บทที่ 4

สัญญาที่เกี่ยวข้องในการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการอสังหาริมทรัพย์

ในบทนี้จะทำการศึกษาลักษณะทั่วไปของสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการอสังหาริมทรัพย์ และเนื่องจากในการศึกษานี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาในการบังคับใช้สัญญาสนับสนุนทางการเงินที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการเริ่มต้นพัฒนาโครงการอันเป็นสัญญาระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ (PRE CONSTRUCTION FINANCING) ดังนั้น ในส่วนของบทที่ 4 นี้ ผู้เขียนจึงจะชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในด้านต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกันระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ รวมทั้งแสดงให้เห็นถึงรูปแบบในการกำหนดข้อสัญญาที่มีต่อกันเท่านั้น สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้บริโภคผู้เขียนจะกล่าวถึงในส่วนที่เกี่ยวข้องกันเท่านั้นโดยจะไม่กล่าวถึงใน รายละเอียด และสำหรับปัญหาที่อาจเกิดมีขึ้นจากสัญญาในแต่ละรูปแบบระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการนั้นผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

4.1 <u>รูปแบบของสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการอสังหาริมทรัพย์</u>

เพื่อให้เห็นถึงภาพรวมของสัญญาต่าง ๆ ที่อาจเกิดมีขึ้นในการลงทุนและพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะกล่าวถึงสักเล็กน้อยว่านอกจากสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการแล้ว ยังมีบุคคลอื่น ๆ ที่เข้ามาเกี่ยวข้องอย่างไรบ้างหรือไม่ และเข้ามาเกี่ยวข้องกันได้อย่างไรและในสัญญาใดอันเนื่องจากการลงทุนและพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ เนื่องจากการลงทุนเพื่อการพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์นั้นผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องมีที่ดินมาเพื่อการพัฒนา ซึ่งหากไม่มีก็คงต้องแสวงหาที่ดินมาเพื่อการพัฒนาโดยอาจจะเป็นการซื้อที่ดินหรือเช่าที่ดิน (แล้วแต่กรณี) จากเจ้าของที่ดิน และเมื่อผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการดำเนินการก่อสร้างหรือพัฒนาที่ดินเสร็จแล้ว ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการก็ย่อมต้องการที่จะจำหน่ายที่ดินและอาคารนั้นออกไปเพื่อหากำไรหรือผลตอบแทนที่เหมาะสม ฉะนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงขอแสดงให้เห็นภาพรวมของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์สักเล็กน้อยว่าการลงทุนและพัฒนาโครงการหนึ่ง ๆ มีสัญญาใดบ้างที่น่าจะเกี่ยวข้องด้วย

4.1.1 สัญญาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์กับเจ้าของที่ดิน

ปัจจัยหลักในการลงทุนและพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์ปัจจัยหนึ่ง คือ ที่ดิน ดังนั้น โดยทั่วไปผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจึงต้องมีที่ดิน หรือ ต้องแสวงหาที่ดินเพื่อที่จะนำมาพัฒนาก่อน ฉะนั้น "การมีที่ดิน" ในที่นี้จึงหมายถึงกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีที่ดินเพราะเป็นเจ้าของที่ดินอยู่แล้ว หรือ กรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีที่ดินเพราะบุคคลอื่นเป็นเจ้าของที่ดินนั้น ๆ แต่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเข้าดำเนินการลงทุนและพัฒนาที่ดินนั้นแทน

ในกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเป็นเจ้าของที่ดินเองในแง่ของสัญญาจะไม่มีปัญหาเนื่องจากเป็นคนคนเดียวกัน จึงไม่ต้องกังวลถึงผลประโยชน์จะขัดกันแต่อย่างใด ผลตอบแทนจากการพัฒนาที่ดินไม่ว่าจะกำไรหรือขาดทุนย่อมตกเป็นของตนเองทั้งสิ้น แต่สำหรับกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับเจ้าของที่ดินเป็นคนละคนกันนั้น การให้ได้มาซึ่งที่ดิน หรือ การมีที่ดินของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการย่อมเป็นกุญแจหลักต่อผลประโยชน์ในอนาคตที่จะได้รับจากการพัฒนาที่ดิน เนื่องจากพิจารณาโดยหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายที่ดิน จะเห็นได้ว่าประโยชน์ สิทธิและอำนาจตามกฎหมายในการจัดการในที่ดินย่อมแตกต่างกันระหว่างสิทธิของผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินกับผู้ที่ไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ฉะนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากที่ดินนั้น ๆ ของคู่สัญญาทุกฝ่าย สัญญาที่เข้ามาเกี่ยวข้องระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินจึงมีได้หลายรูปแบบ เช่น

ก.) ในรูปของสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับเจ้าของที่ดิน

ในกรณีที่ทำเป็นสัญญาซื้อขายที่ดิน ย่อมหมายถึงว่า ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีจุดมุ่งหมายที่จะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นโดยเด็ดขาดและมีอำนาจจัดการทุกอย่างตามกฎหมายได้อย่างเต็มที่แทนเจ้าของที่ดินเดิม เช่น การมีสิทธิใช้สอย จำหน่าย ได้ดอกผล และติดตามเอาคืนจากผู้อื่น [1] เป็นต้น

---

[1] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 "ภายในบังคับแห่งกฎหมายเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นกับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่น สอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนันโดยมิชอบด้วยกฎหมาย"

แต่การที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะเข้าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายตามความในวรรคแรกได้นั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องทำตามแบบและวิธีการในการซื้อขายตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 กำหนดโดยสัญญาซื้อขายที่ดินจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจเป็นที่สำนักงานที่ดินหรือกรมที่ดินแล้วแต่กรณี มิฉะนั้นถือว่าการซื้อขายนั้นตกเป็นโมฆะ

แต่ในบางกรณีการทำสัญญาซื้อขายที่ดิน อาจจะมีการทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินกันไว้ก่อนโดยมีข้อตกลงว่าจะทำสัญญาซื้อขายที่ดินและให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในอนาคตกันต่อไปก็ได้ เพราะอาจจะไม่เป็นการสะดวกหากจะทำสัญญาซื้อขายกันโดยทันที แต่ทั้งนี้การที่เจ้าของที่ดินและผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินกันนั้นจะต้องปรากฏว่าได้มีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดที่กฎหมายกำหนดด้วย เช่น การวางประจำ หรือ การชำระหนี้บางส่วน หรือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ มิฉะนั้นจะฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินไม่ได้ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคสอง

ในประเด็นทางธุรกิจ โดยทั่วไปถือว่าราคาที่ดินที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องชำระให้เจ้าของที่ดินนั้นเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการและในขณะเดียวกันก็อาจจะถือว่าเป็นกำไร/ขาดทุนของเจ้าของที่ดินด้วย ดังนั้น ประเด็นเรื่องราคาซื้อขาย ที่ดินจึงเป็นประเด็นที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องคำนึงถึง

ดังนั้น ราคาที่ดินที่ซื้อขายจะสูงหรือต่ำย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจและการตกลงกันในสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการซึ่งเป็นผู้ซื้อและเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นผู้ขายตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในความเป็นจริงสภาพสังคมและความจำเป็นทางเศรษฐกิจในปัจจุบันก่อให้เกิดภาวะที่อำนาจต่อรองของคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกันอันก่อให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบกันเกินควรอันเป็นลักษณะของสัญญาไม่เป็นธรรม

ซึ่งสัญญาซื้อขายที่ดินก็เช่นเดียวกันอาจเกิดกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งจนเกินควร ในลักษณะของสัญญาไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าเจ้าของที่ดินเป็นใคร และผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเป็นใครด้วย โดยมากจะพบว่าเจ้าของที่ดินเป็นเพียงชาวบ้านธรรมดาไม่มีความรู้ทางธุรกิจและไม่ได้เป็นนักลงทุน ในขณะที่ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเป็นนักธุรกิจมีความรู้ความเชี่ยวชาญทาง

ธุรกิจมากกว่าหรือเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกดราคาซื้อขายที่ดินต่ำจนเกินไป หรือ เจ้าของที่ดินมีความจำเป็นทางเศรษฐกิจที่จะต้องขาย เป็นต้น แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายใดคุ้มครองคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าเหมือนกับเรื่องอื่น ๆ

นอกจากนั้นเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่ดิน มีประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจอีกประเด็น คือ การแสวงหาที่ดินของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเพื่อนำมาพัฒนาเป็นโครงการอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้เขียนเห็นว่า สิ่งสำคัญที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องคำนึงถึง คือ ประเภทและเอกสารสิทธิในที่ดินที่จะซื้อขายนั้นเป็นประเภทใด

ด้วยเหตุผลที่ว่า หากวัตถุประสงค์สุดท้ายของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ คือ การนำที่ดินนั้นมาจัดสรรและโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นให้กับบุคคลอื่นต่อไป ผู้ลงทุนก็จะต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินก่อน [2] และที่ดินนั้นก็จะต้องเป็นที่ดินที่กฎหมายไม่ห้ามให้โอนต่อไป [3] หรือห้ามทำการจัดสรรและนอกจากนั้นก็ต้องเป็นที่ดินที่ปลอดจากภาระการจำนองหรือภาระผูกพันใด ๆ [4] และมีข้อสังเกตคือ ที่ดินนั้นก็ต้องเป็นที่ดินที่มีโฉนดด้วย หากเป็นที่ดินที่มีหลักฐานการแสดงสิทธิเป็นอย่างอื่น เช่น นส.3 หรือแบบแจ้งการครอบครอง จะไม่อยู่ในข่ายของการจัดสรรที่ดิน

มีข้อสังเกตคือ หากที่ดินที่ซื้อขายกันนั้นไม่ใช่ที่ดินที่มีโฉนด หรือ นส.3 ก แต่เป็นที่ดินประเภทอื่น เช่น สค.1 ซึ่งผู้ครอบครองไม่มีกรรมสิทธิ์ รูปแบบของการทำสัญญาระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการอันเกี่ยวกับที่ดินก็อาจจะไม่ใช่รูปแบบของสัญญาซื้อขายที่ดินแล้วแต่จะเป็นลักษณะการโอนสิทธิครอบครองในที่ดินที่มีค่าตอบแทนแทน

ข.) <u>ในรูปของสัญญาเช่าที่ดินระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับเจ้าของที่ดิน</u>

ในทางปฏิบัติการลงทุนในการพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์นั้น ถือว่าเป็นการลงทุนที่มีต้นทุนที่ค่อนข้างสูง ดังนั้น ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจึงต้องคิดคำนวณผล

---

[2] ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 พ.ศ.2515 ข้อ 10 และ ข้อ 35

[3] พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ.2497 มาตรา 31

[4] ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 พ.ศ.2515 ข้อ 12

ตอบแทนในอนาคตที่คาดว่าจะได้รับจากโครงการนั้นเปรียบเทียบกับต้นทุนที่จะเกิดขึ้นในปัจจุบัน

ฉะนั้น จึงอาจพบว่าเพื่อเป็นการลดต้นทุนในด้านราคาที่ดินและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ต้องปฏิบัติตามแบบของการทำนิติกรรมตามกฎหมายระหว่างการทำสัญญาซื้อขายกับการเช่า ที่ดิน ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจึงอาจเลือกใช้วิธีการเช่าที่ดินจากเจ้าของที่ดินแทนการซื้อขายที่ดิน

เนื่องจากหากเปรียบเทียบค่าใช้จ่ายและต้นทุนระหว่างการซื้อขายที่ดินกับการเช่าที่ดินจะพบว่าค่าใช้จ่ายของวิธีการซื้อขายที่ดินค่อนข้างที่จะมีมากกว่าและเป็นค่าใช้จ่ายที่ต้องจ่ายแน่นอนกล่าวคือ การซื้อขายที่ดินนอกจากจะต้องเสียค่าธรรมเนียมการซื้อขายหรือค่าธรรมเนียมการโอน [5] หรือ ภาษีอากรแล้ว ก็ยังต้องเสียค่าอากรแสตมป์ให้กับหน่วยงานราชการด้วย ในขณะที่การเช่าที่ดิน (ที่ไม่ได้จดทะเบียนการเช่า) นอกจากค่าเช่าแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะมีต้นทุนอย่างอื่นอีก เว้นแต่ ค่าใช้จ่ายทางธุรกิจอย่างอื่นซึ่งอาจมี เช่น ค่านายหน้า ค่าแป๊ะเจี๊ยะ เป็นต้น

นอกจากนั้นเงื่อนไขและความเคร่งครัดอันเนื่องจากแบบของนิติกรรมสัญญาที่กฎหมายกำหนดในเกี่ยวกับการซื้อขายก็ค่อนข้างที่จะมีมากกว่าการเช่าที่ดิน กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 กำหนดให้การซื้อขายที่ดินจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ที่กรมที่ดินหรือสำนักงานที่ดิน (แล้วแต่กรณี) มิฉะนั้นถือว่าการซื้อขายที่ดินนั้นตกเป็นโมฆะแต่ในขณะที่การเช่าที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 538 ไม่ได้บังคับให้ต้องจดทะเบียนการเช่าแต่อย่างใด เว้นแต่หากมีการเช่าเกินกว่า 3 ปี [6]

ดังนั้น หากไม่จดทะเบียนการเช่าก็ไม่ได้ทำให้สัญญาเช่านั้นตกเป็นโมฆะเพียงแต่คู่สัญญาจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้เพียงสามปีเท่านั้น และปัจจุบันมีพระราชบัญญัติ

---

[5] กฎกระทรวงมหาดไทย ฉบับที่ 32 พ.ศ.2497 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2522

[6] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 “เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่ ถ้ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไซร้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี”

การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ใช้บังคับแล้วจึงทำให้เอื้อต่อธุรกิจมากขึ้น ซึ่งจะกล่าวต่อไป

แต่อย่างไรก็ตาม รูปแบบของการทำสัญญาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับเจ้าของที่ดินแบบการทำสัญญาเช่าอาจทำให้เกิดข้อจำกัดบางประการสำหรับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการที่จะนำที่ดินนั้นไปทำการลงทุนประเภทการจัดสรรหรือโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้กับบุคคลอื่นต่อไป เนื่องจากตามกฎหมาย ผู้จัดสรรที่ดินจะต้องเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ในขณะที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการที่เลือกทำสัญญาเช่าจะมีเพียงสิทธิครอบครองเท่านั้น

ค.) <u>ในรูปของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับเจ้าของที่ดิน</u>

สัญญาร่วมลงทุนระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับเจ้าของที่ดินอาจเกิดขึ้นได้ (แต่อาจจะไม่มากนัก) ในกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการร่วมกับเจ้าของที่ดินทำโครงการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ด้วยกัน โดยมีข้อตกลงในการทำธุรกิจว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับเจ้าของที่ดินจะลงทุนร่วมกันและดำเนินธุรกิจร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ในการหาผลประโยชน์มาแบ่งปันกัน โดยการลงทุนนี้เจ้าของที่ดินจะลงทุนด้วยที่ดินแทนการลงทุนด้วยเงิน

แต่การทำสัญญารูปแบบนี้ไม่ได้เป็นแบบการดำเนินธุรกิจแบบห้างหุ้นส่วนและบริษัท เพราะการทำสัญญารูปแบบนี้ทั้งเจ้าของที่ดินและผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะไม่ได้ร่วมกันขาดทุนหรือกำไรกันอย่างหุ้นส่วน เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1012 กำหนดคำจำกัดความทั่วไปของสัญญาหุ้นส่วนบริษัทไว้โดยอาจแยกพิจารณาได้ 3 ข้อ คือ 1. สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปตกลงเข้ากัน 2. เพื่อทำกิจการร่วมกัน 3. ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะได้แก่กิจการที่ทำนั้น [7] แต่จะมุ่งแบ่งผลประโยชน์ทางผลิตผลหรือรายได้มากกว่าและที่สำคัญคือ สิทธิหน้าที่ระหว่างกันก็ไม่ได้เป็นในลักษณะตัวการตัวแทนด้วย

---

[7] โสภณ รัตนากร , <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท</u> , พิมพ์ครั้งที่ 3 , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ , 2534) , หน้า 10-11.

