

แบบและความสัมพันธ์ของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศตามกฎหมายไทย

ตอนที่ 1 แบบของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ

บททั่วไป

สัญญากู้ยืมระหว่างประเทศมักจะมีข้อตกลงที่แตกต่างจากสัญญากู้ยืมธรรมดา เนื่องจากมีรายละเอียดข้อตกลงเกี่ยวกับการเบิกเงินกู้ อัตราดอกเบี้ย ค่ามันที่ละกระทำ การคินัด การฟ้องบังคับคดี ในเบื้องต้นนั้น จึงจำเป็นต้องทราบโครงสร้างของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศว่ามีเงื่อนไขอย่างไร

โครงสร้างและเงื่อนไขหลักของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ แบ่งได้ดังต่อไปนี้ *

1. ข้อความเบื้องต้น จะเป็นการระบุถึงชื่อของคู่สัญญา การกล่าวถึงที่มาของการกู้ยืมเงิน หรือวัตถุประสงค์
2. คำนิยาม (definition) โดยจะมีการกำหนดความหมายของถ้อยคำในสัญญากู้ยืมเงินให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา และหลีกเลี่ยงการกล่าวถ้อยคำซ้ำซ้อน เช่น การกำหนดวันทำการ (business day) ระยะเวลาการชำระดอกเบี้ย (interest period) ฯลฯ
3. จำนวนเงินกู้ โดยจะมีการระบุว่ามีจำนวนที่ให้อืมเป็นจำนวนเท่าใด หากกรณีเป็นการให้กู้ร่วม (syndication) ก็จะมีการระบุถึงจำนวนเงินของผู้ให้กู้ร่วมแต่ละราย นอกจากนี้อาจจะมีการตกลงให้เลือกสกุลเงินตรา (option currency) วิธีการเปลี่ยนสกุลเงินตรา ฯลฯ
4. การเบิกเงินกู้ (draw down) เป็นการกำหนดระยะและวิธีเบิกเงินกู้ (รายละเอียดดูบทที่ 1 ตอน 5)

* รายละเอียดดู Wood 1980: 427-433 และ ประวิณ ลุจริตกุล 2525: 71-77 และดูวิธีการร่างสัญญากู้ยืมเงินใน Simpson 1973: 1161-1195.

5. การชำระคืน (repayment) โดยมีการกำหนดว่าจะชำระคืนอย่างไร ในจำนวนครั้งละเท่าใด จะเป็นการชำระแบบครั้งเดียวหมด (balloon payment) หรือการชำระเป็นงวด ๆ ทุก 3 เดือน หรือ 6 เดือน การกำหนดระยะเวลาปลอดหนี้ (grace period) และข้อตกลงที่จะต้องชำระค่าธรรมเนียมในกรณีที่ชำระหนี้ก่อนกำหนด

6. การกำหนดเรียกค่าเตรียมเงินลดสำรอง และการยกเลิกเงินกู้ (Commitment fee and cancellation) เป็นการกำหนดวิธีการที่ผู้กู้จะต้องชำระค่าเตรียมเงินลดสำรองสำหรับเงินที่ยังไม่ได้เบิก และค่าธรรมเนียมในการยกเลิกเงินกู้

7. ดอกเบี้ย โดยมีข้อกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่แน่นอน (Fixed rate) หรืออัตราลอยตัวขึ้นลงได้ (Floating rate) โดยปกติ การกำหนดดอกเบี้ยมักจะมีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยแบบลอยตัว โดยถือเอาอัตราที่ให้ลูกค้าชั้นดี (Prime rate) บวกด้วย (อัตราอาจเปลี่ยนแปลงเมื่อใดก็ได้ เช่น ทุก 3 เดือน 6 เดือน หรือตามอัตราที่ใช้เป็นฐานนั้นจะเปลี่ยนแปลงเมื่อใด) บวกด้วย Libor หรือ Sibor วิธีการคำนวณดอกเบี้ย ระยะเวลาที่ใช้ในการคำนวณดอกเบี้ย กรณีดอกเบี้ยผิดนัด *

8. หลักประกัน (Security) การกำหนดให้ผู้กู้จัดหาหลักประกัน เช่น สัญญาค้ำประกัน การจำนำ จำนองทรัพย์สิน

9. ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ (Expenses) เป็นการกำหนดให้ผู้กู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น ค่าธรรมเนียมวิชาชีพกฎหมาย (Legal fee) ค่าใช้จ่ายในการจัดทำสัญญาเงินทดรองจ่าย ค่าอากรแสตมป์ ค่าจัดการเงินกู้ (Management fee) ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพิ่มภายหลังจากการให้กู้ (Increase cost) ค่าธรรมเนียมการเป็นตัวแทน (Agency fee) ในกรณีการให้กู้ร่วม

10. ภาษี (Taxation) เป็นข้อกำหนดที่จะกำหนดว่าผู้ให้กู้จะได้รับชำระเงินคืนโดยปราศจากภาระภาษี โดยอาจจะกำหนดให้ผู้กู้รับผิดชอบในเรื่องภาษีดอกเบี้ย อากรแสตมป์ การดำเนินการ เพื่อให้ได้รับการยกเว้นภาษีดอกเบี้ย **

11. คำรับรองต่าง ๆ (Representation and warranty) เป็นคำรับรองที่ผู้ให้แก่งู้ให้ โดยจะครอบคลุมถึงสถานะภาพและข้อเท็จจริงที่จำเป็นเกี่ยวกับการให้กู้ การให้คำรับรองที่ผิดในสาระสำคัญ อาจทำให้ถือว่าเป็นการผิดสัญญาได้ คำรับรองนั้นจะคลุมถึง -

* ทรายละเอียดบทที่ 6 หน้า 158

** ทรายละเอียดบทที่ 5 หน้า 132

สถานะภาพทางกฎหมายและอำนาจของผู้กู้ การรับรองว่าไม่มีคดีข้อพิพาทติดค้างอยู่ การได้รับความยินยอมจากทางราชการในการกู้ยืมเงิน (๓ Wood 1980: 240-243)

12. เงื่อนไขบังคับก่อน (Condition precedent) เป็นการกำหนดถึงลักษณะการกระทำที่ผู้กู้จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามข้อตกลงก่อนที่จะมีสิทธิ์เบิกจ่ายเงินกู้จากผู้ให้กู้ ตัวอย่างเงื่อนไขบังคับก่อน เช่น การส่งมอบหนังสือบริคคห์สนธิ ข้อบังคับ มติกรรมการในการกู้ยืมเงิน ตัวสัญญาใช้เงินในการเบิกเงินแต่ละงวด การจัดหาความเห็นทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายเพื่อยืนยันความสำเร็จของสัญญา การกำหนดให้มีคำรับรอง (Representation and warranty) ซึ่งคำรับรองนั้นจะต้องถูกต้องในวันกู้ยืมเงิน หากปรากฏว่าไม่ถูกต้องแล้ว สัญญานั้นก็ยังไม่สมบูรณ์ และกรณีที่ยังมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขบังคับก่อน ก็ยังไม่ถือว่าผู้กู้ผิดนัด (๓ Wood 1980: 235)

13. คำมั่นหรือข้อตกลงที่จะกระทำการ (Affirmative Covenants) เป็นการระบุเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ผู้กู้จะต้องกระทำ เช่น การใช้เงินกู้ตามวัตถุประสงค์ การส่งรายงานประจำปี บัญชีงบดุลรับรองโดยผู้สอบบัญชีที่เชื่อถือได้ การบอกกล่าวเมื่อเกิดกรณีผิดสัญญา (Notice of event of default) การดำเนินการให้เป็นไปตามคำรับรองที่ได้ให้ไว้ การบอกกล่าวเมื่อเกิดคดีฟ้องร้อง การยินยอมให้ผู้ให้กู้เข้าตรวจสอบฐานะ ณ สถานที่ทำการ การรักษาอัตราส่วนระหว่างหนี้สินกับมูลค่าของสินค้า อัตราส่วนกับทรัพย์สินหมุนเวียน

14. คำมั่นหรือข้อตกลงงดเว้นกระทำการ (Negative covenants) เป็นข้อตกลงของผู้กู้ที่จะไม่ทำการจำนองทรัพย์สินของผู้กู้แก่เจ้าหนี้อื่น จะไม่ทำการกู้ยืมเงินมากกว่าจำนวนที่กำหนด จะไม่ทำการค้าประกัน ก่อหนี้ เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อบังคับของบริษัท หรือการก่อการผูกพันใด ๆ เหนือทรัพย์สินของผู้กู้เอง

15. กรณีผิดนัด (Default) โดยกำหนดว่ากรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการผิดนัด เช่น การไม่ชำระเงินต้นหรือดอกเบี้ยตามกำหนด คำรับรองอันเป็นเท็จหรือไม่ตรงด้วยข้อเท็จจริง การผิดนัดชำระหนี้ข้ามกรณี หรือการผิดสัญญาอันเนื่องมาจากกรณีอื่น (Cross-default) ในกรณีที่ผู้กู้ถูกฟ้องคดีล้มละลาย*

* ดูรายละเอียดบทที่ 8 หน้า 201

16. การถึงกำหนดชำระหนี้ก่อนกำหนด (Acceleration) เป็นกรณีที่เกิดเหตุการณ์ตามที่ตกลงไว้ในสัญญาซึ่งจะทำให้เงินกู้ครบกำหนดชำระโดยทันที อันเป็นมาตรการคุ้มครองประโยชน์อันต่อผู้ให้กู้รายอื่น (Protection against other lenders)

17. กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาและเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาคดี เป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญา *

18. เอกสิทธิ์และความคุ้มกันแห่งรัฐ (Sovereign immunity) เป็นการลบละสิทธิ์ในการที่จะถูกฟ้องหรือถูกบังคับคดี โดยยินยอมให้ผู้ให้กู้สามารถบังคับชำระหนี้ได้ โดยไม่อ้างเอกสิทธิ์ใด ๆ ส่วนใหญ่จะเป็นการกู้ยืมเงินของภาครัฐบาล แต่ในการกู้ยืมเงินของภาคเอกชนบางคราวก็จะมีข้อตกลงยกเว้นเอกสิทธิ์ดังกล่าวด้วย

19. การลบละสิทธิ์ (Waiver) เป็นการลบละสิทธิ์ของผู้ให้กู้ให้ผู้มีสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองในกรณีที่ผู้ให้กู้มิได้ปฏิบัติตามอันใดอันหนึ่ง หากผู้กู้ประพฤติดังสัญญา และยังคงถือว่าผู้ให้กู้ยังมีสิทธิ์ที่จะบอกเลิกสัญญาอยู่

20. เบ็ดเตล็ด (Miscellaneous) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการตั้งตัวแทนในการรับหนังสือบอกกล่าว การยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ความสมบูรณ์ในกรณีที่สัญญาขาดกัน (Severability) กรณีเกิดการประกันความเสียหายจากเงินตรา (Currency Indemnity)

เพื่อประกอบการศึกษา โปรดพิจารณาตัวอย่างสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศในภาคผนวกของวิทยานิพนธ์นี้ **

* รายละเอียดดูบทที่ 2, หน้า 47 บทที่ 9 หน้า 212

** ดูภาคผนวก ก หน้า 254

ตอนที่ 2 แบบและความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายไทย

บททั่วไป

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการยืมนั้นมีบัญญัติไว้ในลักษณะ 9 ยี่มบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับการกู้ยืมเงินนั้นถือได้ว่าเป็นการยืมใช้สิ้นเปลืองอย่างหนึ่ง บทบัญญัติที่จะต้องพิจารณาก็คือ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 650-656 โดยผู้ริยจะแบ่งพิจารณาเป็นสองส่วนด้วยกัน คือ

- 1) สัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยมีแบบหรือไม่ และ
- 2) ความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินเกิดขึ้นอย่างไร

1) สัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยมีแบบหรือไม่ และปัญหาเกี่ยวกับเรื่องแบบ

(1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินโดยตรงนั้นมีบัญญัติว่า ตาม ม.653-656 ตามมาตรา 653 บัญญัติว่า "การกู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ... ฯลฯ" จากบทบัญญัตินี้เองจึงเห็นว่า การกู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยนั้นไม่มีแบบ* การที่กฎหมายกำหนดให้มีหลักฐานลงลายมือชื่อผู้รับผิดนั้นถือเป็นเพียงพยานหลักฐานสำหรับการกู้ยืมเงินเกินกว่า 50 บาทเท่านั้น แม้มิมีหลักฐานการกู้ยืมเงินนั้นยังคงสมบูรณ์ไม่ถือว่าเป็นโมฆะกรรมแต่อย่างใด (กมล สันธิ เกษตริน 2520 : 30, เทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกา 534/2477 คดีระหว่าง นายอ่อง แซ่เอ็ง นายบุญกับพวกจำเลย นายเชียว คงตะโก ผู้ร้องชดทรัพย์) เพราะถ้ากฎหมายบังคับให้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว มิใช่ทำให้ถูกต้องการนั้นก็ย่อมเป็นโมฆะกรรมตามป.พ.พ.ม. 115

ในการทำสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ หากพิจารณาตาม ป.พ.พ.ก็ไม่ต้องทำตามแบบอย่างไร เพียงแต่มีหลักฐานลงลายมือชื่อผู้รับผิดก็เ็นมาฟ้องคดีได้

* การที่กฎหมายบังคับให้มีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ มิใช่ถือว่าเป็นแบบตามที่บัญญัติไว้ใน ม.115 ป.พ.พ. แต่ถือว่าเป็นข้อกำหนดนิติกรรมที่คล้ายแบบ (ไกรสร บารมีอวยชัย 2522 : 207-210) แต่มีบางความเห็นเห็นว่า "การส่งมอบ" ถือเป็นแบบ

(2) ปัญหาว่าหากคู่สัญญาตกลงให้ฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ สำหรับการกู้ยืมเงินเกินกว่า 50 บาท ข้อตกลงเช่นนี้จะใช้บังคับหรือไม่ในเรื่องนี้มีความเห็นเป็นสองฝ่ายคือ (มาโนช สุทธิวาทณฤทธิ 2520 : 60-61)

1. ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสามารถตกลงยกเว้นได้เพราะไม่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรา 653 เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะคู่ความเท่านั้น

2. อีกฝ่ายเห็นว่าคู่ความตกลงยกเว้นไม่ได้เพราะเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรา 653 เป็นบทบังคับเด็ดขาดคู่สัญญาไม่อาจตกลงยกเว้นได้ ทั้งนี้โดยอ้างแนวคำพิพากษาคำลฎีกา 508/2501, 312/2504, 1087/2515 สัมบูรณ์

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับฝ่ายหลัง ถ้าหากปรากฏว่าเป็นสัญญากู้ยืมเงินธรรมดาตามกฎหมายไทย แต่เห็นว่าในกรณีนี้หากเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศก็น่าที่จะตกลงยกเว้นได้ เพราะการที่จะถือว่าขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือไม่นั้น ควรจะต้องพิจารณาจากหลักสากลเป็นเกณฑ์* ในทางปฏิบัติ ข้อตกลงนี้คงไม่มี เพราะในการทำสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ผู้กู้และผู้ให้กู้จะลงนามร่วมกันอยู่แล้ว

(3) ปัญหาว่าสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ จะถือว่ามีแบบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 หรือไม่

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญากู้ยืมเงินนั้นไม่ถือว่าเป็นสัญญาที่มีแบบ แต่ก็เกิดปัญหาว่า แบบในความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นจะถือว่าเป็นแบบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายหรือไม่ เพราะหากว่าไม่ถือว่าเป็นแบบนิติกรรม การพิจารณาว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายก็ไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงมาตรา 9 และมาตรา 13 วรรค 3 พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

บทบัญญัติของมาตรา 9 พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายบัญญัติว่า "นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรม ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น"

* ุรายละเอียดบทที่ 2 ตอนที่ 2 หน้า 53

บทบัญญัติของมาตรา 9 นี้ บัญญัติถึงความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งแสดงให้เห็นว่า พ.ร.บ. นี้ได้แบ่งแยกความสมบูรณ์ออกเป็น 2 ประการ คือ นิติกรรมนั้นต้องสมบูรณ์ เพราะทำถูกต้องตามแบบประการหนึ่ง และนิติกรรมนั้นยังต้องสมบูรณ์เนื่องด้วยข้อความแห่งนิติกรรม เช่น ไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายอีกประการหนึ่ง นอกจากนี้กฎหมายที่บังคับแห่งนิติกรรม และกฎหมายที่บังคับข้อความแห่งนิติกรรมนั้นอาจจะไม่ใช่กฎหมายเดียวกันก็ได้ โดยเหตุที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับต่างประเทศ ดังนั้นการที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศหลายประเทศบังคับแก่นิติสัมพันธ์อันเดียวกัน จึงเป็นของธรรมดาสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (หยุด แสงอุทัย 2482 : 218-219)

