

กฎหมายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 : ศึกษาข้อกำหนด
มาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2559
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PRIVATE INVESTMENTS IN STATE UNDERTAKINGS ACT B.E.2556
: STUDY ON REQUIREMENTS OF PPPS STANDARD CONTRACTS
IN RELATION TO PUBLIC LAND DEVELOPMENT PROJECTS

Miss Unchana Tana-o-lan



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2016
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

กฎหมายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.
2556 : ศึกษาข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนใน
โครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

โดย

นางสาวอัญชญา ธนาโอฬาร

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยันติ ไกรกาญจน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ พิเศษ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยันติ ไกรกาญจน์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ญาใจ พัฒนสุขสวัสดิ์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์นพดล อินทรลิป)

5686040234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: PPP CONTRACT / PUBLIC LAND DEVELOPMENT PROJECTS / STANDARD REQUIREMENTS / RISK ALLOCATION

UNCHANA TANA-O-LAN: PRIVATE INVESTMENTS IN STATE UNDERTAKINGS ACT B.E.2556: STUDY ON REQUIREMENTS OF PPPS STANDARD CONTRACTS IN RELATION TO PUBLIC LAND DEVELOPMENT PROJECTS. ADVISOR: ASST. PROF. CHAYANTI GREIGARN, 197 pp.

The drafting of the PPPs Contract in relation to Public Land Development Projects must contain the standard contract provision and details as prescribed by Private Investment in State Undertaking Act B.E.2556 and Notification of State Enterprise Policy Office Re: Requirements of PPPs Standard Contracts. Nevertheless, the contract drafting treat cause of unclear provision. The researcher has studied and conducted a comparison law and the drafting PPPs Contract guidelines of Australia and UK. This thesis intends to proposed requirement is as follows:

1. Contract term provision should required the Conditions Precedent to Financial close and required the target date for satisfaction of the conditions Precedent. Furthermore, the provision should also required the renewal process of the Contract, which it made before this Act enforceable. The party should comply with the renewal provision in such contract and the Authority should appoint a selection committee under Section 35, to negotiate and consider the Contractor proposal. And the next stage, the renew of the Contract shall be in accordance with this Act.

2. Supervening events provision should required the definition and the consequences of Force Majeure, Relief Event and Compensation Event. And such events which is appropriate for the Authority amending the payment mechanism, extending the term of the Contract or even giving the compensation to the Contractor for Authority Default.

3. Insurance provision should required the Contractor to take out and maintain certain insurance as a means of managing particular risks. The Insurance Proceeds should recover The Senior Lender for an amount equal to the outstanding Debt and how Insurance Proceeding is better value for money for the Contractor.

4. Early Termination provision should required and limited scope of voluntary termination by the Authority which the Contractor should receive a termination payment. And the Contractor can be terminated in the response to the material changing of fundamental circumstances if adaptation of the contract is not possible or cannot reasonably be imposed on both party

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2016

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสะดวกตากรุณาจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชยันติ ไกรกาญจน์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ากรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยได้กรุณาให้ความห่วงใย มอบความรู้ ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์เพื่อพัฒนาปรับปรุงวิทยานิพนธ์ และคอยกระตุ้นให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์สม่ำเสมอ ตลอดจนแก้ไขปัญหาต่างๆให้แก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ญาใจ พัฒนสุขวสันต์ และท่านอาจารย์นพดล อินทรลิบ ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทุกท่านได้ให้ความรู้ และข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ รวมทั้งให้ความเมตตาสละเวลาอันมีค่าเพื่อมาดำเนินการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน

ผู้เขียนต้องขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ นาวาอากาศเอก นายแพทย์ เพิ่มยศ โกศลพันธุ์ และผู้บริหารทุกท่านของสำนักงานจัดการทรัพย์สินจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่สนับสนุนในการศึกษาระดับปริญญาโทของผู้เขียน และขอขอบคุณ คุณภคทัชช พัทธัคชยษ์ และ คุณเจษฎา เจนอุดมทรัพย์และพี่ เพื่อน น้อง ที่ได้ให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจสำคัญเสมอมา

สุดท้าย ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งที่ได้ให้การอุปการะเลี้ยงดู ส่งเสริม สนับสนุนผู้เขียนในทุกด้าน รวมทั้งสร้างพลังที่ยิ่งใหญ่ในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความสำคัญและสภาพปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	6
1.3 ขอบเขตของการทำวิจัย.....	6
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	7
บทที่ 2 การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ.....	8
2.1 ลักษณะและความสำคัญของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ.....	8
2.1.1 ความเป็นมาของพระราชบัญญัติ.....	8
2.1.2 แนวคิดการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน.....	11
2.1.3 หลักการสำคัญของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน.....	12
2.1.4 รูปแบบของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน.....	16
2.1.5 หลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน.....	19
2.1.5.1 การเสนอโครงการ.....	22
2.1.5.2 การดำเนินโครงการ.....	23
2.1.5.3 การกำกับดูแลโครงการ.....	23
2.1.5.4 การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่.....	24

2.1.6	การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศ	25
2.1.6.1	ประเทศออสเตรเลีย	25
2.1.6.2	ประเทศอังกฤษ	28
2.2	การร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ	29
2.2.1	การให้เช่าที่ดินของรัฐ	29
2.2.2	การให้สิทธิเอกชนร่วมลงทุนในที่ดินของรัฐ	31
2.3	การร่างสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐตามข้อกำหนดมาตรฐานของ สัญญาแห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556	32
2.3.1	ประเด็นเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ	34
2.3.2	ประเด็นเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด	37
2.3.3	ประเด็นเกี่ยวกับการประกันภัย และการใช้ค่าสินไหมทดแทน	39
2.3.4	ประเด็นเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา	41
บทที่ 3	การร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของต่างประเทศ	42
3.1	การร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาร่วมลงทุนของประเทศออสเตรเลีย	42
3.1.1	ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ	42
3.1.1.1	หลักเกณฑ์การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลา (Condition Precedent to Financial Close)	43
3.1.1.2	การกำหนดให้วางหลักประกันระหว่างการปฏิบัติตามเงื่อนไข (Conditions Precedent bond).....	45
3.1.1.3	การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข (Termination).45	
3.1.2	ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด	46
3.1.2.1	เหตุสุดวิสัย	46
3.1.2.1.1	หลักเกณฑ์ของเหตุสุดวิสัย	47
3.1.2.1.2	การดำเนินการกรณีเหตุสุดวิสัย	48

3.1.2.2 เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา (Relief for Possible Key Risk Events).....	50
3.1.2.2.1 หลักเกณฑ์ของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา	50
3.1.2.2.2 การดำเนินการกรณีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา	52
3.1.2.3 เหตุเรียกค่าชดเชย (Compensation Event).....	54
3.1.2.3.1 หลักเกณฑ์ของเหตุเรียกค่าชดเชย.....	54
3.1.2.3.2 การดำเนินการกรณีเหตุเรียกค่าชดเชย	55
3.1.3 ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยและการใช้ค่าสินไหมทดแทน	57
3.1.3.1 การจัดทำประกันภัย	57
3.1.3.1.1 การควบคุมการจัดทำประกันภัย.....	57
3.1.3.1.2 การควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการประกันภัย	61
3.1.3.1.3 การพิจารณาให้ความเห็นชอบบริษัทรับประกันภัย	61
3.1.3.2 การทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก.....	61
3.1.3.3 การใช้ค่าสินไหมทดแทน (Insurance Proceeds).....	61
3.1.4 ข้อกำหนดเรื่องเหตุเล็กสัญญา.....	63
3.1.4.1 การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ.....	63
3.1.4.2 การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน	65
3.2 การร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาร่วมลงทุนของประเทศอังกฤษ	67
3.2.1 ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ	68
3.2.1.1 หลักเกณฑ์การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลา.....	69
3.2.1.2 การกำหนดให้วางหลักประกันระหว่างเงื่อนไข	70
3.2.1.3 การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข	70
3.2.2 ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นๆที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิด	70

3.2.2.1 เหตุสุควิสัย.....	70
3.2.2.1.1 หลักเกณฑ์ของเหตุสุควิสัย.....	71
3.2.2.1.2 การดำเนินการกรณีเหตุสุควิสัย.....	72
3.2.2.2 เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา (Relief Event).....	73
3.2.2.2.1 หลักเกณฑ์ของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา	73
3.2.2.2.2 การดำเนินการกรณีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา	75
3.2.2.3 เหตุเรียกค่าชดเชย (Compensation Event).....	76
3.2.2.3.1 หลักเกณฑ์ของเหตุเรียกค่าชดเชย.....	77
3.2.2.3.2 การดำเนินการกรณีเหตุเรียกค่าชดเชย	77
3.2.3 ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัย และการใช้ค่าสินไหมทดแทน	79
3.2.3.1 การจัดทำประกันภัย	80
3.2.3.1.1 การควบคุมการจัดทำประกันภัย.....	80
3.2.3.1.2 การควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการประกันภัย	87
3.2.3.1.3 การพิจารณาให้ความเห็นชอบบริษัทรับประกันภัย	88
3.2.3.2 การทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก.....	88
3.2.3.3 การใช้ค่าสินไหมทดแทน (Insurance Proceeds).....	89
3.2.4 ข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา	92
3.2.4.1 การเลิกสัญญาเพราะคู่สัญญาฝ่ายรัฐผิดสัญญา (Termination on Authority Default).....	92
3.2.4.2 การเลิกสัญญาเพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา (Termination on Contractor Default).....	95
3.2.4.3 การเลิกสัญญาเพราะเหตุสุควิสัย	97
3.2.4.4 การเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ	98
3.2.4.5 การเลิกสัญญาเพราะเหตุอื่น.....	100

บทที่ 4 วิเคราะห์ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ	101
4.1 วิเคราะห์ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ	101
4.1.1 การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการ	101
4.1.2 ข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญา	108
4.2 วิเคราะห์ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด	113
4.2.1 เหตุสุดวิสัย	115
4.2.1.1 หลักเกณฑ์ของเหตุสุดวิสัย	115
4.2.1.2 การดำเนินการกรณีเหตุสุดวิสัย	120
4.2.2 เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา	126
4.2.2.1 หลักเกณฑ์ของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา	126
4.2.2.2 การดำเนินการกรณีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา	133
4.2.3 เหตุเรียกค่าชดเชย	136
4.2.3.1 หลักเกณฑ์ของเหตุเรียกค่าชดเชย	136
4.2.3.2 การดำเนินการกรณีเหตุเรียกค่าชดเชย	138
4.3 วิเคราะห์ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยและการใช้ค่าสินไหมทดแทน	143
4.3.1 การจัดทำประกันภัย	145
4.3.1.1 การควบคุมการจัดทำประกันภัย	146
4.3.1.2 การควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของประกันภัย	151
4.3.2 การทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก	154
4.3.3 การใช้ค่าสินไหมทดแทน	157
4.4 วิเคราะห์ข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา	165
4.4.1 การกำหนดสิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ	166

4.4.2 การเลิกสัญญาเนื่องจากพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในการปฏิบัติการชำระหนี้ อย่างมาก	171
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	177
5.1 บทสรุป	177
5.2 ข้อเสนอแนะ	188
รายการอ้างอิง	192
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	197



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญและสภาพปัญหา

โครงการพัฒนาและบริหารจัดการที่ดินของรัฐที่รัฐมีภารกิจหน้าที่และยุทธศาสตร์ตามกฎหมายให้ดูแลที่ดิน เพื่อประโยชน์สูงสุดในการใช้ที่ดินอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่ามากที่สุด การลงทุนพัฒนาที่ดินของรัฐนั้นอาจเป็นโครงการพัฒนาเพื่อการพาณิชย์กรรม การอุตสาหกรรม หรือการอยู่อาศัย วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมุ่งศึกษาการลงทุนพัฒนาที่ดินของรัฐเพื่อการพาณิชย์กรรม อาทิเช่น การลงทุนพัฒนาที่ดินเพื่อสร้างศูนย์การประชุมขนาดใหญ่ ศูนย์การค้า ห้างสรรพสินค้า พื้นที่ค้าปลีก โรงแรม อาคารสำนักงาน และอาคารที่พักอาศัย เป็นต้น

ในอดีตที่ผ่านมาโครงการพัฒนาและบริหารจัดการที่ดินของรัฐขนาดใหญ่เพื่อการพาณิชย์กรรมนั้นจะเป็นการพัฒนาและดำเนินโครงการโดยหน่วยงานของรัฐลงทุนดำเนินการพัฒนาก่อสร้างและบริหารจัดการด้วยงบประมาณของหน่วยงาน ซึ่งหน่วยงานรัฐจะต้องจัดสรรเงินงบประมาณเพื่อรองรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งหมด นอกจากนี้ รัฐยังต้องบริหารความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นตลอดระยะเวลาของโครงการ ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงการพัฒนาโครงการช่วงการออกแบบ ก่อสร้างและทดสอบระบบ ความเสี่ยงทางด้านรายได้ที่เกิดจากความต้องการของตลาดไม่แน่นอน ซึ่งล้วนแต่จะก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อการดำเนินกิจการโครงการ ดังนั้น จึงได้เกิดแนวความคิดในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน (Public – Private Partnerships: PPPs) มาใช้กับโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ เพื่อลดภาระงบประมาณของรัฐ และถ่ายโอนความเสี่ยงให้แก่ภาคเอกชน อีกทั้งปรับปรุงการใช้ประโยชน์ที่ดินให้มีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุด

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่มีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่ห้าพันล้านบาทขึ้นไปซึ่งถือเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง ประกอบกับมีลักษณะเป็นการนำเอาที่ดินอันเป็นทรัพย์สินของรัฐซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่จะต้องดูแลที่ดินดังกล่าวไปให้เอกชนพัฒนาลงทุน ซึ่งการให้เอกชนร่วมลงทุนในลักษณะดังกล่าวอาจทำในรูปแบบร่วมลงทุนกับรัฐ หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดก็ตาม การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐดังกล่าวถือว่าเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการที่เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานรัฐและเป็นกิจการที่ต้องใช้ทรัพย์สินของรัฐ อันอยู่ในความหมายของบทนิยามคำว่า “กิจการของรัฐ” ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556¹ ² ซึ่งการให้เอกชนร่วมลงทุน

¹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 130 ตอนที่ 31 ก ลงวันที่ 3 เมษายน 2556

² มาตรา 4 บัญญัติว่า “กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

ในโครงการพัฒนาที่ดินรัฐรายนั้นจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนด³ ซึ่งรวมถึงการจัดทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน

ในบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556⁴ ประกอบกับประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558⁵ ข้อ 4⁶ ซึ่งกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ซึ่งแต่ละ

(1) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย

(2) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

³ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 587/2530, 239/25421 และ 182/2549

⁴ มาตรา 34 “ร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 33 ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1. ระยะเวลาของโครงการ
2. การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ
3. อัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ
4. การเปลี่ยนแปลงการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง

5. สิทธิประโยชน์ของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการ

6. เหตุสุดวิสัย และการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน

7. เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา และการชำระค่าเสียหาย

8. การค้ำประกัน การประกันภัย และการชดเชยค่าเสียหาย

9. การระงับข้อพิพาท”

⁵ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 46 ง วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2558

⁶ ข้อ 4. “ข้อกำหนดมาตรฐานที่ต้องมีในสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยรายละเอียดในเรื่องดังต่อไปนี้โดยจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศฉบับนี้และแนวทางปฏิบัติที่สำนักงานกำหนดตามข้อ 7

(1) ระยะเวลาของโครงการ

(2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ

(3) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

(4) การลงทุนของหน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนรวมทั้งแหล่งเงินทุนของเอกชน

(5) สิทธิประโยชน์ซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์ของโครงการและการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการหากมีการใช้ทรัพย์สินของรัฐ

ในการดำเนินโครงการโดยจะต้องระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์และการบำรุงรักษาทรัพย์สินดังกล่าวด้วย

(6) การบูรณะพัฒนาสินทรัพย์ของโครงการ

(7) อัตราค่าบริการและการปรับเปลี่ยนอัตราค่าบริการวิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการ

ผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างเอกชนและหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งให้รวมถึงผลประโยชน์ตอบแทนในส่วนที่ผันแปรตามผลประกอบการและสิทธิในการหักค่าใช้จ่ายหรือภาษีและค่าธรรมเนียมจากรายได้ที่เกิดขึ้นทั้งนี้ให้ระบุถึงการตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนในรายได้ที่เกิดขึ้นด้วย

สัญญาจะต้องมีเงื่อนไขสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างน้อย และกำหนดเป็นเงื่อนไขที่จะต้องปรากฏในสัญญาไว้เป็นแนวทางในการร่างสัญญาเพื่อให้สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่เนื่องจากประกาศดังกล่าวไม่มีความชัดเจนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของข้อกำหนดสัญญาอย่างเพียงพอที่จะใช้เป็นมาตรฐาน อันก่อให้เกิดปัญหาในการร่างสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐในปัจจุบันหลายประการ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

1. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ ซึ่งแยกปัญหาในการพิจารณา ดังนี้

เนื่องจากกฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐไว้ จึงทำให้การกำหนดเงื่อนไขนั้น คู่สัญญาอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรม สัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้โดยเสรี ทำให้การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลามีความหลากหลายและไม่เป็นแนวทางเดียวกัน ขึ้นอยู่กับความสามารถในการเจรจาของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย เช่น การกำหนดให้เริ่มนับระยะเวลาโครงการมีผลตั้งแต่วันที่เอกชนยื่นขออนุญาตก่อสร้างกับหน่วยงานราชการ หรือตั้งแต่วันที่หน่วยงานรัฐเจ้าของโครงการอนุมัติแบบ การก่อสร้าง หรือตั้งแต่วันที่เอกชนดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จตามสัญญากำหนด หรือตั้งแต่วันที่เอกชนเริ่มประกอบกิจการ เป็นต้น ส่งผลของการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลานั้นมีผลที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ และอาจทำ

(8) การให้การสนับสนุนของภาครัฐเพื่อการดำเนินการตามสัญญาของฝ่ายผู้ร่วมลงทุนเอกชน

(9) การเปลี่ยนลักษณะการให้บริการของโครงการการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิ

เรียกร้อง

(10) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยรวมทั้งการชำระค่าตอบแทน

(11) เหตุแห่งการเลิกสัญญาวิธีการบอกเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญานอกเหนือจากกรณีการสิ้นสุดของสัญญาตามระยะเวลา โดยรวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการดำเนินการเพื่อให้บริการต่อไป หากมีการระงับของโครงการและการชำระค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา

(12) หลักประกันสัญญาการค้ำประกันทั้งนี้ให้ระบุเงื่อนไขในการคืนหรือรับหลักประกันสัญญาด้วย

(13) การประกันภัยและการชดเชยค่าเสียหาย

(14) การระงับข้อพิพาทซึ่งต้องไม่เป็นการผูกพันให้หน่วยงานเจ้าของโครงการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเว้นแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะได้แสดงถึงเหตุผลและความจำเป็น เนื่องจากทางปฏิบัติโดยปกติทั่วไปของสัญญาร่วมลงทุนประเภทนี้หรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

(15) กฎหมายที่ใช้บังคับซึ่งจะต้องกำหนดให้สัญญาร่วมลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซึ่งรวมถึงการดำเนินการโครงการอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายไทย

(16) สิทธิของหน่วยงานเจ้าของโครงการในการเข้าดำเนินโครงการ

(17) ทรัพย์สินทางปัญญา

(18) ภาษีอากรและค่าธรรมเนียม

(19) เรื่องอื่นๆตามที่กำหนดไว้ในแนวทางปฏิบัติของสำนักงาน”

ให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันเกินสมควร ดังนั้น จึงควรศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่ม
นี้ระยะเวลาของการให้เอกชนร่วมลงทุนโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

นอกจากนี้ การที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง⁷
ได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการภายหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้ว อีกทั้งในข้อ 5 (1) ของ
ประกาศเรื่องข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ยังได้ออกข้อห้ามมิให้มีข้อกำหนดต่อ
หรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที ดังนั้น การกำหนดให้มีการต่ออายุสัญญาจึงไม่อาจ
กระทำได้อีกต่อไป และเกิดประเด็นว่าสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินที่ทำขึ้นก่อน
พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายเดิมสามารถขอต่ออายุ
สัญญาได้ ซึ่งอาจเกิดความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติแก่คู่สัญญาว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรอันเนื่องมาจาก
การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายดังกล่าว และอีกกรณีที่เป็นกรณีที่สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการ
พัฒนาที่ดินทำ ณ ขณะที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับจะมีผลทางกฎหมายประการใด จึงสมควรศึกษา
แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาของศาลและศึกษาแนวทางในการแก้ไขสัญญา
ต่อไป

2. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด

เนื่องจากกฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุสุดวิสัยหรือเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด
สำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักกฎหมายในประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ ซึ่งแม้ว่าเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นหรือจำกัดความผิดอาจกำหนด
ได้ตามบทบัญญัติกฎหมาย เช่น เหตุที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย และเหตุที่เป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้
ไม่ต้องรับผิด หรืออาจกำหนดโดยข้อสัญญาก็ได้ ซึ่งการกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดนั้น คู่สัญญาอาจขยาย
เหตุการณ์ต่างๆที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดอย่างไรก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบ
เรียบร้อยของประชาชน และจากการศึกษาเนื้อหาของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดิน
ของรัฐส่วนใหญ่ แสดงให้เห็นถึงอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการกำหนดเหตุยกเว้นความ
รับผิด โดยไม่คำนึงถึงหลักการของการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ คือการจัดสรรความ
เสี่ยงระหว่างคู่สัญญาอย่างเหมาะสม จึงมีประเด็นปัญหาความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น จึง
ควรศึกษาหลักเกณฑ์และการดำเนินการในการกำหนดเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิดอย่างไรจึง
จะเหมาะสมและเป็นธรรมต่อการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

3. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องการประกันภัย

⁷ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ให้นายงานเจ้าของโครงการจัดทำแนวทางการดำเนินการของรัฐภายหลังจากสัญญาร่วมลงทุน
สิ้นสุดโดยเปรียบเทียบการดำเนินการของรัฐกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเอง กรณีให้เอกชนร่วมลงทุน และกรณีให้เอกชนราย
เดิมร่วมลงทุน เสนอต่อกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างน้อยห้าปีก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดลง โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและความต่อเนื่องใน
การดำเนินการของรัฐ เพื่อเสนอให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเสนอต่อคณะกรรมการ และให้คณะกรรมการพิจารณาเสนอ
ความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

เนื่องจากสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนส่วนใหญ่มักกำหนดให้เอกชนเป็นผู้จัดทำประกันภัยกับบริษัทประกันภัย ซึ่งหน่วยงานของรัฐมิได้เข้าไปมีส่วนร่วมตัดสินใจใดๆ เพียงแต่รับทราบผลของการจัดทำประกันภัยเท่านั้น โดยที่หน่วยงานของรัฐไม่สามารถต่อรองและขอให้เพิ่มเติมความคุ้มครองให้ครอบคลุมทุกความเสี่ยงของโครงการที่สามารถทำประกันภัยได้ตลอดอายุสัญญา หากเอกชนจัดทำประกันภัยโดยขาดความเข้าใจในการทำประกัน อาจทำให้เกิดข้อพิพาทในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในภายหลัง เนื่องจากความคุ้มครองของการประกันภัยไม่ครอบคลุมถึงความเสี่ยงและภัยที่เกิดขึ้น ทำให้ประกันภัยไม่อาจชดเชยความเสียหายหรือสูญหายอย่างแท้จริง รวมถึงไม่มีการกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักที่คุ้มครองความเสียหายที่สืบเนื่องจากความเสียหายต่อทรัพย์สิน เพื่อคุ้มครองการสูญเสียมูลค่าของกิจการและชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ซึ่งอาจเกิดความเสียหายต่อสถานะทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างรุนแรง ถึงขั้นทำให้ธุรกิจล้มละลายก็เป็นได้ ดังนั้น จึงสมควรศึกษาหลักเกณฑ์ในการควบคุมการจัดทำประกันภัยและการกำหนดประเภทการทำประกันภัย เพื่อกำหนดเงื่อนไขการทำประกันภัยในสัญญาร่วมลงทุนให้มีความรัดกุมและสามารถตอบสนองความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นแก่โครงการอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้น คือ กรณีที่คู่สัญญาได้มีการตกลงเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเรื่องใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเคยมีคำพิพากษาของศาลฎีกา⁸ตัดสินไว้ว่า ในกรณีที่สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐกำหนดการประกันภัยให้มีการชดใช้และการใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้เช่นไร คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดเช่นนั้นอย่างเคร่งครัด จะตกลงเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นมิได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าพิจารณาต่อไปว่าคำพิพากษาของศาลฎีกาในลักษณะดังกล่าวมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาผู้สุจริตทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และจะมีแนวทางอย่างไรในการที่ให้คู่สัญญามีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงการใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นอย่างอื่น หากการใช้ค่าสินไหมตามความตกลงเดิมที่กำหนดในสัญญานั้นไม่เกิดความคุ้มค่าทางการเงินและไม่สมประโยชน์แก่โครงการอีกต่อไป

4. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา

แม้ว่าพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจโดยตรงเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามหลักสัญญาทางปกครองแต่กลับมีการนำหลักสัญญาทางปกครองมาปรับใช้ในการกำหนดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ มีลักษณะคล้ายกับสัญญาทางปกครองที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสถานะเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งในการกำหนดเงื่อนไขในการดำเนินกิจการและบริหารโครงการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นการกำหนดข้อสัญญาให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญา ในขณะที่การใช้

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองคดีหมายเลขแดงที่ อม. 1/2553 คำพิพากษาลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2553 (เฉพาะส่วนการอนุมัติให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการที่ดาวเทียมไทยคม 3 เกิดความเสียหาย ซึ่งเป็นบางส่วนของคดี ยึดทรัพย์ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร) . โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อ 2.3.3.2 เรื่อง ประเด็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและการใช้ค่าสินไหมทดแทน

สิทธิเลิกสัญญาของฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นไปตามกฎหมายเพียงเท่าที่กฎหมายจะเปิดโอกาสให้ใช้สิทธิได้ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงควรพิจารณาว่าการเลิกสัญญาอย่างไรจะเป็นการเลิกสัญญาของรัฐโดยสุจริตและไม่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ และอีกปัญหาหนึ่งก็คือ พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อไปได้ ซึ่งหากเงื่อนไขสัญญาไม่ชัดเจนที่ให้เอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาในกรณีดังกล่าว ย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ จึงสมควรหรือไม่ที่จะกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีดังกล่าวได้ รวมถึงจะต้องมีหลักเกณฑ์เช่นไรในการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเลิกสัญญาอย่างเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ดังนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่าประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเพียงพอต่อการร่างสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดิน จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาปัญหาข้างต้น เพื่อหาแนวทางในการจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐให้มีความชัดเจน เป็นธรรมและเป็นมาตรฐานเดียวกันในการร่างสัญญาของทุกโครงการพัฒนาที่ดิน และเพื่อให้สัญญาทุกข้อมีผลบังคับได้จริง

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาในการร่างสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประกอบกับข้อ 4 และข้อ 5 ของประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558
2. เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนของประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่องข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558
3. เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาที่ชัดเจนและเป็นธรรมแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

1.3 ขอบเขตของการทำวิจัย

ศึกษาข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ เหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบการประกันภัยและการใช้ค่าสินไหมทดแทน และเหตุบอกเลิกสัญญา ที่จะใช้ในการร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประกอบข้อ 4 ของประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเรื่องข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญา พ.ศ. 2558 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยระยะเวลา หนังสือ นิติกรรมและสัญญา หนังสือ วารสารและบทความทางวิชาการ คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา คำพิพากษา

นอกจากนี้ ศึกษาหลักกฎหมายและกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของประเทศออสเตรเลียและประเทศอังกฤษ ตลอดจนการร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนของประเทศไทยประเทศออสเตรเลียและประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจกำลังศึกษาและจะจัดทำกรอบแนวทางของสัญญาร่วมลงทุนเพื่อเป็นแนวทางให้แก่หน่วยงานของรัฐด้วย

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

ในการบังคับใช้มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประกอบกับข้อ 4 ของประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 เกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องระยะเวลา เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยรวมทั้งการชำระค่าตอบแทน การประกันภัยและการชดเชยค่าเสียหาย และเหตุบอกเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา และการชำระค่าเสียหาย ยังไม่มีความชัดเจนในสาระสำคัญของข้อกำหนดและยังไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะใช้เป็นมาตรฐานในการร่างสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาความไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ทั้งกฎหมายของประเทศไทย ประเทศออสเตรเลียและประเทศอังกฤษ โดยการรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ บทความ วารสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานรัฐบาล รายงานการสัมมนา รายงานการวิจัย คำพิพากษา รวมถึงสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. ทำให้ทราบกฎหมายและปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของข้อกำหนดสัญญามาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐตามขอบเขตข้อ 1.3
2. ทำให้ทราบกฎหมายและข้อกำหนดสัญญามาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของต่างประเทศ
3. ทำให้สามารถเสนอแนวทางการจัดทำข้อกำหนดของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐตามขอบเขตการศึกษาให้เป็นมาตรฐานเดียวกันและให้สัญญาทุกข้อมีผลใช้บังคับจริง
4. สร้างองค์ความรู้ให้กับนิสิต นักศึกษา และผู้ที่สนใจทั่วไป

บทที่ 2

การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

2.1 ลักษณะและความสำคัญของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public – Private Partnerships: PPPs)¹ เป็นแนวคิดของการลงทุนภาครัฐสมัยใหม่ซึ่งเป็นการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนในการร่วมลงทุนกับรัฐในการพัฒนาประเทศ และเป็นการลดข้อจำกัดในด้านต่างๆของภาครัฐที่เกิดขึ้นในอดีต ไม่ว่าจะเป็นงบประมาณ เงินลงทุน และบุคลากรของภาครัฐแต่เพียงอย่างเดียว โดยเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนร่วมดำเนินการบริหารจัดการโครงการและจัดหาแหล่งเงินทุนเองทั้งหมดในโครงการต่างๆของรัฐ รวมทั้งการนำเทคโนโลยีและการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพของภาคเอกชนมาช่วยในการพัฒนาโครงการให้เกิดความคุ้มค่าในการลงทุน² สำหรับประเทศไทย ในปัจจุบันได้มีการใช้บังคับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556³ ซึ่งนำแนวคิดของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นมาปรับใช้และวางหลักการที่สำคัญที่สร้างโอกาสและความเท่าเทียมให้กับเอกชนในการเข้ามามีบทบาทสำคัญในการร่วมพัฒนาประเทศ⁴ โดยมีหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการดำเนินการตามกฎหมายไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในภาพรวม ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาลักษณะและความสำคัญของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของประเทศไทยและต่างประเทศ และลักษณะของการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินที่อยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 ความเป็นมาของพระราชบัญญัติ

เนื่องจากในช่วงก่อน พ.ศ. 2535 ยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์และกำหนดขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การพิจารณาให้สัมปทาน ให้สิทธิเอกชน หรือให้เอกชนร่วม

¹ การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ มีคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่ใช้เรียกที่แตกต่างกันออกไป เช่น Public – Private Partnerships: PPPs เป็นคำที่ใช้เรียกอย่างแพร่หลายในหลายประเทศ เช่น ประเทศเกาหลี, ออสเตรเลีย และประเทศในทวีปยุโรป รวมทั้งสถาบันการเงินต่างประเทศ อาทิ ธนาคารโลกและธนาคารเพื่อการพัฒนาเอเชีย เป็นต้น เว้นแต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษจะเรียกว่า Public Finance Initiative: PFI

² สำนักบริหารโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของภาครัฐ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, รายงานการศึกษาดูงานโครงการ Project Finance for Public Private Partnerships (Ppps) ณ กรุง Melbourne Australia.(2550), หน้า. . วันที่ 2 – 9 กันยายน 2550

³ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130 ตอนที่ 31 ก วันที่ 3 เมษายน 2556 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 เมษายน 2556

⁴ ญาใจ พัฒนสุขสวัสดิ์, "ช่วงเปลี่ยนผ่าน จาก "กฎหมายร่วมการงาน" สู่ "กฎหมายร่วมลงทุน," ใน เอกสารประกอบการประชุม สัมมนา โครงการสัมมนา "พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน, (2556), หน้า

ลงทุนกับรัฐจึงต้องอาศัยอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเจ้าสังกัดของกิจการที่เป็นสาธารณูปโภคตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เรื่อง การควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของสาธารณชน ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515⁵ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเพียงแต่กำหนดให้อำนาจการให้สัมปทาน ให้สิทธิเอกชน หรือให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ แต่ไม่มีหลักเกณฑ์หรือขั้นตอนในการปฏิบัติที่ชัดเจนแน่นอนและตั้งอยู่บนพื้นฐานความโปร่งใสและเป็นธรรมแก่เอกชนอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น รัฐจึงได้ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2534⁶ และต่อมาได้พัฒนาขึ้นเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535⁷ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกเอกชนเข้ารับสัมปทาน หรือเข้าร่วมการงาน หรือดำเนินการในกิจการของรัฐให้มีความชัดเจน โปร่งใส และเป็นธรรมแก่เอกชนที่ประสงค์จะเข้าร่วมลงทุน โดยใช้วิธีการประมูลเป็นหลักทั่วไปในการคัดเลือก และให้มีตัวแทนจากหลายหน่วยงานเข้ามาร่วมรับผิดชอบในการคัดเลือกเอกชน ต่อรองผลประโยชน์ ยกร่างสัญญา เพื่อป้องกันมิให้มีการให้ประโยชน์เอกชนรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะและไม่เป็นธรรม

ต่อมาเมื่อกฎหมายบังคับใช้แล้ว ปรากฏว่าได้มีปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หลายประการ โดยเฉพาะการขาดนโยบายในภาพรวมและการขาดหน่วยงานกลางที่มีหน้าที่รับผิดชอบ และกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลายาวนาน รวมทั้งการขาดหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ใช้ในการคำนวณมูลค่าการลงทุน ซึ่งจากสภาพปัญหาในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงได้มีการผลักดันปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย โดยคณะรัฐมนตรี (นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี) ได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม 2554 อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ... ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ โดยนำแนวทางการกำกับดูแลของประเทศเกาหลี⁸ มาศึกษา วิเคราะห์ และปรับใช้ให้สอดคล้องกับหลักการของพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งมีการกำหนดมาตรการและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคุณสมบัติและการดำเนินการในการให้เอกชนเข้าร่วมงาน และจัดตั้งหน่วยงานกลางหรือคณะกรรมการที่ทำ

⁵ มาตรา 3 กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

- | | |
|------------------|---|
| (1) การรถไฟ | (6) การชลประทาน |
| (2) การรถราง | (7) การไฟฟ้า |
| (3) การขุดคลอง | (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ |
| (4) การเดินอากาศ | (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความผาสุก |
| (5) การประปา | (10) ของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา |

มาตรา 4 ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

⁶ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 108 ตอนที่ 231 วันที่ 26 ธันวาคม 2534

⁷ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 109 ตอนที่ 42 วันที่ 8 เมษายน 2535

⁸ สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง. คำชี้แจงความจำเป็นในการตรากฎหมาย “ร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.”. ข้อมูล ณ วันที่ 18 ตุลาคม 2555

หน้าที่กำกับดูแลอย่างเป็นระบบ รวมถึงการจัดให้มีการจัดทำแผนพื้นฐานสำหรับการร่วมลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน (Basic plan for Public-Private Partnerships in Infrastructure) เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ร่วมลงทุนและยกระดับความสามารถในการแข่งขันในอุตสาหกรรมของประเทศ⁹

ในปัจจุบัน ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556¹⁰ โดยมีหลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติปรากฏอยู่ในเหตุผลแนบท้ายกฎหมายคือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ประกอบกับในปัจจุบันประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้ ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลเป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพและเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมีการเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความโปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน กำกับดูแล ส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศในการให้เอกชนร่วมลงทุน เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินและการคลังของประเทศในระยะยาว จึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงแก้ไขและเพิ่มเติมหลักการใหม่ โดยการออกพระราชบัญญัติ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹¹

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นอกจากจะมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์และแนวทางการกำกับดูแลอย่างเป็นระบบแล้ว ยังมีการพัฒนาแนวคิดของการให้

⁹ กฎหมายร่วมลงทุนของประเทศเกาหลี คือ Act on Public – Private Partnership in Infrastructure 2005 เป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานในการดำเนินกิจการที่มีเอกชนเข้าร่วมในกิจการของรัฐ ต่อมาได้ออกกฎหมายลำดับรองคือ PPP Act Enforcement Decree ที่กำหนดให้มีหน่วยงานกลางคือ Public and Private Infrastructure Investment Management Center (PIMAC) ซึ่งอยู่ภายใต้ Korean Development Institute และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจ (The Ministry of Strategy and Finance)

¹⁰ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130 ตอนที่ 31 ก วันที่ 3 เมษายน 2556

¹¹ หมายเหตุ ท้ายพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยนำแนวคิดการเป็นหุ้นส่วนโดยการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนมาใช้ และวางหลักการที่สำคัญ รวมทั้งได้ปรับปรุงขั้นตอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนให้สมบูรณ์ครบถ้วนยิ่งขึ้น ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.1.2 แนวคิดการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

แนวคิดการเป็นหุ้นส่วนโดยการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Public Private Partnerships หรือ PPPs) เป็นแนวคิดของการลงทุนในภาครัฐสมัยใหม่ ซึ่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ โดยแนวคิดนี้เพื่อเป็นการส่งเสริมและเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในโครงการลงทุนภาครัฐ โดยการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการในกิจการต่างๆของรัฐ เช่น โครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) การให้บริการสาธารณะ (Public Services) และการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินของรัฐ เป็นต้น โดยภาคเอกชนเป็นผู้จัดให้มีโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะหรือจัดหารายได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินของรัฐให้มีประสิทธิภาพแทนภาครัฐ ซึ่งมีลักษณะผสมผสานจุดแข็งระหว่างภาครัฐและเอกชน โดยการลดข้อจำกัดด้านเงินทุน และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงาน รวมทั้ง ภาครัฐจะได้รับเทคโนโลยีและนวัตกรรมใหม่จากภาคเอกชน นอกจากนี้ ภาคประชาชนจะได้รับประโยชน์จากการบริการที่มีประสิทธิภาพด้วยราคาที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม ผลประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นจากประสิทธิภาพของการดำเนินโครงการที่คุ้มค่างกับต้นทุนมากกว่าภาครัฐจะเป็นเจ้าของหรือดำเนินการโดยภาครัฐเองนั้น จะต้องคุ้มค่างกับต้นทุนที่เพิ่มขึ้นจากการกั๊ยืมของเอกชนด้วย ซึ่งการทำให้โครงการการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐมีผลเป็นรูปธรรมต้องประกอบด้วย ภาครัฐจะต้องกำหนดนโยบายการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนโดยการกำหนดแผนยุทธศาสตร์และแผนการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะรายสาขาที่ชัดเจน¹² ทั้งนี้ ภาครัฐจะต้องทำสัญญาให้มีความชัดเจน และสามารถควบคุมคุณภาพได้ โดยต้องอยู่ภายใต้หลักการจัดสรรความเสี่ยงของโครงการอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่มีความสามารถจัดการความเสี่ยงได้ดีที่สุด และภาครัฐจะต้องทำให้เกิดการแข่งขันหรือมีข้อกำหนดที่ส่งเสริมให้เกิดแรงจูงใจ และมีกลไกในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่ชัดเจนโดยการจัดโครงสร้างและหน่วยงานกลางที่เหมาะสม รวมถึงจัดให้มีการพัฒนาความเชี่ยวชาญในการบริหารโครงการ¹³

¹² สำนักวิเคราะห์โครงการลงทุนภาครัฐ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, เอกสารประกอบวาระที่ 3.3 โครงการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในโครงการลงทุนภาครัฐ (2553), หน้า. 4 – 9. สิงหาคม 2553.

¹³ กลุ่มงานบริหารความเสี่ยงด้านการคลัง กระทรวงการคลัง, การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน การรับประกันหนี้ของรัฐบาลและความเสี่ยงทางการคลัง, หน้า.95 ในเอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน” เล่ม 1, 22 พฤษภาคม 2556 อ้าง Public-Private Partnerships, Government Guarantees and Fiscal risk, International Monetary Fund, Richard Hemming and staff, 2006 แปลโดยวิมลชาติตะมีนา และมยุร บุญรัตน์

2.1.3 หลักการสำคัญของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

โดยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่มีเจตนารมณ์ทำให้การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนเป็นไปอย่างมีมาตรฐาน โปร่งใส และมีความชัดเจนในการดำเนินการ โดยจะต้องคำนึงถึงหลักการดังต่อไปนี้¹⁴

- (1) ประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ
- (2) การยึดถือวินัยการเงินการคลัง
- (3) ประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจจากการดำเนินโครงการ
- (4) ความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง
- (5) การจัดสรรความเสี่ยงที่เหมาะสมของโครงการระหว่างรัฐกับเอกชน
- (6) สิทธิและประโยชน์ของผู้รับบริการและผู้ให้บริการ
- (7) การส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน

นอกจากหลักการข้างต้น ยังมีหลักการสำคัญอื่นในการดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐ พ.ศ. 2556 ดังนี้

2.1.3.1 การสร้างมาตรฐานใหม่ในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐ¹⁵

1. การจัดทำแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

พระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดให้มีการจัดทำแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่สามารถชี้แจงแนวทางนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในระยะเวลา 5 ปี ที่ต้องสอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ โดยแผนยุทธศาสตร์ดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดในเรื่องของนโยบายการลงทุนในสาขาต่างๆ เป้าหมายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ ความเชื่อมโยงระหว่างกิจการที่สมควรให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ ตลอดจนกำหนดความสำคัญและเร่งด่วน และลำดับการดำเนินกิจการโดยพิจารณาขีดความสามารถในการดำเนินการของหน่วยงานภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องด้วย¹⁶ ทั้งนี้ ในการจัดทำแผนยุทธศาสตร์ซึ่งเป็นการจัดทำนโยบายในภาพรวมได้กำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของสาธารณชนที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย และการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจะดำเนินการอีก

¹⁴ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

¹⁵ เสรี นนทสูติ, "หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556," ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน, (2556), หน้า.88

¹⁶ หมวด 3 ว่าด้วยแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตั้งแต่มาตราที่ 19 ถึง มาตราที่ 22

ครั้งในแต่ละโครงการซึ่งจะเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการ¹⁷ แผนยุทธศาสตร์ดังกล่าวจะมีผลผูกพันหน่วยงานภาครัฐในการจัดทำและเสนอโครงการที่สอดคล้องกับแนวนโยบายตามแผนยุทธศาสตร์สำหรับการวัดความเหมาะสมและความจำเป็นในแต่ละโครงการ ซึ่งปัจจุบัน อยู่ระหว่างการบังคับใช้แผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 – 2562 ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ¹⁸

2. การจัดตั้งคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ หรือที่เรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายฯ”¹⁹ เป็นหน่วยงานกลางดำเนินนโยบาย ซึ่งมีบทบาทหน้าที่ที่สำคัญในการจัดทำแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเสนอต่อคณะรัฐมนตรีแล้ว และเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบหลักการโครงการ รวมถึงเป็นผู้ออกประกาศหลักเกณฑ์การดำเนินการต่างๆตามกฎหมาย ตลอดจนวินิจฉัยปัญหาและวางแนวทางหรือวิธีปฏิบัติเพื่อป้องกันปัญหาในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้²⁰

¹⁷ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการรับฟังความคิดเห็นในการจัดทำแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2557. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 131 ตอนพิเศษ 38 ง 25 กุมภาพันธ์ 2557

¹⁸ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องแผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 – 2562. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนพิเศษ 145 ง วันที่ 25 มิถุนายน 2558

¹⁹ มาตรา 8 พระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐ พ.ศ. 2556 “ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกินเจ็ดคนเป็นกรรมการ

ให้ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เป็นกรรมการและเลขานุการและข้าราชการในสำนักงานที่ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจแต่งตั้งอีกไม่เกินสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

²⁰ มาตรา 16 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) จัดทำแผนยุทธศาสตร์เพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี
- (2) ให้ความเห็นชอบหลักการโครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนและการดำเนินโครงการตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้
- (3) พิจารณาเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางด้านการเงินหรือการคลังในการสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต่อคณะรัฐมนตรี
- (4) พิจารณานุมัติหรือตัดสินชี้ขาดการไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลตามมาตรา 38
- (5) ให้คำแนะนำหรือความเห็นต่อรัฐมนตรีก่อนมีการตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 7
- (6) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติตามมาตรา 58
- (7) ออกประกาศตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (8) จัดทำรายงานตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (9) วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

3. การจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

การกำหนดให้คณะกรรมการนโยบายฯจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนเพื่อนำมาใช้ในการร่างสัญญา²¹ ซึ่งจะทำให้เกิดความรอบคอบและปกป้องผลประโยชน์ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยหลักการของการจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานจะไม่สร้างข้อจำกัดในการทำสัญญา เนื่องจากข้อกำหนดมาตรฐานจะวางโครงสร้างสัญญาและกำหนดประเด็นที่จะต้องปรากฏอยู่ในสัญญา ซึ่งการจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานจะมีเนื้อหาที่แตกต่างกันตามประเภทและลักษณะกิจการของแต่ละโครงการ ในปัจจุบัน ได้มีการออกประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายฯ เพื่อใช้บังคับแก่การทำสัญญาร่วมลงทุน

2.1.3.2 การเพิ่มความรวดเร็ว

การปรับปรุงหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการร่วมลงทุนระหว่างหน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนในกิจการของรัฐให้สอดคล้องกับสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานความโปร่งใส โดยกำหนดระยะเวลาดำเนินการในแต่ละขั้นตอนให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องจากระยะเวลาดำเนินการที่ยาวนานถือเป็นปัจจัยที่ทำให้มีความพยายามหลีกเลี่ยงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและทำให้เกิดความล่าช้าในการเสนอโครงการและการดำเนินโครงการ โดยกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการนโยบายฯ เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการ และยังกำหนดกรอบระยะเวลาในการพิจารณาของหน่วยงานต่างๆที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน

2.1.3.3 การจัดตั้งกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

การจัดตั้งกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ผลักดันให้โครงการที่สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว โดยกองทุนดังกล่าวมีลักษณะเป็นกองทุนหมุนเวียนที่เปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐสามารถเสนอขอรับการจัดสรรเงินจากกองทุนเพื่อว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อจัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการหรือร่างสัญญาได้ โดยหน่วยงานที่ได้รับการจัดสรรเงินจากกองทุนจะต้องนำส่งเงินคืนให้กองทุนจากค่าธรรมเนียมการขายเอกสารโครงการประเมินข้อเสนอการร่วมลงทุนและการลงนามสัญญาร่วมลงทุนเท่ากับเงินที่ได้รับการจัดสรร และนอกจากการว่าจ้างที่ปรึกษาแล้ว ยังสามารถใช้เงินกองทุนเพื่อจัดทำและปรับปรุงแผนยุทธศาสตร์ได้อีกด้วย สำหรับในระยะเริ่มแรกแหล่งที่มาของรายได้กองทุนจะมาจากเงินอุดหนุนของรัฐบาลเป็นหลัก²² โดยมีคณะกรรมการบริหารจัดการกองทุนเรียกว่า “คณะกรรมการกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของ

(10) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ หรือตามที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย

²¹ มาตรา 34, อ้างแล้ว

²² มาตรา 49 ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งในกระทรวงการคลังเรียกว่า “กองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” เพื่อสนับสนุนการจัดทำแผนยุทธศาสตร์และสนับสนุนหน่วยงานของรัฐในการเสนอโครงการที่สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ การจัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ และการว่าจ้างที่ปรึกษา

รัฐ”²³ ซึ่งมีหน้าที่ในการบริหารจัดการกองทุน โดยเงินของกองทุนได้กำหนดให้นำไปใช้จ่ายได้เท่าที่จำเป็น²⁴ กล่าวคือ การใช้เพื่อการสำรวจข้อมูลและจัดทำหรือปรับปรุงแผนยุทธศาสตร์ การว่าจ้างที่ปรึกษาและใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารกองทุนและค่าใช้จ่ายอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของกองทุน

2.1.3.4 การสร้างความโปร่งใสและการเพิ่มประสิทธิภาพ

กฎหมายได้มีการกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการในทุกขั้นตอนตามกฎหมายตั้งแต่การเสนอ การคัดเลือก และการกำกับดูแลจะต้องไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับเอกชนที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งกรรมการในที่นี้หมายถึง กรรมการที่อยู่ในคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ²⁵ คณะกรรมการคัดเลือก²⁶ และคณะกรรมการกำกับดูแล²⁷ จึงมีบทบาทสำคัญต่อห้ามกรรมการต้องไม่กระทำการดังต่อไปนี้ ภายในระยะเวลา 2 (สอง) ปี หลังจากพ้นจากการเป็นกรรมการ คือ 1) เป็นกรรมการผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือที่ปรึกษาในกิจการของเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐอันถือว่ามีประโยชน์ได้เสียกับเอกชนที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐ ในระหว่างที่ตนดำรงตำแหน่ง และ 2) เข้าถือหุ้นในเอกชนตามข้อ 1) เป็นจำนวนเกินร้อยละศูนย์จุดห้าของทุนที่ชำระแล้ว²⁸ โดยมีบทกำหนดโทษ หากกรรมการฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหก

²³ มาตรา 53 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการกองทุน เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ อธิบดีกรมบัญชีกลาง เป็นกรรมการกองทุน

ให้ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเป็นกรรมการกองทุนและเลขานุการ และข้าราชการในสำนักงานที่ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจแต่งตั้งหนึ่งคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

²⁴ มาตรา 54 คณะกรรมการกองทุนมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) กำกับดูแลการบริหารจัดการกองทุนให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกองทุน
- (2) กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการขอรับจัดสรรเงินจากกองทุน
- (3) พิจารณานุมัติการใช้เงินกองทุนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (4) ออกระเบียบหรือคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารกิจการของกองทุน หลักเกณฑ์และวิธีการ

ในการเก็บรักษาและจ่ายเงินของกองทุน ค่าใช้จ่ายในการบริหารกองทุน และค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของกองทุน

ให้นำมาตรา 14 มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการกองทุนโดยอนุโลม

²⁵ คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามมาตรา 8

²⁶ คณะกรรมการคัดเลือกที่จัดตั้งขึ้นในขั้นตอนการดำเนินโครงการตามมาตรา 35

²⁷ คณะกรรมการกำกับดูแลที่จัดตั้งขึ้นในขั้นตอนการกำกับดูแลโครงการตามมาตรา 43

²⁸ มาตรา 15 ภายในระยะเวลาสองปีนับแต่วันพ้นจากตำแหน่ง ห้ามมิให้กรรมการตามมาตรา 8 กระทำการดังต่อไปนี้

- (1) เป็นกรรมการ ผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือที่ปรึกษาในกิจการของเอกชนที่ได้รับคัดเลือก

ให้ร่วมลงทุนในโครงการที่คณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบหลักการในระหว่างที่ตนดำรงตำแหน่งกรรมการ

- (2) เข้าถือหุ้นในเอกชนตาม (1) เป็นจำนวนเกินร้อยละศูนย์จุดห้าของทุนที่ชำระแล้ว

การกระทำตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงการเป็นกรรมการ ผู้มีอำนาจในการจัดการหรือที่ปรึกษาหรือถือหุ้นเกินร้อยละศูนย์จุดห้าของทุนที่ชำระแล้ว ในนิติบุคคลที่เอกชนตามวรรคหนึ่งถือหุ้นอยู่เกินร้อยละยี่สิบห้า หรือในนิติบุคคลที่ถือหุ้นในเอกชนตามวรรคหนึ่งเกินร้อยละยี่สิบห้า

แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁹ ซึ่งเป็นบทลงโทษที่เคร่งครัดกว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ รวมถึงการกำหนดคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้ามของเอกชนและที่ปรึกษา โดยให้คณะกรรมการนโยบายฯ เป็นผู้กำหนด ซึ่งในปัจจุบันได้มีการออกประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องลักษณะของเอกชนที่ไม่สมควรให้ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐและบุคคลที่ไม่สมควรได้รับแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษา พ.ศ. 2557³⁰ เพื่อนำมาใช้ในการตัดสิทธิเอกชนในการได้รับคัดเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญาหรือได้รับแต่งตั้งให้เป็นที่ปรึกษา ในกรณีที่เอกชนเป็นนิติบุคคลให้รวมถึงกรรมการหรือผู้มีอำนาจในการจัดการของนิติบุคคลนั้นจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ประกาศกำหนดเช่นกัน

2.1.4 รูปแบบของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

โดยทั่วไป การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐ (Public-Private Partnerships: PPPs) อาจมีหลายรูปแบบ อย่างเช่นที่ องค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) กล่าวไว้เป็นแนวทาง 7 รูปแบบได้แก่ 1) Buy-Build-Operate : BBO 2) Build-Own-Operate : BOO 3) Build-Operate-Transfer : BOT หรือ Build-Transfer-Operate: BTO 4) Build-Lease-Operate : BLO 5) Design-Build-Finance-Operate-Transfer : DBFOT 6) Operate & Maintenance Contract : O&M 7) Design-Build : DB ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดเพิ่มเติมไว้อีก 3 รูปแบบ คือ 1) Lease-Develop-Operate : LDO หรือ Build-Develop-Operate : BDO 2) Sale & Leaseback และ 3) Turnkey ซึ่งหลักเกณฑ์ในการควบคุมกำกับดูแลในแต่ละรูปแบบขึ้นอยู่กับข้อกำหนดทางกฎหมายของแต่ละประเทศ³¹ ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายเฉพาะรูปแบบที่มักจะนำมาใช้ในทางปฏิบัติของการให้เอกชนร่วมลงทุนประเทศไทย มี 5 รูปแบบ ดังนี้

1. Build - Own - Operate - Transfer (BOOT)

รูปแบบของการร่วมลงทุนนี้คือ ภาครัฐให้สิทธิแก่เอกชนในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้าง และดำเนินการให้บริการภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ภาคเอกชน โดยความเป็นเจ้าของสินทรัพย์จะโอนกลับไปสู่ภาครัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลา ซึ่งปัจจุบันมีการดำเนินการในรูปแบบนี้ คือ

หมายเหตุ นอกจากนี้มาตรา 36 วรรคสอง และมาตรา 44 ยังมีการกำหนดให้นำความในมาตรา 15 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

²⁹ มาตรา 66 กรรมการในคณะกรรมการคัดเลือก หรือคณะกรรมการกำกับดูแลผู้ใด ฝ่าฝืนมาตรา 15 หรือมาตรา 36 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 15 หรือมาตรา 44 วรรคสี่ ประกอบกับมาตรา 15 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

³⁰ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนพิเศษ 38 ง วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2557

³¹ จารุวรรณ เสงตรสกุล, "หลักการและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556," ในเอกสารประกอบโครงการอบรม ทิศทางใหม่ของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, (ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.), หน้า.15. กรกฎาคม 2557

โครงการให้สิทธิดำเนินการผลิตและจำหน่ายน้ำประปา³² บริษัท ประปาปทุมธานี จำกัด ซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญาได้สิทธิผลิตและจัดจำหน่ายน้ำประปาให้แก่การประปาส่วนภูมิภาค กปภ รูปแบบการดำเนินโครงการเป็นแบบ BOOT (Build Own Operate Transfer) โดยเอกชนดำเนินการออกแบบ และก่อสร้างระบบประปา ดำเนินการผลิต ดูแลรักษาระบบผลิต และโอนทรัพย์สินแก่ กปภ. เมื่อครบระยะเวลาสัญญาาร่วมทุน โดยเอกชนจะต้องดำเนินการให้ผู้รับเหมาเริ่มปฏิบัติงานตามที่กำหนดในแผนการดำเนินงานที่ได้รับอนุมัติแล้วภายใน 90 วัน นับตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญาฯ และจะจัดหาที่ดินและใช้สิทธิในการใช้ที่ดินที่จะใช้ในโครงการตามสภาพที่สอดคล้องกับแผนการดำเนินงาน ทั้งนี้ ไม่รวมถึงที่ดินและสิทธิในการใช้ที่ดินที่จะจัดหาโดย กปภ. หรือที่ กปภ. ได้ให้เอกชนเช่า ณ วันที่เริ่มประกอบกิจการ เอกชนจะโอนกรรมสิทธิ์ในระบบจ่ายน้ำประปาให้แก่ประชาชนให้เป็นของ กปภ.

2. Build – Operate - Transfer (BOT)

รูปแบบของการร่วมลงทุนนี้คือภาครัฐจะให้เอกชนดำเนินการออกแบบ ก่อสร้าง ถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่างๆในโครงการ จัดหาแหล่งเงินทุน เอกชนผู้ลงทุนจะยังคงถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการและดำเนินการบริหารงานต่อไปจนครบอายุสัญญา เมื่อสัญญาสิ้นสุดเอกชนจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้รัฐ ตัวอย่าง

โครงการพัฒนาที่ดินเชิงพาณิชย์บริเวณสี่แยกปทุมวัน เอ็มบีเค ในช่วงแรกของการให้เอกชนลงทุนพัฒนาที่ดินบริเวณสี่แยกปทุมวัน เพื่อก่อสร้างและบริหาร “อาคารเอ็ม บี เค เซ็นเตอร์” หรือชื่อเดิมมาบุญครองเซ็นเตอร์ ประกอบด้วยอาคาร 3 หลังต่อเนื่องกันคืออาคารสำนักงาน 12 ชั้น อาคารส่วนโรงแรม 29 ชั้น และอาคารศูนย์การค้า 8 ชั้น โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยซึ่งเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการให้เอกชนเช่าและพัฒนาที่ดิน ซึ่งเอกชนจะต้องโอนบรรดาอาคาร สิ่งปลูกสร้าง และสิ่งปะทะปลูกบนดิน เหนือหรือใต้ดินต่างๆ พร้อมอุปกรณ์ ส่วนควบที่เอกชนได้ลงทุนพัฒนาให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของหน่วยงานเจ้าของโครงการเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่า

โครงการรถไฟฟ้าเฉลิมพระเกียรติ 6 รอบ พระชนมพรรษา (โครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว) (พ.ศ. 2535) โดยกรุงเทพมหานครได้ให้เอกชนดำเนินการออกแบบ ลงทุน ก่อสร้าง และดำเนินงานระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนจำนวน 2 เส้นทาง ได้แก่ สายสุขุมวิท (หมอชิต-อ่อนนุช) และสายสีลม (สนามกีฬาแห่งชาติ-สะพานสารสิน) ในรูปแบบ Build Operate Transfer (BOT) ระยะเวลาสัมปทาน 30 ปี³³

3. Build –Transfer – Operate (BTO)

รูปแบบของการร่วมลงทุนนี้ คือภาครัฐจะให้เอกชนดำเนินการออกแบบ ก่อสร้างถาวรวัตถุและอุปกรณ์ต่างๆในโครงการ และจัดหาแหล่งเงินทุน เมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ เอกชนคู่สัญญาจะโอน

³² โครงการให้สิทธิดำเนินการผลิตและจำหน่ายน้ำประปา, สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ณ วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560 [ออนไลน์] <http://www.ppp.sepo.go.th/project/view/13>

³³ สำนักวิเคราะห์โครงการลงทุนภาครัฐ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, เอกสารประกอบวาระที่ 3.3 โครงการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในโครงการลงทุนภาครัฐ, หน้า. 5. สิงหาคม 2553

ทรัพย์สินทั้งหมดรวมทั้งสิทธิ และหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นให้แก่ภาครัฐ แต่ยังมีสิทธิในการบริหารจัดการโครงการโดยใช้ทรัพย์สินดังกล่าวต่อไปจนครบอายุสัญญา ตัวอย่าง

โครงการทางยกระดับอุตราภิมุข (โครงการดอนเมืองโทลเวย์) (พ.ศ. 2532) โดยกระทรวงคมนาคม (กรมทางหลวง) ได้ให้เอกชนดำเนินการทางยกระดับเก็บค่าผ่านทางบนถนนวิภาวดี จากบริเวณแยกดินแดงถึงท่าอากาศยานดอนเมือง ในรูปแบบ Build Transfer Operate (BTO) ระยะเวลาสัมปทาน 25 ปี โดยมีมูลค่าโครงการประมาณ 12,000 ล้านบาท (ราคา ณ ปี พ.ศ. 2532)³⁴

โครงการในสาขาสื่อสารโทรคมนาคม เช่น โครงการโทรศัพท์ประจำที่ 2.6 ล้านเลขหมายในเขตนครหลวงและ 1.5 ล้านเลขหมายในเขตภูมิภาค โครงการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ 900 MHz ของบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) โครงการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ (ดาวเทียมไทยคม) ของกระทรวงคมนาคม และบริการวิทยุโทรคมนาคมระบบเซลลูลาร์ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เป็นต้น ซึ่งดำเนินการในรูปแบบ BTO³⁵

4. Lease – Develop – Operate (LDO)

รูปแบบของการร่วมลงทุนนี้ เอกชนเช่าทรัพย์สินจากรัฐเพื่อทำการปรับปรุงหรือพัฒนาเพื่อดำเนินการ โดยเอกชนจ่ายค่าตอบแทน ซึ่งไม่มีข้อตกลงในการที่ต้องโอนการดำเนินงานให้กับรัฐ ตัวอย่าง

โครงการพัฒนาที่ดินเชิงพาณิชย์บริเวณบริเวณสามเหลี่ยมย่านพหลโยธิน การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) ให้บริษัท เซ็นทรัล อินเทอร์เน็ตพัฒนา จำกัด ซึ่งเป็นเอกชนคู่สัญญารายเดิมเช่าอาคารและสิ่งก่อสร้างต่างๆที่ใช้ในการดำเนินกิจการโครงการทั้งหมดเพื่อประกอบกิจการศูนย์การค้าต่อจากสัญญาเดิม เช่น ให้เช่าพื้นที่ร้านค้า อาคารสำนักงาน ธุรกิจโรงแรมและธุรกิจการให้บริการที่จอดรถ โดยบริษัทมีสิทธิเช่าเป็นระยะเวลา 20 ปี และบริษัทจะต้องชำระค่าผลประโยชน์ตอบแทนตลอดอายุสัญญาให้แก่ รฟท.

5. Design – Build – Operate (DBO)

เป็นรูปแบบที่รัฐจ้างเอกชนในการออกแบบก่อสร้าง และจ้างให้เอกชนรายนั้นดำเนินการให้บริการโครงการนั้นๆ ด้วย โดยรัฐยังคงความเป็นเจ้าของสินทรัพย์ โดยเอกชนผู้ดำเนินโครงการอาจได้รับเงินในรูปค่าจ้างบริหาร (management fee) โครงการรูปแบบนี้อาจเป็นโครงการที่มีขนาดใหญ่มาก และเงินทุนจากเอกชนไม่พอที่จะลงทุนได้ในทั้งโครงการ ตัวอย่าง

โครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู³⁶ในการลงทุนโครงการ ภาครัฐจะเป็นผู้ลงทุนทั้งหมด โดยใช้เงินกู้จากกระทรวงการคลัง ประกอบไปด้วยการว่าจ้างเอกชนออกแบบ ก่อสร้างงานโยธา จัดหาและติดตั้ง

³⁴ อ้างแล้ว. สำนักวิเคราะห์โครงการลงทุนภาครัฐ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

³⁵ อ้างแล้ว. สำนักวิเคราะห์โครงการลงทุนภาครัฐ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ.

³⁶ รายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 รถไฟฟ้าสายสีชมพู (ฉบับปรับปรุง) (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ), ใน สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง, แนวทางการศึกษาและวิเคราะห์โครงการร่วมลงทุน Ppp (2552), หน้า.34.

