

บทที่ 4

วิเคราะห์ข้อสัญญาและแนวปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และแนวทางในการควบคุม การให้สินเชื่อเงินด่วนโดยเอกชนซึ่งมีใช้สถาบันการเงิน

ในบทที่ 3 ผู้วิจัยได้ศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเรียกดอกเบี้ยและเบี้ยปรับจากหนี้เงินกู้ยืม ดังนั้น ในบทที่ 4 นี้ จะได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงข้อสัญญาและแนวปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยการนำเอาใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลและสัญญาสินเชื่อเงินกู้ที่ผู้ประกอบการต่างๆ ได้กำหนดขึ้นและผู้ขอสินเชื่อได้ลงลายมือชื่อแล้ว ว่ามีผลบังคับรวมถึงแนวทางปฏิบัติอย่างไร อีกทั้ง จะได้วิเคราะห์ถึงแนวทางในการกำกับควบคุมข้อสัญญาและแนวทางปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวด้วย ดังจะกล่าวเป็นลำดับต่อไปนี้

4.1 รูปแบบของข้อตกลงที่กำหนดไว้ในใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลและสัญญาสินเชื่อเงินกู้

เนื่องจากในธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนนั้น มักจะใช้สัญญาสำเร็จรูปซึ่งผู้ประกอบการจะเป็นฝ่ายกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในข้อตกลงดังกล่าว และโดยที่ข้อตกลงที่กำหนดในใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลและสัญญาสินเชื่อเงินกู้ของผู้ประกอบการให้สินเชื่อเงินด่วนรายต่างๆ นั้น มีข้อกำหนดที่พยายามหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือเป็นข้อกำหนดที่ถูกต้องตามกฎหมายแต่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ขอสินเชื่อหลายประการ ดังนี้ ในข้อ 4.1 นี้ จะได้กล่าวถึงรูปแบบของข้อตกลงดังกล่าวรวมถึงผลในทางกฎหมายของข้อตกลงนั้นๆ ด้วย ดังนี้

4.1.1 การให้อำนาจผู้ประกอบการปรับอัตราดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ ได้ฝ่ายเดียว

ในใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลและสัญญาสินเชื่อเงินกู้ของผู้ประกอบการบางแห่ง จะกำหนดข้อตกลงให้ผู้ประกอบการสามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายต่างๆ ได้เองเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีเงื่อนไข อาทิเช่น สัญญาของผู้ประกอบการแห่งหนึ่งที่ว่า "ผู้กู้ตกลงยินยอมให้ผู้ให้กู้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงและเงื่อนไขในสัญญาฉบับนี้ และค่าใช้จ่ายใดๆ ตามสัญญา รวมถึงอัตราดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายที่เกิดตามสัญญา นี้ได้ตามความเหมาะสม และให้ถือว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา" นี้

ดังนั้นจะถือว่าข้อตกลงดังกล่าวชอบด้วยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายหรือเป็นธรรมหรือไม่ เป็นปัญหาที่จะต้องวิเคราะห์โดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องตลอดจนแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังจะได้กล่าวเป็นลำดับดังต่อไปนี้

4.1.1.1 การปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย

โดยหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาแล้ว คู่สัญญาย่อมทำข้อตกลงต่างๆ นอกเหนือจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ ทั้งนี้ คู่สัญญาอาจทำข้อตกลงให้ผู้ประกอบธุรกิจให้สินเชื่อเงินด่วนสามารถเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยโดยฝ่ายเดียวได้เช่นกัน แต่ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ว่า เสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนผู้ให้สินเชื่อเงินด่วนกับผู้ขอสินเชื่ออาจถูกจำกัดได้หากข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรม ดังนี้ จึงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบธุรกิจสามารถปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้โดยฝ่ายเดียวโดยผู้ขอสินเชื่อไม่ได้ผิดนัดผิดสัญญา นั้นถือว่าเป็นธรรมหรือไม่

สำหรับปัญหาเรื่องข้อสัญญาที่ให้ผู้ประกอบการปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้เพียงฝ่ายเดียวโดยมิใช่เหตุจากความผิดของผู้ขอสินเชื่อเป็นธรรมหรือไม่นั้น ผู้วิจัยได้เคยวิเคราะห์ในบทที่ 3 โดยอาศัยแนวคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับสถาบันการเงินเนื่องจากปัจจุบันนี้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาของผู้ประกอบธุรกิจให้สินเชื่อเงินด่วนซึ่งมิใช่สถาบันการเงินในเรื่องดังกล่าวแล้วว่า ข้อตกลงให้สิทธิผู้ให้กู้ปรับอัตราดอกเบี้ยสูงขึ้นนั้นสามารถใช้บังคับได้ ไม่ถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะด้วย¹ ทั้งนี้ อัตราดอกเบี้ยภายหลังการแจ้งปรับขึ้นจะต้องไม่เกินกว่าอัตราดอกเบี้ยที่กฎหมายกำหนด ดังนี้ แม้การให้สินเชื่อเงินด่วนจะดำเนินการโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช่สถาบันการเงินก็ตาม แต่กรอบแห่งการพิจารณาก็ย่อมไม่

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2883/2546 : โจทก์เป็นธนาคารพาณิชย์ ย่อมมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 การคิดดอกเบี้ยของโจทก์จึงไม่ตกอยู่ในบังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และโจทก์ย่อมมีอำนาจปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยได้ แต่ต้องอยู่ภายในกรอบแห่งประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เมื่อการปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยของโจทก์ไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ย่อมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันจะเป็นผลทำให้ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ"

แตกต่างกัน จึงขอนำมาปรับใช้แก่กรณีนี้ว่าข้อตกลงที่ให้สิทธิผู้ประกอบการขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้ โดยฝ่ายเดียวและเหตุมิได้เกิดจากความผิดของผู้ขอสินเชื่อ นั้น หากอัตราดอกเบี้ยภายหลังการปรับขึ้นดังกล่าวไม่เกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ไม่เกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ประกอบกับประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ก็ถือเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมใช้บังคับได้ นอกจากนี้ ยังมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาสนับสนุนว่าการให้ความยินยอมล่วงหน้าของผู้ขอสินเชื่อให้ผู้ประกอบการปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้ตามกฎหมายนั้น ความยินยอมลักษณะดังกล่าวใช้บังคับได้ ทั้งนี้ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างคำวินิจฉัยตอนหนึ่งของคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องแต่เป็นของสถาบันการเงินขึ้นมาประกอบการพิจารณา และปรับใช้ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีคำวินิจฉัยในกรณีของสัญญาสินเชื่อเงินด่วน และเห็นว่าการอบในการพิจารณาคงไม่แตกต่างกัน เนื่องจากการให้สินเชื่อโดยปกติทางค้าเช่นเดียวกัน อีกทั้ง ยังมีการใช้สัญญาสำเร็จรูปเหมือนกันด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1381/2534 : ตามสัญญากู้ มีข้อความว่า “และถ้าต่อไปผู้ให้กู้จะขึ้นอัตราดอกเบี้ยไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้กู้ยอมให้ผู้ให้กู้มีสิทธิขึ้นอัตราดอกเบี้ยแก่ผู้ให้กู้ตามที่แจ้งไปนั้นทุกประการโดยไม่ได้แย้งใดๆ ทั้งสิ้น...” ดังนี้ เมื่อธนาคารแห่งประเทศไทยออกประกาศกำหนดให้โจทก์ซึ่งเป็นธนาคารพาณิชย์มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยจากผู้กู้ในอัตราที่เพิ่มขึ้นได้ และโจทก์มีหนังสือแจ้งการขอเพิ่มให้จำเลยทราบแล้ว อีกทั้งอัตราดอกเบี้ยที่เพิ่มก็ไม่เกินกว่าที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด โจทก์จึงมีสิทธิขึ้นอัตราดอกเบี้ยตามข้อสัญญาดังกล่าวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากจำเลยที่ 1 อีก”

อย่างไรก็ตาม ปัญหายังคงมีอยู่ต่อไปว่า แม้คู่สัญญาจะสามารถตกลงล่วงหน้าให้ผู้ขอสินเชื่อให้ความยินยอมให้ผู้ประกอบการปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยได้ฝ่ายเดียวก็ตาม แต่ในการปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวในแต่ละครั้งนั้น ผู้ประกอบการจะต้องแจ้งให้ผู้ขอสินเชื่อทราบหรือไม่

ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจให้สินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบการที่มีใช้สถาบันการเงิน ข้อ 4.4(1) ได้กำหนดเกี่ยวกับอัตราเพดานในการเรียกเก็บดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ ค่าธรรมเนียมใดๆ ที่ได้ใช้จ่ายไปจริงและพอสมควรแก่เหตุในสินเชื่อส่วนบุคคลไว้สำหรับดอกเบี้ยในอัตราไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี และข้อ 4.5(5) ได้กำหนดไว้ว่าในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงดอกเบี้ย ซึ่งทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ ให้ผู้ประกอบการแจ้งเป็นหนังสือแก่

ผู้บริโภค (ผู้ขอสินเชื่อ) ในเวลาอันควรด้วย* อย่างไรก็ตาม ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่าการแจ้งในเวลาอันควรนี้ต้องแจ้งก่อนหรือภายหลังการบังคับใช้อัตราใหม่ก็ได้ อีกทั้ง เวลาอันควรนี้หมายถึงระยะเวลาประมาณเท่าใด ดังนี้ จึงจำเป็นต้องนำกฎหมายตัวอื่นขึ้นมาใช้ช่วยในการพิจารณา ซึ่งกฎหมายที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในปัจจุบันคือ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาฉบับดังกล่าวในข้อ 3(1) บัญญัติว่า

“สัญญากู้ยืมเงินที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภค ต้องมีข้อความเป็นภาษาไทยที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจน มีขนาดของตัวอักษรที่ไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร และจะต้องใช้ข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สัญญากู้ยืมเงินชนิดที่ให้สิทธิผู้ให้กู้สามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยได้ การเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยใดๆ เพิ่มขึ้น ผู้ให้กู้ต้องแจ้งให้ผู้ถูกรับเป็นหนังสือมีขนาดตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร ดังนี้

(ก) แจ้งให้ผู้ถูกรับล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

(ข) ในกรณีเร่งด่วนแจ้งทางจดหมายหรือประกาศทางหนังสือพิมพ์รายวันภาษาไทยที่แพร่หลายในประเทศล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และการแจ้งโดยประกาศทางหนังสือพิมพ์นั้นให้แจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นหนังสือซ้ำอีกครั้งหนึ่ง...”

เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินด่วนอยู่ภายใต้บังคับแห่งประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาฉบับดังกล่าวตามที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 2 การปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยของสินเชื่อ

* ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีไซสถาบันการเงิน ข้อ 4.5(5) บัญญัติว่า “กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ เกี่ยวกับสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับตามข้อ 4.4(1) ซึ่งทำให้ผู้บริโภคเสียผลประโยชน์ ให้ผู้ประกอบธุรกิจแจ้งเป็นหนังสือแก่ผู้บริโภคในเวลาอันควรด้วย”

เงินด่วนก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติดังกล่าวด้วย ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ประสงค์จะปรับอัตราดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นมีหน้าที่ในอันที่จะต้องแจ้งผู้ขอสินเชื่อให้ทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วัน แต่สำหรับในกรณีเร่งด่วนอาจแจ้งโดยทางจดหมายหรือทางหนังสือพิมพ์รายวันภาษาไทยล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วัน และในกรณีแจ้งด้วยหนังสือพิมพ์นั้นจะต้องแจ้งเป็นหนังสือซ้ำอีกครั้งหนึ่ง ดังนี้ เมื่อพิจารณาเหตุผลแล้วจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบที่สำคัญของการแจ้งผู้ขอสินเชื่อเกี่ยวกับการปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฯ กับประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาก็คือ การแจ้งเป็นหนังสือและการกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการแจ้งนั่นเอง

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาและประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยได้กำหนดเรื่องเกี่ยวกับการแจ้งเพิ่มอัตราดอกเบี้ยเหมือนกันตรงที่ว่า จะต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือต่อผู้ขอสินเชื่อ เพราะแม้ในกรณีของการแจ้งล่วงหน้าโดยประกาศทางหนังสือพิมพ์นั้นประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาก็ยังกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องแจ้งเป็นหนังสือเพิ่มเติมซ้ำในภายหลังอีกครั้ง แต่สำหรับระยะเวลาที่จะต้องแจ้งนั้นยังเป็นประเด็นปัญหาอยู่เนื่องจากประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดให้แจ้งในเวลาอันควรแต่ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ต้องแจ้งล่วงหน้า 30 วัน หรือ 7 วัน ในกรณีเร่งด่วน ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเมื่อประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่าการบอกกล่าว "ในเวลาอันควร" เป็นอย่างไร ก็จำต้องยึดถือระยะเวลาตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งกำหนดให้บอกกล่าวล่วงหน้า 30 วัน หรือ 7 วัน ในกรณีเร่งด่วนนั่นเอง

สำหรับในกรณีของการแจ้งทางหนังสือพิมพ์ซึ่งผู้ประกอบการมีหน้าที่ในอันที่จะต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงเป็นหนังสือซ้ำอีกครั้งนั้น ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าการแจ้งเป็นหนังสือจะต้องแจ้งก่อนหรือสามารถแจ้งภายหลังการบังคับใช้อัตราดอกเบี้ยใหม่แล้ว สำหรับประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อประกาศคณะกรรมการไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการแจ้งซ้ำเป็นหนังสือเอาไว้ ผู้ประกอบการก็มีหน้าที่ในการแจ้งซ้ำเป็นหนังสือภายในระยะเวลาอันควรตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เพราะการแจ้งตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฯ กำหนดให้ต้องแจ้งเป็นหนังสือเท่านั้น ดังนั้น การแจ้งเป็นเพียงแต่ในหนังสือพิมพ์ก็ย่อมไม่เพียงพอและการแจ้งเป็นหนังสือภายในเวลาอันควรก็ยังคงต้องมียุ่่นเอง นอกจากนี้ผู้วิจัยยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า เวลาอันควรแจ้งซ้ำเป็นหนังสือนั้น ควรแจ้งอย่างช้าที่สุดในเวลาที่มีการส่งเอกสารในการเรียกให้ชำระหนี้ในคราวถัดไปนั่นเอง เนื่องจากเมื่อผู้ประกอบการจะต้องแจ้งยอดหนี้ที่ต้องชำระรวมถึง

ยอดค้างชำระหรือค่าธรรมเนียมต่างๆ (ถ้ามี) ไปยังผู้ขอสินเชื่ออยู่แล้ว ผู้ประกอบการก็ควรแจ้งการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยไปพร้อมกันด้วย

เมื่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาข้อ 3 ใช้คำว่า "...จะต้องใช้ข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญและเงื่อนไขดังต่อไปนี้..." ก็ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้ประกอบการมีหน้าที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการและระยะเวลาในการแจ้งปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยไว้ในข้อตกลงด้วย เมื่อข้อตกลงในสัญญาของผู้ประกอบการที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้นไม่ได้กำหนดถึงวิธีการและระยะเวลาในการแจ้งปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้เลย แต่กำหนดเพียงว่าให้ถือว่าการปรับเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาก็ต้องถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งย่อมมีผลตามมาตรา 35 ตรี แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่ว่า "เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาโดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นด้วยตามมาตรา 35 ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นไม่ใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น แล้วแต่กรณี" ดังนี้ เมื่อใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลหรือสัญญาสินเชื่อเงินกู้ไม่ได้กำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับรายละเอียดในวิธีการและระยะเวลาในการแจ้งปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยดังกล่าว ก็ต้องถือว่าใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลหรือข้อสัญญาสินเชื่อเงินกู้ได้มีข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาแล้ว ซึ่งผลก็คือในการปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยนั้น ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องแจ้งผู้ขอสินเชื่อตามเงื่อนไขและวิธีการในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวด้วย

อนึ่ง การฝ่าฝืนไม่ใส่ข้อความตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 57 ซึ่งผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนไม่กำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับวิธีการและระยะเวลาในการแจ้งปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยย่อมต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทเนื่องจากผู้ให้สินเชื่อเงินด่วนมีสถานะเป็นนิติบุคคลจึงไม่อาจรับโทษจำคุกได้โดยสภาพ ดังที่ได้เคยกล่าวไว้ในบทที่ 2

เมื่ออาศัยอำนาจตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ให้ถือว่ามิใช่ข้อกำหนดเรื่องการแจ้งเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนแล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ หากผู้ประกอบการไม่ดำเนินการแจ้งจะมีผลเป็นอย่างไร สำหรับปัญหานี้ ผู้วิจัยขอยกคำวินิจฉัยตอนหนึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4365/2539 ขึ้นมาประกอบการพิจารณา โดยแม้คำพิพากษาดังกล่าวจะเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญากู้ยืมเงินของสถาบันการเงินก็ตาม แต่ผู้วิจัยก็เห็นว่า เมื่อในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนยังไม่มีแนวคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าว ก็น่าจะนำ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องของสถาบันการเงินมาปรับแก้กรณีได้ เนื่องจากกรอบแห่งการพิจารณาคงไม่แตกต่างกันเท่าใดนัก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4365/2539 : ตามสัญญากู้ยืมเงินมีข้อความว่า ผู้ให้กู้จะขึ้นอัตราดอกเบี้ยไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้กู้ยอมให้ผู้ให้กู้มีสิทธิขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้ตามแต่จะเห็นสมควร โดยเพียงแต่แจ้งให้ผู้กู้ทราบเท่านั้น ข้อความที่ระบุไว้ดังกล่าว แม้จะให้สิทธิโจทก์ขึ้นอัตราดอกเบี้ยได้ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย แต่ก็มีเงื่อนไขว่าต้องแจ้งให้จำเลยทั้งสองทราบด้วย โจทก์จะขึ้นอัตราดอกเบี้ยโดยไม่แจ้งให้จำเลยทั้งสองทราบหาได้ไม่ แต่ตามคำฟ้องและการนำสืบของโจทก์ในชั้นพิจารณา ไม่ปรากฏว่าโจทก์ได้แจ้งให้จำเลยทั้งสองทราบว่า โจทก์ขอขึ้นอัตราดอกเบี้ยเป็นอัตราร้อยละ 18 และ 19 ต่อปี โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในอัตราดังกล่าวจากจำเลยทั้งสอง

เมื่อพิเคราะห์คำวินิจฉัยข้างต้นจะเห็นว่า หากสัญญากำหนดให้ผู้ให้กู้ต้องแจ้งการปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยแล้วผู้ให้กู้ไม่ได้แจ้ง ผู้ให้กู้ก็จะไม่มีสิทธิเรียกเก็บอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวจากผู้กู้นั่นเอง ดังนี้ เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินค้วนทุกฉบับต้องมีหรือถือว่ามีข้อความเกี่ยวกับการแจ้งเป็นหนังสือเรื่องการปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย ฉะนั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้แจ้งตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่ได้แจ้งล่วงหน้า 30 วัน (ในกรณีปกติ) ผู้ประกอบการธุรกิจก็ไม่อาจคิดดอกเบี้ยตามอัตราที่ตนเปลี่ยนแปลงกับผู้ขอสินเชื่อรายนั้นได้

อนึ่ง ยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติมอีกว่า การแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้ขอสินเชื่อ นั้น หากผู้ขอสินเชื่ออ้างว่าไม่ได้รับ หรือย้ายสถานที่อยู่อาศัยไปแล้ว กรณีนี้ ข้ออ้างดังกล่าวของผู้ขอสินเชื่อจะใช้อ้างยันเพื่อให้การปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวไม่มีผลได้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า ปัญหานี้จะต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการแสดงเจตนาต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทางขึ้นมาปรับใช้พิจารณา โดยมาตรา 169 บัญญัติว่า "การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งไม่ได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับเจตนา..." ซึ่งหมายถึงว่าการแสดงเจตนาที่ได้ส่งไปนั้น อยู่ในอำนาจของผู้รับการแสดงเจตนาที่จะทราบได้ หรือการแสดงเจตนาที่ส่งไปนั้น อยู่ในสภาพหรือในพฤติการณ์ที่ผู้รับอาจทราบได้ถึงการแสดงเจตนา นั้น ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้รับจะต้องได้รับทราบถึงการแสดงเจตนา นั้นจริงหรือไม่² การแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้ามีผลนับแต่เวลาที่ไปถึงผู้รับการ

² อักษราท จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : 2531) หน้า 66.

แสดงเจตนา จึงถือหลักแต่เพียงเจตนาไปถึงเท่านั้น ไม่ว่าผู้รับการแสดงเจตนาจะยอมรับหรือไม่³ หรือมีผู้รับแทน⁴ หรือผู้รับไม่ยอมรับ⁵ หรือไม่ว่าผู้รับจะได้ทราบข้อความหรือยังก็ถือว่าการแสดงเจตนาที่มีผลแล้ว ดังนี้ หากผู้ประกอบการธุรกิจได้แจ้งเปลี่ยนแปลงดอกเบี้ยเป็นหนังสือไปยังสถานที่อยู่ของผู้ขอสินเชื่อและมีผู้รับหนังสือดังกล่าวไว้แล้ว แม้ผู้ขอสินเชื่อจะไม่อยู่หรือไม่ได้เปิดอ่านก็ตาม ก็ย่อมถือว่าข้อความแจ้งในหนังสือไปถึงผู้ขอสินเชื่อแล้ว การปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยจึงสามารถใช้บังคับกับผู้ขอสินเชื่อรายนั้นได้ แต่สำหรับกรณีที่ผู้ขอสินเชื่อย้ายถิ่นที่อยู่อาศัย หากผู้ประกอบการธุรกิจส่งไปยังสถานที่อาศัยเดิม กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า จะถือว่าหนังสือแจ้งดังกล่าวไปถึงผู้ขอสินเชื่อไม่ได้ เนื่องจากการส่งดังกล่าวไม่ได้อยู่ในอำนาจของผู้ขอสินเชื่อที่จะทราบได้ ปัญหายังมีต่อไปว่า หากสัญญาสินเชื่อเงินค่างานกำหนดข้อความให้ผู้ขอสินเชื่อให้ความยินยอมว่าการส่งหนังสือหรือเอกสารใดๆ ไปยังสถานที่อยู่ที่แจ้งตามสัญญาให้ถือว่าผู้ขอสินเชื่อได้รับแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจะใช้บังคับได้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อข้อตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงหลักในการแสดงเจตนาต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง โดยจะให้ถือว่าผู้ขอสินเชื่อได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว ทั้งที่โดยหลักแห่งกฎหมายไม่อาจถือได้ว่าเอกสาร "ไปถึง" ผู้ขอสินเชื่อแล้ว กรณีเป็นการตกลงหลักเกณฑ์ของการแสดงเจตนาให้แตกต่างจากหลักที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จริงอยู่แม้โดยหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา นั้น คู่สัญญาอาจตกลงทำสัญญานอกเหนือจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ รวมถึงการกำหนดสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบบางประการที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนให้ต่างจากกฎหมายได้ แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดแก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงเจตนาคงมีอาจกระทำได้ เนื่องจากกรณีเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายมิใช่สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบตามสัญญาเปรียบเสมือนว่าคู่สัญญาไม่อาจตกลงยกเว้นหลักการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญให้มีผลเป็นอย่างอื่นแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปได้ ดังนี้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามโดยชัดแจ้งด้วยกฎหมาย

ข้อสัญญาของผู้ประกอบการธุรกิจอีกรายหนึ่งกำหนดว่า "ผู้ตกลงให้ความยินยอมต่อผู้ให้กู้ในการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย ค่าบริการ หรือค่าธรรมเนียมใดๆ ที่จะมีในอนาคตไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เป็นจำนวนมากขึ้น หรือน้อยลงก็ตามซึ่งความยินยอมนี้ผู้กู้

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 183-185/2497 , 1183/2506 และ 318/2501

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 136/2502

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1806/2512

ให้ความยินยอมตลอดไปและจะไม่เพิกถอนจนกว่าจะชำระหนี้ที่ผู้กู้มีต่อผู้ให้กู้จนหมดสิ้น ซึ่งในการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย ค่าบริการ หรือค่าธรรมเนียมใดๆ นั้น ผู้ให้กู้จะทำการประกาศเปลี่ยนแปลงดังกล่าวให้ผู้ทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 30 วัน ก่อนการเปลี่ยนแปลงจะมีผลใช้บังคับ ซึ่งในการแจ้งดังกล่าวผู้ให้กู้มีสิทธิเลือกทำการแจ้งให้ผู้ทราบเป็นหนังสือหรือแจ้งเปลี่ยนแปลงดังกล่าวให้ทราบโดยประกาศทางหนังสือพิมพ์ภาษาไทยรายวันที่แพร่หลายในประเทศก็ได้” ซึ่งเป็นกรณีให้สิทธิผู้ประกอบการในการเลือกใช้วิธีการแจ้งไปยังผู้ขอสินเชื่อเช่นนั้น จะมีผลบังคับในทางกฎหมายอย่างไร เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา

ในการปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยนั้นแม้ผู้ประกอบการรายนี้จะได้กำหนดเกี่ยวกับรูปแบบและระยะเวลาในการแจ้งว่าจะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าอย่างน้อย 30 วัน ก่อนการเปลี่ยนแปลงจะมีผลใช้บังคับก็ตาม แต่ข้อสัญญาดังกล่าวกำหนดให้สิทธิผู้ประกอบการที่จะเลือกได้ว่าจะแจ้งเป็นหนังสือหรือทางหนังสือพิมพ์ก็ได้ ดังนี้ ย่อมขัดกับหลักเกณฑ์ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่กำหนดให้ต้องแจ้งเป็นหนังสือเท่านั้น โดยแม้ในกรณีเร่งด่วนที่อาจแจ้งทางหนังสือพิมพ์ภาษาไทยที่แพร่หลายในประเทศได้นั้น ผู้ประกอบการก็ต้องแจ้งเป็นหนังสือซ้ำอีกที่เช่นกัน ดังนี้ ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ประกอบการเลือกวิธีแจ้งได้ดังกล่าวจึงถือว่าฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งผลก็คือต้องถือว่าใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลหรือข้อสัญญาสินเชื่อเงินกู้ได้มีข้อกำหนดวิธีการแจ้งตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาแล้ว ดังนี้ในการปรับขึ้นอัตราดอกเบี้ยตามสัญญาฉบับดังกล่าว ผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องแจ้งผู้ขอสินเชื่อเป็นหนังสือในทุกกรณี (แม้บางกรณีจะเป็นการแจ้งซ้ำก็ตาม) อีกทั้ง ยังไม่มีสิทธิเลือกใช้วิธีการแจ้งทางหนังสือพิมพ์ด้วย เนื่องจากการแจ้งทางหนังสือพิมพ์นั้นผู้ประกอบการจะทำได้ในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนเท่านั้น อนึ่ง การฝ่าฝืนมอบสัญญาที่มีข้อกำหนดดังกล่าวให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ ผู้ประกอบการย่อมระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ด้วย

4.1.1.2 การปรับเปลี่ยนอัตราค่าธรรมเนียม

สำหรับข้อตกลงให้สิทธิผู้ประกอบการให้สินเชื่อเงินด่วนในการปรับเปลี่ยนอัตราค่าธรรมเนียมได้เพียงฝ่ายเดียวนั้น จะใช้บังคับได้หรือไม่ และมากน้อยเพียงใด เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณา เมื่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 ข้อ 4(4) กำหนดว่า “ข้อสัญญาที่ผู้ให้กู้ทำกับผู้กู้ต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่มีลักษณะหรือมีความหมายทำนองเดียวกัน

