

บทที่ 4

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษามาในบทที่ 1, 2 และบทที่ 3 แล้วนั้น สรุปได้ว่าในการจัดทำโครงการอุตสาหกรรม สิ่งที่มีความจำเป็นต่อการดำเนินและบริหารโครงการก็คือ เงิน ซึ่งแหล่งที่มาที่สำคัญของเงินในการบริหารโครงการนั้น มีอยู่ 2 แหล่ง คือ จากแหล่งภายใน คือ ส่วนของผู้ถือหุ้น และจากแหล่งภายนอกกิจการ คือการกู้ยืม และในการให้วงเงินสินเชื่อเพื่อพัฒนาโครงการนั้นส่วนใหญ่จะเป็นรูปแบบของการเงินบริหารโครงการ (Project Financing) กล่าวคือ ผู้ให้สินเชื่อจะให้สินเชื่อโครงการที่มีลักษณะแบบไม่ไล่เบี้ยเอากับผู้สนับสนุนโครงการเลย (Non -Recourse) หรือ ผู้ให้สินเชื่อโครงการสามารถไล่เบี้ยเอากับเจ้าของโครงการได้บ้าง แต่มีข้อจำกัด (Limited -Recourse) ซึ่งจะเป็นลักษณะใดขึ้นอยู่กับความเสี่ยงมากน้อย และความเหมาะสมของแต่ละโครงการ ซึ่งส่วนใหญ่ในการทำ Project Financing นั้น โครงการต้องสนับสนุนตนเอง และผู้สนับสนุนจะเข้ามามีส่วนช่วยเหลือบ้างเท่าที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการ และในการพิจารณาโครงการ ความเป็นไปได้ของโครงการเพื่อที่จะอนุมัติโครงการและวงเงินสินเชื่อให้แก่โครงการนั้น สิ่งหนึ่งที่ผู้ให้สินเชื่อนำมาประกอบการวิเคราะห์ก็คือ "หลักประกัน" และสิ่งที่โครงการจะให้เป็นหลักประกันที่ให้กับผู้ให้สินเชื่อ ก็คือทรัพย์สินของโครงการเอง แต่ในโครงการอุตสาหกรรมที่เพิ่งเริ่มตั้งขึ้นหรือเริ่มพัฒนานั้นสิ่งที่เป็นทรัพย์สินของโครงการที่พอจะมีค่า มีประโยชน์ก็มีเพียงสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการ จึงได้มีการนำสัญญาต่างๆ ของโครงการมาจัดทำเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อโดยทำในรูปแบบของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างๆ ของโครงการ ซึ่งในการจัดทำสัญญา ดังกล่าวก็มีประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นว่าสัญญาที่จัดทำขึ้นนั้นจะสามารถบังคับได้แค่ไหนเพียงไร และใช้กฎหมายใดบังคับ

4.1 ปัญหาเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาเพื่อเป็นหลักประกัน

จากการศึกษาถึงกฎหมายที่บังคับกับสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาในบทที่ 3 ผู้เขียนมีความเห็นว่าปัญหาทางกฎหมายในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อแก่โครงการอุตสาหกรรมนั้น ที่มีข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามข้อกำหนดโดยเฉพาะในเรื่องการทำสัญญาเพื่อโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาไปเป็นหลักประกันนี้ เจตนาของคู่สัญญาต้องการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาที่เกี่ยวข้องกับโครงการ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเท่านั้น เนื่องจากยังไม่มีข้อความชัดเจนในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่างตอบแทนว่าสามารถทำได้หรือไม่ ดังนั้น คู่สัญญาจึงต้องทำสัญญาเพื่อเป็นการป้องกันตัวเองไว้ก่อน และเพื่อทำให้สัญญาที่ทำขึ้นนั้นสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เนื่องจากผลของกฎหมายทั้ง 2 อย่างนี้แตกต่างกัน กล่าวคือ การโอนสิทธิเรียกร้องหนี้ตามสัญญาเดิมยังคงอยู่ แต่การแปลงหนี้ใหม่ทำให้หนี้เดิมระงับลง

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษามาในบทที่ 3 ผู้เขียนมีความเห็นว่าสิทธิตามสัญญาต่างตอบแทนสามารถโอนได้ในรูปแบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่ในการโอนนั้นจะโอนได้เฉพาะส่วนที่เป็น "สิทธิ" ของผู้โอนเท่านั้น "หน้าที่" จะโอนไปไม่ได้โดยการโอนสิทธิเรียกร้อง หากจะมีการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนในสัญญาต่างตอบแทนก็จะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งในการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนก็ต้องทำตามแบบของการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เพราะกฎหมายกำหนดแบบของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไว้มีเงื่อนไขมากกว่าการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนซึ่งคู่สัญญาต่างเป็นเจ้าหนี้ และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน เมื่อแปลงหนี้ใหม่ก็จะเป็นการเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ จึงต้องมีการทำสัญญาทั้ง 3 ฝ่าย

ในการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องอื่นๆ ในสัญญาเป็นหลักประกัน ผู้เขียน
มีข้อเสนอแนะในการทำสัญญา ดังนี้

1. คู่สัญญาควรจะมีการทำสัญญาเป็น 3 ฝ่ายลงนามร่วมกัน เพื่อที่ว่าหากมีการตีความว่าสัญญาที่ทำเป็นการแปลงหนี้ใหม่ สัญญานี้ก็ยังมีผลบังคับได้เนื่องจากได้ทำตามแบบของการแปลงหนี้ใหม่

2. กำหนดเงื่อนไข หรือข้อกำหนด ในสัญญาโอนสิทธิให้เป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาบังคับก่อนเอาไว้ ว่าถ้าเกิดเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งในสัญญาจึงจะทำให้ การโอนสิทธิเรียกร้อง หรือการแปลงหนี้ใหม่มีผลใช้บังคับ เช่นกรณีลูกหนี้ผิดนัดตามสัญญาให้สินเชื่อ เป็นต้น การกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง คู่สัญญาในสัญญาเดิม (ผู้โอน กับเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้) ก็ยังมีสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาที่โอน และต้องปฏิบัติตามสัญญาตามปกติในช่วงที่การแปลงหนี้ใหม่ยังไม่มีผลบังคับ เนื่องจากยังไม่ถือว่าสัญญาเดิมระงับ

4.2 ปัญหาการโอนบัญชีเงินฝากประจำ และใบรับฝากเงินประจำเป็นหลักประกันเป็นการจำหน่ายสิทธิที่มีตราสารหรือไม่

จากการศึกษาในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่ามีคำพิพากษาฎีกาพิจารณาตัดสินในเรื่องนี้อยู่หลายฉบับ และมีคำพิพากษาฎีกาที่ 2453/2527 ประชุมใหญ่ได้ตัดสินอย่างชัดเจน และความเห็นของท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศรัทีย์ ไปในแนวทางเดียวกันว่าการทำสัญญาโอนบัญชีเงินฝากประจำ และใบรับฝากเงินประจำเป็นหลักประกันเป็นการจำหน่ายสิทธิที่มีตราสาร และในกรณีที่ผู้ให้สินเชื่อเป็นเจ้าหนี้ในเงินที่ให้ผู้ฝากกู้ และในขณะที่เดียวกันผู้ฝากเงินเป็นเจ้าหนี้ในเงินที่ฝากไว้ ผู้ให้สินเชื่อสามารถใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ได้

ในการทำสัญญารับจำหน่ายสิทธิในบัญชีเงินฝากประจำ และใบรับฝากเงินประจำเป็นหลักประกันนั้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในการทำสัญญาดังนี้

1. กำหนดในข้อสัญญาเป็นเรื่องการจำหน่ายสิทธิที่มีตราสาร แต่ในเรื่องการจำหน่ายนั้น ผู้ให้สินเชื่อไม่สามารถกำหนดในสัญญาได้ว่าเมื่อผู้กู้ผิดนัด ผู้ให้สินเชื่อจะทำเช่นไรกับทรัพย์สินที่จำหน่าย เพราะจะขัดต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 756 คือจะตกลงไว้เสียก่อนเวลานี้ถึงกำหนดชำระ เป็นอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำหน่ายเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำหน่าย หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นนอกจากบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำหน่ายนั้น ข้อตกลงย่อมไม่สมบูรณ์ ดังนั้น ผู้ให้สินเชื่อควรที่จะเพิ่มข้อกำหนดในข้อ 2 ดังจะได้กล่าวต่อไปด้วย

2. กำหนดเรื่องการหักกลบหนี้ เพื่อเป็นการแสดงเจตนาของผู้ให้สินเชื่อว่า ต้องการหักกลบหนี้ไว้ในสัญญา เพื่อที่ว่าผู้ให้สินเชื่อจะสามารถหักกลบหนี้ได้เลยโดยไม่ต้องแสดงเจตนามาหักหนี้ต่อผู้กู้ ซึ่งจะช่วยแก้ปัญหาข้อขัดข้องตามมาตรา 756

