions, article 25.3.

²⁶ คดี Holroyd v. Marshall วางหลักว่า ทรัพย์สินในอนาคตสามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันการจำนองได้ โดยเป็นการวินิจฉัยกรณีการทำสัญญาจำนองซึ่งศาลวางหลักว่าการจำนองครอบคลุมไปถึงเครื่องจักรที่ผู้จำนองได้รับมาภายหลังทำสัญญาจำนอง ไม่ต้องมีการทำสัญญาจำนองใหม่กันอีกซึ่งเป็นการพิพากษาโดยใช้หลักเอคควิตี ดูรายละเอียดใน Goode R. M., *Commercial Law* (Middlesex: Penquin Book/Allen Lane, 1982), 786.

²⁷ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, มาตรา 22 วรรค 2.

จดทะเบียนจะต้องมีข้อความตามที่กำหนดไว้ใน the Companies Act 2006²⁸ โดยผู้วิจัยศึกษาตัวอย่างจากสัญญาให้หลักประกัน (English Law Security Agreement)²⁹ และสัญญาก่อตั้งชาร์จ (RailCrop Deed Charge)³⁰ สำหรับโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock ของประเทศออสเตรเลีย พบว่า สัญญาทั้ง 2 สัญญามีการระบุรายละเอียดของทรัพย์สินไว้ทั้งแบบเฉพาะเจาะจงและการระบุทรัพย์สินไว้แบบลอยเพื่อให้ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้สอยทรัพย์สินได้ตามปกติทางการค้าจนกว่าจะมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับการระบุรายละเอียดทรัพย์สินไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้

ดังนั้น ในการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในรูปแบบกิจการเอกชนผู้ลงทุนจึงสามารถนำโครงการขนส่งระบบรางที่ยังไม่ก่อสร้างหรือยังไม่เริ่มให้บริการการเดินทางมาเป็นหลักประกันได้ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคต และหน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถออกหนังสือยินยอมในการโอนสิทธิการลงทุนแบบมีเงื่อนไขเพื่อให้เอกชนผู้ลงทุนนำไปใช้เป็นหลักฐานในการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจได้ โดยการประเมินมูลค่าหลักประกันที่เป็นกิจการเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อซึ่งเป็นผู้รับหลักประกันอาจเลือกใช้แนวทางที่กำหนดโดยภาคเอกชน คือ แนวทางและหลักเกณฑ์ของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย และแนวทางที่กำหนดโดยภาครัฐคือประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง แนวทางปฏิบัติสำหรับการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ได้

2.2 แนวทางการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการมีหลักการสำคัญ คือ “เมื่อมีการบังคับหลักประกันโดยการโอนไปซึ่งกิจการที่เป็นหลักประกันนั้น ผู้รับโอนจะต้องสามารถประกอบกิจการดังกล่าวต่อไปได้ทันที” การโอนกิจการที่เป็นหลักประกันจะเป็นการโอนไปซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะได้มาในอนาคตด้วย

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ส่วน คือ

²⁸ Companies Act 2006, section 876 (2).

²⁹ สัญญาให้หลักประกัน ของ Eversholt Rail Group ซึ่งเป็นหนึ่งในสามของผู้ถือหุ้นใหญ่ใน ROSCOs (rolling stock operating company) ของประเทศอังกฤษ.

³⁰ สัญญาก่อตั้งชาร์จ (RailCrop Deed Charge) สำหรับโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock 2.2 Assets over which this Charge is Fixed, 5; Transport for NSW, “RailCrop Deed Charge,” last modified December 3, 2006, accessed June 13, 2016, <https://www.transport.nsw.gov.au/sites/default/files/media/documents/7102RailCorp%02Deed%02of%02Charge%02%302%-02Dec%.92%182%600202pdf>.