ดังต่อไปนี้... (4) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้กู้เปลี่ยนแปลงอัตราค่าบริการต่างๆ เกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงิน
 เว้นแต่ที่กำหนดไว้ในข้อ 3(1)* ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบการเปลี่ยนแปลงอัตรา
 ค่าธรรมเนียมได้เพียงฝ่ายเดียวย่อมถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้กู้เปลี่ยนแปลงอัตรา
 ค่าบริการต่างๆ เกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงินตามประกาศข้างต้น เมื่อผู้ประกอบการกำหนดข้อสัญญา
 ให้สิทธิตนปรับเปลี่ยนค่าธรรมเนียมได้ก็ย่อมถือเป็นการใช้ข้อความอันฝ่าฝืนบทบัญญัติในข้อ 4 ของ
 ประกาศฉบับดังกล่าว ฉะนั้น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522
 มาตรา 35 จักว่า ที่ว่า “เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบการธุรกิจที่
 ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใดตามมาตรา 35 ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว
 ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น” ดังนี้ จึงต้องถือว่าสัญญาของผู้ประกอบการจรรยา
 ดังกล่าวไม่มีข้อความอนุญาตให้ผู้ประกอบการปรับเปลี่ยนอัตราค่าธรรมเนียมได้โดยฝ่ายเดียว
 นอกจากนี้ การที่ผู้ประกอบการฝ่าฝืนส่งสัญญาที่มีข้อความดังกล่าวให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ ผู้ประกอบ
 ธุรกิจยังมีความผิดตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ต้องระวางโทษ
 ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

4.1.1.3 การปรับเปลี่ยนค่าใช้จ่ายต่างๆ

ข้อตกลงให้สิทธิผู้ประกอบการให้สินเชื่อเงินดาวน์ปรับเปลี่ยนค่าใช้จ่าย
 ต่างๆ ที่จำเป็นได้ฝ่ายเดียวนั้น จริงอยู่แม้ค่าใช้จ่ายต่างๆ จะไม่ถือเป็นดอกเบี้ยเพราะมิใช่
 ประโยชน์ที่ผู้ให้กู้ได้รับเนื่องจากการให้กู้ยืมดังที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วในบทที่ 3 ก็ตาม แต่หากเป็น
 ค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการต้องจ่ายไปเพื่อการให้กู้ยืมแล้ว ผู้ประกอบการก็ย่อมจะเรียกเก็บเอา
 จากผู้ขอสินเชื่อได้เช่นกัน โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 651 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ
 พยานิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ค่าฤชาธรรมเนียมในการทำสัญญาก็ดี ค่าส่งมอบและส่งคืนทรัพย์สินซึ่ง
 ยืมก็ดี ย่อมตกแก่ผู้ยืมเป็นผู้เสีย” โดยเจตนารมณ์ของมาตรา 651 นั้น ค่าใช้จ่ายต่างๆ อัน
 เกี่ยวเนื่องจากการทำสัญญากู้ยืมเงินผู้ยืมย่อมต้องเป็นผู้รับผิดชอบ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายมิได้
 บัญญัติให้ผู้ให้ยืมได้รับค่าตอบแทนจากการให้กู้ยืมเงิน (แม้คู่สัญญาจะสามารถตกลงเป็นอย่าง
 อื่น กล่าวคือ ตกลงให้มีการให้ค่าตอบแทนแก่กันได้ก็ตาม) กฎหมายจึงให้ผู้ยืมเป็นผู้รับผิดชอบ
 ค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดจากการกู้ยืมเงิน ดังนี้ หากมีค่าใช้จ่ายต่างๆ เกิดขึ้นเพื่อการทำสัญญา
 สินเชื่อเงินดาวน์ ผู้ประกอบการก็ย่อมเรียกเก็บเอาจากผู้ขอสินเชื่อได้ และผู้วิจัยยังมีความเห็น

* ข้อ 3(1) เป็นรายละเอียดเกี่ยวกับการปรับอัตราดอกเบี้ยที่ทำให้ผู้ขอสินเชื่อเสียประโยชน์ดังที่ได้กล่าว
 รายละเอียดไปแล้วในหัวข้อการปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย

ต่อไปว่า หากค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้จ่ายไปจริงมีการปรับเปลี่ยนเพิ่มขึ้นแล้ว ผู้ประกอบการธุรกิจก็ย่อมเรียกเก็บเอาจากผู้ขอสินเชื่อได้เช่นกัน ทั้งนี้ ต้องอยู่บนฐานแห่งความสุจริตของผู้ประกอบการธุรกิจด้วย

อนึ่ง ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในข้อ 4.5(6) ว่า “นอกจากเกณฑ์ที่กล่าวมา หากมีการเปลี่ยนแปลงค่าใช้จ่ายตามที่ได้จ่ายไปจริงและพอสมควรแก่เหตุตามข้อ 4.4(2) รวมทั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่ทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ ผู้ประกอบการธุรกิจต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริโภคเสียก่อน เว้นแต่ผู้บริโภคเลือกที่จะให้สิทธิผู้ประกอบการดำเนินกรเป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะมีการตกลงใดๆ ไว้ ผู้ประกอบการธุรกิจต้องประกาศเปลี่ยนแปลงเหล่านั้นให้ผู้บริโภคราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วัน ก่อนการเปลี่ยนแปลงจะมีผลใช้บังคับ” กล่าวคือ โดยหลักแล้วการเปลี่ยนแปลงค่าใช้จ่ายต่างๆ อันทำให้ผู้ขอสินเชื่อต้องเสียประโยชน์ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ขอสินเชื่อเสียก่อน กรณีนี้ต่างจากการปรับเปลี่ยนดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมเนื่องจากในเรื่องของดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมนี้ ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะอย่างเช่นในกรณีของค่าใช้จ่ายต่างๆ ว่า จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ขอสินเชื่อก่อน ทั้งนี้ แม้คู่สัญญาอาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้ก็ตาม

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ เมื่อผู้ขอสินเชื่อก็อาจยินยอมให้สิทธิผู้ประกอบการธุรกิจปรับเปลี่ยนอัตราค่าใช้จ่ายต่างๆ เพียงฝ่ายเดียวได้ ความยินยอมดังกล่าวถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ เนื่องจากข้อตกลงเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอยู่ในใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลหรือสัญญาสินเชื่อเงินกู้ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ประกอบการใช้กับผู้บริโภค (ผู้ขอสินเชื่อ) หากข้อสัญญาทำให้ผู้ขอสินเชื่อเสียเปรียบเกินควรย่อมถือได้ว่าเป็นไม่เป็นธรรม เมื่อกฎหมายให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ก็จำเป็นจะต้องศึกษาค้นคว้าว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นธรรมหรือไม่จากแนวคำวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกานั้นเอง อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยยังไม่พบแนวคำพิพากษาศาลที่วินิจฉัยถึงเรื่องดังกล่าวคงมีแต่เพียงคำวินิจฉัยในกรณีการปรับขึ้นดอกเบี้ยซึ่งไม่สามารถนำมาใช้กับเรื่องของค่าใช้จ่ายต่างๆ ได้ ดังที่ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ไปแล้วข้างต้น อนึ่ง โดยส่วนตัวแล้วผู้วิจัยมีความเห็นว่าข้อตกลงในเรื่องการปรับเปลี่ยนค่าใช้จ่ายต่างๆ ดังกล่าวได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ขอสินเชื่อนั้น ถือเป็นข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ขอสินเชื่อเสียเปรียบเกินควรอันถือเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนั่นเอง ซึ่งผลในกรณีที่ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมก็คือ ข้อสัญญาดังกล่าวยังคงสมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้ในทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญาเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ทั้งนี้ อยู่ภายใต้ดุลพินิจศาลที่จะพิจารณา

4.1.2 การคิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ย

ข้อตกลงในใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลหรือสัญญาสินเชื่อเงินกู้บางรายกำหนดให้สิทธิผู้ประกอบการในการเรียกเก็บดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยได้ในกรณีผู้ขอสินเชื่อค้างชำระดอกเบี้ยไม่น้อยกว่าหนึ่งปี อาทิเช่นสัญญาของผู้ประกอบการแห่งหนึ่งว่า "...ในกรณีที่ผู้กู้ค้างชำระดอกเบี้ยไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ผู้กูยินยอมให้ผู้ให้นำดอกเบี้ยนั้นรวมเข้ากับต้นเงินที่ค้างชำระเพื่อคิดดอกเบี้ยภายใต้ข้อตกลงนี้ต่อไป..." ดังนี้ ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลในทางกฎหมายเป็นอย่างไร เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา

การนำดอกเบี้ยที่ค้างชำระไม่น้อยกว่าหนึ่งปีมารวมเข้ากับเงินต้นที่ค้างชำระและคิดคำนวณดอกเบี้ยจากเงินต้นรวมกับดอกเบี้ยดังกล่าวถือเป็นการเรียกดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยหรือที่กฎหมายใช้คำว่า "ดอกเบี้ยทบต้น" โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดอกเบี้ยทบต้นในหนังกฎีมีเงินไว้ในมาตรา 655 วรรคแรกว่า "ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แต่ทว่าเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง คู่สัญญาผู้ยืมจะตกลงกันให้เอาดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงินแล้วให้คิดดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ทบเข้ากันนั้นก็ได้ แต่การตกลงเช่นนั้นต้องทำเป็นหนังสือ" อนึ่ง การคิดดอกเบี้ยทบต้นตามมาตรา 655 นั้น เมื่อรวมดอกเบี้ยทบต้นเข้าด้วยแล้ว แม้จะเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี ก็ไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา⁶ แต่ถ้าทำสัญญาผู้ใหม่โดยเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระมารวมเข้าด้วย เป็นดอกเบี้ยเกินอัตรา ดอกเบี้ยทั้งหมดจึงตกเป็นโมฆะ⁷ เพราะไม่ใช่ตกลงกันให้คิดดอกเบี้ยทบต้นในดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าหนึ่งปีตามมาตรา 655 วรรคแรก แต่เป็นการเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระมาทำสัญญาผู้ขึ้นใหม่ จึงถือว่าเป็นดอกเบี้ยเกินอัตรา⁸ อนึ่ง ถ้าเป็นการคิดดอกเบี้ยในเงินประเภทอื่นที่ไม่ใช่ดอกเบี้ย เช่น การคิดดอกเบี้ยในค่าเสียหายหรือดอกเบี้ยในเบี้ยปรับ เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการเรียกดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ย⁹

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1370/2513

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2321/2518

⁸ มัลลิกา ลับโพธิ์, อ้างแล้ว, หน้า 41.

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1774/2500

ตามที่ได้วิเคราะห์หลักในการเรียกดอกเบี้ยทบต้นไปแล้วในบทที่ 3 ว่า คู่สัญญา
 สันเชื่อไม่น่าจะกำหนดให้มีการเรียกดอกเบี้ยทบต้นไว้ล่วงหน้าได้ คู่สัญญาจะตกลงกันให้มีการคิด
 ดอกเบี้ยทบต้นได้ก็ต่อเมื่อมีดอกเบี้ยค้างชำระเกินกว่าหนึ่งปีแล้วเท่านั้น โดยการตกลงดังกล่าว
 จะต้องทำเป็นหนังสือด้วย ดังนี้ หากคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกำหนดเกี่ยวกับการเรียกดอกเบี้ย
 ทบต้นในกรณีมีดอกเบี้ยค้างชำระเกินกว่า 1 ปี ไว้ล่วงหน้าได้แล้ว ข้อกำหนดดังกล่าวในสัญญา
 ย่อมเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้ ผู้ประกอบการ
 ย่อมไม่สามารถเรียกดอกเบี้ยทบต้นออกจากผู้ขอสินเชื่อได้ และหากผู้ขอสินเชื่อได้ชำระดอกเบี้ย
 ทบต้นดังกล่าวให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจไปแล้ว กรณีก็ต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรได้ที่เคย
 กล่าวถึงและวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 3 มาปรับใช้แก่กรณี ซึ่งหากผู้ขอสินเชื่อไม่ได้ชำระดอกเบี้ยทบต้น
 ดังกล่าวไปโดยสมัครใจหรือตามอำเภอใจแล้ว ผู้ขอสินเชื่อย่อมเรียกคืนดอกเบี้ยทบต้นดังกล่าวคืน
 ในฐานะลามิควรได้ได้ ทั้งนี้ ผู้ขอสินเชื่ออาจขอใช้สิทธิหักกลบหนี้กับหนี้เงินต้น ดอกเบี้ย
 ค่าธรรมเนียม ฯลฯ ที่ค้างชำระอยู่กับผู้ประกอบการธุรกิจได้ด้วย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่หากข้อตกลงเรื่องการเรียกดอกเบี้ยทบต้นล่วงหน้า
 สามารถใช้บังคับได้ กรณีก็ยังมีปัญหาอีกว่า ข้อตกลงดังกล่าวถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
 หรือไม่ เนื่องจากเป็นข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูประหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค ดังนี้ หาก
 ศาลพิเคราะห์เห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการทำให้ผู้ขอสินเชื่อ (ผู้บริโภค) เสียเปรียบเกินสมควร
 อันถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลก็ย่อมมีดุลพินิจในการพิจารณาให้ข้อสัญญาดังกล่าวใช้
 บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีได้ อย่างไรก็ตาม ในขณะนี้ยังไม่มีแนวทางของศาลใน
 การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นธรรมหรือไม่ อย่างไร อนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อ
 สัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 (9) กำหนดให้ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่
 ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควรถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

4.1.3 การเรียกเก็บดอกเบี้ยแฝงในรูปของค่าธรรมเนียม

ผู้ประกอบการสินเชื่อเงินด่วนทุกรายจะกำหนดข้อตกลงในใบคำขอสินเชื่อส่วน
 บุคคลและสัญญาสินเชื่อเงินกู้เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ดังตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาของ
 ผู้ประกอบการรายหนึ่งที่กำหนดว่า “ผู้กู้ตกลงชำระคืนเงินต้น พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราที่
 บริษัทกำหนดไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี และค่าธรรมเนียมรวมกันแล้วไม่เกินร้อยละ 28 ต่อปี
 (Effective rate) (ต่อไปในสัญญาเรียกว่า “ค่างวด”) โดยมีรายละเอียดอัตราดอกเบี้ย และ

ค่าธรรมเนียมปรากฏตามตารางที่บริษัทกำหนด ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาอีกด้วย” ทั้งนี้ ขอ ยกตัวอย่างตารางการเรียกเก็บดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งดังนี้

1. ดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ ค่าธรรมเนียมใดๆ		สูงสุด 28% ต่อปี
ค่าใช้จ่ายตามที่ได้จ่ายไปจริงและพอสมควรแก่เหตุ		
2. ค่าใช้จ่ายที่จ่ายให้แก่หน่วยงานราชการ		4. ค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนในการดำเนินงานของบริษัท
ค่าอากรแสตมป์ 1 บาท ทุกๆ เงินกู้ 2,000 บาทหรือเศษของเงินกู้ 2,000 บาท		4.1 ค่าใช้จ่ายในการติดตามทวงถามหนี้ 200 บาท/ครั้ง
3. ค่าใช้จ่ายที่จ่ายให้แก่หน่วยงานภายนอกหรือบุคคลอื่น		4.2 ค่าใช้จ่ายในกรณีเช็คคืน 200 บาท/ครั้ง
3.1 ค่าใช้จ่ายในการชำระเงิน		4.3 ค่าออกบัตรใหม่กรณีหาย/ชำรุด(กรณีใช้บัตรเบิกถอน) - บาท/ครั้ง
ชำระเงินที่เคาน์เตอร์ของธนาคาร 10-30 บาท/ครั้ง		4.4 ค่าขอใบแจ้งยอดบัญชีของแต่ละงวด(ชุดที่ 2 เป็นต้นไป) 100 บาท/ครั้ง
ชำระที่จุดบริการรับชำระ 10-30 บาท/ครั้ง		4.5 ค่าขอรหัสประจำตัวบัตรใหม่ทดแทนรหัสเดิม - บาท/ครั้ง
ชำระโดยเช็คหรือธนาคาณัติทางไปรษณีย์ - บาท/ครั้ง		(กรณีใช้บัตรในการเบิกถอน)
ชำระที่ทำการไปรษณีย์ 10-20 บาท/ครั้ง		4.6 ค่าขอตรวจสอบรายการ - บาท/ครั้ง
ชำระโดยหักบัญชีธนาคาร 10-30 บาท/ครั้ง		
ชำระผ่านเครื่อง ATM 10-30 บาท/ครั้ง		
ชำระผ่านระบบโทรศัพท์อัตโนมัติ 10-30 บาท/ครั้ง		
ชำระผ่านระบบอินเทอร์เน็ต 10-30 บาท/ครั้ง		
ชำระผ่านระบบ Mobile Payment 10 บาท/ครั้ง		
3.2 ค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบข้อมูลเครดิต 12 บาท/ครั้ง		
3.3 ค่าใช้จ่ายกรณีเงินในบัญชีไม่พอจ่าย สูงสุด 100 บาท/ครั้ง		
(กรณีชำระหนี้โดยการหักบัญชีกับสถาบันการเงินอื่น)		
3.4 ค่าใช้จ่ายในการติดตามทวงถามหนี้ สูงสุด 45% ของยอดสินเชื่อคงค้าง		

ข้อตกลงในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจเรียกเก็บดอกเบี้ยรวมกับ ค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินอัตราร้อยละ 28 ต่อปีนั้น สามารถใช้บังคับได้ตั้งแต่แรกแม้ผู้ขอสินเชื่อจะ ยังไม่มีการผิดนัดผิดสัญญาใดๆ เลยก็ตาม ดังนี้ การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวมีผลตาม กฎหมายอย่างไร เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องและ หลักเกณฑ์ที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 3 มาพิจารณาประกอบกัน

ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ข้อ 4.4(1) บัญญัติว่า “ผู้ประกอบธุรกิจอาจ เรียกเก็บดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ เกี่ยวกับสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้ การกำกับ ทั้งนี้ อัตราดอกเบี้ยที่เรียกเก็บต้องไม่เกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ (ร้อยละ 15 ต่อ ปี) โดยอัตรารวมสูงสุดของดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ ดังกล่าวรวมกัน แล้วต้องไม่เกินร้อยละ 28 ต่อปี (Effective Rate)” ดังนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่า อัตราเรียกเก็บ เฉพาะค่าธรรมเนียม ค่าปรับ และค่าบริการรวมกันต้องไม่เกินร้อยละ 13 ต่อปี ทั้งนี้ ประกาศ

ธนาคารแห่งประเทศไทยฉบับดังกล่าวไม่ได้บัญญัติให้ความหมายของคำว่า "ค่าธรรมเนียม" เอาไว้ ดังนั้น กรณีจึงอาจเป็นที่สงสัยได้ว่า การเรียกเก็บในลักษณะใดจึงจะถือว่าเป็นค่าธรรมเนียม อีกทั้ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีได้บัญญัติเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมเอาไว้ คงมีแต่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับค่าฤชาธรรมเนียมเท่านั้นที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 651 เรื่องการกู้ยืมเงินว่า "ค่าฤชาธรรมเนียมในการทำสัญญาที่ดี ค่าส่งมอบและส่งคืนทรัพย์สินซึ่งยืมก็ดี ย่อมตกแก่ผู้ยืมเป็นผู้เสีย" ดังนั้น กรณีจึงยังเป็นที่สงสัยอยู่ว่า ค่าฤชาธรรมเนียมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และค่าธรรมเนียมตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

เจ้าหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทยเคยให้ความเห็นตอบคำถามเรื่องการกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับไว้ว่า ค่าธรรมเนียมที่รวมอยู่ภายใต้อัตราเรียกเก็บรวมกับดอกเบี้ยไม่เกินร้อยละ 28 ต่อปี ได้แก่ ค่าธรรมเนียมใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องการเรียกเก็บ นอกเหนือจากค่าใช้จ่ายตามที่ได้จ่ายไปจริงและพอสมควรแก่เหตุตามที่ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฯ กำหนด ทั้งนี้ อาจรวมถึงค่าธรรมเนียมแรกเข้า ค่าธรรมเนียมรายปี ค่าธรรมเนียมการทำสัญญา ค่าธรรมเนียมการยื่นกู้ ค่าอนุมัติวงเงิน ชำระหนี้ล่าช้า ค่าธรรมเนียมในการชำระหนี้ก่อนครบกำหนด ค่าธรรมเนียมการโอนเงินให้สินเชื่อเข้าบัญชีเงินฝากของผู้ขอสินเชื่อ เป็นต้น¹⁰

สำหรับประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ค่าฤชาธรรมเนียมในเงินกู้ยืมและค่าธรรมเนียมในสินเชื่อเงินด่วนน่าจะเป็นอย่างเดียวกัน ทั้งนี้ เนื่องจากหากตีความว่า ค่าธรรมเนียมเป็นอย่างอื่นนอกจากค่าฤชาธรรมเนียมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมสินเชื่อเงินด่วนตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยย่อมไม่มีหลักกฎหมายรองรับ ซึ่งอาจถือเป็นการตกลงกันเองระหว่างคู่สัญญานอกเหนือจากกฎหมายตามหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาได้ แต่เมื่อประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยมีบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมไว้ กรณีย่อมไม่อาจถือได้ว่า ค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นเรื่องของการตกลงกันเองของคู่สัญญานอกเหนือจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา ดังนั้น จึงต้องถือว่าค่าธรรมเนียมตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นอย่างเดียวกันกับค่าฤชาธรรมเนียมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

¹⁰ ธนาคารแห่งประเทศไทย , อ้างแล้ว

“ค่าฤชาธรรมเนียมในการทำสัญญา” มีความหมายว่าอย่างไรกฎหมายไม่ได้ให้คำนิยามเอาไว้ นักกฎหมายบางท่าน¹¹ ได้ให้ความหมายไว้ว่า ค่าฤชาธรรมเนียม หมายถึงเงินที่จะเสียแก่รัฐตามอัตราในกฎหมายโดยผ่านทางพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการรับจดทะเบียนสัญญาซื้อขายและตกเป็นของรัฐ ค่าฤชาธรรมเนียมไม่ใช่ค่าใช้จ่ายในการทำสัญญา ไม่ใช่ค่าแห่งทรัพย์สินที่ซื้อขาย ไม่ใช่ค่าขนส่ง ค่าภาษีเงินได้ ค่าถ่ายเอกสาร ค่าบริการที่ให้เจ้าหน้าที่ ค่ารังวัดที่ดิน ค่านายหน้าหรือค่าปฎิการอื่นๆ ดังนี้ ค่าฤชาธรรมเนียมในการทำสัญญากู้ยืมเงินจึงหมายถึง เงินที่ต้องเสียให้แก่รัฐเพื่อการทำสัญญา เช่น ค่าอากรแสตมป์ เป็นต้น ทั้งนี้ ค่าจัดส่งเอกสารต่างๆ ประกอบการทำสัญญาให้แก่นักยืมไม่ถือเป็นค่าฤชาธรรมเนียม ดังนี้ เงินที่เรียกเก็บระหว่างคู่สัญญากู้ยืมเงินนอกเหนือจากเงินที่ต้องเสียให้แก่หน่วยงานของรัฐเพื่อการดำเนินการจัดทำสัญญาระหว่างกันแล้ว ย่อมไม่อาจถือเป็นค่าฤชาธรรมเนียมหรือค่าธรรมเนียมตามความหมายของประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยได้

เนื่องจากข้อสัญญาที่กำหนดในใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลกับสัญญาสินเชื่อเงินกู้ของผู้ประกอบการรายที่ได้ยกเป็นตัวอย่างข้างต้นมีข้อความว่า “...ดอกเบี้ยในอัตราที่บริษัทกำหนดไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี และค่าธรรมเนียมรวมกันแล้วไม่เกินร้อยละ 28 ต่อปี...” โดยไม่ปรากฏว่าค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นค่าธรรมเนียมสำหรับอะไรบ้าง อีกทั้ง ผู้ขอสินเชื่อไม่อาจทราบได้เลยว่าค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บดังกล่าวผู้ประกอบการธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนได้นำไปใช้เพื่อการทำสัญญาสินเชื่อเงินด่วนระหว่างกันหรือไม่ แต่ในทางตรงกันข้าม ข้อความดังกล่าวกลับแสดงให้เห็นถึงเจตนาของแห่งสัญญาสินเชื่อเงินด่วนฉบับดังกล่าวว่า ประสงค์ที่จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเป็นอัตราไม่เกินร้อยละ 13 ต่อปี ในเงินต้นที่ค้างชำระนั่นเอง ทั้งนี้ หากจะพิจารณาว่าสัญญาสินเชื่อเงินด่วนที่มีอายุสัญญา 2 ปี ผู้ขอสินเชื่อก็มีหน้าที่จ่ายค่าธรรมเนียมสำหรับการทำสัญญากู้ยืมเงินเป็นระยะเวลา 2 ปี คงไม่ใช่เหตุผลในการอธิบายที่ถูกต้องแน่ ดังนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าค่าธรรมเนียมที่ผู้ประกอบการเรียกเก็บในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนไม่ใช่ค่าฤชาธรรมเนียมตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บระหว่างกันในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนไม่อาจถือได้ว่าเป็นค่าฤชาธรรมเนียมแล้ว กรณีจึงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ค่าธรรมเนียมในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนนั้น มีสถานะในทางกฎหมายอย่างไร

¹¹ วิษณุ เครืองาม , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ : 2549) หน้า 142-143.

แม้ว่าคู่สัญญาจะเรียกสิ่งที่เรียกเก็บระหว่างกันตามสัญญากู้ยืมเงิน หรือสัญญาใดๆ ว่าอะไรก็ตาม สถานะและผลใช้บังคับตามกฎหมายของสิ่งที่เรียกเก็บระหว่างกันจะถือตามลักษณะทางกฎหมายเป็นสำคัญ เมื่อค่าธรรมเนียมที่ผู้ให้สินเชื่อเรียกเก็บจากผู้ขอสินเชื่อตามสัญญา มีได้อาศัยเหตุเนื่องจากการผิดนัดผิดสัญญาของผู้ขอสินเชื่อ กรณีย่อมต้องถือเป็นผลประโยชน์ที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับอันเนื่องมาจากการให้กู้ยืมเงิน ทั้งนี้ กฎหมายอาจจะถือว่าผลประโยชน์ตอบแทนนั้นเป็นดอกเบี้ยได้หากมีลักษณะต้องตรงตามกฎหมาย ดังนี้ เมื่อผู้วิจยเห็นว่าค่าธรรมเนียมตามสัญญาสินเชื่อเงินด่วนมิได้มีสถานะเป็นค่าฤชาธรรมเนียมตามสัญญากู้ยืมเงินแล้ว ก็จะได้วิเคราะห์สถานะในทางกฎหมายของค่าธรรมเนียมดังกล่าวกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายเรื่องดอกเบี้ยดังจะกล่าวต่อไปนี้

ดังที่ได้วิเคราะห์ไปในบทที่ 3 ถึงลักษณะของดอกเบี้ยแล้วว่า “ดอกเบี้ยเป็นดอกผลดินนัยชนิดหนึ่งของหนี้เงิน ซึ่งอาจเป็นเงินตราหรือสิ่งของอย่างอื่นก็ได้ ทั้งนี้ สิทธิในการเรียกเก็บดอกเบี้ยระหว่างกันย่อมเกิดขึ้นจากข้อตกลงหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้” อีกทั้งยังได้วิเคราะห์ถึงการทำข้อตกลงเรียกเก็บดอกเบี้ยแฝงในรูปค่าใช้จ่ายอย่างอื่นไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียม ค่าแรกเข้า หรือค่าตรวจสอบเอกสาร เป็นต้น แล้วว่า หากพิเคราะห์หลักเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องดอกเบี้ยแล้วจะเห็นได้ว่าค่าธรรมเนียมถือเป็นประโยชน์ที่ผู้ให้กู้ได้รับเป็นการตอบแทนจากการผู้กู้นั่นเอง จึงถือได้ว่าเป็นดอกผลดินนัยในหนี้เงิน และเมื่อค่าธรรมเนียมสามารถคำนวณและถือเอาได้เป็นรายวันหรือตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ด้วยแล้ว ค่าธรรมเนียมดังกล่าวก็ย่อมมีสถานะเป็นดอกเบี้ย (ในฐานะที่เป็นค่าตอบแทน) ตามกฎหมาย

หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 (ค) ที่ว่า “บุคคลใด... (ค) นอกจากดอกเบี้ยยังบังอาจกำหนดเอา หรือรับเอาซึ่งกำไรอื่นเป็นเงินหรือสิ่งของ หรือโดยวิธีเพิกถอนหนี้ หรืออื่นๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืม ท่านว่าบุคคลนั้นมีความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา...” เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติมาตรานี้แล้ว จะเห็นได้ว่า “กำไร” นั้นหมายถึง เงิน หรือสิ่งของ หรือวิธีเพิกถอนหนี้ รวมถึงประโยชน์อื่นๆ ที่ผู้ให้กู้ได้รับจากผู้กู้อันเนื่องมาจากการให้กู้ยืมเงินนอกเหนือจากค่าฤชาธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อการทำสัญญา กล่าวคือประโยชน์ที่ผู้ให้กู้ได้เปล่านั้นเนื่องจากการที่ได้ให้กู้ยืมเงินนั้น และโดยที่การเรียกเก็บกำไรดังกล่าวเกินสมควรถือเป็นการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา จึงอนุมานได้ว่า “กำไร” ถือเป็น “ดอกเบี้ย” ตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 นั่นเอง

อนึ่ง เนื่องจากการให้สินเชื่อของธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินนั้น มีการคิดค่าธรรมเนียมเพื่อการให้สินเชื่ออยู่ด้วย ดังนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรที่จะกล่าวถึงลักษณะของค่าธรรมเนียมดังกล่าวเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะดอกเบี้ย เพื่อนำมาประกอบการพิจารณา "ค่าธรรมเนียม" การให้สินเชื่อเงินค้ำประกันด้วย

ค่าธรรมเนียมในสัญญาสินเชื่อของธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงิน ได้แก่ ค่าธรรมเนียมกันเงิน (Commitment Fee) ค่าธรรมเนียมชำระเงินคืนก่อนกำหนด (Penalty Fee) และค่าธรรมเนียมจัดการเงินกู้ (Front-End-Fee) เมื่อนำค่าธรรมเนียมทั้ง 3 ประเภทมาพิจารณากับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของดอกเบี้ยจะพบว่า มีผลดังต่อไปนี้

ค่าธรรมเนียมกันเงิน (Commitment Fee) คือ ค่าธรรมเนียมที่ธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินคิดกับผู้ขอสินเชื่อจากจำนวนเงินที่ต้องกันเอาไว้เพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อเบิก เช่น นาย A ทำสัญญากู้ยืมเงินธนาคาร B จำนวน 1,000,000 บาท แต่นาย A ไม่ได้เบิกเงินจากธนาคารทั้งหมดในคราวเดียว นาย A เบิกเงินไปก่อนเพียงแค่ 100,000 บาท เท่านั้น โดยที่เงินอีกจำนวน 900,000 บาท ก็ยังไม่ทราบว่า จะเบิกอีกทีเมื่อไร ดังนี้ ธนาคาร B จึงจำเป็นต้องกันเงินจำนวน 900,000 บาท ไว้ เพื่อให้ นาย A มาเบิกเมื่อไรก็ได้ภายในระยะเวลาที่คู่สัญญากำหนดไว้ เงินจำนวน 900,000 บาทนี้ คือเงินกันไว้เพื่อผู้ขอสินเชื่อนั่นเอง ซึ่งธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมกันเงินจากเงินดังกล่าว แต่ในอัตราที่ต่ำ เช่น ร้อยละ 0.5 ของยอดเงินกู้ที่กันไว้ เป็นต้น ดังนี้ หากนำหลักกฎหมายเรื่องดอกเบี้ยมาปรับแก้กรณีจะเห็นได้ว่า ค่าธรรมเนียมกันเงินมิใช่ประโยชน์ที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับอันเนื่องมาจากการให้กู้ยืมเงินอันถือเป็นดอกเบี้ยตามกฎหมาย เนื่องจากสัญญากู้ยืมยอมบริบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบเงิน จึงไม่อาจถือว่าเงินจำนวนที่ธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินกันไว้ดังกล่าวเป็นเงินที่ผู้ขอสินเชื่อได้รับไปตามสัญญากู้ยืมเงินแล้วได้ ดังนั้น ค่าธรรมเนียมกันเงินจึงไม่ใช่ดอกเบี้ยจากการให้กู้ยืมเงิน อนึ่ง หากพิจารณาในทางเศรษฐกิจแล้วจะเห็นได้ว่า เมื่อธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินต้องประกอบธุรกิจให้กู้ยืมเงินแล้วต้องกันเงินเอาไว้ไม่อาจนำไปให้ใครกู้หรือนำไปทำประโยชน์ใดๆ ได้ กรณีก็ย่อมต้องถือว่าธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินนั้นขาดประโยชน์ในเงินกันจำนวนดังกล่าวนั่นเอง จึงไม่อาจถือได้ว่าค่าธรรมเนียมกันเงินเป็นผลประโยชน์ที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับอันเนื่องมาจากการให้กู้ยืมเงินแก่กันได้

ค่าธรรมเนียมชำระเงินคืนก่อนกำหนด (Penalty Fee) คือ ค่าธรรมเนียมที่ธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินเรียกเก็บเอาจากผู้ขอสินเชื่อที่ชำระหนี้เงินกู้เสร็จสิ้นก่อนเวลา

ที่กำหนดไว้ในสัญญา เนื่องจากการที่ผู้ขอสินเชื่อชำระเงินคืนก่อนกำหนดนี้ทำให้ระยะเวลาในการคิดดอกเบี้ยนั้นสั้นกว่าที่คู่สัญญาได้ตกลงกันได้ ธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินจึงได้รับประโยชน์จากสัญญาน้อยลง ปัญหาว่าค่าธรรมเนียมชำระเงินคืนก่อนกำหนดถือเป็นดอกเบี้ยอันเกิดจากการกู้ยืมเงินหรือไม่ เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณา เมื่อดอกเบี้ยในการกู้ยืมเงินเกิดขึ้นจากการที่ผู้ขอสินเชื่อนำเงินไปใช้ แต่ค่าธรรมเนียมชำระเงินคืนก่อนกำหนดเป็นกรณีการชำระหนี้เงินต้นคืนก่อนกำหนดจึงไม่อาจถือว่าอยู่ในความหมายของคำว่าดอกเบี้ยได้ อีกทั้ง ค่าธรรมเนียมชำระเงินคืนก่อนกำหนดนี้ไม่ใช่ประโยชน์ที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับอันเนื่องมาจากการให้กู้ยืมเงิน เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วค่าธรรมเนียมดังกล่าวถือเป็นค่าเสียหายที่คู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้าเมื่อมีการชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญานั้นเอง

ค่าธรรมเนียมจัดการเงินกู้ (Front-End-Fee) คือ ค่าใช้จ่ายในการที่ผู้ให้สินเชื่อจะต้องจัดการเงินกู้ตามสัญญา โดยคิดเป็นอัตราร้อยละ เช่น ร้อยละ 0.75 ของจำนวนเงินกู้ตามสัญญา ทั้งนี้ จะมีการเรียกเก็บในวันที่ทำสัญญากู้ยืมเงินกันเท่านั้น เพื่อให้เป็นค่าใช้จ่ายประเภทต่างๆ สำหรับการจัดการเงินกู้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าค่าธรรมเนียมจัดการเงินกู้นั้นเรียกเก็บในอัตราไม่สูง อีกทั้งยังจ่ายเพียงแค่ครั้งเดียว ดังนี้ หากค่าธรรมเนียมจัดการเงินกู้เป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นที่ธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินต้องจ่ายไปจริงเพื่อการจัดการเงินกู้แล้ว กรณีก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นผลประโยชน์ที่ผู้ให้กู้ได้รับจากการให้กู้ยืมเงิน กล่าวคือ ไม่ถือเป็นดอกเบี้ยนั่นเอง

เมื่อนำลักษณะของค่าธรรมเนียมตามสัญญากู้ยืมเงินระหว่างผู้ขอสินเชื่อกับธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินมาพิจารณาเปรียบเทียบกับค่าธรรมเนียมสินเชื่อเงินด่วนแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ค่าธรรมเนียมตามสัญญาสินเชื่อของธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินมิได้มีลักษณะเป็นประโยชน์ที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับอันเนื่องมาจากการให้กู้ยืมเงิน แต่ค่าธรรมเนียมในสินเชื่อเงินด่วนนั้นถือเป็นผลประโยชน์ที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับอันเนื่องมาจากการให้กู้ยืมเงินดังที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วข้างต้น

สรุปได้ว่า ค่าธรรมเนียมที่ผู้ประกอบการให้สินเชื่อเงินด่วนเรียกเก็บเอาจากผู้ขอสินเชื่อ นั้น มีสถานะเป็นดอกเบี้ยตามกฎหมายนั่นเอง เนื่องจากมีลักษณะเป็นค่าตอบแทนการกู้ยืมเงินมิใช่ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนที่คู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้า ทั้งนี้ คำพิพากษาศาลจังหวัดเชียงใหม่ ในคดีที่ 5371/2548 ยังได้เคยวางแนววินิจฉัยว่า ค่าธรรมเนียมในสินเชื่อเงินด่วนเป็นดอกเบี้ยตามกฎหมาย โดยเมื่อนำมารวมกับดอกเบี้ยแล้วเกินกว่าที่

กฎหมายกำหนดถือเป็นการที่ผู้ประกอบการธุรกิจหลักเลี้ยงปิดบังข้อความเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราแล้วใช้ข้อความอื่นแทน ดังนี้ ข้อสัญญาสินเชื่อเงินด่วนที่กำหนดเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในลักษณะดังกล่าวจึงถือเป็นการเรียกเก็บดอกเบี้ยแฝงในรูปของค่าธรรมเนียมนั่นเอง อันมีผลให้ต้องนำค่าธรรมเนียมดังกล่าวมาคำนวณรวมกับดอกเบี้ยที่เรียกเก็บตามสัญญาด้วยว่าเกินกว่าอัตราที่กฎหมายอนุญาตให้เรียกเก็บหรือไม่ ซึ่งหากคำนวณรวมกันแล้วเกินกว่าอัตราดังกล่าว ดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะไปทั้งสิ้น¹² แต่ส่วนของเงินต้นยังคงสมบูรณ์อยู่¹³ โดยอาศัยมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังที่ได้เคยวิเคราะห์โดยละเอียดไปแล้วในบทที่ 3

แม้พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 จะตราขึ้นใช้บังคับมานานแล้วก็ตาม แต่ปัญหาเรื่องการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราโดยการอาศัยวิธีการหลักเลี้ยงดังกล่าวเช่นกรณีการเรียกเก็บดอกเบี้ยแฝงอยู่ในรูปของค่าธรรมเนียมนี้ก็ยังคงมีอยู่อย่างมาก ดังนี้ จึงเห็นสมควรที่จะได้วิเคราะห์ถึงประสิทธิภาพของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวด้วยว่ามีปัญหาการใช้บังคับหรือไม่อย่างไร

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 เป็นกฎหมายอาญา อันบัญญัติสาระสำคัญห้ามมิให้มีการเรียกเก็บดอกเบี้ยจากการให้กู้ยืมเงินแก่กันเกินสมควร ทั้งนี้ ผู้ฝ่าฝืนมีโทษความผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม แม้การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราจะมีความผิดในทางอาญา แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าการพยายามฝ่าฝืนเรียกเก็บดอกเบี้ยจากเงินกู้เกินอัตราโดยตลอด ทั้งนี้ สาเหตุสำคัญประการหนึ่งอยู่ที่ปัญหาเนื่องจากลักษณะความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั่นเอง กล่าวคือ ในการกู้ยืมเงินที่มีการเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตรานี้ โดยมากแล้วผู้กู้จะยินยอมในการกระทำความผิดฐานดังกล่าวของผู้ให้กู้ คือ ยอมให้มีการเรียกเก็บดอกเบี้ยในอัตราที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดได้แม้ตนจะรู้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เนื่องจากมีความจำเป็นเดือดร้อน จึงเท่ากับว่าผู้กู้ยอมรับภาระอัตราดอกเบี้ยใน

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1260/2509 : พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อตกลงในส่วนดอกเบี้ยจึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 113 (ปัจจุบันคือมาตรา 150) และถือว่าดอกเบี้ยที่เกินอัตรานั้นเป็นโมฆะทั้งหมดไม่ใช่เฉพาะส่วนที่เกิน

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 607/2494 : ตกลงกู้เงินกัน 4,000 บาท คิดดอกเบี้ยร้อยละ 5 ต่อเดือนเป็นเวลา 10 เดือน เป็นเงิน 2,000 บาท เอารวมไว้เป็นเงินกู้ด้วย เมื่อกรณีเป็นที่ฟังสันนิษฐานได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะแยกการกู้เงินและดอกเบี้ยต่างหากจากกันแล้ว ส่วนดอกเบี้ยที่เรียกเกินอัตราที่ตกเป็นโมฆะ แต่เงินกู้ขาดเป็นโมฆะด้วยไม่

อัตราที่สูงเกินกว่ากฎหมายดังกล่าว ดังนี้ ผู้กู้จึงไม่ให้ความร่วมมือกับภาครัฐในการเป็นพยานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จึงทำให้ภาครัฐมีความลำบากในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินการฟ้องร้องคดี นอกจากนี้ เมื่อผู้กู้ยินยอมให้มีการเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตรา กรณีที่ย่อมไม่อาจถือได้ว่าผู้กู้เป็นผู้เสียหายตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4)* ทำให้ผู้กู้ที่ประสงค์จะฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ให้กู้จึงไม่มีอำนาจฟ้องผู้ให้กู้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28** ได้ และหากมีการฟ้องร้องขึ้นศาลก็จะยกฟ้อง เนื่องจากโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเพราะมิใช่ผู้เสียหายตามนัยของกฎหมาย

อนึ่ง แม้ว่าความผิดนี้กฎหมายจะบัญญัติให้เป็นความผิดต่อแผ่นดิน รัฐเป็นผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องได้ก็ตาม แต่การที่ผู้กู้ซึ่งเป็นเอกชนไม่เป็นผู้เสียหายนี้ จึงทำให้จุดเริ่มต้นของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญายุติหนึ่ง เพราะบางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐเพิกเฉยต่อความผิดฐานนี้ได้ ดังนั้น การที่ผู้เสียหายไม่สามารถฟ้องร้องเอาผิดแก่ผู้ให้กู้ได้ หรือไม่สามารถร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนให้จับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ เป็นสาเหตุหนึ่งของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ผลเท่าที่ควร¹⁴ ดังนี้ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีการเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ให้ผู้กู้เป็นผู้เสียหายอย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่าน¹⁵ เห็นว่าไม่สมควรแก้ไขให้ผู้กู้เป็นผู้เสียหายเพราะจะกระทบกระเทือนต่อหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา กล่าวคือ ผู้เสียหายจะต้องไม่มีส่วนร่วมกระทำความผิด และยังทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้ไม่ได้ผลยิ่งขึ้น เนื่องจากไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้กู้ อันจะทำให้ประชาชนขาดความเคารพในกฎหมายฉบับนี้ ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวความคิดของนักกฎหมายท่านดังกล่าว และยังเห็นต่อไปอีกว่า เพื่อแก้ไขปัญหานี้ภาครัฐควรเข้ามามีบทบาทเป็นสำคัญ โดยการเคร่งครัดดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ

* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) บัญญัติว่า "ในประมวลกฎหมายนี้... (4) ผู้เสียหาย หมายถึง บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ,5 และ 6"

** ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 บัญญัติว่า "บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล

- (1) พนักงานอัยการ
- (2) ผู้เสียหาย"

¹⁴ กานดา ภูเขียวชาญวิทย์, "การบังคับใช้กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 115-116.

¹⁵ กานดา ภูเขียวชาญวิทย์, อ้างแล้ว, หน้า 205.

ต้องกำหนดบทบาทให้ถือเป็นหน้าที่สำคัญที่พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องเร่งดำเนินการและฟ้องร้องคดีเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และหมั่นตรวจสอบกวดขันการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องด้วย

สำหรับปัญหาผลบังคับในทางแพ่งของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 นั้น แม้ว่าการฟ้องร้องเรื่องการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราจะมีมากกว่าในทางอาญาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าการฟ้องร้องขึ้นเป็นคดีต่อศาลเมื่อเทียบสัดส่วนกับการกู้ยืมเงินที่มีการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราทั้งหมดแล้วน้อยมาก ทั้งนี้ เนื่องจากโดยมากแล้วผู้ฟ้องร้องมักจะเป็นฝ่ายผู้ให้กู้ ดังนี้ เมื่อผู้ให้กู้ทำข้อตกลงหลักเล็งหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายเพื่อแอบเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตราแล้ว ผู้ให้กู้ก็ยอมไม่ต้องการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล เนื่องจากหากมีการหยิบยกประเด็นการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราขึ้นกล่าวอ้างก็อาจเป็นโทษแก่ฝ่ายตน ทั้งนี้ ผู้ให้กูบบางรายได้เคยฟ้องร้องผู้กู้เป็นคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกให้ชำระหนี้ และศาลได้หยิบยกประเด็นการเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตราขึ้นวินิจฉัย กล่าวคือ คำพิพากษาศาลแขวงเชียงใหม่ ในคดีแดงที่ 5371/2548¹⁶ ดังนี้ ผู้ให้กูบบางรายอื่น ๆ ที่มีการเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะในรูปแบบวิธีการใดก็ตามจึงพาเลิกใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องร้องเรียกให้ชำระหนี้เงินกู้ และหันมาใช้วิธีการทวงหนี้หรือตกลงประนีประนอมหนี้กันนอกศาลกันแทน สำหรับการฟ้องร้องของผู้กู้นั้นไม่ค่อยพบมากนัก ทั้งนี้ เนื่องจากผู้กู้ส่วนมากไม่ค่อยมีความรู้หรือความชำนาญในทางกฎหมาย ประกอบกับการยินยอมรับดอกเบี้ยเกินอัตราเนื่องจากความจำเป็นอีกทั้งยังเกรงว่าจะมีปัญหากู้ยืมเงินต่อไปในภายหน้าไม่ได้หากมีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล จึงเป็นเหตุให้ผู้กู้ไม่ได้ฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม แม้จะได้มีการฟ้องร้องเพื่อนำคดีไปสู่ศาลแล้ว ผู้วิจัยก็ยังเห็นว่าการนี้ยังมีปัญหาทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับได้ไม่มีประสิทธิภาพเต็มที่อยู่อีก 2 ประการ กล่าวคือ กรณีแรก คือ การที่คู่สัญญาไม่ได้ระบุดอกเบี้ยที่เรียกเก็บเกินกว่าที่กฎหมาย

¹⁶ คำพิพากษาที่ 5371/2548 : คดีนี้ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า โจทก์ได้ทำสัญญาให้สินเชื่อกับจำเลย โดยคิดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 0.5 ต่อเดือน และค่าธรรมเนียมการใช้เงินร้อยละ 2 ต่อเดือน หากผิดนัดชำระจะคิดค่าปรับร้อยละ 3 ต่อเดือน ของค่างวดนั้นกับค่าใช้จ่ายในการติดตามทวงถามอีกเดือนละ 50 บาท ของทุกงวดที่ค้างชำระ จะเห็นได้ว่า เมื่อคำนวณดอกเบี้ยแล้ว หากจำเลยมิได้ผิดนัดก็เท่ากับว่า โจทก์จะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนรวมคิดเป็นดอกเบี้ยร้อยละ 30 ต่อปี ซึ่งถือเป็นดอกเบี้ยที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยโจทก์เล็งปิดบังข้อความเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา แล้วใช้ข้อความอื่นแทน เช่น ค่าธรรมเนียมในการใช้เงิน ดังนั้น ข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยจึงตกเป็นโมฆะ มีผลให้โจทก์หมดสิทธิเรียกดอกเบี้ยตามสัญญา

กำหนดไว้ในสัญญา อันทำให้มีปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับการนำสืบพยาน เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 (2)* นั้น บัญญัติห้ามนำสืบพยานบุคคลประกอบพยานเอกสาร (ในที่นี้คือสัญญากู้ยืมเงิน) เพื่อเพิ่มเติม ตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสาร จึงทำให้ศาลมีอำนาจนำพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ขึ้นใช้บังคับแก่กรณีได้ และ กรณีที่สอง คือ ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการในการคิดคำนวณดอกเบี้ย ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในข้อ 4.2.1

จะเห็นได้ว่า ปัจจุบันพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ยังมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ไม่เต็มที่ อันเป็นปัญหาที่ทางภาครัฐจะต้องตระหนักถึงและดำเนินการหาทางแก้ไขปัญหาต่อไป

4.1.4 การเรียกหนี้คืน

ในใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลและสัญญาสินเชื่อเงินกู้ของผู้ประกอบธุรกิจทุกราย จะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับเหตุผิดสัญญาอยู่ด้วย โดยในกรณีที่มีเหตุผิดสัญญาตามที่กำหนดไว้ ผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันทีพร้อมทั้งเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระคืนเงินที่ค้างชำระ รวมถึงค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายต่างๆ ค่าชำระทั้งหมดตามสัญญาด้วย นอกจากนี้ในสัญญาสินเชื่อเงินค้ำส่วนใหญ่มักยังมีข้อกำหนดให้สิทธิผู้ประกอบธุรกิจในการเรียกคืนเงินที่ค้างชำระ ตลอดจนค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ ได้ ในกรณีที่ผู้ขอสินเชื่อมิได้ผิดนัดหรือผิดสัญญาด้วย อาทิเช่น สัญญาของผู้ประกอบการแห่งหนึ่งที่ว่า "ในกรณีที่มีเหตุแห่งการผิดสัญญาเกิดขึ้น หรือมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการให้สินเชื่ออันเป็นเหตุให้เกิดผลกระทบต่อประกอบการธุรกิจของบริษัท เมื่อสมาชิกเสียชีวิต สาบสูญหรือตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถแล้วแต่กรณี บริษัทมีสิทธิบอกเลิกการให้สินเชื่อตามข้อกำหนดและเงื่อนไขนี้ได้ทันที พร้อมทั้งเรียกให้สมาชิกชำระคืนเงินที่ค้างชำระ ค่าธรรมเนียมการใช้วงเงินค้ำชำระค่าปรับ และค่าใช้จ่ายใดๆ ที่สมาชิกมีหน้าที่ต้องชำระให้แก่บริษัท รวมทั้งหนี้ทุกชนิดทุกจำนวนที่สมาชิกมีต่อบริษัทได้ทันที..." ดังนี้ จึงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 (2) บัญญัติว่า "เมื่อใดมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง ห้ามมิให้ศาลยอมรับฟังพยานบุคคลในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ถึงแม้ว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยินยอมก็ดี... (ข) ขอสืบพยานบุคคลประกอบข้ออ้างอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อได้นำเอกสารมาแสดงแล้วว่า ยังมีข้อความเพิ่มเติมตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้นอยู่อีก..."

เมื่อพิจารณาข้อความตามข้อสัญญาดังกล่าวในสัญญาข้างต้นจะพบว่า เหตุในการเลิกสัญญาแบ่งออกได้เป็น 3 เหตุใหญ่ๆ อันได้แก่ 1) เหตุจากการผิดสัญญาของผู้ขอสินเชื่อ 2) เหตุปัจจัยภายนอกคู่สัญญา (การเปลี่ยนแปลงกฎหมาย) และ 3) เหตุเกี่ยวกับตัวผู้ขอสินเชื่อ (เมื่อเสียชีวิต สบายสูญ ตกเป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ) ซึ่งเห็นได้ว่าเหตุแห่งการเลิกสัญญาที่ 2) และ 3) มิใช่เพราะความผิดของผู้ขอสินเชื่อ กล่าวคือ ผู้ขอสินเชื่อมิได้บกพร่องในการชำระหนี้ตามสัญญานั้นเอง นอกจากนี้ข้อสัญญาดังกล่าวยังมีประเด็นเกี่ยวกับการเรียกให้ชำระหนี้โดยทันทีอันเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาผลบังคับในทางกฎหมายต่อไป

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิเลิกสัญญาของผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนว่ามีอยู่อย่างไหน ผู้วิจัยขอยกหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นมาประกอบการพิจารณา โดยมาตรา 386 วรรคแรกบัญญัติว่า "ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง" การเลิกสัญญาเป็นเรื่องของการระงับความผูกพันที่เกิดขึ้นแล้ว โดยหลักกฎหมายการเลิกสัญญาอาจทำได้สองประการ คือ โดยการตกลงของคู่สัญญาซึ่งมีผลเป็นการทำสัญญาอย่างหนึ่งคือสัญญาเพื่อเลิกสัญญาเดิมที่ทำกันไว้ กับอีกประการหนึ่งโดยการใช้สิทธิเลิกสัญญาซึ่งเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย¹⁷ เมื่อหลักเกณฑ์ในมาตรา 386 ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเลิกสัญญาโดยอาศัยข้อสัญญาได้ ก็อาจเข้าใจได้ว่าข้อกำหนดในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนที่ให้สิทธิผู้ประกอบธุรกิจเลิกสัญญาได้ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการให้สินเชื่อ อันเป็นเหตุให้เกิดผลกระทบต่อการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วน หรือเมื่อผู้ขอสินเชื่อเสียชีวิต สบายสูญหรือตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถนั้น เป็นเหตุให้ผู้ประกอบธุรกิจอ้างเพื่อใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 386 ได้ ในกรณีเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น

อย่างไรก็ตาม ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ข้อ 3(2) บัญญัติว่า "การผิดสัญญาเรื่องใดของผู้กู้ที่ผู้ให้กู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาจะต้องเป็นข้อที่ผู้ให้กู้ระบุไว้เป็นการเฉพาะด้วยตัวอักษรสีแดง หรือตัวดำ หรือตัวเอน ที่เห็นเด่นชัดกว่าข้อความทั่วไป และก่อนการบอกเลิกสัญญาต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้กู้ และควรกำหนดระยะเวลาอันสมควรให้ผู้กู้แก้ไขการผิดสัญญาหรือผิดเงื่อนไขดังกล่าว" ดังนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าข้อสัญญาในสัญญาสินเชื่อเงินด่วน

¹⁷ อักษรพร จุฬารัตน , อ้างแล้ว , หน้า 159.

ดังกล่าวมิได้กำหนดข้อความที่ให้สิทธิผู้ประกอบการเลิกสัญญาได้ในกรณีเหตุจากปัจจัยภายนอกหรือเหตุจากตัวผู้ขอสินเชื่อเป็นตัวอักษรสีแดง หรือตัวดำ หรือตัวเอน ที่เห็นเด่นชัดกว่าข้อความทั่วไปคงมีแค่เหตุในการผิดสัญญาที่ทำได้เด่นชัดเท่านั้น กรณีที่ย่อมถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวฝ่าฝืนบทบัญญัติของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา อันมีโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 57 คือ ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

เมื่อการฝ่าฝืนไม่ทำข้อความที่ให้สิทธิเลิกสัญญาเป็นตัวอักษรเด่นชัดกว่าข้อความทั่วไป มีผลเพียงผู้ประกอบการสินเชื่อเงินด่วนต้องระวังโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทเท่านั้น ปัญหาจึงมีอยู่ต่อไปว่า ข้อสัญญาดังกล่าวก็ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปใช่หรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติในข้อ 3(2) ของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการ มิใช่การกำหนดข้อความที่จำเป็นต้องมีหรือข้อความที่ต้องห้ามใส่ในสัญญา ซึ่งหากฝ่าฝืนจะมีผลตามมาตรา 35 ตรี และ 35 ทวิ กล่าวคือ ให้ถือว่าสัญญามีหรือไม่มีข้อความที่กฎหมายกำหนด อันถือเป็นการแก้ไขเนื้อหาในสัญญาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค (ผู้ขอสินเชื่อ) ได้ จึงเห็นได้ว่าการฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ข้อ 3(2) ดังกล่าว ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาไม่มีบทบาทในการเข้ามาปรับเปลี่ยนข้อความในสัญญาหรือยกเลิกข้อความที่ไม่ชอบให้เป็นโมฆะได้เลย ผู้ขอสินเชื่อยังคงต้องรับภาระตามข้อสัญญาดังกล่าวต่อไป แม้ข้อสัญญานั้นจะฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ควบคุมก็ตาม

เมื่อวิเคราะห์มาถึงตรงนี้ก็ดูเหมือนหนึ่งว่า ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบการเลิกสัญญาดังกล่าว มีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ยังมีอยู่ต่อไปว่า การให้สิทธิผู้ประกอบการเลิกสัญญาโดยเหตุมิใช่เพราะความผิดของผู้ขอสินเชื่อ นั้นถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ เมื่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อ 4(3) บัญญัติว่า "ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการ การค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น... ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น... ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ" ข้อตกลงนี้เป็นช่องทางการเอาเปรียบทางสัญญาอีกลักษณะหนึ่งที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามักจะนำมากำหนดไว้ในสัญญา

เพื่อป้องกันไว้ล่วงหน้าว่า หากต่อไปหลังจากทำสัญญาแล้วเกิดเหตุการณ์พลิกผันทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองทำให้การระตามสัญญานั้นตกแก่ฝ่ายตนมากขึ้นจนรับไม่ได้ก็ให้สัญญาสิ้นสุดลง หรือให้ตนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันที เข้าลักษณะเป็นการทำสัญญาแบบเห็นแต่ได้ฝ่ายเดียว¹⁸ ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบการเลิกสัญญาได้โดยมิใช่เหตุ เพราะความผิดของผู้ขอสินเชื่อ เช่น เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สินเชื่อ อันเป็นเหตุให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบการของผู้ให้สินเชื่อเงินด่วน เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งผลในทางกฎหมายก็คือ ศาลย่อมมีดุลพินิจในการพิจารณาปรับลดข้อสัญญาดังกล่าวให้ใช้บังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมได้

หากสมมติว่าการเลิกสัญญาไม่ว่าโดยเหตุที่ผู้ขอสินเชื่อผิดสัญญา เหตุภายนอก หรือเหตุจากตัวผู้ขอสินเชื่อก็ตามได้เกิดขึ้นโดยชอบแล้ว ผลแห่งการเลิกสัญญาจะเป็นเช่นไร ในเรื่องนี้นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เราอาจแบ่งสัญญาออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สัญญาที่ก่อนนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติครั้งหนึ่งครั้งเดียว เช่น สัญญาซื้อขาย... ส่วนสัญญาอีกประเภทหนึ่งคือ สัญญาที่ก่อนนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติต่อเนื่องกันเป็นช่วงๆ หรือเป็นครั้งไป ตลอดระยะเวลาหนึ่งแล้ว สัญญาจะสิ้นสุดลง เช่น สัญญาเช่าทรัพย์สิน...ในแง่ของการเลิกสัญญา สัญญาที่ก่อนนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติครั้งหนึ่งคราวเดียวเมื่อบอกเลิกแล้ว ผลของการบอกเลิกสัญญาจะมีผลย้อนหลัง* แต่สำหรับสัญญาที่ก่อนนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติกันต่อเนื่องนั้น หากสัญญาถูกยกเลิกไป ผลของการเลิก

¹⁸ จรัญ ภักดีธนากุล , อ้างแล้ว , หน้า 98.

* ¹⁹ คำว่า "มีผลย้อนหลัง" คือ เลิกความผูกพันระหว่างคู่สัญญาตั้งแต่ขณะแรกที่เข้าทำสัญญาก่อนความผูกพันระหว่างกัน ถือเสมือนหนึ่งว่าไม่มีการทำสัญญาต่อกัน ตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า "เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้ จะให้เป็นทีที่เสื่อมเสียสิทธิแก่บุคคลภายนอกหาได้ไม่" เรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 นี้ ก็คล้ายๆ กับการกลับคืนสู่ฐานะเดิมกรณีโมฆียกรรมที่ถูกบอกล้างตามมาตรา 176 กล่าวคือ คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมอ ทั้งนี้ มาตรา 176 วรรคแรกบัญญัติว่า "โมฆียกรรมเมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้แทน" โมฆียกรรมเมื่อบอกล้างแล้วท่านให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่แรกเริ่ม คือความเสียหายแห่งนิติกรรมนั้นมีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ได้ทำนิติกรรมขึ้น ททรัพย์สินหรือผลประโยชน์อย่างใดๆ อันได้รับมาจากนิติกรรมซึ่งเป็นโมฆียะและซึ่งถูกบอกล้างนั้นจำต้องส่งคืนให้แก่กัน เพื่อให้ต่างฝ่ายต่างต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ในกรณีที่เป็น การพันวิสัยที่จะได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้คืนแทน

สัญญาจะมีผลเฉพาะในภายหน้านั้นเท่านั้น²⁰ คือ ไม่มีผลในอนาคต แต่ไม่ย้อนหลังไม่ทำลายสิ่งที่ปฏิบัติไปแล้ว²¹ ดังนี้ เมื่อสัญญาสิ้นเชื่อเงินดาวน์มีลักษณะของการผ่อนชำระหนี้อย่างต่อเนื่องตลอดระยะเวลาหนึ่งจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุดลง ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การเลิกสัญญาสิ้นเชื่อเงินดาวน์ย่อมมีผลต่อไปในภายหน้านั้น เงินต้น ดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าธรรมเนียมใดๆ ที่ได้เรียกไว้ต่อกันก่อนการเลิกสัญญาย่อมไม่ต้องคืนแก่กัน ส่วนดอกเบี้ยที่คู่สัญญายังคงเรียกเก็บระหว่างกันภายหลังการเลิกสัญญานั้น ก็คือดอกเบี้ยระหว่างการผิดนัดตามมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หาใช่การเรียกดอกเบี้ยตามสัญญาสิ้นเชื่อเงินดาวน์ต่อไปไม่

ปัญหาต่อมามีว่าเมื่อมีการเลิกสัญญาสิ้นเชื่อเงินดาวน์แล้ว ข้อสัญญากำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้โดยทันที ดังนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องบอกกล่าวให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้หรือต้องกำหนดเวลาสำหรับการชำระหนี้หรือไม่ เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา

การเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้แก่ผู้ประกอบการ จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากกฎหมายลักษณะยืมใช้สลับเปลี่ยนซึ่งรวมถึงการกู้ยืมเงินนั้น มาตรา 652 บัญญัติว่า "ถ้าในสัญญาไม่มีกำหนดเวลาให้คืนทรัพย์สินซึ่งยืมไป ผู้ให้ยืมจะบอกกล่าวแก่ผู้ยืมให้คืนทรัพย์สินภายในเวลาอันควร ซึ่งกำหนดให้ในคำบอกกล่าวนั้นก็" จึงอาจทำให้เข้าใจได้ว่า ในการกู้ยืมเงินซึ่งมิได้กำหนดเวลาในการชำระคืนเอาไว้ ผู้ให้ยืมต้องให้ระยะเวลาอันควรเพื่อการชำระคืนดังกล่าวด้วย ปัญหาที่ผู้วิจัยเห็นว่า ที่มาตรา 652 บัญญัติให้กำหนดระยะเวลาอันควรเพื่อการส่งคืนนั้น เนื่องมาจากในการยืมใช้สลับเปลี่ยนนั้น ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น* คืนให้แก่ผู้ให้ยืม ดังนั้น ในการคืนทรัพย์สินที่ให้ยืมดังกล่าวส่วนใหญ่จึงเป็นเรื่องที่ผู้ยืมต้องใช้เวลาพอสมควรในการจัดหาทรัพย์สินนั้นๆ เช่น ยืมข้าวหอมมะลิชนิดเกรด A ในปริมาณ 10 กิโลกรัม การหามาคืนโดยทันทีนั้นเป็นไปได้ยาก เนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวมิได้มีอยู่ทั่วไป

²⁰ ปัทมาวดี บุญญาส , "การเลิกสัญญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขากฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2532) , หน้า 101-102.

²¹ จี๊ด เศรษฐบุตร , กฎหมายแพ่งว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ , หน้า 373.

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคแรกบัญญัติว่า "อันว่ายืมใช้สลับเปลี่ยนนั้น คือสัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสลับไปนั้นเป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น"

ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ยืมมีเวลาในการหาทรัพย์สินดังกล่าวก่อนด้วย แต่สำหรับการกู้ยืมเงินซึ่งวัตถุประสงค์แห่งหนี้คือเงินตรา หรือที่เรียกว่า “หนี้เงิน” นั้น มีอยู่อย่างทั่วไป ประกอบกับเมื่อสัญญากู้ยืมเงินสิ้นสุดลงแล้ว การเรียกคืนหนี้ก็ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 652 ที่ผู้ให้ยืมจะต้องกำหนดเวลาในการชำระคืนเอาไว้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 203 วรรคแรกบัญญัติว่า “ถ้าเวลาอันพึงจะชำระหนี้หนี้ไม่ได้กำหนดลงไว้ หรือจะอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้อย่อมจะเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน และฝ่ายลูกหนี้ก็ย่อมจะชำระหนี้ของตนได้โดยพลันดุจกัน” และวรรคสองบัญญัติว่า “ถ้าได้กำหนดเวลาไว้แต่หากกรณีเป็นที่สงสัย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงเวลานั้นหาได้ไม่ แต่ฝ่ายลูกหนี้จะชำระหนี้ก่อนกำหนดนั้นก็ได้” โดยทั่วไปแล้วสัญญาสินเชื่อเงินด่วนจะกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้โดยมักกำหนดเป็นรายงวดและมีวันที่ซึ่งต้องชำระแน่นอน เมื่อเวลาอันพึงจะชำระหนี้ได้กำหนดไว้แล้วผู้ขอสินเชื่อก็มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนด โดยหากไม่ชำระภายในเวลาที่กำหนดแล้วผู้ขอสินเชื่อจะตกเป็นผู้ผิดนัด ดังความในมาตรา 204 วรรคสองที่ว่า “ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้ไม่ได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนเลย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ซึ่งได้กำหนดเวลาลงเอาไว้อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่บอกกล่าว” เวลาการชำระหนี้ที่ตกลงกันไว้แน่นอนแล้วตามมาตรา 204 จึงแตกต่างจากกรณีที่ไม่ได้ตกลงกำหนดกันไว้ หรือกรณีเป็นที่สงสัยว่าเวลาชำระหนี้คือเวลาใดกันแน่ ตามมาตรา 203 วรรคแรก และวรรคสองตามลำดับ

จากบทบัญญัติในมาตรา 203 แสดงให้เห็นสิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกชำระหนี้ว่า หากไม่ได้กำหนดเวลาชำระหนี้ต่อกันไว้ เจ้าหนี้อาจเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยพลันได้ แต่หากคู่สัญญาได้เวลาชำระหนี้กันไว้แล้ว แต่กรณีเป็นที่สงสัยกฎหมายให้สันนิษฐานว่าเจ้าหนี้ไม่อาจเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนเวลาได้ ดังนี้ ในกรณีที่ยังไม่มีการเลิกสัญญาเมื่อสัญญากู้ยืมเงินมีกำหนดเวลาในการชำระหนี้ที่แน่นอนแล้ว ผู้ให้กู้ยืมไม่สามารถเรียกให้ผู้กู้ชำระหนี้ก่อนเวลาดังกล่าวได้ และเมื่อในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนได้กำหนดจำนวนเงินและเวลาในการผ่อนชำระเป็นงวดๆ แล้ว ผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนก็ย่อมไม่อาจเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้โดยพลันได้ เพราะแม้แต่ในกรณีเป็นที่สงสัยกฎหมายยังให้สันนิษฐานว่าเจ้าหนี้ (ผู้ประกอบธุรกิจ) ไม่อาจเรียกให้ชำระหนี้โดยพลันได้ ดังนี้ ตามหลักยังคงต้องเป็นเช่นนั้นในกรณีที่สัญญาได้กำหนดเวลาในการชำระหนี้ที่แน่นอนแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจึงมิอาจเรียกให้ผู้ขอสินเชื่อชำระหนี้ได้โดยพลันเช่นกัน แต่สำหรับกรณีที่สัญญาสินเชื่อเงินด่วนสิ้นสุดลงแล้ว คู่สัญญาย่อมไม่ผูกพันกันตามสัญญา

สินเชื่อเงินด่วนอีกต่อไป และเมื่อผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่ต้องชำระเงินให้แก่ผู้ประกอบการอยู่ กรณีจะถือว่าหนี้เงินดังกล่าวมีกำหนดเวลาในการชำระหนี้โดยอาศัยกำหนดเวลาตามสัญญาสินเชื่อเงินด่วนอีกไม่ได้ กรณีจึงต้องถือว่าการชำระหนี้ภายหลังการเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นหนี้เงินที่ไม่มีกำหนดเวลา ดังนั้น หากผู้ประกอบการประสงค์จะได้รับชำระหนี้คืนก็จะต้องบอกกล่าวไปยังผู้ขอสินเชื่อด้วย กรณียอมตกอยู่ภายใต้มาตรา 203 วรรคแรก ที่ต้องถือว่าเวลาอันถึงชำระหนี้ไม่ได้กำหนดลงไว้นั่นเอง

4.1.5 การเข้ายึดและบังคับเอาทรัพย์สินของผู้ขอสินเชื่อด้วยตนเอง

ผู้ประกอบการสินเชื่อเงินด่วนที่มีการให้สินเชื่อเพื่อการซื้อสินค้าอุปโภคบริโภคเป็นส่วนมากนั้น ส่วนใหญ่มักจะทำข้อกำหนดในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนในลักษณะให้สิทธิตนในการเข้าดำเนินการเข้ายึดถือครอบครองสินค้าที่ผู้ขอสินเชื่อซื้อโดยใช้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนดังกล่าว อีกทั้งยังให้สิทธิผู้ประกอบการในการเข้าไปในเคหะสถานของผู้ขอสินเชื่อเพื่อการดำเนินการดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ยังให้สิทธิผู้ประกอบการในการนำสินค้าดังกล่าวไปขายเพื่อนำชำระหนี้ที่ค้างชำระแก่ตนได้ด้วย บางรายกำหนดข้อสัญญาถึงขนาดให้สิทธิผู้ประกอบการเข้ายึดและขายทรัพย์สินอื่นๆ ของผู้ขอสินเชื่อนอกเหนือจากสินค้าที่ได้มาจากการขอสินเชื่อเงินด่วนเพื่อนำมาชำระหนี้ได้ด้วย ตัวอย่างข้อสัญญาของผู้ประกอบการรายหนึ่งกำหนดว่า "ผู้กู้ยินยอมล่วงหน้าและตลอดไปให้ตัวแทนของผู้ให้กู้เข้าไปในสถานที่ของผู้กู้/ตัวแทน/บริวารของผู้กู้ครอบครอง เพื่อยึดถือสินค้าตามสัญญานี้และ/หรือทรัพย์สินอื่นๆ ของผู้กู้โดยถือว่า ผู้กู้ได้ส่งมอบสินค้าและ/หรือทรัพย์สินดังกล่าวนั้นแทนการชำระหนี้เงินกู้ภายใต้สัญญานี้บางส่วนและ/หรือทั้งหมด (แล้วแต่กรณี) แก่ผู้ให้กู้ แล หากผู้ให้กู้ร้องขอ ผู้กุดตกลงที่จะส่งมอบด้วยตนเอง หรือโดยตัวแทนหรือบริวารของผู้กู้ ซึ่งสินค้าตามสัญญานี้บางส่วนและ/หรือทั้งหมด (แล้วแต่กรณี) แก่ผู้ให้กู้ ทั้งนี้ ผู้กู้ยินยอมให้ผู้ให้กู้ทำการจำหน่ายสินค้าและ/หรือทรัพย์สินดังกล่าวไม่ว่าวิธีใดก็ตามโดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าว หรือไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากผู้กู้แต่ประการใด หากผู้ให้กูขายสินค้าหรือทรัพย์สินดังกล่าวได้ราคาเท่าไรก็ตาม ผู้กู้ยินยอมให้ผู้ให้กู้นำเงินจากการขายนั้นหักค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว หากผลลัพธ์คงเหลือน้อยกว่าหนี้ค้างชำระ ผู้กู้ยินยอมชำระในส่วนต่างให้แก่ผู้ให้กู โดยคู่สัญญาถือว่าหนี้เงินกู้เป็นอันระงับไปเท่ากับผลลัพธ์ดังกล่าว หากผลลัพธ์คงเหลือมากกว่าหนี้ค้างชำระผู้ให้กูจะคืนส่วนต่างแก่ผู้กู้ ในกรณีนี้ คู่สัญญาถือว่าหนี้เงินกู้เป็นอันระงับสิ้นไป"

ปัญหาว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้หรือไม่เพียงใดต้องนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาใช้ประกอบการพิจารณา เมื่อสัญญากู้ยืมเงินมีการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินจะถือได้หรือไม่ว่า ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการตกลงกันเรื่องการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 321 บัญญัติว่า "ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ ท่านว่าหนี้นั้นก็อันระงับสิ้นไป" การชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 321 นั้น เป็นกรณีที่หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และลูกหนี้จึงค่อยขอดำเนินการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ซึ่งหากเจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแล้ว หนี้ที่มีอยู่ต่อกันก็เป็นอันระงับสิ้นไป เมื่อสัญญาสินเชื่อบริษัทกำหนดไว้ล่วงหน้าให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเรียกชำระหนี้เป็นอย่างอื่นได้ กรณีย่อมไม่ต้องตรงตามหลักเกณฑ์แห่งมาตรา 321 อีกทั้ง สัญญาสินเชื่อบริษัทดังกล่าวยังได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าหนี้ตามสัญญาจะระงับสิ้นไปตามจำนวนผลลัพธ์ที่ได้จากการขายสินค้าเท่านั้น ในขณะที่การชำระหนี้ตามมาตรา 321 ย่อมทำให้หนี้ระงับสิ้นไป ดังนี้ จึงไม่อาจถือว่า ข้อสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 321 ได้

หากนำบทบัญญัติมาตรา 656 วรรคสอง อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกู้ยืมเงิน โดยเฉพาะมาใช้วิเคราะห์จะพบว่า บทบัญญัติที่ว่า "ถ้าทำสัญญากู้ยืมเงินกัน และผู้ให้กู้ยืมยอมรับเอาสิ่งของหรือทรัพย์สินอย่างอื่นเป็นการชำระหนี้แทนเงินที่กู้ยืมไว้ หนี้อันระงับไปเพราะการชำระเช่นนั้น ท่านให้คิดเป็นจำนวนเท่ากับราคาท้องตลาดแห่งสิ่งของ หรือทรัพย์สินนั้นในเวลา และ ณ สถานที่ส่งมอบ" นั้น มีหลักอยู่ว่าการชำระหนี้ตามมาตรา 656 วรรคสองนี้ เป็นเรื่องที่คุณสัญญาตกลงกำหนดไว้ล่วงหน้าในสัญญาก่อนที่จะมีการผิดนัดชำระหนี้ อีกทั้ง มูลหนี้ที่ระงับไปเพราะการชำระหนี้ตามมาตรานี้จะเท่ากับราคาทรัพย์สินในเวลาและสถานที่ส่งมอบ ดังนี้ เมื่อนำมาวิเคราะห์กับข้อสัญญาสินเชื่อบริษัทข้างต้น ก็เห็นได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ใกล้เคียงกับมาตรา 656 วรรคสองตรงที่ว่า การตกลงกันทำล่วงหน้าก่อนจะถึงเวลาชำระหนี้ อีกทั้ง การชำระหนี้ด้วยสิ่งของหรือทรัพย์สินดังกล่าวหนี้มิได้ระงับไปสิ้น แต่จะระงับไปเพียงเท่าราคาสิ่งของหรือทรัพย์สินดังกล่าวเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า การรับชำระหนี้ด้วยสิ่งของหรือทรัพย์สินตามมาตรา 656 วรรคสอง นั้น เป็นเรื่องที่คุณสัญญากู้ยืมเงินกำหนดไว้ชัดเจนล่วงหน้าแล้วว่า ทรัพย์สินที่จะนำมาชำระหนี้คืออะไร แต่สำหรับกรณีตามสัญญาสินเชื่อบริษัทนั้น ผู้ประกอบธุรกิจอาจรับชำระจากทรัพย์สินที่เป็นสินค้าตามสัญญาหรือทรัพย์สินอื่นๆ ของผู้ขอสินเชื่อก็ได้ จึงถือว่าไม่มีการกำหนดสิ่งของหรือทรัพย์สินที่จะชำระแทนเงินไว้ อีกทั้ง หนี้ตามสัญญาสินเชื่อบริษัทดังกล่าวยังระงับไปเท่ากับราคาสินค้าที่ขายได้ แต่สำหรับกรณีตามมาตรา 656 วรรคสองแล้ว หนี้จะระงับไปตามมูลค่าสิ่งของหรือทรัพย์สินอย่างอื่นในเวลาและ ณ สถานที่ส่งมอบ เมื่อ

การชำระหนี้ทั้งสองแบบมีลักษณะแตกต่างกันเช่นนี้ กรณีที่ย่อมไม่อาจถือได้ว่า การชำระหนี้ตามสัญญาเงินเชื่อเงินดาวน์ดังกล่าวอยู่ภายใต้มาตรา 656 วรรคสองได้เช่นกัน

อนึ่ง หากสังเกตลักษณะของการระงับแห่งหนี้ตามสัญญาเงินเชื่อเงินดาวน์ที่ให้ระงับเท่ากับราคาที่ย้ายได้ ประกอบกับการดำเนินการเข้ายึดไปในสถานที่ของผู้ขอสินเชื่อเพื่อยึดสินค้าหรือทรัพย์สินอื่นๆ ของผู้ขอสินเชื่อได้เองแล้ว จะเห็นได้ว่า กรณีนี้มีลักษณะคล้ายกับการบังคับคดีและขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีเท่านั้นที่จะดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ บุคคลอื่นเว้นแต่กรมสรรพากร* ไม่มีอำนาจดังกล่าว หากประสงค์จะใช้อำนาจจึงต้องดำเนินการผ่านทางศาล โดยการฟ้องร้องเป็นคดี และให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการให้เมื่อมีคำพิพากษาแล้วเท่านั้น อีกทั้ง ในการขายทอดตลาดนั้น ก็เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น เอกชนหากประสงค์จะขายทอดตลาดหรือจัดให้มีการประมูลจะต้องได้รับใบอนุญาตดำเนินการจากทางราชการ ดังนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวถือเป็นการให้อำนาจผู้ประกอบการธุรกิจบังคับคดีได้ด้วยตนเอง อันถือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีต่อประชาชน ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ต่อมาก็คือ หากผู้ประกอบการธุรกิจได้ดำเนินการเข้าไปในสถานที่ครอบครองของผู้ขอสินเชื่อหรือบริวาร และยึดเอาทรัพย์สินของผู้ขอสินเชื่อไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากสัญญาเงินเชื่อเงินดาวน์หรือทรัพย์สินอื่นๆ ของผู้ขอสินเชื่อก็ตาม ตลอดจนได้นำไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ที่ค้างชำระต่อตนแล้ว การกระทำดังกล่าวของผู้ประกอบการถือเป็นการผิดหรือไม่ อย่างไร

* ประมวลรัษฎากร มาตรา 12 บัญญัติว่า

“ภาษีอากรซึ่งต้องเสียหรือนำส่งตามลักษณะนี้ เมื่อถึงกำหนดชำระแล้ว ถ้ามิได้เสียหรือนำส่ง ให้ถือเป็นภาษีอากรค้าง

เพื่อให้ได้รับชำระภาษีอากรค้าง ให้อธิบดีมีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ต้องรับผิดชอบเสียภาษีอากรหรือนำส่งภาษีอากรได้ทั่วราชอาณาจักร โดยมีต้องขอให้ศาลออกหมายยึดหรือสั่งอำนาจดังกล่าวอธิบดีจะมอบให้รองอธิบดีหรือสรรพากรเขตก็ได้...”

พิจารณาจากหลักกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แต่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” เมื่อการเข้าไปในสถานที่ครอบครองของผู้ขอสินเชื่อหรือบวกร เป็นกากระทำโดยจงใจของผู้ประกอบการ โดยมีขอบด้วยกฎหมายอันทำให้ผู้ขอสินเชื่อเสียหายทางทรัพย์สิน ก็ย่อมถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวต้องด้วยลักษณะแห่งกฎหมายละเมิด ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ผู้ขอสินเชื่อได้รับให้แก่ผู้ขอสินเชื่อ แต่ปัญหายังมีอยู่ต่อไปว่า เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินดาวน์มีข้อกำหนดให้สิทธิผู้ประกอบการดำเนินการดังกล่าวได้ กรณีจะถือได้หรือไม่ว่าความยินยอมล่วงหน้าดังกล่าวทำให้การกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจไม่เป็นละเมิด

ในกรณีที่ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำ หรือเสี่ยงเข้ารับความเสียหายเอง ถือไม่ได้ว่าตนได้รับความเสียหาย จึงไม่เป็นละเมิด²² ดังนี้ จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็อาจถือได้ว่าความยินยอมของผู้ขอสินเชื่อล่วงหน้าทำให้การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจไม่เป็นละเมิด อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญาสินเชื่อเงินดาวน์มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปประเภทหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นมาประกอบการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวด้วย โดยเมื่อมาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้” ดังนี้ เมื่อมาตรา 9 มีผลใช้บังคับแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจก็ไม่สามารถนำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดดังกล่าวมาใช้แก้กรณีได้อีก ทั้งนี้ มาตรา 9 บัญญัติให้นำความยินยอมดังกล่าวมายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ จึงต้องตีความว่าข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้เลย กรณีไม่ใช่เรื่องที่ศาลจะใช้ดุลพินิจให้ข้อสัญญาเกี่ยวกับความยินยอมดังกล่าวใช้บังคับได้เท่าที่เหมาะสมได้ เนื่องจากมาตรา 9 มิได้ให้สิทธิแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณาได้ ต่างจากบางกรณีที่ให้ศาลมีดุลพินิจพิจารณาให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใช้บังคับได้แต่พอสมควรและเป็นธรรม ดังนี้ ข้อสัญญาที่ตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจล่วงหน้าดังกล่าว จึงไม่อาจใช้บังคับได้ ผู้ประกอบธุรกิจไม่อาจอ้างได้ว่าความยินยอมของผู้ขอสินเชื่อทำให้การกระทำดังกล่าวของตนไม่เป็นละเมิดได้

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510 (ที่ประชุมใหญ่) , 1508/2531 และ 248/2523

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ เมื่อกรณีการเข้าไปในสถานที่ครอบครองและยึดทรัพย์สินไปขายนั้นถือเป็นละเมิดแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะอ้างได้หรือไม่ว่า การกระทำการดังกล่าวของตนเข้าหลักนิรโทษกรรม กล่าวคือ มีความผิดฐานละเมิดแต่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย (ในกรณีนี้คือผู้ขอสินเชื่อ) เมื่อพิจารณามาตรา 451 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “บุคคลใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตน ถ้าตามพฤติการณ์จะขอให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ช่วยเหลือให้ทัน่วงที่ไม่ได้ และถ้ามิได้ทำในทันใด ภัยมีอยู่ด้วยการที่ตนจะได้สมตั้งสิทธินั้นจะต้องประวิงไปมากหรือถึงแก่สาบสูญได้ไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นหาต้องรับผิดชอบให้ค่าสินไหมทดแทนไม่” ผู้ใช้สิทธิจะต้องมีสิทธิตามกฎหมายที่ผู้ทำความเสียหายควรจะได้รับผลอย่างใดอย่างหนึ่ง และผลที่จะได้นั้นกำลังจะสูญเสียไปโดยที่ผู้ก่อความเสียหายไม่มีเวลาจะใช้สิทธิทางศาลหรือทางพนักงานผู้มีหน้าที่ทางอื่น จึงจำเป็นที่จะต้องทำการลงเพื่อป้องกันมิให้สิทธิที่ควรจะได้นั้นสูญเสียไป หรือเพียงแต่จะประวิงเนิ่นช้าไปมาก²³ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำละเมิดดังกล่าวไปโดยประสงค์ป้องกันสิทธิของตนนั้น ผู้ประกอบธุรกิจอาจอ้างเหตุนิรโทษกรรมตามมาตรา 451 ได้ ในกรณีที่พฤติการณ์แสดงให้เห็นว่า ตนไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลหรือขอให้เจ้าหน้าที่ช่วยเหลือได้ทัน่วงที่ไม่ได้ และหากมิได้กระทำการดังกล่าวในทันใด ผู้ขอสินเชื่ออาจพำทรัพย์สินหลบหนีไปได้ หรืออาจทำลายทรัพย์สินให้เกิดความเสียหาย หรือกระทำการอื่นใดในลักษณะอันมีผลให้ผู้ประกอบธุรกิจเสียสิทธิของตนที่มีอยู่หรืออาจได้มาตามสัญญาสินเชื่อเงินด่วน

อนึ่ง การกระทำเช่นนี้เป็นการทำความยุติธรรมให้แก่ตัวเอง และอาจกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลอื่นได้โดยง่าย กฎหมายจึงจำต้องครัดเคร่งว่าต้องทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นจริงๆ เพื่อบำบัดปิดป้องภัยอันตรายเท่านั้น²⁴ ดังนี้ มาตรา 451 วรรคสอง จึงได้บัญญัติว่า “การใช้กำลังดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าต้องจำกัดครัดเคร่งแต่เฉพาะที่จำเป็นเพื่อจะบำบัดปิดป้องภัยอันตรายเท่านั้น” ในการใช้สิทธิดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจต้องใช้ในกรณีที่จำเป็นจริงๆ เท่านั้น โดยหากพฤติการณ์ไม่อาจเล็งเห็นได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจมีความจำเป็นเพื่อจะบำบัดปิดป้องภัยอันตรายจริง เช่น ไม่ปรากฏว่าผู้ขอสินเชื่อจะหลบหนีเพียงแต่ไปท่องเที่ยวต่างจังหวัดเท่านั้น กรณีนี้ผู้ประกอบธุรกิจไม่ก็อาจอ้างเหตุนิรโทษกรรมตามมาตรา 451 ได้ โดยในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการโดยสันนิษฐานผิดนี้ ย่อมมีผลตามมาตรา 451 วรรคท้าย ที่ว่า “ถ้าบุคคลผู้ใดกระทำการดังกล่าวมาในวรรคต้น เพราะหลงสันนิษฐานพลาดไปว่ามีเหตุอันจำเป็นที่

²³ ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์, อ้างแล้ว, หน้า 336.

²⁴ ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์, อ้างแล้ว, หน้า 336.

จะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายไซ้ร้ ท่านว่าผู้้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลอื่น แม้ทั้งการที่หลงพลาดไปนั้นจะมีไ้เป็นเพราะความประมาทเลินเล่อของตน” กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจยังคงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ขอสินเชื่อรวมตลอดจนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวของตนด้วย

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ การเข้าไปในสถานที่ครอบครองของผู้ขอสินเชื่อหรือบริวารและยึดทรัพย์สินของผู้ขอสินเชื่อนำไปขายนั้น ถือเป็นความผิดฐานบุกรุกหรือลักทรัพย์หรือไม่ มาตรา 362 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเข้าไปกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ดังนี้ ตามหลักแห่งมาตรา 362 แล้ว การที่ผู้ประกอบธุรกิจเข้าไปในสถานที่ครอบครองของผู้ขอสินเชื่อหรือบริวาร ถือเป็น การ “เข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น” เป็นการรบกวนการครอบครอง ซึ่งมีความผิดฐานบุกรุก อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถต่อสู้ได้หรือไม่ว่า ความยินยอมของผู้ขอสินเชื่อทำให้ การกระทำดังกล่าวไม่เป็นบุกรุก

สำหรับประเด็นนี้ ศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า ความยินยอมล่วงหน้า ในสัญญาดังกล่าวทำให้การเข้าไปไม่เป็นบุกรุก ซึ่งผู้วิจยขอยกตัวอย่างคำวินิจฉัยตอนหนึ่งของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4854/2537 ขึ้นประกอบดังนี้ “ข้อตกลงตามสัญญาเช่ามีว่า ถ้าผู้เช่าผิดสัญญายอมให้ผู้ให้เช่ามีสิทธิเข้ายึดครอบครองสถานที่และสิ่งที่เขาได้โดยพลัน ข้อสัญญา ดังกล่าวนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงใช้บังคับได้ เมื่อสัญญาเช่าครบกำหนดเวลา และจำเลยที่ 1 บอกเลิกสัญญาเช่าด้วยแล้ว บ. และผู้เสียหายซึ่งอยู่ในห้องพิพาทโดยอาศัยสิทธิของ บ. ย่อมไม่มีสิทธิอยู่ในห้องพิพาทต่อไป เมื่อ บ. ไม่ยอมออกจากห้องพิพาท จำเลยที่ 1 จึงใช้สิทธิตามหนังสือสัญญาเช่าห้องพักโดยเข้าไปในห้องพิพาทแล้วใช้คีมหนีบกุญแจลูกบิดประตู บานหน้าต่าง ถอดเอาสะพานไฟฟ้าและเครื่องรับโทรทัศน์ในห้องพิพาทออกไป จึงไม่มีมูลความผิดฐานบุกรุก”^{*} ดังนี้ จึงเห็นได้ว่า ความยินยอมของผู้ขอสินเชื่อล่วงหน้าทำให้การเข้าไปในสถานที่ครอบครองดังกล่าวไม่เป็นบุกรุก อย่างไรก็ตาม ปัญหายังมีอยู่ต่อไปว่า เมื่อความยินยอมของผู้ขอสินเชื่อดังกล่าวอยู่ในสัญญาสำเร็จรูป จะถือได้หรือไม่ว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรม เพราะเมื่อมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็น

^{*} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3025/2541 ได้เดินตามแนวคำพิพากษาดังกล่าว

ธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติให้ ข้อตกลงที่ให้ความยินยอมเพื่อกระทำการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ ดังนี้ จะนำบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับกับกรณีบุกรุกได้ด้วยหรือไม่ เพราะการบุกรุกก็ย่อมเป็นความผิดฐานละเมิดอยู่ในตัวอยู่แล้ว

ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติมาตรา 9 บัญญัติไว้ชัดเจนว่าจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ ดังนี้ ก็ย่อมต้องถือใช้บังคับเฉพาะในประเด็นของการละเมิดเท่านั้น ดังนั้น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจหรือตัวแทนเข้าไปในสถานที่ครอบครองดังกล่าวจึงยังมีผลใช้บังคับได้ (ในกรณีความผิดฐานบุกรุก) แต่อย่างไรก็ตาม แม้ข้อตกลงดังกล่าวจะไม่เข้ามาตรา 9 แต่ข้อสัญญาดังกล่าวก็ยังคงอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อยู่ ดังนี้ ศาลจึงมีดุลพินิจในการพิจารณาข้อสัญญานั้นให้ใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ปัญหาต่อมาเมื่ออยู่ว่า การยึดทรัพย์สินของผู้ขอสินเชื่อและนำไปขายนั้น ผู้ประกอบธุรกิจมีความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ ปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์สินของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์...” เมื่อพิจารณาองค์ประกอบการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจแล้วจะเห็นได้ว่า การยึดทรัพย์สินของผู้ขอสินเชื่อไปนั้นถือเป็นการ “เอาไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลอื่น” แล้ว เนื่องจากมีลักษณะเป็นการเอาไปในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์โดยเด็ดขาด ดังนี้ ปัญหาว่าจะเป็นการลักทรัพย์หรือไม่จึงต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจว่า ผู้ประกอบธุรกิจมีเจตนาทุจริตหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า การเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยเข้าใจผิดว่าเจ้าของทรัพย์สินยินยอมหรืออนุญาตแล้วนั้น ถือว่าเป็นการกระทำโดยขาดเจตนาลักทรัพย์²⁵ อีกทั้งแนวคำพิพากษาศาลฎีกายังวินิจฉัยว่า การที่เจ้านี้ไปยึดทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อหักใช้นี้โดยผลการ โดยทรัพย์สินที่เจ้านี้ยึดมีราคาไม่เกินไปกว่าจำนวนหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระ ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาทุจริต เป็นแต่เพียงการใช้อำนาจบังคับตามสิทธิของเจ้านี้โดยผลการเท่านั้น²⁶ ดังนี้ จะถือว่าผู้ประกอบธุรกิจมีความผิดฐานลักทรัพย์มิได้ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจขาดเจตนาอันถือเป็นการประกอบสำคัญของกระทำความผิดอาญา

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5907/2546

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2041/2515 และ 251/2513

4.2 รูปแบบของแนวปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ในการให้บริการสินเชื่อเงินด่วนระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้ขอสินเชื่อ นั้น มีการดำเนินการที่ไม่เป็นธรรมกับผู้ขอสินเชื่ออยู่บ่อยครั้ง ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวมักจะไม่ปรากฏให้เห็นในข้อสัญญา อีกทั้ง ในบางกรณีก็ไม่อาจปรากฏอยู่ในข้อสัญญาได้โดยสภาพ อาทิเช่น การใช้สัญญาแบบสำเร็จรูป และวิธีการเรียกให้ชำระหนี้ เป็นต้น ดังนี้ ในข้อ 4.2 นี้จึงเห็นควรที่จะนำแนวทางปฏิบัติของผู้ประกอบการธุรกิจบางข้อที่อาจมีข้อโต้แย้งจากผู้ขอสินเชื่อว่าเป็นธรรมหรือไม่ ขึ้นมาพิจารณา ดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.2.1 วิธีการคิดคำนวณดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียม

แม้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนจะกำหนดข้อสัญญาเรียกเก็บดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียมโดยถูกต้องชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่า ผู้ประกอบการธุรกิจให้สินเชื่อเงินด่วนหลายรายมีวิธีการคิดคำนวณดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียมที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ การคิดคำนวณอัตราดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียมจากเงินต้นตามระยะเวลาที่ให้สินเชื่อเงินด่วนแล้วนำมาหารเป็นจำนวนเดือน เช่น ให้สินเชื่อเงินด่วนจำนวน 20,000 บาท เป็นระยะเวลา 1 ปี ดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี คิดคำนวณดังนี้ $(20,000 \times 15) / 100 =$ ดอกเบี้ยตลอดอายุสัญญา 3,000 บาท โดยคิดเป็นเดือนละ $3,000 / 12 = 250$ บาท ทุกเดือน ในขณะที่การคิดคำนวณดอกเบี้ยที่ถูกต้องจะต้องคิดจากยอดเงินต้นค้างชำระ ไม่ใช่เงินต้นทั้งหมด ยกตัวอย่างเช่น กรณีข้างต้น ดอกเบี้ยเดือนแรกจะเท่ากับ 250 บาท แต่หากผู้ขอสินเชื่อได้ชำระเงินต้นเดือนแรกไปแล้ว 500 บาท ในเดือนที่ 2 ดอกเบี้ยจะเหลือเพียง $((19,500 \times 15) / 100) / 12 = 243.75$ บาท เท่านั้น และจะลดลงเรื่อยๆ ทุกๆ เดือน เป็นต้น ดังนี้ การคิดคำนวณดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียมโดยวิธีการดังกล่าวของผู้ประกอบการธุรกิจจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียมเกินกว่าอัตราที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดได้

การคิดคำนวณดอกเบี้ยในลักษณะดังกล่าวของผู้ประกอบการธุรกิจให้สินเชื่อเงินด่วน จึงถือเป็นเครื่องมือในการเอาเปรียบผู้ขอสินเชื่อ และการกระทำดังกล่าวเข้าลักษณะการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา อันเป็นความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2575 ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มีผลให้ข้อตกลงเรียกเก็บดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นโมฆะทั้งสิ้นตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.2.2 การใช้สัญญาแบบสำเร็จรูป

ในการให้สินเชื่อเงินค่วนั้น ผู้ประกอบธุรกิจทุกรายจะใช้สัญญาสินเชื่อแบบมาตรฐานของตน โดยสัญญาดังกล่าวจะมีข้อความเหมือนกันทุกฉบับทำไว้ล่วงหน้า และเว้นช่องว่างให้ผู้ขอสินเชื่อลงลายมือชื่อเพื่อผูกพันตนตามสัญญาเท่านั้น ดังนี้ ผู้ขอสินเชื่อจึงไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาใดๆ ได้เลย (แม้ว่าในความเป็นจริงหากได้มีการร่างสัญญาสินเชื่อขึ้นใหม่ผู้ขอสินเชื่อ จะมีอำนาจต่อรองในการแก้ไขข้อความในสัญญาสินเชื่อน้อยกว่าผู้ให้สินเชื่อ อันทำให้ข้อสัญญาไม่ค่อยได้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ขอสินเชื่อมากนักก็ตาม)* เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินค่วนั้นเป็นสัญญามาตรฐานที่ร่างโดยผู้ประกอบธุรกิจเพียงฝ่ายเดียว โดยปกติแล้วผู้ประกอบธุรกิจก็ย่อมต้องกำหนดข้อสัญญาให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากกว่าเพื่อประโยชน์ของผู้ขอสินเชื่อ ดังนี้ ข้อสัญญาในสัญญามาตรฐานดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เพียงใด เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาสำเร็จรูปไว้ในมาตรา 3 ดังนี้ "สัญญาสำเร็จรูป หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน" และดังที่ได้สรุปไว้ในบทที่ 3 แล้วว่า สัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาจ่ายอม (adhesive contract) คือ สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่า เพื่อใช้ในการประกอบกิจการของตน กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจได้จัดเตรียมสัญญาไว้แล้ว ผู้บริโภคเพียงแต่ตัดสินใจว่าจะตกลงเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ ผู้บริโภคไม่มีสิทธิเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมเนื้อหาในสัญญาดังกล่าวได้

เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินค่วนั้นเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นมาตรฐานและมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร อีกทั้ง ผู้ขอสินเชื่อยังไม่มีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้เลย ดังนี้

* ในการทำสัญญาสินเชื่อกับสถาบันการเงินนั้น หากมีการขอสินเชื่อวงเงินสูงๆ สัญญาสินเชื่อก็มักจะมีการร่างขึ้นมาใหม่ แม้ว่าจะมีมาตรฐานสัญญาของสถาบันการเงินนั้นๆ อยู่แล้วก็ตาม แต่ผู้ขอสินเชื่อก็อาจขอปรับเปลี่ยนเงื่อนไขในบางประการได้บ้าง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา แต่หากสัญญาสินเชื่อที่ทำกับสถาบันการเงินนั้น มีวงเงินไม่สูงมากนัก สถาบันการเงินก็มักจะนำสัญญามาตรฐานที่กำหนดข้อความต่างๆ ไว้ล่วงหน้ามาใช้ โดยผู้ขอสินเชื่ออาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาดังกล่าวได้เช่นกัน

จึงต้องถือว่าสัญญาสินเชื่อเงินค่วนเป็นสัญญาสำเร็จรูปแบบหนึ่งนั่นเอง (ดังที่ผู้วิจัยได้เคยวิเคราะห์ไปแล้วในบทที่ 3) อย่างไรก็ตาม ปัญหายังมีต่อไปว่าบางกรณีสัญญาสินเชื่อเงินค่วนอยู่ในรูปแบบของใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลซึ่งผู้ขอสินเชื่อลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ดังนี้ จะถือได้หรือไม่ว่าเอกสารดังกล่าวเป็นสัญญาสำเร็จรูปตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวให้คำนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาสำเร็จรูป” ไว้ว่า หมายถึง “สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า...”

สัญญาก็คือการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายตามที่คู่สัญญาประสงค์²⁷ สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน ดังนี้ สัญญาจึงอาจเป็นทำขึ้นเป็นวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบในการทำสัญญา เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไซ้ ท่านว่าเป็นโมฆะ (มาตรา 456) คู่สัญญาก็ต้องทำตามแบบดังกล่าว มิฉะนั้นสัญญาก็ย่อมไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในทางกฎหมาย

สำหรับสัญญากู้ยืมเงินนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 อันเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับยืมใช้ล้นเปลืองรวมถึงการกู้ยืมเงิน บัญญัติอยู่ในวรรคท้ายว่า “สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม” ดังนี้ แสดงให้เห็นว่า สัญญากู้ยืมเงินไม่มีแบบ เพียงแต่มีการตกลงให้กู้ยืมเงินระหว่างกันและมีการส่งมอบเงินให้แก่กันแล้วสัญญาก็ย่อมเกิดขึ้นโดยบริบูรณ์ ทั้งนี้ มาตรา 653 วรรคแรกได้บัญญัติว่า “การกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทขึ้นไป นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” หลักฐานแห่งการกู้ยืม (มาตรา 653 วรรคแรก) นี้ ไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม เป็นเรื่องพยานหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น ถึงแม้ว่ากู้กันเกิน 2,000 บาท ไม่ได้ทำสัญญากู้เป็นหนังสือกันไว้ ถือว่าไม่มีหลักฐานการกู้ การกู้ยืมนั้นก็หาตกเป็นโมฆะไปไม่ เพียงแต่จะฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการกู้ยืมไม่ได้เท่านั้น²⁸

มาตรา 653 ใช้คำว่า “หลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ” หลักฐานแห่งการกู้ยืม ตามมาตรานี้จะเป็นหนังสืออะไรก็ได้

²⁷ อักษราทร จุฬารัตน, อ้างแล้ว, หน้า 115.

²⁸ ชัยนติ ไกรกาญจน์, เอกสารประกอบการสอน วิชา กฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมและหลักประกัน, โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549

ข้อสำคัญต้องมีข้อความแสดงถึงคำมูลแห่งการกู้ยืมพอสมควร เอกสารที่ลูกหนี้ทำไว้แก่เจ้าหนี้ว่าจะนำเงินตามจำนวนที่ระบุไว้มาใช้ให้แก่เจ้าหนี้ภายในวัน เดือน ปี ที่กำหนดไว้ใช้เป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินได้²⁹ ดังนี้ หลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินจึงไม่จำเป็นต้องมีลายมือชื่อของผู้ให้กู้ก็ได้ กฎหมายเน้นที่ว่าต้องมีลายมือชื่อของผู้กู้ยืมเท่านั้น โดยเอกสารดังกล่าวต้องมีข้อความแสดงให้เห็นได้ว่าการกู้ยืมเงินระหว่างกันด้วย เมื่อสัญญากู้ยืมเงินไม่จำเป็นต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้มีหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อการฟ้องร้องบังคับคดีต่อกันเท่านั้น ดังนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การนำข้อกำหนดเกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงินมาเรียบเรียงจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ก็ย่อมถือว่าเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามความหมายของ "สัญญาสำเร็จรูป" ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้ว แม้จะมีได้มีการลายมือชื่อของคู่สัญญาก็ไม่ใช่ข้อสำคัญ ดังนี้ แม้ใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลจะมีเพียงลงลายมือชื่อของฝ่ายผู้ขอสินเชื่อเท่านั้น ก็ถือเป็นสัญญาสำเร็จรูปแล้ว

เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินด่วนมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปแล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ ข้อสัญญาในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนดังกล่าวจะให้บังคับกับผู้ขอสินเชื่อได้มากน้อยเพียงใด สำหรับปัญหานี้ ผู้วิจัยของแบ่งวิเคราะห์เป็น 2 ประเด็น คือ 1) การบังคับใช้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ 2) การบังคับใช้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

4.2.2.1 การบังคับใช้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ" โมฆะกรรม คือ ความเสียเปล่าไม่เกิดผลในกฎหมายแต่อย่างใด (Quod nullum est nullum producit effectum) ไม่ทำให้มีการเคลื่อนไหวในสิทธิแต่อย่างใด สิทธิและหน้าที่อย่างใดๆ คงเป็นหรือมีอยู่เช่นเดียวกับในขณะที่ยังมีการกระทำนิติกรรมนั้น³⁰ โดยผลของนิติกรรมที่เป็นโมฆะก็คือ การที่นิติกรรมนั้นไม่เกิดผลทางกฎหมายใดๆ เสมือนหนึ่งนิติกรรมนั้นๆ ไม่ได้ทำขึ้นเลย และถ้าหากคู่สัญญาจะต้องคืนทรัพย์สิน

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1504/2531

³⁰ อัครราช จุฬารัตน , อ่างแล้ว , หน้า 75.

อันเกิดจากโมฆะกรรมแล้ว ก็ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลามิควรได้มาใช้บังคับ* ดังนี้ หากสัญญาสินเชื่อเงินด่วนอันเป็นสัญญาสำเร็จรูปรูปแบบหนึ่ง มีข้อกำหนดที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ย่อมมีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 150 เช่น ข้อตกลงให้มีการเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตราฝ่าฝืนมาตรา 654 ประกอบกับประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งมีความผิดตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 และผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษทางอาญาอันถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ย่อมมีผลเป็นโมฆะตามกฎหมาย เป็นต้น

ปัญหาต่อมาคือว่า หากสัญญาสินเชื่อเงินด่วนอันเป็นสัญญาสำเร็จรูปรูปแบบหนึ่งนั้น มีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งที่เป็นโมฆะตามกฎหมาย สัญญาสินเชื่อเงินด่วนจะเสียไปทั้งฉบับเลยหรือไม่ อย่างไร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173 บัญญัติว่า "ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้" โดยปกติแล้วความเป็นโมฆะของนิติกรรมส่วนใดส่วนหนึ่งย่อมทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะไปทั้งหมด แต่ในกรณีที่โดยพฤติการณ์แล้วพึงสันนิษฐานได้ว่า คู่กรณีถือว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของนิติกรรมนั้นอยู่ในลักษณะที่สามารถแยกออกจากกันได้ และคู่กรณีคงทำนิติกรรมในส่วนที่สมบูรณ์อยู่ ก็ให้ถือว่านิติกรรมในส่วนนั้นยังผูกพันมีผลทางกฎหมาย ดังนี้ เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินด่วนของผู้ประกอบการเกือบทุกรายมักจะมีข้อความให้แยกส่วนที่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่สมบูรณ์ เช่น ข้อสัญญาของผู้ประกอบการรายหนึ่งที่ว่า "ในกรณีที่ข้อความหรือเงื่อนไขใดในสัญญาดังนี้ขัดต่อกฎหมาย หรือไม่มีผลบังคับตามกฎหมายให้ถือว่าข้อความหรือเงื่อนไขนั้นๆ เป็นโมฆะเฉพาะส่วนที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายเท่านั้น โดยให้เงื่อนไขอื่นๆ ยังคงเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และไม่มีผลกระทบต่อข้อตกลงอื่นๆ ที่ยังคงสมบูรณ์อยู่" จะถือได้หรือไม่ว่าข้อความดังกล่าวในสัญญาสำเร็จรูปเป็นเจตนาของคู่สัญญาตามมาตรา 173 ข้างต้น

* ในการทำสัญญาสินเชื่อกับสถาบันการเงินนั้น หากมีการขอสินเชื่อวงเงินสูงๆ สัญญาสินเชื่อก็มักจะมีการร่างขึ้นมาใหม่ แม้ว่าจะมีมาตรฐานสัญญาของสถาบันการเงินนั้นๆ อยู่แล้วก็ตาม แต่ผู้ขอสินเชื่อก็อาจขอปรับเปลี่ยนเงื่อนไขในบางประการได้บ้าง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา แต่หากสัญญาสินเชื่อที่ทำกับสถาบันการเงินนั้น มีวงเงินไม่สูงมากนัก สถาบันการเงินก็มักจะนำสัญญามาตรฐานที่กำหนดข้อความต่างๆ ไว้ล่วงหน้ามาใช้ โดยผู้ขอสินเชื่ออาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาดังกล่าวได้เช่นกัน

ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อความข้างต้นชัดเจนว่าฝ่ายผู้ประกอบการประสงค์ให้ ส่วนที่เป็นโมฆะแยกจากส่วนที่สมบูรณ์ แต่สำหรับผู้ขอสินเชื่อที่นั้นกรณียังเป็นที่ยังอยู่เนื่องจาก สัญญาสินเชื่อเงินด่วนผู้ประกอบการเป็นผู้กำหนดข้อความต่างๆ ไว้ล่วงหน้าเพียงฝ่ายเดียว อีกทั้ง ผู้ขอสินเชื่อไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความใดๆ ในสัญญาได้เลย ดังนี้ จะถือว่า ข้อความที่กำหนดไว้ล่วงหน้าโดยฝ่ายเดียวดังกล่าวเป็นเจตนาของผู้ขอสินเชื่อคงยังฟังไม่ได้ถนัดนัก แม้ว่าผู้ขอสินเชื่อจะได้ลงลายมือชื่อในสัญญาสินเชื่อดังกล่าวก็ตาม

กฎหมายใช้คำว่า "...เว้นแต่จะฟังสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณี ว่า คู่กรณีได้เจตนาจะให้ส่วนที่สมบูรณ์นั้นแยกออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้" ดังนี้ ผู้วิจัย จึงเห็นว่า การแยกส่วนที่เป็นโมฆะของสัญญาออกจากส่วนที่สมบูรณ์นั้น เป็นเรื่องการสันนิษฐาน เจตนาของคู่สัญญาว่ามีความประสงค์ดังกล่าว โดยการคาดหมายจากพฤติการณ์แห่งกรณีนั้นๆ ดังนี้ หากเจตนาในเรื่องดังกล่าวมิได้ปรากฏโดยชัดแจ้งก็จะต้องเป็นเรื่องของการคาดการณ์หรือ การสันนิษฐานของศาลเอาจากพฤติการณ์นั่นเอง คงมิใช่เรื่องของการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะต้องนำสืบเจตนาของตนเป็นแน่ ทั้งนี้ นิติกรรมที่เป็นโมฆะแต่เพียงบางส่วนนี้ต้องประกอบด้วย หลักเกณฑ์ที่สำคัญสองประการคือ (1) นิติกรรมที่เกิดขึ้นนั้นเป็นนิติกรรมอันหนึ่งอันเดียว (2) นิติกรรมอันเดียวนั้นในตัวเองสามารถแยกออกจากกันได้เป็นหลายส่วน³¹ อนึ่ง ปัญหานี้อาจ เทียบเคียงได้กับเรื่องการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราเนื่องจากข้อกำหนดเกี่ยวกับดอกเบี้ยที่เรียกเกิน อัตรานั้น เป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งในสัญญาสินเชื่อเงินด่วน โดยหากการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราไม่ ทำให้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนเป็นโมฆะไปทั้งหมดแล้ว การเป็นโมฆะของข้อสัญญาในเรื่องอื่นๆ ก็ น่าจะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะไปทั้งหมดส่วนที่สมบูรณ์แยกออกจาก ส่วนที่เป็นโมฆะได้ ผู้วิจัยได้เคยวิเคราะห์ปัญหาเรื่องความเป็นโมฆะของดอกเบี้ยที่เรียกเกินเกิน อัตรามาแล้วในบทที่ 3 ว่า ในการเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตราอันทำให้ดอกเบี้ยที่เรียกเก็บเป็น โมฆะไปทั้งหมดนั้น ข้อสัญญาในส่วนของต้นเงินยังสมบูรณ์อยู่ ทั้งนี้ นักกฎหมายส่วนใหญ่และ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยว่า การกู้ยืมเงินโดยเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้น ดอกเบี้ยตก เป็นโมฆะทั้งหมด แต่ต้นเงินไม่เป็นโมฆะ³² และยอดเงินกู้ตามหนังสือสัญญากู้เงินซึ่งแยกได้ว่าเป็น ต้นเงินที่แท้จริงจำนวนหนึ่ง และดอกเบี้ยล่วงหน้าซึ่งเรียกเกินอัตราผิดกฎหมายจำนวนหนึ่ง นั้น ดอกเบี้ยดังกล่าวเป็นหนี้ไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะ ส่วนหนี้ต้นเงินยังคงสมบูรณ์ สัญญากู้ไม่ ตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ และในส่วนที่สมบูรณ์ย่อมนำมาใช้เป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมฟ้องร้องบังคับ

³¹ อัครราช จุฬารัตน , อ้างแล้ว , หน้า 78-79.