4.1.2 <u>สัญญาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์กับผู้สนับสนุนทางการเงิน</u>

การลงทุนในโครงการอสังหาริมทรัพย์โดยปกติต้องใช้เงินทุนสูง ดังนั้น ผู้ลงทุนต้องกู้เงินหรือหาเงินจากสถาบันการเงินมาสนับสนุนโครงการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ต้องหา สถาบันการเงินเข้ามาร่วมรับเสี่ยงในผลสำเร็จของโครงการด้วย

ฉะนั้น สัญญาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับสถาบันการเงิน โดยหลักจึงเป็นสัญญากู้ หรือ สัญญาให้สินเชื่อ ซึ่งในทางธุรกิจรูปแบบของสัญญาให้สินเชื่อมีหลายรูปแบบ

โดยทั่วไปสัญญากู้เงินหรือสัญญาให้สินเชื่อที่สถาบันการเงินจัดทำขึ้น สถาบันการเงินมักจะกำหนดเงื่อนไขที่ค่อนข้างจะเข้มงวด ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าโครงการสามารถดำเนินต่อไปได้ ตามหลัก RISK & RETURN เช่น การกำหนดในการเลือกที่ปรึกษาโครงการ การเตรียมเอกสารประกวดราคาโครงการที่สถาบันการเงินเห็นชอบ หรือการกำหนดเงื่อนไขในการควบคุมและดูแลการทำงานและระยะเวลาในการดำเนินการตามโครงการ

และโดยมากจะพบว่าการให้กู้เงินของสถาบันการเงินนั้น สถาบันการเงินมักจะไม่ให้วงเงินจนเต็มจำนวน 100% แต่จะให้วงเงินประมาณ 70-80% เท่านั้นหลังจากที่ประเมินแล้วว่าโครงการนั้นจะมีความสามารถในการชำระหนี้ได้หรือไม่ และนอกจากนั้นการเบิกใช้เงินกู้ก็จะไม่ให้ทั้งจำนวนในคราวเดียวแต่จะให้เป็นคราว ๆ หรือเป็นงวด ซึ่งอาจพิจารณาจากความคืบหน้าของผลงาน เป็นต้น ทั้งนี้ด้วยเหตุผลเพื่อก่อให้เกิดความมั่นใจว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการได้นำเงินไปใช้ในทางที่ถูกวัตถุประสงค์ รูปแบบของการสัญญากู้เงินอาจจะอยู่ในรูปของสัญญากู้ที่เรียกว่า Bridging Loan หรือ Term Loan หรือ Short Term Loan หรือ Working Capital แล้วแต่กรณี

ในกรณีที่เป็นสัญญาประเภท Bridging Loan จะเป็นลักษณะการให้เงินกู้ในช่วงแรกของการดำเนินการลงทุน เช่น การสนับสนุนทางการเงินในการซื้อที่ดิน หรือซื้ออุปกรณ์การก่อสร้าง ซึ่งช่วงนี้เป็นช่วงที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะยังไม่มีผลการประกอบการหรือยังไม่มีกระแสเงินสดหมุนเวียนในโครงการ บางกรณีอาจพบว่าการให้เงินกู้ในรูปของ Bridging Loan อาจจะไม่ได้อยู่ในรูปของสัญญากู้เงิน แต่จะเป็นการให้ในรูปของการขายลดตั๋วสัญญาใช้เงินหรือการขายลดเช็คก็ได้แล้วแต่กรณี

ส่วนในกรณีของ Term Loan หรือ Working Capital จะเป็นสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาการกู้เงินแบบทั่วไป ซึ่งจะมีระยะเวลายาวหรือสั้นเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับการกำหนดและการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา แต่อาจจะต่างกันตรงลักษณะของการเบิกใช้เงินกู้ กล่าวคือ หากเป็นสัญญากู้ประเภท Working Capital โดยทั่วไปจะมีการกำหนดประเภทการเบิกใช้วงเงินโดยเฉพาะเจาะจง เช่น การกำหนดวงเงินเพื่อการก่อสร้างอาคาร , วงเงินเพื่อการก่อสร้างสาธารณูปโภค หรือ วงเงินเพื่อการซื้อที่ดินเพิ่มเติม วงเงินการค้ำประกันการก่อสร้างสาธารณูปโภคให้กับหน่วยงานราชการ เป็นต้น

ซึ่งการเบิกใช้แต่ละวงเงินก็จะมีเงื่อนไขว่าจะเบิกใช้ได้ในกรณีที่กำหนดไว้เท่านั้น หรือ บางกรณีสถาบันการเงินจะประเมินผลความคืบหน้าในการก่อสร้างของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเพื่อพิจารณาความเหมาะสมในการให้เบิกใช้วงเงินก่อนการปล่อยเงินออกไปให้กับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ เช่น ประเมินว่าจะให้เงินกู้สำหรับงวดการเบิกงวดที่ 2 หลังจากความคืบหน้าในการก่อสร้างผ่านไปแล้ว 40% เป็นต้น

มีประเด็นที่น่าพิจารณาสำหรับสัญญากู้เงินระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับสถาบันการเงิน คือ โดยทั่วไปสถาบันการเงินจะเรียกให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจัดหาหลักประกันมาเป็นประกันการชำระหนี้ให้กับสถาบันการเงินเพื่อป้องกันความเสี่ยงในการที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ชำระหนี้เงินกู้ ซึ่งอาจมีทั้งการจำนอง จำนำ ค้ำประกัน ฯลฯ แต่หลักประกันที่นิยมและค่อนข้างที่จะเป็นหลักประกันที่มีความเสี่ยงน้อย คือ การจดทะเบียนจำนองที่ดินอาจจะเป็นที่ดินในโครงการหรือที่ดินที่อื่นก็ได้

ดังนั้น นอกจากสัญญากู้เงินหรือสัญญาสนับสนุนทางการเงินแล้ว โดยปกติก็จะมีสัญญาที่ให้หลักประกันประกอบด้วยเสมอ อาจจะเป็นสัญญาจำนำทรัพย์สิน สัญญาจำนอง อสังหาริมทรัพย์ หรือ สัญญาค้ำประกัน สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีสิทธิได้รับจากลูกหนี้มาให้กับสถาบันการเงิน การโอนสิทธิเรียกร้องนี้อาจจะเป็นการโอนสิทธิการรับเงินหรือสิทธิอย่างอื่นก็ได้ หรือการนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกัน แล้วแต่กรณี

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าการกำหนดข้อสัญญาระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการในสัญญาสนับสนุนทางการเงินจะต้องให้สิทธิและประโยชน์และป้องกันความเสี่ยงต่าง ๆ ได้เฉพาะทางด้านของสถาบันการเงินเท่านั้น กล่าวคือ เงื่อนไขและข้อกำหนดในสัญญาไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขกรณีการเบิกใช้เงินของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ หรือสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ของสถาบันการเงินหรือผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ การจะ

ได้เปรียบเสียเปรียบหรือกำหนดหน้าที่และความรับผิดต่อกันอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับการเจรจาต่อรองของทั้งสองฝ่ายที่จะรักษาสิทธิและประโยชน์ของตนเองด้วย

ส่วนนิติสัมพันธ์ระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการในการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการอสังหาริมทรัพย์เป็นอย่างไรนั้น ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในข้อ 4.2 หัวข้อนิติสัมพันธ์ระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการในการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการอสังหาริมทรัพย์

4.1.3 สัญญาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้บริโภค

สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้บริโภคโดยมากมักจะเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็น “สินค้า” จากโครงการ เช่น บ้าน , คอนโดมิเนียม หรือ ตึกแถว หรืออาจจะเป็นสัญญาประเภทอื่น เนื่องจากโครงการใหญ่ ๆ มักจะต้องสร้างให้เสร็จก่อนจึงจะขายได้

แต่บางครั้งในทางปฏิบัติ อาจพบว่านอกจากสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์แล้ว ก็ยังมีสัญญาอื่น ๆ แยกออกมาจากสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย เช่น การทำสัญญาซื้อขายที่ดิน 1 ฉบับ และมีสัญญาจ้างเหมาให้ปลูกสร้างบ้านอีก 1 ฉบับ หรือ อาจจะเป็นสัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้างอีก 1 ฉบับ เป็นต้น ซึ่งเหตุผลของการที่ต้องแยกสัญญาออกมาอีกนั้นหากพิจารณาเหตุผลทางธุรกิจ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเพราะเพื่อการประหยัดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และการลดทอนต้นทุนที่อาจเกิดขึ้น โดยเฉพาะค่าใช้จ่ายในด้านภาษีอากรที่ไม่ซ้ำซ้อนโดยเฉพาะการทำสัญญาที่แยกเป็นค่าวัสดุกับค่าแรงงาน

สำหรับกรณีที่มีการแยกสัญญาหรือมีเพียงสัญญาเดียวนั้น มีข้อสังเกตทางกฎหมาย คือ หน้าที่และความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้รับเหมาหรือผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะมีหน้าที่และความรับผิดชัดเจนขึ้นในแต่ละฐานะ

กล่าวคือ หากแยกสัญญาเป็นสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างแรงงานก่อสร้าง ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะอยู่ในฐานะเป็นผู้ขายส่วนหนึ่งกับในฐานะเป็นผู้รับจ้างอีกส่วนหนึ่ง โดยในส่วนของฐานะเป็นผู้รับจ้าง ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการก็จะรับผิดชอบในส่วนของการทำงานเท่านั้น ตามหลักกฎหมายว่าด้วยการจ้างแรงงานหรือจ้างทำของ หากเป็นเรื่องของวัสดุหรือคุณภาพของอุปกรณ์ก่อสร้างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะรับผิดชอบเฉพาะเรื่องของตัววัสดุเท่านั้นตามกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แต่เนื่องจากการศึกษานี้มุ่งศึกษาถึงเรื่องการสนับสนุนทางการเงินในขั้นตอนของการเริ่มต้นพัฒนาโครงการ (PRE

CONSTRUCTION FINANCING) อันเป็นสัญญาระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเท่านั้น ดังนั้น ความสัมพันธ์หรือสัญญาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้บริโภคผู้เขียนจึงไม่กล่าวถึงในรายละเอียดในวิทยานิพนธ์นี้

อย่างไรก็ตาม อาจพบว่าการทำสัญญาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้บริโภคมีความเกี่ยวพันถึงสถาบันการเงินที่ให้การสนับสนุนทางการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการด้วย กล่าวคือ ในภาวะที่ตลาดมีการแข่งขันสูงและเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคและเพื่อเป็นการจูงใจให้ซื้อสินค้าจากโครงการ ในสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจะมีข้อตกลงว่าผู้ลงทุนและพัฒนา โครงการจะเป็นผู้ติดต่อสถาบันการเงินให้กับผู้ซื้อหรือผู้บริโภคเพื่อสนับสนุนทางการเงินให้ซึ่งในทางธุรกิจเรียกว่า “Post Finance” เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่า

“ในการชำระเงินงวดสุดท้ายนี้ หากผู้ซื้อมีความประสงค์จะขอกู้เงินจากสถาบันการเงินเพื่อนำมาชำระ โดยได้แจ้งความประสงค์เป็นลายลักษณ์อักษรต่อผู้จะขายในวันทำสัญญา ผู้จะขายจะติดต่อสถาบันการเงิน (ผู้จะขายจะเป็นผู้กำหนด) เพื่อให้ผู้จะซื้อไปขอกู้เงินจำนวนดังกล่าวมาชำระให้แก่ผู้จะขาย โดยในการกู้เงินนี้ ผู้จะขายจะโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดตามสัญญานี้ให้แก่ผู้จะซื้อและในเวลาเดียวกันผู้จะซื้อก็จะจดทะเบียนจำนองเป็นประกันต่อสถาบันการเงิน”

หรือ บางครั้งอาจมีข้อตกลงที่ว่าสถาบันการเงินที่สนับสนุนโครงการอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนั้นจะรับเป็นผู้สนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคสำหรับสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ เช่น

“ข้อ 4. ผู้ให้กู้สัญญาว่าถ้าผู้ซื้อหรือเช่าซื้อที่ดินและบ้านของผู้กู้ไม่มีเงินพอหากผู้ซื้อหรือเช่าซื้อสามารถชำระเงินให้ผู้ให้กู้เป็นจำนวนร้อยละ 25 ของราคาที่ดินและบ้านที่ซื้อหรือเช่าซื้อแล้ว ผู้ให้กู้จะให้ผู้ซื้อหรือเช่าซื้อกู้เงินส่วนที่ยังขาดอยู่เพื่อไปชำระให้แก่ผู้กู้ โดยผู้ซื้อหรือเช่าซื้อจะต้องนำที่ดินและบ้านที่ซื้อหรือเช่าซื้อมาจดทะเบียนจำนองให้ผู้ให้กู้ไว้เป็นหลักประกัน โดยเสียค่าดอกเบี้ยให้ผู้ให้กู้ในอัตราร้อยละไม่เกิน 13 ต่อปี และผู้ซื้อหรือเช่าซื้อจะผ่อนเงินที่กู้ไปให้ผู้ให้กู้เป็นรายเดือนโดยจะต้องชำระให้เสร็จสิ้นภายในเวลาไม่เกิน 15 ปี”

4.1.4 สัญญาระหว่างผู้สนับสนุนทางการเงินกับผู้บริโภค

ในทางปฏิบัติ สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้สนับสนุนทางการเงินกับผู้บริโภคในโครงการอสังหาริมทรัพย์พบว่ามักจะเป็นสัญญากู้เงินซึ่งมักจะเป็นแบบฟอร์มมาตรฐานที่ใช้กับ ลูกค้าทุกรายของสถาบันการเงิน ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกและประหยัดเวลาในการทำสัญญา

รูปแบบของสัญญาสนับสนุนทางการเงินระหว่างสถาบันการเงินและผู้บริโภคนั้นอาจเป็นสัญญากู้เงินเพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจจะเป็นบ้าน หรือที่ดินจัดสรร หรืออาคารชุด แล้วแต่กรณี หรือบางครั้งอาจอยู่ในรูปของสัญญาเช่าก็ได้

โดยทั่วไปการที่สถาบันการเงินผู้สนับสนุนทางการเงินจะให้เงินกู้ยืมเงินแก่บุคคลนั้น สถาบันการเงินจะต้องทำการวิเคราะห์ความสามารถในการชำระหนี้และวิเคราะห์ความเสี่ยงในการให้กู้ยืมเงินแก่ผู้กู้ รวมทั้งความคุ้มทุนในการให้สินเชื่อเสมอ

ซึ่งจากเหตุผลดังกล่าวนี้ จึงมักพบว่าการให้กู้ยืมเงินเพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์นั้น สถาบันการเงินผู้สนับสนุนทางการเงินจะต้องประเมินมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้กู้จะขอกู้เงินเพื่อไปชำระราคาก่อน ทั้งนี้ เพื่อกำหนดวงเงินที่เหมาะสมที่จะให้สินเชื่อ ซึ่งโดยทั่วไปสถาบันการเงินมักจะไม่ให้สินเชื่อเต็มวงเงินหรือราคาของอสังหาริมทรัพย์นั้น แต่จะให้เพียงสูงสุดไม่เกิน ร้อยละ 70 หรือ 75 ของราคาประเมินอสังหาริมทรัพย์นั้น

นอกจากนั้น เพื่อเป็นการหารายได้ให้กับสถาบันการเงินและแสวงหากำไรจากส่วนต่างของต้นทุนที่สถาบันการเงินจะต้องจัดหามาเพื่อนำมาให้สินเชื่อแก่ผู้กู้ สถาบันการเงินจึงเรียกดอกเบี้ยจากผู้กู้เพื่อเป็นการตอบแทนการให้กู้ยืมเงิน แต่จะมากหรือน้อยอย่างไรเป็นกรณีที่สถาบันการเงินกับผู้บริโภคจะตกลงกัน

ซึ่งปัจจุบันการแข่งขันการปล่อยสินเชื่อเพื่อการซื้ออสังหาริมทรัพย์ สถาบันการเงินจะจัดช่วงโฆษณาเพื่อจูงใจให้ผู้ซื้อรายย่อยมากู้เงิน เช่น หากกู้ภายในกำหนดช่วงโฆษณาจะได้รับสิทธิในการคิดดอกเบี้ยจากการกู้เงินในอัตราที่ต่ำ ซึ่งตามกฎหมายการเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงินสามารถเรียกได้เกินกว่าอัตราที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ เป็นไปตามที่แต่ละสถาบันการเงินจะประกาศกำหนด ดังนั้น อัตราดอกเบี้ยในสัญญากู้เงินที่ทำขึ้นระหว่างสถาบันการเงินกับผู้กู้จึงอาจกำหนดได้เกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปีก็ได้ หรือผู้ลงทุนและพัฒนาโฆษณาว่าหากผู้ซื้อมาซื้อที่ดินและอาคารจากโครงการนี้แล้วจะมีสถาบันการเงินจะมาให้เงินกู้เพื่อนำเงินไปชำระราคาที่ดินและอาคารนั้นอย่างแน่นอน

มีข้อสังเกตคือ นอกจากการหารายได้และการแสวงหากำไรของสถาบันการเงิน โดยการเรียกดอกเบี้ยปกติซึ่งอาจเรียกได้ในอัตราที่สูงกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปี แล้ว โดยทั่วไปสถาบันการเงินมักจะกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ยทบต้นไว้ด้วย ซึ่งหากลูกหนี้ค้างชำระดอกเบี้ยเกินกว่า 1 ปี สถาบันการเงินสามารถนำดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับเงินต้นเป็นต้นเงินแล้วคิดดอกเบี้ยจากจำนวนต้นเงินนั้นต่อไป

นอกจากนั้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าสถาบันการเงินจะต้องทำการวิเคราะห์และประเมินคุณภาพของสินเชื่อและความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ ดังนั้น สถาบันการเงินมักจะเรียกให้ลูกหนี้จัดหาหลักประกันมาให้กับสถาบันการเงินเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และโดยผลของกฎหมาย พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 มาตรา 30 (5) ทำให้สถาบันการเงินต้องเรียกให้มีหลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ [8]

ซึ่งหลักประกันดังกล่าวอาจจะเป็นการค้ำประกันด้วยตัวบุคคล ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลที่ลูกหนี้จัดหามา หรืออาจจะเป็นผู้ลงทุนหรือผู้บริหารโครงการยอมเข้าผูกพันตนเป็นผู้ค้ำประกันให้กับผู้ซื้อเพื่อขอวงเงินสินเชื่อกับสถาบันการเงิน หรือ อาจจะเป็นการประกันด้วยทรัพย์ ก็ได้ การประกันด้วยทรัพย์โดยปกติจะเป็นการจำนองอสังหาริมทรัพย์ที่ลูกหนี้ขอกู้เงินเพื่อนำไปชำระราคานั้นเอง นอกจากนี้อาจจะเป็นการจำนำ ทรัพย์สินก็ได้ซึ่งทรัพย์สินนี้มีหลายประเภทที่นำมาจำนำ แต่โดยมากมักพบว่าจะเป็นการจำนำตั๋วสัญญาใช้เงิน หรือ สิทธิในการได้รับคืนซึ่งเงินฝากที่ลูกหนี้มีอยู่กับสถาบันการเงินนั้น ๆ

4.1.5 สัญญาระหว่างผู้สนับสนุนทางการเงินร่วม

การกู้ยืมเงินที่จำเป็นต้องใช้เงินมาก ๆ การกู้เงินจากผู้ให้กู้รายเดียวอาจจะไม่พอ ซึ่งอาจเป็นเพราะสถาบันการเงินไม่มีเงินพอ และเพราะข้อจำกัดทางด้านการสำรองเงิน ฉะนั้น รูปแบบของการให้กู้ร่วมกันจึงเกิดขึ้น โดยลักษณะของสัญญาการให้กู้ร่วม

---

[8] พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 มาตรา 30 (5) ธนาคารแห่งประเทศไทยด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรี มีอำนาจกำหนดให้บริษัทเงินทุนปฏิบัติในเรื่องดังต่อไปนี้ ....(5) หลักประกันเป็นทรัพย์สินที่บริษัทเงินทุนต้องเรียก

การร่วมกันให้กู้ โดยทั่วไป มี 2 ประการ คือ [9]

1. ผู้ให้กู้ตกลงเข้าทำสัญญาโดยตรงโดยผ่านตัวแทน (Agent) ผู้ให้กู้แต่ละรายตกลงให้กู้ตามจำนวนเงินที่ตนประสงค์ หรืออาจเรียกได้ว่าผู้ให้กู้แต่ละรายต่างเป็นเจ้าหนี้ผู้กู้แยกออกจากกัน

2. ผู้จัดการเป็นคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวที่เข้าทำสัญญากับผู้กู้ แต่ผู้จัดการจะเป็นจัดหาผู้ให้กู้รายอื่นเข้ามาร่วมให้กู้ โดยผู้กู้ไม่จำต้องรู้ จะมีการตกลงทำสัญญาร่วมกันให้กู้ (Participation Agreement) ระหว่างผู้จัดการกับผู้ร่วมให้กู้แต่ละราย

4.2 นิติสัมพันธ์ระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการในการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการอสังหาริมทรัพย์

เนื่องจากสัญญาสนับสนุนทางการเงินระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีลักษณะที่เป็น Multipurpose Contract (Multipurpose Contract อาจกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุแห่งหนี้หรือนิติกรรมเกิดขึ้นมากกว่า 1 อย่างในสัญญาหนึ่ง เนื่องจากการทำสัญญาของเอกชนจะเกิดขึ้นและมีผลผูกพันตามกฎหมายก็โดยการตกลงกันของคู่สัญญาที่มีความต้องการตรงกันในนิติสัมพันธ์ที่ผูกใจสมัครเข้ากระทำการนั้น องค์ประกอบสำคัญของการเกิดขึ้นของสัญญาก็คือ คำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาที่ถูกต้องตรงกัน

และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว สัญญานั้นย่อมก่อให้เกิดหนี้ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกันตามวัตถุแห่งหนี้ที่คู่สัญญามุ่งหมาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 กำหนดถึงเรื่องวัตถุแห่งหนี้ไว้ว่าหมายถึง การกระทำการ การงดเว้นการกระทำการ การส่งมอบทรัพย์

และเนื่องจากตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ความเคารพและรับรองหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา ตราบใดที่คู่สัญญาแสดงเจตนาทำสัญญากันและสัญญานั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย สัญญานั้นย่อมสามารถใช้บังคับกันได้

---

[9] กิตติพงศ์ อุรพีพัฒนพงศ์ , "การใช้กฎหมายไทยในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศของภาคเอกชน" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 9.