นอกจากนี้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอุ้มเงินนั้น ก็จะต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติไว้ในมาตรา 13 วรรค 3 พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งบัญญัติว่า "สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น"

ตามวรรค 3 นี้ เป็นบทบัญญัติข้อยกเว้นสำหรับมาตรา 9 คือ สัญญานั้น นอกจากจะสมบูรณ์เพราะทำถูกต้องตามแบบแห่งกฎหมายของประเทศที่สัญญาได้ทำขึ้นแล้ว ยังอาจสมบูรณ์ได้เพราะทำถูกต้องตามแบบของกฎหมาย ซึ่งใช้บังคับแก่ผลของสัญญา กล่าวคือ กฎหมายที่บัญญัติไว้ในวรรค 1 วรรค 2 แห่งมาตรา 13 นี้เอง (หยุด แสงอุทัย 2482 : 267)

อันที่จริงในเรื่องแบบนี้ พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายได้กำหนดเกี่ยวกับแบบของนิติกรรมไว้ในมาตรา 9 มาตรา 13 วรรค 3 มาตรา 20 และมาตรา 40 อีกด้วย สำหรับมาตรา 9 ถือเป็นบทบัญญัติทั่วไป ส่วนมาตรา 13 วรรค 3 นั้น ถือเป็นข้อยกเว้น โดยเหตุนี้เองการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบที่มาตรา 9 กำหนดไว้ อาจสมบูรณ์หากได้ทำถูกต้องตามแบบซึ่งมาตราอื่นกำหนดไว้

ในปัญหานี้มีนักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันออกไป เกี่ยวกับข้อที่ว่า บทบัญญัติใดที่จะถือว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับ "แบบทางนิติกรรม" และจะใช้กฎหมายใดที่จะพิจารณาสัญญานั้นว่าเป็นเรื่อง "แบบแห่งนิติกรรม" หรือไม่ โดยได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับในปัญหานี้ไว้ดังนี้ (หยุด แสงอุทัย 2482 : 219-221) "ปัญหานี้เป็นปัญหาเรื่องการให้ลักษณะ

ของกฎหมาย หรือการให้ชื่อในกฎหมาย (Qualification) ตามความเห็นฝ่ายมากเป็นต้นว่า Bartin, Niboyet ปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยตามกฎหมายของประเทศที่ศาลที่พิจารณาคดีสังกัดอยู่ และโดยนัยนี้ศาลไทยจะต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สยามว่า เป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม หรือเรื่องข้อความแห่งนิติกรรม (ซึ่งถ้าหากถือตามความเห็นนี้ เมื่อกล่าวถึงแบบของสัญญาคู่ยืมเงินระหว่างประเทศจึงจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ถือว่าสัญญาคู่ยืมเงินมีแบบ จึงไม่ควรจะนำบทบัญญัติของมาตรา 9 เกี่ยวกับความล้มบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรม หรือบทบัญญัติของมาตรา 13 วรรค 3 เกี่ยวกับความล้มบูรณ์เนื่องจากได้ทำถูกต้องตามแบบของกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลของสัญญาตามมาตรา 13 วรรค 3 มาใช้แต่ประการใด - ผู้วิจัย) แต่ผู้เขียนหนังสือนี้ (ดร. หยุต) เห็นว่าเมื่อกฎหมายยอมให้ทำนิติกรรมได้ตามแบบของกฎหมายแห่งประเทศนิติกรรมนั้นได้ทำขึ้นแล้ว ก็ต้องให้กฎหมายนี้ (กฎหมายขัดกัน - ผู้วิจัย) เองกำหนดว่าเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ ถ้าศาลไทยจะวินิจฉัยว่าพิธีการอย่างใด เป็นแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่คำนึงว่ากฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้นจะถือว่าเป็นเรื่องแบบหรือไม่เช่นนี้แล้ว ก็เท่ากับนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ โดยกฎหมายต่างประเทศนั้นเองไม่พึงประสงค์จะให้นำมาใช้บังคับ ...

คำว่า "กฎหมายของประเทศที่นิติกรรมได้ทำขึ้นตามมาตรา 9 จึงหมายถึงกฎหมายภายในของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้นด้วย" (หากถือตามความเห็นนี้การพิจารณาในเรื่องแบบจึงควรจะพิจารณาทั้งตามกฎหมายภายในของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น กล่าวคือ พิจารณาว่านิติกรรมนั้นได้เกิดขึ้น หรือสัญญานั้นได้เกิดขึ้นที่ประเทศใด และยังคงต้องพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้นด้วย โดยจะไม่ได้พิจารณายึดหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยแต่ประการเดียว - ผู้วิจัย)

จากความเห็นของ ดร. หยุต พอสรุปได้ว่า เมื่อกล่าวถึงเรื่องแบบในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันนั้น ก็จะต้องนำบทบัญญัติมาตรา 9 และมาตรา 13 วรรค 3 ของ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้บังคับแก่กรณี ดังตัวอย่างที่นักกฎหมายหลายท่านได้ให้ไว้ ในกรณีที่ผู้ให้กู้และผู้กู้เป็นคนไทยและต่างประเทศ หากได้ทำสัญญาถูกต้องตามแบบของ

กฎหมายที่ใช้บังคับแก่ผลของสัญญาแล้ว สัญญาคู่สมบุรุษไม่เป็นโมฆะกรรมตามมาตรา 13 วรรค 3 หรือสัญญาคู่สมบุรุษเนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรมที่สัญญานั้นได้ทำขึ้นในประเทศนั้น (Lex Loci Contract) ตามมาตรา 9 วรรคแรก พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (กมล สันนิเกศตริน 2525 : 274, 287-288 คณิง ฤาชัย 2520 : 87-88)

นอกจากนี้ยังได้มีความเห็นของนักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง คือ ดร.ปรีดี พนมยงค์ ได้ให้ข้อพิจารณาสอดคล้องกับความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่อง "แบบแห่งนิติกรรม" ไว้ว่า โดยทั่วไปนั้นในหลักในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมนั้น นิติกรรมทำที่ไหนก็ต้องใช้แบบที่นั้น นอกจากนี้ยังถือว่าแบบของการกู้ยืมเงินตั้งแต่ 50 บาท ขึ้นไปก็ต้องลงเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดนั้น ก็ถือว่าเป็นแบบชนิดหนึ่งที่ต้องมีไว้เพื่อการพิสูจน์ (Ad Probationem) และยังมีแบบซึ่งมีไว้เพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมนั้น เช่น เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น แบบที่ต้องมีเพื่อพิสูจน์นี้ก็จะต้องใช้แบบแห่งท้องถิ่นที่นิติกรรมนั้นเกิดขึ้น เพราะเหตุว่าจะต้องอาศัยกฎหมายแห่งท้องถิ่นนั้นมาเป็นข้อพิจารณาในเหตุผลเหล่านี้ (ปรีดี พนมยงค์ : 2526 : 395-396) (ซึ่งจากความเห็นนี้ก็เท่ากับว่าการพิจารณา เรื่องแบบนั้นจะต้องพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกัน มิได้พิจารณาตามกฎหมายภายในแต่ประการใด ซึ่งความเห็นนี้ย่อมไม่สอดคล้องกับความเห็นฝ่ายมากที่ คำสั่งตราจารย์ หุต ไต่กล่าวไว้ในเบื้องต้นคือ Bartin, Niboyet แต่หลักนี้เป็นหลักทำนองเดียวกับมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ความเห็นนี้ ดร.ปรีดี ได้ให้ไว้เมื่อปี 2474 - ผู้วิจัย)

มีข้อพิจารณาสำหรับกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษนั้นตามกฎหมายข้อ 148 เกี่ยวกับเรื่องแบบ (Formalities) สำหรับความสมบูรณ์ของแบบของสัญญา (Formal Validity) นั้นให้พิจารณาตามกฎหมายที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (Lex Loci Contractus) หรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (Proper Law of the Contract) นอกจากนี้เกี่ยวกับแบบของสัญญาทางการพาณิชย์ คำอังกฤษมีแนวโน้มที่จะเทียบเคียง โดยถือว่าแบบของสัญญาก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในปัญหาเรื่องแบบนี้ก็มีข้อปัญหาว่า "แบบ" นั้นจะครอบคลุมเพียงใด เช่น ปัญหาการติดอากรแสตมป์ อาจจะสามารถได้เป็นแบบหรือว่าจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของพยานหลักฐาน และหากว่าเป็นส่วนหนึ่งของพยานหลักฐานก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับประมวลวิธีพิจารณาความ การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาก็ต้องไปกฎหมายของศาลที่จะพิจารณา (Lex Fori) เป็นพิจารณา (Dicey & Morris 1983:784-785,788)

สำหรับการสัญญาคู่ยืมเงินระหว่างประเทศตามกฎหมายไทยนั้น หากสัญญาคู่ยืมเงินระบุกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาหากเป็นกฎหมายต่างประเทศแล้ว เมื่อได้มีการทำตามกฎหมายต่างประเทศ ก็ถือว่าสัญญานั้นได้สมบูรณ์โดยอาศัยมาตรา 13 วรรค 3 เป็นข้อพิจารณา และแม้หากมิได้มีการกำหนดไว้ในสัญญา หากสัญญาคู่ยืมเงินได้ทำตามแบบที่สัญญานั้นเกิดขึ้น ก็ย่อมสมบูรณ์ได้ตามมาตรา 9 เช่นกัน แต่เมื่อมาตีพิมพ์ยังศาลไทย การที่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาตาม ป.วิ.พ. 94 กล่าวคือจะนำพยานบุคคลมาสืบเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขพยานเอกสารไม่ได้

ในสัญญาคู่ยืมเงินระหว่างประเทศที่ระบุให้ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญานั้น การพิจารณาเรื่องแบบศาลก็ต้องดูว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นกำหนดเรื่องแบบไว้อย่างไร ซึ่งถ้ากฎหมายต่างประเทศนั้นไม่มีว่าด้วยเรื่องแบบ ก็ไม่มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาในเรื่องความสมบูรณ์ หรือความเป็นโมฆะของสัญญานั้นแต่อย่างไร

ผู้วิจัยเห็นว่าถึงแม้ตามกฎหมายไทยนั้นจะถือเอาตามความเห็นของ *Bartin, Niboyet* ที่ถือหลักว่าจะต้องวินิจฉัยตามกฎหมายของประเทศที่ศาลที่พิจารณาคดีนั้น หรือตามกฎหมายภายในสำหรับสัญญาคู่ยืมเงินระหว่างประเทศก็ตาม ปัญหาในเรื่องแบบก็ไม่เกิดขึ้นแต่ประการใด เพราะถือว่าสัญญาคู่ยืมเงินตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายแห่งนั้นไม่ผิดแบบ

ส่วนผู้วิจัยเห็นว่าในการบังคับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในสัญญาคู่ยืมเงินระหว่างประเทศนั้น ก็จะต้องพิจารณาถึงมาตรา 13 วรรค 3 หรือมาตรา 9 เกี่ยวกับเรื่องแบบของกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงใช้บังคับแก่สัญญาหรือตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้กระทำขึ้น ตามมาตรา 13 วรรค 3 และมาตรา 9 แล้วแต่กรณี

(4) หลักฐานการกู้ยืมเงินจะทำภายหลังได้หรือไม่

ในเรื่องนี้จะเห็นได้ว่าหลักฐานการกู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติว่าต้องทำในขณะกู้ยืมเงิน ดังนั้นจึงอาจจัดทำภายหลังได้ (ดูคำพิพากษาศาลฎีกา 1318/2879, 450/2466) (มาโนช สุทธิวาทนนฤพดี 2520 : 65-66)

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักฐานการกู้ยืมเงินว่ารายงานการประชุมเป็นหลักฐานการกู้ยืมได้ถ้าผู้ลงนามไว้ ทั้งนี้โปรดพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 368/2506 คดีระหว่างนางปรียา นฤกุลกาล นายสมพร สุริมาศ จำเลย ซึ่งวินิจฉัยว่า "โจทก์จำเลยจำเลยกู้เงินไปใช้ในกิจการขณะกู้ไม่ได้ทำหลักฐาน แต่ปรากฏในรายงานการประชุมที่ทำขึ้นภายหลัง การกู้ว่าโรงเรียนจำเลยยังเป็นหนี้โจทก์อยู่ รายงานการประชุมนี้ จำเลยผู้เป็นเจ้าของโรงเรียนและเป็นประธานการประชุมลงลายมือชื่อของตนไว้ ทั้งไม่ได้ปฏิเสธความแท้จริงของรายงานซึ่งใช้ยื่นจำเลยได้ รายงานการประชุมนี้ไม่ใช่สัญญากู้ยืม เป็นเพียงหลักฐานเป็นหนังสือแสดงว่าได้มีการกู้ยืมนี้เท่านั้น ฉะนั้นแม้ไม่ได้ติดอากรแสตมป์ก็รับฟัง เป็นพยานหลักฐานได้"

(5) ปัญหาหากผู้กู้ได้เบิกเงินและออกตัวสัญญาใช้เงินให้จะถือว่าสัญญา กู้ยืมยกเลิกไปโดยการแปลงหนี้ใหม่หรือไม่ และถ้าไม่ถือว่ายกเลิกผู้ให้กู้จะนำตัวสัญญาใช้เงินมาฟ้องคดีได้หรือไม่

ดังจะเห็นได้ว่าการเบิกจ่ายเงินกู้ระหว่างประเทศนั้น ผู้กู้จะต้องออกตัวสัญญาใช้เงินให้แก่ผู้ให้กู้เพื่อเป็นพยานหลักฐานว่าได้รับเงิน (Wood 1980: 244) ซึ่งไม่ใช่เรื่องแปลงหนี้ใหม่ สัญญา กู้ยืมเดิมยังคงมีผลอยู่และก็ไม่ตัดสิทธิ์ผู้ให้กู้ที่จะฟ้อง เรียกหนี้คืนตามตัวสัญญาใช้เงินด้วย (เดชอุดม โกรฤทธิ 2525 : 6-7) เรื่องนี้ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 592/2510 คดีระหว่างธนาคารกรุง เทพพาณิชย์การจำกัด โจทก์ นางเหี้ย แอ่เหลียง จำเลย ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า "จำเลยกู้เงินโจทก์แล้วออกตัวสัญญาใช้เงินชำระหนี้โจทก์ เมื่อโจทก์ฟ้อง เรียกเงินตามตัวสัญญาใช้เงินมิได้ฟ้องตามสัญญา กู้ยืมเงินจึงไม่ต้องมีหลักฐานการกู้ยืมเงินเป็นหนังสือมาแสดง เมื่อจำเลยไม่อาจเถียงได้ว่าตัวสัญญาปราศจากมูลหนี้ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบตามตัวสัญญาใช้เงินนั้น"

2) ความสัมพันธ์ของสัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายไทย

สัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยนั้นต้องพิจารณาจากบทบัญญัติใน ม.650

วรรค 2 เกี่ยวกับการยืมใช้สิ้นเปลืองบัญญัติว่า "สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม" ดังนั้นสัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยนั้นจะถือว่าสมบูรณ์หรือบริบูรณ์เมื่อได้มีการส่งมอบเงินที่ยืม (กมล สันธิเกษตริณ 2520 : 29) ตราบใดไม่มีการส่งมอบเงินสัญญากู้ยืมก็ยังไม่บริบูรณ์กล่าวคือ ไม่มีการกู้ยืมต่อกันนั่นเอง (ลูป็น พูลพัฒน์ 2515 : 35 และแนวคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 0601/451 ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 2520)* การส่งมอบนี้อาจส่งมอบโดยตรงหรือโดยปริยาย การส่งมอบทางตรงได้แก่การหยิบยื่นเงินตราให้แก่กันโดยตรง ส่วนการส่งมอบโดยปริยายอาจหมายถึงรวมถึงการกระทำอย่างใด ๆ ที่มอบให้ผู้ยืมเข้าถือประโยชน์หรือใช้เงินจากจำนวนนั้นได้** (กมล สันธิเกษตริณ 2525 : 29)

ในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ การเบิกจ่ายเงินกู้ส่วนใหญ่จะเบิกเป็นงวด ๆ มิใช่เบิกจ่ายในวันทำสัญญาซึ่งผู้วิจัยจะพิจารณาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ โดยพิจารณาจากหลักกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยประกอบกันไปด้วยต่อไป

* คำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาที่ว่า จะต้องติดอากรแสตมป์หรือไม่

** มีนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า "การส่งมอบ" ย่อมเป็นแบบพิธีอันเป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่ง (ไกรสร บารมียวยชัย 2522 : 211, กล่าวจาก สิต เศรษฐบุตร 2512 : 39-40) และมีบางท่านเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม แต่ควรจัดอยู่ในชั้นแสดงเจตนา คือกฎหมายถือว่าถ้าผู้ยืมยังไม่ส่งมอบ ยังถือไม่ได้ว่าเขาเจตนาบริบูรณ์จะให้ยืม อีกนัยหนึ่ง ตราบใดที่ยังไม่ได้ให้ยืม ผู้ให้ยืมเปลี่ยนใจไม่ให้ยืมได้ จะต่างกับการแสดงเจตนาทำสัญญาอย่างอื่น ก็แต่ในข้อที่กฎหมายไม่ได้วางข้อกำหนดให้ส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้นเอง (ไกรสร บารมียวยชัย 2522 : 211 กล่าวจาก เลณีย์ ปราโมช 2509 : 160) ผู้วิจัยเห็นว่าข้อกำหนดแห่งนิติกรรมว่าด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม คงเป็นเพียงข้อกำหนดแห่งนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งยังผลให้นิติกรรมที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนี้แล้ว นิติกรรมสัญญาจะไม่สมบูรณ์หรือไม่บริบูรณ์เท่านั้น



ข้อพิจารณาตามกฎหมายขัดกันและกฎหมายต่างประเทศ

1) โดยหลักกฎหมายนั้นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาอัยมเงินนั้น เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญของสัญญา เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญาตามกฎหมายขัดกัน หมายถึงสาระสำคัญของตัวสัญญาที่จะทำให้อสัญญาเกิดขึ้นหรือมีผลผูกพันตามกฎหมายใดหรือไม่ (กมล สันธิเกศตริน 2525 : 284) ดังนั้นหากคู่สัญญาดตกลงให้ใช้กฎหมายบังคับกับสัญญาเป็นกฎหมายต่างประเทศตามมาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ.ว่าด้วยขัดกันแห่งกฎหมายแล้ว หากศาลพิจารณาเห็นว่าในเรื่องสาระสำคัญของสัญญาอัยมเงินหรือความสมบูรณ์ของสัญญาอัยมเงินเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา (กฎหมายต่างประเทศ) แม้ไม่มีการส่งมอบตามกฎหมายไทย สัญญาอัยมเงินก็อาจถือว่าสมบูรณ์ได้ตามกฎหมายต่างประเทศ* ซึ่งก็ต้องกลับมาพิจารณาอีกว่ากฎหมายต่างประเทศที่ใช้กับสัญญานั้นจะเป็นกฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 5 พ.ร.บ.ขัดกันฯ ผู้วิจัยเห็นว่าหากกฎหมายต่างประเทศมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาอัยมเงินที่จะต้องส่งมอบก็หน้าจะใช้ได้ กฎหมายต่างประเทศที่ใช้ไม่ขัดกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เพราะมาตรา 650 วรรค 2 เป็นเรื่องที่มีบังคับกับคู่สัญญา หากกระทบถึงส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมไม่

2) โดยทั่วไปจะเห็นได้ว่าการทำสัญญาอัยมเงินระหว่างประเทศ แม้จะไม่มี การส่งมอบเงินก็ยิ่งถือว่าสัญญาอัยมเงินยังมีผล หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา เช่น ผู้ให้กู้ไม่มีเงินให้กู้ ผู้กู้ไม่ยอมเบิกเงินกู้ ฝ่ายที่ผิดสัญญาก็ยังคงต้องรับผิดชอบตามสัญญาอัยมเงิน เช่น ผู้ให้กู้ที่ไม่สามารถจัดหาเงิน กู้ให้ไม่ว่าไม่มีเงินที่จะส่งมอบ, มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือพิจารณาเห็นว่าฐานะทางการเงินของผู้

* สัญญาอัยมเงินตามกฎหมายอังกฤษ หมายถึงสัญญาที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งให้กู้หรือตกลง จะให้กู้จำนวนเงินจำนวนใดจำนวนหนึ่งให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง โดยได้รับคำมั่นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายว่าจะใช้คืนเงินคืนให้เมื่อได้รับการทวงถามหรือตามเวลาที่กำหนด หรือเวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคตหรือมีเงื่อนไขว่ามีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้น โดยมีดอกเบี้ยหรือไม่ดอกเบี้ยก็ได้ (Guest 1983: 541)

ไม่นำไว้วางใจจึงไม่ยอมส่งมอบเงินกู้ถือว่า ผู้ให้กู้เป็นฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งเคยมีคำพิพากษาของศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า ในกรณีที่ผู้ให้กู้ผิดสัญญานี้ ศาลจะไม่บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงคือให้ส่งมอบเงินให้ผู้กู้แต่อย่างใด แต่ศาลให้ผู้กู้เรียกค่าเสียหายได้เช่น ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการเตรียมเงินกู้ (คดีศาลอังกฤษ (Prehn V Royal Bank of Liverpool (1870)) อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ส่วนที่เพิ่มในกรณีที่ผู้กู้จะต้องไปกู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้อื่น (คดีศาลอังกฤษ (African Territories V Wallington (1898)) ความเสียหายอื่นที่ผู้ให้กู้ยอมคาดเห็นได้หากผู้กู้ไม่ได้รับเงินที่กู้ (คดีศาลอังกฤษ (Manchester Oldham Bank V. Cook (1883)) ส่วนในกรณีที่ผู้กู้เป็นฝ่ายผิดสัญญาไม่ยอมเบิกเงินกู้ ผู้ให้กู้ก็จะฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกล่าวคือ ให้ผู้กู้เบิกเงินไม่ได้ * ตามกฎหมายอังกฤษเองก็ยังไม่เคยมีคดีตัวอย่างเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายที่จะเรียกโดยผู้ให้กู่ว่าจะเรียกได้หรือไม่ แต่ความเห็นของนักกฎหมายอังกฤษเห็นว่าผู้ให้กู้ยอมฟ้องเรียกค่าเสียหายที่ผู้กู้ควรคาดเห็นได้ แต่ผู้ให้กู้ก็ต้องบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย (Mitigate) (Wood: 236-237)

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

ปัญหาเรื่องความล้มละลายของสัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยนั้น เป็นเรื่องที่มีปัญหามากโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาเกี่ยวกับการติดอากร แลตมป์ การฟ้องร้องกรณีคู่สัญญาอาจผิดสัญญา มีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกันหลายประการในประเด็นต่าง ๆ ที่สมควรจะพิจารณาดังนี้

1) สัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ถ้าจะต้องฟ้องร้องในฐานะเป็นสัญญากู้ยืมเงินนั้น ความล้มละลายของสัญญากู้ยืมเงินจะต้องพิจารณาว่ามีการส่งมอบหรือไม่ หากปรากฏว่ามีการผิดสัญญาก่อนมีการส่งมอบเงินกู้ หรือยังส่งมอบเงินกู้ไม่ครบ การฟ้องคดีสำหรับเงินกู้ที่ยังไม่ส่งมอบให้ถือว่าเป็นการฟ้องตามสัญญาต่างตอบแทนพิเศษ คือ ฟ้องขอบังคับตามสัญญาต่างตอบแทนพิเศษเพื่อไม่ต้องติดอากร แลตมป์ แต่อย่างไรก็ตามศาลอาจถือว่าเป็นสัญญาได้เมื่อไม่ติดอากร แลตมป์ ศาลอาจยกฟ้องได้ (เตชอุดม ไกรฤทธิ์ 2525 : 1,7) แต่มีความเห็นของนักกฎหมายอีกท่านเกี่ยวกับการฟ้องร้องก่อนการส่งมอบเงินกู้นั้น เห็นว่าในกรณีที่ยังไม่มีการส่งมอบ

* Guest 1983: 544-545

** รายละเอียดดูบทที่ 5 ตอนที่ 2 หน้า 134

เงินกู้ยืมให้กู้ยืมเปลี่ยนใจไม่ให้ยืมได้ และสัญญากู้ยืมเงินนั้นไม่ใช่เป็นสัญญาต่างตอบแทนแต่เป็นสัญญา
มีค่าตอบแทน (เสณีย์ ปราโมช 2520 : 160, 481-483)

2) สัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศหากยังไม่มี การส่งมอบเงินกู้ถือว่ายังไม่
ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายไทย จะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการเบิกเงินกู้เป็นคราว ๆ (คำวินิจฉัยสำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา เลขที่ 0601/451 ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 2520) ซึ่งจะทำให้ดูเหมือน
ว่าเป็น "สัญญาจะให้กู้" ไป

3) สัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศย่อมสมบูรณ์เมื่อส่งมอบ แต่สัญญาจะให้กู้
ก็น่าที่จะใช้บังคับได้แต่อาจไม่ต้องด้วยแนวคำพิพากษากฎีกา เกี่ยวกับการฟ้องขอให้จัดทะเบียนการ
เข้าที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า สัญญาจะให้เข้ายืมไม่ได้ (เทียบคำพิพากษากฎีกาที่ 698/2522,
3714/2524) นอกจากนี้ยังกฎหมายท่านนี้ยังให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหา เรื่องอากรแสตมป์ว่า
การตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศ ผลของอากรแสตมป์ก็ยังไม่เปลี่ยนแปลง เพราะเมื่อมีการ
ส่งมอบเงิน สัญญากู้ยืมเงินก็ไม่เกิด และเล่นความคิดว่าเมื่อมีการเบิกเงินคราวใดก็ให้ผู้กู้ออก
ใบเสร็จรับเงินให้ เพราะใบเสร็จรับเงินกู้ถือว่า เป็นหลักฐานกู้ยืมเงินและไม่ต้องติดอากร
แสตมป์ ปัญหาเรื่องอากรแสตมป์จึงไม่มี (บัญญัติ สุชีวะ, 2523 : 78-79)

อย่างไรก็ตาม โปรดสังเกตุว่าใบเสร็จรับเงินที่จะถือว่าเป็นหลักฐานการ กู้
ยืมเงินนั้น จะต้องมีความแสดงว่ามีการกู้เงินจริงและแสดงว่าจะใช้เงินคืนให้ (ดูคำพิพากษา
ฎีกา 306/2506 ประชุมใหญ่ นางละเอียต สืบนุกรณ์ โลกัก นายมณี ผ่องศรี จ่าเลย)

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา กู้ยืมเงินระหว่างประเทศตาม
กฎหมายไทย ก็คงจะต้องพิจารณา เรื่องการส่งมอบเป็นสำคัญ ส่วนจะฟ้องร้องบังคับได้แค่ไหน
เพียงไรนั้นก็ เป็นปัญหาที่ยังไม่ยุติ แต่มีคำพิพากษา เกี่ยวกับการกู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยที่น่า
พิจารณา คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 คดีระหว่าง บริษัทเครดิตฟองซิเอร์-

กรุงเทพเคหะ จำกัด โจทก์ นายชัยกิจ ตีลัมโชค กับพวก จำเลย

โจทก์ทำสัญญาให้จำเลยกู้เงินไปจัดสรรที่ดินและบ้านขายหรือให้เช่าแก่บุคคลทั่วไป และทำสัญญากับจำเลยอีกฉบับหนึ่ง ตกลงจะให้ผู้ซื้อ หรือเช่าซื้อกู้เงินโจทก์ไปซื้อที่ดินและบ้านตามโครงการของจำเลย ดังนี้ การตีความเจตนาของคู่สัญญาต้องแปลสัญญาทั้งสองฉบับรวมกัน ข้อความในแต่ละฉบับใช้บังคับได้ ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง การที่สัญญาฉบับหลังให้สิทธิโจทก์เข้าควบคุมดูแล อนุมัติโครงการ แบบแปลน แผนผังในการจัดสรรที่ดินและปลูกบ้านตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งเสร็จสิ้น โดยจำเลยจะต้องจ่ายเงินค่าควบคุมดูแลหลังละ 700 บาท รวมทั้งโจทก์จะต้องหาเงินมาให้ผู้ซื้อหรือผู้เช่าซื้อถูกร้อยละ 75 ของราคาที่ดินและบ้าน ไม่ว่าผู้ซื้อหรือเช่าซื้อจะกู้เงินโจทก์หรือไม่ สัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวจึง เป็นสัญญาต่างตอบแทนกันเป็นพิเศษ ยิ่งกว่าสัญญาธุรกรรมตา เมื่อโจทก์ผิดสัญญาไม่ยอมให้จำเลยเช่าซื้อที่ดินและบ้านกู้เงินโจทก์ตามข้อตกลง เป็นผลให้ธุรกิจของจำเลยชงักลง โดยสิ้นเชิง โจทก์จึงต้องไต่ค่าเสียหายแก่จำเลย

ผลของคำพิพากษาฎีกาอาจจะตีความแนวการวินิจฉัยของศาลไทยที่อาจจะนำมา เป็นแนวทางในการวินิจฉัยของศาลในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศได้หลายประการ เช่น

1) ศาลเห็นว่าการทำหนังสือเพิ่มวงเงินกู้ให้แก่ผู้กู้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ส่งมอบเงินไปแล้ว เมื่อผู้ให้กู้ผิดสัญญาก็ต้องรับผิด หนังสือเพิ่มวงเงินกู้จึงไม่ต้องติดอากรแสตมป์ฐานเป็นสัญญา เพราะยังไม่ได้มีการเบิกเงินหรือส่งมอบเงิน

2) ศาลอาจเพียงเห็นว่าสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าการธุรกรรมตาย่อมมิได้ เพียงแต่ผู้ให้กู้ต้องรับผิดตามสัญญาต่างตอบแทน หาได้วินิจฉัยเลยไปถึงว่าสัญญาจะให้กู้มิได้ หรือปัญหาเรื่องอากรแสตมป์จะต้องติดหรือไม่ ส่วนหลักกฎหมายไทยเรื่องการส่งมอบเงินกู้ยังคงมีอยู่ว่า สัญญากู้ยืมสมบูรณ์เมื่อส่งมอบ

3) จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกานี้ แม้ศาลจะไม่ได้วางหลักโดยตรงเกี่ยวกับว่าหากสัญญาได้ลงนามแล้ว หากผู้ให้กู้ผิดสัญญา ผู้กู้จะฟ้องสัญญาได้โดยตรงได้ แต่ศาลก็ได้วินิจฉัยว่าเป็นการผิดสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าการธุรกรรมตา เรียกค่าเสียหายได้ทำนองเดียวกับศาลอังกฤษในคดี **Manchester Oldham Bank (V. Cook (1883))** ในกรณีเกิดความเสียหายจากการไม่ได้เงินกู้

4) ในกรณีที่เป็นการให้กู้เงินตามโครงการ (Project Financing)

ผู้ให้กู้ก็พึงจะต้องระมัดระวังในการบอกเลิกสัญญา เพราะมีฉะนั้นอาจเกิดความเสียหายได้

ข้อสรุป

ผู้วิจัยเห็นว่าหากกรณีผิดสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศมาสู่การพิจารณาของศาลไทย ศาลไทยก็คงยังยึดหลักกฎหมายไทยในการพิจารณาถึงการส่งมอบเงินกู้เป็นสำคัญว่า โดยพิจารณาว่า สัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศมีการส่งมอบเงินกู้หรือไม่ ซึ่งผู้ให้กู้หรือผู้กู้ก็ต้องพิจารณาปัญหาเรื่องอาการแสดงตน และข้อกำหนดอื่นด้วย และในกรณีที่ผู้ให้กู้หรือผู้กู้จะต้องฟ้องคดีสำหรับเงินกู้ที่ยังรับมาไม่ครบ อาจต้องแบ่งเป็น 2 กรณีคือ สำหรับเงินกู้ที่เบิกจ่ายมาแล้วก็ฟ้องฐานผิดสัญญากู้ยืมเงิน สัญญาดังกล่าวต้องติดอาการแสดงตนตามส่วนเงินกู้ที่เบิก ส่วนเงินกู้ที่ยังไม่ได้เบิกคงจะต้องฟ้องฐานผิดสัญญาต่างตอบแทนพิเศษ หากมิได้เป็นสัญญาให้กู้ตามโครงการอาจจะฟ้องไม่ได้ เพราะไม่ถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษ แต่เป็นเพียงสัญญามีค่าตอบแทนธรรมดา

ปัญหาดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยุติ ผู้วิจัยเห็นว่าในเรื่องปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ในเรื่องการส่งมอบเงินกู้ นั้น ถ้าหากศาลยอมรับหลักกฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาเลือกไว้แล้ว ปัญหาย่อมหมดไป หากกฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ได้ถือเอาเรื่องการส่งมอบเป็นเรื่องความสมบูรณ์ของการสัญญากู้ยืมเงิน กฎหมายต่างประเทศที่ใช้ในกรณีนี้ไม่ควรจะถือว่าขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เช่นกรณีการเลือกใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ

ตอนที่ 3

ปัญหาข้อตกลงบางประการในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศกับกฎหมายไทย

จะเห็นได้จากเงื่อนไขและโครงสร้างของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศในตอนต้นที่ 1 ของบทนี้ว่ามีหลายประการ และมีข้อตกลงบางประการที่อาจแตกต่างไปจากกฎหมายไทย ในกรณีที่ศาลอาจต้องใช้กฎหมายไทยบังคับแก่สัญญา ศาลไทยจึงต้องมีความเข้าใจถึงหลักการของข้อตกลงดังกล่าวว่าจะสอดคล้องกับกฎหมายไทยในลักษณะใด เพื่อศาลจะได้บังคับใช้กฎหมายได้ถูกต้อง โดยผู้วิจัยจะได้นำข้อตกลงในสัญญากู้ยืมเงินโดยย่อมาให้พิจารณาพร้อมเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยไปด้วย

1. คำรับรองที่ผู้กู้จะต้องกระทำ (Representation and warranty)

ข้อตกลงเกี่ยวกับคำรับรองที่ผู้กู้ต้องกระทำนั้น มี 2 ประการ คือ

- (1) เป็นการยืนยันและรับรองถึงความสมบูรณ์ของหนี้ของผู้กู้ตามสัญญา
- (2) เป็นการรับรองสถานะทางการเงิน เงื่อนไขข้อตกลงตามสัญญาและทาง

การพาณิชย์

ข้อตกลงเกี่ยวกับคำรับรองนี้มีความหมายในทางทฤษฎี 2 ประการ คือ

(1) คำรับรองก่อนทำสัญญา (Representation) หมายถึงข้อเท็จจริงที่ผู้กู้ต้องกระทำก่อนการลงนามในสัญญา โดยข้อเท็จจริงนี้จะทำให้ผู้ให้กู้ตกลงเข้าทำสัญญา

(2) คำรับรอง (Warranty) ซึ่งหมายถึงความตกลงที่เป็นเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญา แต่โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะอยู่ในข้อตกลงเดียวกัน (Wood 1980: 240)

คำรับรองในสัญญากู้ยืมเงินอาจแบ่งการรับรองฐานะทางการเงินของผู้กู้ (Financial condition) ลักษณะการประกอบธุรกิจ (Business operation) หนี้สินและความรับผิด (Contingent Liability) กรรมสิทธิ์ต่าง ๆ เหนือทรัพย์สิน (Title to the asset) คำรับรองว่าผู้กู้ไม่มีคดีข้อพิพาทหรือคดีภาษีที่ผู้กู้เข้าไปเกี่ยวข้อง คำรับรองว่าไม่ได้ทำผิดสัญญา อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญา คำรับรองเกี่ยวกับภาวะติดพันเหนือทรัพย์สิน

ของผู้กู้ (Logan in Rendell, ed. 1980: 13) และนอกจากนี้ การรับรองมักจะเป็น การรับรองถึงสถานะภาพของผู้กู้ว่าเป็นนิติบุคคลที่สามารถประกอบธุรกิจได้ มีอำนาจที่จะลงนาม ในสัญญา การเข้าทำสัญญาไม่ได้ขัดต่อกฎหมาย การยืนยันถึงความสมบูรณ์และความผูกพันของ สัญญา รับรองว่าได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เช่น ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่ ควบคุมเกี่ยวกับกฎหมายควบคุมแลกเปลี่ยนเงินตรา มีการจดทะเบียนตามกฎหมายกำหนด รับรองว่าไม่มีภาษีดอกเบียหัก ณ ที่จ่าย (Wood 1980: 242-243) ซึ่งนอกจากผู้กู้จะต้อง กระทำแล้ว ในการให้ความเห็นทางกฎหมายนั้น ที่ปรึกษากฎหมายเองก็ต้องให้ความเห็นใน เรื่องดังกล่าวด้วย *

การที่ผู้กู้จะไม่กระทำตามคำรับรองหรือประพจน์ผิดคำรับรองที่ได้ให้ไว้ อาจมีผล

2 ประการ คือ

- 1) กรณีที่คำรับรองเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน (Condition precedent) หาก ปรากฏว่าคำรับรองที่ให้ไว้ไม่ถูกต้อง ผู้กู้อาจขอเบิกเงินไม่ได้ เพราะผู้ให้กู้มีสิทธิ์ที่จะไม่ให้ เบิกเงิน เนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้
- 2) กรณีผิดคำรับรองในสาระสำคัญ และคำรับรองนั้นไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง เช่นนี้ถือว่าผู้กู้เป็นผู้ผิดนัด (Default) ผู้ให้กู้ออกเลิกสัญญาได้

นอกจากนี้ คำรับรองอาจจะถือเป็นกฎหมายที่ปิดปาก (Estoppel) ผู้กู้ได้ หาก นำคดีขึ้นมาสู่ศาล การให้คำรับรองนี้ ส่วนใหญ่มักจะไม่เป็นไปตามความต้องการ แม้ว่าผู้กู้จะให้ คำรับรองโดยซื่อสัตย์จริง ความรู้ และความเชื่อของผู้กู้ที่ดีที่สุดก็ตาม นอกจากนี้ มีบางกรณีที่ผู้ ให้กู้กำหนดให้ผู้กู้ให้คำรับรองต่าง ๆ รวมไปถึงบริษัทในเครือของผู้กู้ด้วยในกรณีที่ผู้กู้มีหลายบริษัท นอกจากนี้ อาจจะมีข้อกำหนดให้ผู้กู้ทำคำรับรองให้แก่ผู้ให้กู้อื่นในระหว่างอายุสัญญา (Evergreen Warranties) มิใช่ยุติเพียงในวันทำสัญญาเท่านั้น อาทิ คำรับรองเกี่ยวกับ ความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเงิน ภาวะเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงใน คำรับรองดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่ผู้กู้จะต้องเจรจาท่องกับผู้ให้กู้ว่าจะสามารถกระทำได้หรือไม่ (Wood 1980: 241-242) และส่วนใหญ่ในสัญญาถุ้ยืมเงินระหว่างประเทศจะมีข้อกำหนดเสมอ ว่า หากผู้กู้ผิดคำรับรองก็ให้ถือว่าผู้กู้ผิดนัดด้วย

* ดูบทที่ 1 ตอนที่ 5 ส่วนที่ 3 หน้า 37

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

ตามหลักกฎหมายไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยคำรับรอง รวมทั้งมิได้มีบทบัญญัติว่า หากคู่สัญญาผิดคำรับรอง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะดำเนินการอย่างไร ดังนั้น การพิจารณาตามกฎหมายไทย จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องนี้ โดยถือว่าคำรับรองที่ให้ไว้เป็นหนี้ของผู้กู้ และเมื่อไม่ปฏิบัติตามหนี้หรือข้อตกลง ก็ถือว่าผู้กู้ไม่ได้ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์ของมูลหนี้ ผู้ให้กู้ในฐานะเจ้าหนี้จึงมีสิทธิ์ที่จะเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้นได้ และผู้กู้ซึ่งเป็นผู้กระทำการผิดนัด (ดูมาตรา 215, ประกอบมาตรา 386 และ 391 ป.พ.พ.)

มีคำพิพากษาคำลฎีกาที่ 38/2486 วินิจฉัยว่าคำบันทึกรับรองข้อเท็จจริงบางอย่างว่าของในความรับผิดชอบมีอะไรบ้าง ไม่ใช่สัญญา ไม่ก่อให้เกิดหนี้แต่อย่างใด

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้แต่เพียงว่า ไม่มีสัญญาเกิดขึ้นจึงไม่เกิดหนี้ แต่หากมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว คำรับรองในสัญญาก็น่าที่จะมีผล โดยสรุปผู้วิจัยมีความเห็นว่า การผิดคำรับรองอันถือเป็นหนี้อย่างหนึ่งตามกฎหมายย่อมถือได้ว่าลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้กู้ยอมตกเป็นผู้ผิดนัดและผิดสัญญา ซึ่งจะรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ให้กู้รวมทั้งอาจถูกบอกเลิกสัญญาได้ด้วย

2. เงื่อนไขบังคับก่อน (Condition precedent) เป็นเงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้กู้จะต้องกระทำก่อนมีการเบิกเงินกู้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ให้กู้มีความมั่นใจว่าหลักฐานทุกอย่างและกิจการที่กระทำเป็นไปตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นหลักประกัน เอกสารต่าง ๆ นอกเหนือจากหนังสือความเห็นทางกฎหมาย เงื่อนไขบังคับก่อนนี้มักจะกำหนดให้รวมถึงการที่ผู้กู้จะต้องกระทำคำรับรอง (Representation and warranty) ให้เป็นไปโดยถูกต้อง

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

กฎหมายไทยในเรื่อง เงื่อนไขบังคับก่อนนี้ ตามมาตรา 145 ป.พ.พ. บัญญัติว่า "นิติกรรมใดมีเงื่อนไขใดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน นิติกรรมนั้นย่อมเป็นผลต่อเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว ฯลฯ"

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวก็สอดคล้องเป็นไปในทำนองเดียวกับกฎหมายต่างประเทศ เพราะหมายความว่า ทางผู้ให้กู้อาจจะไม่ส่งมอบเงินกู้ให้แก่ผู้กู้ หากผู้กู้ไม่ทำตามเงื่อนไขบังคับก่อนที่กำหนดไว้ ซึ่งจะถือว่าสัญญาผู้ยืมยังไม่เกิดขึ้นนั่นเอง เพราะการส่งมอบเงินยืมถือว่าเป็นสาระสำคัญของความสมบูรณ์ของสัญญาผู้ยืมตามกฎหมายไทยนั่นเอง

มีปัญหาว่า เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาผู้ยืมให้ผู้กู้จะต้องดำเนินการตามที่กำหนดไว้ จะถือว่าเงื่อนไขที่กำหนดเหล่านั้นจะสำเร็จหรือไม่แล้วแต่ใจลูกหนี้ อันจะถือว่านิติกรรมเป็นโมฆะกรรมตามมาตรา 152 ป.พ.พ. หรือไม่

ในปัญหานี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่ากรณีดังกล่าว มิใช่ขึ้นอยู่กับลูกหนี้เพราะการที่จะถือว่าเงื่อนไขใดจะสำเร็จแล้วแต่ใจของลูกหนี้นั้น เงื่อนไขเหล่านั้นจะต้องขึ้นอยู่กับลูกหนี้แต่เพียงผู้เดียว แต่เงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาผู้ยืมเงินระหว่างประเทศนี้ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น กล่าวคือผู้กู้จะต้องติดต่อดำเนินการจากบุคคลภายนอกและได้รับความเห็นชอบ ซึ่งนับว่าจะมีเหตุการณ์อย่างอื่นประกอบ และขึ้นอยู่กับผู้ให้กู้ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ด้วย ดังนั้น จึงไม่ถือว่านิติกรรมดังกล่าวเป็นโมฆะกรรมตามมาตรา 152 ป.พ.พ. (เสนีย์ ปราโมช 2520 : 287-288)

3. คำมั่นหรือข้อตกลงที่จะกระทำการ (Covenant)

คำมั่นหรือข้อตกลงดังกล่าวในสัญญาผู้ยืมเงินระหว่างประเทศนี้เป็นเรื่องที่ยูนิโคลงกับผู้ให้กู้ว่า จะกระทำการหรืองดเว้นการทำให้เป็นไปตามสัญญาดังรายละเอียดที่กล่าวไว้ในตอนที่ 1 ของบทนี้ คำมั่นหรือข้อตกลงนี้พอจะแบ่งได้เป็น 2 ชนิด คือ

- (1) คำมั่น หรือข้อตกลงที่จะกระทำการ (Affirmative covenant)
- (2) คำมั่น หรือข้อตกลงที่งดเว้นการ (Negative covenant)

วัตถุประสงค์ของคำมั่นหรือข้อตกลงในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศของเอกชนนั้นพอจะแบ่งได้คือ (Wood 1980: 144-145)

- (1) เพื่อสงวนไว้ซึ่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของผู้กู้ เช่น ข้อห้ามการควบบริษัท การรักษาสถานภาพของบริษัท

(2) เพื่อสงวนให้เกิดความเท่าเทียมกันในการเรียกร้องเหนือทรัพย์สิน หรือห้ามมิให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างเจ้าหนี้รายอื่น เช่น การไม่จำหน่าย จำนองทรัพย์สินอื่น ๆ (Negative pledge) หรือการกำหนดให้เจ้าหนี้มีความเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ (Pari Passu)

(3) เพื่อสงวนหรือรักษาคุณภาพของทรัพย์สิน อัตราส่วนทางการเงิน ข้อจำกัดการจำหน่ายจ่ายโอน การจ่ายเงินให้ผู้ถือหุ้น การกีดกันหุ้นโดยการกู้ยืมเงิน

(4) เพื่อสงวนหรือรักษาคุณภาพทรัพย์สินในการที่จะป้องกันมิให้ทำการหารายได้ และการลดมูลค่าของทรัพย์สิน เช่น การประกัน การจำกัดในการลงทุน

(5) เพื่อตรวจสอบสภาพคล่องของทรัพย์สิน โดยปราศจากเงินทุนของยอดขาย เช่น การจำกัดการกู้ยืมเงินเพื่อนำมา เป็นทุนในการดำเนินการ

(6) การควบคุมหรือจำกัดความเจริญเติบโตของบริษัทที่ผิดปกติ โดยที่บริษัทไม่มีเงินทุนเพียงพอ

(7) เพื่อให้ผู้ให้กู้สามารถควบคุมเงื่อนไขข้อตกลงตามสัญญา กู้ให้เป็นไปโดยถูกต้อง เช่น การให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับฐานะทางการเงิน

การให้คำมั่นมีมักเป็นที่นิยมในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศที่ไม่มีหลักประกัน ซึ่งคำมั่นที่สำคัญ ได้แก่ คำมั่นหรือข้อตกลงที่จะไม่จำหน่าย จำนองทรัพย์สิน (Negative pledge) หรือข้อตกลงที่กำหนดให้เจ้าหนี้มีความเท่าเทียมกันในการรับชำระหนี้ (Pari Passu)

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

คำว่า (covenant) นั้น ไม่มีคำแปลที่ถูกต้องตามกฎหมายไทย มีผู้ให้คำแปลภาษาไทยให้หมายความว่ คำมั่นที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำการ (ประวิณ สุจริตกุล 2522 : และหมายถึงสัญญาหรือข้อตกลงที่จะกระทำหรือไม่กระทำสิ่งใด (โกศล โสภาคย์วิจิตร 2525 : 52) แต่การแปลว่ เป็นคำมั่นอาจจะทำให้สับสนกับคำมั่นอื่นตาม ป.พ.พ. เช่น คำมั่นโฆษณาตาม ม.362, 365 และคำมั่นที่ให้ไว้โดยเฉพาะตัว ม. 454, 526 (เสณีย์ ปราโมช 2520 : 472) ผู้วิจัยสังเกตเห็นว่ ความหมายที่ให้ควรจะหมายความว่า ข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ผู้กู้ได้ตกลงกระทำการหรือไม่กระทำการ จะเป็นการเหมาะสมและเข้าใจได้ง่ายกว่า เมื่อถือได้ว่ เป็นข้อ

ตกลงที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการแล้ว หากผู้กู้ไม่กระทำหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืน ข้อตกลงก็ควรจะถือว่าเป็นการกระทำผิดสัญญา ซึ่งผู้ให้กู้ควรมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหรือเรียกค่าเสียหายได้ ข้อที่น่าพิจารณาคือว่าจะฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตาม ม.213 ป.พ.พ. หรือร้องขอทรัพย์ห้ามมิให้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงได้หรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าศาลไทยคงไม่ก้าวล่วงไปวินิจฉัยถึงการบังคับชำระหนี้ เช่น การบังคับให้จำนองได้แน่ เพราะศาลไทยมีแนวโน้มที่จะไม่บังคับคดีได้ตาม "สัญญาจะ" ให้ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ทำนองเดียวกับสัญญาจะซื้อขาย เป็นต้น

4. คำมั่นหรือข้อตกลงชนิดหนึ่งที่ผู้กู้ให้ไว้โดยเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับหลักประกันที่จะให้แก่เจ้าหนี้รายอื่น (Negative pledge)

หน้าที่หลักของคำมั่นแบบ (Negative pledge) คือ

- (1) ห้ามมิให้การจัดการ โอนทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้มีประกัน โดยให้เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันเหลือสิทธิแต่เพียงส่วนที่เหลือ และยังคงผลให้เป็นเจ้าหนี้ลำดับรอง
- (2) เป็นการก่อตั้งให้เจ้าหนี้มีสิทธิเท่าเทียมกันในหลักการและสัญญาที่เท่าเทียมกัน
- (3) เป็นการจำกัดโดยทางอ้อมในการต่อหนี้สินที่เกิดตามสมควร โดยการที่ผู้กู้จ่ายเงินโดยมีทรัพย์สินเป็นประกันนี้ ไม่ควรจะจ่ายเงินเพิ่มเติมอีก
- (4) ในการกู้ที่มีหลักประกัน เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้มีประกันใช้สิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สิน และสงวนความมีลำดับในการรับชำระหนี้