ระบบรถไฟฟ้า ในรูปแบบ Design – Build รวมทั้งเป็นผู้บำรุงรักษาในช่วงแรกของการดำเนินโครงการ โดยในส่วนของการบริหารการเดินรถ หน่วยงานเจ้าของโครงการว่าจ้างเอกชนเป็นผู้ให้บริการ โดยอาจจะชำระค่าจ้างตามปริมาณการเดินรถในแต่ละปี ทั้งนี้ ในโครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ภาครัฐจะเป็นผู้จัดเก็บรายได้ที่ได้จากการดำเนินงานจากโครงการทั้งหมดแต่เพียงผู้เดียว

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาทางเลือกในการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในรูปแบบต่างๆ นั้น ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดรูปแบบของการให้เอกชนร่วมลงทุนสำหรับใช้เป็นแนวปฏิบัติของทางราชการโดยเฉพาะ ดังนั้น ในการกำหนดรูปแบบของการให้เอกชนร่วมลงทุนจึงเป็นดุลพินิจของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือรัฐบาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดรูปแบบตามที่เห็นสมควร โดยมีข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดคือการดำเนินโครงการในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งนั้นจะต้องเป็นทางเลือกที่ดีและเหมาะสมที่สุด และก่อให้เกิดประโยชน์สำหรับโครงการมากที่สุด ประกอบกับเอกชนที่ประสงค์จะเข้าร่วมลงทุนกับรัฐมีความสนใจและมีความพร้อมที่จะร่วมลงทุนในโครงการของรัฐ

2.1.5 หลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

สำหรับหลักเกณฑ์ของโครงการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในนิยามที่สำคัญ ดังนี้³⁷

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย

(2) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

“ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ

จากการพิจารณาบทนิยามทั้งสามคำดังกล่าว โครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คือ โครงการที่มีการให้เอกชนร่วมลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยวิธีใด หรือการมอบให้เอกชนลงทุนฝ่ายเดียว โดยเอกชนดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งหมายถึง กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือเป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน และ

³⁷ มาตรา 4 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

พิจารณาประกอบกับบทบัญญัติที่กำหนดมูลค่าโครงการ³⁸ ซึ่งต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดเพิ่มมูลค่าของโครงการที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559³⁹ โดยได้เพิ่มมูลค่าของโครงการที่ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้จากเดิมที่กำหนดโครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเปลี่ยนเป็นห้าพันล้านบาทขึ้นไป ดังนั้น ในปัจจุบันโครงการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะต้องมีวงเงินลงทุนตั้งแต่ห้าพันล้านบาทขึ้นไปหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่ห้าพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ สำหรับการดำเนินการโครงการที่มีมูลค่าโครงการต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดนั้นจะต้องเป็นไปตามที่ประกาศกำหนด⁴⁰ (ซึ่งต่อไปในหัวข้อนี้เรียกว่า ประกาศฯ)

โดยในการศึกษานี้ ผู้วิจัยได้ทำการสรุปหลักเกณฑ์และขั้นตอนโครงการให้เอกชนร่วมลงทุนในภาพรวม ซึ่งแบ่งโครงการออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่ 1 โครงการขนาดเล็ก

โครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐประเภทนี้ เป็นโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท ซึ่งจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในประกาศฯ กล่าวคือโครงการที่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกไว้โดยเฉพาะ หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวได้โดยอนุโลม แต่หากเป็นโครงการที่ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกไว้โดยเฉพาะ หน่วยงานจะต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการที่มีรายละเอียดตามข้อ 9 ของประกาศกำหนด ต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการ เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบในหลักการแล้ว หน่วยงานจึงจะดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาต่อไป โดยวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาจะใช้วิธีการประมูลเป็นหลัก เว้นแต่จะเข้าเหตุยกเว้นที่ไม่ใช้วิธีการประมูล และภายหลังจากที่ได้ผลการคัดเลือกเอกชน หน่วยงานจะต้องเสนอผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจสอบของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบ กรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่ให้ความเห็นชอบ จะต้องส่งเรื่องคืนหน่วยงานเพื่อพิจารณาทบทวน หากเป็นกรณีได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด หน่วยงานจะต้องลงนามสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชน และต้องจัดส่งสรุปสาระสำคัญของโครงการและวิธีการได้มาซึ่งเอกชนผู้ร่วมลงทุนให้กระทรวงเจ้าสังกัดและสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (ซึ่งต่อไปในหัวข้อนี้เรียกว่า สคร.) ตามลำดับ

ประเภทที่ 2 โครงการขนาดกลาง

³⁸ มาตรา 23 โครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือมูลค่าที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยกฎกระทรวงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

³⁹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 133 ตอนที่ 36 ก วันที่ 26 เมษายน 2559

⁴⁰ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนพิเศษ 96 ง วันที่ 27 เมษายน 2559 มีผลเป็นการยกเลิกประกาศเรื่องเดียวกันที่ออกมาในปี พ.ศ. 2558

โครงการขนาดกลางคือโครงการที่มีวงเงินมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป แต่มีมูลค่าต่ำกว่าห้าพันล้านบาท ซึ่งจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศฯ โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบ โดยรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการจะต้องมีรายละเอียดเหมือนกับรายละเอียดของโครงการขนาดใหญ่ เว้นแต่โครงการนั้นไม่เป็นกิจการโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการเหมือนกับโครงการขนาดเล็กก็เพียงพอ⁴¹

และมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากโครงการขนาดเล็ก คือ เพิ่มขึ้นตอนการกลั่นกรองโครงการ⁴² ภายหลังจากที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบ หน่วยงานจะต้องเสนอให้ สคร.กลั่นกรองโครงการ โดย สคร.พิจารณา กลั่นกรองโครงการและเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ภายใน 30 วัน ซึ่งหากคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพิจารณาว่าควรดำเนินการตามประกาศฯ ก็ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการต่อไปตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนของประกาศฯที่กำหนดไว้ในหมวดที่ 3 ส่วนที่ 3 เรื่องการดำเนินโครงการ ส่วนที่ 4 เรื่องการกำกับดูแลและติดตามผล และส่วนที่ 5 เรื่องการแก้ไขสัญญา เช่นเดียวกับโครงการขนาดเล็ก แต่ทั้งนี้ หากคณะกรรมการฯ เห็นควรดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

รวมถึง การเพิ่มขึ้นตอนภายหลังจากที่มีการลงนามสัญญาร่วมลงทุน รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลตามข้อ 28 ของประกาศฯ เพื่อทำหน้าที่ติดตามกำกับดูแลโครงการให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน รายงานผลการดำเนินงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดทราบอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

ทั้งนี้ หากโครงการขนาดเล็กและขนาดกลางใดเป็นโครงการที่หากสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเห็นว่าโครงการนั้นเป็นโครงการที่มีความสำคัญหรือสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์และสมควรดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเพื่อกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดังกล่าวดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด⁴³

⁴¹ ข้อ 16 ของประกาศฯ ได้กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องจัดทำรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และตามประกาศคณะกรรมการนโยบายฯ เรื่อง รายละเอียดที่ต้องมีในผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการของหน่วยงานเจ้าของโครงการ พ.ศ. 2557

⁴² ข้อ 18 ของประกาศฯ

⁴³ มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 บัญญัติว่า ให้คณะกรรมการจัดทำประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติ ทั้งนี้ หากสำนักงานเห็นว่าโครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนใดมีมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แต่เป็นโครงการที่มีความสำคัญหรือสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์และสมควรดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้สำนักงานเสนอความเห็นต่อ

ประเภทที่ 3 โครงการขนาดใหญ่

คือโครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่ห้าพันล้านบาทขึ้นไป ซึ่งจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 โดยมีขั้นตอนในการดำเนินการการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน 4 ขั้นตอนดังนี้

2.1.5.1 การเสนอโครงการ

โดยการเสนอโครงการสามารถดำเนินการได้ 3 รูปแบบ ดังนี้

1. การเสนอโครงการโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจกำหนดและเสนอความเห็นที่ปรึกษาที่เป็นเอกเทศโดยเสนอให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเห็นชอบ และเมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเห็นชอบโครงการแล้วให้เสนอ สคร. พิจารณา และนำเสนอคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เพื่อพิจารณาเห็นชอบก่อนที่จะดำเนินโครงการ⁴⁴

2. การริเริ่มโครงการโดย สคร. ในกรณีที่ สคร. เห็นว่าหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการของรัฐที่แผนยุทธศาสตร์กำหนดว่าสมควรให้เอกชนมีส่วนร่วมในการลงทุน แต่หน่วยงานนั้นมิได้เสนอโครงการเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุน ให้ สคร. ดำเนินการประเมินความเป็นไปได้เบื้องต้นในการจัดทำโครงการและประสานกับหน่วยงานของรัฐนั้นเพื่อให้เสนอโครงการ และเมื่อหน่วยงานรัฐนั้นในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการได้จัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการครบถ้วนแล้ว ให้เสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดและเสนอให้ สคร. ตามลำดับ⁴⁵

ในกรณีที่ สคร. เห็นว่ามีหน่วยงานเจ้าของโครงการที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องข้องกับแผนยุทธศาสตร์มากกว่าหนึ่งหน่วยงานและตกลงกันไม่ได้ ให้ สคร. เสนอให้คณะกรรมการนโยบายฯ พิจารณาหน่วยงานที่มีความรับผิดชอบมากที่สุดเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการ⁴⁶

3. การริเริ่มโครงการโดยเอกชน แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง แต่หากเอกชนจะเป็นผู้ริเริ่มการลงทุนในกิจการของรัฐ ก็ถือว่าเป็น “การลงทุนร่วม” ตามกฎหมาย⁴⁷ แต่ทั้งนี้

คณะกรรมการเพื่อกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดังกล่าวดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ โดยนำมาตรา 29 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁴⁴ มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁴⁵ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁴⁶ มาตรา 29 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁴⁷ คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 727/2537 ที่วินิจฉัยว่า โครงการที่ภาคเอกชน (บริษัท TAC) ริเริ่มเสนอมานี้ เป็นกิจการที่รัฐวิสาหกิจ (กสท.) มีอำนาจหน้าที่ที่ต้องทำตามกฎหมาย ตามความในมาตรา 7 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 ประกอบกับตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ก็ได้กำหนดว่ากรณีที่จะอยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นโครงการที่ริเริ่มโดยหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ดังนั้น แม้เอกชนจะเป็นผู้ริเริ่มการลงทุนกับ กสท. ในกิจการของรัฐดังกล่าวก็ตาม ย่อมถือเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วยอันเป็นการกลับคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาเดิมที่ 167/2551 ที่ถือว่าจะต้องเป็นการริเริ่มโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ

หน่วยงานเจ้าของโครงการจะยังคงเป็นผู้ดำเนินการเสนอโครงการเหมือนดังเช่นการเสนอโครงการโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป

2.1.5.2 การดำเนินโครงการ

เมื่อคณะกรรมการนโยบายฯให้ความเห็นชอบหลักการโครงการใดแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างข้อกำหนดขอบเขตของโครงการ (ToR) และร่างสัญญาร่วมลงทุนที่สอดคล้องกับข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุน⁴⁸ และให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือก⁴⁹ หรือที่เรียกว่า “คณะกรรมการตามมาตรา 35” เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ (ToR) และร่างสัญญาร่วมลงทุน และดำเนินการคัดเลือกเอกชนโดยใช้วิธีประมูล หรือไม่ประมูลแล้วแต่กรณี

ภายหลังจากที่ได้ผลการคัดเลือกแล้ว ให้คณะกรรมการคัดเลือกนำผลการคัดเลือก ประเด็นการเจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญาและเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเสนอ สคร.โดย สคร.เสนอความเห็นเกี่ยวกับผลการคัดเลือกเอกชนและส่งความเห็นต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด ในขณะที่เดียวกันให้ส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา และเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่างสัญญาเรียบร้อยแล้วให้เสนอร่างสัญญาต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด⁵⁰

เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาและให้ความเห็นประกอบเรื่องทั้งหมดแล้วนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุน และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกและร่างสัญญาร่วมลงทุนฯ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุนต่อไป⁵¹

2.1.5.3 การกำกับดูแลโครงการ

เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล⁵² หรือที่เรียกว่า “คณะกรรมการมาตรา 43” เพื่อทำหน้าที่ติดตามกำกับดูแล

⁴⁸ มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁴⁹ มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 บัญญัติว่า ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสี่คน เป็นกรรมการและให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

⁵⁰ มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁵¹ มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁵² มาตรา 43 วรรคหนึ่ง เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งมีตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงและมีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงาน

โครงการให้เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตามสัญญา และแผนการจัดการแก้ไข ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ รวมถึงพิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ และรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และ แนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ

2.1.5.4 การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเสนอ เหตุผลและความจำเป็นในการขอแก้ไขต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณา นอกเหนือจากการแก้ไขที่ เป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้โดยเฉพาะในสัญญาและส่วนนั้นเป็นส่วนที่มีใช้สาระสำคัญตามที่ คณะกรรมการนโยบายกำหนด⁵³ ซึ่งการพิจารณาของคณะกรรมการกำกับดูแลอาจแบ่งออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วม ลงทุนในส่วนที่มีใช้สาระสำคัญ ให้คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อทราบต่อไป

(2) ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วม ลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการ แก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและรายละเอียดอื่นๆที่เกี่ยวข้องให้คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณา และถ้า คณะกรรมการกำกับดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้ สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลและร่างสัญญาร่วมลงทุน ฉบับใหม่เพื่อเสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดและคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

โดยการพิจารณาลักษณะของการแก้ไขสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นพิจารณาตาม ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วม ลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558⁵⁴ ซึ่งการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญจะต้องมี ลักษณะดังที่ประกาศกำหนด เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงลักษณะของโครงการ การเปลี่ยนแปลงขอบเขตของ หน่วยงาน การเปลี่ยนแปลงการให้บริการหรือการเปลี่ยนแปลงการดำเนินโครงการโดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในลักษณะที่กำหนดไว้ในข้อนี้จะต้องทำให้ผลลัพธ์ในเชิงการให้บริการสาธารณะตามเป้าประสงค์ เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมหรือเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน การเปลี่ยนแปลงระยะเวลา ของสัญญา เป็นต้น

อัยการสูงสุดและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งอีกไม่เกินสี่คน เป็นกรรมการ และให้ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของ โครงการซึ่งเป็นข้าราชการ พนักงาน หรือผู้บริหารของหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

⁵³ มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁵⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนพิเศษ 46 ง วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2558

ส่วนกรณีการทำสัญญาใหม่ เป็นมาตรการรองรับภายหลังสัญญาร่วมลงทุนสิ้นสุด โดยก่อนที่สัญญาสิ้นสุด หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเตรียมการดำเนินการล่วงหน้า หากหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องดำเนินโครงการเองก็จะต้องเตรียมงบประมาณและบุคลากรที่มีความรู้ความชำนาญที่เพียงพอ และหากเห็นว่าสมควรให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนอีกก็ต้องวางแผนในการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการที่จะนำมาให้เอกชนร่วมลงทุนใหม่ ที่กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำแนวทางการดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดโดยเปรียบเทียบการดำเนินกิจการของรัฐ แยกเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเอง กรณีให้เอกชนรายใหม่ร่วมลงทุน และกรณีให้เอกชนรายเดิมเข้าร่วมลงทุน และนำเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างน้อยห้าปีก่อนที่สัญญาร่วมลงทุนจะสิ้นสุดลง โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและความต่อเนื่องในการดำเนินกิจการของรัฐ เพื่อเสนอให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐและคณะรัฐมนตรีตามลำดับต่อไป⁵⁵

2.1.6 การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศ

การเพิ่มบทบาทของเอกชนในการลงทุนโครงการของรัฐในต่างประเทศโดยการให้เอกชนเข้ามีส่วนร่วมดำเนินกิจการต่างๆของรัฐ เช่น กิจการโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) บริการสาธารณะ และการใช้ทรัพย์สินของรัฐ เป็นต้น ซึ่งในหลายประเทศมีการกำหนดมาตรการและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคุณสมบัติและการดำเนินการในการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ รวมถึงการจัดตั้งหน่วยงานกลางและคณะกรรมการที่ทำหน้าที่กำกับดูแลอย่างเป็นระบบ ในการศึกษาการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในต่างประเทศที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงความเป็นมาของการให้เอกชนร่วมลงทุน กรอบนโยบาย กฎหมาย และการกำกับดูแลของกฎหมายประเทศออสเตรเลีย ประเทศอังกฤษ ประเทศเกาหลี ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.1.6.1 ประเทศออสเตรเลีย

เป็นประเทศที่มีแนวคิดและหลักการการลงทุนในรูปแบบ Public Private Partnerships (PPPs) ที่เกิดจากความต้องการในโครงสร้างพื้นฐานของเศรษฐกิจและสังคมที่เพิ่มมากขึ้นอันเนื่องมาจากจำนวนประชากรที่สูงขึ้น ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐาน สาธารณูปโภค และสาธารณูปการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับโครงการด้านสาธารณูปโภคพื้นฐานที่มีขนาดใหญ่เพื่อตอบสนองความต้องการของประชากร รัฐบาลจึงต้องหาทางเลือกในการลงทุนที่เหมาะสมนั่นก็คือ การลงทุนแบบ PPPs ซึ่งมีส่วนช่วยให้รัฐสามารถจัดหาสาธารณูปโภคใหม่ๆ ที่รัฐไม่สามารถลงทุนได้เองทั้งหมดเนื่องจากมีข้อจำกัดทางด้านงบประมาณและขีดความสามารถของการลงทุน และรัฐยังสามารถกระจายความเสี่ยงจากการดำเนินโครงการลงทุนไปสู่ภาคเอกชน

กฎหมายที่สนับสนุนการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ ได้แก่ Infrastructure Australia Act 2008 โดยมีหน่วยงานที่กำกับดูแล คือ Infrastructure Australia (IA) แต่เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวยังมิได้

⁵⁵ มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

มีรายละเอียดในส่วนวิธีปฏิบัติในการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ ดังนั้น รัฐบาลออสเตรเลีย (The Council of Australian Government) จึงได้ลงนามรับรอง National Public Private Partnerships (PPP) Policy Framework and Guidelines (December 2008) ตามที่หน่วยงาน Infrastructure Australia (IA) นำเสนอโดยให้บังคับใช้แทน Policy and Guideline ที่มีก่อนหน้านั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นคู่มือแนวทางปฏิบัติในการดำเนินการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐอย่างชัดเจน ซึ่งมีผลบังคับใช้แก่ทุกรัฐในประเทศ และรัฐอาณานิคม และเพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำคู่มือแนวทางดังกล่าวมาปฏิบัติให้เกิดมาตรฐานเดียวกันในการดำเนินโครงการ โดยแบ่งโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนไว้เป็น 2 ประเภท ซึ่งแต่ละประเภทจะมีคู่มือแนวทางปฏิบัติในการร่างสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐที่แตกต่างกัน ดังนี้

1) **โครงสร้างพื้นฐานเชิงเศรษฐกิจ Economy Infrastructure** ซึ่งมีลักษณะทั่วไปของโครงการ คือ ในการดำเนินกิจการทางการพาณิชย์ เพื่อหาประโยชน์จากโครงการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานเชิงเศรษฐกิจ ส่วนใหญ่ภาคเอกชนเป็นผู้รับความเสี่ยงด้านรายได้ที่ขึ้นอยู่กับจำนวนของประชาชนที่เข้ามาใช้บริการ โดยมักจะมีข้อกำหนดให้ภาคเอกชนจ่ายส่วนแบ่งรายได้ให้แก่ภาครัฐ ในกรณีที่รายได้ไม่เพียงพอต่อต้นทุนของโครงการอาจมีการกำหนดกลไกให้ภาครัฐชำระเงินให้แก่เอกชนผู้ดำเนินโครงการก็ได้ สำหรับการร่างสัญญาโครงสร้างพื้นฐานเชิงเศรษฐกิจจะเป็นไปตามคู่มือแนวทางเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานเชิงเศรษฐกิจ National PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure (NCPs for Economic Infrastructure) โดยออกมาใช้บังคับตั้งแต่เดือนกุมภาพันธ์ 2011

2) **โครงสร้างพื้นฐานเชิงสังคม Social Infrastructure** โครงการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานเชิงสังคมต่างจากโครงสร้างพื้นฐานเชิงเศรษฐกิจ คือรายได้จากผู้ใช้บริการโดยมากมักไม่เพียงพอต่อต้นทุนของโครงการ และมีแนวโน้มที่ภาครัฐจะต้องให้การสนับสนุนและได้รับเงินชดเชยจากภาครัฐ เช่น โรงเรียน โรงพยาบาล การขนส่งสาธารณะ และเรือนจำ เป็นต้น ซึ่งภาคเอกชนจะไม่มีความเสี่ยงด้านจำนวนผู้ให้บริการ (Unitary Payment) แม้ว่าภาคเอกชนอาจใช้เงินทุนในการก่อสร้างในตอนแรก หากแต่จะได้รับเงินคืนจากภาครัฐในรูปแบบเงินจ่ายชำระตลอดระยะเวลาสัญญา โดยการร่างสัญญาโครงสร้างพื้นฐานเชิงสังคมนั้นจะเป็นไปตามแนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับหลักการทางการพาณิชย์ของโครงสร้างพื้นฐานเชิงสังคม National PPP Guidelines Standard Commercial Principles - Social Infrastructure ที่ประกาศใช้ตั้งแต่เดือนตุลาคม 2008

การดำเนินการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐจะยึดหลักการที่สำคัญ ประกอบด้วย หลักความคุ้มค่า (Value for Money) การแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม การใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ประสิทธิภาพและมีจริยธรรมและความเชื่อถือได้ ความโปร่งใส และการไม่เลือกปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบการภายในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งโครงการที่จะเข้าหลักเกณฑ์ในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐนั้นต้องมีงบลงทุน (Capital Cost) เกินกว่า 50 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย (เทียบเป็นจำนวนเงินบาทไทยประมาณ 1,359 ล้านบาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินของธนาคารแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 11 สิงหาคม 2559 : 1 เหรียญดอลลาร์ออสเตรเลีย เท่ากับ 27.187 บาท)

หน่วยงานที่เป็นกลไกการดำเนินการในการเพิ่มบทบาทภาคเอกชน (PPP Unit) ของประเทศภายใต้รัฐบาลกลาง คือ **The Department of Finance and Deregulation** ภายใต้การควบคุมของหน่วยงาน Infrastructure Australia (IA) โดยมีหน้าที่สนับสนุนและพัฒนาแนวทางปฏิบัติในการดำเนินนโยบายให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐแห่งชาติ (National Guidelines for PPP) รวมทั้งทำหน้าที่กำกับดูแลนโยบายและขั้นตอนการดำเนินงานโครงการ PPPs ซึ่งบทบาทของหน่วยงานอาจแบ่งออกเป็น 3 ด้าน โดยแต่ละด้านมีสาระสำคัญดังนี้

1) พัฒนานโยบายและแนวทางการดำเนินโครงการภายใต้รูปแบบ PPPs โดยการออก Guideline ซึ่งครอบคลุมถึงการพัฒนามาตรฐานของสัญญา ข้อตกลงเรื่องสัมปทาน รายละเอียดของกระบวนการคัดเลือก ประเมิน และการจัดจ้างเอกชน รวมทั้งการสนับสนุนด้านกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการจัดเก็บรวบรวมข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการร่วมลงทุน

2) ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการเตรียมโครงการภายใต้รูปแบบ PPPs นอกจากการรวบรวมข้อมูลต่างๆที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs แล้ว และพัฒนาบุคลากรให้มีความเชี่ยวชาญเพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะแก่หน่วยงานที่สนใจดำเนินโครงการภายใต้รูปแบบ PPPs เช่น การให้ข้อมูลโครงการสู่สาธารณะ ความช่วยเหลือด้านเทคนิค (Technical Assistance) และการพัฒนากลยุทธ์สำหรับหน่วยงานเพื่อดึงดูดนักลงทุน เป็นต้น

3) พิจารณาความเหมาะสมของโครงการ เป็นต้น

แม้ว่าประเทศออสเตรเลียจะออกคู่มือแนวทางการให้เอกชนร่วมลงทุน National PPP Policy and Guidelines (December 2008) แต่ก็เป็นการรอบนโยบายระดับชาติ ซึ่งรัฐบาลระดับมลรัฐสามารถเพิ่มกฎระเบียบให้กับนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในอาณาเขตของตนได้ให้เป็นไปตามนโยบายและเขตอำนาจของแต่ละรัฐ เช่น รัฐวิกตอเรีย หน่วยงานรับผิดชอบโครงการ PPPs ชื่อว่า Partnership Victoria ภายใต้ The Department of Treasury and Finance โดยรัฐวิกตอเรียมีกรอบนโยบายการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน คือ Partnerships Victoria Requirements and annexures ซึ่งยังคงสอดคล้องกับแนวทางและนโยบายของรัฐบาลกลาง National PPP Policy and Guidance (December 2008) รวมทั้งได้มีการระบุเงื่อนไขและสาระสำคัญต่างๆในการจัดทำโครงการให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ณ ปัจจุบัน Partnership Victoria มีโครงการที่ดำเนินการในรูปแบบ PPPs เป็นจำนวนถึง 24 โครงการ⁵⁶ ซึ่ง Partnership Victoria มีบทบาทหน้าที่ที่สำคัญ⁵⁷ ดังนี้

⁵⁶ Partnerships Victoria, "Partnerships Victoria Requirements and Annexures," [Online] Accessed: 27 September 2016. Available from: <http://www.dtf.vic.gov.au/Infrastructure-Delivery/Public-private-partnerships/Projects>

⁵⁷ อ้างแล้ว. สำนักบริหารโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของภาครัฐ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ กระทรวงการคลัง.

1. กำหนดกรอบนโยบายให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ
2. ให้คำแนะนำหน่วยงานต่างๆที่จะดำเนินโครงการลงทุน เช่น ให้คำแนะนำเชิงพาณิชย์ การสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับนโยบายกระบวนการ และขั้นตอนการลงทุนในรูปแบบของการให้เอกชนร่วมลงทุน การประเมินงบประมาณการลงทุน
3. ให้นโยบายและคำแนะนำในการบริหารจัดการด้านสัญญาการลงทุนและปรับปรุงกรอบนโยบายของสัญญา
- 4) เป็นศูนย์กลางการให้ความรู้ ความชำนาญ และความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะเกี่ยวกับโครงการลงทุนในรูปแบบ PPPs ของรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น

2.1.6.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษถือเป็นประเทศแรกๆที่ริเริ่มการดำเนินการให้เอกชนเป็นผู้ริเริ่มในการร่วมลงทุนกับรัฐตั้งแต่ปี ค.ศ. 1992 หรือที่เรียกว่า Private Finance Initiative (PFI) ต่อมา เมื่อวันที่ 5 December ค.ศ. 2012 รัฐบาลได้มีการพัฒนาโดยนำแนวคิดของการเป็นหุ้นส่วนในการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนมาใช้ และนำหลักการใหม่ในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ (A New Approach To Public Private Partnership) โดยได้ออกเป็น PF2 เพื่อนำมาใช้เป็นคู่มือแนวทางในการปฏิบัติตามหลักการของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐ ทั้งในส่วนภาครัฐและภาคเอกชน เช่น หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานต่างๆที่เกี่ยวข้อง บริษัทที่ประสงค์จะร่วมลงทุนกับรัฐ และสถาบันการเงินที่เป็นแหล่งเงินทุนสนับสนุนโครงการ เป็นต้น โดยมีหน่วยงานกลางที่มีชื่อว่า The Infrastructure and Projects Authority (IPA)⁵⁸ ซึ่งก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2016 ภายใต้การกำกับดูแลของ HM Treasury โดย IPA จะทำหน้าที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในทุกโครงการของรัฐบาลของทั่วประเทศในสหราชอาณาจักร และจัดให้มีโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจและสังคมที่สำคัญร่วมกับหน่วยงานของรัฐ

โดยที่ PF2 มีวัตถุประสงค์สนับสนุนนโยบายในบริการสาธารณะและความคุ้มค่าทางการเงิน (Value for Money: VFM) ที่เพิ่มขึ้นให้เป็นไปตามแผนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานแห่งชาติ (National Infrastructure Plan) และการส่งเสริมการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินสาธารณะ รวมถึงทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจอย่างคุ้มค่า และให้ผู้มีส่วนได้เสีย เช่น ผู้ใช้บริการได้รับผลประโยชน์ที่เป็นธรรมจากการดำเนินโครงการ PPPs รวมถึงจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ โดยได้กำหนด Standardisation of PF2 Contracts เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการร่างสัญญาให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน

⁵⁸ หน่วยงานดังกล่าวเกิดจากสองหน่วยงานถูกรวมเข้าด้วยกัน คือ หน่วยงานที่ชื่อว่า Infrastructure UK กับ Major Project Authority (MPA) โดยให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2016 :แหล่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ <https://www.gov.uk/government/news/government-creates-new-body-to-help-manage-and-deliver-major-projects-for-uk-economy>

2.2 การร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ของโครงการที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในหัวข้อก่อนหน้า ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ โครงการใดที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติดังกล่าว โครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนพัฒนาที่ดินจะต้องเป็นโครงการที่อยู่ในความหมายของคำนิยามคำว่า “กิจการของรัฐ”⁵⁹ และ “ร่วมลงทุน”⁶⁰ ประกอบกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเคยตีความเกี่ยวกับการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ตามกฎหมายเดิม คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งการตีความการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ยังคงยึดแนวทางการตีความตามกฎหมายเดิมได้อยู่ โดยสามารถสรุปการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐได้เป็น 2 รูปแบบดังนี้

2.2.1 การให้เช่าที่ดินของรัฐ

กรณีนี้เป็นการให้เอกชนเช่าที่ดินโดยรัฐได้ค่าเช่าเป็นค่าตอบแทน ซึ่งเป็นไปตามบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการให้เช่าที่ดินนั้นเอกชนจะใช้ประโยชน์เพื่อการประกอบธุรกิจของเอกชนเอง หรืออาจจะเป็นการให้เอกชนเช่าที่ดินเพื่อให้เอกชนนำไปลงทุนและพัฒนาเพื่อนำทรัพย์สินไปหาประโยชน์อย่างอื่นก็ได้ เช่น การให้เช่าช่วง หรือการโอนสิทธิตามสัญญาบางส่วน หรือการให้สิทธิประโยชน์แก่บุคคลอื่นเพื่อเป็นการตอบแทน เป็นต้น แต่ทั้งนี้การนำไปหาประโยชน์อย่างอื่นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของเอกชนตามที่ได้ยื่นข้อเสนอโครงการและต้องอยู่ภายใต้กรอบข้อกำหนดขอบเขตของโครงการ (ToR) โดยเอกชนเป็นผู้ก่อสร้างอาคารและสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของรัฐอันเป็นไปตามหลักของสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดา ซึ่งการให้เอกชนลงทุนและพัฒนาที่ดินนั้นจะมีรูปแบบการให้เอกชนร่วมลงทุน ดังนี้

สำหรับโครงการที่เป็นทรัพย์สินใหม่ จะมีรูปแบบในการลงทุนแบบ Build Operate Transfer (BOT)⁶¹ หรือ Build Transfer Operate (BTO)⁶² แล้วแต่กรณี ในส่วนโครงการที่เป็นทรัพย์สินเก่า จะมีรูปแบบในการลงทุนแบบ Lease-Develop-Operate (LDO)⁶³

⁵⁹ กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย

(2) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

⁶⁰ ร่วมลงทุน หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

⁶¹ โปรดดูคำอธิบายรูปแบบการลงทุนแบบ Build Operate Transfer (BOT ในหัวข้อ 2.1.4. ข้อย่อยข้อที่ 2

⁶² โปรดดูคำอธิบายรูปแบบการลงทุนแบบ Build Transfer Operate (BTO) ในหัวข้อ 2.1.4. ข้อย่อยข้อที่ 3

⁶³ โปรดดูคำอธิบายรูปแบบการลงทุนแบบ Lease-Develop-Operate (LDO) ในหัวข้อ 2.1.4. ข้อย่อยข้อที่ 4

โดยการให้เช่าทรัพย์สินของรัฐถือเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ตามแนวทางการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา มีดังนี้

1. การให้เช่าที่ดินที่ราชพัสดุเป็นการจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุ ซึ่งเป็นกิจการที่ใช้ทรัพย์สินของส่วนราชการและเป็นกิจการที่หน่วยงานรัฐมีหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย จึงอยู่ในความหมายของนิยามคำว่า “กิจการของรัฐ”

- การจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุโดยการจัดให้เช่าเป็น “กิจการของรัฐ” ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพราะเป็นกิจการที่กรมธนารักษ์มีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ประกอบกับข้อ 16 แห่งกฎกระทรวง (พ.ศ.2519) ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518⁶⁴

- การอนุญาตให้เอกชนดำเนินการตามโครงการพัฒนาจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุของกรมธนารักษ์แปลงหมายเลขทะเบียนที่ ปช. 242 เมื่อปี พ.ศ. 2535 และ พ.ศ. 2537 แต่ละโครงการเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของกรมธนารักษ์ในการจัดหาประโยชน์เกี่ยวกับที่ราชพัสดุโดยการจัดให้เช่าตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ประกอบกับข้อ 16 แห่งกฎกระทรวง (พ.ศ.2519) ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 การจัดหาประโยชน์โดยการจัดให้เช่าที่ราชพัสดุดังกล่าว จึงเป็นกิจการที่ใช้ทรัพย์สินของส่วนราชการซึ่งอยู่ในความหมายของนิยาม “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535⁶⁵

2. การจัดให้เช่าเอกชนเช่าที่ราชพัสดุ แม้ไม่มีเงื่อนไขการยกกรรมสิทธิ์ในอาคารให้แก่ส่วนราชการ ถ้าโครงการมีมูลค่าการลงทุนตามที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดไว้ โครงการนั้นจะต้องอยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยวินิจฉัยเพิ่มเติมในประเด็นการจัดให้เช่าเอกชนเช่าที่ราชพัสดุที่จะอยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จำเป็นหรือไม่จะต้องกำหนดเงื่อนไขการยกกรรมสิทธิ์ในอาคารให้แก่ส่วนราชการ โดยวินิจฉัยว่า ไม่ว่าจะมิเงื่อนไขให้ผู้เช่าจะก่อสร้างอาคารในที่ดินที่ราชพัสดุที่เช่าเพื่อยกกรรมสิทธิ์ให้แก่กระทรวงการคลังหรือไม่ก็ตาม ถ้าโครงการมีมูลค่าการลงทุนที่มีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปจะต้องอยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เช่น

- การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2494 และการให้บริษัทเซ็นทรัลอินเตอร์พัฒนาฯ เช่าที่ดินเพื่อดำเนินการตามโครงการใช้ประโยชน์ที่ดินในทางพาณิชย์เป็นระยะเวลา 30 ปี โดยบริษัทดังกล่าวเป็นผู้ก่อสร้างอาคาร

⁶⁴ คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 239/2542

⁶⁵ คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 324/2544

สิ่งก่อสร้าง อุปกรณ์ ส่วนควบ และระบบสาธารณูปโภค ที่ใช้ในการดำเนินกิจการของโครงการทั้งหมด ซึ่งจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของการรถไฟแห่งประเทศไทยเมื่อสัญญาสิ้นสุดลงตามสัญญาเช่าที่ดินลงวันที่ 19 ธันวาคม 2521 นั้นเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามบทนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ เมื่อเป็นการลงทุนที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ย่อมเป็นโครงการที่อยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535⁶⁶

2.2.2 การให้สิทธิเอกชนร่วมลงทุนในที่ดินของรัฐ

การร่วมลงทุนในรูปแบบนี้อาจดำเนินการได้หลายลักษณะ อาทิ การให้เอกชนก่อสร้างอาคารบนที่ดินของรัฐและมีสิทธิใช้ประโยชน์จากอาคาร หรือการให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินพร้อมอาคารเดิมพร้อมกับให้เอกชนก่อสร้างอาคารเพิ่มเติม หรือการให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินและอาคารโดยไม่ต้องก่อสร้างอาคารเพิ่มเติมก็ได้ ไม่ว่าจะดำเนินการในลักษณะใดก็ตาม เอกชนจะเป็นผู้จัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อการลงทุนก่อสร้างและดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินของโครงการแต่เพียงผู้เดียว และเอกชนจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ ซึ่งมักจะกำหนดรูปแบบของค่าตอบแทน โดยแบ่งเป็นค่าตอบแทนการได้สิทธิ ค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์อาคาร และค่าผลประโยชน์ตอบแทนเพิ่มเติมในส่วนที่เกินจากประมาณการรายได้ (Revenue sharing) มีตัวอย่างแนวทางการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับการให้สิทธิการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในที่ดินของรัฐ ดังนี้

- โครงการศูนย์ประชุมแห่งชาติสิริกิติ์เป็นอาคารและที่ดินที่ราชพัสดุตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 การบริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมธนารักษ์ ย่อมอยู่ในความหมายของบทนิยามคำว่า “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 การให้สิทธิเอกชนเข้าบริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์มีวงเงินหรือทรัพย์สินเกินหนึ่งพันล้านบาทจึงถือเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

- การทำสัญญาตกลงให้สิทธิเอกชนที่บริหารศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ทำการบริหารกิจการดังกล่าวต่อจากระยะเดิมโดยให้ทำการก่อสร้างอาคารสถานที่ที่กำหนดเพิ่มเติมและยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงการคลังถือว่าเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ⁶⁷

- บริษัทท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในการบริหารจัดการกิจกรรมต่าง ๆ ณ ท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ ได้ให้สิทธิเอกชนเป็นผู้ดำเนินการเข้าร่วมงานร้านค้าปลอดอากร ซึ่งเป็นพื้นที่ส่วนหนึ่งของท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ การลงทุนโครงการดังกล่าวเป็นการลงทุนที่จะต้องใช้

⁶⁶ คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 182/2549

⁶⁷ คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 587/2538

พื้นที่ของบริษัทท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) ที่เป็นรัฐวิสาหกิจ โครงการนี้จึงเป็นการลงทุนในกิจการของรัฐตามบทนิยามกิจการของรัฐ ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ดังนั้น หากโครงการมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา ก็จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535⁶⁸

กล่าวโดยสรุป หากเป็นโครงการที่นำที่ดินซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการหรือหน่วยงานรัฐที่จะต้องดูแลที่ดินดังกล่าวไปให้เอกชนลงทุนพัฒนานั้นย่อมเป็นกิจการที่ใช้ทรัพย์สินของรัฐ ซึ่งการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐอาจทำในรูปแบบการให้เช่าที่ดินหรือการให้สิทธิก็ได้ และการร่วมลงทุนอาจมีเงื่อนไขว่าผู้เช่าจะก่อสร้างอาคารในที่ดินของรัฐเพื่อยกกรรมสิทธิ์ให้แก่รัฐหรือไม่ก็ได้ ล้วนแต่อยู่ในความหมายของนิยาม คำว่า “กิจการของรัฐ” และ “ร่วมลงทุน” ซึ่งถือว่าเป็นการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ อันจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ทั้งสิ้น

2.3 การร่างสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐตามข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาแห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

เนื่องจากการร่างสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐมีความหลากหลายและไม่เป็นไปตามมาตรฐานเดียวกัน ขึ้นอยู่กับการเจรจาต่อรองระหว่างคณะกรรมการคัดเลือกมาตรา 35 ผู้แทนคู่สัญญาฝ่ายรัฐ⁶⁹ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งต่างฝ่ายต่างมีแนวทางในการเจรจาต่อรองที่ต่างกันอย่างชัดเจน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเจรจาให้มีข้อกำหนดเงื่อนไขในการดำเนินกิจการและบริหารโครงการให้มีประสิทธิภาพ ประสิทธิผล และรักษาประโยชน์แก่รัฐ ในขณะที่ คู่สัญญาเอกชนจะเจรจาเพื่อต้องการผลกำไรตอบแทนจากการลงทุนให้ได้มากที่สุด เมื่อแนวทางการร่างสัญญาทั้งสองฝ่ายแตกต่างกันอย่างชัดเจน จึงทำให้การเจรจาต่อรองสัญญาร่วมลงทุนบางโครงการต้องล้มเลิกไปอันเนื่องจากแนวทางที่แตกต่างกัน และ จนเป็นเหตุให้เอกชนนำเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระที่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายหรือความเสี่ยงในการบริหารโครงการมาปัจจัยในการคำนวณมูลค่าการลงทุนของโครงการและสร้างค่าใช้จ่ายโครงการเพิ่มเติมเป็นอย่างมากให้แก่รัฐ ฉะนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดเงื่อนไขต่างๆของสัญญาในลักษณะที่ผลภาระความเสี่ยงไปให้เอกชนทั้งหมด หรือมากเกินไปกว่าที่เอกชนจะรับได้ ก็อาจจะไม่มีผู้สนใจยื่นข้อเสนอโครงการ หรือทำให้มูลค่าลงทุนของโครงการสูงจนเกินเหตุ ล้วนแต่ก่อให้เกิดผลเสียแก่การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จึงได้วางหลักการสำคัญประการหนึ่งในการสร้างมาตรฐานใหม่ในการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ โดยการจัดทำข้อกำหนด

⁶⁸ คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 409/2546

⁶⁹ โปรดดูคำอธิบายเพิ่มเติมข้อ 2.1.5 หลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน หัวข้อขั้นตอนการดำเนินโครงการ

มาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ⁷⁰ เพื่อใช้แนวทางในการร่างสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกันและสัญญาทุกข้อมีผลใช้บังคับได้จริง รวมทั้งยังได้วางหลักการในการจัดสรรความเสี่ยงอย่างเหมาะสมระหว่างคู่สัญญาร่วมลงทุนอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามที่บัญญัติในมาตรา 34⁷¹ แห่งพระราชบัญญัติเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประกอบกับประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ข้อ 4 และ ข้อ 5⁷² แม้จะได้มีการกำหนดโครงสร้างและรายละเอียดสำคัญที่ต้องปรากฏใน

⁷⁰ โปรดดูคำอธิบายเพิ่มเติมข้อ 2.1.3 หลักการสำคัญของการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน หัวข้อการสร้างมาตรฐานใหม่ในการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ

⁷¹ มาตรา 34. อ้างแล้ว.

⁷² ข้อ 4. "ข้อกำหนดมาตรฐานที่ต้องมีในสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยรายละเอียดในเรื่องดังต่อไปนี้โดยจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศฉบับนี้และแนวทางปฏิบัติที่สำนักงานกำหนดตามข้อ 7

(1) ระยะเวลาของโครงการ
 (2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ
 (3) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย
 (4) การลงทุนของหน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนรวมทั้งแหล่งเงินทุนของเอกชน
 (5) สิทธิทรัพย์สินซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์ของโครงการและการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการหากมีการใช้ทรัพย์สินของรัฐในการดำเนินโครงการโดยจะต้องระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์และการบำรุงรักษาทรัพย์สินดังกล่าวด้วย

(6) การบูรณะพัฒนาสินทรัพย์ของโครงการ
 (7) อัตราค่าบริการและการปรับเปลี่ยนอัตราค่าบริการวิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการ ผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างเอกชนและหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งให้รวมถึงผลประโยชน์ตอบแทนในส่วนที่ผันแปรตามผลประกอบการและสิทธิในการหักค่าใช้จ่ายหรือภาษีและค่าธรรมเนียมจากรายได้ที่เกิดขึ้นทั้งนี้ให้ระบุถึงการตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนในรายได้ที่เกิดขึ้นด้วย

(8) การให้การสนับสนุนของภาครัฐเพื่อการดำเนินการตามสัญญาของฝ่ายผู้ร่วมลงทุนเอกชน
 (9) การเปลี่ยนลักษณะการให้บริการของโครงการการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง

(10) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยรวมทั้งการชำระค่าตอบแทน
 (11) เหตุแห่งการเลิกสัญญาวิธีการบอกเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญานอกเหนือจากกรณีการสิ้นสุดของสัญญาตามระยะเวลา โดยรวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการดำเนินการเพื่อให้บริการต่อไป หากมีการระงับของโครงการและการชำระค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา

(12) หลักประกันสัญญาการค้ำประกันทั้งนี้ให้ระบุเงื่อนไขในการคืนหรือรับหลักประกันสัญญาด้วย
 (13) การประกันภัยและการชดเชยค่าเสียหาย
 (14) การระงับข้อพิพาทซึ่งต้องไม่เป็นการผูกพันให้หน่วยงานเจ้าของโครงการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเว้นแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะได้แสดงถึงเหตุผลและความจำเป็น เนื่องจากทางปฏิบัติโดยปกติทั่วไปของสัญญาร่วมลงทุนประเภทนั้นๆหรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

(15) กฎหมายที่ใช้บังคับซึ่งจะต้องกำหนดให้สัญญาร่วมลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซึ่งรวมถึงการดำเนินโครงการอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายไทย

สัญญาแล้วนั้น แต่ยังคงขาดหลักเกณฑ์ชัดเจนที่เป็นสาระสำคัญของแต่ละข้อกำหนดสัญญา ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการร่างสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐหลายประการ โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะข้อกำหนดที่มักจะมีปัญหา โดยมีข้อกำหนดดังต่อไปนี้

2.3.1 ประเด็นเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ

ระยะเวลาโครงการในสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐมักจะมีการกำหนดระยะเวลาของโครงการเป็นเวลานาน 20 – 30 ปี ซึ่งปัจจัยในการพิจารณากำหนดระยะเวลาโครงการอาจเป็นดังนี้⁷³

- ก) ระยะเวลาที่เอกชนต้องใช้ในการคืนทุน และก่อให้เกิดความคุ้มค่าทางการเงินจากการดำเนินโครงการ
- ข) ปริมาณความต้องการบริการหรือความต้องการของตลาด
- ค) อายุการใช้งานของทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญของการดำเนินโครงการ
- ง) เทคโนโลยีที่เป็นสาระสำคัญของการดำเนินโครงการ
- จ) ความสำคัญในด้านความต่อเนื่องของการให้บริการ และความยุ่งยากที่จะเกิดขึ้นจากการหยุดให้บริการเนื่องจากเปลี่ยนตัวเอกชน

การกำหนดระยะเวลาโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐเป็นสิ่งสำคัญ โดยหน่วยงานรัฐเจ้าของโครงการจะต้องพิจารณากำหนดระยะเวลาของโครงการเป็นเวลาที่เหมาะสม เพื่อเป็นแรงจูงใจให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐและจะต้องคำนึงความคุ้มค่าทางการเงิน หากระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไปจนทำให้ไม่เหมาะสมที่จะลงทุน เนื่องจากเอกชนมีระยะเวลาดำเนินโครงการน้อย การศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการจะไม่สามารถดำเนินการให้ถึงจุดคุ้มทุนและไม่สร้างผลกำไรจากการประกอบธุรกิจ ก็ย่อมไม่ดึงดูดเอกชนให้สนใจเข้าร่วมลงทุนกับรัฐ นอกจากนี้ การกำหนดระยะเวลาของโครงการพัฒนาที่ดินยังจะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ของโครงการ ซึ่งเริ่มจากขั้นตอนแรกคือขั้นตอนสำหรับการพัฒนาที่ดินโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องดำเนินการออกแบบก่อสร้าง การขออนุญาตต่างๆต่อหน่วยงานของรัฐ และจะต้องจัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อนำมาใช้ในการลงทุนก่อสร้างโครงการ ก่อนที่จะนำไปสู่ขั้นตอนที่สองคือขั้นตอนการบริหารโครงการและหาประโยชน์จากการบริหารโครงการที่ดินต่อไป

เนื่องจากประกาศเรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ที่ออกตามความในมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดแต่เพียงหัวข้อของข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาของโครงการ แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดที่สำคัญที่จะต้องมีในเรื่องระยะเวลา

(16) สิทธิของหน่วยงานเจ้าของโครงการในการเข้าดำเนินโครงการ

(17) ทรัพย์สินทางปัญญา

(18) ภาษีอากรและค่าธรรมเนียม

(19) เรื่องอื่นๆตามที่กำหนดไว้ในแนวทางปฏิบัติของสำนักงาน”

⁷³ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ กระทรวงการคลัง, คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ Ppps (2552), หน้า. 251

ของโครงการ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการพิจารณาความเหมาะสมของการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการ และปัญหาความมีผลของการกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญา กล่าวคือ

โครงการพัฒนาที่ดินที่เกิดขึ้นใหม่⁷⁴ ในปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดเงื่อนไขในการเริ่มนับระยะเวลา จึงทำให้สัญญาร่วมลงทุนมีการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการ⁷⁵ (Commencement Date) มีความหลากหลายและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ขึ้นอยู่กับความสามารถในการเจรจาของผู้สัญญาแต่ละฝ่าย โดยเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการนั้นเป็นตัวแปรสำคัญที่จะจูงใจให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนกับรัฐและการพิจารณาความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการ โดยพิจารณาประกอบกับภาระและความเสี่ยงในการดำเนินโครงการ อาทิ ความเสี่ยงจากการออกแบบ ความเสี่ยงด้านการเงิน และความเสี่ยงการขออนุญาตต่างๆต่อหน่วยงานของรัฐ เช่น การขออนุญาตก่อสร้าง การยื่นขอรายงานการศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) เป็นต้น

เมื่อพิจารณาประเด็นการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มต้นนับระยะเวลาในร่างสัญญาร่วมลงทุน จะพบว่าการกำหนดในลักษณะที่มีความหลากหลาย เช่น การกำหนดให้เริ่มนับระยะเวลาโครงการตั้งแต่วันที่เอกชนยื่นขออนุญาตก่อสร้างกับหน่วยงานราชการ หรืออาจกำหนดเริ่มนับตั้งแต่วันที่หน่วยงานรัฐเจ้าของโครงการอนุมัติแบบการก่อสร้าง หรืออาจกำหนดให้นับตั้งแต่วันที่เอกชนดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จตามสัญญากำหนด หรือตั้งแต่วันที่เอกชนเริ่มประกอบกิจการ เป็นต้น โดยผลของเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการจะมีผลให้ระยะเวลาโครงการจะยังไม่เริ่มต้น จนกว่าเอกชนจะปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวเสร็จสิ้น

⁷⁴ หมายถึง โครงการที่ยังไม่มีทรัพย์สินของโครงการ โดยเอกชนจะต้องดำเนินการออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาแหล่งเงินทุน และเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ เอกชนจึงจะมีสิทธิบริหารจัดการโครงการและนำโครงการไปหาประโยชน์ ไม่ว่าจะกำหนดว่าเอกชนจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่รัฐเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ (BTO) หรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินของโครงการเมื่อสัญญาสิ้นสุด (BOT) ก็ตาม โปรดดูคำอธิบาย รูปแบบการให้เอกชนร่วมลงทุน หัวข้อ 2.1.4.2 และ 2.1.4.3

สำหรับโครงการที่มีทรัพย์สินโครงการเรียบร้อยแล้วจะไม่มีกำหนดระยะเวลาก่อสร้าง ซึ่งจะมีเฉพาะส่วนระยะเวลาการบริหารโครงการต่อเนื่องจากระยะเวลาเดิม (แม้ว่าโครงการร่วมลงทุนเก่าจะไม่มีการกำหนดในส่วนของระยะเวลาการก่อสร้าง แต่ส่วนใหญ่จะมีการกำหนดระยะเวลาการบริหารพัฒนาโครงการ เพื่อจัดให้มีการปรับปรุงให้สภาพโครงการสวยงามและมีความทันสมัย) โครงการเช่นนี้ จะมีการกำหนดระยะเวลาของโครงการได้แน่นอนชัดเจนตามปฏิทิน ซึ่งมักจะไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการนับวันเริ่มต้นระยะเวลา อาทิเช่น ร่างสัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมย่านพลโยธิน สัญญานี้เป็นสัญญาร่วมลงทุนที่ทำขึ้นระหว่าง การรถไฟแห่งประเทศไทย ซีอีโอ รฟท. ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายหนึ่ง กับ บริษัทเซ็นทรัล อินเทอร์เน็ต จำกัด ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง . “ข้อ 2.2 วันที่สัญญามีผลบังคับและกำหนดระยะเวลาของสัญญา ข้อย่อย 2.2.1 สัญญานี้เริ่มมีผลบังคับ ณ วันที่สัญญา (ซึ่งต่อไปในสัญญาเรียกว่า “วันที่สัญญามีผลบังคับ” และข้อย่อย 2.2.2 สัญญานี้ให้มีกำหนดระยะเวลาการใช้ประโยชน์ 20 (ยี่สิบ) ปี นับแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2551 สิ้นสุดสัญญาวันที่ 18 ธันวาคม 2571” . ใน เอกสารประกอบ การสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน” เล่ม 2, 22 พฤษภาคม 2556 หน้า 152

⁷⁵ เงื่อนไขการนับวันเริ่มต้นระยะเวลาโครงการคือ การกำหนดเงื่อนไขของการเริ่มนับวันเริ่มต้นระยะเวลาโครงการ เมื่อเริ่มกิจกรรมบางอย่างตามสัญญาหรือเมื่อเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดสำเร็จ ซึ่งจะทำให้ระยะเวลาโครงการจะยังไม่เริ่มต้นจนกว่ากิจกรรมหรือเงื่อนไขนั้นสำเร็จเรียบร้อยแล้ว เช่น สัญญากำหนดไว้ว่า “ระยะเวลาสัมปทานตามสัญญานี้ มีกำหนดเวลา 30 (สามสิบ) ปี นับจากวันที่ได้รับการอนุญาตให้ก่อสร้าง” เป็นต้น เงื่อนไขดังกล่าวเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวมิใช่เงื่อนไขของความมีผลของสัญญาอันจะต้องอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติกฎหมายแพ่งว่าด้วยเรื่องเงื่อนไขบังคับก่อน

ซึ่งเป็นเสมือนการเพิ่มระยะเวลาอีกสักกระยะหนึ่ง เพื่อเอกชนจะได้ดำเนินการเตรียมความพร้อมก่อนเริ่มนับระยะเวลา โดยการให้ระยะเวลาสำหรับเตรียมความพร้อมนั้น หากกรณีกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาในลักษณะที่เป็นการเพิ่มระยะเวลามากเกินไปจนทำให้การเปิดให้บริการทางพาณิชย์ล่าช้า ทำให้รายได้เข้าโครงการช้าตามไปด้วย ก็จะทำให้รัฐเสียประโยชน์

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นว่าบางสัญญาร่วมลงทุนมีข้อกำหนดให้สิทธิเอกชนสามารถขอต่ออายุสัญญาได้ ซึ่งเป็นสัญญาทำขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 บังคับใช้ โดยมีตัวอย่างการกำหนดเงื่อนไขให้มีการต่ออายุสัญญาร่วมลงทุนในบางสัญญา เช่น ร่างสัญญาสัมปทานการลงทุนออกแบบก่อสร้าง บริหารจัดการ ให้บริการ บำรุงรักษา โครงการพิเศษสายศรีรัช – วงแหวนรอบนอกกรุงเทพมหานครที่กำหนดเรื่องการต่อระยะเวลาของสัญญาในข้อสัญญาข้อที่ 24⁷⁶ ไว้ว่า “ก่อนครบกำหนดระยะเวลาของสัญญาเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 36 (สามสิบหก) เดือน กทพ. จะเริ่มพิจารณาการดำเนินโครงการและบริหารโครงการเมื่อสัญญานี้สิ้นสุดลง หาก กทพ. พิจารณาเห็นสมควรให้ บีอีซีแอล ต่อสัญญา กทพ. จะพิจารณาเสนอเรื่องการต่อสัญญานี้ต่อรัฐบาล และหากรัฐบาลเห็นสมควร กทพ. จึงจะพิจารณาต่อสัญญากับ บีอีซีแอล ได้” การที่สัญญาดังกล่าวกำหนดให้มีการต่ออายุสัญญา แม้จะไม่มีลักษณะในการให้สิทธิเอกชนรายเดิมต่ออายุสัญญาภายหลังจากที่สัญญาเดิมสิ้นสุดลงทันที แต่ก็มีลักษณะเป็นการให้สิทธิเอกชนรายเดิมดีกว่าเอกชนผู้ที่จะเข้ามาใหม่ และถือเป็นการให้ค้ำมั่นไว้ในสัญญา⁷⁷ ค้ำมั่นดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ต้องปฏิบัติตามค้ำมั่นที่กำหนดไว้

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ในบทบัญญัติมาตรา 48 วรรคหนึ่ง⁷⁸ ได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการภายหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งในข้อ 5 (1) ของประกาศเรื่องข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ยังได้ออกข้อห้ามมิให้มีการให้ข้อกำหนดต่อหรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที โดยไม่มีการเจรจาระหว่างคู่สัญญา⁷⁹ ดังนั้น จึงอาจเกิดปัญหาการตีความสัญญาในกรณีที่มีข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญาที่มีลักษณะเป็นค้ำมั่น

⁷⁶ ร่างสัญญาสัมปทานการลงทุนออกแบบก่อสร้าง บริหารจัดการ ให้บริการ บำรุงรักษา โครงการพิเศษสายศรีรัช – วงแหวนรอบนอกกรุงเทพมหานคร. ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน.

⁷⁷ ค้ำมั่นในสัญญา หมายถึง คู่สัญญาได้ทำสัญญากันอยู่แล้ว และได้มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้ค้ำมั่นไว้ในสัญญานั้นด้วย. อ้างใน. ศนันทกรณ์ โสติพิพันธุ์.

⁷⁸ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำแนวทางการดำเนินการกิจการของรัฐภายหลังจากสัญญาร่วมลงทุนสิ้นสุดโดยเปรียบเทียบการดำเนินการของรัฐกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเอง กรณีให้เอกชนร่วมลงทุน และกรณีให้เอกชนรายเดิมร่วมลงทุน เสนอต่อกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างน้อยห้าปีก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดลง โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและความต่อเนื่องในการดำเนินการของรัฐ เพื่อเสนอให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเสนอต่อคณะกรรมการ และให้คณะกรรมการพิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

⁷⁹ ข้อ 5 สัญญาร่วมลงทุนต้องไม่มีข้อกำหนดหรือเนื้อหาในลักษณะ ดังต่อไปนี้

- (1) ให้มีการต่อหรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที โดยไม่มีการเจรจาระหว่างคู่สัญญา
- (2)

ในสัญญา อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนไม่เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และประกาศฯ กำหนดไว้ แม้ว่าข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญาดังกล่าวนั้น กระทำขึ้นก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ก็ตาม แต่ ข้อสัญญาจะมีผลผูกพันและใช้บังคับได้หรือไม่ หรือความไม่มีผลผูกพันจะทำให้ผลของสัญญาเสียไปทั้งฉบับ หรือไม่ โดยควรศึกษาและวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาของศาลตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่เคยมีคำ วินิจฉัยเกี่ยวกับความมีผลของสัญญา และศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการตีความความมีผลของการ กำหนดให้มีต่ออายุสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนพัฒนาที่ดินของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วม ลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อสร้างความมั่นใจแก่เอกชนในการเข้าทำสัญญาร่วมลงทุนกับรัฐ และ ศึกษาแนวทางในการแก้ไขสัญญาในกรณีดังกล่าว

2.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด

เนื่องจากกฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุสุดวิสัยหรือเหตุยกเว้นความรับผิดสำหรับการ ให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาปรับใช้ ซึ่งแม้ว่าเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นความผิดอาจกำหนดได้ตามบทบัญญัติ กฎหมาย เช่น เหตุที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย และเหตุหรือพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดตาม มาตรา 205 เป็นต้น และอาจกำหนดเหตุอื่นที่ยกเว้นหรือจำกัดความผิดโดยการตกลงในสัญญาล่วงหน้าบน พื้นฐานของหลักอิสระในทางแพ่งก็ได้ อย่างไรก็ตามในการกำหนดเนื้อหาของเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้น หรือจำกัดความรับผิด คู่สัญญาอาจขยายเหตุการณ์ต่างๆที่เป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอย่างไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งจากการศึกษาเนื้อหาของสัญญา การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐส่วนใหญ่ แสดงให้เห็นถึงอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของ คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการกำหนดเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด โดยไม่คำนึงถึงหลักการของการให้เอกชนร่วม ลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ คือการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างคู่สัญญาอย่างเหมาะสม อาจเกิดความ ไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

อีกทั้งการตีความคำว่าเหตุสุดวิสัยตามบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์⁸⁰ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาหากมีข้อพิพาทในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ซึ่งมีผลทำให้ลูกหนี้ต้องรับภาระในการ ปฏิบัติชำระหนี้มากกว่าที่คาดหมายในขณะที่ทำสัญญาเป็นอย่างมาก โดยมีใช้ความผิดของฝ่ายใดฝ่าย หนึ่ง หากเกิดความล่าช้าในการพิจารณาว่าเข้าลักษณะของเหตุสุดวิสัยหรือไม่ จนทำให้ไม่สามารถหาวิธีการ แก้ไขและเยียวยาเหตุดังกล่าวได้ทัน่วงทีก็ย่อมส่งผลกระทบต่อการดำเนินโครงการต่อไปอันทำให้โครงการ

⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 8 บัญญัติไว้ว่า “เหตุสุดวิสัย หมายความว่า เหตุใดๆอันจะเกิดขึ้นก็ตี จะให้ผลพิบัติก็ตี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะ ต้องประสบเหตุนั้นจะได้ จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น”

ล้มเหลวในที่สุด และหากไม่สามารถหาข้อยุติได้ก็จะต้องมีการฟ้องร้องและต้องอาศัยการตีความของศาล ซึ่งจากคำพิพากษาฎีกาที่เคยตัดสินตีความมาตรา 8 ที่ว่าการเกิดวิกฤติเศรษฐกิจของประเทศมีผลกระทบต่อ การประกอบกิจการของคู่สัญญา ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ตามสัญญา ยังไม่ถือว่าเป็นเหตุ สสุดวิสัย และเหตุวิกฤติเศรษฐกิจยังไม่ถือเป็นเหตุให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิด ดังนั้น ลูกหนี้จะอ้างวิกฤติ เศรษฐกิจของประเทศมาปลดเปลื้องเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ไม่ได้⁸¹ ซึ่งแม้ว่าศาลพิจารณาว่าไม่ สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 8 เรื่องเหตุสุดวิสัยมาใช้เพื่อให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่คู่สัญญา จะมีสิทธิขอให้กำหนดเป็นเหตุที่ยกเว้นความรับผิดได้หรือไม่ เพียงไร

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาอีกต่อไปว่าหากมีการกำหนดให้เหตุอื่นนอกจากเหตุสุดวิสัย เป็นเหตุในการขยายการยกเว้นความรับผิด (Supervening Event) โดยที่แต่ละสัญญาร่วมลงทุนจะกำหนด แตกต่างกันไปและไม่เป็นไปแนวทางเดียวกัน ซึ่งจะขึ้นอยู่กับความสามารถในการเจรจาและการยอมรับความ เสี่ยงของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย บางสัญญามีการกำหนดเหตุสุดวิสัยแยกต่างหากจากเหตุการณ์ที่เป็นเหตุยกเว้น ความรับผิด เช่น ร่างสัญญาสัมปทานการลงทุนออกแบบก่อสร้าง บริหารจัดการ ให้บริการ และบำรุงรักษา โครงการทางพิเศษสายศรีรัช - วงแหวนรอบนอกกรุงเทพมหานคร⁸² โดยกำหนดเหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น ว่า หมายถึง เหตุซึ่งมีผลกระทบในทางเสียหายอย่างรุนแรงต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือ ทั้งสองฝ่าย โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบในทางเสียหายนั้นได้ใช้ความพยายามจะป้องกันผลเสียหายนั้น แล้วอย่างเต็มที่ที่ยังวิญญูชนที่ประกอบกิจการเช่นเดียวกันพึงกระทำ ทั้งนี้ เหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น ได้แก่

(ก) ความผันผวนทางเศรษฐกิจของประเทศไทย โดยมีภาวะเงินเฟ้อหรือมีภาวะ ดอกเบี้ยสูงเป็นระยะเวลานาน

(ข) การกระทำหรือการงดเว้นกระทำการของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังต่อไปนี้

(1) การไม่สามารถส่งมอบส่วนของพื้นที่

(2) การปรับปรุงหรือแก้ไขแบบโครงสร้าง

(ค) การกระทำหรือการงดเว้นกระทำ รวมตลอดแต่ไม่จำกัดเฉพาะการประกาศใช้ หรือการเปลี่ยนแปลงพิกัตอัตราภาษีศุลกากร อากร ภาษี กฎหมายหรือระเบียบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

(ง) สภาพทางธรณีวิทยาที่มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่องานและไม่อาจคาดหมายได้ และ/หรือมีการหยุด หรือมีภาวะขาดแคลนวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างอย่างร้ายแรงในอุตสาหกรรมก่อสร้าง หรือ ความล่าช้าในการจัดหาสาธารณูปโภค เป็นต้น

ตามเนื้อหาของข้อกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดนี้ จะเห็นได้ว่าการกำหนดเหตุการณ์ต่างๆให้ เป็นเหตุที่ใช้ในการขยายการยกเว้นความรับผิดนอกจากเหตุสุดวิสัย ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยอาจเป็น เหตุที่อยู่ในความควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น กรณีการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อาทิ การไม่

⁸¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1678/2546 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3506/2546

⁸² อ้างแล้ว. ร่างสัญญาสัมปทานการลงทุนออกแบบก่อสร้าง บริหารจัดการ ให้บริการ และบำรุงรักษา โครงการทางพิเศษสายศรี รัช - วงแหวนรอบนอกกรุงเทพมหานคร.

สามารถส่งมอบพื้นที่หรือการปรับปรุงหรือแก้ไขแบบโครงสร้าง และอาจเป็นกรณีการกระทำของรัฐ อาทิ การเปลี่ยนแปลงกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีกรณีที่เป็นเหตุที่นอกเหนือจากความควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งอาจเกิดคำถามว่า ด้วยลักษณะของเหตุที่แตกต่างกันจะมีแนวทางในการดำเนินการอย่างไรจึงจะถือว่าเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา

นอกจากนี้ ในบางสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่หลุดพ้นจากความรับผิด โดยยังมีหน้าที่ต้องชำระค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต่อไป โดยหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้มีการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญา ศาลอาจไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยเหตุว่าไม่อาจออกคำสั่งที่นอกเหนือไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ กำหนดเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามหลักอิสระในทางแพ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ยังไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาได้อย่างเต็มที่ จึงควรศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิด และแนวทางในการดำเนินการของเหตุดังกล่าวสำหรับโครงการให้เอกชนร่วมลงทุนพัฒนาที่ดินที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

2.3.3 ประเด็นเกี่ยวกับการประกันภัย และการใช้ค่าสินไหมทดแทน

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐนั้นมีความเสี่ยงและภัยในรูปแบบต่างๆ ที่เกิดขึ้นมากมาย ซึ่งการเรียกใช้ชดเชยเยียวยาความเสียหายตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ว่าโดยอาศัยมูลหนี้ตามสัญญาหรือละเมิดก็ตามต่างก็ก่อให้เกิดปัญหาและสร้างความยุ่งยากในการพิสูจน์ความรับผิด อีกทั้ง ยังมีปัญหาเรื่องความสามารถในการชดเชยค่าเสียหาย ดังนั้น การทำประกันภัยจึงเป็นสิ่งสำคัญที่มีส่วนช่วยบรรเทาความเสียหายจากภัยประเภทต่างๆ โดยการประกันภัยจะก่อให้เกิดประโยชน์ คือ การประกันภัยจะแก้ปัญหาความสามารถในการชดเชยค่าเสียหายได้ และช่วยสร้างหลักประกันให้กับคู่สัญญาทุกฝ่ายว่าหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจะได้รับการชดเชยเยียวยาอย่างแน่นอนจากบริษัทรับประกันภัย

เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการจัดทำประกันภัยตลอดอายุสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ และยังขาดหลักเกณฑ์ในการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัยในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินโครงการและมีการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทรับประกันภัย โดยผู้เขียนแยกประเด็นในการพิจารณา ดังนี้

ประเด็นการจัดทำประกันภัย ในสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ มักจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้จัดทำแต่ฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้เข้าไปมีส่วนร่วมตัดสินใจใดๆ เพียงแต่รับทราบผลของการจัดทำประกันภัยเท่านั้น ซึ่งแม้ว่าการจัดทำประกันภัยข้างต้นจะมีข้อดีคือการจัดทำประกันภัยจะมีความรวดเร็วและสามารถควบคุมค่าใช้จ่ายได้ แต่ข้อเสียก็คือหน่วยงานของรัฐไม่สามารถเจรจาต่อรองและขอให้เพิ่มเติมความคุ้มครองในกรมธรรม์ให้เหมาะสมกับการจัดสรรความเสี่ยง ซึ่ง

อาจทำให้เกิดปัญหาในการเรียกจ่ายค่าสินไหมทดแทนในภายหลัง หากเอกชนจัดทำประกันภัยโดยขาดความเข้าใจในการทำประกัน เช่น กรณีมีการตกลงจำนวนเงินค่าเสียหายส่วนแรกที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในฐานะผู้เอาประกันต้องรับผิดชอบ (Excess หรือ Deductible) สูงเกินสมควร หรือกรณีที่ขยายข้อยกเว้นความคุ้มครองจนทำให้ความคุ้มครองของการประกันภัยไม่ครอบคลุมถึงความเสี่ยงและภัยที่สำคัญที่อาจเกิดขึ้นแก่โครงการ ทำให้ประกันภัยไม่อาจชดเชยความเสียหายหรือสูญหายอย่างแท้จริง

โดยที่คู่สัญญาร่วมลงทุนส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้รับผลประโยชน์ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาให้เงินกู้เพื่อสนับสนุนในการลงทุนโครงการ (Project Finance) เพราะเจ้าหน้าที่โครงการย่อมมีความกังวลว่าการกำหนดข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวอาจทำให้เจ้าหน้าที่ไม่ได้รับความคุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นและเกิดความเสี่ยงในการเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระหนี้แก่ตนในภายหลัง จึงจำเป็นต้องศึกษาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการจัดทำประกันภัยและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย

อีกทั้ง ในบางโครงการกำหนดแต่เพียงการจัดทำประกันภัยทรัพย์สินโครงการและประกันภัยเพื่อความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ซึ่งแม้ว่าการประกันภัยทรัพย์สินของโครงการจะสามารถป้องกันความเสี่ยงได้ในกรณีที่เกิดวินาศภัยทำให้ทรัพย์สินเสียหาย บริษัทประกันภัยจะชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำมาใช้ในการซ่อมแซมหรือฟื้นฟูโครงการให้กลับคืนสู่ภาวะดั้งเดิมได้ก็ตาม แต่ในระหว่างนั้นก็ต้องใช้ระยะเวลาในดำเนินการพอสมควรและการประกอบธุรกิจอาจจำเป็นต้องหยุดทำการหรือมีผลกระทบต่อประกอบการบิการ ซึ่งการหยุดชะงักของธุรกิจที่เกิดจากการที่ทรัพย์สินเสียหายและอยู่ระหว่างการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นจะเกิดปัญหาในกรณีที่เกิดความเสียหายที่สืบเนื่องจากความเสียหายต่อทรัพย์สิน เช่น การลดลงของผลกำไรที่คาดว่าจะได้จากการบริหารโครงการ และการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่าย ยิ่งหากต้องใช้เวลานานในการทำให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่สภาพเดิม ยิ่งทำให้ธุรกิจสูญเสียวัยได้รับภาระในค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น และอาจเสียหายจากการที่ธุรกิจหยุดชะงักถึงขั้นล้มละลาย ซึ่งการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากการประกันภัยทรัพย์สินไม่คุ้มครองถึงความเสียหายดังกล่าว จึงสมควรหาแนวทางในการกำหนดให้มีการจัดทำประกันภัยเพื่อคุ้มครองความเสียหายที่สืบเนื่องจากความเสียหายของทรัพย์สินโครงการด้วย

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเกี่ยวกับการใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการและมีการเรียกจ่ายค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทผู้รับประกันภัย ในทางปฏิบัติ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนและการใช้ค่าสินไหมทดแทนจะเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาและตามกฎหมาย โดยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อซ่อมแซมฟื้นฟูทรัพย์สินโครงการให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ซึ่งมีคำพิพากษาของศาลตัดสินไว้ว่าในกรณีที่สัญญาร่วมลงทุนกำหนดการประกันภัยให้มีการชดเชยและการใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้เช่นไร คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดเช่นนั้นอย่างเคร่งครัดจะตกลงเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นมิได้ ซึ่งเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาว่าคำพิพากษาของศาลดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้หรือไม่หากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงการใช้ค่าสินไหมทดแทนจากที่ตกลงไว้เดิม ดังนั้น จึงควรศึกษาการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและคุ้มค่ากับการลงทุนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อไป

2.3.4 ประเด็นเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา

เนื่องจากสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐมักจะกำหนดเงื่อนไขให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวที่มีสิทธิในการเลิกสัญญาได้ (termination clause) ที่มีลักษณะคล้ายกับสัญญาทางปกครองที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสถานะเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งในการกำหนดเงื่อนไขในการดำเนินกิจการและบริหารโครงการเพื่อประโยชน์สาธารณะและกำหนดสิทธิการเลิกสัญญานอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่การใช้สิทธิเลิกสัญญาของฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย เพียงเท่าที่กฎหมายจะเปิดโอกาสให้ใช้สิทธิได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงควรพิจารณาขอบเขตของในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และศึกษาหลักเกณฑ์ในการเลิกสัญญา รวมถึงการชดเชยอันเนื่องจากการเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

นอกจากนี้ ยังมีอีกหนึ่งประเด็นคือ ในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในการปฏิบัติตามสัญญาอย่างมาก และส่งผลกระทบต่อการใช้งานตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งก่อให้เกิดภาวะหรือสร้างความยากลำบากแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างมาก การปฏิบัติตามสัญญาต่อไปย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการเข้าทำสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงสมควรศึกษาหลักเกณฑ์ในการบอกเลิกสัญญาในกรณีที่มีพฤติการณ์ดังกล่าว

บทที่ 3

การร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของต่างประเทศ

ในบทนี้จะกล่าวถึงการร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนของกฎหมายต่างประเทศในโครงการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐในประเทศไทย โดยมุ่งศึกษาเฉพาะหัวข้อที่สำคัญซึ่งได้แก่ เรื่องระยะเวลาของโครงการ เรื่องเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด และเรื่องการประกันภัย และการใช้ค่าสินไหมทดแทน รวมถึงเหตุแห่งการเลิกสัญญา โดยผู้เขียนได้ศึกษาแนวทางข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาออสเตรเลียและอังกฤษ เนื่องจากมีการกำหนดแนวทางในการร่างสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนไว้เป็นการเฉพาะ

3.1 การร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาร่วมลงทุนของประเทศออสเตรเลีย

คู่มือแนวทางในการจัดทำสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนสำหรับโครงสร้างพื้นฐานเชิงเศรษฐกิจของประเทศออสเตรเลียคือ National PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure¹ ซึ่งประกอบไปด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาและวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญสำหรับสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งโดยทั่วไป การจัดทำสัญญาร่วมลงทุนจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่สนับสนุนให้ทำสัญญาร่วมลงทุน โดยคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่มีอยู่หรือตราขึ้นดังกล่าว ถ้าการทำสัญญาโครงการนั้นไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมตกเป็นโมฆะ² ซึ่งมีข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาที่สำคัญ ดังนี้

3.1.1 ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ

หลักการเรื่องระยะเวลาโครงการตามที่กำหนดไว้ใน Section 3³คือ การกำหนดระยะเวลาโครงการจะต้องขึ้นอยู่กับความคุ้มค่าทางการเงิน (Value for Money) แก่ภาครัฐมากที่สุด ซึ่งการกำหนด

¹ Infrastructure Australia Australian Government, "National Ppp Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure (Ncps for Economic Infrastructure)," [Online] Accessed: 5 March 2015]. Available from: <https://infrastructure.gov.au/infrastructure/ngpd/files/Volume-7-Commercial-Principles-for-Economic-Infrastructure-Feb-2011-FA.pdf>

² Section 1.5 (a) Enforceability of the contract

(a) If legislation exists or is enacted to support the project agreement or to otherwise condition the exercise of the executive power to contract, there must be compliance with the requirements of that legislation. If the project agreement does not observe these requirements then it may be void.

³ Section 3 Contract term "Principle - The term of the contract will depend on the best value for money solution for government. It will be subject to earlier termination or extension in certain circumstances"

ระยะเวลาของสัญญาจะถูกกำหนดโดยปัจจัยต่างๆ อาทิ ระยะเวลาขั้นต่ำที่ใช้ในการคืนทุน การกำหนดขีดของข้อจำกัดที่จะสร้างความยืดหยุ่นในระยะยาว และระยะเวลาที่เหมาะสมในช่วงของการออกแบบและก่อสร้าง ทั้งนี้ การสิ้นสุดของกำหนดระยะเวลาจะต้องอยู่ภายใต้ข้อสัญญาเรื่องการบอกเลิกสัญญาก่อนสิ้นสุดระยะเวลา

การกำหนดระยะเวลาโครงการอาจกำหนดไว้เป็นระยะเวลาที่แน่นอน (fixed period) ซึ่ง National PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure กำหนดระยะเวลาไว้เป็นเวลา 45 ปี โดยการเริ่มนับระยะเวลาจะเริ่มตั้งแต่วันที่ทำสัญญาหรือวันที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเริ่มนับระยะเวลาเรียบร้อยแล้วก็ได้ ซึ่งในกรณีที่กำหนดให้วันที่เริ่มนับระยะเวลาของสัญญาโครงการนับแต่วันที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเริ่มนับระยะเวลาเรียบร้อยแล้ว มีหลักเกณฑ์และรายละเอียดดังนี้

3.1.1.1 หลักเกณฑ์การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลา (Condition Precedent to Financial Close)

โดยที่การกำหนดเงื่อนไขของการเริ่มนับระยะเวลาสัญญาจะมีผลให้ยังไม่เริ่มต้นนับระยะเวลาดังที่กำหนดไว้ใน Section 2⁴ ซึ่งสัญญาอาจกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาไว้มากกว่าหนึ่งเงื่อนไข ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามแต่ละเงื่อนไขที่สำเร็จตามเป้าหมายและภายในระยะเวลาที่กำหนด กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตามแต่ละเงื่อนไขและทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ความเห็นชอบในแต่ละเงื่อนไขให้ครบถ้วนเรียบร้อยแล้ว ซึ่งวันที่ให้ความเห็นชอบแต่ละเงื่อนไขเรียบร้อยแล้ว เรียกว่า วัน Financial Close นอกจากวันดังกล่าวจะเป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาแล้ว ยังมีผลให้บรรดาหน้าที่และความรับผิดชอบมีผลผูกพันคู่สัญญาแต่ละฝ่าย เว้นแต่จะกำหนดให้ผูกพันในวันที่ทำสัญญา และให้ระเบียบการตั้งอัตราดอกเบี้ยมีผลสมบูรณ์และแบบจำลองทางการเงินได้ปรับให้สะท้อนกับอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวรวมถึงการสนับสนุนใดจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ⁵

หลักเกณฑ์ของการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาใน Section 2.2 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลา โดยจะต้องทำให้มั่นใจว่าการปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นจะได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐสำเร็จตามเป้าหมายและภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยที่วันที่ให้ความเห็นชอบจะถูกกำหนดในแต่ละโครงการเป็นตามลักษณะเฉพาะของโครงการ⁶ ซึ่งการ

⁴ Section 2 Conditions Precedent to Financial Close “Principle - The project agreement (other than specified limited parts of the project agreement including the Conditions Precedent) does not commence until each of the Conditions Precedent has been satisfied or waived.

⁵ Section 2.1 On Financial Close:

(a) obligations of each party to the project agreement become binding (other than the limited obligations that become binding on execution of the project agreement); and

(b) the interest rate setting protocol is implemented and the Base Case Financial Model is reset to reflect the rate set and any government contribution is fixed.

⁶ Section 2.2.1 Obligations

กำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาจะกำหนดตามความเหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของแต่ละโครงการ โดยมีเงื่อนไขที่เป็นเงื่อนไขขั้นต่ำในด้านต่างๆ ดังต่อไปนี้⁷

(1) เงื่อนไขทางด้านการออกแบบและก่อสร้าง โดยจะต้องส่งมอบสำเนาเอกสารของทุกสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อใช้ในโครงการ และการจ้างช่วงในรูปแบบและวิธีที่รัฐพอใจ

(2) เงื่อนไขทางด้านการจัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อสนับสนุนโครงการ โดยจะต้องส่งมอบพร้อมรับรองสำเนาเอกสารทางการเงิน และหลักฐานที่ได้รับเงินสนับสนุนการลงทุนของโครงการที่ได้รับความเห็นชอบ

(3) เงื่อนไขทางด้านการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ โดยจะต้องแสดงข้อกำหนดของรายละเอียดในการเข้าร่วมกันเป็นองค์กร (Corporate) หรือผู้ร่วมทำงาน (Consortium)

(4) เงื่อนไขอื่นๆ เช่น การส่งมอบหลักฐานความมีผลของกรรมธรรม์ประกันภัยที่กำหนด และจัดให้มีการรับรองสำเนาถูกต้องซึ่งกรรมธรรม์นั้น หลักฐานการชำระเงินที่เกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญากับรัฐเรียบร้อยแล้ว และข้อกำหนดของการรับรองความถูกต้องของแบบจำลองทางการเงินที่ถูกพิมพ์ออกมาและในระบบอิเล็กทรอนิกส์พร้อมด้วยการตรวจสอบบัญชีที่ได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

The private party must ensure that each of the Conditions Precedent that it is responsible for satisfying is met by the target date for satisfaction of the Conditions Precedent.⁴ Depending on the project, government may require the private party to satisfy the Conditions Precedent at its cost.

⁷ Section 2.2.2 Content

The following Conditions Precedent, as a minimum, will usually be required to be satisfied by the private party (the Conditions Precedent selected to apply will depend on the nature of the project, structure of the consortium and any other specific government requirements):

(a) delivery of executed copies (excluding execution by government) of all Project Contracts and major sub-contracts in a form and substance satisfactory to government and satisfaction of all Conditions Precedent to such documents;

(b) delivery of certified copies of all finance documents duly executed, and evidence that all Conditions Precedent to funding have been satisfied (or waived) in accordance with the finance documents; (c) evidence that all duty payable in connection with entry into the Project Documents has been paid;

(d) evidence of any authorisation (in form and substance acceptable to government) required by the private party, financiers and major sub-contractors to enter into the Project Contracts, major sub-contracts and financing agreements (as applicable);

(e) effecting of required insurance policies and providing certified copies of those executed policies;

(f) provision of any required corporate or consortium details; and

(g) provision of a printed and electronic copy of the certified Base Case Financial Model together with an audit report acceptable to government.

3.1.1.2 การกำหนดให้วางหลักประกันระหว่างการปฏิบัติตามเงื่อนไข (Conditions Precedent bond)

ใน Section 2.3.1⁸ กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจถูกเรียกให้วางหลักประกันในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ โดยการกำหนดให้วางหลักประกันหรือไม่และมีมูลค่าของหลักประกันเท่าใดนั้น จะขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย เช่น ความต่อเนื่องของหลักประกันที่ยื่นในช่วงเสนอราคายังมีผล ความเสี่ยงที่เอกชนไม่อาจทำให้เงื่อนไขสำเร็จ ความเสี่ยงของการล้มเหลวในการจัดหาแหล่งเงินทุน เป็นต้น

ในด้านการบังคับเอาจากหลักประกัน Section 2.3.2⁹ กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบังคับหลักประกันในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือปฏิบัติตามเงื่อนไขไม่ครบถ้วนตามที่ตกลงไว้หรือได้รับยกเว้นในวัน Financial Close ซึ่งเป็นวันสุดท้ายที่จะให้ความเห็นชอบในการปฏิบัติตามเงื่อนไข

3.1.1.3 การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข (Termination)

ใน Section 2.4¹⁰ กำหนดให้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขภายในระยะเวลาที่กำหนด คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาโครงการ โดยมีผลดังนี้

⁸ Section 2.3 Conditions Precedent bond 2.3.1 Requirement

The private party may be required to provide a Conditions Precedent bond to a specified value by the date of execution of the project agreement. Whether or not a Conditions Precedent bond is required, and the value of the bond, will depend on various factors such as:

- (a) whether a process bond was lodged during the bid phase;
- (b) other incentives to reach Financial Close, such as the structure of the contract term or payment mechanism;
- (c) the risk and consequences of the private party failing to meet the Conditions Precedent;
- (d) the risk and consequences of failure to reach Financial Close;
- (e) the value of the individual project;
- (f) the market environment; and
- (g) timing issues (e.g. whether there is likely to be a significant interval between execution of the project agreement and Financial Close).

