



บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในช่วงระยะเวลาไม่นานมานี้ สถาบันการเงินและบริษัทจำกัดในประเทศไทยได้มีการกู้ยืมเงินตราต่างประเทศจากสถาบันการเงินต่างประเทศเป็นจำนวนมากขึ้น โดยเฉพาะในช่วงที่ภาวะอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ต่างประเทศต่ำกว่าดอกเบี้ยเงินกู้ในประเทศไทย เนื่องจากอัตราดอกเบี้ยเป็นปัจจัยที่สำคัญอันหนึ่งที่จะทำให้ต้นทุนเงินต่างประเทศสูงหรือต่ำ นอกเหนือจากอัตราแลกเปลี่ยน วิธีการในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนี้มีวิธีการและหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกับการกู้ยืมเงินภายในประเทศ นอกจากนี้การเลือกใช้กฎหมาย การเจรจาต่อรอง ข้อตกลงและเงื่อนไขรายละเอียดต่าง ๆ มักจะเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ การที่จะดำเนินการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนี้ผู้กู้จึงต้องมีความเข้าใจถึงกลไกการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย ในการที่จะเลือกใช้กฎหมายบังคับแก่สัญญา โครงสร้างหลักของสัญญาการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศเป็นอย่างไร กฎหมายภายในของประเทศไทย ทั้งนี้เพื่อที่จะได้ทราบว่าสัญญาการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนั้นมีผลบังคับได้เพียงไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการนำคดีมาฟ้องยังศาลไทย ทั้งนี้เนื่องจากการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศที่ได้มีการทำกันมา เป็นเวลานานนั้น ข้อตกลงในสัญญาการกู้ยืมเงินแตกต่างจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขการคิดดอกเบี้ย ข้อตกลง การผิดนัด การบังคับคดี และรายละเอียดต่าง ๆ ในสัญญา ถึงแม้จะปรากฏว่าในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะมีการกำหนดให้ใช้กฎหมายต่างประเทศ อันเป็นกฎหมายของตลาดการเงินของผู้ให้กู้เป็นสำคัญก็ตาม แต่ก็มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าหากมีการนำคดีฟ้องยังศาลในประเทศไทย ศาลไทยจะยอมรับหลักในการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวเพียงใด หากในกรณีที่ศาลไทยไม่ยอมรับบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ โดยเหตุที่กฎหมายต่างประเทศนั้นขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลไทยจะใช้กฎหมายไทยบังคับแก่คดีแล้วสัญญาการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนั้นจะมีผลบังคับเพียงไร นอกจากนี้ยังจะต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายในของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตรา ปัญหาภาษีอากร ปัญหาหลักประกัน ปัญหาที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้ทั้งฝ่ายผู้ให้กู้และผู้กู้จำเป็นต้องมีความเข้าใจอย่างลึกซึ้งก่อนที่จะพิจารณาว่า จะให้กู้หรือจะตกลงกู้หรือไม่

นอกเหนือจากการพิจารณาถึงฐานะทางการเงิน ความเป็นไปได้ของโครงการ ผลกำไรที่คาดว่าจะคาดว่าจะได้รับ เพราะหากสัญญาดังกล่าวไม่อาจมีผลบังคับได้ หรือก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายอื่นอันเนื่องมาจากกฎหมายภายในแล้ว ผู้ให้กู้ก็คงปฏิเสธไม่ยอมให้กู้ อันจะทำให้ผู้กู้เองก็อาจจะประสบกับปัญหาที่ไม่สามารถกู้เงินมาใช้ในการดำเนินกิจการได้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อถึงภาวะเศรษฐกิจและการเงินในประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

โดยที่กระทรวง ทบวง กรม และรัฐวิสาหกิจเองก็ได้มีการกู้ยืมเงินมาพัฒนาประเทศจากแหล่งเงินกู้ต่างประเทศเป็นจำนวนมาก แต่ก็ยังไม่เคยมีผู้ทำการวิจัยว่า ผลสัมฤทธิ์และวิธีการกู้ยืมเงินของรัฐบาลจะเป็นเช่นไร ทั้งนี้เพราะวิธีการในการกู้ยืมเงินของกระทรวง ทบวง กรมเอง รัฐวิสาหกิจย่อมแตกต่างกับเอกชน นอกจากนี้ยังมีข้อตกลงเกี่ยวกับความคุ้มกันในการบังคับคดี (Sovereign Immunities) และข้อตกลงในรายละเอียดปลีกย่อยจะแตกต่างกันไป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงอาจเป็นแนวทางสำหรับผู้สนใจในการค้นคว้า และวิจัยสำหรับการกู้ยืมเงินของภาครัฐบาลและรัฐวิสาหกิจต่อไป