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 478/2488

คดีได้³³ ดังนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า น่าจะถือได้ว่าในสัญญาสินเชื่อเงินค่วนนั้น คู่สัญญาน่าจะประสงค์ให้ส่วนที่เป็นโมฆะแยกออกจากส่วนที่สมบูรณ์ แม้ว่าสัญญาสินเชื่อเงินค่วนจะไม่ได้กำหนดถึงข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวไว้เลยก็ตาม

ปัญหาต่อมาก็คือ สัญญาสินเชื่อเงินค่วนที่บรรดาผู้ประกอบการธุรกิจใช้กับผู้ขอสินเชื่อ นั้น สามารถนำมาเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องเพื่อบังคับคดีได้หรือไม่ ปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” ดังนี้ แม้การให้สินเชื่อเงินค่วนของผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะมีรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูปที่ต่างกัน โดยผู้ประกอบการบางรายอยู่ในรูปของสัญญาสินเชื่อเงินกู้ แต่บางรายอยู่ในรูปใบคำขอสินเชื่อเงินค่วนซึ่งผู้ขอสินเชื่อลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียว แต่เมื่อมาตรา 653 ใช้คำว่า “หลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ” กฎหมายเน้นที่ว่าต้องมีลายมือชื่อของผู้ยืมเท่านั้น (โดยเอกสารดังกล่าวต้องมีข้อความแสดงให้เห็นได้ว่าการกู้ยืมเงินระหว่างกันด้วย) ดังนี้ เมื่อในทางปฏิบัติผู้ประกอบการธุรกิจทุกรายมีการให้ผู้ขอสินเชื่อลงลายมือชื่อของตนในเอกสาร แม้ว่าบางรายจะมีเพียงลายมือชื่อของผู้กู้ยืมอย่างเดียวก็ตาม เอกสารดังกล่าวก็ย่อมใช้บังคับเพื่อการฟ้องร้องดำเนินคดีได้

4.2.2.2 การบังคับใช้สัญญาสินเชื่อเงินค่วนตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 มีหลักว่าข้อตกลงในสำเร็จรูปซึ่งทำให้ผู้กำหนดสัญญาได้เปรียบอีกฝ่ายเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้ ในกรณีที่มิข้อสงสัยให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินค่วนเป็นสัญญาสำเร็จรูปประเภทหนึ่ง สัญญาสินเชื่อเงินค่วนก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในมาตรา 4 ข้างต้นด้วย กล่าวคือ หากข้อกำหนดในสัญญาสินเชื่อเงินค่วนมีลักษณะไม่เป็นธรรม ก็จะใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติให้อำนาจศาลในการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ ดังนี้ จึงต้องมีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลแล้วเท่านั้นจึงจะมีการนำข้อกำหนดในสัญญาสินเชื่อเงินค่วนขึ้นพิจารณาว่าเป็นธรรมหรือไม่ มากน้อยเพียงใด และให้ใช้บังคับได้เพียงใด

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2516

การเป็นโมฆะของข้อสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แตกต่างจากการบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากบรรดาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้เกือบทุกกรณี มิได้เป็นโมฆะเสียเปล่าไปแต่อย่างใด ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่ยังคงสมบูรณ์ผูกพันคู่กรณีได้อยู่ พระราชบัญญัตินี้เพียงแต่เปิดช่องทางให้มีการปรับลดสภาพบังคับลงได้โดยให้มีผลบังคับกันได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งถ้าคู่สัญญาไม่อาจหาข้อยุติระหว่างกันเอง ได้ว่าแค่นั้นเพียงไรจึงจะถือว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีแล้ว ก็คงต้องเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนี้ โดยใช้ดุลพินิจพิจารณาหาจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีสำหรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นออกมาให้ได้³⁴

4.2.3 การผูกพันผู้ขอสินเชื่อโดยใช้สัญญาสำเร็จรูป

ดังที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วว่าสัญญาสินเชื่อเงินด่วนมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการจัดทำขึ้นเพื่อใช้กับผู้ขอสินเชื่อทุกรายเป็นการทั่วไป การผูกพันผู้ขอสินเชื่อโดยใช้สัญญาสำเร็จรูปดังกล่าว อาจมีปัญหาเรื่องความผูกพันตามข้อสัญญาได้ เนื่องจากผู้ขอสินเชื่อจำนวนมากไม่ได้อ่านข้อสัญญา และบางรายอ่านแต่ไม่เข้าใจในเนื้อหาเท่าที่ควร อีกทั้ง แม้ผู้ขอสินเชื่อจะมีความเข้าใจในข้อสัญญาดังกล่าวโดยตลอดก็ตามผู้ขอสินเชื่อก็ไม่อาจเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่มีอำนาจต่อรองและไม่มีทางเลือกเพราะต้องการเงิน และนอกจากนี้ผู้ประกอบการส่วนใหญ่มักทำสัญญาสินเชื่อเงินด่วนออกมาในรูปแบบใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลซึ่งมีเพียงผู้ขอสินเชื่อลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ดังนี้ เมื่อผู้ประกอบการมิได้ลงลายมือชื่อของตนหรือผู้มีอำนาจกระทำการผูกพันแทนในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนดังกล่าวด้วยแล้ว ปัญหาที่มีอยู่ว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบการเป็นฝ่ายผิดสัญญา ผู้ขอสินเชื่อเงินด่วนจะใช้ข้อสัญญาดังกล่าวฟ้องร้องเพื่อบังคับเอาากับผู้ประกอบการได้หรือไม่ เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา

ในกรณีที่ผู้ขอสินเชื่อไม่ได้อ่านข้อความในสัญญาสินเชื่อเงินด่วนแต่ได้ลงลายมือชื่อของตนในสัญญาแล้ว ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลผู้ขอสินเชื่อจะอ้างได้หรือไม่ว่า ข้อสัญญาที่ตนลงลายมือชื่อดังกล่าวไม่ผูกพันตน เนื่องจากตนไม่ได้อ่านข้อความในสัญญาดังกล่าวเลย จึงไม่มีเจตนาจะผูกพันตนตามเงื่อนไขดังกล่าว สำหรับปัญหานี้ ผู้วิจัยขอ

³⁴ นพตล ปกรณ์นิมิตดี, อ้างแล้ว, หน้า 154.

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 ขึ้นมาใช้ประกอบการพิจารณา โดยมาตรา 94 วรรคแรก บัญญัติว่า "เมื่อใดมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดงห้ามมิให้ศาลยอมรับพยานบุคคล ในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ แม้ถึงว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยินยอมก็ดี... (ข) ขอสืบพยานบุคคลประกอบข้ออ้างอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อได้นำเอกสารมาแสดงแล้วว่า ยังมีข้อความเพิ่มเติมตัดทอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในเอกสารนั้นอยู่อีก" เงื่อนไขที่ห้ามสืบพยานบุคคลแทน เพิ่มเติม หรือตัดทอน เปลี่ยนแปลง คือ ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายสารบัญญัติกำหนดให้นิติกรรมนั้นต้องทำตามแบบหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อใช้ในการฟ้องร้องบังคับคดี ซึ่งกรณีจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 94 นั้น จะต้องเป็นกรณีการฟ้องบังคับตามสัญญาหรือหลักฐานเป็นหนังสือนั้นโดยตรง อย่างไรก็ตาม การนำสืบพยานบุคคลที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารยอมทำได้ แม้ว่าการนำสืบดังกล่าวจะกระทบถึงความรับผิดชอบหรือผลผูกพันตามข้อความในเอกสารก็ตาม

อนึ่ง การสืบพยานบุคคลที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารแต่กระทบความรับผิดชอบหรือความผูกพันตามข้อความในเอกสาร ได้แก่

- การนำสืบพยานบุคคลถึงที่มาแห่งหนี้ตามเอกสาร
- การนำสืบข้อตกลงใหม่ที่เกี่ยวพันกับข้อตกลงเดิม
- การนำสืบถึงรายละเอียดปลีกย่อยเกี่ยวกับวิธีการชำระหนี้
- การนำสืบถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายเดียวกัน
- การนำสืบถึงฐานะของบุคคลที่ปรากฏในเอกสาร
- การนำสืบเพื่อขยายหรืออธิบายข้อความที่มีอยู่แล้วในเอกสารให้ชัดเจน

เมื่อสัญญาสินเชื่อเงินค้ำประกันต้องการหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อใช้ในการฟ้องร้องบังคับคดี การสืบพยานหลักฐานในศาลก็ย่อมอยู่ภายใต้มาตรา 94 ข้างต้นด้วย ดังนี้ การที่ผู้ขอสินเชื่อจะนำสืบว่าตนมิได้อ่านสัญญาจึงทำให้สัญญาไม่ผูกพันตนนั้น เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าถือเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในเอกสารหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีไม่ถือเป็นการนำสืบพยานบุคคลเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในพยานเอกสาร แต่อย่างไรก็ตาม โดยอาศัยหลักตามมาตรา 653 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เมื่อผู้ขอสินเชื่อได้ลงลายมือชื่อในสัญญาสินเชื่อเงินค้ำประกันแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจก็ย่อมนำสัญญาดังกล่าวมาฟ้องบังคับผู้ขอสินเชื่อได้ เว้นแต่ผู้ขอสินเชื่อจะนำสืบว่ามีได้รับเงินที่กู้ยืมอันถือเป็นการนำสืบถึงที่มาแห่งหนี้ตามเอกสารก็ยอมทำได้ภายใต้มาตรา 94 อนึ่ง แม้ผู้ขอสินเชื่อจะต้องผูกพันตามสัญญาที่ตนมิได้

อ่านและมีอาจนำสืบหักล้างข้อความในเอกสารด้วยพยานบุคคลได้ก็ตาม แต่ผู้ขอสินเชื่อก็อาจได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้อยู่

ในกรณีที่ผู้ขอสินเชื่ออ่านสัญญาแต่ไม่เข้าใจ หรือเข้าใจข้อความในสัญญาเข้าใจ แต่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงข้อความได้ ผู้ขอสินเชื่อก็ย่อมไม่สามารถยกข้ออ้างดังกล่าวขึ้นอ้างต่อศาลเพื่อให้สัญญาไม่ผูกพันตนได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

สำหรับกรณีที่สัญญาสินเชื่อเงินดาวน์ในรูปแบบของใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลมีการลงลายมือชื่อของผู้ขอสินเชื่อเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ผู้ขอสินเชื่อจะอาศัยข้อกำหนดจากสัญญาดังกล่าวฟ้องร้องบังคับเอากับผู้ประกอบธุรกิจได้หรือไม่นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า มาตรา 653 วรรคแรก บัญญัติว่า "การกู้ยืมเงินเกินกว่าสองพันบาทขึ้นไปนั้น ถ้าไม่ได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้กู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่" เมื่อวิเคราะห์จากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ผู้ขอสินเชื่อน่าจะอาศัยใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลที่ตนในฐานะผู้กู้ลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียวฟ้องร้องผู้ประกอบธุรกิจได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าใบคำขอสินเชื่อเงินดาวน์จะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ทำโดยฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจ แต่หากผู้ประกอบธุรกิจต้องการนำสืบข้อความนอกเหนือจากสัญญาโดยใช้พยานเอกสารอื่นก็ย่อมทำได้เช่นกัน อีกทั้งผู้ประกอบธุรกิจยังสามารถนำสืบเกี่ยวกับความบริบูรณ์ของสัญญาในเรื่องเกี่ยวกับการส่งมอบเงินกู้ได้ให้แก่กันแล้วหรือไม่โดยอาศัยพยานบุคคลได้ด้วย

4.2.4 การนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ขอสินเชื่อไปใช้ประโยชน์นอกเหนือจากเพื่อการขอสินเชื่อ

ในการให้สินเชื่อส่วนเงินดาวน์ผู้ประกอบการส่วนใหญ่มักนำข้อมูลของผู้ขอสินเชื่อที่ผู้ขอสินเชื่อยื่นเพื่อประกอบการสมัคร เช่น ชื่อ อายุ ที่อยู่ รายได้ ตลอดจนข้อมูลอื่นที่ผู้ประกอบการได้มาเนื่องจากการให้สินเชื่อ เช่น ประวัติการชำระหนี้ ของผู้ขอสินเชื่อไปใช้เพื่อประโยชน์อื่นนอกเหนือจากเพื่อการพิจารณาอนุมัติสินเชื่อ โดยอาจนำไปใช้เพื่อประโยชน์ธุรกิจประเภทอื่นในเครือของตน หรืออาจนำไปแลกเปลี่ยนจนกระทั่งขายให้กับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น เช่น นำข้อมูลผู้ขอสินเชื่อไปขายให้แก่บริษัทประกันภัย เพื่อบริษัทประกันภัยจะได้นำ

ข้อมูลเกี่ยวกับอายุ รายได้ เบอร์โทรติดต่อ ฯลฯ ไปวิเคราะห์เพื่อติดต่อเสนอขายประกันกับ
ผู้ขอสินเชื่อรายดังกล่าว เป็นต้น

ผู้ประกอบการธุรกิจทุกรายจะทำข้อกำหนดในใบคำขอสินเชื่อส่วนบุคคลและสัญญา
สินเชื่อเงินกู้ให้สิทธิตนในการนำข้อมูลของผู้ขอสินเชื่อไปให้แก่บริษัทข้อมูลเครดิตที่ผู้ประกอบการ
เป็นสมาชิก อีกทั้ง ผู้ประกอบการธุรกิจเกือบทุกรายยังมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการนำข้อมูลส่วนตัวของ
ผู้ขอสินเชื่อไปใช้เพื่อการอื่นๆ เช่น เพื่อเสนอขายสินค้า หรือเพื่อแลกเปลี่ยนกับบุคคลอื่น ดังเช่น
ตัวอย่างข้อสัญญาของผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งที่ว่า “ผู้กู้ตกลงยินยอมให้บริษัทข้อมูลเครดิตที่
บริษัทเป็นสมาชิก ตรวจสอบ เปิดเผย แลกเปลี่ยน เก็บ หรือรวบรวมข้อมูลส่วนตัว และหรือ
ข้อมูลเครดิต และหรือข้อมูลอื่นใดที่มีอยู่ในใบสมัครหรือการดำเนินธุรกรรม หรือการติดต่อใดๆ ที่
มีอยู่กับบริษัทข้อมูลเครดิตที่บริษัทเป็นสมาชิก รวมทั้งธนาคาร สถาบันการเงิน และนิติบุคคล
อื่นๆ ที่เป็นสมาชิกบริษัทข้อมูลเครดิต หรือบริษัทในเครือของบริษัท หรือผู้ให้บริการทาง
โทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ตลอดไป แม้ว่าผู้กู้จะได้ปิดบัญชีหรือยกเลิกการใช้บริการของบริษัททั้งหลาย
ดังกล่าวไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือ
ธนาคาร ในการพิจารณาให้สินเชื่อหรือวัตถุประสงค์อื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ผู้กู้จะไม่
เรียกร้องตอบแทนใดๆ หรือค่าเสียหายใดๆ ที่เกิดจากการดำเนินการดังกล่าวข้างต้น” และอีกข้อ
หนึ่งของผู้ประกอบการธุรกิจรายเดิมที่ว่า “ผู้กู้ยินยอมให้บริษัทเปิดเผยหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลของผู้กู้ที่
ให้ไว้กับบริษัท ทั้งในใบสมัคร หรือจากการดำเนินธุรกรรม หรือการติดต่อใดๆ แก่บริษัทในเครือ
และบุคคลอื่น... หรือใช้ข้อมูลดังกล่าวในการเสนอสินค้าหรือบริการที่บริษัทเห็นว่าเป็นประโยชน์
กับผู้กู้ โดยความยินยอมนี้มีอยู่ตลอดไป แม้จะได้มีการยกเลิกการให้สินเชื่อหรือสัญญานี้สิ้นสุด
ลงแล้วก็ตาม” เหล่านี้เป็นปัญหาที่จะต้องวิเคราะห์ว่าแนวทางปฏิบัติดังกล่าวของผู้ประกอบการจะมี
ผลทางกฎหมายอย่างไร

การนำข้อมูลส่วนตัวและข้อมูลเครดิตของผู้ขอสินเชื่อไปใช้นั้นแบ่งได้เป็นสอง
กรณีใหญ่ๆ คือ 1) การส่งข้อมูลให้บริษัทข้อมูลเครดิตตลอดจนเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแก่สมาชิก
บริษัทเครดิตนั้นๆ และ 2) การนำข้อมูลไปใช้เพื่อกิจการอื่นของผู้ประกอบการหรือนำข้อมูลไป
เผยแพร่แก่บุคคลอื่น ฉะนั้น จะขอวิเคราะห์ผลในทางกฎหมายทางปฏิบัติทั้งสองประเภท
ตามลำดับดังนี้

4.2.4.1 การส่งข้อมูลให้บริษัทข้อมูลเครดิตและการเปิดเผยข้อมูลแก่สมาชิก

กรณีการส่งข้อมูลให้บริษัทข้อมูลเครดิตนั้น มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 โดยข้อมูลเครดิตตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวหมายถึง³⁵ 1) ข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ถึงตัวและลักษณะของผู้ขอสินเชื่อ เช่น ชื่อ ที่อยู่ เพศ วัน/เดือน/ปี เกิด สถานะภาพ การสมรส อาชีพ หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน หรือ หนังสือเดินทาง เลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากร เป็นต้น และ 2) ประวัติการขอและการได้รับอนุมัติสินเชื่อ การชำระสินเชื่อ ประวัติการชำระราคาสินค้าหรือบัตรเครดิต เป็นต้น ทั้งนี้ บริษัทข้อมูล จะทำการประมวลผลข้อมูลดังกล่าวและจัดเก็บเพื่อนำไปเปิดเผยหรือให้ข้อมูลแก่สมาชิกที่ประสงค์จะใช้ข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์สินเชื่อและออกบัตรเครดิต โดยในการเปิดเผยข้อมูลจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลเครดิตก่อนทุกครั้งเว้นแต่เจ้าของข้อมูลจะให้ความยินยอมไว้เป็นอย่างอื่น ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนด

การส่งข้อมูลเครดิตของผู้ขอสินเชื่อให้แก่บริษัทข้อมูลเครดิตตลอดจนเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแก่สมาชิกบริษัทเครดิตนั้นๆ อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต ดังนี้ ในการเปิดเผยข้อมูลจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล คือ ผู้ขอสินเชื่อก่อนทุกครั้ง เมื่อกฎหมายฉบับดังกล่าวเปิดช่องให้เจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมไว้เป็นอย่างอื่นได้ เช่น การให้ความยินยอมล่วงหน้าในใบคำขอสินเชื่อเงินด่วนหรือสัญญาสินเชื่อเงินกู้ ข้อสัญญาของผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนที่กำหนดเรื่องความยินยอมในการส่งข้อมูลเครดิตและการเปิดเผยข้อมูลแก่สมาชิกก็ย่อมสามารถตกลงกันได้ ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดด้วย อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อสัญญาที่กำหนดให้สิทธิผู้ประกอบธุรกิจในการส่งข้อมูลส่วนตัวผู้ขอสินเชื่อ หรือข้อมูลอื่นใด นอกเหนือจากข้อมูลเครดิตให้แก่บริษัทข้อมูลเครดิต ข้อตกลงดังกล่าวย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2522

ปัญหาว่าความยินยอมล่วงหน้าของผู้ขอสินเชื่อในกรณีการตกลงให้เปิดเผยข้อมูลของตนได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมก่อนทุกครั้งนั้น ความยินยอมดังกล่าวมีผลใช้

³⁵ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 มาตรา 3

บังคับได้ตามกฎหมายมากนักน้อยเพียงไร ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากความยินยอมดังกล่าวทำตาม ทำตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ที่คณะกรรมการกำหนดก็คงไม่มีปัญหา แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญาสินเชื่อเงินด่วนอยู่ในลักษณะของสัญญาสำเร็จรูป ดังนั้น แม้จะมีการดำเนินการถูกต้องตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดก็ตาม แต่หากมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล และศาลพิจารณาเห็นว่าไม่เป็นธรรม ศาลก็อาจปรับลดให้เหมาะสม และพอควรแก่กรณีได้

4.2.4.2 การนำข้อมูลไปใช้เพื่อประโยชน์ในกิจการอื่นของผู้ประกอบธุรกิจหรือเผยแพร่ข้อมูลแก่ผู้ประกอบธุรกิจประเภทอื่นๆ

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ การนำข้อมูลของผู้ขอสินเชื่อไปใช้เพื่อ กิจการอื่นของผู้ประกอบธุรกิจหรือนำข้อมูลไปเผยแพร่แก่บุคคลอื่น เช่น การขายข้อมูลให้แก่ ผู้เสนอขายสินค้าต่างๆ หรือผู้เสนอให้คำแนะนำเพื่อการศึกษาต่อ นั้น มีผลในทางกฎหมายเช่นไร ผู้วิจัยเห็นว่า การนำข้อมูลไปใช้ในลักษณะดังกล่าวย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2522 ประกอบกับตามหลักทั่วไปแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ขอ สินเชื่อย่อมมีสิทธิส่วนบุคคลในข้อมูลต่างๆ ของตนหรือที่เกี่ยวกับตน การนำข้อมูลส่วนบุคคลไป ใช้หรือเปิดเผยย่อมเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้ขอสินเชื่อ ทั้งนี้ ในต่างประเทศบาง ประเทศได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายออกมาใช้บังคับเพื่อควบคุมการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคนอกเหนือจากเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาคูณสมบัติผู้บริโภคเพื่อการขอรับ บริการซึ่งผู้บริโภคได้ให้ข้อมูลส่วนตัวของตนด้วย

ประกาศกระทรวงการคลัง ข้อ 6(2) บัญญัติว่า "ผู้ประกอบธุรกิจต้อง...

(2) รักษาข้อมูลของผู้บริโภคไว้เป็นความลับ เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้

- (ก) การเปิดเผยโดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้บริโภค
- (ข) การเปิดเผยตามหน้าที่
- (ค) การเปิดเผยแก่ผู้สอบบัญชีของบริษัทนั้น
- (ง) การจัดส่งข้อมูลเครดิตให้กับบริษัทข้อมูลเครดิต
- (จ) การเปิดเผยเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามกฎหมาย
- (ฉ) การเปิดเผยเพื่อประโยชน์อื่นตามที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย

ประกาศกระทรวงการคลังอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจเปิดเผยข้อมูลผู้ขอสินเชื่อได้เฉพาะในกรณีจำเป็นเพื่อการดำเนินการตามกฎหมายหรือตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดหรือในกรณีพิเศษที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น ดังนี้ การเปิดเผยข้อมูลผู้ขอสินเชื่อเพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจนอกเหนือจากเพื่อการพิจารณาอนุมัติสินเชื่อเงินด่วน หรือเพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบกิจการรายอื่นย่อมไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขแห่งประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าว

หนึ่ง ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติและจัดการเกี่ยวกับข้อมูลผู้บริโภคไว้ในข้อ 4.8 ว่า “ผู้ประกอบธุรกิจต้องให้ความสำคัญและจัดให้มีข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริโภคที่ถูกต้องและครบถ้วนเพื่อประกอบการพิจารณาอนุมัติและกำหนดวงเงินที่เหมาะสม และสอดคล้องกับความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยใช้ข้อมูลจากแหล่งข้อมูลกลางที่เชื่อถือได้ เช่น บริษัทที่ประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต เป็นต้น หรือร่วมกันจัดตั้งศูนย์ข้อมูลเพื่อใช้ข้อมูลร่วมกันเพื่อสอบย้อนประวัติส่วนตัวผู้บริโภค และวงเงินสินเชื่อที่ได้รับทั้งสิ้น ตลอดจนข้อมูลอื่นๆ” แต่โดยสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ดังกล่าว จะเป็นหน้าที่ในการตรวจสอบข้อมูลของผู้ขอสินเชื่อที่ถูกต้องมิใช่การคุ้มครองข้อมูลของผู้ขอสินเชื่อที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับเนื่องจากการขอสินเชื่อหรือการให้บริการสินเชื่อ จึงไม่อาจนำประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยมาปรับใช้กับกรณีปัญหาได้

ดังนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะยังไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับเพื่อการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภครวมถึงผู้ขอสินเชื่อเป็นการเฉพาะก็ตาม แต่ผู้ขอสินเชื่อก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แนวทางปฏิบัติของผู้ประกอบธุรกิจที่มีการส่งหรือใช้ข้อมูลของผู้ขอสินเชื่อในทางอื่นนอกเหนือจากการส่งให้บริษัทข้อมูลเครดิตและเผยแพร่ข้อมูลแก่สมาชิกตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2552 ย่อมถือว่าเป็นแนวทางปฏิบัติที่ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ขอสินเชื่อตามรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจมีอาจทำได้ และแม้จะได้มีข้อกำหนดในสัญญาให้ความยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการดังกล่าวได้ ข้อสัญญาดังกล่าวก็อาจถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งศาลมีดุลพินิจในการพิจารณาปรับลดให้ใช้บังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม อำนาจอศาลดังกล่าวจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลแล้วเท่านั้น ดังนี้ ในทางปฏิบัติผู้ขอสินเชื่อก็ยังคงถูกผู้ประกอบธุรกิจเอาเปรียบในเรื่องดังกล่าวอยู่

4.2.5 วิธีการเรียกหนี้คืนอันไม่เป็นธรรม

เมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้และค้างชำระหนี้ในสินเชื่อเงินด่วนแล้ว ในทางปฏิบัติผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายเลือกใช้วิธีการทวงหนี้ที่รุนแรง เช่น การใช้ภาษาในการทวงหนี้อย่างหยาบคาย เสียดสี เย้ยหยันเพื่อทำร้ายจิตใจลูกหนี้ บางรายโทรศัพท์ไปทวงกับบุคคลที่บ้าน หรือที่ทำงานเพื่อให้ลูกหนี้ได้รับความอับอาย หรือโทรติดต่อลูกหนี้ซ้ำๆ ใ้รำคาญ รวมถึงข่มขู่ให้เกิดความกลัว เช่น กระโดดขึ้นนั่งบนฝากระโปรงรถยนต์ของลูกหนี้เพื่อไม่ให้ลูกหนี้ขับหนีหรือไปทำธุระที่ไหนได้ เป็นต้น ซ้ำร้ายบางรายยังแอบอ้างว่าตนเป็นเจ้าของหนี้ที่รัฐ หรือทนายความทั้งที่จริงแล้วมิใช่ ดังนี้ ผู้ขอสินเชื่อจะมีวิธีการคุ้มครองตนจากการกระทำดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้รับให้บริการทวงหนี้จากผู้ประกอบธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายหรือไม่ อย่างไร เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการออกกฎหมายควบคุมโดยเฉพาะเพื่อใช้กับการทวงหนี้อย่างเป็นทางการเป็นธรรม คือ "The Fair Debt Collection Practices Act 1966" เพื่อช่วยคุ้มครองไม่ให้ผู้ขอสินเชื่อไม่ให้เกิดถูกละเมิดสิทธิหรือถูกรังแกอย่างไม่เป็นธรรม โดยสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดเกี่ยวกับ

- 1) การห้ามผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับบริการทวงหนี้ลิดรอนสิทธิของลูกหนี้เกินควร เช่น ห้ามใช้ภาษาหยาบคาย หรือโทรศัพท์ซ้ำซากเพื่อรบกวน หรือเปิดเผยชื่อลูกหนี้สู่สาธารณะ นอกจากการรายงานไปยังศูนย์ข้อมูลเครดิต เป็นต้น
- 2) การห้ามหลอกลวงลูกหนี้ เช่น การไม่ใช่ชื่อจริงของตนหรือบริษัทในการติดต่อ การหลอกลวงว่าเป็นทนายความ การแอบอ้างเป็นเจ้าของหนี้ที่รัฐ การข่มขู่ว่าจะยึดทรัพย์ หักเงินเดือน จับติดคุก โดยไม่ใช่กระบวนการทางศาล เป็นต้น
- 3) การแจ้งยอดหนี้ ผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับบริการทวงหนี้มีหน้าที่ต้องแจ้งยอดหนี้เป็นหนังสือโดยระบุจำนวนหนี้และตัวเจ้าหนี้ให้แก่ลูกหนี้ภายใน 5 วันหลังจากโทรติดต่อทวงหนี้ ส่วนลูกหนี้เมื่อได้รับจดหมายแล้วไม่ได้แย้งติดต่อกลับมาภายใน 30 วัน ก็ให้ถือว่ายอดหนี้จำนวนดังกล่าวถูกต้องแล้ว แต่หากลูกหนี้ได้ดำเนินการโต้แย้งภายในระยะเวลาดังกล่าว ถ้าผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับบริการทวงหนี้เห็นว่ารายละเอียดที่ตนแจ้งถูกต้องแล้ว ก็ต้องส่งเอกสารหลักฐานเพื่อยืนยันการเป็นหนี้หรือจำนวนหนี้ เช่น คำพิพากษาศาล กลับไปยังลูกหนี้ โดยในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวจะต้องยุติการติดตามทวงถามหนี้ด้วย

อนึ่ง ในกรณีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าว ลูกหนี้อาจเรียกค่าเสียหายได้ร้อยละ 1,000 ดอลลาร์ แต่ในกรณีการละเมิดเป็นหมิ่น ผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับบริการทวงหนี้ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายไม่เกิน 500,000 ดอลลาร์ หรือร้อยละ 1 ของทรัพย์สินสุทธิของบริษัท

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับเฉพาะกับการทวงหนี้ที่ไม่เป็นธรรมดังเช่นของสหรัฐอเมริกา ดังนี้ ในการคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อจากการติดตามทวงถามหนี้ดังกล่าวจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป ดังจะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป

4.2.5.1 ปัญหาการโทรศัพท์ซ้ำๆ และพุดจาหยาบคาย

ในการติดต่อกับผู้ขอสินเชื่อ นั้น ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบการที่มีไซส์สถาบันการเงิน กำหนดหลักเกณฑ์ในการติดต่อผู้ขอสินเชื่อไว้ในข้อ 4.10 (2)(ก) ดังนี้ "(2) ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดให้มีระเบียบ หรือพิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจ หรือระบุในสัญญาแต่งตั้งตัวแทนผู้ประกอบธุรกิจในเรื่องการติดต่อหาผู้บริโภครายใหม่ หรือติดต่อกับผู้บริโภครายเก่าเพื่อเสนอสินเชื่อประเภทใหม่ พร้อมทั้งให้ถือปฏิบัติดังต่อไปนี้ (ก) การติดต่อหาผู้บริโภครายใหม่หรือติดต่อกับผู้บริโภครายเก่าจะดำเนินการได้ในระหว่างเวลา 8.00-20.00 น. ในวันจันทร์-ศุกร์ ยกเว้นวันหยุดราชการให้ดำเนินการระหว่างเวลา 8.00-18.00 น." ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยดังกล่าว กำหนดแต่เพียงเวลาในการติดต่อผู้ขอสินเชื่อสำหรับเสนอสินเชื่อประเภทใหม่ (สำหรับผู้ขอสินเชื่อเดิม) เท่านั้น มิได้กำหนดเกี่ยวกับการติดต่อผู้ขอสินเชื่อเพื่อการทวงถามชำระหนี้แต่อย่างใด ปัญหาจึงมีว่าช่วงเวลาในการติดต่อดังกล่าวใช้บังคับกับการทวงถามชำระหนี้ได้หรือไม่ สำหรับกรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฉบับดังกล่าวจะไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งให้ใช้กับกรณีการติดตามทวงถามหนี้ด้วยก็ตาม แต่ก็น่าจะนำมาอนุโลมใช้กับกรณีการทวงหนี้ได้ เนื่องจากเจตนารมณ์ของประกาศฉบับดังกล่าวก็คือการมุ่งคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้ขอสินเชื่อในเวลาค่าคืน หรือในวันหยุดพักผ่อนนั่นเอง อย่างไรก็ตาม อาจต้องรอดูผลของแนวคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปว่าจะมีแนวทางในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวอย่างไรต่อไป อนึ่ง การติดต่อผู้ขอสินเชื่อเพื่อทวงถามให้ชำระหนี้ซ้ำๆ นั้น กรณีนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติควบคุมไว้เป็นการเฉพาะ ดังนี้ ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้รับให้บริการทวงหนี้ก็อาจจะดำเนินการดังกล่าวได้

สำหรับกรณีการใช้คำพูดหยาบคายกับผู้ขอสินเชื่อ นั้น แม้จะไม่ถือเป็น การหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ประมวลกฎหมายอาญา เพราะมิได้กล่าวหรือไขความต่อ บุคคลที่สามก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวก็อาจถือเป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าได้ โดยมาตรา 393 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ทั้งนี้ ดูหมิ่นซึ่งหน้า ผู้เสียหายจะต้องอยู่ในที่เกิดเหตุด้วย ถ้าไม่อยู่ในที่เกิดเหตุก็ไม่อาจเป็นดูหมิ่นซึ่งหน้าได้³⁶ แล้ว ถึงแม้จะอยู่ในที่เกิดเหตุแต่ถ้าไม่รู้ว่าผู้เสียหายอยู่ในบริเวณนั้นถือว่าไม่มีเจตนาไม่เป็นความผิด³⁷ ดังนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้รับให้บริการทวงหนี้ใช้คำพูดหยาบคายไม่สุภาพต่อ ผู้ขอสินเชื่อต่อหน้า บุคคลดังกล่าวย่อมมีความผิดตามมาตรา 393 นี้ แต่ในกรณีการกระทำการ ดังกล่าวผ่านทางโทรศัพท์นั้น จะมีผลแตกต่างกันหรือไม่ เป็นประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา และ เพื่อแสดงถึงแนวทางการวินิจฉัยและตีความตัวบทในมาตรา 393 ของศาล ผู้วิจัยขอยกคำวินิจฉัย ตอนหนึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 110/2516 ขึ้นมา ดังนี้

“จำเลยมีเจตนาซึ่งมีข้อความหมิ่นประมาทส่งทางไปรษณีย์ลงทะเลเบียน ถึงโจทก์โดยตรงไปยังสำนักงานโจทก์ แสดงเจตนาของจำเลยว่าจะให้โจทก์เท่านั้นทราบข้อความ ในจดหมายมิใช่เจตนาเป็นการใส่ความโจทก์ต่อบุคคลที่สาม แม้เสมือนของโจทก์ทราบข้อความ จากจดหมายที่จำเลยส่งไปถึงตัวโจทก์นั้น ก็เป็นเรื่องนอกเหนือเจตนาของจำเลยการกระทำของ จำเลยจึงไม่เป็นความผิดตาม ป.อ. ม. 326 และ 328 จำเลยมีเจตนาถึงโจทก์ แม้ข้อความใน จดหมายเป็นการดูหมิ่น แต่การที่จำเลยส่งจดหมายไปกว่าจะถึงโจทก์ต่างวันเวลากันจึงไม่มี ลักษณะเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าตามความหมายในมาตรา 393 ทั้งไม่ใช่เป็นการดูหมิ่นด้วยการ โฆษณา”

สังเกตคำวินิจฉัยที่ว่า “...แต่การที่จำเลยส่งจดหมายไปกว่าจะถึงโจทก์ ต่างวันเวลากันจึงไม่มีลักษณะเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าตามความหมายในมาตรา 393...” ดังนี้ จะ เห็นได้ว่า องค์ประกอบที่สำคัญของการดูหมิ่นซึ่งหน้าคือ การดูหมิ่นที่แสดงต่อผู้เสียหายและผู้เสียหายได้รับถึงการกระทำดังกล่าวในทันทีทันใดนั่นเอง ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ หลักการแสดงเจตนาต่อผู้อยู่เฉพาะหน้าแล้ว นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า จะต้องถือเอาเวลาที่ การแสดงเจตนาเป็นผล คือ สามารถเข้าใจได้โดยทันทีหรือไม่เป็นสำคัญ นักกฎหมายบาง

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 256/2509 และ 2155/2531

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 259/2514

ท่านเห็นว่าการดูหมิ่นผู้เสียหายผ่านทางโทรศัพท์ถือเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าด้วย ดังนั้น หากนำหลักกฎหมายและแนวทางวินิจฉัยของศาลฎีกาประกอบกับแนวความเห็นของนักกฎหมายดังกล่าวมาใช้พิจารณาในกรณีปัญหา จะเห็นว่า การที่ผู้ประกอบการธุรกิจหรือตัวแทนตลอดจนผู้รับให้บริการทวงหนี้ใช้คำพูดหยาบคายกับผู้ขอสินเชื่อผ่านทางโทรศัพท์ เป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 ซึ่งผู้ขอสินเชื่อสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีเอากับผู้กระทำได้ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้ประกอบการธุรกิจและผู้รับให้บริการทวงหนี้รายอื่นเกรงกลัวต่อความผิดบ้าง แม้จะมีโทษไม่สูงนักก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันยังมีหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อในเรื่องดังกล่าวอยู่

4.2.5.2 ปัญหาการหลอกลวงผู้ขอสินเชื่อ

สำหรับปัญหาการหลอกลวงผู้ขอสินเชื่อโดยการไม่ใช่ชื่อจริง หรือแอบอ้างว่าตนเป็นบุคคลอื่น หรือมีอำนาจบางประการ เช่น เข้ายึดทรัพย์หรือหักเงินเดือนผู้ขอสินเชื่อได้ด้วยตนเองนั้น การกระทำการดังกล่าวถือเป็นความผิดทางกฎหมายหรือไม่ อย่างไร เป็นประเด็นที่จะได้พิจารณา

ปัญหาข้างต้นเข้าลักษณะเป็นการหลอกลวงเพื่อให้ได้ทรัพย์ไปจากผู้ถูกหลอกลวง แต่เมื่อทรัพย์ที่อาจได้ไปจากการหลอกลวงนั้นเป็นทรัพย์ที่ผู้ถูกหลอกลวงมีหน้าที่ต้องชำระให้กับผู้หลอกลวงหรือผู้ว่าจ้างผู้หลอกลวงอยู่แล้ว ดังนี้ จะถือได้หรือไม่ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการหลอกลวงหรือใช้กลอุบายเพื่อให้ได้ทรัพย์ไปจากบุคคลอื่นอันอาจเข้าลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาได้ กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อผู้ขอสินเชื่อมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ที่ค้างชำระให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจอยู่แล้ว การหลอกลวงดังกล่าวจึงอยู่อาจเป็นสาเหตุให้ผู้ขอสินเชื่อไปดำเนินการชำระหนี้ แต่ก็เป็นการหลอกลวงเพื่อให้ผู้ขอสินเชื่อเข้าใจว่าหากไม่ชำระหนี้จะต้องถูกดำเนินการตามกฎหมาย ดังนี้ จะถือว่าการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้ทรัพย์ไปจากผู้อื่นก็คงไม่ถนัดนัก ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวของผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้รับให้บริการทวงหนี้ไม่อาจถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาได้

4.2.5.3 ปัญหาการแจ้งยอดหนี้

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการแจ้งยอดหนี้แก่ผู้ขอสินเชื่อเพื่อการติดตามทวงถามหนี้ นั้น ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนด หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ สำหรับผู้ประกอบการธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน ข้อ 4.7 (2) และ (4) ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการควบคุมดูแลเรื่องดังกล่าว ดังนี้ "เพื่อให้ประชาชนได้ทราบข้อมูลที่ชัดเจนให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติดังต่อไปนี้... (2) จัดส่งใบแจ้งหนี้ให้แก่ผู้บริโภคทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 10 วัน ก่อนวันถึงกำหนดชำระหรือหักบัญชี ทั้งนี้ ในกรณีที่มีการคิดดอกเบี้ยหรือค่าใช้จ่ายในหนี้ค้างชำระ ให้แสดงรายละเอียดการคำนวณดอกเบี้ยหรือค่าใช้จ่ายดังกล่าวในใบแจ้งหนี้ด้วย... (4) ต้องมีหนังสือแจ้งเตือนผู้บริโภคที่ผิดนัดชำระหนี้ล่วงหน้า ไม่น้อยกว่า 20 วัน ก่อนดำเนินการบังคับชำระหนี้" ดังนี้ ภายใต้กฎหมายดังกล่าวผู้ประกอบการธุรกิจจึงมีหน้าที่ในการแจ้งยอดหนี้ให้ผู้ขอสินเชื่อทราบล่วงหน้าก่อนการดำเนินการหักยอดชำระหนี้จากบัญชี หรือการดำเนินการชำระหนี้ต่อกัน ทั้งนี้ การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฉบับดังกล่าว ย่อมมีโทษตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 มาตรา 16 คือ ระวังโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

สรุปได้ว่า ปัญหาการเรียกหนี้คืนไม่เป็นธรรมนั้น กฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันสามารถให้ความคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อได้มากพอสมควร แต่หากรัฐบาลประสงค์ที่จะให้มีการคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อในปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับวิธีการเรียกให้ชำระหนี้ เป็นการเฉพาะเจาะจงแล้ว กรณีก็อาจต้องมีการศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพิ่มเติมเพื่อหารูปแบบและวิธีการที่เหมาะสมสำหรับการควบคุมดูแล เพื่อตรากฎหมายเฉพาะขึ้นบังคับใช้กับวิธีการเรียกหนี้คืนดังเช่นบางประเทศที่มีกฎหมายกำหนดถึงเรื่องดังกล่าวโดยเฉพาะ

4.3 แนวทางในการกำกับควบคุมการให้สินเชื่อเงินด่วน

เมื่อการให้สินเชื่อเงินด่วนยังมีการพยายามหลีกเลี่ยงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมดูแล โดยอาศัยวิธีการกำหนดข้อสัญญาและมีแนวทางในการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 4.1 และ 4.2 ข้างต้น ดังนี้ จึงจะได้กล่าวถึงแนวทางในการกำกับควบคุมดูแลข้อสัญญาและแนวทางปฏิบัติการให้สินเชื่อดังกล่าว ตลอดจนการควบคุมเกี่ยวกับการจัดตั้งในส่วนของ การให้ใบอนุญาตประกอบการ ดังจะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป

4.3.1 การกำกับควบคุมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาและแนวปฏิบัติ

เมื่อมีการพยายามหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ใช้ในการกำกับควบคุม กล่าวคือ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย โดยวิธีการกำหนดข้อสัญญา เช่น การคิดดอกเบี้ย ช้อนดอกเบี้ย การเรียกดอกเบี้ยแฝงในรูปแบบของค่าธรรมเนียม การเลิกสัญญาและเรียกหนี้คืน การบังคับชำระหนี้ด้วยตนเอง หรือโดยวิธีแนวทางปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เช่น การใช้สัญญาสำเร็จรูปเพื่อผูกพันผู้ขอสินเชื่อ การนำข้อมูลผู้ขอสินเชื่อไปใช้เพื่อประโยชน์อื่นนอกเหนือจากเพื่อการขอสินเชื่อ เป็นต้น ก็จำเป็นต้องศึกษาและวิเคราะห์ถึงการกำกับควบคุมดังกล่าวต่อไปนี้

4.3.1.1 การควบคุมมิให้มีการทำข้อตกลงเกินไปจากหลักกฎหมายและผลบังคับ

กฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการกำกับควบคุมการทำข้อสัญญาและแนวทางในการปฏิบัติสำหรับการให้สินเชื่อเงินด่วนที่มีอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 ตามที่ได้กล่าวรายละเอียดไปในบทที่ 2 จึงเห็นควรวิเคราะห์ถึงการควบคุมและผลบังคับของกฎหมายดังกล่าวต่อไปนี้

(1) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

การควบคุมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น กฎหมายมีเจตนารมณ์คุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่า โดยรัฐมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาใช้ดุลพินิจในการปรับลดข้อสัญญาให้เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี³⁸ ดังนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะถูกควบคุมก็ต่อเมื่อผู้ขอสินเชื่อได้ดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งต่อศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยข้อสัญญาสินเชื่อเงินด่วน (ซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปประเภทหนึ่ง ดังที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วในข้อ 4.2.1 ข้างต้น) ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วเท่านั้น ซึ่งการวินิจฉัยของศาลนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่าน อีกทั้ง คำตัดสินยังใช้บังคับได้เฉพาะคดีที่มีการฟ้องร้องกันคดีนั้นคดีเดียวเท่านั้น และในการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลนอกจาก

³⁸ นพดล ปกรณ์นิมิตติ , ข้างแล้ว , หน้า 24.

จะเสียเวลาแล้วผู้ขอสินเชื่อยังมีภาระในการเสียค่าธรรมเนียมการฟ้องอีกด้วย อีกทั้งระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ได้มีวิธีการพิเศษรวดเร็วแต่อย่างใด จึงมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าคงจะมีผู้บริโภคน้อยรายที่ยินดีจะแสวงหาความเป็นธรรมโดยวิธีดังกล่าว

39

ในกรณีมีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลและศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญาสินเชื่อเงินด่วนไม่เป็นธรรมนั้น ผลบังคับตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวก็คือ ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาให้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนนั้นบังคับใช้ได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น โดยพิเคราะห์ถึงปัจจัยต่างๆ ประกอบกันดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 โดยที่สัญญาสินเชื่อเงินด่วนนั้นอาจทำโดยผู้ประกอบการกับผู้ขอสินเชื่อที่ต่างรายกัน ผลของความเหมาะสมและเป็นธรรมตามควรแก่กรณีจึงอาจแตกต่างกันไปด้วย ดังนี้ หากแม้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนแบบสำเร็จรูปจากผู้ประกอบการรายเดียวกัน แต่ทำกับผู้ขอสินเชื่อที่มีคุณสมบัติแตกต่างกัน และมีองค์ประกอบแวดล้อมที่ต่างกัน อีกทั้ง ยังพิจารณาโดยผู้พิพากษาคนละคนกัน ก็อาจมีผลในการบังคับใช้ได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีที่แตกต่างกันออกไปได้

อย่างไรก็ตาม ดังได้เคยกล่าวไปแล้วว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกือบทุกกรณีมิได้เป็นโมฆะเสียเปล่าแต่อย่างใด ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่ยังมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่สัญญาอยู่ โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้เพียงแต่เปิดช่องทางให้มีการปรับลดสภาพบังคับลงให้มีผลให้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น กรณีจึงแตกต่างกับการเป็นโมฆะของข้อสัญญาตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวเสียเปล่าไม่มีผลบังคับกันเลยมาแต่ต้น โดยข้อสัญญาอื่นๆ จะยังใช้บังคับได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์อันอาจสันนิษฐานได้ว่าคู่สัญญามีเจตนาให้ข้อสัญญาส่วนที่สมบูรณ์ยังใช้บังคับระหว่างกันได้ (มาตรา 173) ดังที่ได้เคยกล่าวถึงโดยละเอียดไปแล้วในข้อ 4.2.1.1 ข้างต้น

- (2) ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544

³⁹ สุขุม ศุภนิธย์, "การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541," วารสารกฎหมาย 19, ฉบับที่ 2 (2542) : 14.

การควบคุมตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา นั้น อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยที่ในการประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนนั้น สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้ขอสินเชื่อจะต้องมีลักษณะ (1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้ขอสินเชื่อเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร และ (2) ข้อห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ซึ่งผู้วิจัยได้เคยกล่าวถึงรายละเอียดไว้แล้วในบทที่ 2

เมื่อผู้ประกอบการฝ่าฝืนทำและส่งสัญญาที่มีได้ใช้ข้อความตามกำหนดหรือใช้ข้อความที่ต้องห้ามตามประกาศคณะกรรมการฉบับดังกล่าว นอกจากจะมีโทษปรับทางอาญาไม่เกินหนึ่งแสนบาทแล้ว ก็ยังมีผลให้ถือว่าข้อสัญญานั้นๆ ได้มีข้อความที่ประกาศคณะกรรมการกำหนดแล้ว หรือข้อสัญญาไม่มีข้อความที่ต้องห้ามดังกล่าว ดังนี้ จึงเกิดปัญหาว่าผู้ขอสินเชื่อจะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเดิมโดยอัตโนมัติได้หรือไม่ ถ้าผลของบทบัญญัติมีเพียง "ให้ถือว่า" หากผู้ขอสินเชื่อได้ถือปฏิบัติตามข้อตกลงเดิมเรื่อยมาจนเป็นกรณีพิพาทในชั้นศาล ศาลจะพิพากษาอย่างไร สิ่งที่มอบกันไปแล้วตามข้อสัญญาที่ตกลงไว้จะต้องคืนกันหรือไม่อย่างไร

คำว่า "ให้ถือว่า" นั้น จะมีผลถึงขนาดให้ข้อความที่กฎหมายกำหนดห้ามกลายเป็นโมฆะหรือไม่ โดยหากเป็นโมฆะแล้ว การชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวก็ต้องคืนกันโดยนำบทบัญญัติว่าด้วยลामิควรรได้มาใช้บังคับ ปัญหานี้มักกฎหมายบางท่าน⁴⁰ ให้ความเห็นไว้ว่ากลไกการป้องกันการทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค 2541* นี้ เป็นเรื่องรัฐเข้าแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญา โดยการกำหนดให้ข้อตกลงของคู่กรณี "สิ้นผล" บังคับ เพราะกฎหมาย "ให้ถือว่า" ไม่มีข้อตกลงนั้นอยู่ในสัญญา หรือ "ให้ถือว่า" มีผล แม้ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ผลที่ตามมาก็คือ สิ่งที่ส่งมอบหรือชำระกันไปแล้วก็ต้องคืนกัน ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติว่า "ให้ถือว่า" ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ก็จะต้องถือเสมือนสัญญาไม่มีข้อตกลงดังกล่าวเลย กล่าวคือ ต้องทำเหมือนมองไม่เห็นข้อตกลงนั้นๆ และเมื่อต้องถือว่ามองไม่เห็นก็ย่อมแสดงผลในทางกฎหมายว่า ข้อความนั้นไม่ผูกพันมีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญานั้นเอง ดังนี้ อาจไม่ได้ถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ แต่ถือว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลผูกพัน

⁴⁰ สุขุม ศุภนิศย์, อ้างแล้ว : 12.

* ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจกู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) 2541 จึงถือเป็นกลไกการป้องกันการทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้

คู่สัญญา มาตั้งแต่ต้นนั่นเอง ซึ่งหากได้ชำระสิ่งใดให้แก่กันไปโดยอาศัยข้อตกลงดังกล่าว คู่สัญญา ก็ย่อมต้องคืนให้แก่กันฐานลามิควรวได้

แม้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับ ประกาศคณะกรรมการฉบับดังกล่าวจะมีเจตนารมณ์ที่ต้องการจะคุ้มครองผู้บริโภค (ผู้ขอสินเชื่อ) เช่นเดียวกันก็ตาม แต่ผลบังคับใช้ของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้แตกต่างกัน กล่าวคือ การใช้บังคับได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและเหมาะสมแก่กรณี กับการ "ให้ถือว่า" มีข้อตกลงดังกล่าวหรือไม่มีข้อตกลง ดังกล่าวตามลำดับ อีกทั้ง หน่วยงานที่ใช้ในการควบคุมก็ยังต่างกันอีกด้วย โดยที่ประกาศ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะมีหน่วยงานรัฐ คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ผู้บังคับใช้ กฎหมายได้แก่ ศาล

4.3.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานที่มีอำนาจในการกำกับควบคุม

เมื่อได้กล่าวและวิเคราะห์ถึงกฎหมายที่ใช้เพื่อการควบคุมการทำข้อ สัญญาสินเชื่อเงินด่วนแล้ว ก็เห็นสมควรจะได้พิจารณาถึงหน่วยงานที่มีอำนาจในการกำกับ ควบคุม ขอบเขตอำนาจในการควบคุม ตลอดจนวิธีการ ผลบังคับใช้ และประสิทธิภาพ ดังต่อไปนี้

(1) หน่วยงานที่มีอำนาจในการกำกับควบคุม

ดังได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่าการควบคุมโดยกฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว มีผู้ใช้บังคับกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ผู้ใช้บังคับคือศาล ส่วนประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญานั้น ผู้ใช้บังคับคือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า หน่วยงานที่มีอำนาจในการกำกับ ควบคุมข้อสัญญาสินเชื่อเงินด่วนและแนวทางปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนี้ มี 2 หน่วยงาน แยกต่างหาก จากกัน โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายคนละฉบับกัน บทบาทหน้าที่ของหน่วยงานทั้งสองจะ สอดคล้องหรือทับซ้อนกันหรือไม่ ประการใด การดำเนินการควบคุมภายใต้กฎหมายทั้งสองฉบับ จะมีประสิทธิภาพเพียงไหน เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณา

(2) ขอบอำนาจในการกำกับควบคุมและประสิทธิภาพ

แนวทางของการควบคุมข้อสัญญาสินเชื่อเงินด่วนตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาโดยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ถือได้ว่าเป็นการควบคุมที่ "ต้นเหตุ" กล่าวคือ กำหนดรูปแบบและลักษณะของข้อตกลงที่ต้องกำหนดไว้ในสัญญา หรือมิให้กำหนดไว้ในสัญญา และหากฝ่าฝืนก็ "ให้ถือว่า" มีหรือไม่มีข้อสัญญาดังกล่าวแล้วแต่กรณี แต่ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาข้อสัญญาว่าเป็นธรรมหรือไม่ เหมาะสมเพียงใด และวินิจฉัยให้มีผลใช้บังคับได้พอควรแก่เหตุ ถือได้ว่าเป็นการควบคุมที่ "ปลายเหตุ" อย่างไรก็ตาม หน่วยงานทั้งสองมีอำนาจในเชิงรับ กล่าวคือ หากคู่สัญญาไม่มีข้อพิพาทฟ้องร้องหรือร้องเรียนกันขึ้นมา ก็อาจบังคับใช้สัญญาสินเชื่อเงินด่วนตามที่ได้ตกลงกันไว้ไปเรื่อยๆ โดยหน่วยงานทั้งสองจะไม่เข้ามามีบทบาทบังคับหรือตัดสินให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามกฎหมายได้ ดังนี้ จะเห็นได้ว่าแม้บทบาทหน้าที่ของหน่วยงานทั้งสองจะแตกต่างกันตรงที่ฝ่ายหนึ่งถือว่าทำงานควบคุมที่ต้นเหตุแต่อีกฝ่ายหนึ่งกำกับดูแลที่ปลายเหตุก็ตาม แต่หน่วยงานทั้งสองก็ยังมีอำนาจในเชิงรับเหมือนกัน กล่าวคือ ในด้านสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปดำเนินการตรวจสอบสัญญาสินเชื่อเงินด่วนได้ด้วยตนเอง กรณีที่จะเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องก็ได้แก่กรณีที่มีการร้องเรียนโดยผู้ขอสินเชื่อ หรือเมื่อผู้ประกอบการใจสมัครใจนำเสนอสัญญาสินเชื่อเงินด่วนให้ตรวจสอบเพื่อภาพลักษณ์ที่ดีของตนเองเท่านั้น สำหรับศาลก็จะมีบทบาทเมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีขึ้นสู่ศาลแล้วเท่านั้น เช่นกัน

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ เมื่อหน่วยงานทั้งสองควบคุมดูแลปัญหาคนละจุดกันแล้ว จะมีกรณีที่อำนาจหน้าที่ทับซ้อนกันบ้างหรือไม่ ข้อสัญญาที่ถูกควบคุมโดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา อาจเกี่ยวข้องกับเรื่องสัญญาสำเร็จรูปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ความคาบเกี่ยวกันเพียงบางส่วนไม่น่าจะขัดกันแต่ประการใด เนื่องจากเป็นการตรวจสอบต่างระบบกัน⁴¹ ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า อาจมีบางกรณีที่ขอบอำนาจตามกฎหมายขององค์กรทั้งสองทับซ้อนกัน กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ขอสินเชื่อเงินด่วนนำสัญญาที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดในประกาศคณะกรรมการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งกรณียังเป็นปัญหาอยู่ว่าศาลจะนำประกาศของคณะกรรมการว่าด้วย

⁴¹ นพดล ปกรณ์นิมิตดี, อ้างแล้ว, หน้า 185.

สัญญาขึ้นพิจารณาประกอบด้วยหรือไม่ หรือจะบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แก่กรณีเท่านั้น

เมื่อกลไกในการควบคุมสัญญาสินเชื่อเงินด่วนตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นเพียงการกลไกเพื่อการป้องกันเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ขอสินเชื่อได้ทำสัญญาสินเชื่อเงินด่วนกับผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายและไม่มีกรร้องเรียนหรือฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว ข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนประกาศฉบับดังกล่าวก็ย่อมใช้บังคับไปได้เรื่อยๆ และแม้หากมีกรณีร้องเรียนหรือฟ้องร้องขึ้นสู่ศาลแล้ว ผลในทางกฎหมายก็คือให้ถือว่ามิข้อตกลงหรือไม่มีข้อตกลงตามที่กฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดเท่านั้น ผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้รับการลงโทษจากการฝ่าฝืนประกาศฉบับดังกล่าวมากไปกว่าโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทเลย ซึ่งถือว่าเป็นโทษที่ไม่สูงนักสำหรับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นนิติบุคคล เมื่อเปรียบเทียบผลได้ผลเสียของผู้ประกอบธุรกิจจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ชัดเจนว่าผู้ประกอบธุรกิจมีผลได้มากกว่าผลเสียมากนัก เนื่องจากเมื่อเปรียบเทียบอัตราส่วนระหว่างการให้สินเชื่อเงินด่วนทั้งหมดของกิจการกับการฟ้องร้องหรือร้องเรียนแล้ว การให้สินเชื่อเงินด่วนจำนวนน้อยรายนักที่จะมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลหรือมีการร้องเรียนไปยังหน่วยงานรัฐ ซึ่งผลก็คือ ผู้ประกอบธุรกิจจำนวนมากก็ยังคงฝ่าฝืนกฎหมายควบคุมในเรื่องดังกล่าวกันอยู่ต่อไป อันแสดงให้เห็นได้ว่าการควบคุมของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในปัจจุบันยังมีประสิทธิภาพที่ไม่สูงนัก

สำหรับการควบคุมโดยศาลโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น จริงอยู่เป็นการควบคุมในเชิงแก้ไขปัญหา คือ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอควรแก่กรณีเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากขอบอำนาจในการเข้าไปปรับข้อสัญญาให้เป็นธรรมของศาลแล้ว จะพบว่าขอบอำนาจของศาลนั้นแคบยิ่งกว่าของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากการควบคุมโดยศาลนั้น จะใช้ได้สำหรับกรณีที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลแล้วเท่านั้น ในขณะที่ของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น สามารถใช้ได้ในกรณีที่มีการร้องเรียนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วย ดังนี้ จึงแสดงให้เห็นว่า แม้ศาลจะอาศัยบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวอำนวยความสะดวกเป็นธรรมให้แก่ผู้ขอสินเชื่อได้ก็ตาม แต่เมื่อจำนวนการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลน้อยกว่าจำนวนการให้สินเชื่อเงินด่วนมากนัก (ดังที่ได้เคยพิจารณาไว้ในบทที่ 3 แล้วว่า การฟ้องร้องจนคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสินเชื่อนั้นมีน้อยมาก) และโดยที่การให้สินเชื่อเงินด่วนรายที่ไม่มีกรฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล คู่สัญญาก็จะยังคงบังคับตามสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบ ระหว่างกันตามข้อตกลงในสัญญาต่อไป จึงอาจสรุปได้ว่า การควบคุม

โดยศาลภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ ยังไม่อาจถือได้ว่ามีประสิทธิภาพเพียงพอสำหรับการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาสินเชื่อเงินด่วนที่ไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน

4.3.1.3 ควบคุมให้แสดงวิธีการคิดคำนวณดอกเบี้ย และควบคุมวิธีการเรียกคืนหนี้

ปัจจุบัน ธนาคารแห่งประเทศไทยออกประกาศล่าสุดโดยให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2550 เป็นต้นไป กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่จัดทำใบแสดงภาระหนี้ โดยแสดงรายละเอียดของข้อมูลเป็นรายงวดประกอบด้วยจำนวนเงินที่ผู้ขอสินเชื่อต้องชำระในแต่ละงวดซึ่งแยกออกเป็นเงินต้นและดอกเบี้ย กับจำนวนเงินต้นคงค้าง เพื่อมอบให้แก่ผู้ขอสินเชื่อในวันที่มีการทำสัญญาหรือมีการอนุมัติสินเชื่อเงินด่วนแล้วแต่กรณี โดยธนาคารแห่งประเทศไทยได้จัดทำตัวอย่างตารางแสดงภาระหนี้ดังกล่าวไว้ท้ายประกาศด้วย ดังนี้ เมื่อผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องคิดคำนวณดอกเบี้ยเพื่อจัดทำตารางแสดงภาระหนี้ให้แก่ผู้ขอสินเชื่อแล้ว ผู้ขอสินเชื่อก็จะเข้าใจภาระหนี้ที่ตนมีอยู่ต่อผู้ประกอบธุรกิจมากขึ้น ลดปัญหาการเข้าใจผิดและอันทำให้มีการค้างชำระส่งผลให้มีการผิดสัญญาหรือเรียกดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยได้

ตัวอย่างตารางแสดงภาระหนี้ท้ายประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย

ตัวอย่างตารางแสดงภาระหนี้

กรณีลูกค้าขอกู้เงินจำนวน 12,000 บาท และมีกำหนดผ่อนชำระ 12 เดือน
โดยผู้ประกอบธุรกิจฯ คิดดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมในอัตรา 28% ต่อปี (Effective rate)
ดังนั้น ลูกค้าจะมีภาระหนี้ในแต่ละเดือนเป็นดังนี้

ชื่อลูกค้า กำหนดชำระทุกวันที่.....

สิ้นงวด	รวมชำระ ต่องวด	ชำระ ดอกเบี้ย ^{1/}	ชำระคืน เงินต้น ^{2/}	เงินต้น คงค้าง ^{3/}
	(1)	(2)	(3)	(4)
0				12,000
1	1,158	280	878	11,122
2	1,158	260	899	10,223
3	1,158	239	920	9,304
4	1,158	217	941	8,363
5	1,158	195	963	7,400
6	1,158	173	985	6,415
7	1,158	150	1,008	5,406
8	1,158	126	1,032	4,374
9	1,158	102	1,056	3,318
10	1,158	77	1,081	2,238
11	1,158	52	1,106	1,132
12	1,158	26	1,132	0
รวม	13,897	1,897	12,000	

^{1/} ชำระดอกเบี้ยในแต่ละงวด เท่ากับเงินต้นคงค้างสิ้นงวดที่แล้วคูณด้วยอัตราดอกเบี้ยต่อเดือน ที่คิดมาจากอัตราดอกเบี้ยต่อปี (แบบลดต้นลดดอก) ซึ่งเป็นอัตราที่ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดสูงสุดไม่เกิน 28% หารด้วย 12 เดือน (ตัวอย่างนี้เป็นการคำนวณดอกเบี้ยรายเดือนเพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจ แต่ในทางปฏิบัติอาจคำนวณเป็นรายวันได้ ทั้งนี้ อัตราดอกเบี้ยที่แท้จริงตลอดอายุสัญญาต้องไม่เกิน 28% ต่อปี)

^{2/} ชำระคืนเงินต้นในแต่ละงวด เท่ากับจำนวนเงินที่ชำระต่อเดือนหักด้วยดอกเบี้ยในแต่ละงวด

^{3/} เงินต้นคงค้างในแต่ละงวด เท่ากับเงินต้นคงค้างในงวดที่แล้วหักด้วยเงินต้นที่ชำระในงวดนี้

ข้อสังเกต

- (1) ตารางแสดงภาระหนี้ จัดทำขึ้นให้สอดคล้องกับจำนวนเงินสินเชื่อและระยะเวลาการกู้ของลูกค้าแต่ละราย
- (2) จำนวนเงินผ่อนชำระจะเป็นไปตามตารางข้างต้น ต่อเมื่อลูกค้าชำระเงินครบถ้วนและตรงกำหนดเวลาตามที่ตกลงกันไว้เท่านั้น
- (3) อัตราดอกเบี้ยที่แท้จริง (Effective rate) ตลอดอายุสัญญาเงินกู้ ต้องไม่เกิน 28% ต่อปี (ไม่ได้กำหนดเป็นรายเดือน)

ตัวอย่างใบเสร็จรับเงิน

	เงินต้น	ดอกเบี้ย	ค่าใช้จ่ายอื่นๆ	รวม			
จำนวนเงินที่ชำระในงวดนี้	XXX	+	XX	+	X	=	XXX
(แจ้งไว้ในใบเสร็จรับเงิน หรือใบแจ้งหนี้)							
จำนวนเงินที่ค้างชำระ (กรณีลูกค้าผิดนัด)	XXX	+	XX	+	X	=	XXX
จำนวนเงินที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระ	XXX	+	XX	+	X	=	XXX

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตเป็นอย่างยิ่งว่า ในตัวอย่างตารางแสดงภาระหนี้ท้ายประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยนี้ ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจเรียกเก็บดอกเบี้ยได้ไม่เกินอัตราร้อยละ 28 ต่อปี ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของประกาศแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะเรียกเก็บดอกเบี้ยได้เพียงไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปีเท่านั้น และจะเรียกเก็บค่าปรับ ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมใดๆ รวมกับดอกเบี้ยได้ไม่เกินร้อยละ 28 ดังนี้ การใส่ข้อความในลักษณะดังกล่าวของธนาคารแห่งประเทศไทย จึงอาจสร้างความเข้าใจผิดแก่ผู้ประกอบธุรกิจให้สินเชื่อเงินด่วนได้ว่า ประสงค์จะให้เรียกเก็บดอกเบี้ยได้ในอัตราไม่เกินร้อยละ 28 ต่อปี ซึ่งเป็นอัตราดอกเบี้ยที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

สำหรับการควบคุมวิธีการเรียกหนี้คั้นนั้น เมื่อกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันสามารถให้ความคุ้มครองผู้ขอสินเชื่อได้มากพอสมควร แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏคือผู้ขอสินเชื่อไม่ได้นำกฎหมายในเรื่องดังกล่าวยกขึ้นมาใช้เพื่อคุ้มครองตนเอง ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะความไม่รู้ในกฎหมาย อีกทั้ง กฎหมายที่มีอยู่ดังกล่าวเป็นการคุ้มครองในเชิงรับ กล่าวคือ ต้องมีการฟ้องร้องเพื่อบังคับตามสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาบางประการที่กฎหมายยังให้ความคุ้มครองไปไม่ถึง เช่น การโทรติดต่อเพื่อทวงถามหนี้ซ้ำๆ การหลอกลวงผู้ขอสินเชื่อบางประการเพื่อให้ตนได้รับชำระหนี้ เป็นต้น ดังนั้น หากประสงค์จะให้กฎหมายเพื่อใช้บังคับในเรื่องดังกล่าวโดยเฉพาะก็อาจต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อความเหมาะสมดังได้เคยกล่าวไปแล้วในข้อ 4.2.4

4.3.2 การกำกับควบคุมในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ใบอนุญาตตามประกาศกระทรวงการคลังประกอบกับประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย

ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กิจการที่ต้องขออนุญาตตามข้อ 5 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (เรื่อง สินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ) ข้อ 3 ได้กำหนดให้การประกอบธุรกิจให้สินเชื่อส่วนบุคคล (รวมถึงสินเชื่อเงินด่วน) เป็นกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรี ดังนี้ ผู้ที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนทุกรายต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีกระทรวงการคลังโดยยื่นแบบคำขอผ่านทางธนาคารแห่งประเทศไทย แต่เมื่อผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนไม่มีสถานะเป็นสถาบันการเงิน กรณีจึงอาจมีข้อโต้แย้งสงสัยเกี่ยวกับอำนาจในการกำกับดูแลดังกล่าวของกระทรวงการคลังได้ ดังนี้ จึงเห็นสมควรวิเคราะห์ถึงอำนาจและขอบอำนาจในการกำกับควบคุม ตลอดจนผลบังคับใช้และประสิทธิภาพจากการกำกับควบคุมดังกล่าวดังจะได้กล่าวต่อไป

4.3.2.1 ปัญหาอำนาจในการกำกับควบคุม

เมื่อการกำกับควบคุมตามประกาศกระทรวงการคลังนั้น อาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 5 ดังนี้ จึงเห็นควรนำบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นมาพิจารณา ดังนี้ "เมื่อได้มีประกาศของรัฐมนตรีกำหนดกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดดังที่ระบุไว้ต่อไปนี้ หรือกิจการอันมีสภาพคล้ายคลึงกัน ให้เป็นกิจการที่ต้องขออนุญาต ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการนั้น เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี...(3) การธนาคาร...(7) การจัดหาซึ่งเงินทุนแล้วให้ผู้อื่นกู้เงินนั้น..." ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ การประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนอยู่ภายใต้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวด้วยหรือไม่ เมื่อธนาคารมีกิจการในการรับฝากเงินและนำเงินไปให้บุคคลอื่นกู้ยืมด้วยจะถือได้หรือไม่ว่ากิจการสินเชื่อเงินด่วนมีสภาพคล้ายคลึงกับกิจการธนาคาร หรือเมื่อสินเชื่อเงินด่วนคือการนำเงินมาให้กู้ยืมจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการจัดหาซึ่งเงินทุนแล้วให้ผู้อื่นกู้เงินนั้น

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากพิจารณาถึงสาเหตุในการออกประกาศคณะปฏิวัติที่ว่า "...ในขณะนี้ได้มีผู้ประกอบกิจการจัดหาเงินทุนเพื่อบุคคลอื่น และกิจการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ รวมทั้งการเป็นตัวแทนหรือนายหน้าของกิจการดังกล่าวมากยิ่งขึ้น และกิจการเหล่านี้มีลักษณะเป็นการค้าขายซึ่งกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนได้...สมควรกำหนดการควบคุมกิจการนั้นไว้..." จะเห็นว่า สาเหตุประการสำคัญในการออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ คือ ต้องการควบคุมกิจการในลักษณะค้าขายที่กระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน เมื่อกิจการธนาคารและกิจการจัดหาซึ่งเงินทุนเพื่อให้บุคคลอื่นกู้ถือเป็นกิจการที่กระทบความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามประกาศคณะปฏิวัติ กิจการอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันก็ย่อมถือเป็นกิจการที่กระทบความผาสุกของประชาชนด้วย* ทั้งนี้ ไม่จำเป็นจะต้องมีลักษณะการดำเนินการเหมือนกันทุกประการ แม้กิจการให้บริการสินเชื่อเงินด่วนจะไม่มีกรรับฝากเงิน แต่การจัดหาเงินทุนให้บุคคลอื่นกู้ก็ไม่มีกรรับฝากเงินเช่นกัน ในทางตรงกันข้ามน่าสังเกตว่ากิจการที่ถูกควบคุมตามประกาศคณะปฏิวัตินี้มักเป็นกิจการเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางการเงินกับประชาชน เช่น เครดิตฟองซิเอร์ การออมสิน การรับรองรับซื้อตั๋วเงิน เป็นต้น ดังนี้ กิจการให้บริการสินเชื่อเงินด่วนซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักคือการให้กู้ยืมเงินแก่ประชาชนโดยทั่วไปนั้น ก็ย่อมถือว่าเป็นกิจการที่กระทบกับความปลอดภัยและความ

* ดังได้กำหนดในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 3 ให้กิจการที่คล้ายคลึงกับกิจการที่กำหนด เป็นกิจการที่ถูกควบคุมด้วย

ผาสูกของประชาชนเช่นกัน เมื่อกระทรวงการคลังอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 โดยถือว่าการให้สินเชื่อส่วนบุคคลอันเป็นกิจการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการธนาคาร⁴² เช่นนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่ากระทรวงการคลังย่อมอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวกำกับควบคุมการประกอบกิจการสินเชื่อเงินด่วนได้

4.3.2.2 ขอบอำนาจในการกำกับควบคุม

เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงการคลังมีอำนาจในการกำกับเกี่ยวกับการให้อนุญาตประกอบการโดยอาศัยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ประกอบกับประกาศกระทรวงการคลังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ ขอบอำนาจในการกำกับควบคุมเกี่ยวกับการเปิดให้บริการสินเชื่อเงินด่วนภายใต้ประกาศกระทรวงการคลังและประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยนั้น มีอยู่อย่างไร

ประกาศกระทรวงการคลังข้อ 2 บัญญัติว่า “ให้การประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับเป็นกิจการที่ต้องขออนุญาต...” และข้อ 3 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ประกอบธุรกิจต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรี” วรรคสองบัญญัติว่า “การยื่นขอรับอนุญาตให้ยื่นผ่านธนาคารแห่งประเทศไทยตามแบบที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด พร้อมด้วยเอกสารหลักฐานที่ระบุไว้ในแบบดังกล่าว...” ดังนี้ จึงสามารถสรุปขอบเขตในการกำกับควบคุมได้ว่า รัฐมนตรีกระทรวงการคลังมีอำนาจหน้าที่กำกับควบคุมการให้อนุญาตประกอบธุรกิจในการดำเนินการจัดตั้งกิจการเท่านั้น กล่าวคือ ในการตั้งกิจการจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีก่อน อีกทั้ง ยังได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจไว้ว่าจะต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งมีทุนจดทะเบียนชำระแล้วไม่ต่ำกว่า 50 ล้านบาท เท่านั้น ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ เมื่อผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนทุกรายต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีก่อนจึงจะสามารถดำเนินการได้ ดังนี้ ในกรณีที่ประสงค์จะขยายเพิ่มสาขานั้น จำจะต้องได้รับอนุญาตก่อนด้วยหรือไม่

ในเรื่องเกี่ยวกับการขยายสาขาของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ประกาศกระทรวงการคลัง ข้อ 6(1) กำหนดแต่เพียงว่า “ผู้ประกอบธุรกิจต้อง (1) แจ้งให้ธนาคารแห่ง

⁴² เหตุในการออกประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กิจการที่ต้องขออนุญาตตามข้อ 5 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (เรื่อง สินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ)

ประเทศไทยทราบถึงการเปิดสำนักงานสาขาล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวันก่อนเปิดทำการ สำนักงานสาขานั้น ทั้งนี้ สำนักงานสาขาให้หมายความถึงสำนักงานสาขาตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด” จากบทบัญญัตินี้ แสดงให้เห็นในการขยายหรือเพิ่มเติมสาขาของผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อเงินด่วนนั้น ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตอีก เพียงแต่ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ธนาคารแห่งประเทศไทยทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วันเท่านั้น ซึ่งแตกต่างกับกรณีการขยายสาขาของธนาคารพาณิชย์ที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์และเงื่อนไขในการขยายสาขา⁴³ เช่น ธนาคารพาณิชย์ที่ประสงค์จะขยายสาขาจะต้องมีความพร้อมอยู่ในเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยเห็นว่าน่าพอใจ ต้องมีความเพียงพอของเงินกองทุนตามมาตรฐาน BIS ต้องมีการกั้นเงินสำรองหนี้สงสัยจะสูญ ต้องมีความสามารถในการหารายได้ ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และอัตราส่วนสินทรัพย์ประจำที่ใช้เพื่อการดำเนินธุรกิจต่อเงินกองทุน เป็นต้น ทั้งนี้ ธนาคารพาณิชย์แต่ละแห่งจะได้รับอนุญาตให้เปิดสาขาเพิ่มเติมได้ในแต่ละปีแตกต่างกัน นอกจากนี้ในการพิจารณาให้มีการเปิดสาขาใหม่นั้น ธนาคารแห่งประเทศไทยจะพิจารณาสัดส่วนการกระจายสาขาระหว่างพื้นที่ที่มีสาขาธนาคารพาณิชย์หนาแน่น กับพื้นที่ที่มีสาขาธนาคารพาณิชย์ไม่หนาแน่น หรือพื้นที่ที่ยังไม่มีสาขา ประกอบด้วย

อนึ่ง ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ข้อ 4.1 บัญญัติว่า

“สำนักงานสาขา หมายความว่า สำนักงานใดๆ ที่แยกออกจากสำนักงานใหญ่ของผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ในเรื่องขอกระบวนการพิจารณาอนุมัติสินเชื่อ ตรวจสอบข้อมูลของลูกค้า และการรับชำระเงินจากลูกค้าอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งหมด โดยมีระบบคอมพิวเตอร์ที่สามารถเชื่อมโยงข้อมูลของลูกค้าที่เก็บไว้ ณ สำนักงานใหญ่หรือที่ทำการอื่นหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ สำนักงานสาขาไม่รวมถึง

(1) จุดบริการประชาสัมพันธ์เพื่อหาลูกค้าใหม่ ซึ่งทำการแจกเอกสารแนะนำบริการ หรือรับและตรวจสอบข้อมูลใบสมัครจากประชาชนทั่วไป โดยยังไม่เข้ากระบวนการพิจารณาอนุมัติสินเชื่อ ไม่มีการตรวจสอบข้อมูลของลูกค้า และไม่มีการรับชำระเงินจากลูกค้า

(2) สถานที่ของตัวแทนที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่งตั้งเพื่อรับชำระเงินหรือทำการประชาสัมพันธ์ รวมทั้งทำการแจกเอกสาร แนะนำบริการหรือรับและตรวจสอบข้อมูลใบ

⁴³ ธนาคารแห่งประเทศไทย, “หนังสือที่ ธปท. กค (ว) 1117/2537 เรื่อง การอนุญาตเปิดสาขาและสาขาย่อยของธนาคารพาณิชย์,” 20 มิถุนายน พ.ศ. 2537

สมัครจากประชาชนแทนผู้ประกอบการ เช่น ที่ทำการไปรษณีย์ หรือจุดรับบริการอื่นที่ไม่ใช่ของผู้ประกอบการ

(3) สำนักงาน หรือจุดบริการ หรือสถานที่อื่นๆ ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยอาจจะกำหนดต่อไป"

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจึงทำให้เข้าใจได้ว่า สาขาจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอนุมัติสินเชื่อเงินด่วน การตรวจสอบข้อมูลผู้ขอสินเชื่อ และการรับชำระเงินจากผู้ขอสินเชื่ออย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งหมดด้วย ดังนี้ หากผู้ประกอบการเพียงแค่ออกบ้านในงานหรือห้างสรรพสินค้าเพียงแค่วันเดียว เช่น 10 วัน หรือ 2 อาทิตย์ เพื่อประชาสัมพันธ์การให้บริการสินเชื่อเงินด่วนของตนตลอดจนรับสมัคร กรณีที่ย่อมไม่ถือเป็นสำนักงานสาขาตามความหมายของประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าผู้ประกอบการสามารถดำเนินการออกบ้านในรูปแบบดังกล่าวได้ตลอด โดยไม่ต้องแจ้งให้ธนาคารแห่งประเทศไทยทราบเลย