⁹ Section 2.3.2 Demand

Government may make a demand under the Conditions Precedent bond if any of the relevant Conditions Precedent to be satisfied by the private party are not satisfied or waived by the target date for satisfaction of the relevant Condition Precedent (unless government causes the Condition Precedent not to be fulfilled).

¹⁰ Section 2.4 Termination

If each of the Conditions Precedent is not satisfied or waived by the target date for satisfaction of the Conditions Precedent, government may terminate each of the Project Contracts. In that event:

- (a) neither party will be entitled to claim against the other in respect of these Project Contracts except those parts expressly said to take effect despite the nonsatisfaction or waiver of the Conditions Precedent;

(1) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีสิทธิเรียกร้องใดๆต่อกันตามสัญญาโครงการ เว้นแต่ได้แสดงโดยชัดแจ้งเป็นอย่างอื่น

(2) บรรดาสิทธิและหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตตามสัญญาโครงการและสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องให้สิ้นสุดลงไปด้วย

(3) คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบังคับหลักประกันเงื่อนไขบังคับก่อน

ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิที่จะขยายวันที่ของการสิ้นสุดให้ดำเนินการตามเงื่อนไขบังคับก่อน ซึ่งมีตัวอย่างโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนของประเทศออสเตรเลียที่ได้รับการขยายวันที่สิ้นสุดของเงื่อนไขบังคับก่อน เช่น โครงการเชื่อมถนนระหว่างเมือง Melbourne CityLink¹¹ ที่มีการแก้ไขสัญญาสัมปทานครั้งที่ 4 เพื่อขยายระยะเวลาวันที่สิ้นสุดของเงื่อนไขบังคับก่อนให้แก่ Transurban ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยผลของการขยายระยะเวลาวันที่สิ้นสุดของเงื่อนไขบังคับก่อนนั้นทำให้ระยะเวลาบริหารโครงการจะยังไม่เริ่มต้นขึ้น ก่อนที่ต่อมาจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดของสัญญาสัมปทานเพื่อให้สอดคล้องกับการก่อสร้างส่วนต่อขยายของโครงการ ซึ่งสัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาที่มีความยืดหยุ่นมากและมีผลต่อความสำเร็จในการบริหารของโครงการในระยะยาว พร้อมทั้งยังจัดให้มีส่วนต่อขยายซึ่งเชื่อมโยงกับโครงการเชื่อมถนนเดิมอันทำให้การบริหารโครงการมีประสิทธิภาพมากขึ้น

3.1.2 ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด

National PPP Guidelines: Commercial Principles for Economic Infrastructure มีหลักเกณฑ์ในเรื่องเหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยที่เป็นเหตุที่ส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจนไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้ และมีการกำหนดเหตุอื่นที่เป็นเหตุที่ได้รับการยกเว้นความรับผิด โดยแบ่งออกเป็น 3 เหตุ ซึ่งผู้เขียนสามารถสรุปได้ ดังนี้

3.1.2.1 เหตุสุดวิสัย

หลักการในการร่างข้อกำหนดเหตุสุดวิสัยเป็นไปตาม Section 20.¹² เพื่อจำกัดเหตุที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดซึ่งเป็นเหตุนอกเหนือความควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และเป็นเหตุขัดขวางการ

(b) all future rights and obligations of the parties under the Project Contracts and otherwise in connection with the project are terminated; and

(c) government may call upon any Conditions Precedent bond. Government will have the right to extend any target date for the satisfaction of Conditions Precedent.

Government will have the right to extend any target date for the satisfaction of Conditions Precedent

¹¹ Infrastructure Australia, "Review of Major Infrastructure Delivery," [Online] Accessed: 5 April 2015]. Available from: http://infrastructureaustralia.gov.au/policy-publications/publications/files/Review_of_Major_Infrastructure_Delivery_PWC.pdf. p 53.

¹² Section 20. Force Majeure *"Principle Force Majeure Events are a limited category of events of exceptional severity which are outside the control of either party and which prevent or delay the private party from performing an obligation under the project agreement.*

ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือทำให้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาล่าช้า โดยในช่วงเวลาที่เกิดผลกระทบจากเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิได้รับการเยียวยาทางการเงินจากรัฐ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.1.2.1.1 หลักเกณฑ์ของเหตุสุดวิสัย

(ก) การกำหนดนิยามเหตุสุดวิสัย

การกำหนดเหตุที่ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่มีผลเป็นการยกเว้นความรับผิด มีดังนี้¹³

(1) ฟ้าผ่า พายุ แผ่นดินไหว ภัยพิบัติธรรมชาติ ดินถล่ม สึนามิ และโคลนถล่ม

(2) การจลาจล การปฏิวัติ การก่อการร้าย การก่อกบฏ การแย่งชิงอำนาจทางการเมือง การก่อวินาศกรรม การกระทำของอาชญากรที่เป็นภัยต่อสาธารณสุข และสงคราม ไม่ว่าจะประกาศหรือไม่

(3) การก่อรังสีชนิดไอออน การเปื้อนสารกัมมันตรังสี พลังงานนิวเคลียร์ การปนเปื้อนจากเชื้อจุลินทรีย์และทางเคมี เว้นแต่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือผู้รับเหมาช่วง

(4) ไฟไหม้ น้ำท่วม ระเบิด อันเกิดจากเหตุที่ระบุไว้ในข้อ (1) และ (2) ข้างต้น

ทั้งนี้ การกำหนดเหตุการณ์ดังกล่าว คู่สัญญาอาจเลือกนำเหตุบางเหตุหรือเหตุทั้งหมดมาปรับใช้ได้ตามความเหมาะสม หรืออาจจะกำหนดเหตุอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวไว้ก็ได้ อย่างไรก็ตาม การกำหนดเหตุสุดวิสัยควรจะจำกัดเฉพาะเหตุที่เป็นภัยพิบัติ และเป็นเหตุที่ไม่มีใครสามารถป้องกันได้ อีกทั้งไม่มีใครที่อาจจะอยู่ในฐานะที่สามารถบริหารจัดการที่ดีได้

If a Force Majeure Event occurs, the private party's obligations will be suspended to the extent and only for the duration such obligations are affected by the Force Majeure Event and otherwise in accordance with the principles set out in this Chapter. The private party will not be entitled to financial relief and government will not be entitled to compensation in respect of a Force Majeure Event"

¹³ Section 20.1

(a) Force Majeure Events are a limited category of events of exceptional severity which are outside the control of either party, namely (subject to any necessary project specific variations):

(i) lightning, cyclones, earthquakes, natural disasters, landslides, tsunamis and mudslides;

(ii) civil riots, rebellions, revolutions, terrorism, insurrections and military and usurped power, act of sabotage, act of public enemy and war (declared or undeclared);

(iii) ionising radiation, contamination by radioactivity, nuclear, chemical or biological contamination unless caused by the private party or subcontractors (excluding the risk of pollution and contamination allocated to the private party in accordance with Chapter 4 Environmental issues and Site Conditions)); and

(iv) fire, flood or explosion caused by events referred to in paragraphs 20.1 (a) (i) or 20.1(a) (ii) above.

(b) In the case of paragraph 20.1(a) above, jurisdictions have the flexibility of adopting or not adopting some or all of the Force Majeure Events listed or adopting further Force Majeure Events. However, Force Majeure Events should strictly be limited to those events that are catastrophic in nature.⁷¹ Additional events to those listed should only be adopted where this is warranted by the unique features of the project.

(ข) เงื่อนไขการบังคับใช้ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย

ในการบังคับใช้ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัยที่จะเป็นเหตุในการยกเว้นความรับผิดชอบจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตดังนี้¹⁴

- (1) เหตุสุดวิสัยเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ทั้งหมดหรือในบางส่วนที่เป็นสาระสำคัญตามสัญญา
- (2) ผลกระทบของเหตุสุดวิสัยนั้นไม่สามารถป้องกัน บรรเทา หรือฟื้นฟูได้โดยอาศัยหลักปฏิบัติทางการค้าที่ดี
- (3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดในการปฏิบัติการชำระหนี้
- (4) คู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมทั้งตัวแทน ลูกจ้าง และผู้รับเหมาช่วงไม่เป็นผู้ก่อให้เกิดเหตุสุดวิสัย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

3.1.2.1.2 การดำเนินการกรณีเหตุสุดวิสัย

ด้วยเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือความควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และความเสียหายที่เกิดจากเหตุสุดวิสัยนั้นไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดที่จะสามารถบริหารจัดการได้ดีกว่ากัน ฉะนั้นความสูญเสียหรือเสียหายย่อมตกแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งอาจสรุปดังนี้

1. หนี้ในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะถูกชะลอเพียงเท่าที่การชำระหนี้นั้นได้รับผลกระทบจากเหตุสุดวิสัย¹⁵ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องรับผิดชอบใช้ในค่าเสียหายใดๆที่เกิดขึ้น (No compensation to government)
2. คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่มีหนังสือแจ้งการปฏิบัติผิดสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน¹⁶

¹⁴ Section 20.2.2 Suspension of obligations; paragraph 1 “Subject to 20.2.1, to the extent that:

(a) a Force Majeure Event prevents the private party from performing all or a material part of its obligations under the project agreement;

(b) the impact of the Force Majeure Event could not reasonably have been prevented, mitigated or recovered by the private party acting in accordance with Good Industry Practice;

(c) the private party is using its best endeavours to perform its obligations under the project agreement; and

(d) the private party (including agents, employees or sub-contractors) did not cause (either directly or indirectly) the Force Majeure Event,”

¹⁵ Section 20.2.2 Suspension of obligations; paragraph 2

“the private party's obligations under the project agreement which are affected by the Force Majeure Event will be suspended but only to the extent and for so long as those obligations are affected by the Force Majeure Event”

¹⁶ Section 20.2.2 paragraph 3 “No default notice may be given by government to the private party in respect of a breach of any obligations which are suspended during the period of suspension.”

3. คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีหน้าที่ในการจัดให้มีการชดเชยทางการเงิน หรือขยายระยะเวลาของสัญญา¹⁷
4. คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจจัดให้มีทางเลือกเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการบรรเทาความเสียหายในระหว่างการชะลอการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา¹⁸
5. ในกรณีที่เกิดความสูญเสียหรือเสียหายอันเนื่องมาจากความเสี่ยงที่เป็นเหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจเอาประกันได้¹⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่เอกชนไม่สามารถถ่ายโอนความเสี่ยงดังกล่าวโดยวิธีการทำประกันภัย ในกรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องฟื้นฟูซ่อมแซมบรรดาสถานที่หรืองานหรือสิ่งที่เกิดความสูญเสียหรือเสียหายด้วยค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเองทั้งสิ้น แต่ทั้งนี้ การฟื้นฟูซ่อมแซมจะต้องเป็นไปตามที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เห็นชอบร่วมกันตามวิธีที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือตามวิธีระงับข้อพิพาทหรือตามที่ศาลมีคำสั่งในคดีถึงที่สุด
6. การยกอ้างเหตุสุดวิสัยจะมีผลสมบูรณ์ ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการดังต่อไปนี้
 - 6.1 ในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐ²⁰ ซึ่งการบอกกล่าวจะต้องกระทำโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยการบอกกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องบอกกล่าวไป

¹⁷ Section 20.2.6 No financial relief

“Government will not be obliged to provide any financial relief to the private party during the period of suspension (e.g. to meet the private party's fixed operating costs) or extend the Contract Term to take account of the period of suspension.”

¹⁸ Section 20.2.3 Alternative arrangements

“During the period for which the private party has been granted relief, government may make alternative arrangements for the performance of obligations suspended by a Force Majeure Event.”

¹⁹ Section 21. Reinstatement and repair “Principle - Subject to the loss or damage occurring as a result of an Uninsurable Force Majeure Event, the private party is responsible, at its cost, for repairing and reinstating any loss or damage to the site, works or the facility.

Section 21.2 Uninsurable Force Majeure Events

“If the loss or damage occurs as a result of an Uninsurable Force Majeure Event, the private party's obligation to carry out repair and reinstatement is suspended until the parties have agreed an outcome in accordance with Key Risk Event regime, the matter is resolved in accordance with the dispute resolution procedure in section 30 or the matter is resolved by a decision of a court which is final and binding on the parties, or the project agreement is terminated as described in section 20.3 (Termination for Uninsurable Force Majeure Event).”

²⁰ Section 20.2.1 Notification

(a) The private party must notify government within a specified time of the occurrence and effect of the Force Majeure Event and provide full details of the Force Majeure Event.

(b) The private party must continue to update government at specified intervals for the duration of the Force Majeure Event.

ยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายในระยะเวลาที่ระบุไว้ระหว่างที่เหตุการณ์เกิดขึ้นและมีผลอยู่ และต้องให้ข้อมูลของเหตุสุดวิสัยโดยครบถ้วน พร้อมทั้งรายงานความคืบหน้าให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบในช่วงที่เกิดเหตุสุดวิสัย

6.2 เมื่อมีการสิ้นสุดของเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยทันที²¹

6.3 นอกเหนือจากหน้าที่ในการบอกกล่าวเกี่ยวกับเหตุสุดวิสัยแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดเพื่อป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบของเหตุสุดวิสัย โดยอาศัยหลักปฏิบัติทางการค้าที่ดี ในการควบคุมหรือจำกัดผลที่ตามมาจากเหตุสุดวิสัย ซึ่งรวมถึงการก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม ปรับเปลี่ยนการใช้ทรัพยากรและการใช้มาตรการชั่วคราวที่เหมาะสม²²

นอกจากที่เหตุสุดวิสัยจะเป็นเหตุของการยกเว้นความรับผิดชอบแล้ว ยังเป็นเหตุที่ทำให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญาแก่คู่สัญญา โดยรายละเอียดและสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัย ผู้เขียนจะนำไปอธิบายไว้ในหัวข้อที่ 3.1.4 เรื่องการเลิกสัญญา

3.1.2.2 เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา (Relief for Possible Key Risk Events)

3.1.2.2.1 หลักเกณฑ์ของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

หลักการของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา ใน Section 15²³ กำหนดไว้ว่าเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องเป็นเหตุที่อยู่เหนือความควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และเป็นเหตุที่ส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความสามารถทางการเงินในการชำระหนี้ตามสัญญาของโครงการ หรือการคืนเงินลงทุนให้แก่ผู้ลงทุน ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันพิจารณาอย่างสุจริต เพื่อหาวิธีแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่รุนแรงดังกล่าว ซึ่งจากการพิจารณาหลักการดังกล่าวแล้ว สามารถสรุปหลักเกณฑ์ของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา ได้ดังนี้

²¹ Section 20.2.5 Cessation of Force Majeure Event

“The private party must immediately notify government once it ceases to be prevented or delayed from performing its obligations as a result of the Force Majeure Event and must recommence performance of its suspended obligations as soon as it becomes able to do so.”

²² Section 20.2.4 Mitigation

“During the period of the suspension, the private party must use all reasonable endeavours to prevent or mitigate the effects of the Force Majeure Event and must take all reasonable steps in accordance with Good Industry Practice to overcome or minimise the consequences of the Force Majeure Event. This may include for example incurring reasonable expenditure, rescheduling resources and implementing appropriate temporary measures.”

²³ Principle Possible Key Risk Events are particular events which are outside the control of the private party and which may have a material adverse effect on the ability of the private party to repay the debt financiers amounts due under the financing agreements or to pay the equity investors their projected return. Where there is such a material adverse effect the parties must negotiate in good faith to agree on a method of redress.

1. เป็นเหตุการณ์ที่เหนือความควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และผู้รับเหมาช่วง รวมถึงคู่สัญญาต่างๆของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาโครงการ²⁴ และ

2. เป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถทางการเงินของคู่สัญญาเอกชน ไม่ว่าจะเป็ความสามารถในการชำระหนี้เงินกู้ หรือการคืนเงินลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนก็ตาม โดยเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงนั้นอาจเกิดขึ้นในช่วงการก่อสร้างหรือการบริหารโครงการก็ได้ แต่ส่วนใหญ่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงบริหารโครงการจะก่อให้เกิดผลกระทบต่ออย่างรุนแรงมากกว่าในช่วงการก่อสร้าง

ทั้งนี้ เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบจะพิจารณาตามความเหมาะสมของแต่ละโครงการ แต่จะรวมถึงเหตุที่กำหนด อาทิเช่น²⁵

(1) การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่บังคับใช้

(2) การออกคำสั่ง กฎ ข้อกำหนดใด อันเนื่องมาจากการยื่นคำร้อง native title application ที่มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยกเลิกการปฏิบัติตามสัญญา ยกเว้นกรณีที่ศาลมีคำสั่งถึงที่สุด ซึ่งจะเป็นเหตุในการเลิกสัญญา

²⁴ **Section 15.2.1 Acts of private party** Government will not provide Relief where the Possible Key Risk Event is caused by or is otherwise within the control of the private party or any sub-contractor or related party.

²⁵ **Section 15.1 (b)** Possible Key Risk Events may occur either the construction period or the operating term however, the majority of Possible Key Risk Events are typically events occurring during the operating term given the greater potential to cause a material adverse effect described in paragraph (a) above. The specific Possible Key Risk Events will be determined on a project specific basis but may include:

(i) the occurrence of a Project Specific Change in Law (discussed in section 19.3 in Chapter 19 (Compliance with Law);

(ii) as a result of a native title application or claim the private party is directed, ordered or required to cease to perform the operating activities (or to change the way it does so) (other than by way of a Final Court Decision which may be a Termination Event);

(iii) as a result of a challenge to a planning approval obtained by Government the private party is ordered by a court to cease carrying out the operating activities (or to change the way it does so) (other than by way of a Final Court Decision which may be a Termination Event) and provided the challenge was not the result of a breach of the planning approval or project agreement;

(iv) the occurrence of an Uninsurable Force Majeure Event that affects the project works or facility;

(v) in the case of a tollroad project, in some jurisdictions, the offence of failing or refusing to pay tolls or charges is not enforced by government consistent with government's approach on an equivalent enforcement regime at contractual close;

(vi) in some jurisdictions, an identical directly competing facility is opened during the Contract Term; and

(vii) in the case of a tollroad project, in some jurisdictions a principal traffic connection is closed other than for specified events such as emergency, material threat to health or safety of the public, upgrade and maintenance or a special event.

(3) การมีคำพิพากษาอันเนื่องมาจากหน่วยงานของรัฐเปลี่ยนแปลงการอนุมัติ ที่มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องยกเลิกการปฏิบัติตามสัญญา ยกเว้นกรณีที่ศาลมีคำสั่งถึงที่สุดซึ่งจะเป็นเหตุในการเลิกสัญญา

(4) การเกิดขึ้นของเหตุ Uninsurable Force Majeure Event

(5) การเปิดให้บริการที่มีลักษณะเป็นการค้าแข่งโดยตรง (บางเขตอำนาจ) เป็นต้น

3.1.2.2.2 การดำเนินการกรณีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา อันจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ตกเป็นผู้ปฏิบัติผิดสัญญา และมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือ จะต้องดำเนินการตามข้อพิจารณา 3 ข้อคือ

1. การบอกกล่าว (Notification)²⁶ เมื่อเกิดเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่บอกกล่าวพร้อมรายละเอียดที่ครบถ้วนไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่บอกกล่าวภายในระยะเวลาดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิในการเรียกร้องใดๆจากการร้องขอบรรเทาในเหตุที่เกิดขึ้นดังกล่าว

2. การร่วมกันเจรจาและพิจารณาอย่างสุจริตเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ โดยในระหว่างการเกิดเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันเจรจาอย่างสุจริต เพื่อหาวิธีแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่รุนแรงของเหตุดังกล่าวและให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกลับมามีความสามารถในการชำระหนี้เงินกู้ หรือการคืนเงินลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนต่อไป²⁷

3. วิธีการให้ความช่วยเหลือ (Methods of redress) กำหนดไว้ว่า ในการเจรจาใดๆ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีความยืดหยุ่นและต้องพิจารณาวิธีการให้ความช่วยเหลือ ด้วยวิธีดังต่อไปนี้²⁸

²⁶ Section 15.2.2 Notification

(a) The private party must notify government within a specified time from when the occurrence of a Possible Key Risk Event has started to have a material adverse effect and provide full details of the effect of the Possible Key Risk Event.

(b) If the private party does not notify government of the occurrence of the Possible Key Risk Event within the specified time, the private party will be barred from making any claim for Relief in respect of that Possible Key Risk Event.

(c) The parties must negotiate in good faith to agree on the occurrence of the Possible Key Risk Event and whether or not it will have a material adverse effect.

²⁷ Section 15.3 Negotiations and objectives - Following agreement as to the occurrence of a material adverse effect from a Possible Key Risk Event the parties must negotiate in good faith to agree on a method of redress that achieves the objective of enabling the private party ...

²⁸ Section 15.4 Methods of redress - The parties must take a flexible approach to negotiations and must consider the following methods:

(a) varying the Project Contracts;

(b) varying the contract term;

(c) varying the financial or other contributions of the parties;

- (1) การปรับแก้สัญญา
- (2) การปรับแก้ระยะเวลาโครงการ
- (3) การปรับแก้การให้ความช่วยเหลือทางการเงินและด้านอื่นของคู่สัญญา
- (4) การร้องขอให้ปรับโครงสร้างการชำระหนี้ และ
- (5) การปรับแก้ตารางคำนวณหนี้

อย่างไรก็ตาม วิธีการให้ความช่วยเหลือโดยการปรับแก้การให้ความช่วยเหลือทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้เป็นมาตรการท้ายสุดและจะใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีวิธีอื่นที่เหมาะสมจะนำมาใช้แล้ว²⁹

อีกทั้ง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพียงเท่าที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์³⁰ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีหน้าที่หรือความผูกพันตามวิธีการให้ความช่วยเหลือที่ระบุไว้ข้างต้น หากเป็นกรณีที่วิธีการในการให้ความช่วยเหลือนั้นให้ผลลัพธ์ที่เกินความจำเป็นที่ต้องการ หรือกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ก่อให้เกิดเหตุละเว้นการปฏิบัติผิดสัญญา หรือเหตุดังกล่าวอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมทั้งผู้รับเหมาช่วงหรือคู่สัญญาต่างๆของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้ หรือการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำมาสู่การเกิดเหตุดังกล่าว และรวมถึงกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเคยได้รับการชดเชย การจ่ายเงิน หรือการช่วยเหลืออื่นใดอย่างเหมาะสมอันเนื่องมาจากเหตุละเว้นการปฏิบัติผิดสัญญาจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(d) requesting the debt financiers restructure the financing arrangements; and

(e) varying the revenue calculation schedule (including for example, toll, fees and charges).

²⁹ **Section 15.5 Contribution is last resort** - The method of redress involving a variation to the financial contribution of government will be considered as a measure of last resort and will only apply to the extent the other methods of redress cannot reasonably be used.

³⁰ **Section 15.6 No over compensation** - Government will not be obliged to make available or be bound by any method of redress to the extent:

(a) that such method achieves an outcome in excess of that which is necessary to achieve the objectives;

(b) the applicable Possible Key Risk Event is caused or contributed to by a breach of the Project Contracts by the private party; or

(c) any other reasonable payment, compensation or other redress has been made by the government in connection with the Possible Key Risk Event.

3.1.2.3 เหตุเรียกค่าชดเชย (Compensation Event)

3.1.2.3.1 หลักเกณฑ์ของเหตุเรียกค่าชดเชย

โดยเหตุเรียกค่าชดเชยที่เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับผลกระทบต่อการปฏิบัติการนั้น หรือเกิดค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นที่ส่งผลกระทบต่อประมาณการต้นทุนของโครงการนั้นเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยกำหนดไว้ใน Section 16³¹ ซึ่งการกำหนดเหตุเรียกค่าชดเชยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. เป็นเหตุที่ขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอก และเหตุนั้นมิได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาเอกชน ซึ่งเป็นความเสี่ยงที่ทั้งคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถควบคุมได้

2. เหตุเรียกค่าชดเชยส่วนใหญ่จะต้องเป็นเหตุที่พิจารณาแล้วว่าเป็นการจัดสรรความเสี่ยงที่อยู่ในความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

3. การอ้างเหตุเรียกค่าชดเชย (Compensation Event) ได้นั้นจะต้องมีรายละเอียดดังนี้³²

(1) เหตุเรียกค่าชดเชยเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา และ

(2) เหตุเรียกค่าชดเชยส่งผลให้เกิดค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดจากความล่าช้า (Delay Cost)

4. แม้ว่าจะมีมาตรการในการบรรเทาความเสี่ยงจากเหตุต่างๆ โดยการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องจัดให้มีการวางแผนโครงการเพื่อป้องกันผลกระทบที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่สามารถบรรเทาหรือชดเชยการเปลี่ยนแปลงต้นทุนของโครงการได้ทั้งหมด

³¹ Section 16. Compensation Events “Principle - Compensation Events are events which are outside of the control of the private party and in respect of which government provides Compensation for additional costs incurred by the private party Compensation Events may adversely affect the ability of the private party to perform its obligations under the project agreement or cause the private party to incur additional costs.”

³² Section 16.2.3 Recovery of costs and losses

“Provided that the private party has complied with its obligations for claiming Compensation, where the occurrence of a Compensation Event:

(a) adversely affects the ability of the private party to perform any of its obligations under the project agreement; and

(b) causes the private party to incur additional costs (including delay costs to the extent that the private party is or will be prevented from achieving Completion by the Date for Completion),

then the private party will be entitled to claim Compensation in accordance with Chapter 17 (Compensation payable).

โดยผู้วิจัยจะได้กล่าวในรายละเอียดของการดำเนินการบรรเทาการเปลี่ยนแปลงต้นทุนของโครงการในหัวข้อ การดำเนินการกรณีเหตุเรียกค่าชดเชย หัวข้อถัดไป

ทั้งนี้ การระบุเหตุเรียกค่าชดเชยอาจแตกต่างกันไปตามความเหมาะสมหรือลักษณะเฉพาะของโครงการและการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างคู่สัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาเอกชนเป็นผู้จัดการความเสี่ยงแทนรัฐ ตัวอย่างเหตุที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการปฏิบัติการชำระหนี้หรือเกิดค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น เช่น

1. ความเสี่ยงจากการแก้ไข ยกเลิกหรือเพิกถอนในบรรดาการอนุมัติหรือการพิจารณาที่ต้องดำเนินการภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลาง รัฐบาลมลรัฐหรือเขตการปกครองพิเศษกำหนด ซึ่งมีใช่เป็นการขออนุมัติใดที่นอกเหนือจากการขออนุมัติตามกฎหมาย หรือเป็นผลมาจากการริเริ่มร้องขอแก้ไขโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2. คำสั่งของหน่วยงานอื่นของรัฐหรือศาลให้ระงับหรือยกเลิกทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของงาน เนื่องจากการเรียกร้องจากชนชาติพื้นเมือง (Native Title Application) ที่รัฐมีหน้าที่ต้องดูแล

3. คำสั่งของรัฐเกี่ยวกับการขุดเจาะวัตถุโบราณ (โดยเหตุของการออกคำสั่งไม่ได้เกิดจากการปฏิบัติผิดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองวัตถุโบราณ)

3.1.2.3.2 การดำเนินการกรณีเหตุเรียกค่าชดเชย

แนวทางในการดำเนินการของเหตุเรียกค่าชดเชยมีรายละเอียดดังนี้

1. การจ่ายค่าชดเชย

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าเสียหาย เพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นและค่าใช้จ่ายที่เกิดจากความล่าช้า (Delay Cost) อันเนื่องมาจากการเกิดเหตุเรียกค่าชดเชย โดยจะชดเชยตามจำนวนที่กำหนดไว้ในหลักการคำนวณค่าชดเชย³³ ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ชดเชยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากเหตุดังกล่าวเกิดจากการกระทำหรือดำเนินการที่อยู่ภายใต้การควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ผู้รับเหมาช่วงหรือคู่สัญญาอื่นๆที่เกี่ยวข้อง³⁴

2. การบอกกล่าว

³³ Section 17.1 Calculation of Compensation Where the private party is entitled to Compensation for a Compensation Event, the private party will be entitled to its reasonable incremental costs and expenses incurred as a direct result of a Compensation Event as reasonably assessed by government.61 Government has the right to appoint an independent party to audit any information prepared by the private party in this regard.

³⁴ Section 16.2.1 Acts of private party Government will not Compensate the private party to the extent that the Compensation Event is caused by, contributed to or is otherwise within the control of the private party, any sub-contractor or related party.

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ประสงค์จะอ้างเหตุเรียกค่าชดเชยนั้นจะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด³⁵ โดยจะต้องยื่นข้อเรียกร้องที่มีข้อมูลครบถ้วนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่บอกกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่สามารถเรียกร้องใดๆ โดยอาศัยเหตุเรียกค่าชดเชยได้

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรายงานความคืบหน้าให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบเป็นระยะๆ ตลอดเวลาที่เหตุเรียกค่าชดเชยยังคงมีผลอยู่ และเมื่อเหตุดังกล่าวสิ้นสุดลงจะต้องแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบโดยพลัน

3. การบรรเทาการเปลี่ยนแปลงต้นทุนของโครงการ³⁶

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องจัดให้มีบรรเทาเพื่อทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต้นทุนของโครงการน้อยที่สุดอย่างเพียงพอและเหมาะสมตลอดช่วงระยะเวลาที่เกิดเหตุและที่ผลกระทบเกิดขึ้น และในช่วงการบริหารโครงการ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้มาตรการชั่วคราวด้วยความพยายามอย่างดีที่สุด และจัดเตรียมหลักฐานสนับสนุนความน่าเชื่อถือว่าผู้รับเหมาช่วงได้พยายามอย่างดีที่สุดในการจำกัดค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นและลดค่าใช้จ่ายอย่างเต็มที่

³⁵ Section 16.2.2 Notification

(a) The private party must notify government within a specified time of the occurrence and effect of the Compensation Event and of the private party's intention to claim. The private party must submit a claim to government providing full details of the Compensation claimed strictly in accordance with specified procedures.

(b) If the private party does not notify government of the Compensation Event within the specified time, the private party will be barred from making any claim for Compensation in respect of that Compensation Event.

(c) The private party must continue to update government at specified intervals for the duration of the Compensation Event and must notify government immediately after its obligations cease to be affected by the Compensation Event.

³⁶ Section 16.2.4 Mitigation “The private party must:

(a) take all proper and reasonable steps to minimise the costs and expenses incurred and the duration and impact of a Compensation Event and, during the operating phase, continue to use reasonable endeavours to provide temporary measures during any period of suspension; and

(b) provide evidence that it has used reasonable endeavours (including, where practicable, the use of competitive quotes) to ensure that its sub-contractors minimize increases in costs and maximise any reduction in costs.”

3.1.3 ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยและการใช้ค่าสินไหมทดแทน

โดยที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องดำเนินการตามหลักการของการประกันภัยตามที่กำหนดไว้ใน Section 22³⁷ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำและคงไว้ซึ่งการประกันภัยตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่น้อยไปกว่าที่ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยนี้กำหนดไว้เป็นขั้นต่ำ

ข้อกำหนดเรื่องการทำประกันภัยจะต้องพิจารณาระดับของความเสียหาย ความสามารถในการชำระค่าเบี้ยประกันภัยของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และความคุ้มค่าทางการเงินตามลักษณะเฉพาะของโครงการ ตัวอย่างการจัดทำประกันภัยทั้งช่วงการก่อสร้างและช่วงบริหารโครงการ อาทิ

- การประกันความรับผิดของนายจ้างต่อลูกจ้าง (Worker Compensation Insurance)
- การประกันภัยความเสียหายต่อทรัพย์สินและสิ่งปลูกสร้าง (property/material damage insurance)
- การประกันภัยความรับผิดต่อสาธารณะ (public/products liability insurance)
- การประกันภัยยานยนต์ (motor vehicle insurance) และ
- การประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพ (professional indemnity insurance)³⁸

3.1.3.1 การจัดทำประกันภัย

3.1.3.1.1 การควบคุมการจัดทำประกันภัย

1. การควบคุมก่อนออกกรมธรรม์

ในสัญญาจะต้องกำหนดระยะเวลาที่เอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยและจะต้องพิจารณาเป็นระยะๆ ในช่วงที่บริหารโครงการ³⁹ โดยพิจารณาขอบเขตของความคุ้มครองในแต่ละประกันภัยอย่างเหมาะสมประกอบกับปัจจัยความเสี่ยงของแต่ละโครงการ ทั้งยังกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง

³⁷ Section 22 “Principle The private party must obtain and maintain such insurances as required by law and insurances of a kind on no less favourable terms than the minimum insurance requirements specified in the project agreement.”

³⁸ Section 22.1.1 Paragraph 2 “Insurance requirements will reflect the degree of risk transfer, the ability of the private party to pay premiums (relative to the size of the risk), value for money considerations and the specifics of the particular project in question. Examples of required insurances during both the construction and operating periods include workers compensation insurance, property/material damage insurance, public/products liability insurance, motor vehicle insurance and professional indemnity insurance

³⁹ Section 22.1.1 Paragraph 4 “The project agreement will specify the periods that the private party must maintain the insurances. The project agreement will require periodic reviews of insurances in the operating periods.”

จัดทำและคงไว้ซึ่งการประกันภัยตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่น้อยไปกว่าที่ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยนี้ กำหนดไว้เป็นขั้นต่ำ

การกำหนดเงื่อนไขและสาระสำคัญที่ต้องมีในกรมธรรม์ประกันภัย ใน Section 22.1.6 กำหนดสาระสำคัญที่ต้องมีในกรมธรรม์ประกันภัยโดยจะต้องมีข้อกำหนดดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย⁴⁰

- ข้อกำหนดเรื่องการปฏิบัติผิดเงื่อนไขและค่ารับรอง เงื่อนไขการไม่ทำให้การทำประกันภัยนั้นเสื่อมเสียไปโดยรัฐต้องมีความคุ้มครองในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนแม้ว่าข้อเรียกร้องของเอกชนจะถูกปฏิเสธไปโดยผู้รับประกันแล้วก็ตาม (non-vitiation provision) การสละสิทธิ์การไล่เบี้ยตามที่ได้รับคามยินยอมจากรัฐ

- ข้อกำหนดการแจ้งในกรณีที่มีการยกเลิก ไม่ต่ออายุ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง การประกันภัย โดยจะต้องแจ้งให้รัฐทราบล่วงหน้า 30 วัน

- ข้อกำหนดในการขอรับการอนุมัติ/อนุญาตจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในการยกเว้นความรับผิด การทำบันทึกสลักหลัง หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ

2. การควบคุมภายหลังจากออกกรมธรรม์

(1) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำและคงไว้ซึ่งการประกันภัยตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่น้อยไปกว่าขั้นต่ำที่ไว้ในข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยนี้ด้วยค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและจะต้องสร้างความมั่นใจว่าผู้รับเหมาช่วงได้จัดทำและดำรงไว้ซึ่งการประกันภัยอย่างเหมาะสมด้วย⁴¹

⁴⁰ Section 22.1.6 Term of Insurance All required insurance policies must, at a minimum, include:

(a) a breach of condition or warranty / severability / non-vitiation provision acceptable to government;

(b) a provision requiring at least 30 days notice to be given to government prior to cancellation or amendment; and

(c) where government is an insured under the policy:

(i) a provision requiring the policy to operate as if each was a separate policy of insurance covering each insured party;

(ii) a stipulation that failure by any insured to observe and fulfil the terms of the policy or to comply with the duty of disclosure will not prejudice the insurance of any other insured;

(iii) a waiver of subrogation of all rights against any of the insured parties;

(iv) notice of a claim by any insured will be accepted by the insurer as notice by all insured.

(d) a provision requiring the approval of the government in writing to any exclusion, endorsement or alteration

⁴¹ Section 22.1.1 Paragraph 1 “The private party must, at its own cost, effect and maintain such insurances throughout the construction and operating periods required by law and insurances of a kind on no less favourable terms than the minimum insurance requirements specified in the project agreement. The private party must also ensure that its sub-contractors effect and maintain appropriate insurances.”

(2) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่เตรียมเอกสารสนับสนุนความมีผลของการทำประกันภัยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ กล่าวคือ การทำประกันภัยระหว่างการก่อสร้าง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำส่งเอกสารสนับสนุนความมีผลของการทำประกันภัยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐภายหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญากู้เงิน (Financial Close) และตลอดอายุสัญญาจะต้องนำส่งสำเนากรมธรรม์ประกัน หลักฐานการชำระค่าเบี้ยประกัน ใบรับประกันการต่ออายุกรมธรรม์ประกัน พร้อมด้วยข้อมูลอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการทำประกันภัยเมื่อหน่วยงานร้องขออย่างมีเหตุผล และรัฐมีสิทธิเข้าตรวจสอบสิ่งเหล่านั้นได้ในระหว่างเวลาทำการ และใบสลักหลังใดๆที่เกี่ยวกับการทำประกันภัย พร้อมการรับรองข้อเท็จจริงของทุกประกันภัยจากบริษัทผู้รับประกันภัยหรือบริษัทนายหน้าประกันภัยสำหรับกรณีที่ไม่สามารถจัดส่งสำเนากรมธรรม์ได้เพราะเป็นความลับทางการค้า⁴²

(3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยกับบริษัทผู้รับประกันภัยที่เป็นบริษัทที่มีชื่อเสียงและน่าเชื่อถือ (Reputable Insurer) โดยจะต้องได้รับความเห็นจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายใต้เงื่อนไขที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนด⁴³

(4) เมื่อมีการอนุมัติเห็นชอบในการจัดทำประกันภัยเรียบร้อยแล้ว ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการใดๆเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการประกันภัยในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เช่น ขอบเขตของความคุ้มครอง (Scope of cover) การจำกัดความรับผิด (limit/sub-limits to liability) และความรับผิดในความเสียหายส่วนแรก (deductible levels) เว้นแต่จะได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

⁴² Section 22.1.2 Proof of insurance

(a) By Financial Close, the private party must have provided government with evidence from its insurers that the construction period insurances are in effect.

(b) Throughout the Contract Term, the private party must provide government with copies of insurance policies, certificates of currency, renewal certificates and any endorsement slips in relation to all required insurances. Where government is not required to be an insured under the policy, and the actual policy copies cannot be provided (due to commercial confidentiality), appropriately worded certificates confirming expressly all of the insurance terms and conditions, as set out in the project agreement, must be provided from the insurer or insurance broker.

⁴³ Section 22.1.3 Reputable insurer

The insurances are to be effected and maintained at all times with reputable insurers approved by government and on conditions required by government. When determining whether to accept the insurances proposed by the private party and what conditions it may seek to impose, government may have regard to the rating (if any) of the proposed insurer, the contracting entity of the proposed insurer and their relationship to the ultimate underwriter, the proposed insurer's exposure to other projects of a similar nature in the relevant jurisdiction and such other matters as government considers relevant in the circumstances.

โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ปฏิเสธการให้ความยินยอมอย่างไม่มีเหตุผล⁴⁴ ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในบรรดาค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและอื่น ๆ ที่เหมาะสม (ถ้ามี) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขอความยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ไม่ว่าจะได้รับความยินยอมหรือไม่ก็ตาม

(5) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องไม่ดำเนินการใดๆ หรือให้ความยินยอมใดๆ อันเป็นการให้บริษัทผู้รับประกันภัยมีสิทธิปฏิเสธจ่ายค่าสินไหมทดแทนภายใต้กรมธรรม์ประกันภัย เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

3. คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องดำเนินการแจ้งข้อมูลและรายละเอียดของเหตุที่เกิดสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามกรมธรรม์ประกันภัย และรายงานความคืบหน้าเกี่ยวกับการเรียกร้องดังกล่าว โดยระหว่างการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการสละสิทธิ์หรืองดเว้นการเรียกร้องจากกรมธรรม์ โดยปราศจากความยินยอมล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ⁴⁵

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่จัดทำและคงไว้ซึ่งการประกันภัยตามที่กำหนดไว้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะชำระค่าเบี้ยประกันเพื่อให้การประกันภัยมีผลต่อไป โดยมีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระหนี้คืนแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ได้⁴⁶ อย่างไรก็ตาม การไม่ทำประกันภัยเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาและเป็นเหตุในการเลิกสัญญาต่อไป

⁴⁴ **Section 22.1.4 Amendments** The approved insurances are not to be materially changed (including, without limitation, the scope of cover, limits/sub-limits to liability and deductible levels) without government's prior consent, which is not to be unreasonably withheld.

In determining whether and on what basis to provide its consent, government will consider the proposed changes in light of market conditions at the time, the impact of the changes on the project risk profile and value for money considerations generally.

The private party must indemnify government for its reasonable legal and other costs (if any) associated with determining whether or not to consent to any requested change.

⁴⁵ **Section 22.3 Notices of potential claims** The private party must:

(a) notify government of any occurrence that may give rise to a claim under an insurance policy;
 (b) keep government informed of subsequent developments concerning the claim;
 (c) subject to paragraph
 (d), diligently pursue any claim which it has under any insurance policy; and(d) not compromise, settle or prosecute a claim under any insurance policy without the prior written consent of government, which must not be unreasonably withheld or delayed.

⁴⁶ **Section 22.1.5 Government may effect insurance policies** If the private party fails to effect or maintain the required insurances, government may effect and maintain the relevant insurance and pay the premiums for that insurance. Any amount paid by government will be a debt due and payable from the private party to government.

3.1.3.1.2 การควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการประกันภัย

ใน Section 22.1.4⁴⁷ กำหนดไว้ว่าเมื่อมีการอนุมัติเห็นชอบในการจัดทำประกันภัยเรียบร้อยแล้ว ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการใดๆ อันเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการประกันภัยในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เช่น ขอบเขตของความคุ้มครอง (Scope of cover) การจำกัดความรับผิด (limit/sub-limits to liability) และความรับผิดในความเสียหายส่วนแรก (deductible levels) เว้นแต่จะได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ปฏิเสธการให้ความยินยอมอย่างไม่มีเหตุผล

3.1.3.1.3 การพิจารณาให้ความเห็นชอบบริษัทรับประกันภัย

Section 22.1.3⁴⁸ เรื่อง Reputable insurer กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยกับบริษัทผู้รับประกันภัยที่เป็นบริษัทที่มีชื่อเสียงและน่าเชื่อถือ (Reputable Insurer) โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายใต้เงื่อนไขที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนด

3.1.3.2 การทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก

ในกรณีนี้ไม่มีการกำหนดให้มีการทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักโดยตรง

3.1.3.3 การใช้ค่าสินไหมทดแทน (Insurance Proceeds)

บรรดาค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการเรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัยเพื่อการฟื้นฟูซ่อมแซมให้กลับคืนสู่สภาพเดิมจะต้องอยู่ภายใต้หลักการของข้อกำหนดเรื่องการใช้เงินค่าสินไหมทดแทนที่กำหนดไว้ใน Section 21⁴⁹ ซึ่งมีหลักการว่าความสูญเสียหรือความเสียหายใดที่อยู่นอกเหนือความคุ้มครอง

⁴⁷ Ibid. Section 22.1.4 Amendments

⁴⁸ Section 22.1.3 Reputable insurer The insurances are to be effected and maintained at all times with reputable insurers approved by government and on conditions required by government. When determining whether to accept the insurances proposed by the private party and what conditions it may seek to impose, government may have regard to the rating (if any) of the proposed insurer, the contracting entity of the proposed insurer and their relationship to the ultimate underwriter, the proposed insurer's exposure to other projects of a similar nature in the relevant jurisdiction and such other matters as government considers relevant in the circumstances.

⁴⁹ Section 22.1.8 Settlement of claims - Any insurance proceeds received in respect of repairing or reinstating damage to the site, works or facility must be dealt with in accordance with section 21.1 of Chapter 21 (Reinstatement and repair).

ของสัญญาหรือกรรมธรรม์ประกันภัย หรือมีจำนวนมากไปจากที่ได้รับความคุ้มครองของสัญญาหรือกรรมธรรม์ประกันภัยดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว⁵⁰ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1. การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องดำเนินการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบทันทีที่มีความสูญเสียหรือความเสียหายใดๆ และความจำเป็นในการฟื้นฟูซ่อมแซมทรัพย์สินใดๆ⁵¹

2. การใช้จ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการเรียกร้องตามกรรมธรรม์ประกันภัยจะต้องถูกนำมาใช้โดยตรงเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูซ่อมแซมทรัพย์สินให้กลับคืนสู่สภาพเดิม โดยจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจะต้องนำไปเข้าบัญชีที่แยกต่างหากซึ่งเป็นบัญชีที่เปิดในชื่อของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เปิดกับสถาบันการเงินที่ได้รับความเห็นชอบโดยรัฐ ยกเว้นกรณีที่จำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับนั้นเกินจากจำนวนที่ตกลงกันได้ กับกรณีการนำเงินค่าสินไหมทดแทนไปใช้เพื่อฟื้นฟูซ่อมแซมนั้นไม่เหมาะสมและคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถชำระหนี้กู้โครงการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แก่เจ้าหนี้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาอนุมัติให้นำเงินค่าสินไหมทดแทนบางส่วนหรือทั้งหมดไปชำระหนี้เงินกู้โครงการโดยตรงก็ได้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Section 21.1.2⁵²

ทั้งนี้ ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก หากความสูญหายหรือเสียหายเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนละเลยหรือไม่ชดใช้ความสูญหายหรือเสียหายดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิชดใช้ความสูญหายหรือเสียหายแทน และมีสิทธิเรียกเก็บเงินจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามจำนวนที่ได้ชดใช้ไป⁵³

⁵⁰ **Section 21 Principle** - Subject to the loss or damage occurring as a result of an Uninsurable Force Majeure Event, the private party is responsible, at its cost, for repairing and reinstating any loss or damage to the site, works or the facility.

⁵¹ **Section 21.1.1 (c)** promptly provide government with written notice of any such loss or damage and any required replacement, reinstatement or repair; and

⁵² **Section 21.1.2 Insurance proceeds**

(a) Subject to paragraph (c), any insurance proceeds received in respect of such damage must be paid into a separate account and must be applied towards the cost of reinstatement or repair.

(b) The account must be in the name of the private party with a financial institution approved by government.

(c) In some circumstances, government may consider the possibility of allowing some or all of the insurance proceeds to be applied towards the repayment of the project debt where the insurance proceeds

⁵³ **Section 21.1.3 Damage to third party property**

(a) Where any loss or damage to property of third parties occurs as a result of:

(i) any failure by the private party to comply with its obligations under the project agreement, the private party must repair such loss or damage at its cost; and

3.1.4 ข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา

โดยที่หลักการของ National PPP Guideline: Commercial Principles for Economic Infrastructure ในเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลิกสัญญากำหนดไว้ใน Section 24⁵⁴ ที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีสิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาและไม่ดำเนินการแก้ไขการปฏิบัติผิดสัญญา หรือเมื่อมีการยื่น Native title Application หรือเมื่อมีการเรียกร้องอันเนื่องมาจากเกิดเหตุสุดวิสัย ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการระงับสิทธิเลิกสัญญาชั่วคราวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญในการเลิกสัญญาได้ดังนี้

3.1.4.1 การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมี 4 กรณี ดังนี้

1. กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาและไม่ดำเนินการแก้ไขการปฏิบัติผิดสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนด⁵⁵ หมายถึง การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดนัดหรือไม่ปฏิบัติตามที่ตามสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้มีหนังสือบอกกล่าวเลิกสัญญาเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแก้ไขเยียวยาหรือ

(ii) the project activities, the private party must repair such loss or damage or pay reasonable compensation to the affected person.

(b) If the private party fails to carry out any repair work or pay reasonable compensation in accordance with paragraph (a), government may do so and the amount of the repairs or compensation will be a debt due and payable from the private party to government.

⁵⁴ **Section 24 Termination ; Principle** Government may terminate the project agreement if the private party fails to remedy an Event of Default, on the occurrence of certain native title applications or claims or on the occurrence of a Force Majeure Event.

The private party can terminate the project agreement in certain circumstances, subject to the government's right to suspend the termination rights of the private party.

⁵⁵ **Section 24.1.1 Private party default**

(a) If the private party does not:

- (i) remedy an Event of Default of the private party, which is capable of cure, within the cure period;
- (ii) diligently pursue a cure of the Event of Default; or
- (iii) comply with an approved prevention plan (in accordance with section 23.2.3(a),

government may give a specified period of notice to the private party of government's intention to terminate the project agreement. The private party may remedy the Event of Default or comply with its obligations within the notice period.

(b) If the notice period expires, and the Event of Default is not remedied or the private party has otherwise failed to comply with its obligations in respect of the Event of Default, government may terminate the project agreement by notice to the private party. The right of termination is subject to the financier's rights under the financing agreements.

ปฏิบัติตามที่สัญญากำหนดภายในระยะเวลาบอกกล่าว เมื่อพ้นระยะเวลาบอกกล่าว หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้แก้ไขเยียวยาให้ถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาโดยทำเป็นหนังสือแจ้งคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2. กรณีที่มีการขอใช้ที่ดินตามสิทธิของชนพื้นเมือง (Native title Application)⁵⁶

ซึ่งเป็นกรณีที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติกรให้การดำเนินโครงการสำเร็จลุล่วงได้ เนื่องจากคำสั่งของรัฐบาล ข้อกำหนดของกฎหมาย หรือคำสั่งศาลอันเกี่ยวเนื่องจากการยื่น Native title Application โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลิกสัญญาโดยการส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และในกรณีนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยเนื่องจากมาจากการเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

3. กรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัย (Termination for Force Majeure Event) อาจแบ่งได้

เป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีการเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัยที่สามารถเอาประกันภัยได้ (Termination other than for Uninsurable Force Majeure Event) ก่อนที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนดังต่อไปนี้ให้ถูกต้องครบถ้วน⁵⁷

(ก) ในทันทีที่เกิดเหตุสุดวิสัย (ซึ่งเป็นเหตุที่สามารถเอาประกันภัยได้) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันปรึกษาและตกลงหาแนวทางในการบรรเทาผลกระทบของเหตุสุดวิสัยอย่างเหมาะสมโดยใช้ความพยายามอย่างดีที่สุด และร่วมกันให้มีการดำเนินการตามสัญญาอย่างต่อเนื่องรวมทั้งการฟื้นฟูงานก่อสร้างหรือทรัพย์สินของโครงการอย่างเหมาะสม

⁵⁶ Section 24.1.2 Native title If the private party is prevented from carrying out the project activities for a specified period as a result of a government direction, legal requirement or court or tribunal order in relation to a native title application or claim, government may terminate the project agreement by notice and will be liable to pay the private party the Termination Payment in accordance with section 25.2 of Chapter 25 (Termination Payments).

⁵⁷ Section 20.3.1

(a) As soon as practicable following the Force Majeure Event (other than an Uninsurable Force Majeure Event), government and the private party must consult with each other and use reasonable endeavours to agree appropriate terms to mitigate the effects of the Force Majeure Event and facilitate continued performance of the project agreement (including reinstatement of the works or facility where appropriate).

(b) If:

(i) the private party and government are unable to agree appropriate terms to mitigate the effect of the Force Majeure Event and facilitate the continued performance of the project agreement within a specified period; and

(ii) the Force Majeure Event is continuing or its consequences remain such that the affected party has been or is unable to comply with all or a material part of its obligations under the project agreement for more than a specified period, then government may terminate the project agreement.

(c) Upon termination of the project agreement, government will pay the private party a Termination Payment in accordance with the principles set out in Chapter 25 (Termination Payments).

(ข) หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันหาแนวทางในการบรรเทาผลกระทบของเหตุสุดวิสัยที่เหมาะสมและไม่สามารถร่วมกันให้มีการดำเนินการตามสัญญาอย่างต่อเนื่องภายในระยะเวลาที่กำหนด และคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากเหตุสุดวิสัยอย่างต่อเนื่องหรือไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งหมดหรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาเกินกว่าระยะเวลาที่กำหนด

ทั้งนี้ การใช้สิทธิเลิกสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาเอกชนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้

(2) กรณีการเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัยที่ไม่สามารถเอาประกันภัยได้ (Termination for Uninsurable Force Majeure Event)⁵⁸ คู่สัญญามีสิทธิที่จะใช้ดุลพินิจในการเลิกสัญญาแต่เพียงผู้เดียว โดยการมีหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชำระเงินอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา⁵⁹

ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการเลิกสัญญากรณีที่เป็นเหตุการณ์ที่สามารถเอาประกันภัยได้หรือไม่ หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐประสงค์จะใช้สิทธิเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่จ่ายค่าชดเชยอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา

4. การเลิกสัญญาโดยอำเภอใจ (Voluntary Termination)⁶⁰

นอกเหนือจากเหตุเลิกสัญญาที่ระบุไว้ข้างต้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิใช้ดุลพินิจเลิกสัญญาโดยปราศจากเหตุผล (sole discretion and without giving any reasons) ด้วยการแจ้งเป็นหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นข้อกำหนดของสัญญาที่ให้สิทธิเลิกสัญญาแก่รัฐฝ่ายเดียว ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยในการบอกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

3.1.4.2 การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสิทธิในการเลิกสัญญาในกรณีดังต่อไปนี้⁶¹

⁵⁸ Section 24.1.3 After the occurrence of an Uninsurable Force Majeure Event, or in the circumstances set out in section 20.3.1 of Chapter 20 (Force Majeure), government may terminate the project agreement by notice in accordance with section 20.3 of Chapter 20 (Force Majeure) and will be liable to pay the private party a Termination Payment in accordance with section 25.2 of Chapter 25 (Termination Payments).

⁵⁹ Section 20.3.2 At any time after the occurrence of a Force Majeure Event that is an Uninsurable Force Majeure Event, government may in its absolute discretion terminate the project agreement by notice and government will be liable to pay the private party a Termination Payment in accordance with the principles set out in Chapter 25 (Termination Payments).

⁶⁰ Section 24.1.4 Voluntary Termination In addition to the circumstances described above, government may at any time, in its sole discretion and without giving any reasons, terminate the project agreement by giving a specified period of notice to the private party ("Voluntary Termination") and will be liable to pay the private party a Termination Payment in accordance with section 25.2 of Chapter 25 (Termination Payments).

⁶¹ Section 24.2 Termination by private party The following events may be Termination Events which allow the private party to exercise the rights set out in this section:

1. กรณีที่มีเหตุการณ์ใดๆที่เกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อการทำงานปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยระยะเวลาที่มีผลต่อเนื่องกันไม่น้อยกว่าระยะเวลา 2 เดือน
2. คู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่าฝืนไม่ช่วยเหลือเงินอุดหนุนค่าใช้จ่ายโครงการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา
3. คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถดำเนินการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเริ่มเข้าสถานที่ก่อสร้างหรือขอรับอนุมัติใดๆที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐ ที่เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถดำเนินโครงการได้ทั้งหมดหรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ

เมื่อมีเหตุของการบอกเลิกสัญญาตามขอบเขตที่ระบุไว้เกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องโดยยื่นหนังสือแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญา (Notice of its intention to terminate) และกำหนดระยะเวลาไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาเอกชนในการระงับสิทธิเลิกสัญญาชั่วคราว (to suspend the private party's right to terminate) ภายในระยะเวลาดังกล่าวโดยการระงับ

(a) any of the following events occurs which makes it impossible for the private party to undertake all, or substantially all, of the project for a continuous period set out in the project agreement (e.g. 2 months):

(i) a court makes a decision which is final and binding on the parties, or the relevant State or Territory government enacts legislation;

(ii) there is a resumption of all or a material part of the project site; or

(iii) government fails to provide to the private party access rights to the project site;

(b) government fails to make a contribution towards the cost of the project of the kind described in section 14.2 (Government contributions) which is required under the Project Contracts; or

(c) the relevant approvals, which government is responsible to obtain, for operation of the facility are not in place or are subject to conditions which make it impossible for the private party to undertake all, or substantially all, of the project

If a Termination Event occurs, the private party may give government a specified period of notice of its intention to terminate the project agreement. Government may then give the private party notice within a specified period to suspend the private party's right to terminate.

The suspension period will expire when the Termination Event has been remedied (in which case the project agreement will continue in force) or at such other times prescribed in the project agreement. If the suspension period expires other than as a result of remediation of the Termination Event, the private party may terminate the project agreement by notice in writing to government. The private party must, to the extent that it is lawful and practical to do so, continue to perform its obligations under the Project Contracts during the suspension period.

During the suspension period, government may be:

(d) required to pay compensation to the private party; and

(e) restricted in issuing a notice of an Event of Default in relation to the private party.

If government does not give a suspension notice and the Termination Event has not been remedied within a specified period, the private party may terminate the project agreement by notice to government.

สิทธิเลิกสัญญาชั่วคราวจะสิ้นสุดลงเมื่อเหตุในการเลิกสัญญาได้รับการแก้ไขเยียวยา หากไม่มีการแก้ไขเยียวยาในเหตุดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาโดยบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และในช่วงระยะเวลาการระงับสิทธิเลิกสัญญาชั่วคราว คู่สัญญาเอกชนยังคงปฏิบัติตามสัญญาต่อไป คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำเป็นที่จะจ่ายค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และไม่มีสิทธิจะแจ้งการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้บอกกล่าวไปยังคู่สัญญาเอกชนในการระงับสิทธิเลิกสัญญาชั่วคราว และไม่มีการแก้ไขเยียวยาในเหตุในการเลิกสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาโดยบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

3.1.4.3 ผลภายหลังการเลิกสัญญา⁶²

1. ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเลิกสัญญาเพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิค่าเสียหายใดๆ จากคู่สัญญาเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิเรียกค่าชดเชยจากรัฐ
2. ในกรณีการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือการเลิกสัญญาเพราะเหตุ Native Title หรือเหตุสุดวิสัยหรือการเลิกสัญญาโดยอำเภอใจ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำเป็นต้องจ่ายค่าชดเชยเพื่อชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบอกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน
3. บรรดาสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาโครงการ รวมถึงสัญญาอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการให้มีผลสิ้นสุดลง ยกเว้นข้อตกลงใดๆที่ได้ตกลงให้มีผลอยู่แม้ว่าสัญญานี้สิ้นสุด ทั้งนี้ การสิ้นสุดของสัญญาจะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ใดๆของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญานี้สิ้นสุด

3.2 การร่างสัญญาตามข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาร่วมลงทุนของประเทศอังกฤษ

ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2012 ประเทศอังกฤษได้ออกประกาศใช้ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน หรือที่เรียกว่า “Standardisation of PF2 Contracts”⁶³ ที่ออกตามความของ A New

⁶² Section 24.3 Consequences

(a) Upon termination by government for an Event of Default:

(i) government will be entitled to recover damages from the private party; and

(ii) the private party will not be entitled to any compensation.

(b) Upon termination by the private party or termination by government for native title, a Force Majeure Event or Voluntary Termination, government may be required to pay a Termination Payment to the private party in accordance with the principles set out in section 25 (Termination Payments).

(c) The rights and obligations of the parties to the project agreement (or other agreements that may be relevant to include here, such as any lease between the private party and government) will cease except for:

(i) any accrued rights and obligations; and

(ii) any rights or obligations which are expressed to continue after termination.

⁶³ Legislation.gov.uk, "Standardisation of Pf2 Contracts," [Online] Accessed: 10 April 2015] Available from: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF

Approach To Public Private Partnerships หรือที่เรียกว่า PF2⁶⁴ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดโครงสร้างและหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดของสัญญาให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งมีรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญ ดังนี้

3.2.1 ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ

ในหลักการตาม Section 3⁶⁵ ของ Standardisation of PF2 Contracts กำหนดไว้ว่าสัญญาโครงการไม่ควรจะมีระยะเวลาที่น้อยกว่า 10 ปี ซึ่ง Section 3.2.1 กำหนดปัจจัยที่ใช้การพิจารณากำหนดระยะเวลา คือความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการและประเด็นต่างๆที่สำคัญ อาทิ⁶⁶

(1) ความต้องการของรัฐเกี่ยวกับการจัดให้มีการบริการ และความสามารถในการคาดการณ์ถึงคุณภาพและผลลัพธ์ที่ได้ในระยะยาวเป็นสำคัญ

(2) การคาดการณ์อายุของทรัพย์สินและมูลค่าซาก และการดูแลทรัพย์สินภายหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดตามกำหนดระยะเวลาหรือการเลิกสัญญา รวมถึงระยะเวลาในการปรับปรุงและบูรณะพัฒนาในส่วนสำคัญของทรัพย์สินโครงการตลอดอายุสัญญา

(3) ความสำคัญในการรักษาผลประโยชน์ตลอดอายุสัญญา

(4) ความเป็นไปได้ในการขยายระยะเวลาสัญญาต่อไป

⁶⁴ Legislation.gov.uk, "A New Approach to Public Private Partnerships Pf2 " [Online] Accessed: 8 December 2015]. Available from:
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_a_proach_to_public_private_parnerships_051212.pdf

⁶⁵ **Section 3.1** The Contract must specify its duration. It must specify a Service Commencement Date to distinguish the time (if any) from the signing of the Contract, and before the Service Period, from the Service Period itself. The choice of duration should be considered in the light of the issues set out in Section 3.2 (Factors to Consider). PF2 contracts however should not be entered into for periods of less than ten years.

⁶⁶ **Section 3.2.1** The Authority will wish to specify a duration which is expected to result in the best value for money solution for the Project. Factors to be taken into account when deciding on the duration of the Contract will include:

- the Service requirements of the Authority (see Section 7 (Services and Service Commencement)) and the Authority's ability to forecast quality and quantity outputs in the longer term;
- the expected life of the assets underpinning the Service and any possible residual value (see Sections 3.2.2, below, and 25 (Treatment of Assets on Termination and Expiry)) and the need for and timing of major refurbishment or asset refreshment programmes during the Contract (see Section 9 (Hard FM Maintenance Services));
- the importance of maintaining performance incentives over time;
- the ability of the Contractor accurately to forecast its base cost; and
- the possibility of an option to extend the term of the Contract by entering into a further contract period with the initial Contractor (this can equally be structured as a no cost early termination option – see Sections 25.2.5 and 25.6 (Valuation of Terminal Payments on Expiry where Residual Value Risk has been transferred)) even if there is no alternative use.

นอกจากนี้ ยังมีแนวทางการร่างสัญญาเกี่ยวกับระยะเวลา โดยการร่างสัญญาเกี่ยวกับระยะเวลาจะต้องมีกำหนดดังนี้

- (1) บรรดาสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาจะมีผลในวันที่ทำสัญญา ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า วันที่สัญญามีผลใช้บังคับ
- (2) ระยะเวลาในการให้บริการจะเริ่มนับตั้งแต่วันเริ่มให้บริการ และสิ้นสุดภายในวันที่สัญญาสิ้นสุดลง หรือวันที่เลิกสัญญา แล้วแต่ว่ากรณีใดเกิดขึ้นก่อน

3.2.1.1 หลักเกณฑ์การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลา

โดยปกติ โครงการที่มีเหตุจำเป็นจะต้องกำหนดเงื่อนไขในการเริ่มนับระยะเวลา⁶⁷ จะต้องกำหนดแยกแยะระหว่างวันที่สัญญามีผลบังคับกับการกำหนดเงื่อนไขในการเริ่มต้นนับระยะเวลาให้ชัดเจน ทั้งนี้ การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มต้นนับระยะเวลาจะต้องมีรายละเอียดและสาระสำคัญ ดังนี้

- (1) คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดเพื่อให้ได้รับความเห็นชอบก่อน
- (2) หน้าที่ต่างๆ (เช่น การรักษาความลับ) จะต้องมีผลตามกฎหมายก่อนการได้รับความเห็นชอบในเงื่อนไขใดๆ

วันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงิน (Financial Close) ถือเป็นเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลา โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องตรวจสอบการปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆให้เรียบร้อยก่อนให้ความเห็นชอบ เช่น การตรวจสอบสัญญาจ้างก่อสร้างช่วงในเรื่องราคาก่อสร้างและระยะเวลาในการก่อสร้างให้เป็นไปตามข้อกำหนดของสัญญา⁶⁸ ตรวจสอบการวางแผนโครงการ และตรวจสอบโครงสร้างทางการเงิน (Financial Close Base Case financing plan) เป็นต้น

⁶⁷ Section 3 note 2 “It is often possible for contract signature and financial close to be simultaneous. If there are project specific reasons for conditions precedent being required (i.e. a condition such as planning must be satisfied), then the concept of conditions precedent and “Effective Date” will be needed (and the effect of pricing of interest rate fluctuations, between the date of contract signature and financial close, will need to be addressed). If conditions precedent do exist, the obligation to use reasonable endeavours to satisfy these (to the extent this is needed) should take effect prior to the conditions precedent being met. Other obligations (such as those of confidentiality) may also come into effect prior to the satisfaction of any condition precedent.”

⁶⁸ Section 27.3.1 The Authority should review the Contractor’s sub-contractual arrangements prior to Financial Close to ensure that the Contractor is providing a solution to the Authority that is reasonably likely to meet the performance requirements set out in the Contract and that the price set out in the financial model is that set out in the relevant Sub-Contract. As discussed above, the Contractor should be permitted to manage his delivery of the Service but best practice is for the Authority not to sign the Contract until the Sub-Contracts are agreed and ready for execution. In particular, the Authority should review the terms of the Sub-Contracts for the following:

3.2.1.2 การกำหนดให้วางหลักประกันระหว่างเงื่อนไข

ซึ่งกรณีนี้ไม่มีการกำหนด

3.2.1.3 การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข

ซึ่งกรณีนี้ไม่มีการกำหนด

3.2.2 ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่น ๆ ที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิด

Standardisation of PF2 Contracts ได้กำหนดหลักเกณฑ์เหตุสุดวิสัย (Force majeure Event) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเหตุยกเว้นความรับผิด (Supervening Event)⁶⁹ ซึ่งนอกจากเหตุสุดวิสัยแล้วยังมีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา (Relief Event) และ เหตุเรียกค่าชดเชย (Compensation Event) โดยในการศึกษาหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะทำการศึกษาลักษณะและการดำเนินการของทั้งสามเหตุ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.2.1 เหตุสุดวิสัย

Standardisation of PF2 Contracts ได้กำหนดขอบเขตของการกำหนดเหตุสุดวิสัยเพื่อจำกัดเหตุการณ์ที่ไม่ได้เป็นความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถจัดการได้ดีที่สุด แม้ว่าจะอยู่นอกเหนือความควบคุมของเอกชนก็ตาม เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะที่สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงได้ดีกว่ารัฐ แต่ทั้งนี้ การจัดสรรความเสี่ยงที่เกิดจากเหตุสุดวิสัยไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องคำนึงถึงความคุ้มค่าทางการเงิน (Value for money) โดยมีหลักเกณฑ์ของเหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเหตุสุดวิสัยไว้ใน Section 15.4 มีรายละเอียดดังนี้

Term of Contract – if the term of the relevant Sub-Contract does not reflect the period that the Service is required to be provided for under the Contract, the Authority should consider the level of protection it has in the Contract relating to controlling the identity of any Sub Contractors

⁶⁹ Section 15.1.2 Supervening events for which some relief is appropriate should be divided into three categories:

Compensation Events – i.e. events which are clearly at the Authority’s risk and in respect of which the Contractor should be compensated (see Section 15.2 (Compensation Events));

Relief Events – i.e. events which are best managed by the Contractor (although not necessarily in its control) and for which the Contractor bears the financial risk, but in respect of which no rights of termination should arise (see Section 15.3 (Relief Events)); and

Force Majeure Events – a limited set of events which arise through no fault of either party, which are best managed by the Contractor (although not in its control) and in respect of which rights of termination can arise (see Section 15.4 (Force Majeure Events)).

3.2.2.1.1 หลักเกณฑ์ของเหตุสุดวิสัย

วัตถุประสงค์ในการกำหนดเหตุสุดวิสัย⁷⁰ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญา ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1. คู่สัญญาไม่ว่าฝ่ายใดก็ตามต่างไม่อยู่ในฐานะที่สามารถป้องกันการเกิดขึ้นหรือผลกระทบจากเหตุสุดวิสัยได้ดีกว่ากัน
2. เหตุสุดวิสัยก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความสามารถในการปฏิบัติการชำระหนี้ (catastrophic effect) แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
3. เหตุสุดวิสัยอาจกินระยะเวลายาวนานจึงต้องมีวิธีปฏิบัติที่แตกต่างจากเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา เพราะกรณีของเหตุสุดวิสัยจะเป็นเหตุคงอยู่ยาวนานจนทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องร่วมกันเฉลี่ยความเสียหายทางการเงิน

โดยแนวทางในการนิยามคำว่าเหตุสุดวิสัย ดังนี้⁷¹

“เหตุสุดวิสัย หมายถึง เหตุที่เกิดขึ้นภายหลังจากวันที่ทำสัญญา

- (1) สงคราม การก่อกบฏ การแย่งชิงอำนาจทางการเมืองหรือการก่อการร้าย
- (2) พลังงานนิวเคลียร์ การปนเปื้อนจากเชื้อจุลินทรีย์และทางเคมี เว้นแต่เกิด

จากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือผู้รับเหมาช่วง

⁷⁰ **Section 15.4.1.1** The purpose of force majeure provisions is to give the Affected Party relief from liability and, if the event continues for a certain period, to give the parties an opportunity to terminate the Contract. The definition of Force Majeure Events (see Section 15.4.1.2) (Scope of Force Majeure) should only include events which, unlike Relief Events, are likely to have a catastrophic effect on either party's (although usually the Contractor's) ability to fulfil its obligations under the Contract. In practice, such events are highly unlikely to occur. As neither party is likely to be in a better position than the other to manage either the occurrence or the effects of force majeure, and the events may continue for a long period of time, such events are given a different treatment from Relief Events and the financial consequences shared.

⁷¹ **Section 15.4.1.2** The following is the required definition of Force Majeure Events:

“Force Majeure Event” means the occurrence after the date of Contract of:

- (a) war, civil war, armed conflict or terrorism; or
- (b) nuclear, chemical or biological contamination unless the source or the cause of the contamination is the result of the actions of or breach by the Contractor or its subcontractors; or
- (c) pressure waves caused by devices travelling at supersonic speeds, which directly causes either party (the “Affected Party”) to be unable to comply with all or a material part of its obligations under this Contract.

(3) คลื่นความเร็วเหนือเสียง ซึ่งเป็นเหตุที่ส่งผลโดยตรงต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญ”

อย่างไรก็ดี การนิยามคำว่าเหตุสุดวิสัยที่ได้กำหนดไว้นั้นอาจปรับเปลี่ยนก็ได้ แต่จะต้องพิจารณาประเด็นที่โครงการกังวลอย่างรอบคอบ เพราะจะส่งผลต่อการถ่ายโอนความเสี่ยงในแต่ละลักษณะเฉพาะของโครงการ เช่น การกำหนดมิให้สงครามเป็นเหตุสุดวิสัยก็ได้ หากเป็นช่วงที่อยู่ในระหว่างการทำสงคราม หรือการกำหนดมิให้การปนเปื้อนของสารเคมีหรือเชื้อจุลินทรีย์เป็นเหตุสุดวิสัย หากเป็นโครงการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่จัดการการปนเปื้อนของสารเคมีหรือเชื้อจุลินทรีย์อยู่แล้ว

3.2.2.1.2 การดำเนินการกรณีเหตุสุดวิสัย

ด้วยเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญา และเป็นเหตุที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด ซึ่งมีการดำเนินการในกรณีดังกล่าวโดยเฉพาะ ดังนี้

(1) เหตุสุดวิสัยเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญาจะนำมาปรับใช้เท่าที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือฝ่ายรัฐไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจจะตกลงกันเพื่อหาวิธีในการดำเนินโครงการต่อไปภายในระยะเวลาที่กำหนด ตามปกติมักกำหนดระยะเวลาประมาณ 6 เดือน⁷²

(2) เหตุสุดวิสัยไม่เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ช่วยรับภาระในบรรดาหนี้สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถถ่ายโอนความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากจากเหตุสุดวิสัยได้โดยวิธีการทำประกันภัย⁷³

(3) เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยขึ้น⁷⁴ ในเริ่มแรก คู่สัญญาจะต้องพยายามปรึกษากันเพื่อหาวิธีที่จะทำให้การโครงการดำเนินตามสัญญาต่อไปได้ เช่น การตกลงหาวิธีในการฟื้นฟูซ่อมแซม

⁷² Section 15.4.1.3 Relief for Force Majeure Events applies only to the extent that the Contractor or the Authority is unable to comply with all or a material part of its obligations under the Contract and the parties cannot agree within a limited period (say 6 months) how to resume the Project.

⁷³ Section 15.4.1.4 The Authority should not be obliged to pay the Contractor any amount simply to service the Contractors' debt obligations in whole or in part, but the parties should recognise that the Contractor may wish to include certain tolerances into its Contract to allow for this. If termination occurs, the Authority will in any event compensate the Contractor for outstanding Senior Debt. If termination does not occur, then the parties will be discussing continuation of the Contract against a back drop of such a compensation payment.

