

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเป็นหนึ่งในนโยบายแก้ไขปัญหาความยากจนของรัฐบาล ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าว ได้มีการจัดตั้งสำนักงานการบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการประสานกับหน่วยงานอื่นๆ และสถาบันการเงินที่เกี่ยวข้อง โดยมีวัตถุประสงค์ให้มีการจัดทำระบบและกระบวนการขึ้นมารองรับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยใช้สินทรัพย์ต่างๆ เป็นหลักประกันในการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน เนื่องจากปัจจุบัน ระบบการเงินและสถาบันการเงินของไทยยังไม่ให้การยอมรับการใช้สิทธิในการประกอบอาชีพต่างๆ เช่น หนังสือแสดงสิทธิของสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม สิทธิตามสัญญาเช่า เช่าซื้อที่ดิน และอาคารในความดูแลของกรมธนารักษ์และการเคหะแห่งชาติ หนังสืออนุญาตให้ใช้ที่สาธารณะ หรือหนังสือรับรองอื่นๆ มาเป็นหลักประกันการกู้เงิน ทำให้เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิครอบครองส่วนใหญ่ไม่สามารถเป็นผู้ประกอบการในธุรกิจได้ การดำเนินโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน จึงได้มีการจัดทำระบบและกำหนดกระบวนการในการบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องร่วมกันรับผิดชอบการดำเนินโครงการดังกล่าว สำหรับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนประเภทหนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะในเขตเทศบาลมีการดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานการบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) พ.ศ.2546 ประกาศสำนักงานการบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ ได้แก่ พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ พ.ศ. 2546 โดยมีหน่วยงานที่รับผิดชอบ 4 หน่วยงาน ดังนี้

1. สำนักงานการบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน)
2. กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น
3. เทศบาล
4. ธนาคารออมสิน

1. อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

1.1 สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน)

สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) หรือเรียกโดยย่อว่า สบพ. จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา จัดตั้งสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) พ.ศ.2546 เมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม 2546 ซึ่งเป็นการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งเพื่อให้เป็นศูนย์กลางประสานการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องในการจัดทำแผนปฏิบัติการ แผนงาน โครงการ หรือ กิจกรรมให้สอดคล้องกับนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน รวบรวม ศึกษา วิเคราะห์ วิจัยและจัดทำข้อเสนอเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ในแต่ละด้าน ให้มีประสิทธิภาพและมีความเชื่อมโยงกัน รวมทั้งเสนอแนะปัญหา อุปสรรค และข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติงานตลอดจนแนวทางแก้ไขปัญหในด้านต่างๆ

สำหรับอำนาจหน้าที่ของสำนักงานการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ตามมาตรา 7 แห่งพระราชกฤษฎีกา จัดตั้งสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) พ.ศ.2546 ให้สำนักงานมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ดำเนินการใดๆ เพื่อให้สำเร็จวัตถุประสงค์ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และแนวทางที่คณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการที่คณะรัฐมนตรีกำหนดให้ทำหน้าที่เกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนกำหนด

(2) ให้คำแนะนำแก่หน่วยงานภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

(3) ประสานงานกับคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

(4) ประสานงาน ติดตาม และเร่งรัดการปฏิบัติการตามแนวทางการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ตามที่คณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการที่คณะรัฐมนตรีกำหนดให้ทำหน้าที่เกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนมอบหมาย

(5) เผยแพร่และประชาสัมพันธ์การดำเนินการเกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน

(6) เชิญบุคคลจากหน่วยงานของรัฐและองค์กรอื่นมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบายหรือส่งข้อมูลหรือสถิติใดๆ

(7) รายงานผลการดำเนินงานต่อคณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการที่คณะรัฐมนตรีกำหนดให้ทำหน้าที่เกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

(8) ปฏิบัติงานหรือดำเนินการอื่นใด ตามที่คณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการที่คณะรัฐมนตรีกำหนดให้ทำหน้าที่เกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนมอบหมายสำนักงานพึงจัดระบบการบริหารงานให้กะทัดรัดและมีประสิทธิภาพ และการดำเนินการใดๆ พึงมอบหมายให้แก่หน่วยงานอื่นของรัฐที่เกี่ยวข้องช่วยดำเนินงานตามความเหมาะสม

มาตรา 8 นอกจากอำนาจหน้าที่ในมาตรา 7 ให้สำนักงานมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) ถือกรรมสิทธิ์ มีสิทธิครอบครอง หรือก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิต่างๆ
 - (2) ก่อตั้งสิทธิ หรือทำนิติกรรมทุกประเภทผูกพันสินทรัพย์ ตลอดจนทำนิติกรรมอื่นใด เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการของสำนักงาน
 - (3) เข้าร่วมทุนกับนิติบุคคลอื่นในกิจการที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของสำนักงาน
 - (4) ทำความตกลงและร่วมมือกับองค์กรหรือหน่วยงานในประเทศหรือต่างประเทศ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ของสำนักงาน
 - (5) เรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าตอบแทนหรือค่าบริการในการดำเนินกิจการ
 - (6) จัดให้มีและให้ทุนเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของสำนักงาน
 - (7) ดำเนินการอื่นใดที่จำเป็นหรือต่อเนื่องเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสำนักงาน
- ตามที่คณะรัฐมนตรี คณะกรรมการที่คณะรัฐมนตรีกำหนดให้ทำหน้าที่เกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน หรือคณะกรรมการมอบหมายการกู้ยืมเงินให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

มาตรา 9 ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้กำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินงานเกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนขึ้นไว้ ให้การปฏิบัติหน้าที่ของสำนักงานเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

ถ้าหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนดตามวรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่ด้านนโยบายหรืออำนวยการบริหารเพื่อการแปลงสินทรัพย์ให้เป็นทุน ให้สำนักงานปฏิบัติหน้าที่ตามมติของคณะกรรมการดังกล่าวด้วย

สำหรับการบริหารและการดำเนินกิจการ มีคณะกรรมการสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนประกอบด้วย ประธานกรรมการ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์สูงทางด้านการบริหาร กรรมการโดยตำแหน่งได้แก่ปลัดกระทรวง การคลัง ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ปลัดกระทรวงพาณิชย์และเลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้แทนของส่วนราชการและภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์สูง

เป็นที่ประจักษ์ในทางการบริหารหรือสาขาอื่นที่เกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินงานของสำนักงาน จำนวนไม่เกินห้าคน โดยให้ผู้อำนวยการเป็นกรรมการและเลขานุการ โดยตำแหน่งและให้ผู้อำนวยการแต่งตั้งผู้ช่วยเลขานุการได้ตามความจำเป็น สำหรับผู้อำนวยการสำนักงานการบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน การแต่งตั้งและถอดถอนเป็นอำนาจของคณะกรรมการ

กล่าวโดยสรุปสำนักงานการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) เป็นองค์การบริหารงานด้านการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน มีหน้าที่เป็นศูนย์กลางประสานการดำเนินการของภาครัฐและภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ศึกษา วิเคราะห์ และจัดทำข้อเสนอเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนแต่ละด้านให้มีประสิทธิภาพและมีความเชื่อมโยงกัน รวมทั้งเสนอแนะหาแนวทางแก้ปัญหาอุปสรรคและข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติงาน

ในด้านการบริหารจัดการคณะกรรมการนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน มีหน้าที่กำหนดนโยบายและแนวทางการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนทั้งระบบ คณะกรรมการอำนวยการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ภายใต้คณะกรรมการนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนมีหน้าที่กำกับ ติดตามการดำเนินงานของหน่วยงานที่รับผิดชอบในแต่ละสินทรัพย์ และคุณภาพรวมของการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

สำหรับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ประเภทหนังสือรับรองสิทธิการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการไว้เป็นแนวทางปฏิบัติ ดังนี้

- 1) ผู้ประกอบการที่จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะที่มีความประสงค์จะขอกู้ คิดต่อกับเทศบาลเพื่อแสดงความจำนงเข้าร่วมโครงการ
- 2) เทศบาลตรวจสอบและพิจารณา หากเห็นว่ามีความเหมาะสมครบถ้วน ให้ออกหนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของเทศบาล
- 3) ผู้ขอกู้นำหนังสือรับรองมาสมัครเข้าเป็นสมาชิกโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน
- 4) สมาชิกยื่นคำร้องขอสินเชื่อกับสถาบันการเงิน (ธนาคารออมสิน)
- 5) ธนาคารออมสินตรวจสอบข้อมูล คุณสมบัติ และวิเคราะห์การอนุมัติสินเชื่อแก่ผู้ขอกู้
- 6) เมื่อทำสัญญากู้ยืมเงินแล้ว ผู้กู้ต้องชำระหนี้ตามสัญญา หากไม่ชำระหนี้ให้ส่งเรื่องเข้าสู่กระบวนการแก้ไขปัญหาและระงับข้อพิพาทนอกศาล (Clearing House)

คำว่า “Clearing House” ตามความหมายทั่วไปที่ใช้กันในวงการเงินการธนาคาร หมายถึงสถานที่ที่นายธนาคารชำระบัญชีกัน เป็นการชำระหนี้ระหว่างธนาคาร แต่ในการแปลงสินทรัพย์

เป็นทุน คำว่า “Clearing House” หมายถึง กระบวนการแก้ไขปัญหาและระงับข้อพิพาทนอกศาล โดยสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการระงับข้อพิพาทนอกศาล ประกอบด้วย 1) ลูกหนี้ 2) เจ้าหนี้หรือผู้แทน 3) ผู้แทนเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลสินทรัพย์ 4) อัยการจังหวัดหรือผู้แทน

ในการติดตามและการประเมินผล สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนจะเป็นหน่วยงานที่ประสานหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบแผนปฏิบัติงาน แผนงาน โครงการหรือกิจกรรมต่างๆ จัดให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบ ติดตามการดำเนินงานและจัดทำรายงานความก้าวหน้าในการดำเนินงานให้สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนทราบเป็นระยะ และให้สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนสรุปผลการดำเนินการทุกไตรมาส และเมื่อสิ้นปีงบประมาณ โดยสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนจะเป็นผู้ติดตามความก้าวหน้าของการดำเนินงานตามแผนปฏิบัติการ แผนงาน โครงการหรือกิจกรรมในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน รวมทั้งพิจารณาวิเคราะห์และประเมินผลความก้าวหน้าของงานตลอดจนปัญหาอุปสรรค เสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยมีกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจะทำหน้าที่ศึกษา วิเคราะห์ ออกแบบ และพัฒนาระบบศูนย์ข้อมูลกลางการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เพื่อการบริหารจัดการติดตามประเมินผล และบริการข้อมูลแก่สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน สถาบันการเงิน ประชาชน รวมทั้งเชื่อมโยงระบบการรายงานข้อมูลไปยังศูนย์ปฏิบัติการนายกรัฐมนตรี

1.2 กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น

การแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเป็นนโยบายของรัฐบาลและกระทรวงมหาดไทยที่ต้องการจะแก้ไขปัญหาค่าความยากจนให้แก่ประชาชนในประเทศ จึงได้มอบหมายภารกิจดังกล่าวให้แก่กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นดำเนินการจัดทำโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนประเภทที่สาธารณะ โดยบทบาทหน้าที่ของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ได้แก่ การกำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์การแปลงสินทรัพย์เป็นทุนประเภทที่สาธารณะ โดยประสานกับสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) เพื่อรับทราบแนวคิดและขั้นตอนการดำเนินงานตามโครงการดังกล่าว ประสานกับสถาบันการเงินเพื่อขอให้เข้าร่วมโครงการในการให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ ซึ่งได้มีสถาบันการเงินที่เข้าร่วมโครงการ ได้แก่ ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) และธนาคารออมสิน

สำหรับการประสานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในกำกับดูแลของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ได้แก่ กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และ

องค์การบริหารส่วนตำบล กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นจะเป็นผู้กำหนดนโยบายหลักในการดำเนินการตลอดจนออกระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับขั้นตอนการกำหนดจุดผ่อนผันการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ การจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ เพื่อให้การดำเนินการขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยอาศัยสำนักงานท้องถิ่นจังหวัดเป็นสื่อกลางในการประสานงานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในพื้นที่จังหวัดต่างๆ

ในภาระหน้าที่ส่งเสริมสนับสนุน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้นำนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนไปปฏิบัติ กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นได้ให้แนวทางการขยายผลโครงการดังกล่าว โดยได้มีการออกระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ พ.ศ.2546 ให้มีการกำหนดพื้นที่ผ่อนผันเพิ่มเติม ได้แก่ ตลาดสาธารณะทางสาธารณะหรือสถานที่สาธารณะของส่วนราชการต่างๆ ในพื้นที่ที่ยินยอมให้และร่วมมือกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เข้าไปจัดระเบียบ ตลอดจนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่มีความพร้อมให้เข้าร่วมดำเนินงานตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเพิ่มขึ้น สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมโครงการอยู่แล้ว ให้เพิ่มจุดผ่อนผันในการจำหน่ายสินค้า เพื่อเป็นการขยายโอกาสให้กับประชาชนจะได้เข้าร่วมโครงการอย่างทั่วถึง

นอกจากนี้กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ยังได้มีการกำหนดแนวทางการดำเนิน การโครงการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อแก้ไขปัญหาความยากจน โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน อยู่แล้ว ได้รับทราบถึงนโยบายและแนวทางการดำเนินการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อแก้ไขปัญหาความยากจนตามแนวทางเศรษฐกิจพอเพียง โดยให้ความสำคัญกับการจัดหาพื้นที่ที่ใช้เป็นสถานที่จำหน่ายสินค้าถาวรแทนจุดผ่อนผันหรือขยายพื้นที่ในตลาดสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าในจุดผ่อนผันเข้าไปประกอบอาชีพและในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดยังไม่สามารถดำเนินการตามแนวทางดังกล่าวได้ ก็ให้พิจารณาจัดระเบียบทางเท้าสาธารณะให้เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าร่วมโครงการเพิ่มขึ้นอย่างน้อยจังหวัดละ 1 แห่ง โดยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในโครงการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อแก้ไขปัญหาความยากจน เป็นโครงการที่มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนประเภทที่สาธารณะและมีหน่วยงานที่รับผิดชอบได้แก่ ธนาคารออมสิน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นเดียวกัน โดยมุ่งเน้นและให้ความสำคัญกับผู้จำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผัน โดยการจัดให้มีการประชุมหรืออบรมกลุ่มเป้าหมาย เพื่อให้มีความรู้ในการประกอบอาชีพ การเพิ่มคุณภาพสินค้า การสร้างอาชีพเสริมเพื่อความมั่นคงในการประกอบอาชีพ

และมีรายได้เพิ่มขึ้น รวมทั้งติดตามผลการประกอบการของกลุ่มเป้าหมาย เพื่อป้องกันมิให้มีการนำสินเชื่อที่ได้รับไปใช้ผิดประเภท

1.3 เทศบาล

เทศบาลในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีภาระหน้าที่ในการดูแลรักษาที่สาธารณะตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ซึ่งในที่นี่จะได้อธิบายถึงอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ซึ่งได้ยกเลิกพระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ.2484 ที่ใช้บังคับอยู่เดิม เนื่องจากพระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ.2484 และพระราชบัญญัติควบคุมการใช้อุจจาระเป็นปุย พ.ศ.2480 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินงานควบคุมดูแลในด้านสาธารณสุข ได้ใช้บังคับมานานแล้ว จำเป็นต้องขยายขอบเขตการกำกับดูแลกิจการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุขในด้านต่างๆ ให้กว้างขึ้น เพื่อสามารถนำมาปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ นอกจากนี้สมควรปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการควบคุมให้มีลักษณะการกำกับดูแลและติดตาม ควรปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และบทกำหนดโทษให้สามารถบังคับให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังนั้นเพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพของสังคมปัจจุบัน และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการกำกับดูแลและป้องกันเกี่ยวกับอนามัยสิ่งแวดล้อมสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการใช้อุจจาระเป็นปุยเสียใหม่ และรวมกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็นฉบับเดียวกัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ โดยหลักการในพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ แต่บทบาทอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลกิจกรรมและกิจการต่างๆ เพื่อมิให้มีผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยและสภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมของประชาชน เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นและราชการส่วนท้องถิ่นเป็นสำคัญ ซึ่งกระทรวงสาธารณสุขมีบทบาทค่อนข้างจำกัด กล่าวคือมีอำนาจในการ

1. ออกกฎกระทรวงเฉพาะที่เกี่ยวกับอัตราค่าธรรมเนียม หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของราชการส่วนท้องถิ่น
2. แต่งตั้งเจ้าพนักงานสาธารณสุข ให้มีอำนาจหน้าที่ตรวจตราดูแลรับผิดชอบดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้
3. กำหนดให้กิจการบางประเภทเป็นกิจการค้าซึ่งเป็นที่รังเกียจหรืออาจเป็นอันตรายแก่สุขภาพซึ่งต้องควบคุม

พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 เป็นพระราชบัญญัติที่คุ้มครองประชาชนด้าน สุขลักษณะและการอนามัยสิ่งแวดล้อม หรือการสุขาภิบาลสิ่งแวดล้อมซึ่งครอบคลุมทั้งกิจกรรม การกระทำทุกอย่างและกิจการประเภทต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอนามัยของ ประชาชน ตั้งแต่ระดับชาวบ้าน คริวเรือน ชุมชน ตลอดจนกิจการขนาดเล็ก ขนาดใหญ่ อันได้แก่ หาบเร่ แผงลอย สถานที่จำหน่ายอาหาร สถานที่ที่สะสม ตลาดสด กิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ประเภทต่างๆ อีก 130 ประการ รวมทั้งการควบคุมการเลี้ยงหรือปล่อยสัตว์

พระราชบัญญัตินี้มีลักษณะการกระจายอำนาจไปสู่ส่วนท้องถิ่นมากที่สุด กล่าวคือให้ “ราชการส่วนท้องถิ่น” มีอำนาจในการออก “ข้อกำหนดของท้องถิ่น” ซึ่งสามารถใช้บังคับในเขต ท้องถิ่นนั้นได้ และให้อำนาจแก่ “เจ้าพนักงานท้องถิ่น” ในการควบคุมดูแลโดยการออกคำสั่งให้ แก้ไขปรับปรุงการอนุญาตหรือไม่อนุญาต การสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต รวมทั้งการ เปรียบเทียบคดี เป็นต้น ทั้งนี้โดยถือว่าราชการส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรปกครองที่มาจาก การเลือกตั้ง ของประชาชน ใกล้ชิดประชาชน ซึ่งน่าจะปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติที่เป็น ผลประโยชน์ของประชาชนมากที่สุด

กำหนดให้มี “คณะกรรมการสาธารณสุข” เป็นองค์กรส่วนกลาง รวมทั้งกรมอนามัยซึ่งเป็น หน่วยงานรับผิดชอบงานสาธารณสุขสิ่งแวดล้อม มีบทบาทในการควบคุม กำกับดูแล และให้ การสนับสนุนการปฏิบัติการของราชการส่วนท้องถิ่น โดยการเสนอและแนะแผนงาน นโยบายและ มาตรการด้านสาธารณสุข รวมทั้งการออกกฎกระทรวงและประกาศกระทรวงแก่รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงสาธารณสุข และให้อธิบดีกรมอนามัยมีอำนาจออกคำสั่งได้ในกรณีที่เป็นอันตรายร้ายแรง และจำเป็นต้องแก้ไขโดยเร่งด่วนด้วย

พระราชบัญญัตินี้ให้สิทธิแก่ประชาชนหรือผู้ประกอบการที่ได้รับคำสั่งจากเจ้าพนักงาน ท้องถิ่นและเห็นว่าไม่เป็นธรรมหรือไม่ถูกต้อง มีสิทธิที่ยื่นคำอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวง สาธารณสุขได้ และกรณีที่แจ้งเจ้าพนักงานตามกฎหมายแล้ว ไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ เจ้าพนักงานนั้นก็อาจจะมี ความผิดฐานละเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญาได้

โดยที่มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ได้ให้คำจำกัดความเฉพาะ คำว่า “ที่หรือทางสาธารณะ” หมายถึง สถานที่หรือทางซึ่งมิใช่เป็นของเอกชนและประชาชน สามารถใช้ประโยชน์หรือใช้สัญจรได้ จึงครอบคลุมพื้นที่ที่เป็นสวนสาธารณะ ถนนหนทาง ทางเท้า และทางน้ำ ที่ประชาชนสัญจรไปมาตามปกติ

