บทที่ 2

ความเป็นมา แนวคิด วิวัฒนาการ นิติกรรมสัญญา กู้ยืมเงิน

การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการกู้ยืมเงินมีปัญหามาตั้งแต่สมัยอยุธยาจนถึงปัจจุบัน ลักษณะของปัญหาแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสภาพความเป็นอยู่และสิ่งแวดล้อมตามสมัยนั้น ๆ อย่างการกู้เงินในสมัยปัจจุบันนี้มีลักษณะเป็นการเอาที่ดินไปเป็นหลักประกันต่างกับในสมัยอยุธยาเพราะในสมัยอยุธยานั้น การกู้เงินถือเป็นการก่อความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในเชิงอำนาจของผู้มีพระคุณที่ให้กู้และผู้อยู่ใต้อำนาจนายทุนคือผู้กู้ จึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมากกว่าความสัมพันธ์ในลักษณะทรัพย์สิน กรณีในการกู้เงินเช่นนี้จึงได้มีการส่งลูกไปใช้งานให้นายเงิน เรียกภาษาชาวบ้านว่าส่งลูกไปขัดดอก สัญญากู้ในสมัยอยุธยานั้นว่าเป็นความผูกพันที่รวมเอาตัวและกองทรัพย์สินไว้ภายใต้อำนาจเจ้าหนี้ตลอดไป เพื่อเจ้าหนี้อาจเรียกร้องให้ตอบแทนบุญคุณได้ทุกเมื่อ จะเห็นว่าการกู้เงินในสมัยนั้นหมายถึงการกู้ชีวิต เพราะผู้กู้จะต้องสละอิสรภาพในร่างกายยอมอยู่ใต้อำนาจของเจ้าหนี้ ฐานะของผู้กู้นับว่าใกล้เคียงกับความเป็นทาส (ร.แลงกาต์, 2526, หน้า 169) (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2547, หน้า 102)

ความเป็นมาของการกู้ยืมเงินเริ่มจากความคุ้นเคยกันภายในชุมชน เมื่อมีการกู้ยืมเงินกันเรียกจำนวนที่กู้ยืมว่าเป็นเงินต้นหรือว่าต้นเงิน เมื่อถึงเวลาต้องชำระหนี้ลูกหนี้ก็จะให้ผลตอบแทนเจ้าของเงินและถือว่าเป็นดอกผลของต้นเงินซึ่งในสมัยโบราณเรียกเงินว่าเบี้ย จึงเรียกต่อ ๆ กันมาว่า “ดอกเบี้ย” ซึ่งต่อมาก็กลายเป็นธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ และได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายจากการที่ประเทศไทยได้นำกฎหมายของต่างประเทศมาประยุกต์ใช้โดยจัดวางระบบกฎหมาย (Legal System) ซึ่งโดยทางการถือว่าใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือ Civil Law System เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่โดยเนื้อหาและกระบวนการวิธีบังคับใช้กฎหมายกลับได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) จึงทำให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันเป็นกฎหมายลูกผสมทั้งกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายอาญา เกิดความขัดแย้งไม่สอดคล้องต้องกันอยู่ในหลายกรณี (คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, 2548, หน้า 133) โดยเฉพาะการเข้ามาของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิตที่ไม่ใช่สถาบันการเงินและบริษัทผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับหรือที่เรียกกันว่า “Non Banks” ซึ่งได้รับความนิยมอย่างมากในเวลาอันรวดเร็วจึงทำให้เกิดปัญหามากเช่นกัน เนื่องจาก “Non Banks” เป็นการให้กู้เงินในรูปแบบใหม่ที่พัฒนามาจากบัตรเครดิต (Credit Card) ซึ่งตาม