⁷⁴ Section 15.4.2.1 On the occurrence of a Force Majeure Event, the parties should consult to attempt to find a way to continue the Project, such as agreeing how it can be reinstated if destroyed (although neither party will be obliged to do this). The solution will depend on the nature of the event and its effects, but may involve

ความเสียหายให้กลับคืนดังเดิม แม้ว่าคู่สัญญาจะไม่มีหน้าที่ในการปฏิบัติเช่นนั้นก็ตาม วิธีแก้ปัญหาขึ้นอยู่กับสภาพของเหตุการณ์และผลกระทบที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการแก้ไขข้อกำหนดของการให้บริการ การแก้ไขกลไกการชำระเงิน หรือขยายระยะเวลาของสัญญา เป็นต้น

(4) เหตุสุดวิสัยเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องร่วมเฉลี่ยความเสียหายทางการเงินกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีที่มีการเลิกสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัย กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชำระเงินชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ค้างชำระหนี้ของเจ้าหนี้โครงการ⁷⁵

3.2.2.2 เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา (Relief Event)

ตามแนวทางของ STANDARDISATION OF PF2 CONTRACTS ได้กำหนดหลักเกณฑ์และการดำเนินการกรณีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาไว้ใน Section 15.3 มีรายละเอียดดังนี้

3.2.2.2.1 หลักเกณฑ์ของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาพิจารณาแล้วว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้สามารถจัดการความเสี่ยงได้ดีที่สุดแม้ว่าจะอยู่นอกเหนือความควบคุมของเอกชนก็ตาม ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาต้องเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและส่งผลกระทบต่อปฏิบัติตามสัญญา แต่ในบางเหตุสามารถอาศัยการรับประกันภัยและการวางแผนที่ดีเพื่อใช้ในการบริหารจัดการความเสี่ยงได้ ต่างจากเหตุสุดวิสัยที่เป็นเหตุอันนอกเหนือความควบคุมของคู่สัญญาโดยสิ้นเชิง⁷⁶

altering the service requirement, amending the payment mechanism or even extending the term of the Contract. The required drafting for dealing with the effects of Force Majeure Events is set out in Section 23.3 (Termination on Force Majeure).

⁷⁵ Section 15.4.1.4 The Authority.....If termination occurs, the Authority will in any event compensate the Contractor for outstanding Senior Debt. If termination does not occur, then the parties will be discussing continuation of the Contract against a back drop of such a compensation payment.

⁷⁶ Section 15.3.1.1 Relief Events are events which prevent performance by the Contractor of its obligations at any time, in respect of which the Contractor bears the financial risk in terms of increased costs and reduced revenue but for which it is given relief from termination for failure to provide the full Service. The events listed in the definition of Relief Events in Section 15.3.2 (Scope of Relief Events) may be outside the Contractor's control, but that is not the appropriate measure of whether an event should appear on the list, as many events beyond a person's control at the time they occur could in fact have been prevented by proper precautions (e.g. fire). In fact, the list of events has been arrived at because the risk of the events concerned occurring is better borne by the Contractor as it is in a better position than the Authority to mitigate and manage the consequences. In some cases

(2) ผลกระทบของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาไม่มีความรุนแรงถึงขนาดเป็นเหตุสุดวิสัยและคงอยู่ในระยะสั้นต่างจากเหตุสุดวิสัย⁷⁷

(3) เป็นเหตุที่เกิดขึ้นได้ไม่ว่าในระหว่างขั้นตอนการก่อสร้างหรือขั้นตอนการบริหารโครงการ ซึ่งการกำหนดเหตุในแต่ละขั้นตอนนี้สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามความเหมาะสมแก่ลักษณะของโครงการ⁷⁸

(4) เป็นเหตุที่สร้างความเสี่ยงทางการเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การเพิ่มภาระค่าใช้จ่าย การเพิ่มต้นทุนในการดำเนินการ และการลดลงของรายได้ของการประกอบกิจการ เป็นต้น⁷⁹

โดยนิยามของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องอยู่ในรายการที่กำหนด⁸⁰ อาทิ ภัยธรรมชาติที่ไม่ถึงขนาดเป็นเหตุสุดวิสัย เหตุที่เกิดจากบุคคลอื่น เช่น การระงับหรือขาดแคลนพลังงานหรือเชื้อเพลิง หรือการให้บริการของบริษัทสาธารณูปโภคหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบ

this will be with insurance, in others with a combination of insurance and proper planning and in others still, by risk management and planning (i.e. the events can be worked around for the period they exist).

⁷⁷ **Section 15.3.1.2** It is clear in most cases that termination should not follow a Relief Event. This is because any replacement Contractor would be similarly affected and so the Authority's position would not be improved by termination. Relief Events do not, however, require the same treatment as Force Majeure Events (see Section 15.4 (Force Majeure Events)) as their consequences are not likely to be as severe and will usually only last for a finite period.

⁷⁸ **Section 15.3.2.2** The Contract will have similar provisions during both the construction/ development phase and the Service Period. The above list of events may be extended to include other similar events if the circumstances warrant.....

⁷⁹ **Section 15.3.1.1** Relief Events are events which prevent performance by the Contractor of its obligations at any time, in respect of which the Contractor bears the financial risk in terms of increased costs and reduced revenue but for which it is given relief from termination for failure to provide the full Service.....

⁸⁰ **Section 15.3.2.1** The required drafting for Relief Events is as follows: “**Relief Event**” means

(a) fire, explosion, lightning, storm, tempest, flood, bursting or overflowing of water tanks, apparatus or pipes, ionising radiation (to the extent it does not constitute a Force Majeure Event), earthquakes, riot and civil commotion;

(b) failure by any statutory undertaker, utility company, local authority or other like body to carry out works or provide services;

(c) any accidental loss or damage [to the development or any roads servicing it];

(d) any failure or shortage of power, fuel or transport;

(e) any blockade or embargo which does not constitute a Force Majeure Event, and

(f) any: (i) official or unofficial strike; (ii) lockout; (iii) go-slow; or (iv) other dispute, generally affecting the industry or a significant sector of it, unless any of the events listed in paragraphs (a) to (f) inclusive arises (directly or indirectly) as a result of any wilful default or wilful act of the Contractor or any Contractor Related Parties.

ในการจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือเหตุใดๆที่ส่งผลกระทบต่อธุรกิจหรือภาคธุรกิจที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำคามผิดโดยจงใจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือการนัดหยุดงานของคนงานทั่วประเทศ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ คู่สัญญาอาจพิจารณาเลือกใช้หรือปรับขยายเพิ่มเติม เหตุอื่นก็ได้ ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของโครงการนั้นๆ⁸¹

3.2.2.2 การดำเนินการกรณีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

Standisation of PF2 Contracts ได้กำหนดแนวทางในการดำเนินการไว้ ดังนี้

(1) เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาไม่เป็นเหตุให้เกิดสิทธิในการได้รับเงินชดเชยจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ⁸² กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีหน้าที่ชำระค่าชดเชยความล่าช้าอันเป็นความเสียหายทางการเงินที่เกิดจากเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ดอกเบี้ยหรือเบี้ยปรับที่เกิดจากการผิดนัดเงินกู้

(2) คู่สัญญาไม่มีสิทธิยกเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อใช้เป็นเหตุในการบอกเลิกสัญญา อันเนื่องมาจากแนวคิดที่ว่าไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายใหม่ต่างก็ย่อมได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ดังกล่าวเช่นเดียวกัน⁸³

(3) เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายอย่างมีนัยยะสำคัญ⁸⁴

(4) เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาจะเป็นเหตุหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา เช่น การงดเว้นการเรียกค่าปรับหรือค่าเสียหายที่ได้กำหนดไว้ และการผ่อนผันการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น โดยพิจารณาจากระยะเวลาที่ได้รับผลกระทบจากเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา⁸⁵

⁸¹ Section 15.3.2.1. footnote 25 This list can be extended or tailored for specific sectors provided that the commercial risk of the occurrence of such events clearly still lies with the Contractor....

⁸² Section 15.3.3.1 The financial effects of delays caused by Relief Events are borne by the Contractor, so no compensation should be paid by the Authority on the occurrence of such delays...

⁸³ Section 15.3.1.2 , footnote 60

⁸⁴ Section 15.3.3.2 There should be no extension to the Contract owing to a Relief Event. The Authority should not regard an extension of the Contract as a concession without significant cost.

⁸⁵ Section 15.3.3.3 The parties should consider, on a project specific basis, whether or not the Contractor should be relieved of any liability for liquidated damages, although availability and performance deductions should continue to be made where necessary in respect of the period of delay caused by the Relief Event (see Sections 8 (Late Service Commencement) and 19 (Payment Mechanism)). Liquidated damages prior to Service Commencement (to the extent they exist) are designed to compensate the Authority for specific losses due to late Service delivery so that if the Contractor fails to commence provision of the Service due to a Relief Event, the Authority will still suffer this loss.

(5) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรีบแจ้งเกี่ยวกับเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา และภายหลังจากที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับแจ้งเกี่ยวกับเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันหาหรือเกี่ยวกับประเด็นที่เกิดขึ้นเพื่อตกลงวิธีการบรรเทาที่เหมาะสม⁸⁶ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุด (reasonable endeavours) เพื่อจะปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาในการแก้ไขและบรรเทาผลกระทบอันเนื่องมาจากการเกิดเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดในการแก้ไขและบรรเทาผลกระทบอันเนื่องมาจากการเกิดเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวย่อมไม่มีสิทธิยกเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาขึ้นอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดและยกเป็นเหตุในการบอกเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา⁸⁷

3.2.2.3 เหตุเรียกค่าชดเชย (Compensation Event)

โดยหลัก เหตุเรียกค่าชดเชยจะเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนการเปิดให้บริการโครงการ เว้นแต่ในกรณีพิเศษที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและเจ้าหนี้ผู้ให้การสนับสนุนการลงทุนโครงการร้องขอให้มีการขยายขอบเขตให้รวมถึงในช่วงระยะเวลาการให้บริการ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาปรับเพิ่มได้ตามความเหมาะสม⁸⁸ และเหตุดังกล่าวเป็นความเสี่ยงที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้รับผิดชอบ ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงนั้นได้จึงถือว่ารรัฐปฏิบัติผิดสัญญา แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิเลิกสัญญาอันเนื่องจากการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่คู่สัญญาได้มีการพิจารณาร่วมกันแล้วว่าสมควรจัดการด้วยการชดเชยดีกว่าจัดการด้วยวิธีการเลิกสัญญา เนื่องจากการเลิกสัญญาควรจะเป็นหนทางสุดท้าย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน นอกเหนือไปจากการขยายระยะเวลาการให้บริการของโครงการ

⁸⁶ Section 15.3.3.4 When a Relief Event has occurred and the Authority has been informed, the parties should consult to discuss relevant issues, such as the likely duration of the Relief Event and the action to be taken to mitigate its effects.

⁸⁷ Section 15.3.3.5 The Authority should not normally expect to exercise any step-in rights it has during a Relief Event (see Sections 18 (Authority Step-in)). If the Contractor is not using reasonable endeavours to rectify matters and mitigate the consequences, it will not obtain the relief afforded by Relief Events and will be at risk of termination for default (see Clause 15.3(b) (Consequences of a Relief Event)). This should provide a sufficient spur for the Contractor to perform (depending, in part, on the approach taken to relief from other obligations under the Contract).

⁸⁸ Section 15.2.1.4 The Authority may be faced with a request by the Contractor and its financiers to give compensation for Authority breaches which occur during the Service Period....

3.2.2.3.1 หลักเกณฑ์ของเหตุเรียกค่าชดเชย

จากการพิจารณาเหตุเรียกค่าชดเชยสามารถสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

(1) เป็นเหตุที่เกิดขึ้นก่อนการเปิดให้บริการโครงการและเป็นความเสี่ยงที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องรับผิดชอบ⁸⁹ เช่น การเปลี่ยนแปลงความต้องการของรัฐในการให้บริการหรือในการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของการให้บริการ หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาในส่วนที่สำคัญ เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถบรรลุข้อตกลงในการรับรองเรื่องการดำเนินการ หรือความสำเร็จในการส่งมอบที่ดินของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นต้น

(2) เป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในการเริ่มให้บริการ และ/หรือ ส่งผลให้ต้นทุนโครงการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญ⁹⁰

3.2.2.3.2 การดำเนินการกรณีเหตุเรียกค่าชดเชย

โดยทั่วไป เมื่อเกิดเหตุเรียกค่าชดเชยขึ้นและเหตุดังกล่าวส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถเริ่มประกอบกิจการ จึงทำให้สูญเสียรายได้หรือไม่สามารถใช้คืนเงินกู้ที่นำมาลงทุนโครงการ หรือมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นที่กระทบต่อต้นทุนโครงการอย่างมีนัยยะสำคัญ STANDARDISATION OF PF2 จึงได้กำหนดแนวทางการดำเนินการสำหรับเหตุดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ดังนี้

(1) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้สิทธิเลื่อนวันที่เริ่มเปิดให้บริการตามจำนวนวันที่เกิดความล่าช้า

(2) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจได้รับการชดเชยเป็นเงินเพื่อนำมาชดใช้ความเสียหายจากการสูญเสียรายได้และต้นทุนของโครงการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งเป็นความเสียหาย

⁸⁹ Section 15.2.1.2 Events which can arise before the Service Commencement Date and which are at the Authority's risk (i.e. for which compensation should be paid to the Contractor) are:

- Authority breach of an obligation (which includes a breach occasioned by third parties for whom the Authority is responsible, such as teachers or sub-contractors) or any title warranty;
- Authority changes (see Section 11 (Flexibility and Change)); and
- Discriminatory or specific changes in law (see Section 16.5 (Discriminatory, Specific and General Changes in Law)).

⁹⁰ Section 15.2.1.5 If, however, the Authority has significant ongoing obligations and breach of such obligations would seriously adversely affect the Contractor's ability to perform (e.g. if the Authority failed to carry out procedures for certifying operating matters) or materially affect the cost of performance, then it may be appropriate to make compensation if such breach occurs. This can most easily be addressed by extending the scope of the Compensation Event concept to cover these particular instances. For example, compensation is relevant if the Authority fails to release surplus land at the required date.

โดยตรงที่เกิดจากความล่าช้าในการเริ่มให้บริการ⁹¹ หรืออาจได้รับการขยายระยะเวลาการหาประโยชน์จากโครงการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้⁹² ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับเงินชดเชยความเสียหายจนเต็มจำนวนแล้ว ก็ย่อมไม่มีสิทธิได้รับการขยายระยะเวลาโครงการอีก⁹³

(3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับยกเว้นจากความรับผิดชอบใดๆที่เกิดจากความล่าช้าในการเริ่มให้บริการ เช่น เบี้ยปรับ (liquidated damages) และค่าเสียหายใดๆ⁹⁴

(4) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุด (reasonable endeavours) เพื่อบรรเทาความเสียหายและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นที่เกี่ยวข้องกับความล่าช้าในการเริ่มให้บริการ เช่น การปรับตารางการทำงานหรือการลดจำนวนพนักงาน⁹⁵

(5) ในการขอรับการชดเชย คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะชดเชยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ต่อเมื่อ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐในทันทีที่เกิดเหตุหรือที่ทราบ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่เกินวันที่กำหนดไว้ พร้อมรายละเอียดของเหตุที่ทำให้เกิดความล่าช้าในการเริ่มโครงการหรือ

⁹¹ **Section 15.2.2.1** A practical consequence of a Compensation Event occurring is that the Planned Service Commencement Date may have to be postponed, usually by the length of any delay planned handover date and the caused (and any long-stop date will be similarly put back). This means that the start date of the Contractor's revenue stream is also delayed and/or additional costs are incurred. As a result, the Contractor may incur finance charges and additional costs which could involve the Contractor in significant expense.

⁹² **Section 15.2.2.2** The Contractor should be compensated for any delay to Service Commencement resulting directly from a Compensation Event. The original Expiry Date should be retained and the Contractor compensated for its loss. This does not mean that payment of the Unitary Charge is made for a month in which no Service has been provided although the monetary value of the compensation may be the same as the Unitary Charge.

⁹³ **Section 15.2.2.5** Some early projects sought to compensate the Contractor by paying up-front for its additional Sub-Contractor's costs, but dealt with financing costs by extending the Expiry Date. This is unlikely to be financeable and so should not be pursued. If the Contractor is fully compensated for the delay, there is no need to extend the Expiry Date and a danger exists of unnecessary complication by doing this. Provided compensation has been paid as set out below, extension of the Expiry Date is not appropriate.

⁹⁴ **Section 15.2.2.3** If the Contract contains liquidated damages provisions (see Section 8 (Late Service Commencement)), then the Contractor's liability for liquidated damages will also be relieved for the period of delay caused by the Compensation Event. The Contractor should, of course, also be relieved of any other liability for the Authority's losses in respect of the Compensation Event. This should be taken into account in determining the consequences for the Authority of a Compensation Event.

⁹⁵ **Section 15.2.2.6** The Contractor should be obliged to use reasonable endeavours to mitigate its losses and costs (for example, by rescheduling its works timetable or by redeploying staff). Such mitigation may result in there being no delay in the Planned Service Commencement Date (although extra costs may result from steps taken to mitigate).

ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นและการเรียกร้องการชดเชย โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องพิจารณาเห็นชอบภายในระยะเวลาที่กำหนด

(6) ในการกำหนดค่าชดเชยที่เป็นเงินจะต้องเป็นไปตามวิธีการคำนวณที่กำหนดไว้ใน Section 15.2.3 เรื่อง Calculation of Compensation อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ เจ้าหนี้เงินกู้ของโครงการมักจะร้องขอให้กำหนดค่าชดเชยในอัตราของการคืนทุนแก่เจ้าหนี้เงินกู้ของโครงการ (the senior debt loan life cover ratio and equity return can be preserved)

3.2.3 ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัย และการใช้ค่าสินไหมทดแทน

แนวคิดของ Standardisation of PF2 Contracts อยู่ใน Section 17.1.3⁹⁶ ที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถที่จะจัดสรรความเสี่ยงส่วนใหญ่ไปให้แก่ภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้มีความสามารถในการบริหารจัดการและกระจายความเสี่ยงเหล่านี้โดยใช้วิธีประกันภัย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาความเป็นอิสระในการทำประกันภัยของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่อาจมีความเป็นอิสระทางการเงินที่ค่อนข้างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Vehicle Purpose) ซึ่งจำเป็นจะต้องสร้างความเชื่อมั่นให้แก่เจ้าหนี้เงินกู้ของโครงการเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงของการได้รับคืนเงินกู้ แต่ทว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ควรจะยอมให้เจ้าหนี้ผู้สนับสนุนการลงทุนโครงการเป็นผู้ดูแลการประกันภัยในส่วนที่รัฐมีส่วนได้เสีย

ดังนั้น ในการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำประกันภัย จึงเป็นสิ่งสำคัญที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องอาศัยคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญทางด้านประกันภัยตั้งแต่ขั้นตอนแรก (ก่อนขั้นตอนออกประกวดราคา)⁹⁷ เช่น การกำหนดให้มีหรือขยายขอบเขตการทำประกันภัยดังที่ระบุไว้ในตาราง

⁹⁶ Section 17.1.3 The position is different under PF2, because insurable risks are transferred to the Contractor which may have limited free financial resources, particularly if it is an SPV. Moreover, the need to ensure continuity of service means that self-insurance by such a Contractor for the full range of insurable risks is, generally, not appropriate. The Senior Lenders will usually take the same view and not expect nor wish the Contractor to self-insure. To achieve an acceptable credit quality for their loans, Senior Lenders will, in fact, frequently require more extensive insurance cover for the Contractor than that required by the Authority. Nonetheless, the Authority should not rely on the Senior Lenders to look after the Authority's own insurance interests, and it is essential for the Authority to seek professional insurance advice on what insurance requirements should be imposed on the Contractor at an early stage in the procurement process (before issuing the tender documents) and during subsequent negotiations.

⁹⁷ Section 17.1.4 The main issues which the Authority will need to consider with its insurance advisers are:
 whether and the extent to which the Authority should require the Contractor to take out and maintain certain insurances as a means of managing particular risks (see Clause 17.2 (Insurance) and Section 17.11 (Standard

ข้อกำหนดมาตรฐานของการประกันภัย (Standard Required Insurance Schedule) ที่เป็นเอกสารแนบท้าย 1 ของ Standardisation of PFI Contracts (SoPC) ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 4 – เดือนมีนาคม 2007 เป็นต้น⁹⁸ ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

3.2.3.1 การจัดทำประกันภัย

3.2.3.1.1 การควบคุมการจัดทำประกันภัย

1. การควบคุมก่อนออกกรมธรรม์

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นผู้จัดทำประกันภัยและเป็นผู้เอาประกันภัยด้วยค่าใช้จ่ายของเอกชนเองทั้งสิ้น⁹⁹ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้อนำตารางข้อกำหนดมาตรฐานของการประกันภัย (Standard Required Insurance Schedule) ดังกล่าวมาใช้เป็นตัวอย่งในจัดทำตาราง

Required Insurance Schedule), and how these may change over time (see Section 17.2 (Authority's Requirements) and Section 17.5 (Reinstatement and change of requirement after an Insured Event))

ensuring that the proceeds of any claim under any required insurance are used correctly by the Contractor (see Section 17.6 (Application of Insurance Proceeds));

Authority control of litigation where the Contractor is the principal party insured (see Section 17.7 (Control of the Defence on Litigation of an Insured Event));

whether the Authority should share significant increases and decreases in the market-wide cost of maintaining the Contractor's operating period insurances (see Section 17.8 (Insurance Premium Risk Sharing Schedule));

what should happen if a risk for which insurance is to be effected and maintained in accordance with the required insurance schedule in the Contract becomes uninsurable (see Section 17.9 (Risks that become Uninsurable));

what should happen if any required insurance term becomes unavailable (see Section 17.10 (Terms and Conditions that become Unavailable)); and

whether any special case applies whereby it is likely to be better value for money for the Authority itself to cover some risks by way of indemnity rather than require the Contractor to insure them in the market (see Section 17.1.6 (Introduction)).

⁹⁸ Standardisation of PFI Contracts (SoPC) version 4 – March 2007; Annex 1 STANDARD REQUIRED INSURANCE SCHEDULE

⁹⁹ **Section 17.2 (k)** The insurance premiums in respect of the insurances referred to in paragraphs (a) and (b) shall be the responsibility of the Contractor.

ข้อกำหนดมาตรฐานของการประกันภัย¹⁰⁰ โดยแบ่งตามประเภทของการประกันภัยที่สำคัญตามช่วงระยะเวลาของสัญญา ซึ่งมีรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญดังนี้

(1) การทำประกันภัยในระหว่างการก่อสร้าง

โดยก่อนที่เอกชนจะเริ่มงานก่อสร้างหรือรื้อถอนงานในสถานที่ก่อสร้าง เอกชนควรจัดหาและคงไว้ซึ่งการประกันภัยตามที่กำหนดไว้ในรายละเอียดของส่วนที่หนึ่งว่าด้วยการทำประกันภัยในระหว่างการก่อสร้าง และการประกันภัยอื่นตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการทำประกันภัยจะต้องมีผลใช้บังคับไม่เกินวันที่เริ่มดำเนินการที่มีความเสี่ยง (วันดังกล่าวอาจกำหนดเป็นวันที่ที่แน่นอนได้หากทราบล่วงหน้า) โดยการทำประกันภัยในระหว่างการก่อสร้างจะต้องมีสาระสำคัญดังนี้

(ก) การทำประกันภัยการก่อสร้างความเสี่ยงภัยทุกชนิดของผู้รับเหมา

(Contractor's All Risks Insurance – CAR) เพื่อคุ้มครองความสูญหายหรือเสียหายต่อทรัพย์สินที่เอาประกัน อาทิ งานก่อสร้างถาวรหรือชั่วคราวทุกชนิด วัสดุที่ใช้ในการก่อสร้างทั้งหมด รวมถึงวัสดุที่จัดหาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และสิ่งอื่นใดที่ใช้ในการก่อสร้างของโครงการ¹⁰¹

- ทุนที่เอาประกัน (Sum Insured) จะต้องมียุทธค่า (มูลค่าค่าสินไหมทดแทน) ไม่น้อยกว่ามูลค่าฟื้นฟูซ่อมแซมหรือการจัดหาสิ่งทดแทนเต็มมูลค่า ทั้งนี้ จะต้องไม่ต่ำกว่าวงเงินจ้างก่อสร้างที่ระบุไว้ในสัญญาจ้างก่อสร้าง

- ความรับผิดส่วนแรก (Maximum Deductible) วงเงินขั้นต่ำที่ผู้เอาประกันจะต้องรับผิดชอบเอง

- ระยะเวลาความคุ้มครอง เริ่มตั้งแต่วันที่ทำสัญญาและสิ้นสุดในวันที่เริ่มให้บริการ และนับแต่พ้นจากช่วงระยะเวลาที่ต้องรับผิดชอบการแก้ไขผลงาน (12 เดือน)

- ความคุ้มครองและส่วนขยายความคุ้มครอง

1. การก่อการร้าย
2. เงื่อนไขอาวุธสงคราม

¹⁰⁰ Section 17.11.1 Authorities will need to produce a schedule to their contracts setting out the Authority's Required Insurance requirements in a Required Insurance Schedule ("RIS") (see, for instance Annex 1 to the former Standardisation of PFI Contracts Version 4 March 2007 at www.hm-treasury.gov.uk).

¹⁰¹ CONTRACTORS' 'ALL RISKS' INSURANCE (CAR) Insured Property The permanent and temporary works, materials [(including but not limited to equipment supplied by the Authority/Trust)]1, goods, plant and equipment for incorporation in the works (other than constructional plant, tools, accommodation and equipment belonging to or the responsibility of the Construction Sub-Contractor or the Construction Sub- Contractor's sub-contractors) and all other property used or for use in connection with works associated with the Project.

3. Additional costs of completion clause.
4. ค่าใช้จ่ายในการปรึกษาผู้เชี่ยวชาญ
5. การเก็บกวาดเศษวัสดุ ค่าขนย้ายซากปรักหักพัง (Debris removal clause)
6. เงื่อนไขความเสียหายที่เกิดขึ้นภายใน 72 ชั่วโมง จะคิดความรับผิดชอบเป็น 1 เหตุการณ์
7. European Union local authorities clause.
8. Free issue materials clause.
9. การปรับทุนประกันภัยที่อาจเพิ่มขึ้นจากทุนประกันเมื่อเริ่มต้นซื้อประกันภัย (เพิ่มให้ 10%) (Escalation Clause 10%)
10. การปรับทุนประกันภัยโดยอัตโนมัติ
11. เงื่อนไขที่กำหนดให้ต้องดำเนินการตามควรทุกประการเพื่อให้ความเสียหายน้อยที่สุด เสมือนหนึ่งว่าทรัพย์สินนั้นไม่ได้เอาประกันภัยไว้ (Loss minimization)

- ภัยที่เป็นข้อยกเว้นโดยทั่วไป

1. สงครามหรือภัยที่มีลักษณะใกล้เคียง
2. พลังงานนิวเคลียร์
3. คลื่นความเร็วเหนือเสียง
4. Wear, tear and gradual deterioration.
5. ความเสียหายต่อเนื้อที่ที่จะทำให้ธุรกิจขาดรายได้
6. Cyber risks.
7. Inventory losses, fraud and employee dishonesty.

(ข) การทำประกันภัยความล่าช้า (Delay In Start Up Insurance – DSU)

เพื่อคุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากความล่าช้าในการก่อสร้างของโครงการหรือความสำเร็จของโครงการ เช่นการสูญเสียรายได้ที่คาดว่าจะได้รับ ภายในกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำในการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งเป็นผลมาจากการสูญเสียหรือความเสียหายที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้การประกันภัยความเสี่ยงทุกชนิดของผู้รับเหมา¹⁰²

¹⁰² DELAY IN START UP INSURANCE (DSU) Indemnity In respect of:

1. loss of anticipated Revenue during at least the Minimum Indemnity Period arising from a delay in completion of the Project as a result of loss or damage covered under the Contractors' All Risks' Insurance effected in accordance with Item 1 of Part 1 of this Schedule, including physical loss or damage which would be indemnifiable but for the application of any deductible;

- ระยะเวลาความคุ้มครอง เท่ากับระยะเวลาในการก่อสร้างแต่ไม่รวมระยะเวลาที่รับประกันความเสียหาย
- กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำในการชดเชยค่าเสียหาย (Minimum Indemnity Period) คือ 12 เดือน
- ความคุ้มครองและการขยายความคุ้มครอง
 1. ความคุ้มครองถึงการสูญเสียรายได้เนื่องจากไม่สามารถเข้าไปใช้อาคารที่เอาประกันภัยได้ เพราะเกิดภัยตามที่เอาประกันภัยไว้
 2. ความเสียหายงานสาธารณูปโภค (Utilities)
 3. การก่อการร้าย
 4. ข้อกำหนดในกรมธรรม์ประกันภัยที่ระบุไว้ว่า ในกรณีที่เกิดความเสียหาย จำนวนเงินเอาประกันภัยจะไม่ลดลงตามจำนวนที่เสียหายนั้น (AUTOMATIC REINSTATEMENT OF SUM INSURED)
 5. ค่าที่ปรึกษาของผู้เชี่ยวชาญ
- ภัยที่เป็นข้อยกเว้นโดยทั่วไป

เป็นไปตามที่ระบุไว้ในข้อยกเว้นของการประกันภัยความเสี่ยงทุกชนิดของผู้รับเหมา ยกเว้นความเสียหายต่อเนื้อที่ที่จะทำให้ธุรกิจขาดรายได้

(ค) การรับประกันความรับผิดตามกฎหมายต่อบุคคลภายนอกเนื่องจากปฏิบัติงานก่อสร้าง (Construction Third Party Liability Insurance) ซึ่งผู้เอาประกันหรือผู้รับเหมาต้องรับผิดชอบตามกฎหมายสำหรับการสูญเสียชีวิต ความบาดเจ็บทางร่างกาย (Bodily Injury - BI) หรือความเสียหายต่อทรัพย์สิน (Property Damage - PD) หรือรบกวนการครอบครองโดยปกติสุขหรือการใช้ประโยชน์ไม่ว่าจะทางอากาศ แสง น้ำ หรือทางอื่นใดก็ตาม¹⁰³

2. the economic additional expenditure necessarily and reasonably incurred for the purpose of avoiding or reducing the loss of Revenue of the Contractor which without such expenditure would have taken place, during the Minimum Indemnity Period.

¹⁰³ **CONSTRUCTION THIRD PARTY LIABILITY INSURANCE Interest** To indemnify the Insured in respect of all sums that they may become legally liable to pay (including claimant's costs and expenses) as damages in respect of accidental:

(a) death, or bodily injury, illness, death, disease contracted by any person;

(b) loss or damage to property;

(c) interference to property or any easement right of air, light, water or way or the enjoyment or use thereof by obstruction, trespass, nuisance, loss of amenities, or any like cause. happening during the Period of Insurance and arising out of or in connection with the Project.

- ภัยที่คุ้มครองหรือขยายความคุ้มครอง

1. ภัยจากอาวุธสงคราม
2. เงื่อนไข Cross liability clause
3. ความรับผิดมีเงื่อนไขประเภทยานยนต์ (Contingent motor) ที่คุ้มครองความรับผิดผู้ให้เช่ารถ ในกรณีที่ความคุ้มครองตามกรมธรรม์ประกันภัยสำหรับผู้ขับขี่รถบกพร่องทำให้ความรับผิดมาตกแก่ผู้ให้เช่า

4. ค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดี

(2) การทำประกันภัยในระหว่างการให้บริการ

เอกชนควรจัดหาและคงไว้ซึ่งการประกันภัยตามที่กำหนดไว้ในรายละเอียดของส่วนที่สองว่าด้วยการทำประกันภัยในระหว่างการให้บริการ¹⁰⁴ และการประกันภัยอื่นตามที่กฎหมายกำหนด โดยการทำประกันภัยในระหว่างการให้บริการจะต้องมีหลักเกณฑ์และรายละเอียดในเรื่องดังต่อไปนี้

(ก) การประกันวินาศภัยความเสี่ยงภัยทุกชนิดแก่ทรัพย์สินโครงการ (Property Damage Insurance) ซึ่งคุ้มครองความสูญหายหรือเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินของโครงการที่เป็นกรรมสิทธิ์หรือที่อยู่ในความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงงานที่ทำขึ้นมาใหม่ และความเสียหายที่แก่เครื่องจักรและคอมพิวเตอร์¹⁰⁵

- ทุนที่เอาประกัน ตลอดระยะเวลาของโครงการจะต้องไม่ต่ำกว่าจำนวนมูลค่าที่ใช้ในการฟื้นฟูซ่อมแซมหรือการจัดหาสิ่งทดแทนเต็มมูลค่าของทรัพย์สินโครงการ และต้องกำหนดให้มีการปรับทุนประกันเป็นระยะๆอย่างเหมาะสม

ทั้งนี้ การจัดทำประกันภัย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทำประกันภัยอย่างมีแนวทางดังเช่นผู้ประกอบการที่ดี (Good Industry Practice) เพื่อสร้างความมั่นใจว่าการทำประกันภัยนั้นสามารถใช้ได้ครอบคลุมทุกชนิดในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน และข้อกำหนดเกี่ยวกับการประกันภัยควรจะสะท้อนถึงระดับในการโอนความเสี่ยง ความสามารถในการชำระค่าเบี้ยประกัน (สัมพันธ์กับขนาดของความเสี่ยง) การพิจารณาความคุ้มค่าทางการเงิน และลักษณะเฉพาะของ

¹⁰⁴ PART 2 Policies to be taken out by the Contractor and maintained during the Service Period.

¹⁰⁵ PROPERTY DAMAGE INSURANCE

Insured Property The project assets which are the property of the Contractor or for which the Contractor may be responsible including but not limited to the new facilities.

Coverage "All risks" of physical loss or damage to the Insured Property from any cause not excluded, including machinery breakdown and computer breakdown in respect of appropriate equipment.

โครงการ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่ามาตรฐานของการประกันภัยจะทำทั้งในระหว่างการก่อสร้างและระหว่างการดำเนินโครงการที่ต้องทำให้เต็มขอบเขตของการประกันภัย¹⁰⁶

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่โครงการกำหนดให้เอกชนจัดทำประกัน เช่น การประกันภัยความล่าช้าโครงการและประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก เพื่อคุ้มครองค่าใช้จ่ายหรือมูลหนี้ที่คงค้างแก่เจ้าหน้าที่ ในระหว่างที่เกิดความล่าช้าของโครงการหรือในระหว่างที่เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ทรัพย์สินของโครงการ คู่สัญญาฝ่ายรัฐสมควรที่ เป็นผู้เอาประกันภัยร่วมตามที่ตนมีส่วนได้เสียภายใต้กรรมธรรม์ดังกล่าว¹⁰⁷

ทั้งนี้ การกำหนดให้รัฐเป็นผู้เอาประกันภัยร่วมจะต้องเป็นประกันภัยในส่วนที่รัฐมีส่วนได้เสียด้วย¹⁰⁸ หากรัฐไม่มีส่วนได้เสียโดยตรงในการประกันภัยก็ไม่มี ความจำเป็นต้องเข้าเป็นผู้เอาประกันภัยร่วม เช่น การประกันภัยวิชาชีพ (Professional indemnity insurance)¹⁰⁹ หรือประกันความรับผิดของนายจ้างต่อลูกจ้าง (Employers liability insurance) เป็นต้น

¹⁰⁶ **Section 17.2.1** In general terms, the Contractor will be expected to insure in accordance with good industry practice. However, in addition to the statutory insurances, there will be a number of required insurances which the Authority will want to know are being taken out and maintained by the Contractor, to ensure that insurance proceeds are available to cover certain types of claims. Such required insurances should include third-party liability insurance, and Contractors' "all risks" insurance and property damage insurance during operation.

¹⁰⁷ **Section 17.2.3** The Senior Lenders will require the Contractor to take out delay in start-up and business interruption insurance. The effect of these insurances is to ensure that during any period of reinstatement of physical damage to the Project, the Contractor will be able to meet its unavoidable running costs and fund debt service obligations on its Senior Debt. The Authority may be named as an additional insured under these two policies to the extent that it too has a demonstrable insurable interest..."

¹⁰⁸ **Section 17.2 (e)** Wherever possible, the insurances referred to in paragraphs (a) and (b) shall name the Authority as a co-insured for its separate interest ;footnote -This will only be possible for policies in which the Authority has an insurable interest (not, for example, professional indemnity insurance) or where the policy has an "indemnity to principals" provision (for example, in an employers liability insurance), See also Section 17.8.15 "Project Insurance Change" (b) (ii) ; and . **Section 17.2.8** The Authority should protect its position by being a co-insured for its own interests (where it has an insurable interest) and requiring its interests to be noted as appropriate on the insurances taken out by the Contractor. This should be acceptable to the Contractor

¹⁰⁹ **Section 17.11.4** For the reason given in Section 17.2.2 (Authority's Requirements), professional indemnity insurance should not be included as a Required Insurance. Additional reasons for excluding this insurance from the Required Insurances include the following:

it will not be possible for the Authority to be named as an additional insured and thus benefit directly from the insurance policy; and

when placed on a project specific basis this tends to be very expensive and provide only limited additional comfort to the insured party.

ดังนั้น เพื่อความชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำประกันภัย คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญทางด้านประกันภัยจะต้องกำหนดสาระสำคัญในการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการจัดทำกรมธรรม์ประกันภัยเพิ่มเติมจากที่ตารางข้อกำหนดมาตรฐานของการประกันภัย (Standard Required Insurance Schedule) กำหนดไว้ในคู่มือแนวทางเดิมคือ Standardisation of PF1 Contracts ซึ่งอย่างน้อยจะต้องประกอบไปด้วยรายละเอียด เช่น¹¹⁰

- กรอกจำนวนการจำกัดการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามอย่างเหมาะสม

- การเพิ่มหรือลดภัยที่เป็นข้อยกเว้นความคุ้มครอง
- การเพิ่มหรือลดการขยายความคุ้มครองตามลักษณะเฉพาะของโครงการ
- การกำหนดจำนวนค่าเสียหายส่วนแรกที่ผู้เอาประกันจะต้องรับผิดชอบ โดยให้กำหนดในระดับขั้นสูงสุดเท่าที่รับได้¹¹¹

2. การควบคุมภายหลังการจัดทำกรมธรรม์

(1) ภายหลังการจัดทำกรมธรรม์เอกชนจะต้องจัดให้รัฐมีสิ่งดังต่อไปนี้¹¹²

¹¹⁰ **Section 17.11.2** This should be determined by the Authority in conjunction with its insurance adviser, to ensure that the provisions in the insurance schedule are tailored to the requirements of each Project, for example, project specific details might include:

- insertion of an appropriate limit of indemnity for the third party liability policies;
- a change to the period of insurance in the event that service commencement is phased, or construction extends beyond service availability date, e.g. a multi-site facility;
- addition or deletion of project specific extensions and relevant footnotes;
- inclusion of additional insurance cover where appropriate;
- insertion of a figure for each maximum deductible; and
- change to the jurisdiction and/or territorial limits under the third party liability policy.

¹¹¹ **Section 17.11.5** Maximum deductibles should primarily be set at a level which reflects the maximum level of exposure which an Authority is reasonably able to bear for any of its own losses and which the Contractor could bear for its own losses. The main determinant should not be the lowest deductible limit available in the prevailing market. For many projects it is anticipated that the maximum deductible could be higher than that which is available in the prevailing market

¹¹² **Section 17.2 (f) – (g)**

(f) The Contractor shall provide to the Authority:

(i) copies on request of all insurance policies referred to in paragraphs (a) and (b) (together with any other information reasonably requested by the Authority relating to such insurance policies) and the Authority shall be entitled to inspect them during ordinary business hours; and

- สำเนากรมธรรม์ประกันตามที่ระบุไว้ตารางข้อกำหนดมาตรฐานของการประกันภัย พร้อมด้วยข้อมูลอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการทำประกันภัยเมื่อหน่วยงานร้องขออย่างมีเหตุผล และรัฐมีสิทธิเข้าตรวจสอบสิ่งเหล่านั้นได้ในระหว่างเวลาทำการ และ

- หลักฐานการชำระค่าเบี้ยประกันและควมามีผลบังคับใช้ของการทำประกันภัยทุกฉบับ

- ใบรับประกันการต่ออายุกรมธรรม์ประกันตามที่ตารางข้อกำหนดมาตรฐานของการประกันภัย พร้อมรับรองความถูกต้องตามธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐให้ส่งต่อมายังรัฐทันทีในวันที่ต่ออายุกรมธรรม์หรือก่อนหน้านั้น

(2) การกำหนดคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่แจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้เรียกวงเงินค่าสินไหมทดแทนจำนวนที่เกินกำหนดไว้ พร้อมด้วยรายละเอียดที่ครบถ้วนของเหตุแห่งการเรียกร้องที่เกิดขึ้น (สำหรับโครงการที่คาดว่าจะมีการเรียกร้องหลายครั้ง ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถตกลงจำนวนขั้นต่ำที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่จำเป็นต้องแจ้งให้รัฐทราบก็ได้ ¹¹³

3.2.3.1.2 การควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการประกันภัย

ในกรณีที่มีการยกเลิก ไม่ต่ออายุ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการประกันภัย จะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบล่วงหน้า 30 วัน¹¹⁴ ก่อนการยกเลิก การบอกเลิกหรือการเปลี่ยนแปลงกรมธรรม์ประกันภัย¹¹⁵

(ii) evidence that the premiums payable under all insurance policies have been paid and that the insurances are in full force and effect in accordance with the requirements of this Clause 17.2 (Insurance) and [Annex 1 (Required Insurances)].

(g) Renewal certificates in relation to the insurances referred to in paragraphs (a) and (b) shall be obtained as and when necessary and copies (certified in a manner acceptable to the Authority) shall be forwarded to the Authority as soon as possible but in any event on or before the renewal date.

¹¹³ **Section 17.2 (i)** The Contractor shall give the Authority notification within 30 days after any claim in excess of £[] on any of the insurance policies referred to in this Clause accompanied by full details of the incident giving rise to the claim

¹¹⁴ **Section 17.2 (d) (iv)**

(iv) provide for 30 days prior written notice of their cancellation, non-renewal or amendment to be given to the Authority in accordance with [Endorsement [1] in Part 3 of [Annex 1]]; and

¹¹⁵ STANDARDISATION OF PF1 CONTRACTS, Endorsement [1] in Part 3 of [Annex 1];

Endorsement 1 Cancellation This policy shall not be cancelled or terminated before the original expiry date is to take effect except in respect of non-payment of premium. The insurer shall by written notice advise the Authority:

3.2.3.1.3 การพิจารณาให้ความเห็นชอบบริษัทรับประกันภัย

ในการสร้างความเชื่อมั่นว่าการทำประกันได้ทำอย่างมีคุณภาพ¹¹⁶ Section 17.4 มีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยกับบริษัทผู้รับประกันภัยที่มีชื่อเสียงในทางที่ดี โดยได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ระงับหรือปฏิเสธการให้ความเห็นชอบโดยปราศจากเหตุผล

3.2.3.2 การทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก

การทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักเป็นการประกันวินาศภัยชนิดหนึ่ง ซึ่งคุ้มครองความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากความเสียหายต่อทรัพย์สิน (Consequential loss) การประกันดังกล่าวเป็นการประกันความเสียหายเกี่ยวกับพลังในการหารายได้ของธุรกิจ (Damage to Earning Power of Business) ความเสียหายซึ่งอาจเกิดจากไฟไหม้ น้ำท่วม และพายุ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ย่อมทำให้สถานประกอบการธุรกิจได้รับความเสียหาย ธุรกิจไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ในระยะใดระยะหนึ่ง และทำให้รายได้และกำไรที่ควรจะได้รับของธุรกิจนั้นต้องสูญเสียไป โดยการประกันธุรกิจหยุดชะงักจะคุ้มครอง

1. การลดลงของผลกำไรของกิจการอันเนื่องมาจากยอดลดลงของรายได้ในช่วงระหว่างการดำเนินกิจการทางพาณิชย์ที่ให้ความคุ้มครองสืบเนื่องมาจากกรรมธรรม์ประกันภัยความเสียหายต่อทรัพย์สิน และ

2. การเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานที่จำเป็นและสมเหตุสมผลเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาความเสียหายจากการลดลงของรายได้ในระหว่างระยะเวลาชุดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเป็นผลจากความเสียหาย ทั้งนี้ ไม่เกินกว่าจำนวนที่ได้จากการปรับอัตรา

(a) at least 30 days before any such cancellation or termination is to take effect;

(b) at least 30 days before any reduction in limits or coverage or any increase in deductibles is to take effect; and

(c) of any act or omission or any event of which the insurer has knowledge and which might invalidate or render unenforceable in whole or in part this policy.

¹¹⁶ Section 17.4 ENSURING THE QUALITY OF THE INSURANCES

17.4.1 The Contract should require that all insurances are placed through a reputable insurer of good standing. In practice, financiers will ensure that insurances will be arranged by, and placed with brokers and insurers approved by them (or that fall within a particular category) and on terms acceptable to them.

17.4.2 There is usually no need to limit the market within which the Contractor must insure the relevant risks (e.g. the worldwide market is not unusual).

Suitable drafting is as follows:

The insurances referred to in this Clause shall be effected with insurers approved by the Authority, such approval not to be unreasonably withheld or delayed.

กำไรขั้นต้นกับจำนวนที่สามารถรักษาไว้ได้ ซึ่งมีทุนเอาประกันเท่ากับจำนวนที่ครอบคลุมระยะเวลาชั้นต่ำที่ชดเชยอย่างเพียงพอ และมีระยะเวลาชั้นต่ำที่จะชดเชย 12 เดือน โดยให้คู่สัญญาเอกชนจัดทำทำประกันภัยดังกล่าว เริ่มตั้งแต่วันที่เริ่มดำเนินกิจการทางพาณิชย์¹¹⁷

3.2.3.3 การใช้ค่าสินไหมทดแทน (Insurance Proceeds)

หลักการของการใช้ค่าสินไหมทดแทนกำหนดไว้ใน Section 17.6.1¹¹⁸ ว่า เมื่อเหตุที่เอาประกันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่จะต้องนำเงินค่าสินไหมทดแทนมาใช้ในการก่อสร้างทดแทนหรือซ่อมแซมฟื้นฟู และทำให้การให้บริการกลับคืนมาดังเดิม ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ประสงค์จะให้มีการดำเนินการซ่อมแซมฟื้นฟูดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องตระหนักว่าอาจนำไปสู่การเลิกสัญญาได้ ซึ่งคู่สัญญารัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินชดเชยเต็มจำนวนให้แก่คู่สัญญาเอกชนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน Section 23.5

หลักเกณฑ์การใช้ค่าสินไหมทดแทน มีดังต่อไปนี้

1. การกำหนดคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้เงินค่าสินไหมที่เรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัยคุ้มครองความเสียหายทางกายภาพต่อทรัพย์สินของโครงการ (Application of Insurance Proceeds) (ไม่รวมการประกันความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม ความรับผิดของนายจ้าง ธุรกิจหยุดชะงัก การสูญเสียรายได้ในอนาคต) จะต้องถูกนำมาใช้ในการซ่อมแซม (repair) ฟื้นฟู (reinstate) และทดแทน (replace) ไม่ว่าจะเป็นบางส่วนหรือทั้งหมดของทรัพย์สินโครงการเพื่อการก่อสร้างทดแทนหรือ

¹¹⁷ BUSINESS INTERRUPTION INSURANCE Indemnity In respect of:

1. loss of anticipated Revenue during at least the Minimum Indemnity Period arising from an interruption or interference in the operation of the Project as a result of loss or damage covered under Property Damage Insurance effected in accordance with paragraph 1 of Part 2 of this Schedule including physical loss or damage which would be indemnifiable but for the application of any deductible;

2. the economic additional expenditure necessarily and reasonably incurred for the purpose of avoiding or reducing the loss of Revenue of the Contractor which without such expenditure would have taken place, during the Indemnity Period.

Sum Insured An amount sufficient to cover the sums the subject of the Indemnity for the Minimum Indemnity Period.

Minimum Indemnity Period [12] months.

Period of Insurance From the Service Commencement Date for the duration of the Contract and renewable on an annual basis unless agreed otherwise.

¹¹⁸ **Section 17.6.1** The Contractor should always be obliged to reinstate the Asset and the Service if an insured event occurs. If the Authority does not require reinstatement, then any insurance proceeds should go to the Contractor but the Authority should be aware that this effectively results in a voluntary termination and the Authority will be obliged to make a full payout to the Contractor (see Section 23.5 (Voluntary Termination by Authority)), but deducting such amounts from the payment.

ซ่อมแซมฟื้นฟูโครงการให้กลับมาสู่สภาพเดิม¹¹⁹ เว้นแต่ในบางโครงการที่ในสัญญาร่วมลงทุนมีการกำหนดให้มีการประเมินทางเศรษฐศาสตร์ (project economic test) ตามที่เจ้าหน้าที่ผู้ให้การสนับสนุนโครงการร้องขอ เพื่อตัดสินใจว่าการฟื้นฟูซ่อมแซมจะสามารถครอบคลุมถึงจำนวนหนี้ทั้งหมดที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนค้างชำระแก่ตนหรือไม่ ถ้าผลการประเมินทางเศรษฐศาสตร์แสดงผลว่าไม่สามารถครอบคลุมถึงจำนวนหนี้ทั้งหมด เจ้าหน้าที่โครงการสมควรจะได้รับการจัดสรรเงินประกันแทนการฟื้นฟูซ่อมแซม ซึ่งหลักการประเมินทางเศรษฐศาสตร์จะเป็นไปตามเงื่อนไขที่คู่สัญญากำหนด ทั้งนี้ ถ้าผลการประเมินทางเศรษฐศาสตร์ แสดงผลให้เจ้าหน้าที่ของโครงการได้จัดสรรเงินประกันหรือจำนวนเท่ากับหนี้ที่ค้างชำระ (แล้วแต่ว่าอันไหนน้อยกว่า) เอกชนยังคงต้องมีความรับผิดชอบในการซ่อมแซมฟื้นฟูทรัพย์สิน ทว่า หากในทางการเงินไม่สามารถจะทำเช่นนั้นได้ก็จะเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาและรัฐจะบอกเลิกสัญญาเนื่องจากเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาตามปกติ (ดูข้อ 23.2 เรื่องการบอกเลิกสัญญาเนื่องจากเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา) รัฐสามารถก่อสร้างใหม่อีกครั้งโดยการคัดเลือกคู่สัญญารายใหม่¹²⁰

2. การกำหนดให้มีการจัดทำแผนการฟื้นฟูซ่อมแซม (Reinstatement work) โดยภายหลังจากที่เกิดเหตุที่เอาประกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดส่งแผนในการก่อสร้างซ่อมแซม การฟื้นฟู การก่อสร้างทดแทนทรัพย์สินของโครงการทันทีที่สามารถจะทำได้และภายใน [28] วันนับแต่วันที่ได้เรียกร้องให้ชดเชยค่าสินไหม¹²¹

และกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันเจรจาเกี่ยวกับวิธีในดำเนินการฟื้นฟูซ่อมแซมโครงการหรือการพิจารณาจะฟื้นฟูซ่อมแซมโครงการหรือไม่ ดังนั้นข้อสัญญาจะต้องกำหนดเกี่ยวกับวิธีการให้ความยินยอมแผนการฟื้นฟูซ่อมแซมโครงการ และต้องชัดเจนว่าจะเยียวยา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹¹⁹ **Section 17.5 (a)** [Subject to Clause 17.6 (Economic Test)], all insurance proceeds received under any policy referred to in [paragraph 1 of Parts I and 2 of Annex 1 (the “Physical Damage Policies”)] shall be applied to repair, reinstate and replace each part or parts of the Assets in respect of which the proceeds were received.

¹²⁰ **Section 17.6.4** If the result of the project economic test allows the Senior Lenders to appropriate the insurance proceeds or an amount equal to the outstanding Senior Debt (whichever is the lesser), the Contractor remains under an obligation to reinstate the asset. If, as is likely, it is not financially able to do so, it will be in breach of contract and the Authority will terminate for Contractor Default in the usual way (see Section 23.2 (Termination on Contractor Default)). The Authority can then rebuild the asset through a new competition

¹²¹ **Section 17.5 (c) (ii)** the Contractor shall deliver as soon as practicable and in any event within [28] days after the making of the claim a plan prepared by the Contractor for the carrying out of the works necessary (the “Reinstatement Works”) to repair, reinstate or replace (the “Reinstatement Plan”) the Assets which are the subject of the relevant claim or claims in accordance with sub-clause (d) below. The Reinstatement Plan shall set out:

คดีใช้ในกรณีที่มีข้อขัดแย้งกันในเรื่องแผนการฟื้นฟูซ่อมแซม¹²² โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือที่ดีที่สุดในการทำให้แผนการฟื้นฟูซ่อมแซมบรรลุวัตถุประสงค์¹²³

นอกจากนี้ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเห็นชอบกับแผนการฟื้นฟูซ่อมแซมที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำมาแล้วนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังจะต้องพิจารณาให้แน่ใจว่าจำนวนเงินประกันที่ได้รับมา จะถูกนำไปใช้ตามที่ได้ตกลงกันไว้ในแผนการฟื้นฟูซ่อมแซม ดังนั้น จึงต้องกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมให้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้เงินค่าสินไหมที่เรียกร้องตามสัญญาประกันภัยเพื่อการฟื้นฟู หรือซ่อมแซม หรือ ก่อสร้างทดแทนให้เรียบร้อยตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดคุณสมบัติของงาน (Construction Specification) อีกด้วย¹²⁴

3. การกำหนดให้เงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้จากกรมธรรม์คุ้มครองความเสียหายทางกายภาพแก่ทรัพย์สินโครงการแบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือแบ่งออกเป็นเงินค่าสินไหมทดแทนวงเงินขั้นต่ำกับเงินค่าสินไหมทดแทนที่เกินจากวงเงินขั้นต่ำ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันกำหนดจำนวนเงินขั้นต่ำตามความเหมาะสม โดยหากเงินค่าสินไหมทดแทนนั้นมีจำนวนที่ต่ำกว่าจำนวนเงินขั้นต่ำที่กำหนดไว้ เงินดังกล่าวจะถูกจ่ายตรงไปยังผู้เรียกร้อง ในขณะที่ หากเงินค่าสินไหมทดแทนมีจำนวนที่เกินจากวงเงินขั้นต่ำ เงินนั้นจะถูกโอนเข้าบัญชีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเปิดรวมยกเว้นการเรียกร้องตามประกันความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามซึ่งปกติจะจ่ายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ การกำหนดจำนวนเงินขั้นต่ำเพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่ไม่จำเป็น¹²⁵

¹²² **Section 17.5.3** In practice, the parties are likely to discuss and negotiate whether (and how) to reinstate the Project after the occurrence of an insured event. Accordingly, the Contract should set out provisions regarding how the parties will agree a plan for the reinstatement of the Project (“Reinstatement Plan”). The Contract must be clear as to the remedy in the event of disputes over reinstatement. The Authority should be aware that following any physical damage to the Project, the Contractor will only be permitted to claim under the delay in start-up and business interruption insurances if the insurer is satisfied that the Contractor is using its reasonable endeavours to reinstate. Accordingly, the Authority’s response to the proposed Reinstatement Plan should be reviewed by the Authority as a matter of priority and the Authority should respond to the Contractor within a reasonable period of time.

¹²³ **Section 17.5 (c) (ii) (E)** the Authority undertakes to use reasonable endeavours to assist the Contractor in the carrying out of the Reinstatement Plan;

¹²⁴ **Section 17.5 (d)** Where insurance proceeds are to be used, in accordance with this Contract, to repair, reinstate or replace any Asset, the Contractor shall carry out the work in accordance with the [Construction Specification] so that on completion of the work, the provisions of the Contract are complied with.

¹²⁵ **Section 17.5.4** The Authority has a clear interest in the application of any insurance proceeds received by the Contractor under the physical damage policies that are to be applied in reinstatement of the Project. Although the Authority agrees a Reinstatement Plan with the Contractor, the Authority should also be concerned to ensure that any insurance proceeds are utilised in accordance with the agreed Reinstatement Plan. Additionally, the

4. การกำหนดการดำเนินการกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเรื่องการให้บริการ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐตัดสินใจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเรื่องการให้บริการ ซึ่งจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของข้อสัญญาเรื่องกลไกในการเปลี่ยนแปลงการให้บริการ (Change in Service)¹²⁶¹²⁷ ซึ่งหากค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการประกันภัยไม่สามารถชดเชยค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างทดแทนหรือซ่อมแซมที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงการให้บริการ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มเติมดังกล่าว กล่าวคือ การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในการให้บริการภายหลังเกิดเหตุที่เอาประกันขึ้นนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมในการใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อฟื้นฟูหรือซ่อมแซมอย่างเต็มจำนวน¹²⁸

3.2.4 ข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา

โดย Standardisation of PF2 Contracts ได้กำหนดเหตุแห่งการเลิกสัญญาไว้ในกรณีของการบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดระยะเวลา ซึ่งมีเหตุดังต่อไปนี้

3.2.4.1 การเลิกสัญญาเพราะคู่สัญญาฝ่ายรัฐผิดสัญญา (Termination on Authority Default)¹²⁹

ใน Section 23.1.2.1 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่การกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือรัฐบาลเป็นเหตุให้ขัดขวางต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือเป็นเหตุที่ไม่

Authority must ensure that upon termination of the Contract (either through natural expiry or early termination) the Authority receives the benefit of any insurance proceeds so that it can continue with the reinstatement of the Project. This is achieved by having the insurance proceeds in excess of a minimum level paid into a joint insurance account which is in the names of the Authority and the Contractor. Proceeds below the minimum level are paid directly to the claimant (with the exception of third party liability claims payments which are typically paid directly to the aggrieved party). A minimum level is set in order to avoid unnecessary administrative costs arising.

¹²⁶ Ibid. Section 17.5 REINSTATEMENT AND CHANGE OF REQUIREMENT AFTER INSURED EVENT

¹²⁷ Section 17.5.1 If an insured event occurs and certain Assets require replacement or reinstatement, the Authority may decide to change the service requirement. If it does so, the cost of reinstatement may be more or less than the cost of exact replacement. Clearly there is no problem where the cost is less. Where insurance proceeds do not cover the full reinstatement, and the additional cost is due to an Authority change in Service (and not under-insurance by the Contractor of the original asset), then the extra cost must be funded by the Authority in accordance with the change in Service mechanism (see Section 11 (Change in Service)).

¹²⁸ Section 17.5.2 Although insurance should be available for full reinstatement, the Contractor should nonetheless arrange cover on terms which reflect the fact that the Authority's requirements may change after an insured event occurs and that it is possible that there will be a requirement for something other than full or exact reinstatement

¹²⁹ Ibid. Section 23.1

อาจชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป (completely frustrate)¹³⁰ ซึ่งการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญและส่งผลอย่างร้ายแรงต่อการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งมีแนวทางในการร่างดังนี้¹³¹

การปฏิบัติผิดสัญญาของรัฐ หมายถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

1. การเวนคืน การขาดทรัพย์สินโครงการในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หรือ หุ่นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ
2. การผิดนัดชำระหนี้เงินของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในจำนวนตั้งแต่ จำนวนครั้งซึ่งพ้นกำหนดระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้มีหนังสือบอกกล่าว ซึ่งก่อนหน้านั้นกำหนดระยะเวลาชำระยอดหนี้ดังกล่าวได้ล่วงพ้นมานานกว่า 2 เดือนแล้ว
3. การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งเป็นเหตุให้ขัดขวางต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือเป็นเหตุที่ไม่อาจชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป (Frustration) ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างมีนัยยะสำคัญ ติดต่อกันไม่น้อยกว่า 2 เดือน
4. การปฏิบัติผิดสัญญาในเงื่อนไข Assignment

¹³⁰ Section 23.1.2.1 The Contractor should be allowed the right to terminate the Contract where the Authority or Government acts in a way which renders their contractual relationship untenable or completely frustrates the Contractor's ability to deliver the Service. A minor breach will not fall into this category and even a material breach of itself is likely to be insufficient if the Authority's actions do not have the effect described above

¹³¹ Required drafting for Authority Default is as follows:

“Authority Default” means one of the following events:

(a) an expropriation, sequestration or requisition of a material part of the Assets and/or shares of the Contractor [or Holdco] by the Authority or other Relevant Authority;

(b) a failure by the Authority to make payment of any amount of money exceeding £[] (indexed) that is due and payable by the Authority under this Contract within 30 days of service of a formal written demand by the Contractor, where that amount fell due and payable [two] (or more) months prior to the date of service of the written demand;

(c) a breach by the Authority of its obligations under this Contract which substantially frustrates or renders it impossible for the Contractor to perform its obligations under this Contract for a continuous period of [two] months, or

(d) a breach by the Authority of Clause 32 (Assignment) occurs

วิธีการบอกเลิกสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิบัติผิดสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ประสงค์จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและรายละเอียดที่กำหนดดังนี้¹³²

(1) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายใน 45 วันแต่วันที่ได้รับรู้ถึงเหตุแห่งการปฏิบัติผิดสัญญา

(2) หนังสือบอกกล่าวจะต้องระบุการกระทำอันเป็นความผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

(3) สัญญาจะสิ้นสุดลงนับแต่วันที่พ้นกำหนดระยะเวลา 45 วัน นับจากวันที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับหนังสือบอกกล่าว เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้แก้ไขความผิดของตนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญา

ผลการเลิกสัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิบัติผิดสัญญาใน Section 23.1.3.1¹³³ กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยเต็มจำนวน (Compensation on Termination for Authority Default) ในบรรดาหนี้ที่ค้างตามสัญญา ค่าจ้างแรงงานและหนี้อื่นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและผู้รับเหมาอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา เงินที่ต้องชดเชยให้ผู้ถือหุ้นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นต้น โดยเรียกว่าเงิน Authority Default Termination Sum ซึ่งเป็นไปตามวิธีคำนวณที่ตกลงกันไว้ในสัญญา¹³⁴

¹³² Section 23.1.2 Termination on Authority Default

(a) If an Authority Default has occurred and the Contractor wishes to terminate the Contract, it must serve a termination notice on the Authority⁶ within [45] days of becoming aware of the Authority Default.

(b) The termination notice must specify the type of Authority Default which has occurred entitling the Contractor to terminate.

(c) The Contract will terminate on the day falling [45] days after the date the Authority receives the termination notice, unless the Authority rectifies the Authority Default within [30] days of receipt of the termination notice

¹³³ Section 23.1.3.1 The objective should be to ensure that the Contractor and its financiers are fully compensated (i.e. no worse off because of Authority Default than if the Contract had proceeded as expected)

¹³⁴ Section 23.1.3 Compensation on Termination for Authority Default

(a) On termination of the Contract under Clause 23.1.2 (Termination on Authority Default) the Authority shall pay the Contractor the “Authority Default Termination Sum” in accordance with Section 24 (Calculation and Payment of Early Termination Payments) on the Termination Date. Subject to paragraphs (c) to (e) below the Authority Default Termination Sum shall be an amount equal to the aggregate of...

3.2.4.2 การเลิกสัญญาเพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา (Termination on Contractor Default)

เพื่อความเหมาะสมและเป็นธรรมในการบอกเลิกสัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาในส่วนที่มีสาระสำคัญ เช่น ผิดข้อสัญญาเรื่องการให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้ห้องประชุม เป็นต้น ดังนั้น ใน Section 23.2.1.1¹³⁵ จึงกำหนดไว้ว่า การกำหนดเหตุเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นเหตุที่ส่งผลกระทบต่อโครงการที่เป็นสาระสำคัญและ ซึ่งมีตัวอย่างของเหตุดังนี้¹³⁶ เช่น

1. การไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะต้องส่งผลกระทบต่อทำให้บริการโครงการในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (a breach by the Contractor of any of its obligations under this Contract which materially and adversely affects the performance of the Service)
2. การปฏิบัติผิดสัญญาซ้ำซาก (Persistent Breach occurs)
3. การละทิ้งงานก่อสร้าง รวมถึงกรณีผู้รับเหมาทิ้งงาน (the Contractor Abandons the Works at any time)

¹³⁵ **Section 23.2.1.1** The Contract must deal comprehensively with the possibility of early termination due to Contractor default. It must achieve a fair balance between the Authority's desire to be able to terminate for inadequate service provision, even if caused by relatively minor defaults (a right which Authorities are used to having in conventional service contracts) and the Contractor's and its financiers' interest in restricting termination to the severest of defaults, when all other reasonable alternative options have been exhausted, including a reasonable rectification period procedure and a Direct Agreement (see Sections 23.2.4 (Rectification) and 26 (Funders' Direct Agreement)). It should be the Authority's last resort to exercise rights of termination.

¹³⁶ **Section 23.2.2.1** The Contract should specify the events of Contractor Default which may lead to termination. As far as practicable, these should be objective, clear and provide for reasonable tolerances, bearing in mind the undesirable consequences of a termination.

“Contractor Default” means one of the following events:

- (a) a breach by the Contractor of any of its obligations under this Contract which materially and adversely affects the performance of the Service;
- (b) a Persistent Breach occurs;
- (c) a court makes an order that the Contractor [or Holdco] be wound up or a resolution for a voluntary winding-up of the Contractor [or Holdco] is passed;
- (d) any receiver or manager in respect of the Contractor [or Holdco] is appointed or possession is taken by or on behalf of any creditor of any property of the Contractor [or Holdco] that is the subject of a charge;

.....

4. การละเมิดข้อสัญญาที่สำคัญ เช่น ข้อสัญญาเรื่องการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ (Change of Ownership) หรือข้อสัญญาเรื่องจัดหาผู้รับเหมาทดแทน (Replacement of Sub-Contractors) หรือข้อสัญญาเรื่อง Assignment เป็นต้น

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การกำหนดเหตุเลิกสัญญาจะต้องเป็นกรณีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เว้นแต่บางกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาซ้ำซากและต่อเนื่องกันเป็นระยะเวลาอันยาวนานก็อาจเป็นเหตุในการเลิกสัญญาได้ (Termination for Persistent Breach by the Contractor)¹³⁷ โดยในการเลิกสัญญาเนื่องจากการปฏิบัติผิดสัญญาอย่างต่อเนื่องนั้นมีหลักเกณฑ์ว่า ภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ออกหนังสือแจ้งเตือนครั้งสุดท้าย หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงปฏิบัติผิดสัญญาเป็นเวลาต่อเนื่องไม่น้อยกว่า (จำนวน) วัน ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิยื่นการบอกเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้โอกาสคู่สัญญาเอกชนในการแก้ตัวอีก

วิธีการเลิกสัญญา สำหรับการเลิกสัญญาเพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาจะต้องอยู่ภายใต้ขั้นตอนการให้เวลาแก้ไขความผิด (Rectification) และจะต้องให้สิทธิเจ้าหน้าที่โครงการในการดำเนินการแก้ไขเยียวยาความผิดแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามที่กำหนดไว้ใน Section 23.2.4.1¹³⁸ โดยหนังสือบอกกล่าวจะดำเนินการอย่างถูกต้อง ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วยข้อความที่กำหนด เช่น ลักษณะของการปฏิบัติผิดสัญญา ขั้นตอนของการแก้ไขเยียวยา และวันที่การยกเลิกสัญญามีผลบังคับใช้ เป็นต้น¹³⁹

¹³⁷ **Section 23.2.3.1** The Contract should incentivise the Contractor in some way in respect of any breach by the Contractor, however minor. There are various means to deal with the persistent occurrence of minor defaults. The recommended approach is to impose performance points in respect of all types of minor defaults. This is a particularly effective means of incentivising the Contractor when coupled with a right to terminate the Contract if the total number of performance points accrued exceeds a certain level (see above).

¹³⁸ **Section 23.2.4.1** The Authority should afford the Contractor the opportunity of remedying any breach capable of remedy and/or financially compensating the Authority for the effects of the breach. As stated in Section 23.2.1 (Introduction), termination should only be used as a last resort. Accordingly, the Contract should set out a mechanism allowing the Contractor the opportunity to remedy breaches which are capable of remedy to avoid termination. Rectification will not be appropriate in respect of all types of breach. Some breaches may not be capable of remedy (for example, failure to complete construction by the long-stop date) and some events may only qualify as termination events after some kind of grace has already been given (e.g. after the accrual of a specified level of performance points or because of the tolerances contained in the Persistent Breach concept)

¹³⁹ **23.2.4 Rectification**

(a) If a Contractor Default has occurred and the Authority wishes to terminate the Contract, it must serve a termination notice on the Contractor.

(b) The termination notice must specify:

ผลการเลิกสัญญา สำหรับกรณีการเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ปฏิบัติผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้ชดเชยความเสียหาย แต่ทว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาให้การชดเชยแก่บุคคลภายนอกผู้สุจริตเท่าที่รัฐจะได้ประโยชน์จากการการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในบรรดาทรัพย์สินของโครงการและเท่าที่รัฐไม่เสียหาย

3.2.4.3 การเลิกสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัย

หลักการของการเลิกสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัยกำหนดไว้ใน Section 23.3.1.1¹⁴⁰ เมื่อ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันแนวทางการแก้ไขปัญหาอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัยได้ภายใน ระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งโดยปกติจะกำหนดระยะเวลาไว้ 6 เดือน คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบย่อมมี สิทธิในการบอกเลิกสัญญา แต่ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลือกจะให้สัญญามีผลต่อไปหรือให้สัญญา

-
- (i) the type and nature of Contractor Default that has occurred, giving reasonable details; and
 - (ii) that in the case of any Contractor Default falling within the limbs (a), (g), (h), (i) and (o) of the definition of Contractor Default this Agreement will terminate on the day falling [sixty]33 days after the date of the Contractor received the termination notice, unless:
 - (A) in the case of a breach under limb (a) of the definition of Contractor Default the Contractor puts forward an acceptable rectification programme within [thirty] days after the date the Contractor receives the Termination Notice (and implements such programme in accordance with its terms and rectifies the Contractor Default in accordance with the programme); or
 - (B) in the case of any Contractor Default falling with the limbs (a), (g), (h), (i) and (o) of the definition of Contractor Default the Contractor rectifies the Contractor Default within [sixty] days after the date the Contractor receives the Termination Notice; or
 - (iii) that in the case of any other Contractor Default (not being limbs (a), (g), (h), (i) or (o)), this Agreement will terminate on the date falling [thirty] days after the date the Contractor receives the termination notice.
 - (c) If the Contractor either rectifies the Contractor Default within the time period specified in the termination notice, or implements the accepted rectification programme, if applicable, in accordance with its terms, the termination notice will be deemed to be revoked and the Contract will continue.

¹⁴⁰ **Section 23.3.1.1** As set out in Section 15.4 (Force Majeure Events), the Contract should define the Force Majeure Events that can lead to termination and determine the rights of the relevant parties if this occurs. If a Force Majeure Event occurs and the parties cannot agree a solution within a specified period (6 months is typical), either party is entitled to terminate the Contract with compensation payable to the Contractor as set out in Section 23.3.2 (Compensation on Termination for Force Majeure). The Contract should, however, give the Authority the right to prevent termination by paying the Contractor as if the Service were being fully provided after such period. In such circumstances the Authority should specify a fixed period for which it will make such payment, before reconsidering the situation, so that the Contractor can plan accordingly.

เลิกกัน หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐพิจารณาแล้วให้สัญญาามีผลต่อไป คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจัดให้มีการชดเชยหรือจ่ายเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปอย่างต่อเนื่อง

วิธีการบอกเลิกสัญญา เนื่องจากการเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัยไม่เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบหรือ โดยการสิทธิเลิกสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัยจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบในการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ครบถ้วน เช่น การบอกกล่าวแจ้งการเกิดขึ้นของเหตุสุดวิสัยในทันทีที่ทราบ การพยายามอย่างเต็มที่และโดยสุจริตในการร่วมกันหาทางแก้ไขเยียวยาความเสียหายอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย

ผลการเลิกสัญญา ในกรณีการเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจัดให้มีการชดเชยทางการเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามส่วนที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสมควรจะได้รับชดเชย เช่น หนี้เงินกู้ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ การคืนทุนให้ผู้ถือหุ้นบางส่วน หนี้การจ้างแรงงาน เป็นต้น ซึ่งการเรียกให้ชดเชยเต็มจำนวนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเพราะเป็นการสร้างภาระเกินสมควร

3.2.4.4 การเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

หลักการของการเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีกำหนดไว้ใน Section 23.5.1¹⁴¹ ในกรณีที่มีสถานการณ์อันเปลี่ยนแปลงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งทำให้สัญญาไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ เช่น การเปลี่ยนแปลงนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อให้บริการของรัฐ เป็นต้น จึงเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาที่ได้ทำกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

วิธีการเลิกสัญญา การใช้สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดดังนี้¹⁴²

¹⁴¹ Section 23.5.1 The intention of all parties to a Contract should be that it will run its full course. There may be circumstances, however, in which the Authority is no longer able to continue the relationship it has with the Contractor under a Contract. For example, there may be a policy change which makes further provision of the Service redundant. In order to cater for such circumstances, the Authority may wish to retain the right to terminate the contract voluntarily

¹⁴² Section 23.5.1

(a) The Authority may terminate the Contract at any time on or before its Expiry Date by complying with its obligations under paragraphs (b) to (d) below.