3. หากผู้ให้สินเชื่อยังไม่มีความมั่นใจในเรื่องที่ว่าใบบัญชีเงินฝากประจำ และใบรับฝากเงินประจำเป็นการจำหน่ายสิทธิที่มีตราสาร ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดให้ผู้กู้นำเงินไปฝากในบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ แล้วนำตัวสัญญาใช้เงินมาสลักหลังโอนให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ เป็นการจำหน่ายตัวสัญญาใช้เงินเป็นหลักประกันตามมาตรา 750

4.3 ปัญหาในการจัดทำทรัสต์รีซีทโดยไม่มี Shipping document เป็นหลักประกัน

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการทำทรัสต์รีซีท โดยไม่มี Shipping document สามารถทำได้ แต่จะต้องมีการทำสัญญาจำหน่ายสิทธิไว้กับธนาคารเป็นสัญญาเบื้องต้นก่อน ซึ่งการจำหน่ายสิทธินั้นอาจเป็นการจำหน่ายสิทธิในใบรับของจากคลังสินค้า หรือใบประทวนสินค้า และเมื่อผู้กู้ต้องการนำทรัพย์สินไปใช้ในการก่อสร้างหรือติดตั้ง หรือใช้ในการประกอบการ ผู้กู้จึงเข้าทำสัญญาทรัสต์รีซีทกับผู้ให้สินเชื่อ เพื่อเป็นหลักประกันแทนทรัพย์สินที่ผู้ให้สินเชื่อครอบครองอยู่ และควรจะกำหนดไว้ในสัญญาทรัสต์รีซีทเพิ่มเติม ดังนี้

1. กำหนดให้ผู้กู้ เป็นผู้ทำกรรมกรรมประกันภัยในนามของผู้ให้สินเชื่อ และออกค่าใช้จ่ายทั้งหมด เพื่อเป็นการแก้ปัญหาว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในค่าเสียหายในกรณีทรัพย์สินสูญหายหรือเสียหายไป

2. กำหนดให้ผู้กู้ เป็นผู้รับผิดชอบในกรณีการละเมิดอันเนื่องมาจากทรัพย์สินนำมาทำทรัสต์รีซีท

4.4 ปัญหาในเรื่องการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำของผู้ให้สินเชื่อ

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีที่เครื่องจักรที่นำเข้ามาของผู้กู้ ยังไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องจักรได้ เนื่องจากขาดเอกสารบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่นใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน หรือเครื่องจักรนั้นยังเป็นชิ้นส่วนยังไม่ได้ประกอบเป็นเครื่องจักรที่ใช้งานได้ ดังนั้น จึงยังไม่สามารถนำไปจดทะเบียนจำนองเครื่องจักรด้วยเช่นกัน แต่เครื่องจักรเหล่านี้มักจะ เป็นเครื่องจักรที่มีราคาแพง และเป็นสาระสำคัญของโครงการ ดังนั้น ผู้ให้สินเชื่อจึงมักจะให้ผู้กู้นำเครื่องจักรดังกล่าวมาทำการจำนำไว้กับผู้ให้สินเชื่อก่อนเพื่อเป็นหลักประกัน แต่ในการก่อสร้างและพัฒนาโครงการ ผู้กู้มีความจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินที่จำนำเพื่อการก่อสร้างหรือติดตั้ง เพื่อให้โครงการเสร็จทันกำหนด หากผู้ขายคืนทรัพย์สินที่จำนำไปสู่การครอบครองของผู้กู้ การจำนำก็จะระงับ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกดูแลทรัพย์สินที่จำนำแทนผู้ให้กู้ ซึ่งสามารถทำได้ตามมาตรา 749 ซึ่งบุคคลภายนอกที่ผู้ให้สินเชื่อควรจะต้องให้เป็นผู้ดูแลมากที่สุด ก็คือ ผู้รับเหมาก่อสร้าง เพราะจะเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดและต้องดูแลทรัพย์สินที่ก่อสร้างอยู่แล้ว แต่ที่มีปัญหา ก็คือ ในบางครั้งผู้รับเหมาก่อสร้างก็ไม่อยากรับเป็นตัวแทนในการดูแลและครอบครองทรัพย์สินแทนผู้ให้สินเชื่อ ถึงแม้ว่าจะมีค่าตอบแทนก็ตาม ดังนั้นในทางปฏิบัติ ผู้ให้สินเชื่อต้องกำหนดให้ผู้กู้ผู้ออกหนังสือเชิญชวนให้มาประมูลรับเหมาก่อสร้างโครงการระบุในเอกสารดังกล่าวถึงหน้าที่ของผู้รับเหมาก่อสร้างหากสามารถประมูลโครงการได้ ต้องรับเป็นตัวแทนของผู้ให้สินเชื่อในการดูแลทรัพย์สินที่จำนำด้วย และควรมีการกำหนดค่าตอบแทนในการดูแลและครอบครองแทนผู้ให้สินเชื่อด้วย ซึ่งวิธีนี้ก็ เป็นทางออกของปัญหาเรื่องการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำได้วิธีหนึ่ง นอกจากการทำทรัพย์สินที่จำนำยังคงเป็นของผู้กู้ เช่นการประกันภัยทรัพย์สินที่จำนำ เป็นต้น ผู้ให้สินเชื่อควรระบุในสัญญาจำนำด้วยว่า กรณีที่ทรัพย์สินที่จำนำไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกผู้กู้ต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้น มิฉะนั้นอาจมีปัญหามาภายหลังได้ว่าผู้รับเหมา หรือ ผู้กู้ หรือผู้ให้สินเชื่อเป็นผู้รับผิดชอบ และการทำสัญญาจำนำโดยให้บุคคลภายนอกดูแลทรัพย์สินแทนนี้ ผู้ให้สินเชื่อก็ยังอยู่ในฐานะ เจ้าหนี้มีประกันซึ่งก็ยิ่งสร้างความมั่นใจให้ผู้ให้สินเชื่อได้ในระดับหนึ่ง