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

เมื่อถือเป็นข้อตกลงอย่างใดอย่างหนึ่งตามสัญญาที่ผู้กู้ตกลงว่าจะไม่กระทำการอย่างใดต่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นการให้เจ้าหนี้อื่นได้เปรียบ ถ้าหากฝ่าฝืนก็ถือได้ว่าผิดสัญญาและผู้ให้กู้เรียกชำระได้หรืออาจจะฟ้องเพิกถอนการฉ้อฉลตาม ม.237 ป.พ.พ. เพราะถือว่าเป็นการทำให้ผู้ให้กู้ซึ่งเป็นเจ้าหนี้เสียเปรียบ เช่น ไปทำการจำนองทรัพย์สินของบริษัท ผู้กู้แก่เจ้าหนี้อื่นในกรณีที่ดินมีหนี้อยู่กับเจ้าหนี้อื่นและให้หลักทรัพย์อย่างอื่นเป็นประกัน หรือการโอนทรัพย์สินที่อยู่ในระหว่างจำนองให้แก่เจ้าหนี้อื่น หรือการนำหุ้นของตนที่เป็นหลักประกันไปจำหน่าย หรือก่อภาระติดพันเพิ่ม แต่การจะฟ้องเพิกถอนได้ ผู้รับโอนจะต้องไม่สุจริต ดังนั้น ส่วนใหญ่ที่จะกระทำได้ คือ การเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญา

5. ข้อตกลงให้มีความมีฐานะเท่าเทียมกันระหว่างเจ้าหนี้ (Pari Passu Clause)

บทบัญญัติเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Pari Passu Clause) มีลักษณะเท่าเทียมกัน (Negative pledge) ซึ่งมักจะใช้ในหนี้เงินกู้ที่ไม่มีหลักประกัน ต่างกับ (Negative pledge) ซึ่งมักจะเกี่ยวกับหนี้เงินกู้ที่มีหลักประกัน ในการกู้ของเอกชนนั้น ถือเป็น การรับรองและยอมรับว่า ในกรณีล้มละลายหรือการบังคับแก่ทรัพย์สินที่เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน จะมีสิทธิตามอัตราส่วนของการชำระหนี้เงิน ในกรณีที่หนี้ของตนถึงกำหนดชำระ แต่การตกลงดังกล่าวนี้จะไปขัดต่อกฎหมายไม่ได้ หากกฎหมายบังคับให้หนี้อื่นที่มีสิทธิดีกว่า และข้อตกลงนี้จึงมีลักษณะเป็นการรับรองมากกว่าการผิดข้อตกลงก็เป็นเหตุให้ผู้ให้กู้เรียกชำระหนี้ได้ก่อนกำหนด

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

ข้อตกลงที่ให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้เท่าเทียมกันกับเจ้าหนี้อื่นนั้นมีอยู่แล้ว โดยผลของกฎหมายไทย ม.214 ป.พ.พ. ซึ่งบัญญัติว่า

"ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย"

การตกลงให้เจ้าหนี้มีสิทธิเท่าเทียมกันนี้ ไม่ได้ถือว่าเป็นการกำหนดบุริมสิทธิขึ้นตามกฎหมายไทย เพราะบุริมสิทธิตามกฎหมายไทยเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมายเท่านั้น การกำหนดสัญญาให้ก่อให้เกิดบุริมสิทธินั้นย่อมต้องห้ามต่อ ม.1298 และเป็นโมฆะกรรมตาม ม. 113 (เสถียร ปราโมช 2520 : 1065-1066) ซึ่งการตกลงจะไปกระทบกระทั่งสิทธิของเจ้าหนี้บุริมสิทธิ เจ้าหนี้จำนอง จำน่า เจ้าหนี้ที่มีประกันไม่ได้ กล่าวคือให้สิทธิในการรับชำระหนี้ของบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้ธรรมดา มีมากกว่าหรือเท่าเทียมกับเจ้าหนี้บุริมสิทธิย่อมอาจจะมีผล ดังนั้นการตกลงให้มีความมีฐานะเท่าเทียมกัน (Pari Passu) ตามกฎหมายไทยจึงต้องไม่ให้เกิดเป็นการก่อตั้งบุริมสิทธิ เพราะมีเช่นนั้นแล้วอาจจะเป็นโมฆะกรรมได้ ดังนั้นข้อตกลงดังกล่าวตามกฎหมายไทยมิได้มีผลบังคับเป็นพิเศษแต่อย่างใด คงเป็นเพียงข้อตกลงธรรมดาและหากปรากฏว่าไม่เป็นไปตามข้อตกลงประการใดแล้ว ก็ถือว่าผู้กู้ อาจ เป็นผู้ผิดนัดและเรียกชำระหนี้คืนได้ตามสัญญา โดยทั่วไปเท่านั้น

6. การควบบริษัท (Merger)

ข้อจำกัดนี้ก็เพื่อควบคุมการควบบริษัทของผู้ เพราะการควบบริษัทก็มักจะมีการโอนทรัพย์สินและหนี้สินเข้าไว้ด้วยกัน มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้ แต่ในประเทศที่มีเงื่อนไขการควบบริษัทที่กำหนดไว้ว่า การควบบริษัทจะกระทำได้อเมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้เสียก่อน จึงไม่มีปัญหาเกิดขึ้น

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

การควบบริษัทของไทยนั้น การดำเนินการก็ต้องมีมติพิเศษและต้องมีการบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ โดยกฎหมายได้กำหนดวิธีการบอกกล่าวให้เจ้าหนีทราบตาม ม.1239 และ 1240 ป.พ.พ. และตามกฎหมายไทยนั้น เจ้าหนีย่อมจะมีสิทธิคัดค้านในการควบบริษัทได้ จึงไม่มีปัญหา*

7. ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับฐานะทางการเงิน (Financial covenant) (Wood 1980: 161-162)

ข้อตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการใช้เงินกู้ของผู้ และการบริหารงาน และสามารถทำให้ผู้ให้กู้ทราบถึงฐานะทางการเงินของผู้ว่ามีการเปลี่ยนแปลงอันอาจจะมีผลกระทบต่อความสามารถในการชำระหนี้เงินกู้ของผู้ได้ โดยปกติข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับฐานะทางการเงินดังกล่าวนี้อาจแบ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. อัตราส่วนระหว่างหนี้สินกับมูลค่าทรัพย์สิน (Debt Equity Ratio) เป็นอัตราส่วนที่เปรียบเทียบมูลค่าทรัพย์สินของผู้ภายหลังที่หักด้วยหนี้สินแล้ว การเปรียบเทียบนี้จะทำให้เห็นว่ายังมีทรัพย์สินอีกที่พอเพียงที่จะชำระหนี้สิน

2. ทุนของบริษัทขั้นต่ำ (Net worth minimum) เป็นการกำหนดรักษามูลค่าทรัพย์สินของบริษัทภายหลังจากหักด้วยหนี้สินของบริษัท และจะเป็นการแสดงให้เห็นว่า หากมีการขายทรัพย์สินของบริษัทตามราคามูลค่าทางบัญชีแล้ว หนี้สินนั้นจะได้รับชำระจนครบ

* รายละเอียด ดู โสภณ รัตนากร 2521:383-386

3. อัตราส่วนเงินทุนหมุนเวียนกับหนี้สินของบริษัท (Current ratio) เป็นการเปรียบเทียบว่าผู้กู้จะมีผลกำไรในการประกอบการหรือไม่ สมรรถภาพที่มีสภาพคล่องพอชำระหนี้ได้โดยไม่คำนึงถึงต้นทุนในการดำเนินการ

4. ทุนหมุนเวียนในการดำเนินการ (Working capital minimum) เป็นการกำหนดทุนขั้นต่ำของทรัพย์สินของผู้กู้ภายหลังจากหักด้วยหนี้สินในปัจจุบัน พร้อมทั้งระบุถึงอัตราส่วนสินทรัพย์สภาพคล่องของบริษัทที่จะสามารถชำระหนี้ได้ในปัจจุบันได้

5. ข้อจำกัดการแบ่งสรรผลกำไร (Distribution restriction) เป็นข้อจำกัดที่ห้ามมิให้ผู้กู้แบ่งสรรผลกำไรให้แก่ผู้ถือหุ้นหรือการใช้จ่ายเงินสดของบริษัท เพราะอาจทำให้บริษัทผู้กู้ไม่มีเงินมาชำระหนี้ได้

อย่างไรก็ตาม ปัญหาข้อตกลงนี้ก็มีไว้จะทำให้ผู้ให้กู้ได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ เพราะขึ้นอยู่กับวิธีการและระบบบัญชีที่แตกต่างกันที่เตรียมโดยผู้กู้ และเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก และขึ้นอยู่กับฐานะทางการเงินของผู้กู้แต่ละราย

มีคำพิพากษาของศาลฎีกา เกี่ยวกับการแบ่งปันผลกำไร โดยมีข้อที่น่าสนใจ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2571/2523 คดีระหว่างกรมสรรพากร โจทก์ บริษัทสินพร เจริญจำกัดกับพวงจำเลย คำพิพากษาศาลฎีกาว่า "บริษัทจำเลยที่ 1 ว่างบดุลแสดงผลกำไรและเสียภาษีอากรโดยมิชอบ แล้วจ่ายคืนให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยไม่ชอบ เจ้าหนี้คือกรมสรรพากรชอบที่จะเรียกเอาคืนจากผู้ถือหุ้นได้ เพื่อใช้ชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 จำเลยอื่นได้รับส่วนแบ่งโดยมิชอบ จะอ้างว่าได้ชำระค่าหุ้นครบถ้วนแล้วและไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทหาได้ไม่"

จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า กรมสรรพากรมีฐานะเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิตามกฎหมาย สิทธิฟ้องร้อง เรียกการแบ่งสรรผลกำไรที่มิชอบได้ แต่หากเป็นเจ้าหนี้ธรรมดาที่มีปัญหาว่าจะใช้สิทธิตามสัญญา เรียกคืนจากผู้ถือหุ้นได้หรือไม่ หากปรากฏว่าการแบ่งปันผลกำไรโดยมิชอบ เห็นว่าหากมีข้อตกลงในสัญญาผู้กู้ และสามารถพิสูจน์ได้ว่าการแบ่งปันผลกำไรโดยมิชอบ ผู้ให้กู้ในฐานะเจ้าหนี้ธรรมดาก็ชอบที่ฟ้องคดีเรียกส่วนผลกำไรโดยปกติมักจะเป็นในรูปเงินปันผลคืนได้ ในฐานะลาภมิควรได้ แต่หากผู้ถือหุ้นรับมา โดยสุจริตก็จะต้องคืน เฉพาะส่วนที่ยังเหลืออยู่ในขณะเรียกคืน (ม.406, 411 ป.พ.พ.) หรืออาจจะฟ้องเพิกถอนการฉ้อฉลตาม ม.237 ป.พ.พ.

8. การแก้ไขกรณีที่มีการผิดข้อตกลง (Remedies) (ดู Wood 1980: 162-163)

โดยทั่วไปในสัญญาที่มิมีเงินมัดจำจะผิดข้อตกลงว่า หากผู้ถูประพฤติผิดข้อตกลงแล้ว ผู้ให้กู้ย่อมมีสิทธิเรียกชำระหนี้ได้คืนก่อนกำหนดได้ โดยถือว่าผู้กู้เป็นผู้ผิดนัดและผิดสัญญา แต่นอกจากการที่จะเรียกชำระหนี้คืนแล้ว ผู้ให้กู้ก็อาจมีวิธีการแก้ไขในกรณีผิดข้อตกลงดังกล่าว คือ

1. การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific performance) โดยทั่วไป ผู้ให้กู้ไม่สามารถที่จะฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เช่น การให้รักษาอัตราส่วนทางการเงิน (คดีศาลอังกฤษ (Ryan V. Mutual Tontine Westminster Chamber Association (1983)) แต่อาจจะต้องบังคับให้มีการจำหน่ายทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ (คดีศาลอังกฤษ (Nolverhampton Corp. V Emmons 1901))

2. การร้องขอชดเชยหรือการคัดค้าน (Injunction) อาจกระทำได้ในกรณีผู้กู้จะกระทำผิดข้อตกลง เช่น จะโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เจ้าหนี้อื่น หรือการที่ลูกหนี้จะทำการควบบริษัท แต่ผู้ให้กู้จะต้องเตรียมการโดยเร็ว (คดีศาลอังกฤษ (Milward V. Earl Thanet (1801))

3. การเรียกค่าเสียหาย นับว่าเป็นวิธีการอย่างหนึ่งแต่ในการกู้เงินค่าเสียหายที่จะเรียกอาจจำกัดอยู่เพียงต้นเงินและดอกเบี้ยเท่านั้น

นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ถูประพฤติผิดข้อตกลงการไม่จำหน่ายทรัพย์สิน (Remedies for breach of negative pledge) ผู้ให้กู้ไม่สามารถจะกระทำการแก้ไขอะไรได้มากนัก นอกจากจะเรียกชำระหนี้ถ้าผู้รับโอนนั้นลู่จริต แต่หากผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นทราบผู้ให้กู้ อาจฟ้องขอให้เพิกถอนได้

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

หากจะพิจารณาตามกฎหมายไทยนั้น ในกรณีที่ผิดข้อตกลงที่ผู้กู้ได้ให้ไว้ตามสัญญา ก็คือการบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายหากกรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการผิดสัญญาตามข้อตกลงของสัญญา แต่อาจมีข้อยกกฎหมายไทยบางประการที่จะพิจารณา เช่น จะสามารถฟ้องบังคับให้ผู้กู้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำ โดยถือเป็นการฟ้องบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 ป.พ.พ. หรือทำการร้องขอชดเชยหรือคัดค้าน หรือร้องล่อในกรณีที่มีการฝ่าฝืนข้อตกลงที่กำหนดไว้

ในสัญญาจะกระทำได้น้อยเพียงไร ในปัญหาที่ผู้วิจัยเห็นว่าจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่าจะสามารถดำเนินการได้อย่างไร เช่น หากผู้ได้ทำการโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เจ้าหนี้รายอื่น หากมีข้อตกลงที่จะจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้ให้กู้ ผู้ให้กู้จะฟ้องบังคับให้ผู้จดทะเบียนจำนองตั้งแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษในคดี (Wolver Phantom Corporation V. Emmons (1901)) ได้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าตามกฎหมายไทย ศาลไทยคงไม่ยอมรับบังคับให้ เพราะเมื่อการจำนองไม่ได้จดทะเบียนจึงเป็นโมฆะกรรม เพราะไม่ได้ทำตามแบบ สัญญาจะจดทะเบียนจำนองอาจจะยังคงมีไม่ได้ทำนองเดียวกับสัญญาจะให้กู้ ทั้งนี้โดยเทียบเคียงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องฟ้องบังคับให้จดทะเบียนการเช่าที่ศาลวินิจฉัยไว้ว่าบังคับให้ไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกา 698/2522 กรมการคำสั่งนา โจทก์ นายบุญมา ม้ากระฉ่าง จำเลย, 3714/2524 นายโชยา แซ่ฮึง โจทก์ นายบุญศิริ เสริมศักดิ์ศรี จำเลย) ปัญหาการแก้ไขการผิดข้อตกลงดังกล่าวจะต้องพิจารณาแต่ละเรื่อง ประกอบกับมาตรา 213 บ.พ.พ. และกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า เป็นเรื่องที่จะต้องค้นคว้าในรายละเอียดซึ่งอยู่นอกขอบเขตการวิจัยของวิทยานิพนธ์นี้ แต่โดยสรุปผู้วิจัยเห็นว่าข้อตกลงที่จะกระทำการตามสัญญา ถ้ามีผลผูกพันที่คู่สัญญาฟ้องร้องบังคับกันได้ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายฐานผิดสัญญา หรือการแก้ไขโดยการฟ้องบังคับคดีไม่ว่าจะเป็นในรูปการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง การห้ามกระทำการ โดยทั้งนี้จะต้องพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทย หากมีการนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาลในประเทศไทย

9. ปัญหาเกี่ยวกับการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องอายุความ

กฎหมายเกี่ยวกับอายุความนั้นอาจจะถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดในการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศอย่างหนึ่ง ซึ่งมีปัญหาว่า ในกรณีที่คู่สัญญาได้เลือกใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญาแล้ว จะถือว่ากฎหมายต่างประเทศนั้น จะนำมาใช้บังคับได้หรือไม่และจะถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย ตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหรือไม่