1) ผู้บังคับหลักประกัน ซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ในการบังคับหลักประกัน³¹ โดยคู่สัญญาหลักประกัน ได้แก่ ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันสามารถตกลงเลือกผู้บังคับหลักประกันคนหนึ่งหรือหลายคนให้ทำหน้าที่บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ ผู้บังคับหลักประกันต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด³² และต้องให้ความยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันด้วย³³

2) กระบวนการบังคับหลักประกัน ซึ่งเริ่มจากเมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว ผู้รับหลักประกันจะต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้บังคับหลักประกันทราบทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ให้ผู้บังคับหลักประกันกำหนดวัน เวลา และสถานที่ไต่สวนข้อเท็จจริง ซึ่งการไต่สวนข้อเท็จจริงนี้เป็นการไต่สวนว่ามีเหตุแห่งการบังคับหลักประกันหรือไม่ และการกำหนดวัน เวลา และสถานที่ไต่สวนข้อเท็จจริงนั้น จะต้องไม่เกินเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้รับหลักประกัน และให้ผู้บังคับหลักประกันมีหนังสือแจ้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันทราบทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ พร้อมทั้งแจ้งเหตุที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นบังคับหลักประกันและประเด็นการพิจารณา รวมทั้งสำเนาหนังสือของผู้รับหลักประกันไปพร้อมกันด้วย เมื่อได้รับหนังสือแจ้งเหตุในการบังคับหลักประกันแล้ว ผู้ให้หลักประกันจะไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนกิจการที่เป็นหลักประกันได้ เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด³⁴

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้น มีปัญหาซึ่งเกิดขึ้นในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของ การบังคับหลักประกันใน 2 ส่วน คือ ในส่วนของผู้บังคับหลักประกัน และส่วนของกระบวนการ ในการบังคับหลักประกัน ซึ่งผู้วิจัยได้นำหลักการบังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบราง ของต่างประเทศและของประเทศไทยมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักการบังคับหลักประกันที่เป็น กิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ และได้ผลการศึกษา ดังนี้

2.2.1 การกำหนดคุณสมบัติและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันใน การบังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบราง

ผู้บังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบรางนั้น มีปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติและ ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน ที่กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันต้อง

³¹ ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับหลักประกัน ได้แก่ การไต่สวนข้อเท็จจริงเมื่อ มีเหตุบังคับหลักประกัน กำหนดวงเงินประกัน วินิจฉัยเหตุบังคับหลักประกัน และทำหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการบริหาร กิจการ การบำรุงรักษา จัดการ และดำเนินการจนกว่าจะจำหน่ายกิจการได้ รวมทั้งการตรวจสอบและประเมินราคากิจการ การกำหนดวิธีการจำหน่ายและดำเนินการจำหน่ายกิจการ และการจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการ เป็นต้น

³² คุณสมบัติของผู้บังคับหลักประกันเป็นไปตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การขอรับใบอนุญาต การขอต่ออายุใบอนุญาต และการขอรับใบแทนใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน พ.ศ. 2559, ข้อ 4.

³³ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, มาตรา 12.

³⁴ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, มาตรา 65.

เป็นบุคคลธรรมดาและมีหน้าที่บริหารกิจการเพียงเท่าที่จำเป็น ซึ่งไม่เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของโครงการขนส่งระบบรางที่เป็นบริการสาธารณะซึ่งต้องให้บริการแก่ประชาชนด้วยความต่อเนื่องและเป็นโครงการที่มีมูลค่าสูงมากซึ่งการบริหารโครงการจะต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะทาง

จากปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจึงได้ศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหาเพื่อหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการกำหนดคุณสมบัติผู้บังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบราง ดังนี้

การตั้งผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งที่ประชุมเจ้าหนี้จะเป็นผู้เลือกผู้ทำแผนโดยจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้แต่ต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด³⁵ และผู้ทำแผนจะเข้ามาดำเนินกิจการของลูกหนี้ในระหว่างจัดทำแผนเพื่อให้ศาลเห็นชอบและส่งต่อไปกับผู้บริหารแผนต่อไป³⁶

การแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (Administrator) ในโครงการขนส่งระบบราง ตามมาตรการในการจัดการทรัพย์สินของกิจการรถไฟ ใน The Railway Administration Order ของประเทศอังกฤษ กรณีบริษัทผู้ประกอบการไม่ชำระหนี้หรือโดยประการที่เชื่อว่าลูกหนี้ไม่อาจจะชำระหนี้ได้ หรือมีการร้องขอให้เลิกกิจการซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ผู้อำนวยการให้เส้นทางสัมปทานรถไฟโดยสาร หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของบริษัทผู้ประกอบการกิจการรถไฟ อาจมีการร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้ง “ผู้จัดการทรัพย์สิน” ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางจนกว่าการโอนภาระผูกพันจากบริษัทหนึ่งไปยังบริษัทหนึ่งในลักษณะที่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจนเสร็จสิ้น³⁷

การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันเพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่ต้องมีหลักประกัน (Model Law on Secured Transaction) ในกรณีผู้รับหลักประกันซึ่งประสงค์จะบังคับหลักประกันในลักษณะที่ให้กิจการดำเนินการต่อไปได้ โดยผู้รับหลักประกันจะต้องระบุชื่อผู้ที่จะเป็นผู้บริหารกิจการ (The Enterprise Administrator)³⁸ ที่เป็นบุคคลธรรมดาที่จะต้องไม่เป็นผู้รับหลักประกันหรือผู้จัดการหลักประกัน และต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด³⁹ เพื่อทำหน้าที่ในการจัดการกิจการแทนผู้ให้หลักประกัน โดยหากเห็นว่ากิจการดังกล่าวไม่สามารถที่จะดำเนินการต่อไปได้ต้องทำคำแนะนำให้แก่ผู้รับ

³⁵ กฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียน การกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

³⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 90/25 ประกอบด้วย มาตรา 90/12(9).

³⁷ Railway Act 1993 SCHEDULE 7 Transfer of relevant activities in connection with railway administration orders.

³⁸ Model Law on Secured Transactions, article 25.3.

³⁹ Model Law on Secured Transactions, article 25.6.



หลักประกันเพื่อพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันดังกล่าวในราคาที่เหมาะสม⁴⁰

ผลการศึกษา พบว่า การแต่งตั้งผู้บริหารกิจการตามกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่ต้องมีหลักประกันนั้น มีลักษณะคล้ายข้อสัญญาสมมติในการดำเนินโครงการแทนแต่จะมีความแตกต่างกัน คือ ผู้บริหารกิจการจะแต่งตั้งจากบุคคลธรรมดาเท่านั้นส่วนนิติบุคคลเข้าแทนที่นั้น เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อสามารถตั้งนิติบุคคลเข้าดำเนินการได้ และกรณีดังกล่าวใกล้เคียงกับการตั้งผู้ทำแผนในการทำแผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ โดยการตั้งนิติบุคคลเข้าแทนที่ในสัญญาสินเชื่อมีเหตุผลเนื่องมาจากการที่เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อต้องการให้กิจการดำเนินต่อไปเพื่อให้มีรายได้และนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อตลอดระยะเวลาตามสัญญาสินเชื่อซึ่งจะเกิดประโยชน์กับเจ้าหนี้มากกว่าการบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายกิจการและเทียบเคียงได้กับการบริหารกิจการของผู้ทำแผนซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้เช่นเดียวกัน บุคคลที่จะเข้ามาดำเนินการทั้ง 2 กรณีจึงควรเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ในการดำเนินกิจการนั้น ๆ ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยผู้พิจารณาความเหมาะสมได้ คือ ผู้ที่มีส่วนได้เสียในการดำเนินกิจการ คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาสินเชื่อนั่นเอง

