

กลไกการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ

ตอนที่ 1 การเตรียมการจัดหาเงินกู้ระหว่างประเทศ

การที่ผู้กู้จะจัดหาหรือจัดระดมทุนเพื่อนำเงินมาใช้จ่ายในการดำเนินงานโครงการ ไม่ว่าจะผู้กู้จะเป็นสถาบันของรัฐบาล รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชน ก็ตาม การกู้ยืมเงินจากต่างประเทศก็มักจะเป็นการขอกู้จากแหล่งเงินต้นเป็นของรัฐบาลของประเทศที่มีความมั่งคั่ง องค์การระหว่างประเทศ สถาบันการเงินระหว่างประเทศ ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ ซึ่งการจัดเตรียมหาเงินกู้ขึ้นประการสำคัญก็จะต้องพิจารณาถึงแหล่งเงินกู้ หรือแหล่งที่ผู้กู้สามารถจะระดมเงินทุนมาได้ว่า ผู้กู้จะดำเนินติดต่อจากแหล่งเงินกู้ใดและจะดำเนินการอย่างไร ดังจะได้แยกพิจารณาดังต่อไปนี้คือ

แหล่งเงินกู้หรือแหล่งเงินทุนที่จะระดมจากต่างประเทศ โดยทั่วไปแยกพิจารณา

ได้ดังนี้ (Nevitt 1983:35-39)

1. ธนาคารโลกและธนาคารเพื่อการพัฒนาของต่างประเทศ (The World Bank and Area Development banks) แหล่งเงินกู้ส่วนใหญ่จะเป็นการให้กู้ตามโครงการ (Project Financing) และมักจะเป็นการให้กู้แก่รัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจมากกว่าจะเป็นสถาบันของเอกชน เพราะมีข้อตกลงที่ให้ประเทศสมาชิกจะต้องค้ำประกันการชำระเงินกู้และดอกเบี้ย ถ้าหากผู้กู้มิได้เป็นสมาชิกของธนาคารโลก นอกจากนี้ยังรวมถึงสถาบันการเงินระหว่างประเทศอื่น ๆ อีก เช่น ธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank (ADB)) สถาบันเพื่อการพัฒนาการลงทุน (International Development Association (IDA))

2. รัฐบาลหรือสถาบันของรัฐบาลที่ให้ความช่วยเหลือในการส่งออก โดยการให้เงินกู้ (Government Export Financing and National Interest Lenders) โดยกลุ่มสถาบันเหล่านี้ มักจะเป็นตัวแทนของรัฐบาลในการให้สินเชื่อในการส่งออกของรัฐบาลต่างประเทศ โดยอาจจะแบ่งออกเป็นรูปของธนาคารเพื่อการส่งออกและเข้า และการให้ความช่วยเหลือจาก

---

\* ผู้สนใจดูรายละเอียด กมลสิทธิ์ วุฒิจำนงค์ 254 : 72-73

ต่างประเทศโดยตรง ซึ่งความช่วยเหลือจากต่างประเทศนี้ อาจจะเป็นการช่วยเหลือโดยตรง จากสถาบันของภาคเอกชน โดยการสนับสนุนของรัฐบาล หรือเป็นความช่วยเหลือที่ได้รับจากแหล่ง ที่ผู้ขอกู้ได้ซื้อสินค้าหรือได้รับบริการ สถาบันเหล่านี้มีอยู่หลายประเทศ และมีชื่อที่เรียกออก แตกต่างกันไป อาทิเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Export Import Bank of the United States (EXIM), Private Export Funding Corporation (PEFCO), Oversea Private Investment Corporation (OPIC) ของประเทศอังกฤษ ได้แก่ Export Credits Guarantee Department (ECGD) ของประเทศเยอรมัน ได้แก่ Herms Krediversicherungs AG, AusFuhrkredit-Gesellschaft MbH (AKA), Kreditanstalt fur Wiederaufbau (KfW) ในประเทศญี่ปุ่น ได้แก่ Export Import Bank of Japan, ในประเทศเกาหลี ได้แก่ Export Import Bank of Korea, ในประเทศไต้หวัน ได้แก่ Export Import Bank of China

3. รัฐบาลของประเทศเจ้าบ้าน (Host Governments) ซึ่งจะเป็นการให้ความช่วยเหลือในด้านระดมทุนหรือเงินกู้โดยตรงหรือทางอ้อม โดยการเข้ามาด้วยส่วนถือหุ้น หรือการส่งเสริมการลงทุน

4. ธนาคารพาณิชย์ (Commercial Banks) ซึ่งถือว่าเป็นแหล่งเงินทุนที่ใหญ่ที่สุด ในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ หรือการระดมเงินทุนระหว่างประเทศ และธนาคารพาณิชย์นี้ เป็นสถาบันของภาคเอกชน ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้จะมุ่งวิจัยถึงเป็นส่วนใหญ่

5. สถาบันการเงินของกลุ่มผู้ให้กู้ (Institutional Lenders)

กลุ่มนี้เป็นกลุ่มสถาบันผู้ให้กู้ต่าง ๆ เช่น บริษัทประกันภัย บริษัทประกันวินาศภัย กองทุนเงินสะสม สถาบันมูลนิธิ ซึ่งการให้กู้ของกลุ่มเหล่านี้ก็อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแต่ละ ประเทศ

6. กองทุนของตลาดการเงิน (Money Market Funds) ซึ่งกองทุนนี้เป็นการ ลงทุนในระยะสั้น เช่น การออกใบรับฝากเงิน (Certificates of Deposit) หรือการ ออกตราสารทางการเงินพาณิชย์ (Commercial Paper)

7. บริษัทเงินทุนเพื่อการพาณิชย์ (Commercial Finance Companies) ซึ่ง สถาบันนี้จะแหล่งกู้ยืมเงินที่สำคัญสำหรับการให้กู้ยืมเงินแก่โครงการ (Project Financing)

8. บริษัทผู้ให้เช่าทรัพย์สิน (Leasing Companies)

กลุ่มบริษัทผู้ให้เช่าทรัพย์สินนี้จัดตั้งขึ้นมาเพื่อผลประโยชน์ทางภาษี และเกี่ยวกับการที่บริษัทตนเองมีเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และบริษัทเหล่านี้ส่วนใหญ่มักจะเป็นบริษัทในเครือของธนาคาร หรือบริษัทการเงิน ซึ่งก็เป็นแหล่งเงินทุนที่สำคัญเช่นกัน

9. บริษัทจัดการลงทุน (Investment Management Companies)

กลุ่มเหล่านี้ประกอบกิจการให้กู้ยืมเงิน แต่มักจะมีจำนวนที่จำกัด

10. นักลงทุนซึ่งเป็นผู้บุคคลธรรมดาและมีความร่ำรวย (Wealthy Individual Investor)

กลุ่มนี้ก็เป็นกลุ่มที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศยุโรปที่จะเป็นแหล่งระดมทุน และบุคคลเหล่านี้จะไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทแต่ประการใด เพราะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี

11. กลุ่มผู้จัดหาวัตถุดิบ (Suppliers of Raw Materials) ซึ่งกลุ่มบุคคลเหล่านี้ให้ความช่วยเหลือในกรณีที่เป็นเงินกู้สำหรับโครงการ โดยจะจัดหาวัตถุดิบหรือจัดดำเนินการก่อสร้างให้

12. กลุ่มผู้ซื้อหรือผู้ใช้บริการ (New Product Buyers or Service User) ซึ่งกลุ่มเหล่านี้จะเป็นกลุ่มที่ต้องการให้ได้รับสินค้าหรือรับบริการตามโครงการ จึงให้ความช่วยเหลือในทางการ โดยให้ความช่วยเหลือในระยะยาว ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการให้กู้ตามโครงการ (Project Financing)

13. ผู้รับเหมาหรือผู้รับจ้าง (Contractors) กลุ่มเหล่านี้อาจจะมีส่วนในการระดมเงินทุน ในกรณีที่เป็นโครงการระยะใหญ่ซึ่งผู้ดำเนินการโครงการไม่มีความสามารถพอก็จะให้ผู้รับเหมาหรือผู้ดำเนินการก่อสร้างเข้าไปมีส่วนร่วมในการระดมทุน ซึ่งอาจจะถือหุ้น หรือมีส่วนในการที่จะนำค่าจ้างมาเป็นเงินลงทุนในการดำเนินงานของโครงการ นอกจากนี้ยังให้คำแนะนำหรือติดต่อหาเงินลงทุนให้อีกก็ได้

14. เจ้าหนี้ทางการค้า (Trade Creditors) ซึ่งกลุ่มเหล่านี้ก็จะถือเป็นแหล่งเงินทุนเหมือนกัน ถ้าหากได้ทำการค้ากับผู้ การยัดระยะเวลากการชำระเงินก็ถือว่าเป็นการระดมทุนจากต่างประเทศเช่นกัน



15. การให้ความช่วยเหลือทางการเงินโดยบริษัทผู้ขายเครื่องมือ (Vendor Financing of Equipment) ซึ่งกลุ่มนี้ก็เป็นกลุ่มผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้า หรือเครื่องมือต่าง ๆ โดยจะให้สินเชื่อในการขายสินค้านี้ดังกล่าว ทั้งอาจจะเป็นการผ่อนชำระ หรือการจัดหาแหล่งเงินทุนอย่างอื่นให้

วิธีการจัดหาเงินทุนหรือระดมทุนจากต่างประเทศ (Sponsor Loans and Advances)

ภายหลังจากที่ได้ทราบถึงแหล่งเงินทุนหรือแหล่งระดมเงินทุนดังกล่าวมาแล้วข้างต้น การจัดหาเงินทุนนั้นก็สามารกระทำได้หลายวิธี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ตราสาร (Instrument) ดังจะแยกพิจารณาดังต่อไปนี้ (Nevitt 1983:41-45)

1. การกู้ยืมเงินจากธนาคารพาณิชย์ (Commercial Bank Loan)

กรณีนี้มักจะเป็นกรณีให้ผู้กู้รายเดียวหรือหลายราย หรือเป็นการร่วมกันให้กู้ (Syndication) การจัดเตรียมเอกสารในการกู้ยืมเงินจากธนาคารพาณิชย์โดยหลักแล้วจะมีการจัดเตรียม คือ สัญญากู้ยืมเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน สัญญาค้ำประกัน และเอกสารที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันอื่น ๆ

2. การให้กู้ร่วมกันของธนาคาร โดยเงินสกุลยูโร (Syndicated Bank and Eurodollar Loan) ซึ่งวิธีการในการร่วมกันให้กู้ (Syndication) นั้นจะได้กล่าวในตอนต่อไป

3. พันธบัตรเงินสกุลยูโร (Eurobonds) \* โดยผู้กู้มักจะออกเป็นพันธบัตรและมักจะเป็นกรณีที่มีเงินกู้จำนวนไม่มากนัก ส่วนผู้ลงทุนนั้นจะถือว่าเป็นการลงทุนในระยะยาว โดยผู้ลงทุนมีสิทธิ์ที่จะได้รับดอกเบี้ยและไถ่คืนได้ พันธบัตรเงินสกุลยูโรนี้เป็นตราสารที่ออกให้แก่ผู้ถือย่อมสามารถจะเปลี่ยนมือกันได้ แต่จะไม่มีหลักฐานว่าใครเป็นเจ้าของที่แท้จริง ยกเว้นแต่สถาบันการเงินที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายพันธบัตรสกุลยูโรนั่นเอง

---

\* ผู้สนใจศึกษาเกี่ยวกับพันธบัตร อาจดู Frederick G Fisher, III The Eurodollar Bond Market, 1979



สำหรับในสหรัฐอเมริกาไม่สามารถที่จะออกพันธบัตรสกุลยูโรได้เพราะ พันธบัตรดังกล่าวไม่สามารถจะจดทะเบียนได้ แต่ส่วนใหญ่บริษัทในสหรัฐอเมริกาจะดำเนินการออกพันธบัตรดังกล่าวนอกประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมักจะออกในประเทศแคนาดา เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดามีอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างกัน จะทำให้ผู้ซื้อพันธบัตรดังกล่าวจะได้รับยกเว้นการเสียภาษีหัก ณ ที่จ่าย ของดอกเบี้ยที่จ่ายจากพันธบัตรดังกล่าว มีข้อพึงสังเกตว่าผู้ซื้อที่จะได้รับยกเว้นนี้จะต้องเป็นผู้ซื้อซึ่งไม่ใช่ชาวอเมริกัน

4. พันธบัตรสกุลเงินยูโรดอลลาร์ (Eurodollar Bonds) ซึ่งก็มีลักษณะคล้ายกับพันธบัตรเงินสกุลยูโร แต่มักจะออกเป็นเงินเหรียญดอลลาร์สหรัฐ

5. พันธบัตรซามูไร (Samurai Bonds) เป็นพันธบัตรที่ออกเป็นเงินสกุลเยนญี่ปุ่นในตลาดการเงินของประเทศญี่ปุ่น

6. ตราสารอัตราดอกเบี้ยลอยตัว (Floating Rate Note) ตราสารนี้มีต้นกำเนิดมาจากตลาดการเงินกรุงลอนดอน ตราสารนี้ดอกเบี้ยจะเป็นอัตราลอยตัว ครอบคลุมชำระทุก 6 เดือน โดยอัตราดอกเบี้ยจะกำหนดไว้สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินฝาก กำหนด 6 เดือนของเงินสกุลยูโรในตลาดการเงินลอนดอน (LIBOR) การออกตราสารอัตราดอกเบี้ยลอยตัวนี้มีวิธีการเช่นเดียวกับการออกพันธบัตรสกุลเงินยูโร แต่จะมีกำหนดชำระหนี้คืนมักจะอยู่ในช่วงระหว่างเวลา 5-7 ปี ผู้ซื้อตราสารจะสามารถขายคืนได้ในราคาที่แท้จริง (Par Value) ได้ภายหลังจากที่ตราสารนั้นครบกำหนด 2 หรือ 3 ปี แล้วแต่กรณี อันต่างจากพันธบัตรที่มีกำหนดระยะเวลาการขายคืนในราคาที่แท้จริงนั้นจะต้องอยู่ในช่วงถึง 3-4 ปี และยังคงต้องเสียค่าธรรมเนียม (Premium) ในการไถ่คืนด้วย

นอกจากนี้ตราสารอัตราดอกเบี้ยลอยตัวจะมีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นต่ำเพื่อเป็นประกันให้แก่ผู้ซื้อว่าจะได้รับดอกเบี้ยขั้นต่ำเท่าไร\*

7. หลักทรัพย์มหาชนในตลาดเงินทุนของสหรัฐ (Securities in the U.S. Public Debt and Capital Market) กรณีนี้เป็นการออกหลักทรัพย์ในตลาดเงินทุนของสหรัฐอเมริกา

\* ผู้สนใจดูรายละเอียดจาก Ugeux 1981 ใน FLOATING RATE NOTE

8. การให้เช่าทรัพย์สิน (Lease) เป็นการให้กู้เงินโดยให้มาเงินกู้ดังกล่าวมาใช้ในการผ่อนชำระค่าเช่าทรัพย์สิน ซึ่งในอนาคตอาจจะตกเป็นของผู้กู้ก็ได้แล้วแต่กรณี การกระทำดังกล่าวนี้เป็นที่นิยมมากในการให้กู้ตามโครงการ (Project Financing) ที่ใช้เงินเป็นจำนวนค่อนข้างมาก

9. พันธบัตรรายรับจากอุตสาหกรรม (Industrial Revenue Bonds) กรณีเป็นการออกพันธบัตรที่ผู้ซื้อจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี แต่เป็นกรณีที่ใช้กันมากในการระดมเงินกู้เพื่อใช้ตามโครงการ (Project Financing)

10. เงินกู้ซึ่งการชำระเงินคืนขึ้นอยู่กับผลผลิต (Production Payment Loans and Advance) การออกตราสารอย่างนี้ เช่นนี้มักจะเป็นกรณีที่เป็นเงินกู้ตามโครงการ (Project Financing) ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติเช่นน้ำมัน แก๊สธรรมชาติ

11. ตราสารการพาณิชย์ (Commercial Paper) ตราสารชนิดนี้จะเป็นในกรณีที่เป็นเงินกู้ระยะสั้น ซึ่งผู้กู้สามารถจะเปลี่ยนเป็นเงินกู้ระยะยาวได้ อาทิเช่น การเปิด Letter of Credit โดยใช้คำขอ Letter of Credit นี้เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินที่เรียกว่า Back up Letter of Credit โดยใช้กับธนาคารหรือบริษัทประกันภัยได้

12. ตราสารการเปลี่ยนแปลงกำหนดการชำระหนี้และดอกเบี้ยระยะสั้น (Short term roll-over Notes) ซึ่งมีลักษณะเป็นทำนองเดียวกับตราสารการพาณิชย์ Commercial Paper ข้างต้น

13. การออกตราสารเพื่อขอกู้ส่วนบุคคล (Private Placement Debt) โดยการนี้เป็นการออกตราสารให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะอาจจะเป็นธนาคารพาณิชย์ หรือธนาคารเพื่อการลงทุน โดยกำหนดดอกเบี้ยในตราสารนั้น เพื่อนำเงินกู้มาใช้

14. พันธบัตรแยงกี้ (Yankee Bond) ซึ่งเป็นกรณีที่ออกพันธบัตรในประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน โดยออกเป็นเงินเหรียญสหรัฐ แต่มักจะนำไปขายในตลาดการเงินยุโรป

จะเห็นได้ว่าการระดมเงินกู้หรือเงินทุนจากต่างประเทศนั้น นอกเหนือจากกู้ยืมเงินแล้ว อาจจะทำโดยออกตราสารได้หลายวิธีดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และโดยที่วิทยานิพนธ์นี้จะมุ่งพิจารณาถึงการไปกฎหมายสำหรับสัญญาการกู้ยืมเงิน (Loan Agreement) เป็นสำคัญ รายละเอียดต่าง ๆ ของตราสารจึงไม่ได้นำมาพิจารณาในวิทยานิพนธ์นี้แต่ประการใด

ข้อดีและข้อเสียของการกู้ยืมเงินจากแหล่งการเงิน

เมื่อได้ทราบว่ามีแหล่งการเงินใดที่จะสามารถระดมเงินกู้ระหว่างประเทศได้แล้ว  
 ข้อที่น่าพิจารณาก็คือว่า แหล่งการเงินเหล่านี้มีข้อดี ข้อได้เปรียบ หรือมีข้อเสีย ข้อเสียเปรียบ  
 ที่น่าพิจารณาเป็นประการใดบ้าง ซึ่งพอจะแยกพิจารณาโดยสรุปตามแผนภูมิดังนี้ ( ประชุม  
 สุลคริตกุล 2525 : 62)