ดังนั้น ในสัญญาหนึ่ง ๆ คู่สัญญาอาจแสดงเจตนาผูกพันตนระหว่างคู่สัญญาโดยให้สัญญานั้นมีนิติกรรมหลายประเภทในสัญญาเดียวกันและโดยมีมูลเหตุจูงใจเนื่องจากคู่สัญญาต้องการความสะดวกในการร่าง อ่าน หรือ การตีความสัญญา ในขณะเดียวกันก็มีวัตถุแห่งหนี้ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติมากกว่า 1 อย่าง แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการที่คู่สัญญาแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อให้มีนิติกรรมหลายประเภทในสัญญาเดียวกันนั้น ต้องอยู่ภายใต้แบบของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดด้วย ซึ่งสัญญาลักษณะนี้อาจเรียกได้ว่าเป็น Multi Purpose Contract ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ สัญญาเช่าที่ดินเพื่อปลูกสร้างอาคารและสัญญาว่าจะยกอาคารที่ปลูกสร้างให้แก่เจ้าของที่ดินเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่ง เป็นต้น กรณีดังกล่าวจะเห็นว่าเป็น สัญญาฉบับเดียวแต่มีวัตถุประสงค์ในการเช่าที่ดินและโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างโดยการยกให้ , นิติกรรมที่เกิดขึ้น คือ การเช่า และ การยกให้ , วัตถุแห่งหนี้คือ การส่งมอบทรัพย์ (ที่ดิน) ให้เช่า และการกระทำการโดยการยกให้ (โอนกรรมสิทธิ์)

ฉะนั้น แม้ว่าสัญญาในรูปแบบข้างต้นไม่มีระบุชัดเจนในส่วนที่ว่าด้วยเอกเทศสัญญาตามกฎหมายแพ่งแต่ตามแนวคำพิพากษาเห็นว่าสัญญาดังกล่าวอาจใช้บังคับกันได้)

อย่างไรก็ตาม การที่จะทราบว่าแต่ละฝ่ายมีสิทธิหน้าที่กันอย่างไรอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

4.2.1 <u>พิจารณากรณีจำนวนเงินที่ให้การสนับสนุน</u>

เนื่องจากสัญญาที่เกี่ยวข้องในการสนับสนุนทางการเงินระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้สนับสนุนทางการเงินมีหลายประเภท ดังนั้น การที่จะพิจารณาถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดอันเกี่ยวกับจำนวนเงินที่ให้การสนับสนุนของคู่สัญญาจึงต้องพิจารณาประเภทของสัญญานั้น ๆ ไป เพราะตามทฤษฎีของสัญญา คู่สัญญาสามารถกำหนดเงื่อนไขหรือสาระสำคัญของสัญญาอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง การที่จะพิจารณาว่าสิทธิหน้าที่และความรับผิดของคู่สัญญาเป็นอย่างไรก็ต้องพิจารณาสาระสำคัญและเจตนารมย์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ

ตัวอย่างเช่น ตามที่เข้าใจกันโดยทั่วไปเห็นว่าการสนับสนุนทางการเงิน คือ การที่สถาบันการเงินให้เงินกู้ยืมแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ แต่ทั้งนี้การสนับสนุนทางการเงินดังกล่าวอาจจะไม่ใช่การให้กู้เงินก็ได้ และอาจจะไม่ได้อยู่ในรูปของการให้เงินเสมอไปก็ได้แต่ว่าอาจจะอยู่ในรูปอื่น เช่น การอาวัลตั๋วเงิน หรือ การออกหนังสือค้ำประกัน เป็นต้น

ซึ่งในกรณีนี้มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจและสนับสนุนหลักการว่าการให้กู้เงินนั้นอาจจะไม่ได้รับเงินเป็นตัวเงินชัดเจนก็ได้ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1370/2513 ซึ่งวินิจฉัยว่า "ได้พิจารณาคำฟ้องของโจทก์แล้ว ฟ้องกล่าวว่าจำเลยที่ 1 ทำสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีของโจทก์ไป 10,000.-บาท สัญญาให้ดอกเบี้ยทุกวันสิ้นเดือน จำเลยที่ 1 ค้างดอกเบี้ย ตั้งแต่วันที่ 31 พฤษภาคม 2505 ตลอดมา ดังนี้ พอเป็นที่เข้าใจฟ้องได้ว่า จำเลยที่ 1 รับเงินตามสัญญากู้เบิกเกินบัญชีไปแล้ว...ส่วนในปัญหาว่าหลังจากทำสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีแล้ว การที่จำเลยที่ 1 เบิกเงินเกินบัญชีไปแต่ละคราวจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออีกทุกครั้งหรือไม่ ข้อนี้ศาลฎีกาเห็นว่าเมื่อมีหลักฐานการกู้ยืมอยู่แล้ว การเบิกเงินไปแต่ละคราวภายหลังเป็นเรื่องบัญชีเดินสะพัดหาจำต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือพิเศษอีกชั้นหนึ่งไม่"

ทั้งนี้ หากพิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 ระหว่าง บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด กับ โครงการหมู่บ้านดีสมโชค จะทำให้เข้าใจได้ว่าการที่จะพิจารณานิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยเฉพาะเรื่องของจำนวนเงินที่ให้กู้นั้นเราจะต้องพิจารณาถึงเจตนารมย์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ (ซึ่งจะวิเคราะห์คำพิพากษาฎีกานี้โดยละเอียดต่อไป) เพราะโดยทั่วไปการที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการที่มีความประสงค์จะขอรับการสนับสนุนทางการเงินจากสถาบันการเงิน ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องเข้ามาติดต่อและทำสัญญาตามระเบียบปฏิบัติของสถาบันการเงินนั้น ซึ่งโดยมากก่อนที่สถาบันการเงินจะให้เงิน สถาบันการเงินจะต้องคำนึงถึงความเสี่ยงในการได้รับเงินคืนและเพื่อความมั่นใจด้วยเหตุผลทางธุรกิจว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะนำเงินไปใช้พัฒนาโครงการจริง

ดังนั้น จึงมักปรากฏว่าสถาบันการเงินผู้สนับสนุนโครงการจะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้เงินสนับสนุน เช่น การเข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมการดำเนินโครงการการลงทุนนั้น ๆ แม้จะเป็นการควบคุมทางอ้อมก็ตามด้วยการมีข้อตกลงว่าการเบิกใช้เงินผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการสามารถทยอยเบิกใช้ได้ตามสัดส่วนของความคืบหน้าของการทำงานและตามดุลพินิจของสถาบันการเงิน ตัวอย่างข้อสัญญาที่ระบุในเรื่องดังต่อไปนี้ เช่น

"ข้อ 1. จำนวนเงินกู้และการขอรับเงินกู้

1.1 ผู้กู้ได้กู้เงินผู้ให้กู้เป็นจำนวนเงิน_____บาท โดยผู้กู้จะขอรับเงินกู้ทั้งจำนวนหรือเป็นคราว ๆ ทั้งนี้ ไม่เกินวันที่ _____หากพ้นกำหนดให้ถือว่าผู้กู้ไม่ประสงค์ จะขอรับเงินกู้ที่เหลือ

1.2 กรณีขอรับเงินกู้เป็นคราว ๆ ผู้กู้ตกลงว่าก่อนเบิกรับเงินกู้ ผู้กู้ต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ให้กู้ทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 5 วันทำการของผู้ให้กู้

1.3 ....."

ซึ่งจากข้อสัญญาดังกล่าวเห็นได้ว่าการให้กู้เงินนั้นเป็นสิทธิและดุลพินิจของสถาบันการเงินที่จะพิจารณาอนุมัติจำนวนเงินการเบิกใช้เงินของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ โดยผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่สามารถใช้เงินได้ตามอำเภอใจ

แต่ทั้งนี้มีข้อพิจารณาว่า หากเกิดกรณีที่สถาบันการเงินปฏิเสธไม่ให้กู้ หรือ ปฏิเสธไม่ให้เบิกใช้เงิน คู่สัญญาจะมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไร

ในกรณีนี้หากพิจารณาหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง สัญญากู้เงินถือเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน กล่าวคือ มีการให้ดอกเบี้ยตอบแทนการให้กู้ยืมเงิน ซึ่งสมบูรณ์เมื่อส่งมอบเงินที่ให้กู้

ดังนั้น สถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้ให้กู้จึงไม่มีมูลหนี้ที่จะต้องชำระตามสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การให้กู้ยืมเงินนั้นไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้ให้กู้ที่จะต้องส่งมอบเงิน หากแต่การส่งมอบเงินที่ให้กู้นั้นเป็นการทำให้การกู้ยืมสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งหากสถาบันการเงินไม่อนุมัติให้เบิกเงินกู้หรือไม่ให้กู้ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการก็ไม่มีสิทธิโต้แย้งสถาบันการเงินโดยอ้างว่าสถาบันการเงินจะต้องให้กู้ยืมเงินเพราะเป็นหน้าที่ของสถาบันการเงินที่จะต้องให้เงินสนับสนุนทางการเงินตามสัญญากู้เงินได้

แต่ทั้งนี้มีข้อสังเกตคือ เนื่องจากสัญญาสนับสนุนทางการเงินเพื่อสนับสนุนการลงทุนในโครงการอสังหาริมทรัพย์มักจะมีข้อตกลงที่มีลักษณะพิเศษจากข้อตกลงในสัญญากู้ทั่วไป กล่าวคือ ข้อตกลงที่สถาบันการเงินเข้าร่วมโครงการหรือร่วมลงทุนและมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในโครงการเป็นพิเศษ เช่น ตกลงให้สถาบันการเงินร่วมทำโครงการจัดสรรที่ดินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ โดยสถาบันการเงินมีสิทธิเข้าควบคุมดูแลอนุมัติโครงการ แบบแปลน แผนผัง และให้ค่าตอบแทนแก่สถาบันการเงินในการกันเงินกู้เพื่อให้สินเชื่อแก่ผู้ซื้อรายย่อย

ซึ่งข้อตกลงเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนกันเป็นพิเศษยิ่งกว่าสัญญากู้เงินธรรมดาซึ่งผลทางกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของสถาบันการเงินและผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะถือว่าคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่จะต้อง

ปฏิบัติตอบแทนซึ่งกันและกัน การที่สถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้ให้กู้ปฏิเสธไม่ให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเบิกใช้เงินกู้ย่อมถือว่าสถาบันการเงินเป็นผู้ผิดสัญญา

ในกรณีนี้อาจวิเคราะห์เทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 เนื่องจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาดังกล่าว สัญญาที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาไม่ได้มีเพียงแต่สัญญากู้เงินหรือตั๋วสัญญาใช้เงินเท่านั้น แต่ยังมีสัญญาให้ผู้ซื้อรายย่อยกู้เงินไปซื้อที่ดินและบ้านตาม โครงการดีสมโชคด้วย ("สัญญาผู้ซื้อรายย่อย") โดยศาลฎีกาพิจารณาว่าการตีความสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญานั้นจะตีความจากสัญญากู้เงินเพียงสัญญาเดียวไม่ได้ แต่จะต้องพิจาณาข้อความในสัญญาทั้งสองคู่กัน

การที่ข้อความในสัญญาผู้ซื้อรายย่อยกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด กับโครงการดีสมโชค ซึ่งสรุปได้ดังนี้คือ

1. บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด มีสิทธิเข้าควบคุมดูแลอนุมัติโครงการ แบบแปลน แผนผังการจัดสรรพัฒนาที่ดินและปลูกสร้างบ้านของโครงการหมู่บ้านดีสมโชค (ตามข้อ 2 สัญญาผู้ซื้อรายย่อย)

2. บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด มีสิทธิได้รับค่าควบคุมดูแลและตรวจสอบบ้านที่โครงการดีสมโชคสร้าง มูลค่าหลังละ 700 บาท จากโครงการหมู่บ้าน ดีสมโชค (ตาม ข้อ 3. สัญญาผู้ซื้อรายย่อย)

3. บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ร้อยละ 2.5 ของราคาที่ดินและบ้านไม่ว่าผู้ซื้อรายย่อยจะกู้เงินจากบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด หรือไม่ (ตาม ข้อ 4. วรรค 2 และ 3 สัญญาผู้ซื้อรายย่อย)

4. ในกรณีที่มีผู้ซื้อรายย่อยต้องการซื้อที่ดินและบ้านและไม่มีเงินพอชำระทั้งจำนวนแก่โครงการหมู่บ้านดีสมโชค บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด มีหน้าที่ในการหาเงินมาให้ผู้ซื้อรายย่อยกู้ในอัตราร้อยละ 75 ของราคาบ้านและที่ดิน (ตามข้อ 4. สัญญาผู้ซื้อรายย่อย)

ดังนั้น จึงวิเคราะห์ได้ว่าเมื่อพิจารณาข้อความในสัญญาและตีความจากเจตนาของคู่สัญญาแล้วเห็นว่า นิติสัมพันธ์ของบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด กับโครงการหมู่บ้านดีสมโชคไม่ได้ผูกพันกันเพียงแค่ตามสัญญากู้เงินเพียงสัญญาเดียว แต่ยังต้องผูกพันตามสัญญาผู้ซื้อรายย่อยด้วยซึ่งข้อความจากสัญญาผู้ซื้อรายย่อยย่อมเห็นได้

ว่าทั้ง บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด และโครงการหมู่บ้านดีสมโชคต่างก็มีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกัน

กล่าวคือ การที่โครงการดีสมโชคชำระเงินค่าควบคุมดูแลโครงการแผนผังการพัฒนาและจัดสรรที่ดินและการปลูกสร้างบ้านของโครงการหมู่บ้านดีสมโชคให้บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ในมูลค่า หลังละ 700.-บาท (ตาม ข้อ 3. ของสัญญาผู้ซื้อรายย่อย) เพราะ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ทำหน้าที่ดูแลควบคุมโครงการให้ (ตาม ข้อ 2. ของสัญญาผู้ซื้อรายย่อย) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ควบคุมดูแลโครงการให้เพราะโครงการดีสมโชคชำระเงินตอบแทนให้

หรือ ในกรณีที่มีผู้ซื้อรายย่อยมีความประสงค์ที่จะซื้อที่ดินและบ้านจากโครงการหมู่บ้านดีสมโชคหรือโครงการหมู่บ้านดีสมโชคจัดหาผู้ซื้อรายย่อยมาซื้อที่ดินและบ้านจากโครงการดีสมโชคได้ และหากปรากฏว่าผู้ซื้อรายย่อยนั้นไม่มีเงินพอชำระทั้งจำนวนแก่โครงการหมู่บ้านดีสมโชค บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด มีหน้าที่ต้องหาเงินมาให้ ผู้ซื้อรายย่อยกู้ในอัตราร้อยละ 75 ของราคาบ้านและที่ดิน (ตาม ข้อ 4.ของสัญญาผู้ซื้อรายย่อย) ซึ่งการที่บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ต้องจัดหาเงินมาให้ผู้ซื้อรายย่อยกู้เพื่อชำระราคาค่าบ้านและที่ดินที่ซื้อจากโครงการหมู่บ้านดีสมโชค บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ย่อมมีสิทธิได้รับผลประโยชน์ร้อยละ 2.5 ของราคาที่ดินและบ้านนั้นจากโครงการหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหาก บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด หาเงินมาให้กู้แล้วโครงการมีหน้าที่ต้องจ่ายผลประโยชน์ให้ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ด้วยไม่ว่าผู้ซื้อรายย่อยนั้นจะได้รับอนุมัติวงเงินกู้หรือไม่บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ก็มีสิทธิได้รับผลประโยชน์จากโครงการด้วยเช่นกันจากการที่ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ต้องพิจารณาและตรวจสอบและจัดเตรียมเงินเพื่อนำมาให้ผู้ซื้อรายย่อยกู้