ดังนั้น จึงควรให้ทางเลือกคู่สัญญาหลักประกันในการตกลงตั้งผู้บังคับหลักประกันที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ซึ่งไม่ขัดต่อนิยามของผู้บังคับหลักประกันตามมาตรา 3 ประกอบกับมาตรา 54 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ

ส่วนอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันนั้น เมื่อศึกษาอำนาจของผู้บังคับหลักประกันในการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางเพื่อรื้อจำหน่ายตามสัญญาให้หลักประกัน (English Law Security Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาหลักประกันทางธุรกิจสำหรับการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันของประเทศอังกฤษ⁴¹ และสัญญาก่อตั้งชาร์จของโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock พบว่า มีข้อสัญญาที่ให้อำนาจผู้บังคับหลักประกันในการจัดการและดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันได้⁴² ซึ่งอำนาจของผู้บังคับหลักประกันทั้งสองสัญญามีลักษณะใกล้เคียงกับอำนาจของผู้บังคับหลักประกันตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ แต่มีข้อแตกต่าง คือ มีรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ ที่ชัดเจนขึ้น

⁴⁰ Model Law on Secured Transactions, article 25.10.

⁴¹ สัญญาให้หลักประกัน (English Law Security Agreement) 18.3 Rights of Receivers.

⁴² สัญญาก่อตั้งชาร์จ (RailCrop Deed Charge) สำหรับโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock 7. Receivers: Appointment and Powers, 10; Transport for NSW, "RailCrop Deed Charge."

ดังนั้น หากนำอำนาจของผู้บังคับหลักประกันตามสัญญาให้หลักประกัน (English Law Security Agreement) และสัญญาก่อตั้งชาร์จของโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock มาปรับใช้กับการกำหนดอำนาจของผู้บังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทย ก็ย่อมไม่ขัดต่ออำนาจของผู้บังคับหลักประกันตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

2.2.2 วิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบราง

กระบวนการในการบังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบราง มีปัญหาข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายหลักประกัน ซึ่งเป็นกิจการที่จะต้องสอดคล้องกับหลักการเลือกคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง และการกำหนดคุณสมบัติของผู้รับโอนกิจการจากการบังคับหลักประกันเนื่องจากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ กำหนดวิธีการบังคับหลักประกันไว้อย่างกว้าง คือ การบังคับหลักประกันนั้นต้องทำโดยวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน หมายถึง วิธีการใดๆ ที่เป็นการเปลี่ยนเจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งการบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายหลักประกันในโครงการขนส่งระบบรางอาจมีข้อจำกัดตามกฎหมายหรือข้อจำกัดตามเงื่อนไขในสัญญาร่วมลงทุน

จากการศึกษาแนวคิดในการตั้งผู้บังคับหลักประกันและวิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการของประเทศอังกฤษ พบว่า ผู้บังคับหลักประกันมี 2 ประเภท คือ ผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยศาลสูง (Court Appointed Receiver)⁴³ และผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยเจ้าหน้าที่ (Administrative Receiver)⁴⁴ โดยผู้บังคับหลักประกันแต่ละประเภทจะมีอำนาจในการกำหนดวิธีการในดำเนินการบังคับหลักประกันแตกต่างกัน โดยผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยเจ้าหน้าที่นั้น จะทำได้เฉพาะกรณีการให้หลักประกันในการลงทุนในตลาดทุนและตลาดเงิน การร่วมลงทุนของภาคเอกชนในกิจการของรัฐ (PPPs) การให้หลักประกันในโครงการที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค และกิจการที่ควบคุมบางประเภท เช่น น้ำ รถไฟ เป็นต้น โครงการฟื้นฟูเมือง และองค์กรผู้ให้เช่าเพื่อสังคม (Registered Social Landlords)⁴⁵

จะเห็นได้ว่า ในกฎหมายอังกฤษอนุญาตให้ก่อตั้งสิทธิในหลักประกันเหนือโครงการที่เป็นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (PPPs) ได้⁴⁶ โดยเมื่อมีการบังคับหลักประกัน

⁴³ ตาม Civil Procedure Rules 1998, rule 69.2. หากมีการโต้แย้งระหว่างคู่สัญญาเกิดขึ้น ศาลอาจแต่งตั้ง Receiver ได้ไม่ว่าในเวลาใดก็ตาม ซึ่งอาจจะก่อนหรือหลังเริ่มการบังคับหลักประกัน หรือในขณะที่หรือภายหลังที่เจ้าหน้าที่ได้รับคำสั่งไปแล้วก็ได้.