**ข้อเปรียบเทียบระหว่างแหล่งเงินนานาชาติ**  
**COMPARISON OF INTERNATIONAL SOURCES OF FUNDS**

	ธนาคารโลก World Bank	สถาบันสินเชื่อส่งออก Export Credit Agencies	ตลาดเงินยูโรดอลลาร์ Eurodollar Market	ตลาดพันธบัตร Bond Market
ข้อดี / ข้อได้เปรียบ Advantages	<ul style="list-style-type: none"> <li>๑. กู้ได้เป็นระยะเวลานานกว่าจะถึงกำหนดชำระ (long maturities)</li> <li>๒. อัตราดอกเบี้ยแน่นอนคงตายตัวและต่ำกว่า (relatively low, fixed rates)</li> <li>๓. ไม่ผูกพันกับสินค้าส่งออกของประเทศใด ๆ (not tied to exports of a particular country)</li> <li>๔. มีความช่วยเหลือทางเทคนิคให้ (provides technical assistance)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>๑. ระยะเวลานานกว่าจะถึงกำหนดชำระและให้ช่วงปลอดดอกเบี้ยด้วย (long maturities and grace periods)</li> <li>๒. อัตราดอกเบี้ยแน่นอนคงตายตัวและโดยทั่วไปต่ำกว่า (fixed generally low rates)</li> <li>๓. มีข้อออกกระบวนคดีกับโครงการเพื่อสินเชื่อส่งออกให้เงินช่วยเหลือและยืดหยุ่น (flexible and attractive terms)</li> <li>๔. ในกรณีที่ข้อมมีการกำหนดวงชำระหนี้ใหม่มีความยืดหยุ่นกว่าธนาคารพาณิชย์ (more flexible than commercial lenders on re-scheduling)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>๑. จำนวนเงินก้อนใหญ่ (large amounts - syndications)</li> <li>๒. ไม่ผูกพันกับสินค้าส่งออกใด ๆ (not tied to exports)</li> <li>๓. มีความยืดหยุ่นค่อนข้างดีและได้รวดเร็ว (flexible and fast)</li> <li>๔. มีการแข่งขันกันมากในบรรดาธนาคารระดับนานาชาติ (much competition among international banks)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>๑. อัตราดอกเบี้ยคงตัว (fixed rates)</li> <li>๒. ไม่ผูกพันกับสินค้าส่งออก (not tied to exports)</li> <li>๓. เลือกสกุลเงินตราได้มากมาย (wide choice of currencies)</li> <li>๔. ชื่อว่าศักดิ์ศรี (prestigious)</li> <li>๕. มีความสำคัญขึ้นเป็นลำดับในรัฐประเท้อเงินตราของประเทศกำลังพัฒนา (increasingly important as major source of finance for developing world)</li> </ul>
ข้อเสีย / ข้อเสียเปรียบ Disadvantages	<ul style="list-style-type: none"> <li>๑. ปกติไม่ให้สำหรับโครงการทางอุตสาหกรรมนอกจาก IFC (not usually available for industrial projects except IFC)</li> <li>๒. ต้องให้รัฐบาลค้ำประกันนอกจาก IFC (must be govt. guaranteed except IFC)</li> <li>๓. คำนึงการช้า (slow)</li> <li>๔. มักมีข้อจำกัดทางด้านนโยบายการเงิน (possible restrictions on monetary fiscal policy)</li> <li>๕. ให้ลำดับสิทธิแตกต่างกัน (different priorities)</li> <li>๖. ให้ประเทศที่ยากจนที่สุดก่อน (focus on poorest countries)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>๑. ผูกพันกับสินค้าส่งออกของประเทศหนึ่งประเทศใดหนึ่ง (tied to exports of a particular country)</li> <li>๒. การแปลงใบค้ำประกันแลกเป็นเงินค่อนข้างมาก (currency risk may be unattractive)</li> <li>๓. บางกรณีมีผู้ทบทวนการของประเทศที่เจ้าของ (sometimes bureaucratic)</li> <li>๔. มักจะต้องให้รัฐบาลค้ำประกัน (often government guarantee required)</li> <li>๕. ปกติต้องมีทรัพย์สินประกัน (usually collateral required)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>๑. หอเคลื่อนอัตราดอกเบี้ยและค่อนข้างสูง (floating and relatively high interest rates)</li> <li>๒. เป็นการค้าระยะสั้น (short maturities ... 5-7, sometimes 10 years)</li> <li>๓. ไร้ระยะเวลาปลอดดอกเบี้ยสั้นมาก ถ้ามี (short free periods if any)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>๑. จำนวนเงินน้อย (small amounts ... \$20-25 million)</li> <li>๒. ระยะเวลาก่อนชำระสั้น (relatively short maturities ... 5-10 years)</li> <li>๓. ค่าธรรมเนียมการรับประกันและอื่น ๆ สูง (high underwriting, etc. fees ... 2-3 percent)</li> <li>๔. มีเพียงหุ้นส่วนหัวโบราณที่ธนาคาร ผู้ลงเงินจึงต้องเป็นบริษัทใหญ่และมั่นคงพอสมควร ๆ กับรัฐบาลประเทศต่าง ๆ เท่านั้น (only blue chip companies and governments)</li> <li>๕. มีไม่ประเทศกำลังพัฒนาที่หาเงินในลักษณะนี้ได้ (few developing countries have raised money this way)</li> </ul>



## ตอนที่ 2 การร่วมกันให้กู้ (Syndication)\*

### บททั่วไป

การร่วมกันให้กู้ (Syndication) เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเสมอในโลกการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่การกู้ยืมเงินที่มีความจำเป็นต้องให้เงินเป็นจำนวนมาก สถาบันการเงินเพียงสถาบันใดสถาบันหนึ่งย่อมไม่อาจจะจัดหาเงินตามจำนวนที่ผู้ขอกู้ต้องการได้ ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะไม่มีเงินมากพอและอาจมีกฎหมายจำกัดการให้กู้ว่าจะต้องมีข้อกำหนดในจำนวนเงินที่ให้กับเงินสำรองที่สถาบันการเงินนั้นมีอยู่ นอกจากนี้ยังจะเป็นการกระจายความเสี่ยงของผู้ให้กู้ออกไปอีกด้วย ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการรวมกลุ่มของสถาบันการเงินเพื่อที่จะได้ทำการอนุมัติเงินกู้ให้ตามอัตราส่วนที่ผู้ให้กู้มีความจะให้กู้ และตามความสามารถ (Wood 1980: 256, 273)

การกู้ยืมเงินระหว่างประเทศของภาคเอกชนส่วนใหญ่ในประเทศไทย ก็มักจะเป็นการร่วมกันให้กู้ (Syndication) ทั้งนี้โดยไม่พิจารณาถึงการกู้เงินของรัฐบาล รัฐวิสาหกิจที่นำมาเพื่อใช้ในการพัฒนาประเทศที่ส่วนใหญ่เช่นกัน เป็นการกู้แบบร่วมกันให้กู้ (Syndication) เพราะเป็นการนอกเหนือการวิจัยของวิทยานิพนธ์นี้ จะเห็นได้ว่าในประเทศไทยมีโครงการที่จำเป็นต้องให้เงินลงทุนมากขึ้น เป็นระดับพันล้านบาท เช่นโครงการของบริษัทไทยเกรียงป็นทอ จำกัด โครงการของบริษัท ฟินิกซ์ฟิล์มแอนด์เพเพอร์ โครงการของบริษัท ไทยซิงค์ จำกัด (ปัจจุบันยังไม่เสร็จ) (ศิริพงษ์ กัลยาณรุจ 2524:132) และยังมีโครงการพัฒนาชายฝั่งทะเลภาคตะวันออก โครงการแปโตรเคมีคอลที่กำลังเริ่มลงมืออยู่ในขณะนี้ จำนวนเงินกู้ยืมโรดอลลาร์ที่ประเทศไทยทั้งภาครัฐบาลและภาคเอกชนได้กู้ยืมเงินในลักษณะของการร่วมกันให้กู้จากสถาบันการเงินต่างประเทศในช่วงระยะระหว่างปี พ.ศ. 2522 ถึง 2525 มีดังนี้ (Decken 1983:9)

- |              |                          |        |                 |
|--------------|--------------------------|--------|-----------------|
| 1) พ.ศ. 2522 | เป็นจำนวนเงินรวมทั้งสิ้น | 728.70 | ล้านเหรียญสหรัฐ |
| 2) พ.ศ. 2523 | เป็นจำนวนเงินรวมทั้งสิ้น | 840.63 | ล้านเหรียญสหรัฐ |
| 3) พ.ศ. 2524 | เป็นจำนวนเงินรวมทั้งสิ้น | 837.14 | ล้านเหรียญสหรัฐ |
| 4) พ.ศ. 2525 | เป็นจำนวนเงินรวมทั้งสิ้น | 394.88 | ล้านเหรียญสหรัฐ |

---

\* คำนี้เป็นคำใหม่ที่ไม่ได้บัญญัติในภาษากฎหมายไทยในทางปฏิบัติมักจะเรียกกับศัพท์การถอดความเป็นภาษาไทยก็มาจากที่มีผู้เขียนไว้ (ศิริพงษ์ กัลยาณรุจ 2524:129) แต่การเรียกเช่นนี้อาจจะทำให้เข้าใจผิดไปว่าเป็นกรณี การที่ผู้ให้กู้มีลักษณะเป็นเจ้าของร่วมแต่ความจริงแล้วจะรวมถึงการให้กู้รวม โดยต่างคนต่างมีส่วนในหนี้แยกกัน-ผู้วิจัย

การร่วมกันให้กู้ (Syndication) นี้ เป็นลักษณะของการสนับสนุนทางการเงินในตลาด  
 ยูโรดอลลาร์ประการหนึ่ง นอกเหนือจากการเสนอขายโดยส่วนเอกชน (Private Placement)  
 และพันธบัตรระหว่างประเทศ (International Bonds) (ศิริพงษ์ กัลยาณรุจ 2524 :132)  
 ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้จะมุ่งพิจารณา เฉพาะการร่วมกันให้กู้ในลักษณะที่คู่สัญญาได้ทำการตกลงในลักษณะ  
 ของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศเท่านั้น

#### ความหมาย

มีผู้ให้ความหมายไว้ 2 ประการคือ

- 1) การร่วมกันให้กู้ (Syndication) หมายความว่าถึงวิธีการ (Process) ที่ผู้ให้กู้  
 หลาย ๆ รายรวมกัน หรือร่วมกัน ภายใต้การนำของผู้ให้กู้รายหนึ่งรายใดเพียงรายเดียว ซึ่งปกติ  
 เรียกกันว่า ผู้จัดการ (Lead Manager หรือ Manager) หรือภายใต้การนำของผู้ให้กู้หลาย  
 รายรวมกันแต่ไม่ทุกคน ซึ่งปกติเรียกกันว่าผู้จัดการร่วม (Lead Manager and Co-Manager(s)  
 หรือ Managers) โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อร่วมกันให้กู้หรือในบางครั้งอาจเป็นเครดิตในรูปแบบอื่น ๆ  
 เช่น การร่วมกันค้าประกัน เป็นต้นแก่ผู้กู้ (Borrower(s)) ซึ่งในทำนองเดียวกันกับในแง่ผู้ให้กู้คือ  
 อาจเป็นผู้ให้เพียงรายเดียว หรืออาจเป็นผู้ให้หลาย ๆ รายร่วมกันก็ได้ (ศิริพงษ์ กัลยาณรุจ 2524 :129)
- 2) Syndicate LOAN ซึ่งหมายความว่า ธนาคารหรือสถาบันการเงินหรือทั้งธนาคาร  
 และสถาบันการเงินอื่นจะรวมกัน เป็นผู้ให้กู้ ซึ่งโดยปกติจะต้องมีผู้ประสานงาน หรือผู้เป็นหัวหน้าที่  
 เรียกว่า Syndicate Leader (ประพนธ์ คำตะมาน 2526 :60)

#### วิธีการ

การร่วมกันให้กู้ (Syndication) โดยทั่วไปมีวิธีการอยู่ 2 ประการคือ

- 1) ผู้ให้กู้ตกลงเข้าทำสัญญาโดยตรงหรือโดยผ่านตัวแทน (Agent) ผู้ให้กู้แต่ละรายตกลง  
 ให้กู้ตามจำนวนเงินที่ตนประสงค์ ผู้ให้กู้แต่ละรายซึ่งรวมกันให้กู้ต่างไม่ต้องมีความรับผิดชอบ หรือหนี้  
 ซึ่งกันและกัน (Each Bank is expressly not responsible of the obligation of  
 any other Bank) หรืออาจจะเรียกได้ว่าผู้ให้กู้แต่ละรายต่าง เป็นเจ้าหนี้ผู้กู้แยกออกจากกัน
- 2) ผู้จัดการเป็นผู้สัญญาเพียงรายเดียวที่เข้าทำสัญญากับผู้กู้ แต่ผู้จัดการจะเป็นผู้จัดหา  
 ผู้ให้กู้รายอื่นเข้ามาร่วมโดยผู้กู้ไม่จำเป็นต้องรู้ จะมีการตกลงทำสัญญาร่วมกันให้กู้ (Participation  
 Agreement) ระหว่างผู้จัดการกับผู้ร่วมกันให้กู้แต่ละรายโดย
  - ก) ผู้จัดการยินยอมให้ผู้ให้กู้ร่วม (Participants) มีส่วนเป็นจำนวนร้อยละของเงิน  
 กู้ทั้งหมด

- ข) ผู้ให้กู้ร่วมตกลงที่จะจัดหาเงินทุนให้แก่ผู้จัดการตามจำนวนที่ตนมีส่วนและ  
 ค) ผู้จัดการตกลงที่จะชำระหนี้คืนให้แก่ผู้ร่วมกันให้กู้ตามส่วนที่ได้รับชำระหนี้จาก

ผู้

วิธีการที่ 2 นี้เป็นวิธีการให้กู้ร่วมที่ค่อนข้างยาก แต่ก็เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาในแต่ละประเทศผู้ให้กู้แต่ละราย อาทิเช่น ข้อจำกัดในการให้กู้แก่ผู้กู้แต่หากให้กู้แก่ผู้จัดการก็อาจได้รับยกเว้น หรือเพื่อเลี่ยงการหักภาษี ณ ที่จ่าย นอกจากนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ร่วมให้กู้กับผู้กู้ก็ไม่มีชัดเจนว่าเป็นอย่างไร

### นิติสัมพันธ์

อย่างไรก็ตามแม้ภายหลังที่มีการลงนามสัญญาทวิระหว่างผู้จัดการกับผู้กู้แล้วนั้น ผู้ร่วมให้กู้อาจเข้ามามีส่วนหรือนิติสัมพันธ์กับผู้กู้ได้หลายลักษณะคือ (รายละเอียดดู Wood 1980: 274-275)

1) Substitution เป็นการที่คู่สัญญาทั้งสามฝ่ายคือผู้กู้ ผู้จัดการ ผู้ร่วมกันให้กู้ตกลงเข้าทำสัญญาโดยผู้กู้ยอมปลดหนี้ให้ผู้จัดการและตกลงให้ผู้ร่วมให้กู้เข้ามาสิทธิหน้าที่หรือหนี้แทนตามส่วนที่ให้กู้ โดยผู้ให้กู้แต่ละรายต่างก็เข้าทำสัญญากันแต่ผู้จัดการยังคงมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของหนี้ในการร่วมกันให้กู้อยู่ วิธีการนี้เป็นแตกต่างกับการแปลงหนี้ใหม่

2) Undisclosed Agency หรือเรียกว่าตัวแทนไม่เปิดเผยชื่อเป็นกรณีที่ผู้จัดการเข้าทำสัญญาแทนผู้ร่วมให้กู้แต่จะต้องมีการแต่งตั้งก่อนมีการลงนามในสัญญาโดยผู้จัดการ

3) Subloan หรือเรียกว่าการให้กู้ยืม เป็นเรื่องที่ผู้ร่วมกันให้กู้ให้กู้แก่ผู้จัดการโดยตรง โดยมีข้อตกลงในการชำระหนี้ขึ้นอยู่กับภาระหนี้ของผู้ต่อผู้จัดการเป็นสำคัญ

4) Assignment หรือการโอนสิทธิเรียกร้อง เป็นการที่ผู้จัดการโอนส่วนของเงินกู้และสิทธิประโยชน์ตามสัญญาที่ผู้จัดการได้ให้กู้ให้แก่ผู้ร่วมให้กู้ หรือหากผู้ให้กู้ร่วมตกลงที่จะมีส่วนร่วมในการให้กู้ตามอัตราส่วนให้แก่ผู้กู้โดยตรง การโอนสิทธิเรียกร้องนี้ไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้กู้ทราบ ซึ่งกรณีนี้คงต่างกับกฎหมายไทย\*

5) Trust เป็นการก่อตั้งทรัสต์เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ร่วมกันให้กู้ตามส่วน ส่วนใหญ่เป็นหลักตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ตามกฎหมายไทยนั้นห้ามการก่อตั้งทรัสต์ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686



- 6) Assignment of Proceeds เป็นการโอนสิทธิการรับเงินเมื่อได้รับคืนจากผู้กู้
- 7) Joint Venture หรืออาจเรียกว่ากิจการร่วมค้าเป็นการที่ผู้จัดการให้กู้ในลักษณะกิจการร่วมค้าหรือหุ้นส่วน
- 8) Unit Trust เป็นหน่วยลงทุนชนิดหนึ่งที่ผู้ร่วมให้กู้มีหนังสือรับรองที่จะได้รับดอกเบี้ยตามช่วงระยะเวลาแต่ไม่มีสิทธิใด ๆ ในการกู้ มีในประเทศไทยอังกฤษ

ผู้วิจัยไม่ได้กล่าวถึงวิธีการดังกล่าวในรายละเอียด เพราะเป็นเรื่องละเอียดที่ต้องศึกษาอีกทั้งกฎหมายไทยก็ไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรง แม้แต่ตามกฎหมายของอังกฤษเอง ก็ยังไม่กระจ่างในเรื่องของการที่ผู้ร่วมให้กู้มีนิติสัมพันธ์กันอย่างไร ความจริงแล้วควรที่จะทำการเป็นคู่สัญญาด้วยกันทั้งหมดก็จะชัดเจนหาไปได้ แต่หากมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการโดยผู้ร่วมให้กู้ไม่ประสงค์จะเปิดเผยตัวแล้ว (behind-the-curtain) วิธีการที่ 4 Assignment หรือการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมมากที่สุด \*