4.5 ปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากตัวแทนประกันภัยของผู้ที่ไม่ทำหน้าที่ให้ได้มาตรฐาน

ในปัจจุบัน การทำประกันภัยโครงการส่วนใหญ่จะมีการประกันกับบริษัทประกันภัยรายเดียว แล้วบริษัทประกันภัยจะนำความเสี่ยงภัยนั้นไปทำการประกันภัยต่อ ซึ่งในการทำประกันภัยในโครงการใหญ่ๆ นั้น จะมีตัวกลางในการประสานงานระหว่างผู้เอาประกันภัย กับ ผู้รับประกันภัย ซึ่งผู้ที่ทำหน้าที่นี้คือ ตัวแทนประกันภัย (Broker) ซึ่งจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในการหาผู้รับประกันภัยที่รับซื้อความเสี่ยงของโครงการให้ได้ตามเกณฑ์ขั้นมาตรฐานที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนด และเป็นที่ยอมรับของที่ปรึกษาทางด้านประกันภัยของผู้ให้สินเชื่อด้วย แต่เท่าที่ผ่านมาผู้ให้สินเชื่อไม่สามารถเข้าไปควบคุมการทำงานของ Broker ได้อย่างเต็มที่ และ Broker อาจไม่ได้ใช้ความรู้ ความสามารถอย่างเต็มที่ในการเลือกซื้อประกันภัยที่เหมาะสม และเป็นมาตรฐานสำหรับโครงการอุตสาหกรรมนั้นๆ โดยมุ่งหวังแต่เพียงให้ได้ค่าเบี้ยประกันภัยที่ต่ำที่สุด

ดังนั้น ผู้ให้สินเชื่อจึงสร้างมาตรการเพื่อบังคับให้ Broker ทำหน้าที่ของตนให้ดีที่สุด โดยให้ผู้กู้ต้องกำหนดให้ Broker ออกหนังสือให้คำมั่นว่าจะปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างผู้เชี่ยวชาญ และรับรองว่าตนมีพันธะในการซื้อกรมธรรม์ประกันภัยให้ได้มาตรฐานตามที่ระบุไว้ในสัญญาให้สินเชื่อ ซึ่งหนังสือนี้เรียกว่า "Broker's Undertaking" ซึ่งก็ถือว่าเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของผู้ให้สินเชื่อได้ เพราะหากได้กรมธรรม์ประกันภัยโครงการที่ได้มาตรฐาน และเหมาะสมกับโครงการก็เป็นการลดความเสี่ยงของผู้ให้สินเชื่อในกรณีที่โครงการเกิดความเสียหาย