สำหรับคำว่า สิ้นค้า มิได้มีความหมายเฉพาะไว้ จึงน่าจะหมายถึง ข้าวของ วัสดุทุกชนิด ที่ นำมาขาย จำหน่ายได้ ซึ่งรวมทั้งอาหารและน้ำดื่ม น้ำแข็งด้วย หรือกล่าวอย่างเป็นรูปธรรมคือ หาบ- เร่ แผงลอย ที่จำหน่ายในที่หรือทางสาธารณะนั่นเอง เพราะกฎหมายระบุว่าผู้จำหน่ายสิ้นค้าในที่

หรือทางสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการจำหน่ายโดยลักษณะวิธีการจัดวางสินค้าในที่หนึ่งทีใดเป็นปกติหรือเรขาย ถือว่าเป็นการจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ

กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่น มีหน้าที่ควบคุมดูแลที่หรือทางสาธารณะเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป ตามมาตรา 41 ซึ่งถือได้ว่าเป็นหน้าที่หลักที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะต้องรักษาผลประโยชน์ของประชาชนผู้สัญจรไปมาเป็นสำคัญการที่จะอนุญาต ให้มีการจำหน่ายสินค้าในที่หนึ่งทีใด จึงต้องพิจารณาโดยรอบคอบและเป็นประโยชน์แก่ประชาชนโดยส่วนรวม

กฎหมายจึงบังคับให้ผู้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการจำหน่ายโดยลักษณะวิธีการจัดวางสินค้าในที่หนึ่งทีใด เป็นปกติหรือเรขาย จะต้องขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น

ซึ่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะระบุชนิดหรือประเภทของสินค้า ลักษณะวิธีการจำหน่าย และสถานที่ที่จะจัดวางสินค้า และเงื่อนไขอื่นๆ ที่เห็นสมควร ในใบอนุญาตก็ได้ (ตามมาตรา 41 วรรค 2) ทั้งนี้เพราะการจำหน่ายสินค้าแต่ละประเภทโดยเฉพาะเรื่องอาหารน้ำดื่ม จะมีความเสี่ยงต่อการปนเปื้อนของเชื้อโรคและสิ่งสกปรกได้ง่าย และเกี่ยวข้องกับลักษณะวิธีการขาย ประเภทสินค้า ลักษณะวิธีการจำหน่าย หรือสถานที่จัดวางสินค้า ซึ่งจะมีผลต่อการระบาดของโรคได้ง่ายด้วย

ในการเปลี่ยนแปลงประเภท ลักษณะวิธีการหรือสถานที่จำหน่ายสินค้า ผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นก่อนดำเนินการเปลี่ยนแปลง ซึ่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะได้จัดแจ้งในใบอนุญาตต่อไป (มาตรา 41 วรรค 4)

เพื่อประโยชน์ในการควบคุมการจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ กฎหมายยังให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดของท้องถิ่นได้ตามมาตรา 43 ดังนี้

(ก) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสุขลักษณะส่วนบุคคลของผู้จำหน่ายหรือผู้ช่วยจำหน่ายสินค้า สุขลักษณะในการใช้กรรมวิธีการจำหน่าย ทำ ประกอบ ปรง หรือสะสมอาหารหรือสินค้าอื่น รวมทั้งการรักษาความสะอาดของภาชนะ น้ำใช้ และของใช้ต่างๆ

(ข) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดวางสินค้าและการเรขายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยและป้องกันการปนเปื้อนกรณีจำหน่ายอาหาร

(ค) กำหนดเวลาสำหรับการจำหน่ายสินค้า ทั้งนี้เพราะการจำหน่ายในที่สาธารณะหรือบนทางเท้า บนถนนหนทาง อาจจำเป็นต้องกำหนดเวลาให้จำหน่ายได้ เพื่อประโยชน์ในการดูแลรักษาความสะอาด และไม่ก่อให้เกิดปัญหาจราจรด้วย

(ง) กำหนดการอื่นใดที่จำเป็นเพื่อการรักษาความสะอาด และป้องกันอันตรายต่อสุขภาพรวมทั้งการป้องกันเหตุรำคาญและโรคติดต่อ

ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อกำหนดที่กฎหมายให้อำนาจในการควบคุมนั้น ส่วนใหญ่จะคล้ายคลึงกับข้อกำหนดในเรื่องสถานที่จำหน่ายหรือสะสมอาหาร แต่ครอบคลุมถึงเรื่องการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าไว้ด้วย และกรณีที่เป็นสินค้าประเภทที่อาจก่ออันตรายต่อสุขภาพ หรือเป็นเหตุรำคาญได้ เช่น การจำหน่ายวัตถุระเบิดประเภท พลุ ประทัด ดอกไม้ไฟ หรือ ประเภทเชื้อเพลิง น้ำมันไฟแช็ค หรือสินค้าประเภทที่ทำให้เกิดเสียงดัง เป็นต้น ซึ่งก็สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ให้ปฏิบัติเพื่อป้องกันได้

นอกจากนี้ กฎหมายยังให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจรในการประกาศเขตได้ดังนี้

(ก) กำหนดให้บริเวณที่หรือทางสาธารณะหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพื้นที่ดังกล่าว

- เป็นเขตห้ามจำหน่ายหรือซื้อสินค้าโดยเด็ดขาด ซึ่งหมายถึงว่าผู้ใดขายสินค้าหรือซื้อสินค้าในเขตดังกล่าวมีความผิด

- เป็นเขตที่ห้ามจำหน่ายสินค้าบางชนิดหรือบางประเภท เช่น ในพื้นที่ที่สกปรกมีฝุ่นละอองมากก็อาจกำหนดให้ห้ามขายสินค้าประเภทอาหาร เครื่องดื่มได้

- เป็นเขตห้ามจำหน่ายสินค้าตามกำหนดเวลา เช่น เวลาที่การจราจรหนาแน่น ก็อาจห้ามขายได้

- เป็นเขตห้ามจำหน่ายสินค้า โดยวิธีการจำหน่ายในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง หรือกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการจำหน่าย ณ บริเวณนั้น เช่น ในบริเวณริมฝั่งแม่น้ำลำคลอง อาจกำหนดเงื่อนไขไม่ให้ ผู้จำหน่ายอาหารทิ้งน้ำเสียหรือขยะมูลฝอยหรือเศษอาหารลงแม่น้ำลำคลองโดยตรง หรือกำหนดให้ผู้เร่ขายอาหารบางชนิด ไม่ตักแบ่งบรรจุถุงพลาสติกขณะเร่ขาย แต่ให้บรรจุให้เรียบร้อยจากที่ผลิตเลยก็ได้ เป็นต้น

(ข) การกำหนดเขตดังกล่าวตาม (ก) จะต้องปิดประกาศไว้ในที่เปิดเผย ณ ที่ทำการของราชการส่วนท้องถิ่น และบริเวณที่จะกำหนดเขต โดยต้องกำหนดวันที่จะบังคับไว้แต่ต้องไม่น้อยกว่า 15 วัน นับแต่วันประกาศ

จากการที่กฎหมายกำหนดให้เทศบาลมีหน้าที่ ในการควบคุมดูแลที่หรือทางสาธารณะเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป และเน้นผู้พิจารณากำหนดพื้นที่ผ่อนผัน ให้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะได้ โดยความเห็นชอบจากเจ้าพนักงานจราจร โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน จึงมีโครงการให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการค้าขายรายย่อยที่จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ โดยมีการมอบหมายให้เทศบาล เป็นผู้ดำเนินการตรวจสอบที่สาธารณะที่สามารถกำหนดจุดผ่อนผันให้จำหน่ายสินค้าเพิ่มขึ้น และพิจารณาตรวจสอบอนุญาต และออกหนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ โดยให้เทศบาลประสานกับธนาคารออมสิน เพื่อจัดทำบันทึกข้อตกลงในการเข้าร่วม

โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยข้อตกลงดังกล่าว มีการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของเทศบาล ดังนี้

1) เทศบาลมีหน้าที่ชี้แจงและทำความเข้าใจกับผู้ประกอบการเกี่ยวกับการดำเนินงานโครงการในเบื้องต้น

2) เทศบาลจะจัดทำระบบฐานข้อมูลกลางของผู้ประกอบการให้เป็นปัจจุบันอยู่เสมอ โดยสามารถติดต่อหรือสื่อสารให้ข้อมูลกับธนาคารได้

3) เทศบาลต้องพิจารณาตรวจสอบคุณสมบัติผู้ประกอบการที่มีความประสงค์ขอสินเชื่อจากธนาคารโดยรอบคอบ และให้การรับรองผู้ประกอบการว่าเป็นผู้ได้รับสิทธิเป็นหนังสือรับรองให้นำสินค้ามาจำหน่ายในที่สาธารณะ และอยู่ในการกำกับดูแลของเทศบาล

4) ในกรณีที่ผู้กู้ไม่ผ่อนชำระหนี้ให้ธนาคาร เทศบาลจะแจ้งเตือนให้ผู้กูรับดำเนินการชำระหนี้เงินกู้กับธนาคารโดยเร็ว หากผู้กูรายใดมิได้ชำระหนี้เงินกู้ติดต่อกัน 3 งวด เทศบาลจะยกเลิกหรือเพิกถอนหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะที่ออกให้ โดยเทศบาลและธนาคารจะคัดเลือกผู้ประกอบการรายใหม่ เพื่อสวมสิทธิแทนผู้ประกอบการรายเดิม หรือยอมรับสภาพหนี้แทนผู้กูรายเดิม โดยจะดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เทศบาลได้รับแจ้งธนาคาร

5) เทศบาลจะพิจารณาต่ออายุหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะให้แก่ผู้ประกอบการรายย่อยที่กู้เงินตามโครงการ เฉพาะผู้ที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และระเบียบข้อปฏิบัติที่เทศบาลและธนาคารอมสินกำหนด

6) กรณีผู้กู้เงินหรือสินเชื่อเสียชีวิต เทศบาลจะพิจารณาออกหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือสาธารณะแก่ทายาทโดยธรรมของผู้กูแทน โดยเทศบาลจะมีหนังสือแจ้งทายาทโดยธรรมของผู้กูภายใน 7 วัน นับแต่วันที่เทศบาลทราบการเสียชีวิตของผู้กู เพื่อให้มารับหนังสืออนุญาตให้นำสินค้ามาจำหน่ายในที่สาธารณะ ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่เทศบาลแจ้งให้ทายาทโดยธรรมทราบ

ในกรณีที่ทายาทของผู้กูยินยอมรับหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะมาเป็นของตน ทายาทผู้นั้นต้องยินยอมรับชำระหนี้เงินกู้หรือยินยอมรับสภาพหนี้เงินกู้ของผู้กูที่มีอยู่ต่อธนาคาร โดยเทศบาลจะแจ้งให้ธนาคารทราบและดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากทายาท หากทายาทของผู้กูไม่ยินยอมรับหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะหรือไม่ยอมรับภาระหนี้สินของผู้กู หรือไม่แจ้งความประสงค์แก่เทศบาลภายในกำหนดเวลา 15 วัน เทศบาลจะดำเนินการคัดเลือกผู้ประกอบการรายใหม่เข้า

ดำเนินการแทน ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากทนายโดยธรรมนั้น เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว เทศบาลจะแจ้งผลการคัดเลือกผู้ประกอบการรายใหม่ให้ธนาคารทราบทันที

7) ในกรณีเทศบาลจะยกเลิกหนังสือรับรอง ให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะที่ได้ออกให้แก่ผู้ประกอบการรายใดที่กู้เงินหรือขอสินเชื่อตามโครงการนี้ อันเนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ วิธีการ ข้อบังคับ ข้อห้าม ประกาศ หรือเงื่อนไขในการให้หนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ เทศบาลจะแจ้งให้ธนาคารทราบถึงการยกเลิก เพิกถอน หนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะของผู้ประกอบการรายนั้นล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วัน โดยเทศบาลจะดำเนินการตามข้อ 8) ต่อไป

8) เทศบาลจะกำหนดหลักเกณฑ์ ระเบียบ วิธีการปฏิบัติในการคัดเลือกผู้ได้รับหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ ตลอดจนการทำข้อตกลงกับผู้ได้รับหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะของผู้ประกอบการรายใหม่ เพื่อใช้เป็นหลักประกันหนี้เงินกู้กับธนาคารเพื่อการนี้เป็นพิเศษด้วย

นอกจากนี้เทศบาลยังมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล การจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะเพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย และสอดคล้องกับโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยมีการจัดทำคำสั่งและกำหนดแนวทางการปฏิบัติในการกำกับดูแล การตรวจตราเพื่อให้การกำกับดูแล เป็นไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง หากพบผู้จำหน่ายสินค้ารายใด ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด อาจใช้มาตรการทางกฎหมายลงโทษผู้ฝ่าฝืนได้ตามความเหมาะสม ได้แก่ การว่ากล่าวตักเตือน หรือสั่งพักการจำหน่ายสินค้าในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หรือเพิกถอนสิทธิการจำหน่ายสินค้า

สำหรับการจำหน่ายสินค้าในพื้นที่จุดผ่อนผันเป็นการอนุญาตให้เฉพาะบุคคล เว้นแต่โอนให้สามี ภรรยา บุตร หรือบิดามารดา ผู้ได้รับโอนสิทธิการอนุญาต การจำหน่ายสินค้าเท่ากับระยะเวลาการจำหน่ายสินค้าที่เหลืออยู่ของผู้โอน และให้ผู้โอนพร้อมกับผู้รับ โอนไปแสดงความประสงค์ต่อเทศบาลเพื่อจัดทำบันทึกไว้เป็นหลักฐานในบัญชีรายชื่อผู้จำหน่ายสินค้าและในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในการจำหน่ายสินค้า

หน้าที่สำคัญของเทศบาลในโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ได้แก่ ประสานความร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ประเภทหนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ ได้แก่ สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น สำนักงานท้องถิ่นจังหวัด ธนาคารออมสิน การประชาสัมพันธ์โครงการ และจัดหาวิทยากรทำการอบรมผู้ประกอบการ ทั้งในด้านการส่งเสริมอาชีพ การบริหารจัดการการพัฒนาสินค้า

1.4 ธนาคารออมสิน

ธนาคารออมสินในฐานะธนาคารของรัฐ ที่เข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ได้มีการจัดทำบันทึกความร่วมมือกับกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่นในหลักการการให้สินเชื่อเพื่อการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะตามนโยบายแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยตกลงร่วมมือกันส่งเสริมสนับสนุนและประสานงานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการดำเนินการตามโครงการ และร่วมมือจัดให้มีบริการสินเชื่อแก่ผู้รับหนังสือรับรองจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นผู้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ และสถานสาธารณะตามกฎหมายรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง และร่วมมือกันแก้ปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการให้บริการสินเชื่อและปฏิบัติงานตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนประเภทที่สาธารณะตามความจำเป็นและเหมาะสม นอกจากนี้ ในขั้นตอนการปฏิบัติก่อนที่จะถึงขั้นตอนพิจารณาการเข้าร่วมโครงการของผู้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ ธนาคารออมสินได้มีบันทึกข้อตกลงร่วมกันกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบขององค์กรปกครองและธนาคารออมสินในการดำเนินการ โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนสำหรับหน้าที่ของธนาคารออมสินมีดังนี้

- 1) ชี้แจงและทำความเข้าใจกับผู้ประกอบการที่ได้รับหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะของเทศบาล
- 2) พิจารณาให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการที่ไม่เคยมีประวัติหนี้เสียกับสถาบันการเงินต่างๆ ที่ผ่านมาคัดเลือกจากเทศบาลให้เข้าร่วมโครงการนี้
- 3) แจ้งรายชื่อผู้ที่ไม่ชำระหนี้เงินกู้ติดต่อกัน 2 งวด และ 3 งวด ให้เทศบาลทราบเพื่อดำเนินการ
- 4) ธนาคารจะพิจารณาให้ผู้ยืมหรือสินเชื่อตามหลักเกณฑ์ของธนาคาร ประกอบกับสิทธิที่ได้รับหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะที่ออกให้โดยเทศบาล โดยธนาคารจะเป็นผู้เก็บรักษาหนังสือรับรองฯ ไว้จนกว่าผู้ประกอบการจะชำระหนี้เสร็จสิ้น
- 5) การประเมินมูลค่าของสิทธิตามหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะที่นำมาประกอบการพิจารณาให้สินเชื่อ จะใช้วิธีการวิเคราะห์จากความสามารถในการหารายได้ทั้งในอดีต ปัจจุบัน และอนาคตของกิจการที่รับสิทธินั้น รวมถึงพิจารณาจากราคาตลาด และจะพิจารณาให้กู้เงินได้ในวงเงินที่ไม่เกินมูลค่าของสิทธินั้น หรือกิจการค้าของผู้ประกอบการแต่ละราย
- 6) ในกรณีที่ผู้ประกอบการต้องการกู้เงินหรือขอสินเชื่อเกินกว่ามูลค่าของสิทธิตามหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะหรือกิจกรรมของผู้ประกอบการ ให้ธนาคารพิจารณาตามระเบียบหลักเกณฑ์การให้กู้เงินหรือสินเชื่อของธนาคารตามปกติ

7) ธนาคารจะพิจารณาวงเงินกู้หรือสินเชื่อ และกำหนดวงเงินหรือสินเชื่อในการแปลงสินทรัพย์ของผู้ประกอบการแต่ละราย

8) ธนาคารจะได้ดำเนินการประชาสัมพันธ์ เพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจโดยการผลิตเอกสารแผ่นพับหรือเอกสารอื่น แสดงขั้นตอนการขอกู้เงินหรือสินเชื่อในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนให้แก่เทศบาล เพื่อแจกจ่ายชี้แจงประชาสัมพันธ์ให้ผู้ประกอบการอย่างเพียงพอต่อความต้องการ

2. หลักเกณฑ์ในการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

2.1 ขั้นตอนการเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

การเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ประเภทที่ใช้หนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ในฐานะหน่วยงานที่ควบคุมดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้หน่วยงานของรัฐที่ดูแลรักษาที่สาธารณะ ได้แก่ กรุงเทพมหานคร เทศบาล เมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนดมาตรการการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าและคัดเลือกผู้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะและจัดให้มีคณะกรรมการเพื่อพิจารณาคัดเลือกและพิจารณาคุณสมบัติของผู้ประกอบการ โดยในเขตเทศบาลได้มีการกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้จำหน่ายสินค้า อย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

- 1) มีสัญชาติไทยและมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตองค์กรบริหารการปกครองท้องถิ่นนั้น
- 2) เป็นผู้มิรายได้น้อย
- 3) มีความประสงค์จะจำหน่ายสินค้า แต่ไม่มีสถานที่จำหน่ายสินค้า
- 4) ไม่เป็นโรคติดต่อร้ายแรง หรือโรคซึ่งเป็นที่น่ารังเกียจ หรือเป็นอุปสรรคต่อการจำหน่ายสินค้า ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535
- 5) ไม่มีพฤติกรรมในทางเสื่อมเสียอันเป็นอุปสรรคในการจำหน่ายสินค้า เช่น เป็นผู้ค้า ผู้ผลิต หรือผู้เสพยาเสพติดให้โทษ
- 6) ไม่เคยเป็นผู้ถูกเพิกถอนสิทธิการจำหน่ายสินค้าที่สาธารณะ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมาก่อนเว้นแต่คณะกรรมการจะพิจารณาให้ยกเว้น ในกรณีมีเหตุอันสมควร

7) คุณสมบัติอื่นๆ ตามที่คณะกรรมการกำหนด

ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้จำหน่ายสินค้า จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนและวิธีการ การรับสมัคร และการจัดทำบัญชีผู้จำหน่ายสินค้า เพื่อประกอบการพิจารณาเพื่อความเป็นธรรมแก่ประชาชนที่จะมาสามารถได้รับทราบและขอเข้าร่วมโครงการได้อย่างทั่วถึง ดังนี้ (สำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน), 2546, หน้า 173-174)

1) ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประกาศเขตพื้นที่ผ่อนผัน วัน เวลาการจำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผันโดยปิดประกาศไว้โดยเปิดเผยเพื่อให้ประชาชนทราบโดยทั่วกันไม่น้อยกว่า 30 วัน ก่อนวันที่มีการรับสมัครผู้จำหน่ายสินค้า