(b) If the Authority wishes to terminate the Contract under this Clause, it must give notice to the Contractor stating:

1. คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวแจ้งไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยจะต้องประกอบไปด้วยเนื้อหา ดังนี้

ก. การระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลิกสัญญาภายใต้เงื่อนไขแห่งข้อกำหนดนี้
 ข. การระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลิกสัญญาวันที่ที่กำหนดไว้ในหนังสือ ซึ่งจะต้องมีกำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกกล่าว

ค. การระบุว่าคู่สัญญาจะใช้สิทธิในการเลือกหรือไม่

2. การใช้สิทธิในการเลือกของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะรับสิทธิใดๆมาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อการรับมอบการโอนสิทธิ์ กรรมสิทธิ์ และผลประโยชน์อื่นใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของโครงการคืนแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือตามคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ดำเนินการในวันที่สัญญาสิ้นสุด¹⁴³

3. สัญญาจะสิ้นสุดทันทีในวันที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดไว้เป็นหนังสือ¹⁴⁴

ผลการเลิกสัญญา ในกรณีการเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาคู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายเดียว (Compensation for Voluntary Termination) คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องชำระค่าชดเชยเต็มจำนวนอันเนื่องมาจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าว¹⁴⁵ แต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชำระค่าบอกเลิกสัญญา¹⁴⁶ (termination payment) ในจำนวนไม่น้อยกว่าค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จะต้องใช้ในการดำเนินโครงการ โดยมีตัวอย่างในการชำระค่าบอกเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาฝ่ายรัฐเลิกสัญญาตามอำเภอใจว่า¹⁴⁷ “ภายใต้เงื่อนไขแห่งการบอกเลิกสัญญานี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะชำระค่าบอกเลิกสัญญา

(i) that the Authority is terminating the Contract under this Clause 23.5.1 (Voluntary Termination by Authority);

(ii) that the Contract will terminate on the date specified in the notice, which must be a minimum of [30] days after the date of receipt of the notice; and

(iii) whether the Authority has chosen to exercise its option under paragraph (c) below

¹⁴³ **Section 23.5.1 (c)** On termination, the Authority shall have the option to require the Contractor to transfer its right, title and interest in and to the Assets to the Authority or as directed by the Authority.

¹⁴⁴ **Section 23.5.1 (d)** The Contract will terminate on the date specified in the notice referred to in paragraph (b) above

¹⁴⁵ **Section 23.5.2.1** The Contractor should not object to the Authority having such a right provided that it is compensated in full if such right is exercised.

¹⁴⁶ **Section 23.5.3.1** The Contractor should receive a termination payment which leaves it in the position it would have been in had the Contract run its full course.

¹⁴⁷ **Section 23.5.2 Compensation on Voluntary Termination** On termination under Clause 23.5.1(d) above, the Authority shall pay the Contractor within thirty (30) days of the Notice Date an amount equal to the amount

ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ออกหนังสือบอกกล่าว ทั้งนี้ การคำนวณค่าบอกเลิกสัญญาดังกล่าวให้เป็นไปตามวิธีการและเงื่อนไข (รวมถึงสูตรในการคำนวณ) ที่ระบุไว้ในข้อสัญญาเรื่องการคำนวณและวิธีการชำระค่าบอกเลิกสัญญา”

3.2.4.5 การเลิกสัญญาเพราะเหตุอื่น

นอกจากเหตุในการเลิกสัญญาที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ใน STANDARDIZATION OF PF2 CONTRACTS ยังได้กำหนดเหตุอื่นๆที่เป็นเหตุในการเลิกสัญญาที่สอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะของประเทศอังกฤษ เช่น เหตุเลิกสัญญาเนื่องมาจากการกระทำความผิดฐานการรับสินบนและฉ้อโกง (Termination on Corrupt Gifts and Fraud) (Section 23.4) เหตุที่ภัยนั้นไม่สามารถเอาประกันได้ (Risks that become Uninsurable) (Section 17.9) การเลิกสัญญาเพราะการปฏิบัติผิดเงื่อนไขของสัญญากู้เงินโครงการ (Termination for breach of the Refinancing Provisions) (Section 23.6) ซึ่งในส่วนนี้จะอธิบายในภาพรวม ไม่ศึกษาในรายละเอียด



payable under Clause 23.1 (Authority Default) less an amount equal to half of the Lifecycle Surplus as at the Termination Date in accordance with Section 24 (Calculation and Payment of Early Termination Payments).

บทที่ 4

วิเคราะห์ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

ตามที่ได้ศึกษาบทที่ 2. ว่าด้วยการร่างสัญญาร่วมลงทุนตามข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญา การให้เอกชนร่วมลงทุนตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประกอบข้อ 4 ของประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่องข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ซึ่งปัจจุบันข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญา ร่วมลงทุนของประกาศดังกล่าวยังไม่เป็นข้อกำหนดที่สมบูรณ์และเพียงพอที่จะใช้ในการร่างสัญญา โครงการพัฒนาที่ดินอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จึงต้องศึกษาหลักเกณฑ์ คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs¹ และคู่มือแนวทางในการร่างสัญญา ตามข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนของกฎหมายต่างประเทศคือ ประเทศ ออสเตรเลียและอังกฤษ เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ซึ่งศึกษาเฉพาะข้อกำหนดที่มักจะเป็นปัญหา คือ เรื่องระยะเวลาโครงการ เรื่องเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด และเรื่องการประกันภัย และการใช้ค่าสินไหมทดแทน รวมถึงเรื่องเหตุแห่งการเลิกสัญญา

4.1 วิเคราะห์ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ

4.1.1 การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการ

เนื่องจากกฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาของ สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่เป็นโครงการใหม่ การกำหนดเงื่อนไข การเริ่มนับระยะเวลาโครงการของแต่ละสัญญาร่วมลงทุนจึงสามารถตกลงกันระหว่างคู่สัญญาได้อย่าง เสรีตามบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรม สัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้การกำหนด เงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่มีการลงทุนใน

¹ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ กระทรวงการคลัง, คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ Ppps, หน้า. 3 เป็นคู่มือที่เคียวางแนวทางไว้ตามความแห่งกฎหมายเดิม กล่าวคือพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 โดยคู่มือแนวทางนี้ประกอบไปด้วย 2 ส่วน ส่วนที่หนึ่งเป็นการอธิบายแนวทางการดำเนินงานในรูปแบบ PPPs และส่วนที่ สองเป็นเอกสารภาคผนวก ฉ รายละเอียดของคำอธิบาย และตัวอย่างข้อกำหนดมาตรฐานสำหรับสัญญาร่วมลงทุนหรือดำเนินการ โครงการของรัฐ. ทว่าปัจจุบันพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปโดยการออกพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของ รัฐ พ.ศ. 2556 ที่มีผลใช้บังคับแล้ว จึงมีผลให้คู่มือแนวทางฉบับนี้ถูกยกเลิกไปโดยปริยาย

ลักษณะเดียวกัน แต่มีการกำหนดเงื่อนไขที่หลากหลาย เช่น การกำหนดให้เริ่มนับระยะเวลาโครงการตั้งแต่วันที่เอกชนยื่นขออนุญาตก่อสร้างกับหน่วยงานราชการ หรือการกำหนดเริ่มนับตั้งแต่วันที่หน่วยงานรัฐเจ้าของโครงการอนุมัติแบบการก่อสร้าง หรือการกำหนดให้นับตั้งแต่วันที่เอกชนดำเนินการก่อสร้างแล้วเสร็จตามสัญญากำหนด หรือตั้งแต่วันที่เอกชนเริ่มประกอบกิจการ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลานั้นย่อมมีผลให้แต่ละสัญญามีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนี้ การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ โดยไม่คำนึงถึงหน้าที่ต่างๆในการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งมีทั้งหน้าที่ในการออกแบบก่อสร้าง การยื่นขออนุญาตต่างๆต่อหน่วยงานของรัฐ และการจัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อนำมาสนับสนุนโครงการ และมีการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการจำกัดระยะเวลาเกินไป อาจก่อให้เกิดปัญหาแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะมีความเสี่ยงต่อการปฏิบัติผิดสัญญาได้ง่ายและอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น เมื่อพิจารณาปัญหาจากการไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการ อาจทำให้คู่สัญญาอาศัยกลไกของสัญญาในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการให้ฝ่ายตนได้ประโยชน์มากที่สุด และส่งผลให้การเริ่มนับระยะเวลาโครงการของโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ จึงควรมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน และมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา โดยจะศึกษาหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคู่มือแนวทางของไทยที่เคยมีในอดีตและของต่างประเทศ

จากการศึกษาคู่มือแนวทางทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs ไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการไว้โดยเฉพาะ แต่มีแนวทางทั่วไปในข้อ 4.2.6 ที่ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐควรกำหนดเวลาที่เหมาะสมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการเจรจาสัญญาอื่นๆกับบุคคลภายนอก เช่น สัญญาเงินกู้ และสัญญาจ้างดำเนินการ เป็นต้น ทั้งนี้ จะต้องช่วยอำนวยความสะดวกกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอรับใบอนุญาตต่างๆที่มีความจำเป็นในการดำเนินโครงการต่างๆ ด้วย ซึ่งโดยปกติคู่สัญญาฝ่ายรัฐควรใช้เวลาแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการลงนามสัญญาการจัดการจัดหาแหล่งเงินทุน (Financial Close) ให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาประมาณ 4 – 6 เดือน และในข้อ 5.1.1 กำหนดให้ระยะเวลาการก่อสร้างเริ่มนับระยะเวลาดังแต่มีการลงนามสัญญาการจัดการจัดหาแหล่งเงินทุน

จากการศึกษา National PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure คู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียมีหลักเกณฑ์ของการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาดังนี้

1. เอกชนคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขด้านต่างๆ ดังนี้ (Section 2.1)

- เงื่อนไขด้านการออกแบบก่อสร้าง โดยจะต้องแสดงเอกสารของทุกสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการออกแบบก่อสร้างโครงการ และการลงนามในสัญญาจ้างก่อสร้าง
- เงื่อนไขด้านการเงิน โดยจะต้องแสดงเอกสารทางการเงินและหลักฐานที่ได้รับเงินสนับสนุนการลงทุนของโครงการ รวมทั้งหลักฐานการชำระเงินที่เกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญากับรัฐ
- เงื่อนไขด้านการจัดตั้งโครงสร้างองค์กรธุรกิจ โดยจะต้องแสดงหลักฐานของสัญญาจัดตั้งองค์กรธุรกิจและสัดส่วนการถือหุ้น (Shareholder agreements between equity investor) (ถ้ามี)

2. คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องดำเนินการปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวและขอความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายในระยะเวลาที่กำหนด (Section 2.2.1) ซึ่งวันที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้ความเห็นชอบเงื่อนไขเรียบร้อยแล้ว จะเรียกว่า “วันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงิน” (Financial Close) โดยปกติวันดังกล่าวจะใช้เวลาไม่เกิน 60 วันทำการนับแต่วันที่สัญญามีผล ทั้งนี้ คู่สัญญาอาจตกลงภายหลังให้ยกเว้นการปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือขยายระยะเวลาเป็นอย่างอื่นก็ได้

3. การวางหลักประกันในระหว่างการปฏิบัติตามเงื่อนไข (Conditions Precedent bond) (Section 2.3) คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนวางหลักประกันได้ หากหลักประกันที่ยื่นในช่วงเสนอราคาไม่มีผลต่อเนื่องมาถึงขณะนี้ หรือมีความเสี่ยงว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจทำให้เงื่อนไขสำเร็จ

4. การบอกเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข (Termination) (Section 2.4) ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขให้สำเร็จหรือไม่ได้รับการยกเว้นภายในวัน Financial Close คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาโครงการ โดยมีผลดังนี้

- (1) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีสิทธิเรียกร้องใดๆ ต่อกันตามสัญญาโครงการ เว้นแต่ได้แสดงโดยชัดแจ้งเป็นอย่างอื่น
- (2) บรรดาสิทธิและหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตตามสัญญาโครงการและสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องให้สิ้นสุดลงไปด้วย
- (3) คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบังคับหลักประกันเงื่อนไข เว้นแต่การดำเนินการตามเงื่อนไขนั้นไม่สำเร็จอันเกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

เช่นเดียวกับใน Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ ใน Section 3.2.4 มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการ โดยคู่สัญญาฝ่าย

เอกชนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆที่กำหนดไว้ในสัญญาให้ครบถ้วน ซึ่งเงื่อนไขนั้นจะต้องรวมถึงเงื่อนไขในการจัดหาแหล่งเงินทุนด้วย และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องได้รับความเห็นชอบในการปฏิบัติตามเงื่อนไขให้เรียบร้อยภายในวันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงิน (Financial Close) โดยจะต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดเพื่อให้ได้รับความเห็นชอบ

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาของต่างประเทศแล้ว ทำให้เห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขใดให้เป็นเงื่อนไขของการเริ่มนับระยะเวลานั้น จะต้องพิจารณาจากภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะต้องเตรียมการในด้านต่างๆเพื่อให้บรรลุข้อตกลงทางการเงิน เช่น การจัดหาแหล่งเงินทุนที่มีมูลค่าเพียงพอต่อการนำมาใช้สนับสนุนโครงการ การจัดหาผู้ออกแบบและผู้รับเหมาโครงการ ซึ่งหากเอกชนไม่สามารถบรรลุข้อตกลงทางการเงินได้ย่อมเกิดความเสี่ยงต่อโครงการ และความเสี่ยงต่อการปฏิบัติสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงมีการกำหนดเงื่อนไขของการเริ่มนับระยะเวลาที่ให้โอกาสคู่สัญญาเอกชนสำหรับการดำเนินการเพื่อทำให้บรรลุข้อตกลงทางการเงินและสามารถนำเงินลงทุนมาชำระค่าใช้จ่ายของโครงการต่อไปได้

ผู้เขียนเห็นว่า โดยทั่วไป การร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐของประเทศไทย มักจะมีการลงนามในสัญญาก่อนจะมีการบรรลุข้อตกลงทางการเงินเพื่อนำมาใช้ในการลงทุนก่อสร้างโครงการ และการหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาส่วนใหญ่จะเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีหน้าที่ให้การสนับสนุนทางการเงินในการลงทุนโครงการ โดยลำพังการใช้เงินทุนของเอกชนอาจยังไม่เพียงพอต่อโครงการร่วมลงทุนซึ่งเป็นโครงการที่มีวงเงินสูงในระดับห้าพันล้านบาท จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำสัญญากู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ (Project Finance) ดังนั้น หากมีการหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขในการเริ่มนับระยะเวลาของประเทศออสเตรเลียที่กำหนดให้วันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงินเป็นเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลามาปรับใช้แก่การให้เอกชนร่วมลงทุนโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ก็จะทำให้เป็นข้อกำหนดที่มีความสมเหตุสมผลและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยในวันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงิน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะดำเนินการตามเงื่อนไขดังนี้

- 1) เงื่อนไขทางด้านการเงิน โดยการลงนามในสัญญาจัดหาแหล่งเงินทุนสนับสนุนโครงการและสามารถเริ่มรับเงินลงทุนจากผู้ให้กู้
- 2) เงื่อนไขทางด้านการออกแบบและก่อสร้างโดยจะต้องมีความพร้อมในการออกแบบและจัดหาผู้รับเหมาก่อสร้างที่มีประสบการณ์ความชำนาญที่ดี และ
- 3) เงื่อนไขในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ (ถ้ามี) และจะต้องดำเนินการให้เรียบร้อยภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งโดยปกติจะกำหนดระยะเวลาประมาณ 4 – 6 เดือน อย่างไรก็ตาม การกำหนดกรอบระยะเวลาในการปฏิบัติตามเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลานั้น คู่สัญญาอาจพิจารณาได้ตามความเหมาะสมขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของโครงการ

นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ได้รับความเห็นชอบจาก คู่สัญญาฝ่ายรัฐภายในระยะเวลาที่กำหนดอีกด้วย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติตามเงื่อนไขการเริ่ม นับระยะเวลานั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้พิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขได้ถูกต้องครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ (Consideration for Government) เช่น การ พิจารณาสัญญากู้เงินว่าจะต้องไม่มีวงเงินกู้ที่สูงเกินความจำเป็นและเป็นจำนวนที่เหมาะสมแก่การ ลงทุนก่อสร้างของโครงการ² รวมทั้ง เงินกู้จะต้องถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเงินลงทุนและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับ โครงการเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพราะเป็น การทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเชื่อมั่นว่าคู่สัญญาเอกชนจะสามารถปฏิบัติตามหน้าที่ตามเงื่อนไขของสัญญาได้ ครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ ซึ่งจะเป็นปัจจัยที่ดีต่อการดำเนินโครงการตามสัญญาให้สำเร็จต่อไป

สำหรับหลักเกณฑ์ที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ การกำหนดให้คู่สัญญาเอกชนวาง หลักประกันของคู่มือแนวทางในประเทศออสเตรเลียที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันแก่คู่สัญญา ฝ่ายรัฐว่าเอกชนจะปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อย่างแพร่หลายในต่างประเทศ เพราะช่วงระหว่างวันที่ลงนามในสัญญาร่วมลงทุนจนถึงวันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงินนั้นอาจมีความ เสี่ยงที่เกิดขึ้น (Risks in going from award to financial close)³ ซึ่งจะก่อให้เกิดความล่าช้าแก่ โครงการในกรณีที่เอกชนไม่สามารถจัดหาแหล่งเงินทุนได้ทันกำหนดระยะเวลา หรือกรณีที่มี จำเป็นต้องแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนให้เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญากู้ยืมเงินโครงการ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจไม่พิจารณากำหนดให้มีการวางหลักประกันดังกล่าวก็ได้ ขึ้นอยู่กับความเหมาะสม ตามลักษณะของโครงการและพฤติการณ์ที่แสดงถึงความเสี่ยงในการปฏิบัติตามเงื่อนไขของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีบทบัญญัติให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมี สิทธิเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาหลักประกันในการปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาได้ ซึ่งในทางธุรกิจ อาจทำได้ 2 รูปแบบดังนี้

1. การวางเงินมัดจำตามมาตรา 377 และ 378 ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานว่า สัญญานั้นได้ทำขึ้นแล้ว และเป็นหลักประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญา โดยต้องส่งมอบมัดจำในวันทำ สัญญา⁴

² World Bank Institute, "Public-Private Partnerships Reference Guide Version 1.0," [Online] Accessed: 20 May 2016]. Available from: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/16055>. February 2012. p. 48

³ Ibid. World Bank Institute. p. 51

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 513/2538 และ 3534/2546

2. การให้หนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารตามมาตรา 680 ซึ่งเป็นกรณีที่ธนาคารเข้าค้ำประกันต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐว่า หากเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ธนาคารจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติผิดสัญญาแทน อย่างไรก็ตาม ธนาคารผู้ค้ำประกันจะมีความรับผิดชอบต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะเป็นลูกหนี้ชั้นที่สองคือ ความรับผิดของธนาคารจะเกิดเมื่อเอกชนผิดสัญญา⁵ และธนาคารผู้ค้ำประกันมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหนี้ไปเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนหรือให้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 688 มาตรา 689 และมาตรา 690 และอยู่ภายใต้ขอบเขตความรับผิดของการค้ำประกัน เช่น ธนาคารจะรับผิดชอบไม่เกินวงเงินหรือระยะเวลาที่ระบุไว้ในหนังสือค้ำประกัน⁶

แม้ว่าการวางมัดจำและการให้หนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารจะมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาเหมือนกัน แต่มีข้อแตกต่างบางประการในเรื่องการบังคับหลักประกันที่เป็นหนังสือค้ำประกันกับมัดจำ คือ ก่อนจะทำการบังคับหลักประกันตามหนังสือค้ำประกันได้นั้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 688 มาตรา 689 และมาตรา 690 ก่อน ซึ่งต่างจากมัดจำซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิริบได้ทันทีเมื่อลูกหนี้ผิดสัญญาตามมาตรา 377 และ 378⁷ อย่างไรก็ตาม หากเป็นหนังสือค้ำประกันของธนาคารชนิดสละข้อต่อสู้ที่เป็นกรณีที่ธนาคารยินยอมเข้าผูกพันตนเพื่อรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมตามมาตรา 681/1 วรรคสอง ประกอบมาตรา 391 หมายความว่า การยินยอมเข้าผูกพันตนเพื่อรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม ผู้ค้ำประกันจะไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 688 มาตรา 689 และมาตรา 690⁸ ดังนั้น เมื่อลูกหนี้ผิดคดีก็เรียกร้องจากธนาคารได้ โดยธนาคารจะไม่เรียกร้องให้เจ้าหนี้ไปเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน หรือให้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน ซึ่งเท่ากับว่าผู้ค้ำประกันยินยอมให้เจ้าหนี้เรียกให้ตนชำระหนี้ได้ทันที กรณีเช่นนี้การบังคับหลักประกันที่เป็นหนังสือค้ำประกันกับมัดจำย่อมมีผลเช่นเดียวกัน¹⁰

⁵ เสาวภา เหล่าพลประทีป, "ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์เป็นผู้ออก" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 49

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคสอง

⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 4246/2549

⁸ มาตรา 681/1 วรรคสอง ที่ออกตามความแห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 บัญญัติไว้ว่า "ความในวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับแก่กรณีผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นนิติบุคคลและยินยอมเข้าผูกพันตนเพื่อรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม ในกรณีเช่นนั้นผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้นย่อมไม่มีสิทธิตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 688 มาตรา 689 และมาตรา 690"

⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 4356/2545

¹⁰ อ้างแล้ว. เสาวภา เหล่าพลประทีป.

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ว่าการกำหนดให้วางหลักประกันเพื่อเป็นประกันในการปฏิบัติตามเงื่อนไขของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นหลักการที่ดีและสามารถกำหนดได้โดยมีฐานทางกฎหมายรองรับ แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีภาระหน้าที่มากมายและเป็นผู้ลงทุนทั้งหมดของโครงการ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับความเสี่ยงของโครงการทั้งหมด ในขณะที่ความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเพียงการก่อสร้างโครงการล่าช้าและผลประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินกิจการทางพาณิชย์ ซึ่งมีลักษณะต่างจากโครงการร่วมลงทุนในสาขาอื่นที่เป็นการให้บริการสาธารณะ เช่น โครงการระบบขนส่งมวลชนที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีส่วนร่วมในการลงทุนและความเสี่ยงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้เอกชนวางหลักประกันเพื่อประกันความเสี่ยงที่เอกชนอาจก่อให้เกิดความเสียหายในช่วงเวลาดังกล่าว เมื่อพิจารณาในเรื่องนี้แล้ว จึงเห็นว่าการวางหลักประกันในระหว่างการปฏิบัติตามเงื่อนไขยังไม่เหมาะสมจะนำมาใช้กับสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ เพราะจะเป็นการสร้างภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะต้องเตรียมเงินหรือค่าใช้จ่ายไว้ตั้งแต่วันที่ทำสัญญา จึงอาจเป็นภาระที่หนักแก่เอกชนเกินสมควร และการไม่กำหนดให้วางหลักประกันดังกล่าวก็ไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียประโยชน์ เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ซึ่งเป็นการปฏิบัติผิดเงื่อนไขของสัญญา ย่อมมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมายได้

สำหรับสิทธิในการเลิกสัญญาของรัฐ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขให้ถูกต้องครบถ้วนย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดสิทธิการเลิกสัญญาในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้¹¹ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ โดยจะตั้งบอกกล่าวเป็นหนังสือพร้อมกำหนดระยะเวลาเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแก้ไขให้ถูกต้อง หากพ้นระยะเวลาที่กำหนดแล้วคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขให้ถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญา และผลภายหลังการเลิกสัญญาจะต้องเป็นไปตามมาตรา 391¹² คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แม้ไม่มีการกำหนดสิทธิการเลิกสัญญาแต่สิทธินั้นสามารถทำได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย แต่ทั้งนี้ การกำหนดสิทธิเลิกสัญญาให้

¹¹ กรณีนี้เป็นการเลิกสัญญาเนื่องจากลูกหนี้ผิดนัด ตามมาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้”

¹² มาตรา 391 บัญญัติไว้ว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะต้องให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่วันที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่

ชัดเจนย่อมเป็นประโยชน์มากกว่าและมีได้เป็นข้อเสียเปรียบแต่อย่างใด ดังนั้น จึงควรกำหนดให้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขให้ถูกต้องครบถ้วน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดระยะเวลาพอสมควร หากพ้นระยะเวลาที่กำหนดแล้วคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ยังไม่แก้ไขหรือปฏิบัติตามเงื่อนไขให้ถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับ สิทธิในการเลิกสัญญาของรัฐของคู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีความเหมาะสมและเป็น ธรรมแก่สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

4.1.2 ข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญา

เนื่องจากบางสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่ทำขึ้นในระหว่างที่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มีผลใช้ บังคับนั้น มีข้อกำหนดให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายเดิมสามารถขอต่ออายุสัญญาตามคำมั่น โดย เอกชนจะต้องยื่นข้อเสนอให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐพิจารณาก่อนสิ้นอายุสัญญานั้น แม้การกำหนดให้มีการต่อ อายุสัญญาจะไม่มีลักษณะในการให้สิทธิเอกชนรายเดิมต่ออายุสัญญาภายหลังจากที่สัญญาเดิมสิ้นสุด ลงทันที แต่ก็มีลักษณะเป็นการให้สิทธิเอกชนรายเดิมก่อนผู้ลงทุนรายใหม่ และถือเป็นการให้คำมั่นไว้ ในสัญญาที่คู่สัญญาต่างจะต้องผูกพันตามคำมั่นที่กำหนดไว้

ในเรื่องการต่ออายุสัญญานั้น แต่เดิม หน่วยงานของรัฐยึดหลักตามมติคณะรัฐมนตรีที่ วางหลักเกณฑ์ห้ามมิให้ทางราชการและรัฐวิสาหกิจให้สิทธิพิเศษแก่ผู้รับสัมปทานเดิมที่ได้รับการ พิจารณาก่อนหรือเป็นผู้ดำเนินงานในส่วนต่อขยายหรือเมื่อพ้นกำหนดเวลาสัญญาสัมปทาน¹³ ต่อมา ได้มีการออกแนวปฏิบัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการขอต่ออายุสัญญาตามคำมั่น ในสัญญานี้สามารถกระทำได้ตามความแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งจะต้องดำเนินการดังนี้¹⁴

1. ภายหลังจากที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน (รายเดิม) ยื่นข้อเสนอขอต่ออายุสัญญา การให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่ต้องดำเนินการออกประกาศเชิญชวนให้ เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการใหม่ แต่จะต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการมาตรา 13 เพื่อทำ หน้าที่ในการพิจารณาและเจรจาเงื่อนไขที่สำคัญและผลประโยชน์ตอบแทนของรัฐในการต่ออายุ สัญญาและร่างสัญญา

2. เมื่อคณะกรรมการมาตรา 13 ได้ผลการคัดเลือกเอกชนแล้ว จะต้องนำผล การคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นเจรจาต่อรอง เรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญา และเอกสาร

¹³ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, "การตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด," วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับพิเศษ (2549), หน้า 144.

¹⁴ กรมบัญชีกลาง, แนวทางปฏิบัติในการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ, หน้า. 16.

ทั้งหมดเพื่อนำเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบตามลำดับ

3. หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจสอบพิจารณาก่อนลงนาม

4. เมื่อลงนามในสัญญาแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องดำเนินการ แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล เพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลและติดตามผลตลอดอายุโครงการ

แนวทางดังกล่าวสอดคล้องกับคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs. ในข้อ 22.2¹⁵ ที่กำหนดว่าหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่ายังมีความจำเป็นที่จะให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายเดิมเป็นผู้ดำเนินงานต่อไป ก็อาจพิจารณาเจรจาต่ออายุสัญญาเมื่อใกล้หมดอายุสัญญาได้ โดยจะต้องนำกลับเข้าสู่ขั้นตอนการจัดตั้งคณะกรรมการตามมาตรา 13 อีกครั้ง

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 48 วรรคหนึ่ง¹⁶ ได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการภายหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดไว้อย่างชัดเจน ที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจัดทำแนวทางการดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจากสัญญา ร่วมลงทุนสิ้นสุดโดยเปรียบเทียบการดำเนินกิจการของรัฐกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐดำเนินการเอง กรณีให้เอกชนร่วมลงทุน และกรณีให้เอกชนรายเดิมร่วมลงทุน เสนอต่อกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างน้อยห้าปีก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดลง โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและความต่อเนื่องการดำเนินกิจการของรัฐ เพื่อเสนอให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเสนอต่อคณะกรรมการ และให้คณะกรรมการพิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป อีกทั้งในข้อ 5 (1) ของประกาศเรื่องข้อกำหนด มาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ยังได้ออกข้อห้ามมิให้มีข้อกำหนดต่อหรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที โดยไม่มีการเจรจาระหว่างคู่สัญญา¹⁷ จึงมีประเด็นว่า เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายดังกล่าวซึ่งมีผลกระทบต่อข้อสัญญาเรื่องการต่ออายุสัญญาและกฎหมายยัง

¹⁵ อ้างแล้ว. คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs. การบริหารจัดการสัญญาดำเนินงาน หัวข้อย่อยเรื่องการหมดอายุสัญญาหรือการยกเลิกสัญญา PPPs หน้า 137 ประกอบกับภาคผนวก ฉ รายละเอียดคำอธิบาย และตัวอย่างข้อกำหนดมาตรฐาน สำหรับสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการโครงการของรัฐโดยเอกชน ร่างข้อกำหนดมาตรฐาน ข้อ 22.2 หน้า 294.

¹⁶ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำแนวทางการดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจากสัญญาร่วมลงทุน สิ้นสุดโดยเปรียบเทียบการดำเนินกิจการของรัฐกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเอง กรณีให้เอกชนร่วมลงทุน และกรณีให้เอกชนราย เดิมร่วมลงทุน เสนอต่อกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างน้อยห้าปีก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดลง โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและความต่อเนื่องใน การดำเนินกิจการของรัฐ เพื่อเสนอให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเสนอต่อคณะกรรมการ และให้คณะกรรมการพิจารณาเสนอ ความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

¹⁷ ข้อ 5 สัญญาร่วมลงทุนต้องไม่มีข้อกำหนดหรือเนื้อหาในลักษณะ ดังต่อไปนี้

- (3) ให้มีการต่อหรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที โดยไม่มีการเจรจาระหว่างคู่สัญญา
- (4)

ไม่มีแนวทางการดำเนินการสำหรับกรณีดังกล่าวไว้ จึงทำให้เกิดความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติแก่คู่สัญญาอย่างมากว่าคู่สัญญาจะยังคงมีสิทธิเจรจาการต่ออายุสัญญาหรือจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนทำสัญญาใหม่ทันทีโดยไม่ต้องมีการเจรจาต่อไป

แม้ว่าพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จะกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางการแก้ไขปัญหาไว้ โดยแยกออกเป็น 2 กรณีดังนี้

(ก) กรณีโครงการที่เกิดขึ้น ณ ขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มีผลใช้บังคับแต่มิได้มีการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว และยังไม่มีการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตามสัญญาหรือยื่นฟ้องต่อศาล ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่ง เพื่อพิจารณากำหนดแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสม ซึ่งรวมถึงการยกเลิก การแก้ไขสัญญาและการให้สัญญามีผลต่อไป และเสนอความเห็นดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาสั่งการ¹⁸

(ข) กรณีโครงการที่เกิดขึ้น ณ ขณะที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีผลใช้บังคับแต่มิได้มีการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวตามที่กำหนดไว้ในขั้นตอนการเสนอโครงการ หรือการดำเนินโครงการ ให้ สคร. แจ้งให้หน่วยงานเจ้าของโครงการชี้แจงข้อเท็จจริงและแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพิจารณา ทั้งนี้ ในการพิจารณาให้ความเห็นนั้นต้องคำนึงถึงความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและผลกระทบต่อประชาชน และในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าควรยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชน ให้เสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี¹⁹

จากการพิจารณาแนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางทั้งสองกรณีเป็นแนวทางการแก้ปัญหาในกรณีที่โครงการที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่กฎหมายแต่ละฉบับมีผลบังคับ แต่โครงการนั้นกลับไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายแต่ละฉบับกำหนด ซึ่งต่างกับ

¹⁸ มาตรา 72 ในกรณีที่ปรากฏว่าโครงการใดต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่มิได้ดำเนินการหรือดำเนินการไม่ถูกต้องหรือครบถ้วนในขั้นตอนใดโดยยังมิได้มีการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตามสัญญาหรือยื่นฟ้องต่อศาลให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงเจ้าสังกัดเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานประมาณ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งเป็นข้าราชการ พนักงานหรือผู้บริหารของหน่วยงานเป็นกรรมการและเลขานุการ เพื่อพิจารณากำหนดแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสม ซึ่งรวมถึงการยกเลิก การแก้ไขสัญญาและการให้สัญญามีผลใช้บังคับต่อไป

¹⁹ มาตรา 60 ในกรณีที่ปรากฏต่อสำนักงานว่า โครงการใดมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในหมวด 4 การเสนอโครงการ หรือหมวด 5 การดำเนินโครงการ ให้สำนักงานแจ้งให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนั้นชี้แจงข้อเท็จจริงและแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาสั่งการ ทั้งนี้ ให้พิจารณาถึงความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและผลกระทบต่อประชาชนด้วยในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้เสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี

ข้อเท็จจริงตามประเด็นปัญหานี้ที่เป็นกรณีที่โครงการเกิดขึ้นในระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มีผลใช้บังคับและได้ปฏิบัติถูกต้องครบถ้วนตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว แนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าวจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กับประเด็นปัญหานี้ได้

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อกฎหมายยังไม่มีแนวทางการดำเนินการสำหรับกรณีดังกล่าว จึงจำเป็นต้องเทียบเคียงกับแนวปฏิบัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เคยวางแนวทางเกี่ยวกับการขอต่ออายุสัญญาตามคำมั่นในสัญญาดังกล่าวมาพิจารณาประกอบกับ มาตรา 48 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการดำเนินกิจการของรัฐและความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาเอกชน ในกรณีที่คู่สัญญาเอกชนประสงค์ขอต่ออายุสัญญา ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจัดตั้งคณะกรรมการมาตรา 34 เพื่อทำหน้าที่พิจารณาข้อเสนอและผลประโยชน์ตอบแทนและเงื่อนไขอื่นๆ และเมื่อคณะกรรมการดังกล่าวเจรจาทำความเข้าใจกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียบร้อยแล้ว จึงต้องดำเนินการตามขั้นตอนการทำสัญญาใหม่ที่กำหนด กำหนด กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องนำเสนอเงื่อนไขและประเด็นที่ได้เจรจาต่อรองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างน้อย 5 ปี ก่อนที่สัญญาสิ้นสุด และเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และให้คณะกรรมการนโยบายฯ พิจารณาและเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบต่อไป

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นปัญหาต่อไปว่า หากเป็นกรณีที่ต่างจากกรณีข้างต้น ซึ่งเป็นกรณีที่โครงการทำขึ้น ณ ขณะที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีผลใช้บังคับ แต่กลับมีข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญาโดยที่ขั้นตอนการจัดทำสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนการดำเนินโครงการ จึงถือว่าเป็นโครงการที่ได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอนการดำเนินการโครงการที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางการแก้ไขปัญหาไว้ โดยกำหนดให้สคร. จะต้องแจ้งให้หน่วยงานเจ้าของโครงการชี้แจงข้อเท็จจริงและแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพิจารณา โดยการพิจารณาให้ความเห็นนั้นต้องคำนึงถึงความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและผลกระทบต่อประชาชน และในกรณีที่คณะกรรมการนโยบายฯ เห็นว่าควรยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชน ให้เสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี²⁰

การที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางดังที่กล่าวไว้ข้างต้นซึ่งมีความสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองที่เคยวางหลักไว้ว่า

²⁰ มาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

โครงการใดมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนย่อมไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาตามกฎหมาย ทว่าสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่ทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาทางปกครองจึงยังคงมีผลอยู่ตรงเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือเหตุอื่น ทั้งนี้ ในการเพิกถอนสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจของ คณะรัฐมนตรีที่จะพิจารณาเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนสัญญานั้น โดยจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐ และความต่อเนื่องในการดำเนินกิจการของรัฐ^{21,22,23,24} แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หาก คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นควรให้ทำการยกเลิกสัญญาดังกล่าวจริง ย่อมที่จะส่งผลกระทบต่อ ภาคเศรษฐกิจและการลงทุนของประเทศอย่างมาก และอาจไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้นำ เงินมาลงทุนแก่โครงการจำนวนหลายพันล้านบาท ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลปกครองเคยตัดสินไว้ว่าในกรณี ที่ การกำหนดเงื่อนไขบางข้อของสัญญาร่วมลงทุนที่มีเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญอันมีผลกระทบต่อสิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญาโดยมิได้เป็นตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดจึงไม่ผูกพันคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่ ไม่ได้หมายความว่าสัญญาทั้งหมดเป็นโมฆะกรรม เป็นแต่เพียงข้อสัญญาดังกล่าวไม่มีผลผูกพัน โดย คู่สัญญายังคงต้องผูกพันตามเงื่อนไขในสัญญาข้ออื่นๆ ที่ได้ผ่านการปฏิบัติตามขั้นตอนดำเนินการตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดย ถูกต้องแล้ว²⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับคำตัดสินของศาลปกครองจึงเห็นว่า ในกรณีที่สัญญา มี ข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คณะรัฐมนตรีอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาตัด เฉพาะข้อสัญญาข้อนั้นออกโดยการแก้ไขสัญญาและให้คู่สัญญาผูกพันตามสัญญาต่อไป ก็จะทำให้เกิด ความชัดเจนและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา

²¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึก เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่างบริษัททีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) เรื่องเสร็จที่ 291/2550

²² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึก เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ระหว่างบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) กับบริษัทโทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) เรื่องเสร็จที่ 292/2550

²³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึก เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ระหว่างบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) กับบริษัท ทรู มูฟ จำกัด เรื่องเสร็จที่ 291/2550

²⁴ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ที่ อ 349/2549 คดีโครงการจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ (สถานีโทรทัศน์ไอทีวี)

²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 774/2550 คดีนี้ได้ตัดสินโดยอาศัยมูลแห่งสัญญาเดียวกับสัญญาที่อ้างในคำพิพากษาของศาล ปกครองสูงสุด ที่ อ 349/2549 โดยหน่วยงานรัฐได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองอีกครั้ง แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีคำขอให้ศาลปกครอง จำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ โดยอาศัยข้อ 15 ของสัญญาดังกล่าว ซึ่งศาลได้มีคำสั่งให้ดำเนินการตามที่ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนร้องขอ จึงแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงหรือข้อสัญญาอื่นๆ นอกจากข้อสัญญาที่มีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ไว้ ยังมีผลสมบูรณ์ผูกพันบังคับกันได้

4.2 วิเคราะห์ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด

เนื่องจากข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามที่บัญญัติในมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประกอบกับประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเหตุใดถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นใดที่เป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด และการดำเนินการภายหลังที่เกิดเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด การกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐจึงอาศัยหลักอิสระในทางแพ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ จากการศึกษาเนื้อหาของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ที่มักจะมีการกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดในลักษณะที่เป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของฝ่ายรัฐเป็นสำคัญ อันแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การกำหนดว่าเหตุสุดวิสัยไม่ถือเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลุดพ้นจากการชำระค่าตอบแทนใดตามสัญญาให้แก่รัฐแต่อย่างใด อันเป็นข้อสัญญาที่ยกเว้นผลของกฎหมาย แม้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ เพราะเหตุสุดวิสัยมิใช่ข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงทำให้ข้อตกลงเช่นนี้จึงไม่เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 151 แต่ทว่า ในมุมมองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน มองว่าโครงการพัฒนาที่ดินเป็นโครงการที่มีมูลค่าสูงในทางเศรษฐกิจ โดยเอกชนเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างและพัฒนาที่ดินของรัฐด้วยค่าใช้จ่ายของเอกชนทั้งหมด และยกกรรมสิทธิ์ในบรรดาสิ่งปลูกสร้างและทรัพย์สินต่างๆ ที่ใช้ในการดำเนินโครงการให้แก่รัฐ ซึ่งรัฐไม่จำเป็นต้องจ่ายเงินค่าจ้างในการดำเนินโครงการให้แก่เอกชน อีกทั้ง เอกชนจะต้องจ่ายค่าตอบแทนรายได้ให้แก่รัฐตลอดอายุสัญญา ซึ่งจะต้องค่าตอบแทนในรูปแบบต่างๆ ทั้งค่าได้สิทธิ (UP FRONT) ค่าตอบแทนรายปี (Fix Rent Amount) และค่าส่วนแบ่งรายได้ (Revenue Sharing) หรือส่วนแบ่งกำไร (Profit Sharing) อีกด้วย ซึ่งหากมีเหตุสุดวิสัยก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการในช่วงแรกๆของการเริ่มบริหารโครงการ โดยเอกชนไม่สามารถจัดการแก้ไขได้ทันที และในระหว่างนั้นเอกชนไม่อาจหารายได้จากการประกอบธุรกิจ นอกจากเอกชนจะต้องแบกรับภาระหนี้สินทั้งหมดของโครงการและจะต้องดำเนินการซ่อมแซมทรัพย์สินโครงการให้กลับคืนมาดังเดิมแล้ว ยังจะต้องมีหน้าที่ชำระค่าตอบแทนทั้งหมดตามสัญญาให้แก่รัฐ ย่อมอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

อีกทั้ง ในบางสัญญามีการกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งเป็นเหตุที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือการปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยตรง เมื่อเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นจริงและก่อให้เกิดผล

เสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากเอกชนคู่สัญญาไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือได้รับการเยียวยาจากการกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป เพราะจะกลายเป็นว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงของโครงการด้วยตนเองทั้งหมด รวมทั้งในส่วนที่เป็นความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐอีกด้วย ซึ่งอาจนำไปสู่การปฏิบัติผิดสัญญาและเลิกสัญญาในที่สุด

ทั้งนี้ หากสัญญาร่วมลงทุนไม่มีการกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัยไว้เป็นการเฉพาะ การตีความจึงต้องอาศัยบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁶ ซึ่งหากมีการตีความคำว่าเหตุสุดวิสัยในสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ จะทำให้เกิดปัญหาหากมีข้อพิพาทในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ซึ่งมีผลทำให้ลูกหนี้ต้องรับภาระในการปฏิบัติชำระหนี้มากกว่าที่คาดหมายในขณะที่ทำสัญญาเป็นอย่างมาก โดยมีใช้ความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น การเกิดวิกฤติเศรษฐกิจฉับพลันหรือการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างมาก หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังจะต้องปฏิบัติตามสัญญาตามข้อตกลงเดิมอีกต่อไป จะควรมีแนวทางในการดำเนินการอย่างไร ซึ่งหากเกิดความล่าช้าในการพิจารณาว่าเข้าลักษณะของเหตุสุดวิสัย หรือเหตุยกเว้นรับผิดชอบตามกฎหมายหรือไม่ และไม่สามารถหาข้อยุติได้จนต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล จนทำให้ไม่สามารถหาวิธีการแก้ไขและเยียวยาเหตุดังกล่าวได้ทันทั่วทั้งที่ย่อมส่งผลกระทบต่อการค้าเงินโครงการต่อไปอันทำให้โครงการล้มเหลวในที่สุด

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดชอบในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐโดยอาศัยหลักอิสระในทางแพ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นยังก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและไม่สอดคล้องกับหลักการของการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างคู่สัญญาที่เหมาะสม จึงควรศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ชัดเจน และแนวทางในการดำเนินการที่เหมาะสมและเป็นธรรมสำหรับโครงการให้เอกชนร่วมลงทุนพัฒนาที่ดินของรัฐ

จากการศึกษาคู่มีแนวทางดำเนินการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs และ National PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย รวมถึง Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ มีการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางในการดำเนินการเมื่อเกิดเหตุการณ์ใดๆที่เป็นเหตุขัดขวางการปฏิบัติการชำระ

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 8 บัญญัติไว้ว่า “เหตุสุดวิสัย หมายความว่า เหตุใดๆอันจะเกิดขึ้นก็ตี จะให้ผลพิบัติก็ตี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น”

หนี้ตามสัญญาของคู่สัญญา (Supervening Event) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบเหมือนกัน โดยแบ่งออกเป็น 3 เหตุ ซึ่งสามารถสรุปหลักเกณฑ์และการดำเนินการในแต่ละเหตุได้ ดังนี้

4.2.1 เหตุสุดวิสัย

4.2.1.1 หลักเกณฑ์ของเหตุสุดวิสัย

จากการพิจารณาคำนิยามของเหตุสุดวิสัยตามคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs ได้ให้ความหมายว่า²⁷ “เหตุสุดวิสัย หมายถึงเหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะเป็นผลพิบัติเป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้น จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น และเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นโดยต่อเนื่องและคงอยู่นานกว่า [12] เดือนซึ่งเป็นผลโดยตรงทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้” ดังนั้น เหตุสุดวิสัยย่อมหมายถึงเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาโดยสิ้นเชิง และเมื่อเกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อโครงการทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาได้ ซึ่งหากเกิดต่อเนื่องกันเป็นเวลานานแล้วคู่สัญญาอาจมีสิทธิเลิกสัญญาได้ โดยมีตัวอย่างเหตุสุดวิสัย เช่น อัคคีภัย อุทกภัย วัตภัย สงคราม การจลาจล การก่อการร้ายที่มีใช้โจรภัย (act of terrorism) เป็นต้น

เช่นเดียวกับ Section 20 ของประเทศออสเตรเลียที่วางหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัยซึ่งเป็นเหตุที่ยกเว้นความรับผิดชอบ โดยเหตุดังกล่าวต้องเป็นเหตุที่อยู่เหนือความควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและไม่มีฝ่ายใดที่อาจจะอยู่ในฐานะที่สามารถบริหารจัดการที่ดีได้ โดยให้นิยามเหตุสุดวิสัยไว้ดังนี้

การกำหนดนิยามคำว่าเหตุสุดวิสัย หมายความว่า

- (1) พายุ แผ่นดินไหว ภัยพิบัติธรรมชาติ ดินถล่ม สึนามิ และโคลนถล่ม
 - (2) การจลาจล การปฏิวัติ การก่อการร้าย การก่อกบฏ การแย่งชิงอำนาจทางการทหาร การก่อวินาศกรรม การกระทำของอาชญากรที่เป็นภัยต่อสาธารณชน และสงคราม ไม่ว่าจะประกาศหรือไม่
 - (3) การก่อรังสีชนิดไอออน การเปื้อนสารกัมมันตรังสี พลังงานนิวเคลียร์ การปนเปื้อนจากเชื้อจุลินทรีย์และทางเคมี เว้นแต่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือผู้รับเหมาช่วง
 - (4) ไฟไหม้ น้ำท่วม ระเบิด อันเกิดจากเหตุที่ระบุไว้ในข้อ (1) และ (2)
- ข้างต้น

²⁷ อ้างแล้ว. คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs. หัวข้อนิยามและคำจำกัดความ (Definitions). หน้า 247

สำหรับ Section 15.4.1.1 ของ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษกำหนดว่าเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือความควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะที่จะสามารถบริหารจัดการได้ดีกว่ากัน กล่าวคือ ไม่ว่าฝ่ายใดก็ตามต่างก็ไม่สามารถป้องกันการเกิดเหตุหรือป้องกันผลกระทบจากเหตุสุดวิสัยได้ดีกว่ากัน โดยให้นิยามคำว่าเหตุสุดวิสัยไว้ดังนี้

“เหตุสุดวิสัย หมายถึง เหตุที่เกิดขึ้นภายหลังจากวันที่ทำสัญญา

(1) สงคราม การก่อกบฏ การแย่งชิงอำนาจทางการทหารหรือการก่อการร้าย

(2) พลังงานนิวเคลียร์ การปนเปื้อนจากเชื้อจุลินทรีย์และทางเคมี เว้นแต่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือผู้รับเหมาช่วง

(3) คลื่นความเร็วเหนือเสียง ซึ่งเป็นเหตุที่ส่งผลโดยตรงต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญ

นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งคือ การคงอยู่และผลกระทบของเหตุสุดวิสัยจะต้องมีระยะเวลายาวนานพอสมควร โดยคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs ได้กำหนดไว้โดยประมาณ 12 เดือน ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แต่หากเกิดต่อเนื่องกันเป็นเวลานานมากเกินสมควรแล้วคู่สัญญาอาจมีสิทธิเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัยก็ได้ ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ ใน Section 15.4.1.3 เหตุสุดวิสัยเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญา จะนำมาปรับใช้เท่าที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือฝ่ายรัฐไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจจะตกลงกันเพื่อหาวิธีในการดำเนินโครงการต่อไปภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยมีระยะเวลาประมาณ 6 เดือน

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายของไทยที่มีการนำเหตุสุดวิสัยตามมาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตีความโดยทั่วไป ซึ่งแต่เดิม ก่อนมีการบัญญัติประมวลกฎหมาย สมัยกฎหมายตราสามดวง มีการกล่าวถึงเหตุอันเป็นภัยพิบัติไว้ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 74 ซึ่งระบุถึงภัยพิบัติต่างๆ อันเกิดจากพายุ โจรสลัด สงคราม ฟ้าผ่า ไฟไหม้ น้ำท่วม รวมเรียกว่าภัย 4 ประการ คือ ราชภัย โจรภัย อัคคีภัย และอุทกภัย และในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ความหมายของคำว่า เหตุสุดวิสัย โดยบัญญัติไว้ใน บรรพ 1 หลักทั่วไป มาตรา 8 ว่า “เหตุสุดวิสัยหมายความว่าเหตุใดๆอันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น” ซึ่งคำว่าเหตุสุดวิสัยนี้เป็นแนวความคิดที่มาจาก Force Majeure ของ

กฎหมายฝรั่งเศส²⁸ โดยพฤติการณ์ที่เข้าลักษณะเป็น Force Majeure ต้องมีลักษณะทั้ง 3 ประการ ดังนี้²⁹

1. เป็นพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดคิดได้ (unforeseeable) เพราะถ้าเป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าแล้ว ลูกหนี้สามารถใช้ความระมัดระวังเพื่อหลีกเลี่ยงพฤติการณ์นั้นได้ หรือลูกหนี้อาจเลี่ยงโดยไม่ทำสัญญาตั้งแต่แรก และ

2. เป็นพฤติการณ์ที่มีลักษณะไม่อาจหลีกเลี่ยงป้องกัน (irresistible) กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับว่ามีสภาพการณ์บางอย่างที่อยู่นอกเหนือความสามารถของมนุษย์ที่จะบังคับป้องกัน หรืออีกนัยหนึ่งคือความเป็นไปไม่ได้ที่จะป้องกันไม่ให้เกิดพฤติการณ์นั้นขึ้น ความเป็นไปไม่ได้ที่จะกระทำการชำระหนี้จะต้องมีลักษณะที่เด็ดขาด ซึ่งจะมีความแตกต่างจากความยากลำบากที่จะชำระหนี้ และ

3. เป็นพฤติการณ์ที่อยู่นอกขอบเขตที่ลูกหนี้ที่จะตอบโต้ได้ (exteriorite') และไม่สามารถเอาชนะได้ (insurmountable) เพราะถ้าเป็นความบกพร่องที่เกิดขึ้นจากวัตถุหรือบุคคลที่อยู่ในกิจการของลูกหนี้แล้ว แม้จะเป็นกรณีที่ป้องกันและคาดเห็นไม่ได้ก็ตามลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบตามมาตรา 220

“เหตุสุดวิสัย” มีลักษณะเป็นเหตุที่ไม่มีใครอาจป้องกันได้ และเป็นพฤติการณ์ที่มีผลทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย อันมิได้เนื่องมาจากความผิดของลูกหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้ ดังหลักที่ว่า (impossibility of performance) เหตุสุดวิสัยจึงถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิด ตามมาตรา 8 ประกอบกับมาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³⁰ ซึ่งมีแนวความคิดของคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิจารณาถึงความสามารถในการป้องกันเหตุสุดวิสัยเป็นสำคัญ โดยคำว่า “ป้องกัน” ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงแต่เพียงการป้องกันมิให้เหตุเกิดขึ้นเท่านั้น ยังหมายรวมถึงการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายได้หรือไม่ด้วย เช่น ฝนตกหนักผิดปกติ แม้จะเกิดน้ำท่วม คนอื่นขนของหนีทัน แต่ตนเองไม่ขนไม่เป็นเหตุสุดวิสัย³¹ สัญญาจ้างรับเหมาก่อสร้างฝายน้ำล้น ผู้รับจ้างต้องทราบดีว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการเกี่ยวกับน้ำที่ไหลมาจำนวนมากผิดปกติ ซึ่งก่อนทำสัญญารับเหมาก่อสร้าง ผู้รับจ้างก็น่าจะตรวจสอบสภาพธรรมชาติของน้ำให้ได้ข้อมูลที่แน่นอนเสียก่อนลงมือก่อสร้าง เหตุ

²⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะหนี้ (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2556), หน้า. 112 – 117.

²⁹ จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า. 31.

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 2 มาตรา 219 บัญญัติว่า ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้

³¹ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2544), หน้า. 145.

อุทกภัยดังกล่าวไม่เป็นเหตุสุดวิสัย³² ภาวะขาดแคลน ปูนซีเมนต์ และเกิดจลาจลในกรุงเทพมหานคร ไม่ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่ทำให้จำเลยพินิจ³³ วิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจทำให้ธนาคารไม่ให้การสนับสนุนเงินเพื่อดำเนินการตามโครงการ แต่การที่ผู้จัดสรรที่ดินพร้อมทั้งได้ประกาศขายที่ดินแปลงย่อยพร้อมบ้านพักอาศัยแก่ประชาชนทั่วไป โดยที่มีได้เตรียมเงินลงทุนไว้ให้พร้อมเสียก่อนเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับเงินลงทุนโดยสถาบันการเงินระงับการให้กู้ในระหว่างนั้น เป็นเหตุให้การดำเนินการปลูกสร้างบ้านพักอาศัยหยุดชะงักลง จึงเป็นความผิดของจำเลยที่ไม่เตรียมการป้องกันไว้ก่อนทั้งๆ ที่สามารถกระทำได้ จึงถือไม่ได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัยอัน³⁴ ดังนั้น ลูกหนี้จะอ้างวิกฤติเศรษฐกิจของประเทศมาปลดเปลื้องเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ไม่ได้³⁵

แม้ว่าเหตุสุดวิสัยมีความคล้ายคลึงกับแนวความคิดเรื่อง “การกระทำของพระเจ้า” (Act of God) ตามกฎหมายอังกฤษ ที่หมายถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยมนุษย์ไม่ได้เกี่ยวข้องด้วย เป็นเหตุการณ์ธรรมชาติ เช่น พายุ น้ำท่วม แผ่นดินไหว ไฟป่า เป็นต้น และต่างก็เป็นเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้และไม่อาจป้องกันได้ เพียงแต่ว่าการกระทำของพระเจ้าจำกัดเฉพาะเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทางธรรมชาติเท่านั้น³⁶ ในขณะที่เหตุสุดวิสัยอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลอื่นหรืออุบัติเหตุด้วย³⁷ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในการตีความเหตุสุดวิสัยที่เกิดจากการกระทำของคน เช่น ความขัดแย้งทางทหาร (arm conflict) การทำสงคราม (war) สงครามกลางเมือง (civil war) ระเบิดนิวเคลียร์³⁸ โจรขโมยหม้อแปลงไฟฟ้าที่เช่า ซึ่งหม้อแปลงอยู่ห่างจากบ้านเข้าไปประมาณ 400 กว่าเมตรและอยู่สูงยากที่คนร้ายจะลัก ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัย³⁹ และเหตุสุดวิสัยที่เกิดจากอุบัติเหตุ เช่น การที่ผู้ตายวิ่งตัดหน้ารถยนต์ที่จำเลยขับในระยะกระชั้นชิด จำเลยไม่อาจหยุดรถได้ทัน เป็นเหตุสุดวิสัย⁴⁰ จำเลยขับรถยนต์หลบรถของผู้คนที่ขับสวนลำเส้นทางมาในระยะกระชั้นชิด จึง

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5284/2540

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5682/2541

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 842 - 844/2553 นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาอื่นที่ตัดสินว่าภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ ไม่เป็นเหตุสุดวิสัย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5564/2551 แม้จะเกิดภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจและนโยบายการแก้ปัญหาของรัฐบาลจะมีผลกระทบต่อประกอบธุรกิจทั่วไป รวมทั้งของจำเลยด้วยก็ตาม แต่ก็มีใช้ภาวะที่จำเลยไม่อาจคาดการณ์ได้ หรือไม่อาจแก้ไขได้ ดังนั้น การที่จำเลยปลูกสร้างบ้านไม่เสร็จจึงไม่อาจฟังได้ว่าเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย จำเลยจึงเป็นผู้ผิดสัญญา ผู้บริโภคชอบที่จะบอกเลิกสัญญาได้

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1678/2546 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3506/2546

³⁶ Nicolas, French Law of Contract, p 197 ใน โสภณ รัตนกร.

³⁷ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า. 259.

³⁸ ศศิวิมล ช่วยดำรง, "การวิจัยเพื่อพัฒนาสังคมไทย ประเทศไทยกับหลักความรับผิดชอบทางแพ่งต่อความเสียหายทางนิวเคลียร์," ใน บทความวิจัยเสนอในการประชุมมหาดไทยวิชาการ (2556), หน้า. 267. วันที่ 10 พฤษภาคม 2556.

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 119/2522

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2015/2520

บังคับรถไม่ได้ไปชนรถโจทก์ เป็นเหตุสุดวิสัย⁴¹ เป็นต้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า เหตุสุดวิสัยอาจเป็นเหตุที่เกิดจากภัยธรรมชาติ (Act of God) หรือเกิดจากการกระทำของคน หรืออุบัติเหตุ ซึ่งคู่สัญญาจะยกเหตุสุดวิสัยขึ้นกล่าวอ้างได้เพื่อยกเว้นความรับผิดได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะต้องไม่ทราบ หรือไม่อาจคาดหมายได้ถึงเหตุเช่นนั้น และไม่สามารถหลีกเลี่ยงป้องกันได้แม้จะใช้ความระมัดระวังและความพยายามที่จะตรวจสอบอย่างรอบคอบสม่ำเสมอ รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดภัยหรือผลกระทบอันเกิดจากภัยเช่นนั้นด้วย

จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุสุดวิสัยตามคู่มือแนวทางมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของไทย โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. จะต้องเป็นเหตุการณ์นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยสิ้นเชิง ไม่ว่าจะเกิดจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ (Act of God, Natural Disasters and epidemic) หรือเหตุการณ์ที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองอย่างรุนแรง เช่น สงคราม การจลาจล และภัยก่อการร้าย เป็นต้น เพราะหากเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาสามารถควบคุมหรือคาดหมายได้ในทางธุรกิจ ย่อมป้องกันเหตุดังกล่าวได้ล่วงหน้าและลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้

2. จะต้องเป็นเหตุที่เป็นอุปสรรคหรือขัดขวางต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอย่างร้ายแรง

3. การคงอยู่และระยะเวลาที่เกิดผลกระทบของเหตุสุดวิสัยมีระยะเวลาพอสมควร โดยในช่วงระยะเวลาที่ได้รับผลกระทบคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลุดพ้นจากหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งในประเด็นนี้มีข้อที่น่าพิจารณาต่อไปว่า เนื่องจากเหตุสุดวิสัยบางเหตุการณ์เกิดขึ้นในระยะเวลาสั้น แต่สร้างผลกระทบในระยะยาว เช่น การเกิดเหตุระเบิดทำให้อาคารเสียหาย จำเป็นจะต้องซ่อมแซมอาคารให้กลับคืนดังเดิม ซึ่งระยะเวลาที่ใช้ในการซ่อมแซมจะสั้นหรือจะยาวนานไม่อาจกำหนดได้ตายตัว แต่จะต้องพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ เช่น สภาพของความเสียหาย และระยะเวลาในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกันภัย ซึ่งคู่สัญญาเอกชนควรมีโอกาสพิสูจน์โดยการแสดงหลักฐานตามที่ตนได้รับผลกระทบ ดังนั้น คู่สัญญาไม่ควรกำหนดระยะเวลาในลักษณะที่กระชั้นเกินไป เพราะอาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ผู้เขียนเห็นว่าหากนำหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุสุดวิสัยดังกล่าวมาปรับใช้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการร่างสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดิน เพราะจะสร้างความชัดเจนในการกำหนดเหตุสุดวิสัย นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่า ควรพิจารณานำหลักเกณฑ์ของประเทศออสเตรเลียที่กำหนดข้อยกเว้นของการยกเว้นความรับผิดเนื่องจากเหตุสุดวิสัย ในกรณีที่เหตุสุดวิสัย

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 326/2522

เกิดจากการกระทำของผู้รับเหมาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เนื่องจากผู้รับเหมาเป็นคู่สัญญากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาจ้างก่อสร้างโครงการ แม้จะเป็นบุคคลอื่นที่มีใช้คู่สัญญาตามสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดิน แต่ผู้รับเหมาอาจเป็นผู้ก่อให้เกิดเหตุสุดวิสัยและเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสี่ยงในระหว่างการก่อสร้าง ซึ่งจะมีผลทำให้การก่อสร้างล่าช้าหรือไม่เป็นไปตามเป้าหมายได้ แม้ว่าการกระทำของผู้รับเหมาอันเป็นต้นเหตุให้เกิดเหตุสุดวิสัยอยู่นอกเหนือความควบคุมและเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดเห็นได้ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ตาม แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในฐานะที่เป็นผู้คัดเลือกผู้รับเหมาก่อสร้าง เอกชนย่อมป้องกันได้ด้วยการคัดเลือกผู้รับเหมาที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์ ในการก่อสร้างโครงการ หากเหตุสุดวิสัยเกิดจากการที่เอกชนคัดเลือกผู้รับเหมาที่ไม่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญ ทำการก่อสร้าง ก็ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีส่วนผิดอยู่เหมือนกัน ดังนั้น การกำหนดในลักษณะเช่นนี้จะช่วยสร้างความมั่นใจแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะคัดเลือกผู้รับเหมาที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เพื่อทำให้โครงการก่อสร้างสำเร็จ ลุล่วงไปอย่างมีประสิทธิภาพ

4.2.1.2 การดำเนินการกรณีเหตุสุดวิสัย

โดยส่วนใหญ่ มักจะมีการกำหนดในลักษณะที่ว่าเมื่อเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาจะได้รับยกเว้นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือการปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้า แต่ทว่ามิได้กำหนดรายละเอียดสำคัญที่คู่สัญญาจะใช้เป็นแนวทางในดำเนินการอย่างไรเพื่อให้โครงการกลับคืนมาดังเดิมให้เร็วที่สุดและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาที่ได้รับผลกระทบ ซึ่งจากการศึกษาคู่่มือแนวทางจะกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการในกรณีเหตุสุดวิสัยโดยเฉพาะ ดังนี้

ก. การยกเว้นความรับผิดและไม่ชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

จากการศึกษา ข้อ 16.4.2 ของคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs ที่กำหนดว่า ในระหว่างการหารือร่วมกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชนก่อนการเลิกสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใดๆ จากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

เมื่อเปรียบเทียบกับ Section 15.4.1.4 ของ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษที่ว่าเหตุสุดวิสัยไม่เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ช่วยรับภาระในบรรดาหนี้สินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับ PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure กฎหมายของออสเตรเลีย Section 20.2.6 เรื่อง No financial relief ที่กำหนดคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีหน้าที่ในการจัดให้มีการชดเชยทางการเงินในระหว่างที่หนี้ระงับ

จากการพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เมื่อเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา และไม่สามารถป้องกันผลกระทบที่เกิดขึ้น

ได้ ถือว่าเป็นเหตุที่ไม่อาจถือเอาโทษแก่กันได้เพราะไม่ได้เกิดจากความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบย่อมได้รับยกเว้นความรับผิดอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัยที่ทำให้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย⁴² และคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนตามมาตรา 372⁴³

อย่างไรก็ดี คู่สัญญาอาจตกลงว่าจะต้องชำระหนี้ตอบแทน แม้กรณีการชำระหนี้ของอีกฝ่ายตกเป็นพ้นวิสัยก็ได้ ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ตามหลักหลักอิสระในทางแพ่ง กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถกำหนดข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ อย่างไรก็ตามคู่สัญญาที่ผิดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เหตุสุดวิสัยมิใช่ข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 151⁴⁴ เช่น ผู้เช่าซื้อทำสัญญาขายอมชำระค่าเช่าซื้อจนครบ แม้ทรัพย์สินที่เช่าซื้อจะถูกทำลายหรือสูญหายไปโดยเหตุสุดวิสัยก็ได้⁴⁵

แม้ว่ากฎหมายจะยอมให้คู่สัญญาอาจตกลงให้ยอมรับผิดตลอดถึงเหตุสุดวิสัยได้ก็ตามอันเป็นการกำหนดยกเว้นหลักกฎหมายเรื่องเหตุสุดวิสัยโดยอาศัยกลไกของสัญญา แต่ด้วยลักษณะของเหตุสุดวิสัยที่เป็นเหตุที่ไม่มีใครอาจป้องกันได้และเป็นเหตุที่มีได้เกิดขึ้นโดยมิใช่ความผิดของลูกหนี้ และลักษณะของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกัน กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องให้สิทธิเอกชนหาประโยชน์จากทรัพย์สินโครงการได้ตลอดอายุสัญญา และคู่สัญญาเอกชนจะต้องก่อสร้างและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินรวมทั้งต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ การที่ข้อสัญญาร่วมลงทุนกำหนดให้คู่สัญญาเอกชนจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยอาจไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากประเทศไทยพิจารณาแนวทางการดำเนินการในกรณีเหตุสุดวิสัยของคู่มือแนวทางของประเทศไทย และ PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure ของออสเตรเลียมาใช้จะเป็นเหมาะสมและเป็นธรรมต่อการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดิน โดยกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการ ย่อมเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เช่น เกิดเหตุระเบิด

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 2 มาตรา 219 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้

⁴³ มาตรา 372 วรรคหนึ่ง นอกจากกรณีทีกล่าวไว้ในสองมาตราก่อน ถ้าการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ไม่มีสิทธิจะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่

⁴⁴ อ้างแล้ว, โสภณ รัตนกร. หน้า 123

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 575/2518 และ 366/2521 , คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 839/2492 , 514/2507 , 979/2517 (ประชุมใหญ่) ,796/2521 , 1107/2525

จากการชุมนุมทางการเมือง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อาคารโครงการ เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้ประโยชน์ในอาคารได้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐย่อมไม่มีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระค่าตอบแทนจากการใช้ประโยชน์ตามสัญญา ในขณะที่เดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมไม่มีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจัดหาทรัพย์สินอื่นเพื่อทดแทนและไม่มีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวเช่นกัน ทั้งนี้ การได้รับยกเว้นความรับผิดยังมีผลขยายไปยังความรับผิดในมูลหนี้รองต่างๆ เช่น ดอกเบี้ยและค่าปรับ ทั้งนี้ การหลุดพ้นจากการชำระหนี้จะมีผลตราบเท่าที่ตนได้รับความเสียหายจากเหตุสุดวิสัย ซึ่งข้อกำหนดเช่นนี้จะสร้างความมั่นใจว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ถูกเอาเปรียบจากรัฐ

นอกจากนี้ ยังเห็นว่า ควรกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีหน้าที่ในการจัดให้มีการชดเชยทางการเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในระหว่างที่ได้รับผลกระทบจากเหตุสุดวิสัย เพราะการกำหนดในลักษณะดังกล่าวของคู่มือแนวทางมีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายของไทยและมีความสมเหตุสมผล ซึ่งเหมาะสมจะนำมาใช้กับสัญญาร่วมลงทุนการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ว่าเหตุสุดวิสัยจะไม่เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดเชยทางการเงินจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามผลในทางกฎหมาย ซึ่งอีกทางหนึ่งที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำประกันภัยไว้ เช่น การประกันภัยความรับผิดของผู้รับเหมาในระหว่างก่อสร้าง การประกันภัยความเสียหายต่อทรัพย์สินของโครงการหรือการประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก เป็นต้น จึงสามารถนำเงินค่าสินไหมทดแทนได้เรียกร้องจากสัญญาประกันภัยต่างๆมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ แต่ทว่าบางประเทศกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจจัดให้มีการชดเชยด้วยวิธีอื่นก็ได้ ดังเช่น ในคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาขยายระยะเวลาของสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน (Section 15.4.2.1) อันเนื่องมาจากแนวคิดที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องร่วมรับความเสี่ยงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สำหรับประเทศไทย ในทางปฏิบัติมักจะนำแนวทางของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในการดำเนินการในกรณีที่มีการก่อสร้างล่าช้าอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย โดยกำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2552 ข้อ 139⁴⁶ ซึ่งกรณี

⁴⁶ ข้อ 139 การงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาได้ตามจำนวนวันที่มีเหตุเกิดขึ้นจริงเฉพาะกรณี ดังต่อไปนี้

- (1) เหตุเกิดจากความผิด หรือความบกพร่องของส่วนราชการ
- (2) เหตุสุดวิสัย
- (3) เหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย

เช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องเสียค่าปรับ และจะได้รับการขยายระยะเวลาแล้วเสร็จของงานก่อสร้างออกไป แต่ประเด็นที่เป็นปัญหาคือ ควรจะต้องขยายระยะเวลาการหาประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยหรือไม่ เพราะเอกชนย่อมได้รับความเสียหายคือ มีระยะเวลาหาประโยชน์ในโครงการน้อยลง ในประเด็นนี้ สำหรับประเทศไทยยังมีมุมมองที่ต่างกัน โดยสำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งเป็นหน่วยงานที่พิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนตามกฎหมายนั้นเคยพิจารณาแล้วว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ควรขยายระยะเวลาให้บริการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะมองว่าเหตุสุดวิสัยไม่เป็นความผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงไม่เหมาะที่รัฐจะต้องไปร่วมรับความเสี่ยงกับเอกชน⁴⁷ ในขณะที่ภาคเอกชนที่ประสงค์จะลงทุนกับรัฐมองว่า เมื่อเหตุสุดวิสัยมิได้เป็นความผิดของใคร และการแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากเหตุสุดวิสัยนั้นอาจจะต้องใช้เวลานานสักระยะหนึ่ง ซึ่งการที่ระยะเวลาการใช้ประโยชน์ของโครงการลดน้อยลงไปในนั้นย่อมเกิดความเสี่ยงต่อการลงทุนโครงการซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจนำความเสี่ยงไปไว้ในต้นทุนโครงการทำให้ต้นทุนสูงจนกระทบต่อค่าบริการสาธารณะ จึงน่าจะมีการบริหารความเสี่ยงได้โดยให้มีการขยายระยะเวลา ผู้เขียนเห็นว่า การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่ดินนั้นจะต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ดังเช่นประเทศอังกฤษที่ยอมรับให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐร่วมรับความเสี่ยงในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยเพื่อป้องกันมิให้ต้นทุนของโครงการสูงมากเกินไป ดังนั้น จึงควรกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาขยายระยะเวลาก่อสร้างหรือระยะเวลาการหาประโยชน์ (แล้วแต่กรณี) เท่าที่ได้รับผลกระทบจากเหตุสุดวิสัยตามความเป็นจริง ซึ่งการขยายระยะเวลาเนื่องจากเหตุสุดวิสัยนั้นไม่ทำให้รัฐสูญเสียประโยชน์ เพราะยังสามารถได้รับส่วนแบ่งรายได้ที่เกิดจากการขยายระยะเวลาหาประโยชน์ที่เพิ่มขึ้น

ข. การบอกกล่าว

จากการศึกษา PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย Section 20.2.1 ในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายในระยะเวลาที่ระบุไว้ระหว่างที่เหตุการณ์เกิดขึ้นและมีผลอยู่ และต้องให้ข้อมูลของเหตุสุดวิสัยโดยครบถ้วน พร้อมทั้งรายงานความคืบหน้าให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบในช่วงที่เกิดเหตุสุดวิสัย และ Section

ให้ส่วนราชการระบุไว้ในสัญญากำหนดให้คู่สัญญาต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้ส่วนราชการทราบภายใน 15 วัน นับแต่เหตุนั้นได้สิ้นสุดลง หากมิได้แจ้งภายในเวลาที่กำหนด คู่สัญญาจะยกมากล่าวอ้างเพื่อขอลดหรือลดค่าปรับ หรือขอขยายเวลาในภายหลังมิได้ เว้นแต่กรณีตาม (1) ซึ่งมีหลักฐานชัดเจน หรือส่วนราชการทราบอยู่แล้วตั้งแต่นั้น

⁴⁷ หนังสือสำนักงานอัยการสูงสุด ที่ อส 0005/7892 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555. อังโน. เข้มชัย ชุตินวงศ์, "ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ," ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา "พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน, (2556), หน้า. 48.