ในเรื่องเกี่ยวกับปัญหาการใช้กฎหมายของประเทศไทย ซึ่งวินิจฉัยเรื่องอายุความแห่งสิทธิเรียกร้องนั้นได้ เคยมีนักกฎหมายท่านหนึ่งให้ความเห็นไว้ว่า มีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 5 ประการ (ปริทัศน์ พนมยงค์ 2526 : 398 - 399) คือ

"1. ความเห็นที่ 1. ควรใช้กฎหมายที่เจ้าหน้าที่มีภูมิสำเนา เพราะเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่ แต่มีผู้ค้านว่าอายุความไม่ใช่เป็นเพียงผลแห่งสิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่อย่างเดียว ยังเป็นทางให้ลูกหนี้ปลดเปลื้องด้วย จึงไม่ควรใช้กฎหมายที่เจ้าหน้าที่มีภูมิสำเนา

2. ความเห็นที่ 2. เห็นว่าควรใช้กฎหมายที่ลูกหนี้มีภูมิสำเนา เพราะอายุความนั้นบัญญัติเพื่อคุ้มครองลูกหนี้ แต่มีความเห็นแย้งว่าอายุความไม่ใช่คุ้มครองลูกหนี้อย่างเดียว แต่เป็นผลต่อเนื่องเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่ และมีใช้ไว้เพื่อประโยชน์ของเอกชน และยอมมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย

3. ความเห็นที่ 3. เห็นว่าควรใช้กฎหมายที่คู่กรณีประสงค์จะชำระหนี้ เพราะเหตุว่าอายุความมีขึ้นไว้โดยกฎหมายสันนิษฐานว่า ได้มีการชำระหนี้กันแล้ว กับอีกประการหนึ่งการฟ้องร้อง ถ้าหากจำเลยมิได้ยกอายุความขึ้นต่อสู้ ศาลจะยกเอาเหตุที่ขาดอายุความขึ้นตัดสิน ตัดสินเองไม่ได้ อนึ่งอายุความจะยกขึ้นอ้างก็ในขณะที่จะชำระหนี้หรือเรียกร้องให้ชำระหนี้เท่านั้น ซึ่งก็มีผู้ค้านว่า อายุความไม่ได้ตั้งขึ้นโดยที่กฎหมายสันนิษฐานว่าลูกหนี้ได้ชำระหนี้แต่อย่าง เดียวเท่านั้น ยังมีเหตุอื่น ๆ ที่กฎหมายพึงเล็งถึงด้วย เช่นใน เรื่องวิธีพิจารณาความ

4. ความเห็นที่ 4. เห็นว่าควรใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่ที่ ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าอายุความเป็นวิธีพิจารณาและเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในความเห็นนี้มีผู้ค้านว่า อายุความเป็นกฎหมายสารบัญญัติไม่ใช่วิธีกฎบัญญัติให้สังเกตว่า อายุความอยู่ในประมวลแห่ง จึงไม่ใช่วิธีพิจารณา

5. ความเห็นที่ 5. เห็นว่าควรใช้กฎหมายของประเทศซึ่งนิติกรรมนั้นได้บังเกิดขึ้น เพราะเหตุว่าอายุความเป็นกำหนดเวลาชนิดหนึ่ง ซึ่งคล้ายกับเงื่อนไขเวลาสุดสิ้น กล่าวคือ เมื่อสิ้นกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นแล้ว สิทธิเรียกร้องนั้นก็หมดไป กล่าวอีกอย่างหนึ่งคือ อายุความเป็นผลอันเนื่องแต่นิติกรรมหรือสัญญา หรือผลแห่งลูกหนี้โดยแท้ ซึ่ง ดร.ปรีดี ก็ได้มีความเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวนี้

ปัญหาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายของประเทศใดในเรื่องอายุความนั้น ก็มีปัญหาคำพิพากษาอยู่ 2 ประการ คือ ความเห็นที่ 4. และความเห็นที่ 5. กล่าวคือ จะถือว่ากฎหมายเกี่ยวกับอายุความเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาและเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ หรือถือว่าอายุความนั้นก็เป็นผลอันเนื่องมาจากนิติกรรมตามความเห็นที่ 5.

สำหรับกฎหมายไทยนั้นมิได้ให้ความเห็นว่า เรื่องกฎหมายเกี่ยวกับอายุความนั้นมีหลักเดียวกับกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และกฎหมายอังกฤษ โดยถือว่าเรื่องกำหนดอายุความเป็นกฎหมายเกี่ยวกับวิधिพิจารณา เพราะเห็นว่าแม้พันกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ตัวสิทธิหรือหนี้สินก็ยังคงอยู่ต่อไป เป็นแต่ห้ามมิให้มาไขบังคับโดยการฟ้องร้องยังโรงศาลเท่านั้น (พระยาเทพวิฑูร 2509:595) ดังนั้น เมื่อเป็นกฎหมายเกี่ยวกับวิधिพิจารณาความ การใช้กฎหมายจึงจำเป็นต้องใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ศาลพิจารณา (LEX FORI) ซึ่งหมายถึงกฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดีขัดกัน ดังนั้นในกรณีที่ฟ้องศาลในประเทศไทยในกรณีเช่นนี้ ศาลไทยก็จะต้องใช้กฎหมายเกี่ยวกับอายุความของศาลไทย และอาจจะถือได้ว่า เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

ในเรื่องนี้ได้เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1583/2511 คดีระหว่าง ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด โฉกที่ บริษัท ธนาคารแหลมทอง จำกัด กับพวก จำเลย ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า "การตกลงให้ใช้ต่างประเทศบังคับแก่ข้อพิพาทย่อมจะใช้ได้เพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย จึงตกลงให้ใช้กฎหมายเรื่องอายุความของต่างประเทศมาบังคับไม่ได้"

จากคำพิพากษาดังนี้มีผู้ให้ความเห็นไว้หลายประการดังนี้

1. เห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยอายุความ เป็นบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย ดังนั้นบุคคลจึงไม่อาจอาศัยวิถีกรรมกำหนดการเกี่ยวกับอายุให้ผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย (ศักดิ์ ส่นองชาติ 2524:28)
2. นักกฎหมายอีกท่านเห็นว่ากรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กฎหมายเรื่องอายุความเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทย ฉะนั้นข้อตกลงที่จะให้ใช้กฎหมายเรื่องอายุความของกฎหมายดังกล่าวจึงใช้บังคับไม่ได้ ทั้งนี้คงจะเป็นไปตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 5 แต่ที่จะเป็นปัญหาก็คือ กฎหมายเรื่องอายุความเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยใช้หรือไม่ ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับอายุความตามกฎหมายไทยล้วน ๆ แล้ว เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 191 ถึง 193 ประกอบกับแนวคำพิพากษาฎีกา คงจะถือได้ว่าไม่ใช่ข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในกรณีของคดีนี้ต่างออกไปเล็กน้อย คือเป็นการจะไม่ใช้อายุความตามกฎหมายไทย โดยเอาอายุความในกฎหมายต่างประเทศมาใช้แทน

การที่ศาลฎีกาปฏิเสธการใช้อายุความไทย เดนมาร์กในคดีดังกล่าว เพราะเหตุว่า การที่เลือกใช้กฎหมายเดนมาร์กนั้นย่อมหมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของเดนมาร์กด้วยการที่ยกกฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งจำเลยที่จะต้องพิสูจน์กำหนดอายุความของกฎหมายเดนมาร์ก และยังคงพิสูจน์อีกว่า กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของเดนมาร์กนั้นให้ศาลเดนมาร์กมีอำนาจพิจารณาคดีตามกฎหมายภายในของเดนมาร์ก เมื่อจำเลยสืบไม่ได้ความดังนั้นข้อต่อสู้จำเลยจะตกไป เพราะถ้ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลบัญญัติว่า กรณีอย่างคดีนี้ให้ RENVOI คือให้ศาลเดนมาร์กให้ใช้กฎหมายของประเทศที่จะมีการชำระหนี้ให้แก่กัน (ประเทศไทยแล้ว) พ.ร.บ.ว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมายมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับและตามกฎหมายต่างประเทศนั้นกฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศสยามให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยามบังคับ" มิใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายสยามว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย กล่าวคือ ในกรณีนี้ให้ใช้อายุความ 10 ปี ตามกฎหมายแห่งตามมาตรา 164 นั้นเอง (วิโรจน์ บริรักษ์จรยาวัตร 2511:1848-1850)

3. มีนักกฎหมายอีกท่านหนึ่งให้ข้อสังเกตว่า คำพิพากษาลบนี้มิได้ให้เหตุผลด้วยว่า เพราะเหตุใดอายุความตามกฎหมายภายในของต่างประเทศจึงเป็นกฎหมายที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย ซึ่งไม่อาจจะอาศัยเป็นแนวทางในการวางหลักในเรื่องนี้ได้ (คณิง ภาชัย 2520:49)

สำหรับผู้วิจัยมีความเห็นว่า การเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องอายุความนั้นในกรณีที่เกิดคดีขึ้นที่ศาลไทย ศาลไทยคงจะใช้หลักตามมาตรา 5 โดยถือว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอายุความในการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศนั้น กฎหมายที่กำหนดอายุความนั้นถือได้ว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงจะทำการนิติกรรมให้ผิดแผกแตกต่างออกไปหาได้ไม่ (พระยาเทพวิฑูร 2509:689) ดังนั้น การที่เลือกใช้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องอายุความจึงเป็นการเลือกใช้กฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยตามมาตรา 5 พ.ร.บ.ว่าด้วยการชดเชย ดังนั้นจึงจำเป็นต้องนำกฎหมายไทยมาใช้แก่กรณี ดังนั้นคำพิพากษาศาลฎีกา 1583/2511 ดังกล่าวข้างต้น

ตอนที่ 4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของผู้ให้กู้ในการร่วมกันให้กู้ (Syndication) ตาม

กฎหมายไทย

นิติสัมพันธ์ในระหว่างผู้ร่วมกันให้กู้ได้แบ่งเป็นหลายประเภท ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 1 ตอน 2 ของวิทยานิพนธ์นี้ สำหรับประเทศไทยนั้นการร่วมกันให้กู้มักจะมีลักษณะที่มีผู้ให้กู้หลายฝ่าย ธนาคาร ผู้จัดการเป็นผู้รับผิดชอบ โดยผู้ให้กู้แต่ละรายต่างมีสิทธิและหน้าที่ตามล่วนของจำนวนเงินกู้ ทำนองเดียวกับวิธีการที่เรียกว่า (Substitution) หรือในการที่ธนาคารผู้จัดการเป็นผู้รับผิดชอบและต่อมา โอนสิทธิให้แก่ผู้ให้กู้โดยผู้กู้ไม่จำเป็นต้องรับทราบอันเป็นวิธีการที่เรียกในกฎหมายการเงินระหว่างประเทศว่า (Assignment) คล้ายกับมีผู้ให้กู้อย่างเดียวคือธนาคารตัวแทน

ในกรณีที่มีผู้ให้กู้ร่วมกันหลายรายก็ต้องมาพิจารณาว่าผู้ให้กู้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้ร่วมหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาจาก ม.290-302 ป.พ.พ. เรื่อง เจ้าหนี้และลูกหนี้หลายคน ในกรณีนี้ถือว่า การให้กู้ร่วมโดยผู้ให้กู้เป็นเจ้าหนี้ร่วมกัน ลูกหนี้ก็สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดก็ได้และถือว่าเจ้าหนี้แต่ละคนชอบที่จะได้รับชำระหนี้โดยเท่ากัน เว้นแต่จะตัดตกลงไว้เป็นอย่างอื่น (ม. 298, 300 ป.พ.พ.) อย่างไรก็ตามส่วนใหญ่แล้วนิติสัมพันธ์ในการร่วมกันให้กู้ในประเทศไทย มิได้เป็นไปในรูปเจ้าหนี้ร่วม แต่เป็นไปในลักษณะที่เจ้าหนี้แต่ละฝ่ายต่างรับผิดชอบในหนี้ของตนเอง หรือให้ธนาคารผู้จัดการเป็นคู่สัญญา โดยตรงกับผู้กู้และนำเงินดอกเบี้ยยที่ผู้กู้ชำระส่ง ให้แก่ผู้ให้กู้ร่วมรายอื่นตามอัตราส่วนที่ผู้ให้กู้นั้นมีส่วนร่วม (participants) เมื่อเป็นเช่นนี้ นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้กู้ก็เป็นเรื่องที่ต่างคนเป็นเอกเทศ จะมีก็เพียงความรับผิดชอบของธนาคารตัวแทนที่จะต้องนำเงินกู้ดอกเบี้ยส่งมอบให้แก่ผู้ร่วมให้กู้ในฐานะตัวการในกรณีที่ผู้ให้กู้ร่วมมิได้เข้า เป็นคู่สัญญา โดยตรงกับผู้

แต่มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการเป็นเจ้าหนี้ร่วมนั้นอาจทำให้เจ้าหนี้หรือผู้ให้กู้ร่วมจะสามารถเรียกชำระหนี้ได้โดยสิ้นเชิง โดยไม่ต้องรอให้เจ้าหนี้ร่วมมาเข้าชื่อเป็นโจทก์ด้วย (เทียบนัยคำพิพากษาฎีกา 350/2485, 911/2511) และไม่จำเป็นต้องเรียกชำระหนี้เฉพาะส่วนของตน (เสณีย์ ปราโมช 2520 : 1220) กล่าวคือเรียกชำระหนี้ได้แทนเจ้าหนี้ (ผู้ให้กู้ร่วมอื่นได้ด้วย) โดยเงินกู้ที่ได้รับชำระก็จะต้องนำมาแบ่งเป็นส่วน ๆ เท่า ๆ กัน เว้นแต่จะมีการตกลงไว้เป็นอย่างอื่น (ม.300 ป.พ.พ.) หากเป็นกรณีเช่นนี้ก็จะ เป็นหน้าที่ของธนาคารตัวแทนที่จะสามารถ

ดำเนินการแทนเจ้าหน้าที่รายอื่นได้ แต่จะต้อง เป็น เรื่อง เจ้าหน้าที่ร่วม ถ้าหากมิได้เป็นเรื่อง เจ้าหน้าที่
ร่วมเจ้าหน้าที่แต่ละฝ่ายต่างก็จะต้องเข้ามา เป็น โลกทัศน์ในคดี เว้นแต่จะได้โอนสิทธิเรียกร้องตาม
กฎหมายไทยซึ่งมีแบบและวิธีการยุ่งยาก การพิจารณาคดีสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้กู้จึงจะต้องพิจารณา
จากข้อสัญญาและความประสงค์ของผู้ให้กู้ว่าจะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับฐานะใด เพราะมีผลใน
ทางกฎหมายแตกต่างกัน

ตอนที่ 5 ปัญหาความล้มเหลวตามกฎหมายไทยของ เอกสารที่ทำขึ้นในสัญญาซื้อขายเงินระหว่าง

ประเทศ

นอกเหนือจากสัญญาซื้อขายเงินระหว่างประเทศแล้ว ในการซื้อขายเงิน โดยเฉพาะการร่วมกันให้กู้ มีเอกสารหลายชนิดที่ได้มีการจัดทำขึ้น ทั้งนี้รวมถึงสัญญาค้ำประกันการกู้เงินด้วย ในวิทยานิพนธ์นี้จะพิจารณาถึง เอกสารที่ได้จัดทำขึ้นว่ามีข้อพิจารณาตามกฎหมายไทยอย่างไรบ้าง โดยพิจารณาตามหลักกฎหมายต่างประเทศประกอบกันไป บางครั้งก็เป็นการยากที่จะให้ความหมายที่ตรงตัวของ เอกสาร เหล่านั้น แต่ผู้วิจัยมุ่งที่จะพิจารณาถึงความผูกพันและความล้มเหลวตามกฎหมายมากกว่าถ้อยคำตามตัวอักษร ทั้งนี้มีเอกสารที่ควรพิจารณาดังนี้

1. หนังสือแนะนำหรือจดหมายแนะนำ (Mandate letter)

เป็นหนังสือหรือจดหมายแต่งตั้งผู้จัดการ เงินกู้ของผู้จัดทำโดยผู้กู้ เอกสารหรือหนังสือนี้จะกำหนดเงื่อนไขในการกู้ และให้อำนาจแก่ผู้จัดการ เงินกู้ในการจัดหา เงินกู้ พร้อมทั้งกำหนดจำนวนเงินกู้ อัตราดอกเบี้ย รวมตลอดถึง เงื่อนไขที่ปรากฏตามลักษณะโครงสร้างและแบบสัญญาซื้อขายเงินระหว่างประเทศ* ลักษณะของหนังสือนี้เป็นเพียงคำเชิญชวนทางการค้า (Commercial Proposal) ที่มุ่งจะผูกพันในทางเกียรติยศมากกว่าจะผูกพันตามกฎหมาย ดังนั้นในการเตรียมหนังสือแนะนำนี้ ผู้ร่างจะต้องใช้ความระมัดระวังมิให้เอกสารนั้นก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายได้ ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากหลักกฎหมายอังกฤษที่ว่า การจัดทำเอกสารทางการค้านั้นคู่สัญญาย่อมมีวัตถุประสงค์ที่จะผูกพันดีสัมพันธ์ตามกฎหมาย (คดีศาลอังกฤษ (Edward V. Skyways Ltd. (1964)) ดังนั้นการร่างหนังสือดังกล่าวผู้ร่างควรจะต้องระบุให้ชัดเจนในเอกสารเลยว่า หนังสือหรือเอกสารนี้ยังไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายจนกว่าคู่สัญญาจะได้ตกลงเข้าทำสัญญากัน

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

ตามกฎหมายไทย หนังสือดังกล่าวยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำเสนอตามมาตรา 354 ป.พ.พ. แต่อาจถือได้ว่าเป็นเพียงคำเชิญชวนหรือข้อเสนอเชิญให้เข้าทำสัญญามากกว่า หากคู่สัญญายังตกลงไม่ได้หมดทุกข้อ และยังเป็นที่ยังสงสัยกฎหมายถือว่ายังไม่มีการสัญญาต่อกัน ตามมาตรา 366 ป.พ.พ.