⁴⁴ Insolvency Act 1986, part III.

⁴⁵ Michael Bridge and Robert Stevens, *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 34.

⁴⁶ Insolvency Act 1986, section 72C.



เจ้าหนี้จะสามารถแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) เข้าไปบังคับหลักประกันโดยวิธีการสวมสิทธิดำเนินโครงการแทน ภายใต้เงื่อนไขต้องเป็นเจ้าหนี้ที่เป็นผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการแต่เพียงผู้เดียวหรือเป็นเจ้าหนี้รายใหญ่ของโครงการ⁴⁷ โดยผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) จะเข้าสวมสิทธิดำเนินโครงการแทนจนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน จากนั้นจึงสละสิทธิครอบครองคืนให้แก่ลูกหนี้⁴⁸ ซึ่งหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับการจัดให้มีนิติบุคคลเข้าแทนที่เพื่อดำเนินการกิจการต่อไป เพื่อนำรายได้มาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยที่ไม่ต้องจำหน่ายหลักประกันตามข้อสัญญาในสัญญาสินเชื่อที่คู่สัญญาสินเชื่อตกลงกัน ในทางปฏิบัติอยู่แล้ว นอกจากนี้ การนำวิธีการบังคับหลักประกันโดยการอนุญาตให้เจ้าหนี้ตั้งผู้บังคับหลักประกันเพื่อเข้าดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางและนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยไม่ต้องมีการจำหน่ายหลักประกันนั้น จะสามารถแก้ไขปัญหามาจากข้อจำกัดตามกฎหมายหรือข้อจำกัดตามสัญญาร่วมลงทุนที่ห้ามโอนสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางไปยังบุคคลภายนอกได้

ดังนั้น เพื่อให้มีการรองรับการนำกิจการที่ได้รับสัมปทานหรือกิจการที่ได้รับสิทธิการร่วมลงทุนจากรัฐตามสัญญาร่วมลงทุนซึ่งในอนาคตมีแนวโน้มที่จะมีมากขึ้นโดยเฉพาะการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ จึงควรกำหนดวิธีการบังคับหลักประกันเพิ่มเติมโดยการจัดให้มีผู้บังคับหลักประกันที่เป็นนิติบุคคลเข้ามาดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางเพื่อนำรายได้จากการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามสัญญาสินเชื่อ

ส่วนการบังคับหลักประกันโดยวิธีการจำหน่ายหลักประกันนั้น การกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการในการคัดเลือกผู้รับโอนโครงการขนส่งระบบรางจากการจำหน่ายหลักประกันจะต้องดำเนินการตามกระบวนการในการคัดเลือกผู้รับโอนสัญญาร่วมลงทุนที่กำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุน

ดังนั้น การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของผู้บังคับหลักประกันให้รวมถึงนิติบุคคลเพื่อให้สอดคล้องกับการบังคับหลักประกันที่เป็นโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนซึ่งรวมถึงการบังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบรางด้วย นอกจากนี้ ควรกำหนดให้ข้อสัญญาเกี่ยวกับอำนาจของผู้บังคับหลักประกันเป็นหนึ่งในรายการที่ต้องมีในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเพื่อให้ผู้บังคับหลักประกันใช้อำนาจบังคับหลักประกันได้อย่างเหมาะสมกับกิจการ และกำหนดวิธีการบังคับหลักประกันเพิ่มเติมโดยการจัดให้มีผู้บังคับหลักประกันที่เป็นนิติบุคคลเข้ามาดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางเพื่อนำรายได้มาชำระหนี้โดยไม่ต้องจำหน่ายหลักประกัน

⁴⁷ Insolvency Act 1986 Schedule 2A, paragraph 7 Project Company.