ฉะนั้น พิจารณาจากสิทธิและหน้าที่ทั้งของโครงการหมู่บ้านดีสมโชคและ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ต้องปฏิบัติต่อกัน เห็นได้ว่าข้อตกลงดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาข้างต้นในส่วนที่นอกเหนือจากการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด กับโครงการดีสมโชคแล้วข้อตกลงดังกล่าว มีลักษณะที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษตามหลักทั่วไปอันก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาอันต้องชำระตอบแทนกันและกันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญาของโครงการหมู่บ้านดีสมโชค เป็นฐานแห่งการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญาของบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด และในขณะเดียวกัน การชำระหนี้หรือการปฏิบัติตาม

สัญญาของ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด เป็นฐานแห่งการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญาของโครงการหมู่บ้าน ดีสมโชค

ซึ่งตามหลักของสัญญาต่างตอบแทน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ให้แล้วอีกฝ่ายจะไม่ตอบแทนให้ไม่ได้ และหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทำหน้าที่ของตนอีกฝ่ายหนึ่งย่อมกล่าวอ้างปฏิเสธการชำระหนี้ของตนได้ เช่น หากโครงการดีสมโชคไม่ชำระเงินค่าควบคุมดูแลโครงการให้ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ก็ไม่จำต้องควบคุมดูแลโครงการเช่นกัน หรือ หาก บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ไม่ควบคุมดูแลโครงการให้โครงการดีสมโชคชอบที่จะไม่ชำระเงินค่าควบคุมดูแลโครงการตอบแทน

และหากการที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติชำระหนี้ เป็นเหตุให้อีกฝ่ายเสียหายและมีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้หรือให้ปฏิบัติตามสัญญา หรือเรียกค่าเสียหาย หรือเลิกสัญญา (แล้วแต่กรณี) ซึ่งกรณีของ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ปฏิเสธไม่ให้ผู้ซื้อรายย่อยกู้เงินจนเป็นเหตุให้โครงการหมู่บ้านดีสมโชคขาดผลประโยชน์และทำให้ธุรกิจและกระแสเงินสดหมุนเวียนของโครงการต้องหยุดชะงักลง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับการที่ศาลเห็นว่า บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด เป็นผู้ปฏิบัติผิดสัญญาจึงให้ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ชำระค่าเสียหายให้กับโครงการหมู่บ้านดีสมโชค เพราะการที่ศาลฎีกาพิพากษาเช่นนี้เป็นการพิพากษาถึงความรับผิดในผลของสัญญาต่างตอบแทนมิได้วินิจฉัยเฉพาะประเด็นเรื่องของการกู้ยืมเงินกันแต่เพียงอย่างเดียวไม่ ดังที่ศาลฎีกาใช้ถ้อยคำว่าการกู้ยืมเงินสำหรับกรณีนี้เป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญากู้ยืมเงินธรรมดาทั่วไป

ซึ่งกรณีนี้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาของท่าน ศ.จิตติ ติงศภัทย์ ได้ให้ไว้ดังนี้ คือ

“กรณีตามที่ปรากฏในหัวข้อมีปัญหากฎหมายที่น่าสนใจ คือ สัญญาระหว่างโจทก์บริษัทผู้ให้ทุนกับจำเลยผู้กู้เงินมาเป็นทุนจัดสรรที่ดิน ไม่ใช่สัญญากู้ธรรมดา ซึ่งมีผลผูกพันโจทก์ต้องให้จำเลยและผู้ซื้อที่ดินของจำเลยกู้เงิน โจทก์ปฏิเสธไม่ให้กู้เป็นการผิดสัญญา

ตาม มาตรา 650 วรรค 2 "สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง เช่น กู้ยืมเงิน ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม ซึ่งเข้าใจกันว่า ตราบใดที่ยังไม่ส่งมอบเงินที่กู้ สัญญายืมยังไม่มีผลเป็นการกู้ยืม จึงบังคับให้ผู้ให้กู้ส่งมอบเงินให้กู้ไม่ได้ เป็นหลักวินิจฉัยมาแล้วในฎีกาที่590/2484 25 ธส.726 ว่า ธนาคารจำเลยรับจำนองที่ดินของโจทก์ไว้โดยมีสัญญาให้โจทก์เบิกเงินเกินบัญชีไว้จำนวนหนึ่ง จำเลยไม่ให้โจทก์เบิกเงินตามที่ขอเบิก ศาลวินิจฉัยว่า เป็นการที่จำเลยจะให้โจทก์กู้เงินเป็นคราว ๆ ตามที่ขอเบิกเงินเท่านั้น เมื่อยังไม่ได้จ่ายเงินให้โจทก์ไป การกู้เงินยังไม่บริบูรณ์ โจทก์บังคับให้จำเลยจ่ายเงินให้โจทก์กู้ไม่ได้ การจำนองเป็นแต่เพียงประกันซึ่งเป็นอุปกรณ์ของสัญญาประธาน คือ สัญญากู้ยืมเงิน เมื่อหนี้ประธานยังไม่บริบูรณ์ สัญญาอุปกรณ์ก็ไม่มีผลทำให้ต้องจ่ายเงินตามที่ตกลงจะให้กู้ อันเป็นนัยของ มาตรา 681,707

กรณีจะให้กู้เงินในกรณีนี้ ไม่ใช่เพียงแต่สัญญาจะให้กู้เงินแต่เป็นสัญญาซึ่งโจทก์จำเลยมีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ตอบแทนกันหลายประการดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาล การให้กู้เงินเป็นหนี้ประการหนึ่งที่โจทก์ต้องชำระ คือ ให้จำเลยกู้เงินจากโจทก์ได้ตามจำนวนที่โจทก์สัญญาไว้เดิมและตามจำนวนที่ตกลงกันเพิ่มเติมขึ้น โจทก์จึงต้องผูกพันตามหนี้ที่โจทก์ตกลงรับผูกพันไว้ตามสัญญารวมทั้งให้จำเลยได้รับเงินกู้ตามสัญญาด้วย"

แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป คือ หากสัญญาให้การสนับสนุนทางการเงินนั้นไม่ได้เป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการย่อมไม่สามารถเรียกให้สถาบันการเงินรับผิดได้

และทั้งนี้มีข้อสังเกต คือ บางกรณีการเบิกใช้เงินกู้เพื่อนำไปพัฒนาโครงการ นอกจากผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องทำหนังสือเบิกรับเงินกู้ตามแบบและวิธีการที่สถาบันการเงินผู้ให้กู้กำหนดแล้ว บางครั้งสถาบันการเงินจะเรียกให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการออกตั๋วสัญญาใช้เงินหรือตั๋วแลกเงินประกอบกับหนังสือเบิกใช้เงินด้วย

เหตุผลคือ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้สถาบันการเงินสามารถนำตั๋วสัญญาใช้เงินหรือตั๋วแลกเงินนั้นไปบริหารทางการเงินต่อ เนื่องจากพื้นฐานทางธุรกิจตั๋วสัญญาใช้เงินหรือตั๋วแลกเงินหรือตราสารทางการเงินอื่นใด ถือว่าเป็นเครื่องมือทางการเงิน (Financial Instrument) ที่สามารถเปลี่ยนมือได้ง่ายและแสวงหากำไรได้คล่อง

นอกจากนั้นยังเป็นทางออกของข้อจำกัดในการให้กู้ยืมของสถาบันการเงินที่เรียกว่า "LENDING LIMIT" กล่าวคือ ในทางปฏิบัติสถาบันการเงินจะมีขีดจำกัดในการให้กู้ [10] ดังนั้น หากลูกค้าต้องการเงินที่มากกว่าขีดจำกัดนั้น การให้ลูกค้าออกตั๋วสัญญาใช้เงินหรือ ตั๋วแลกเงินก็เป็นทางออกหนึ่งที่อาจพบได้ว่าวิธีการออกตั๋วนี้ ผู้เขียนเห็นว่านอกจากลูกค้าจะมีนิติสัมพันธ์ตามสัญญากู้แล้ว นิติสัมพันธ์หนึ่งที่เกิดขึ้น คือ นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายว่าด้วยตั๋วเงิน กล่าวคือ หากตั๋วนั้นถึงกำหนดชำระหรือตั๋วสัญญาใช้เงินนั้นขาดความเชื่อถือ โดยผลของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 900 ผู้ทรง (สถาบันการเงิน) ก็ย่อมสามารถเรียกให้ผู้ประกอบการผู้ออกตั๋วตามตั๋วสัญญาใช้เงินที่ออกให้รับผิดได้

ซึ่งหากพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินวิธีพิจารณา ทนายความผู้ฟ้องร้องส่วนใหญ่จะนำสืบสัญญากู้นั้นประกอบกับตั๋วสัญญาใช้เงินหรือตั๋วแลกเงิน เนื่องจาก เพื่อความ ชัดเจนในการนำสืบถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือ บางครั้งข้อความในตั๋วสัญญาใช้เงินหรือตั๋วแลกเงินมีไม่เพียงพอต่อการนำสืบ ทนายความจึงต้องใช้เอกสารทั้งสองในการพิสูจน์ แต่บางกรณีก็อาจพบว่าใช้สัญญากู้เพียงอย่างเดียว หรือ บางครั้งก็ใช้ตั๋วสัญญาใช้เงินหรือตั๋วแลกเงินนำสืบเพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความชัดเจนและน้ำหนักของพยานหลักฐานนั่นเอง

แต่บางกรณีการออกตั๋วสัญญาใช้เงินนอกจากเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้หรือเป็นการเพิ่มหลักฐานแห่งหนี้แล้ว วัตถุประสงค์หนึ่งที่อาจพบได้ คือ การออกตั๋วสัญญาใช้เงินเพื่อเป็นการลดหนี้บางส่วน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 ซึ่งวิเคราะห์เจตนาของการออกตั๋วสัญญาใช้เงินเห็นว่า คู่สัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อให้บค. กรุงเทพเคหะยึดถือตั๋วสัญญาใช้เงินไว้เพื่อเป็นหลักฐานแห่งการกู้เงิน และนอกจากนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการชำระดอกเบี้ยเงินกู้หรือเป็นการลดหนี้ด้วยการออกตั๋วสัญญาใช้เงิน ไม่ใช่เพื่อเป็นประกันหนี้เงินกู้ โดยศาลวินิจฉัยว่าตั๋วสัญญาใช้เงินนั้นสามารถใช้บังคับได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับการที่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าการที่โครงการหมู่บ้านดีสมโชคออกตั๋วสัญญาใช้เงินให้นั้นไม่ได้เป็นการทำนิติกรรมอำพรางสัญญากู้เงิน และ สัญญาจำนอง รวมทั้งไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่ตามสัญญากู้เงินให้เป็นหนี้ตามตั๋วสัญญาใช้เงิน และการที่คู่สัญญามีเจตนาที่จะใช้ตั๋วสัญญาใช้เงินดังกล่าว เพื่อชำระหนี้เงินกู้ทั้งในส่วนของต้นเงินและดอกเบี้ย ประกอบกับการที่คู่สัญญาตกลงให้นำเงินที่ผู้ซื้อ

---

[10] พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม โดย มาตรา 7 แห่ง พระราชบัญญัติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 มาตรา 29 ประกอบ มาตรา 26 (4) (ข)

รายย่อยได้รับเงินกู้จากบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ กรุงเทพเคหะ จำกัด ตามสัญญาผู้ซื้อรายย่อยมาลดหนี้ตามตั๋วสัญญาใช้เงินหรือสัญญากู้ ข้อตกลงดังกล่าวย่อมสามารถใช้บังคับได้

ดังนั้น กรณีตามตัวอย่างที่ได้รับจากคำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 คือ จะเกิดผลทางกฎหมาย 2 ส่วน คือ ส่วนแรก ผลบังคับของสัญญาต่างตอบแทนที่อาจจะเกิดขึ้นซ้อนอยู่ในสัญญากู้เงิน ซึ่งหากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมชำระหนี้ส่วนของตนก็อาจได้ชื่อว่าผิดสัญญา ส่วนที่สองคือ การเรียกค่าเสียหายและจำนวนค่าเสียหายที่เรียกร้องจากกันได้หากสถาบันการเงินไม่ให้กู้ตามข้อสัญญาจนครบจำนวน

แต่ในบางกรณีที่การกู้ยืมเงินระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่มีลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้อง กรณีอาจเกิดปัญหาได้ว่าหากสถาบันการเงินไม่ยอมให้เงินกู้ครบถ้วนตามจำนวนที่ตกลงกันไว้ในสัญญาสนับสนุนทางการเงิน ผลบังคับที่จะเข้ามาเยียวยาแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะเป็นเช่นไรนั้น ในกรณีนี้จะนำแนววินิจฉัยของคำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 ในส่วนที่ 1 มาเป็นแนววินิจฉัยคงไม่ได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในประเด็นข้อนี้โดยละเอียดในบทที่ 5 หัวข้อ 5.1.1 กรณีที่สถาบันการเงินไม่ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ

อนึ่ง การที่สถาบันการเงินเรียกให้ผู้กู้ออกตั๋วสัญญาใช้เงินทุกครั้งที่มีการเบิกรับเงินกู้ไปจากสถาบันการเงินผู้ให้กู้นอกจากการทำสัญญากู้เงิน เหตุผลหนึ่งนอกจากประโยชน์เพื่อเป็นหลักฐานแห่งการกู้เงินและใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องได้ เพราะเป็นสัญญาที่เกี่ยวพันกับตั๋วเงินที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะออกเพื่อชำระหนี้ไม่ใช่เพื่อประกันหนี้ ประโยชน์อย่างหนึ่งแก่สถาบันการเงินเจ้าหนี้ คือ เป็นการประหยัดเวลาในการดำเนินคดีฟ้องร้องบังคับทางกฎหมายต่อผู้กู้

เนื่องจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 196 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาตามกฎหมายของคดีตั๋วเงินกำหนดว่าการดำเนินคดีเกี่ยวกับตั๋วเงินให้ดำเนินคดีอย่างดคีไม่มีข้อยุ่งยาก และกำหนดกระบวนการดำเนินการพิจารณาไว้เป็นพิเศษเพื่อให้การดำเนินคดีเสร็จสิ้นโดยเร็ว กล่าวโดยสรุปกระบวน

การของการพิพากษาคดีไม่มีข้อยุ่งยากจะมีดังนี้ [11]

วิธีพิจารณาคดีไม่มีข้อยุ่งยาก

1. โจทก์ยื่นคำฟ้องเป็นหนังสืออย่างคดีธรรมดา พร้อมกับยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีนั้นโดยรวบรัดจะต้องยื่นขอพร้อมกับคำฟ้อง จะยื่นขอภายหลังไม่ได้ เพราะศาลได้ดำเนินคดีไปแล้ว จะย้อนต้นใหม่อีกทำให้เสียเวลา

2. เมื่อศาลได้รับคำฟ้องและคำร้องแล้วจะพิจารณาดูว่าเป็นคดีที่มีความยากลำบากในการพิจารณาหรือไม่ สามารถดำเนินคดีโดยรวบรัดได้หรือไม่ แม้โจทก์ไม่ได้ร้องขอให้พิจารณาโดยรวบรัดแต่ศาลเห็นเองว่าไม่มีข้อยุ่งยากศาลก็มีอำนาจที่จะสั่งให้ทำการพิจารณาคดีโดยรวบรัดได้ (มาตรา 196 วรรค 2)

3. ถ้าศาลเห็นว่าเป็นคดีที่ยุ่งยากในการพิจารณา เช่น ข้อตกลงในสัญญาจ้างก่อสร้างตึกสูง 10 ชั้น มีข้อกำหนดซับซ้อน ศาลจะยกคำร้องเสีย แต่คำฟ้องเดิมยังอยู่ ก็จะรับฟ้องไว้ดำเนินการพิจารณาอย่างคดีสามัญต่อไป

4. ถ้าศาลเห็นว่าเป็นคดีไม่มีข้อยุ่งยากจริงก็จะมีคำสั่งอนุญาตให้พิจารณาคดีอย่างรวบรัดต่อไป (มาตรา 196 วรรค 2)

5. ศาลจะออกหมายเรียกไปยังจำเลยแสดงจำนวนเงินที่เรียกร้อง เหตุแห่งการเรียกร้องและสั่งให้จำเลยมาศาลและให้การในวันที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกิน 5 วันนับแต่ส่งหมาย (มาตรา 96 (1))

---

[11] เนื่องจาก คดีไม่มีข้อยุ่งยาก คือ คดีฟ้องบังคับชำระหนี้โดยใช้เอกสารตั๋วเงิน หรือคดีฟ้องขอให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยใช้เอกสารหนังสือสัญญาซึ่งปรากฏในเบื้องต้นว่าเป็นเอกสารอันแท้จริงมีความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ไม่ว่ากฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ (จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย , คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ถึง ภาค 3 , พิมพ์ครั้งที่ 4 , (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์ , 2541) , หน้า 192-194.) หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นคดีที่มีประเด็นไม่มากและไม่ซับซ้อน และเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์ที่เป็นเรื่องของการให้ชำระเงิน

6. เมื่อจำเลยมาศาล ศาลจะถามจำเลยว่าจะต่อสู้คดีอย่างไร และจดคำให้การลงในรายงานกระบวนพิจารณา เว้นแต่จำเลยจะยื่นคำให้การเป็นหนังสือ

7. ศาลจะพิจารณาคำให้การดูว่ามีทางสู้คดีหรือไม่ ถ้าไม่มีทางสู้คดี ก็ให้ศาลพิพากษาคดีไปโดยเร็วเท่าที่พึงกระทำได้ ซึ่งอาจไม่ต้องสืบพยานเพราะต้องปรากฏเบื้องต้นต่อศาลว่าสัญญาที่นำมาฟ้องเป็นหนังสือมีความสมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมาย (มาตรา 196 วรรค 1) ถึงจะยอมให้พิจารณาคดีโดยรวบรัด

ถ้าจำเลยมีเหตุต่อสู้คดีก็ต้องสืบพยานทั้งสองฝ่าย มักจะเป็นวันที่จำเลยมาศาลนั้นเอง

8. แต่ถ้าจำเลยจะขอเลื่อนคดี หรือขอเลื่อนคำให้การ ศาลมักจะไม่ยอมให้เลื่อน (มาตรา196 วรรค 3) ไม่ว่าโจทก์จะคัดค้านหรือไม่ เว้นแต่มีพฤติการณ์นอกเหนือไม่อาจบังคับได้ เป็นการพ้นวิสัยที่จะมาศาล เช่น เกิดเจ็บป่วย น้ำท่วม เกิดแผ่นดินไหว หรือจำเลยขอเลื่อนมีเหตุผลดีและสันนิษฐานเบื้องต้นว่ามีข้อต่อสู้คดีอันสมควร (มาตรา 196 วรรค 3) แต่โจทก์เป็นฝ่ายขอเลื่อนคดีเอง เช่น ติดว่าความที่ศาลอื่นเป็นดุลพินิจของศาลที่จะสั่ง มาตรา 196 วรรค 3 เข้มงวดเฉพาะการขอเลื่อนคดีของจำเลยมิได้เข้มงวดถึงโจทก์

9. ถ้าจำเลยไม่มาศาลตามกำหนดในหมายเรียก ให้ศาลสั่งว่าจำเลยขาดนัดพิจารณา (มาตรา 196 (3)) โดยไม่ต้องสั่งว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การก่อน และให้ศาลพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียว และมีคำพิพากษาโดยเร็วเท่าที่พึงกระทำได้

10. ในระหว่างการพิจารณาคดี ถ้าศาลเห็นว่าเป็นคดีที่ข้อยุ่งยากเกิดขึ้น เช่น จำเลยยกเรื่องการตีความสัญญา หรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดี ศาลสั่งเพิกถอนคำสั่งเดิมและดำเนินการพิจารณาต่อไปอย่างคดีสามัญ (มาตรา 196 วรรคท้าย) แต่กระบวนพิจารณาที่ดำเนินไปแล้วคงใช้ได้ไม่ต้องเริ่มต้นใหม่หมด

11. การทำคำพิพากษา ศาลมีอำนาจทำด้วยวาจาได้เช่นเดียวกับคดีมโนสาเร่ (มาตรา 196 วรรค 2)

ดังนั้น ถ้าเลือกฟ้องรวมกันเพียงแค่สถาบันการเงินเจ้าหนี้บรรยายฟ้องไม่เคลือบคลุมซึ่งเป็นเหตุให้ศาลยกคดี ก็ทำให้สถาบันการเงินเรียกให้ลูกหนี้รับผิดได้แล้ว

ในประเด็นของการชำระต้นเงิน โดยทั่วไปก็จะขึ้นอยู่กับการตกลงกันของคู่สัญญาทุกฝ่าย ซึ่งอาจจะให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการชำระเงินต้นเป็นรายงวด แต่ละงวดอาจจะชำระห่างกันงวดละ 1 เดือน แต่บางกรณีอาจจะให้มีช่วงระยะเวลาการปลอดชำระคืนต้นเงินกู้ก็ได้ (GRACE PERIOD) ซึ่งหากปรากฏกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการผิดนัดไม่ชำระหนี้ สถาบันการเงินย่อมมีสิทธิฟ้องร้องบังคับให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการรับผิดได้พร้อม ดอกเบี้ย แต่ทั้งนี้ จะฟ้องร้องได้ในจำนวนที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเบิกใช้แล้วเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง

อนึ่ง สืบเนื่องจากที่กล่าวมาในข้อ 4.1.2 สัญญาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับสถาบันการเงินผู้สนับสนุนทางการเงินที่ว่าการกำหนดเงื่อนไขในสัญญานั้นขึ้นอยู่กับการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาในการกำหนดข้อสัญญาต่อกัน ดังนั้น จึงอาจเป็นไปได้ว่าในสัญญาสนับสนุนทางการเงินนั้นจะมีข้อสัญญาที่กำหนดหน้าที่ของสถาบันการเงินไว้อย่างชัดเจนว่าสถาบันการเงินมีหน้าที่และข้อผูกมัดว่าจะต้องให้เงินสนับสนุนต่อโครงการอสังหาริมทรัพย์จนครบจำนวนหรือจนกว่าโครงการจะแล้วเสร็จก็ได้ หรืออาจกำหนดถึงว่าหากสถาบันการเงินไม่ให้เงินสนับสนุนและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการแล้วสถาบันการเงินจะต้องรับผิดอย่างไรด้วย ตัวอย่างข้อสัญญาที่ระบุในเรื่องดังต่อไปนี้ เช่น

"ข้อ 1. เงินกู้

เนื่องจากผู้กู้มีความต้องการใช้เงินลงทุนในธุรกิจของผู้กู้เพื่อก่อสร้างอาคารชุดที่พักอาศัยบนที่ดินของผู้กู้โฉนดที่ดินเลขที่_____กับมีความประสงค์จะขอรับความช่วยเหลือการสนับสนุนทางการเงินในรูปของการกู้เงิน และผู้ให้กู้ตกลงให้ความช่วยเหลือดังกล่าวแก่ผู้กู้

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามความในวรรคก่อน ผู้ให้กู้ตกลงให้ผู้กู้กู้เงินเป็นเงินจำนวน_____บาท โดยผู้ให้กู้สัญญาว่าผู้ให้กู้จะให้ผู้กู้กู้เงินจำนวน ดังกล่าวจนครบถ้วนทั้งจำนวนไม่ว่าเงินจำนวนดังกล่าวผู้ให้กู้จะต้องไปจัดหามาจากแหล่งเงินกู้อื่นก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องไม่ปรากฏว่าผู้กู้เป็นผู้ผิดสัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ด้วย

.....

ข้อ 6. คำรับรองและข้อปฏิบัติตามสัญญา

ผู้ให้กู้รับรองว่าหากผู้ให้กู้ไม่อาจจัดหาเงินกู้มาให้ผู้กู้กู้จนครบถ้วนตามจำนวนที่ระบุไว้ในข้อ 1. ของสัญญานี้ อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้กู้ ผู้ให้กู้ตกลงรับผิดชำระค่าเสียหายนั้นให้แก่ผู้ให้กู้จนครบถ้วน

อนึ่ง "ความเสียหาย" ตามความในวรรคก่อนหมายถึง ความเสียหายจากการที่ผู้กู้ไม่มีเงินมาดำเนินโครงการ , ความเสียหายที่ผู้กู้ไม่สามารถทำยอดขายที่ดินและอาคารจากโครงการทำให้ผู้กู้ไม่สามารถนำเงินมาชำระดอกเบี้ยตามสัญญานี้ให้กับผู้ให้กู้ได้ ตลอดจนความเสียหายใด ๆ อันทำให้โครงการต้องหยุดชะงักลงด้วย"

ซึ่งจากข้อตกลงดังกล่าวเห็นได้ว่าการให้เงินกู้ดังกล่าวเป็นการให้คำมั่นของสถาบันการเงินอย่างชัดเจนว่าสถาบันการเงินมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาเงินมาให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการซึ่งเป็นผู้กู้กู้ ซึ่งหากสถาบันการเงินไม่ให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกู้เงินและการไม่ให้กู้เงินนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการตามที่กำหนดในสัญญาแล้ว สถาบันการเงินจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายนั้นแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการด้วย ซึ่งประเด็นเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายอันเนื่องจากการที่สถาบันการเงินไม่ให้เงินกู้นี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในประเด็นข้อนี้ต่อไปในบทที่ 5 หัวข้อกรณีสถาบันการเงินไม่ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต่อไป

4.2.2 <u>พิจารณากรณีดอกเบี้ยและค่าตอบแทน</u>

การที่สถาบันการเงินจัดหาเงินมาสนับสนุนโครงการให้กับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ สถาบันการเงินย่อมมีต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เกิดขึ้น ดังนั้นกฎหมายจึงเปิดช่องให้สถาบันการเงินสามารถที่จะเรียกดอกเบี้ยเพื่อเป็นการตอบแทนการที่สถาบันการเงินต้องจัดหาเงินให้กับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการได้ แต่สิทธิในการเรียกดอกเบี้ยและค่าตอบแทนที่สถาบันการเงินจะเรียกจากผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

(1) <u>การคิดดอกเบี้ยต้องกำหนดในสัญญาว่ามีดอกเบี้ย</u>

เนื่องจากตามกฎหมายและโดยลักษณะของดอกเบี้ย ถือว่าดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนจากการที่ผู้ให้กู้ให้ผู้กู้กู้เงิน ซึ่งอาจเป็นตัวเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นก็ได้ (แต่ในวิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาถึงเพียงดอกเบี้ยที่เป็นเงินเท่านั้น) แต่ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าการ

ที่ผู้ให้กู้ยอมให้ผู้กู้กู้เงิน ผู้ให้กู้สามารถเรียกดอกเบี้ยจากผู้กู้ได้เสมอ เพราะหากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 และ หลักของความศักดิ์สิทธิในการแสดงเจตนาแสดงให้เห็นว่าการที่ผู้ให้กู้ต้องการได้ดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนจากการให้กู้ยืมแล้ว คู่สัญญาก็ต้องระบุในสัญญากู้ยืมเงินด้วย

ดังนั้น หากสถาบันการเงินและผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่สัญญาแสดงเจตนาคิดดอกเบี้ยต่อกัน กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ชัดแจ้ง และข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยไม่ขัดต่อกฎหมาย สถาบันการเงินก็สามารถเรียกดอกเบี้ยได้ตามอัตราที่กำหนดนั้น [12] ในทางกลับกัน หากไม่ระบุถึงเรื่องดอกเบี้ยกันไว้สถาบันการเงินผู้ให้กู้จะเรียกดอกเบี้ยระหว่างการกู้ยืมไม่ได้ [13]

(2) <u>อัตราดอกเบี้ยขั้นสูงที่สถาบันการเงินอาจเรียกได้จากผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ</u>

โดยที่การกู้ยืมเงินโดยการเรียกดอกเบี้ยที่สูงเกินควรย่อมกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจการค้าและความสงบเรียบร้อยของประชาชน [14]

ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 จึงได้กำหนดเพดานขั้นสูงสุดของอัตราดอกเบี้ยไว้ว่าห้ามไม่ให้คิดดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ประกอบกับได้มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 กำหนดให้การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้นเป็นความผิดซึ่งมีโทษทางอาญาและส่งผลถึงว่าการเรียกดอกเบี้ยเกินไปกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดทำให้ข้อตกลงเรื่องการเรียกดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะทั้งหมดมิได้ตกเป็นมฆะเฉพาะส่วนที่เกินร้อยละ 15

แต่ทั้งนี้มีข้อสังเกต คือ การที่ห้ามมิให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตราตาม พรบ.ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานี้ใช้บังคับเฉพาะการกู้ยืมเท่านั้น ถ้าหากเป็นการเช่าซื้อก็ดี

---

[12] ทนงศักดิ์ ดุลยกาญจน์, "<u>คดีกู้ยืมเงิน</u>," (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด จิรรัชการพิมพ์) , หน้า 66.

[13] เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

[14] สัมมนากฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินและดอกเบี้ย , <u>วารสารกฎหมายจุฬา</u> 5 ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2523) : 34.

ขายฝากก็ดี จ้างทำของก็ดี เล่นแชร์เปียหวยก็ดี ซื้อขายก็ดี หรือซื้อตั๋วลดก็ดี กรณีเหล่านี้ไม่อยู่ในบังคับพระราชบัญญัตินี้ [15]

แต่ในกรณีที่ผู้ให้กู้เป็นสถาบันการเงิน ซึ่งจัดว่าเป็นนิติบุคคลประเภทที่ประกอบการเพื่อการค้าหากำไรทางการเงินโดยธุรกรรมที่สามารถประกอบได้ก็จะเป็นไปตามกฎหมายกำหนด และเนื่องจากสถาบันการเงินมีกฎหมายพิเศษบัญญัติถึงการเรียกดอกเบี้ยไว้โดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 มาตรา 4 และประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้สถาบันการเงินปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด

ดังนั้น การเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงินจึงอาจกำหนดอัตราดอกเบี้ยได้เอง ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 มาตรา 30 และ ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่าการคิดคำนวณดอกเบี้ยที่ผู้สนับสนุนทางการเงินกำหนดเพื่อคำนวณกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจึงมีหลายรูปแบบอาจจะเป็นแบบอัตราดอกเบี้ยคงที่ หรือเป็นแบบลอยตัวก็ได้ และ/หรืออาจจะมีการเพิ่มหรือลดส่วนต่าง (Spread) ด้วยก็ได้ทั้งนี้แล้วแต่การตกลงกันระหว่างคู่สัญญาและประเพณีปฏิบัติของสถาบันการเงินเช่น อาจจะเป็น MLR, MOR, ฯลฯ และแล้วแต่ประเภทและวัตถุประสงค์ในการกู้ยืม เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่า “นับแต่วันที่ทำสัญญานี้เป็นต้นไป ลูกหนี้ยินยอมเสีย ดอกเบี้ยของต้นเงินกู้ในอัตรา ดอกเบี้ย NF’S MLR บวกด้วยอัตราร้อยละ 1.0 (หนึ่งจุดศูนย์) ต่อปี” เป็นต้น

และตามที่กล่าวมาแล้วว่าการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินไม่ตกอยู่ในบังคับของมาตรา 654 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การใช้สิทธิเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงินผู้สนับสนุนทางการเงินที่เป็นสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการนั้นจึงสามารถเรียกดอกเบี้ยได้เกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ผลคือดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินเรียกเก็บจากผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจึงไม่ตกเป็นโมฆะแม้ว่าจะเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปีก็ตาม

เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1381/2534 วินิจฉัยว่า “ตามสัญญากู้มีข้อความว่า “และถ้าต่อไปผู้ให้กู้จะขึ้นอัตราดอกเบี้ยไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้กู้

---

[15] เรื่องเดียวกัน , หน้า 35.

ยอมให้ผู้ให้กู้มีสิทธิขึ้นอัตราดอกเบี้ยแก่ผู้ให้กู้ตามที่แจ้งไปนั้นทุกประการโดยไม่โต้แย้งใด ๆ ทั้งสิ้น... ดังนั้น เมื่อธนาคารแห่งประเทศไทยออกประกาศกำหนดให้โจทก์ซึ่งเป็นธนาคารพาณิชย์มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยจากผู้กู้ในอัตราที่เพิ่มขึ้นได้ และโจทก์มีหนังสือแจ้งการขอเพิ่มให้จำเลยทราบแล้วอีกทั้งอัตราดอกเบี้ยที่เพิ่มก็ไม่ได้เกินกว่าที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด โจทก์จึงมีสิทธิจะขึ้นอัตราดอกเบี้ยตามข้อสัญญาดังกล่าวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากจำเลยที่ 1 อีก"

(3) <u>กรณีที่สถาบันการเงินปรับเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย</u>

เนื่องจากธุรกิจการเงินซึ่งต้องมีการแข่งขันกันระหว่างสถาบันการเงิน การที่มีการลดหรือเพิ่มอัตราดอกเบี้ยเพื่อความเหมาะสมในทางด้านต้นทุนและเพื่อจูงใจลูกค้าของแต่ละสถาบันการเงินจึงย่อมเกิดขึ้นได้ตามภาวะการณ์

ดังนั้น สถาบันการเงินจึงต้องกำหนดให้มีข้อความเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยไว้เพื่อประโยชน์ที่หากสถาบันการเงินมีการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย MLR หรือ MOR หรือ อัตราดอกเบี้ยผิดนัดที่สถาบันการเงินเรียกเก็บจากลูกหนี้นั้น ไม่ว่าเพิ่มขึ้นหรือลดลง ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการยินยอมชำระดอกเบี้ยในอัตราที่กำหนดและประกาศเปลี่ยนแปลงนั้นแทนอัตราดอกเบี้ยที่กำหนดไว้เดิมทุกครั้งตลอดไปนับแต่วันที่ประกาศมีผลบังคับใช้โดยสถาบันการเงินนั้นไม่ต้องบอกกล่าวหรือขอความเห็นชอบจากลูกหนี้หรือผู้กู้ก่อน หรือ บางครั้งมีการกำหนดว่ากรณีที่มีประกาศกระทรวงการคลัง หรือธนาคารแห่งประเทศไทย หรือในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจหรือในกรณีที่มีผลกระทบกระเทือนต่อการกำหนดอัตราดอกเบี้ยสถาบันการเงินก็สามารถเปลี่ยนแปลงได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวหรือขอความยินยอมก่อนเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้สถาบันการเงินต้องมีภาระที่ต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงทุกครั้งซึ่งต้องมีต้นทุนในการแจ้ง เช่น ต้นทุนในค่าธรรมเนียมไปรษณีย์ หรือ ต้องเสียเวลาและบุคคลากรที่ต้องมีหน้าที่แจ้งการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย และนอกจากนั้นเพื่อเป็นการปิดปากลูกค้าซึ่งเป็นผู้กู้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยและทำให้ผู้กู้มีหน้าที่ที่ต้องชำระดอกเบี้ยในอัตราที่เปลี่ยนแปลงนั้น ๆ ด้วย เช่นข้อตกลงนี้ คือ

" ข้อ 6. การชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ย

6.1 ผู้กู้ยอมชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ให้กู้สำหรับต้นเงินสินเชื่อที่เบิกใช้ตาม ข้อ 2. ของสัญญานี้ เป็นอัตราขั้นต่ำที่ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) คิดจาก

ลูกค้าชั้นดีของธนาคารสำหรับการให้กู้ยืมเงินประเภทเบิกเกินบัญชี (MOR) ทั้งนี้ ต้องไม่เกินกว่าอัตรา ดอกเบี้ยสูงสุดที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้กู้อาจเรียกเก็บได้ในการกู้ยืมเงิน หรือไม่เกินอัตรา ดอกเบี้ยสูงสุดที่ผู้ให้กู้ประกาศกำหนดตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ (อัตราดอกเบี้ย MOR ของธนาคารดังกล่าวในวันทำสัญญานี้เท่ากับอัตราร้อยละ.....ต่อปี) แต่อัตราดอกเบี้ยดังกล่าวอาจเปลี่ยนแปลงได้ขึ้นอยู่กับอัตราดอกเบี้ย MOR ของธนาคารดังกล่าวนั้น ๆ ซึ่งจะมีผลทำให้อัตราดอกเบี้ยดังกล่าวที่กำหนดไว้ในสัญญานี้เปลี่ยนแปลงไปด้วย และเมื่อการเปลี่ยนแปลงอัตรา ดอกเบี้ยดังกล่าวแล้ว ผู้กู้ยินยอมให้ผู้ให้กู้คิดดอกเบี้ยตามที่เปลี่ยนแปลงนั้นได้ทันที โดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือได้รับความยินยอมจากผู้กู้แต่อย่างใด และผู้กู้ตกลงชำระดอกเบี้ยตามอัตราที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นโดยจะไม่โต้แย้งหรือยกข้อต่อสู้ใด ๆ ทั้งสิ้น

.....

6.2 .....

6.3 .....

6.4 ในกรณีที่ผู้กู้ตกเป็นผู้ผิดนัดผิดสัญญาตามข้อ 8 แห่งสัญญานี้ ผู้กู้ยินยอมให้ผู้ให้กู้คิดดอกเบี้ยในหนี้สินค้างชำระในอัตราสูงสุดที่ผู้ให้กู้อาจเรียกได้จากการให้กู้ยืมเงินตามที่ผู้ให้กู้ประกาศกำหนดตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายให้อำนาจไว้ในขณะนั้น ๆ นับแต่วันที่ผู้กู้ผิดนัดผิดสัญญาเป็นต้นไป

ซึ่งประเด็นเรื่องการปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยนี้ มีข้อพิจารณาคือข้อตกลงดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้และสถาบันการเงินก็สามารถเรียกดอกเบี้ยได้ตามที่มีประกาศกำหนดและสามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยนั้นได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวลูกหนี้และ/หรือผู้กู้ก่อนด้วย แต่ทั้งนี้ มีแนวคำพิพากษาของศาลพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวสถาบันการเงินจะต้องนำสืบกฎหมายและชี้ให้ศาลเห็นว่าสามารถเรียกดอกเบี้ยได้เกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี พร้อมกับต้องนำสืบประกาศกำหนดอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวนั้นด้วยซึ่งหากไม่ได้นำสืบให้ศาลเห็นสถาบันการเงินอาจจะไม่สามารถเรียกดอกเบี้ยได้เกินกว่าที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสมอไป ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4010/2530 เป็นกรณีที่โจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่าโจทก์เป็นบริษัทเงินทุนและเป็นสถาบันการเงินตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 อันมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยจากผู้กู้ยืมได้เป็นกรณีพิเศษ กรณีจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ที่ห้ามคิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี มาปรับแก่คดี เมื่อโจทก์เรียกดอกเบี้ยเงินกู้จากจำเลยในอัตราร้อยละ 20 ต่อปี เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ข้อกำหนดอัตราดอกเบี้ยจึงตกเป็นโมฆะ โจทก์หมดสิทธิเรียกดอกเบี้ยตามสัญญาแต่มีสิทธิได้รับดอกเบี้ยโดยเหตุผิดนัดในอัตราร้อยละ 7.5 นับแต่วันผิดนัด

มีข้อสังเกตว่าหากในสัญญานั้นกำหนดว่าการที่สถาบันการเงินจะปรับเพิ่มอัตราดอกเบี้ยในสัญญากู้นั้น มีเงื่อนไขว่าสถาบันการเงินจะต้องแจ้งการเพิ่มอัตราดอกเบี้ยนั้นให้ผู้กู้ทราบก่อน กรณีนี้จะต่างจากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น เพราะทำให้สถาบันการเงินมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยนั้นให้ผู้กู้ทราบ หากไม่แจ้งให้ทราบสถาบันการเงินก็จะเพิ่มอัตราดอกเบี้ยทันทีไม่ได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4365/2539 วินิจฉัยว่า สัญญากู้ยืมมีข้อความว่าหากผู้ให้กู้จะขึ้นอัตราดอกเบี้ยไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้ขอกู้ยอมให้ผู้ให้กู้มีสิทธิขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้ตามแต่จะเห็นสมควรโดยเพียงแต่แจ้งให้ผู้กู้ทราบเท่านั้น ข้อความที่ระบุดังกล่าวแม้จะให้สิทธิโจทก์ขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย แต่ก็มีเงื่อนไขว่าต้องแจ้งให้จำเลยทั้งสองทราบด้วย โจทก์จะขึ้นอัตราดอกเบี้ยโดยไม่แจ้งให้จำเลยทั้งสองทราบหาได้ไม่ หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 1381/2534 วินิจฉัยว่า ตามสัญญากู้มีข้อความว่า “และถ้าต่อไปผู้ให้กู้จะขึ้นอัตราดอกเบี้ยไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้กู้ยอมให้ผู้ให้กู้มีสิทธิขึ้นอัตราดอกเบี้ยแก่ผู้ให้กู้ตามที่แจ้งไปนั้นทุกประการโดยไม่โต้แย้งใด ๆ ทั้งสิ้น...” ดังนี้ เมื่อธนาคารแห่งประเทศไทยออกประกาศกำหนดให้โจทก์ซึ่งเป็นธนาคารพาณิชย์เรียกดอกเบี้ยจากผู้กู้ในอัตราที่เพิ่มขึ้นได้ และโจทก์มีหนังสือแจ้งการขอเพิ่มให้จำเลยทราบแล้วอีกทั้งอัตราดอกเบี้ยที่เพิ่มก็ไม่เกินกว่าที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด โจทก์จึงมีสิทธิจะขึ้นอัตราดอกเบี้ยตามข้อสัญญาดังกล่าวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากจำเลยที่ 1 อีก

(4) <u>สถาบันการเงินต้องนำสืบประกาศเรื่องดอกเบี้ยให้ศาลรับรู้</u>

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสถาบันการเงินจะเรียกดอกเบี้ยจากผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการได้เกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ก็มิได้หมายความว่าสถาบันการเงินจะเรียกดอกเบี้ยสูงหรือต่ำมากน้อยเท่าใดก็ได้ เพราะการเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงินจะต้องเป็นไปตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง ดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่สถาบันการเงินอาจจ่ายหรืออาจเรียกได้

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตคือ ตามแนวคำพิพากษาของศาลจะวินิจฉัยว่าประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายที่ศาลสามารถรับรู้เองได้ ฉะนั้น สถาบันการเงินจึงต้องนำสืบให้ศาลเห็นและเข้าใจ ซึ่งหากสถาบันการเงินไม่สามารถนำสืบให้ศาลรู้สิทธิในการเรียกดอกเบี้ยตามอัตราดังกล่าวอาจจะเปลี่ยนไป เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 650/2532 วินิจฉัยว่า ประกาศกระทรวงการคลังซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 มาตรา 4 หาใช่ข้อกฎหมายอันถือเป็นเรื่องที่ศาลจะรับรู้ได้เอง แต่เป็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ เมื่อ

โจทก์ไม่นำสืบให้ความข้อนี้ปรากฏทั้งไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ศาลรับรู้ได้เองเช่นนี้ โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ถึงอัตราร้อยละ 20 ต่อปี ตามสัญญา คงมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีในระหว่างผิดนัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224"

ซึ่งในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยที่สถาบันการเงินจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น ทั้งนี้ เพื่อความชัดเจนและความเป็นธรรม

(5) <u>สิทธิในการเรียกดอกเบี้ยทบต้นและดอกเบี้ยผิดนัด</u>

โดยปกติการชำระดอกเบี้ยในสัญญากู้ สถาบันการเงินมักจะกำหนดให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องชำระเป็นรายงวดเหมือนกับการชำระคืนต้นเงินกู้ ซึ่งแต่ละงวดจะห่างกันเท่าใดแล้วแต่คู่สัญญาจะกำหนด ซึ่งอาจจะเป็นงวดละทุก ๆ 1 เดือน หรือ ทุก ๆ 3 เดือน แล้วแต่ตกลงกันและอาจจะชำระพร้อมกันหรือไม่พร้อมกันก็ได้ ซึ่งหากถึงกำหนดแล้วผู้กู้ไม่ชำระสถาบันการเงินย่อมได้รับความเสียหาย ซึ่งตามหลักกฎหมายเรื่องดอกเบี้ยผิดนัด ถือว่าหนี้เงินนั้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัดแล้วเจ้าหนี้ย่อมเสียหายจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกดอกเบี้ยในระหว่างที่ลูกหนี้ผิดนัดได้ตามกฎหมายในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี หรืออาจสูงกว่านั้นได้ [16]

ดังนั้น เมื่อสถาบันการเงินมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่าที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สถาบันการเงินจึงมักจะกำหนดสิทธิในการเรียกดอกเบี้ยผิดนัดไว้ในสัญญา พร้อมทั้งกำหนดอัตราดอกเบี้ยผิดนัดไว้ ซึ่งอาจสูงกว่าอัตราร้อยละ 15.0 ต่อปี ก็ได้ เช่นข้อตกลงนี้ คือ

" ข้อ 6. การชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ย

6.1 .....

6.2 .....

6.3 .....

6.4 ในกรณีที่ผู้กู้ตกเป็นผู้ผิดนัดผิดสัญญาตามข้อ 8 แห่งสัญญานี้ ผู้กู้ยินยอมให้ผู้ให้กู้คิดดอกเบี้ยในหนี้สินค้างชำระในอัตราสูงสุดที่ผู้ให้กู้อาจเรียกได้จาก

---

[16] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224

การให้กู้ยืมเงินตามที่ผู้ให้กู้ประกาศกำหนดตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายให้อำนาจไว้ในขณะนั้น ๆ นับแต่วันที่ผู้กู้ผิดนัดผิดสัญญาเป็นต้นไป "

แต่มีข้อสังเกตคือ ผลทางกฎหมายของการที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ชำระหนี้ในส่วนของต้นเงินกับการที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ชำระในส่วนของดอกเบี้ยจะแตกต่างกัน กล่าวคือ สถาบันการเงินจะเรียกดอกเบี้ยผิดนัดได้เฉพาะในส่วนของ ต้นเงินเท่านั้น สถาบันการเงินจะเรียกดอกเบี้ยผิดนัดในดอกเบี้ยอีกไม่ได้ เว้นแต่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ยทบต้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 655

เพราะหากไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ยทบต้นไว้ จะทำให้การคิดดอกเบี้ยทบต้นดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ

ดังนั้น โดยมากพบว่าในสัญญากู้เงิน มักจะมีข้อตกลงเกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ยทบต้น เช่น ข้อตกลงที่ว่า "หากลูกหนี้ค้างชำระดอกเบี้ยไม่น้อยกว่า 1 ปี โดยเจ้าหนี้จะได้เรียกร้องทวงถามหรือไม่ก็ตาม ลูกหนี้ตกลงให้เจ้าหนี้เอาดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับหนี้ต้นเงินกู้ค้างชำระแล้วคิดดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ทบเข้ากันนั้นในอัตราดอกเบี้ยสูงสุด (อัตราดอกเบี้ยสูงสุด หมายถึง อัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่เจ้าหนี้เรียกเก็บจากลูกค้าผู้กู้ยืมที่ปฏิบัติผิดเงื่อนไขซึ่งเจ้าหนี้ประกาศกำหนดภายใต้ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง ดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่บริษัทเงินทุนอาจจ่ายหรืออาจเรียกได้ ซึ่ง ณ วันทำสัญญานี้ เท่ากับอัตราร้อยละ 18.0 (สิบแปดจุดศูนย์) ต่อปี แต่ต่อไปอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามที่เจ้าหนี้ประกาศกำหนดเป็นคราว ๆ ต่อไปในภายหน้า โดยเจ้าหนี้ไม่ต้องบอกกล่าวหรือขอความยินยอมจากลูกหนี้ก่อน)"

ซึ่งข้อสัญญาเช่นนี้ มีข้อสังเกตว่า แม้ว่าผู้ให้กู้จะเป็นสถาบันการเงินซึ่งสามารถเรียกดอกเบี้ยได้ในอัตราที่เกินกว่าผู้ให้กู้ทั่วไปที่ไม่ได้เป็นสถาบันการเงินก็ตาม การคิดดอกเบี้ยทบต้นก็ต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 655 ด้วย คือ

1. ลูกหนี้ต้องค้างชำระดอกเบี้ยไม่น้อยกว่า 1 ปี และ
2. ต้องมีการตกลงให้เอาดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงิน และ
3. การตกลงนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

ซึ่งพิจารณาถ้อยคำตามมาตรา 655 แล้ว การที่กำหนดข้อตกลงให้เรียกดอกเบี้ยทบต้นนี้ สามารถทำขึ้นล่วงหน้าได้ขณะทำสัญญากู้เงิน โดยไม่ต้องรอให้ลูกหนี้

ค้างชำระดอกเบี้ยเกินหนึ่งปีก่อน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2518/2530 เป็นกรณีที่จำเลยทำสัญญากู้เงินจากโจทก์เพื่อนำมาชำระราคาที่ดิน โดยตกลงเสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 14 ต่อปี ชำระ ดอกเบี้ยพร้อมต้นเงิน ไม่ต่ำกว่าเดือนละ 3,200 บาท หากผิดนัดไม่ชำระดอกเบี้ยครบ 1 ปี ยอมให้โจทก์ทบดอกเบี้ยที่ค้างเข้ากับต้นเงินและคิดดอกเบี้ยในยอดเงินใหม่ได้ด้วย ศาลวินิจฉัยว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นโมฆะแม้ข้อตกลงนี้จะตกลงกันไว้ตั้งแต่ขณะทำสัญญา เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 655 วรรคหนึ่ง มิได้บังคับว่าต้องกระทำเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระครบ 1 ปี แล้วเท่านั้น

นอกจากนั้นมีคำพิพากษาฎีกาที่ 5291/2540 วินิจฉัยว่า โจทก์เป็นสถาบันการเงินมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดได้ไม่เกินร้อยละ 21 ต่อปี ตามประกาศกระทรวงการคลัง เมื่อสัญญากู้มีข้อความกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้เกินร้อยละ 15 และยินยอมให้โจทก์นำดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกินกว่า 1 ปี ทบเข้ากับต้นเงินและให้โจทก์คิดดอกเบี้ยในอัตราที่ตกลงในสัญญากู้ต่อไปด้วย โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะคิดดอกเบี้ยในอัตราตามที่ตกลงในสัญญาและคิดดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกินกว่า 1 ปี ทบต้นต่อไปได้ต่อไปจนกว่าจะชำระต้นเงินและดอกเบี้ยคืนให้แก่โจทก์เสร็จสิ้น การที่โจทก์นำดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกิน 1 ปี มาทบรวมกับยอดเงินต้น ดอกเบี้ยที่ทบนั้นจึงกลายเป็นเงินต้นไม่เป็นดอกเบี้ยที่ค้างอีกต่อไป ข้อตกลงตามสัญญากู้ดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ตามมาตรา 655 วรรคหนึ่ง ซึ่งไม่อยู่ในบังคับข้อห้ามไม่ให้คิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัด ตามมาตรา 224 วรรคสอง

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์การคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ได้กล่าวถึงมานี้คงใช้เฉพาะกรณีเป็นการกู้ยืมเงินตามความหมายของสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองเท่านั้น แต่ถ้าเป็นกรณีของสินเชื่อธนาคารพาณิชย์ในรูปแบบของการกู้เบิกเงินเกินบัญชีแล้วย่อมไม่อยู่ในบังคับของหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 655 วรรคหนึ่ง แต่จะต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 655 วรรคสองกล่าวไว้ คือ แม้ดอกเบี้ยนั้นจะค้างชำระไม่ถึง 1 ปี ก็สามารถที่จะนำดอกเบี้ยที่ค้างชำระนั้นมาคำนวณแบบทบต้นได้

(6) กรณีที่มีการคิดดอกเบี้ยล่วงหน้าโดยการนำดอกเบี้ยรวมเป็นต้นเงินไว้แล้วในสัญญาหรือในตั๋วเงิน

ในกรณีของการเรียกดอกเบี้ยบางกรณีเมื่อลูกหนี้มาขอกู้เงินจากเจ้าหนี้ เจ้าหนี้บางรายคิดดอกเบี้ยล่วงหน้า แล้วนำดอกเบี้ยนั้นไปรวมกับต้นเงินที่แท้จริง และเขียนสัญญากู้ระบุจำนวนเงินต้นที่รวมดอกเบี้ยดังกล่าวเป็นต้นเงินตามสัญญา แนวคำพิพากษาฎีกาตัดสินว่า ดอกเบี้ยที่เกินอัตราเป็นโมฆะทั้งหมด เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1913/2537 วินิจฉัยว่า จำนวนเงินต้นตามที่ระบุไว้ในสัญญากู้เป็นเงินที่รวมดอกเบี้ยเกิน

อัตราและคิดล่วงหน้าเอาไว้ด้วยเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา 2475 มาตรา 5 และ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ดอกเบี้ยที่รวมไว้ตกเป็นโมฆะ แต่หนี้ต้นเงินที่แท้จริงและข้อตกลงที่ให้ดอกเบี้ย ร้อยละ 1.25 ต่อเดือนยังคงสมบูรณ์

หรือบางกรณีที่มีการสั่งจ่ายเช็คเพื่อชำระหนี้เงินกู้ซึ่งมีดอกเบี้ยเกินอัตรารวมอยู่ด้วยคงต้องพิจารณาว่าสามารถแยกหนี้ที่เกิดขึ้นในส่วนที่เป็นโมฆะได้หรือไม่ โดยดูจากเจตนาของคู่สัญญา กล่าวคือ หนี้ตามตั๋วเงินสามารถแยกหนี้ส่วนที่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะได้ ดังนั้น แม้มีการออกเช็คเพื่อชำระหนี้ที่มีอัตราดอกเบี้ยที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเช็คนั้นก็ยังสามารถใช้บังคับได้เฉพาะส่วนที่ไม่เป็นโมฆะ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 804/2506 (ประชุมใหญ่) และ คำพิพากษาฎีกาที่ 2405/2538 ซึ่งวินิจฉัยแนวเดียวกันว่า แม้ว่าเช็คนั้นจะรวมเอาดอกเบี้ยที่เกินอัตราตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่โจทก์ยังมีสิทธิเรียกร้องต้นเงินได้ เพราะส่วนที่เป็นโมฆะคือ การคิดดอกเบี้ยเท่านั้น แต่การที่สถาบันการเงินจะนำเช็คมาฟ้องเป็นคดีอาญาคงจะไม่ได้ เพราะถือว่าเป็นผู้มีส่วนในการกระทำความผิดด้วย จึงไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหายตาม พรบ.ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ.2534

(7) <u>สิทธิในการคิดค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนของสถาบันการเงิน</u>

เนื่องจากสถาบันการเงินมีต้นทุนและค่าใช้จ่ายและเพื่อป้องกันการเก็งกำไรของลูกค้า ดังนั้น โดยทั่วไปสถาบันการเงินมักจะเรียกค่าตอบแทนจากการที่สถาบันการเงินให้ลูกค้าซึ่งเป็นผู้กู้กู้เงิน โดยอาจจะอยู่ในรูปของค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เช่น Font end fee ค่าธรรมเนียมจากการให้กู้ หรือ Prepayment fee ค่าธรรมเนียมที่ชำระคืนเงินก่อนกำหนด Management fee ค่าธรรมเนียมจัดการเงินกู้ เป็นต้น

การเรียกค่าตอบแทนนี้จะบังคับกันได้มากน้อยเพียงใดนั้น พิจารณาจากพรบ.ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 มาตรา 3 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการที่ผู้ให้กู้อาจเลี่ยงโดยการเรียกเงินจากลูกหนี้ด้วยวิธีอื่นเป็นผลประโยชน์ตอบแทนที่ได้กู้เงินซึ่งอาจจะได้รับประโยชน์ยิ่งกว่าที่จะเรียกดอกเบี้ย หรือ รับเอากำไรอื่นซึ่งเป็นเงินหรือสิ่งของเป็นประโยชน์มากเกินส่วนอันสมควร หรือกำหนดข้อความอันไม่จริงในสัญญากู้หรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้ ให้ถือว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เช่น ผู้ให้กู้ได้กำหนดสัญญากู้ยืมโดยเรียก ดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี นอกจากนั้นผู้ให้กู้ยังเรียกให้ผู้กู้ต้องส่งมอบข้าวสารเดือนละ 1 กระสอบ หรือ ตกลงกู้เงิน 1,000,000 บาท แต่ผู้กู้ได้รับเช็ค จำนวน 70,000 บาท

แต่การที่จะพิจารณาว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นเป็นประโยชน์เกินส่วนอันสมควรหรือไม่ ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นราย ๆ ไม่ได้หมายความว่าเมื่อเป็นปกติประเพณีของสถาบันการเงินแล้ว สถาบันการเงินจะเรียกค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมอย่างไรก็ได้ เพราะบางครั้งสถาบันการเงินคิดค่าตอบแทนสูงมากหรือมีเงื่อนไขต่าง ๆ เล็กน้อยแฝงอยู่ ซึ่งทำให้ผู้กู้ต้องแบกรับภาระมากขึ้นกว่าดอกเบี้ย เช่น จากจำนวนเงินที่กู้ ระยะเวลาแห่งการกู้ยืม ดอกเบี้ยที่ผู้ให้กู้ได้รับตามสัญญากู้ยืม และกำไรอื่นซึ่งเป็นเงินหรือสิ่งของ [17]

4.2.3 <u>พิจารณากรณีกำหนดเบี้ยปรับและความรับผิดในค่าเสียหาย</u>

เนื่องจากการที่สถาบันการเงินจัดเตรียมเงินให้กู้ โดยหลักการถือว่าเงินนั้นเป็นค่าใช้จ่ายและต้นทุนของสถาบันการเงิน ดังนั้น ข้อกำหนดเรื่องเบี้ยปรับและค่าเสียหายจึงเป็นหนทางในการเยียวยาแก้ไขความเสียหายทางด้นทุนที่สถาบันการเงินได้รับ จึงมักพบว่าสถาบันการเงินมักจะกำหนดเงื่อนไขอันเกี่ยวกับเบี้ยปรับและค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ให้วงเงินกู้แก่ลูกค้า ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เช่น

"**ข้อ 2. ประเภทวงเงินกู้ การเบิกใช้เงินกู้ และระเบียบการเบิกใช้เงินกู้**

2.1 .....

2.2 ในส่วนเกี่ยวกับเงินกู้เพื่อใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียนในการดำเนินธุรกิจของผู้กู้ (วงเงินที่1) จำนวน _____บาท นั้น ผู้กู้ตกลงจะเบิกใช้เงินกู้ในส่วนนี้ครั้งเดียวทั้งจำนวนภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ลงนามในสัญญานี้ หากผู้กู้ไม่เบิกใช้เงินกู้ในส่วนนี้ภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ผู้กู้ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมการยกเลิกเงินกู้ตามอัตราที่จะกล่าวต่อไปใน ข้อ 10.3 แห่งสัญญานี้ ในวันครบกำหนดการเบิกใช้เงินกู้ตามสัญญานี้"

ซึ่งจากข้อกำหนดในสัญญาเช่นนี้ ทำให้ผู้กู้ซึ่งเป็นลูกค้าของสถาบันการเงินจะต้องจ่ายค่าธรรมเนียม หากปรากฏว่าไม่เบิกใช้สินเชื่อหลังจากที่ได้รับวงเงินสินเชื่อแล้ว

---

[17] สัมมนากฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินและดอกเบี้ย , หน้า 38.

โดยทั่วไปค่าธรรมเนียมลักษณะนี้เรียกว่า "ค่าธรรมเนียมการยกเลิกวงเงินกู้" โดยค่าธรรมเนียมการยกเลิกวงเงินกู้ดังกล่าวนี้เป็นค่าธรรมเนียมเพื่อชดเชยความเสียหายที่สถาบันการเงินจะต้องจัดหาเงินมาให้ผู้กู้กู้ซึ่งแหล่งเงินนั้นอาจเป็นสถาบันการเงินอื่นซึ่งทำให้สถาบันการเงินต้องมีต้นทุนเกิดขึ้นนั่นเอง

นอกจากนั้นยังอาจมีข้อตกลงในการที่ผู้กู้ต้องชำระค่าธรรมเนียมประเภทที่ในกรณีที่ผู้กู้ชำระคืนหนี้เงินกู้ค้างชำระก่อนครบกำหนดในสัญญาแก่ผู้ให้กู้ก็ได้ เช่น

"ข้อ 10. ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย

10.1 .....

10.2 ผู้กู้ตกลงจะจ่ายค่าธรรมเนียมชำระคืนต้นเงินกู้ก่อนกำหนด (Prepayment Fee) ให้แก่ผู้ให้กู้สำหรับจำนวนต้นเงินกู้ที่ผู้กู้ชำระคืนให้ผู้ให้กู้ก่อนระยะเวลาที่กำหนดในข้อ 6.11 ข้างต้น ในอัตราร้อยละ_____ ของยอดเงินกู้ที่ผู้กู้ชำระคืนก่อนกำหนดนั้น"

มีข้อพิจารณาว่า การกำหนดเบี้ยปรับในเงินกู้ของสถาบันการเงินกฎหมายเปิดโอกาสให้สามารถเรียกได้ในอัตราที่สูงกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปีได้ เนื่องจากหากพิจารณาความหมายของคำว่า "เบี้ยปรับ" แล้วจะเห็นได้ว่าแตกต่างจากดอกเบี้ยในการกู้ ยืมเงิน เพราะดอกเบี้ยมีลักษณะเป็นค่าตอบแทนในการที่ผู้ให้กู้ยอมให้ผู้กู้กู้เงิน ด้วยเหตุนี้เบี้ยปรับจึงไม่ใช่ดอกเบี้ยจึงไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 [18]

เช่น กำหนดในสัญญาว่า "ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามข้อหนึ่งข้อใดในสัญญานี้หรือไม่ปฏิบัติตามคำรับรอง หรือตกเป็นผู้ผิดนัดผิดสัญญาแห่งสัญญานี้ ให้ถือว่าเป็นการผิดนัดผิดสัญญาในหนี้ทั้งหมดที่ลูกหนี้ยังค้างชำระอยู่กับเจ้าหนี้ ตลอดจนให้ถือว่าบรรดาหนี้สินทั้งหลายเป็นอันถึงกำหนดชำระทันที โดยเจ้าหนี้ไม่ต้องบอกกล่าว เรียกร้องหรือทวงถามแต่อย่างใด และลูกหนี้ตกลงชำระหนี้สินทั้งหลายที่ยังคงค้างทั้งหมดพร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงสุด ทั้งนี้ จนกว่า เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ดังกล่าวจนเสร็จสิ้นครบถ้วน รวมตลอดจนยินยอมรับผิดชดใช้ค่าเสียหาย ค่าใช้จ่าย ค่าธรรมเนียมในการเตือน เรียกร้องทวงถาม ฟ้องร้องดำเนินคดี หรือบังคับชำระหนี้จนเต็มจำนวน" หรือ "ในกรณีที่เจ้าหนี้ได้รับ

---

[18] ทนงศักดิ์ ดุลยกาญจน์ ,คดีกู้ยืมเงิน , หน้า 108.

ความเสียหายหรือถูกเรียกร้องให้ชดใช้เงินใด ๆ แก่หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นอันเนื่องจากการผิดคำรับรองและยืนยันของลูกหนี้ตามสัญญานี้ ลูกหนี้ตกลงชดใช้ค่าเสียหายหรือเงินจำนวนที่เจ้าหนี้ได้ชำระไปดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้ทันทีพร้อมชำระดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดนับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายหรือได้ชำระเงินให้แก่หน่วยงานของรัฐหรือบุคคลอื่นดังกล่าว ทั้งนี้จนกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระค่าเสียหายหรือเงินดังกล่าวคืนจากลูกหนี้จนครบถ้วน รวมตลอดจนชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเตือน เรียกร้อง ทวงถาม ฟ้องร้อง ดำเนินคดี หรือบังคับชำระหนี้จนเต็มจำนวน”

มีข้อสังเกตว่า สัญญากู้เงินที่สถาบันการเงินกำหนดนอกจากมีกำหนดระยะเวลาการชำระต้นเงินและดอกเบี้ยที่แน่นอนแล้ว มักมีข้อตกลงว่าการที่กำนดให้สถาบันการเงินสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องและเรียกให้ลูกค้าหรือผู้กู้ชำระต้นเงินหรือดอกเบี้ยได้ทันทีแม้ว่ายังไม่ถึงกำหนดชำระต้นเงินเพราะการที่ลูกค้าหรือผู้กู้ผิดนัดไม่ชำระต้นเงินหรือดอกเบี้ยตามที่กำหนดในสัญญานั้น

ผู้เขียนเห็นว่าแม้ข้อตกลงดังกล่าวนี้จะทำให้สถาบันการเงินได้เปรียบอยู่บ้าง แต่อย่างไรก็ตามข้อตกลงนี้ก็สามารถบังคับกันได้ตามเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เนื่องจากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 536/2513 วินิจฉัยว่า เมื่อข้อสัญญาระบุว่าผู้กู้ต้องชำระดอกเบี้ยทุกเดือนแล้วก็ไม่ชำระดังนี้ ผู้กู้ได้ชื่อว่าผิดนัด และเมื่อข้อสัญญาระบุไว้ด้วยว่าถ้าผู้กู้ผิดนัดผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่งยอมให้เรียกเงินต้นและดอกเบี้ยได้ ดังนี้ แม้ต้นเงินยังไม่ถึงกำหนดผู้ให้กู้ก็มีสิทธิฟ้องผู้กู้และผู้ค้ำประกันให้ชำระหนี้ได้ด้วย และ คำพิพากษาฎีกาที่ 3161/2527 วินิจฉัยว่า สัญญากู้มีข้อความว่า “ผู้กู้ตกลงชำระหนี้ตามสัญญานี้ภายในกำหนดวันที่ 10 เมษายน 2524 แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้ให้กู้ที่จะกำหนดเรียกร้องให้ผู้กู้ชำระหนี้ตามสัญญานี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก่อนถึงกำหนดที่กล่าวมาได้ตามแต่ผู้ให้กู้จะเห็นสมควร และโดยมิพักต้องชี้แจงแสดงเหตุ ผู้กู้สัญญาว่าในกรณีที่ผู้ให้กู้เรียกร้องดังกล่าวนี้ ผู้กู้จะชำระหนี้ตามเรียกร้องทันที” ดังนี้ แม้ผู้กู้จะเสียเปรียบผู้ให้กู้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็เกิดขึ้นด้วยใจสมัครของลูกหนี้เอง หาเกี่ยวกับสังคมหรือประชาชนไม่ จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับได้ ผู้ให้กู้ฟ้องเรียกเงินกู้คืนก่อนครบกำหนดเวลาตามสัญญาได้

แต่ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ขึ้นบังคับใช้จึงอาจมีประเด็นที่ต้องถกเถียงกันว่าข้อตกลงที่ให้สิทธิผู้ให้กู้สามารถเรียกหนี้คืนทั้งหมดได้ทันทีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้งวดใดงวดหนึ่ง เป็นข้อตกลงที่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบกันเกินควรหรือไม่

4.2.4 <u>พิจารณาการใช้สิทธิเลิกสัญญาและผลภายหลังการเลิกสัญญา</u>

สิทธิในการเลิกสัญญาเป็นสิทธิหนึ่งที่สถาบันการเงินอาจเลือกใช้ต่อลูกหนี้ที่ผิดนัดผิดสัญญา ในหัวข้อนี้สามารถพิจารณาโดยการนำเอาหลักการทั่วไปของนิติกรรมสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญาและผลภายหลังการเลิกสัญญามาพิจารณาได้ กล่าวคือ เมื่อมีการเลิกสัญญาคู่สัญญาจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือ หากมีการตกลงกันไว้อย่างไร ก็ให้ปฏิบัติเช่นนั้นตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

มีข้อสังเกตว่า เกี่ยวกับการใช้สิทธิเลิกสัญญา สถาบันการเงินมักจะทำสัญญาที่กำหนดลักษณะความจำกัดความรับผิดไว้เพื่อประโยชน์ของตัวสถาบันการเงินเอง เช่น

"ข้อ 8. ผลของการผิดนัดผิดสัญญา

เมื่อผู้กู้ตกเป็นผู้ผิดสัญญา ตามข้อ 7. ข้างต้น หรือผู้กู้ได้ปฏิบัติผิดไปจากสัญญานี้ ไม่ว่าส่วนใดส่วนหนึ่งหรือตามกฎหมาย ให้ถือว่าเงินกู้ทั้งหมดตามสัญญานี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ดีเป็นอันถึงกำหนดชำระลงทั้งหมดทันที และผู้ให้กู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา....ได้ทันที"

ซึ่งจากข้อตกลงเช่นนี้ทำให้ผู้กู้ถูกบอกเลิกสัญญาได้ทันทีหากผิดนัดผิดสัญญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 กำหนดให้การเลิกสัญญาคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องบอกกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทราบล่วงหน้าเพื่อมาชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาที่สมควรก่อนจึงจะเลิกสัญญาได้

4.2.5 <u>พิจารณากรณีหลักประกัน</u>

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า โดยหลัก มาตรา 30 (5) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟอซิเอร์ พ.ศ.2522 กำหนดให้สถาบันการเงินต้องเรียกหลักประกันจากผู้กู้ ในทางปฏิบัติเมื่อสถาบันการเงินเข้าร่วมเสี่ยงในโครงการการลงทุนโดยการสนับสนุนทางการเงินแล้ว สถาบันการเงินมักจะเรียกหลักประกันบางอย่างเพื่อความมั่นใจในการเข้าร่วมสนับสนุนและเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นแม้ว่าสถาบันการเงินนั้นจะได้วิเคราะห์แล้วว่าโครงการนั้นจะสามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ โดยรูป

แบบของหลักประกันมีหลายรูปแบบ ซึ่งแต่ละรูปแบบวิธีการนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันนั้นจะมีลักษณะและวิธีการของหลักประกันนั้น โดยอาจแยกพิจารณาดังนี้ คือ

(1) กรณีการจำนอง

การเรียกให้มีการจำนองทรัพย์สินซึ่งอาจจะเป็นที่ตั้งของโครงการหรือทรัพย์สินอื่นอันจำนองได้อื่นใด วิธีการจำนองนี้ถือว่าเป็นหลักประกันที่น่าจะสร้างความมั่นใจดีที่สุดอย่างหนึ่ง บางครั้งการเรียกให้มีการจำนองอาจพบว่าเป็นประเด็นสำคัญสำหรับการให้สินเชื่อ กล่าวคือ สถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้ให้กู้กำหนดให้การจำนองทรัพย์สินเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนที่ผู้กู้จะต้องดำเนินการก่อนที่ได้รับการให้เบิกใช้สินเชื่อหรือวงเงินกู้ มิฉะนั้นจะไม่สามารถเบิกใช้เงินกู้ได้ เช่น

"ข้อ 4. เงื่อนไขบังคับก่อน

ผู้ให้กู้มีความผูกพันที่จะให้เงินกู้แก่ผู้กู้ภายใต้ข้อกำหนดของสัญญานี้ต่อเมื่อผู้กู้ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดแห่งสัญญาและได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขบังคับก่อนต่าง ๆ จนครบถ้วนเป็นที่พอใจของผู้ให้กู้แล้ว คือ

4.1. .....

4.2 ผู้กู้จะต้องทำหลักประกันตามข้อ 5.1 วรรคหนึ่ง และข้อ 5.2 ให้แก่ผู้ให้กู้ครบถ้วนเรียบร้อยแล้ว

4.3 .....

ข้อ 5. หลักประกัน

เพื่อเป็นประกันในการปฏิบัติการ และการชำระหนี้ตามสัญญานี้ ผู้กู้ ตกลงดำเนินการดังต่อไปนี้

5.1 ผู้กู้ตกลงจะจัดการจำนองลำดับหนึ่งในกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งเป็น ที่ตั้งของโครงการ โฉนดที่ดินเลขที่ _____เลขที่ดิน_____ ตำบล_____ อำเภอ _____ จังหวัด _____เนื้อที่รวม ____ไร่ _____ตารางวา พร้อมสิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ ทุกชนิดที่มีอยู่แล้วในขณะทำสัญญานี้และสิ่งปลูกสร้างอื่น ๆ ที่จะมีเพิ่มขึ้นบนที่ดินโฉนดดังกล่าวในภายหน้า ในวงเงินจำนองไม่ต่ำกว่า _____บาท (_____) ตามแบบสัญญาจำนองและสัญญาต่อท้ายสัญญาจำนองที่ผู้ให้กู้กำหนด"

ซึ่งตามหลักกฎหมายการที่สถาบันการเงินเป็นผู้รับจำนองแล้ว ทำให้สถาบันการเงินมีหลักประกันในการให้กู้อันทำให้สถาบันการเงินมีโอกาสในการบังคับเอาจากทรัพย์สินที่จำนองได้หากปรากฏว่าผู้กู้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาด้วยการบังคับขายทอดตลาดทรัพย์สิน [19] หรือการเอาทรัพย์จำนองหลุด [20] แล้วแต่กรณี นอกจากนั้น ทำให้สถาบันการเงินเป็นเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น [21]

มีข้อสังเกตว่าการที่สถาบันการเงินบังคับเอาจากทรัพย์ที่จำนองไว้แล้วเมื่อผู้กู้ไม่ชำระหนี้ หากการบังคับดังกล่าวได้เงินสุทธิแล้วน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระอยู่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 กำหนดให้ผู้กู้ไม่ต้องชำระส่วนที่ขาดนั้นอีก

แต่ด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการแสดงเจตนาประกอบกับข้อกฎหมายดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย คู่สัญญาจึงอาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้ เช่นข้อตกลงนี้ คือ

"ข้อ 9. หลักประกัน

9.1 .....

9.2 .....

9.3 .....

9.4 .....

9.5 ในการจำนองทรัพย์สินที่กล่าวในข้อ 9.2 นั้น ผู้กู้ตกลงว่าหากมีการบังคับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนองได้เงินจำนวนสุทธิไม่พอชำระหนี้ตามที่จำนองไว้ ผู้กู้ยอมรับผิดชดใช้ส่วนขาดจนครบถ้วน และนอกจากผู้ให้กู้จะมีสิทธิบังคับเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองไว้แล้ว ผู้กู้ยังยินยอมให้ผู้ให้กู้ใช้สิทธิบังคับเอาจากทรัพย์สินอื่นของผู้กู้ก่อนที่จะบังคับเอาจากทรัพย์สินที่จำนองด้วย"

---

[19]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728

[20]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 729

[21] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702

ซึ่งจากข้อตกลงดังกล่าวผู้จำนองจึงยังคงต้องรับผิดอยู่หากปรากฏว่าสถาบันการเงินผู้รับจำนองบังคับขายทอดตลาดหรือเอาทรัพย์จำนองหลุดแล้วหนี้ค้างชำระยังเหลืออยู่นั่นเอง

(2) กรณีการโอนสิทธิการเช่าและการนำสิทธิการเช่ามาจดทะเบียนจำนองเป็นประกันหนี้

เนื่องจากการลงทุนในโครงการอสังหาริมทรัพย์ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการอาจจะไม่ได้เป็นเจ้าของที่ดินที่พัฒนานั้นเองหากแต่เช่าเจ้าของที่ดินมาอีกทอดหนึ่ง

และเนื่องจากสิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สิน [22] ฉะนั้น ทางธุรกิจจึงนำเอามาเป็นหลักประกันได้ ในกรณีที่หลักประกันของสัญญากู้เงินระหว่างสถาบันการเงินและผู้ลงทุนและบริหารโครงการเป็นการโอนสิทธิการเช่าที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีสิทธิเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งอาจเป็นสิทธิในการเช่าที่ดินหรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง (แล้วแต่กรณี)

โดยทั่วไปการนำสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกันนั้น อาจจะเป็นข้อตกลง 3 ฝ่าย ระหว่าง ผู้ให้เช่า กับ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ กับ สถาบันการเงิน หรือ อาจเป็นเพียงสัญญา 2 ฝ่าย ระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับสถาบันการเงิน ประกอบกับหนังสือยินยอมให้โอนสิทธิการเช่าของผู้ให้เช่า โดยหากเกิดกรณีที่ผู้กู้ผิดนัดแล้ว สถาบันการเงินย่อมใช้สิทธิในสัญญาโอนสิทธิการเช่าเข้าเป็นผู้เช่าในทรัพย์สินที่เช่าแทนผู้กู้ได้

แต่ทั้งนี้ สถาบันการเงินจะต้องตีราคาหรือประเมินราคาสิทธิการเช่านั้นก่อนซึ่งการประเมินราคาสิทธิการเช่านั้น หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 656 วรรค 2 และ วรรค 3 จะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้คิดหรือประเมินราคาของสิทธิการเช่านั้นตามราคาท้องตลาดในเวลา และ ณ สถานที่ที่บังคับสิทธิการเช่านั้น ซึ่งหากคู่สัญญา ตกลงกันไม่ให้ใช้ราคาท้องตลาด ตามมาตรา 656 วรรค 3 กำหนดให้ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ

นอกจากกรณีการโอนสิทธิการเช่าดังกล่าวนี้แล้ว โดยผลของพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม พ.ศ.2542 ระบุให้การโอนสิทธิการเช่าเป็นทรัพยสิทธิซึ่งสามารถนำมาจดทะเบียนจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้ได้

---

[22] คำพิพากษาฎีกาที่ 10/2502 , 1778/2509 1512/2519 2253/2524

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการล้วนแต่มีข้อสัญญาที่กำหนดความรับผิดแก่ฝ่ายผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการในขณะที่ด้านผู้ให้กู้จะไม่มีข้อตกลงใด ๆ ปรากฏให้เห็นว่าต้องมีพันธะผูกพันเพียงใดตามสัญญาสนับสนุนทางการเงินดังกล่าวนั้นเลย จึงเกิดปัญหาว่าหากต่อมาสถาบันการเงินไม่ยอมให้เงินกู้จนครบถ้วนตามจำนวนเงินที่ตกลงกันไว้ ผู้กู้จะมีสิทธิหรือวิธีการเยียวยาแก้ไขอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ประเด็นนี้ไว้โดยละเอียดในหัวข้อ 5.1.1 กรณีที่สถาบันการเงินไม่ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ

4.3 นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้กู้ร่วม

4.3.1. พิจารณากรณีต้นเงิน

หากพิจารณาในแง่ของนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้กู้ร่วมจะเป็นลักษณะต่างฝ่ายต่างต้องรับผิดในหนี้ของตนเอง หรือ ให้ธนาคารผู้จัดการเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับผู้กู้และนำดอกเบี้ยที่ผู้กู้ชำระส่งให้แก่ผู้ให้กู้ร่วมรายอื่นตามอัตราส่วนที่ผู้ให้กู้ร่วมนั้นมีส่วน ดังนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้กู้ร่วมจึงเป็นเรื่องที่ต่างคนเป็นเอกเทศไม่ได้ทำให้มีผลเป็นเจ้าหนี้ร่วม จะมีเพียงความรับผิดของธนาคารตัวแทนที่จะต้องนำเงินกู้ ดอกเบี้ย ส่งมอบให้แก่ผู้ให้กู้ร่วมในฐานะตัวการในกรณีที่ผู้ให้กู้ร่วมมิได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับผู้กู้ [23] ฉะนั้นเวลาที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีผู้กู้จึงต้องเข้าชื่อร่วมเป็นโจทก์ในคดี ไม่เหมือนกับกรณีที่เป็นเจ้าหนี้ร่วมที่ได้ประโยชน์ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ต้องดูวัตถุประสงค์ของผู้ให้กู้ร่วมว่ามีความประสงค์จะเป็นเจ้าหนี้ร่วม หรือไม่

สาเหตุที่กล่าวว่าการเป็นผู้ให้กู้ร่วมนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างกันไม่ใช่เจ้าหนี้ร่วมอาจพิจารณาได้ดังนี้ คือ โดยหลักแม้เจ้าหนี้จะร่วมกันเข้าทำสัญญาก็ตาม แต่เนื่องจากไม่เข้าตามหลักเกณฑ์ของการเป็นเจ้าหนี้ร่วมตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะหนี้ที่ผู้กู้มีอยู่ต่อผู้ให้กู้นั้นเป็นหนี้เงินซึ่งถือว่าเป็นหนี้ที่แบ่งชำระได้ แยกคำนวณได้ ประกอบกับลักษณะของสัญญาร่วมกันนั้นมักไม่ปรากฏว่าผู้ร่วมให้กู้เป็นเจ้าหนี้ร่วมกัน กรณีจึงยังเป็นที่สงสัยและไม่อาจตีความได้ว่าผู้ร่วมให้กู้เป็นเจ้าหนี้ร่วมทุกราย ในขณะเดียวกันความสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ให้กู้ก็ไม่ได้เป็นหุ้นส่วนกันด้วย เพราะลักษณะของหุ้นส่วนจะต้องมุ่งประสงค์แบ่งปันกันซึ่งกำไรและขาดทุน แต่ผู้ให้กู้ร่วมไม่ได้หวังเสี่ยงร่วมกันในกำไรขาดทุน

---

[23] กิตติพงศ์ อุรพีพัฒนพงศ์ , "การใช้กฎหมายไทยในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศของภาค เอกชน" , หน้า 92.

หากแต่เป็นเรื่องดอกเบี้ยหรือค่าตอบแทนจากเงินกู้ยืมหรือ สินเชื่อประเภทอื่นเฉพาะในส่วนที่ตนได้ให้สินเชื่อผู้กู้ตามความมากน้อยแห่งสัดส่วนของสินเชื่อนั้น

ฉะนั้น การที่ผู้ให้กู้รายใดรายหนึ่งไม่ให้เงินกู้ที่ต้องให้ผู้กู้ หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา เกี่ยวกับต้นเงิน ผู้ให้กู้รายอื่นก็ไม่มีหน้าที่ที่ต้องส่งเงินส่วนที่ผู้ให้กู้รายนั้นไม่ให้ เพราะหน้าที่และความรับผิดแยกออกต่างหากจากกันและในขณะเดียวกัน จะกำหนดให้หนี้ส่วนของตนถึงกำหนดชำระเมื่อใดก็ได้

แต่บางกรณีอาจพบว่าผู้ให้กู้แต่ละรายมีหน้าที่และความรับผิดต่อกันได้ กล่าวคือ โดยลักษณะทั่วไปของการให้กู้ร่วม มักจะต้องมีการลงมติให้ผู้ให้รายหนึ่งเป็นตัวแทนของผู้ให้กู้เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้ประสานงานระหว่างผู้กู้กับผู้ให้กู้ร่วม หรือทำหน้าที่ประสานงานระหว่างผู้ให้กู้ร่วมกัน เช่น เป็นตัวกลางในการรับคำขอเบิกเงินกู้จากผู้กู้และแจ้งความประสงค์และรายละเอียดการขอเบิกเงินกู้ดังกล่าวให้ [24] , รวมเงินเฉลี่ยให้ ทั้งนี้แล้วแต่จะกำหนด

จากลักษณะของการแต่งตั้งมอบหมายให้ผู้ให้สินเชื่อรายใดรายหนึ่งเป็นผู้ประสานงาน ย่อมเกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันในฐานะตัวการตัวแทนตามกฎหมายแล้ว ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามที่กำหนด ผู้ประสานงานย่อมต้องรับผิดต่อผู้ให้กู้ร่วมรายอื่นตามหลักการตัวการตัวแทน

มีข้อสังเกตว่า การทำหน้าที่ของผู้ประสานงานจะต้องมีบำเหน็จในการทำงานเสมอซึ่งส่วนนี้แล้วแต่คู่สัญญาจะกำหนดว่าเป็นหน้าที่ของใครรับผิดชอบ เช่น ลูกหนี้ หรือเจ้าหนี้ทุกราย

4.3.2. พิจารณากรณีดอกเบี้ยและค่าตอบแทน

เนื่องจากกล่าวมาในตนอต้นว่าความผูกพันและหน้าที่และความรับผิดของผู้ให้กู้ร่วมแยกออกจากกัน

---

[24] เอื้อนมาศ สุขอาบใจ , “ปัญหาในการบังคับจำนองอสังหาริมทรัพย์ระหว่างผู้ร่วมให้สินเชื่อ” , (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 28.

ฉะนั้น สิทธิต่าง ๆ ที่สถาบันการเงินใดพึงมีสิทธิในการเรียกดอกเบี้ยหรือค่าตอบแทนใดจากผู้กู้ ก็ย่อมเป็นไปตามนั้น ดังนั้น จึงพบว่าอัตราดอกเบี้ยผิดนัดของผู้ให้กู้บางรายในสัญญาเดียวกันไม่เท่ากัน

นอกจากเรื่องดอกเบี้ยก็อาจพบว่าระหว่างผู้ให้กู้ด้วยกันเองมีการให้ค่าตอบแทนระหว่างกันในกรณีที่ผู้ให้กู้รายใดรายหนึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ประสานงานให้

4.3.3. พิจารณากรณีเบี้ยปรับและค่าเสียหาย

กรณีของเบี้ยปรับและค่าเสียหายกับการให้กู้ร่วมอาจเกิดขึ้นได้ ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้ให้กู้รายใดรายหนึ่งผิดสัญญาที่กำหนดไว้ หรือ กระทำการให้ผู้ให้กู้ร่วมรายอื่นต้องเสียหาย

4.3.4. พิจารณากรณีการเลิกสัญญา

ตามปกติสัญญาเมื่อเกิดขึ้นแล้วย่อมมีหนี้ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามซึ่งหากคู่สัญญามีความประสงค์ที่จะเลิกสัญญาก็จะต้องเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญา หรือ ตามที่กฎหมายกำหนด

กรณีของการเลิกสัญญาในสัญญาร่วมกันให้กู้ก็เช่นเดียวกันที่เมื่อคู่สัญญามีความประสงค์จะเลิกสัญญาก็จะต้องดำเนินการตามที่กำหนดในสัญญาด้วย

มีข้อสังเกตว่า การที่ผู้ให้กู้ร่วมรายใดรายหนึ่งจะเลิกสัญญาหรือมีเหตุที่ผู้ให้กู้รายใดรายหนึ้งจะเลิกสัญญาได้ ในสัญญาร่วมกันให้กู้มักมีข้อกำหนดว่าจะต้องได้รับมติเสียงข้างมากจากผู้ให้กู้ร่วมรายอื่นด้วย แม้ว่าโดยทั่วไปสิทธิหน้าที่ของผู้ให้กู้แต่ละรายมีสิทธิโดยลำพังอยู่แล้ว

4.3.5. พิจารณากรณีหลักประกัน [25]

การที่ผู้ร่วมให้กู้แต่ละรายที่มีส่วนเข้ามาร่วมกันให้สินเชื่อแก่ผู้กู้ในคราวเดียวกันนั้นย่อมต้องการาที่จะมีสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเท่าเทียมกันโดย

---

[25] เรื่องเดียวกัน , หน้า 42

ไม่มีผู้ให้กู้ร่วมรายใดยินยอมที่จะได้สิทธิพิเศษต่าง ๆ ในลักษณะที่ด้อยกว่าผู้ร่วมให้กู้รายอื่น ๆ ดังนั้น จึงพบว่าผู้ให้กู้จะจัดการให้ผู้กู้นำทรัพย์หลักประกันมาเป็นประกันกับผู้ให้กู้ทุกรายเท่า ๆ กัน แม้ไม่มีกฎหมายเฉพาะว่าให้อยู่ในลำดับเดียวกันได้ แต่ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็สามารถทำได้ โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีนำอสังหาริมทรัพย์มาจำนอง

วิธีนำอสังหาริมทรัพย์มาจำนองส่วนใหญ่จะเป็นอสังหาริมทรัพย์ในโครงการ โดยผู้ให้กู้ร่วมทุกรายจะเป็นผู้รับจำนองร่วมกันในลำดับเดียวกัน ในสัญญาจำนองหนึ่งฉบับโดยผลของการทำสัญญาลักษณะนี้ หากเกิดกรณีที่ต้องบังคับจำนองแล้ว ผู้ให้กู้ร่วมทุกรายย่อมได้รับเงินในทรัพย์จำนองในคราวเดียวกัน แต่โดยมากจะให้มีการทำสัญญาเฉลี่ยทรัพย์หลักประกันระหว่างผู้ให้กู้

มีข้อสังเกตว่าเมื่อผู้ให้กู้ร่วมทุกรายเป็นผู้รับจำนองเท่าเทียมกันแล้ว ย่อมเป็นปกติว่าเมื่อเกิดกรณีที่ทำให้ผู้รับจำนองบังคับจำนองได้ ผู้ให้กู้ต่างย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกันในการฟ้องร้องบังคับจำนองได้เช่นกัน ผลคือ ทำให้จำนองสิ้นผลไปเมื่อมีการบังคับจำนอง จึงมักพบว่าระหว่างผู้ให้กู้ร่วมกันจะต้องทำข้อกำหนดให้การบังคับใช้สิทธิบังคับจำนองจะต้อง ๆได้รับมติจากเสียงข้างมาก หรือมีกรณีที่กำหนดไว้ในสัญญาด้วย แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะก็ตามว่าในกรณีที่มีผู้รับจำนองหลายรายเวลาจะบังคับจำนองจะต้องได้รับมติจากผู้รับจำนองรายอื่น ก็ตาม แต่ด้วยหลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็สามารถทำได้

(2) กรณีนำสังหาริมทรัพย์มาจำนำ

เนื่องจากการจำนำโดยหลักจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้ผู้รับจำนำยึดถือไว้ ดังนั้น เมื่อกรณีที่ผู้รับจำนำมีหลายราย วิธีหนึ่งที่พบได้คือ ให้มีผู้ดูแลทรัพย์จำนำแทนผู้ให้กู้ร่วมทุกราย