กฎหมายไทยแล้ว ถือว่าเป็นของแปลกและใหม่ ซึ่งในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้ข้อสังเกตว่ากฎหมายเดิมของไทยมีลักษณะที่ยังไม่ครอบคลุมความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเหมือนอย่างความคิดตะวันตก (Not Govern the All-Inclusive Area of Human Relation) (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2547, หน้า 140) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 บัญญัติว่า ผู้ใดฝ่าฝืนเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดจะได้รับโทษ พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ เนื่องจากเป็นกฎหมายเรื่องเงินกู้ซึ่งเป็นหลักในทางแพ่งโดยปกติจะไม่มีการกำหนดโทษแต่ความพิเศษของพระราชบัญญัติฉบับนี้คือมีโทษทางอาญาเป็นบทลงโทษผู้ฝ่าฝืนด้วย ทำให้พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่ใช้ทั้งหลักกฎหมายแพ่งและหลักกฎหมายอาญา ในพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน แสดงเจตนารมณ์ให้เห็นว่า การออกกฎหมายฉบับนี้ขึ้นมาบังคับใช้ โดยคาดหวังจะแก้ไขปัญหาในเรื่องเงินกู้ ที่มีการเรียก ดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบอื่นๆเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ซึ่งตนในวงการเรียกเงินกู้ที่มีลักษณะพิเศษนี้ว่า “เงินกู้นอกระบบ”

คำว่า “เงินกู้นอกระบบ” ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่ตามความเข้าใจของบุคคลทั่ว ๆ ไปจะเข้าใจว่า เงินกู้นอกระบบ หมายถึง การกู้เงินที่เรียกดอกเบี้ยหรือผลตอบแทนในรูปแบบอื่น ๆ เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด แต่จากการศึกษา คำว่า “เงินกู้นอกระบบ” ซึ่งนอกจากจะหมายถึงการกู้ยืมเงินที่มีการเรียกดอกเบี้ยหรือผลตอบแทนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำว่า “เงินกู้นอกระบบ” มีลักษณะพิเศษซึ่งเกิดขึ้นได้จากหลายกรณีด้วยกัน การพิจารณา เงินกู้นอกระบบ ในแง่ของกฎหมายต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย อย่างเป็นขั้นเป็นตอน จึงจะทราบว่ามีส่วนหนึ่งส่วนใดหรือหลายๆส่วน ที่ทำให้นิติกรรมสัญญานั้นบกพร่อง ไม่สมบูรณ์ แต่ก่อนที่จะไปทำความรู้จักกับความหมายของคำว่า “เงินกู้นอกระบบ” ในรูปแบบอื่นๆเราควรต้องมีความรู้ความเข้าใจ ถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่บัญญัติในเรื่องเงินกู้ตามกฎหมาย ซึ่งเราสามารถเรียกการกู้ยืมที่มีลักษณะครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าเป็น “เงินกู้ในระบบ” เพื่อจะได้พิจารณาถึงข้อแตกต่างระหว่าง “เงินกู้ในระบบ” กับ “เงินกู้นอกระบบ” ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนี้คือ

1. ความหมายและหลักของสัญญากู้ยืมเงิน

ศาสตราจารย์ อักขราทร จุฬารัตน อธิบายว่า สัญญานั้นเป็นเรื่องของนิติกรรมนั่นเอง แต่เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป หรือพูดอีกนัยหนึ่ง สัญญา ก็คือ การแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมาย ตามที่คู่สัญญาประสงค์ หรือในบางประเทศให้ความหมายว่า เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้น ซึ่งเน้นหนักกว่าจะต้องเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดหนี้

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ อธิบายว่า สัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป อันต่างกับนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว การแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปนั้นแต่ละฝ่ายอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนรวมกันเป็นฝ่ายเดียวก็ได้ เช่น เจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินร่วมกันหลายคนทำสัญญาขายทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ซื้อเพียงคนเดียวคู่สัญญาย่อมมีสองฝ่าย

อาจารย์ อธิราช มณีภาค อธิบายว่า สัญญา คือ นิติกรรมสองฝ่าย ซึ่งนิติกรรมสองฝ่ายก็คือนิติกรรมซึ่งมีผู้แสดงเจตนาฝ่ายหนึ่งและผู้รับการแสดงเจตนาอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีเพียงผู้แสดงเจตนาแต่ฝ่ายเดียวไม่เป็นสัญญา ฉะนั้น นิติกรรมจึงไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญา แต่สัญญาจำเป็นต้องเป็นนิติกรรมเสมอไป