20.2.5 เรื่อง Cessation of Force Majeure Event ในกรณีการสิ้นสุดของเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยทันที ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะยกขึ้นกล่าวอ้างเหตุสุดวิสัยที่จะให้การระงับแห่งนั้นมีผลสมบูรณ์ จะต้องดำเนินการดังกล่าวให้ถูกต้องครบถ้วน จึงจะมีผลให้การระงับแห่งนั้นมีผลสมบูรณ์

แม้ว่า Standardisation of PF2 Contracts จะไม่มีการกำหนดให้มีการบอกกล่าว แต่ในหลักกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับ Force majeure clause ในกรณีที่มีการกำหนดเกี่ยวกับเหตุสุดวิสัยที่มักจะระบุเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งอันเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถกระทำได้ และเมื่อเหตุการณ์ที่ระบุไว้ได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด เช่น หากกำหนดให้คู่สัญญาที่ประสงค์จะอ้างเหตุสุดวิสัยจะต้องบอกกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยพลันหรือภายในกำหนดระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง การไม่บอกกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบจะมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่อ้างเหตุสุดวิสัย ไม่สามารถถือเอาประโยชน์จากเหตุสุดวิสัย กล่าวคือ จะอ้างว่าเป็นเหตุสุดวิสัยไม่ได้แม้ว่าเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นจริงก็ตาม⁴⁸

โดยทั่วไป สัญญาภาครัฐของประเทศไทยมักอาศัยข้อ 139 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในการกำหนดให้คู่สัญญาต้องแจ้งเหตุสุดวิสัยให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบภายใน 15 วัน นับแต่เหตุนั้นได้สิ้นสุดลง หากมิได้แจ้งภายในเวลาที่กำหนด คู่สัญญาจะยกกล่าวอ้างเพื่อขอลดหรืองดค่าปรับ หรือขอขยายเวลาในภายหลังมิได้

ในประเด็นนี้ เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของการกำหนดให้มีการบอกกล่าวในสัญญาร่วมลงทุน เพื่อที่จะให้คู่สัญญาทั้งสองมีโอกาสร่วมกันเจรจาและหามาตรการป้องกันเพื่อลดผลกระทบที่เกิดขึ้นได้ทันต่อเหตุการณ์ ซึ่งต่างจากหน้าที่ในการบอกกล่าวตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่เป็นสัญญาจ้างทำของที่มุ่งความสำเร็จของงาน การบอกกล่าวจึงเป็นไปเพื่อให้ผู้รับจ้างยกเป็นเหตุที่ยกเว้นความรับผิดตามสัญญาเท่านั้น ดังนั้น การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจะต้องบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ทราบอย่างทันท่วงที ซึ่งจะช่วยให้การบริหารจัดการความเสี่ยงของการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่เกิดจากเหตุสุดวิสัยจะมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ด้วยลักษณะของเหตุสุดวิสัยอาจเกิดขึ้นเพียงชั่วระยะเวลาสั้นๆ เช่น เหตุระเบิด เหตุไฟไหม้ หรืออาจเป็นเหตุที่กินระยะเวลานานก็ได้ เช่น การประท้วงของแรงงานทั่วประเทศ, มหาอุทกภัย ย่อมยากที่จะกำหนดได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่บอกกล่าวในช่วงเวลาใดจึงจะเหมาะสม เพราะขึ้นอยู่กับลักษณะของ

⁴⁸ คดี Bremmer Handelsgesellschaft v. Vandan Avenne-Izegem P.V.B.A (1978) 1 Lloyd's Rep 109 อ้างในพินัย ณ นคร, "หลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป : ผลกระทบจากวิกฤตทางเศรษฐกิจ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 32(2545), หน้า 146.

เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดให้การกล่าวอ้างเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบถึงเหตุดังกล่าวนับแต่วันที่สามารแจ้งให้ทราบได้ ซึ่งจะทำให้ข้อสัญญามีความยืดหยุ่นมากกว่า

ค. การเจรจาและตกลงร่วมกันอย่างสุจริต

จากการศึกษาข้อ 16.4.1 ของคู่มือแนวทางของประเทศไทยกำหนดว่าเมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยขึ้นแล้วคู่สัญญาจะต้องร่วมหารือกันโดยสุจริตเพื่อหาทางแก้ไขเหตุขัดข้องดังกล่าวและดำเนินโครงการต่อไป เช่นเดียวกับ Section 20.3.1 ของ PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลียที่กล่าวถึงการเจรจาและตกลงร่วมกันอย่างสุจริต และ ใน Section 20.2.4 เรื่อง Mitigation คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องมีมาตรการหรือจัดการกับเหตุสุดวิสัยโดยใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดดังเช่นผู้ประกอบการทางการค้าที่ดีเพื่อลดผลกระทบที่เกิดขึ้นในระหว่างเหตุดังกล่าวให้น้อยที่สุด

และ Section 15.4.2.1 ของ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ กำหนดไว้ว่า คู่สัญญาจะต้องปรึกษาร่วมกันเพื่อหาวิธีที่จะทำให้โครงการสามารถดำเนินต่อไปได้ โดยวิธีแก้ปัญหาขึ้นอยู่กับสภาพของเหตุการณ์และผลกระทบที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการแก้ไขข้อกำหนดของการให้บริการ การแก้ไขกลไกการชำระเงิน หรือขยายระยะเวลาของสัญญา เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าในทางปฏิบัติ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นผู้มีความชำนาญในการบริหารจัดการโครงการและมีความสามารถในการจัดการกับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นได้ดีกว่าภาครัฐ แต่การกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องเจรจาและตกลงร่วมกันอย่างสุจริตย่อมเป็นข้อดีแก่คู่สัญญาสองฝ่าย เพราะเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาหามาตรการในการป้องกันหรือบรรเทาความเสียหาย หรือลดความสูญเสียที่อาจเกิดขึ้นได้ทันต่อเหตุการณ์นั้น และช่วยลดอุปสรรคในโครงการการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ง. สิทธิในการบอกเลิกสัญญา

ในข้อ 16.4.3 ของคู่มือแนวทางของประเทศไทยมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัย กล่าวคือ ในกรณีที่เหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นและมีอยู่เป็นระยะเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าระยะเวลาที่ระบุ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจเจรจาและตกลงร่วมกันหาทางออกได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบอาจแจ้งขอเลิกสัญญาโดยทำเป็นหนังสือส่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้าก่อนการเลิกสัญญาจะมีผล ซึ่งสิทธิเช่นนี้มีการกำหนดเช่นเดียวกับ PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure ใน Section 20.3.1 ของประเทศออสเตรเลีย ทว่ามีแนวทางการเลิกสัญญาโดยแบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีที่การเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัยที่สามารถเอาประกันภัยได้ กับอีกกรณีคือ การเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุ

สุดวิสัยที่ไม่สามารถเอาประกันภัยได้ แต่ไม่ว่าจะจะเป็นกรณีใดก็ตาม เมื่อมีการใช้สิทธิเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่จ่ายค่าชดเชยอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา ซึ่งจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดไว้

ในทำนองเดียวกับ Section 15.4.1.4 ของ Standardisation of PF2 Contracts กล่าวว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องร่วมเฉลี่ยความเสียหายทางการเงินกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีที่มีการเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัย โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชำระเงินชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ค้างชำระหนี้เงินกู้ให้แก่เจ้าหนี้โครงการ

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัยซึ่งเป็นเหตุที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด ที่คู่สัญญาสามารถกำหนดล่วงหน้าไว้ในสัญญาได้ในกรณีที่ความมีผลเหตุสุดวิสัยหรือผลกระทบของเหตุสุดวิสัยคงอยู่เป็นระยะเวลานานพอสมควรจนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ โดยอาจกำหนดเงื่อนไขก่อนการเลิกสัญญา เช่น การกำหนดให้มีคู่สัญญามีหน้าที่บอกกล่าวล่วงหน้าและการกำหนดให้มีการเจรจาตกลงร่วมกันก่อนการใช้สิทธิเลิกสัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้สิทธิคู่สัญญาสามารถเลิกสัญญาอันเนื่องจากเหตุดังกล่าวที่มีผลหรือก่อให้เกิดผลกระทบเป็นระยะเวลานานทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่คุ้มค่าต่อการลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินต่อไป ซึ่งเป็นการกำหนดที่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้น จึงควรนำหลักเกณฑ์ของการเลิกสัญญาตามคู่มือแนวทางมาปรับใช้ที่กำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้ โดยการกำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมหาแนวทางหรือมาตรการในการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้โครงการกลับมาดังเดิมได้ตามปกติเสียก่อน หากไม่สามารถเจรจาตกลงร่วมกันได้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาต่อไปได้

4.2.2 เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

4.2.2.1 หลักเกณฑ์ของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

การกำหนดเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาของคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs และต่างประเทศมีหลักการที่คล้ายกัน คือ เป็นข้อยกเว้นของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ซึ่งหากมีเหตุการณ์หรือพฤติกรรมใดเกิดขึ้นแล้ว ทำให้คู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญา โดยไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว ซึ่งจากการพิจารณารายละเอียดแล้วสามารถสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

1. เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นระหว่างการก่อสร้างหรือระหว่างการดำเนินการให้บริการ ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 16.3.2 ของคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs และสอดคล้องกับ PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic

Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย ใน Section 15.1 (b) และ Standardisation of PF2 Contracts ใน Section 15.3.2.2 และเป็นเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความควบคุมของคู่สัญญา โดยมีตัวอย่างการร่างสัญญาข้อ 16.2 ของคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs กำหนดไว้ว่าเหตุดังกล่าวจะต้องเป็นที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือผู้รับเหมาก่อสร้างไม่สามารถป้องกันการเกิดขึ้นหรือหลีกเลี่ยงผลกระทบได้โดยวิธีการตามปกติ อาทิ เหตุไฟไหม้หรือภัยธรรมชาติที่ไม่ถึงขนาดเป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งสอดคล้องกับ Section 15.3.1.1 ของ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ และ Section 15.2.1 National Commercial Principles - Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย ฉะนั้น หากเหตุการณ์เช่นว่านั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือผู้รับเหมาช่วงหรือคู่สัญญาต่างๆของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาโครงการจะไม่ถือว่าเป็นเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

อย่างไรก็ตาม นอกจากเหตุที่เกิดจากภัยธรรมชาติแล้ว ยังมีการกำหนดเหตุอื่นให้ เป็นเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาก็ได้ ซึ่งจะพบว่าแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน โดยคู่มือ แนวทางของประเทศออสเตรเลีย Section 15.1 (b) กำหนดว่าอาจเป็นเหตุที่เกิดจากการกระทำของ รัฐ เช่น การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่บังคับใช้ (the occurrence of a Project Specific Change in Law) หรือการเกิดขึ้นของเหตุที่ไม่สามารถเอาประกันได้ หรือการเปิดให้บริการที่มีลักษณะเป็น การค้าแข่งโดยตรง (an identical directly competing facility) เป็นต้น ในขณะที่ Section 15.3.2.1 ของ Standardisation of PF2 Contracts คู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษ กำหนดว่า อาจเป็นเหตุจากการกระทำของบุคคลภายนอก เช่น การระงับหรือขาดแคลนพลังงานหรือเชื้อเพลิง หรือการให้บริการของบริษัทสาธารณูปโภคหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดให้มี สาธารณูปโภค หรือการนัดหยุดงานของคนงานทั่วประเทศ เป็นต้น ทั้งนี้ ในการกำหนดเหตุละเว้นการ ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาอาจพิจารณาเลือกใช้หรือการขยายความถึงเหตุอื่นก็ได้ตามลักษณะเฉพาะ ของโครงการ ซึ่งจะต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง

2. ลักษณะของผลกระทบ จากการศึกษาข้อ 16.3.1 คู่มือแนวทางการดำเนิน โครงการลงทุนรูปแบบ PPPs⁴⁹ เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ตาม สัญญาของคู่สัญญาอย่างร้ายแรง หรือทำให้มีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น เช่นเดียวกับใน Section 15.1 (a) ของ PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure ของ ประเทศออสเตรเลีย ที่ว่าเป็นเหตุที่ส่งผลกระทบอย่างรุนแรง (material effect) ต่อความสามารถ ทางการเงินในการชำระหนี้ตามสัญญาของโครงการ หรือการคืนเงินลงทุนให้แก่ผู้ลงทุน และใน Section 15.3.1.1 ของ Standardisation of PF2 Contracts ของอังกฤษ ที่กำหนดว่าจะต้องเป็น

⁴⁹ อ้างแล้ว. ข้อ 16.2 (2)

เหตุที่สร้างความเสี่ยงทางการเงินแก่คู่สัญญา เช่น การเพิ่มภาระค่าใช้จ่าย การเพิ่มต้นทุนในการดำเนินการ และการลดลงของรายได้ของการประกอบกิจการ เป็นต้น

3. เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาจะคงอยู่เป็นระยะสั้นและเป็นเหตุที่ป้องกันได้หากมีการบริหารจัดการที่ดี ซึ่งแตกต่างจากเหตุสุดวิสัยที่เป็นเหตุอันนอกเหนือความควบคุมของคู่สัญญาโดยสิ้นเชิง โดยคู่มือแนวทางของประเทศไทย ข้อ 16.3.1 มีแนวคิดคล้ายกับ Section 15.3.1.1 ของ Standardisation of PF2 Contracts คู่มือแนวทางของประเทศไทย ที่ว่าเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้สามารถจัดการความเสี่ยงได้ดีที่สุด แม้ว่าจะอยู่นอกเหนือความควบคุมของเอกชนก็ตาม แต่บางเหตุนั้นสามารถอาศัยการทำประกันภัยและการวางแผนที่ดีเพื่อใช้ในการบริหารจัดการความเสี่ยงอันเกิดจากเหตุดังกล่าวได้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่มีเหตุการณ์ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการชำระหนี้ ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยโทษลูกหนี้ไม่ได้ จึงเป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ⁵⁰ ซึ่งมีแนวการตีความของศาล เช่น การที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ ทั้งที่ตัวสัญญาใช้เงินถึงกำหนดแล้ว เกิดจากลูกหนี้ถูกกระทรวงการคลังสั่งระงับการดำเนินกิจการเป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ⁵¹ สัญญาซื้อขายอุปกรณ์ทางทหารซึ่งผลิตในต่างประเทศ และจะต้องได้รับการอนุญาตจากรัฐบาลประเทศผู้ผลิตก่อน แต่เนื่องจากการเกิดเหตุการณ์ความไม่สงบในประเทศไทย รัฐบาลของประเทศผู้ผลิตได้ออกใบอนุญาตล่าช้า ทำให้ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบของให้ผู้ซื้อได้ตามกำหนด ถือได้ว่าเป็นพฤติการณ์ที่ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ ผู้ซื้อจะเรียกค่าปรับไม่ได้⁵² ซึ่งแม้พฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบที่ขัดขวางการชำระหนี้ จะทำให้ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการไม่ได้ชำระหนี้ กล่าวคือผลทั้งหมดของการผิดนัดตามมาตรา 224 , 225, 216 และ 217 แต่ลูกหนี้ยังคงต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ต่อไป

ในเรื่องนี้ เคยมีการพิจารณาของสำนักงานอัยการ เช่น สัญญาให้สิทธิใช้ประโยชน์อาคารเพื่อประกอบธุรกิจโรงแรมระหว่างจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยกับบริษัทสยามสแควร์ ทาวเวอร์ จำกัด โดยขอหารือเพื่อพิจารณาการผ่อนผันการชำระค่าตอบแทนการได้สิทธิ และผลการพิจารณาสรุปได้ว่า เมื่อแหล่งที่มาของเงินที่จะนำมาชำระค่าตอบแทนการได้สิทธิมาจากเงินรายได้ผลประกอบการธุรกิจโรงแรมเป็นประการสำคัญ ดังนั้น หากเหตุการณ์สึนามิในประเทศญี่ปุ่น และมหาอุทกภัยในประเทศ เป็นเหตุให้นักท่องเที่ยวลดน้อยลงเป็นจำนวนมากอันมีผลกระทบต่อรายได้หลัก

⁵⁰ มาตรา 205 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า ตราบใดการชำระหนี้ที่นั้นยังมิได้กระทำลงเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ตราบนั้นลูกหนี้ยังหาได้ชื่อว่าผิดนัดไม่

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1768/2549

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5908/2540

ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญจนบริษัทไม่สามารถชำระค่าตอบแทนได้ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาแล้ว กรณีย่อมถือเป็นพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 205⁵³

อีกทั้ง หลักทั่วไปของกฎหมายไทยยังยอมให้คู่สัญญาสามารถกำหนดเหตุอื่นให้เป็นการเหตุยกเว้นความรับผิดตามสัญญาได้ โดยการตกลงกันล่วงหน้าบนพื้นฐานของหลักอิสระในทางแพ่ง กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถกำหนดข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้อย่างไรก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁵⁴ แต่ทั้งนี้ หากข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยสัญญานั้น แตกต่างจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยกำหนดไว้ ข้อตกลงดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ⁵⁵ เช่น การตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดที่เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ ซึ่งกฎหมายไม่ยอมให้มีการตกลงเช่นนั้น หากทำสัญญาก็ตกเป็นโมฆะ อยางไรก็ดี การกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดโดยสัญญานั้นจะต้องคำนึงถึงการจัดสรรภาระความเสี่ยงของคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ จะต้องเป็นเหตุอันสมควรและไม่มีลักษณะที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปรียบเสียเปรียบกันเกินสมควร

จากการศึกษาตัวอย่างสัญญาร่วมลงทุนที่มีการกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิด เช่น ร่างสัญญาสัมปทานการลงทุนออกแบบก่อสร้าง บริหารจัดการ ให้บริการ บำรุงรักษา โครงการพิเศษสายศรีรัช – วงแหวนรอบนอกกรุงเทพมหานคร ข้อ 25 โดยกำหนดเหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นว่า หมายถึง เหตุซึ่งมีผลกระทบในทางเสียหายอย่างรุนแรงต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่าย โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบในทางเสียหายนั้นได้ใช้ความพยายามจะป้องกันผลเสียหายนั้นแล้วอย่างเต็มที่เยี่ยงวิญญูชนที่ประกอบกิจการเช่นเดียวกันพึงกระทำ ทั้งนี้ เหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นได้แก่

(ก) ความผันผวนทางเศรษฐกิจของประเทศไทย โดยมีภาวะเงินเฟ้อหรือมีภาวะดอกเบี้ยสูงเป็นระยะเวลานาน....

(ข) การกระทำหรือการงดเว้นกระทำการของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ดังต่อไปนี้

⁵³ หนังสือสำนักงานอัยการสูงสุด ที่ อส 0005/8028 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2555

⁵⁴ มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

⁵⁵ ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดล่วงหน้าที่ตกเป็นโมฆะตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายในที่นี้ หมายถึง มาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ความตกลงทำให้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ” และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะและบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงยกเว้นและจำกัดความรับผิดไว้หลายกรณี เช่น กรณีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ หรือกรณียกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อการผิดสัญญาที่ก่อความอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยของผู้อื่น เป็นต้น

(1) การไม่สามารถส่งมอบส่วนของพื้นที่ โดยมีสิทธิการครอบครองตามที่กำหนดไว้ในข้อ 5.2 หรือ

(2) การปรับปรุงหรือแก้ไขแบบโครงสร้าง หรือแบบรายละเอียดที่ได้ตกลงกันแล้วตามข้อ 8 ของสัญญาฯ หรือรูปแบบทั่วไปของโครงการ.....

(ค) การกระทำหรือการงดเว้นกระทำ รวมตลอดแต่ไม่จำกัดเฉพาะการประกาศใช้หรือการเปลี่ยนแปลงพิกค้อตราภาษีศุลกากร อากร ภาษี กฎหมายหรือระเบียบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

(ง)

ทั้งนี้ สัญญาดังกล่าวได้กำหนดผลในกรณีที่เกิดเหตุยกเว้นความรับผิดไว้ในข้อ 25.3 ที่ว่า “ปีอีซีแอลไม่ต้องรับผิดขอสำหรับความล่าช้าในการทำงานให้เป็นไปตามเงื่อนไขภายใต้สัญญานี้ หากความล่าช้าดังกล่าวเกิดขึ้นจากเหตุสุดวิสัยหรือเหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นตามข้อ 25.1 (ก) (ข) (ค) และ (ง) ในกรณีเช่นนี้ กทพ. โดยคำแนะนำของวิศวกรอิสระอาจพิจารณาขยายกำหนดเวลาแล้วเสร็จของงานให้ตามสัดส่วนที่เหมาะสม”

จะเห็นได้ว่า เนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถส่งมอบพื้นที่บางส่วนของโครงการซึ่งพื้นที่ดังกล่าวมีผู้อื่นครอบครองอยู่ โดยกำหนดให้เป็นเหตุที่ยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ ในขณะที่เดียวกัน การที่คู่สัญญาเอกชนไม่สามารถก่อสร้างหรือก่อสร้างล่าช้าเนื่องจากเหตุดังกล่าวก็ถือว่าเป็นเหตุที่พฤติการณ์ที่คู่สัญญาเอกชนไม่ต้องรับผิดเช่นกัน แม้ไม่กำหนดไว้สัญญาก็ไม่ต้องรับผิดโดยผลของกฎหมายได้อยู่ดี อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปว่า เมื่อคู่สัญญาเอกชนไม่สามารถก่อสร้างและหาประโยชน์จากพื้นที่ดังกล่าวได้ รวมทั้งสูญเสียรายได้ที่คาดว่าจะได้จากการให้บริการ นอกจากจะได้รับความเสียหายระยะเวลาแล้วเสร็จของงานแล้ว จะยังมีสิทธิเรียกค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ ผู้เขียนจะนำไปวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อเหตุเรียกค่าชดเชย

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายไทยแล้วเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาอาจเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายหรือโดยข้อสัญญา ซึ่งเป็นเหตุที่มีได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เหตุดังกล่าวจึงเป็นเหตุที่ยกเว้นความรับผิด ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางตามคู่มือแนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศ จึงควรนำมากำหนดให้เป็นเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา โดยให้หมายถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและส่งผลให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ไม่ว่าจะเป็นระหว่างการก่อสร้างหรือระหว่างการดำเนินการให้บริการ ซึ่งไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเหตุดังกล่าวจะคงอยู่เป็นระยะสั้น โดยส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของคู่สัญญาเอกชน ไม่ว่าจะเป็นความสามารถในการชำระหนี้ตามสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ หรือตามสัญญากู้ยืมเงิน หรือการคืนเงินลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนก็ตาม หรือมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นอย่าง

มีนัยสำคัญ ซึ่งจะเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ คู่สัญญาอาจตกลงขยายให้เหตุผลเว้นการปฏิบัติตามสัญญาอาจเกิดจากการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ได้ ซึ่งแม้ว่าจะทำให้ยกเว้นความรับผิดของรัฐ แต่ไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการเรียกค่าชดเชย และควรกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบริหารจัดการความเสี่ยง หากเหตุดังกล่าวเป็นเหตุที่สามารถรับประกันภัยได้ ซึ่งจะเพิ่มความรัดกุมในการปฏิบัติตามสัญญายิ่งขึ้นและช่วยลดความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่าในกรณีที่เป็นเหตุที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งหากบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะทำให้คู่สัญญาเอกชนมีภาระในการชำระหนี้อย่างมากและอาจทำให้เสียเปรียบเกินสมควร อาทิ การเกิดวิกฤติเศรษฐกิจอย่างรุนแรง การเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย ดังนั้น นอกจากจะเป็นเหตุที่หักเหความรับผิดแล้ว ควรจะมีแนวทางอย่างไรที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่กรณี

จากการศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศ ศาลอังกฤษได้วางหลัก Frustration โดยนำหลัก *clausula rebus sic stantibus* มาปรับใช้ในกรณีที่มีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหลังจากการทำสัญญา คู่สัญญาสามารถปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาได้ โดยเหตุการณ์นั้นทำให้การชำระหนี้เป็นสิ่งที่แตกต่างจากที่คู่สัญญาประสงค์และทำให้รากฐานของสัญญาเสื่อมเสียไป เช่น การเช่าเรือเพื่อขนส่งคน เมื่อไม่สามารถขนส่งคนต่อไปได้ เพราะถูกยึดเรือไว้โดยกลุ่มชาตินิยม⁵⁶ หรือการเช่าห้องเพื่อดูขบวนแห่พิธีการขึ้นครองราชย์ของกษัตริย์ Edward ที่ 7 ซึ่งต่อมากษัตริย์ Edward ที่ 7 ประชวรจึงไม่สามารถจัดขบวนพิธีได้⁵⁷ ซึ่งล้วนแต่เป็นมีพฤติการณ์ที่เกิดจากบุคคลภายนอกไปกระทบต่อรากฐานหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาร่วมกันเสื่อมเสียไป และแม้ว่าจะเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้แล้วยังอยู่ในวิสัยที่กระทำไม่ได้ ไม่เป็นการพ้นวิสัย (*force majeure*) และไม่ใช่อำนาจการชำระหนี้ที่เป็นไปอย่างยากลำบากหรือเป็นภาระหนักเกินควร (*Hardship*) แต่การชำระหนี้ถึงขนาดที่เป็นอันไร้ประโยชน์แก่คู่สัญญา ซึ่งหากให้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ต่อไปก็ไม่เกิดประโยชน์ใดๆ แก่คู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม จึงให้สัญญาสิ้นสุดโดยหลัก Frustration ได้⁵⁸ อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษตีความหลักดังกล่าวแคบเกินไปจึงทำให้ไม่อาจปรับใช้ได้กับกรณีของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วสร้างความไม่สะดวก หรือ การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปโดยยากลำบากหรือก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายเกินสมควร⁵⁹ ตัวอย่างเช่น สภาวะทาง

⁵⁶ คดี *Tatem Ltd. v. Gamboa* [1939] 1 KB 132; [1938] 3 ALL E.R. 135.

⁵⁷ คดี *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740.

⁵⁸ ออมรลักษณ์ รักช่วงศ์, "การนำหลัก *Hardship* มาใช้ในกฎหมายไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549). หน้า 23.

⁵⁹ ปกรณ์ ยิ่งวรรการ, "การเลิกสัญญาโดยข้อสัญญากรณีมีการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้เกิดความเสียหายในสาระสำคัญ," *อุลพหานิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม* เล่มที่ 2(2558). หน้า 59.

เศรษฐกิจถดถอยอย่างมากภาวะเงินเฟ้อ⁶⁰ ไม่เป็นเหตุให้คู่สัญญาอ้างหลัก Frustration เพื่อหลุดพ้นจากความรับผิด

ในขณะที่ ประเทศเยอรมันมีหลัก Wegfall der Geschäftsgrundlage โดยนำหลัก clausula rebus sic stantibus มาปรับใช้ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปของรากฐานแห่งนิติกรรม โดยรากฐานแห่งนิติกรรม คือ ความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ (equivalence of exchange) ในช่วงแรกมีการปรับใช้โดยอาศัยหลักสุจริตในกรณีที่เกิดวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นเหตุที่กระทบความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติชำระหนี้และเป็นเหตุที่นอกเหนือความคาดหมายและหากบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะทำให้ลูกหนี้มีภาระในการชำระหนี้อย่างมาก หรือในอีกด้านหนึ่ง ทำให้เจ้าหนี้แทบไม่ได้ประโยชน์จากการได้รับชำระหนี้ จึงอาจนำไปสู่ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับผลของสัญญา อาทิ การปรับข้อสัญญาของศาล (judicial modification) และให้สิทธิแก่คู่สัญญาสามารถปรับข้อสัญญาให้มีความเหมาะสมเพื่อหลีกเลี่ยงการเลิกสัญญาได้ เช่น หากค่าเงินลดลงอย่างมากทำให้ราคาที่ดินปรับตัวเพิ่มขึ้นหลายครั้ง ผู้ขายจึงอ้างว่าตนไม่ต้องผูกพันตามสัญญาที่ซื้อขายต่อกัน แต่ศาลได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้โดยปรับให้เป็นราคาที่เหมาะสม โดยให้ผู้ซื้อมีโอกาสซื้อที่ดินได้ตามราคาที่มีการปรับปรุง และหากผู้ซื้อไม่ตกลงยินยอมด้วย ผู้ขายจึงจะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ ต่อมา ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งมีผลบังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2002 เพื่อสร้างความชัดเจนในการใช้และตีความกฎหมาย ซึ่งบัญญัติหลักอย่างชัดเจนไว้ในมาตรา 313 ใช้ในกรณีการชำระหนี้ที่กลายเป็นพันธวิสัย (force majeure) และกรณีการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระหนักเกินควรแก่คู่สัญญา (Hardship) โดยมีผลทางกฎหมายที่เป็นไปได้มีอยู่ 3 ทาง⁶¹ คือ 1) การเจรจาใหม่ของคู่สัญญา (renegotiation) 2) การปรับข้อสัญญาโดยศาล และ 3) การเลิกสัญญา ซึ่งเริ่มแรกนั้น ให้ใช้วิธีการเจรจาใหม่ของคู่สัญญาเสียก่อน ถ้าไม่สามารถเจรจากันได้ คู่สัญญามีสิทธิร้องขอศาลให้ปรับสัญญา แต่หากถึงแม้จะปรับข้อสัญญาแล้ว การชำระหนี้ยังคงเป็นภาระแก่คู่สัญญาอย่างมาก กฎหมายก็จะรับรองสิทธิในการเลิกสัญญาของคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาทั้งสองระบบกฎหมาย ซึ่งต่างก็ยอมรับหลัก clausula rebus sic stantibus เกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปที่มีผลกระทบต่อรากฐานของสัญญา แต่ระบบกฎหมายอังกฤษมีความเคร่งครัดมากกว่าเพราะไม่นำมาใช้กับกรณีการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระหนักเกินควรแก่คู่สัญญา (Hardship) และมีผลทางกฎหมายที่ค่อนข้างจำกัด เพราะกำหนดเฉพาะผล

⁶⁰ คดี Wates Ltd. v. Great London Council [1983] 25 Build.L.R 1.

⁶¹ กนกนัย ถาวรพานิช, "ความสัมพันธ์ระหว่างการเปลี่ยนแปลงค่าของเงินและมูลค่าของหนี้เงินตามสัญญากู้ยืมเงิน," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 4(2556) . หน้า 814.

แห่งการสิ้นสุดของสัญญาเท่านั้น ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายประเทศเยอรมันที่นำมาใช้กับกรณีที่มีการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระหนักเกินควรแก่คู่สัญญาได้ และมีผลทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญามากที่สุด

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าในปัจจุบันระบบกฎหมายไทยจะยังไม่มีบทบัญญัติของหลัก *rebus sic stantibus* โดยเฉพาะ จึงต้องอาศัยหลักของการใช้สิทธิโดยสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶² ในการพิจารณาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และผู้เขียนยังเห็นอีกว่าควรนำกฎหมายของประเทศเยอรมันมาปรับใช้แก่สัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐจะทำให้เกิดความชัดเจนและเป็นธรรมที่ยั่งยืนสำหรับกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งกระทบต่อรากฐานของสัญญาซึ่งหากการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับภาระหนักเกินควร ดังเช่น กรณีการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายโทรคมนาคมที่เปิดโอกาสให้มีผู้ประกอบการมากขึ้น หรือกรณีการออกนโยบายของรัฐที่แปรสภาพคู่สัญญาฝ่ายรัฐจากเดิมที่เป็นผู้กำกับดูแลกลายเป็นคู่แข่งทางธุรกิจที่สำคัญของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากยังคงต้องผูกพันตามเงื่อนไขของสัญญาต่อไปจะยิ่งส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีภาระสูงขึ้นอย่างมากและเสียเปรียบเกินควร⁶³ กรณีดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนควรมีสิทธิขอเจรจาปรับข้อสัญญาหรือสิทธิเลิกสัญญาได้

4.2.2.2 การดำเนินการกรณีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

1. เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาไม่เป็นเหตุในการเลิกสัญญา

โดยหลัก เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาไม่เป็นเหตุให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญา ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 16.3.2 ของคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs และ Section 15.3.1.2 ของ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม คู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียใน Section 15.1 (b) กำหนดยกเว้นในบางกรณีที่อาจเป็นเหตุในการเลิกสัญญาได้ เช่น กรณีที่มีศาลมีคำสั่งถึงที่สุดเกี่ยวกับการยื่นคำร้องสิทธิพลเมืองพื้นเมือง (native title application) หรือเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐเปลี่ยนแปลงการอนุมัติ (a challenge to a planning approval obtained by Government) เป็นต้น

2. วิธีการให้ความช่วยเหลือ

⁶² ศันสน์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า. 318.

⁶³ สัญญาร่วมการลงทุนและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพทระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และบริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534. อ้างใน ธนยพร จันทร์เรืองเพ็ญ, "การแปรสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคมกับการเปิดตลาดโทรคมนาคมของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาร่วมการลงทุนโทรศัพทพื้นฐาน" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545), หน้า.108.

จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศไทยกำหนดไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขยาย กำหนดเวลาส่งมอบงานหรือกำหนดเวลาในการเริ่มให้บริการหรือกำหนดเวลาในการปฏิบัติตาม สัญญาในลักษณะใดๆ โดยจะเลื่อนออกไปตามสมควร และพิจารณาจากระยะเวลาที่เหตุละเว้นการ ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวยังคงเกิดอยู่ และผลกระทบที่เกิดจากเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา ทำนองเดียวกับ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ ใน Section 15.3.3.3 ที่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะให้ความช่วยเหลือ เช่น การงดเว้นการเรียกค่าปรับหรือค่าเสียหายที่ได้กำหนดไว้ และการผ่อนผันการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ข้อ 16.3.2 ของคู่มือแนวทางของประเทศไทย และใน Section 15.3.3.1 Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ กำหนดชัดเจนว่าคู่สัญญาฝ่าย รัฐไม่มีหน้าที่ชำระค่าชดเชยความเสียหายทางการเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ดอกเบี้ยผิดนัด เป็นต้น ซึ่งต่างจากคู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลีย ใน Section 15.4 มีการกำหนดวิธีการให้ความ ช่วยเหลือ (Methods of redress) ที่หลากหลาย นอกจากจะให้สิทธิการปรับแก้สัญญาและการ ปรับแก้ระยะเวลาโครงการแล้ว ยังกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิรับความช่วยเหลือทางการเงิน หรือร้องขอให้ปรับโครงสร้างการชำระหนี้หรือปรับแก้ตารางคำนวณหนี้ได้ตามความเหมาะสมและ ความจำเป็นเท่าที่จะต้องจัดการบรรเทาผลกระทบที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ การให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องนำมาใช้เป็นมาตรการท้ายสุดและจะใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีวิธีอื่นที่เหมาะสมจะ นำมาใช้แล้ว (Contribution is last resort)

จากการศึกษาเปรียบเทียบแล้ว พบว่า วิธีการให้ความช่วยเหลือมีความคล้ายคลึงกัน แต่จะมีความแตกต่างกันที่การให้ความช่วยเหลือทางด้านการเงิน ซึ่งจะเป็นไปตามหลักของการ ยอมรับความเสี่ยงของแต่ละประเทศ โดยประเทศออสเตรเลียที่ยึดหลักการพิจารณาถึงความ เหมาะสมและความยืดหยุ่นเป็นสำคัญในการหาวิธีแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่รุนแรงของเหตุดังกล่าว เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกลับมามีความสามารถในการชำระหนี้เงินกู้ หรือการคืนเงินลงทุนให้แก่ผู้ ลงทุนต่อไปให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของวิธีแก้ไขเยียวยา ดังนั้น หากวิธีการให้ความช่วยเหลือด้วย วิธีอื่นไม่มีความเหมาะสม ก็ถือว่าเป็นเหตุสมควรที่ให้เงินสนับสนุนในการชำระหนี้

เมื่อพิจารณาลักษณะการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐส่วนใหญ่ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะเป็นทั้งผู้ลงทุนก่อสร้างและบริหาร โครงการ และจะต้องชำระค่าตอบแทนตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงมีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญา ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับโครงการ ทั้งคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เจ้าหนี้เงินกู้ และผู้รับเหมา ดังนั้น คู่สัญญาฝ่าย เอกชนย่อมมีความเสี่ยงในการปฏิบัติผิดหน้าที่ต่างๆ เมื่อมีเหตุการณ์ที่ขัดขวางการปฏิบัติตามสัญญา โดยไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมยกเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับผิด ซึ่งหากนำคู่มือแนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศมากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับ

การช่วยเหลือ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจขยายระยะเวลาโครงการออกไปได้ ไม่ว่าจะเป็นการขยายระยะเวลาส่งมอบงานหรือระยะเวลาในการเริ่มให้บริการหรือระยะเวลาในการหาประโยชน์ (แล้วแต่กรณี) ก็จะสร้างความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน นอกจากนี้ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่จำเป็นต้องความช่วยเหลือทางการเงินเพื่อชดเชยความเสียหายก็ตาม ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของสัญญาภาครัฐไทยในประเด็นนี้จึงยังไม่มีความเหมาะสมที่จะกำหนดให้สำหรับประเทศไทย⁶⁴ แต่ผู้เขียนเห็นว่า ในบางกรณีที่คู่สัญญาได้มีการตกลงให้เหตุที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิบัติผิดสัญญาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิด หากพิจารณานำแนวทางในการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนของประเทศออสเตรเลียมาปรับใช้โดยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกค่าชดเชยได้ ก็จะเป็นการจัดสรรความเสี่ยงที่เป็นธรรมและยังสร้างความมั่นใจแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการลงทุนโครงการพัฒนาที่ดิน

ทั้งนี้ การยกเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาขึ้นอ้างเพื่อขอยกเว้นความรับผิดนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อทราบตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนด ซึ่งในตัวอย่างของคู่มือแนวทางของประเทศไทย ข้อ 16.2 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยเร็วที่สุดถึงการขอผ่อนผันหน้าที่ในการดำเนินการตามสัญญา พร้อมทั้งรายละเอียดทั้งหมดเกี่ยวกับเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาวันที่เกิดเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา และระยะเวลาที่คาดว่าเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาจะส่งผลกระทบต่ออย่างช้าไม่เกิน [14] วันนับแต่วันที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รู้ว่าการเกิดเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญาได้ก่อหรืออาจจะก่อให้เกิดความล่าช้า หรือส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมทั้งจะต้องนำเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับการขอผ่อนผันหน้าที่ในการดำเนินการตามสัญญาดังกล่าวต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ภายใน [7] วัน นับจากวันที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับหนังสือบอกกล่าว เช่นเดียวกับคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษ ใน Section 15.3.3.4 และ Section 15.3.3.5 ที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรีบแจ้งเกี่ยวกับเหตุในการบรรเทา และภายหลังจากที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับแจ้งเกี่ยวกับเหตุในการบรรเทาแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันหาหรือเกี่ยวกับประเด็นที่เกิดขึ้นเพื่อตกลงวิธีการบรรเทาที่เหมาะสม เพื่อจะปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาในการแก้ไขและบรรเทาผลกระทบอันเนื่องมาจากการเกิดเหตุในการละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ใช้ความพยายามอย่างดีที่สุด (reasonable endeavours) ในการแก้ไขและบรรเทาผลกระทบอันเนื่องมาจากการเกิดเหตุในการละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวย่อมไม่มีสิทธิยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดและยกเป็นเหตุในการบอกเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดสัญญา และในทำนองเดียวกับคู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียใน Section 15.3 เรื่อง Negotiations and objectives ที่

⁶⁴ อ้างแล้ว. เข็มชัย ชุตินวงศ์.

กำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันเจรจาและพิจารณาอย่างสุจริตเพื่อตกลงวิธีการบรรเทาที่เหมาะสม และดำเนินการตามวิธีดังกล่าวให้บรรลุวัตถุประสงค์ โดยในระหว่างการเกิดเหตุดังกล่าว จะเห็นว่า การบอกกล่าวไม่เพียงแต่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบเท่านั้น แต่ยังมีผลให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันเจรจาอย่างสุจริต เพื่อหาวิธีแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่รุนแรงของเหตุดังกล่าว เพื่อให้การดำเนินการกลับเข้าสู่ภาวะปกติ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรกำหนดให้คู่สัญญาเอกชนจะต้องบอกกล่าวให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบนับแต่วันที่สามารจแจ้งให้ทราบได้ เพื่อจะได้เจรจาร่วมกันเกี่ยวกับประเด็นที่เกิดขึ้นเพื่อตกลงวิธีการบรรเทาที่เหมาะสมจะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

นอกจากนี้ แม้ว่าโดยทั่วไปคู่สัญญาจะไม่มีสิทธิเลิกสัญญาอันเนื่องจากเหตุดังกล่าวก็ตาม แต่ในกรณีที่เป็นเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากรากฐานของสัญญาอย่างมาก ซึ่งการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปอาจก่อให้เกิดภาระอย่างมากหรือให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสียเปรียบเป็นอย่างมากดังรายละเอียดที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์ในหัวข้อข้างต้น โดยหากนำหลัก *clausula rebus sic stantibus* ของระบบกฎหมายเยอรมันปรับใช้เพื่อกำหนดผลทางกฎหมาย ก็จะทำให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา โดยกำหนดให้มีการเจรจาเพื่อปรับข้อสัญญา หากคู่สัญญาไม่สามารถเจรจาเพื่อปรับสัญญาได้ หรือหากแม้ว่าได้มีการปรับข้อสัญญาแล้วแต่การชำระหนี้ยังคงเป็นภาระแก่คู่สัญญาอย่างมาก และการทำให้สัญญาสิ้นสุดลงเป็นทางออกที่เหมาะสมกว่า ก็สมควรที่จะกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้

4.2.3 เหตุเรียกค่าชดเชย

4.2.3.1 หลักเกณฑ์ของเหตุเรียกค่าชดเชย

จากการศึกษาข้อ 16.2.1 ของคู่มือแนวทางของประเทศไทย มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุเรียกค่าชดเชย ดังนี้

1. เหตุเรียกค่าชดเชย เกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้ผิดสัญญา เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐส่งมอบพื้นที่ล่าช้า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงไม่สามารถก่อสร้างได้ทันภายในกำหนดระยะเวลา

2. เหตุเรียกค่าชดเชยเป็นเหตุที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

(1) ไม่สามารถเริ่มให้บริการภายในวันเริ่มให้บริการ หรือภายในวันสิ้นสุดระยะเวลาผ่อนผันการเริ่มให้บริการ

(2) ไม่สามารถปฏิบัติตามหน้าที่ภายใต้สัญญาฉบับนี้ และ/หรือ

(3) เกิดค่าใช้จ่ายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือทำให้สูญเสียรายได้

3. เหตุที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้ผิดสัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาอาจตกลงให้เป็นเหตุเรียกค่าชดเชยแทนก็ได้

ทำนองเดียวกับ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ ใน Section 15.2 ที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของเหตุเรียกค่าชดเชยไว้ว่า

1. เหตุเรียกค่าชดเชยส่วนใหญ่เป็นเหตุที่เกิดขึ้นก่อนการเปิดให้บริการโครงการและเป็นความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น การปฏิบัติผิดสัญญาหรือผิดคำรับรองอย่างชัดแจ้งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ การเปลี่ยนแปลงความต้องการของรัฐในการให้บริการหรือในการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของการให้บริการ และการเลือกปฏิบัติหรือการเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยเฉพาะ หรือเป็นเหตุที่เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาในส่วนที่สำคัญ และ

2. เหตุเรียกค่าชดเชยเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในการเริ่มให้บริการและ/หรือ ส่งผลให้ต้นทุนโครงการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญ

เมื่อเปรียบเทียบกับ National PPP Guidelines: Commercial Principles for Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย ใน Section 16 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้

1. เหตุเรียกค่าชดเชยเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และเป็นเหตุที่ขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอก เอกชน และเหตุนั้นมีได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาเอกชน

2. เหตุเรียกค่าชดเชยเป็นความเสี่ยงที่ทั้งคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถควบคุมได้ ซึ่งเหตุในการชดเชยส่วนใหญ่จะต้องเป็นเหตุที่พิจารณาแล้วว่าเป็นการจัดสรรความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ถ่ายโอนมายังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

3. เหตุเรียกค่าชดเชยเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับผลกระทบต่อการปฏิบัติการหนี้หรือเกิดค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นที่ส่งผลกระทบต่อประมาณการต้นทุนของโครงการ

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุเรียกค่าชดเชยตามคู่มือแนวทางของประเทศไทย และ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ เปรียบเทียบกับ National PPP Guidelines: Commercial Principles for Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลียพบว่ามี ความแตกต่างกันในแง่ของเจตนารมณ์ โดย คู่มือแนวทางของประเทศไทยและประเทศอังกฤษกำหนดไว้ว่าเป็นเหตุที่เกิดจากความผิดของคู่สัญญาของรัฐ ต่างกับคู่มือแนวของประเทศไทยที่กำหนดว่าเป็นเหตุเกิดจากบุคคลภายนอกและอยู่เหนือความควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ผู้เขียนเห็นว่า การดำเนินการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ อาจเกิดกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐตกเป็นผู้ปฏิบัติผิดสัญญาหรือผิดคำรับรองที่ให้ไว้ในสัญญาในส่วนที่สำคัญ ซึ่ง

เอกชนคู่สัญญาย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามบทบัญญัติมาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁵ แต่การใช้สิทธิบอกเลิกดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะใช้หรือไม่ก็ได้ หรือคู่สัญญาอาจตกลงยกเว้นให้แตกต่างจากบทบัญญัติดังกล่าวก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรมย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญา เพราะบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁶⁶ เช่น การส่งมอบพื้นที่โครงการล่าช้า ซึ่งเป็นเหตุที่อยู่ในความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ก่อให้เกิดความล่าช้าแก่โครงการ ไม่ว่าจะมีความล่าช้าในงานก่อสร้าง และความล่าช้าในการเปิดให้บริการ หรือการไม่สามารถส่งมอบพื้นที่บางส่วนของโครงการ คู่สัญญาเอกชนไม่สามารถเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดิน จึงสูญเสียรายได้ที่คาดจากการประกอบกิจการและมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น หากคู่สัญญาได้พิจารณาว่ากรณีดังกล่าวสมควรจัดการด้วยการชดเชยดีกว่าจัดการด้วยวิธีการเลิกสัญญา จึงควรนำหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุเรียกค่าชดเชยตามคู่มือแนวทางของประเทศไทยและคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษมาปรับใช้ ย่อมเป็นเหตุที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะกรณีดังกล่าวเกิดจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการดำเนินการโครงการพัฒนาที่ดิน ทั้งที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถวางแผนบริหารจัดการได้และอยู่ในอำนาจควบคุมของรัฐ เช่น หน้าที่ในการส่งมอบที่ดิน คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องตรวจสอบและวางแผนบริหารจัดการเรื่องพื้นที่ก่อสร้างให้รัดกุมรอบคอบและต้องแน่ใจว่าพร้อมจะส่งมอบพื้นที่ตามกำหนด เป็นต้น จึงควรกำหนดให้คู่สัญญาเอกชนมีสิทธิเรียกค่าชดเชยจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งหลักเกณฑ์เช่นนี้สำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งเป็นหน่วยงานที่พิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนตามกฎหมายนั้นเคยให้ความเห็นว่าเป็นเงื่อนไขที่สามารถยอมรับได้⁶⁷

4.2.3.2 การดำเนินการกรณีเหตุเรียกค่าชดเชย

จากการศึกษา คู่มือแนวทางของประเทศไทย พบว่า ข้อ 16.1 กำหนดให้เหตุเรียกค่าชดเชยเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐผ่อนผันหน้าที่ในการดำเนินการตามสัญญา และ/หรือเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหาย โดยสัญญาจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำหรับความล่าช้า ผิดสัญญา ที่เกิดความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายใดๆตามจริง หรือการสูญเสียรายได้ เช่น การเริ่มประกอบโครงการล่าช้าออกไป เนื่องจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ส่งผลให้เอกชนได้รับรายได้จากประกอบการข้างลงและมีค่าใช้จ่ายทางการเงิน หรือเกิดดอกเบี้ยหรือเบี้ยปรับ เป็นต้น ซึ่งวิธีการชดเชยมีดังนี้ คือ ในกรณีที่เหตุเรียกค่าชดเชยทำให้เกิดความล่าช้าแก่โครงการ ให้ขยายวันเริ่มให้บริการ หรือวันสิ้นสุดระยะเวลาผ่อนผันการเริ่ม

⁶⁵ มาตรา 387 บัญญัติไว้ว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ชำระ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้

⁶⁶ อ้างแล้ว. ศนันทกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, หน้า 475

⁶⁷ หนังสือสำนักงานอัยการสูงสุด ที่ อส 0005/7892 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555. อ้างใน. เข็มชัย ชูติวงศ์.

ให้บริการออกไปตามสมควรโดยคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดจากเหตุเรียกค่าชดเชย หรือในกรณีที่เหตุเรียกค่าชดเชยทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม หรือทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสูญเสียรายได้ ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดใช้เงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำหรับค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและการสูญเสียรายได้ที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งไม่สามารถบรรเทาหรือชดเชยด้วยวิธีการดำเนินการ ทั้งนี้ ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐผ่อนผันหน้าที่ในการดำเนินการตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสมควรโดยคำนึงถึงเหตุเรียกค่าชดเชย ทั้งนี้ คู่สัญญาเอกชนจะต้องดำเนินการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐถึงการขอขยายกำหนดวันเริ่มให้บริการ ชดเชยค่าเสียหาย และ/หรือขอผ่อนผันหน้าที่ในการดำเนินการตามสัญญา โดยเร็วที่สุดนับแต่วันที่ตนได้รู้ถึงการเกิดเหตุเรียกค่าชดเชย พร้อมนำเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับการเกิดเหตุเรียกค่าชดเชย ผลกระทบต่อประมาณการทำให้เปลี่ยนแปลงต้นทุนโครงการ และ/หรือการสูญเสียรายได้ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกล่าวอ้างต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับการชดเชยนั้น จะต้องบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุเรียกค่าชดเชยด้วยวิธีการดำเนินการทางการค้าโดยปกติหรือดำเนินการตามสมควรเพื่อลดความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่าที่สามารถกระทำได้ อนึ่ง หากคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ในส่วนของค่าชดเชยความล่าช้าที่เกิดขึ้น การผ่อนผันหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการดำเนินการตามสัญญา หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่เห็นด้วยกับการเกิดขึ้นของเหตุเรียกค่าชดเชย หรือผลสืบเนื่องจากเหตุเรียกค่าชดเชยดังกล่าว ให้คู่สัญญาฯ ระบุข้อพิพาทตามวิธีการที่กำหนด

ในส่วน National PPP Guidelines: Commercial Principles for Economic Infrastructure พบว่า Section 16.2.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ประสงค์จะอ้างเหตุชดเชยนั้นจะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและผลกระทบให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยจะต้องยื่นข้อเรียกร้องที่มีข้อมูลครบถ้วนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่บอกกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่สามารถเรียกร้องใดๆ โดยอาศัยเหตุชดเชยได้ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรายงานความคืบหน้าให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบเป็นระยะๆ ตลอดเวลาที่เหตุดังกล่าวมีผลอยู่ และเมื่อเหตุดังกล่าวสิ้นผลจะต้องแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบโดยพลัน พร้อมทั้งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องจัดให้มีบรรเทาเพื่อทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต้นทุนของโครงการน้อยที่สุดอย่างเพียงพอและเหมาะสมตลอดช่วงระยะเวลาที่เกิดเหตุและที่ผลกระทบเกิดขึ้น และในช่วงการบริหารโครงการ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้มาตรการชั่วคราวด้วยความพยายามอย่างดีที่สุด และจัดเตรียมหลักฐานสนับสนุนความน่าเชื่อถือว่าผู้รับเหมาช่วงได้พยายามอย่างดีที่สุดในการจำกัดค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นและลดค่าใช้จ่ายอย่างเต็มที่

ทำนองเดียวกับ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ ใน Section 15.2.2.1 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้สิทธิในการเลื่อนวันที่เริ่มเปิดให้บริการตามจำนวนวันที่เกิดความล่าช้า และ Section 15.2.2.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดเชยเป็นเงินเพื่อนำมา

ชดเชยการสูญเสียรายได้และต้นทุนของโครงการที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งเป็นความเสียหายโดยตรงที่เกิดจากความล่าช้าในการเริ่มให้บริการ โดยที่วันที่สิ้นสุดของโครงการยังคงตามเดิม หรืออาจได้รับการขยายระยะเวลาการหาประโยชน์จากโครงการอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ Section 15.2.2.2 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับยกเว้นจากความรับผิดชอบใดๆที่เกิดจากความล่าช้าในการเริ่มให้บริการ

เมื่อศึกษาการดำเนินการของแต่ละคู่มือแนวทางแล้ว พบว่ามีแนวทางที่เหมือนกัน อาจสรุปได้เป็น 2 กรณี คือ ในกรณีที่เกิดความล่าช้าแก่โครงการ อาจจะชดเชยด้วยการขยายวันเริ่มให้บริการหรือวันสิ้นสุดระยะผ่อนผันการเริ่มให้บริการออกไปตามสมควรโดยคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดจากเหตุเรียกค่าชดเชย กับอีกกรณีคือ กรณีที่มีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมหรือสูญเสียรายได้ ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดใช้เงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำหรับค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและการสูญเสียรายได้ที่เกิดขึ้นจริงเท่าที่ไม่สามารถบรรเทาเพื่อลดความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือชดเชยด้วยวิธีอื่น

สำหรับกฎหมายไทย การที่คู่สัญญาตกลงให้เหตุใดเหตุหนึ่งเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับผิดชอบและไม่เป็นเหตุเลิกสัญญาตามมาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเหตุนั้นเกิดจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และก่อให้เกิดผลกระทบแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยทำให้เกิดความล่าช้า ผิดสัญญา ก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย หรือการสูญเสียรายได้ ดังนั้น การดำเนินการการชดเชยอย่างไรจึงจะถือว่าเหมาะสมและเป็นธรรมแก่กรณี ซึ่งตามหลักการของการชดเชยโดยการเรียกค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้องชดเชยต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยกฎหมายกำหนดค่าเสียหายไว้ 2 ประการคือ⁶⁸ ประการแรกคือ ค่าเสียหายปกติซึ่งเป็นค่าเสียหายโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ เช่น ผู้ให้เช่าไม่ส่งมอบพื้นที่เช่า ผู้เช่ามีสิทธิเรียกค่าขาดรายได้จากการเช่าใช้พื้นที่เพื่อประกอบกิจการค้าขายซึ่งเป็นค่าเสียหายโดยตรงจากผู้ให้เช่าได้⁶⁹ ประการที่สองคือ ค่าเสียหายพิเศษซึ่งเป็นค่าเสียหายซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นตามปกติจากการไม่ชำระหนี้แต่สามารถคาดเห็นได้ เช่น การที่ผู้รับเหมาช่วงถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดทำให้สัญญาจ้างเหมาช่วงต้องเลิกกัน ทำให้ผู้รับเหมาหลักขาดสิทธิในการรับกำไรและค่าเสียหายที่เหลืออยู่ที่จะมีสิทธิได้รับจากผู้รับเหมาช่วงตามสัญญาจ้างเหมาช่วง ความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษที่ผู้รับเหมาช่วงอาจคาดเห็นถึงความเสียหายได้ อย่งไรก็ตาม การเรียกค่าเสียหายตามมาตรานี้อาจมีปัญหาเรื่องความไม่แน่นอน เพราะศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจกำหนด

⁶⁸ มาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว

⁶⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 16531/2557

ตามที่มีการพิสูจน์ค่าเสียหายจริงให้เห็น ดังนั้น กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้คู่สัญญาทำความตกลงเรื่องค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าในสัญญา ซึ่งเรียกว่า “เบี้ยปรับ” โดยคู่สัญญาอาจกำหนดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน หรือมีวิธีคิดคำนวณที่แน่นอน หากมีการปฏิบัติผิดสัญญา จะถือว่าเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาตามจำนวนที่ระบุ แม้ว่าเจ้าหนี้จะเรียกเบี้ยปรับได้ส่วนหนึ่ง เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาอีกส่วนหนึ่งได้เช่นกันตามมาตรา 381⁷⁰ ทั้งนี้ หากเบี้ยปรับมีจำนวนสูงเกินส่วน ศาลอาจลดให้ได้⁷¹ เพราะปัญหาการเรียกเบี้ยปรับสูงเกินไปเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁷² ไม่ว่าจะมีการร้องขอจากผู้ต้องเสียเบี้ยปรับหรือไม่ก็ตาม⁷³

เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญาร่วมลงทุนไม่ว่าจะเป็นโครงการประเภทใดก็ตาม กรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมักกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน (Compensation) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น การส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างไม่ได้ตามกำหนด คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดเชยค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างที่เพิ่มขึ้น⁷⁴ การอนุญาตให้เอกชนรายอื่นดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขัน และมีผลกระทบต่อปริมาณการใช้บริการ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะชดเชยรายได้ที่ลดลงหรือชดเชยด้วยวิธีการอื่นที่คู่สัญญาเห็นว่าเหมาะสมนั้น⁷⁵ จะเห็นได้ว่า นอกจากการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว คู่สัญญาอาจกำหนดวิธีการอื่นก็ได้ เช่น การขยายระยะเวลาการก่อสร้าง/การให้บริการหรือการปรับลดส่วนแบ่งผลประโยชน์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องจ่ายให้แก่รัฐ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ การชดเชยด้วยวิธีขยายระยะเวลา (Time) ในการก่อสร้างหรือการเริ่มเปิดให้บริการทางพาณิชย์เป็นทางเลือกที่ดีกว่าการชดเชยค่าเสียหายเป็นเงิน (Cost) หากเป็นกรณีที่อยู่ในขั้นตอนการก่อสร้าง และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดเชยเป็นจำนวนเงิน

⁷⁰ มาตรา 381 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าลูกหนี้ได้สัญญาไว้ว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร เช่นว่าไม่ชำระหนี้ตรงตามเวลาที่กำหนดไว้เป็นต้น นอกจากเรียกให้ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันจะพึงรับนั้นอีกด้วยก็ได้”

ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในมูลชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 380 วรรค 2

ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้แล้ว จะเรียกเอาเบี้ยปรับได้ต่อเมื่อได้บอกสงวนสิทธิไว้เช่นนั้นในเวลาชำระหนี้”

⁷¹ มาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้...”

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2305/2538 และ 6646/2539

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1514/2546

⁷⁴ สัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน – ปากเกร็ด ข้อ 8.4 (ค) สัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล ข้อ 5.3 (ก) (ข) เป็นต้น อ้างแล้ว, เข็มชัย ชุตินวงศ์, หน้า 48

⁷⁵ สัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน – ปากเกร็ด ข้อ 16 อ้างแล้ว, เข็มชัย ชุตินวงศ์, หน้า 49

เพื่อนำมาเยียวยาความเสียหายจนเต็มจำนวนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีสิทธิได้รับการขยายระยะเวลาของโครงการอีก แต่อาจมีประเด็นว่าจำนวนการชดเชยแค่ไหนเพียงใดจะถือว่าเป็นธรรม และสมควรแก่กรณีซึ่งจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งหลายประกอบด้วย และไม่ว่าจะกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าในลักษณะเบี้ยปรับซึ่งมีข้อดีคือสามารถกำหนดได้เป็นจำนวนแน่นอนและไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหาย แต่อาจมีปัญหาค่าไม่แน่นอนในการวินิจฉัยของศาล เพราะในระบบกฎหมายไทยเปิดช่องศาลมีอำนาจลดลงได้เป็นจำนวนพอสมควรหากกำหนดเบี้ยปรับในจำนวนที่สูงเกินส่วนท้ายที่สุด จึงต้องกลับมาอยู่บนพื้นฐานที่ว่าค่าสินไหมทดแทนจะต้องชดเชยเพื่อความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งแม้ว่าการกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นเป็นเรื่องที่ยากจะคำนวณล่วงหน้าได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้คู่สัญญาจะต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบและร่วมกันกำหนดให้ชัดเจน โดยมีสูตรการคำนวณค่าเสียหายที่สะท้อนให้เห็นถึงจำนวนเงินที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อชดเชยสำหรับค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและการสูญเสียรายได้ที่เกิดขึ้นจริง ทั้งนี้ หากไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้ จะต้องร่วมกันจัดหาผู้สอบบัญชีอิสระเพื่อประเมินความเสียหายดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้มีการขยายระยะเวลาโครงการนั้นมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาของสัญญา อันเข้าลักษณะที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาตามที่ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558⁷⁶ ซึ่งจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนด คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องเสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการตามมาตรา 43 ที่มีหน้าที่กำกับดูแลโครงการและพิจารณาแก้ไขสัญญา⁷⁷ หากคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาเห็นด้วยกับการแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ที่สำนักงาน

⁷⁶ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2558 เล่ม 132 ตอนพิเศษ 46 ง

⁷⁷ มาตรา 44 ให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) ติดตามกำกับดูแลโครงการให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน และแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ
- (2) พิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยอาจกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหาในการดำเนินโครงการและจัดทำแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการได้
- (3) เรียกหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนคู่สัญญาเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง
- (4) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ และให้ส่งสำเนารายงานและเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยังสำนักงาน
- (5) พิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามหมวด 7

อัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป⁷⁸

4.3 วิเคราะห์ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยและการใช้ค่าสินไหมทดแทน

เนื่องจากประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ไม่มีรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญในการกำหนดเรื่องประกันภัย ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งของสัญญาร่วมลงทุน เพราะการทำประกันภัยเป็นส่วนสำคัญที่ช่วยบรรเทาความเสียหายจากภัยประเภทต่างๆ การเรียกใช้ค่าใช้จ่ายความเสียหายตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าจะมูลหนี้ตามสัญญาและละเมิดนั้นก่อให้เกิดปัญหาและสร้างความยุ่งยากในการพิสูจน์ความรับผิด และการประกันภัยจะแก้ปัญหาค่าเสียหายที่ไม่สามารถในการชดใช้ค่าเสียหายได้ กล่าวคือ ช่วยสร้างหลักประกันให้กับคู่สัญญาทุกฝ่ายว่าหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจะได้รับการชดใช้เยียวยาอย่างแน่นอนจากบริษัทรับประกันภัย ซึ่งจะก่อประโยชน์แก่การร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่มีปัจจัยความเสี่ยงและภัยนั้นมากมายและโอกาสที่จะเกิดขึ้นได้ตลอดระยะเวลาของโครงการ

สำหรับประเทศไทย มีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการประกันภัย คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 20 ตั้งแต่มาตรา 869 จนถึงมาตรา 882 โดยลักษณะของสัญญาประกันภัยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพการทำสัญญา และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดให้มีการควบคุมกำกับดูแลโดยภาครัฐและการควบคุมการออกกรมธรรม์ประกันภัย

สัญญาประกันวินาศภัยตามความหมายของมาตรา 861 มาตรา 869 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 4 หมายถึง สัญญาซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือชดใช้เงินให้แก่ผู้เอาประกันวินาศภัยในเมื่อมีวินาศภัยเกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงความสูญเสียในสิทธิ ผลประโยชน์ หรือรายได้ที่อาจจะประมาณความเสียหาย หรือความสูญเสียเหล่านั้นเป็นเงินได้ ในการนี้ ผู้เอาประกันวินาศภัยตกลงจะส่งเงินซึ่งเรียกว่าเบี้ยประกันภัยให้แก่ผู้รับประกันวินาศภัยเป็นการตอบแทน ดังนั้น บุคคลใดก็ตาม หากมีความสัมพันธ์อยู่กับทรัพย์สิน สิทธิ หรือผลประโยชน์ หรือรายได้ใดๆ ซึ่งถ้ามีเหตุการณ์เกิดขึ้นอันจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหาย และความเสียหายที่ได้รับนั้นอาจจะ

⁷⁸ มาตรา 47 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ประมาณราคาเป็นเงินได้ บุคคลนั้นย่อมเอาประกันวินาศภัยได้⁷⁹ โดยมีเอกสารที่เกี่ยวกับการทำประกันภัย มีดังนี้

ก. กรมธรรม์ประกันภัย กฎหมายบังคับให้ผู้รับประกันภัยเป็นผู้จัดทำกรมธรรม์ประกันภัยที่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.)⁸⁰ และมีหน้าที่ส่งมอบให้แก่ผู้เอาประกันภัยยึดถือไว้เป็นหลักฐานแสดงว่าได้มีการทำสัญญาประกันภัยขึ้นแล้ว⁸¹ แต่กรมธรรม์ประกันภัยมิใช่สัญญาประกันภัย เพราะสัญญาประกันภัยได้เกิดขึ้นเมื่อผู้รับประกันภัยสนองรับคำเสนอของผู้เอาประกันภัย⁸² นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดถึงสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของกรมธรรม์ประกันภัยไว้ด้วย⁸³ ซึ่งกรมธรรม์ประกันภัย (Policy) เป็นเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานในการกำหนดรายละเอียด และสิทธิและหน้าที่ต่างๆตามสัญญาประกันภัย เช่น ความคุ้มครอง ข้อยกเว้นความคุ้มครอง และ เงื่อนไขการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น โดยทั่วไปกรมธรรม์ประกันภัยจะมี 2 ประเภท⁸⁴

1. กรมธรรม์ที่ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เอาประกันภัยตามภัยที่ระบุเท่านั้น (Named Perils Policy) ดังนั้น ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสาเหตุอื่นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ บริษัทประกันภัยจะพ้นภาระความรับผิดชอบไป ตัวอย่างเช่น กรมธรรม์อัคคีภัยอาคารจะระบุว่า “กรมธรรม์ฉบับนี้จะให้ความคุ้มครองความสูญเสียหรือความเสียหายโดยตรง (Direct Loss) ที่เกิดจากเพลิงไหม้หรือฟ้าผ่า หรือการระเบิดของแก๊สที่ใช้ทำแสงสว่างหรือประโยชน์เพื่อการอยู่อาศัยเท่านั้น” ถ้าต่อมาเกิดเหตุรถบรรทุกเบรกแตกกึ่งชนอาคารที่ได้ทำประกันนี้ เกิดความเสียหายคือบ้านพัง ในกรณีเช่นนี้ทรัพย์สินได้รับความเสียหาย แต่ไม่ได้รับการชดใช้จากบริษัทประกันภัย เพราะมิได้เกิดจากภัยประเภทใดประเภทหนึ่งที่ได้รับระบุไว้

2. กรมธรรม์ที่คุ้มครองการเสี่ยงภัยทุกชนิด (All Risk Policy) กรมธรรม์ประเภทนี้แตกต่างจากประเภทแรก คือ กรมธรรม์นี้ให้ความคุ้มครองกว้างขวาง เพราะจะไม่ระบุว่าคุ้มครองความเสียหายใด แต่จะระบุว่าไม่คุ้มครองความเสียหายจากภัยอะไร โดยจะนำภัยที่ไม่คุ้มครองไปกำหนดไว้ในข้อยกเว้นของกรมธรรม์ ซึ่งผู้ทำประกันจะต้องทำความเข้าใจเอาเองว่ากรณีไหนที่จะได้รับความคุ้มครอง

⁷⁹ ไซยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ประกันภัย (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า. 180.

⁸⁰ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

⁸¹ มาตรา 867 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁸² คำพิพากษาฎีกาที่ 3844/2528

⁸³ มาตรา 867 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁸⁴ จารุพร ไวยนันท์, การบริหารความเสี่ยงและการประกันภัย. (ภาควิชาการเงิน คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า. 68.

ข. ใบสัณหลัง เป็นสัญญาแนบท้ายกรมธรรม์ประกันภัย ซึ่งอาจมีการกำหนดเงื่อนไขพิเศษของการคุ้มครองที่มีผลให้ความคุ้มครองเพิ่มเติม โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาประกันภัย⁸⁵ ซึ่งสัญญาแนบท้ายนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนเหมือนกรมธรรม์ประกันภัย⁸⁶

ในปัจจุบันมีปัญหาในทางปฏิบัติแก่การกำหนดการประกันภัยในสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ โดยผู้เขียนแยกประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการประกันภัยดังนี้

4.3.1 การจัดทำประกันภัย

โดยส่วนใหญ่ สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐมักกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้จัดทำฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้เข้าไปมีส่วนร่วมตัดสินใจใดๆ เพียงแต่รับทราบผลของการจัดทำประกันภัยเท่านั้น ซึ่งแม้ว่าการจัดทำประกันภัยข้างต้นจะมีข้อดีคือ การจัดทำประกันภัยจะมีความรวดเร็วและสามารถควบคุมค่าใช้จ่ายได้ แต่ข้อเสียก็คือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถเจรจาต่อรองและขอให้เพิ่มเติมความคุ้มครองในกรมธรรม์ให้เหมาะสมกับการจัดสรรความเสี่ยง ทั้งๆที่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน รวมถึงทรัพย์สินและสิ่งปลูกสร้างของโครงการพัฒนาที่ดิน และมีส่วนได้เสียโดยตรงกับความคงอยู่ของทรัพย์สินหรือมีความรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของโครงการ ในบางสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนโครงการพัฒนาที่ดินที่มีการกำหนดเกี่ยวกับจัดทำประกันภัยความเสียหายแก่ทรัพย์สินโครงการและความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก เช่น⁸⁷ โครงการให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมพหลโยธิน และโครงการให้สิทธิใช้ประโยชน์อาคารเพื่อประกอบธุรกิจโรงแรม โดยทั้งสองโครงการมีข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยที่เหมือนกัน กล่าวคือ “เอกชนจะเป็นผู้จัดทำให้มีการประกันภัยอาคารสำหรับอัคคีภัยและวินาศภัยทุกประเภท (All Risks) เพื่อความสูญเสียหรือเสียหายต่ออาคาร ส่วนควบ เครื่องอุปกรณ์และงานระบบต่างๆตลอดระยะเวลาใช้ประโยชน์ตามสัญญา โดยมีเงื่อนไขและข้อกำหนดตลอดจนจำนวนเงินที่เอาประกันเต็มวงเงินในมูลค่าการปลูกสร้างทดแทนของอาคาร ส่วนควบ เครื่องอุปกรณ์และงานระบบต่างๆ ให้อยู่ในสภาพใหม่ (New Replacement Value Clause) ไม่รวมฐานราก โดยให้หน่วยงานรัฐเป็นผู้รับประโยชน์ รวมถึงการประกันภัยเพื่อความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินตลอดระยะเวลาการใช้ประโยชน์ตามสัญญา หากจำนวนเงินที่ได้รับจากบริษัทประกันภัยไม่เพียงพอต่อความรับผิดชอบดังกล่าว เอกชนจะต้องรับผิดชอบใช้เพิ่มเติมทั้งสิ้น

⁸⁵ ธาณี วรภัทร์, กฎหมายว่าด้วยประกันภัย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า. 52.