แนว เหตุผลและทฤษฎีที่สำคัญหรือสมมุติฐาน

ผู้วิจัยมีเหตุผลและสมมุติฐานเกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศไทย ที่เลือกใช้กฎหมายต่างประเทศว่า คำลในประเทศไทยพึงต้องยอมรับหลักการเลือกใช้กฎหมาย (Choice of law) ตามเจตนาของผู้สัญญา (Autonomy of the will) โดยหากำต้องคำนึงหลักที่ว่ากฎหมายต่างประเทศขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมใช้บังคับไม่ได้อย่างเคร่งครัดจนเกินไป แต่คำลไทยควรที่จะพิจารณาถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันเป็นหลักการเป็นหลัก มิใช่ยึดถือแต่เป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนใน ประเทศไทยเท่านั้น นอกจากนี้คำลก็ควรจะต้องคำนึงถึงความจำเป็นและความเปลี่ยนแปลงของสภาวะทางการเงินระหว่างประเทศด้วย หากคำลตีความอย่างเคร่งครัดหรืออย่างแคบจนเกินไป ก็จะทำให้หลักการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศตามกฎหมายขัดกัน (พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481) แทบจะไม่ได้ใช้เลย ดังนั้นคำลควรจะใช้หลักในเรื่องการขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนสำหรับกู้ยืมเงินระหว่างประเทศในกรณีที่สำคัญเท่านั้น การพิจารณากฎหมายภายในเป็นหลักแต่เพียงประการเดียว อาจ

จะส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อภาวะเศรษฐกิจโดยรวมได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศในลุ่มที่จะสมบูรณ์และมีผลบังคับได้นั้น ย่อมมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ในประเทศไทย ยกเว้นในบางกรณีที่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งให้ใช้หลักกฎหมายภายในของประเทศไทยและเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสากลเป็นหลัก

ขอบเขตและวิธีการดำเนินการวิจัย

วิธีการวิจัยใช้วิธีการวิจัยแบบค้นคว้าจากเอกสาร (Documentary Research)

โดยศึกษาจากตำราและบทความภาษาต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ สัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศของภาคเอกชนที่ได้เคยมีการจัดทำขึ้น ความเห็นทางกฎหมาย (Legal Opinion) เกี่ยวกับกฎหมายไทยที่ให้ไว้โดยที่ปรึกษากฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 พระราชบัญญัติล้มละลายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตำราและบทความที่เกี่ยวข้อง คำวินิจฉัยของทางราชการ คำพิพากษาคำฎีกา ส่วนการศึกษานั้นใช้วิธีพรรณนาและวิเคราะห์ (Descriptive and Analytical Method) โดยกล่าวถึงหลักเกณฑ์และหลักกฎหมายของการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศโดยทั่วไป และข้อพิจารณาตามกฎหมายไทยประกอบกันไป ในบางปัญหาอาจนำหลักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายไทยด้วย โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นตลาดการเงินระหว่างประเทศที่สำคัญ ทั้งนี้เพื่อที่จะได้เป็นแนวทางสำหรับศาลไทยในการวินิจฉัยคดี เนื่องจากการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนี้เป็นเรื่องใหม่ ที่ไม่มีคดีบรรทัดฐานมาก่อน ศาลไทยจึงไม่ควรที่จะถือกฎหมายภายในหรือแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกามา เป็นหลักในการวินิจฉัยคดีแต่ประการเดียว ศาลไทยจำเป็นจะต้องพิจารณาแนวการวินิจฉัยของศาลอารยะประเทศอยู่เหมือนกัน นอกจากนี้ในปัญหาใดที่ยังไม่กระจ่างชัด ผู้วิจัยได้เสนอแนะให้มีการแก้ไข เพื่อขจัดข้อสงสัยและเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ

ผู้วิจัยจะได้เริ่มการวิจัยเกี่ยวกับกลไกการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ว่ามีการเตรียมการจัดหาเงินกู้ยืมอย่างไร แหล่งเงินกู้ต่างประเทศมีอะไรบ้าง กรณีการร่วมกันให้กู้ การให้กู้ตามโครงการ ซึ่งเป็นที่นิยมอยู่เป็นอย่างมากในปัจจุบันสำหรับโครงการขนาดใหญ่ มีวิธีการอย่างไร

การลงนาม การเบิกเงินกู้ วิธีการและเทคนิคการเจรจาต่อรองการทำสัญญาเงินกู้ และการให้ความเห็นทางกฎหมายพร้อมขอบเขตและความรับผิดชอบ เมื่อทราบถึงรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการแล้ว ก็จะได้พิจารณาถึงวิธีการเลือกใช้กฎหมายบังคับแก่สัญญาและผลตามกฎหมายไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ต่อจากนั้นก็จะได้วิจัยถึงโครงสร้างและแบบของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ พิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายไทยว่าสัญญากู้ยืมเงินต่างประเทศดังกล่าวจะสมบูรณ์แค่ไหนเพียงไร และสัญญาหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องในการกู้ยืมเงินพร้อมข้อตกลงเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาอีกด้วย เมื่อทราบถึงความสมบูรณ์ตามกฎหมายไทยแล้วก็จะได้พิจารณาในปัญหาที่ยุ่งยากและสำคัญคือเกี่ยวกับการคิดอัตราดอกเบี้ย กรณีเป็นอัตราดอกเบี้ยลอยตัวว่าจะบังคับได้แค่ไหนเพียงไร มีวิธีปฏิบัติในการหลบผลร้ายอย่างไร ส่วนอื่น ๆ อาทิเช่น ปัญหาตามกฎหมายการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน ปัญหาอากรแสตมป์ ภาษีเงินได้ในส่วนที่เป็นดอกเบี้ยทั้งภาษีเงินได้นิติบุคคล และกรณีมีข้อตกลงตามข้อตกลงยกเว้นภาษีซ้อน ปัญหาเกี่ยวกับหลักประกันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจำนอง จำน่า ค่าประกัน การผิดนัดการดำเนินบังคับคดี ผู้วิจัยก็ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับนักกฎหมายต่างประเทศ แต่เน้นหนักด้านกฎหมายไทยเป็นสำคัญ โดยอาจกล่าวเปรียบเทียบโดยย่อในบางตอน โดยระบุหนังสือที่อ้างอิงไว้ท้าย เพื่อให้ผู้สนใจสามารถค้นคว้าในรายละเอียดต่อไปได้ และในบทสรุปและข้อเสนอแนะก็ได้กล่าวถึงผลการวิจัยโดยสรุปและข้อเสนอแนะเพื่อที่จะสามารถให้การทำสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศที่สามารถที่จะให้ความคุ้มครองได้ทั้งผู้ให้กู้และผู้กู้โดยเท่าเทียมกัน

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงกลไกการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศว่ามีขั้นตอน วิธีการ แหล่งเงินกู้ที่ใด วิธีการเจรจาต่อรองสัญญาเงินกู้ระหว่างประเทศ
2. ทราบถึงความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงิน สัญญาที่เกี่ยวข้องในการกู้ยืมเงินและเอกสารที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายไทยเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีของศาล
3. เพื่อให้ศาลไทยได้ศึกษาและเปรียบเทียบหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาคดี ว่าข้อตกลงใดที่ศาลจะยอมรับบังคับให้แม้จะเป็นกฎหมายต่างประเทศ โดยมีได้ยึดถือแต่หลักกฎหมายหรือคำพิพากษากฎหมายภายในของประเทศไทยเป็นสำคัญ

4. เพื่อทราบถึงปัญหาของกฎหมายภายในของประเทศไทยที่อาจมีผลกระทบต่อการ
กู้ยืมเงินระหว่างประเทศว่ามีส่วนใดที่ควรมีการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือมีการตรา
กฎหมายใหม่เพื่อให้การกู้ยืมเงินระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองผู้ให้กู้และผู้กู้โดยเท่าเทียมกัน
และเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม

5. เพื่อเป็นแนวทางที่จะวิจัยต่อไปถึงกรณีผู้กู้เป็นหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจที่ได้กู้
เงินจากต่างประเทศว่าสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับหรือไม่เพียงไร