รองศาสตราจารย์ ดร.จำปี โสตถิพันธ์ อธิบายว่า สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์

ศาสตราจารย์ ร.แลงกาต์ อธิบายไว้ว่า “สัญญา” คือข้อตกลงของเจตนาอันเกิดขึ้นโดยอิสระระหว่างหลายฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งรับรองกับอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะปฏิบัติตามวัตถุแห่งสัญญาให้เป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ข้อตกลงนี้เป็นอิสระก็เพียงแต่แสดงเจตนาร่วมกันระหว่างทุกฝ่าย

จากความหมาย ของคำว่า “สัญญา” ตามที่นักกฎหมายได้ให้คำนิยามไว้ดังกล่าว พอที่จะสรุปถึงสาระสำคัญได้ ดังนี้

1. สัญญานั้นต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ลำพังบุคคลเพียงฝ่ายเดียวไม่อาจที่จะก่อให้เป็นสัญญาขึ้นมาได้

2. บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องมีการแสดงเจตนา ซึ่งถูกต้องตรงกัน ซึ่งเรียกตามภาษากฎหมายว่า มีความตกลงยินยอมของบุคคลสองฝ่ายนั่นเอง

3. ต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายตามที่ทั้งสองต้องการ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ” จากบทบัญญัติดังกล่าวเราสามารถพิจารณา ถึงองค์ประกอบ ลักษณะของนิติกรรมสัญญากู้ ดังนี้

1. มีการแสดงเจตนา ของบุคคลผู้ทำนิติกรรม บุคคลเป็นสาระสำคัญของการทำนิติกรรมเพื่อให้คนทั่วไปทราบว่า บุคคลนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะผูกนิติสัมพันธ์ การนิ่งหรืองดเว้น/ ละเว้นนั้นต้องดูเป็นกรณี การกระทำนั้นอาจดูได้จากการแสดงเจตนาในการทำคำเสนอ-คำสนองซึ่งบุคคลอื่น

ล่วงรู้ถึงเจตนา และความต้องการของบุคคลนั้น ๆ ได้ว่าเจตนาเช่นไร การที่จะถือว่ามีการกระทำหรือไม่เราสามารถพิจารณาถึงการกระทำว่าเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกในสิ่งที่ตนกระทำหรือไม่

2. เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำที่จะชอบหรือไม่ชอบ ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำว่าตนประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลในการกระทำนั้นหรือไม่ ผลที่เกิดขึ้นในขณะกำลังทำหรือภายหลังการกระทำนั้นกฎหมายรับรองให้หรือไม่ การกระทำที่จะถือว่าชอบด้วยกฎหมายนั้นก็คือไม่สร้างความเดือดร้อนให้แก่ใครและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 มีการกล่าวถึงสิทธิของบุคคลในการกระทำว่า บุคคลสามารถทำกิจการใด ๆ ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย การกระทำในบางกรณีอาจจะผิดศีลธรรมแต่ไม่ถึงกับผิดกฎหมาย การกู้ยืมเงินคือการหยิบยื่นเงินให้แก่กันไม่ว่าจะเป็นการช่วยเหลือหรือในการดำเนินธุรกิจ ภาษากฎหมายเรียกว่ามีการส่งมอบ “เงิน” ที่ยืม