* ดูบทที่ 3 ตอนที่ 1 หน้า 61

2. บันทึกรายละเอียดของผู้กู้ (Information memorandum) *

เป็นเอกสารที่ผู้กู้จัดเตรียมขึ้นโดยคำแนะนำของผู้จัดการในการให้กู้ร่วมเอกสารนี้จะระบุถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องและสาระสำคัญเกี่ยวกับผู้กู้ ฐานะทางการเงิน วัตถุประสงค์การกู้ แหล่งเงินที่จะชำระเงินกู้ และข้อมูลที่เกี่ยวกับสภาวะการหนี้ต่างๆ ไป เช่น การศึกษาภาวะตลาดของผลิตภัณฑ์ของผู้กู้ ข้อมูลเกี่ยวกับสภาวะเศรษฐกิจ บันทึกนี้จะทำการแจกจ่ายให้แก่กลุ่มสถาบันการเงินที่ผู้จัดการคิดว่าสนใจในการร่วมกันให้กู้ เอกสารนี้คล้ายหนังสือขออนุญาตขายหุ้นของบริษัท (ศิริพงษ์ กัลยาณรุจ 2525:137)

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

บันทึกดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดเป็นคำเสนอที่ขออนุญาตตามกฎหมายไทยแต่อย่างใด ส่วนหนังสือขออนุญาตกฎหมายห้ามออกหนังสือขออนุญาตให้ซื้อหุ้นหากเป็นบริษัทจำกัด (มาตรา 1102 ป.พ.พ.)

3. หนังสือรับรองการจัดสรรเงินกู้ (Commitment letter)

เป็นเอกสารที่ผู้ให้กู้ทำเสนอให้แก่ผู้กู้ ภายหลังจากตกลงหลักการกับผู้กู้แล้ว เป็นเอกสารที่ใช้หากเป็นการกู้ธรรมดา ทำนองเดียวกับการให้กู้ร่วมที่ผู้กู้เตรียมให้ผู้ให้กู้ที่เรียกว่าหนังสือแนะนำหรือจดหมายแนะนำ (Mandate letter) เอกสารนี้จะระบุเงื่อนไขข้อตกลงที่จะให้กู้ การร่างเอกสารนี้ไม่ควรจะเป็นข้อผูกพันที่จะต้องผูกมัดตามกฎหมาย (Logan in Rendell, ed. 1980:12)

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

ลักษณะทำนองเดียวกับหนังสือแนะนำหรือจดหมายของผู้กู้ (Mandate letter) มีลักษณะเป็นคำเชิญชวน การจะก่อให้เกิดความผูกพันก็ต้องตกลงกันในเงื่อนไขทุกข้อและลงนามในสัญญาต่อไป

4. สัญญาค้ำประกัน (Guarantee) โดยทั่วไปแล้วสัญญาค้ำประกันนั้นถือได้ว่าเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งที่ผู้จัดหาให้ผู้ให้กู้ และวิทยานิพนธ์นี้จะได้กล่าวถึง เรื่องของหลักประกัน เป็นบทเฉพาะต่างหาก ** แต่โดยแท้จริงแล้ว สัญญาค้ำประกันมักจะเป็นเอกสารที่จะประกอบด้วย

* วิธีการร่างบันทึก และรายละเอียดดู Wood 1980:257-262, Logan in Rendell, ed. 1980:12-13)

** ดูบทที่ 7 หน้า 185



สัญญาที่มิมีเงินระหว่างประเทศคืออยู่ทุกคราว และก็เป็นปัญหาที่สมควรจะต้องพิจารณาตามกฎหมายไทยพร้อมกันไปด้วย ผู้วิจัยจึงได้นำมากล่าวไว้ในตอนนี้ ทั้งนี้ โดยจะพิจารณาโดยเทียบกับกฎหมายต่างประเทศและข้อพิจารณาตามกฎหมายไทยโดยสรุปเปรียบเทียบกับกันไป แต่มิได้มุ่งวิเคราะห์ในรายละเอียดของสัญญาที่ประกันอันจะเป็นการเกินขอบเขตของวิทยานิพนธ์นี้

ข้อพิจารณาโดยทั่วไปตามกฎหมายต่างประเทศ (Wood 1980: 296-306)

1) สัญญาที่ประกัน เป็นเอกสารที่ผู้ให้จะกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าหนี้มาให้แก่ผู้ โดยมิวัตถุประสงค์ว่าหากผู้ไม่ล้มการชำระหนี้เงินกู้ให้แล้ว ผู้ที่ประกันมีหน้าที่จะต้องชำระแทน การที่ประกันถือเป็นหลักประกันประการหนึ่ง นอกเหนือจากการอาวัลตัวเงิน การออกเลตเตอร์ออฟเครดิต ชนิดที่เรียกว่าแลตเตอร์บายเลตเตอร์ออฟเครดิต (Stand-by letter of credit) ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาที่ประกันที่เกิขึ้นมากที่สุดคือ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการที่ประกันของนิติบุคคล โดยเฉพาะหลักกฎหมายในอดีตนั้นยึดหลักอย่างเคร่งครัดว่า หากบริษัทผู้ประกันไม่มีอำนาจหรือวัตถุประสงค์โดยชัดแจ้งในการที่ประกันแล้ว การที่ประกันย่อมไม่ผูกพันบริษัทผู้ประกันนั้น แม้บางครั้งบริษัทจะมีวัตถุประสงค์ในการที่ประกันก็ตาม การที่ประกันจะผูกพันบริษัทผู้ประกันต่อเมื่อการที่ประกันนั้นเกี่ยวกับกิจการของบริษัท (คดีศาลอังกฤษ (Introduction Ltd. V. National Provincial Bank Ltd (1966) QB 656) หลักเกณฑ์ดังกล่าวค่อนข้างจะแตกต่างกับอำนาจในการทำสัญญา ในกรณีที่ข้อบังคับหรือวัตถุประสงค์กำหนดไว้ว่า การที่ประกันเป็นธุรกิจการค้าของบริษัทที่ย่อมไม่มีปัญหา แต่กิจการดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทด้วย

นอกจากอำนาจที่กล่าวถึงข้างต้นแล้ว ก็ยังมีปัญหาหรือข้อจำกัดในการที่ประกัน โดยกรรมการ การได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้น ข้อจำกัดกับส่วนได้เสียของกรรมการในการที่ประกันและการลงคะแนนเสียง เพื่อให้ให้อำนาจในการที่ประกัน

2) ปัญหาเรื่องผลประโยชน์ของกิจการในการที่ประกัน เพื่อที่จะนำมาพิจารณาว่าบริษัทผู้ประกันมีอำนาจหรือไม่ ในกรณีที่เป็นการที่บริษัทแม่ (Parent company) ที่ประกันให้กับบริษัทในเครือ (Downstream guarantee) ถือได้ว่าบริษัทแม่ย่อมได้รับผลประโยชน์จากการที่ประกันอย่างมิต้องสงสัย แต่หากเป็นกรณีที่บริษัทในเครือที่ประกันระหว่างกันเอง

(Crossstream guarantee) หรือบริษัทใน เครือค้าประกันบริษัท (Upstream guarantee) หรือเป็นการค้าประกันโดยบริษัทที่เป็นกลุ่มเดียวกับผู้ให้กู้ (Brother and sister guarantee) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการผ่อนคลายหลักเกี่ยวกับประโยชน์ที่ผู้ค้าประกันจะได้รับลง ทั้งนี้ โดยยินยอมรับรองถึงผลประโยชน์โดยอ้อมและสิทธิที่ได้มา เนื่องจากการค้าประกันบริษัทใน เครือ ตามกฎหมายเยอรมันได้เล่นอแนวความคิดที่ดีคือกรณีที่เรียกว่าสัญญาครอบงำ (dominant contract) อันเป็นสัญญาที่บริษัทแม่และบริษัทในเครือ ภายใต้เงื่อนไขและข้อตกลงบางประการทำให้เกิดระบบเป็นบริษัทเดียวกัน (Integrated Corporate system) หลักนี้จึงทำให้ปัญหาเรื่องผลประโยชน์หมดไป เพราะถือว่าบริษัทเหล่านั้นเป็นนิติบุคคลเดียวกันในทางเศรษฐกิจ (a single economic unit)

3) หลักเรื่องการกระทำนอกเหนืออำนาจ (Ultra Vires) กฎหมายหลายประเทศ ได้พยายามจำกัดการกล่าวอ้างหลักดังกล่าว เช่น สหรัฐอเมริกาในพระราชบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจของสหรัฐ (The United States Model Business Corporation) มาตรา 7 บัญญัติว่าบริษัทไม่ว่าจะอ้างได้ว่า การกระทำของตนไม่สมบูรณ์ เนื่องจาก การไม่มีอำนาจกระทำการวันแต่

1. เป็นการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้ถือหุ้นที่สั่งให้กระทำการนั้น
2. การเรียกร้องของบริษัทหรือผู้แทนต่อเจ้าหน้าที่หรือกรรมการของบริษัท
3. การสั่งการของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมที่ให้เลิกบริษัท

กฎหมายในกลุ่มเศรษฐกิจประชาคมยุโรป (E.E.C.) คำสั่งขึ้นฉบับที่ 151 ปี 1968 (E.E.C. Directive 151 of 1968) ซึ่งบัญญัติว่าการกระทำใด ๆ ที่ตัดสินใจโดยคณะกรรมการบริษัทให้ถือว่าอยู่ในอำนาจและความสามารถของบริษัท โดยไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดโดยของข้อบังคับที่เกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของกรรมการ หากบุคคลภายนอกนั้นได้กระทำโดยสุจริต ส่วนการที่จะถือว่าบุคคลภายนอกสุจริตนั้นในการปฏิบัติจะยาก เพราะผู้ให้กู้เองรู้หรือควรจะรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการนอกเหนืออำนาจหรือไม่

4) ข้อความในสัญญาค้ำประกันในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศมักจะมีข้อความทำนองเดียวกับสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ เช่น ข้อตกลงที่จะกระทำการ (Covenant) ข้อตกลงที่จะงดเว้นกระทำการ (Negative pledge) ข้อตกลงในความเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ (Pari Passu) หน้าที่จะต้องแจ้งข้อเท็จจริง ฯลฯ ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันเป็นลูกหนี้ขั้นต้น

5) การเลือกใช้กฎหมายและเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีของสัญญาค้ำประกันมักจะเป็นกฎหมายทำนองเดียวกันกับสัญญากู้ยืมซึ่งเป็นหนี้ประธานเป็นสำคัญ

6) การร่างและการจัดทำสัญญาค้ำประกันในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ มีข้อสังเกตเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ (Protective clause) โดยสรุปได้ เช่น

6.1 สัญญาค้ำประกันควรเป็นสัญญาค้ำประกันแบบต่อเนื่อง (Continuing Guarantee)

6.2 ต้องพิจารณาหลักเรื่องค่าตอบแทน

6.3 ปัญหาเรื่องข้อตกลงในการผ่อนในการผ่อนเวลา เพราะอาจทำให้ผู้ค้ำประกันพ้นจากความรับผิดชอบได้ (extension)

6.4 ปัญหาการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหนี้ประธาน (variation)

6.5 ปัญหาการปลดหลักประกันไม่ว่าที่จำนองหรือมอบให้เป็นประกัน (Release of securities and guarantee)

6.6 นอกจากนี้ตามหลักกฎหมายต่างประเทศนี้ คู่สัญญาสามารถตกลงได้ว่าแม้สัญญากู้ยืมเงินอาจไม่สมบูรณ์หรือไม่อาจบังคับได้ หรือผู้กู้ไม่อาจชำระหนี้ได้เนื่องด้วยกฎหมายภายในท้องถิ่นผู้ค้ำประกันยังต้องรับผิดชอบ แต่สัญญาค้ำประกันจะต้องสมบูรณ์ในตัวเอง ไม่ใช่สัญญาค้ำประกันที่ขัดต่อกฎหมาย (Invalid guarantee) จะใช้บังคับได้แต่ประการใด

6.7 การตกลงให้ผู้กู้ใช้สิทธิไล่เบี้ยโดยมิพักต้องทวงถามจากผู้กู้ก่อน (Immediate recourse)

6.8 การตกลงให้มีการรับช่วงสิทธิในกรณีที่ผู้ค้ำประกันได้ใช้หนี้ (Subrogation)

6.9 การยอมรับหนังสือรับรองการเป็นหนี้ของผู้กู้ (Certificate of amount owing) เป็นหลักฐานเพียงพอที่ผู้ค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบ เพื่อไม่ให้เกิดข้อโต้แย้งภายหลังเกี่ยวกับจำนวนที่เป็นหนี้

6.10 การค้ำประกันที่เป็นการค้ำประกันที่ไม่มีเงื่อนไขและเพิกถอนไม่ได้
(Unconditional and irrevocable guarantee)

6.11 การตกลงให้ผู้ค้ำประกันเป็นลูกหนี้ขั้นต้น (Primary Obliger)

ข้อสังเกตและข้อพิจารณาข้างต้นเป็นส่วนหนึ่งในการประกอบการพิจารณาในการร่างสัญญาค้ำประกันซึ่งผู้วิจัยจะไม่กล่าวถึงในรายละเอียด และนอกจากนี้แล้วสัญญาค้ำประกันอาจมีข้อตกลงเพิ่มเติมเป็นพิเคาะอีก เช่น การร่วมและการแยกกันรับผิดชอบ (Joint and several guarantee) เพราะในกรณีที่มีผู้ค้ำประกันหลายคน จะมีผลทำให้ความรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันตกทอดไปยังผู้แทนผู้ค้ำประกันได้ หากเป็นกรณีค้ำประกันโดยบุคคลธรรมดา และผู้ให้กู้สามารถฟ้องผู้ค้ำประกันทั้งหมดหรือแยกกันให้รับผิดชอบในหนี้ทั้งหมดได้ หรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจำกัดวงเงินค้ำประกัน (Limited amount of guarantee) การจำกัดระยะเวลาค้ำประกัน (Limited duration guarantee) การจัดหาผู้ค้ำประกันที่เป็นอิสระ (Independent Guarantor) เพราะโดยปกติผู้ค้ำประกันที่สามารถควบคุมผู้กู้แล้วการเจรจาในการทำสัญญาค้ำประกันมักจะไม่ก่อให้เกิดปัญหา แต่บางครั้งผู้ค้ำประกันอาจเป็นนิติบุคคลอิสระที่ไม่มีส่วนได้เสียในกิจการผู้กู้ การค้ำประกันก็มีปัญหาในการเจรจา เพราะผู้ค้ำประกัน เช่น ธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงิน อิสระอาจเจรจาให้มีเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้อาจเพื่อผลประโยชน์ของผู้ค้ำประกันเอง อาทิ การตกลงให้มีระยะเวลาปลอดหนี้ก่อนชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกัน (Grace period) การตกลงชำระหนี้ค้ำประกันตามหนี้ประธานหรือหนี้เงินกู้ แม้สัญญาจะถูกรอกเล็กและเรียกหนี้คืนก่อนกำหนด (Accelerated clause) การจำกัดเฉพาะหนี้เงินกู้และดอกเบี้ยที่ผู้ค้ำประกันจะชำระโดยไม่รวมค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่ผู้กู้ต้องชำระภาษี เบี้ยปรับ และค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่ผู้กู้ต้องชำระ (Limit of claim guarantee) การกำหนดให้หนี้เงินกู้ที่ได้ชำระบางส่วนเป็นการชำระหนี้ค้ำประกันตามอัตราส่วน การมีนิติที่จะยกข้อต่อสู้ของผู้กู้ต่อเจ้าหนี้ได้ (No waiver of defence) การมีส่วนควบคุมและบังคับให้เป็นไปตามสัญญาผู้ด้วย เช่น พิจารณาว่าผู้กู้จะผิดนัดหรือไม่ หรือการแจ้งของผู้กู้เกี่ยวกับกิจการให้ผู้ค้ำประกันทราบ (Control) การห้ามการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาผู้ให้ผู้อื่น หากปราศจากความยินยอมของผู้ค้ำประกัน (Assignment) การใช้สิทธิซื้อหรือรับโอนหนี้เงินกู้มาเพื่อรับผิดชอบแทน*

* รายละเอียดดูจาก Wood 1980: 304-308.