⁸⁶ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

⁸⁷ ร่างสัญญาโครงการให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมพหลโยธิน และโครงการให้สิทธิใช้ประโยชน์อาคารเพื่อประกอบธุรกิจโรงแรม, อ้างใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน” เล่ม 2, 22 พฤษภาคม 2556 หน้า และหน้า 129 - 174

แต่เพียงผู้เดียว” จะเห็นได้ว่า สัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้จัดทำประกันภัยแต่เพียงผู้เดียว โดยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีส่วนร่วมในการจัดทำประกันภัยดังกล่าว และในข้อสัญญานั้นไม่มีการระบุถึงรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่จะเป็นการควบคุมในการจัดทำประกันภัยทั้งก่อนและหลังการออกกรมธรรม์ประกันภัย และไม่มีการกำหนดความคุ้มครอง ความรับผิดชอบแรก ภัยที่คุ้มครอง และภัยที่เป็นข้อยกเว้นในแต่ละประเภทการประกันภัยไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในภายหลัง หากเอกชนจัดทำประกันภัยโดยขาดความเข้าใจในการทำประกัน เช่น กรณีมีการตกลงจำนวนเงินค่าเสียหายส่วนแรกที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในฐานะผู้เอาประกันต้องรับผิดชอบ (Excess หรือ Deductible) สูงเกินสมควร และการกำหนดข้อยกเว้นความคุ้มครองจนทำให้ความคุ้มครองของการประกันภัยไม่ครอบคลุมถึงความเสี่ยงและภัยที่สำคัญที่อาจเกิดขึ้นแก่โครงการ ทำให้ประกันภัยไม่อาจชดเชยความเสียหายหรือสูญหายอย่างแท้จริง

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ เจ้าหนี้เงินกู้โครงการ (Project Finance) มักจะกำหนดเงื่อนไขให้เอกชนจัดทำประกันภัยตามที่ตนกำหนด เพื่อสร้างความมั่นใจว่าเมื่อเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการแล้ว เจ้าหนี้จะได้รับความคุ้มครองที่ครอบคลุมเต็มจำนวนเงินกู้ที่ค้างชำระอยู่ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นจะต้องศึกษาลักษณะของเงื่อนไขการจัดทำประกันภัยให้มีความสอดคล้องกันระหว่างสัญญาเงินกู้กับสัญญาร่วมลงทุน เพื่อให้เป็นเงื่อนไขที่ยอมรับได้ของเจ้าหนี้เงินกู้ และไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียประโยชน์

โดยการศึกษาข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดทำประกันภัยของสัญญาร่วมลงทุน ผู้เขียนได้แบ่งการศึกษาออกเป็นสามส่วนคือ การควบคุมการจัดทำประกันภัยทั้งในส่วนก่อนออกกรมธรรม์ และหลังออกกรมธรรม์ การควบคุมการเปลี่ยนแปลงการทำประกันภัย และการจัดทำประกันภัยกับบริษัทที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นชอบ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.1.1 การควบคุมการจัดทำประกันภัย

จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศไทยมีการควบคุมก่อนออกกรมธรรม์ พบว่าข้อ 14.1 กำหนดให้สัญญาต้องระบุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องทำประกันภัยความเสี่ยงของโครงการตลอดระยะเวลาของสัญญา ทั้งในส่วนระยะเวลาดำเนินการก่อสร้าง และระยะเวลาดำเนินการของโครงการ ในจำนวนวงเงินเอาประกันภัย ประเภทการประกันภัยและข้อกำหนดขั้นต่ำที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดตามลักษณะของโครงการ โดยคู่สัญญาเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบในการจ่ายค่าเบี้ยประกันภัยดังกล่าว และกรมธรรม์ประกันภัย จะต้องระบุชื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้เอาประกันร่วม หรือเป็นผู้รับผลประโยชน์ร่วมด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่การดำเนินโครงการมีเจ้าหนี้โครงการผู้ให้ความสนับสนุนทางการเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เจ้าหนี้โครงการดังกล่าวมักจะมีเงื่อนไขให้ตนต้องเป็นผู้รับผลประโยชน์จากการประกันภัย

ในส่วนการควบคุมภายหลังจากออกกรรมธรรม์ พบว่า กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะต้องส่งมอบเอกสารเกี่ยวกับการประกันภัยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น กรรมธรรม์ หรือหลักฐานการต่ออายุกรรมธรรม์ เพื่อเป็นหลักฐานถึงการปฏิบัติตามสัญญาเมื่อสัญญามีผลบังคับใช้ หรือภายใน [7] วันนับแต่วันที่กรรมธรรม์ฉบับเดิมสิ้นความคุ้มครอง แล้วแต่กรณี

เช่นเดียวกับ National PPP Guidelines: Commercial Principles for Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย ที่มีการควบคุมการจัดทำประกันภัยก่อนออกกรรมธรรม์ พบว่าใน Section 22.1.1 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำและคงไว้ซึ่งการประกันภัยตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่น้อยไปกว่าที่ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยนี้กำหนดไว้เป็นขั้นต่ำทั้งในช่วงระยะเวลาการก่อสร้างและระยะเวลาการบริหารโครงการ และใน Section 22.1.6 กำหนดสาระสำคัญที่ต้องมีในกรรมธรรม์โดยจะต้องมีข้อกำหนดในเรื่องดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

- ข้อกำหนดเรื่องการปฏิบัติผิดเงื่อนไขและคำรับรอง เงื่อนไขการไม่ทำให้การทำประกันภัยนั้นเสื่อมเสียไปโดยรัฐต้องมีความคุ้มครองในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนแม้ว่าข้อเรียกร้องของเอกชนจะถูกปฏิเสธไปโดยผู้รับประกันแล้วก็ตาม (non-voidance provision) การสละสิทธิการไล่เบียดตามที่ได้รับคามยินยอมจากรัฐ

- ข้อกำหนดการแจ้งในกรณีที่มีการยกเลิก ไม่ต่ออายุ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการประกันภัย โดยจะต้องแจ้งให้รัฐทราบล่วงหน้า 30 วัน

- ข้อกำหนดในการขอรับการอนุมัติ/อนุญาตจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในการยกเว้นความรับผิด การทำบันทึกสลักหลัง หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ

และในส่วนการควบคุมภายหลังจากออกกรรมธรรม์ พบว่ามีกลไกที่กำหนดไว้เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากมาย อาทิ Section 22.1.2 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่เตรียมเอกสารสนับสนุนความมีผลของการทำประกันภัยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ กล่าวคือ การทำประกันภัยระหว่างก่อสร้าง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำเสนอเอกสารสนับสนุนความมีผลของการทำประกันภัยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐภายหลังจากวันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงิน (Financial Close) และตลอดอายุสัญญาจะต้องนำเสนอกรรมธรรม์ประกัน หลักฐานการชำระค่าเบี้ยประกัน ใบรับประกัน การต่ออายุกรรมธรรม์ประกัน พร้อมด้วยข้อมูลอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการทำประกันภัยเมื่อหน่วยงานร้องขออย่างมีเหตุผล และรัฐมีสิทธิเข้าตรวจสอบสิ่งเหล่านั้นได้ในระหว่างเวลาทำการ และใบสลักหลังใดๆ ที่เกี่ยวกับการทำประกันภัย พร้อมการรับรองข้อเท็จจริงของทุกประกันภัยจากบริษัทผู้รับประกันภัย หรือบริษัทนายหน้าประกันภัยสำหรับกรณีที่ไม่สามารถจัดส่งสำเนากรรมธรรม์ได้เพราะเป็นความลับทางการค้า

ยิ่งไปกว่านั้น ในส่วนของ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ ใน Section 17 ที่มีแนวคิดที่ว่า เจ้าหนี้ผู้สนับสนุนการลงทุนโครงการมักจะสร้างข้อกำหนดให้เอกชน จัดทำประกันภัยเพื่อความคุ้มครองที่เข้มงวดยิ่งกว่าข้อกำหนดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ไม่ควรจะยอมให้เจ้าหนี้ผู้สนับสนุนการลงทุนโครงการเป็นผู้ดูแลการประกันภัยในส่วนที่รัฐมีส่วนได้ เสีย ในกรณีนี้ จะต้องอาศัยคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญทางด้านประกันภัยในการกำหนดเรื่องการทำ ประกันภัยตั้งแต่ในขั้นตอนแรก (ก่อนขั้นตอนออกประกวดราคา) ดังนั้น ในคู่มือแนวทางจึงมี รายละเอียดของการควบคุมการจัดทำประกันภัยที่ชัดเจนและแน่นอน โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่าย เอกชนเป็นผู้จัดทำประกันภัยและเป็นผู้เอาประกันภัยอย่างมีแนวทางดังเช่นผู้ประกอบการที่ดี (Good Industry Practice) ด้วยค่าใช้จ่ายของเอกชนตามตารางข้อกำหนดมาตรฐานของการประกันภัย (Standard Required Insurance Schedule) ที่มีตัวอย่างกำหนดไว้ในเอกสารแนบท้าย 1 ของ Standardisation of PFI Contracts (SoPC) ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 4 - เดือนมีนาคม 2007 ซึ่งตาราง ข้อกำหนดดังกล่าวประกอบด้วยรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดหาและ คงไว้ซึ่งการประกันภัยตามประเภทของประกันภัย ความคุ้มครอง ที่เอาประกัน ความรับผิดชอบ แรก และภัยที่เป็นข้อยกเว้นในแต่ละประเภทการประกันภัย ซึ่งประเภทการทำประกันภัยที่กำหนดไว้ มีดังนี้

- การทำประกันภัยระหว่างการก่อสร้าง โดยก่อนที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเริ่มงาน ก่อสร้างหรือรื้อถอนงานในสถานที่ก่อสร้าง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทำประกันภัยการก่อสร้างความ เสี่ยงภัยทุกชนิดของผู้รับเหมา (Contractor's All Risks Insurance - CAR) ประกันภัยความล่าช้า (Delay In Start Up Insurance - DSU) ประกันความรับผิดตามกฎหมายต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากปฏิบัติงานก่อสร้าง (Construction Third Party Liability Insurance)

- การทำประกันภัยในระหว่างการให้บริการ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทำประกัน วินาศภัยความเสียหายทุกชนิดแก่ทรัพย์สินโครงการ (Property Damage Insurance) การประกันภัย ธุรกิจหยุดชะงัก (Business Interrupt Insurance) และการประกันภัยความรับผิดต่อสาธารณะ (public/products liability insurance)

และใน Section 17.11.2 กำหนดไว้ว่า การทำประกันภัยนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดย คำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญทางด้านประกันภัยจะต้องกำหนดสาระสำคัญในการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดำเนินการจัดทำกรรมธรรม์ประกันภัยเพิ่มเติมจากที่ตารางข้อกำหนดมาตรฐานกำหนดไว้ โดยจะต้อง ประกอบไปด้วยรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

- จำนวนที่จำกัดการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของการประกันภัยความรับผิด ต่อบุคคลที่สามอย่างเหมาะสม

- การเพิ่มหรือลดภัยที่เป็นข้อยกเว้นความคุ้มครอง
- การเพิ่มหรือลดการขยายความคุ้มครองตามลักษณะเฉพาะของโครงการอย่างเหมาะสม
- การกำหนดจำนวนค่าเสียหายส่วนแรกที่ผู้เอาประกันจะต้องรับผิดชอบ โดยให้กำหนดในระดับขั้นสูงสุดเท่าที่รับได้

ส่วนการจัดทำประกันภัยของเอกชนตามข้อกำหนดของเจ้าหนี้เงินกู้ พบว่า Section 17.2.3 ในกรณีที่เจ้าหนี้โครงการกำหนดให้เอกชนจัดทำประกัน เช่น การประกันภัยความล่าช้าโครงการและประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก เพื่อคุ้มครองค่าใช้จ่ายหรือมูลหนี้ที่คงค้างแก่เจ้าหนี้ ในระหว่างที่เกิดความล่าช้าของโครงการหรือในระหว่างที่เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ทรัพย์สินของโครงการ คู่สัญญาฝ่ายรัฐสมควรที่ผู้เอาประกันภัยร่วมตามที่ตนมีส่วนได้เสียภายใต้กรรมธรรม์ดังกล่าว

สำหรับการควบคุมภายหลังจากออกกรรมธรรม์ พบว่า Section 17.2 (f) – (g) กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการภายหลังการจัดทำกรรมธรรม์ โดยจะต้องนำเสนอกรรมธรรม์ของแต่ละประเภทประกันภัย พร้อมด้วยข้อมูลอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการทำประกันภัยหากคู่สัญญาฝ่ายรัฐร้องขออย่างมีเหตุผล และคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเข้าตรวจสอบสิ่งเหล่านั้นได้ในระหว่างเวลาทำการ รวมไปถึงนำเสนอหลักฐานการชำระค่าเบี้ยประกันและความมีผลบังคับใช้ของการทำประกันภัยทุกฉบับ พร้อมทั้งนำเสนอใบรับประกันการต่ออายุกรรมธรรม์ประกันตามที่ตารางข้อกำหนดมาตรฐานของการประกันภัยกำหนด พร้อมรับรองความถูกต้องตามธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐมายังคู่สัญญาฝ่ายรัฐในวันครบกำหนดการต่ออายุกรรมธรรม์หรือก่อนหน้านั้น และกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่แจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจำนวนที่เกินกำหนดไว้ พร้อมด้วยรายละเอียดที่ครบถ้วนของเหตุแห่งการเรียกร้องที่เกิดขึ้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายไทย การจัดทำประกันภัยจะต้องพิจารณาจากกรรมธรรม์ประกันภัยเป็นสำคัญโดยกรรมธรรม์เป็นเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานของสัญญาประกันภัยระหว่างผู้รับประกันภัยและผู้เอาประกันภัย และมีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ต่างๆตามสัญญาประกันภัย เช่น ข้อตกลง เงื่อนไข และข้อยกเว้นของคู่สัญญา ความคุ้มครอง ข้อยกเว้นความคุ้มครอง และเงื่อนไขการชดเชยค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น และกฎหมายบังคับให้บริษัทผู้รับประกันภัยจะต้องส่งมอบกรรมธรรม์ที่มีเนื้อความต้องตามสัญญาประกันภัยนั้นให้แก่ผู้เอาประกันภัย⁸⁸ ดังนั้น การใช้สิทธิ

⁸⁸ มาตรา 867 อันสัญญาประกันภัยนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

ให้ส่งมอบกรรมธรรม์ประกันภัยอันมีเนื้อความต้องตามสัญญานั้นแก่ผู้เอาประกันภัยฉบับหนึ่ง

เรียกให้รับผิดชอบตามสัญญาประกันภัยมักใช้กรรมธรรม์ประกันภัยเป็นหลักฐานในการฟ้องร้อง และเป็นหลักฐานในการพิสูจน์ข้อตกลงหรือเงื่อนไขตามสัญญา ซึ่งแม้จะไม่มีกรรมธรรม์ประกันภัย คู่สัญญาอาจใช้ใบเสร็จรับเงินเป็นหลักฐานฟ้องร้องคดีได้⁸⁹ แต่อาจเป็นข้อเสียเปรียบในการพิสูจน์และสนับสนุนข้อกล่าวอ้างพยานหลักฐานในการเรียกให้รับผิดชอบ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดที่ควบคุมการจัดทำการประกันภัยทั้งในส่วนก่อนออกกรรมธรรม์และหลังออกกรรมธรรม์ และข้อกำหนดอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำประกันภัยให้ครอบคลุมหรือคุ้มครองอย่างเหมาะสมแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

ผู้เขียนเห็นว่า หากนำหลักเกณฑ์การควบคุมการจัดทำการประกันภัยของ คู่มือแนวทางประเทศอังกฤษมาใช้กำหนดเงื่อนไขของสัญญาร่วมลงทุน ก็จะทำให้เกิดความรอบคอบรัดกุม และมีความชัดเจนในการจัดทำทำการประกันภัย โดยการควบคุมก่อนออกกรรมธรรม์ คู่สัญญาฝ่ายรัฐควรกำหนดประเภทของการประกันภัยที่ต้องมีเป็นอย่างน้อยในแต่ละช่วงของการดำเนินโครงการในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ และกำหนดสาระสำคัญของกรรมธรรม์ประกันภัยซึ่งจะประกอบไปด้วยเงื่อนไข คือ ความคุ้มครอง จำนวนเงินเอาประกันภัย และความรับผิดชอบส่วนแรก รวมถึงข้อยกเว้นความรับผิดของผู้รับประกันภัยอย่างเหมาะสม โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจัดทำเป็นตารางข้อกำหนดการจัดทำการประกันภัยไว้ตั้งแต่แรกโดยอาศัยผู้เชี่ยวชาญทางด้านประกันภัย เพื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถเตรียมค่าใช้จ่ายไว้สำหรับส่วนนี้และจัดทำประกันภัยได้ถูกต้องครบถ้วน

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่โครงการมีความประสงค์ที่จะกำหนดเงื่อนไขเพื่อเป็นการคุ้มครองหนี้เงินกู้และค่าใช้จ่ายที่เอกชนมีภาระผูกพันตามสัญญากู้เงินโครงการ ในคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษยอมรับเงื่อนไขของเจ้าหน้าที่เงินกู้โครงการเกี่ยวกับการจัดทำประกันภัยโครงการ เช่น การประกันภัยความล่าช้าโครงการและประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก เพื่อคุ้มครองค่าใช้จ่ายหรือมูลหนี้ที่คง

กรรมธรรม์ประกันภัย ต้องลงลายมือชื่อของผู้รับประกันภัยและมีรายการดังต่อไปนี้

- (1) วัตถุประสงค์เอาประกันภัย
- (2) ภัยใดซึ่งผู้รับประกันภัยรับเสี่ยง
- (3) ราคาแห่งมูลประกันภัย ถ้าหากได้กำหนดกันไว้
- (4) จำนวนเงินซึ่งเอาประกันภัย
- (5) จำนวนเบี้ยประกันภัย และวิธีส่งเบี้ยประกันภัย
- (6) ถ้าหากสัญญาประกันภัยมีกำหนดเวลา ต้องลงเวลาเริ่มต้นและเวลาสิ้นสุดไว้ด้วย
- (7) ชื่อหรือชื่อของคู่รับประกันภัย
- (8) ชื่อหรือชื่อของคู่เอาประกันภัย
- (9) ชื่อของผู้รับประกันภัย ถ้าจะพึงมี
- (10) วันทำสัญญาประกันภัย
- (11) สถานที่และวันที่ได้ทำกรรมธรรม์ประกันภัย

⁸⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2661/2532

ค้ำแก่เจ้าหนี้ ในระหว่างที่เกิดความล่าช้าของโครงการหรือในระหว่างที่เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ทรัพย์สินของโครงการได้ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญากู้เงินเพื่อนำมาใช้ลงทุนก่อสร้างและเป็นค่าใช้จ่ายของโครงการ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องจ่ายค่าจ้าง เจ้าหนี้จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียหากโครงการเกิดความเสียหายทั้งหมดและคู่สัญญาไม่ประสงค์จะดำเนินโครงการต่อไป หากสัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐแต่เพียงผู้เดียวที่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน โดยคู่สัญญาเอกชนไม่มีสิทธินำเงินค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวมาคืนให้แก่เจ้าหนี้เงินกู้ ย่อมจะทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้เงินกู้ในการเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระหนี้เงินกู้ที่ค้ำชำระทั้งหมดคืนแก่ตน ก็ยากที่เจ้าหนี้จะยอมปล่อยเงินกู้ให้แก่เอกชน ดังนั้น เพื่อเป็นการสนับสนุนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการจัดหาแหล่งเงินทุน ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดให้เจ้าหนี้เงินกู้มีสิทธิรับความคุ้มครองตามจำนวนที่คู่สัญญาเอกชนค้ำชำระหนี้ดังกล่าวได้ ซึ่งการกำหนดในลักษณะนี้ไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียประโยชน์

ส่วนการควบคุมภายหลังจากออกกรมธรรม์ คู่มีแนวทางกำหนดไปในแนวทางที่สอดคล้องกัน และผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสม โดยควรกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำส่งสำเนากรมธรรม์ประกันภัย และหลักฐานการชำระค่าเบี้ยประกันภัย พร้อมทั้งใบสลักหลังใดๆที่มีความเกี่ยวข้องกับการทำประกันภัยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐทันทีที่ทำสัญญาในกรณีช่วงการก่อสร้าง หรือก่อนวันครบกำหนดต่ออายุประกันภัยในกรณีการต่ออายุประกันภัย แล้วแต่กรณี เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ตรวจสอบความถูกต้องของการจัดทำประกันภัย และกำกับติดตามให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆของกรมธรรม์ เพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดเงื่อนไขของสัญญาประกันภัยอันเป็นเหตุให้ผู้รับประกันภัยปฏิเสธการชดเชยค่าสินไหมทดแทน

4.3.1.2 การควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของประกันภัย

จากการศึกษาคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนรูปแบบ PPPs พบว่าข้อ 14.3 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิเปลี่ยนแปลงใดๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขของการประกันภัย เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะให้ความยินยอมเสียก่อน

จากการศึกษา National PPP Guidelines: Commercial Principles for Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลียพบว่า Section 22.1.4 กำหนดไว้ว่าเมื่อมีการอนุมัติเห็นชอบในการจัดทำประกันภัยเรียบร้อยแล้ว ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำการใดๆเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการประกันภัยในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เช่น ขอบเขตของความคุ้มครอง (Scope of cover) การจำกัดความรับผิด (limit/sub-limits to liability) และความรับผิดในความเสียหายส่วนแรก (deductible levels) เว้นแต่จะได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ปฏิเสธการให้ความยินยอมอย่างไม่มีเหตุผล

และจากการศึกษา Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ ใน Section 17.2 (d) (iv) และเอกสารแนบท้ายหนึ่งของข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยส่วนที่สามว่าด้วย ใบสติกหลัง ของ Standardisation of PF1 Contracts พบว่า หลักเกณฑ์ในการควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการประกันภัย ในกรณีที่มีการยกเลิก การไม่ต่ออายุ การลดความคุ้มครอง เพิ่มจำนวนค่าเสียหายส่วนแรก คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและบริษัทผู้รับประกันภัยจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ให้รัฐทราบล่วงหน้า 30 วันก่อนการยกเลิก การบอกเลิกหรือการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขกรมธรรม์ประกันภัย รวมถึงการกำหนดให้บริษัทผู้รับประกันภัยแจ้งเกี่ยวกับการกระทำหรือการงดเว้นกระทำการใดๆของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเป็นเหตุที่ทำให้สัญญาประกันภัยไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย หรือทำให้บริษัทผู้รับประกันภัยใช้กล่าวอ้างหรือยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดตามสัญญาประกันภัยไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดของผู้รับประกันภัย แยกออกเป็น 2 กรณี⁹⁰ คือ การยกเว้นความรับผิดโดยผลของกฎหมาย ตามมาตรา 879 คือ ความวินาศภัยหรือเหตุที่ตกลงรับประกันเกิดขึ้นเพราะความทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับประกันภัย หรือความวินาศภัยหรือเหตุที่ตกลงรับประกันเกิดขึ้นเพราะความไม่สมประกอบในเนื้อแห่งวัตถุที่เอาประกันภัย เช่น เอาประกันวินาศภัยสำหรับบ้าน ต่อมาบ้านหลังนั้นพังลงมาเนื่องจากผู้รับเหมาก่อสร้างใช้ไม้ผุๆ มาสร้างไว้ถือว่าวินาศภัยนั้นเนื่องจากความไม่สมประกอบในเนื้อแห่งวัตถุที่เอาประกันภัย เป็นต้น กับอีกกรณีคือ การยกเว้นความรับผิดโดยผลของสัญญา ที่กำหนดให้สิทธิผู้รับประกันภัยปฏิเสธการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ถ้าผู้รับประกันภัยพบว่าผู้เอาประกันภัยไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญาหรือกรมธรรม์ประกันภัย ซึ่งถือเป็นการผิดคำรับรอง (Breach of Warranty) และเงื่อนไขหรือข้อตกลงนั้นได้กำหนดในสัญญาอย่างชัดแจ้งว่าผู้รับประกันมีสิทธิปฏิเสธการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ เช่น ผู้เอาประกันภัยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกรมธรรม์ที่มีการกำหนดให้ผู้เอาประกันภัยต้องแจ้งให้ผู้รับประกันภัยทราบหากมีการเอาทรัพย์สินที่เอาประกันภัยนั้นไปเอาประกันภัยเพิ่มแก่บริษัทประกันภัยอื่น และจะต้องให้ผู้รับประกันภัยบันทึกรายการประกันภัยเพิ่มนั้นไว้ในกรมธรรม์ประกันภัย มิฉะนั้นผู้รับประกันภัยจะพ้นจากความรับผิด⁹¹ หรือในกรมธรรม์ประกันภัยการก่อสร้างของผู้รับเหมา มีการตกลงกับผู้รับประกันภัยไว้ว่าการก่อสร้างจะใช้วัสดุอุปกรณ์อย่างหนึ่ง แต่

⁹⁰ ไซยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ประกันภัย, หน้า. 211.

⁹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9520/2544

ผู้รับเหมากลับไปใช้วัสดุอุปกรณ์อีกอย่างหนึ่ง⁹² หากบริษัทผู้รับประกันตรวจพบว่าผู้เอาประกันภัยไม่ปฏิบัติให้ครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ย่อมมีผลทำให้ผู้รับประกันภัยพ้นจากความรับผิดชอบตามกรมธรรม์ประกันภัย

หากประเทศไทยนำกลไกเกี่ยวกับการควบคุมการเปลี่ยนแปลงการทำประกันภัยของประเทศอังกฤษมาใช้จะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพราะภายหลังการจัดทำประกันภัยเรียบร้อยแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจกระทำการใดๆไม่เป็นไปตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญาหรือกรมธรรม์ประกันภัยอันเป็นการทำผิดข้อรับรองแล้ว หากบริษัทผู้รับประกันภัยตรวจพบภายหลังจากมีการเรียกค่าสินไหมทดแทน ย่อมมีสิทธิปฏิเสธการจ่ายค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น จึงควรให้สิทธิคู่สัญญาเอกชนสามารถแก้ไขเงื่อนไขกรมธรรม์ประกันภัยเมื่อตนไม่สามารถกระทำตามเงื่อนไขได้อีกต่อไป หรือต้องการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข โดยจะต้องรีบแจ้งเหตุแห่งการไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือเหตุแห่งการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขกรมธรรม์ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐพิจารณาก่อนดำเนินการใดๆกับบริษัทผู้รับประกันภัย รวมทั้ง ควรกำหนดให้ทุกกรมธรรม์ประกันภัยจะต้องมีเงื่อนไขให้บริษัทผู้รับประกันภัยแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกระทำหรือการงดเว้นกระทำการใดๆอันเป็นเหตุที่ทำให้สัญญาประกันภัยไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย หรือทำให้บริษัทผู้รับประกันภัยใช้กล่าวอ้างหรือยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญาประกันภัย เพื่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะได้กำกับติดตามให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาประกันภัยให้ถูกต้อง ทั้งนี้ หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังไม่แก้ไขให้ถูกต้องย่อมเป็นเหตุในการปฏิบัติผิดเงื่อนไขของสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลิกสัญญาได้

4.3.1.3 การพิจารณาให้ความเห็นชอบบริษัทรับประกันภัย

จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศไทยพบว่า ข้อ 14.1 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยความเสี่ยงของโครงการตลอดระยะเวลาของสัญญากับบริษัทประกันภัยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นชอบ

ในทำนองเดียวกับ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษพบว่า Section 17.4 มีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยกับบริษัทผู้รับประกันภัยที่มีชื่อเสียงในทางที่ดี โดยได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่ระงับหรือปฏิเสธการให้ความเห็นชอบโดยปราศจากเหตุผล และ National PPP Guidelines:

⁹² วินิจ ร่วมพงษ์พัฒนา, "การวางแผนการตอบสนองความเสี่ยงโดยใช้การประกันภัยก่อสร้าง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิศวกรรมโยธา ภาควิชาวิศวกรรมโยธา คณะวิศวกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า. 103.

Commercial Principles for Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย พบว่า Section 22.1.3 เรื่อง Reputable insurer กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยกับบริษัทผู้รับประกันภัยที่เป็นบริษัทที่มีชื่อเสียงและน่าเชื่อถือ (Reputable Insurer) โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายใต้เงื่อนไขที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนด

ผู้เขียนเห็นว่า หากประเทศไทยนำคู่มือแนวทางของประเทศไทยประกอบกับและแนวทางของต่างประเทศมาปรับใช้ในการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบบริษัทผู้รับประกันภัยซึ่งจะต้องเป็นบริษัทที่มีชื่อเสียงและน่าเชื่อถือ ก็จะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดความรู้และเลือกทำประกันภัยกับบริษัทประกันภัยที่ไม่มีชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือซึ่งจะดีต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเนื่องจากเบี้ยประกันภัยจะถูกกว่าท้องตลาดประกันภัยทั่วไป แต่ถ้าบริษัทประกันภัยดังกล่าวถูกปิดหรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตย่อมทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่ง ณ ปัจจุบันมีบริษัทประกันภัยที่ถูกปิดไปแล้วหลายแห่ง อาทิเช่น บริษัทสัมพันธ์ประกันภัยปิดเมื่อปี 2552 บริษัท ลิเบอร์ตีประกันภัยและบริษัท วิคเตอร์ี ประกันภัย (ประเทศไทย) ปิดปี 2554 บริษัทส่งเสริมประกันภัย ปี 2556 และบริษัทยูเนียนอินเตอร์ประกันภัย ปี 2557⁹³ หรือถูกสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย หรือ คปภ. ออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันภัย เช่น บริษัทสัญญาประกันภัย จำกัด (มหาชน) ถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันภัย⁹⁴ ดังนั้น จึงควรมีข้อกำหนดการจัดทำประกันภัยกับบริษัทผู้รับประกันภัยที่เป็นบริษัทที่มีชื่อเสียงและน่าเชื่อถือโดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อนที่จะดำเนินการจัดทำประกันภัยดังกล่าว เพื่อลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและเกิดความเสียหายต่อโครงการ

4.3.2 การทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก

โดยส่วนใหญ่ สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินไม่มีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่จัดทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก ซึ่งจะกำหนดแต่เพียงให้เอกชนจัดทำประกันภัยเฉพาะการประกันภัยทรัพย์สินโครงการและการประกันภัยเพื่อความรับผิดชอบบุคคลภายนอก เช่น โครงการให้สิทธิใช้ประโยชน์ศูนย์การค้าบริเวณสามเหลี่ยมพหลโยธิน และ

⁹³ บริษัท ไทยอินชัวร์เรอส์ต้าต้าเนท จำกัด, "บริษัทประกันล้มหนี้สูงกว่าพันล้านกองทุนวินาศภัยอ่วม-เพิ่มเงินสมทบ 0.25% อุ้มลูกค้า" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 1 พฤษภาคม 2559 วันที่ 16 มิถุนายน 2554. แหล่งที่มา: <https://www.insure.co.th/index.php/2010-07-19-04-12-06/2010-07-19-04-30-01/insnews/1546--025->

⁹⁴ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย, "รมว.คลัง ลงดาบเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย บริษัท สัญญาประกันภัย จำกัด (มหาชน)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 เมษายน 2559 แหล่งที่มา: <http://www.oic.or.th/consumer/news/releases/85318>.

โครงการให้สิทธิใช้ประโยชน์อาคารเพื่อประกอบธุรกิจโรงแรม⁹⁵ มีการกำหนดให้เอกชนจัดทำประกันภัยเฉพาะการประกันภัยทรัพย์สินโครงการและการประกันภัยเพื่อความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ซึ่งมีข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยที่เหมือนกัน ซึ่งกำหนดไว้ว่า “เอกชนจะเป็นผู้จัดให้มีการประกันภัยอาคารสำหรับอัคคีภัยและวินาศภัยทุกประเภท (All Risks) เพื่อความสูญเสียหรือเสียหายต่ออาคาร ส่วนควบ เครื่องอุปกรณ์และงานระบบต่างๆ ตลอดระยะเวลาใช้ประโยชน์ตามสัญญา รวมถึงการประกันภัยเพื่อความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินตลอดระยะเวลาการใช้ประโยชน์ตามสัญญา หากจำนวนเงินที่ได้รับจากบริษัทประกันภัยไม่เพียงพอต่อความรับผิดชอบดังกล่าว เอกชนจะต้องรับผิดชอบใช้เพิ่มเติมทั้งสิ้นแต่เพียงผู้เดียว”

แม้ว่าจะมีการกำหนดให้ทำประกันวินาศภัยสำหรับทรัพย์สินสำคัญของโครงการที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ เพื่อชดใช้ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการและลดข้อพิพาทและการฟ้องร้องในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหาย แต่ในขณะเดียวกัน การเกิดวินาศภัยทำให้ทรัพย์สินของโครงการเสียหาย ซึ่งการจะซ่อมแซม เปลี่ยนทดแทน รวมทั้งกู้ระบบงานให้กลับคืนสู่สภาพดั้งเดิมก็ต้องใช้เวลาดำเนินการพอสมควร ในช่วงนี้การประกอบธุรกิจอาจจำเป็นต้องหยุดทำการหรือมีผลกระทบต่อประกอบการประจักษ์ ซึ่งจากการหยุดชะงักของธุรกิจจะเกิดความเสียหายที่สืบเนื่องจากความเสียหายต่อทรัพย์สิน เช่น การลดลงของผลกำไรในการบริหารโครงการอันเนื่องมาจากการสูญเสียรายได้ และการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน ยิ่งหากต้องใช้ระยะเวลาในการทำให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่สภาพเดิม ยิ่งทำให้ธุรกิจสูญเสียรายได้ รับภาระในค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น และอาจเสียหายจากการที่ธุรกิจหยุดชะงักถึงขั้นล้มละลาย ซึ่งการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากการประกันภัยทรัพย์สินไม่คุ้มครองถึงความเสียหายที่สืบเนื่องจากความเสียหายต่อทรัพย์สินดังกล่าว

ในปัจจุบัน ความเสียหายที่สืบเนื่องจากความเสียหายต่อทรัพย์สินสามารถสามารถถ่ายโอนโดยวิธีการทำประกันภัยได้ โดยการทำประกันภัยที่เรียกว่า การประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก ที่จะทำให้ความคุ้มครองความสูญเสียทางการค้า (รายได้ของผู้เอาประกันภัย) เมื่อธุรกิจหยุดชะงัก อันเป็นผลสืบเนื่องจากความเสียหายที่เกิดต่อทรัพย์สินที่เอาประกันภัยไว้และเป็นทรัพย์สินที่มีผลต่อการค้าของผู้เอาประกันภัย โดยมีวัตถุประสงค์ของการประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักคือเพื่อให้ผู้เอาประกันภัยกลับสู่สถานะทางการเงินดั้งเดิม เสมือนหนึ่งมิได้มีอัคคีภัยหรือภัยอื่นๆที่เอาประกันภัยเกิดขึ้น⁹⁶

⁹⁵ อ้างแล้ว.

⁹⁶ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย, "การประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก" [ออนไลน์].

จากการศึกษาความคุ้มครองในข้อกำหนดสัญญาเกี่ยวกับการทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก จะเห็นได้ว่าการประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักมุ่งคุ้มครองความเสียหายสืบเนื่องจากความเสียหายต่อทรัพย์สิน 2 ประการคือ การสูญเสียรายได้ของกิจการ (loss of anticipated Revenue) และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น (the economic additional expenditure) เกิดขึ้นระหว่างระยะเวลาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล กล่าวคือ จำนวนค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้นจะเสียไปไม่มากกว่าจำนวนรายได้ที่จะได้กลับมา⁹⁷

อย่างไรก็ตาม หากสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินมิได้มีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่จัดการประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก และคู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดให้คู่สัญญาเอกชนจัดทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักในภายหลัง โดยไม่มีการเจรจาไว้ตั้งแต่แรก ซึ่งอาจสร้างความไม่เข้าใจและสร้างค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งจะเป็นปัญหาในระหว่างการบริหารโครงการ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก เพื่อลดความเสี่ยงและความสูญเสียทางการค้าที่สืบเนื่องจากความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เอาประกันภัยไว้ โดยศึกษาแนวทางของต่างประเทศ กล่าวคือ

จากการศึกษา Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ พบว่า Section 17.11.1 ที่กำหนดให้นำตารางข้อกำหนดมาตรฐานของการทำประกันภัยที่เป็นเอกสารแนบท้ายของ Standardisation of PFI Contracts (SoPC) version 4 – March 2007; Annex 1 STANDARD REQUIRED INSURANCE SCHEDULE มาใช้ ซึ่งในส่วนของ 2 เรื่องการทำประกันภัยในระหว่างการให้บริการในตารางข้อกำหนดมาตรฐานของเอกสารแนบท้ายดังกล่าว กำหนดให้คู่สัญญาเอกชนจัดหาและคงไว้ซึ่งการประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก ซึ่งจะต้องระบุนความคุ้มครองในส่วนการลดลงของผลกำไรของกิจการอันเนื่องมาจากยอดลดลงของรายได้ในช่วงระหว่างการดำเนินกิจการทางพาณิชย์ที่ให้ความคุ้มครองสืบเนื่องมาจากกรรมธรรม์ประกันภัยความเสียหายต่อทรัพย์สิน และในส่วนการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานที่จำเป็นและสมเหตุสมผลเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาความเสียหายจากการลดลงของรายได้ในระหว่างระยะเวลาชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ ไม่เกินกว่าจำนวนที่ได้จากการปรับอัตรากำไรขั้นต่ำกับจำนวนที่สามารถรักษาไว้ได้ โดยระบุให้จำนวนทุนเอาประกันจะต้องเป็นจำนวนที่ครอบคลุมระยะเวลาขั้นต่ำที่ชดเชยอย่างเพียงพอ และมีการระบุระยะเวลาขั้นต่ำที่จะชดเชยโดยให้มีระยะเวลา 12 เดือน รวมทั้งการเริ่มต้นระยะเวลาที่ให้คุ้มครองของการประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักที่กำหนดให้เริ่มต้นตั้งแต่วันที่เริ่ม

⁹⁷ David Cloughton Riley on Business Interruption Insurance, 8th ed. (London: Sweet & Maxwell Limited, 1999), p 3 อ้างใน จิระศักดิ์ เสมอมีสุข, "สัญญาประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก: ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า. 55.

ดำเนินกิจการทางพาณิชย์ และให้จัดการต่ออายุการประกันภัยเป็นรายปีเว้นแต่จะมีการตกลงเป็นอย่างอื่น

เมื่อพิจารณาการทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักที่ให้ความคุ้มครองในส่วนการลดลงของผลกำไรของกิจการอันเนื่องมาจากยอดลดลงของรายได้ในการดำเนินการทางธุรกิจการค้า ซึ่งในขณะที่ทำสัญญาประกันภัยนั้นยังไม่เกิดกำไร แต่ก็ถือว่าเป็นส่วนได้เสียในอนาคตซึ่งอาจประมาณการได้ตามนัยยะของมาตรา 869⁹⁸ แห่งบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535⁹⁹ ซึ่งการที่ธุรกิจต่างๆในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐหยุดชะงักทำให้มีการลดลงของผลกำไรของกิจการอันเนื่องมาจากยอดลดลงของรายได้ นอกจากจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่การประกอบธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว ยังก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการสูญเสียค่าเช่าและรายได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ย่อมถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีส่วนได้เสียโดยตรงจากเหตุที่ธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหยุดชะงักดังกล่าวด้วย ดังนั้น หากมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักเหมือนกับคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษกำหนด จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพราะระหว่างที่เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของโครงการคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับคุ้มครองความเสียหายที่สืบเนื่องจากความเสียหายต่อทรัพย์สินด้วย ทั้งการสูญเสียรายได้ของกิจการและชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น อีกทั้งยังสามารถชำระค่าตอบแทนตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยจะต้องกำหนดเงื่อนไขของการประกันภัยธุรกิจหยุดชะงักซึ่งจะต้องประกอบด้วย จำนวนทุนเอาประกัน และระยะเวลาขั้นต่ำที่จะชดเชย รวมทั้งระยะเวลาการเริ่มมีผลของประกันภัยที่กำหนดให้เริ่มต้นตั้งแต่วันเริ่มดำเนินกิจการทางพาณิชย์ และกำหนดการต่ออายุการประกันภัยเป็นรายปี ซึ่งแม้ว่ากลไกดังกล่าวจะเป็นการสร้างภาระและเพิ่มค่าใช้จ่ายในการดำเนินโครงการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากขึ้น แต่เมื่อพิจารณาระหว่างข้อดีกับข้อเสียที่จะเกิดขึ้นแล้ว กลไกนี้ไม่ถือเป็นการสร้างภาระมากเกินไป และจะเป็นประโยชน์มากกว่าหากนำมาปรับใช้ในการกำหนดให้มีการทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก ซึ่งจะทำให้การบริหารโครงการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

4.3.3 การใช้ค่าสินไหมทดแทน

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการกำหนดเรื่องการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ชัดเจน ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมด

⁹⁸ มาตรา 869 แห่งบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “อันคำว่า วินาศภัยในหมวดนี้ ท่านหมายรวมเอาความเสียหายอย่างใด ๆ บรรดาซึ่งจะพึงประมาณเป็นเงินได้”

⁹⁹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 บัญญัติไว้ว่า “วินาศภัย หมายความว่า ความเสียหายอย่างใด ๆ บรรดาที่จะพึงประมาณเป็นเงินได้ และหมายความรวมถึงความสูญเสียในสิทธิ ผลประโยชน์ หรือรายได้ด้วย”

และมีการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกรมธรรม์ประกันภัยทรัพย์สินที่มักจะกำหนดให้มีการซ่อมแซมทรัพย์สินของโครงการให้กลับคืนสู่สภาพดีดังเดิม ซึ่งอาจเกิดปัญหาต่อโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่อาจเกิดขึ้นได้ซึ่งหากไม่มีการกำหนดรายละเอียดให้ชัดเจนในการควบคุมการดำเนินการซ่อมแซมและการกำกับดูแลการซ่อมแซมอาจทำให้การใช้เงินดังกล่าวเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพและเกิดปัญหาการตีความของศาล ซึ่งผู้เขียนแยกหัวข้อพิจารณา ดังนี้

4.3.3.1 การควบคุมและกำกับดูแลการซ่อมแซม

สืบเนื่องจากข้อสัญญาส่วนใหญ่ของโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐไม่มีความชัดเจนของการกำหนดรายละเอียดการดำเนินการซ่อมแซมและการกำกับดูแลการซ่อมแซม ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างข้อสัญญาดังต่อไปนี้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินบางส่วนและยังสามารถประโยชน์ศูนย์การค้าได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องซ่อมศูนย์การค้าไม่ว่าจะเป็นการซ่อมแซมใหญ่หรือเป็นการซ่อมแซมเล็กน้อยให้กลับคืนสู่สภาพดีและสมบูรณ์เรียบร้อย โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะนำเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากบริษัทประกันภัยมามอบให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามจำนวนที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับจริงและมีเหตุผลอันสมควร แต่ไม่เกินกว่าจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับมาจากบริษัทประกันภัย

จากข้อสัญญาดังกล่าว จะเห็นว่า กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ใช้เงินค่าสินไหมทดแทนเพื่อซ่อมแซมทรัพย์สินของโครงการให้กลับคืนสู่สภาพดีและสมบูรณ์เรียบร้อย แต่ไม่มีการควบคุมและกำกับดูแลการซ่อมแซมไว้อย่างเหมาะสมเพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะใช้เงินเพื่อซ่อมแซมฟื้นฟูทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับโครงการ โดยไม่นำเงินดังกล่าวไปใช้เพื่อกิจการอย่างอื่นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และดำเนินการซ่อมแซมฟื้นฟูให้การประกอบธุรกิจกลับสู่สภาพเดิมโดยเร็ว

จากการศึกษาคู่มือแนวทาง National PPP Guidelines: Commercial Principles for Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย พบว่า Section 21.1.2 กำหนดให้การใช้เงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการเรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัยจะต้องถูกนำมาใช้โดยตรงเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูซ่อมแซมทรัพย์สินให้กลับคืนสู่สภาพเดิม โดยจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจะต้องนำไปเข้าบัญชีที่แยกต่างหากซึ่งเป็นบัญชีที่เปิดในชื่อของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เปิดกับสถาบันการเงินที่ได้รับความเห็นชอบโดยรัฐ

ส่วน Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ พบว่า Section 17.5 ที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องใช้เงินค่าสินไหมที่เรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัยคุ้มครองความเสียหายทางกายภาพต่อทรัพย์สินของโครงการ (Application of Insurance Proceeds) เพื่อการซ่อมแซม (repair) ฟื้นฟู (reinstate) และทดแทน (replace) ไม่ว่าจะเป็นบางส่วนหรือทั้งหมด

ของทรัพย์สินโครงการเพื่อการก่อสร้างทดแทนหรือซ่อมแซมฟื้นฟูโครงการให้กลับมาสู่สภาพเดิม และใน Section 17.5 (c) (ii) กำหนดให้มีการจัดทำแผนการฟื้นฟูซ่อมแซม (Reinstatement work) โดยภายหลังจากที่เกิดเหตุที่เอาประกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดส่งแผนในการก่อสร้างซ่อมแซม การฟื้นฟู การก่อสร้างทดแทนทรัพย์สินของโครงการภายใน [28] วันนับแต่วันที่ได้เรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหม และใน Section 17.5.3 ประกอบกับ Section 17.5 (d) กำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันเจรจาเกี่ยวกับวิธีในดำเนินการฟื้นฟูซ่อมแซมโครงการซึ่งเป็นไปตามวิธีการให้ความยินยอมในการฟื้นฟูซ่อมแซมโครงการและข้อกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของงาน (Construction Specification) ที่คู่สัญญากำหนดไว้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องให้ความช่วยเหลืออย่างดีที่สุดในการทำให้แผนการฟื้นฟูซ่อมแซมบรรลุวัตถุประสงค์

รวมทั้ง Section 17.5.4 มีการกำหนดให้เงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้จากกรมธรรม์คุ้มครองความเสียหายทางกายภาพแก่ทรัพย์สินโครงการแบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือแบ่งออกเป็นเงินค่าสินไหมทดแทนวงเงินขั้นต่ำกับเงินค่าสินไหมทดแทนที่เกินจากวงเงินขั้นต่ำ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันกำหนดจำนวนเงินขั้นต่ำตามความเหมาะสม โดยหากเงินค่าสินไหมทดแทนนั้นมีจำนวนที่ต่ำกว่าจำนวนเงินขั้นต่ำที่กำหนดไว้ เงินดังกล่าวจะถูกจ่ายตรงไปยังผู้เรียกร้อง หากเงินค่าสินไหมทดแทนมีจำนวนที่เกินจากวงเงินขั้นต่ำ เงินนั้นจะถูกโอนเข้าบัญชีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเปิดร่วม ยกเว้นการเรียกร้องตามประกันความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามซึ่งปกติจะจ่ายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ การกำหนดจำนวนเงินขั้นต่ำเพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่ไม่จำเป็น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขในการควบคุมการดำเนินการซ่อมแซมและการกำกับดูแลการซ่อมแซมของประเทศอังกฤษ เป็นเงื่อนไขที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาร่วมลงทุนโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ โดยการกำหนดให้มีการจัดทำแผนฟื้นฟูโครงการและข้อกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของงานเพื่อความชัดเจนและความมั่นใจว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะดำเนินการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับมานั้นอย่างถูกต้องครบถ้วน และในขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถดำเนินการตามแผนงานดังกล่าวได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องให้ความช่วยเหลืออย่างดีที่สุดในการทำให้แผนการฟื้นฟูซ่อมแซมบรรลุวัตถุประสงค์ซึ่งจะทำให้การใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

4.3.3.2 การเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้ค่าสินไหมทดแทน

เนื่องจากปัจจุบัน ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่องข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนฯ ไม่มีหลักเกณฑ์ที่เป็นวิธปฏิบัติในการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัยคุ้มครองความเสียหายทางกายภาพต่อทรัพย์สินของโครงการ จึงต้องพิจารณาหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนการประกันวินาศภัย (Contract of indemnity) ในกรณีที่เกิดภัยหรือความเสียหายตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาประกันวินาศภัย ผู้รับประกันภัยจะ

ชดใช้ทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่ไม่เกินจำนวนเงินที่ตกลงไว้ตามมาตรา 861 ซึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้นโดยปกติจะเป็นตัวเงิน แต่ถ้าคู่สัญญาจะตกลงกันให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกันโดยวิธีอื่นก็ได้ตามมาตรา 867 (4) มาตรา 870 และมาตรา 877 วรรคสอง เช่น 1) การซ่อมแซม (Repairing) โดยการซ่อมแซมทรัพย์สินที่เอาประกัน ซึ่งอยู่ในสภาพซ่อมแซมได้ 2) การเปลี่ยนของทดแทน (Replacement) คือการเอาของชิ้นใหม่เปลี่ยนแทนชิ้นที่เสียหาย หรือ 3) การทำให้กลับคืนสภาพเดิม (Reinstatement) คือการสร้างสิ่งปลูกสร้างชิ้นใหม่ทั้งหมดตามแบบก่อสร้างเดิม¹⁰⁰ ซึ่งส่วนใหญ่ สัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐจะมีการกำหนดให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินให้เท่ากับจำนวนของมูลค่าของการสร้างทดแทนใหม่ (REPLACEMENT COST INSURANCE) ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยได้ให้ความหมายมูลค่าของการสร้างทดแทนใหม่ หมายถึง การประกันภัยมูลค่าของใหม่ซึ่งเป็นข้อกำหนดในการประกันภัยทรัพย์สินประเภทตัวอาคาร โดยผู้รับประกันภัยจะชดใช้ค่าเสียหายตามมูลค่าก่อสร้างให้ใหม่โดยไม่หักค่าเสื่อม ซึ่งแตกต่างกับการชดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายจริง¹⁰¹ จะเห็นได้ว่า โดยหลักของการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากสัญญาประกันภัยนั้น จะต้องนำมาใช้ในการซ่อมแซม (repair) ฟื้นฟู (reinstate) และทดแทน (replace) ไม่ว่าจะเป็นบางส่วนหรือทั้งหมดของทรัพย์สินโครงการเพื่อการก่อสร้างทดแทนหรือซ่อมแซมฟื้นฟูโครงการให้กลับมาสู่สภาพเดิม ทว่าสัญญาร่วมลงทุนเป็นสัญญาที่มีผลผูกพันระยะยาว อาจมีสถานการณ์บางอย่างที่ทำให้คู่สัญญาจะต้องเปลี่ยนแปลงข้อตกลงดังกล่าว ซึ่งแตกต่างไปจากการทำให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่สภาพเดิม เช่น กรณีที่การกลับคืนสู่สภาพเดิมไม่สามารถกระทำได้โดยสภาพแห่งทรัพย์สินนั่นเอง หรือกรณีการใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงทุนในประเภทธุรกิจเดิมนั้นไม่เกิดความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ต่อไป คู่สัญญาจะสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงข้อตกลงดังกล่าวได้หรือไม่

ในประเด็นนี้เคยมีข้อพิพาทและนำไปสู่การตีความของศาล ดังเช่น คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองคดีหมายเลขแดงที่ อม. 1/2553 (เฉพาะส่วนการอนุมัติให้ใช้ค่าสินไหมจากการที่ดาวเทียมไทยคม 3 เกิดความเสียหาย ซึ่งเป็นบางส่วนของคดียึดทรัพย์ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร) มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2553 ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้

1. สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ระหว่างบริษัท ชินคอร์ปฯ (คู่สัญญาฝ่ายเอกชน) กับกระทรวงคมนาคม (คู่สัญญาฝ่ายรัฐ) โดยบริษัทไทยคม จำกัด (มหาชน) เป็นผู้บริหารโครงการ โดยรายละเอียดของสัญญาฯ ระบุเงื่อนไขที่สำคัญ สรุปได้ดังนี้

¹⁰⁰ ไชยยศ เหมรัชตะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ประกันภัย, หน้า. 56.

¹⁰¹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย [ออนไลน์] <http://www1.oic.or.th/th/vocab-insur/r.htm#47>

(1) คู่สัญญาเอกชนจะต้องจัดให้มีดาวเทียมสำรองสำหรับดาวเทียมหลักทุกดวง กำหนดไว้ในข้อ 5.1.4

(2) คู่สัญญาเอกชนจะต้องทำประกันภัยทรัพย์สินทุกชนิดไว้ในข้อ 6 และข้อ 7 โดยจะต้องทำประกันภัยทรัพย์สินตลอดระยะเวลาที่สัญญายังมีผลบังคับอยู่ตามข้อ 25 ซึ่งมีข้อย่ออยู่ ดังนี้

- ข้อ 25.1 คู่สัญญาเอกชนต้องเอาประกันภัยประเภทคุ้มครองการเสี่ยงภัยทุกชนิดต่อทรัพย์สินในข้อ 5 และทรัพย์สินที่เพิ่มเติมตามข้อ 15 ที่บริษัทโอนให้เป็นกรรมสิทธิ์ของกระทรวงแล้วเต็มมูลค่าของทรัพย์สินนั้นๆ โดยเอาประกันภัยกับบริษัทประกันภัยและเงื่อนไขการประกันที่ผู้ประกอบธุรกิจดาวเทียมในลักษณะเดียวกันใช้อยู่ โดยให้กระทรวงเป็นผู้รับประกันภัยร่วม และคู่สัญญาเอกชนเป็นผู้ชำระเบี้ยประกันภัยและค่าใช้จ่ายอื่นๆ

- ข้อ 25.2 คู่สัญญาเอกชนจะต้องส่งมอบกรมธรรม์ประกันภัยตามวรรคแรก หรือที่เพิ่มเติมให้กระทรวง ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่คู่สัญญาเอกชนเอาประกันภัยในแต่ละปีหรือวันที่เอาประกันเพิ่มเติมแล้วแต่กรณี

(3) คู่สัญญาฝ่ายรัฐยินยอมให้คู่สัญญาเอกชนเป็นผู้เจรจาต่อรองค่าเสียหายและความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัยตามกรมธรรม์ประกันภัยดังกล่าวโดยความเห็นชอบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และคู่สัญญาเอกชนจะต้องแจ้งผลการเจรจาให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบเป็นระยะโดยทันทีและการจัดการทรัพย์สินที่เสียหายหรือสูญหายไว้ในข้อ 37 กล่าวคือ เมื่อเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินตามข้อ 5 หรือข้อ 15 หรือทรัพย์สินดังกล่าวสูญหายไปขึ้นจะต้องรีบซ่อมแซมทรัพย์สินที่เสียหายหรือจัดหาทรัพย์สินทดแทนทรัพย์สินที่สูญหายโดยทันที เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างต่อเนื่อง โดยกระทรวงคมนาคมจะมอบเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากบริษัทประกันภัยตามข้อ 25 ให้บริษัทไทยคมเพื่อจัดการดังกล่าว และถ้าค่าซ่อมแซมหรือราคาทรัพย์สินที่จัดหามีราคาสูงกว่าเงินค่าสินไหมทดแทน บริษัทตกลงเป็นผู้รับผิดชอบจำนวนเงินที่เพิ่มขึ้นนั้นทั้งหมด วรรคสอง ในกรณีจัดหาทรัพย์สินทดแทน ให้นำความในข้อ 15 ในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และการส่งมอบรับมอบทรัพย์สินมาใช้บังคับ ในกรณีนี้ด้วย และวรรคสาม การจัดหาทรัพย์สินทดแทนดังกล่าวในวรรคแรก บริษัทต้องจัดหาทรัพย์สินทดแทนให้สามารถดำเนินการตามสัญญาได้โดยต่อเนื่อง แม้บริษัทจะพิจารณาเห็นว่าการลงทุนจัดหาทรัพย์สินทดแทนดังกล่าว ผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินงานตามสัญญาที่เหลืออยู่จะไม่คุ้มกับการลงทุนก็ตาม ซึ่งบริษัทอาจเสนอขอให้กระทรวงพิจารณาขยายเวลาสัญญาออกไป เมื่อซ่อมแซมและจัดหาทดแทนแล้วจะต้องตกเป็นทรัพย์สินของรัฐตามสัญญาสัมปทาน

2. ปรากฏว่า ดาวเทียมไทยคม 3 ซึ่งเป็นทรัพย์สินของโครงการได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับเงินค่าสินไหมทดแทนประมาณ 33,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ และมีการรออนุมัติให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำเงินค่าสินไหมทดแทนทั้งจำนวน เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายบางส่วนสำหรับการ

ก่อสร้างและการจัดส่งดาวเทียมไทยคม 5 และบางส่วนจำนวน 6,765,299 ดอลลาร์สหรัฐ ใช้สำหรับการเข้าช่องสัญญาณจากดาวเทียมอื่นเป็นการชั่วคราว

ศาลได้พิจารณาข้อสัญญาในส่วนการใช้ค่าสินไหมทดแทนและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว เห็นว่า ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดการกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ดาวเทียมและอุปกรณ์ต่าง ๆ นั้น ตามสัญญาสัมปทานข้อ 37 ได้กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับผิดชอบแซมทรัพย์สินที่เสียหายหรือจัดหาทรัพย์สินทดแทนทรัพย์สินที่สูญหายโดยทันที เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างต่อเนื่อง และคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็จะมอบเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากบริษัทประกันภัยให้ และถ้าค่าซ่อมแซมหรือราคาทรัพย์สินที่จัดหามีราคาสูงกว่าเงินค่าสินไหมทดแทน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงเป็นผู้รับผิดชอบจำนวนเงินที่เพิ่มขึ้นทั้งหมด ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงข้อสัญญาสัมปทาน ข้อ 37 ดังกล่าว กรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ซึ่งกรณีนี้ก็คือดาวเทียมไทยคม 3 ถ้าเกิดความเสียหายบางส่วน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องดำเนินการซ่อมแซม แล้วจึงมารับค่าสินไหมทดแทนจากทางคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่ถ้าเกิดความเสียหายทั้งดวงจนไม่สามารถที่จะใช้งานหรือดำเนินงานได้อย่างต่อเนื่อง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดสร้างดาวเทียมดวงใหม่ขึ้นทดแทน แล้วจึงรับเงินค่าสินไหมทดแทนจากทางคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ หากค่าซ่อมแซมหรือราคาดาวเทียมดวงใหม่มีราคาสูงกว่าจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนทางคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรับผิดชอบในจำนวนเงินที่เพิ่มขึ้นทั้งหมดตามข้อสัญญาดังกล่าว

การที่มีการอนุมัติให้บริษัทผู้รับสัมปทานนำวงเงินบางส่วน จำนวน 6,765,299 ดอลลาร์สหรัฐ ที่ได้รับจากค่าสินไหมทดแทนดาวเทียมไทยคม 3 ไปเช่าดาวเทียมของต่างประเทศ เพื่อใช้ทดแทนช่องสัญญาณเดิมและใช้เป็นสำรอง จึงขัดต่อสัญญาสัมปทานที่กำหนดคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเป็นผู้ดำเนินการให้มีดาวเทียมใช้ได้อย่างพอเพียงและโดยต่อเนื่องอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่มีสิทธินำเงินค่าสินไหมทดแทนไปเช่าช่องสัญญาณต่างประเทศ แต่ต้องนำเงินค่าสินไหมทดแทน 33,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ ที่ได้รับทั้งหมดไปสร้างดาวเทียมดวงใหม่ทดแทนตามเงื่อนไขแห่งสัญญาสัมปทาน ดังนั้น ให้บริษัทไทยคมฯ ต้องคืนเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับชดเชยความเสียหายมาคืนคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นจำนวนเงิน 6,765,299 ล้านบาทสหรัฐ

เมื่อพิจารณาการตีความของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เป็นการตีความสัญญาตามลายลักษณ์อักษร ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นการใช้เงินค่าสินไหมทดแทนแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญานั้น ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบและขัดต่อสัญญาสัมปทาน แต่ศาลก็ไม่ได้วิเคราะห์ต่อไปว่า ในกรณีที่การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นทำไม่ได้เพราะสภาพแห่งทรัพย์สินนั้น ซึ่งในบางครั้งก็ไม่สามารถจะจัดหาอะไหล่หรือวัสดุทดแทนหรือซ่อมแซมให้กลับมาดังเดิมได้ หรือกรณีที่การลงทุนไม่เกิดความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ คู่สัญญาจะมีสิทธิกำหนดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญา

ดังกล่าวได้หรือไม่¹⁰² อีกทั้งกรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีความเชื่อว่าสิ่งที่ได้ดำเนินการไปทั้งหมดก็เป็นไปตามหลักปฏิบัติภายใต้กฎหมายหรือสัญญาที่มีอยู่ด้วยความสุจริต และการดำเนินการของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ได้รับการอนุมัติจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อนทุกครั้ง¹⁰³ ซึ่งอาจก่อให้เกิดคำถามตามมาที่ว่าคำวินิจฉัยของศาลมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่เอกชนผู้สุจริตหรือไม่ เพียงใด

จากการศึกษาคู่มือแนวทางของต่างประเทศเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเรื่องการใช้ค่าสินไหมทดแทน อาจสรุปได้ดังนี้

National PPP Guidelines: Commercial Principles for Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลีย พบว่า Section 21.1.2 (c) กำหนดไว้ว่าหากบรรดาค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการเรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัยเพื่อการฟื้นฟูซ่อมแซมให้กลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นเกินจากจำนวนที่ตกลงกันไว้ หรือการนำเงินค่าสินไหมทดแทนไปใช้เพื่อฟื้นฟูซ่อมแซมนั้นไม่เหมาะสมและคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถชำระหนี้เงินกู้โครงการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แก่เจ้าหนี้ (Financier) โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาอนุมัติให้นำเงินค่าสินไหมทดแทนบางส่วนหรือทั้งหมดไปชำระหนี้เงินกู้โครงการโดยตรงก็ได้

ในส่วน Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ พบว่า Section 17.5 มีการกำหนดการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการประกันภัยเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากการใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อฟื้นฟูหรือซ่อมแซมอย่างเต็มจำนวน ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐตัดสินใจเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเรื่องการให้บริการ ซึ่งจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของข้อสัญญาเรื่องกลไกในการเปลี่ยนแปลงการให้บริการ (Change in Service) โดยหากค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการประกันภัยไม่สามารถชดเชยค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างทดแทนหรือซ่อมแซมที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงการให้บริการ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มเติมดังกล่าว กล่าวคือ การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในการให้บริการภายหลังเกิดเหตุที่เอาประกันขึ้นนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงไปจากเจตนาเดิม

เมื่อได้พิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเรื่องการใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว แม้ว่า การใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องนำมาใช้ในการซ่อมแซม (repair) ฟื้นฟู (reinstatement) และทดแทน (replace) เพื่อการก่อสร้างทดแทนหรือซ่อมแซมฟื้นฟูไม่ว่าจะเป็นบางส่วนหรือทั้งหมดของทรัพย์สินโครงการให้กลับมาสู่สภาพเดิมซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลไทย แต่ในบางกรณีที่มีการกลับคืนสู่สภาพเดิมไม่สามารถกระทำได้โดยสภาพแห่งทรัพย์สินนั้นเอง หรือกรณีการใช้ค่าสินไหม

¹⁰² ศนันท์กรณ โสถพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า 29.

¹⁰³ บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน), "รายงานประจำปี 2555 บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 เมษายน 2559. แหล่งที่มา: <http://thcom-th.listedcompany.com/misc/RISK/THCOM-RISK2012-Part03-TH.pdf> หน้า 92 - 95

ทดแทนเพื่อการลงทุนในประเภทธุรกิจเดิมนั้นไม่เกิดความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ต่อไป การจะใช้ค่าสินไหมทดแทนตามข้อตกลงเดิมอาจเกิดความไม่เหมาะสมแก่การร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ จึงควรนำหลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเรื่องการใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนของคู่มือแนวทางต่างประเทศมาปรับใช้ โดยการปรับแก้ข้อตกลงในสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปตามหลักอิสระในทางแพ่ง คู่สัญญาย่อมมีอิสระหรือเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาในนิติกรรม หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อยู่ตลอดเวลา แม้ในบางครั้งเนื้อหาที่กำหนดอาจแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดก็ยังมีผลบังคับได้ หากกฎหมายดังกล่าวมิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁰⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความยืดหยุ่นและเพิ่มประสิทธิภาพในการลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินให้สามารถลงทุนในรูปแบบอื่นที่มีความคุ้มค่าทางการเงินมากที่สุด หากประเทศไทยนำมาปรับใช้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เนื่องจากโครงการพัฒนาที่ดินเชิงพาณิชย์เป็นการนำที่ดินมาลงทุนหาประโยชน์ให้เหมาะสมและเต็มศักยภาพของที่ดิน หากที่ดินใดเป็นที่ดินที่มีศักยภาพมากย่อมสามารถนำไปใช้เพื่อการพาณิชย์สร้างผลกำไรได้มาก การกำหนดให้ใช้เงินค่าสินไหมทดแทนเพื่อนำกลับไปก่อสร้างทรัพย์สินของโครงการในรูปแบบของการลงทุนเดิมอาจไม่สร้างความคุ้มค่าทางการเงินต่อการลงทุนก็ได้ โดยกำหนดให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการนำเสนอเหตุผลและความจำเป็น ในการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเรื่องการใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อเสนอให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐพิจารณา หรือกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิริเริ่มเสนอเองก็ได้ ซึ่งหากเป็นการริเริ่มโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐและค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการประกันภัยไม่สามารถชดเชยค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างทดแทนหรือซ่อมแซมที่เกิดจากการริเริ่มดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นนั้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นดังกล่าวนี้ไม่ควรปล่อยให้ใช้กลไกของสัญญาในการให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้พิจารณาอนุมัติอย่างรวบรัดหรือกระทำโดยพลการแต่เพียงฝ่ายเดียว เนื่องจากพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายที่กำหนดผู้มีอำนาจในการพิจารณาในแต่ละขั้นตอนของโครงการไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือในขั้นตอนภายหลังการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนซึ่งเรียกว่า “ขั้นตอนการกำกับดูแลโครงการ” กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43 มีอำนาจในการพิจารณาเห็นชอบต่อแผนการปฏิบัติตามสัญญาและแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการและเรื่องอื่นๆที่สำคัญอันเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 44¹⁰⁵ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายพิจารณา

¹⁰⁴ ศันสน์ภรณ์ โสถพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า. 29.

¹⁰⁵ มาตรา 44 ให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ติดตามกำกับดูแลโครงการให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน และแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ

เหตุผลและความจำเป็นในการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเรื่องใช้เงินค่าสินไหมทดแทนเรียบร้อยแล้ว ให้เสนอต่อคณะกรรมการกำกับดูแล เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในการแก้ไขข้อตกลงดังกล่าวในสัญญาให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมต่อไป

4.4 วิเคราะห์ข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา

เนื่องจาก ปัจจุบันพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ พ.ศ. 2556 ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิเลิกสัญญาร่วมลงทุนก่อนการครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา ซึ่งทำให้การร่างสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐต้องนำหลักเกณฑ์ของสิทธิเลิกสัญญาจากข้อสัญญาตามมาตรา 386 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰⁶ มาปรับใช้กับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดสิทธิการบอกเลิกสัญญาไว้ในสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และไม่จำเป็นต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายตกลง โดยการกำหนดสิทธิเลิกสัญญาสามารถกำหนดให้แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือขยายสิทธิการเลิกสัญญาเพิ่มขึ้นได้¹⁰⁷ และนอกจากสิทธิเลิกสัญญาจากข้อสัญญาแล้ว ยังมีสิทธิเลิกสัญญาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้จากบทบัญญัติตามหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰⁸ ซึ่งจำกัดสิทธิเลิกสัญญาเฉพาะ 2 กรณีคือ กรณีลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 387¹⁰⁹ และมาตรา 388¹¹⁰ กับกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยตามมาตรา 389 หรือสิทธิเลิกสัญญาอาจเกิดจากบท

(2) พิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยอาจกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหาในการดำเนินโครงการและจัดทำแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการได้

(3) เรียกหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนคู่สัญญาเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(4) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ และให้ส่งสำเนารายงานและเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยังสำนักงาน

(5) พิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามหมวด 7

¹⁰⁶ มาตรา 386 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง”

¹⁰⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า. 475.

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 2 หมวด 4

¹⁰⁹ มาตรา 387 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควรแล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้”

¹¹⁰ มาตรา 388 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ถ้าวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลามีกำหนดก็ดี หรือภายในระยะเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดี และ

กฎหมายที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการเช่าทรัพย์สินมีบทบัญญัติให้สิทธิบอกเลิกแก่ผู้เช่า¹¹¹ และสิทธิบอกเลิกสัญญาแก่ผู้ให้เช่า¹¹² เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณี บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นยังไม่สามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนได้ด้วยเหตุผลบางประการ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.4.1 การกำหนดสิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

แม้ว่าพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนกับรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจโดยตรงเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามหลักสัญญาทางปกครอง¹¹³ แต่กลับมีการนำหลักสัญญาทางปกครองมาปรับใช้ในการกำหนดสิทธิการเลิกสัญญาในสัญญาโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ โดยการกำหนดเงื่อนไขสำคัญในลักษณะที่ให้เอกสิทธิ์แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (termination Clause) ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม¹¹⁴ เพื่อให้หน่วยงานเจ้าของโครงการบรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อส่วนรวมและเพื่อการสาธารณะอันเป็นประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ ซึ่งอยู่บนหลักการบริการสาธารณะ (Public service)¹¹⁵ ซึ่งตรงกันข้ามอย่างสิ้นเชิงจากหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในมุมมองของเอกชน มองว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นการกำหนดให้ผลของสัญญาเลิกกันโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและเอาเปรียบเอกชนจนเกินสมควร เนื่องจากเอกชนยังมิได้ปฏิบัติผิดสัญญาแต่อย่างใด¹¹⁶ และเมื่อสัญญาเลิกกันแล้วย่อมก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและได้รับความเสียหายที่เป็นตัวเงินเนื่องจากสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนนั้นเป็นสัญญาทางพาณิชย์ที่มีมูลค่าการลงทุนที่สูง และสูญเสียโอกาสที่จะได้จากการดำเนินโครงการตามสัญญาอย่างมาก ในฐานะที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้สุจริตจึงยากที่จะยอมรับได้

กำหนดเวลาหรือระยะเวลาที่ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ชำระหนี้แล้ว ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มีพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าในมาตราก่อนนั้นเลย”

¹¹¹ ผู้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีที่ผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าในสภาพที่ไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ ตามมาตรา 548 ในกรณีที่ผู้ให้เช่าไม่แก้ไขความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่เช่าให้คืนสภาพในเวลาอันสมควร ตามมาตรา 541 และในกรณีที่ผู้ให้เช่าซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่าโดยใช้เวลานานเกินควรตามมาตรา 556

¹¹² ผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีที่ผู้เช่าฝ่าฝืนหน้าที่ โดยนำทรัพย์สินที่เช่าไปให้เช่าช่วง หรือโอนสิทธิการเช่าตามมาตรา 545 ในกรณีที่ผู้เช่าผิดนัดชำระค่าเช่า (มาตรา 560)

¹¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า. 36 – 45

¹¹⁴ พิษณุ กลั่นนุรักษ์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิตศึกษาศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า.115.

¹¹⁵ เข็มชัย ชูติวงศ์, "ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ," ใน *เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน*, หน้า. 25.

¹¹⁶ นพพล อินทรลิม, "มุมมองเอกชนกับการเปิดมิติใหม่การลงทุนระหว่าง รัฐ : เอกชน," ใน *เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน*, (2556), หน้า.94.

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนควรจะได้รับค่าชดเชยความเสียหาย ซึ่งหากอยู่ในขั้นตอนการเจรจา คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ตกลงให้มีการชดเชยก็อาจทำให้ต้องล้มเลิกการเจรจา หรือหากมีการทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินกันไปแล้วและปรากฏว่าในสัญญามีได้ระบุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าชดเชยในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยหากมีการขอค่าชดเชยแต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ยินยอมชำระค่าชดเชย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องดำเนินการฟ้องร้องเพื่อเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจ่ายค่าชดเชยความเสียหาย ซึ่งย่อมไม่แน่นอนว่าศาลจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยได้หรือไม่ และแค่นั้นเพียงไรที่จะถือว่าเป็นจำนวนที่เพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหาย

ดังนั้น การที่มีข้อกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิในการเลิกสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐโดยมีลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ปฏิบัติผิดสัญญา จึงควรศึกษาหลักเกณฑ์ของสิทธิเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และการชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการบอกเลิกสัญญาที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

จากการศึกษาคู่่มือแนวทางของประเทศไทย พบว่า ข้อ 23.5 ได้กำหนดการเลิกสัญญา เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐร้องขอซึ่งเป็นกรณีที่มีเหตุอันทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาได้อีกต่อไป เช่น การเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐ ซึ่งไม่ได้เกิดจากเหตุคู่สัญญาฝ่ายรัฐผิดนัดหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยการเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่จ่ายค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเต็มจำนวนตามวิธีการคำนวณที่กำหนดไว้ โดยคู่มือแนวทางนี้มีตัวอย่างในการกำหนดเงื่อนไขและขั้นตอนไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐที่ประสงค์จะเลิกสัญญาจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งหนังสือบอกกล่าวจะต้องระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะขอใช้สิทธิเลิกสัญญา และระบุวันที่สัญญาจะสิ้นสุดลง ซึ่งจะต้องไม่น้อยกว่า [30] วัน นับจากวันที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับหนังสือบอกกล่าว และระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลือกใช้สิทธิอื่นๆ เช่น สิทธิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนกรรมสิทธิ์ สิทธิประโยชน์ และสิทธิอื่นใดที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีอยู่เหนือทรัพย์สินของโครงการหรือโครงการใดๆ ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือให้แก่บุคคลอื่นตามที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐสั่งก็ได้ เป็นต้น โดยสัญญาจะมีผลสิ้นสุดลงในวันที่ระบุไว้ในหนังสือบอกกล่าว

นอกจากนี้ ในส่วนผลของการเลิกสัญญาดังกล่าวมีการกำหนดไว้ในข้อ 24.6 ว่าผลของการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐร้องขอนั้นจะมีผลเช่นเดียวกับผลจากการเลิกสัญญาก่อนวันครบกำหนดเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐผิดสัญญา กล่าวคือ หลังจากสัญญาร่วมลงทุนถูกยกเลิก คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับเงินชดเชยบางส่วนซึ่งมีมูลค่าเท่ากับส่วนต่างระหว่างราคาตลาดของทรัพย์สินกับเงินชดเชยที่เอกชนต้องจ่ายให้แก่รัฐ โดยมีตัวอย่างในการกำหนดผลของการเลิกสัญญาเนื่องจากคู่สัญญา

ฝ่ายรัฐร้องขอตั้งนี้ “ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชำระค่าชดเชยการเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนภายใน [•] วัน นับแต่วันที่สัญญาสิ้นสุดลง เท่ากับราคาตลาดของโครงการ ณ วันเลิกสัญญา รวมด้วยประมาณการผลกำไรจากการดำเนินโครงการนับแต่วันเลิกสัญญาจนถึงวันสิ้นอายุของ สัญญา โดยการคำนวณราคาตลาดของโครงการให้เป็นไปตามเอกสารแนบ [•] และการคำนวณประมาณการผลกำไรจากการดำเนินโครงการให้เป็นไปตาม เอกสารแนบ [•]”

จากการศึกษาคู่มือแนวทาง National PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลียเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิเลิกสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญา พบว่า Section 24.1.4 เรื่องการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (Voluntary Termination) ที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิใช้ดุลพินิจเลิกสัญญาโดยปราศจากเหตุผล (sole discretion and without giving any reasons) และไม่จำเป็นต้องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงยินยอมด้วย โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องแจ้งเป็นหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยอันเนื่องจากการบอกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ในส่วน Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ พบว่า Section 23.5.1 มีการกำหนดการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (Voluntary Termination by Authority) ในกรณีที่มีสถานการณ์อันเปลี่ยนแปลงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ซึ่งทำให้สัญญาไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ เช่น การเปลี่ยนแปลงนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อให้บริการของรัฐ เป็นต้น จึงเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาที่ทำกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้โดยชอบแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งการเลิกสัญญาสามารถกระทำในเวลาใดก็ได้ โดยการใช้สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดกล่าวคือ ใน Section 23.5.1 (b) คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวแจ้งไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยจะต้องประกอบไปด้วยเนื้อหาว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลิกสัญญาภายใต้เงื่อนไขแห่งข้อกำหนดนี้ และคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลิกสัญญาวันที่ที่กำหนดไว้ในหนังสือ ซึ่งจะต้องมีกำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกกล่าว รวมถึงการระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้สิทธิในการเลือกหรือไม่ ทั้งนี้ การใช้สิทธิในการเลือกของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่จะรับสิทธิใดๆ มาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อการรับมอบการโอนสิทธิ์ กรรมสิทธิ์ และผลประโยชน์อื่นใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของโครงการคืนแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือตามคำสั่งของคู่สัญญาฝ่ายรัฐใน Section 23.5.1 (c) ให้ดำเนินการใช้สิทธิที่เลือกในวันที่สัญญามีผลสิ้นสุด

การกำหนดผลของการเลิกสัญญา ใน Section 23.5.3.1 ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชำระค่าชดเชยอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเลิกสัญญา (termination payment) ในจำนวนไม่น้อยกว่าค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จะต้องใช้ในการดำเนินโครงการ โดยการคำนวณค่าชดเชยจากการบอกเลิกสัญญาให้เป็นไปตามวิธีการและเงื่อนไข (รวมถึงสูตรในการคำนวณ) ที่ระบุไว้ในข้อสัญญาเรื่องการ

คำนวณและวิธีการชำระค่าชดเชยจากการบอกเลิกสัญญา ทั้งนี้ ในการชำระค่าชดเชย คู่สัญญาฝ่ายรัฐ จะชำระค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ออกหนังสือบอกกล่าว

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐของคู่มือแนวทาง ของประเทศไทยและต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า หากประเทศไทยนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้ จะ เป็นธรรมอย่างยิ่งแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐบอกเลิกสัญญาเพียงฝ่าย เดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ปฏิบัติผิดสัญญา โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องแจ้งเป็น หนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นระยะเวลาล่วงหน้าโดยหนังสือบอกกล่าวจะต้องระบุ รายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญอย่างชัดเจน เช่น การระบุวันที่สัญญาสิ้นสุด หรือระบุการใช้สิทธิใน การเลือกที่จะรับโอนสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ภายใต้สัญญาที่เกี่ยวข้องกับโครงการ และกำหนดหน้าที่ ประการสำคัญคือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีหน้าที่ชำระค่าชดเชยอันเนื่องจากการเลิกสัญญา (Termination Payment) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวย่อมทำให้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย เช่น การสูญเสียประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการประกอบ ธุรกิจตลอดระยะเวลาตามสัญญา เป็นต้น ซึ่งข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าวจะเป็นประโยชน์อย่าง ยิ่งต่อการสร้างความสำเร็จในการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ

แม้ว่าโดยทั่วไป สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเมื่อมีการบอกเลิกสัญญาตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญา ผลทางกฎหมายที่ เกิดขึ้นจะมีดังนี้¹¹⁷

1. คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ไม่เสื่อมสิทธิ แก่บุคคลภายนอก การกลับคืนสู่ฐานะเดิมหมายความว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องคืนสิ่งที่แต่ละฝ่าย ได้รับไว้ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมด ซึ่งการคืนสิ่งที่รับไว้ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ก. ถ้าเป็นการคืนเงินที่รับไว้ต้องให้ดอกเบี้ยตามอัตราที่กฎหมายกำหนด

ข. ถ้าเป็นการงานที่ทำไปแล้ว เป็นเรื่องที่โดยสภาพคืนกันไม่ได้ ก็ต้องใช้เป็น เงินแทน

ค. ถ้าการใช้ทรัพย์สินเป็นเรื่องที่ได้ใช้ไปแล้ว ทำให้กลับคืนไม่ได้ ก็ต้องใช้เงิน ในอัตราที่สมควรหรือตามอัตราที่สัญญากำหนด

2. ถ้าการบอกเลิกสัญญาเกิดจากการที่ฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ ฝ่ายที่ผิดสัญญาก็ ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาด้วย

¹¹⁷ เข็มชัย ชุตินวงศ์, "ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ," ใน เอกสาร ประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา "พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน, หน้า.

ทว่าด้วยลักษณะของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดิน ซึ่งเป็นสัญญาที่การปฏิบัติการชำระหนี้กันเป็นระยะๆ เมื่อในแต่ละระยะได้มีการปฏิบัติตามสัญญาเรียบร้อยแล้ว โดยเอกชนคู่สัญญาได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินโครงการ และคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับค่าตอบแทนจากใช้ประโยชน์ดังกล่าว ในส่วนการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ผ่านมานั้นย่อมไม่สามารถกลับคืนสู่สถานะเดิมให้เสมือนหนึ่งว่ามีได้มีการทำสัญญาได้ จึงไม่ต้องมีการชดใช้หรือเรียกคืนต่อกันอีก ผลของการระงับของสัญญาจึงมีลักษณะเป็นการระงับที่มีผลไปข้างหน้าในอนาคต อย่างไรก็ตาม สัญญาร่วมลงทุนเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องลงทุนก่อสร้างโดยรัฐไม่ต้องจ่ายค่าจ้าง ดังนั้น ไม่ว่าจะเลิกสัญญาด้วยเหตุใด จะมีค่างานก่อสร้างหรือค่าทรัพย์สินโครงการที่เกิดขึ้นที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดใช้เพื่อให้กลับคืนสู่สถานะเดิม¹¹⁸ ซึ่งหากนำหลักเกณฑ์ของคู่มือแนวทางประเทศอังกฤษที่ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลือกว่าจะรับมอบการโอนสิทธิ์หรือกรรมสิทธิ์ใดๆมาจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ทำให้การคำนวณชดเชยตามค่างานที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเลือกนั้นมีความสมเหตุสมผลยิ่งขึ้นและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งบางสัญญาร่วมลงทุนของไทยก็กำหนดให้การชดเชยมูลค่าทรัพย์สินโครงการตามมูลค่าทางบัญชี โดยคิดเฉพาะทรัพย์สินโครงการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐรับไว้ใช้งาน¹¹⁹ จึงถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่รัฐรับได้ว่าไม่ทำให้ฝ่ายรัฐเสียเปรียบ

นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่ได้ลงทุนและค่าขาดประโยชน์หรือขาดรายได้ในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 วรรคท้าย¹²⁰ และโดยปกติ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมประสงค์ที่จะเรียกค่าเสียหายเป็นค่าขาดประโยชน์หรือขาดรายได้ที่คาดว่าจะได้จากการดำเนินโครงการตลอดระยะเวลาสัญญาที่เหลือเพื่อให้เป็นเงื่อนไขที่สถาบันการเงินรับได้และป้องกันความเสี่ยงที่เกิดจากการคู่สัญญาฝ่ายรัฐเลิกสัญญาได้ง่ายเกินไป อีกทั้งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังประสงค์ให้การคำนวณค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องพิจารณาจากประมาณการรายได้ ซึ่งเป็นแนวทางตรงกันข้ามกับคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มองว่าการกำหนดค่าเสียหายจากประมาณการรายได้นั้นอาจไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่แท้จริงและอาจเป็นจำนวนสูงเกินกว่าที่ควรจะเป็น จึงเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาว่า การกำหนดค่าชดเชยจำนวนเท่าใดจึงจะสะท้อนถึงค่าเสียหายที่ใกล้เคียงกับความเป็นจริงมากที่สุด จึงจำเป็นต้องกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันกำหนดปัจจัยที่นำมาใช้คำนวณและวิธีการคำนวณค่าเสียหาย หากไม่

¹¹⁸ เข็มชัย ชูติวงศ์. “ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ”. เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน” เล่ม 2, 22 พฤษภาคม 2556 หน้า 55

¹¹⁹ สัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน – ปากเกร็ด ข้อ 20.1 (ค) 20.2 (ค) 20.3 (ค) และสัญญาข้อ 26 (จ)

¹²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคท้าย บัญญัติไว้ว่า “การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

สามารถตกลงร่วมกันกันได้ ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันจัดหาผู้สอบบัญชีอิสระในการกำหนดจำนวนค่าชดเชยต่อไป

อีกทั้ง ผู้เขียนยังเห็นว่า นอกจากการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐควรจะต้องส่งสำเนาของหนังสือดังกล่าวให้แก่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ซึ่งมีหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐและเป็นหน่วยงานกลางในโครงการร่วมลงทุนของรัฐตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556¹²¹ เพื่อเปลี่ยนแปลงข้อมูลของสัญญาในฐานะข้อมูลของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

4.4.2 การเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างมาก

โดยปกติ สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐมักจะกำหนดอายุสัญญาตั้งแต่ 20 ไปจนถึง 30 ปี ซึ่งเป็นสัญญาที่มีผลผูกพันกันเป็นระยะเวลายาวนาน จึงอาจมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดกรณีที่มีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถเริ่มงานหรือดำเนินกิจการทางพาณิชย์ได้ตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของคู่สัญญาเอกชนเป็นอย่างมาก โดยเหตุดังกล่าวมิได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กรณีการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐ หรือการกระทำของรัฐบาล หรือความผันผวนทาง

¹²¹ มาตรา 18 ให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจรับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการและให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) จัดทำร่างแผนยุทธศาสตร์เสนอต่อคณะกรรมการ
- (2) ศึกษาและวิเคราะห์โครงการและเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ
- (3) จัดทำร่างมาตรการหรือแนวทางการเงินหรือการคลังในการสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเสนอต่อคณะกรรมการ
- (4) เสนอความเห็นต่อคณะกรรมการในกรณีไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลตามมาตรา 38
- (5) จัดทำร่างประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงการที่มีมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 เสนอต่อคณะกรรมการตามมาตรา 58
- (6) ร่วมมือทางด้านวิชาการ การวิจัยและพัฒนากับหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานวิจัยและพัฒนาและองค์กรเอกชนทั้งในและต่างประเทศที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และดำเนินการให้มีการพัฒนาศักยภาพบุคลากรในหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้มีความรู้ และความเชี่ยวชาญในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้อย่างมีประสิทธิภาพ
- (7) ศึกษา วิจัย พัฒนาและจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อเผยแพร่ ให้ความรู้ และคำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐ และบุคคลทั่วไปเพื่อส่งเสริมและสร้างความเข้าใจในการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
- (8) พิจารณาและวางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้
- (9) รายงานปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ต่อคณะกรรมการ
- (10) ปฏิบัติการอื่นตามที่พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานหรือตามที่คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือคณะกรรมการมอบหมาย

เศรษฐกิจอย่างรุนแรง เป็นต้น ซึ่งหากไม่มีเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่มีพฤติการณ์ดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเจรจาขอเลิกสัญญาต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และคณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43 เพื่อพิจารณาตามขั้นตอนของกฎหมาย¹²² ซึ่งการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆย่อมมีความล่าช้า และไม่แน่นอนว่าจะได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคณะกรรมการกำกับดูแลว่าจะให้เลิกสัญญาด้วยเหตุดังกล่าวได้หรือไม่ โดยในระหว่างรอการพิจารณา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ เว้นแต่จะเข้ากรณีเหตุยกเว้นการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งจะสร้างภาระความเสี่ยงที่หนักขึ้นและเกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ความเสี่ยงจากผิดสัญญา ถูกเรียกดอกเบี้ยและค่าปรับจากหนี้ค้ำชำระภาระต้นทุนทางด้านธุรกิจที่เพิ่มสูงขึ้น ตลอดจนค่าเสียโอกาสทางธุรกิจ เป็นต้น ดังนั้น จากปัญหาที่เกิดจากการขาดหลักเกณฑ์ของการเลิกสัญญาในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในการปฏิบัติตามสัญญาแก่เอกชนคู่สัญญาอย่างมาก จึงควรศึกษาแนวทางในกำหนดสิทธิการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีดังกล่าว

จากการศึกษาคู่่มือแนวทาง National PPP Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure ของประเทศออสเตรเลียเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิเลิกสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเมื่อมีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้เอกชนคู่สัญญารับภาระหนักเกินควรเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ที่ส่งผลกระทบต่อปฏิบัติตามสัญญา พบว่า Section 24.2 ให้สิทธิในการเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเฉพาะกรณีที่มีพฤติการณ์นั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐบาลส่งผลกระทบต่อปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยระยะเวลาที่มีผลต่อเนื่องกันไม่น้อยกว่า 2 เดือน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องแสดงเจตนาเลิกสัญญา (Notice of its intention to terminate) และกำหนดระยะเวลาไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาเอกชนในการระงับสิทธิเลิกสัญญา (to suspend the private party's right to terminate) ภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งสิทธิเลิกสัญญาจะระงับก็ต่อเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงกันเพื่อหาทางแก้ไขเยียวยาเรียบร้อยแล้ว หากไม่สามารถตกลงในการแก้ไขเยียวยาได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาโดยบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ ในระหว่างการระงับสิทธิเลิกสัญญาชั่วคราว คู่สัญญาเอกชนยังคงปฏิบัติตามสัญญาต่อไป คู่สัญญาฝ่ายรัฐจำเป็นที่จะจ่ายค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และไม่มีสิทธิจะแจ้งการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

เช่นเดียวกับ Standardisation of PF2 Contracts ของประเทศอังกฤษ พบว่า Section 23.1.2.1 (c) มีการกำหนดให้สิทธิเอกชนคู่สัญญาเลิกสัญญาในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งเป็นเหตุให้ขัดขวางต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือเป็นเหตุที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญา

¹²² มาตรา 44 ประกอบมาตรา 45 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ได้ (completely frustrate) ติดต่อกันไม่น้อยกว่า 2 เดือน และเหตุดังกล่าวส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สำหรับการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาเอกชนจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและรายละเอียดที่กำหนดดังนี้

(1) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายใน 45 วันแต่วันที่รัฐถึงเหตุแห่งการปฏิบัติผิดสัญญา

(2) หนังสือบอกกล่าวจะต้องระบุพฤติการณ์การกระทำอันเป็นความผิดของรัฐที่ก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

(3) สัญญาจะสิ้นสุดลงนับแต่วันที่พ้นกำหนดระยะเวลา 45 วัน นับจากวันที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับหนังสือบอกกล่าว เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้แก้ไขความผิดของตนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญา

ผลของการเลิกสัญญา Section 23.1.3.1 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดเชยเต็มจำนวนเช่นเดียวกับการชดเชยเนื่องจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (Compensation on Termination for Authority Default) โดยจะต้องชดเชยให้ครอบคลุมถึงบรรดาหนี้ที่ค้างค้างตามสัญญา ค่าจ้างแรงงานและหนี้อื่นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและผู้รับเหมาอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา เงินที่ต้องชดเชยให้ผู้ถือหุ้นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเรื่องสัญญา ที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันกันตามหลักที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sunt servanda) ในการปฏิบัติตามสัญญานั้น กล่าวคือ คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาแม้ว่าตนจะได้รับความเสี่ยงซึ่งอาจจะเป็นการได้รับกำไรที่น้อยลงหรือขาดทุนในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาก็ตาม ฉะนั้น หากคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาจะถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นผิดสัญญา (breach of contract)

ทว่าหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” อาจถูกผ่อนคลายลงไปด้วยหลักของ *clausula rebus sic stantibus* ซึ่งเป็นหลักที่นิยมใช้ในหลายประเทศทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ อาทิ ระบบกฎหมายประเทศเยอรมันได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายเรื่อง *Wegfall der Geschäftsgrundlage* ในกรณีที่พฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปเกินกว่าที่ควรคาดหมายได้ในวันที่เข้าทำสัญญา แม้จะเป็นพฤติการณ์ที่การชำระหนี้ยังพอเป็นไปได้ ไม่ใช่เป็นไปไม่ได้โดยเด็ดขาด แต่หากคู่สัญญาจะต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้ต่อไปอาจทำให้จะต้องใช้ความพยายามเป็นอย่างมากหรือมีภาระมากเกินไป และทำให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์จากการชำระ

หนี้มากกว่าปกติอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น¹²³ สัญญาก็ไม่ควรเป็นสัญญาอีก คู่สัญญาจึงควรมีสิทธิเลิกสัญญาหรือขอปรับข้อสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้

ส่วนหลักกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษ คือ หลัก Frustration ที่มีหลักกว่าเมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถที่จะปฏิบัติการนั้นต่อไปได้หรือทำให้การกระทำเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปกลับกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาประสงค์ไปอย่างมาก ส่งผลให้สัญญาสิ้นสุดและคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้¹²⁴ ซึ่งเป็นหลักผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation)¹²⁴

โดยหลัก Frustration ที่ศาลอังกฤษวางไว้ จะมีลักษณะดังนี้

1. มีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากการทำสัญญา
2. เหตุการณ์ตามข้อ 1. ทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป (Impossibility)¹²⁵ หรือกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาประสงค์เป็นอย่างมาก หรือทำให้รากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาเสื่อมเสียไป (Impracticability)

ผลของหลัก Frustration คือสัญญาสิ้นสุดลงทันทีและคู่สัญญาจะหลุดพ้นจากชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาเฉพาะหนี้ในอนาคตนั่น ต่อมาภายหลังรัฐสภาจึงตรา Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 โดยยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสมเมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดไปโดยเหตุของ Frustration ซึ่งการพิจารณาหลัก Frustration ศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ว่าจะต้องพิจารณาถึงความสำคัญของเจตนาหรือความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาเป็นหลัก กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา และมีเหตุการณ์เกิดขึ้นที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามประสงค์ได้ แม้ว่าการชำระหนี้จะไม่ถึงขนาดไม่สามารถกระทำได้โดยสิ้นเชิง หรือแม้ว่าจะปฏิบัติการชำระหนี้ได้แต่สิ่งที่ได้รับจะผิดไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาในสาระสำคัญ หรือการชำระ

¹²³ กนกนัย ถาวรพานิช, "ความสัมพันธ์ระหว่างการเปลี่ยนแปลงค่าของเงินและมูลค่าของหนี้เงินตามสัญญากู้ยืมเงิน," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 42 ฉบับที่ 4, ธันวาคม 2556, หน้า 806.

¹²⁴ หลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation) เป็นหลักที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Paradine v. Jane* ว่าเมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาแล้วก็ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้น แม้ว่าการปฏิบัติการชำระหนี้จะเป็นพันธียหรือไม่สามารถปฏิบัติได้แม้ว่าด้วยเหตุที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม คู่สัญญาดังกล่าวไม่สามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในความเสียหาย โดยการพิสูจน์ว่าการปฏิบัติตามสัญญาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ กล่าวคือ คู่สัญญาไม่อาจจะยกขึ้นมาเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาได้ อังโน, อมราลักษณ์ รักษ์วงศ์, "การนำหลัก Hardship มาใช้ในกฎหมายไทย," หน้า 19.

¹²⁵ *Davis Contractor Ltd v. Fareham U.D.C., A.C. 696 H.L. (1956)*

หนี้ที่เป็นอันไร้ประโยชน์ หรืออาจกล่าวหาว่าหากจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อไป ก็มีผลเสมือนเป็นการชำระหนี้ที่ต่างไปจากเดิม สัญญาก็จะสิ้นผลไปโดยเหตุ Frustration¹²⁶

แม้ว่า หลัก Wegfall der Geschäftsgrundlage จะไม่เหมือนกับหลัก Frustration เสียทีเดียว แต่เป็นหลักการของพฤติการณ์ที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่สามารถทำให้เงื่อนไขในสัญญาสำเร็จได้ ซึ่งต่างได้ผลลัพธ์เดียวกันคือ คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบหรือบอกเลิกสัญญาก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ระบบกฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติของหลัก rebus sic stantibus โดยเฉพาะ จึงต้องอาศัยหลักของการใช้สิทธิโดยสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹²⁷¹²⁸ ปรับใช้แก่กรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้เอกชนคู่สัญญารับภาระหนักเกินควร เกินกว่าที่จะคาดหมายได้เกิดขึ้น เพื่อให้ลูกหนี้ควรมีสิทธิเลิกสัญญาหรือขอปรับข้อสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้

ในสัญญาร่วมลงทุนอาจมีพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นส่งผลกระทบต่อการดำเนินการตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ¹²⁹ เช่น กรณีการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย วิศวกรรมศาสตร์ที่เปิดโอกาสให้มีผู้ประกอบการมากขึ้น ซึ่งคู่สัญญาก็จะต้องผูกพันตามเงื่อนไขที่ตกลงกันภายใต้สัญญาและส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีต้นทุนที่สูงขึ้นอย่างมาก หรือกรณีการออกนโยบายของรัฐที่แปลงสภาพคู่สัญญาฝ่ายรัฐจากเดิมที่ผู้กำกับดูแล กลายเป็นคู่แข่งทางธุรกิจที่สำคัญของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน¹³⁰ หรือความผันผวนทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง หรือภัยก่อการร้าย¹³¹ เป็นต้น ดังนั้น ในกรณีดังกล่าว ควรกำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิขอให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐพิจารณาแก้ไขสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หากไม่สามารถแก้ไขสัญญาหรือคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ก็จำเป็นจะต้องเลิกสัญญากัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การนำหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาในกรณีที่มีพฤติการณ์ดังกล่าวตามคู่มือแนวทางของต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศออสเตรเลียและ

¹²⁶ พินัย ณ นคร, "หลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป : ผลกระทบจากวิกฤตทางเศรษฐกิจ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 1 มีนาคม 2545. หน้า 138.

¹²⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า.318.

¹²⁸ มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ "ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต"

¹²⁹ ปกรณ์ ยี่วรวงการ, "การเลิกสัญญาโดยข้อสัญญากรณีมีการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้เกิดความเสียหายในสาระสำคัญ," ดุลพາห นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม. พฤษภาคม – สิงหาคม 2558. หน้า 56.

¹³⁰ สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และบริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534. อ้างใน ธนยพร จันทร์เรืองเพ็ญ, "การแปรสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคมกับการเปิดตลาดโทรคมนาคมของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาร่วมการงานโทรศัพท์พื้นฐาน," หน้า.108.

¹³¹ Kenneth A. Adam, "Understanding "Material Adverse Change" Provision" [Online] Accessed: 17 May 2014] Available from: <http://www.adamsdrafting.com/downloads/MAC-M & A-Lawyer-Junne-2006.pdf>. p.3-5.

อังกฤษมาปรับใช้ให้เข้ากับบริบทของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน จะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญา โดยคู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐและเอกชนจะทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนในการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน ในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และจะช่วยสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมทั้งจะเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิเลิกสัญญาที่เป็นแนวทางเดียวกันซึ่งการกำหนดให้สิทธิดังกล่าวจะเป็นประโยชน์มากกว่า และมีได้เป็นข้อสัญญาเสียเปรียบของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ¹³²



¹³² อ่างแล้ว. เข็มชัย ชุตินวงศ์. หน้า 53

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

โครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ล้วนแต่เป็นโครงการที่สำคัญ มีมูลค่าโครงการทางเศรษฐกิจสูง จึงเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมลงทุนกับรัฐ เพื่อลดข้อจำกัดในด้านการลงทุนและเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐให้ใช้ประโยชน์อย่างคุ้มค่าที่สุด โดยการจัดทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐนั้นมีหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดอยู่ในมาตรา 34 และประกาศของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 แม้ว่าประกาศฯได้กำหนดให้สัญญาร่วมลงทุนจะต้องมีข้อกำหนดมาตรฐาน ซึ่งประกอบไปด้วยรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4 (1) ถึง (19) ของประกาศฯ รวมถึงจะต้องไม่มีข้อกำหนดหรือเนื้อหาในลักษณะที่ได้กำหนดห้ามไว้ในข้อ 5 ของประกาศฯ ซึ่งมีประโยชน์ในการวางโครงสร้างของสัญญา แต่ประกาศฯดังกล่าวยังไม่อาจนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้จริง เพราะยังขาดความสมบูรณ์และความชัดเจนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่จะใช้ในการร่างสัญญาร่วมลงทุนให้เป็นมาตรฐาน และการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรม สัญญา และหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่จะพบมากใน 4 เรื่อง คือ เรื่องระยะเวลาโครงการ เรื่องเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิดชอบ เรื่องการประกันภัยและการใช้ค่าสินไหมทดแทน และเรื่องเหตุเลิกสัญญา อันมีรายละเอียดดังนี้

1. ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ

สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเด็น คือ

1.1 ประเด็นการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการ

จากการขาดหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการทำให้การกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่มีการลงทุนในลักษณะเดียวกัน แต่กลับมีเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาที่หลากหลายและแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ อีกทั้ง ยังมีการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโดยไม่พิจารณาถึงความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและมีการจำกัดระยะเวลาดำเนินการมากเกินไป จึงก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะเสี่ยงต่อการปฏิบัติผิดสัญญาได้ง่าย

เมื่อศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียพบว่า มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสี่ยงของโครงการตั้งแต่เริ่มแรกของการดำเนินการตามสัญญาร่วมลงทุน และจะต้องเป็นเงื่อนไขที่สอดคล้องกับหน้าที่หลักของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยกำหนดให้สัญญาจะไม่เริ่มนับจนกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะปฏิบัติตามเงื่อนไขอย่างถูกต้องและได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือที่เรียกว่า “วันบรรลุข้อตกลงทางการเงิน” (Financial Close) ซึ่งจะเป็นวันที่ผู้ให้กู้จะเริ่มปล่อยสินเชื่อเพื่อนำมาใช้เป็นเงินลงทุนของโครงการ โดยมีเงื่อนไขที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติ คือ

- 1) เงื่อนไขทางการออกแบบก่อสร้าง โดยเอกชนจะต้องแสดงเอกสารของทุกสัญญาที่เกี่ยวกับการออกแบบโครงการและการจ้างก่อสร้าง
- 2) เงื่อนไขทางการเงิน โดยเอกชนจะต้องแสดงเอกสารทางการเงินและหลักฐานที่ได้รับเงินสนับสนุนการลงทุนของโครงการ และหลักฐานการชำระเงินที่เกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญากับรัฐ และ
- 3) เงื่อนไขในด้านการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ (ถ้ามี) โดยเอกชนจะต้องแสดงเอกสารของการเข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนและสัดส่วนของการถือหุ้น (Shareholder Agreement)

แม้ว่าจะมีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนวางหลักประกัน เพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญา แต่การวางหลักประกันนี้อาจยังไม่เหมาะสมกับการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ เนื่องจากเป็นโครงการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ลงทุนโครงการทั้งหมดตลอดอายุสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้จ่ายค่าจ้างและให้ความช่วยเหลือทางการเงิน เอกชนจึงเป็นผู้รับภาระและความเสี่ยงไว้เองทั้งหมด ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องเตรียมเงินหรือค่าใช้จ่ายไว้ตั้งแต่วันที่ทำสัญญาออมเป็นภาระที่หนักแก่เอกชนเกินสมควร

นอกจากนี้ คู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียยังกำหนดหลักเกณฑ์ของการบอกเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือไม่ได้รับความเห็นชอบในการปฏิบัติตามเงื่อนไขภายในวันที่กำหนด ซึ่งจะมีผลให้สัญญาสิ้นสุดลงและคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีสิทธิเรียกร้องใดๆต่อกัน ซึ่งสอดคล้องกับสิทธิในการเลิกสัญญาของประเทศไทย โดยการบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด หากพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขให้ถูกต้อง คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญา

1.2 ประเด็นเกี่ยวกับการต่ออายุสัญญา

การที่ประกาศฯ กำหนดข้อห้ามในการกำหนดการต่อหรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที โดยไม่มีการเจรจาระหว่างคู่สัญญา และพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดขั้นตอนในการทำสัญญาใหม่ในกรณีที่สัญญาเดิมสิ้นสุดไว้

โดยเฉพาะ จึงมีผลกระทบต่อข้อสัญญาเรื่องการต่ออายุสัญญาตามคำมั่นในสัญญาที่กระทำขึ้นก่อนที่มีการตรากฎหมายขึ้นมาบังคับ ซึ่งปัจจุบัน กฎหมายยังไม่มีแนวทางการดำเนินการที่ชัดเจนจึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติแก่คู่สัญญาอย่างมากว่าคู่สัญญาจะมีสิทธิเจรจาการต่ออายุสัญญาหรือจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนทำสัญญาใหม่ทันทีโดยไม่มีสิทธิเจรจา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องเทียบเคียงกับแนวปฏิบัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เคยวางแนวทางมาพิจารณาประกอบกับขั้นตอนการทำสัญญาใหม่ที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการดำเนินกิจการของรัฐและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีที่คู่สัญญาเอกชนประสงค์ขอต่ออายุสัญญา ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจัดตั้งคณะกรรมการมาตรา 34 เพื่อทำหน้าที่พิจารณาข้อเสนอและผลประโยชน์ตอบแทนและเงื่อนไขอื่นๆ และเมื่อคณะกรรมการดังกล่าวเจรจาทำความตกลงกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียบร้อยแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องนำเสนอเงื่อนไขและประเด็นที่ได้เจรจาท่องกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างน้อย 5 ปี ก่อนที่สัญญาสิ้นสุด และเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบต่อไป

นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นโครงการทำขึ้น ณ ขณะที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีผลใช้บังคับ แต่กลับมีข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญา จึงเป็นโครงการที่มีได้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแม้ว่ากฎหมายจะวางแนวทางการแก้ไขปัญหาไว้ โดยให้คณะรัฐมนตรีมีดุลพินิจพิจารณาว่าจะยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาดังกล่าวก็ได้ โดยจะต้องคำนึงถึงความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและผลกระทบต่อประชาชน อย่างไรก็ตาม ศาลเคยตีความไว้ว่าเมื่อเงื่อนไขบางข้อของข้อสัญญาพร้อมลงทุนจะมีได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดก็มีผลเฉพาะข้อสัญญาข้อนั้นที่ไม่ผูกพันคู่สัญญา ส่วนข้อใดที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย คู่สัญญายังคงต้องผูกพันตามสัญญาต่อไป ดังนั้น ในกรณีที่มีข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คณะรัฐมนตรีอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาตัดเฉพาะข้อสัญญาข้อนั้นออกโดยการแก้ไขสัญญา และให้คู่สัญญาผูกพันตามสัญญาต่อไปโดยนำแนวทางของศาลมาปรับใช้ก็จะสร้างความชัดเจนและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2. ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัย และเหตุอื่นที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิด

เนื่องจากพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องเหตุสุดวิสัยหรือเหตุยกเว้นความรับผิดสำหรับโครงการร่วมลงทุนพัฒนาที่ดินของรัฐ จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรม สัญญา และหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้แก่สัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดิน แม้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวจะสามารถนำมาปรับใช้ได้ในการกำหนดเหตุสุดวิสัยและเหตุยกเว้นความรับผิดโดยการตกลงล่วงหน้าในสัญญาบนพื้นฐานของหลักอิสระในทางแพ่งก็ตาม แต่กลับพบว่า โดยส่วนใหญ่จะมีการกำหนดเหตุ

ยกเว้นความรับผิดในลักษณะที่เป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของฝ่ายรัฐเป็นสำคัญ อันแสดงให้เห็นถึงอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ นอกจากนี้ ยังพบข้อจำกัดของกฎหมายไทยในการตีความเหตุสุดวิสัยและเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย ซึ่งทำให้เกิดประเด็นปัญหาเรื่องการจัดสรรความเสี่ยงที่ไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาในการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาของรัฐ จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แบ่งเหตุยกเว้นความรับผิดออกเป็น 3 เหตุ โดยมีหลักเกณฑ์และการดำเนินการของแต่ละเหตุดังนี้

2.1 เหตุสุดวิสัย (Force majeure event)

2.1.1 หลักเกณฑ์ของเหตุสุดวิสัย

จากการศึกษาของคู่มือแนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศมีความคล้ายกัน กล่าวคือเหตุสุดวิสัยจะต้องเป็นเหตุที่ขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย และจะต้องเป็นเหตุการณ์นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยสิ้นเชิง โดยหากเกิดเหตุสุดวิสัยขึ้นแล้วจะเป็นผลกระทบขั้นร้ายแรงต่อโครงการทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งหลักเกณฑ์สอดคล้องกับหลักกฎหมายไทยเรื่องเหตุสุดวิสัย คือ เป็นเหตุที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติหรือเกิดจากการกระทำของคนหรืออุบัติเหตุก็ได้ และเหตุสุดวิสัยจะต้องมีระยะเวลายาวนานพอสมควร โดยระหว่างที่เหตุดังกล่าวคงอยู่หรือเกิดผลกระทบต่อคู่สัญญาจะได้รับยกเว้นความรับผิดตามสัญญา ไม่ว่าจะมีความรับผิดจากความล่าช้า ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินโครงการ ซึ่งแต่ละประเทศกำหนดระยะเวลาไว้แตกต่างกัน โดยคู่มือแนวทางของประเทศไทยกำหนดไว้ 12 เดือน ซึ่งมากกว่าประเทศอังกฤษที่กำหนดไว้ 6 เดือน

2.1.2 การดำเนินการกรณีเหตุสุดวิสัย

แม้ว่ากฎหมายจะยอมให้มีการตกลงกันให้คู่สัญญายอมรับผิดตลอดถึงเหตุสุดวิสัยก็ตาม แต่ด้วยเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุที่ไม่มีใครป้องกันได้และเป็นเหตุที่มีความผิดของลูกหนี้ ประกอบกับลักษณะของการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีบทบาทสำคัญในการลงทุนก่อสร้างและจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐตลอดอายุสัญญา การที่ข้อสัญญาร่วมลงทุนกำหนดให้คู่สัญญาเอกชนจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยอาจไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งคู่มือแนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศกำหนดเหมือนกันที่ว่าเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างหลุดพ้นจากความรับผิด โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับยกเว้นความรับผิดตราบเท่าที่ตนได้รับความเสียหาย ในขณะเดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีหน้าที่ชดเชยความเสียหายทางการเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจจัดให้มีการชดเชยความเสียหายด้วยวิธีอื่นก็ได้ ดังเช่นในประเทศอังกฤษที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาขยายระยะเวลาของสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของไทยตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ข้อ 139 ที่กำหนดให้เหตุสุดวิสัยเป็นเหตุในขยายระยะเวลาตามสัญญา

นอกจากนี้ คู่มือแนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศยังกำหนดให้คู่สัญญา ฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิยกเหตุสุดวิสัยขึ้นอ้างเพื่อขอยกเว้นความรับผิดได้นั้น จะต้องการบอกล่าวทั้ง ขณะที่เกิดและการสิ้นสุดของเหตุสุดวิสัย ซึ่งการกำหนดหน้าที่ในการบอกล่าว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ คู่สัญญาได้เจรจาร่วมกันอย่างสุจริตเพื่อหาวิธีที่จะทำให้การโครงการดำเนินตามสัญญาต่อไปได้ ซึ่งต่าง จากหน้าที่ในการบอกล่าตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่เป็นสัญญาจ้างทำของที่มุ่งความสำเร็จ ของงาน การบอกล่าจึงเป็นไปเพื่อให้ผู้รับจ้างยกเป็นเหตุที่ยกเว้นความรับผิดตามสัญญาเท่านั้น ทั้งนี้ ในกรณีที่เหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นและคงอยู่เป็นระยะเวลาติดต่อกันนานจนทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตาม สัญญาร่วมลงทุนและคู่สัญญาไม่อาจเจรจาและตกลงร่วมกันหาทางออกได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ ผลกระทบอาจแจ้งขอเลิกสัญญาโดยทำเป็นหนังสือส่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทราบล่วงหน้าก่อน การเลิกสัญญา โดยการเลิกสัญญานั้นคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2.2 เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา (Relief events)

2.2.1 หลักเกณฑ์ของเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศไทยคล้ายกับต่างประเทศที่ว่า เหตุละเว้น การปฏิบัติตามสัญญาเป็นเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างการก่อสร้างหรือระหว่างการดำเนินการ ทางพาณิชย์ แม้จะไม่ถึงขนาดเป็นเหตุสุดวิสัย แต่ก็ เป็นเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความควบคุมของ คู่สัญญา ซึ่งเป็นเหตุที่ส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงิน ไม่ว่าจะเป็นการชำระหนี้ตาม สัญญาเงินกู้หรือการคืนเงินลงทุนให้แก่ผู้ลงทุน และการลดลงของรายได้ของการประกอบกิจการ เมื่อ พิจารณาเหตุดังกล่าวสามารถปรับเข้ากับลักษณะของพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย กับอีกกรณีที่คู่สัญญาตกลงให้เหตุใดเหตุหนึ่งเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดโดยอาศัยข้อสัญญา ซึ่ง คู่สัญญาอาจตกลงให้ขยายไปถึงเหตุที่เกิดจากการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ได้ แต่ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบเพราะอาจส่งผลถึงประเด็นที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจต้องจ่ายค่าชดเชย ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2.2.2 การดำเนินการกรณีเหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา

แม้ว่าคู่มือแนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศกำหนดให้เหตุละเว้นการ ปฏิบัติตามสัญญาเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับยกเว้นความรับผิดซึ่งสอดคล้องกับกรณีที่เป็น พฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายไทย และอาจได้รับการพิจารณาขยายระยะเวลา โครงการออกไปตามสมควรเท่าที่ได้รับผลกระทบจากเหตุดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คู่มือแนวทางของ ประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความช่วยเหลือทางการเงิน ได้ ซึ่งต่างจากสัญญาภาครัฐของประเทศไทย คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะไม่พิจารณาให้ความช่วยเหลือทางด้านการ เงินเพื่อชดเชยความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีที่คู่สัญญาได้มีการตกลงให้เหตุที่คู่สัญญา ฝ่ายรัฐปฏิบัติผิดสัญญาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิด หากพิจารณานำแนวทางของประเทศออสเตรเลีย

มาปรับใช้โดยให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าชดเชยความเสียหายก็จะเป็นการจัดสรรความเสี่ยงที่เป็นธรรมและยังสร้างความมั่นใจแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการลงทุนโครงการพัฒนาที่ดิน

แม้ว่าโดยทั่วไปคู่สัญญาจะไม่มีสิทธิเลิกสัญญาอันเนื่องจากเหตุดังกล่าวก็ตาม แต่ในกรณีที่เป็นเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากรากฐานของสัญญาอย่างมาก ซึ่งการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปอาจก่อให้เกิดภาระอย่างมากหรือให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเสียเปรียบเป็นอย่างมาก อาทิ การเกิดวิกฤติเศรษฐกิจอย่างรุนแรง กรณีการออกนโยบายของรัฐที่แปรสภาพคู่สัญญาฝ่ายรัฐจากเดิมที่ เป็นผู้กำกับดูแล กลายเป็นคู่แข่งทางธุรกิจที่สำคัญของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น นอกจากจะเป็นเหตุ ยกเว้นความรับผิดแล้ว ควรกำหนดให้มีการเจรจาเพื่อปรับข้อสัญญาให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน หากคู่สัญญาไม่สามารถเจรจาเพื่อปรับสัญญาได้ หรือหากแม้ว่าได้มีการปรับข้อสัญญาแล้วแต่ การชำระหนี้ยังคงเป็นภาระแก่คู่สัญญาอย่างมาก และการทำให้สัญญาสิ้นสุดลงเป็นทางออกที่เหมาะสมกว่า ก็สมควรที่จะกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้ก็จะทำให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา

2.3 เหตุเรียกค่าชดเชย (Compensation event)

2.3.1 หลักเกณฑ์ของเหตุเรียกค่าชดเชย

จากการเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุเรียกค่าชดเชยมีความแตกต่างกันในแง่ของเจตนารมณ์คือ คู่มือแนวทางของประเทศไทยและอังกฤษกำหนดไว้ว่าเป็นเหตุที่เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ต่างกับคู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียที่กำหนดว่าเป็นเหตุเกิดจากบุคคลภายนอกและอยู่เหนือความควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งส่วนใหญ่ ประเด็นปัญหามักจะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐส่งมอบพื้นที่ล่าช้า หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐดำเนินการที่ขัดต่อข้อตกลงห้ามอนุญาตให้เอกชนรายอื่นดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขัน เป็นต้น ซึ่งโดยหลัก เอกชนคู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้ แต่หากพิจารณาแล้วว่าสมควรจัดการด้วยการชดเชยดีกว่าการเลิกสัญญา คู่สัญญาจึงตกลงยกเว้นไม่ให้เป็นเหตุเลิกสัญญาก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม ดังนั้น จึงอาจนำแนวทางของประเทศไทยและอังกฤษมาปรับใช้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิบัติผิดสัญญาหรือจากการเปลี่ยนแปลงความต้องการของรัฐในการให้บริการหรือในการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของการให้บริการ โดยกำหนดให้เป็นเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกค่าชดเชย

2.3.2 การดำเนินการกรณีเหตุเรียกค่าชดเชย

จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศไทยกำหนดไว้เช่นเดียวกับต่างประเทศ โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเรียกค่าชดเชย ซึ่งสรุปได้เป็น 2 กรณี คือ ในกรณีที่เกิดความล่าช้าแก่โครงการจะชดเชยด้วยการขยายวันเริ่มให้บริการหรือวันสิ้นสุดระยะผ่อนผันการเริ่มให้บริการออกไปตามสมควรโดยคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดจากเหตุเรียกค่าชดเชย กับในกรณีที่มีค่าใช้จ่าย

เพิ่มเติมหรือสูญเสียรายได้ ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดใช้เงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำหรับค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและการสูญเสียรายได้ที่เกิดขึ้นและไม่สามารถบรรเทาหรือลดความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่สามารถชดเชยด้วยวิธีอื่น เช่น การชดใช้สำหรับรายได้ที่หายไปจากการเริ่มประกอบกิจการล่าช้า และค่าใช้จ่ายทางการเงิน เช่น ดอกเบี้ยหรือเบี้ยปรับจากสัญญากู้เงิน เป็นต้น โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐถึงการขอขยายกำหนดวันเริ่มให้บริการหรือขอชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่าการชดเชยอย่างไรจึงจะถือว่าเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา

สำหรับประเทศไทย การชดเชยความเสียหายอาจดำเนินการโดยการเรียกค่าเสียหาย ซึ่งศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจกำหนดตามที่มีการพิสูจน์ค่าเสียหายที่แท้จริง ซึ่งยากต่อการพิสูจน์ผลกระทบที่เกิดขึ้นและไม่แน่ว่าจะตรงกับความจริง กับอีกทางหนึ่ง คือการกำหนดเบี้ยปรับซึ่งเป็นค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าในสัญญา แต่ทว่าหากเบี้ยปรับมีจำนวนสูงเกินส่วน ศาลอาจลดลงได้เพราะปัญหาการเรียกเบี้ยปรับสูงเกินไปเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ท้ายที่สุดแล้วไม่ว่ากรณีใดก็ตาม ก็ต้องกลับมาสู่การชดเชยบนพื้นฐานของค่าเสียหายที่แท้จริงและไม่สูงเกินควร ทางออกของเรื่องนี้ คู่สัญญาจะต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบและร่วมกันกำหนดให้ชัดเจนโดยมีสูตรการคำนวณค่าเสียหายที่สะท้อนให้เห็นถึงจำนวนเงินที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดใช้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อชดเชยสำหรับค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและการสูญเสียรายได้ที่เกิดขึ้นจริง เช่น การยอมรับประมาณการรายได้ที่นำมาใช้คำนวณค่าเสียหาย หรือจะคิดจากปริมาณการใช้บริการจริง ณ เวลานั้นๆ เป็นต้น ทั้งนี้ หากไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้ จะต้องร่วมกันจัดหาผู้สอบบัญชีอิสระเพื่อประเมินความเสียหายและกำหนดเป็นค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน อนึ่ง หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับเงินชดเชยเพื่อนำมาเยียวยาความเสียหายโดยตรงที่เกิดจากความล่าช้าในการเริ่มให้บริการแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีสิทธิได้รับการขยายวันสิ้นสุดของโครงการอีก

ทั้งนี้ ในกรณีที่พิจารณาขยายระยะเวลาโครงการนั้นมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาของสัญญา อันเข้าลักษณะที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาตามที่ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558 ซึ่งจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดไว้

3. ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยและการใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในปัจจุบันมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยในสัญญาการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ โดยผู้เขียนแยกประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการประกันภัยดังนี้

3.1 วิเคราะห์ปัญหาการจัดทำประกันภัย

โดยทั่วไป สัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐมักจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนฝ่ายเดียวที่จะต้องทำประกันภัยความเสี่ยงของโครงการตลอดระยะเวลาของสัญญา แม้ว่าสัญญาจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยกับบริษัทประกันภัยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นชอบ แต่ในทางปฏิบัติ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็มิได้มีส่วนร่วมตัดสินใจในการจัดทำประกันภัย จึงเสี่ยงที่จะเกิดปัญหาในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในภายหลัง ประกอบกับเจ้าหนี้เงินกู้โครงการมักจะมีเงื่อนไขให้เอกชนจัดทำประกันภัยตามที่ตนกำหนด เพื่อสร้างความมั่นใจว่าเมื่อเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการแล้ว เจ้าหนี้จะได้รับความคุ้มครองที่ครอบคลุมเต็มจำนวนเงินกู้ที่ค้างชำระ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเงื่อนไขการจัดทำประกันภัยให้มีความสอดคล้องกันระหว่างสัญญาเงินกู้กับสัญญาร่วมลงทุน เพื่อให้เป็นเงื่อนไขที่ยอมรับได้ของเจ้าหนี้เงินกู้ และไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียประโยชน์

จากการศึกษาคู่่มือแนวทางของประเทศอังกฤษที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจัดทำตารางข้อกำหนดการจัดทำประกันภัยไว้ตั้งแต่แรกโดยอาศัยผู้เชี่ยวชาญทางด้านประกันภัย โดยกำหนดประเภทและสาระสำคัญของกรมธรรม์ประกันภัย ซึ่งจะต้องระบุความคุ้มครอง จำนวนเงินเอาประกันภัยและความรับผิดชอบแรก รวมถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัย เพื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้เตรียมค่าใช้จ่ายสำหรับส่วนนี้และจัดทำประกันภัยให้ถูกต้องครบถ้วน และคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจยอมรับเงื่อนไขของเจ้าหนี้เงินกู้โครงการ ในกรณีที่เจ้าหนี้โครงการมีความประสงค์ที่จะกำหนดเงื่อนไขเพื่อเป็นการคุ้มครองหนี้เงินกู้และค่าใช้จ่ายที่เอกชนมีภาระผูกพันตามสัญญาเงินโครงการ เช่น การจัดทำประกันภัยความล่าช้าโครงการและประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก เพื่อคุ้มครองค่าใช้จ่ายหรือมูลหนี้ที่ค้างแก่เจ้าหนี้ ในระหว่างที่เกิดความล่าช้าของโครงการหรือในระหว่างที่เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ทรัพย์สินของโครงการได้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้ภายหลังจากการจัดทำประกันภัย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำเสนอกรมธรรม์ประกันภัย และใบสลักหลังใดๆที่มีความเกี่ยวข้องกับการทำประกันภัยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในวันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงิน หรือก่อนวันครบกำหนดต่ออายุประกันภัย แล้วแต่กรณี เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ตรวจสอบความถูกต้องของการจัดทำประกันภัย และกำกับติดตามให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามเงื่อนไขของกรมธรรม์ เพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติผิดเงื่อนไขอันเป็นเหตุให้ผู้รับประกันภัยปฏิเสธการชดเชยค่าสินไหมทดแทน

สำหรับการป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำกระทำการใดๆอันเป็นเหตุให้ผู้รับประกันภัยปฏิเสธการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญาหรือกรมธรรม์ประกันภัย คู่่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียและอังกฤษมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมการเปลี่ยนแปลงการทำประกันภัยโดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องขอความยินยอมล่วงหน้าจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ รวมถึงคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษยัง

มีการกำหนดให้บริษัทผู้รับประกันภัยแจ้งเกี่ยวกับการกระทำหรือการงดเว้นกระทำการใดๆ ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเป็นเหตุที่ทำให้สัญญาประกันภัยไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย หรือทำให้บริษัทผู้รับประกันภัยใช้กล่าวอ้างหรือยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญาประกันภัยไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน ทั้งนี้ คู่มีของประเทศไทยออสเตรเลียและอังกฤษยังมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดทำประกันภัยกับบริษัทผู้รับประกันภัยที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเห็นชอบอีกด้วย เพื่อสร้างความมั่นใจว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะทำประกันภัยกับบริษัทรับประกันภัยที่มีชื่อเสียงและน่าเชื่อถือ

3.2 ประเด็นการทำประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก

ในบางสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินไม่มีเงื่อนไขเรื่องการทำประกันธุรกิจหยุดชะงัก จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษพบว่ามีกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดหาและคงไว้ซึ่งการประกันภัยดังกล่าว ซึ่งเป็นการประกันภัยความคุ้มครองสืบเนื่องมาจากกรรมธรรม์ประกันภัยความเสียหายต่อทรัพย์สิน ในระหว่างที่เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของโครงการ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดเชยการสูญเสียรายได้ของกิจการและชดเชยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ซึ่งจะทำให้สามารถชำระค่าตอบแทนการเช่าตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ และเป็นประโยชน์แก่การบริหารโครงการได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

3.3 ประเด็นการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้องตามสัญญาประกันภัย

โดยที่สัญญาร่วมลงทุนส่วนใหญ่ มักจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินการซ่อมแซมทรัพย์สินของโครงการให้กลับคืนสู่สภาพดีในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโครงการ แต่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลการซ่อมแซมเหมือนดังเช่นคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องจัดส่งแผนในการก่อสร้างซ่อมแซมฟื้นฟูทรัพย์สินของโครงการภายในระยะเวลาที่กำหนด และกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะต้องร่วมกันเจรจาเกี่ยวกับการดำเนินการฟื้นฟูซ่อมแซมโครงการให้เป็นไปตามวิธีการที่คู่สัญญากำหนดไว้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือเพื่อให้แผนการฟื้นฟูซ่อมแซมบรรลุตามวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดวงเงินค่าสินไหมทดแทนขั้นต่ำ หากไม่เกินจำนวนขั้นต่ำก็จะจ่ายตรงไปยังผู้เรียกร้องได้ทันที เพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น

นอกจากนี้ แม้ว่าส่วนใหญ่สัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐจะกำหนดให้นำค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากสัญญาประกันภัยความเสียหายทรัพย์สินของโครงการ เพื่อซ่อมแซมฟื้นฟูหรือทดแทนไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมดของทรัพย์สินโครงการให้กลับมาสู่สภาพเดิมตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่เนื่องจากสัญญาร่วมลงทุนเป็นสัญญาที่มีผลผูกพันระยะยาว อาจมีสถานการณ์บางอย่างที่ทำให้คู่สัญญาที่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงข้อตกลงดังกล่าว เช่น กรณีที่การกลับคืนสู่สภาพเดิมไม่สามารถกระทำได้โดยสภาพแห่งทรัพย์สินนั่นเอง หรือ

กรณีการใช้จ่ายสินไหมทดแทนตามข้อตกลงเดิมนั้นไม่มีความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ต่อไป ซึ่งเคยมีคำวินิจฉัยของศาลว่าการใช้จ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนเป็นการแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบและขัดต่อสัญญาสัมปทาน ซึ่งอาจก่อให้เกิดประเด็นเรื่องความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่เอกชนผู้สุจริต

จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียที่มีการกำหนดไว้ว่าหากบรรดาค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการเรียกร้องตามกรมธรรม์ประกันภัยเพื่อการฟื้นฟูซ่อมแซมให้กลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นไม่เหมาะสมและคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถชำระหนี้เงินกู้โครงการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แก่เจ้าหนี้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาอนุมัติให้นำเงินค่าสินไหมทดแทนบางส่วนหรือทั้งหมดไปชำระหนี้เงินกู้โครงการโดยตรงก็ได้ เช่นเดียวกับคู่มือแนวทางของประเทศอังกฤษที่กำหนดให้การใช้จ่ายสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการประกันภัยเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากการใช้จ่ายสินไหมทดแทนเพื่อฟื้นฟูหรือซ่อมแซมอย่างเต็มจำนวนได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเรื่องการใช้จ่ายสินไหมทดแทนของคู่มือแนวทางของต่างประเทศแล้ว เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นและสามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่มีแนวทางในการแก้ไขปัญหาโครงการร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายพิจารณาแล้วมีเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเรื่องการใช้จ่ายสินไหมทดแทนให้เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อขอความเห็นชอบในแก้ไขข้อตกลงในสัญญาให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศในปัจจุบันก็ได้

4. ข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา

4.1 การกำหนดสิทธิการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

เนื่องจากบางสัญญาร่วมลงทุนมีการนำหลักสัญญาทางปกครองมาปรับใช้ในการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ปฏิบัติผิดสัญญา จึงมีปัญหาคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถใช้อิทธิพลจากสัญญาทางปกครองโดยมีขอบเขตเพียงใด ซึ่งจากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศ มีการกำหนดสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่เหมือนกัน คือ คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลิกสัญญาได้โดยที่เอกชนคู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญา ในกรณีที่มีเหตุอันทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาได้อีกต่อไป เช่น การเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐ หรือกรณีที่มีสถานการณ์อันเปลี่ยนแปลงของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นต้น ซึ่งมีกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือพร้อมการบรรยายละเอียดดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อยว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะขอใช้สิทธิเลิกสัญญา วันที่ที่จะให้สัญญา

สิ้นสุด และการเลือกใช้สิทธิอื่นๆ เช่น สิทธิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนโอนกรรมสิทธิ์ สิทธิประโยชน์ และ สิทธิอื่นใดที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีอยู่เหนือทรัพย์สินของโครงการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เป็นต้น

สำหรับการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากเลิกสัญญาในกรณีดังกล่าว คู่มีอ แนวทางของประเทศไทยและต่างประเทศกำหนดให้ชดเชยมูลค่าของทรัพย์สิน โดยคู่สัญญาฝ่าย เอกชนจะมีสิทธิเรียกให้ชดเชยมูลค่าทางบัญชีของทรัพย์สินโครงการเฉพาะทรัพย์สินที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ เลิกและรับมาใช้งาน ในส่วนการชดเชยค่าขาดประโยชน์หรือค่าขาดรายได้ซึ่งเป็นค่าเสียหายอย่าง หนึ่งนั้น ในมุมมองของเอกชนและรัฐมีความเห็นแตกต่างกันเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายจาก ประมาณการรายได้ในอนาคตตลอดระยะเวลาของสัญญา ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะนี้มีได้ เป็นไปเพื่อหาประโยชน์เกินควรของคู่สัญญาเอกชน แต่กำหนดเพื่อลดความเสี่ยงของเจ้าหนี้เงินกู้ โครงการและป้องกันมิให้รัฐเลิกสัญญาได้ง่ายเกินไป ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันพิจารณา ปัจจัยในการคำนวณค่าชดเชยที่เหมาะสมและเป็นเป็นธรรม ทั้งนี้ หากไม่สามารถตกลงร่วมกันได้ก็ ต้องจัดหาผู้สอบบัญชีอิสระเพื่อกำหนดมูลค่าของการชดเชยต่อไป

2. การเลิกสัญญาเนื่องจากพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในการปฏิบัติตามสัญญา อย่างมาก

โดยที่สัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ ซึ่งเป็นสัญญาที่มีความ ผูกพันในระยะยาวอาจมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอันเนื่องมาจาก การเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือกระทำของรัฐบาล ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถเริ่มงานหรือ ดำเนินกิจการทางพาณิชย์ได้ตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงิน ของคู่สัญญาเอกชนเป็นอย่างมาก โดยเหตุดังกล่าวมิได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กรณีการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐ หรือการกระทำของรัฐบาล หรือความผันผวนทางเศรษฐกิจ เป็น ต้น ซึ่งหากไม่มีเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่มี พฤติการณ์ดังกล่าวจะสร้างภาระความเสี่ยงที่หนักขึ้นและเกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ความเสี่ยงจากผิดสัญญา ถูกเรียกดอกเบี้ยและค่าปรับจากหนี้ค้ำชำระ ภาระต้นทุนทางด้าน ธุรกิจที่เพิ่มสูงขึ้น ตลอดจนค่าเสียโอกาสทางธุรกิจ เป็นต้น

จากการศึกษาคู่มือแนวทางของประเทศออสเตรเลียและอังกฤษ มีการกำหนดให้ ให้สิทธิในการเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเฉพาะกรณีที่มีพฤติการณ์นั้นเกิดขึ้นจากการกระทำ ของรัฐบาลส่งผลกระทบต่อปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือในบางส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือว่าจะขอเลิกสัญญา และกำหนดระยะเวลาไปยังคู่สัญญาฝ่าย รัฐ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐแจ้งกลับมายังคู่สัญญาเอกชนว่าขอระงับสิทธิเลิกสัญญาชั่วคราวและให้ คู่สัญญาเจรจาทหาทางแก้ไขเยียวยา หากคู่สัญญาได้เจรจาตกลงกันเรียบร้อยแล้วให้สิทธิเลิกสัญญา

ระงับไป แต่หากไม่สามารถตกลงกันได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาโดยบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้นแก่สัญญาร่วมลงทุนซึ่งเกิดจากเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากและส่งผลกระทบต่อ การดำเนินการตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใน ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ไม่ว่าจะด้วยเหตุจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย การออกนโยบายของรัฐ หรือความผันผวนทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้เอกชนคู่สัญญา รับภาระหนักเกินควรและเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ จึงมีความจำเป็นที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะขอเจรจา ปรับแก้ข้อสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายหรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากไม่สามารถแก้ไข สัญญาหรือไม่สามารถตกลงกันได้ย่อมเป็นเหตุเลิกสัญญาในที่สุด

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่เกิดขึ้นของข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาที่ไม่สมบูรณ์และเพียงพอที่จะใช้ในการร่างสัญญาร่วมลงทุน ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ พิจารณาปรับปรุงประกาศฯ เรื่องข้อกำหนดมาตรฐานสำหรับสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 เพื่อ กำหนดหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐให้เป็นมาตรฐาน และเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนี้

1 ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาโครงการ

1.1 ควรกำหนดให้วันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงินเป็นเงื่อนไขการเริ่มนับระยะเวลาโครงการ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่าย รัฐภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งอย่างน้อยจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขทางด้านการออกแบบก่อสร้าง เงื่อนไขทางด้านการจัดหาแหล่งเงินทุน และเงื่อนไขทางด้านการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ (ถ้ามี) รวมทั้ง การ กำหนดสิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขให้ถูกต้อง ครบถ้วน โดยจะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าและกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนแก้ไข ให้ถูกต้อง หากพ้นระยะเวลาดังกล่าวคู่สัญญาเอกชนไม่ดำเนินการให้ถูกต้อง ให้สัญญามีผลสิ้นสุดทันที

1.2 ควรมีหลักเกณฑ์ในการต่ออายุสัญญาตามคำมั่นสำหรับสัญญาร่วมลงทุนที่ทำขึ้น ก่อนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และประกาศข้อกำหนดฯ บังคับใช้ โดยในกรณีที่คู่สัญญาเอกชนประสงค์ขอต่ออายุสัญญา ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจัดตั้ง คณะกรรมการมาตรา 34 เพื่อทำหน้าที่พิจารณาข้อเสนอและผลประโยชน์ตอบแทนและเงื่อนไขอื่นๆ และเมื่อคณะกรรมการดังกล่าวเจรจาทำความเข้าใจกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเรียบร้อยแล้ว คู่สัญญาฝ่าย รัฐจะต้องนำเสนอเงื่อนไขและประเด็นที่ได้เจรจาต่อรองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อรัฐมนตรีกระทรวง เจ้าสังกัดอย่างน้อย 5 ปี ก่อนที่สัญญาสิ้นสุด และเสนอต่อคณะกรรมการ นโยบายการให้เอกชนร่วม

ลงทุนในกิจการของรัฐ และให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบต่อไป

2 ข้อกำหนดเรื่องเหตุสุดวิสัยและเหตุอื่นที่ยกเว้นความรับผิด ควรกำหนดเป็น 3 เหตุ ดังนี้

2.1 เหตุสุดวิสัย ซึ่งเป็นเหตุที่ขัดขวางการชำระหนี้ตามสัญญาและเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือ การควบคุมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยสิ้นเชิง โดยการเกิดเหตุสุดวิสัยจะเป็นผลกระทบขั้นร้ายแรงต่อ โครงการ ซึ่งการคงอยู่และระยะเวลาที่เกิดผลกระทบของเหตุสุดวิสัยมีระยะเวลาพอสมควร

เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับยกเว้นความรับผิดตามสัญญา และ คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ อาจมีการพิจารณาให้ขยาย ระยะเวลาโครงการออกไปตามระยะเวลาที่ได้รับผลกระทบจากเหตุสุดวิสัย โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะต้องบอกกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐทราบถึงเหตุดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดนับแต่วันที่ สามารถ แจ้งให้ทราบได้ เพื่อที่จะให้คู่สัญญาทั้งสองมีโอกาสร่วมกันเจรจาและหามาตรการป้องกันเพื่อลด ผลกระทบและทำให้การดำเนินการกลับเข้าสู่ภาวะปกติ อนึ่ง หากเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นและมีอยู่เป็น ระยะเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าระยะเวลาที่ระบุ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจเจรจาและตกลง ร่วมกันหาทางออกได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบอาจแจ้งขอเลิกสัญญาโดยทำเป็นหนังสือส่งให้แก่ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้าก่อนการเลิกสัญญา

2.2 เหตุละเว้นการปฏิบัติตามสัญญา จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นระหว่าง การก่อสร้างหรือระหว่างการดำเนินการให้บริการ และเป็นเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความควบคุมของ คู่สัญญา โดยมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาหรือต่อสถานะทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้เหตุดังกล่าวเกิดจากการปฏิบัติผิดสัญญาของ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องพิจารณาชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน (หากมี)

เมื่อเกิดเหตุดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจพิจารณาวิธีการให้ความช่วยเหลือ โดย การขยายระยะเวลาโครงการออกไปก็ได้ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิเลิกสัญญา เว้นแต่กรณี พหุติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงซึ่งส่งผลให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะทำให้คู่สัญญาเอกชนมีภาระในการ ชำระหนี้อย่างมากและอาจทำให้เสียเปรียบเกินสมควร คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิขอเจรจาเพื่อปรับข้อ สัญญา หากคู่สัญญาไม่สามารถเจรจาเพื่อปรับสัญญาได้ หรือหากแม้ว่าได้มีการปรับข้อสัญญาแล้วแต่ การชำระหนี้ยังคงเป็นภาระแก่คู่สัญญาอย่างมากให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้

2.3 เหตุเรียกค่าชดเชย ซึ่งเป็นเหตุที่เกิดจากการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ หรือ เป็นเหตุที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงความต้องการในการให้บริการหรือในการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของ การให้บริการ

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากเหตุดังกล่าว ย่อมมีสิทธิเรียกค่าชดเชยได้ ซึ่งอาจทำได้เป็น 2 กรณี คือ ในกรณีที่เกิดความล่าช้าแก่โครงการจะชดเชยด้วยการขยายวันเริ่มให้บริการหรือวันสิ้นสุดระยะเวลาผ่อนผันการเริ่มให้บริการออกไปตามสมควรโดยคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดจากเหตุเรียกค่าชดเชย กับในกรณีที่มีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมหรือสูญเสียรายได้ ให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐชดใช้เงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสำหรับค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและการสูญเสียรายได้ที่เกิดขึ้นจริงและไม่สามารถบรรเทาเพื่อลดความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาฝ่ายรัฐถึงการขอขยายกำหนดวันเริ่มให้บริการหรือการขอชดเชยค่าเสียหาย โดยคู่สัญญาจะต้องร่วมกันพิจารณา กำหนดสูตรและปัจจัยในการคำนวณค่าชดเชยที่สะท้อนให้เห็นถึงความเสียหายที่แท้จริง ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่สามารถร่วมกันดำเนินการดังกล่าว จะต้องร่วมกันจัดหาผู้สอบบัญชีอิสระเพื่อกำหนดค่าชดเชย

3 ข้อกำหนดเรื่องการประกันภัยและการใช้ค่าสินไหมทดแทน

3.1 ควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการจัดทำประกันภัย โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องจัดทำตารางข้อกำหนดการจัดทำประกันภัยโดยอาศัยผู้เชี่ยวชาญทางด้านประกันภัย เพื่อกำหนดประเภทของการประกันภัยและสาระสำคัญของแต่ละกรมธรรม์ประกันภัย อาทิ ความคุ้มครองจำนวนเงินเอาประกันภัย และความรับผิดชอบส่วนแรก รวมถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัย โดยจะต้องจัดทำประกันภัยกับบริษัทประกันที่มีชื่อเสียงที่รัฐเห็นชอบ รวมถึงจะต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำส่งสำเนากรมธรรม์ประกันภัย และใบสลักหลังใดๆที่มีความเกี่ยวข้องกับการทำประกันภัยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐในวันที่บรรลุข้อตกลงทางการเงินหรือวันเริ่มให้บริการหรือก่อนวันครบกำหนดต่ออายุประกันภัย แล้วแต่กรณี รวมทั้ง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงการทำประกันภัยใดๆ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อนดำเนินการ ทั้งนี้ การพิจารณาผู้รับประกันภัยตามกรมธรรม์ประกันภัยให้คำนึงถึงส่วนได้เสียของเจ้าหนี้เงินกู้โครงการประกอบด้วย

3.2 ควรกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการเรียกร้องตามสัญญาประกันภัย โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำเงินค่าสินไหมทดแทนเพื่อซ่อมแซมทรัพย์สินของโครงการให้กลับคืนสู่สภาพดี โดยจะต้องจัดทำแผนการฟื้นฟูซ่อมแซมภายในระยะเวลาที่กำหนด และกำหนดจำนวนวงเงินขั้นต่ำในการใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น นอกจากนี้ ในกรณีที่มีความจำเป็น เช่น การกลับคืนสู่สภาพเดิมไม่สามารถกระทำได้โดยสภาพแห่งทรัพย์สินนั่นเองหรือการใช้ค่าสินไหมทดแทนตามข้อตกลงเดิมไม่มีค้ำค่าทางการเงิน ควรกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิขอเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเรื่องการใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยจะต้องนำเสนอเหตุผลและความจำเป็นต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐเพื่อประกอบการพิจารณา หรือคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะใช้สิทธิริเริ่มเองก็ได้ ซึ่งหากเป็นการริเริ่มโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐและค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการประกันภัยไม่สามารถชดเชยค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างทดแทนหรือซ่อมแซมที่เกิดจากการริเริ่มดังกล่าว คู่สัญญา

ฝ่ายรัฐจะต้องมีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นนั้น ทั้งนี้ เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้พิจารณาเรียบร้อยแล้ว จะต้องนำเสนอต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อขอความเห็นชอบในการแก้ไขสัญญาตามขั้นตอนต่อไป

4 ข้อกำหนดเรื่องเหตุเลิกสัญญา

4.1 ในกรณีที่มีสถานการณ์อันเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐ ซึ่งมีไม่ใช่เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิบัติผิดสัญญา ควรให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายรัฐเลิกสัญญาได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือพร้อมการระบุรายละเอียดว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะขอใช้สิทธิเลิกสัญญา ระบุวันที่ที่จะให้สัญญาสิ้นสุด และระบุการเลือกรับโอนสิทธิ และหน้าที่ต่างๆ ภายใต้สัญญาร่วมลงทุน หรือสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องกับโครงการ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชำระค่าชดเชยอันเนื่องจากการเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสูตรการคำนวณที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่สามารถร่วมกันกำหนดสูตรการคำนวณได้ ก็จะต้องจัดหาผู้สอบบัญชีอิสระเพื่อกำหนดค่าชดเชย ซึ่งอย่างน้อยจะต้องครอบคลุมจำนวนของมูลค่าทรัพย์สินของโครงการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐรับไว้ใช้งาน และการชดเชยการสูญเสียโอกาสที่คาดว่าจะตามประมาณการรายได้ตลอดระยะเวลาของสัญญา

4.2 ในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในการปฏิบัติตามสัญญาอย่างมาก และส่งผลกระทบต่อการดำเนินการตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ไม่ว่าจะด้วยเหตุจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย การออกนโยบายของรัฐ หรือความผันผวนทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง ซึ่งทำให้เอกชนคู่สัญญารับภาระหนักเกินควรและเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ ควรกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเจรจาขอปรับแก้ไขสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายหรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หากไม่สามารถแก้ไขสัญญาหรือไม่สามารถตกลงกันได้ ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชำระค่าชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอีกด้วย

รายการอ้างอิง

- Adam, K. A. Understanding “Material Adverse Change” Provision [Online].
Available from: <http://www.adamsdrafting.com/downloads/MAC-M & A-Lawyer-Junne-2006.pdf> [17 May 2014]
- Infrastructure Australia. Review of Major Infrastructure Delivery [Online]. 2008.
Available from: http://infrastructureaustralia.gov.au/policy-publications/publications/files/Review_of_Major_Infrastructure_Delivery_PWC.pdf [5 April 2015].
- Infrastructure Australia Australian Government. National Ppp Guidelines: National Commercial Principles - Economic Infrastructure (Ncps for Economic Infrastructure) [Online]. 2011. Available from:
<https://infrastructure.gov.au/infrastructure/ngpd/files/Volume-7-Commercial-Principles-for-Economic-Infrastructure-Feb-2011-FA.pdf> [5 March 2015].
- Legislation.gov.uk. A New Approach to Public Private Partnerships Pf2 [Online]. 2012.
Available from:
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf [8 December 2015].
- . Standardisation of Pf2 Contracts [Online]. Available from:
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF [10 April 2015]
- Partnerships Victoria. Partnerships Victoria Requirements and Annexures [Online].
Available from: <http://www.dtf.vic.gov.au/Infrastructure-Delivery/Public-private-partnerships/Projects> [27 September 2016].
- World Bank Institute. Public-Private Partnerships Reference Guide Version 1.0
[Online]. 2012. Available from:
<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/16055> [20 May 2016].

- เข็มชัย ชูติวงศ์. ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการสาธารณะ. ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน. 2556.
- เสรี นนทสูติ. หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556. ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน. 2556.
- เสาวภา เหล่าพลประทีป. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์เป็นผู้ออก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2558.
- โสภณ รัตนการ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2556.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ประกันภัย. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- กนกนัย ถาวรพานิช. ความสัมพันธ์ระหว่างการเปลี่ยนแปลงค่าของเงินและมูลค่าของหนี้เงินตามสัญญากู้ยืมเงิน. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 4(2556).
- กรมบัญชีกลาง. แนวทางปฏิบัติในการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการในกิจการของรัฐ.
- กลุ่มงานบริหารความเสี่ยงด้านการคลัง กระทรวงการคลัง. การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน การรับประกันหนี้ของรัฐบาลและความเสี่ยงทางการคลัง.
- จรรพพร ไวยนันท์. การบริหารความเสี่ยงและการประกันภัย: ภาควิชาการเงิน คณะพาณิชย์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- จรรพวรรณ เสงตระกูล. หลักการและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556. ใน เอกสารประกอบโครงการอบรม ทิศทางใหม่ของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556. ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 21 กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- จิระศักดิ์ เสมอมีสุข. สัญญาประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก: ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2555.
- จุลสิงห์ วสันตสิงห์. การตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับพิเศษ (2549).

- ญาใจ พัฒนสุขสวัสดิ์. ช่วงเปลี่ยนผ่าน จาก “กฎหมายร่วมการทำงาน” สู่ “กฎหมายร่วมลงทุน. ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน. 2556.
- ฉันทพร จันทร์เรืองเพ็ญ. การแปรสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคมกับการเปิดตลาดโทรคมนาคมของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาร่วมการทำงานโทรศัพท์พื้นฐาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545.
- ธานี วรภัทร์. กฎหมายว่าด้วยประกันภัย. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- นพดล อินทรลิม. มุมมองเอกชนกับการเปิดมิติใหม่การลงทุนระหว่าง รัฐ : เอกชน. ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการสัมมนา “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ: เปิดมิติใหม่ร่วมลงทุนรัฐเอกชน. 2556.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน). รายงานประจำปี 2555 บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://thcom-th.listedcompany.com/misc/RISK/THCOM-RISK2012-Part03-TH.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 20 เมษายน 2559]
- บริษัท ไทยอินชัวร์เรอส์ด้าเนท จำกัด. บริษัทประกันล้มหนี้สูงกว่าพันล้านกองทุนวินาศภัยอ่วม-เพิ่มเงินสมทบ 0.25% อัมลุกค้า [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.insure.co.th/index.php/2010-07-19-04-12-06/2010-07-19-04-30-01/insnews/1546--025-> [เข้าถึงเมื่อ 1 พฤษภาคม 2559 วันที่ 16 มิถุนายน 2554]
- ปกรณ์ ยิงวรรณ. การเลิกสัญญาโดยข้อสัญญากรณีมีการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้เกิดความเสียหายในสาระสำคัญ. ตุลพาท นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม เล่มที่ 2(2558).
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2544.
- พินัย ณ นคร. หลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป : ผลกระทบจากวิกฤตทางเศรษฐกิจ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 32(2545).
- พิษณุ กลั่นนุรักษ์. ปัญหาทางกฎหมายของการแก้ไขสัญญาทางปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.
- วินิจ ร่วมพงษ์พัฒน. การวางแผนการตอบสนองความเสี่ยงโดยใช้การประกันภัยก่อสร้าง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิศวกรรมโยธา ภาควิชาวิศวกรรมโยธา คณะวิศวกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.

ศันันท์กรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.

———. คำอธิบายนิติกรรม สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. พิมพ์ครั้งที่ 20 กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

ศศิวิมล ช่วยดำรง. การวิจัยเพื่อพัฒนาสังคมไทย ประเทศไทยกับหลักความรับผิดชอบต่อความเสียหายทางนิเวศวิทยา. ใน บทความวิจัยเสนอในการประชุมมหาดไทยวิชาการ 2556.

สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย. รวมคลัง ลงดาบเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย บริษัท สัญญาประกันภัย จำกัด (มหาชน) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.oic.or.th/th/consumer/news/releases/85318> [เข้าถึงเมื่อ 5 เมษายน 2559]

———. การประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.oic.or.th/th/consumer/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%B1%E0%B8%99%E0%B8%A0%E0%B8%B1%E0%B8%A2%E0%B8%98%E0%B8%B8%E0%B8%A3%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%AB%E0%B8%A2%E0%B8%B8%E0%B8%94%E0%B8%8A%E0%B8%B0%E0%B8%87%E0%B8%B1%E0%B8%81> [เข้าถึงเมื่อ 1 พฤษภาคม 2559]

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง. แนวทางการศึกษาและวิเคราะห์โครงการร่วมลงทุน PPP. 2552.

สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ กระทรวงการคลัง. คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs. 2552.

สำนักบริหารโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของภาครัฐ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ. รายงานการศึกษาดูงานโครงการ Project Finance for Public Private Partnerships (PPPs) ณ กรุง Melbourne Australia. 2550.

สำนักวิเคราะห์โครงการลงทุนภาครัฐ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. เอกสารประกอบวาระที่ 3.3 โครงการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในโครงการลงทุนภาครัฐ. 2553.

อมรลักษณ์ รักษ์วงศ์. การนำหลัก Hardship มาใช้ในกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอัษฎนา ธนาโอฬาร เกิดเมื่อวันที่ 6 กันยายน พ.ศ. 2525 สำเร็จการศึกษา
นิติศาสตร์บัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. 2549 เข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร์
มหาบัณฑิต ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2556