3. เป็นการกระทำด้วยสมัครใจ นิติกรรมจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่นอกจากจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นต้องทำโดยสมัครใจด้วย คือ บุคคลนั้นต้องกระทำนิติกรรมไปโดยการตัดสินใจของตนเอง ตัดสินใจที่จะกระทำเองไม่ใช่ว่ากระทำลงไปเพราะถูกบุคคลอื่นหลอกลวง ซึ่งในทางกฎหมายเรียกว่า “กลฉ้อฉล” การกระทำเพราะถูกบังคับ ข่มขู่ หรือการกระทำโดยเข้าใจผิด ซึ่งเมื่อมีปัจจัยดังกล่าวมานิติกรรมนั้นก็จะไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยสมัคร กรณีถือว่าเป็นการกระทำที่มิได้สมัครใจ เป็นการกระทำที่ถูกข่มขู่ ทำให้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4. มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้น การก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเป็นประเด็นสำคัญที่จะทำให้นิติกรรมผูกพันผู้กระทำหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับเจตนาของบุคคลผู้ที่กระทำนิติกรรมว่าต้องการให้นิติกรรมนั้นเป็นผลทางกฎหมายหรือไม่ มีวัตถุประสงค์หรือเป็นเป้าหมายจริงจังที่จะให้เกิดผลหรือไม่ ถ้าลำพังทำเล่น ๆ ไม่ต้องการก่อให้เกิดผล สิ่งที่บุคคลนั้นกระทำก็จะไม่ก่อให้เกิดนิติกรรมหรือการกระทำนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย

5. ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ์ เป็นการผูกพันระหว่างบุคคล ประเด็นนี้ต้องการชี้ให้เห็นว่าการทำนิติกรรมทำจากบุคคลที่มีความผูกพันทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงเกิดระหว่างบุคคลเท่านั้น

ลักษณะของสัญญายืมในทางกฎหมายที่สำคัญคือ

1. เป็นเอกเทศสัญญา คือสัญญาที่มีบทบัญญัติเป็นพิเศษแตกต่างกันออกไปจากสัญญาธรรมดาโดยทั่วไป แต่จะเป็นเอกเทศสัญญาได้จะต้องมีความสมบูรณ์ของสัญญาตามหลักมูลฐานแห่งนิติกรรมเสียก่อน

2. สัญญายืมเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน คือก่อหนี้แก่ผู้ยืมแต่เพียงฝ่ายเดียว

3. สัญญายืมเป็นสัญญาที่บริบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม

4. สัญญายืมเป็นสัญญาที่มีวัตถุแห่งสัญญาเป็นทรัพย์สิน

สัญญายืมแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. สัญญายืมใช้คงรูป หมายถึง สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า "ผู้ให้ยืม" ให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า "ผู้ยืม" ใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้เปล่า และผู้ยืมตกลงจะคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อได้ใช้สอยเสร็จแล้ว (Lawamendment, ออนไลน์, 2551) นอกจากจะมีสาระสำคัญตามลักษณะโดยทั่วไปของสัญญายืม กล่าวคือ เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน ซึ่งมีวัตถุแห่งสัญญาเป็นทรัพย์สิน และมีผลบริบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์ที่ให้ยืมแล้วยังมีลักษณะเฉพาะที่สำคัญซึ่งแตกต่างไปจากสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง คือ สัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน และเป็นสัญญาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ยืมมิได้โอนไปยังผู้ยืม ผู้ยืมจึงต้องคืนทรัพย์อันเดิมกับที่ได้ยืมไปนั้นให้แก่ผู้ยืม

2. สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง หมายถึง สัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปนั้นเป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้นสัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม (Lawamendment, ออนไลน์, 2551)

นอกจากจะมีสาระสำคัญอันเป็นลักษณะทั่วไปของสัญญายืมร่วมอยู่กับสัญญายืมใช้คงรูป กล่าวคือ เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนและมีผลบริบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ยืมแล้ว ดังนั้นผู้ยืมจึงมีสิทธิใช้สอยทรัพย์ที่ยืมนั้นอย่างไรก็ได้ตามชอบใจ โดยกฎหมายไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ยืมต้องมีหน้าที่ใช้ทรัพย์ตามที่กฎหมายกำหนด หรือต้องสงวนรักษาทรัพย์สินนั้นแต่ประการใด