การพิจารณาในการใช้กฎหมายไทยกับสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศลักษณะร่วมกันให้กู้นี้จะพิจารณาเฉพาะกรณีคู่สัญญาต่างมีส่วนร่วมร่วมกันให้กู้โดยตรง กล่าวคืออาจจะเป็นลูกหนี้ เจ้าหนี้ร่วมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ \*\*

ประโยชน์ของการร่วมกันให้กู้ (ศิริพงษ์ กัลยาณกุล 2525:131)

- 1) เพื่อรองรับความต้องการเงินทุนสำหรับโครงการที่เป็นประโยชน์ซึ่งนับวันจะขยายตัวมากขึ้นทุกที
- 2) เป็นการประหยัด รวดเร็วและลดค่าใช้จ่ายในการเจรจา รวมทั้งการเจรจาตกลงเงื่อนไขต่าง ๆ ย่อมตกลงกันได้ง่ายเพราะคู่สัญญาหลักจริง ๆ มีเพียงสองฝ่ายคือผู้ให้กู้ฝ่ายหนึ่งกับผู้กู้ฝ่ายหนึ่ง การเจรจาก็ต้องไม่เสียเวลาตกลงกันหลายฝ่าย การทำเอกสารสัญญารวมทั้งการว่าจ้างที่ปรึกษาด้านต่าง ๆ ก็ทำเพียงชุดเดียวหรือครั้งเดียว
- 3) ในด้านผู้กู้ก็ย่อมมีทางเลือกในการกู้ยืมมากขึ้น และได้รับอัตราดอกเบี้ยที่ถูกกว่าเฉพาะในส่วนดอกเบี้ยนี้ก็สืบเนื่องมาจากความรวดเร็วและการประหยัดค่าใช้จ่ายซึ่งจะมีผล

\*ดูรายละเอียดจาก Wood 1980:273-281

\*\*รายละเอียดดูเพิ่มเติม บทที่ 3 ตอนที่ 4, หน้า 92-93

ต่อผู้ให้กู้ในตนเองเดียวกันและเมื่อเป็นเช่นนั้นสิ่งส่งผลให้ยว่งต่าง (spread หรือ Margin) จากต้นทุนเงินของผู้ให้กู้ ซึ่งจะเสนอต่อผู้กู้แคบตามลงไปด้วย

4) ในแง่ผู้ให้กู้เป็นการโฆษณาสถาบันของตนให้เป็นที่รู้จักกันมากในตลาดการเงิน

#### ขั้นตอนของการร่วมกันให้กู้

ขั้นตอนร่วมกันให้กู้แบ่งเป็นสองระยะคือ

1) ช่วงระยะก่อนการร่วมให้กู้ (Pre-Syndication period)

2) ช่วงระยะระหว่างการร่วมให้กู้ (Syndication period)

1) ช่วงระยะก่อนการร่วมให้กู้ (Pre-Syndication period)

ในกรณีผู้ให้กู้หรือผู้จัดการจะต้องศึกษาหรือมีความรู้ถึงภาวะอุตสาหกรรมในภาคพื้นต่าง ๆ ในแง่กว้างทั้งหมด เพื่อจะได้วางแนวนโยบายหรือเป้าหมายได้เป็นอย่างดี นอกจากนั้นก็อาจจะเริ่มติดต่อกับผู้ที่อาจจะเป็นผู้กู้ได้ (Prospect Borrower) ในขณะเดียวกันทางผู้กู้ก็อาจจะเริ่มติดต่อกับผู้ที่อาจจะเป็นผู้ให้กู้หรือผู้จัดการ (Prospect Leader or Manager) ต่อจากนั้นก็มีการเจรจาพิจารณาโครงการ ผู้ให้กู้จะพิจารณาโครงการที่ผู้กู้เสนอให้พิจารณาอย่างละเอียดว่าสามารถจะจัดการร่วมให้กู้ได้หรือไม่ หากพิจารณาว่าจะสามารถให้กู้ได้ ทางผู้จัดการจะออกหนังสือถึงผู้กู้ซึ่งเรียกว่าข้อเสนอ (An offer or Commitment letter or a letter of Understanding) โดยเอกสารนี้จะบรรยายละเอียดเงื่อนไขหลักของเงินกู้และลักษณะของข้อเสนอในการจัดการร่วมให้กู้ หากผู้กู้พิจารณาแล้วพอใจในข้อเสนอก็จะทำหนังสือมอบหมายให้ผู้จัดการคนเดียวหรือหลายคนดำเนินการจัดการร่วมให้กู้หนังสือนั้นเรียกว่า (Mandate Letter) เมื่อได้รับหนังสือทางผู้จัดการก็เริ่มดำเนินการเพื่อเจรจาและจัดเตรียมให้มีการร่วมกันให้กู้

2) ช่วงระยะระหว่างการร่วมให้กู้ (Syndication Period)

ผู้จัดการจะพิจารณาว่าจำเป็นต้องมีผู้จัดการร่วมหรือไม่ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะและจำนวนเงิน หากจำเป็นก็จะมีภาระเชิญ (Invitation) โดยมีรายละเอียดให้แก่ผู้ที่จะถูกเชิญเพื่อมาเป็นผู้จัดการร่วม (Co-Manager(s)) หากผู้รับเชิญตกลงที่จะเป็นผู้จัดการร่วมก็จะมีคณะจัดการชั้น (Management Group) คณะจัดการหรือผู้จัดการ (กรณีไม่จำเป็นต้องมีผู้จัดการร่วม) จะมีการประชุมวางแผนเกี่ยวกับโครงสร้างการร่วมให้กู้ ในขณะเดียวกันผู้จัดการ

ก็จะจัดเตรียมเอกสารที่สำคัญคือร่างสัญญา และ Information Memorandum\* ในการจัดเตรียมนี้ผู้จัดการจะต้องเตรียมการกับทางผู้กู้ก่อน ต่อจากนั้นผู้จัดการอาจให้มีการเชิญผู้ร่วมให้กู้ (Participants) แต่ขึ้นอยู่กับลักษณะหรือจำนวนเงิน โดยผู้จัดการจะแจก Information Memorandum ให้ผู้ที่อาจจะเข้าร่วมได้ศึกษา ผู้จัดการมักจะมีส่วนร่วมในการให้กู้ร่วมอย่างน้อยร้อยละสิบของเงินกู้ อย่างไรก็ตามผู้เข้าร่วมให้กู้อื่น ๆ นั้นจะต้องตอบรับมาว่าสนใจที่จะให้กู้หรือไม่หากไม่หรือมีไม่พอก็อาจจะถือได้ว่าการจัดการเงินกุนั้นล้มเหลวแต่หากมีมากผู้จัดการก็จะจัดสรรเงินกู้ (Allocation) ให้ตามความเหมาะสม ซึ่งโดยปกติก็เป็นไปโดยสัดส่วน หรือตามหลักเกณฑ์ที่แจ้งไว้ก่อนเช่นใครตอบรับก่อนได้ก่อน ขั้นตอนสุดท้ายภายหลังการจัดการจัดสรรส่วนที่ร่วมให้กู้ ผู้จัดการอาจจัดประสานงานเป็นตัวแทนเจรจาในรายละเอียดขั้นสุดท้ายระหว่างฝ่ายผู้ให้กู้และฝ่ายผู้กู้ได้ เมื่อตกลงได้ก็จะมีการจัดทำสัญญา และลงนามและอาจมีการโฆษณา



---

\* ดูข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย บทที่ 3 ตอนที่ 5, หน้า 95



ตัวอย่างแผนภูมิการร่วมกันให้กู้ (คิริพงษ์ กัลยาณรุจ 2525:144)

ตัวอย่างลำดับการทำงานของการร่วมกันให้กู้ (ระดับระหว่างชาติ)  
(STANDARD SEQUENCE OF SYNDICATED LOAN)

วันที่ (DAY NO.)	ลักษณะเหตุการณ์ (EVENT)	ลักษณะเอกสาร (DOCUMENT)	คู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง (PARTIES)
1	มอบหมายให้จัดการ (AUTHORITY GIVEN)	จดหมายสั่งหรือมอบหมาย ให้จัดการ (MANDATE LETTER)	ผู้กู้ → ผู้จัดการ (BORROWER → LEAD MANAGER)
2-22	การต่อรองและเตรียมการ (NEGOTIATION & PREPARATION)	สัญญาผู้ (LOAN AGREEMENT)	ผู้จัดการ ↔ ผู้กู้ (LEAD MANAGER ↔ BORROWER)
	การเตรียมการ (PREPARATION)	(INFORMATION MEMORANDUM)	
3	การเชิญร่วมจัดการ (INVITATION)		ผู้จัดการ → ผู้จัดการร่วม (LEAD MANAGER → CO-MANAGER (S))
10	วันสุดท้ายที่จะต้องตอบการเชิญ เกิดคณะจัดการหรือทำงาน (MANAGEMENT GROUP FORMED)		ผู้จัดการ ← ผู้จัดการร่วม (LEAD MANAGER ← CO-MANAGER (S))
12	ประชุมวางแผน โครงสร้างและ กลยุทธ์ในการร่วมให้กู้ (MEETING)		ผู้จัดการทั้งหลาย
15	การเชิญผู้ร่วมให้กู้ โดยแจก INFO. MEMO. (INVITATION)		ผู้จัดการ → ผู้ร่วมให้กู้ (MANAGERS → PARTICIPANTS)
27	การเข้าร่วมในวันสุดท้ายที่ต้องตอบ การเชิญ (PARTICIPATION)		ผู้จัดการ ← ผู้ร่วมให้กู้ (MANAGERS ← PARTICIPANTS)
28	จัดสรรส่วนที่ร่วมให้กู้ (ALLOCATION)		ผู้จัดการ ↔ ผู้ร่วมให้กู้ (MANAGERS ↔ PARTICIPANTS)
30-45	เตรียมเอกสารสัญญาผู้ (FINAL DRAFT OF LOAN AGREEMENT)		ผู้ร่วมให้กู้ → ผู้จัดการ → ผู้กู้ (PARTICIPANTS → MANAGERS → BORROWER)
48	เซ็นสัญญา (LOAN AGREEMENT SIGNED)		คู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง (ALL PARTIES)
50	ประกาศโฆษณา (PUBLIC RELATIONS)	หนังสือพิมพ์ หรือ เอกสารอื่น	คู่สัญญา → ผู้พิมพ์โฆษณา (PARTY (IES) → ADVERTISING AGENT)

### ตอนที่ 3 การให้กู้เงินตามโครงการ (Project Financing)

#### ความหมาย

การให้กู้เงินตามโครงการ (Project Financing) เป็นการให้กู้เงินประเภทหนึ่ง ซึ่งคำนึงถึงโครงการของผู้กู้เป็นสำคัญ โครงการประเภทนี้มักจะเป็นโครงการที่มีความต้องการเป็นจำนวนมาก และการให้กู้มักจะมาในรูปลักษณะของการร่วมการให้กู้ (Syndication) ซึ่งรูปแบบของการให้กู้เงินตามโครงการนี้แบ่งออกเป็นหลายลักษณะด้วยกัน ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป สำหรับความหมายของการให้กู้เงินตามโครงการ (Project Financing) นั้นได้มีผู้ให้ความหมาย (Rendell, in Rendell, ed. 1980:39) ไว้อยู่ 2 นัยด้วยกันคือ

1. นัยแรกได้ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึงการให้กู้เงินสำหรับโครงการ โดยที่ผู้ให้กู้จะพิจารณาจากลักษณะความเชื่อถือทางการเงิน (Credit) ของบริษัท หรือกลุ่มผู้ขอกู้ โดยพิจารณาประกอบกับความสำเร็จ หรือความล้มเหลวของโครงการที่ขอเสนอมาเพื่อใช้เงินกู้เป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตามผู้ให้กู้ก็ยังไม่ได้ถือเอาความสำเร็จ หรือความล้มเหลวของโครงการดังกล่าวเป็นหลักสำคัญ ในกรณีที่หากว่ากลุ่มผู้กู้เงินนั้นมีทรัพย์สินอื่นหรือกิจการที่จะสามารถชำระหนี้ให้แก่ผู้ให้กู้ได้

2. นัยที่สองนั้นหมายถึงการที่ผู้กู้ได้ขอกู้เงินเพื่อนำมาดำเนินการกิจการตามโครงการ โดยที่ผู้กู้ไม่มีทรัพย์สินอื่นใดเป็นหลักประกัน แต่ผู้กู้จะนำรายรับจากการดำเนินการกิจการตามโครงการมาชำระหนี้แก่ผู้ให้กู้ ทรัพย์สินที่จะเป็นหลักประกันในการกู้เงินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินที่ได้ใช้ในกิจการดำเนินการในกิจการตามโครงการเท่านั้น ผู้ให้กู้มีความจำเป็นจะต้องพิจารณาถึงความสำเร็จ หรือความล้มเหลวของโครงการก่อนที่จะดำเนินการให้กู้เป็นประการสำคัญ

ลักษณะของการให้กู้เงินตามโครงการนี้ เป็นกรณีที่ผู้กู้มีความจำเป็นจะต้องใช้เงินทุนเป็นจำนวนมากในการดำเนินการ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นการกู้ของรัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจที่นำมาใช้ในกิจการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ แต่ก็ยังมีเอกชนบางรายที่กู้เงินเพื่อนำมาดำเนินการตามโครงการ และการให้กู้นี้มักจะมีผู้ให้กู้ร่วมหลายคน และมีลักษณะเป็นทำนองเดียวกับการร่วมกันให้กู้ (Syndication) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่มีรายละเอียดแตกต่างกันในลักษณะของเอกสาร สัญญา การเจรจาต่อรองการพิจารณา เงื่อนไขในการที่จะให้กู้ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

การให้กู้เงินตามโครงการที่มีข้อพิจารณาอยู่ 3 ประการ ดังต่อไปนี้คือ (Wood 1980: 313-322)

1) ความเสี่ยงของโครงการ (Project Risk) นอกเหนือจากความเข้าใจในปัญหา ด้านกฎหมาย รายละเอียดและเบื้องหลังทางการเมืองของแต่ละโครงการเป็นอย่างดีแล้ว ผู้ให้กู้ ก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงภัยของโครงการเป็นการเริ่มต้นก่อนที่จะดำเนินการให้กู้ตาม โครงการต่อไป ความเสี่ยงของโครงการแบ่งแยกออกเป็นหัวข้อพอสรุปได้ดังนี้คือ

1.1 ความเสี่ยงในความสำเร็จของโครงการ (Completion Risk) ซึ่งผู้ให้กู้จะต้องพิจารณาว่า โครงการที่ขอกู้มานั้นมีความเป็นไปได้แค่ไหนเพียงไร และโครงการ อาจจะมีปัญหาในด้านต้นทุนในการดำเนินการ ปัญหาแรงงาน ความล่าช้าในการก่อสร้าง ปัญหา การช่วยเหลือทางเทคนิค ซึ่งในปัญหาที่ผู้ให้กู้จะต้องมีความแน่ใจว่า ในกรณีที่โครงการมีความ จำเป็นต้องใช้เงินทุน ผู้กู้สามารถระดมเงินทุนมาสนับสนุนในโครงการได้

1.2 ความเสี่ยงในแหล่งทรัพยากร (Resource Risk) ซึ่งผู้ให้กู้จะต้อง พิจารณาว่าแหล่งทรัพยากรที่นำมาใช้ในการดำเนินกิจการตามโครงการนั้นมีเพียงพอ มีคุณภาพ และให้ผลตอบแทนในทางพาณิชย์หรือไม่

1.3 ความเสี่ยงในการดำเนินการตามโครงการ (Operating Risk) ซึ่ง ผู้ให้กู้จะต้องพิจารณาถึงความมีอยู่ของวัตถุดิบ ความชำนาญของผู้ดำเนินการตามโครงการ

1.4 ความเสี่ยงในด้านการตลาด (Market Risk) ซึ่งผู้ให้กู้จะต้องพิจารณา ว่าผลิตภัณฑ์หรือผลผลิตที่ผลิตได้ตามโครงการนั้นจะได้รับการประกัน หรือความคุ้มครองในด้าน ความเปลี่ยนแปลงของราคาในตลาด

1.5 ความเสี่ยงของเงินตรา (Currency Risk) ก็จะต้องพิจารณาว่าเงินตรา ที่ขอกู้มานั้น กับเงินตราที่จะได้รับมาตามโครงการควรจะเป็นสกุลเงินตราที่มีความสัมพันธ์อย่าง ใกล้ชิด เพราะถ้าหากไม่มีความสัมพันธ์แล้วถ้ามีการเปลี่ยนแปลงอัตราแลกเปลี่ยนก็จะส่งผล กระทบไปถึงโครงการ และการชำระเงินได้

1.6 ความเสี่ยงทางการเมือง (Political Risk) ซึ่งผู้ให้กู้จะต้องพิจารณา ถึงความมั่นคงทางการเมือง การจลาจล การปฏิวัติ การเวนคืน การเรียกเก็บภาษี การควบคุม การแลกเปลี่ยนเงินตรา การกำหนดราคาสินค้า ซึ่งสิ่งเหล่านี้อาจจะส่งผลกระทบต่อโดยตรงของการ ชำระหนี้เงินกู้ของผู้ได้



## 2) รูปแบบของโครงการ (Project Structures) แบ่งเป็น

1) บริษัทโครงการหรือกลุ่มบริษัทโครงการ (Project Company or Corporation) เนื่องจากเงินกู้ตามโครงการนั้นเป็นกิจการขนาดใหญ่ การดำเนินการตามโครงการจะต้องมีบริษัทเพื่อดำเนินกิจการตามโครงการ หรือมีหลายบริษัทรวมกลุ่มเพื่อดำเนินกิจการตามโครงการ โดยลักษณะของการดำเนินการตามโครงการในลักษณะของบริษัทโครงการหรือกลุ่มของบริษัทโครงการนี้อาจจะดำเนินในรูปของกิจการร่วมค้า (Joint Venture) หรือการก่อตั้งนิติบุคคลขึ้นมาภายในเขตอำนาจของรัฐที่โครงการนั้นดำเนินอยู่ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศหรือเจ้าของโครงการ ในบางประเทศอาจจะมีบทบังคับให้บริษัทโครงการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลขึ้นมา ซึ่งการดำเนินการในเช่นนี้ก็จะมีผลดีและผลเสียหลายประการ อาทิเช่น ผลดีก็คือ บริษัทโครงการมีหลักประกันเงินกู้สำหรับโครงการให้แก่ผู้ให้กู้ เช่น ทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการตามโครงการ และหุ้น และสามารถจะควบคุมการดำเนินการให้เป็นไปตามโครงการได้ง่าย ผู้ให้กู้เองไม่ต้องเกี่ยวข้องกับโครงการนี้มากนัก แต่ผลเสียก็อาจจะมี เช่น ในกรณีที่เกิดความเสี่ยงทางการเมือง อาทิเช่น การเวนคืนทรัพย์สินเพราะว่านิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ในรัฐที่โครงการดำเนินการอยู่

## 2) รูปแบบโครงสร้างของสัญญาในการให้เงินกู้ตามโครงการ (Contract structure)

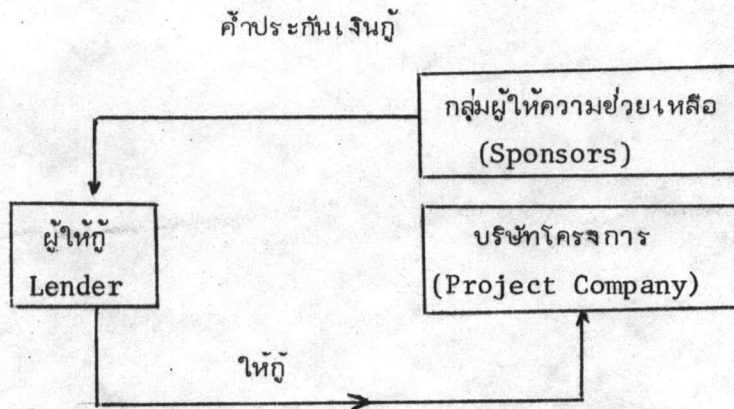
โครงสร้างของสัญญาในการดำเนินการตามโครงการนั้นมีหลายแบบด้วยกัน แต่โครงสร้างที่จะกล่าวต่อไปนี้อยู่ภายใต้สมมุติฐานที่ว่าโครงการนั้นดำเนินการโดยนิติบุคคล ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นในประเทศของผู้กู้ ซึ่งผู้ให้กู้มิได้มีส่วนได้เสียในความเสี่ยงภัยของโครงการ แต่ผู้ให้กู้มีความหวังว่าจะได้รับความช่วยเหลือจากกลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือในทางการเงิน (Sponsors) ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในโครงการก็ได้ โดยแยกพิจารณาออกเป็นดังต่อไปนี้คือ

### ก. คู่สัญญาสองฝ่าย (Two Link) โดยแบ่งเป็น

1. ผู้ให้กู้ให้กู้แก่บริษัทโครงการโดยตรง
2. กลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือ (Sponsors) ทำการค้าประกันทั้งหมดหรือบางส่วนแก่ผู้ให้กู้ โดยเป็นการค้าประกันความล้มเหลวของโครงการ หรือค้าประกันการลงทุน

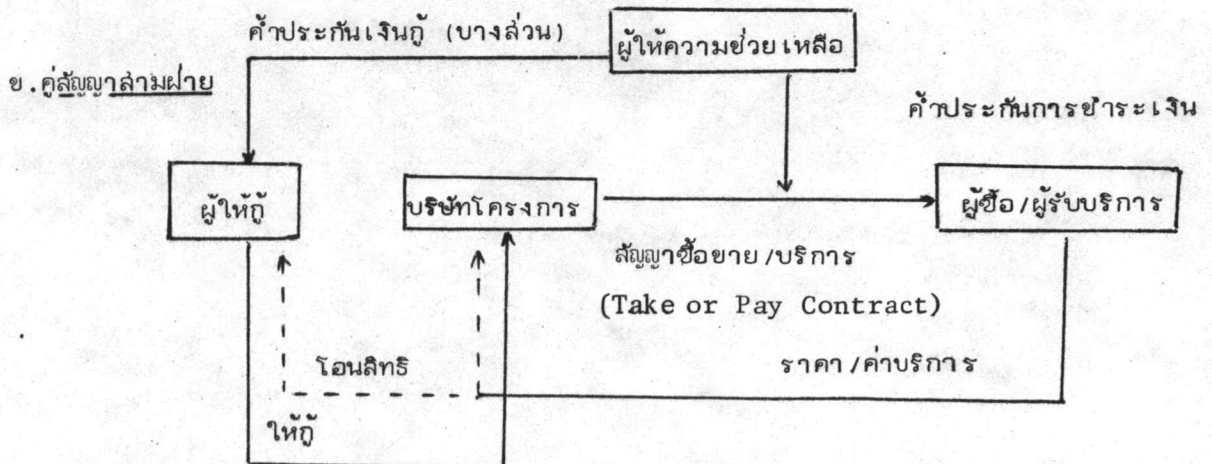
แผนภูมิโครงสร้างของสัญญา

ก. คู่สัญญาสองฝ่าย



ข. คู่สัญญาลำสามฝ่าย (Three Link) โดย

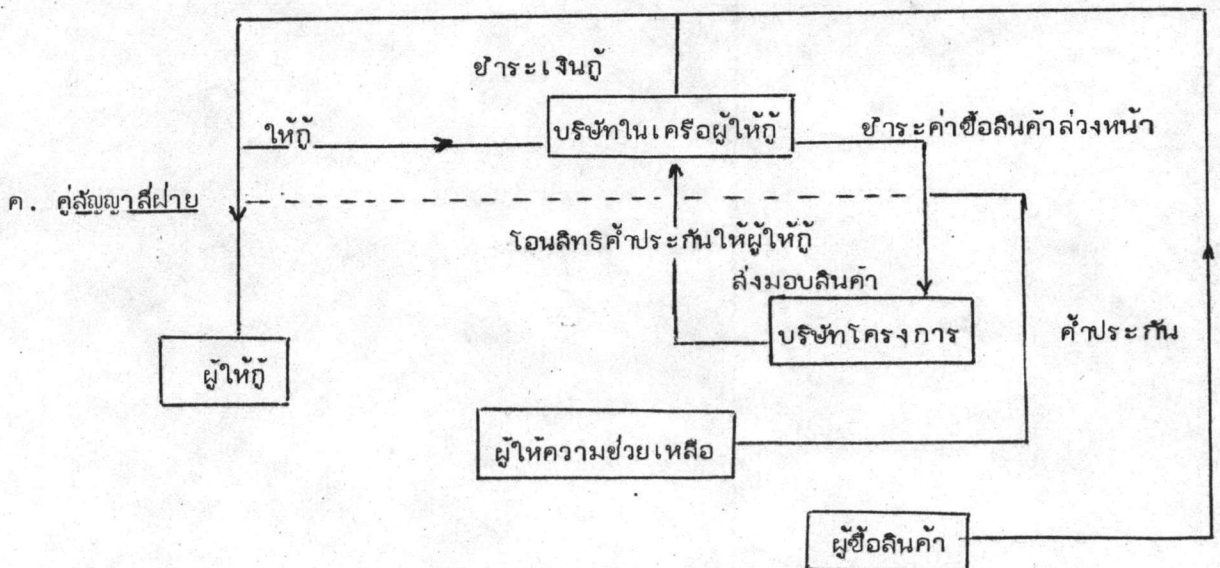
1. ผู้ให้กู้ให้เงินกู้แก่บริษัทโครงการ โดยกลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือ ทำการค้ำประกัน จนกว่าโครงการเสร็จ โดยอาจจะเป็นการค้ำประกันทั้งหมดหรือบางส่วน
2. บริษัทโครงการทำสัญญาระยะยาวให้แก่ผู้ซื้อ หรือผู้รับบริการ (ซึ่งผู้ให้ซื้อหรือผู้รับบริการนี้อาจจะเป็นบุคคลภายนอก หรือกลุ่มของผู้ให้ความช่วยเหลือก็ได้) ซึ่งเงินได้จากสัญญาระยะยาวนี้จะได้เข้ามาชำระคืนเงินกู้
3. กลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือเข้าทำการค้ำประกันการซื้อสินค้าหรือบริการ ต่อบริษัทโครงการตามสัญญารับหรือจ่าย (Take or Pay Contract) โดยบริษัทโครงการ ได้โอนสิทธิประโยชน์หรือสิทธิตามสัญญารับหรือจ่าย และค้ำประกันต่อผู้ให้กู้โดยเป็นหลักประกัน



ค. คู่สัญญาสี่ฝ่าย (Four Link) ลักษณะนี้เป็นที่นิยมกันมากในกรณีที่เป็น การให้กู้ตามโครงการเกี่ยวกับการซื้อขาย โดยแบ่งเป็น

1. ผู้ให้กู้ให้กู้โดยตรงแก่บริษัทในเครือของตน
2. บริษัทในเครือจะชำระหนี้ให้แก่บริษัทโครงการ ในลักษณะของการ ซื้อผลิตภัณฑ์หรือสินค้าล่วงหน้า
3. เมื่อโครงการสำเร็จ บริษัทโครงการก็จะส่งมอบผลิตภัณฑ์หรือ สินค้าให้แก่บริษัทในเครือหรือผู้ให้กู้ตามที่บริษัทในเครือได้ชำระค่าสินค้าไว้ล่วงหน้าแล้ว และ บริษัทในเครือจะนำสินค้านี้ไปจำหน่ายแก่บุคคลที่สาม หรือบุคคลภายนอกตามสัญญารับหรือจ่าย (Take or Pay Agreement) เพื่อนำเงินมาชำระหนี้เงินกู้ตามสัญญา
4. กลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือจะทำการค้ำประกันหนี้ของบริษัทโครงการ ภายใต้สัญญาซื้อขาย และ/หรือค้ำประกันแก่บริษัทโครงการที่ได้โอนสิทธิให้แก่บุคคลที่สามภายใต้ สัญญารับหรือจ่าย บริษัทในเครือจะโอนสิทธิของสัญญา และค้ำประกันให้แก่ผู้ให้กู้โดยมอบหลัก ประกันให้

วิธีการนี้เป็นวิธีการที่สามารถระดมมาพิจารณาได้ ถ้าหากปรากฏมี กฎหมายเกี่ยวกับการธนาคารในบางประเทศซึ่งห้ามไม่ให้ผู้ให้กู้เข้าไปมีส่วนร่วมในกิจการทาง การค้าที่ไม่ใช่เกี่ยวกับกิจการธนาคาร หรือกลไกของการซื้อขายสินค้านั้นสามารถกระทำได้ โดยบริษัทใดบริษัทหนึ่งเพียงบริษัทเดียว และเพื่อประโยชน์ในทางภาษี





### 3) วิธีการเปลี่ยนแปลงงบดุลของกิจการ (off Balance Sheet Finance)

โดยวิธีการให้กู้ตามโครงการนี้เป็นวิธีการหนึ่งที่จะแปลงสภาพหนี้เงินกู้ หรือหนี้จากการค้าประกันให้เป็นในลักษณะของการดำเนินงานกิจการทางการค้า (Trading Transaction) ซึ่งการดำเนินการในการดำเนินงานกิจการตามโครงการตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ก็อาจจะมีเหตุผลดังต่อไปนี้คือ

1. วิธีปฏิบัติทางบัญชีโดยทั่วไปหนี้ทางการค้า (Trading Obligations) อาจไม่จำเป็นที่จะต้องแสดงไว้ในบัญชีงบดุล ทำนองเดียวกับหนี้เงินกู้หรือหนี้ของการค้าประกัน การทำเช่นนี้อาจจะทำให้เห็นว่าบริษัทมีเครดิตที่ดี หรือมีฐานะทางการเงินที่น่าเชื่อถือ
2. ในบางกรณีอาจจะมีข้อกำหนดในเรื่องการกู้ยืมเงินหรือการค้าประกัน ของกลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือ

#### สัญญาในการให้กู้ตามโครงการ

โดยปกติแล้วในกิจการตามให้กู้ตามโครงการนี้มีเอกสารสัญญาที่เกี่ยวข้อง อยู่หลายรูปแบบด้วยกัน ซึ่งก็จะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายของสัญญา และกฎหมายเอกเทศ สัญญาเป็น เรื่อง ๆ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่พิจารณาถึงเอกสารประกอบอื่น ๆ ที่ไม่ใช่สัญญาแต่เพียง แต่จะนำมากล่าวโดยสรุปเพื่อเป็นแนวทางที่จะศึกษาต่อไปในอนาคตว่ามีเอกสารสัญญาอะไรบ้าง ที่มีความจำเป็นสำหรับการให้กู้เงินตามโครงการ ซึ่งพอจะแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. สัญญาประกันความสำเร็จของโครงการ (Completion Guarantees) ซึ่งมักจะเป็นสัญญาซึ่งค้าประกันโดยกลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือว่าโครงการจะสำเร็จลงได้ โดย อาจจะเป็นการค้าประกันทั้งหมดหรือบางส่วน
2. สัญญารับหรือจ่าย (Take or Pay Contract) ซึ่งเป็นสัญญาที่ลูกหนี้ ตกลงจะชำระ เงินเป็นขั้นต่ำสำหรับสินค้าหรือบริการที่จะได้รับจากองค์กร ไม่ว่าลูกหนี้จะได้รับ สินค้าหรือบริการหรือไม่ โดยเงินขั้นต่ำนี้จะกำหนดเป็นราคา ซึ่งจะเพียงพอสำหรับที่จะนำมาชำระ หนี้เงินกู้และค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานกิจการตามโครงการ ลักษณะของสัญญารับหรือจ่ายนี้อาจจะเป็นในลักษณะของสัญญาซื้อขายสินค้า ซึ่งผลิตตามโครงการ อาทิเช่น แร่ทรัพยากรธรรมชาติ การทำสัญญาบริการ เช่น การผลิตสินค้า หรือการขนส่งการพอกท่อ สัญญาเช่าทรัพย์สิน เช่น เช่าเรือ หรือเครื่องมือเครื่องจักร ซึ่งรายละเอียดต่าง ๆ วิทยานิพนธ์นี้จะไม่กล่าวถึงว่ามีความ แตกต่างหรือผลบังคับในทางกฎหมายแต่ประการใด

3. สัญญาลงทุน (Investment Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาที่กลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือตกลงที่จะให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่บริษัทโครงการ อาจจะเป็นการให้เงินกู้สนับสนุนเพื่อที่จะให้บริษัทโครงการมีเงินทุนพอที่จะดำเนินการตามกฎหมายไปได้

4. สัญญาซื้อขาย (Purchase Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างกลุ่มผู้ให้ความช่วยเหลือโครงการ กับผู้ให้กู้ที่ได้รับผิดชอบจำนวนเงินที่ผู้กู้ผิดนัดแทน โดยอาจจะมีลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่

5. สัญญาซื้อขายโดยตรง ล่วงหน้า (Forward Purchase Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาที่บริษัทโครงการและผู้ให้กู้ หรือบริษัทในเครือของผู้ให้กู้ได้ทำสัญญาที่จะชำระเงินค่าสินค้าล่วงหน้าที่จะผลิตได้ตามโครงการ โดยบริษัทโครงการจะนำเงินสินค้าล่วงหน้านั้นมา เป็นค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างตามโครงการ

6. สัญญาชำระหนี้โดยผลิตภัณฑ์ (Production Agreement) สัญญานี้เป็นสัญญาใหม่ที่ เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ในการสำรวจไฮโดรคาร์บอน ซึ่งลักษณะของการมีสัญญาชำระหนี้โดยผลิตภัณฑ์นั้นจะเป็นลักษณะสัญญาที่เป็นการโอนส่วนและผลประโยชน์ของทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่กับสิทธิที่จะได้รับการขายทรัพยากรธรรมชาตินั้น ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้จะไม่ได้กล่าวถึงเช่นกัน

ปัญหากฎหมายบางประการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ทำขึ้นในการให้กู้ตามโครงการนั้นมีหลายปัญหา อาทิเช่น ปัญหา เรื่องค่าเสียหายในกรณีที่ไม่มีการชำระหนี้เงินกู้ ซึ่งส่วนใหญ่จะกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า แต่หลักในเรื่องความเสียหายนั้น ผู้เสียหายจะต้องทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อจะขจัดหรือบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งในกรณีดังกล่าวอาจจะทำให้ค่าเสียหายถูกลดลง และเป็นที่ยากที่จะพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับเบี้ยปรับ (Penalties and Liquidated Damages) การบังคับหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) การยกเว้นความรับผิดของการผิดสัญญา (Exclusion of Liabilities for Breach) หนี้ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง (Express Obligation) หนี้ที่กำหนดไว้โดยปริยาย (Implied Obligation) ความเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า (Liquidated Damages) การผิดสัญญาเบื้องต้น (Fundamental Breach) การหักกลบลบหนี้ (Set-offs) เหตุสุดวิสัย (Frustration of Contracts) การครบ

กำหนดชำระหนี้ (Accelerated Amounts) การทำนอกอำนาจ (Ultra vires) ซึ่งในเรื่องนี้เป็นรายละเอียดที่จะต้องพิจารณาข้อความในสัญญา และวิทยานิพนธ์นี้จะไม่ได้อ้างถึงเช่นกัน \*

#### ข้อสังเกต

สำหรับประเทศไทยนั้น การให้กู้เงินตามโครงการเท่าที่ปรากฏและกำลังเป็นปัญหาอยู่ ได้แก่โครงการของบริษัท ฟินิกซ์ พัลฟ์ จำกัด ซึ่งเป็นโครงการซึ่งใช้เงินทุนประมาณ 1,545 ล้านบาท โดยในโครงการนี้เงินทุน 400 ล้านบาท จะมาจากทุนเรือนหุ้น 155 ล้านบาท เป็นเงินกู้ระยะสั้นที่จะต้องใช้หมุนเวียนในช่วงดำเนินการจัดทำโครงการ และมีบริษัทของประเทศไทยอินเดีย ออสเตรีย โดยมีทางการของอังกฤษเป็นผู้จัดการรวบรวมสถาปนากิจการเงินมาร่วมกันให้กู้ เป็นจำนวนถึง 990 ล้านบาท โดยมีธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทยเป็นผู้ค้ำประกันเงินกู้ระยะยาวเป็นจำนวนเงิน 564 ล้านบาท ซึ่งต่อมาก็ปรากฏว่ามีปัญหาเนื่องจากการขาดทุนที่จะดำเนินงานตามโครงการ โดยถือว่าโครงการนี้เป็นโครงการที่รัฐบาลรับรองว่าเป็นโครงการแห่งชาติ แต่ก็ยังเกิดปัญหาอยู่จนมีการประชุมหารือกันระหว่างสภามหากรรมการไทยเพื่อแก้ไขปัญหาขาดเงินทุนหมุนเวียน ของเงินกู้ตามโครงการ \*\* ซึ่งการให้กู้ตามโครงการนี้เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาเป็นประการสำคัญเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะ เป็นปัญหาความเสี่ยง การขาดทุนหมุนเวียนดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่อยู่นอกเหนือขอบเขตการวิจัยของวิทยานิพนธ์นี้

---

\* รายละเอียดดู Wood 1980:319-321

\*\*ผู้สนใจรายละเอียดดู ฟินิกซ์ พัลฟ์ เทย์ลิ่งคราม ศักดิ์ศรีในวงการแบงก์ไทย



#### ตอนที่ 4 วิธีการและเทคนิคเจรจาตกลงเงื่อนไขสัญญาข้ามเงินระหว่างประเทศ

##### บททั่วไป

เมื่อได้ทราบถึงวิธีการจัดหาเงินทุน วิธีการให้กู้แล้ว สิ่งที่ต้องทราบอีกประการหนึ่งของกลไกการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศก็คือ วิธีการและเทคนิคในการเจรจาตกลงในเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาข้ามเงินระหว่างประเทศที่จะได้จัดทำขึ้นระหว่างผู้ให้กู้กับผู้กู้ ทั้งนี้เพื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้รับความสะดวกและประโยชน์ซึ่งกันและกัน รวมทั้งจะได้จัดทำสัญญาข้ามเงินและเอกสารประกอบที่จำเป็นต่อไป ในการเจรจาต่อรองข้อตกลงหรือเงื่อนไขในสัญญาข้ามเงินระหว่างประเทศนั้น ผู้เจรจาต่อรองต้องมีความเข้าใจในวิธีการหรือเทคนิคให้มากที่สุด นอกเหนือจากความรู้ทางด้านการเงิน ความรู้ทางด้านกฎหมาย ผู้เจรจาต้องมีความเข้าใจถึงโครงสร้างและเงื่อนไขหลักของสัญญา\* โดยหลักการแล้วส่วนใหญ่อำนาจในการเจรจาต่อรองเงื่อนไข ฝ่ายผู้ให้กู้มักจะฝ่ายได้เปรียบกับผู้กู้เสมอ แต่ฝ่ายผู้กู้เองก็ควรจะมีหลักในการเจรจาเพื่อจะได้รับเงื่อนไขที่เป็นการผ่อนปรนให้เป็นประโยชน์แก่ผู้กู้ได้ ในการเจรจาต่อรองนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่สมควรจะต้องมีนักกฎหมายที่มีความรู้ มีความเชี่ยวชาญในเรื่องการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ เข้าเจรจาต่อรองด้วย มิใช่เฉพาะแต่เจ้าหน้าที่ของผู้ให้กู้ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ทางการเงิน เนื่องจากในการเจรจาต่อรองนั้น จะทำให้มีกฎหมายเหล่านั้นสามารถจัดทำสัญญา หรือเอกสารประกอบได้ต้องตามความประสงค์ของคู่สัญญา

วิธีการหรือเทคนิคในการเจรจาตกลงเงื่อนไขสัญญานี้ เป็นเรื่องที่ยกฝ่ายผู้ให้กู้และฝ่ายผู้กู้ควรจะต้องทราบไว้เป็นแนวทาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประเทศไทยนั้นมีความจำเป็นที่จะขอกู้ยืมเงินจากต่างประเทศ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึงเทคนิคและวิธีการในการเจรจาต่อรองไว้เพื่อผลประโยชน์ในการเจรจาต่อรอง และจะให้การเจรจาประสพผลสำเร็จดังความประสงค์

---

\* โครงสร้างและเงื่อนไขดู บทที่ 3 หน้า 61-64 และตัวอย่างสัญญาข้ามเงินใน  
ในภาคผนวก ก. หน้า 254-281

เทคนิคและวิธีการในการเจรจา

สำหรับเทคนิคหรือวิธีการในการเจรจาต่อรองนั้นได้มีผู้เขียนบทความไว้อย่างน่าสนใจ\* ซึ่งผู้วิจัยจะได้สรุปมากล่าวโดยเฉพาะตอนที่สำคัญว่ามีอะไรบ้าง โดยทั่วไปแล้วการเจรจาต่อรองนั้นจะแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ

1. การวางแผนเจรจาต่อรอง (Negotiation Planning and Strategy)
2. เทคนิคในการเจรจาต่อรอง (Negotiation Technique)

1. การวางแผนเจรจาต่อรอง (Negotiation Planning and Strategy)

แบ่งพิจารณาเป็น

1. ในฐานะผู้ซึ่งยอมจะเป็นผู้เสียเปรียบในการเจรจาต่อรอง จะต้องคิดอย่างนายธนาคาร หรือผู้ให้กู้ว่า ผู้ให้กู้หรือนายธนาคารนั้นมีความคิดอย่างไร เพื่อที่จะเจรจาให้มีเงื่อนไขข้อกำหนดที่ผูกมัดฝ่ายผู้กู้ให้น้อยที่สุด และโดยทั่วไปแล้วนายธนาคารหรือผู้ให้กู้นั้นมักจะมองถึงประเด็นสำคัญดังนี้

1. เงินต้นและดอกเบี้ยที่ตนจะได้รับชำระว่าจะต้องมาจากรายได้ในอนาคตของผู้กู้ก่อนหักดอกเบี้ยและภาษี (Earning before interest and taxes) และผู้กู้จะต้องไม่นำเงินมาชำระเงินต้นโดยนำมาจากเงินทุนหมุนเวียน (Cash flow) อันได้แก่รายได้สุทธิ (Net income) กับค่าเสื่อมราคา (Depreciation)

2. ผู้ให้กู้จะวิเคราะห์ถึงงบดุลประจำปีของผู้กู้ เพราะในงบดุลนั้นจะแสดงถึงสินทรัพย์ทั้งหลายของผู้กู้ที่จะนำมาชำระหนี้ หากปรากฏในภายหลังว่าไม่มีรายได้ที่จะมาชำระหนี้ อาทิเช่น ทุนที่ใช้ในการประกอบการ (Net working capital) หรือสินทรัพย์สภาพคล่องที่เปลี่ยนเป็นเงินสด (Current ratio)

3. ผู้ให้กู้อาจกำหนดเงื่อนไขการควบคุมเงินทุนหมุนเวียน (Cash Flow control) หากปรากฏจากงบดุลว่าบริษัทไม่อาจจะมีเงินสดก่อนหักภาษีหรือดอกเบี้ยมาชำระหนี้เงินกู้

---

\* รายละเอียดดู ประวิณ สุจริตกุล 2526:78-109 และ Arnold 1982

4. ผู้ให้กู้มักจะดำเนินการควบคุมแผนดำเนินงานธุรกิจ (Strategy control) ถ้าหากเห็นว่ากำลังเงินของผู้กู้ไม่เหมาะสม และมีความเสี่ยงในธุรกิจสูง
5. ผู้ให้กู้มักจะกำหนดกระตือรือร้น กระตุ้นให้เกิดกรณีฉุกเฉิน (The Trigger) อันเป็นเงื่อนไขที่อันตรายที่สุด เพราะมีความมุ่งหมายที่จะให้สิทธิแก่ผู้ให้กู้สามารถเรียกหนี้คืนได้ทันที ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วผู้ให้กู้มักจะไม่ทำตามข้อกำหนดนี้ แต่อาจจะมีการเจรจาเพื่อเพิ่มเงื่อนไขหรือข้อกำหนดแก่ผู้ให้กู้ขึ้นอีกแทนที่จะเรียกชำระหนี้สิน
6. ผู้ให้กู้มักจะกำหนดให้มีการรักษาสภาพงบดุลให้คงเดิม (Balance Sheet Maintenance) โดยอาจกำหนดเรื่องสินทรัพย์สภาพคล่อง (Current Ratio) หรือทุนสุทธิที่ใช้ในการประกอบการ (Net Working capital) หรือทั้งสองอย่างไว้ด้วยกัน หรืออาจจะจำกัดในการที่ผู้กู้จะกู้ยืมเงินเกินกว่าที่กู้ไว้เดิม
7. ผู้ให้กู้มักจะกำหนดการถนอมรักษาสินทรัพย์ (Asset Preservation) โดยอาจกำหนดข้อจำกัดในการที่ห้ามผู้กู้ไปจำหน่ายสินทรัพย์ หรือก่อภาระติดพันแก่ทรัพย์สินของผู้กู้ หรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน

เมื่อทราบว่าผู้ให้กู้คิดอย่างไรแล้ว ตัวผู้กู้เองก็จะต้องหาวิธีการที่จะแก้ไขจุดบกพร่องเหล่านี้ (ถ้าหากมี)

2. สำหรับด้านผู้กู้เอง เมื่อทราบว่าผู้ให้กู้คิดอย่างไร ตัวผู้กู้จะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้
  1. พิจารณาดูว่าการดำเนินงานกิจการของตนเองมีความเสี่ยงในธุรกิจสูงหรือไม่
  2. พิจารณาดูว่าตัวแปรที่จะกำหนดไปได้ก่อนหักดอกเบี้ยและภาษี เช่น ค่าวัสดุดิบ ปริมาณการขาย อัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา จะเปลี่ยนแปลงในระหว่างระยะเวลาการกู้จนทำให้รายได้ลดลงไปหรือไม่
  3. ถ้าหากมีการกู้ยืมเงินมา อัตราส่วนต่าง ๆ ในบัญชีงบดุลจะเป็นอย่างไร บริษัทจะมีสภาพคล่องหรือไม่
  4. พิจารณาดูจากสินทรัพย์ของบริษัทว่าถ้าหากมีการชำระบัญชีแล้ว ผู้ให้กู้จะมีสิทธิรับชำระหนี้หรือไม่
  5. สดภาพพยากรณ์ทางการเงิน (Financial Forecast) เพื่อพยายามลดข้อจำกัดที่อาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินการ หรือก่อให้เกิดกรณีฉุกเฉินในอนาคต



การหาเหตุผลที่จะเจรจากับผู้ให้กู้เพื่อผ่อนคลายหรือยินยอมในข้อจำกัด หรือเงื่อนไข  
บางประการ โดยมีเหตุผลที่จะกล่าวอ้างได้ เช่น

1. ฝ่ายจัดการของผู้ที่ต้องการความยืดหยุ่นในการวางแผนงาน เพื่อหลีกเลี่ยงการผิดสัญญา
2. แม้ผู้ให้กู้จะยินยอมผ่อนผันข้อกำหนดข้อใดข้อหนึ่งแล้ว ผู้ให้กู้ก็ยังมิยอมจำกัดอื่นที่สามารถควบคุมได้อยู่
3. หากมีงบดุลที่มั่นคงย่อมแสดงให้เห็นว่าบริษัทมีหลักประกันในการชำระหนี้ อย่างแน่นอน
4. แม้งบดุลจะมีปัญหาบ้าง แต่กิจการมีแนวโน้มแจ่มใล และมีช่องทางที่จะชำระหนี้เงินกู้ โดยการกู้ยืมเงินจากแหล่งอื่นมาชำระ (Refinery)
5. การยินยอมแลกเปลี่ยนและยอมผ่อนปรนให้แกกันและกัน (Trade off)
6. การให้ตัดทอนข้อจำกัดที่ไม่จำเป็นออก เพราะเป็นการซับซ้อน และมีข้อจำกัดอื่นครอบคลุมได้อยู่แล้ว

เมื่อผู้ทราบดีถึงวิธีการวางแผนเจรจาต่อรอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็จะต้องพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับรายละเอียดที่จะเจรจาดำเนินในสัญญากู้ยืมเงินอีกว่า มีจุดใดบ้างที่สามารถจะเจรจาดำเนินได้ การเจรจาดำเนินจะต้องมีความเข้าใจถึงโครงสร้างและกลไกของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศเป็นอย่างดี จึงจะทำให้การเจรจาสามารถบรรลุผลได้

2. เทคนิคการเจรจาดำเนิน (Negotiation Technique) รายการหรือประเด็นที่จะเจรจาดำเนินซึ่งผู้ให้กู้หรือผู้ให้กู้ อาจจะเจรจากันได้นั้น มีประเด็นตามโครงสร้างของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศอยู่หลายประเด็นที่อาจจะเจรจาดำเนินดังต่อไปนี้คือ

1. อัตราดอกเบี้ย (Interest Rate) ในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ อัตราดอกเบี้ยที่จะกำหนดนั้น จะเป็นอัตรามาตรฐานที่ธนาคารในตลาดการเงินกรุงลอนดอน หรือสิงคโปร์ เรียกเก็บจากกันและกัน ซึ่งเรียกว่า London Interbank offer rate หรือ Singapore Interbank offer rate อันมีคำย่อว่า LIBOR หรือ SIBOR ซึ่งก็มีจุดที่ต้องเจรจาดำเนินอยู่ 2 ประการคือ

1.1 อัตราดอกเบี้ยที่จะบวกกับอัตราดอกเบี้ย LIBOR หรือ SIBOR จะอยู่

ในระหว่างอัตราเท่าไร ซึ่งส่วนใหญ่มักจะอยู่ในระหว่างครึ่งเปอร์เซ็นต์ แต่ไม่เกินหนึ่งเปอร์เซ็นต์ ทั้งนี้โดยจะต้องคำนึงถึงภาษีดอกเบี้ยด้วยว่ามีการยกเว้นภาษีให้ และถ้าไม่มีใครจะเป็นผู้รับภาระในภาษีดอกเบี้ยที่จ่าย

1.2 เกี่ยวกับกำหนดเวลาการชำระดอกเบี้ยว่าจะกำหนดชำระทุก 3 เดือน หรือ 6 เดือน หรือ 1 ปีต่อครั้ง และการนับปีว่า 1 ปีกี่วัน ย่อมแตกต่างกัน เพราะตลาดการเงินยุโรปมักจะใช้หลัก 360 วัน เท่ากับ 1 ปี ส่วนตลาดการเงินสหรัฐฯใช้หลัก 365 วัน เท่ากับ 1 ปี

2. กำหนดชำระหนี้ (Maturity) ว่าจะชำระกันเมื่อไร และมีระยะเวลาานเท่าไร การเจรจาอาจขอให้มีระยะเวลาปลอดการชำระหนี้เงินต้น (Grace Period) ซึ่งระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง และจะเป็นการชำระงวดเดียวทั้งหมด (Balloon payment) หรือการชำระเป็นงวด ๆ รวมทั้งการกำหนดให้ผู้ให้กู้เตรียมเงินที่จะส่งมอบให้แก่ผู้กู้ด้วย

3. ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ (Fees) ซึ่งเป็นค่าธรรมเนียมซึ่งผู้กู้จะต้องเป็นผู้ชำระ นอกเหนือจากดอกเบี้ย เช่น ค่าธรรมเนียมในการเตรียมเงินกู้หรือค่าผูกพันเงินกู้ (Commitment fee) ซึ่งจะอยู่ในอัตราระหว่าง  $\frac{3}{8}$  เปอร์เซ็นต์ ถึง  $\frac{1}{2}$  เปอร์เซ็นต์ ของเงินกู้ที่ยังไม่ได้เบิก ค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับการบริหารหรือจัดการเงินกู้ (Management fee) ซึ่งจะมีอัตราระหว่าง  $\frac{1}{2}$  เปอร์เซ็นต์ ถึง 1 เปอร์เซ็นต์ ค่าธรรมเนียมในการเป็นตัวแทน (Agency Fee) และค่าใช้จ่ายในด้านที่ปรึกษากฎหมาย (Legal fee) ในการเตรียมเอกสาร และให้ความเห็นทางกฎหมาย (Legal Opinion) ในกรณีที่ผู้กู้อาจจะขอเจรจาที่จะลดลงเท่าที่จะทำได้ หรืออาจจะกำหนดเป็นอัตราขั้นสูงสุดไว้ เพื่อเป็นการประหยัดและลดต้นทุนในการกู้เงินของผู้กู้ด้วย

4. การเบิกจ่ายเงินกู้ (Drawn down disbursement) ซึ่งจะเป็นการเจรจาถึงช่วงเวลาที่กำหนดสำหรับการเบิกจ่าย (Drawn down period) จำนวนเงินขั้นต่ำและสูงสุดที่จะเบิกได้ (Minimum and maximum drawn down account) กำหนดการหรือตารางเวลาและงวดการเบิกจ่าย (Drawn down schedule) ข้อกำหนดเกี่ยวกับจำนวนวันที่จะต้องแจ้งล่วงหน้าเพื่อการเบิกเงิน (Number of days notice)

5. การชำระหนี้คืนก่อนกำหนด (Prepayment)

ผู้กู้ควรจะเจรจาส่งให้ผู้ให้กู้เปิดโอกาสให้ผู้กู้ชำระต้นเงินและดอกเบี้ยก่อนครบ

กำหนดตามสัญญา โดยไม่ต้องเสียเบี้ยปรับ หรือเสียเบี้ยปรับให้น้อยที่สุด เพราะปกติแล้วเบี้ยปรับมักจะอยู่ในอัตราหนึ่งส่วนสี่ ( $\frac{1}{4}$ ) เปอร์เซ็นต์ ถ้าหากมีการชำระก่อนกำหนด และรวมทั้งกำหนดเวลาการบอกกล่าวในการชำระเงินต้นคืน และการชำระคืนนั้นจะผ่อนชำระเป็นงวด ๆ มีช่วงระยะเวลาเท่าไร ในกรณีนี้ผู้กู้มักจะหาแหล่งเงินกู้อื่นที่เสียอัตราดอกเบี้ยได้ถูกกว่า กู้เงินเพื่อนำมาชำระหนี้เงินกู้ที่มีอยู่

#### 6. คำรับรอง (Representation)

เนื่องจากในสัญญานั้น ผู้กู้จะต้องให้คำรับรองแก่ผู้ให้กู้ ถ้าหากผู้กู้ผิดคำรับรองแล้วก็ย่อมถือว่าผู้กู้ผิดสัญญา ดังนั้นคำรับรองของผู้กู้จึงจะต้องเป็นการยืนยันข้อเท็จจริง ที่ถูกต้อง และจะต้องไม่เป็นการยืนยันข้อเท็จจริงที่มีโอกาสที่จะทำให้ผู้ผิดสัญญาได้ง่าย เพราะผู้ให้กู้จะสามารถเรียกชำระเงินคืนได้ง่าย

#### 7. คำมั่นต่าง ๆ หรือข้อตกลงกระทำกรหรืองดเว้นกระทำกร (Covenant)

ซึ่งลักษณะของคำมั่นหรือข้อตกลงในสัญญาจะระหว่างประเทศนั้นจะแบ่งเป็น 2 ประการ คือ

##### 1. คำมั่นหรือข้อตกลงที่จะกระทำกร (Affirmative Covenant)

ผู้กู้ก็ต้องพิจารณาว่าเหตุผลเพียงไร และผู้กู้สามารถจะทำหรือข้อตกลงที่จะงดเว้นกระทำกรหรือไม่

##### 2. คำมั่นหรือข้อตกลงที่จะงดเว้นกระทำกร (Negative Covenant or

Negative Pledge) ซึ่งเป็นเรื่องที่กำหนดห้ามผู้ทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้กู้ก็ต้องพิจารณาว่าคำมั่นนี้จะต้องไม่เป็นข้อจำกัดในการดำเนินการจนเกินไปนัก \*

#### 8. กรณีการผิดนัด (Event of Default)

ผู้กู้จะต้องพิจารณาตัดทอนข้อกำหนดในการผิดนัดไม่ให้ เป็นเงื่อนไขที่กว้างขวางครอบคลุมวามากเกินไป หรือทำให้เกิดการผิดสัญญาข้ามกรณี หรืออันเนื่องมาจากกรณีอื่น หรืออันเนื่องมาจากเหตุภายนอก (Cross Default) \*\*

\* ผู้สนใจขอให้ดูวิธีการเจรจาในรายละเอียดของข้อตกลงนี้ใน Pergam 1983:

\*\* ดู Pergam 1983:15-16



### 9. เงื่อนไขบังคับก่อน (Condition precedent)

เป็นเรื่องที่ผู้ที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนที่จะเบิกเงินกู้ เช่น ในการให้ความเห็นทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมาย ในกรณีนี้ผู้กู้อาจจะเจรจาขอให้ยอมรับความเห็นตามกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายของผู้ตัวเอง เพื่อเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย

### 10. ภาษีต่าง ๆ (Taxes)

ผู้กู้อาจจะตกลงให้ผู้ให้กู้เป็นผู้รับผิดชอบในภาษีก็ได้

### 11. การเลือกใช้กฎหมาย (Governing Law)

ปกติแล้วการเลือกใช้กฎหมายมักจะเป็นการเลือกใช้กฎหมายในตลาดการเงินตั้งที่ได้กล่าวมาแล้ว การเลือกใช้กฎหมายควรจะต้องเลือกใช้กฎหมายที่ผู้ที่มีความเข้าใจในระบบกฎหมายนั้นดี หรือระบบกฎหมายของประเทศเป็นกลาง การที่จะเจรจาให้ใช้กฎหมายไทยใช้บังคับแก่สัญญานั้นค่อนข้างจะเป็นไปได้ยาก

## ตอนที่ 5

### ส่วนที่ 1

#### การลงนามในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ

โดยที่สัญญากู้ยืมเงินที่จะมีการลงนามนั้น คำเสนอและคำสนองของผู้ให้กู้และผู้กู้จะต้องตรงกันเสียก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา การลงนามในสัญญากู้ยืมเงินอาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

1. สถานที่ลงนามในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ (Legal significance of place of execution) การเลือกสถานที่ลงนามในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ อาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญดังนี้

1.1 อากรแสตมป์ (Stamp duty) การตกลงทำสัญญากู้ยืมเงินในประเทศใดอาจมีผลเรื่องการติดอากรแสตมป์\*

1.2 แบบของสัญญา (Formality) ในบางประเทศสัญญากู้ยืมเงินต้องทำตามแบบที่กฎหมายในประเทศนั้น ๆ ซึ่งจะมีผลสมบูรณ์เช่นสัญญากู้ยืมเงินจะต้องมีการลงนามรับรองโดยโนตารีพับลิก ในประเทศคอมมอนลอว์ ยอมตกลงให้สัญญากู้ยืมเงินเป็นไปตามแบบของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาและตามแบบของประเทศที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น (สำหรับประเทศไทยต้องพิจารณาจากมาตรา 9, 13 วรรค 3 ของ พ.ร.บ. ชัดกันแห่งกฎหมายซึ่งรายละเอียดดูบทที่ 3 ตอนที่ 2) มีข้อสังเกตว่าสำหรับตัวเงินนั้นกฎหมายทุกประเทศบังคับให้ทำตามแบบของประเทศที่ตัวเงินนั้นออก\*\*

1.3 ภาษีอากร (Taxation) การลงนามในประเทศใดประเทศหนึ่งอาจถือว่าเป็นการประกอบกิจการหรือธุรกิจในประเทศนั้นและก่อให้เกิดความรับผิดในภาระทางภาษีของดอกเบียที่ผู้ให้กู้ได้รับ\*\*\*

1.4 การใช้กฎหมายแก่สัญญา (Governing Law) สถานที่ลงนามในสัญญาจะเป็นหลักในการนำมาพิจารณาว่าจะนำกฎหมายมาใช้บังคับในกรณีที่เกี่ยวข้องกันได้ตกลงกัน

\* ของไทย ดูรายละเอียดเพิ่มเติม บทที่ 5 ตอนที่ 2 หน้า 134

\*\* ของไทย ดูรายละเอียดเพิ่มเติม บทที่ 3 ตอนที่ 2 หน้า 65

\*\*\* ของไทย ดูรายละเอียดเพิ่มเติม บทที่ 5 ตอนที่ 3 หน้า 140

เกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา (กฎหมายไทยมาตรา 13 พ.ร.บ. ว่าด้วยขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481)\*

1.5 เขตอำนาจศาล (Jurisdiction) เป็นเครื่องที่จะมาพิจารณาว่าวิธีพิจารณาความในคดีกั๊ยมเงินนั้นอาจนำกฎหมายของประเทศที่สัญญาลงนามมาใช้เช่นอังกฤษ

## 2. การกำหนดสถานที่ลงนามของสัญญา (Identity of Place of Execution)

การลงนามในสัญญาที่ผู้สัญญามักลงนามพร้อมกัน แต่อาจมีปัญหาในกรณีที่ผู้สัญญาไม่ได้ลงนามพร้อมกัน ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด เช่นการส่งเอกสารสัญญาไปให้ผู้ให้กู้หรือผู้กู้ลงนาม การแลกเปลี่ยนทางเทเลลิคซ์ตามหลักกฎหมายอังกฤษถือว่าสัญญาเกิดเมื่อส่งคำเสนอ การแลกเปลี่ยนทางเทเลลิคซ์ต่อเอาเมื่อได้รับ (คดีศาลอังกฤษ Entores Ltd V. Miles Far East Corporation Ltd (1955) 2 Q.B. 327) ในกรณีที่เกิดการขัดกันว่าสัญญามีผลเมื่อใดนั้นก็ต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา เป็นเกณฑ์ เช่นกฎหมายของอังกฤษ สหรัฐ ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ เยอรมัน (กฎหมายไทย ม.13 วรรค 2 พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481)

## ส่วนที่ 2

### สถานะภาพและความสามารถของผู้กู้

ในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศที่สถานะภาพและความสามารถของผู้กู้เป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเพราะมิฉะนั้นอาจจะทำให้ผู้ให้กู้ไม่ล่ำมารถจะฟ้องบังคับคดีเอาจากผู้กู้ได้ เนื่องจากไม่มีตัวตนและอำนาจ การที่จะพิจารณาถึงสถานะภาพและความสามารถนั้นจะต้องพิจารณาตามกฎหมายของประเทศที่ผู้กู้มีภูมิลำเนาอยู่ (Domicile Law) แม้ว่าจะมีการตกลงเลือกใช้กฎหมายบังคับแก่สัญญาก็ตาม เพราะกฎหมายที่ผู้กู้มีภูมิลำเนานั้นเป็นกฎหมายที่นิติบุคคลนั้นได้ก่อตั้งหรือจดทะเบียนขึ้น ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงถิ่นที่อยู่ (Residence) อันเป็นเรื่องความรับผิดชอบทางภาษีอากร ทั้งนี้การพิจารณาดังกล่าวจะรวมถึงความสามารถและอำนาจในการกู้ยืมเงินด้วย ประเด็นในเรื่องอำนาจและความสามารถในการทำสัญญา กล่าวคือจะต้องพิจารณาว่าผู้กู้มีอำนาจในการกู้ยืมเงินหรือคำประกันตามวัตถุประสงค์ของกิจการหรือไม่ มีการจำกัดอำนาจในการกู้ยืมตามข้อบังคับหรือไม่ ใครเป็นผู้มีอำนาจในการกระทำกิจการแทน และมีข้อบังคับหรือ กฎหมายที่ผู้ถือหุ้นจะต้องให้ความยินยอมหรือไม่

\* ของไทยดู บทที่ 2 ตอนที่ 2 หน้า 53



## ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

### สถานะภาพ

ในประเทศไทยผู้ถือหุ้นภาคเอกชนมักจะมีสถานะภาพเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด (ม.72 ป.พ.พ.) การพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลนั้น ต้องอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ ตามที่กำหนดไว้ในตราสารการก่อตั้ง ข้อบังคับ นิติบุคคลตามกฎหมายไทยนั้นสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่โดยสภาพจะมีข้อจำกัดเฉพาะแก่บุคคลธรรมดา (ม.60 70 ป.พ.พ.) โดยที่วิทยานิพนธ์นี้จะพิจารณาถึงการกู้ยืมเงินของภาคเอกชนซึ่งจะกล่าวถึงนิติบุคคลในรูปบริษัทจำกัดเป็นสำคัญ ปัจจุบันบริษัทจำกัดในประเทศไทยแบ่งได้ 2 ประเภทคือ 1) บริษัท เอกชนจำกัด และ 2) บริษัทมหาชนจำกัด

1) บริษัทเอกชนจำกัด ตาม ป.พ.พ. คือกิจการซึ่งมุ่งหากำไรและได้จดทะเบียน เป็นนิติบุคคลตาม ป.พ.พ. โดยมีทุนจดทะเบียน แบ่งออกเป็นหุ้นแต่ละหุ้นมีมูลค่าเท่ากัน อย่างน้อยหุ้นละ 5 บาท มีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 7 คน แต่ละคนรับผิดชอบจำกัดเพียงค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ ไม่ครบเท่านั้น (ดู ป.พ.พ. ม.1012, 1096, 1077) (โสภณ รัตนากกร 2521:199)

2) บริษัทมหาชนจำกัด คือบริษัทซึ่งมีผู้ถือหุ้นตั้งแต่ 100 คนขึ้นไปรวมทั้งนิติบุคคล โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ โดยถือว่าเป็นนิติบุคคลนับตั้งแต่วัน จดทะเบียน (ดู ม.15, 54 พ.ร.บ. บริษัทมหาชนจำกัด)

ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่สำคัญที่จะพิจารณาว่าผู้ที่จะมีสถานะภาพเป็นนิติบุคคลหรือไม่ตาม กฎหมายไทยก็ต้องดูว่ามี การจดทะเบียนตามกฎหมายกับทางราชการแล้วหรือไม่

### ความล้มเหลวในการทำสัญญา

การกู้ยืมเงินระหว่างประเทศของนิติบุคคลนั้น จะกระทำได้อีกก็ต้องอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ ตามข้อบังคับหรือตราสารของการก่อตั้ง ดังนั้นในกรณีที่ เป็นบริษัทจำกัดก็ต้องพิจารณา จากหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับอันเป็นระเบียบภายในของบริษัทที่ได้ยื่นจดทะเบียนต่อ กระทรวงพาณิชย์เป็นสำคัญ (ดู ป.พ.พ. ม.1098 และ 1111 วรรค 4) การจัดการของ บริษัทก็จัดการโดยกรรมการในฐานะที่เป็นผู้แทนของบริษัท (ม.1108(6), 1111(6) ประกอบ ม.75 ป.พ.พ.) บริษัทจะต้องรับผิดชอบในการที่ผู้แทน (กรรมการ) ได้กระทำตามหน้าที่ในฐานะ

เป็นตุลาการ กรรมการเองไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะส่วนตัว วันแต่จะเป็นการกระทำที่เกินอำนาจ และบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบัน (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1032/2482, 1723/2513) นอกจากนี้กรรมการยังไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัท วันแต่จะได้จดทะเบียนว่ากรรมการรับผิดชอบไม่จำกัด (ม. 1101 ป.พ.พ.) การกระทำของกรรมการที่เกินอำนาจตามข้อบังคับนี้ บริษัทอาจให้สัตยาบันทำนองเดียวกับตุลาการให้สัตยาบันการกระทำที่เกินอำนาจของตัวแทน (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1087/2496, 419/2501 1533/2508) (โลภณ รัตนกร 2521:291-292)

ดังนั้นโดยทั่วไปผู้ให้กู้สิ่งต้องทำการตรวจสอบถึงความสามารถของผู้กู้โดยพิจารณาจาก วัตถุประสงค์ข้อบังคับ อำนาจกรรมการว่ามีข้อจำกัดอย่างไรหรือไม่ซึ่งมักจะเป็นหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายที่หน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมาย จะต้องให้ความเห็นและตรวจสอบถึงความสามารถของผู้กู้ทั้งนี้โดยผู้กู้เองก็ต้องส่งมอบสำเนาหนังสือบริคณห์สนธิ หนังสือรับรอง ข้อบังคับของบริษัทที่รับรองโดยกระทรวงพาณิชย์พร้อมคำแปลภาษาอังกฤษ เพื่อทำการตรวจสอบยืนยันอีกชั้นหนึ่งด้วย

กรณีการกู้ยืมเงินไม่ปรากฏอยู่ในวัตถุประสงค์ หรือการค้ำประกัน หรือเป็นการกระทำโดยผู้ไม่มีอำนาจ หรือเป็นการกระทำที่ขัดต่อข้อบังคับมีปัญหาว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะมีผลผูกพันเพียงใด ในปัญหานี้ผู้วิจัยได้แยกพิจารณาดังต่อไปนี้

#### 1. กรณีเป็นการกระทำนอกวัตถุประสงค์ของบริษัท

1.1 กรณีการกู้ยืมเงิน หากปรากฏว่าการกู้ยืมเงินไม่ได้รับไว้ในวัตถุประสงค์ของบริษัท คำลูกฎาได้เคยวินิจฉัยว่าการกู้ยืมเงินผูกพันบริษัทเช่นคำพิพากษาฎีกา 1214-1215/2499 วินิจฉัยว่าการกู้ยืมเงินมาใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียนในธุรกิจการค้าถือได้ว่าเป็นการกระทำภายใต้วัตถุประสงค์ของบริษัท คำพิพากษาฎีกาที่ 3-4/2487 คดีระหว่างนายทิกกเจียบ แซ่ตัน โจทก์ นางบุ๋นสัง จำเลย วินิจฉัยว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดการกู้ยืมเงินเป็นการกระทำในทางธรรมดาค้าขายของห้างแม้จะไม่ระบุไว้แน่ชัด และคำพิพากษาฎีกาที่ 553/2497 คดีระหว่างนายสายหยุด ถึงมั้น โจทก์ หลก. บางจากพาณิชย์ จำเลย

1.2 กรณีการค้ำประกัน สำหรับกรณีการค้ำประกันหากไม่ปรากฏในวัตถุประสงค์ คำลูกฎาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกา 41/2509 ว่าการที่ผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดไปทำสัญญาค้ำประกันหนี้ผู้อื่นซึ่งเป็นการกระทำนอกวัตถุประสงค์ ห้างฯ จึงไม่ต้องรับผิดชอบ (คดีนี้

ปรากฏว่าเป็นการค้าประกันที่ได้เกี่ยวกับกิจการของบริษัท-ผู้วิจัย) \* มีคำพิพากษาฎีกาที่ 307/2523 คดีระหว่างบริษัทธนพัฒนาจำกัด โจทก์ หลก.กรุงเทพวิชัยจำกัด จำเลย วินิจฉัยว่าวัตถุประสงค์ระบุเรื่องจำนวนถือว่าบริษัทมีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการขายลดเช็คได้ จากแนวคำพิพากษาของศาลนั้นจะเห็นว่าศาลเคร่งครัดกับการค้าประกันมากกว่าการกู้ยืมเงิน อย่างไรก็ตามหากปรากฏว่ากิจการใดที่กรรมการหรือตัวแทนของบริษัทได้กระทำไปในนามบริษัทแม้กิจการนั้นจะอยู่นอกวัตถุประสงค์ของบริษัทก็ตาม หากปรากฏว่าบริษัทเข้ารับประโยชน์จากกิจการนั้นแต่แรกต่อมาบริษัทจะปฏิเสธไม่รับผิดชอบโดยอ้างว่าเป็นการกระทำนอกวัตถุประสงค์ไม่ได้ แต่หากบริษัทปฏิเสธไม่ยอมรับเอากิจการที่อยู่นอกวัตถุประสงค์มาแต่แรกบริษัทก็น่าจะไม่ต้องรับผิดชอบ (โลภณ รัตนกร 2521:311-312)

ผู้วิจัยเห็นว่าในระยะหลังนี้คำพิพากษาในแนว โนม์ที่ผ่อนคลายหลักเกี่ยวกับ เรื่องวัตถุประสงค์ลงมากเช่นจากคำพิพากษาฎีกา 307/2523 ข้างต้นหรือจากแนวคำพิพากษาฎีกา 1269/2496 ระหว่างบริษัทสหข่าวสารจำกัด โจทก์ บริษัทสินอารยะจำกัด จำเลย ที่วินิจฉัยว่าการกู้ยืมธรรมดาอยู่ภายในอำนาจของบริษัทที่กระทำได้ ในทางปฏิบัติเพื่อหลีกเลี่ยงข้อพิพาทอันเป็นข้อกฎหมายที่คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ ฎีกาได้อันจะทำให้คดีล่าช้าโดยใช่เหตุผู้ให้กู้จึงจำเป็นต้องให้ผู้กระบวนวัตถุประสงค์ในการกู้ยืมไว้โดยชัดแจ้งรวมทั้งการค้าประกันด้วย และในทางปฏิบัติในปัจจุบันบริษัทส่วนใหญ่ก็มักจะมีวัตถุประสงค์ดังกล่าวอยู่ด้วยเสมอ

2. กรณีเป็นการกระทำที่เกินอำนาจกรรมการแบ่งเป็น ( โลภณ รัตนกร 2521:208-209)

\* มีคำพิพากษาฎีกาที่ 3482/2525 คดีระหว่างบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ มหาสมุทร โจทก์ นายองฮวด แซ่ถั่วย จำเลย วินิจฉัยว่าเมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัด ไม่มีวัตถุประสงค์ในการค้าประกันการกระทำของหุ้นส่วนจำกัด การจำเป็นเรื่องตัวแทนกระทำโดยปราศจากอำนาจทรงจำนองเหนืออำนาจจำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก โดยบังคับตาม ป.พ.พ.ม.823 จำเลยจะพ้นจากความรับผิดก็ต่อเมื่อจำเลยพิสูจน์ได้ว่า บุคคลภายนอกได้รู้หรือว่าจำเลย ทำการโดยปราศจากอำนาจหรือทำนอกเหนือขอบอำนาจ



2.1 กรณีเกินอำนาจที่มอบหมายเป็นการภายในกล่าวคือเป็นการกระทำเกินอำนาจที่กรรมการมอบหมายหรือกระทำขัดต่อมติที่ประชุมใหญ่ หรือกระทำโดยไม่ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ ถือว่าการกระทำของกรรมการไม่เสียไปและมีผลผูกพันบริษัทได้ การฝ่าฝืนของกรรมการเป็นเรื่องภายในที่บริษัทจะต้องไปว่ากล่าวกันเองกับกรรมการ บริษัทไม่อาจยกการฝ่าฝืนเหล่านั้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้สุจริตได้ หลักกฎหมายนี้เป็นหลักกฎหมายปิดปากที่มิให้บริษัทปฏิเสธความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกดังนั้นบริษัทผู้กู้ยืมต้องรับผิดชอบ

2.2 กรณีเกินอำนาจที่จดทะเบียนหรือเกินอำนาจตามข้อบังคับ กรณีนี้กฎหมายถือว่าข้อจำกัดที่ได้จดทะเบียนตาม ม.1111(6) บุคคลภายนอกสามารถตรวจดูได้และเมื่อโฆษณาในราชกิจจานุเบกษา ก็ถือว่าเป็นอันรู้ทั่วไป (ม.1021-1023 ป.พ.พ.) และดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1301/2522 บริษัทไทยประสิทธิ์ประกันภัย จก. โจทก์ นายสีทอง แซ่ตั้ง จำเลย) เพราะฉะนั้นบริษัทอาจปฏิเสธไม่ยอมรับการกระทำของกรรมการที่เกินอำนาจตามที่จดทะเบียนหรือข้อบังคับ (ม.820 ประกอบ 1167 ป.พ.พ.) แต่ข้อต่อสู้นี้จะต่อสู้ได้เฉพาะข้อจำกัดที่ตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา นอกจากนี้บริษัทอาจจะต้องรับผิดชอบในกิจการของบริษัทโดยหลักกฎหมายอื่นเช่น หากข้อจำกัดยังไม่ได้ตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษารับผิดชอบในการกระทำของผู้แทน (คำพิพากษาฎีกา 388/2494) รับผิดชอบในการกระทำของผู้จัดการ (คำพิพากษาฎีกา 645/2486) รับผิดชอบในการกระทำของตัวแทน (ฎีกา 158/2509) รับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนเขต (ฎีกา 1078/2496) อาจรับผิดเพราะการให้สัตยาบัน (ฎีกา 992/2497) แม้ไม่ประทับตราเอกสารให้ถูกต้องตามข้อบังคับบริษัทก็เข้ารับเอาสัญญาและฟ้องคดีได้ (ฎีกา 1235/2518)

ผู้วิจัยเห็นว่าในกรณีที่แม้วัตถุประสงค์จะไม่ระบุแจ้งชัดให้กู้ยืมเงิน หรือค้ำประกันหากปรากฏว่าผู้กู้เข้ารับเอาประโยชน์จากสัญญาและเป็นปกติทางการค้าการกู้ยืมหรือค้ำประกันดังกล่าวก็ควรจะผูกพันแม้ว่าในเรื่องการค้ำประกันค่าลจะไม่ได้วินิจฉัยไว้แจ้งชัดก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่ผู้กู้และผู้ให้กู้จะต้องทำให้ถูกต้องตามความประสงค์ของแต่ละฝ่ายเพื่อจะได้ไม่เกิดความลำเอียง โปรดสังเกตว่าในกรณีหากผู้กู้เป็นบริษัทมหาชนนั้น กฎหมายได้บัญญัติว่าบริษัทมีอำนาจกระทำการใดภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทและถ้าไม่ได้มีข้อจำกัดไว้ในข้อบังคับให้รวมถึงอำนาจกู้ กู้ยืมเงิน ค้ำประกัน จำนำ แลกเปลี่ยน สลากหลังตั๋วเงิน หรือตราสารที่เปลี่ยนแปลงได้อย่างอื่น (ม.55(5)) พ.ร.บ. บริษัทมหาชนจำกัด) ทั้งนี้อาจเป็นเพราะว่าจะ

เกิดปัญหาทำนองเดียวกับบริษัทจำกัด ซึ่งได้บัญญัติเป็นกฎหมายเสียเลย หรือในกรณีที่เป็น  
 ธนาคารพาณิชย์ที่เป็นบริษัทจำกัด วัตถุประสงค์ได้จดทะเบียนไว้นานแล้วอาจไม่มีข้อความที่ระบุ  
 ไว้อย่างชัดเจนในวัตถุประสงค์ก็อาจจะถือได้ว่าเป็นกิจการที่อยู่ในวัตถุประสงค์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย  
 แล้วจึงกระทำได้มีผลสมบูรณ์ (ดู ม.9 ทวิ พ.ร.บ. การธนาคารพาณิชย์แก้ไขเพิ่มเติมโดย  
 พ.ร.บ. ธนาคารพาณิชย์ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2522)

#### สถานะทางกฎหมายของผู้ให้กู้ต่างประเทศ

การพิจารณาสถานะสภาพทางกฎหมายของผู้ให้กู้ ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างประเทศโดย  
 ทั่วไปก็พิจารณาตามกฎหมายภายในของประเทศผู้ให้กู้ กรณีที่ผู้ให้กู้ต่างประเทศอาจเข้ามามีส่วน  
 เกี่ยวเนื่องด้วย กฎหมายภายในของประเทศถ้าหากปรากฏว่าผู้ให้กู้นั้น มีสาขาหรือผู้แทนใน  
 ประเทศไทย อันจะต้องพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางภาษีอากร

โดยทั่วไปการให้กู้ยืมเงินต่างประเทศนั้น ผู้ให้กู้อาจจะหลีกเลี่ยงการให้กู้โดยฝ่าย  
 สาขาหรือผู้ทำการแทนในประเทศไทย เพราะปัญหาเกี่ยวกับภาษี\* และเพื่อที่จะไม่ต้องอยู่ภายใต้  
 บทบัญญัติของกฎหมายภายใน เช่น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พ.ร.บ.  
 ประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522

ในกรณีที่ผู้ให้กู้ให้กู้โดยผ่านผู้แทนประจำในประเทศไทย เช่นกรณีมีสาขาในประเทศไทย  
 ไทยกรณีอาจถือว่าสาขานั้นประกอบธุรกิจเงินทุนตาม ม.4 ใน พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจเงินทุนฯ  
 ทั้งต้องได้รับอนุญาต (ยกเว้นกรณีสาขาผู้ให้กู้เป็นธนาคารรับอนุญาต ตาม พ.ร.บ.ธนาคารพาณิชย์  
 นอกจากนี้อาจจะยังต้องจดทะเบียนพาณิชย์ต่อกระทรวงพาณิชย์ในการประกอบธุรกิจให้กู้ยืมเงิน  
 ด้วย (ม.11 พ.ร.บ.จดทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499)

ในทางปฏิบัติผู้ให้กู้ต่างประเทศจะกระทำการที่มิให้ตนเองต้องอยู่ภายในบังคับของ  
 กฎหมายดังกล่าว โดยหลีกเลี่ยงการให้กู้ โดยฝ่ายตัวแทนสาขาหรือผู้แทนในประเทศไทย

---

\* รายละเอียดดูในบทที่ 5 และคำวินิจฉัย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 0603/  
 1475 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2521

### ส่วนที่ 3

#### การให้ความเห็นทางกฎหมาย (Legal Opinion)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การให้ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเงินกู้ระหว่างประเทศนี้ สดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน (Condition precedent) ที่กำหนดไว้ในสัญญาว่า ผู้กู้จะต้องจัดหามาให้แก่ผู้ให้กู้ เพื่อเป็นการยืนยันความถูกต้องความสมบูรณ์ของ เอกสารสัญญา การกล่าวถึงปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้อง การให้ความเห็นทางกฎหมายเพื่อประกอบสัญญาเงินกู้ระหว่างประเทศนั้น มักจะเป็นการให้ความเห็นในทางกฎหมายของประเทศ อันเป็นภูมิลำเนาของผู้กู้เป็นสำคัญ นอกจากนี้อาจจะมีการให้ความเห็นทางกฎหมายของประเทศที่ผู้กู้ยังบังคับแก่สัญญาด้วย การที่มีข้อกำหนดให้ผู้กู้จัดส่งความเห็นทางกฎหมายให้แก่ผู้ให้กู้ เพื่อยืนยันความถูกต้องและปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องของกฎหมายในประเทศของผู้กู้ นั้น ก็เพราะเหตุว่าในการป้องกันบังคับคดีในกรณีผู้กู้ผิดนัด การนำคดีขึ้นสู่ศาลก็อาจจะต้องนำคดีไปฟ้องยังศาลของภูมิลำเนาของผู้กู้ และศาลของผู้กู้อาจจะไม่ยอมรับบังคับตามกฎหมายที่คู่สัญญาได้ตกลงกันได้ ดังนั้น ความเห็นในทางกฎหมายของประเทศของผู้กู้ก็จะทำให้ผู้ให้กู้มีความมั่นใจยิ่งขึ้นว่า ทางฝ่ายตนย่อมจะได้รับความคุ้มครองทางด้านกฎหมายได้เพียงพอ ในกรณีที่จะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลในภูมิลำเนาของผู้กู้เป็นสำคัญ (Wood 1980:414)

#### ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมาย

ผู้ที่จะให้ความเห็นทางกฎหมายจะต้อง เป็นนักกฎหมายหรือทนายความที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญทางกฎหมายของส่วนที่ตนจะต้องให้ความเห็นอย่างแท้จริง โดยการให้ความเห็นทางกฎหมายนั้น ผู้ที่จะให้ความเห็นทางกฎหมายอาจจะเป็นที่ปรึกษาภายนอกอิสระ (Independents Lawyer) ของฝ่ายผู้ให้กู้หรือของผู้ก็ได้ หรืออาจจะกำหนดให้ที่ปรึกษากฎหมายประจำ (In-house Counsel) ของผู้กู้เป็นผู้ให้ความเห็น ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว ผู้ที่ให้ความเห็นทางกฎหมายมักจะเป็นที่ปรึกษากฎหมายอิสระของฝ่ายผู้ให้กู้ และในบางกรณี ผู้ให้กู้บางรายก็อาจจะกำหนดให้ผู้กู้มอบหมายให้ที่ปรึกษากฎหมายอิสระของตนหรือที่ปรึกษากฎหมายประจำของผู้กู้เป็นผู้ทำความเห็นทางกฎหมาย นอกเหนือไปจากความเห็นทางกฎหมายที่ผู้ให้กู้ได้รับจากที่ปรึกษากฎหมายอิสระของตนแล้ว เหตุผลที่กระทำดังนั้น เพราะผู้ให้กู้มีความเห็นว่าที่ปรึกษากฎหมายของผู้กู้ทั้งอิสระและประจำ ย่อมมีความเข้าใจในการจัดการหรือกิจการของ



ผู้รู้ดี และสามารถให้ความเห็นได้อย่างถูกต้องใกล้เคียงกับความเป็นจริง ในส่วนที่เกี่ยวกับคำรับรองหรือคำห้ำ หรือเงื่อนไขอื่น ๆ และยอมให้ความเห็นทางกฎหมายได้ครอบคลุมมากกว่าการให้ความเห็นทางกฎหมายของผู้ให้กู้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องใครจะเป็นผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายนี้ เป็นเรื่องให้ผู้ให้กู้และผู้กู้จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจ้างที่ปรึกษากฎหมายให้ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะกำหนดให้ผู้กู้เป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย ทางฝ่ายผู้กู้เองก็มักจะเจรจาต่อรองที่จะกำหนดค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนอัตราที่แน่นอน เพราะการคิดค่าปรึกษากฎหมายโดยปกติในการกู้ระหว่างประเทศแล้วนั้น ส่วนใหญ่การคิดค่าปรึกษากฎหมายจะคิดกันเป็นอัตราชั่วโมง ถ้าไปกำหนดจำนวนเงินไว้แน่นอนแต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดจำนวนเงินนี้ก็สามารที่จะเจรจากับผู้ให้กู้ได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ให้กู้มีความประสงค์ที่จะให้ผู้กู้จัดทำความเห็นทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายอิสระหรือที่ปรึกษากฎหมายประจำของตนนั้น ผู้กู้มักจะโต้แย้งว่าเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการให้ความเห็นทางกฎหมายนอกเหนือจากการให้ความเห็นทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายของผู้ให้กู้แล้ว ยังเป็นการซ้ำซ้อนอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่แล้วผู้ให้กู้มักจะยินยอมให้ผู้กู้จัดทำความเห็นทางกฎหมายจากที่ปรึกษากฎหมายประจำหรือที่ปรึกษากฎหมายอิสระ เพื่อประกอบกับความเห็นทางกฎหมายที่จัดทำโดยที่ปรึกษากฎหมายของผู้ให้กู้ ในกรณีอย่างนี้ ทางฝ่ายผู้กู้อาจจะเจรจาขอให้ผู้ให้กูยอมรับความเห็นทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายภายในของตนก็ได้ถ้ามี ( Group Legal Department, Royal Bank of Canada 1983:3) สำหรับในประเทศไทยนั้น การขอกู้ยืมเงินจากต่างประเทศยังไม่มีผู้กูรายใดที่จะมีที่ปรึกษากฎหมายประจำของตน (In-house Counsel) เป็นผู้ให้ความเห็นในทางกฎหมาย แต่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายอิสระ

ขอบเขตของการให้ความเห็น (Scope of Opinion)\* ( ดู Wood 1983:412-413)

โดยที่ความเห็นทางกฎหมายเป็นสิ่งที่สำคัญและกว้างขวางมาก ตัวผู้ให้กู้เองก็ควรจะมีระดับระมัดระวังในการจำกัดถึงขอบเขตของความเห็นดังต่อไปนี้ คือ

1. ความเห็นทางกฎหมายจะต้องกล่าวถึงเฉพาะประเด็นที่สำคัญเฉพาะเรื่อง มิใช่เป็นการรับรองว่ากิจการนั้นเป็นที่พอใจของผู้ให้กู้

---

\* ขอให้พิจารณากการให้ความเห็นทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากเป็นระบบกฎหมายที่ใช้กฎหมายแบบประมวลเช่นกัน (Noburu & Charlton 1983:24-28)

## 2. คุณสมบัติตามกฎหมายในการดำเนินการ (Qualification)

ผู้ให้ความเห็นก็จะต้องให้ความเห็นทางกฎหมายว่า ผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนในการประกอบธุรกิจภายในอาณาเขตของประเทศของตนโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

## 3. อำนาจ (Powers)

ผู้ให้กู้จะต้องให้ความเห็นว่าผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเข้าทำสัญญากู้ยืมเงิน และสัญญาอุปกรณ์อื่น ๆ เช่นสัญญาค้ำประกันหรือไม่ และจะเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจวัตถุประสงค์หรือไม่

## 4. ขบวนการการลงนามและการส่งมอบ (Due authorisation, execution and delivery)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าได้มีการดำเนินการตามขบวนการตามกฎหมายที่กำหนด ในการที่มีการลงนามตามสัญญาและสัญญาอุปกรณ์ มีการส่งมอบสัญญาที่ได้ลงนามไว้ อาทิเช่น มีการประชุมตามข้อบังคับ ผู้ลงนามมีอำนาจตามกฎหมายโดยได้ลงนามและประทับตราสำคัญของบริษัทเป็นสำคัญ

## 5. ความสมบูรณ์ตามกฎหมาย (Legal validity)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าข้อตกลงหรือเงื่อนไขในสัญญากู้ยืมเงินหรือสัญญาอุปกรณ์นั้นสมบูรณ์ ที่ปรึกษากฎหมายจะต้องหลีกเลี่ยงการให้ความซึ่งเป็นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อกฎหมาย หรือไม่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพของตน และให้ความเห็นของตนลงไป และความเห็นทางกฎหมายนั้นจะต้องเป็นความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายของท้องถิ่น (Local Law) ซึ่งจะต้องสมมุติฐานว่าไม่มีการให้ความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศที่จะมีผลกระทบต่อความเห็นทางกฎหมายของตน ซึ่งรวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและแผนกนิติบุคคลอันเป็นกฎหมายภายในของตนด้วย ถ้าหากผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายนั้นไม่มีข้อจำกัดในการให้ความเห็นทางกฎหมายสำหรับกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายภายในแล้ว ที่ปรึกษากฎหมายนั้นจะต้องสืบเสาะหาข้อมูลความเห็นทางกฎหมายจากหลายเขตอำนาจศาลในประเทศต่าง ๆ ที่ค่อนข้างจะยากและเสียค่าใช้จ่าย

ข้อพิจารณาในการที่จะให้ความเห็นทางกฎหมายนั้น แยกเป็น 2 ประการ คือ

### 1. ความเห็นทางกฎหมายของกฎหมายที่ผู้กู้มีภูมิลำเนา (Opinion of Borrower Lawyer)

2. ความเห็นทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายผู้ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (Opinion of Principal Lawyer)

ผู้วิจัยจะกล่าวสรุปรายละเอียดเกี่ยวกับสาระสำคัญในการให้ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายในภูมิภาคต่างๆของประเทศผู้ที่จะมีรูปลักษณะอย่างไร และจะต้องให้ความเห็นในประเด็นใดบ้าง ดังต่อไปนี้ ( Wood 1980:415-422) ซึ่งประเด็นที่ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายจะต้องพิจารณามีเป็นลำดับไปดังนี้

1. การให้ความเห็นทางกฎหมายที่ผู้ที่มีภูมิลำเนา

1. ฐานะทางกฎหมายของผู้ (Status) ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นถึงความสมบูรณ์และความมีอยู่ของฐานะทางกฎหมายของผู้ เช่น เป็นนิติบุคคลหรือไม่ ตั้งสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศของผู้

2. คุณสมบัติตามกฎหมายในการประกอบธุรกิจ (Qualification) ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าผู้ที่มีคุณสมบัติในการประกอบกิจการภายในอาณาเขตของประเทศของตนโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

3. อำนาจ (Powers) ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเข้าทำสัญญา สัญญาอื่น ๆ ที่ประกอบสัญญาผู้ยืมเงิน และจะต้องไม่เป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจที่มีอยู่

4. ขบวนการ การลงนามและการส่งมอบ (Due authorisation, execution and delivery)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่า ผู้ที่ได้ดำเนินการตามกฎหมายที่กำหนดในการที่จะเข้าทำสัญญาผู้ยืมเงิน และได้ส่งมอบสัญญาที่ได้ลงนามเรียบร้อยแล้ว โดยการตรวจสอบว่ามีการประชุมตามข้อบังคับจริง มีผู้ลงนามในเอกสารโดยผู้มีอำนาจลงนามตามกฎหมายได้มีการลงนามและประทับตราของบริษัทครบถ้วนตามข้อบังคับ

5. ความสมบูรณ์ตามกฎหมาย (Legal Validity)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าข้อตกลงเงื่อนไขในสัญญานั้นจะมีผลผูกพันและบังคับได้ในขอบเขตอำนาจศาลของผู้ได้หรือไม่เพียงใด



#### 6. ความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ (Official Consent)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นด้วยว่า การเข้าทำสัญญาฉบับนั้น ผู้ที่ได้รับอนุญาต หรือได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องแล้ว ตามกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจไว้ เช่น ตามกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา การยินยอมให้ลงเงินต้นและดอกเบี้ยคืน

#### 7. การไม่ขัดต่อกฎหมาย ขอบังคับ และสัญญา (Non-conflict with laws, constitution, contract)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าได้ทำการตรวจสอบแล้ว การทำสัญญาของผู้ผู้นี้ไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายภายในในประเทศของผู้ผู้นี้ ไม่เป็นการขัดต่อข้อบังคับหรือสัญญาที่ผู้ผู้นี้ได้ทำไว้กับคู่สัญญาอื่น สำหรับการให้ความเห็นในลักษณะที่เป็นการยืนยันว่า การเข้าทำสัญญาฉบับนี้ไม่ขัดต่อสัญญาที่ผู้ผู้นี้ได้ทำไว้กับเจ้าหน้าที่รายอื่น ดูจะไม่เป็นการสะดวกในทางปฏิบัติ เพราะหากจะต้องกระทำเช่นนี้ ผู้ผู้นี้จะต้องทำการตรวจสอบเอกสารทุกอย่างจากทุกแหล่ง เช่น ศาล และตรวจสอบข้อเท็จจริงอันเป็นการเสียค่าใช้จ่ายและไม่สะดวกในทางปฏิบัติ ซึ่งผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายมักจะไม่ใช่ให้ความเห็นในกรณีนี้ ในลักษณะเป็นการยืนยัน

8. คดีความ (Litigation) ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นในความรู้อย่างเต็มที่ว่า ในความเห็นของตนนั้นผู้ผู้นี้ได้มีคดีความข้อพิพาทหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับอนุญาตตุลาการ ทั้งที่มีอยู่ในปัจจุบันและอาจกำลังจะเกิดขึ้น ซึ่งผู้ให้ความเห็นจะต้องสอบถามข้อเท็จจริงจากผู้ผู้นี้

#### 9. อากรแสตมป์ (Stamp Duty)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นด้วยว่าสัญญาหรือสัญญาประกอบ จะต้องติดอากรแสตมป์หรือไม่ และหากไม่ติดจะมีผลบังคับได้หรือไม่ แค่นั้น เพียงไร

10. การยื่นคำขอ (Filing) ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นด้วยว่าผู้ผู้นี้ได้ยื่นคำขอต่ออธิบดีกรมศุลกากรแล้ว หรือได้รับความเห็นชอบจากทางการเรียบร้อยแล้วหรือไม่ เช่น การขออนุญาตตามพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา การจดทะเบียนกับธนาคารกลางเพื่อขอสิทธิในการยกเว้นภาษี เป็นต้น

#### 11. แบบของสัญญา (Legal form)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าสัญญานั้นได้ทำถูกต้องตามแบบของกฎหมายของประเทศของผู้ผู้นี้แล้วหรือไม่

## 12. ภาษี (Tax)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่า การเข้าทำสัญญาและการจ่ายเงินคืนนั้น ผู้จะต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย เกี่ยวกับดอกเบี้ย และผู้ให้กู้มีภาระภาษีอย่างไรบ้าง เกี่ยวกับการให้กู้

## 13. การมีส่วนเฉลี่ยในการชำระหนี้เท่ากับเจ้าหนี้อื่น (Pari passu ranking)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าหนี้ของผู้กู้นั้น ผู้ให้กู้มีสิทธิที่จะได้ชำระหนี้ เท่าเทียมกับเจ้าหนี้อื่นอย่างแท้จริง ซึ่งในการให้ความเห็นนี้ ผู้ให้ความเห็นจะต้องทราบว่า ลูกหนี้มีเจ้าหนี้อื่น ซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือไม่. ก่อนที่จะให้ความเห็นในประเด็นนี้ได้

## 14. คำพิพากษา (Judgement) ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ซึ่งอาจจะเป็นการฟ้องในภูมิลำเนาของผู้ให้กู้หรือตลาดการเงินที่ ได้ตกลงกันไว้ จะสามารถนำมาใช้บังคับได้ในประเทศของผู้ให้กู้ได้หรือไม่ โดยผู้ให้ความเห็น จะต้องตรวจสอบดูว่าในประเทศของตนนั้นมีหลักการยินยอมรับในการบังคับคดีตามคำพิพากษา ต่างประเทศแค่ไหน เพียงไร

## 15. ความคุ้มกัน (Immunity)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่า ผู้ที่มีความคุ้มกันในทางกฎหมายเกี่ยวกับการถูกฟ้องคดีหรือการบังคับคดีหรือไม่ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วความคุ้มกันนี้จะมีในกรณีที่ผู้กู้เป็นรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจ ในกรณีที่ผู้กู้เป็นนิติบุคคลหรือภาคเอกชนแล้วก็ไม่มีปัญหาในประเด็นนี้แต่ประการใด แต่มักจะมีข้อตกลงดังกล่าวไว้ ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับความคุ้มกันในการถูกฟ้องคดีนี้เป็น เรื่องที่น่าศึกษาค้นคว้าสำหรับการกู้ยืมเงินของภาครัฐบาลต่อไปด้วย \*

## 16. ผลเสียที่จะเกิดขึ้นและคุณสมบัติที่จะต้องกระทำของผู้ให้กู้ (No adverse consequence, qualification to be business)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่า การดำเนินกิจการของผู้ให้กู้ไม่ได้ก่อให้เกิดความรับผิดทางภาษีให้แก่ผู้ให้กู้ หรือผู้ให้กู้มีความจำเป็นแค่ไหนเพียงไรที่จะต้องมีคุณสมบัติ ในการที่จะให้กู้ หรือในการที่จะบังคับคดีตามคำพิพากษา

\* ผู้สนใจดูรายละเอียดในบทที่ 4 ของ Wood 1980:92-131 และ Lewis (1980)

17. การใช้กฎหมายที่บังคับแก่สัญญา (Application of proper law)

ผู้ให้ความเห็นจะต้องให้ความเห็นว่า การตกลงเลือกใช้อีกกฎหมายที่บังคับแก่สัญญานั้น จะใช้บังคับได้แค่ไหน เพียงไร

18. สถานะภาพของหลักประกัน (Status of security) ผู้ให้ความเห็นจะ

ต้องให้ความเห็นว่า หลักประกันในการกู้ยืม ใครเป็นเจ้าของที่แท้จริง มีบุริมสิทธิหรือไม่ มีภาระผูกพันอย่างไร ผู้ให้กู้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากหลักประกันนั้นแค่ไหน

2. การให้ความเห็นทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายของผู้ให้กู้ (Opinion of Principal Lawyer)

การให้ความเห็นของที่ปรึกษากฎหมายของผู้ให้กู้ เป็นการให้ความเห็นโดยย่อ ภายหลังจากที่ได้รับเอกสารตรวจสอบความเห็นกฎหมายท้องถิ่นของผู้กู้แล้ว การให้ความเห็นนี้ จะเป็นไปอย่างสั้นและกะทัดรัด ถือว่าเป็นการตรวจสอบครั้งสุดท้าย และมักจะเป็นการให้ความเห็นสำหรับกฎหมายที่เลือกใช้แก่สัญญาหรือกฎหมายของประเทศของผู้ให้กู้นั้นเอง

ความรับผิดชอบของผู้ให้ความเห็นทางกฎหมาย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ความเห็นทางกฎหมายที่ให้แก่ผู้ให้กู้มิใช่เป็นการค้าประกัน หรือเป็นการรับประกันความเสียหายที่เกิดขึ้นในการที่ผู้ให้กู้แก่ลูกหนี้ และการให้ความเห็นทางกฎหมายนั้น เป็นเพียงสิ่งที่จะให้ความมั่นใจแก่ผู้ให้กู้เกี่ยวกับสถานะภาพทางกฎหมายของผู้กู้นั้นเกี่ยวข้องกับกฎหมาย ซึ่งแตกต่างไปจากกฎหมายของผู้กู่ว่า ผู้กู้มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง หรือได้รับประโยชน์จากกฎหมายของประเทศดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความเห็นทางกฎหมาย ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายได้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการให้บริการนั้น ย่อมอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในฐานะผู้ละเมิดได้ ถ้าหากเกิดความเสียหายขึ้น และการให้กู้นั้นเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงซึ่งแน่นอนหรือให้ความเห็นโดยผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายนั้น ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายจึงจะต้องระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งในการให้ความเห็นทางกฎหมายจึงจะต้องระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งในการให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการให้ความเห็นเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงนั้น ย่อมอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในฐานะผู้ละเมิดได้ หรือการให้ความเห็นในทางกฎหมาย ซึ่งเกิดจากความประมาทเลินเล่อ โดยมิได้ทำการตรวจสอบให้แน่ชัด ก็อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในการประมาทเลินเล่อได้เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าเป็นการให้ความเห็น



ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศ และผู้ให้ความเห็นไม่ได้ดำเนินการที่เพียงพอที่จะมีข้อมูลในการให้ความเห็นทางกฎหมายของต่างประเทศเช่นนี้ก็คือว่าเป็นการประมาท และอาจจะต้องรับผิดชอบได้

ดังนั้น การให้ความเห็นทางกฎหมายถึงแม้จะดำเนินการโดยทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายคนหนึ่งหรือสองคนก็ตาม การให้ความเห็นทางกฎหมายมักจะออกมาในรูปของสำเนียงงานของสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายนั่นเอง โดยมักจะไม่ได้ระบุชื่อทนายคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ

#### ข้อพิจารณากฎหมายต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษนั้น ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้ฎี เว้นแต่จะเป็นการฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่อ หรือปรากฏจากพฤติการณ์ว่าการให้ความเห็นทางกฎหมายนั้นไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่ควร ดู (Wood 1980:426) มีคำพิพากษาคดีระหว่าง Deen v. Steinbrink 236 NY 669 142 NE 328(1923) ของศาลนิวยอร์ก วินิจฉัยถึงความรับผิดชอบอย่างเด็ดขาดของทนายความที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกค้าเนื่องจากการขาดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศในการให้ความเห็นทางกฎหมายของตน (Lind: 1983:17)

ประเทศเดนมาร์กนั้น การให้ความเห็นตามกฎหมายนั้นไม่ถือว่าเป็นการประกัน ซึ่งทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายนั้นจะรับผิดชอบก็เฉพาะเป็นความผิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ ถ้าในกรณีที่เป็นความเห็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศ และทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายนั้นมิได้กระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อจะได้ข้อมูลที่เพียงพอในการให้ความเห็นก็อาจจะรับผิดชอบในการประมาทได้ (Lind: 1983:17-18)

ประเทศเยอรมันนั้น มีคดีของศาลสูงสหพันธ์รัฐเยอรมัน (BGH) ลงวันที่ 18 มกราคม 1972 ตัดสินว่า ในกรณีที่ปรึกษากฎหมายทราบว่าคุณความเป็นบุคคลล้มละลาย แต่ก็ไม่ได้ให้ข้อเท็จจริงอันนี้แก่ผู้ให้ฎี ทำให้ผู้ให้ฎีไม่ได้ขอหลักประกันดังกล่าวจากลูกหนี้ และเกิดความเสียหาย ถือว่าเป็นการให้ข้อเท็จจริงอันไม่ถูกต้อง (In-correct formation) ที่ปรึกษากฎหมายนั้นจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะการที่ผู้ให้ฎีได้ให้เงินกู้แก่ลูกหนี้นั้น ถือเอาสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่ปรึกษาให้เป็นสำคัญ และศาลยังได้กล่าวด้วยว่า

ความรับผิดชอบจะต้องใช้บังคับแก่นายความหรือที่ปรึกษากฎหมายโดยทั่วหน้ากัน เพราะถือว่า  
 นายความและที่ปรึกษากฎหมายนั้นได้กระทำการในฐานะการประกอบวิชาชีพอิสระ ซึ่งเป็น  
 วิชาชีพที่ได้รับการเชื่อถือและยกย่องจากประชาชน (Wood 1980:426)

ประเทศออสเตรเลีย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจจะต้องรับผิดชอบในการให้คำแนะนำ  
 ที่เกิดความเสียหายแก่ลูกค้าของตน ถ้าหากเกิดจากความประมาทเลินเล่อ

#### ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

สำหรับประเทศไทยเองนั้น การพิจารณาถึงความรับผิดชอบของผู้ให้ความเห็นทางกฎหมาย  
 นั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติกฎหมายไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นการพิจารณานั้น ก็ควรจะพิจารณาจากหลักตาม  
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการละเมิด กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่า ที่ปรึกษา  
 กฎหมายผู้หนึ่งได้กระทำการอันเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพื่อก่อให้เกิด  
 ความเสียหายแก่ลูกค้ามากน้อยเพียงไร ซึ่งก็ยังไม่เคยมีคดีบรรทัดฐาน

#### ข้อสรุป

จะเห็นได้ว่าการให้ความเห็นทางกฎหมายนี้เป็น เรื่องที่ละเอียดอ่อนและมีความจำเป็น  
 ในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง และเป็นเรื่องที่สำคัญจะทำการศึกษา ค้นคว้า  
 และวิจัยต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษากฎหมายนั้นจะมีขอบเขต  
 กว้างขวางมากน้อยเพียงไร การให้ความเห็นทางกฎหมายนี้ ฝ่ายผู้ให้กู้หรือผู้กู้เองจะต้องมีความ  
 เข้าใจและตระหนักถึงความสำคัญของการให้ความเห็นทางกฎหมาย จะต้องให้ความสนใจใน  
 ความเห็นที่เกิดขึ้น มิฉะนั้นแล้วอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายได้

ในฐานะที่ประเทศไทย โดยเฉพาะสถาบันภาคเอกชนได้ทำการกู้ยืมเงินจากต่าง  
 ประเทศเป็นจำนวนมาก และสำนักงานของผู้วิจัยที่ได้ทำงานอยู่นั้นก็ได้เคยให้ความเห็นทาง  
 กฎหมาย ทั้งในนามของผู้ให้กู้ และในนามของผู้กู้ในฐานะเป็นสำนักงานปรึกษากฎหมายอิสระ  
 หลายคราวด้วยกัน จึงได้นำตัวอย่างการให้ความเห็นทางกฎหมายซึ่งได้เคยให้ไว้สำหรับผู้สนใจ  
 ได้ดูท้ายภาคผนวกกริทยาณีนี\*

\* ดูภาคผนวก ข. หน้า 286

#### ส่วนที่ 4

##### การเบิกจ่ายเงินกู้ระหว่างประเทศ (Draw down)

การเบิกจ่ายเงินกู้ในการกู้ยืมระหว่างประเทศนั้น เป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะผู้ให้กู้จะต้องจัดเตรียมหาเงินกู้ตามข้อตกลง โดยไม่สามารถที่จะส่งมอบเงินกู้ให้โดยทันที ต่างกับการกู้ยืมเงินธรรมดา ในการจัดเงินกู้ยืมขึ้นอยู่กับตลาดของการเงินที่ผู้ให้กู้ได้จัดหา มาวิธีการโอนเงิน ความแตกต่างในระยะเวลาดำเนินการของสองประเทศ ดังนั้นจึงจะต้องมีการ ทำข้อตกลงเกี่ยวกับวิธีเบิกจ่ายเงินกู้ไว้ โดยกำหนดวิธีการเบิกเงินกู้ กำหนดช่วงระยะเวลา สำหรับการเบิกเงินกู้ (Draw down period) กำหนดตารางเวลาและงวดการเบิกจ่าย (Draw down schedule) รวมตลอดจนถึงข้อกำหนดที่ผู้กู้จะต้องแจ้งบอกกล่าวล่วงหน้า (Number of days of notice) ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ผู้ให้กู้จะต้องจัดเตรียมเงิน ที่เบิกจ่ายไม่ช้ากว่าเวลาที่กำหนด เช่น เวลา 11.00 น. เวลากรุงนิวยอร์ก วันที่ระบุว่าจะ เบิกเงินหลังระยะเวลาบอกกล่าว 5 วัน โดยจะเบิกเป็นเงินเหรียญสหรัฐ ตามข้อตกลงของ กองทุนที่เรียกว่า (New York Clearing House Fund) โดยโอนเงินเข้าบัญชีในธนาคาร ที่ผู้กู้จะแจ้งให้ทราบ ( ประวิธ ลุจรัตนกุล 2525:98-99 และ Wood 1980:236 42, 87) นอกจากนี้ในการเบิกจ่ายเงินกู้ระหว่างประเทศนั้น ยังมีข้อกำหนดที่ผู้กู้จะต้องทำตัวสัญญาใช้เงิน มอบไว้ให้แก่ผู้ให้กู้ตามจำนวนเงินกู้ที่เบิกไปแต่ละคราว พร้อมระบุอัตราดอกเบี้ยและวันครบ กำหนดชำระของเงินกู้แต่ละงวดด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นพยานเอกสารรับรองว่าผู้ได้รับเงินจากผู้ให้กู้ ตามสัญญาที่ทำกันไว้แล้ว (Wood 1980:244)\*

---

\* ตัวอย่างหนังสือเบิกเงินกู้และตัวสัญญาใช้เงินดูภาคผนวก ก. หน้า 285, 286