⁴⁸ Insolvency Act 1986 Schedule 2A, paragraph 6 Step-in rights.

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป

จากการศึกษาปัญหาการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันฯ และนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกรนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันฯ ของต่างประเทศ สามารถสรุปผลการวิจัยได้ว่า ข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวทางและหลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่ากิจการสำหรับการนำโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันฯ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการโอนสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบราง และปัญหาความซ้ำซ้อนกันของการนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ เกิดจากความไม่มั่นใจของเจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อในการปรับใช้พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกันหนี้รูปแบบใหม่ ซึ่งผู้วิจัย พบว่า การนำทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ นั้น เอกชนผู้ลงทุนสามารถนำโครงการขนส่งระบบรางที่ยังไม่ก่อสร้างหรือยังไม่เริ่มให้บริการการเดินรถมาเป็นหลักประกันได้ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคต และหน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถออกหนังสือยินยอมในการโอนสิทธิการลงทุนแบบมีเงื่อนไข เพื่อให้เอกชนผู้ลงทุนนำไปใช้เป็นหลักฐานในการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจได้ โดยมีแนวทางในการประเมินมูลค่ากิจการตามของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจฯ

ส่วนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งมีปัญหาเกิดขึ้นในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของ การบังคับหลักประกันในสองส่วน คือ ส่วนของผู้บังคับหลักประกันและส่วนของกระบวนการในการบังคับหลักประกัน โดยในส่วนของผู้บังคับหลักประกันนั้น มีปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติและขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน ซึ่งไม่เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของโครงการขนส่งระบบราง และส่วนของกระบวนการในการบังคับหลักประกันซึ่งมีปัญหาข้อจำกัดเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้รับโอนกิจการจากการบังคับหลักประกัน และวิธีการจำหน่ายหลักประกันซึ่งเป็นกิจการที่จะต้องสอดคล้องกับหลักการเลือกคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองนั้น ผู้วิจัย พบว่า พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ ควรมีกระบวนการบังคับหลักประกันที่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเป็นโครงการที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ โดยให้คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจตั้งผู้บังคับหลักประกันที่เป็นบุคคลธรรมดาและเป็นนิติบุคคลได้ และควรมีการกำหนดให้ข้อสัญญาเกี่ยวกับอำนาจของผู้บังคับหลักประกันเป็นหนึ่งในรายการที่ต้องมีในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเพื่อให้ผู้บังคับหลักประกันสามารถใช้อำนาจ



บังคับหลักประกันได้อย่างเหมาะสมกับกิจการ นอกจากนี้ ควรกำหนดวิธีการบังคับหลักประกันเพิ่มเติมโดยการจัดให้มีผู้บังคับหลักประกันที่เป็นนิติบุคคลเข้ามาดำเนินการในโครงการขนส่งระบบราง เพื่อนำรายได้มาชำระหนี้โดยไม่ต้องจำนำหลักประกัน

3.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาลหลักประกันการชำระหนี้ในการให้สินเชื่อเพื่อพัฒนาการขนส่งระบบราง โดยการจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่ ชัดเจน มีเสถียรภาพ และคาดหมายได้ และมาตรการทางสัญญาที่สามารถคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการให้สินเชื่อเพื่อพัฒนาการขนส่งระบบรางทำให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจในการที่จะได้รับชำระหนี้คืน ดังนี้

การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้บังคับหลักประกัน โดยให้ผู้บังคับหลักประกัน หมายความว่า “นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกันให้เป็นผู้บังคับหลักประกันในกรณีที่มีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน” และแก้ไขเพิ่มเติมคุณสมบัติของผู้บังคับหลักประกันที่เป็นนิติบุคคลซึ่งจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งเพิ่มเติมข้อสัญญาเกี่ยวกับอำนาจของผู้บังคับหลักประกันให้เป็นรายการที่ต้องมีในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตาม มาตรา 18 (10)

วิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการควรจัดให้มีวิธีการบังคับหลักประกันเพิ่มเติมจากวิธีการการจำนำหลักประกันที่เป็นกิจการ คือ ให้ผู้รับหลักประกันจัดให้มีผู้บังคับหลักประกันที่เป็นนิติบุคคลเข้ามาดำเนินการในกิจการที่ได้รับสิทธิการลงทุนหรือได้รับสัมปทานจากรัฐเพื่อที่จะเก็บรายได้ของกิจการเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องมีการจำนำกิจการที่เป็นหลักประกัน และกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติในการนำโครงการที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐไปเป็นหลักประกันในรูปแบบของกิจการ โดยมีสาระสำคัญ คือ การกำหนดวิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นโครงการที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ โดยคู่สัญญาสามารถเลือกวิธีการบังคับหลักประกันได้ 2 วิธี คือ การจำนำหลักประกัน หรือวิธีการเข้าการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เพื่อที่จะเก็บรายได้ของกิจการเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ กำหนดผลของการบังคับหลักประกันในกรณีการจำนำหลักประกันที่เป็นโครงการที่เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐโดยให้ผู้รับโอนยอมเข้ามาสวมสิทธิและหน้าที่ตามที่ผู้ให้หลักประกันมีนิติสัมพันธ์ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับโครงการที่นำมาเป็นหลักประกัน ณ วันที่ได้มีการจำนำหลักประกัน และการเข้าแทนที่ของผู้รับโอนโครงการที่เป็นหลักประกันนั้นไม่ทำให้สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันระงับสิ้นไปเว้นแต่ได้รับการตกลงโดยชัดแจ้งจากหน่วยงานเจ้าของโครงการ และกำหนดให้รายได้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าดำเนินการ

ของผู้บังคับหลักประกันในระหว่างรอการจำหน่ายหลักประกันจะต้องนำมาชำระหนี้ตามลำดับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฯ

นอกจากนี้ ในร่างสัญญาหลักประกันทางธุรกิจควรมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการก่อตั้งสิทธิในหลักประกัน ข้อตกลงและเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน หน้าที่ของผู้ให้หลักประกันเกี่ยวกับการแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินกรณีมีการเปลี่ยนแปลงไปจากรายละเอียดที่จดทะเบียนต่อนายทะเบียน เหตุผู้บังคับหลักประกัน และวิธีการในการบังคับหลักประกัน



References

- Bridge, Michael, and Robert Stevens. *Cross-Border Security and Insolvency*. Oxford: Oxford University, 2001.
- Jareon Jesadaval. *Property Valuation Guide: Concepts and Procedures Integrated*. Nontaburee: Pordee, 2005. [In Thai]
- R.M., Good. *Commercial Law*. Middlesex: Penquin Book/Allen Lane, 1982.
- R.M., Goode. *Legal Problems of Credit and Security*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.
- Secretariat of the Cabinet. "Data Processing the Cabinet Resolutio: Bangkok Elevated Road and Train System in Bangkok and suburbs or Hopewell." Accessed April 1, 2017. <http://www.soc.go.th/acrobat/hopewell.pdf>. [In Thai]
- Sophon Ratanakorn. *The Explanation of Civil and Commercial Code on Obligations: General Provisions*. 2nd ed. Bangkok: Sahamritt Offset, 1990. [In Thai]
- Transport for NSW. "Rail Crop Deed Charge." Last modified December 3, 2006. Accessed June 13, 2016. <https://www.transport.nsw.gov.au/sites/default/files/.media/documents/2017/RailCorp%20Deed%20of%20Charge%20-%203%20Dec%202006%281%29.pdf>.