หน้าที่ของผู้ยืม ในสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองจึงมีแต่หน้าที่ในการเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ตามสัญญา เช่น ค่าส่งมอบ ค่าฤชาธรรมเนียมในการทำสัญญา ค่าส่งคืนทรัพย์สิน และหน้าที่ในการคืนทรัพย์สินเมื่อถึงกำหนดต้องส่งคืน โดยจะต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกันกับที่ยืมไปให้ผู้ให้ยืมตามสัญญายังมีลักษณะเฉพาะที่สำคัญที่แตกต่างไปจากสัญญายืมใช้คงรูป กล่าวคือ สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองนั้นอาจเป็นสัญญามีค่าตอบแทนก็ได้ และเป็นสัญญาที่ผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประเภทใช้ไปสิ้นไป คือ เสื่อมภาวะสลายไปให้แก่ผู้ยืมโดยที่ผู้ยืมต้องคืนทรัพย์อันเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกันกับที่ยืมไปให้แก่ผู้ให้ยืมเมื่อถึงกำหนดต้องส่งคืน

การกู้ยืมเงิน เป็นการยืมใช้สิ้นเปลืองอย่างหนึ่ง เพราะเงินเป็นทรัพย์ชนิดที่ ใช้ไปสิ้นไป คำว่า "เงิน" คือ เงินตราตามพระราชบัญญัติเงินตรา ซึ่งรัฐนำออกให้ประชาชนใช้เป็นวัตถุสำหรับแลกเปลี่ยนและสามารถใช้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายซึ่งรวมทั้งธนบัตรและเหรียญกษาปณ์อื่นที่รัฐยังใช้อยู่ การกู้ยืมเงินเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งจะต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมมาใช้ด้วย

เช่น การกู้ยืมเงินหากมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมายการกู้ยืมเงินตกเป็นโมฆะ (Hanayo, ออนไลน์, 2551)

สัญญากู้ยืมเงิน บัญญัติอยู่ในหมวด 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นหมวดที่บัญญัติในเรื่องของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยืมให้แก่ผู้ยืมเพราะผู้ยืมจะใช้ทรัพย์อย่างไรก็ได้ หรือแม้ทรัพย์สูญหายหรือบุบสลายไปก็เป็นเรื่องภัยพิบัติตกแก่ผู้ยืมเองสิทธิในการเรียกค่าทดแทนในการใช้ทรัพย์สินไม่ชอบ หรือไม่สงวนรักษาทรัพย์สินจึงไม่มีเหมือนเช่นในสัญญายืมใช้คงรูป

ความสมบูรณ์ของสัญญา

สัญญาจะมีความสมบูรณ์เป็นสัญญาหรือไม่นั้น ต้องถือว่าสัญญา คือ นิติกรรมอย่างหนึ่ง ในการทำสัญญาก็จะต้องมีองค์ประกอบที่เป็นเช่นเดียวกับในเรื่องการทำนิติกรรม คือ ต้องมีบุคคลหรือคู่สัญญาในการทำสัญญา มีวัตถุประสงค์ของสัญญา มีแบบหรือวิธีการในการทำสัญญาและจะต้องมีเจตนาในการทำสัญญา จึงต้องพิจารณาองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา 3 ประการ ดังนี้

1. องค์ประกอบในเรื่องความสามารถของคู่สัญญา ดูว่าคู่สัญญานั้นมีความสามารถเพียงใด ฝ่ายหนึ่งมีความบกพร่องในเรื่องความสามารถหรือไม่ ถ้ามีสัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆียะ แต่ถ้าคู่สัญญาไม่บกพร่องหรือมีความสามารถก็ต้องพิจารณาขั้นต่อไป

2. องค์ประกอบในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา ในการทำสัญญาให้ดูว่าสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์คืออะไร ถ้าวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมาย วัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย หรือวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆะ แต่ถ้าวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ขัดกับหลักกฎหมายดังกล่าวแล้วก็ให้พิจารณาดูต่อไป

3. องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ในเรื่องแบบหรือวิธีการในการทำนิติกรรมโดยทั่วไปสัญญาที่ทำไม่จำเป็นต้องมีแบบก็ได้ แต่สัญญาบางสัญญากฎหมายกำหนดวิธีการหรือแบบไว้เฉพาะ เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญาที่กฎหมายกำหนดต้องทำตามแบบ ในการทำสัญญาต้องทำตามแบบเพราะถ้าไม่ปฏิบัติตามมีผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะตามหลักกฎหมายมาตรา 152 หากคู่สัญญาได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว หรือกฎหมายมิได้กำหนดแบบคู่สัญญาก็สามารถกำหนดวิธีการในการทำสัญญาเองได้ ผลของสัญญาก็จะสมบูรณ์ ในเรื่องสัญญาเงินกู้กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบ แต่กำหนดการกู้ยืมเงิน ตั้งแต่ 2,000 บาทขึ้นไปนั้น อย่างน้อยจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือที่ลงลายมือชื่อผู้กู้ จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบทั้งสามกรณีที่กล่าวมาแล้ว ถ้าสัญญานั้นสมบูรณ์ก็จะต้องพิจารณาในส่วนองค์ประกอบที่เกี่ยวกับเจตนา 2 ประการคือ

ประการที่ 1 การทำคำเสนอมีความบกพร่องในกระบวนการก่อเจตนาหรือไม่ เช่น การทำสัญญานั้นมีกลฉ้อฉล การข่มขู่ ความสำคัญผิดมาเป็นปัจจัยในการแสดงเจตนาหรือไม่ ถ้ามีเหตุวิปริตในการแสดงเจตนาดังกล่าวมาเป็นปัจจัยในการแสดงเจตนาแล้ว สัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆียะ

ประการที่ 2 กระบวนการแสดงเจตนาไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ทำคำเสนอได้ทำคำเสนอไปตรงกับเจตนาภายในหรือไม่ หากไม่ตรงเพราะเป็นเจตนาซ่อนเร้น เป็นเจตนาลวง เป็นนิติกรรมอำพราง หรือเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญา สัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆะ ถ้าไม่มีกรณีทั้งสองดังกล่าวก็พิจารณาในส่วนของคำสนองว่า ผู้ทำคำสนองได้ก่อเจตนาขึ้นมีเหตุวิปริตหรือไม่ ถ้ามีสัญญาก็จะตกเป็นโมฆียะ หรือโมฆะแล้วแต่กรณีถ้าไม่มีสัญญาก็สมบูรณ์

เจตนา หมายถึง องค์ประกอบข้อหนึ่งของนิติกรรมสัญญา ซึ่งอาจมีความหมายง่าย ๆ ว่าความตั้งใจในการทำนิติกรรมสัญญา แต่หากพิจารณาในทางกฎหมายจริง ๆ จะถือเป็นเจตนานิติกรรมสัญญาได้ต้องเกิดจากกระบวนการในการก่อเจตนาที่สมบูรณ์ กล่าวคือ เริ่มจากต้องมีอะไรบางอย่างมากระตุ้นซึ่งเรียกว่าเหตุชักจูงใจ เมื่อกระตุ้นแล้วบุคคลนั้นก็เกิดความอยากในการทำนิติกรรมแล้วก็จะเข้าสู่ขั้นตอนของการคิดว่าจะทำนิติกรรมสัญญานั้นดีหรือไม่กับใครอย่างไรคิดแล้วก็จะผ่านไปสู่ขั้นตอนของการตัดสินใจคือตัดสินใจที่จะทำนิติกรรมกับคนนั้นด้วยวิธีการนั้น ๆ การตัดสินใจ คือ การก่อเจตนาภายใน เมื่อตัดสินใจแล้วก็ต้องสื่อสิ่งที่ตนตัดสินใจออกมาภายนอกเพื่อให้บุคคลอื่นรู้หรือคู่กรณีที่ตนต้องการทำนิติกรรมด้วยได้รับรู้ที่เรียกว่าเป็นการแสดงเจตนา เมื่อแสดงเจตนาออกมาตรงกับที่ตัดสินใจไว้ ก็ถือว่าครบกระบวนการนี้แล้วจึงเรียกว่ามีการก่อเจตนาที่สมบูรณ์ (ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 2548, หน้า 61-62)