2) ประกาศรับสมัครผู้จำหน่ายสินค้าซึ่งอย่างน้อยจะต้องมีสาระสำคัญ ดังนี้

(ก) คุณสมบัติของผู้สมัคร

(ข) วันเวลาการรับสมัคร

(ค) สถานที่รับสมัครและขอรับใบสมัคร

(ง) เอกสารที่ใช้ในการสมัคร ได้แก่ สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน สำเนาทะเบียนบ้าน รูปถ่าย เป็นต้น

3) ต้องปิดประกาศรับสมัครไม่น้อยกว่า 30 วัน นับแต่วันที่ปิดประกาศจนถึงวันรับสมัครและมีระยะเวลาการรับสมัครไม่น้อยกว่า 15 วัน

4) ใบสมัครของผู้จำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผัน ควรระบุรายละเอียดต่างๆ เช่น ภูมิลำเนาของผู้สมัคร การประกอบอาชีพ ประเภทสินค้าที่จำหน่าย ฐานะและรายได้ของบุคคลในครอบครัว รายชื่อผู้ช่วยผู้จำหน่ายสินค้า (ถ้ามี) เป็นต้น

5) เมื่อพ้นระยะเวลาการรับสมัคร ให้จัดทำบัญชีรายชื่อเรียงตามลำดับวันที่ยื่นใบสมัครหรือวันที่ได้รับใบสมัคร และปิดประกาศให้ทราบโดยเร็ว

เมื่อมีการประกาศพื้นที่ผ่อนผันให้มาสามารถจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ และพิจารณาคุณสมบัติของผู้เข้าร่วมโครงการแล้ว จะมีการคัดเลือกผู้จำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผัน โดยใช้หลักเกณฑ์ที่เทศบาลกำหนด ดังนี้

1) พิจารณารายชื่อผู้สมัคร โดยคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติของผู้จำหน่ายสินค้าตามที่กำหนดไว้ แล้วจัดทำเป็นบัญชีผู้มีคุณสมบัติจำหน่ายสินค้า

2) การคัดเลือกผู้จำหน่ายสินค้าให้คัดเลือกจากบัญชีตาม 1) โดยใช้วิธีการจับฉลากในการจับฉลากครั้งแรกเป็นการจัดลำดับการจับฉลาก และครั้งที่สองเป็นการจับฉลากตามลำดับการจับฉลากครั้งแรกเพื่อได้สิทธิการจำหน่ายสินค้าประจำพื้นที่จำหน่ายสินค้าแต่ละแห่ง

ในกรณีผู้มีคุณสมบัติตามบัญชีใน 1) เป็นผู้จำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผันที่ประกาศไว้ก่อนระเบียบนี้ใช้บังคับ ให้คัดเลือกเป็นผู้ได้รับสิทธิการจำหน่ายสินค้าก่อน หากยังมีพื้นที่จำหน่ายสินค้าเหลืออยู่ให้คัดเลือกตามลำดับที่ในบัญชีตาม 1) ที่ยังคงเหลืออยู่

3) การจับฉลากเพื่อให้ได้สิทธิการจำหน่ายสินค้าประจำพื้นที่จำหน่ายสินค้าแต่ละแห่ง ให้กำหนดหมายเลขของฉลากเรียงไปตามลำดับให้ครบตามจำนวนของผู้จำหน่ายสินค้า โดยเริ่มจากหมายเลขหนึ่งจนถึงหมายเลขสุดท้ายของผู้สมัครเป็นผู้จำหน่ายสินค้า และให้ถือว่าหมายเลขในฉลากเป็นหมายเลขเดียวกับหมายเลขของพื้นที่จำหน่ายสินค้าที่ได้จัดทำผังแสดงเครื่องหมายไว้แล้ว สำหรับผู้จำหน่ายสินค้าที่จับฉลากได้หมายเลขเกินกว่าจำนวนพื้นที่จำหน่ายสินค้า ให้ถือเป็นผู้จำหน่ายสินค้าที่สำรองไว้ เมื่อมีพื้นที่จำหน่ายสินค้าว่างลงหรือมีพื้นที่ผ่อนผันเพิ่มขึ้น ให้พิจารณาจากผู้จำหน่ายสินค้าที่สำรองไว้ตามลำดับ

2.2 บันทึกรายชื่อข้อตกลงความร่วมมือ การให้สินเชื่อเพื่อจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการดูแลรักษาในที่สาธารณะ ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล เมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนตำบล จะเป็นผู้กำหนดจุดผ่อนผันให้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535

โดยในการประกาศกำหนดพื้นที่ผ่อนผันจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่จรรยา และในการประกาศพื้นที่ผ่อนผันจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ พ.ศ.2546 นอกจากนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งในที่นี่ขออธิบายถึงภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบเทศบาล ยังได้มีข้อตกลงในการดำเนินการระหว่างเทศบาลกับธนาคารออมสิน ซึ่งเป็นสถาบันการเงินหลักที่จะเป็นผู้พิจารณาให้สินเชื่อสำหรับผู้ประกอบการประเภทผู้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ โดยมีบันทึกข้อตกลงความร่วมมือกันส่งเสริมสนับสนุนการดำเนินโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ประเภทที่สาธารณะตามนโยบายของรัฐบาล ร่วมมือกันจัดให้มีบริการสินเชื่อแก่ผู้ที่ได้รับหนังสือรับรองจากเทศบาลให้เป็นผู้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ และสถานสาธารณะตามกฎหมายรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง ร่วมมือกันกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไข รวมทั้งการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการให้บริการสินเชื่อและปฏิบัติงานตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนในที่สาธารณะตามความจำเป็นและเหมาะสม

2.3 ขั้นตอนการจัดระเบียบผู้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ

การจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เริ่มจากการแต่งตั้งคณะกรรมการอำนวยการการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้ที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมาย เป็นประธานอำนวยการ และคณะกรรมการประกอบด้วย ข้าราชการหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและหัวหน้ากลุ่มส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นจังหวัด เป็นเลขานุการ คณะกรรมการมีหน้าที่สนับสนุนในการแปลงสิทธิ์เป็นทุน โดยการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ

แนวทางดำเนินการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ให้มีความเรียบร้อยและปลอดภัยต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน ตลอดจนเปิดโอกาสให้ผู้มีรายได้น้อยได้รับ โอกาสเข้าจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะบริเวณจุดผ่อนผัน และ โอกาสที่ได้รับจากการเข้าจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ ไปใช้ในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินเพื่อประกอบอาชีพ โดยไม่ขัดต่อระเบียบกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ จึงเป็นหน้าที่ของเทศบาลในการพิจารณาดำเนินการตามขั้นตอนการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ ซึ่งตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ พ.ศ.2546 ได้กำหนดคำนิยามศัพท์เกี่ยวกับการดำเนินการ ดังนี้

“ที่สาธารณะ” หมายความว่า ที่สาธารณะและสถานสาธารณะ ตามความหมายในกฎหมายว่าด้วยการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง และให้รวมถึงสถานที่อื่นใดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีการจำหน่ายสินค้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

“การจำหน่ายสินค้า” หมายความว่า การขาย การให้บริการ การปรุงอาหาร รวมทั้งการใช้รถยนต์หรือล้อเลื่อน เป็นที่จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ หรือในสถานที่อื่นใดในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

“ผู้จำหน่ายสินค้า” หมายความว่า ผู้ขายสินค้า ผู้ให้บริการ ผู้ปรุงอาหาร รวมทั้งผู้ช่วยผู้จำหน่ายสินค้า ซึ่งจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ หรือในสถานที่อื่นใดในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

“พื้นที่ผ่อนผัน” หมายความว่า ที่สาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประกาศอนุญาตให้จำหน่ายสินค้า และให้รวมถึงสถานที่อื่นใดที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดให้มีการจำหน่ายสินค้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับการกำหนดพื้นที่ผ่อนผัน เพื่อจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะเทศบาลโดยผู้บริหารท้องถิ่น ได้แก่ นายกเทศมนตรี จะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการกำหนดพื้นที่ผ่อน-

พื้น และคณะกรรมการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าและคัดเลือกผู้จำหน่ายสินค้า โดยมีองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ ดังนี้

คณะกรรมการกำหนดพื้นที่ผ่อนผัน ประกอบด้วย

- 1) ผู้บริหารท้องถิ่นเป็นประธาน
- 2) สมาชิกสภาท้องถิ่นที่สภาท้องถิ่นคัดเลือก จำนวน 1 คน เป็นกรรมการ
- 3) ผู้แทนส่วนราชการที่มีหน้าที่จัดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในพื้นที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นกรรมการ
- 4) ผู้แทนภาคประชาชน เช่น ผู้แทนจากหอการค้าจังหวัด สภาอุตสาหกรรมจังหวัด ชมรมธนาคารระดับจังหวัด องค์กร สมาคม ประชาคม และผู้แทนสาขาอาชีพต่างๆ และเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนไม่น้อยกว่ากรรมการตาม 1), 2) และ 3) ตามที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเห็นสมควร เป็นกรรมการ
- 5) ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นที่ผู้บริหารท้องถิ่นแต่งตั้งเป็นเลขานุการ

การดำเนินการของคณะกรรมการดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กับที่สาธารณะ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

คณะกรรมการกำหนดพื้นที่ผ่อนผัน มีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นในการ กำหนดพื้นที่ผ่อนผัน ในเรื่องดังต่อไปนี้

- 1) กำหนดพื้นที่ที่มีการจำหน่ายสินค้าเป็นพื้นที่ผ่อนผันหรืออาจกำหนดพื้นที่ผ่อนผัน เพิ่มขึ้น ซึ่งจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ที่สาธารณะในการสัญจร โดยคำนึงถึงความปลอดภัย และความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง ตลอดจนไม่เป็นอุปสรรคต่อการทำความสะอาด
- 2) ควรกำหนดระยะเวลาพื้นที่ผ่อนผันคราวละไม่เกินสามปี รวมทั้งกำหนดวันเวลาที่ผ่อนผันให้ชัดเจน โดยระบุระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดในการผ่อนผันแต่ละคราว รวมทั้งจัดทำแผนผังแสดงอาณาเขตพื้นที่ผ่อนผัน และระบุวัน เวลาในแผนผังด้วย
- 3) กำหนดหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดพื้นที่ผ่อนผัน ตามที่เห็นสมควร

คณะกรรมการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าและคัดเลือกผู้จำหน่ายสินค้า ประกอบด้วย

- 1) ผู้บริหารท้องถิ่นเป็นประธานกรรมการ
- 2) สมาชิกสภาท้องถิ่นที่สภาท้องถิ่นคัดเลือก จำนวน 1 คน
- 3) ผู้แทนส่วนราชการที่มีหน้าที่จัดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในพื้นที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นกรรมการ

4) ผู้แทนภาคประชาชน เช่น ผู้แทนประชาชนที่มีภูมิลำเนาอาศัยอยู่ในบริเวณพื้นที่ผ่อนผัน และผู้แทนผู้จำหน่ายสินค้า และเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนไม่น้อยกว่ากรรมการ ตาม 1), 2) และ 3) ตามที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเห็นสมควรเป็นกรรมการ

5) ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น ที่มีผู้บริหารท้องถิ่นแต่งตั้งเป็นเลขานุการ

คณะกรรมการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าและคัดเลือกผู้จำหน่ายสินค้า มีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นในการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าและคัดเลือกผู้จำหน่ายสินค้า ดังนี้

(1) กำหนดวิธีการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผัน เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อย ดังต่อไปนี้

(ก) กำหนดเขตพื้นที่ผ่อนผัน โดยจัดให้มีรูปผังบริเวณพื้นที่ผ่อนผันให้ชัดเจน และปิดประกาศให้ทราบทั่วกัน

(ข) กำหนดความกว้าง ความยาวของช่องทางคนเดินและยานพาหนะ เพื่อความสะดวกและไม่กระทบต่อสิทธิการใช้ที่สาธารณะของประชาชน

(ค) กำหนดเครื่องหมายแสดงอาณาเขตและหมายเลขพื้นที่จำหน่ายสินค้าแต่ละรายรวมทั้งช่องทางคนเดินให้ชัดเจน

(2) กำหนดข้อห้ามผู้จำหน่ายสินค้า ดังต่อไปนี้

(ก) วางสินค้า อุปกรณ์เครื่องมือหรือสิ่งของ นอกเขตพื้นที่ที่วางจำหน่ายสินค้าของตน

(ข) กระทำการใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน

(ค) การกระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินสาธารณะ เช่น การตอกตะปูหรือตัดต้นไม้

(ง) ก่อสร้าง ตั้งแผง หรือจัดอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสินค้าในลักษณะถาวร

(3) กำหนดข้อพึงปฏิบัติของผู้จำหน่ายสินค้า ดังต่อไปนี้

(ก) ต้องรักษาความสะอาด จัดหาภาชนะรองรับขยะ

(ข) ปฏิบัติตามหลักสุขอนามัยเพื่อประชาชนผู้บริโภค

(ค) เมื่อเลิกจำหน่ายสินค้าหรือสิ้นสุดระยะเวลาการจำหน่ายสินค้าในแต่ละวัน ผู้จำหน่ายสินค้าต้องจัดเก็บสินค้า อุปกรณ์เครื่องมือ หรือสิ่งของต่างๆ และนำออกนอกเขตพื้นที่ผ่อนผัน

(4) กำหนดหลักเกณฑ์การเพิกถอนหนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าของผู้จำหน่ายสินค้าที่ฝ่าฝืนข้อห้ามหรือไม่ปฏิบัติตามข้อพึงปฏิบัติตามระเบียบนี้

(5) กำหนดวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับการคัดเลือกผู้จำหน่ายสินค้า ได้แก่ คุณสมบัติของผู้จำหน่ายสินค้า การประชาสัมพันธ์ การประกาศรับสมัคร การคัดเลือกซึ่งอาจทำโดยการจับฉลาก การประกาศรายชื่อ การจัดทำทะเบียนประวัติและบัตรประจำตัวผู้จำหน่ายสินค้า

(6) กำหนดวิธีการดำเนินการอื่นๆ ตามที่เห็นสมควร

2.3.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาที่สาธารณะเป็นพื้นที่ผ่อนผัน

1) ให้พิจารณาที่สาธารณะที่ได้มีการประกาศเป็นพื้นที่ผ่อนผันแล้ว และยังไม่ประกาศเป็นพื้นที่ผ่อนผันเพื่อทบทวนการกำหนดพื้นที่ผ่อนผัน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์

2) การกำหนดพื้นที่ผ่อนผันควรพิจารณาพื้นที่ที่มีการจำหน่ายสินค้าอยู่เดิม และหากมีความจำเป็นและเหมาะสมอาจกำหนดพื้นที่ผ่อนผันเพิ่มขึ้น โดยคำนึงถึงจำนวนผู้จำหน่ายสินค้า ความสะดวกของผู้ซื้อและผู้จำหน่ายสินค้า พื้นที่ผ่อนผันมีบริเวณกว้างขวางเพียงพอ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ที่สาธารณะในการสัญจร และคำนึงถึงความปลอดภัยของประชาชน ตลอดจนไม่เป็นอุปสรรคต่อการทำงานสะอาดและการป้องกันอันตรายจากอัคคีภัย

3) ที่สาธารณะที่ไม่สมควรกำหนดเป็นพื้นที่ผ่อนผัน ได้แก่ พื้นที่และบริเวณพื้นที่ดังนี้

(ก) ป้ายรถประจำทางและศาลาที่พักผู้โดยสาร

(ข) สะพานลอยคนข้ามถนน ทางขึ้นทางลงบริเวณใต้สะพานลอย

(ค) ถนนสายหลักหรือถนนสายสำคัญที่ประชาชนใช้ในการสัญจรซึ่งมีผลกระทบ

ต่อการจราจร

(ง) สถานที่สำคัญหรือสถานที่ราชการ

(จ) โบราณสถานหรือสถานที่ทางประวัติศาสตร์

(ฉ) สถานที่ที่อาจเกิดอันตรายต่อประชาชน

(ช) สถานที่ที่มีผลกระทบต่อสภาพภูมิทัศน์ของเมืองหรือชุมชน

(ซ) สถานที่อื่นๆ ที่คณะกรรมการเห็นว่าไม่ควรกำหนดเป็นพื้นที่ผ่อนผัน

4) การกำหนดระยะเวลาที่จำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผันควรกำหนดคราวละไม่ต่ำกว่า 3 ปี เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้จำหน่ายสินค้า

5) การกำหนดวัน เวลาการจำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผันควรระบุให้ชัดเจนเกี่ยวกับระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดการผ่อนผันในแต่ละคราว และระยะเวลาการจำหน่ายสินค้า วันใด เวลาใด รวมทั้งจัดทำแผนที่แสดงอาณาเขตพื้นที่ผ่อนผัน และระบุวันเวลาลงในพื้นที่ให้ชัดเจน

2.3.2 หลักเกณฑ์การกำหนดมาตรการ วิธีการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้า ในพื้นที่ผ่อนผัน

1) กำหนดขอบเขตพื้นที่ผ่อนผัน โดยจัดให้มีรูปผังบริเวณพื้นที่ผ่อนผัน และบริเวณที่
สาธารณะต่อเนื่องกับพื้นที่ผ่อนผัน ให้ชัดเจนและปิดประกาศให้ทราบทั่วกัน

2) กำหนดความกว้าง ความยาวของช่องทางคนเดินและยานพาหนะ ให้เกิดความ
สะดวก และไม่กระทบต่อสิทธิการใช้ที่สาธารณะของประชาชน

3) ให้มีการจัดทำเครื่องหมายแสดงอาณาเขตและหมายเลขพื้นที่จำหน่ายสินค้าแต่ละ
ราย รวมทั้งช่องทางเดินให้เห็นชัดเจน

4) กำหนดข้อห้ามผู้จำหน่ายสินค้า กระทำดังนี้

(ก) วางสินค้า อุปกรณ์เครื่องมือ หรือสิ่งของนอกเขตพื้นที่ที่วางจำหน่ายสินค้า
ของตน

(ข) การกระทำใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน

(ค) กระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินสาธารณะเช่น การ
ตอกตะปูหรือตัดต้นไม้

(ง) การก่อสร้าง ตั้งแผง หรือจัดอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสินค้าใน
ลักษณะถาวร

(จ) กระทำการอื่นใดตามที่คณะกรรมการกำหนด

5) กำหนดให้ผู้จำหน่ายสินค้าพึงจะต้องปฏิบัติ ดังนี้

(ก) จะต้องรักษาความสะอาด จัดหาภาชนะรองรับขยะในขณะจำหน่ายสินค้า

(ข) ปฏิบัติตามหลักสุขภาพอนามัยเพื่อประชาชนผู้บริโภค

(ค) จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติรักษาความ
สะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข
พ.ศ.2535 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสินค้า

(ง) เมื่อเลิกจำหน่ายสินค้าหรือสิ้นสุดระยะเวลาการจำหน่ายสินค้าในแต่ละวัน
ผู้จำหน่ายสินค้าจะต้องจัดเก็บสินค้า อุปกรณ์เครื่องมือ หรือสิ่งของต่างๆ และนำออกนอกพื้นที่
ผ่อนผัน

(จ) ข้อปฏิบัติอื่นๆ ตามที่คณะกรรมการเห็นควรกำหนด

6) ผู้จำหน่ายสินค้าที่ฝ่าฝืน 4) และ ไม่ปฏิบัติตาม 5) ให้คณะกรรมการกำหนด
หลักเกณฑ์การตักเตือน และสั่งพักการจำหน่ายสินค้าโดยกำหนดระยะเวลา

2.4 คุณสมบัติของสินทรัพย์ที่นำมาแปลงเป็นทุน

สินทรัพย์ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยปกติจะเป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีหลักประกันที่จับต้องได้และเป็นรูปธรรม หรือมีหลักประกันแต่เป็นหลักประกันที่มีความน่าเชื่อถืออยู่ในระดับต่ำ ซึ่งหมายถึงหลักประกันที่มีความเสี่ยงสูง และบางกรณียังเป็นหลักประกันที่ไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย เช่น หนังสือแสดงสิทธิของสำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) ที่สามารถนำไปเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินจากธนาคารได้ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน แต่ในทางกฎหมายหนังสือแสดงสิทธิดังกล่าว ไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย สำหรับสินทรัพย์ประเภทหนังสืออนุญาตให้ใช้ที่สาธารณะโดยสภาพจะไม่มีมูลค่าในตัวเอง แต่หน่วยงานที่รับผิดชอบโครงการ ได้แก่ สำนักงานการบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น กรุงเทพมหานคร เทศบาล และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบต่างๆ ร่วมกับธนาคารที่เข้าร่วมโครงการ ได้แก่ ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) และธนาคารออมสิน จะมีข้อตกลงร่วมกันในแนวทางการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์สำหรับสินทรัพย์ประเภทหนังสืออนุญาตให้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะที่สามารถนำมาเข้าโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนได้ หากอยู่ในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น จะเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ และคุณสมบัติของผู้มีสิทธิ์และสินทรัพย์ที่จะนำมาแปลงเป็นทุนตามข้อตกลงที่ทำร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่รับผิดชอบ กรณีการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะในเขตเทศบาล เทศบาลจะมีการประกาศเขตพื้นที่ผ่อนผัน วัน เวลาการจำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผัน โดยประกาศให้ประชาชนทราบโดยเปิดเผย และประกาศรับสมัครผู้จำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผันที่จะเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน โดยอย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติดังนี้

- 1) เป็นผู้ประกอบการค้าขายรายย่อยที่ได้รับหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะของเทศบาล
- 2) เป็นผู้ที่เทศบาลได้ขึ้นทะเบียนไว้ และต้องจำหน่ายสินค้าอยู่จริงในบริเวณที่เทศบาลกำหนด
- 3) มีภูมิลำเนาที่สามารถติดต่อได้โดยสะดวก
- 4) เป็นผู้บรรลุนิติภาวะ มีสัญชาติไทย มีความซื่อสัตย์สุจริต
- 5) ไม่เป็นผู้ไร้ความสามารถ บุคคลวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
- 6) ไม่เป็นบุคคลล้มละลายหรือเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

นอกจากคุณสมบัติเบื้องต้นดังกล่าวแล้ว แต่ละเทศบาลอาจกำหนดคุณสมบัติเพิ่มเติมได้ตามความเหมาะสม

การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการที่จะเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในเบื้องต้น เพื่อเทศบาลจะได้พิจารณาออกหนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ เพื่อรวบรวมให้ธนาคารอมสิน พิจารณาการให้กู้ยืม หรือให้สินเชื่อและประเมินมูลค่าของสิทธิตามหนังสือรับรองให้จำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ โดยจะมีการวิเคราะห์จากความสามารถในการหารายได้ ทั้งในอดีต ปัจจุบันและอนาคต ของกิจการที่รับสิทธินั้นว่าจะสามารถให้สินเชื่อกับผู้ประกอบการแต่ละรายในจำนวนเท่าใด ให้ผู้ประกอบการได้นำเงินไปลงทุนในกิจการได้อย่างเหมาะสม และไม่ให้เกิดปัญหาในการชำระหนี้

จะเห็นได้ว่า คุณสมบัติของสินทรัพย์ที่จะนำมาแปลงเป็นทุน ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ไม่มีหลักประกันที่เป็นรูปธรรมที่จะบังคับชำระหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ แต่จะพิจารณาคุณสมบัติของผู้ประกอบการ หนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะที่เทศบาลออกให้ ประกอบกับการประเมินมูลค่าในกิจการที่ดำเนินการอยู่ ควบคู่กันไป โดยคุณสมบัติที่สำคัญที่สุดของสินทรัพย์ที่จะนำมาแปลงเป็นทุน ได้แก่ หนังสือรับรองการจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ ซึ่งตามกฎหมายไม่สามารถที่บังคับชำระหนี้ได้หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ดังนั้น เมื่อมีการพิจารณาอนุมัติให้สินเชื่อไปแล้ว จึงเป็นหน้าที่ของธนาคารและเทศบาลในการประสานงาน อบรมให้ความรู้กับผู้ประกอบการในการประกอบอาชีพ การเพิ่มคุณภาพของสินค้า และการสร้างอาชีพเสริม เพื่อความมั่นคงในการประกอบอาชีพ เพื่อจะได้มีรายได้เพิ่มขึ้น ให้เป็นไปตามเป้าหมายของนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน

3. เปรียบเทียบการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนกับการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

การแปลงสินทรัพย์เป็นทุนของประเทศไทย หากเปรียบเทียบกับหลักการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ซึ่งมีต้นกำเนิดในประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าองค์กรในการกำกับดูแลและแนวทางในการดำเนินการมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นในประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส หรือในประเทศไทย ที่มีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ โดยพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ.2540 ซึ่งในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ผู้ที่มีสิทธิเสนอโครงการเพื่อดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ จะต้องเป็น ธนาคารพาณิชย์ บริษัทหลักทรัพย์ หรือบริษัทเงินทุน ฯลฯ ซึ่งประกอบธุรกิจทางการเงิน การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เป็นการประกอบธุรกิจของภาคเอกชนซึ่งมีคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เป็นองค์กรกำกับดูแล มีลักษณะเป็นองค์กรอิสระอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของภาครัฐ สำหรับสินทรัพย์ที่จะนำมา

แปลงเป็นหลักทรัพย์จะประกอบด้วย สินเชื่อที่อยู่อาศัยที่เป็นตราสารที่ออกใช้โดยใช้สินเชื่อจากการจำนองอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันการชำระหนี้ สินเชื่อการเช่าซื้อรถยนต์ เป็นตราสารที่ออกโดยใช้สินเชื่อการเช่าซื้อรถยนต์เป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันการชำระหนี้ สินเชื่อลูกหนี้บัตรเครดิต เป็นตราสารที่ออกโดยนำเอาสินเชื่อบัตรเครดิตแต่ละรายมารวมกันเป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันการชำระหนี้ สินเชื่อลูกหนี้การเช่าแบบลิสซิ่ง เป็นตราสารที่ออกโดยการนำเอาลูกหนี้การเช่าแบบลิสซิ่งแต่ละรายมารวมกันเป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันการชำระหนี้ และสินเชื่อประเภทอื่นๆ เช่นสินเชื่อเพื่อการก่อสร้างสาธารณูปโภค เป็นตราสารที่ออกโดยนำเอาสินเชื่อประเภทต่างๆ มารวมกันเป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันการชำระหนี้ ซึ่งเป็นการเพิ่มโอกาสที่จะกระจายบุคคลที่เกี่ยวข้อง ทั้งผู้ที่ยกทรัพย์สินค้ำประกันและผู้ลงทุน เป็นการจัดหาแหล่งเงินทุน และสามารถเพิ่มประสิทธิภาพของกระแสเงินสดจากผู้ลงทุนไปยังผู้กู้ยืม โดยมีการยึดถือหลักทรัพย์ค้ำประกัน เป็นหลักทรัพย์ที่มีสภาพคล่องน้อย แต่เมื่อนำมาแปลงให้เป็นตราสารแล้ว จะได้หลักทรัพย์ที่มีสภาพคล่อง ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็นการดำเนินการโดยองค์กรธุรกิจ ซึ่งมีประสบการณ์ในการดำเนินการและมีการกำกับดูแลอย่างใกล้ชิด โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่ต้องถือปฏิบัติหลายฉบับด้วยกัน เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนของการเช่าทรัพย์สินและซื้อขาย สิทธิการเช่า และการให้เช่า การโอนสิทธิการเช่า การโอนสิทธิเรียกร้อง การรับช่วงสิทธิ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ.2535 ในการควบคุมการดำเนินการของผู้ประกอบการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ซึ่งต้องเป็นนิติบุคคล พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ในฐานะองค์กรกำกับดูแลการประกอบธุรกิจดังกล่าว ประมวลรัษฎากร ในเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากรของผู้ที่เกี่ยวข้องในโครงการ เนื่องจากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เป็นการประกอบธุรกิจของภาคเอกชนภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ หรือ “Securitization” เป็นศัพท์ทางเทคนิคที่บัญญัติขึ้นใช้เรียกชื่อเฉพาะกระบวนการดังกล่าว จึงไม่ได้มีการแปลความหมายหรือบัญญัติคำดังกล่าวไว้ในพจนานุกรมหรือดิกชันนารี (Dictionary) ดังนั้นความหมายหรือคำจำกัดความจึงไม่ได้มีคำแปลหรือความหมายที่แน่นอนเหมือนคำอื่นๆ แต่จากการศึกษามีความเห็นที่สรุปได้ว่าการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ คือ กระบวนการที่สถาบันการเงินหรือองค์กรธุรกิจที่ต้องการระดมทุนนำเอาสิทธิเหนือการให้กู้ยืมเงิน รวมถึงกระแสรายได้จากการชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ยของลูกหนี้ ตลอดจนสินทรัพย์ที่ผู้กู้ยืมมาค้ำประกันการกู้ยืมมาแปลงสภาพเป็นหลักทรัพย์ ขายให้แก่นักลงทุนโดยตรง ทำให้สินทรัพย์ของธุรกิจนั้นมีสภาพคล่องขึ้น นักลงทุนผู้ซื้อตราสารนั้นจะได้ประโยชน์ในรูปอัตราดอกเบี้ยจากหลักทรัพย์ด้วย นอกจากนี้หลักทรัพย์หรือตราสารที่แปลงได้ดังกล่าว จะเป็นหลักทรัพย์ที่ซื้อขายเปลี่ยนมือได้ในตลาดทุนต่อไป ซึ่งหมายถึงการที่ตราสารมี

สภาพคล่องสูงกว่าสินทรัพย์เดิม หลักทรัพย์ที่ออกขายมีหลายประเภท เช่น หุ้นกู้ พันธบัตร หรือตัวเงินเป็นต้น (อัญญรัตน์ บัวจีบ, 2541, หน้า 55)

สำหรับการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในประเทศไทย พระราชกำหนดนิติบุคคล เฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ.2540 ได้ให้คำจำกัดความไว้ในมาตรา 3 ว่า “การรับโอนสินทรัพย์และการออกหลักทรัพย์จำหน่ายแก่ผู้ลงทุน โดยกำหนดให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหลักทรัพย์ ขึ้นอยู่กับกระแสรายรับที่เกิดขึ้นจากสินทรัพย์ที่รับโอนมา” สำหรับคำว่า สินทรัพย์ หมายความว่า “สิทธิเรียกร้องหรือสิทธิอื่นใดที่ก่อให้เกิดกระแสรายรับขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะรายรับนั้นจะมีความแน่นอนหรือไม่ก็ตาม เช่น สัญญาให้กู้ยืมที่อยู่อาศัย หรือสิทธิตามสัมปทาน สร้างถนนเก็บค่าผ่านทาง

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย ซึ่งบุคคลที่มีบทบาทหน้าที่อย่างสำคัญในกระบวนการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ คือ เจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้เดิมเป็นเจ้าของสินทรัพย์ที่นำมาใช้ในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ เมื่อเจ้าหนี้เดิมมีความจำเป็นเพื่อสร้างเสริมสภาพคล่องจึงต้องนำสินทรัพย์มาจำหน่ายเพื่อให้มีเงินสดมาใช้หมุนเวียนในธุรกิจได้อีก นิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicles: SPVs) หรือผู้ออกตราสาร เป็นพาหะทางการเงินที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นผู้รับโอนสินทรัพย์จากเจ้าหนี้เดิม ผู้รับประกันความเสี่ยง (Credit Enhancers) ซึ่งจะเข้ามามีบทบาททำให้การเปลี่ยนแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มีความน่าเชื่อถือมากขึ้นโดยจะเข้ามารับประกันความเสี่ยง หรือให้ประกันความเสี่ยงในกรณีที่ลูกหนี้ในสินทรัพย์ที่เป็นเจ้าหนี้เดิมโอนให้ นิติบุคคลเฉพาะกิจไม่ยอมชำระหนี้ ผู้ให้บริการ (Servicer) คือบุคคลที่ดูแลสินทรัพย์ เรียกเก็บกระแสรายรับและทำให้กระแสรายรับมีการแจกจ่ายไปยังผู้ลงทุนในตราสารของนิติบุคคลเฉพาะกิจ และบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม สถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือ คือ บุคคลที่จัดอันดับตราสาร โดยอาศัยคุณภาพทางเครดิตของสินทรัพย์และองค์ประกอบเรื่อง โครงสร้างทางการเงิน ผู้ลงทุน (Investors) คือบุคคลที่ลงทุนในตราสารของนิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งอาจเป็นผู้ลงทุนที่เป็นสถาบัน หรือผู้ลงทุนรายย่อยทั่วไป นอกจากนี้ยังมีบุคคลอื่นๆ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนทำให้เกิดการแปลงสินทรัพย์ ประสบผลสำเร็จ หรือมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น ผู้จัดหาสภาพคล่อง (Liquidity Provider) ผู้ประกันการจำหน่ายตราสาร (Underwriter) ทรัสต์ และที่ปรึกษาทางการเงิน (Financial Advisor)

ส่วนการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนที่เริ่มดำเนินการในประเทศไทยเมื่อปี พ.ศ.2546 โดยนโยบายของรัฐบาลและมติคณะรัฐมนตรี เริ่มตั้งแต่การวางระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน พ.ศ.2546 และต่อมาได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) พ.ศ.2546 ซึ่งเป็นการจัดตั้งองค์การมหาชนตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 เพื่อให้มีสำนักงานบริหารการแปลง

สินทรัพย์เป็นทุน เป็นองค์การในการนำนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนไปสู่ภาคปฏิบัติ โดยให้มีคณะกรรมการสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ทำหน้าที่กำหนดนโยบาย กำกับดูแล การดำเนินกิจการของสำนักงานให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และสอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะรัฐมนตรีกำหนดเกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ซึ่งในการดำเนินการตามนโยบายแปลงสินทรัพย์เป็นทุนดังกล่าว เป็นการดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ประชาชนที่ประกอบอาชีพต่างๆ ได้เข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่าย จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ และมีข้อตกลงร่วมกันระหว่างสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ส่วนราชการ และสถาบันการเงินร่วมกันกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนในระบบอย่างทั่วถึง ซึ่งการที่มีวัตถุประสงค์ดังกล่าว จึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าร่วมโครงการที่ไม่มีข้อจำกัดมากนัก เพื่อให้ประชาชนหรือผู้ประกอบการสามารถเข้าร่วมโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนได้ โดยเฉพาะโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนประเภทการให้สินเชื่อผู้ประกอบการที่จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะของเทศบาล ประชาชนที่จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะสามารถนำหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่เทศบาลออกให้ มาเป็นหลักประกันการขอกู้เงินจากธนาคารที่เข้าร่วมโครงการ คือ ธนาคารออมสินได้

สำหรับความหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานบริหารการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน (องค์การมหาชน) พ.ศ.2546 หมายความว่า “การบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐและเอกชนเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดหรือมีมูลค่าเพิ่มทางเศรษฐกิจอันจะเป็นการสร้างโอกาสแก่ประชาชนให้เข้าถึงแหล่งเงินทุนในระบบ สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวมาแปลงให้เป็นทุน เพื่อก่อให้เกิดกระบวนการสร้างงาน สร้างรายได้ รวมทั้งกระตุ้นให้เกิดการสร้างผู้ประกอบการรายใหม่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายหลักในการสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ”

การแปลงสินทรัพย์เป็นทุน กรณีการให้สินเชื่อผู้ประกอบการที่จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะของเทศบาล มีการดำเนินการโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะให้ผู้ประกอบการที่จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะได้มีโอกาสเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้อย่างทั่วถึงเพื่อจะได้มีเงินทุนในการประกอบอาชีพ พัฒนารายได้ นอกจากกลุ่มผู้ประกอบการที่จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะที่มีการประกาศเป็นพื้นที่ผ่อนผันอยู่แล้ว กระทรวงมหาดไทยยังมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดพื้นที่ผ่อนผัน ที่เทศบาลสามารถกำหนดพื้นที่ผ่อนผันเพิ่มเติมเพื่อนำมาจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะในโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ซึ่งการดำเนินการที่มีเป้าหมายในการให้สินเชื่อผู้ประกอบการเป็นหลัก สำหรับปัญหาในการชำระหนี้ การบังคับชำระหนี้ถูกจัดให้เป็นลำดับรองลงมา จึงทำให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะที่อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ กรณีที่ผู้ประกอบการไม่ชำระหนี้

ดังกรณีที่กำหนดให้ เทศบาลอาจพิจารณายกเลิกสิทธิในการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะของผู้ประกอบการเดิมและจัดผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาดำเนินการแทน แต่มีเงื่อนไขให้ผู้ประกอบการรายใหม่ต้องเข้าชำระหนี้ของผู้ประกอบการรายเดิม ซึ่งเป็นการไม่เป็นธรรมกับผู้ประกอบการรายใหม่ และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ และการชำระหนี้ เนื่องจากผู้ประกอบการรายเดิมที่ไม่ชำระหนี้ ไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ที่ตนเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น แต่หนี้ดังกล่าวไปตกแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้ามาเป็นผู้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะแทนคนเดิม โดยที่ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ได้มีส่วนในการก่อให้หนี้ดังกล่าว

4. เปรียบเทียบนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การแปลงสินทรัพย์เป็นทุนตามนโยบายของรัฐบาล มุ่งเน้นในการแก้ไขปัญหาความยากจนของประชาชน โดยกำหนดหลักเกณฑ์ให้ประชาชนผู้มีรายได้น้อยสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนในระบบได้อย่างทั่วถึง โดยให้บริการจัดการทรัพย์สินภาครัฐ รวมถึงทรัพย์สินของเอกชนบางประเภทให้สามารถแปลงสินทรัพย์นั้นๆ ก่อให้เกิดเป็นทุน เกิดประโยชน์สูงสุด หรือเกิดมูลค่าเพิ่มทางเศรษฐกิจ เพื่อให้เกิดกระบวนการสร้างงานสร้างรายได้ แต่เนื่องจากโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเป็น โครงการที่เกิดขึ้นโดยนโยบายของรัฐบาล ที่มุ่งเน้นที่จะเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงแหล่งเงินทุน ได้อย่างกว้างขวางขึ้น แต่สินทรัพย์ที่นำมาแปลงเป็นทุนในโครงการดังกล่าว ส่วนใหญ่เป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีมูลค่าตามกฎหมาย แต่มีการอนุโลมให้นำหนังสือรับรองการทำประโยชน์ของหน่วยงานที่รับผิดชอบมาประกอบการพิจารณา ให้สินเชื่อของสถาบันการเงินที่เข้าร่วมโครงการ ซึ่งในหลักการดังกล่าวอาจเกิดความเสี่ยงในการให้สินเชื่อดังกล่าว และอาจส่งผลกระทบต่อถึงโครงการฯ งานวิจัยนี้จึงขอเสนอเปรียบเทียบนโยบายการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนประเภทหนังสืออนุญาต ให้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ กับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งขอเสนอเปรียบเทียบ ดังนี้

4.1 การกู้ยืมเงิน

การกู้ยืมเงินเป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การกู้ยืมเงินได้เริ่มมีมาตั้งแต่สมัยโบราณเดิมเป็นการกู้ยืมสิ่งของ เครื่องใช้ เพื่ออุปโภค บริโภค เช่น ยืมวัวควาย เพื่อใช้งาน ยืมพืชผลเพื่อบริโภค ต่อมาเมื่อมนุษย์รู้จักใช้วัตถุกลางในการแลกเปลี่ยนเป็นเงินมนุษย์จึงใช้เงินแลกเปลี่ยนสิ่งที่ต้องการ ดังนั้น จึงมีการยืมเงินแทนการยืมวัตถุสิ่งของ ในขั้นแรก

เป็นการกู้ยืมเงินกันในระหว่างเอกชน ต่อมาเมื่อการค้าขายวงกว้างขึ้น ทำให้ระบบเศรษฐกิจเจริญก้าวหน้า มีการตั้งสถาบันการเงินอันได้แก่ธนาคาร ธนาคารได้ตั้งขึ้นในราวศตวรรษที่ 12 หลังจากฟื้นฟูยุคมืด การธนาคารในยุโรปฟื้นตัวขึ้น เมื่อสังคมมีระเบียบเรียบร้อย การค้าและการพาณิชย์ก็เจริญ แพร่หลายขึ้นจึงมีการกู้ยืมเงินจากธนาคารมากขึ้น ธนาคารในสมัยนั้นเฟื่องฟูผู้ดำเนินกิจการธนาคารในยุคนั้นส่วนมากเป็นพวกยิว เพราะพระในสมัยนั้นรังเกียจการให้กู้ยืมเงิน โดยคิดดอกเบี้ย พวกยิวมีความชำนาญทางการเงินรู้จักใช้ตัวแลกเงิน ให้พวกขุนนางและประชาชนกู้เงินโดยมีที่ดิน เพชร พลอย และของมีค่าอื่นๆ เป็นประกัน และคิดดอกเบี้ยแพง บางทีร้อยละ 20 ถึงร้อยละ 30 เมื่อพวกกษัตริย์และขุนนางคิดหนี้สินรุงรังจนไม่มีเงินชำระคืนก็สะบัดหนี้ให้อ่านาจขับไล่พวกยิวออกนอกประเทศ หลังจากพวกยิวถูกขับไล่ออกจากอังกฤษแล้ว ชาวลอมพาดจากฟลอเรนซ์ เวนิส และเจนัว ก็เข้าไปทำกิจการธนาคารแทนมากขึ้น ราวๆ ศตวรรษที่ 14 มีการให้กู้เงินโดยคิดอัตราดอกเบี้ยและชำระเงินโดยการใช้ตัวแลกเงินใน ค.ศ.1546 กฎหมายอนุญาตให้คิดดอกเบี้ยได้ร้อยละ 10 แต่อัตรานี้ได้เปลี่ยนแปลงเรื่อยมาจนลดลงเหลือร้อยละ 5 ในค.ศ. 1714

4.1.1 ความหมายของการกู้ยืมเงิน

การกู้ยืมเงินในความเข้าใจของคนทั่วไปเข้าใจว่า การกู้ยืมเงินคือ การยืมเงินมาจากผู้อื่น โดยให้ดอกเบี้ยเป็นสิ่งแลกเปลี่ยน ซึ่งอาจจะทำหลักฐานการกู้ยืมเงินกันไว้ หรือบางรายมิได้ทำหลักฐานการกู้ยืมเนื่องจากเชื่อใจกัน การกู้ยืมเงินกันโดยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ถ้าเงินจำนวนไม่มากนักก็ไม่มีปัญหาใด หากเงินที่ให้กู้ยืมมีจำนวนมากเกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนดให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ การไม่ได้ทำหลักฐานเป็นหนังสืออาจเป็นมูลเหตุให้เกิดกรณีพิพาทในเรื่องการไม่ชำระหนี้เงินที่กู้ยืมได้

การกู้ยืมเงินอาจมีหลักประกันหรือไม่ก็ได้สุดแล้วแต่ผู้ให้กู้ยืมกับผู้กู้ยืมตกลงกัน หากมีทรัพย์สิน เช่น เครื่องประดับมาเป็นประกัน โดยจดทะเบียนจำนองที่ดินเป็นหลักประกันก็เป็นการกู้ยืมเงินที่มีการจำนองเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย หรือการกู้ยืมเงินโดยให้บุคคลค้ำประกันโดยบุคคลนั้นทำสัญญาค้ำประกันให้ผู้ให้กู้ยืม เรียกว่าการกู้ยืมเงิน โดยมีบุคคลค้ำประกัน ซึ่งการกู้ยืมเงินดังกล่าวข้างต้นมีสัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาประธาน และมีการจำนำ จำนอง และการค้ำประกัน ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาอันเป็นสัญญาอุปกรณ์เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งต้องนำหลักกฎหมายในสัญญานั้นๆ มาใช้บังคับกับคู่กรณีด้วย

4.1.2 การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินต่างๆ

การกู้ยืมเงินนอกจากจะกู้ยืมจากเอกชนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาแล้ว ยังมีการกู้ยืมเงินจากสถาบันที่ดำเนินกิจการให้กู้ยืมเงินโดยเฉพาะ ได้แก่ การกู้ยืมเงินจากโรงรับจำนำ การกู้ยืมจาก

ธนาคารพาณิชย์ที่ตั้งขึ้นด้วยอำนาจแห่งกฎหมาย การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินอื่น เช่น ทรัสต์ บริษัทเงินทุนหรือหลักทรัพย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ เป็นต้น และต่อไปนี้จะได้กล่าวถึงการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินที่สำคัญๆ ดังนี้

1) โรงรับจำนำ (Pawn Shop)

โรงรับจำนำเป็นแหล่งเงินกู้ที่คนมีรายได้น้อยสามารถใช้บริการได้ จนได้ชื่อว่า เป็นธนาคารของคนยาก การกู้ยืมเงินจากโรงรับจำนำ ผู้กู้ต้องมีทรัพย์สินเป็นหลักประกันการกู้ยืม คือ ทรัพย์สินที่จำนำนั่นเอง อาจเป็นเครื่องประดับ เครื่องใช้ซึ่งมีราคาไม่มากนัก ได้แก่ แหวน สร้อย พัดลม เตารีด ตู้เย็น วิทยุ โทรทัศน์ ฯลฯ โรงรับจำนำให้กู้ยืมในวงเงินสูงสุดไม่เกิน 100,000 บาท ปัจจุบันมีโรงรับจำนำ 3 ประเภท คือ

(1) โรงรับจำนำที่ดำเนินการโดยเอกชน เป็นโรงรับจำนำที่ตั้งขึ้นโดยเอกชน ซึ่งในปัจจุบันไม่มีการตั้งโรงรับจำนำประเภทนี้ขึ้นมาอีก นอกจากที่มีอยู่แล้วเนื่องจากในภายหลังได้มีการออกกฎหมายห้ามตั้งโรงรับจำนำโดยเอกชน

(2) สถานธนานุเคราะห์ เป็นโรงรับจำนำที่ดำเนินการโดยกรมประชาสงเคราะห์

(3) สถานธนานุบาล เป็นโรงรับจำนำที่ดำเนินการโดยเทศบาล การดำเนินกิจการให้กู้ยืมเงินโดยโรงรับจำนำนั้นมีกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นพิเศษ ได้แก่ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ.2505

2) ธนาคารพาณิชย์

การให้กู้ยืมเงินโดยธนาคารพาณิชย์ มี 3 รูปแบบ คือ

(1) การกู้ยืมเงิน (Loans)

(2) การเบิกเงินเกินบัญชี (Overdrafts)

(3) การซื้อลดตั๋ว (Discount)

สัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาชนิดหนึ่งต้องมีสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดตามลักษณะของนิติกรรมสัญญาโดยทั่วไป ได้แก่ ในเรื่องวัตถุประสงค์ ความสามารถของคู่สัญญา เช่น ในเรื่องวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาดังตัวอย่างใน ฎ. 703/2487 “ให้กู้เงินไปโดยผู้กู้บอกให้รู้ว่าจะเอาไปค้าฝิ่นนั้นสัญญาข่อมเป็นโมฆะ ผู้กู้ฟ้องเรียกเงินกู้ไม่ได้” เพราะสัญญากู้ยืมเงินเช่นนี้มีวัตถุประสงค์ผิดกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 สัญญาดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ สาระสำคัญของสัญญากู้ยืมเงินที่เห็นได้ชัด คือ เรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้อืมและเรื่องหลักฐานของสัญญากู้ยืมเงิน ซึ่งจะแยกกล่าวเป็น 3 หัวข้อดังนี้

ก. การส่งมอบทรัพย์สินที่กู้ยืม

สาระสำคัญประการหนึ่งในสัญญากู้ยืมเงิน คือการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ผู้กู้ยืม การกู้ยืมเงินเป็นสัญญาใช้สິงเปลือง ดังนั้นต้องนำบทบัญญัติในเรื่องใช้สິงเปลืองมาใช้บังคับ ด้วย ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 650 วรรค 2 ว่า “สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม” ทรัพย์สินที่ต้องส่งมอบในสัญญากู้ยืมเงินก็คือ เงิน เมื่อทำสัญญากู้ยืมเงินกันแล้ว ผู้ให้กู้ต้องส่งมอบเงินให้แก่ผู้กู้ สัญญากู้ยืมเงินจึงจะสมบูรณ์ ผู้ให้กู้จะส่งมอบสิ่งอื่นแทนเงินไม่ได้ เว้นแต่ผู้กู้จะตกลงยอมเช่นนั้น ซึ่งกรณีจะเป็นเรื่องที่ผู้กู้ยอมรับเอาสิ่งของหรือทรัพย์สินอย่างอื่นแทนจำนวนเงิน

ปกติเมื่อทำสัญญากู้ยืมเงินกัน ผู้ให้กู้จะต้องส่งมอบเงินให้แก่ผู้กู้ แต่มีบางกรณีที่ คู่กรณีเจตนาจะก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงิน แต่ไม่ได้มีการส่งมอบเงินแก่กัน เช่น ตามตัวอย่าง ใน ฎ. 1374/2505 ความว่า “โจทก์จำเลยคดีบัญชีหนี้เดิมกันแล้วจำเลยทำสัญญากู้เงินให้โจทก์ไว้ แทนการจ่ายเงินที่เป็นหนี้กัน เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการส่งมอบเงินที่กู้ยืมกันเป็นการบริบูรณ์แล้ว” ซึ่งจะ เห็นได้ว่าไม่ได้มีการส่งมอบเงินให้แก่กันตามสัญญากู้เงินที่ได้ทำขึ้นจริงๆ เพียงแต่คู่สัญญามีเจตนา จะก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญากู้ยืมเท่านั้น สัญญากู้ยืมเงินกันเช่นนี้เป็นอันสมบูรณ์หรือตามตัวอย่างใน ฎ. 1557/2524 “ทำสัญญากู้เป็นประกันว่าถ้าบุตร โจทก์ก็ไม่ได้ไปทำงานยังต่างประเทศตามที่จำเลย ชักนำ จำเลยจะคืนเงินที่โจทก์เสียไปแก่โจทก์ เมื่อบุตรไม่ได้ทำงานตามสัญญาจำเลยต้องคืนเงินแก่ โจทก์ เป็นเรื่องมีมูลหนี้ต่อกันตามสัญญาไม่จำต้องรับเงินไปตามสัญญา”

จากการวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ยกมาเป็นตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าในเรื่อง การส่งมอบเงินให้เงินผู้กู้ในสัญญากู้ยืมนั้น ไม่เป็นข้อกำหนดที่เคร่งครัด อาจมีการปฏิบัติกันอย่าง อื่นที่ทำให้สัญญากู้ยืมเงินสมบูรณ์โดยไม่ต้องส่งมอบเงินให้แก่กันดังกล่าวแล้วก็ได้

ส่วนในการกู้ยืมเงินกันโดยผู้ให้กู้ มอบเช็คให้แก่ผู้กู้ก็ถือว่าเป็นการมอบเงินให้แก่ ผู้กู้แล้ว เช่น ธนาคารมอบเช็คของธนาคาร (Cashier Order) ให้ผู้กู้และการกู้ยืมเงินในลักษณะอื่น เช่น การเบิกเงินเกินบัญชีไม่ต้องมีการส่งมอบตัวเงินให้แก่ผู้กู้โดยตรง โดยธนาคารเอาเงินเข้าบัญชี ให้คู่สัญญาก็ถือว่าเป็นสัญญาต่อกันแล้ว เช่น นายแดงทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคารขาว ธนาคารไม่จำเป็นต้องส่งมอบเงินให้แก่นายแดงโดยตรง เพียงแต่ให้วงเงินตามสัญญาในบัญชีกระแส รายวันของนายแดง เมื่อนายแดงเขียนเช็คสั่งจ่ายเงินจากบัญชีของตนในจำนวนที่อยู่ในวงเงินที่ตกลงกันตามสัญญา ธนาคารจะจ่ายเงินจำนวนนั้นให้แก่นายแดงทันที ดังนี้ถือว่าเป็นการส่งมอบเงิน ให้แก่นายแดงแล้วเช่นกัน

ข. หลักฐานในการกู้ยืมเงิน

สาระสำคัญของสัญญากู้ยืมเงินอีกเรื่องหนึ่ง คือ หลักฐานในการกู้ยืมเงิน การกู้ยืม เงินนั้น กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในการกู้ยืมเงินกันทุกครั้งไป เพียงแต่

กฎหมายกำหนดจำนวนเงินขั้นต่ำไว้เป็นเกณฑ์ว่าหากมีการทำสัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าจำนวนที่กำหนด กฎหมายกำหนดให้ทำหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญเพื่อเป็นประโยชน์ในการฟ้องร้องบังคับคดีระหว่างคู่สัญญา เกณฑ์ขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดให้มีหลักฐานเป็นหนังสือได้กำหนดไว้ในมาตรา 653 ซึ่งบัญญัติว่า “การกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ไม่ ฯลฯ” ซึ่งหมายความว่า หากมีการทำสัญญากู้ยืมเงินเกินจำนวนกว่าสองพันบาทขึ้นไปแล้ว ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ส่วนการกู้ยืมเงินเกินจำนวนสองพันบาท หรือต่ำกว่าสองพันบาท ผู้ให้กู้ยืมไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ฟ้องร้องบังคับกันได้ โดยนำพยานบุคคลมาสืบ ดังนั้นการกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทถ้าผู้ให้ยืมไม่มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมดังกล่าวมาแสดง ผู้ให้กู้ยืมจะทำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลว่าผู้กู้ไม่ชำระหนี้ที่กู้ยืม โดยนำสืบพยานบุคคลแทนยอมทำไม่ได้

หลักฐานการกู้ยืมเงินที่เป็นหนังสือดังกล่าวต้องมีลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญ ซึ่งลายมือชื่อนี้มิได้กำหนดเคร่งครัดว่าจะต้องเป็นลายมือชื่อของผู้กู้เท่านั้น ผู้กู้อาจจะทำเครื่องหมายแกงไคลายพิมพ์นิ้วมือ หรือใช้ตราประทับแทน ลงลายมือชื่อ ซึ่งการกระทำดังกล่าวก็ถือว่ามีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

แต่ในเรื่องการพิมพ์ลายนิ้วมือ แกงไคหรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นนี้ว่านี้ ย่อมนำไปใช้ในเรื่องสัญญากู้เงินประเภทเบิกเงินเกินบัญชีไม่ได้ เพราะในการปฏิบัติตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีต้องมีสัญญาบัญชีเงินสะพัดควบคู่กันไป การส่งจ่ายเงินต้องใช้เช็ค ซึ่งเป็นตัวเงินชนิดหนึ่งซึ่งกฎหมายได้บัญญัติห้ามในเรื่องการใช้เครื่องหมายอย่างอื่นแทนการลงลายมือชื่อ

หลักฐานเป็นหนังสือนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดรูปลักษณะว่าจะต้องทำในรูปสัญญากู้เงินเท่านั้น เพราะหลักฐานเป็นหนังสือไม่ใช่แบบของนิติกรรมเรื่องแบบกำหนดไว้เป็นองค์สมบูรณ์แห่งนิติกรรม ถ้าไม่ทำตามการทำไปตกเป็นโมฆะเสียเปล่า จะให้สัตยาบันกันไม่ได้ การใดตกเป็นโมฆะย่อมจะมีการรับชำระหนี้แก่กันไม่ได้ เพราะโมฆะกรรมไม่ก่อให้เกิดหนี้ที่จะพึงรับชำระกันได้ ส่วนหลักฐานไม่ใช่องค์สมบูรณ์แห่งนิติกรรม นิติกรรมที่ขาดหลักฐานเป็นแต่ฟ้องร้องขอให้บังคับคดีไม่ได้ ไม่ใช่โมฆะหรือโมฆียะ หนี้ย่อมเกิดขึ้นได้แม้นิติกรรมสัญญานี้เป็นมูลนั้นจะขาดหลักฐาน เพราะฉะนั้นจึงอาจมีการชำระหนี้กันได้โดยสมบูรณ์

หลักฐานการกู้ยืมเงินจะมีลักษณะรูปร่างอย่างไรก็ได้ เพียงแต่มีลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญ มีข้อความแสดงว่าได้เป็นหนี้กันจริงก็ใช้ได้ ดังคำอธิบาย คำว่าหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือ ฎ. 439/2493 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 653 ที่ว่า “ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ” นั้นหาได้มี

ความหมายเคร่งครัดถึงกับว่าจะต้องมีถ้อยคำว่ากู้ยืมเป็นหลักฐานในเอกสารนั้นได้ เมื่อโจทก์ได้ทำหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งแสดงความเป็นหนี้สินลงลายมือชื่อลูกหนี้และสืบพยานหลักฐานประกอบอธิบายได้ว่า หนี้สินนั้นเป็นหนี้สินแห่งการกู้ยืม เอกสารนั้นก็ป็นหนังสืออันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมแล้ว

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653 หาได้มีความหมายเคร่งครัดถึงกับว่าจะต้องมีถ้อยคำว่ากู้ยืมเป็นหลักฐานในเอกสารนั้นไม่ เมื่อโจทก์มีหลักฐานเป็นหนังสือแสดงความเป็นหนี้ลงลายมือชื่อลูกหนี้แล้ว และสืบพยานประกอบอธิบายได้ว่า หนี้สินนั้นเป็นหนี้สินแห่งการกู้ยืมเอกสารนั้น ก็ป็นหนังสืออันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมแล้ว ไม่จำเป็นจะต้องถึงกับมีคำว่ากู้ยืมปรากฏอยู่ในเอกสารนั้นด้วย เป็นแต่เพียงมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบอันแสดงถึงการเป็นหนี้กันอยู่ก็พอแล้ว ซึ่งผู้อ้างเอกสารนั้นย่อมมีสิทธิที่จะขอสืบพยาน เพื่อแสดงว่าหนี้ตามเอกสารนั้นเป็นหนี้แห่งการกู้ยืม

หลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินนั้น ไม่จำเป็นต้องมีในขณะที่ทำสัญญากู้ยืมเงินกัน แม้ผู้กู้ทำไว้ในภายหลังมีลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญ ก็นำมาฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ คือให้มีหลักฐานแสดงต่อศาลได้ก็เป็นพอ ดังตัวอย่างใน ฎ. 28/2505 “ยืมเงินกัน โจทก์ให้เงินไปก่อน แต่ยังไม่ได้ทำสัญญากู้ภายหลังจึงทำหนังสือรับรองให้หนี้ให้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจริงอยู่ในกรณีนี้ในเวลาที่ยังไม่ได้มีการกู้ยืมกันนั้นคู่กรณีหาได้ทำหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินเป็นหนังสือกันไว้ไม่ ย่อมจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ไม่ แต่ในเวลาต่อมาถ้าได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบสำคัญเกิดขึ้นแล้วผู้ให้ยืมก็ย่อมฟ้องร้องให้บังคับคดีนั้นได้” ซึ่งอาจารย์ พจน์ ปุญญาคม ได้ให้ความเห็นในคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ว่า “เรื่องนี้มีการส่งมอบโดยตรงแล้ว เพราะมีหนี้กู้ยืมเกิดขึ้นแล้วแต่ยังไม่ฟ้องร้องไม่ได้ เพราะขาดหลักฐานเป็นหนังสือตามที่กฎหมายต้องการเมื่อมีหลักฐานเกิดขึ้นแล้วสิทธิฟ้องร้องก็มีขึ้น หนี้ที่มีอยู่แล้วเป็นหนี้สมบูรณ์แล้ว เพียงแต่ขาดหลักฐานเท่านั้น

ก. สัญญากู้ยืมเงินต้องปิดอากรแสตมป์

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้น ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือสัญญากู้ยืมกันเป็นกิจจะลักษณะอย่างชัดแจ้งเพียงแต่กฎหมายบัญญัติว่า หากมีการกู้ยืมเงินเกินกว่าสองพันบาทขึ้นไปต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญถึงจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวหลักฐานแห่งการกู้ยืมเหล่านั้น ไม่ต้องปิดอากรแสตมป์ก็ใช้เป็นหลักฐานฟ้องร้องกันได้ ตามกฎหมาย ซึ่งถ้าเป็นหลักฐานเป็นหนังสืออย่างอื่นก็ไม่ต้องปิดอากรแสตมป์ ก็ใช้ฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ถ้าทำในรูปสัญญากู้ยืมจึงต้องปิดอากรแสตมป์

ส่วนกรณีถ้าคู่สัญญากู้ยืมเงินกันไว้ ซึ่งในสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวมิข้อความโดยละเอียดชัดเจน และรัดกุม และส่วนใหญ่มีข้อความที่เป็นประโยชน์สำหรับผู้ให้กู้ยืมเงิน ซึ่งมี

รายละเอียดในเรื่องจำนวนเงินที่กู้ยืมกัน อัตราดอกเบี้ย กำหนดเวลาชำระคืน และบางกรณีสัญญา กู้ยืมจะมีข้อความสงวนสิทธิของผู้ให้กู้ยืมในการเปลี่ยนแปลงเรื่องอัตราดอกเบี้ย ซึ่งส่วนมากใน กรณีที่ผู้ให้กู้ยืมเป็นสถาบันการเงิน เช่น ธนาคาร เป็นต้น สัญญากู้ยืมเงินที่ทำขึ้นดังกล่าว กฎหมาย ได้บัญญัติให้ปิดอาคารแสดมปี อันเป็นค่าธรรมเนียมที่เป็นรายได้ของรัฐ หากสัญญากู้ยืมเงินฉบับใด ไม่ได้ปิดอาคารแสดมปีไว้ สัญญาฉบับนั้นก็ไม่สามารถนำมาเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องคดี หาได้ไม่ มิใช่ว่าสัญญาฉบับนั้นเสียไปใช้เป็นหลักฐานการกู้ยืมไม่ได้เพียงแต่ไม่สมบูรณ์ เท่านั้น หากมีการปิดอาคารแสดมปีให้ครบถ้วนและมีการชำระอาคารแสดมปีก่อนใช้เป็นหลักฐาน ในการอ้างอิงศาล สัญญาฉบับนั้นใช้ได้สมบูรณ์ตามกฎหมาย

ค่าใช้จ่ายในการทำสัญญากู้ยืมเงิน ได้แก่ อาคารแสดมปีปิดสัญญา ค่าจดทะเบียน จำนวน (กรณีที่มีที่ดินเป็นหลักประกัน) ค่าใช้จ่ายต่างๆ อันอาจมีขึ้น โดยปกติผู้กู้ยืมเป็นผู้เสีย เนื่องจากเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากสัญญาฉบับดังกล่าวมักจะตกลงในเรื่องนี้ให้ผู้กู้ยืมเป็นผู้เสีย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 651 “ค่าค่าธรรมเนียมในการทำสัญญาก็ดี ค่าส่งมอบและส่งคืนทรัพย์สินซึ่งยืมก็ดี ย่อมตกแก่ผู้ยืมเป็นผู้เสีย” อย่างไรก็ตามสัญญาจะตกลงกันอย่างไรก็ได้ ก็จะตกลงให้ผู้ให้กู้ยืมเป็นผู้เสียหาย หรือแบ่งกันเสียคนละครึ่งก็ได้ เพราะข้อตกลง ดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

สาระสำคัญของสัญญากู้ยืมเงิน ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้กู้ยืม และการกู้ยืม เงินเกินกว่าสองพันบาทต้องมีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้กู้ยืมเงินเป็น สำคัญ

4.2 หนี้และการชำระหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่ใช้ในปัจจุบันนี้มีได้ให้ความหมายของหนี้ไว้ แต่อย่างไรก็ตาม เราพอที่จะให้ความหมายของคำว่า หนี้ ได้โดยดูจากบทบัญญัติมาตรา 194 ซึ่ง บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ ด้วยการงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้”

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมาย พอจะสรุปได้ว่า หนี้ นั้น เป็นความเกี่ยวพันทาง กฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยลูกหนี้มีหน้าที่กระทำต่อเจ้าหนี้ การกระทำของลูกหนี้ก็คือ 1) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง 2) งดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง 3) การส่งมอบทรัพย์สิน

จะเห็นได้ว่า หนี้ นั้น เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นนิติสัมพันธ์ ระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้ และอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ลูกหนี้ คำว่านิติสัมพันธ์ก็มี

ความหมายอยู่ในตัวแล้วว่าต้องเป็นความผูกพันในทางกฎหมาย อันมิใช่ความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในมิติทางสังคม หรือความผูกพันในทางศีลธรรมในสังคมแต่อย่างใด คำว่า หนี้ ในกฎหมายนั้นมีความหมายกว้างกว่าหนี้ซึ่งคนทั่วไปเข้าใจกัน คือถ้าพูดถึงคำว่าหนี้แล้วก็คิดว่าเป็นกรณีหนี้เงินเท่านั้น แต่หนี้ในความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หมายความว่าครอบคลุมไม่เพียงเฉพาะหนี้เงิน แต่รวมไปถึงการกระทำการ การงดเว้นการกระทำการ และการส่งมอบทรัพย์สินด้วย

ความผูกพันทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่เรียกว่า เจ้าหนี้และลูกหนี้ นั้น บุคคลในที่นี้หมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย และความผูกพันทางกฎหมายนั้นจะต้องเป็นความผูกพันระหว่างบุคคลทั้ง 2 ฝ่าย เพราะบุคคลเท่านั้นที่จะสามารถมีสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ทางกฎหมาย เพราะฉะนั้น ความเกี่ยวพันกันระหว่างคนกับทรัพย์ ได้แก่ เรื่องทรัพย์สินสิทธิ เช่น คนเป็นเจ้าของบ้านก็ไม่ใช่เป็นเรื่องหนี้แต่อย่างใด หรือความเกี่ยวพันระหว่างคนกับรัฐในกฎหมายมหาชน เช่น ในทางอาญา ก็มีใช้หนี้แต่อย่างใด เพราะรัฐมิใช่นิติบุคคล แต่หากเป็นเรื่องของกระทรวง ทบวง กรมแล้ว เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับกระทรวง ทบวง กรมของรัฐในฐานะนิติบุคคลก็เป็นเรื่องหนี้ได้ เช่น ในกรณีภาษีอากร กรมสรรพากรยอมเป็นเจ้าหนี้คนที่ไม่ชำระภาษีตามหน้าที่ได้ หรือกระทรวง ทบวง กรม ในฐานะนิติบุคคล อาจเป็นลูกหนี้ของเอกชนก็ยอมเป็นได้

ความผูกพันในเรื่องหนี้ ต้องเกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย มิใช่ว่าเป็นความผูกพันระหว่างคน 2 คน ดังนั้น ฝ่ายเจ้าหนี้จะมีจำนวนเท่าใด หรือฝ่ายลูกหนี้จะมีจำนวนเท่าใดก็ได้ จำนวนบุคคลมิใช่สาระสำคัญในเรื่องหนี้ แต่ที่สำคัญก็คือ ต้องมีบุคคล 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้ และอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ลูกหนี้ บุคคลหลายคนอาจเป็นเจ้าหนี้ร่วมกัน หรือบุคคลหลายคนอาจเป็นลูกหนี้ร่วมกันในหนี้อันเดียวกันก็ได้ เช่น ก. กู้เงิน ข. 20,000 บาท ก. เป็นลูกหนี้ และ ข. เป็นเจ้าหนี้ สิทธิของเจ้าหนี้ก็คือ ข. มีสิทธิเรียกร้องให้ ก. ชำระหนี้เงินกู้ได้ และ ก. ลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระเงินกู้จำนวนดังกล่าวแก่ ข. แต่หากกรณีเป็นว่า ข. ค. ง. เป็นเจ้าหนี้ร่วมถือว่าทั้ง ข. ค. และ ง. เป็นเจ้าหนี้เงินกู้ ดังนั้น ข. ค. หรือ ง. บุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจเรียกให้ ก. ชำระหนี้เงินกู้ทั้งหมดโดยสิ้นเชิงก็ได้ จะเห็นได้ว่า หนี้นั้นมีอยู่เพียงอย่างเดียวคือหนี้เงินกู้เท่านั้น

อย่างไรก็ดี ความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ นั้น เป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 194 ว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้” หนึ่ง การชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้” จะเห็นได้ว่า กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และลูกหนี้ก็มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่บางกรณีต่างฝ่ายต่างก็เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ดังนั้น ต่างฝ่ายต่างก็มีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน เช่น ในกรณีสัญญาต่างตอบแทน ดังนี้ ในเรื่องหนี้ นั้น มิใช่ว่าจะมี

ความหมายเป็นแต่เพียงว่าต้องมีหน้าที่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ไม่ กรณีนี้ซึ่งเกิดจากสัญญาต่างตอบแทน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ในฐานะของเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่อกัน ส่วนในเรื่องหนี้ซึ่งเกิดจากสัญญาไม่ต่างตอบแทนนั้น ก็เป็นเรื่องซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้เท่านั้น

4.2.1 สิทธิบังคับชำระหนี้โดยทั่วไป

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่เจ้าหนี้หาอาจเข้าไปบังคับชำระหนี้เอาเองหาได้ไม่ จะต้องขอให้อำนาจรัฐเข้ามาช่วยเหลือ กล่าวคือต้องฟ้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยชำระหนี้ จึงมีปัญหว่าเจ้าหนี้จะขอบังคับชำระหนี้ได้อย่างไรบ้าง และศาลจะมีวิธีการบังคับให้จำเลยชำระหนี้ได้อย่างไรบ้าง ในกรณีที่หนี้เกิดจากละเมิดส่วนใหญ่ก็เป็นการขอให้จำเลยชำระค่าเสียหาย ไม่ค่อยมีปัญหาว่าเจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้ได้หรือไม่และศาลจะบังคับคดีอย่างไร เพราะถ้าจำเลยไม่ชำระค่าเสียหายศาลก็อาจให้เจ้าหนี้ที่ไปยึดทรัพย์ของจำเลยมาขายทอดตลาดชำระหนี้ให้โจทก์ แม้กรณีต้องคืนทรัพย์ศาลก็อาจให้เจ้าหนี้ไปยึดทรัพย์นั้นมา หรือกรณีของอสังหาริมทรัพย์ก็อาจบังคับให้จำเลยออกไปจากอสังหาริมทรัพย์นั้น ที่มีักจะเป็นปัญหายุ่งยากก็คือหนี้ที่เกิดจากสัญญาซึ่งเกิดขึ้นในรูปแบบต่างๆ นอกเหนือไปจากการชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์

ตามกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ เดิมถือว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา ตามคอมมอนลอว์คู่สัญญาจะฟ้องให้ปฏิบัติตามสัญญาหาได้ไม่ ต่อมาหลักอภิปฎิจึงมอบให้มีการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญากัน โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) แต่ถึงกระนั้นศาลที่จะบังคับให้เฉพาะในกรณีพิเศษที่เห็นว่า ถ้าพึงการให้ชดเชยค่าเสียหายเป็นการไม่เพียงพอ ทั้งจะบังคับให้ต่อเมื่อศาลเห็นสมควร อันเป็นดุลพินิจของศาล มิใช่สิทธิของคู่สัญญาโดยแท้ และศาลเห็นว่าจะเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตามก็มีสัญญาบางประเภทที่ศาลไม่บังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาโดยเฉพาะเจาะจง เพราะไม่อยู่ในวิสัยที่ศาลจะบังคับได้ เช่น สัญญาซึ่งลูกหนี้จะต้องปฏิบัติด้วยตนเอง เป็นต้น

สำหรับกฎหมายระบบซีวิลลอว์ซึ่งรวมถึงกฎหมายของประเทศไทยเราด้วย ถือว่าเมื่อบุคคลหนึ่งทำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่ง เขาย่อมหวังว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติตามสัญญา ผู้ซื้อก็หวังจะให้ผู้ขายโอนทรัพย์สินที่ขายให้ นายจ้างก็หวังจะให้ลูกจ้างทำงานให้ตามที่ตกลงกัน ผู้ที่ให้สัญญาว่าจะไม่ทำการค้าแข่งย่อมทำให้ผู้รับสัญญาคาดหวังว่าจะมีการงดเว้นตามสัญญา โดยหลักทั่วไปคู่สัญญาย่อมมีสิทธิบังคับให้ผู้ให้สัญญาปฏิบัติตามสัญญา ยกเว้นในกรณีที่ไม่มีอยู่ในวิสัยที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้โดยตรงไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน จึงจะมีการชำระค่าเสียหายแทนหรือเป็น

การเพิ่มเติม นอกจากนั้นในบางกรณีเจ้าหนี้อาจยินดีให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายยิ่งกว่าการชำระหนี้โดยตรง ซึ่งก็เป็นสิทธิที่เจ้าหนี้จะเลือกได้

โดยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194, 208 และ 320 อาจกล่าวได้ว่า โดยหลักทั่วไปเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับเช่นนั้นได้ เจ้าหนี้ก็จำเป็นต้องเรียกร้องค่าเสียหายแทน

โดยหลักทั่วไปเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญา ยกเว้นกรณีที่ไม่วางในวิสัยที่จะบังคับให้ จึงจะเรียกค่าสินไหมทดแทนนั้น เป็นการกล่าวตามสิทธิของเจ้าหนี้ตามกฎหมายซึ่งในทางปฏิบัติจะเป็นไปตามนั้น ในกรณีที่ผู้ซื้อประสงค์จะได้ทรัพย์สินที่ซื้อเป็นพิเศษ โดยที่ทรัพย์สินนั้นมีคุณสมบัติพิเศษหรือมีคุณค่าทางจิตใจของผู้ซื้อ ไม่สามารถหาทรัพย์สินชนิดเดียวกันมาทดแทนได้ในกรณีเช่นนี้ผู้ซื้ออาจประสงค์จะบังคับการชำระหนี้โดยตรงให้มีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นโดยเฉพาะเจาะจง เจ้าหนี้หาประสงค์จะได้ค่าสินไหมทดแทนไม่แต่ในกรณีอื่นๆ โดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขายสินค้า สัญญาว่าจ้างทำของ หรือสัญญาว่าจ้างแรงงาน เมื่อไม่มีการชำระหนี้ความสัมพันธ์ที่กระหว่างคู่สัญญาย่อมเสียไปแล้ว เจ้าหนี้อาจต้องการจะเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหาย ยิ่งกว่าฟ้องร้องบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาอีก การที่จะบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติในสิ่งที่เขาไม่เต็มใจย่อมไม่เกิดผลดีแก่เจ้าหนี้ แม้เจ้าหนี้ยังประสงค์จะได้รับการชำระหนี้ชนิดนั้นอยู่ก็อาจทำสัญญาใหม่กับผู้อื่นได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ไม่วางหาทรัพย์สินหรือบริการนั้นจากแหล่งอื่นได้อย่างแท้จริง ในทางปฏิบัติจึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ แม้เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ แต่เจ้าหนี้มักจะไม่ได้ใช้สิทธินี้ กลับไปเรียกค่าเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้แทน

4.2.2 วิธีต่างๆในการบังคับชำระหนี้

แม้ว่าลูกหนี้จะต้องชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ด้วยตัวเองเสมอไป ถ้าการชำระหนี้นั้นไม่ใช่เป็นการเฉพาะตัว อันได้แก่สัญญาที่เจ้าหนี้คำนึงถึงคุณสมบัติและความรู้ความสามารถของลูกหนี้เป็นพิเศษ เช่น กรณีจิตรกรรับจ้างวาดภาพคน หรือผู้ทำสัญญารับเข้าจัดการงานกิจการค้าหรือหนี้ซึ่งเป็นการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งมีลักษณะพิเศษไม่อาจใช้ทรัพย์สินอื่นแทนได้ เช่น กรณีซื้อขายวัตถุโบราณหรือวัตถุทางศิลปกรรม เป็นต้น ถ้าไม่ใช่เป็นหนี้เฉพาะตัว หรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งมีลักษณะพิเศษดังกล่าวในบางกรณีก็อาจให้บุคคลภายนอกชำระหนี้แทน โดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายได้ หรือถ้าเป็นการชำระหนี้ด้วยการทำนิติกรรมก็อาจให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ได้ แม้ในกรณีของหนี้ซึ่งเป็นการงดเว้นถ้าจะไม่อาจบังคับให้ลูกหนี้งดเว้นกระทำลงไปแล้ว โดย

ให้ลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนได้ ถ้าผลที่สุดไม่อาจบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมใดๆ ดังกล่าวมาแล้ว เจ้าหนี้ก็ย่อมต้องพอใจกับการเรียกค่าเสียหายอย่างเดียว ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 213

โดยสรุป เจ้าหนี้อาจขอบังคับชำระหนี้ได้ 5 วิธีด้วยกัน คือ

- (ก) การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง
- (ข) การให้บุคคลภายนอกชำระหนี้
- (ค) การถือเอาคำพิพากษาแทนเจตนาของลูกหนี้
- (ง) การให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายในการรื้อถอน
- (จ) การเรียกค่าเสียหาย

4.3 การแปลงหนี้ใหม่

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติอยู่ในมาตรา 349-351 ซึ่งแยกอธิบายสาระสำคัญได้ 3 ประการ คือ

- 1) ต้องมีสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องเพื่อเลิกหรือระงับหนี้เดิม โดยก่อนหนี้ใหม่ขึ้นมาแทน
- 2) ต้องมีเจตนาแปลงหนี้ใหม่
- 3) ต้องมีการเปลี่ยนสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้

ที่ว่าต้องมีสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องเพื่อเลิกหรือระงับหนี้เดิม โดยก่อนหนี้ใหม่ขึ้นมาแทนนั้น ปรากฏชัดในมาตรา 349 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่”

กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่ต้องเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นจึงต้องนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับด้วยทุกประการไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับเรื่องหลักการแสดงเจตนา คำเสนอ คำสนอง หรือในส่วนที่เกี่ยวกับความสามารถ ฯลฯ เป็นต้น

คำว่า “คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง” จะหมายถึงใครนั้นย่อมแล้วแต่ว่าการแปลงหนี้ใหม่นั้นเป็นการเปลี่ยนสาระสำคัญอย่างไร ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อที่ว่าด้วยการเปลี่ยนสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ สิ่งที่เป็นสาระสำคัญในหัวข้อนี้อีกประการหนึ่ง คือ ต้องเป็นการก่อนหนี้ใหม่ขึ้นมาแทนหนี้เก่า ดังนั้น หนี้เก่าจึงต้องมีอยู่แล้วและมีผลผูกพันคู่กรณีโดยสมบูรณ์ มิฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่ก็ไม่เกิดขึ้น เช่น ทำสัญญาซื้อขายเฮโรอีนกัน แล้วจะมาแปลงเป็นหนี้เงินกู้ ก็ไม่ทำให้มีผลเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เพราะไม่มีหนี้เก่าโดยสมบูรณ์ และหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่ก็ต้องมีผลสมบูรณ์เช่นเดียวกัน มิฉะนั้นอาจมีผลทำให้หนี้เดิมไม่ระงับได้ ถ้าหนี้ใหม่มิได้เกิดขึ้นหรือต้องยกเลิกเสียเพราะมูลหนี้ไม่ชอบ

ด้วยกฎหมายหรือเพราะเหตุใดอันมิรู้ถึงคุณกรณี ดังมาตรา 351 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าหนีอันจะพึงเกิดขึ้น เพราะแปลงหนี้ใหม่นั้นมิได้เกิดมีขึ้นก็ดี ได้ยกเลิกเสียเพราะมูลแห่งหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือ เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิรู้ถึงคุณกรณีก็ดี ท่านว่าหนี้เดิมนั้นก็ยงหาระงับสิ้นไปไม่”

ตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกา ฎ. 1092/2509 การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้หนี้ นั้น ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ เพียงแต่บุคคลภายนอกยื่นหนังสือรับรองชำระ หนี้แทนจำเลยต่อโจทก์แต่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้จำเลยมิได้สั่งการอย่างไร เจียบหายไป สัญญาแปลง หนี้ใหม่ยังไม่เกิดขึ้นแม้ต่อมาอีกเกือบ 4 ปี โจทก์จะได้ทวงหนี้ของโจทก์ที่มีต่อจำเลยเอา กับ บุคคลภายนอกนั้น ก็ไม่ถือว่า โจทก์ยอมรับเอาบุคคลภายนอกนั้นเข้าเป็นลูกหนี้แทนจำเลย เพราะคำ เสนอของบุคคลภายนอกต่อโจทก์สิ้นความผูกพัน เพราะล่วงเลยเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้ รับคำบอกกล่าวสนอง หนังสือทวงหนี้ของโจทก์เป็นแต่คำเสนอขึ้นใหม่เท่านั้น เมื่อหนี้ใหม่ไม่เกิด หนี้เดิมของจำเลยก็ไม่ระงับ อย่างไรก็ตาม แม้หนี้เดิมจะเป็นหนี้ที่อาจไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดี กันได้ เช่น หนี้ที่ขาดอายุความ หรือหนี้ที่ขาดหลักฐาน หรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมหรือตามควรแก่ อธิยาศัยในสังคม ก็ย่อมมีการแปลงหนี้ใหม่ได้หากกรณีที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมกัน

กรณีในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่จะต้องมีเจตนาจะระงับหนี้เก่าเพื่อผูกพันกันตามหนี้ ใหม่ เพราะเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการแปลงหนี้ใหม่ ถ้าเป็นแต่เพียงการรับสภาพหนี้เก่า มิได้มีเจตนาจะแปลงหนี้ใหม่ หนี้เก่าก็ไม่ระงับ อย่างไรก็ตามจะถือว่าเจตนาแปลงหนี้ใหม่ต้องแล้วแต่ พฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป ฎ. 1451/2509 หนังสือสัญญารับใช้เงิน มีข้อความแสดงอยู่ชัดว่า จำเลย ยอมรับว่าเป็นหนี้ค่าซื้อสินค้าโจทก์อยู่จริง และรับว่าคงค้างชำระอยู่ 2 จำนวน โดยขอผิดชำระไป 6 เดือน ไม่มีข้อความตอนใดแสดงให้เห็นว่าจะให้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในหนี้เดิมอย่างไร จึง เป็นหนังสือรับสภาพหนี้ไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่

ต้องมีการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ โดยสามารถแยกเป็น 3 ประเภท คือ

1) ในส่วนที่เกี่ยวกับตัวหนี้เอง มีมาตรา 349 วรรค 1-2 บัญญัติว่า

เมื่อกรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ ท่านว่าหนี้ นั้น เป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่ ถ้าทำหนีมีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจาก เงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหนีอันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านถือ ว่าเป็นอันเปลี่ยนซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้

“กรณีที่เกี่ยวข้อง” ในกรณีนี้คือเจ้าหนี้และลูกหนี้หนี้เอง ข้อสำคัญในเรื่องนี้ต้องได้ ความว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งที่เป็นสาระสำคัญในหนี้ ถ้าเป็นเรื่องที่ไม่ใช่สาระสำคัญ เช่น การผ่อน เวลาชำระหนี้ การลดดอกเบี้ยให้ ฯลฯ เป็นต้น ย่อมไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่

2) ในส่วนที่เกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้ มีมาตรา 349 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง”

“คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง” ในกรณีนี้ต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ตัวอย่าง ก. เป็นเจ้าหนี้ ข. ต่อมาได้ตกลงกันให้ ค. เป็นเจ้าหนี้แทน ก. ซึ่งกฎหมายให้นำหลักเกณฑ์การโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับ ข้อสำคัญในเรื่องนี้จึงมีอยู่ว่า แม้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กับการโอนสิทธิเรียกร้องจะแตกต่างกัน เพราะที่มาแห่งสิทธิทั้งสองนี้ไม่เหมือนกัน แต่กฎหมายก็บัญญัติให้นำบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับกรณีแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ดังนั้น สัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องทำเป็นหนังสือ

3) ในส่วนที่เกี่ยวกับตัวลูกหนี้ มีมาตรา 350 บัญญัติไว้ว่า “การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น จะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่”

“คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง” ในกรณีนี้ คือ เจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่โดยความยินยอมของลูกหนี้เดิม กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่อาจเกิดขึ้น เมื่อได้มีการตกลงระหว่างเจ้าหนี้กับบุคคลภายนอกซึ่งจะเข้ามาเป็นลูกหนี้คนใหม่แทนลูกหนี้คนเดิม โดยลูกหนี้คนเดิมไม่จำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้องในการทำสัญญาตกลงนี้ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาดังกล่าวจะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้ข้อสำคัญ คือ จะต้องมีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ไม่ใช่บุคคลภายนอกมาทำสัญญารับใช้หนี้ให้ โดยเจ้าหนี้มิได้ปลดลูกหนี้เก่าให้หลุดพ้นไป

การแปลงหนี้ใหม่ทำให้เกิดผลโดยตรงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 349 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า หนี้เก่าเป็นอันระงับสิ้นไปโดยมีหนี้ใหม่เข้ามาผูกพันแทนที่ กรณีนี้เก่าเป็นอันระงับสิ้นไปนั้น ย่อมหมายถึงสิ่งทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกันอยู่กับหนี้เก่า ก็ย่อมเป็นอันหลุดพ้นไปด้วย จะบังคับเรียกร้องกันได้ก็แต่ตามหนี้ใหม่เท่านั้น เช่น ถ้าตามหนี้เดิมเป็นหนี้ค้างค่าเช่าบ้านกันอยู่แล้วมีการแปลงเป็นหนี้กู้ยืมเงิน หนี้อันเกิดจากมูลสัญญาเช่าบ้านก็เป็นอันระงับสิ้นไปรวมถึงสิทธิหน้าที่ทั้งหลายและอายุความฟ้องร้องในการเช่าด้วย คงจะบังคับกันได้ก็แต่ตามสิทธิหน้าที่และอายุความฟ้องร้องในเรื่องกู้ยืมเงินเท่านั้น เป็นต้น

นอกจากนี้ หนี้อุปกรรมและประกันทั้งหลายของหนี้เก่า เช่น จำน่า จำนอง ก็ต้องระงับไปเช่นเดียวกับหนี้เก่าเช่นกัน ไม่โอนไปเป็นประกันหนี้ใหม่ด้วยอำนาจของกฎหมาย เช่น ก. เป็นลูกหนี้ ข. 1,000 บาท โดย ก. เอาปากกาตำทองมาจำนำไว้แก่ ข. ด้วย 1 ตำม ถ้าต่อมาได้มีการแปลงหนี้ใหม่ โดย ก. เอาลูกสุนัข 1 ตัวมาใช้แทน ดังนี้ หนี้เงิน 1,000 ก็ระงับลง และ ข. ก็ต้องคืนปากกาตำทอง ที่จำนำไว้มาคืน ก. ด้วย

อนึ่งขอให้สังเกตว่าถ้าเป็นแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ในกฎหมายบัญญัติให้นำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับ ดังนั้นในเรื่องประกันแห่งนี้ จึงต้องบังคับตามสิทธิจำนอง จำนำ และสิทธิอื่นเกิดจากการค้ำประกันหนี้เดิมย่อมโอนไปยังเจ้าหนี้คนใหม่ด้วยอำนาจของกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษ หลักที่ว่าหนี้อุปกรณ์ของหนี้เดิมไม่โอนไปด้วยเมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่นั้น มีมาตรา 352 บัญญัติให้คู่กรณีตกลงให้ออนไปได้ ถ้ามีความประสงค์เช่นนั้น

มาตรา 352 บัญญัติไว้ดังนี้

คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำหรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมนั้นไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้เพียงเท่าที่ประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม แต่หลักประกันเช่นว่านี้ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซ้ ท่านว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงโอนได้

ตามมาตรา 352 นี้หมายความว่า ถ้าคู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่ประสงค์จะโอนสิทธิจำนำจำนองที่ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมไปประกันหนี้รายใหม่แล้ว ก็ต้องทำความตกลงกันในเรื่องนี้ มิฉะนั้นสิทธิจำนำ จำนองที่เป็นประกันหนี้เดิมก็ต้องระงับ และในการทำความตกลงกันในเรื่องนี้ หากหลักประกันหนี้เดิมนั้นบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ ก็จำเป็นต้องให้บุคคลภายนอกนั้นให้ความยินยอมด้วย จึงจะมีการโอนได้ เพราะบุคคลภายนอกซึ่งให้ประกันไว้ เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่เขาย่อมได้ประโยชน์ในการที่ประกันซึ่งเขาให้ไว้จะได้หลุดพ้นไป ดังนั้น ถ้าจะเอาประกันของเขาโอนไปประกันหนี้ใหม่ จึงจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเขาก่อน

อนึ่ง เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้เป็นเรื่องการตกลงระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่โดยลูกหนี้เดิมมิได้เกี่ยวข้องในการตกลงด้วย ดังนี้ หากหนี้เดิมมีประกันโดยลูกหนี้คนเดิมให้ไว้ เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่และต้องการให้ประกันนั้นโอนไปด้วย ก็จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เดิม เพราะในกรณีนี้เขาถือเป็นบุคคลภายนอกตามความหมายของมาตรา 352 นี้แล้ว ข้อที่ว่าใครเป็นบุคคลภายนอกในเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาให้ดี

มาตรา 352 บัญญัติต่อไปอีกว่า ถ้าได้มีการตกลงให้ออนหนี้อุปกรณ์หรือประกันแห่งหนี้เดิมไป ประกันนั้นย่อมไปประกันหนี้รายใหม่ได้เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิมเท่านั้น เช่น ถ้าหนี้เดิมมีอยู่ 1,000 บาท มีปากกาค้ำमतองจำนำไว้เป็นประกันหนี้ทั้ง 1,000 บาทนั้น ถ้ามีการแปลงหนี้ใหม่เปลี่ยนจำนวนเงินเป็น 2,000 บาท และโอนประกันนั้นไปด้วย ผลคือยอมได้ไปเป็นประกันหนี้ใหม่เพียง 1,000 บาท เพียงเท่าที่เป็นประกันหนี้เดิมเท่านั้น ไม่ได้โอนไปเป็นประกันหนี้ใหม่ทั้ง 2,000 บาท ผลก็จะมิว่า ถ้าต่อมามีการบังคับจำนำเอาใช้หนี้ใหม่นั้น โดยขายปากกาได้ราคา 2,000 บาท ก็จะเอาใช้หนี้ใหม่ในฐานะที่เป็นประกันได้เพียง 1,000 บาท เท่านั้น เหลืออีก 1,000 บาท ถ้าประกันเป็นของบุคคลภายนอกให้ไว้ก็ต้องคืนเขาไป แต่ถ้าเป็นของลูกหนี้ใหม่ให้ไว้ก็ยังคง

สามารถบังคับชำระหนี้ได้ตามหลักทั่วไปในมาตรา 214 แต่ถ้าเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ประกันยอมโอนไปประกันหนี้ใหม่ทุกส่วนทั้งจำนวน จึงสามารถเอาบังคับใช้หนี้ในฐานะที่เป็นประกันได้ทั้งจำนวน 2,000 บาท นั้นทีเดียว

สรุปสาระสำคัญของ การแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ดังนี้

1. การแปลงหนี้ใหม่ไม่ใช่การชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ตามมาตรา 321 เพราะตามมาตรา 321 หนี้เดิมยังผูกพันกันอยู่เพียงแต่มีการเอาทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่นมาชำระหนี้ให้แทน ซึ่งถ้าเจ้าหนี้ตกลงยินยอมด้วย หนี้นั้นก็อันเป็นระงับไปแต่แปลงหนี้ใหม่นั้นเป็นการตกลงระงับหนี้เดิมโดยยังไม่มี การชำระหนี้แก่กัน โดยคู่กรณีก่อนใหม่ขึ้นผูกพันกันแทนหนี้เก่าที่ระงับไป

2. การแปลงหนี้ใหม่ต่างกับการปลดหนี้ เพราะการปลดหนี้เป็นการระงับหนี้โดยเจ้าหนี้ไม่เอาอะไรตอบแทน เมื่อปลดหนี้ให้ก็เท่ากับไม่ประสงค์จะให้ความผูกพันอะไรขึ้นใหม่ในหนี้ส่วนที่ปลดให้มันต่อไป แต่การแปลงหนี้ใหม่เป็นการระงับหนี้เก่าโดยวัตถุประสงค์จะก่อหนี้สินอันใหม่ผูกพันกันต่อไป

3. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต่างกับการโอนสิทธิเรียกร้องในข้อสำคัญที่ว่า แปลงหนี้ใหม่มีวัตถุประสงค์จะระงับหนี้ที่มีผูกพันกับเจ้าหนี้คนเก่า โดยก่อหนี้ผูกพันกับเจ้าหนี้คนใหม่ แต่การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นการสงวนหนี้เก่าไว้เพื่อโอนให้คนอื่นต่อไป โดยมีได้มีความประสงค์จะระงับหนี้ที่มีผูกพันอยู่ต่อกันไม่

4. การแปลงหนี้ใหม่ต่างกับการรับช่วงสิทธิ เพราะการรับช่วงสิทธิเกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย และการที่มีเจ้าหนี้เปลี่ยนหน้าเข้ามาใหม่ก็มีใช้โดยผลของการระงับหนี้เก่า แต่การแปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้นจากสัญญา

5. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต่างกับสัญญา เพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามมาตรา 374 เพราะตามมาตรา 374 เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกที่จะได้รับประโยชน์ไม่จำต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับในการทำสัญญาด้วย แต่การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น เจ้าหนี้จะต้องทำสัญญากับลูกหนี้คนใหม่โดยระงับหนี้ที่มีต่อลูกหนี้คนเก่า โดยลูกหนี้คนเก่าไม่จำต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับด้วย แต่จะต้องไม่เป็นการจับใจลูกหนี้คนเก่า

4.4 การค้ำประกัน

มาตรา 680 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันว่าค้ำประกันนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้”

พิเคราะห์ตามบทบัญญัติดังกล่าว อธิบายได้ว่า การค้าประกันก็คือการที่บุคคลผูกพันตนเข้าไปปรับผิดในอันที่จะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้หากลูกหนี้ไม่ชำระ เป็นเรื่องที่มีบุคคล 3 ฝ่าย คือ เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ค้าประกัน การที่บุคคลคนหนึ่งจะต้องปรับผิดในฐานะเป็นผู้ค้าประกันนั้น จะต้องปรากฏว่ามีหนี้อยู่ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ เป็นหนี้ประธานอยู่ก่อนแล้ว แล้วมีบุคคลภายนอกคือผู้ค้าประกันเข้ามาทำสัญญารับรองเจ้าหนี้ว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้ค้าประกันจะชำระแทนซึ่งหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับผู้ค้าประกันนี้เป็นหนี้อุปกรณ์ของหนี้ประธานดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า สัญญาการค้าประกันนั้นมีลักษณะสำคัญที่แยกอธิบายได้ ดังนี้

1. สัญญาการค้าประกันเป็นสัญญาระหว่างบุคคลภายนอกกับเจ้าหนี้ หมายความว่า มีบุคคลที่จะเข้ามาเป็นผู้ค้าประกัน ในหนีนั่นๆ ได้ จะต้องเป็นบุคคลอื่นที่มีชีวิตตัวลูกหนี้เองเพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้มีการค้าประกันนี้ ก็เพื่อจะให้เจ้าหนี้ได้มีโอกาสได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้น ดังนั้น หากจะให้ลูกหนี้เข้ามาทำสัญญาการค้าประกันนี้ของตนเอง ย่อมไม่เกิดประโยชน์อะไรแก่เจ้าหนี้เพราะลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ที่นั่นเต็มจำนวนอยู่แล้ว

อย่างไรก็ตาม บางกรณีบุคคลที่เข้าค้าประกันอาจเป็นลูกหนี้ของเจ้าหนี้อยู่แล้วในหนี้รายอื่นก็ได้ เช่น คำเป็นหนี้เงินกู้ยืมจากแดงอยู่แล้ว ก็อาจเข้าค้าประกันหนี้ที่ขาวกู้ยืมเงินไปจากแดงอีกได้ ทั้งนี้เพราะในสัญญากู้ยืมระหว่างแดงกับขาวนั้น คำถือว่าเป็นบุคคลภายนอกตามความหมายที่กล่าวมาข้างต้น

2. สัญญาการค้าประกันเป็นสัญญาที่มีข้อตกลงว่า ผู้ค้าประกันจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น มิใช่ข้อผูกพันที่ผู้ค้าประกันจะเข้าไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แทนลูกหนี้เสียทีเดียวตั้งแต่ต้น เป็นการแสดงให้เห็นชัดว่า หนี้ตามสัญญาการค้าประกันนั้นเป็นแต่เพียงหนี้อุปกรณ์ของหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ อันเป็นหนี้ประธานนั่นเอง หนี้อุปกรณ์นั้นต้องอาศัยหนี้ประธาน ดังนั้น ถ้าไม่มีหนี้ประธาน หนี้อุปกรณ์ก็จะมีไม่ได้ หรือถ้าหนี้ประธานไม่สมบูรณ์ก็ย่อมทำหนี้อุปกรณ์เสียไปด้วย

คำว่า “บุคคลภายนอกคนหนึ่ง” หรือ “เจ้าหนี้คนหนึ่ง” ตามบทบัญญัติในมาตรา 680 วรรคแรกนี้ มิได้หมายความว่าในหนี้รายหนึ่งๆ นั้นจะมีผู้ค้าประกันได้เพียงคนเดียว หรือจะต้องมีเจ้าหนี้เพียงคนเดียว ฝ่ายเจ้าหนี้ก็ดี หรือผู้ค้าประกันก็ดีอาจมีหลายคนก็ได้ ความในข้อบทเป็นแต่เพียงการบอกลักษณะของสัญญาการค้าประกันว่ามีลักษณะอย่างไรเท่านั้น และคำว่าบุคคลภายนอกนั้นย่อมหมายความว่าบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วย แต่หากผู้ค้าประกันเป็นนิติบุคคล การค้าประกันจะมีผลก็ต่อเมื่อเป็นการอันอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นด้วย

ปัญหาที่คิดมีว่า ในฐานะที่ผู้ค้าประกันเป็นบุคคลภายนอก จะมีเหตุผลอย่างไรในการเข้าไปเกี่ยวข้องรับผิดชอบเพื่อลูกหนี้ และในการเข้าไปเกี่ยวข้องรับผิดชอบเพื่อผู้อื่นเช่นนี้ จะเกิดประโยชน์

อะไรสำหรับตัวผู้ค้าประกันเอง เข้าทำนอง “เนื้อไม่ได้กิน หนังไม่ได้รองนั่ง เอากระดูกมาแขวนคอ” พิเคราะห์ดูเรื่องนี้ น่าจะมีเหตุผลของการพึ่งพาอาศัยกันในวงการธุรกิจที่กำลังขยายตัวอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน ยิ่งไปกว่านั้น การค้าบางประเภทก็อาศัยการค้าประกันเป็นที่มาของรายได้ ได้แก่การค้าประกันของสถาบันการเงินต่างๆ เช่น บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ต่างๆ และธนาคาร เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากในธุรกิจที่มีหนี้สินอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทรัพย์สินเงินทองเป็นจำนวนมากจนไม่มีเอกชนกล้าเข้ามาค้าประกัน หรือไม่อยู่ในฐานะทางการเงินที่จะค้าประกันได้ สถาบันการเงินเหล่านี้ก็จะเข้ามามีบทบาทในการค้าประกันให้เพราะมีทุนมาก ในขณะที่เดียวกันก็ได้รับผลประโยชน์เป็นค่าตอบแทนจากลูกหนี้ เพื่อการที่เข้าเสี่ยงความรับผิดชอบในการค้าประกัน โดยจะต้องอาศัยความรู้ในทางปฏิบัติว่าลูกหนี้ผู้นั้นอยู่ในฐานะที่จะวางใจได้หรือไม่ ในทางปฏิบัติเพื่อมิให้เป็นการเสี่ยงต่อความรับผิดชอบมากเกินไป สถาบันการเงินที่เข้ารับการค้าประกันนี้ให้ลูกหนี้รายใดก็มักจะเรียกหลักทรัพย์เป็นประกันจากลูกหนี้ไว้ชั้นหนึ่งก่อน และในสัญญาการค้าประกันก็มักจะมีข้อความจำกัดความรับผิดชอบต่างๆ ไว้ การเรียกเอาหลักทรัพย์เป็นประกันจากลูกหนี้ทำให้สถาบันการเงินเหล่านี้ ยังมีทางฟ้องไล่เบี้ยและบังคับชำระหนี้เอาจากหลักทรัพย์ที่เป็นประกันไว้เพื่อชดใช้เงินที่ตนต้องรับผิดชอบชำระหนี้แทนลูกหนี้ไปตามสัญญาการค้าประกันได้ หรือถ้าหากลูกหนี้อยอมชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไป ตนก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาการค้าประกัน และในขณะที่เดียวกันก็ได้ผลประโยชน์ตอบแทนในการเสี่ยงความรับผิดชอบด้วย จึงเห็นได้ว่าธุรกิจการค้าประกันที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้เป็นที่มาของรายได้อันเกิดประโยชน์แก่ผู้ค้าประกันพอสมควรทีเดียว

มาตรา 680 วรรคสอง บัญญัติว่า “อนึ่ง สัญญาการค้าประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้าประกันเป็นสำคัญท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ไม่”

จากหลักเกณฑ์ตามความในมาตรา 680 วรรคสองข้างต้น จะเห็นว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าสัญญาการค้าประกันนั้นจะต้องทำตามแบบแต่อย่างใด ไม่ว่าจะเป็นแบบชนิดที่ต้องทำเป็นหนังสือ เช่นสัญญาเช่าซื้อ หรือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวเหล่านี้ หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมมีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไป แต่สำหรับสัญญาการค้าประกันนั้นแม้คู่สัญญาจะได้ตกลงกันด้วยวาจาสัญญาการค้าประกันก็มีผลสมบูรณ์บังคับได้ ถ้าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องยอมรับปฏิบัติต่อกันโดยไม่มีปัญหาโต้แย้ง แต่ถ้าหากเกิดกรณีที่จะต้องฟ้องร้องบังคับคดีเพื่อให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบแล้ว กฎหมายบัญญัติให้สัญญาการค้าประกันนั้นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้าประกันเป็นสำคัญ หลักฐานเป็นหนังสือไม่ใช่แบบ ดังนั้น ผลทางกฎหมายของการที่สัญญาการค้าประกันไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงเพียงแต่ฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้เท่านั้น ไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะเสียเปล่าไปแต่ประการใด

เนื่องจากหลักฐานเป็นหนังสือไม่ใช่แบบ ดังนั้น รูปลักษณะของหลักฐานเป็นหนังสือจึงเป็นเอกสาร จดหมาย หนังสือ หรืออะไรก็ได้ที่มีข้อความแสดงว่าได้มีการค้าประกันจริงและมีลายมือชื่อผู้ค้าประกันไว้เป็นสำคัญก็เป็นการเพียงพอแล้ว และหลักฐานเป็นหนังสือนี้ก็ไม่จำเป็นต้องทำในเวลาเดียวกับที่สัญญาการค้าประกันเกิดขึ้น อาจจะทำกันในภายหลังก็ได้และไม่จำเป็นต้องมีข้อความที่ผู้ค้าประกันสัญญากับเจ้าหนี้โดยตรง แม้แต่หนังสือที่ผู้ค้าประกันทำไว้กับลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก แต่มีข้อความแสดงว่าได้มีการค้าประกันและมีลายมือชื่อของผู้ค้าประกันไว้ก็เป็นหลักฐานเป็นหนังสือ ที่จะฟ้องร้องให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบได้แล้ว เช่น ก. ทำสัญญาเงินกู้ ข. โดยมี ก. เป็นผู้ค้าประกัน สัญญาการค้าประกันไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ต่อมาภายหลังเมื่อถูกเจ้าหนี้เร่งรัด ผู้ค้าประกันก็มีหนังสือไปยังลูกหนี้โดยมีข้อความแสดงถึงการค้าประกันนี้ดังกล่าว และมีลายมือชื่อของผู้ค้าประกันลงไว้ด้วย เช่นนี้ก็เป็นกรเพียงพอที่จะใช้เป็นหลักฐานฟ้องขอให้บังคับตามสัญญาการค้าประกันได้แล้ว แต่หากไม่มีข้อความที่พอจะให้เข้าใจได้ว่าได้มีการค้าประกันไว้จะถือว่าเป็นหลักฐานแห่งการค้าประกันยังไม่ได้ เช่น ก. จะไปสมัครงานกับ ข. ค. เขียนหนังสือแนะนำให้ ก. ไปมีข้อความว่าเท่าที่รู้จัก ก. มา ก. เป็นคนดีมีความซื่อสัตย์และขยัน เชื่อว่า ก. จะไม่ทำความเสียหายใดๆ แก่ ข. หาก ข. จะรับ ก. ไว้ทำงาน เช่นนี้ยังไม่ถือว่าเป็นการค้าประกันการทำงานของ ก. แต่หากมีข้อความต่อไปว่า ถ้า ก. ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ ข. แล้ว ก. จะรับผิดชอบใช้ให้ เช่นนี้จึงจะถือว่าเป็นหลักฐานแห่งการค้าประกันได้

นอกจากนี้ หลักฐานแห่งการค้าประกันยังต้องมีข้อความแสดงว่าผู้ค้าประกันได้เข้าค้าประกันนั้นๆ หากเป็นแต่เพียงมอบโฉนดให้ไปวางเป็นประกันหนี้ของผู้อื่น แม้จะทำหนังสือลงชื่อในการมอบโฉนดเป็นประกัน ก็ไม่ทำให้ผู้มอบโฉนดเป็นผู้ค้าประกันไปได้ มาตรา 681 บัญญัติว่า

อันการค้าประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนีอันสมบูรณ์ หนีในอนาคตหรือหนีมีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนีนั้นอาจเป็นผลได้จริงก็ประกันได้ หนีอันเกิดแต่สัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้เพราะทำด้วยความสำคัญผิดหรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถนั้น ก็อาจจะมีประกันอย่างสมบูรณ์ได้ ถ้าหากว่าผู้ค้าประกันรู้เหตุสำคัญผิด หรือไร้ความสามารถนั้นในขณะที่เข้าทำสัญญาผูกพันตน

เห็นได้ว่า การค้าประกันเป็นการที่บุคคลภายนอกสัญญาจะชำระหนี้ของลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ ลูกหนี้มีหน้าที่โดยตรงจะต้องชำระหนี้เมื่อไม่ชำระหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ชำระได้ทั้งลูกหนี้และผู้ค้าประกัน ดังนั้น หนีระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้จึงเป็นหนีประฆาน และหนีระหว่างเจ้าหนี้กับผู้ค้าประกันเป็นหนีอุปกรณ หนีอุปกรณต้องอาศัยหนีประฆาน ถ้าไม่มีหนีประฆานหนีอุปกรณจะเกิดขึ้นไม่ได้ และถ้าหนีประฆานไม่สมบูรณ์ก็มีผลทำให้หนีอุปกรณเสียไปด้วย

มาตรา 681 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันคำประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนีอันสมบูรณ์” เป็นการย้ำให้เห็นลักษณะของสัญญาค้ำประกันว่าเป็นเพียงสัญญาส่วนอุปกรณ์ ดังนั้น ถ้าหนีส่วนประฐานที่เข้าค้ำประกันนั้นเป็นหนี้อันไม่สมบูรณ์ การค้ำประกันย่อมจะมีขึ้นไม่ได้

หนีที่ค้ำประกันจะเป็นหนี้อะไรก็ได้ไม่ว่าจะเป็นการเกิดสัญญาหรือละเมิด หนีที่เกิดจากละเมิดนั้นไม่เป็นปัญหาว่าเป็นหนีที่สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ เพราะเมื่อเป็นละเมิดแล้วก็เกิดหนีที่จะต้องมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายทันที ปัญหาในเรื่องหนีอันสมบูรณ์จึงมีอยู่เฉพาะที่เกิดจากนิติกรรมสัญญาเท่านั้น

หนีอันสมบูรณ์ หมายความว่า หนีที่หากเกิดขึ้นแล้วจะมีผลผูกพันกันได้ตามกฎหมาย โดยไม่ตกเป็น โฆษหรือตกเป็นอันเสียเปล่าไปด้วยเหตุอย่างหนึ่งอย่างใด หนีอันเกิดจากนิติกรรมสัญญาอาจไม่สมบูรณ์เพราะมีวัตถุประสงค์ผิดกฎหมาย หรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่สมบูรณ์เพราะผิดแบบ หรือเพราะแสดงเจตนาวิปริต หรือไม่สมบูรณ์เพราะเหตุอื่น เช่น สัญญาขี้ม หรือฝากทรัพย์ หรือสัญญาให้ ซึ่งจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์ที่ขี้มหรือฝาก หรือให้ ดังนั้น การจะพิจารณาว่าหนีที่เกิดจากนิติกรรมสัญญาจะมีผลสมบูรณ์หรือไม่เพียงใด จึงต้องศึกษาตามเหตุของความไม่สมบูรณ์นั้นๆ

มาตรา 681 วรรคสอง บัญญัติว่า “หนีในอนาคตหรือหนีมีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนีนั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้”

สำหรับกรณีนี้ การที่สัญญาค้ำประกันจะมีได้เฉพาะเพื่อหนีที่สมบูรณ์นั้น ไม่ได้หมายความว่าหนีนั้นจะต้องมีอยู่แล้วหรือเกิดขึ้นพร้อมกับการเข้าประกันอาจจะเป็นหนีในอนาคตหรือหนีมีเงื่อนไขก็ได้ เพราะในธุรกิจต่างๆ มีกิจการบางอย่างที่อาจต้องกระทำเนื่องกันไปทั้งในเวลาปัจจุบันและอนาคต หรือหนีบางอย่างอาจจะเกิดหรือไม่ก็ได้แต่เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายของเจ้าหนีในเวลาข้างหน้า ก็อาจจะมีการให้ประกันกันไว้เป็นการล่วงหน้าได้

หนีในอนาคต คือหนีที่ยังไม่เกิดขึ้นในขณะที่ทำสัญญาค้ำประกัน แต่อาจจะเกิดขึ้นหรือมีผลได้จริงในภายหน้า ซึ่งตรงกับหนีที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน เพราะหนีจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งไม่แน่นอน เช่น นายแดงสัญญาจะขายสุนัขให้แก่นายขาว หากว่าสุนัขตัวนี้ชนะการประกวด ถ้าไม่ยอมขายให้นายขาวปรับ 1,000 บาท ดังนี้ก็อาจจะมีการค้ำประกันกันได้ อย่างไรก็ตาม หนีที่มีเงื่อนไขบังคับหลังก็มีการค้ำประกันกันได้เช่นกัน เช่น ตามตัวอย่างข้างต้น นายแดงสัญญาจะขายสุนัขให้แก่นายขาว โดยมีเงื่อนไขบังคับหลังว่า ถ้าสุนัขตัวนี้ไม่ชนะประกวดก็ให้สัญญาซื้อขายเป็นอันสิ้นสุด โดยขาวต้องส่งมอบสุนัขคืนให้แก่นายแดง ดังนี้ก็มีการค้ำประกันกันได้

มาตรา 681 วรรคสาม บัญญัติว่า “หนี้อันเกิดแต่สัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้เพราะทำด้วยความสำคัญผิดหรือเป็นเพราะผู้ไร้ความสามารถนั้น ก็อาจจะมีประกันอย่างสมบูรณ์ได้ ถ้าหากว่าผู้ค้ำประกันรู้เหตุสำคัญผิด หรือไร้ความสามารถนั้นในขณะที่เข้าทำสัญญาผูกพันตน”

จากบทบัญญัติดังกล่าว อธิบายได้ว่าในกรณีที่หนี้อันเกิดแต่สัญญาซึ่งลูกหนี้ทำด้วยความสำคัญผิดหรือเป็นเพราะผู้ไร้ความสามารถ ก็อาจมีการประกันอย่างสมบูรณ์ได้ หากว่าในขณะที่ผู้ค้ำประกันเข้าทำสัญญาผูกพันตนนั้น ผู้ค้ำประกันได้รู้เหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถนั้น

คำว่า “ความสำคัญผิด” ในที่นี้ ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าไม่หมายถึงความสำคัญผิดที่ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ เพราะหนี้อันเกิดแต่นิติกรรมอันเป็นโมฆะย่อมเป็นหนี้ไม่สมบูรณ์ การค้ำประกันมีขึ้นไม่ได้ตามมาตรา 681 วรรคแรกอยู่แล้ว ความสำคัญผิดตามมาตรา 681 วรรคสามนี้ จึงหมายความเฉพาะความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ซึ่งทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะเท่านั้น เพราะหนี้ที่เป็นโมฆียะย่อมเป็นหนี้ที่สมบูรณ์และผูกพันลูกหนี้อยู่จนกว่าจะถูกบอกล้าง ดังนั้นก่อนถูกบอกล้างจึงอาจมีการค้ำประกันหนี้ได้

คำว่า “ผู้ไร้ความสามารถ” ก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ไม่ได้หมายความเฉพาะบุคคลวิกลจริตหรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถเท่านั้น แต่มีความหมายรวมถึงบุคคลผู้ห่อนความสามารถในการทำนิติกรรมด้วย เช่น ผู้เยาว์ ผู้เสมือนไร้ความสามารถ นิติกรรมที่บุคคลเหล่านี้กระทำขึ้นและเป็นโมฆียะนั้น ตราบใดที่ยังไม่ถูกบอกล้าง ก็อาจมีการค้ำประกันได้เช่นกัน

หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันนั้นพิจารณาได้จากลักษณะของสัญญาค้ำประกันนั่นเอง โดยอาจแบ่งอธิบายได้อย่างกว้างๆ ดังนี้ คือ

ผู้ค้ำประกันต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันในข้อนี้เป็นหลักของสัญญาค้ำประกันในมาตรา 680 ตามบทบัญญัติในเรื่องนี้ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้อาจตกเป็นฝ่ายผิดนัด หากเป็นหนี้ที่ไม่ได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ และกรณีเป็นที่สงสัยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้เมื่อถึงเวลานั้นไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้เตือนให้ลูกหนี้ชำระแล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระ ลูกหนี้ก็ได้ชื่อว่าผิดนัดเพราะเจ้าหนี้ได้เตือนแล้ว แต่ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้ไม่ได้ชำระตามกำหนดนั้นลูกหนี้ก็ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยไม่ต้องเตือนเลย แต่หากเป็นหนี้ที่เกิดจากมูลละเมิด ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดมาตั้งแต่เวลาที่ทาละเมิดนั้น

ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันย่อมไม่เกินความรับผิดชอบของลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันนั้น หากไม่ใช่ว่าการเข้าค้ำประกันนี้ของบุคคลอื่นด้วยเหตุผลในการดำเนินงานธุรกิจแล้ว ตามปกติมักไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนอะไรจากสัญญาค้ำประกันเข้าทำนอง “เนื้อไม่ได้กิน หนังไม่ได้รองนั่ง เอา

กระดุกมาแขวนคอ” อยู่แล้ว ผู้ค้าประกันมักเป็นฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์ในมูลหนี้ ตามหลักของ สัญญาค้าประกันจึงไม่เป็นการยุติธรรมหากจะให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบเกินกว่าความรับผิดชอบของลูกหนี้ ดังนั้น หากมิได้มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตามมูลหนี้ประธานเพียงใด ผู้ค้าประกันย่อมไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าความรับผิดชอบของลูกหนี้

อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าในการทำสัญญาค้าประกันนั้น จะมีข้อจำกัดให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบเท่ากับความรับผิดชอบของลูกหนี้เสมอไป เพราะผู้ค้าประกันอาจทำสัญญาค้าประกัน โดยจำกัดความรับผิดชอบของตนไว้เพียงใดก็ได้ โดยจะจำกัดไว้น้อยกว่าความรับผิดชอบของลูกหนี้ก็ได้ ซึ่ง อาจจะเป็นการจำกัดขอบเขตของความรับผิดชอบในเรื่องกำหนดเวลาค้าประกัน หรือรับผิดชอบไม่เกิน ความเสียหายเท่านั้นเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ค้าประกันอาจทำสัญญาค้าประกัน โดยยอมชดใช้ให้แก่ เจ้าหนี้เกินกว่าความรับผิดชอบของลูกหนี้ได้ เพราะเป็นเรื่องที่ผู้ค้าประกันยอมผูกพันตนเองโดย ข้อตกลงพิเศษ ข้อตกลงดังกล่าวนี้ใช้บังคับได้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชน ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา

การตีความเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันต้องตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจาก ผู้ค้าประกันเป็นฝ่ายที่ต้องเสียในมูลหนี้ การที่จะให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบตามสัญญาหรือไม่ ถ้ารับผิดชอบ จะต้องรับผิดชอบมากน้อยแค่ไหน เพียงใด ต้องให้ปรากฏชัดเจนข้อความในสัญญาค้าประกันนั้นระบุ ขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันไว้อย่างไร หากได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนก็ต้องปฏิบัติตาม นั้น แต่หากข้อความในสัญญาค้าประกันคลุมเครือไม่ชัดเจน มีปัญหาจะต้องตีความ ก็จำเป็นต้องตีความโดยเคร่งครัด ดังเช่นใน ฎ. 1079/2473 ศาลฎีกาได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาตอนหนึ่งว่า “จะต้องระลึกเสมอไปว่าผู้ค้าประกันนั้นเป็นลูกหนี้ที่ควรได้รับประโยชน์ เพราะฉะนั้นความรับผิดชอบ ของผู้ค้าประกันตามสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจำต้องตีความอย่างเคร่งครัดเสมอไป เพื่อว่าจะ ได้ไม่ทำให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบเกินกว่าที่เขาได้รับรองไว้”

สำหรับการกู้ยืมเงินตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เปรียบเทียบกับประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เป็นการกู้ยืมเงิน จากสถาบันการเงิน ได้แก่ธนาคารที่เข้าร่วม โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนเป็นผู้ให้กู้ยืม และมีผู้เข้าร่วมโครงการเป็นผู้กู้ยืม โดยที่มีหน่วยงาน ของรัฐที่ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เช่นกรณีการให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการที่จำหน่าย สินค้าในที่สาธารณะ ในการพิจารณาผู้ประกอบการที่เข้าร่วมโครงการที่ขอแปลงสินทรัพย์เป็นทุน ของธนาคาร จะต้องพิจารณาคูสมบัติของผู้ประกอบการ ประกอบกับหนังสือรับรองการทำขาย สินค้าในที่สาธารณะ ซึ่งหากเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ให้กู้คือธนาคารสามารถ พิจารณาคูสมบัติ และความสามารถในการชำระหนี้เพื่อพิจารณาให้สินเชื่อได้ด้วยตนเองตาม ความเหมาะสมตามหลักเกณฑ์ของธนาคาร หากมีการให้สินเชื่อไปแล้วมีการผิดนัดชำระหนี้

ธนาคารจะเป็นผู้ติดตามลูกหนี้ให้ชำระหนี้ตลอดจนฟ้องบังคับชำระหนี้กับลูกหนี้กรณีไม่มีการชำระหนี้ แต่ในโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุนธนาคารจะมีข้อตกลงร่วมกับเทศบาลให้เทศบาลเป็นผู้ตรวจสอบและรับรองสิทธิในการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ ในการรับรองสิทธิการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะของเทศบาล จะต้องพิจารณาคูณสมบัติ และหลักเกณฑ์อื่นๆ ของผู้ประกอบการ โดยจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองและกฎหมายเกี่ยวกับการสาธารณสุขประกอบด้วย เมื่อได้รับรองสิทธิการจำหน่ายสินค้าแล้วเทศบาลจะสรุปรายละเอียดส่งให้ธนาคารเพื่อประกอบการพิจารณา สำหรับการกู้ยืมเงินตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นทุน เป็นการกู้ยืมเงินเพื่อการประกอบอาชีพ โดยมีเทศบาลเป็นผู้รับรองสิทธิการจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ ประกอบการพิจารณาให้สินเชื่อหรือให้กู้ยืมเงิน แต่การเป็นผู้รับรองของเทศบาลยังไม่ถือเป็นการค้ำประกันผู้กู้ยืมเงินต่อธนาคาร เนื่องจากไม่มีการระบุเงื่อนไขในการรับผิดชอบหนี้ที่ลูกหนี้ขอกู้ยืมเงินต่อธนาคาร เพียงแต่เป็นการรับรองว่าผู้ขอกู้มีอาชีพ มีสถานที่จำหน่ายสินค้าอยู่ในที่สาธารณะที่เทศบาลรับผิดชอบจริง เพื่อธนาคารพิจารณาคูณสมบัติอื่นๆ ประกอบ

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ธนาคารออมสินและเทศบาลได้กำหนดกรณีลูกหนี้ที่เข้าร่วมโครงการแล้วผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เทศบาลจะยกเลิกการอนุญาตให้จำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ และพิจารณาคัดเลือกผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสวมสิทธิแทนรายเดิม โดยจะต้องรับผิดชอบในหนี้ที่ลูกหนี้เดิมที่ผิดนัด เป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นด้วย เมื่อผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามารับผิดชอบในหนี้เดิมแล้ว กระบวนการดังกล่าวถือเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ส่งผลให้หนี้เดิมที่ลูกหนี้เดิมมีต่อธนาคารเป็นอันระงับไป เปลี่ยนเป็นหนี้ใหม่ระหว่างผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้าเป็นลูกหนี้กับธนาคาร โดยลูกหนี้เดิมไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องในการทำสัญญาหรือข้อตกลงด้วย แต่การแปลงหนี้ใหม่ก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเนื่องจากไม่ได้กระทำโดยฉ้อโกงลูกหนี้เดิม