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย *

ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันนั้น ตามกฎหมายไทยก็พิจารณาตาม ป.พ.พ. 680-702 ผู้วิจัยจะไม่กล่าวในรายละเอียด แต่จะกล่าวเฉพาะส่วนที่อาจจะเกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศและคำพิพากษาฎีกาบางฉบับที่เกี่ยวข้อง ดังรายละเอียดที่จะพิจารณาดังต่อไปนี้

1) สัญญาค้ำประกันตามกฎหมายไทยคือ สัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกันผูกพันต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ (ม.680 วรรค 1 ป.พ.พ.) จะเห็นได้ว่าการค้ำประกันนั้น ผู้ค้ำประกันจะต้องเป็นบุคคลภายนอก ถ้าหากมิใช่เป็นบุคคลภายนอกแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นสัญญาค้ำประกัน มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1239/2505 คดีระหว่างธนาคารกรุงเทพจำกัด โจทก์ บริษัทเตียนหงวน (ไทย) จำกัด จำเลย ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า คดีนี้จำเลยขอให้โจทก์ค้ำประกันบุคคลผู้ส่งข้าวไปขายต่างประเทศต่อกระทรวง เศรษฐกิจ โดยจำเลยยอมรับผิดชอบต่อโจทก์ ถ้าโจทก์ต้องเสียหายอย่างใด ๆ ในการค้ำประกันนั้น ดังนี้ไม่ถือว่าเป็นสัญญาค้ำประกันตาม ม.680 ป.พ.พ. แต่เป็นสัญญาธรรมดาระหว่างโจทก์กับจำเลย เมื่อโจทก์เสียหายโดยชำระหนี้ค่าข้าวแทนบุคคลนั้นไปโดยสุจริต ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยใช้เงินนั้นได้ภายใน 10 ปี ตาม ม.164 ป.พ.พ. มิใช่ 5 ปี ตาม ม.165

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ศาลได้กล่าวถึงคำแปลของสัญญาค้ำประกันที่แปลมาจากคำว่า "การันตี" ไว้คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1010/2524 คดีระหว่างธนาคารกรุงเทพจำกัด โจทก์ บริษัทพรปิยะเทรตติ้ง จำกัด จำเลย โดยศาลวินิจฉัยว่า คำว่า "การันตี" แปลว่า สัญญาค้ำประกัน เมื่อจำเลยไม่ให้การว่าคำแปลนี้ไม่ถูกต้อง คำว่าค้ำประกันดังกล่าวจึงหมายความว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ต้องระบุว่าชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ ก็ไม่ทำให้การค้ำประกันนั้นไร้ผล

ที่จริงคำว่าค้ำประกันตามตัวบทภาษาอังกฤษเรียกว่า (Suretyship) อันที่จริงเป็นคำที่มีความหมายตามกฎหมายเช่นเดียวกับคำว่า (Guarantee) (การันตี) จึงจะต้องระวังไว้เหมือนกันว่าจะก่อให้เกิดเป็นประเด็นข้อกฎหมายที่คู่ความอาจอุทธรณ์ ฎีกาได้ อันเป็นการเสียเวลาโดยใช่เหตุ การแปลคำว่า (guarantee) เป็นสัญญาค้ำประกันนั้นจะต้องแน่ใจว่าข้อความในสัญญานั้นเป็นการค้ำประกันตามกฎหมายไทยเป็นสำคัญ

* ดูตัวอย่างสัญญาค้ำประกัน ภาคผนวก ค หน้า 293

2) สัญญาค้ำประกันจะต้องมีหลักฐานลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นผู้รับผิดชอบจึงจะนำมาฟ้องร้องบังคับคดีได้ (ม.680 วรรค 3 ป.พ.พ.)

3) สัญญาค้ำประกันจะต้องเป็นการค้ำประกันเฉพาะหนี้อันสมบูรณ์ กล่าวคือหนี้สัญญากู้เงินอันเป็นหนี้ประธาน จะต้องสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะกรรม โดยเหตุสัญญาภู่นั้นมีวัตถุประสงค์อันขัดต่อกฎหมาย (ม.113 ป.พ.พ.) หรือหนี้ประธานไม่ได้ทำตามแบบตาม ม.115 ป.พ.พ. ปัญหาอาจเกิดขึ้นหากศาลไทยเห็นว่าการเรียกดอกเบี้ยตามสัญญาเงินกู้เกิดเป็นโมฆะกรรม เพราะเป็นอัตราที่เกินกำหนดแล้วจะทำให้สัญญาค้ำประกันที่ใช้กฎหมายไทยบังคับนั้นผิดหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า ในกรณีหากปรากฏว่าศาลเห็นว่าการเรียกดอกเบี้ยเป็นโมฆะกรรมนั้น ศาลก็จะถือว่าเป็นโมฆะกรรมเฉพาะดอกเบี้ยหากทำให้สัญญาภูียืมเงินอันเป็นหนี้ประธานเป็นโมฆะกรรมไม่เพียงแต่ผู้ค้ำประกันอาจสิ้นสิทธิ์ที่จะเรียกดอกเบี้ยจากหนี้เงินกู้ตามมาตรา 283 ป.พ.พ. เพราะดอกเบี้ยเป็นโมฆะกรรมเสียแล้ว

4) สัญญาค้ำประกันสามารถตกลงให้เป็นการค้ำประกันโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาได้ รวมทั้งการตกลงว่าผู้ค้ำประกันไม่ล้ามารถเพิกถอนการค้ำประกันได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมก็มีผลบังคับได้เช่นกัน แต่การที่ตกลงว่าไม่ล้ามารถเพิกถอนนี้ได้ เจ้าหนี้เองจะต้องจัดการดำเนินการแจ้งให้ผู้ค้ำประกันทราบโดยทันที หากผู้ค้ำประกันแสดงเจตนาขอเพิกถอนว่าไม่ตกลง หากปล่อยไว้ภายหลังอาจถือว่าเจ้าหนี้เป็นผู้ใช้สิทธิไม่ล้ามารถตาม ม.5 ป.พ.พ. และไม่อาจจะฟ้องให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบในหนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 231-232/2509 คดีระหว่างบริษัทจังหวัดยะลาจำกัด โจทก์ นายสมบูรณ์ พงษ์โยธโร จำเลย)

5) สัญญาค้ำประกันสามารถตกลงให้ผู้ค้ำประกันยอมรับผิดเช่นเดียวกับลูกหนี้ยื่นต้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องลูกหนี้หรือผู้รับประกันก่อน และการที่มีข้อตกลงให้ผ่อนเวลาชำระหนี้ได้ ก็ยังผลให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบอยู่เสมอ ถือว่าเป็นการตกลงพิเศษ ผู้ค้ำประกันหารับผิดในฐานะเป็นผู้ค้ำประกันตามธรรมดาไม่ (ดูม.688 ป.พ.พ. คำพิพากษาฎีกาที่ 1370/2503 ระหว่างบริษัทนครหลวงประกันชีวิต โจทก์ นายเข้าไผ่ แซ่เหิน จำเลย)

6) ผู้ค้ำประกันเมื่อได้ชำระหนี้เงินกู้ให้แก่ผู้กู้แล้ว ก็มีสิทธิ์ที่จะไล่เบี้ยเอาจากผู้กู้ได้ เพื่อต้นเงินและดอกเบี้ย และเพื่อการที่จะต้องเสียหายใด ๆ เพราะการค้ำประกันนี้ (ม.693 และ ม.226, 229 (3) ป.พ.พ.)

7) ในส่วนที่เกี่ยวกับการค้าประกันนั้น ศาลไทยมักจะตีความค่อนข้างจะเคร่งครัดว่า จะต้องระงับไว้ในวัตถุประสงค์ มิเช่นนั้นนิติบุคคลอาจไม่ต้องรับผิดชอบ*

8) สัญญาค้าประกันต้องติดอากรแสตมป์ 5 บาท สำหรับจำนวนเงินเกิน 1,000 1,000 บาท แต่ไม่เกิน 10,000 บาท สำหรับจำนวนเงินที่เกิน 10,000 บาท ติดอากรแสตมป์ 10 บาท (ตราสารลักษณะ 17 บัญชีอัตราอากรแสตมป์ท้ายประมวลรัษฎากร)

5) หนังสือยืนยัน (Comfort letter)** (Wood 1980: 307-308)

ความหมายของ เอกสารนี้หมายถึง จดหมายหรือหนังสือยืนยันจากบริษัทแม่หรือรัฐบาลในกรณีมีบุคคลที่เกี่ยวข้องได้กู้เงินทำให้แก่ผู้ให้กู้ เพื่อให้ผู้ให้กู้เกิดความระมัดระวังหรือความสบายใจที่จะตกลงให้กู้แก่บริษัท รัฐวิสาหกิจ กระทรวง ทบวง กรม การที่ให้มีการออกหนังสือยืนยันนี้มักจะเป็นกรณีของบริษัทแม่หรือบริษัทที่เกี่ยวข้องไม่ประสงค์ที่จะเป็นผู้ค้าประกัน โดยการออกหนังสือค้าประกันอาจเพราะเหตุว่ามีข้อจำกัดตามข้อบังคับ หรือตามกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนที่ห้ามค้าประกันนี้ต่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากทางการ ความจริงการออกหนังสือยืนยันนี้ เป็นสิ่งที่คล้ายกับการรับรองทางการเมือง (Political assurance) มากกว่าจะเป็นการค้าประกันตามกฎหมายและอาจจะไม่สามารถนำมาฟ้องบังคับคดีได้ ส่วนใหญ่หนังสือยืนยันมักจะเป็นการยืนยันว่า ได้รับทราบการให้สินเชื่อแล้ว ผู้ออกหนังสือจะคงความเป็นเจ้าของของบริษัทในเครือที่กู้ หากมีการเปลี่ยนแปลงก็จะออกหนังสือค้าประกันให้ ผู้ออกหนังสือจะให้ความสนับสนุนทางการเงิน การจัดการในกิจการของผู้กู้ จะไม่รับชำระหนี้หรือหนี้จากผู้กู้หากผู้กู้มีปัญหาไม่สามารถชำระหนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำในหนังสือยืนยันอาจเป็นสัญญาค้าประกันได้ หากปรากฏมีข้อความที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ เป็นเรื่องและผู้ออกหนังสือยืนยันจะต้องให้ความระมัดระวังมากพอสมควร

* ดูบทที่ 1 ตอนที่ 5 ส่วนที่ 2 และคำพิพากษาฎีกาที่ 41/2509, 3482/2521

** การที่จะให้คำแปลภาษาไทยให้ถูกต้องตรงกับภาษาอังกฤษ ดูจะเป็นการยากเพราะหากจะแปลว่า หนังสือเพื่อความสบายใจก็ดูจะไม่เหมาะสม จึงเรียกว่าหนังสือยืนยัน - ผู้วิจัย

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

ตามกฎหมายไทยนั้นหนังสือยืนยัน (comfort letter) ก็ไม่มีผลบังคับตามกฎหมายไทยแต่ประการใด เพราะมิได้เป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องคำประกัน แต่อาจก่อให้เกิดปัญหาตามกฎหมายไทยขึ้นได้ว่า หากมีถ้อยคำใดที่แสดงว่าจะชำระหนี้หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว หนังสือดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาคือ ลงนามทั้งผู้ออกหนังสือและผู้กู้ จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอกซึ่งหมายถึงผู้ให้กู้ตาม ม.374 ป.พ.พ. เพราะหากถือว่าข้อตกลงที่ทำกันระหว่างผู้กู้กับผู้ออกหนังสือที่เป็นบริษัทแม่แล้วว่า หากผู้กู้ไม่ชำระหนี้ หรือไม่กระทำการตามข้อตกลงที่ทำไว้กับผู้ให้กู้แล้ว ผู้ออกหนังสือนั้นจะชำระหนี้ให้ผู้ให้กู้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกแทนผู้ให้กู้ในฐานะบุคคลภายนอก สิ่งเข้ามาใช้สิทธิที่ตนมีตั้งแต่ที่ตนแสดงเจตนากับผู้ออกหนังสือในฐานะลูกหนี้ (ม.374 วรรค 2 ป.พ.พ.) ซึ่งเมื่อมีสิทธิแล้วคู่สัญญาก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้น อันถือเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก และหากมีผลใดก็จะก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงปัญหา เรื่องการคำประกันที่มีข้อจำกัดได้ว่าจะต้องขออนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย โดยเสียงทำในรูปแบบของหนังสือยืนยันที่ต่างประเทศแทน แต่ตามกฎหมายก็ต้องอยู่ในความหมายของการก่อกั้นหนี้ใดที่เกี่ยวกับเงินตราต่างประเทศ ตามกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา (ข้อ 7 ทวิ กฎกระทรวง ฉบับที่ 13 พ.ศ. 2497 แก้ไขเพิ่มเติม) อันจะต้องขออนุญาตเช่นเดียวกับการคำประกัน

ผู้วิจัยเห็นว่าในทางปฏิบัติอาจไม่เกิดประโยชน์มากนัก การที่จะถือว่าเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้นจะต้องมีข้อความให้เป็นไปตามกฎหมายและต้อง เป็นสัญญาสองฝ่ายด้วย แต่อาจมีประโยชน์ในแง่ที่หากพิจารณาว่าการเข้าทำสัญญาดังกล่าวยังไม่เป็นการก่อกั้น ก็ยังไม่ต้องขออนุญาตธนาคารแห่งประเทศไทย จะขอต่อเมื่อได้แสดงเจตนา อันก่อให้เกิดสิทธิหรือเมื่อจะชำระหนี้ เมื่อพิจารณาโดยทั่วไปแล้วการทำหนังสือสัญญา เพื่อให้เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกยังเป็นเรื่องที่ยืนยันความคุ้มครองทางกฎหมายยาก เพราะไม่เคยมีคดีบรรทัดฐาน ผู้ให้กู้จึงไม่มีใครที่จะให้ความสำคัญในประเด็นดังกล่าวนี้มากนัก

6) เลตเตอร์ออฟเครดิตชนิด (Stand by credit) (ดู Wood 1980: 309-312)

เป็นเลตเตอร์ออฟเครดิตชนิดหนึ่งให้ผู้ให้จะให้ผู้จัดทำเลตเตอร์ออฟเครดิตให้
 แทนการออกหนังสือค้ำประกัน เพราะสามารถทำให้ผู้ให้ได้รับชำระหนี้ได้สะดวกและเร็ว หาก
 ปรากฏว่าผู้ผิดนัด โดยเพียงแต่แสดงเอกสารที่เรียกว่าหนังสือรับรองการผิดนัด หรือตราพด่อ
 ธนาคาร ผู้ออกหนังสือ (เลตเตอร์ออฟเครดิต) ธนาคารก็ต้องชำระเงินให้แก่ผู้ให้ในฐานะผู้รับ
 ประโยชน์ (Beneficiary) ทั้งนี้ตามคำขอของผู้ (The account party) การออก
 เลตเตอร์ออฟเครดิตชนิดนี้มีทั้งที่เพิกถอนได้และเพิกถอนไม่ได้ ไม่ต้องพิจารณา เรื่องหลักค่าตอบ
 แทน (Consideration) หนี้ตามเลตเตอร์เป็นหนี้ประธาน มีเงื่อนไขและข้อตกลงตามที่ตกลงกัน

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

ตามกฎหมายไทย เลตเตอร์ออฟเครดิตถือได้ว่าเป็นเอกเทศสัญญาที่มีผลได้ตามกฎหมาย
 ทำนองเดียวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตทางการค้า แต่ยังไม่เคยมีบรรทัดฐาน จากคำลฎีกาแต่อย่างไร
 ผู้วิจัยเห็นว่าคำลคงปรับหลักเดียวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตทางการค้า การออกเลตเตอร์ออฟเครดิต
 นี้ยังคงอยู่ภายใต้กฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราที่จะต้องขออนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย