

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาและผลบังคับในสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนทางการเงิน แก่โครงการอสังหาริมทรัพย์

ในปัจจุบันรูปแบบทางการค้าแบบใหม่ได้เกิดขึ้นเสมอ ประกอบกับพฤติกรรมทางด้านธุรกิจเปลี่ยนแปลงไปเป็นแบบการดำเนินธุรกิจเชิงความร่วมมือมากขึ้น มีการควบคุมซึ่งกันและกัน เนื่องจากแนวคิดที่ว่าธุรกิจจะก้าวหน้าได้จะต้องมีการเกื้อหนุนซึ่งกันและกัน มีความหวังความเสี่ยงร่วมกัน โดยเฉพาะการลงทุนในโครงการที่ต้องใช้เงินทุนมาก ๆ ขณะเริ่มต้น โครงการ สินทรัพย์ของกิจการอาจจะมีไม่มาก แต่ต่อไปในอนาคตหากมีการลงทุนมีการสนับสนุนทางการเงิน ประโยชน์ทางธุรกิจร่วมกันจะมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยจะเห็นได้จากแนวคิดในการดำเนินธุรกิจสมัยใหม่ จะให้ความสำคัญของความสามารถเชิงธุรกิจมากกว่าสินทรัพย์ของกิจการ เนื่องจากสิ่งที่เจ้าหนี้มุ่งหวัง ก็คือ ให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้

ดังนั้น ในการลงทุนจึงต้องมีเงินทุน ผู้ประกอบการจึงต้องคำนึงเสมอว่า กิจกรรมทางการเงินเป็นกิจกรรมที่มีความสำคัญและมีอิทธิพลต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของกิจการ และต้องหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อให้โครงการมีสภาพคล่อง

ในความเป็นจริงดังกล่าว จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าการที่กิจการการลงทุนในโครงการต่าง ๆ ขาดเงินทุนหรือไม่มีเงินทุนที่เพียงพอ ย่อมส่งผลกระทบต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการเสมอ ซึ่งบางครั้งก่อให้เกิดเป็นปัญหาลูกโซ่ทั้งระบบ

เพราะตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่ารูปแบบการลงทุนในปัจจุบันมักจะเป็นแบบเชิงความร่วมมือ เช่น สถาบันการเงินระดมทุนจากประชาชนด้วยการออกตราสารทางการเงินเพื่อแสวงหาประโยชน์ โดยที่สถาบันการเงินนำเงินที่ได้ไปให้สินเชื่อให้กับเอกชนอีกทอดหนึ่ง เนื่องจากหวังว่าเอกชนผู้ลงทุนนั้น จะนำเงินที่ได้ไปลงทุนและทำให้เกิดประโยชน์อย่างอื่น และเพิ่มความสามารถในการชำระหนี้ด้วย

จึงเห็นได้ว่าเงินก้อนหนึ่งถูกใช้หมุนเวียนไปในระบบอย่างคัมค่า ซึ่งหากเงินจำนวนดังกล่าวเกิดการสะดุด ผู้ที่ได้รับผลกระทบจึงไม่ใช่เพียงแค่เอกชนผู้ลงทุนเท่านั้นแต่กระทบถึงสถาบันการเงินที่มีภาระต้องจ่ายดอกเบี้ยให้กับประชาชนที่ถือตราสารของสถาบันการเงินนั้นด้วย และกระทบถึงประชาชนทั่วไปที่จะต้องเข้ามาร่วมเสี่ยงจากการไม่ได้รับชำระหนี้คืนจากการที่ตัวเองไว้นับถือเชื่อใจสถาบันการเงินนั้น ในขณะที่เดียวกันหากเป็นโครงการอสังหาริมทรัพย์ สิ่งที่ประชาชนมุ่งหวังคือ ผลผลิตที่ได้จากการลงทุนนั้นในรูปของ

อสังหาริมทรัพย์ เช่น บ้าน หรือคอนโดมิเนียม ซึ่งหากโครงการไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ ประชาชนซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความเสียหาย เป็นต้น

ในบทนี้ จึงจะแสดงให้เห็นถึงปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายในสัญญาสนับสนุนทางการเงิน โดยมุ่งศึกษาเฉพาะปัญหาทางกฎหมายของสัญญาในขั้นเริ่มต้นการพัฒนาโครงการ PRE-CONSTRUCTION FINANCING อันเป็นสัญญาระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการโดยตรง ซึ่งพบว่ามี 4 ปัญหาหลัก ๆ ด้วยกัน โดยจะแยกพิจารณาวิเคราะห์ดังนี้ คือ

5.1. วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในผลบังคับทางสัญญา

โดยที่สัญญาเกิดขึ้นเนื่องมาจากการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาและภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ก็ให้ความยอมรับหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งหากข้อสัญญากำหนดไว้เช่นใดก็จะต้องบังคับกันตามนั้น แต่ในความเป็นจริงนั้นผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าข้อสัญญาจะกำหนดไว้แล้วอย่างชัดเจนก็อาจปรากฏกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นก็ได้

ดังนั้น การที่จะวิเคราะห์ว่าปัญหาอันเกิดขึ้นจากผลของสัญญาสนับสนุนทางการเงินระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับสถาบันการเงินนั้นเป็นเช่นใด ผู้เขียนเห็นว่าควรแบ่งขั้นตอนของปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อทราบถึงแนวทางการแก้ปัญหาได้ชัดเจนขึ้น ดังนี้ คือ

5.1.1. ปัญหาในขั้นตอนของการที่สัญญาเกิดขึ้นหรือขั้นตอนของการเจรจาต่อรอง (Negotiation)

แต่เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีขอบเขตมุ่งศึกษาเฉพาะปัญหาที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาสนับสนุนทางการเงินระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเท่านั้น ฉะนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการเจรจาต่อรองจึงขอกล่าวโดยสรุปเท่านั้น

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาเข้าตกลงกันเพื่อกำหนดความผูกพันอันหมายถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาตลอดจนเพื่อรักษาประโยชน์และป้องกันความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นอันเนื่องจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางฝ่ายสถาบันการเงินที่จะให้การสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการใดโครงการหนึ่งที่มีวงเงินสูง ๆ สถาบันการเงินจะต้องพิจารณาองค์ประกอบและปัจจัยต่าง ๆ หลายประการ โดยเฉพาะเรื่องของความเสี่ยงในการได้รับชำระหนี้และความคุ้มทุนในการสนับสนุนทางการเงิน ตัวอย่าง เช่น

1. พิจารณาในเบื้องต้นว่าโครงการที่เสนอเข้ามานั้นพอมีทางที่จะเป็นไปได้หรือไม่

2. พิจารณาความเสี่ยงในโครงการ กล่าวคือ ความเสี่ยงในความสำเร็จของโครงการ ความเสี่ยงในทรัพยากร ความเสี่ยงในการดำเนินการตามโครงการ ความเสี่ยงในด้านการตลาด ความเสี่ยงในเรื่องเงินตรา หรือความเสี่ยงทางการเมือง

3. พิจารณาว่าโครงการนั้นมีกฎหมายหรือคำสั่งของทางราชการอันทำให้โครงการต้องมีปัญหาหรือไม่ ซึ่งหากมีปัญหาผู้ให้การสนับสนุนจะไม่พิจารณาให้ โดยเฉพาะผู้ให้การสนับสนุนที่เป็นสถาบันการเงินจะคำนึงถึงผลระยะยาว กล่าวคือ จะคำนึงถึงจนกระทั่งที่มีผู้ซื้อรายย่อยเข้ามาขอรับสินเชื่อเพื่อซื้อประโยชน์จากโครงการนั้น เนื่องจาก หากโครงการต้องล้มลงเพราะขัดต่อกฎหมาย สถาบันการเงินนั้นย่อมต้องถูกกระทบไปด้วย

4. พิจารณาตั้งเงื่อนไขในการปล่อยเงิน นับแต่การกำหนดประเภทวงเงินและขั้นตอนการเบิกใช้เงิน โดยการอ้างกระบวนการทางกฎหมายที่ทางราชการกำหนด เช่น การปล่อยเงินงวดแรกสำหรับโครงการบ้านจัดสรร ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องไปขออนุญาตการประกอบการค้าที่ดินมาแสดงก่อน ฯลฯ ซึ่งโดยทั่วไปมีทั้งวงเงินค่าที่ดิน วงเงินค่าก่อสร้าง

สำหรับสัญญาสนับสนุนทางการเงินระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับสถาบันการเงินก็เช่นเดียวกันที่ความผูกพันทางสัญญาจะต้องเริ่มต้นจากการที่คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะผูกพันกันในข้อสัญญา แต่ความประสงค์เหล่านั้นจะเป็นไปในแนวทางที่ตนต้องการมากน้อยเพียงใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับเจรจาต่อรองระหว่างกัน

ในทางปฏิบัติจึงมักปรากฏว่าการที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์โครงการใดโครงการหนึ่งซึ่งมีความต้องการที่จะได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากสถาบันการเงิน ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องเข้ามาแสดงความจำนงเพื่อขอรับการสนับสนุนทางการเงินจากสถาบันการเงินเอง ซึ่งการที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเข้ามาขอรับการสนับสนุนทางการเงินนี้หากสถาบันการเงินเล็งเห็นว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีคุณสมบัติและน่าจะมีความสามารถในการชำระหนี้ต่อไป สถาบันการเงินก็จะเปิดโอกาสให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเข้ามาพูดคุยหรือแสดงรายละเอียดและวัตถุประสงค์ของการขอรับการสนับสนุนทางการเงิน

สำหรับในขั้นตอนนี้ ในทางปฏิบัติพบว่าหากสถาบันการเงินประเมินแล้วเห็นว่าหากสถาบันการเงินตกลงเข้าร่วมให้การสนับสนุนประโยชน์ร่วมกันระหว่างสถาบันการ

เงินและ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการย่อมเกิดขึ้น สถาบันการเงินก็จะกำหนดให้มีการทำ สัญญากันต่อไป

แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นสำหรับในขั้นตอนนี้ก็คือ ก่อนที่จะมีสัญญาเกิดขึ้น ผู้ลงทุน และพัฒนาโครงการนี้จะต้องดำเนินการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการจัดส่งเอกสาร หรือ ดำเนินการ ใด ๆ ตามที่สถาบันการเงินกำหนด ต้องมาชี้แจงรายละเอียดต่าง ๆ ตามที่สถาบันการเงิน ต้องการ ซึ่งขั้นตอนนี้ผู้เขียนเห็นว่าล้วนแต่เป็นเรื่องของหน้าที่ของทางฝ่ายผู้ลงทุนและ พัฒนาโครงการเท่านั้นที่จะต้องพยายามแสดงให้เห็นว่าผู้ลงทุนและพัฒนา โครงการมีความสามารถที่จะดำเนินโครงการได้และโครงการนั้นจะได้ผลกำไรอันส่งผลให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการสามารถที่จะชำระดอกเบี้ยและค่าตอบแทนต่าง ๆ ต่อสถาบันการเงิน ได้

นอกจากนั้น ด้วยความที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องการที่จะได้รับการ สนับสนุนทางการเงินจากโครงการ อำนาจต่อรองในการกำหนดข้อสัญญาของผู้ลงทุนและ พัฒนาโครงการย่อมน้อยกว่าสถาบันการเงิน ฉะนั้น สถาบันการเงินจะกำหนดข้อสัญญาให้ ผูกมัดหรือกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไว้อย่างไร ผู้ลงทุน และพัฒนา โครงการก็อาจจะต้องยอมรับข้อสัญญานั้น ๆ เสมอ แต่ทั้งนี้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้น กับสถาบันการเงินก็คือข้อมูลหรือรายละเอียดที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการให้กับสถาบัน การเงินไม่ใช่ข้อมูลที่แท้จริงหรือถูกต้อง ซึ่งปัญหาที่ตามมาก็คือ ทำให้สถาบันการเงินต้องประสบ ปัญหาในการวิเคราะห์สินเชื่อเชื่อนั่นเอง กล่าวคือ โดยหลักการสินเชื่อการที่สถาบันการเงินจะทำ การวิเคราะห์โครงการอสังหาริมทรัพย์โดยหลักมักจะเป็นกรณีดังนี้ คือ

1. ประสบการณ์ของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการและความชำนาญในการ ประกอบการ
2. ศักยภาพของโครงการ นับแต่ ศักยภาพทางด้านการตลาด , การบริหาร ภายใน หรือระยะเวลาการคืนทุน
3. หลักประกันของโครงการ ซึ่งอาจจะเป็นที่ตั้งของโครงการ หรือ อาจจะ เป็นหุ้นของบริษัทผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ หรือ อาจจะเป็นการค้ำ ประกันของกรรมการบริษัทของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ
4. ราคาประเมินหลักประกัน ซึ่งจะมีผลต่อจำนวนของเงินกู้ที่จะได้รับ

5. จำนวนเงินลงทุนซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างส่วนของหนี้และส่วนของทุนที่ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมี

ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ หากสถาบันการเงินทำการวิเคราะห์ผิดพลาด หรือ เพราะ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่เปิดเผยข้อมูลที่แท้จริง หรือ เพราะมีข้อจำกัดอยู่กับสถาบันการเงินอื่น ตัวอย่างที่พบบากก็คือ การที่จะนำหุ้นของบริษัทของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมาจำหน่ายในขณะที่ยกเลิกกันอาจจะทำไม่ได้ เพราะอาจจะปรากฏว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีพันธะผูกพันอยู่กับสถาบันการเงินอื่นว่าห้ามนำหุ้นของบริษัทไปจำหน่ายหรือเป็นประกันต่อสถาบันการเงินอื่นอีกก็ได้ ก็อาจทำให้โอกาสที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะได้รับการเห็นชอบด้วยว่าสถาบันการเงินจะยอมให้การสนับสนุนทางการเงินให้

แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปในกรณีที่ภาวะการแข่งขันในธุรกิจการเงิน ซึ่งแต่ละสถาบันการเงินจะต้องระดมเงินมาเพื่อบริหารและจัดการให้ได้ประโยชน์มากที่สุด ทั้งนี้ เพื่อผลกำไรในการประกอบกิจการของสถาบันการเงินเอง ดังนั้น การที่สถาบันการเงินจะรอให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเข้ามาติดต่อหรือขอรับการสนับสนุนทางการเงินเอง ย่อมทำให้โอกาสในการสร้างตลาดและการระดมเงินของสถาบันการเงินลดน้อยลง ฉะนั้น สถาบันการเงินจึงต้องทำการแสวงหาหน่วยธุรกิจที่ลงทุนอันให้ได้มาซึ่งผลตอบแทนที่เหมาะสมด้วยการเข้าไปติดต่อกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเองอาจจะเป็นการยื่นข้อเสนอหรือเงื่อนไขเพื่อจูงใจให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมาขอกู้เงินจากสถาบันการเงิน

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนนี้ สถาบันการเงินอาจจะต้องยอมลดอำนาจต่อรองหรือความประสงค์สูงสุดของตนเองลง หรือต้องยอมรับข้อเสนอของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการบางอย่าง หากปรากฏว่าโครงการนั้นเป็นโครงการที่มีชื่อเสียงหรือสถาบันการเงินเห็นว่าจะได้รับผลตอบแทนที่ดีกว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการรายอื่น ๆ เป็นต้น เช่น การยอมที่จะให้กู้เงินโดยที่ปลอดหลักประกัน หรือ การกู้เงินในอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าสถาบันการเงินอื่น

5.1.2. ปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างที่สัญญากำลังดำเนินอยู่

เมื่อสถาบันการเงินตกลงกันแล้วว่าจะมีการให้การสนับสนุนทางการเงินกัน ขั้นตอนที่ต่อมาก็คือ การทำข้อตกลงนั้นโดยการกำหนดเป็นสัญญา จากที่กล่าวมาข้างต้นว่า ความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น สถาบันการเงินย่อมต้องพิจารณาเป็นอย่างดี ดังนั้น ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้จะเป็นประเด็นหลักในการกำหนดเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญานับสนับสนุนทางการเงินเพื่อป้องกันและให้ครอบคลุมความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น โดยอาจแยกพิจารณาดังนี้คือ

5.1.2.1 กรณีที่สถาบันการเงินไม่ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการในขั้นตอนของการเริ่มต้นพัฒนาโครงการ

(1) กรณีที่สถาบันการเงินปฏิเสธการให้การสนับสนุนทางการเงินโดยผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ได้เป็นผู้ผิดสัญญา

ตัวอย่างข้อสัญญาที่กำหนดเช่นนี้ เช่น

“ข้อ 2. ประเภทและวงเงินกู้

บริษัทตกลงขอและผู้ให้สินเชื่อตกลงให้วงเงินกู้ดังต่อไปนี้ ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและรายละเอียดที่จะกำหนดไว้ในสัญญานี้

วงเงินกู้ 1. 460,000,000.-บาท

วงเงินกู้ 2. 300,000,000.-บาท

2.1 ในระหว่างที่บริษัทยังไม่ได้เบิกเงินกู้ตามสัญญานี้หรือเบิกไม่ครบจำนวนตามที่ระบุไว้ในสัญญานี้ หากมีกรณีอันถือได้ว่าบริษัทเป็นผู้ผิดนัดตามที่ระบุไว้ในข้อ 9. หรือมีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงอื่นใดที่ผู้ให้สินเชื่อเห็นว่าบริษัทไม่ควรจะได้รับวงเงินกู้ตามสัญญานี้หรือมีเหตุจำเป็นอันทำให้ผู้ให้สินเชื่อไม่อาจปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญานี้ได้ ผู้ให้สินเชื่อมีสิทธิระงับการให้เงินกู้หรือการจ่ายเงินกู้ทั้งหมดหรือบางส่วนแก่บริษัททันทีในระยะเวลาใดก็ได้ โดยบริษัทจะไม่ได้แย้ง รวมทั้งยอมให้ผู้ให้สินเชื่อถือว่าบริษัทลั่นสิทธิที่จะกู้เงินทั้งหมดหรือบางส่วนตามสัญญานี้ได้ทันที ทั้งนี้ โดยไม่ถือว่าการกระทำของผู้ให้สินเชื่อได้ก่อให้เกิดความเสียหายกับบริษัทที่ยอมสละสิทธิที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายใด ๆ จากผู้ให้สินเชื่อด้วย

2.2 บริษัทมีสิทธิขอเบิกเงินกู้ตามสัญญานี้ได้ต่อเมื่อบริษัทได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังจะกล่าวต่อไปในข้อ 3. และ/หรือ ข้อ 4. รวมทั้งจัดให้มีหลักประกัน ตาม ข้อ 6. ตลอดจนปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในข้อ 8.1 แห่งสัญญานี้ครบถ้วนแล้ว ทั้งนี้ได้ตกเป็นผู้ผิดนัดตามที่ระบุใน ข้อ 9. ด้วย”

ซึ่งในกรณีนี้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นคือ แม้ว่าข้อสัญญาจะกำหนดไว้แล้วว่าสถาบันการเงินตกลงจะให้เงินเพื่อสนับสนุนโครงการของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเป็นจำนวน 760,000,000.- บาท โดยแบ่งเป็น 2 วงเงินตามสัญญาข้อ 2.1 ก็ตาม แต่บางครั้งอาจเกิดเหตุการณ์ที่ในขณะที่สัญญากำลังดำเนินอยู่ ปรากฏว่าสถาบันการเงินปฏิเสธการให้

การสนับสนุนทางการเงินโดยที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการได้ปฏิบัติตามสัญญาที่กำหนดไว้แล้วอย่างครบถ้วนและไม่ได้เป็นผู้ผิดสัญญาเลย เช่นนี้คู่สัญญาจะบังคับกันอย่างไรในทางกฎหมาย

หรือในกรณีที่ข้อสัญญากำหนดให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการสามารถเบิกใช้เงินกู้ได้ตามความจำเป็นหรือตามความคืบหน้าของผลงาน โดยที่ไม่ได้ให้ทั้งจำนวนพร้อมกันในทันทีก็ได้

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น การที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ได้เบิกเงินกู้ทั้งจำนวนในคราวเดียวจึงเกิดปัญหาว่าจะนำกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมมาใช้บังคับได้หรือไม่กับเงินกู้จำนวนที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการยังไม่ได้เบิกใช้ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นกำหนดหลักความสมบูรณ์ทางกฎหมายของการกู้ยืมเงินอยู่ที่การส่งมอบเงินที่กู้¹ และอีกปัญหาหนึ่งนอกจากนั้น คือ หากต่อมาสสถาบันการเงินผู้สนับสนุนทางการเงินนั้นปฏิเสธไม่ให้การสนับสนุนทางการเงินต่อโครงการนั้น ๆ ระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับสถาบันการเงินจะมีสิทธิหน้าที่ต่อกันอย่างไร ซึ่งได้กล่าวไว้ในเบื้องต้นแล้วในบทที่ 4

ในประเด็นปัญหานี้หากวิเคราะห์ห้บทบัญญัติเรื่องการกู้ยืมอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงความเป็นจริงในทางธุรกิจและหลักกฎหมายอย่างอื่นประกอบ คำตอบของปัญหาที่ 1 ที่ว่าจะนำเรื่องการกู้ยืมเงินมาใช้บังคับได้หรือไม่กับเงินจำนวนที่ยังไม่ได้รับและส่งมอบก็จะกลายเป็นว่าเงินจำนวนนั้น ๆ และสัญญาสนับสนุนทางการเงินดังกล่าวบังคับกันไม่ได้เลยเพราะกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติเรื่องสัญญาจะให้กู้ยืมที่บัญญัติในเรื่องสัญญาจะซื้อจะขาย ฉะนั้น ตราบใดที่ยังไม่ได้ส่งมอบรับมอบเงินที่กู้ยืมกัน ตราบนั้นสัญญากู้ยืมยังไม่เกิดขึ้นบริบูรณ์แม้จะได้ทำสัญญาลงนามกันไว้แล้วก็ตาม²

ความสมบูรณ์และการบังคับใช้กฎหมายกับสัญญาลักษณะนี้ จากการศึกษาพบว่าความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาจะให้ยืม หรือเป็นคำมั่นว่าจะให้ยืม ซึ่งใช้บังคับตามกฎหมายไม่ได้ เพราะยังไม่มี การส่งมอบเงินที่ยืม แม้ว่าคู่สัญญาจะได้ตกลงกันเป็นหนังสือว่าฝ่ายหนึ่งจะให้ยืมแก่อีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม ตราบใดที่ไม่มี การส่งมอบก็ย่อมที่จะนำสัญญานั้นมาฟ้องร้องต่อศาลไม่ได้

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง

² กมล สนธิเกษตริณ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม และ ผัก ทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2527) , หน้า 29.

แต่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ฟ้องร้องบังคับกันได้ เพราะสัญญาจะให้ยืมเป็นสัญญาอีกชนิดหนึ่ง สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินอย่างสัญญายืม แต่สมบูรณ์โดยมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน ก็ใช้ได้ในฐานะสัญญาแล้ว³ แต่ทั้งนี้ ท่าน ศ.ดร.จิต เศรษฐบุตร เห็นว่าสัญญาจะให้ยืมเงินนั้น ๆ จะบังคับได้หรือไม่ จะต้องแบ่งลักษณะของสัญญาจะให้ยืมให้ชัดเจนว่ามีลักษณะใด เพราะในบางกรณีอาจจะไม่สามารถบังคับกันได้ ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

1. สัญญาจะให้ยืมที่มีลักษณะยืมโดยไม่มีค่าตอบแทนในการให้ยืม ถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาให้ จึงไม่ถือว่าเป็นสัญญาที่บังคับกันได้โดยสมบูรณ์

2. สัญญาจะให้ยืมโดยมีค่าตอบแทน ได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่ให้ค้ำประกันนั้นหวังค่าตอบแทนในการให้ยืมเงินนั้น เช่น ธนาคารมีเงินให้ยืมโดยคิดดอกเบี้ยได้มีลูกค้าขอทำสัญญาให้ธนาคารเปิดเครดิตเพื่อตนยืมเงินไปในอัตราดอกเบี้ยที่กำหนด ธนาคารก็ตกลง ดังนี้เข้าใจว่าสัญญาจะให้ยืมดังกล่าวใช้บังคับตามกฎหมายได้ กล่าวคือ หากธนาคารเกิดไม่ยอมให้ยืมตามสัญญาไว้ ลูกค้าย่อมมีสิทธิที่จะบังคับให้ให้ยืมได้

3. สัญญาจะให้ยืมเป็นสัญญาอีกสัญญาหนึ่งที่ต้องทำเพราะเป็นส่วนหนึ่งของหนี้กันอีกอันหนึ่ง เช่น สัญญาประนีประนอมยอมความว่าจะให้กู้ ฉะนั้น เมื่อมีการตกลงกันก็สามารถบังคับกันได้

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่ 2 นี้ คือ ต้องพิจารณา ลักษณะของสัญญาและเจตนาของคู่สัญญากับการที่จะนำเรื่องของสัญญาจะให้กู้ยืมเงินมาใช้บังคับได้หรือไม่กับเงินจำนวนที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการยังไม่ได้เบิกใช้หรือกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนา โครงการจะเรียกให้สถาบันการเงินให้เงินให้กู้ยืมได้หรือไม่ โดยพิจารณาว่า สัญญาภู่นั้นมีส่วนของสัญญาต่างตอบแทนซ่อนอยู่หรือไม่

³ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ดิงศภัทย์ และ สุธีร์ ศุภนิตย์ , ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์ , พิมพ์ครั้งที่ 2 , (คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529) , หน้า 5 .

ซึ่งปัญหาดังกล่าว ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2923/2525 วินิจฉัย ในทำนองเดียวกันซึ่งกล่าวมาแล้วในบทที่ 4 โดยกล่าวถึงว่าสัญญาสนับสนุนทางการเงินที่ ผู้กู้ ยังไม่ได้รับเงินที่กู้จากสถาบันการเงินในวันทำสัญญา สถาบันการเงินผู้สนับสนุนทางการเงินจะ ปฏิเสธไม่ให้กู้เงินแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการได้หรือไม่ ซึ่งคำพิพากษานี้บอกว่า เนื่องจาก ข้อตกลงระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเป็นสัญญาต่างตอบแทนกัน เป็นพิเศษยิ่งกว่าสัญญาธรรมดา เพราะสถาบันการเงินมีสิทธิเข้าควบคุมดูแลอนุมัติโครงการ แบบแปลน แผนผังการพัฒนาที่ดินและปลูกสร้างบ้านจนกระทั่งเสร็จ ในขณะที่ผู้ลงทุน และพัฒนาโครงการจะต้องจ่ายเงินค่าควบคุมดูแลและตรวจสอบบ้าน หรือการที่สถาบันการเงินจะต้องจัดหาเงินกู้มาให้กู้อีก 75% ของราคาที่ดินและบ้าน

ดังนั้น เมื่อข้อตกลงดังกล่าวสามารถบังคับได้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ต้องรับผิดชอบตามสัญญา

กล่าวคือ เมื่อผู้กู้ได้ทำการปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสุจริตตามที่กำหนด ในสัญญาแล้ว และดำเนินการทุกอย่างตามที่กำหนดถึงหน้าที่ของตนในสัญญานั้น เมื่อ ผู้ให้ กู้ไม่ปฏิบัติตามสัญญาผู้ผู้สุจริตนั้นย่อมเรียกให้ผู้ให้กู้รับผิดชอบได้ แต่ความรับผิดชอบตามสัญญา นั้นเป็นความรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวกับค่าเสียหายอันเกิดกับฝ่ายผู้กู้เนื่องจากการไม่ยอมให้เงินกู้ ตามจำนวนที่ตกลงกันของผู้ให้กู้

ส่วนประเด็นที่ว่าผู้กู้จะบังคับโดยอาศัยข้อสัญญาจะให้ผู้ดังกล่าวให้ผู้ให้กู้ ส่งมอบเงินจำนวนที่ยังเหลืออยู่ให้แก่ตนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะบังคับได้ ทั้งนี้ตามหลักใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 กล่าวคือ สภาพแห่งหนี้ที่จะบังคับให้ชำระหนี้ ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ เพราะการให้กู้หรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับความสมัครใจของเจ้าของเงิน เป็นสำคัญ ศาลมีอาจบังคับให้เจ้าของเงินต้องให้เงินกู้ยืมกับผู้กู้ได้ หนทางที่จะเยียวยา แทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็คงมีประการเดียว คือ การเรียกค่าเสียหายโดย อาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคท้าย (คำว่า “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้” หมายถึง กรณีที่วัตถุแห่งหนี้เป็นกรณีที่ลูกหนี้ ต้องกระทำการอันใดอันหนึ่งด้วยตัว ลูกหนี้เองและปรากฏว่าลูกหนี้ฝ่าฝืนหรือละเลยไม่ ปฏิบัติการชำระหนี้ นั้น กล่าวคือ ต้องดูว่าการกระทำนั้น ๆ มีลักษณะเฉพาะตัวหรือไม่ คือ ลูกหนี้เท่านั้นที่สามารถจะทำได้หรือไม่⁴ เช่น ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้โดยการก่อสร้างอาคาร หรือ ขุดดิน หรือทำนิติกรรมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนให้แก่เจ้าหนี้ หรือการที่ลูกหนี้

⁴ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดยจิตติ ดิงศภัทย์ , หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและ หนี้(กรุงเทพมหานคร : เอราวิณการพิมพ์ , 2522) , หน้า 405.

จะต้องส่งมอบอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าหนี้ กรณีเหล่านี้จะเห็นได้ว่าศาลไม่มีวิธีการอันใดที่จะบังคับให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้เช่นนั้น เป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ เพราะถ้าลูกหนี้ไม่สมัครใจจะปฏิบัติตามชำระหนี้เจ้าพนักงานศาลย่อมไม่อาจไปจับตัวลูกหนี้มาแล้วบังคับให้ทำการก่อสร้าง ชุดดิน หรือทำนิติกรรมได้⁵⁾

แต่การเรียกค่าเสียหายนี้กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ว่าฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้จะรับผิดชอบความเสียหายต่อเมื่อ 1. มีการไม่ชำระหนี้ตามข้อตกลง 2. มีความเสียหายเกิดขึ้นอันเนื่องจากการไม่ชำระหนี้นั้น 3. เป็นเพราะความผิดของผู้ไม่ชำระหนี้ กล่าวคือ ความเสียหายนั้นจะต้องเกิดจากความผิดของฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ ตามหลักของ Liability base on fault ที่ถือว่าการไม่ชำระหนี้ที่จะเป็นเหตุให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบนั้นต้องเกิดจากพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ โดยทั่วไปได้แก่ การที่ลูกหนี้จงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (Culpa levis) ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้น ลูกหนี้จึงไม่ต้องรับผิดชอบหากการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุ สู้วิสัยหรืออุบัติเหตุ ส่วนในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด (Mora) หรือล่าช้าในการชำระหนี้ย่อมเป็นอันถือว่าลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในการล่าช้า นั้น เพราะถือว่าการที่ลูกหนี้ผิดนัดหรือล่าช้าในการชำระหนี้เป็นความผิดของลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าลูกหนี้ไม่อาจชำระหนี้ได้เพราะเหตุอันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ใช้ความผิดของลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ย่อมไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด⁶⁾ ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้น่าจะใช้บังคับได้ทั้งที่สัญญาามีลักษณะต่างตอบแทนและไม่ต่างตอบแทน

อนึ่ง แต่สำหรับกรณีที่ข้อสัญญาระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการที่มีการกำหนดข้อสัญญาไว้อย่างชัดเจนว่าสถาบันการเงินมีข้อผูกมัดที่จะต้องให้การสนับสนุนทางการเงินจนครบถ้วนทั้งจำนวนตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหากผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการปฏิบัติตามสัญญาทุกประการแล้วและไม่ปรากฏว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ได้เป็น ผู้ผิดสัญญาแต่อย่างใดก็เช่นเดียวกัน หากปรากฏว่าสถาบันการเงินไม่ยอมให้เงินกู้แก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ สถาบันการเงินย่อมตกเป็นผู้ผิดสัญญา และต้องรับผิดชอบในความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ ตัวอย่างข้อสัญญาเช่นนี้ เช่น

“ ข้อ 1. เงินกู้

⁵⁾ พรรณภา บุรพาชีพ , “ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้”, หน้า 24.

⁶⁾ชาติ ชัยเดชสุริยะ , “ผลทางกฎหมายของการที่ลูกหนี้ผิดนัด” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2531) , หน้า 6.

เนื่องจากผู้กู้มีความต้องการใช้เงินลงทุนในธุรกิจของผู้กู้เพื่อก่อสร้างอาคารชุดที่พักอาศัยบนที่ดินของผู้กู้โฉนดเลขที่_____กับมีความประสงค์จะขอรับความช่วยเหลือการสนับสนุนทางการเงินในรูปของการกู้เงิน และผู้ให้กู้ตกลงให้ความช่วยเหลือดังกล่าวแก่ผู้กู้

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามความในวรรคก่อน ผู้ให้กู้ตกลงให้ผู้กู้เงินเป็นจำนวน_____บาท โดยผู้ให้กู้สัญญาว่าจะให้ผู้กู้เงินจำนวนดังกล่าวจนครบถ้วนทั้งจำนวนไม่ว่าเงินจำนวนดังกล่าวผู้ให้กู้จะต้องไปจัดหาจากแหล่งเงินกู้อื่นก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องไม่ ปรากฏว่าผู้กู้เป็นผู้ผิดสัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ด้วย

.....

ข้อ 2. คำรับรองและข้อปฏิบัติตามสัญญา

ผู้ให้กู้รับรองว่าหากผู้ให้กู้ไม่อาจจัดหาเงินกู้มาให้ผู้กู้จนครบถ้วนตามจำนวนที่ระบุไว้ในข้อ 1. ของสัญญานี้ อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้กู้ ผู้ให้กู้ตกลงรับผิดชอบชำระค่าเสียหายนั้นให้แก่ผู้กู้จนครบถ้วน”

ซึ่งจากข้อสัญญาดังกล่าวหากเทียบเคียงจากคำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 จะเห็นว่าศาลพิจารณาว่าตามข้อสัญญาสถาบันการเงินดังกล่าวมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้โครงการสำเร็จ เมื่อสถาบันการเงินไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงโดยมิยอมให้การสนับสนุนการเงินให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการนั้น พฤติการณ์ดังกล่าวของสถาบันการเงินเป็นการจงใจผิดสัญญา สถาบันการเงินจึงต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ แต่สำหรับเรื่องของค่าเสียหายนี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในข้อ 3. ปัญหาที่เกิดขึ้นหลังจากที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติอาจจะไม่มีสถาบันการเงินใดที่จะกำหนดข้อผูกพันเช่นนี้ในสัญญาและอำนาจการฟ้องของทางผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการที่จะกำหนดข้อสัญญาแบบนี้คงไม่เกิดขึ้นในปัจจุบัน แต่ที่ผู้เขียนยกตัวอย่างของข้อความดังกล่าวข้างต้นมานั้น ผู้เขียนเพียงแต่ต้องการแสดงให้เห็นว่าการกำหนดข้อความในสัญญาในระดับใดจึงจะผูกมัดสถาบันการเงินให้ต้องปฏิบัติตามที่ตกลงกันเท่านั้น

(2) กรณีสถาบันการเงินไม่สามารถให้เงินสนับสนุนได้เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายหรือเพราะคำสั่งของทางราชการที่ควบคุมสถาบันการเงิน

ในความเป็นจริงโครงการการลงทุนและพัฒนาอสังหาริมทรัพย์เป็นการลงทุนที่ต้องใช้เงินค่อนข้างมาก และในบางกรณีอาจต้องใช้ระยะเวลาค่อนข้างยาวนานในการที่ต้องสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการ ดังนั้น สถาบันการเงินจึงไม่อาจที่จะให้การสนับสนุนเงินทั้งจำนวนได้ จึงมีประเด็นที่น่าสนใจ คือ หากมีสาเหตุเพราะสถาบันการเงินมีข้อจำกัดทางกฎหมายอื่นอันทำให้สถาบันการเงินไม่สามารถให้เงินกู้ได้ เนื่องจากสถาบันการเงินแต่ละประเภทสถาบันการเงิน เช่น ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ หรือบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ ย่อมต้องมีขีดจำกัดและความสามารถในการให้สินเชื่อ

กล่าวคือ กรณีของธนาคารพาณิชย์ มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำรงเงินเป็นอัตราส่วนกับสินทรัพย์ ตาม พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 มาตรา 10 และตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ที่จดทะเบียนในประเทศดำรงเงินกองทุน ส่วนกรณีของบริษัทเงินทุน ขีดความสามารถในการปล่อยสินเชื่อจะขึ้นอยู่กับ การดำรงเงินกองทุนตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 29 และตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การดำรงเงินกองทุนเป็นอัตราส่วนกับสินทรัพย์และภาระผูกพันของบริษัทเงินทุน ลงวันที่ 24 ธันวาคม 2536

หรือสาเหตุเพราะการที่สถาบันการเงินที่ถูกทางการสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการเมื่อ พ.ศ.2540⁷ จนเป็นเหตุให้สถาบันการเงินต่าง ๆ เหล่านั้น ไม่สามารถปล่อยสินเชื่อให้กับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต่อไป หรือไม่สามารถทำธุรกรรมบางอย่างได้ ซึ่งผลคือสถาบันการเงินต่าง ๆ เหล่านั้น ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาสนับสนุนทางการเงินที่มีอยู่กับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต่อไปได้ หรือต้องหยุดการสนับสนุนทางการเงินต่อโครงการนั้น ทั้ง ๆ ที่ก่อนหน้านั้นได้มีการทำสัญญาสนับสนุนทางการเงินระหว่างคู่สัญญาไว้เรียบร้อยแล้ว รวมทั้งทางโครงการยังได้นำที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างที่จะดำเนินการตามโครงการจดทะเบียนจำนองไว้เป็นประกันหนี้ อีกส่วนหนึ่งด้วย

⁷ คำสั่งกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 5 สิงหาคม 2540 และหนังสือของคณะกรรมการกำกับ การควบคุมหรือโอนกิจการของสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ คคส. (ว)/2540 ลงวันที่ 10 กันยายน 2540 เรื่อง อนุญาตให้กระทำธุรกรรมเพิ่มเติม

สาเหตุต่าง ๆ เหล่านี้ จึงมีปัญหามาพิจารณาว่า สถาบันการเงินจะยกขึ้นเป็นเหตุอ้างไม่สนับสนุนทางการเงินต่อไปได้หรือไม่

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากการที่สถาบันการเงินมีหน้าที่ที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญาสนับสนุนทางการเงินด้วยการให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ ถือว่าเป็นเรื่องเฉพาะตัวของสถาบันการเงินที่ต้องชำระหนี้เอง ซึ่งผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่สามารถที่จะไปบังคับให้สถาบันการเงินนำเงินมาให้ก็ได้

และนอกจากนั้น การที่สถาบันการเงินไม่สามารถให้การสนับสนุนทางการเงินได้เป็นเพราะกฎหมายไม่อนุญาตให้กระทำได้และเกิดความเสียหายต่อผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการก็ไม่น่าที่จะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการที่สถาบันการเงินทำละเมิดได้ เช่นเดียวกับกรณีของการที่สถาบันการเงินไม่ให้การสนับสนุนทางการเงินโดยที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ได้เป็นผู้ผิดสัญญา ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 5.1.2.1 เนื่องจากการให้กู้เงินหรือไม่ให้กู้เงินเป็นสิทธิของสถาบันการเงินเอง

ฉะนั้น หากโครงการได้รับความเสียหาย ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่น่าจะมีสิทธิเรียกให้สถาบันการเงินผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินที่ถูกทางราชการสั่งระงับการดำเนินกิจการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อทางโครงการ รวมทั้งไม่สามารถบังคับให้ส่งมอบเงินในจำนวนที่ยังไม่ครบตามจำนวนที่จะให้ก็ได้ ทั้งนี้ตามหลักของอำนาจแห่งการบังคับชำระหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 และหลักของความรับผิดชอบในความเสียหายอันเป็นความผิดของฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา ตามหลักของความรับผิดชอบอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 , มาตรา 215)

5.1.2.2 กรณีที่สถาบันการเงินตกลงกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการว่าจะให้การสนับสนุนทางการเงิน (POST CONSTRUCTION FINANCE) แต่ภายหลังสถาบันการเงินปฏิเสธการให้การสนับสนุนทำให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการขาดรายได้จากการขายที่ดินและอสังหาริมทรัพย์จากโครงการ

เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่า “ผู้ให้กู้สัญญาว่าถ้าผู้ซื้อหรือเช่าซื้อที่ดินและบ้านของผู้กู้ไม่มีเงินพอ หากผู้ซื้อหรือเช่าซื้อสามารถชำระเงินให้ผู้ให้กู้เป็นจำนวนร้อยละ 25 ของราคาที่ดินและบ้านที่ซื้อหรือเช่าซื้อแล้ว ผู้ให้กู้จะให้ผู้ซื้อหรือเช่าซื้อกู้เงินส่วนที่ยังขาดอยู่เพื่อไปชำระให้แก่ผู้...”

ตามที่กล่าวมาในบทที่ 4 ว่ากลยุทธ์หนึ่งในการขายอสังหาริมทรัพย์และเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับผู้ซื้อ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจึงมักจะได้รับเป็นผู้ติดต่อจัดหาสถาบันการเงินเพื่อสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ซื้อ

ซึ่งในทางกฎหมายข้อตกลงที่ว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะเป็นผู้จัดหาสถาบันการเงินเพื่อสนับสนุนทางการเงินกับผู้ซื้อเป็นประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงที่เป็น “คำมั่น” หรือเป็นเพียง “คำเสนอ” หรือในบางครั้งเป็นเพียง “คำปรารภ” เท่านั้น เนื่องจากผลทางกฎหมายของข้อตกลงดังกล่าวนี้จะแตกต่างกันในแง่ของหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา

กล่าวคือ คำมั่น คือ การให้ความแน่นอนว่าตนจะทำการใดสิ่งหนึ่งและคำมั่นนั้นผูกพันผู้ให้คำมั่นนั้น แม้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดเรื่องคำมั่นสำหรับเอกเทศสัญญาบางชนิดเท่านั้น แต่คำมั่นก็เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวชนิดหนึ่งซึ่งย่อมมีผลตามกฎหมายดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 กำหนด แต่ทั้งนี้มิใช่ข้อสังเกตว่า ท่านศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ให้ความเห็นว่า หากคำมั่นว่าจะทำสัญญาโดยผู้ให้คำมั่นไม่ได้สินจ้างตอบแทนอะไร และสัญญาที่ให้คำมั่นนั้นเป็นสัญญาชนิดไม่มีค่าตอบแทน คำมั่นนั้นไม่น่าจะใช้บังคับได้ แต่หากเป็นคำมั่นที่ผู้ให้คำมั่นได้ค่าตอบแทนในการให้คำมั่นหรือสัญญาที่ให้คำมั่นจะทำสัญญาเป็นสัญญาชนิดมีค่าตอบแทน ดังนี้ คำมั่นนั้นย่อมใช้บังคับได้⁸

ส่วนคำเสนอ คือ การแสดงเจตนาแสดงความประสงค์ของตนต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคลเพื่อขอให้ทำสัญญาด้วยหรืออาจสรุปได้ว่าเป็นคำขอให้ทำสัญญา คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งย่อมมีผลผูกพันผู้เสนอ ซึ่งเมื่อมีผู้สนองรับตามคำเสนอ สัญญาจะต้องเกิดขึ้น แต่หากสัญญาไม่เกิดขึ้นย่อมไม่ใช่คำเสนอ แต่เป็นกรณีของคำปรารภหรือคำทาบถามหรือเชื่อเชิญให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขึ้นก่อนเท่านั้น⁹ ซึ่งยังไม่มีผลผูกพันผู้แสดงคำปรารภนั้นเลย เว้นแต่มีอีกฝ่ายมาเสนอที่จะทำสัญญาก่อนเท่านั้น แม้จะดูว่าคำมั่นกับคำเสนอเหมือนกัน แต่ท่าน ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความเห็นไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 163/2518 ว่าคำมั่นไม่ใช่คำเสนอเพราะคำเสนอซึ่งไม่มีระยะเวลาจำกัดอาจสิ้นผลไปได้เองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 356 , 357 แต่คำมั่นไม่สิ้นผลไปเองต้องมีวิธี

⁸ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดยจิตติ ดิงศภัทย์ , หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 278.

⁹ คักดี สมองชาติ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติพร้อมตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมระยะเวลาและอายุความ) , หน้า 354.

การถอนคำมั่น เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 363 , มาตรา 454
วรรค 2

ดังนั้น หากในสัญญาซื้อขายที่ดินและอาคารระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้ซื้อที่มีข้อสัญญาที่ว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะช่วยหาสถาบันการเงินมาให้เงินกู้แก่ผู้ซื้อเพื่อนำเงินนั้นมาชำระราคาซื้อขาย เช่น ข้อตกลงดังนี้คือ

“ผู้ขายตกลงให้ความร่วมมือแก่ผู้ซื้อในการติดต่อและจัดหาสถาบันการเงินมาให้เงินกู้แก่ผู้ซื้อเพื่อนำเงินที่ได้กุนั้นมาชำระราคาซื้อขายทรัพย์สินแก่ผู้ขายตามสัญญานี้ อนึ่ง คำว่า “สถาบันการเงิน” ตามสัญญานี้หมายถึง ธนาคาร_____ ซึ่งเป็นผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินในการลงทุนก่อสร้างและพัฒนาโครงการของผู้ขาย”

ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีเพียงแค่ว่าความช่วยเหลือเท่านั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์ว่าหากสถาบันการเงินไม่ให้เงินกู้หรือให้ความช่วยเหลือไม่ได้ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องรับผิดชอบให้ หรือจะมีผลอย่างไรต่อสัญญาซื้อขายที่ทำขึ้นระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้ซื้อ เพราะเจตนาของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีเพียงแค่ว่าความช่วยเหลือเป็นคนกลางให้เท่านั้น ดังนั้น การที่ผู้ซื้อจะได้รับพิจารณาอนุมัติให้สินเชื่อจากสถาบันการเงินหรือไม่ย่อมเป็นเรื่องของสถาบันการเงินกับผู้ซื้อกันเอง

แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกำหนดในสัญญาไว้โดยเฉพาะและชัดเจนว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะเป็นผู้หาสถาบันการเงินให้และดำเนินการให้ผู้ซื้อ มีสถาบันการเงินสนับสนุนทางการเงินแล้ว ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้ประกอบการย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหามาให้ได้ ซึ่งหากหาสถาบันการเงินมาสนับสนุนทางการเงินไม่ได้ผู้ประกอบการย่อมไม่สามารถเลิกสัญญาซื้อขายต่อผู้ซื้อได้หากผู้ซื้อไม่มีสถาบันการเงินมาสนับสนุนทางการเงินเพื่อรับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ (เทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 4380/2540 ซึ่งจะกล่าวต่อไป)

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นพิจารณาว่า หากผู้ซื้อยังคงมีความต้องการที่จะได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากสถาบันการเงินนั้นอีกผู้ซื้อจะเรียกให้สถาบันการเงินนั้นให้เงินกู้ได้ หรือไม่ ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากสถาบันการเงินกับผู้ซื้อไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใดกันมาก่อนเลย ดังนั้น ผู้ซื้อคงไม่มีอำนาจแห่งมูลหนี้ใดที่จะเรียกให้สถาบันการเงินให้เงินกู้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 ประกอบกับการให้เงินกู้เป็นสิทธิของสถาบันการเงินที่จะให้เงินกู้หรือไม่ก็ได้แล้วแต่ความสมัครใจของสถาบันการเงิน ดังนั้น

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่าผู้ซื้อคงไม่อาจอาศัยข้อความในสัญญาดังกล่าวนั้นมาเรียกร้องให้สถาบันการเงินให้กู้เงินได้

อนึ่ง แต่หากปรากฏว่าระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการซึ่งเป็นผู้ขายมีการกำหนดข้อสัญญาว่าสถาบันการเงินที่ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ ตกลงว่าจะให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ซื้อที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจัดหามาด้วย เช่น “ผู้ให้กู้สัญญาว่าถ้าผู้ซื้อหรือเช่าซื้อที่ดินและบ้านของผู้กู้อาจไม่มีเงินพอ หากผู้ซื้อหรือเช่าซื้อสามารถชำระเงินให้ผู้ให้กู้เป็นจำนวนร้อยละ 25 ของราคาที่ดินและบ้านที่ซื้อหรือเช่าซื้อแล้ว ผู้ให้กู้จะให้ผู้ซื้อหรือเช่าซื้อกู้เงินส่วนที่ยังขาดอยู่เพื่อไปชำระให้แก่ผู้กู้อีก...”

จึงเกิดปัญหาต่อมาว่าทำให้ผู้ซื้อไม่มีกำลังซื้อ (Purchase Power) ที่จะนำมาชำระค่าซื้อขายจากผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการได้ตามสัญญาซื้อขาย ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้ซื้ออีกคงไม่สามารถเรียกร้องให้สถาบันการเงินให้เงินกู้ได้เช่นเดียวกับกรณีข้างต้นเนื่องจากสถาบันการเงินกับผู้ซื้อไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใดกันมาก่อนเลย จึงทำให้ผู้ซื้อไม่มีอำนาจแห่งมูลหนี้ใดที่จะเรียกให้สถาบันการเงินให้เงินกู้ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 ประกอบกับการให้เงินกู้เป็นสิทธิของสถาบันการเงินที่จะให้เงินกู้หรือไม่ก็ได้แล้วแต่ความสมัครใจของสถาบันการเงิน และนอกจากนั้นผู้ซื้ออีกไม่สามารถอ้างว่าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้ เพราะตามหลักของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น สิ่งที่บุคคลภายนอกจะได้รับคือ การได้รับชำระหนี้ หรือ ได้รับสิทธิจากสัญญานั้น แต่การที่ได้กู้เงินไม่ถือว่าเป็นการชำระหนี้และไม่ถือว่าเป็นสิทธิ

ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนจึงเห็นว่าหนทางที่จะเยียวยาความเสียหายให้กับฝ่ายผู้ซื้อนั้น ต้องพิจารณาวาระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้ซื้อที่มีข้อตกลงเป็นคำมั่นว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะเป็นผู้จัดหาสถาบันการเงินให้หรือไม่ หากมีข้อตกลงดังกล่าวผู้ซื้อย่อมมีสิทธิที่จะไม่ถูกบอกเลิกสัญญาซื้อขายและริบมัดจำ (เทียบเคียงตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 4380/2540 ซึ่งศาลวินิจฉัยโดยสรุปคือ ปกติการทำสัญญาจะซื้อจะขายผู้จะซื้อจะเอาเงินมาจาก ที่ใดเป็นเรื่องของผู้ซื้อเองไม่จำต้องระบุไว้ในสัญญาแต่สัญญาจะซื้อจะขายฉบับพิพาทนี้เขียนไว้ว่าส่วนที่เหลืออีกจะจ่ายในเมื่อทางธนาคารอนุมัติให้แสดงว่าได้มีการพูดถึงเรื่องเงินที่จะนำมาจ่ายครั้งต่อไปกันแล้วว่าหากธนาคารไม่อนุมัติให้กู้เงินจำนวนดังกล่าวแล้วสัญญาซื้อขายเป็นอันเลิกกัน ต่อมาธนาคารอนุมัติให้โจทก์กู้เงินได้เพียง 1,000,000.- บาท ไม่ถึงจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญาโดยมิใช่เป็นความผิดของฝ่ายใด สัญญาจะซื้อจะขายจึงเลิกกัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิม จำเลยจะต้องคืนมัดจำที่รับไว้ให้โจทก์พร้อมด้วยดอกเบี้ยจะริบเสียไม่ได้) นอกจากนั้น ผู้ซื้อคงเรียกค่าเสียหายกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการอันเกิดจากการที่ฝ่ายผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ปฏิบัติตามคำมั่นว่าจะ

เป็นผู้จัดหาสถาบันการเงินให้ได้เท่านั้น แต่จะไปเรียกให้สถาบันการเงินมาให้เงินกู้แก่ตนคงไม่ได้เพราะว่าไม่ได้มีนิติสัมพันธ์หรือมูลหนี้ใด ๆ ต่อกัน ประกอบกับการให้กู้เงินเป็นสิทธิของทางสถาบันการเงินที่จะให้เงินกู้หรือไม่ก็ได้

แต่ทั้งนี้ กรณีหากปรากฏว่าข้อตกลงระหว่างผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับผู้ซื้อไม่ได้มีข้อตกลงอันเป็นการกำหนดว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะต้องเป็นผู้จัดหาสถาบันการเงินให้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าคงไม่มีหนทางใดที่จะเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ซื้อได้เลย

5.1.2.3 กรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องการนำที่ดินที่ได้ให้ไว้เป็นประกันต่อสถาบันการเงินแล้วไปขออนุญาตจัดสรรตามระเบียบและกฎหมายที่กำหนด (ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 พ.ศ.2515) ทำให้เกิดความเสียหายต่อหลักประกันของสถาบันการเงิน

ในประเด็นเกี่ยวกับหลักประกันการกู้เงินก็มีปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้น เช่นกันกล่าวคือ ในกรณีที่หลักประกันเป็นการจำนองที่ดินในโครงการ โดยหลักการแล้วเมื่อมีการจำนองครบถ้วนเสร็จสิ้นตามกระบวนการ สถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้รับจำนองจะเป็นผู้ยึดถือโฉนดที่ดินไว้จนกว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการได้ทำการไถ่ถอนที่ดินออกไป

แต่ในทางปฏิบัติค่อนข้างจะมีปัญหาและข้อจำกัดบางประการ เนื่องจากหากปรากฏว่าวัตถุประสงค์ของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ คือ การนำที่ดินมาพัฒนาเป็นโครงการ จัดสรร

ประการแรกคือ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดิน¹⁰ กำหนดให้ที่ดินที่จะทำการจัดสรรจะต้องเป็นที่ดินที่ปลอดจากภาระการจำนองหรือภาระติดพันใด ๆ ดังนั้นทางแก้ไขข้อจำกัดดังกล่าว ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจึงจะต้องขอให้สถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้รับจำนองทำการปลดภาระการจำนองในที่ดินให้และต้องขนาโฉนดที่ดินซึ่งสถาบันการเงินผู้รับจำนองถืออยู่มายื่นคำขอเพื่อทำการจัดสรรที่ดินจากหน่วยงานราชการ

ซึ่งในความเป็นจริงจากการที่สถาบันการเงินปลดภาระการจำนองและสละโฉนดที่ดินออกไปให้กับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการนั้น ย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงให้กับ

¹⁰ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ข้อ 12

สถาบันการเงินทันที โดยเฉพาะกรณีที่ทำให้หลักประกันการกู้เงินนั้นหายไป¹¹ และอาจเกิดกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการนำโฉนดที่ดินนั้นไปดำเนินการอย่างอื่นต่อโดยทุจริตซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่สถาบันการเงิน เช่น นำที่ดินนั้นไปขาย หรือ ไปจำนองกับผู้อื่นอีก ผลที่ตามมาคือ กรรมการของสถาบันการเงินนั้นอาจจะมีคามผิดและต้องได้รับโทษ¹² ได้

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงพบว่าในทางปฏิบัติ สถาบันการเงินจะกำหนดให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการลงนามในหนังสือมอบอำนาจที่ไม่มีข้อความระบุวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับที่ดินที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “หนังสือมอบอำนาจลอย”¹³ และทำหนังสือเพื่อขอเบิกโฉนด ที่ดินจากสถาบันการเงินและกำหนดเงื่อนไขว่า หลังจากที่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนในการยื่นคำขอเสร็จสิ้นแล้ว ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะเร่งส่งคืนโฉนดที่ดินนั้นให้กับสถาบันการเงินทันที และหากโครงการนั้นเสร็จสิ้นผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะทำการชำระหนี้และกับการเบิกคืนโฉนดออกไปเป็นโฉนด ๆ ข้อสัญญาที่กำหนดข้อสัญญาเช่นนี้ เช่น

“ในกรณีผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องดำเนินการยื่นขอจัดสรรที่ดินตามระเบียบและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการดังกล่าวผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจำเป็นต้องมีโฉนดที่ดินมาแสดงต่อเจ้าหน้าที่ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ผู้ลงทุนอาจทำหนังสือถึงสถาบันการเงินเพื่อขอลอดภาระการจำนองและขอรับโฉนดดังกล่าวไปเพื่อการดำเนินการดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมีหน้าที่ที่จะต้องลงนามในหนังสือมอบอำนาจอันเกี่ยวกับที่ดินนั้นให้ไว้ต่อสถาบันการเงินก่อนการเบิกโฉนดไป”

ปัญหาประการที่สอง คือ กฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินห้ามมิให้จำนองที่ดินที่ติดราจัดสรรจากกองการจัดสรรแล้ว¹⁴ ฉะนั้น ผลที่เกิดขึ้นคือ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ

¹¹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744 (4)

¹² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 มาตรา 75 ตี

¹³ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1472/94 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 212/17 วิเคราะห์ว่าหนังสือมอบอำนาจนี้สามารถใช้อย่างบังคับได้ (พจน์ บุชปาคม , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ , 2533) , หน้า 190-191.)

¹⁴ ประกาศคณะปฏิวัติ พ.ศ.2515 ฉบับที่ 286 ข้อ 18

การจะไม่สามารถใช้ประโยชน์ในมูลค่าของที่ดินมาเป็นหลักประกันการกู้เงินได้อีกหากปรากฏว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องการขวงเงินกู้เงินเพิ่มจากสถาบันการเงิน¹⁵

แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติการแก้ไขข้อจำกัดนี้จะพบว่าสถาบันการเงินและผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการบางรายจะใช้วิธีการยื่นคำขอจากคณะกรรมการพิจารณาจัดสรรเพื่อขออนุมัติให้หน้าที่ดินไปเป็นหลักประกันได้¹⁶ ซึ่งจะเป็นกรณี ๆ เท่านั้น

และมีข้อสังเกตคือ การพิจารณาอนุมัติของคณะกรรมการจะอนุมัติให้แต่ละแปลงแต่ละโฉนดเท่านั้นและจะจดแจ้งในโฉนดไว้อย่างชัดเจนว่าที่ดินโฉนดแปลงเลขที่ดังกล่าวนี้มีภาระการจัดสรรและ/หรือภาระติดพันใดบ้าง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเพราะทำให้ผู้บริโภคทราบว่าที่ดินแปลงนี้มีภาระติดพันหรือไม่

5.1.2.4 กรณีที่สถาบันการเงินกำหนดข้อความในสัญญาว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องรับผิดชอบในกรณีต่าง ๆ

มีข้อสังเกตว่า สถาบันการเงินมักจะกำหนดข้อสัญญาที่ได้ประโยชน์ต่อสถาบันการเงินเองค่อนข้างมาก เช่น มีข้อสัญญากำหนดให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องรับประกันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ซื้อซึ่งมากู้เงินจากสถาบันการเงินที่การชำระหนี้เงินกู้มีปัญหา , ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์กลับคืนจากผู้ซื้อที่มีปัญหา หรือกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องนำยอดขายหรือกำไรกลับมาฝากกับสถาบันการเงินเพื่อเป็นหลักประกัน

ตัวอย่างเช่น “โดยที่บริษัทได้ให้ _____ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ลูกหนี้” กู้เงินจำนวน _____ บาท ตามสัญญากู้เงินฉบับลงวันที่ _____ ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “สัญญาการเป็นหนี้สิน” ซึ่งผู้ถือกรรมสิทธิ์ได้จดทะเบียนจำนองที่ดินดังกล่าวพร้อมสิ่งปลูกสร้าง/ห้องชุดตามรายละเอียดซึ่งปรากฏในสัญญาการเป็นหนี้สินไว้เป็นประกันหนี้ดังกล่าวด้วย เพื่อเป็นหลักประกันแก่บริษัท ผู้ค้าประกันจึงได้ทำสัญญาค้ำประกันและบันทึกข้อตกลงนี้ไว้ดังนี้

1.....

¹⁵ ในทางกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 712 เป็นบทที่สนับสนุนว่าสามารถที่นำไปจำนองได้อีก เพื่อเป็นประโยชน์ในการใช้มูลค่าในที่ดินอย่างเต็มที่

¹⁶ ตาม ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 พ.ศ.2515 ข้อ 18

2. ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามสัญญาที่กล่าวข้างต้นจะโดยรวมทุกรายการหรือแยกรายการใด หรือว่าลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์หรือตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือผู้เสมือนไร้ความสามารถ ฯลฯ ผู้ค้ำประกันยอมเข้าร่วมรับผิดชอบกับลูกหนี้ในฐานะลูกหนี้ร่วมในหนี้ดังกล่าวในข้อ 1. นั้นทันที โดยสัญญาว่าจะนำเงินที่ลูกหนี้ค้างชำระอยู่มาชำระหนี้ให้แก่บริษัทโดยพลัน และ/หรือยอมให้บริษัทหักเงินฝากของผู้ค้ำประกันดังกล่าวในข้อ 9. ได้แล้วแต่บริษัทประสงค์

3. ในกรณีที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองตกลงเอาทรัพย์สินที่จำนองดังกล่าวโอนชำระหนี้ของลูกหนี้ให้แก่บริษัท หากบริษัทตกลงยินยอมรับชำระหนี้โดยวิธีดังกล่าวเมื่อบริษัทได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองแล้ว ผู้ค้ำประกันตกลงรับซื้อทรัพย์สินที่จำนองกลับคืนไปทันทีในราคาไม่ต่ำกว่าจำนวนเงินต้นและดอกเบี้ยที่ลูกหนี้ค้างชำระ รวมทั้งค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมในการโอนกรรมสิทธิ์นั้นด้วย โดยผู้ค้ำประกันเป็นผู้ออกค่าธรรมเนียมและค่าภาษีในการโอนทั้งสิ้น....”

ซึ่งข้อตกลงเช่นนี้ไม่ได้ขัดต่อกฎหมายเลย และสามารถบังคับใช้ได้ กล่าวคือ หากผู้กู้ที่มากู้เงินจากสถาบันการเงินเพื่อนำเงินนั้นไปชำระค่าที่ดินและอาคารจากผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ชำระเงินกู้ สถาบันการเงินย่อมได้รับความเสียหายจากการไม่ได้รับชำระหนี้ ฉะนั้น การที่มีข้อตกลงว่าหากมีเหตุการณ์ดังกล่าวข้างต้นเกิดขึ้นผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการยอมอยู่ในฐานะของ ผู้ค้ำประกันที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการยอมเข้าผูกพันตนในฐานะผู้ค้ำประกันตามกฎหมายว่าด้วยการค้ำประกัน ฉะนั้น ข้อตกลงดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้ และสถาบันการเงินย่อมเรียกให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการรับผิดชอบในฐานะผู้ค้ำประกันได้เช่นกัน

สำหรับกรณีที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องซื้อที่ดินและอาคารกลับคืนจากผู้ซื้อที่มีปัญหานั้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้ว่ากรณีดังกล่าวไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงหรือเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เหมือนเช่นเรื่องการค้ำประกัน แต่การที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการกับสถาบันการเงินตกลงกันเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่มีกฎหมายห้าม ดังนั้น ข้อตกลงนี้จึงสามารถบังคับใช้ได้ แต่ว่าการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาโดยจะไปบังคับให้ ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมาซื้อไปนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคงทำไม่ได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้ เนื่องจากเป็นความสมัครใจของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการเอง (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213) ฉะนั้น หากปรากฏว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ยอมซื้อที่ดินและอาคารคืนไป สถาบันการเงินคงมีสิทธิเพียงแต่เรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215

และสำหรับกรณีที่ข้อตกลงกำหนดว่าผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องนำยอดขายหรือกำไรมาฝากไว้กับสถาบันการเงินเพื่อเป็นหลักประกันนั้น ผู้เขียนก็เห็นว่าข้อตกลงนี้สามารถใช้บังคับได้ แต่การบังคับนั้นหากปรากฏผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่นำยอดขายหรือกำไรมาฝากไว้กับสถาบันการเงินเพื่อเป็นหลักประกันตามที่กำหนดในสัญญา สถาบันการเงินก็คงไม่สามารถบังคับให้นำเงินมาฝากไว้ได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้ เหมือนกรณีที่บังคับให้ซื้อที่ดินและอาคารคืนไป หนทางที่เยียวยาทางเดียวก็คือ การที่เรียกร้องเอาจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น

แต่บางครั้งก็ก่อให้เกิดภาระที่หนักขึ้นต่อผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการมากขึ้น แต่ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าเป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดภาระที่หนักขึ้นกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจนอาจจะดูว่าไม่เป็นธรรม แต่เนื่องจากทั้งสถาบันการเงินและผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต่างก็เป็นผู้ที่มีความรู้และอำนาจทางธุรกิจเป็นพหุค่าเป็นนักธุรกิจเหมือนกัน การที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะนำกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบตามข้อสัญญานั้น ๆ คงไม่น่าจะทำได้ ฉะนั้น หากเกิดกรณีตามข้อสัญญานั้น ไม่ว่าจะเป็กรณีที่ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้กู้เงินไม่ชำระหนี้เงินกู้ให้กับสถาบันการเงิน ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการก็ต้องเข้ามารับผิดชอบ หรือ ต้องเข้ามาซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์กลับคืนจากผู้ซื้อที่มีปัญหาก็ตาม

5.1.3 ปัญหาที่เกิดขึ้นในชั้นพิจารณาคดีของศาล

แม้ว่าข้อสัญญาจะกำหนดไว้ชัดเจนเช่นใดแล้ว การที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้ผิดสัญญาจะบังคับให้อีกฝ่ายรับผิดชอบนั้นในบางกรณีอาจจะต้องใช้อำนาจของศาลในการบังคับ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าในบางกรณีก็อาจจะมีปัญหาที่เกิดขึ้นได้ในขั้นตอนของการพิจารณาคดีกับกรณีของสัญญาสนับสนุนทางการเงินดังกล่าว โดยแยกพิจารณาดังนี้ คือ

(1) การกำหนดค่าเสียหาย

เนื่องจากการให้กู้เงินเป็นกรณีที่สภาพบังคับแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้ตามที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นเพราะเป็นเรื่องของความสมัครใจของสถาบันการเงินเองที่จะให้กู้หรือไม่ให้กู้ แม้ว่าข้อสัญญาจะกำหนดไว้ชัดเจนว่าสถาบันการเงินตกลงว่าจะให้กู้เงินเป็นจำนวนที่แน่นอนก็ตาม เช่น

“ ข้อ 1. เงินกู้

เนื่องจากผู้กู้มีความต้องการใช้เงินลงทุนในธุรกิจของผู้กู้เพื่อก่อสร้างอาคารชุดที่พักอาศัยบนที่ดินของผู้กู้โฉนดเลขที่_____ก็มีความประสงค์จะขอรับความช่วยเหลือการสนับสนุนทางการเงินในรูปของการกู้เงิน และผู้ให้กู้ตกลงให้ความช่วยเหลือดังกล่าวแก่ผู้กู้

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามความในวรรคก่อน ผู้ให้กู้ตกลงให้ผู้กู้เงินเป็นจำนวน_____บาท โดยผู้ให้กู้สัญญาว่าจะให้ผู้กู้เงินจำนวนดังกล่าวจนครบถ้วนทั้งจำนวนไม่ว่าเงินจำนวนดังกล่าวผู้ให้กู้จะต้องไปจัดหาจากแหล่งเงินกู้อื่นก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องไม่ปรากฏว่าผู้กู้เป็นผู้ผิดสัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ด้วย

.....

ข้อ 2. คำรับรองและข้อปฏิบัติตามสัญญา

ผู้ให้กู้อันรับรองว่าหากผู้ให้กู้ไม่อาจจัดหาเงินกู้มาให้ผู้กู้จนครบถ้วนตามจำนวนที่ระบุไว้ในข้อ 1. ของสัญญานี้ อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้กู้ ผู้ให้กู้ตกลงรับผิดชอบชำระค่าเสียหายนั้นให้แก่ผู้กู้จนครบถ้วน”

แต่เนื่องจากการให้กู้เงินเป็นกรณีที่สภาพบังคับแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้ เพราะเป็นเรื่องของความสมัครใจของสถาบันการเงินเองที่จะให้กู้หรือไม่ให้กู้ ดังนั้น หนทางที่จะกำหนดให้สถาบันการเงินต้องรับผิดชอบอันเนื่องจากการที่สถาบันการเงินไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น ก็คือ หลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งหากพิจารณาจากคำพิพากษาที่ 2923/2525 ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้สถาบันการเงินต้องรับผิดชอบดังกล่าวนั้นเป็นการกำหนดค่าเสียหายอันเป็นกรณีความเสียหายอันเกิดแต่การพิเศษ ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสองนั่นเอง สำหรับความรับผิดชอบอันเกิดแต่การพิเศษนี้ ท่านศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร กล่าวว่า ในเรื่องความรับผิดชอบในทางสัญญานั้นได้มีหนี้อันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้อยู่ก่อนแล้วและในขณะที่จะก่อหนี้ขึ้น เจ้าหนี้และลูกหนี้ทั้งสองจะต้องคาดคะเนถึงผลแห่งการไม่ชำระหนี้ก่อนแล้วจึงได้ทำการก่อหนี้ขึ้น ฉะนั้นหากมีความเสียหายเกินการคาดคะเนแล้ว แม้จะเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ก็ตามแต่จะให้ลูกหนี้ผู้ไม่ชำระหนี้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแล้วก็จะเป็นการเกินข้อตกลงแต่เดิมไป¹⁷ แต่หากเป็นความเสียหายอันเกิดแต่การพิเศษถ้าผู้

¹⁷ จิต เศรษฐบุตร , หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม โดย จิตติ ติงศภัทย์ , 2522, หน้า 433.

กรณีได้รู้หรือควรได้รู้หรือได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นล่วงหน้าก่อนแล้ว เมื่อเกิดความเสียหายนี้ขึ้นแล้วเจ้าหน้าที่ก็อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนได้¹⁸ ความเสียหายอันเกิดแต่การพิเศษ หมายถึง ความเสียหายที่มีได้เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงหรือผลธรรมดาของหนี้นั้น ๆ เป็นความเสียหายที่ตามปกติมิได้เป็นที่รับรู้กันว่าถ้ามีการไม่ชำระหนี้แล้วจะต้องเกิดขึ้น เป็นผลที่คนทั่วไปไม่อาจพึงคาดหมายได้ตามวิสัยและพฤติการณ์ปกติว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นเช่นนี้เมื่อมีการไม่ชำระหนี้¹⁹

ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าโดยทั่วไปการที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ได้รับเงินกู้คนทั่วไปอาจจะไม่ทราบว่าความเสียหายที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะได้รับจะเป็นอย่างไร แต่ในกรณีตามคำพิพากษานี้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการสามารถนำสืบพยานหลักฐานและพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการที่สถาบันการเงินผิดสัญญาไม่ให้การสนับสนุนทางการเงินและความเสียหายต่าง ๆ เหล่านี้ สถาบันการเงินย่อมคาดเห็นว่าจะมีความเสียหายเช่นนั้นเกิดขึ้นกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ ซึ่งความเสียหายที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการแสดงให้เห็นต่อศาลโดยสรุปมีดังนี้คือ

1. ทำให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่สามารถลดยอดหนี้ที่มีอยู่กับสถาบันการเงินได้ตามจำนวนที่กำหนดในข้อตกลง คือ ร้อยละ 75 ทำให้ยอดหนี้สูงเกินกว่าความเป็นจริงและเป็นผลให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องเสียดอกเบี้ยมากขึ้นด้วย
2. เมื่อผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการปลูกบ้านเสร็จสถาบันการเงินกลับไม่ยอมให้ผู้ซื้อที่ดินและบ้านกู้เงินเป็นเหตุให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการขาดผลประโยชน์จากที่ดินและบ้าน
3. การที่สถาบันการเงินไม่ให้ทั้งผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการและผู้ซื้อกู้เงินตามข้อ ตกลงเป็นผลให้ธุรกิจของผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องชะงักโดยสิ้นเชิง

ฉะนั้น ในประเด็นปัญหานี้จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่ากรณีที่สถาบันการเงินไม่ให้เงินสนับสนุนโครงการต่อผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการ โดยที่ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่ได้เป็นผู้ผิดสัญญานั้น ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการคงไม่สามารถบังคับให้สถาบันการเงิน

¹⁸ พระยาเทพวิฑูร , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร , หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ดิงศภัทย์ , 2522, หน้า 433.

¹⁹ พรณิภา บุรพาชีพ , ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ , หน้า 132.

นำเงินมาให้กู้ได้ เนื่องจากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องบังคับเพื่อให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการสามารถเรียกให้สถาบันการเงินนำเงินมาให้กู้ได้ ผู้ลงทุนคงมีแต่สิทธิในการเรียกค่าเสียหายตามที่กล่าวมาแล้ว ข้างต้นเท่านั้น

อนึ่ง มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่านอกจากการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการจะอาศัยเหตุอย่างอื่นเรียกให้สถาบันการเงินรับผิดชอบได้หรือไม่ เช่น เรื่องของความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเมิด ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าคงไม่สามารถนำหลักเรื่องความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเมิดมาใช้ได้ เพราะการให้กู้เงินหรือไม่ให้กู้เงินเป็นสิทธิของตัวผู้ให้กู้ และเป็นความสมัครใจให้กู้ของสถาบันการเงินผู้ให้กู้เอง ดังนั้น ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการก็คงอ้างสิทธิเรื่องของการละเมิดมาอ้างไม่ได้

3.2 เรื่องการตีความสัญญา

ในบางกรณีที่ข้อสัญญาไม่ได้เขียนไว้อย่างชัดเจนถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาดังนั้น นอกจากศาลจะต้องพิจารณาจากถ้อยคำในสัญญาแล้ว ศาลก็จะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงของคู่สัญญาประกอบกับหลักแห่งความสุจริต (GOOD FAITH) ของคู่สัญญาด้วย อย่างเช่นในกรณีของคำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525 แม้ว่าข้อสัญญาจะไม่ได้กำหนดว่าสถาบันการเงินต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการที่ผู้ซื้อรายย่อยของผู้ลงทุนไม่ได้รับการสนับสนุนทางการเงินอันเป็นเหตุให้ผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการไม่มียอดขายที่จะมาชำระเงินงวดต่อสถาบันการเงินได้ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ศาลพิพากษาให้สถาบันการเงินต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นเพราะผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการที่กำหนดข้อสัญญาเช่นนั้นก็เพราะผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการต้องการมียอดขายที่เพิ่มขึ้นและสามารถนำยอดขายนั้นไปหักลดกับภาระหนี้ที่มีอยู่กับสถาบันการเงินได้ประกอบกับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการก็ยังยินยอมดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้อย่างสมบูรณ์แล้ว ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าสถาบันการเงินต้องรับผิดชอบในความเสียหายให้กับผู้ลงทุนและพัฒนาโครงการด้วย

ข้อสังเกต อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้สัญญาสนับสนุนทางการเงินในกรณีต่าง ๆ นี้ เหตุประการสำคัญนั้นเกิดจากนักกฎหมายที่ขาดการใช้หลักแห่งความยุติธรรม หลักเหตุผล ความชอบธรรม หลักเรื่องการทำประพฤติเพื่อยึดถือความเป็นธรรมตามกฎหมาย และทางประเพณีปฏิบัติอย่างซื่อสัตย์สุจริต ฉะนั้น การร่างสัญญาถ้าหากยึดถือสิ่งเหล่านี้ ปัญหาต่าง ๆ โดยไม่ชอบธรรมที่เกิดขึ้นก็จะลดน้อยลงอย่างมาก แม้จะไม่หมดสิ้นทั้งหมดก็ตาม