“เจตนาในการกระทำสิ่งใด ซึ่งจะเป็นผิดในการที่กระทำลงไปโดยความตั้งใจร้ายนั้น และการที่กระทำนั้นต้องเป็นผิดต่อบทบัญญัติห้ามของกฎหมาย อนึ่งเจตนาร้ายนั้นอาจจะแสดงออกให้เห็นโดยแจ้งชัดหรือไม่แสดงออกให้เห็นได้โดยชัดเจนอย่างใดอย่างหนึ่ง เจตนาร้ายที่แสดงให้เห็นได้โดยชัดแจ้งนั้น ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงโดยอาการกริยาให้เห็นได้ชัดว่า มีความประสงค์จงใจในกริยาที่กระทำลงตรงทีเดียว เจตนาร้ายที่ไม่แสดงออกให้เห็นได้โดยชัดเจนนั้น อาการกริยาของผู้กระทำผิดแต่เพียงอย่างเดียว ไม่กระทำให้เห็นได้แน่ชัดว่า ผู้กระทำมีความประสงค์อย่างใดแน่ แต่ที่จะรู้ได้แน่นอนว่าผู้กระทำมีความประสงค์อย่างใดต้องอาศัยพิจารณาถึงเหตุผลอย่างอื่นประกอบด้วยซึ่งกฎหมายเป็นหลักฐานพอให้สันนิษฐานได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาอย่างไร” (สุขุม วินิจฉัย, 2458, หน้า 68-70.)

ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา คือ สัญญาที่ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะซึ่งเหตุที่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะและโมฆียะก็เป็นเหตุเดียวกันกับเรื่องนิติกรรม คือ สาเหตุที่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ คือ เหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 มาตรา 152 มาตรา 154 มาตรา 155 มาตรา 156 สาเหตุที่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ คือ เหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 153 มาตรา 157 มาตรา 159 มาตรา 164

การทำกลฉ้อฉล

กลฉ้อฉลด้วยการนิ่ง หมายถึง กลฉ้อฉลที่มิได้เกิดจากการกระทำเพื่อหลอกลวงแต่เกิดจากการนิ่งเฉยในกรณีที่มีหน้าที่ต้องแจ้งข้อความจริงหรือคุณสมบัติที่คู่กรณีอีกฝ่ายไม่ทราบ การไม่แจ้งเท่ากับหลอกให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจผิด และอีกฝ่ายหนึ่งตัดสินใจ เข้าทำสัญญาด้วย ซึ่งหากมีการแจ้งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่เข้าทำสัญญาด้วย การนิ่งนี้ใช้เฉพาะกับนิติกรรมสองฝ่ายเท่านั้น ไม่อาจปรับใช้กับนิติกรรมฝ่ายเดียวได้ (ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 2549, หน้า 10)

กลฉ้อฉลที่เกิดจากบุคคลภายนอก หมายถึง การทำกลฉ้อฉลนั้นเกิดจากบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่กรณีแห่งนิติกรรมทำให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลหลงเชื่อ ตัดสินใจและแสดงเจตนาทำนิติกรรมกับคู่กรณีอีกฝ่ายนิติกรรมจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้หรือควรที่จะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลของบุคคลภายนอกนั้น ในขณะทำนิติกรรมนั้น เพราะกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองบุคคลคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่สุจริตไม่ทราบว่าบุคคลที่ตนเข้าทำนิติกรรมด้วยนั้นถูกบุคคลภายนอกทำกลฉ้อฉลมา อย่างไรก็ตามกฎหมายว่าระหว่างผู้ถูกกลฉ้อฉลกับฝ่ายหนึ่งที่สุจริตการคุ้มครองผู้สุจริตเท่ากับการคุ้มครองความมั่นใจในการทำสัญญา ในการทำธุรกิจและในการหมุนเวียนเปลี่ยนมือของทรัพย์ด้วย (ศนันท์-กรณ์ โสตถิพันธุ์, 2549, หน้า 10)

กลฉ้อฉลถึงขนาด มาตรา 159 วรรค 2 กลฉ้อฉลที่จะถึงขนาดทำให้การแสดงเจตนาเป็นโมฆียะ จะต้องเป็นกลฉ้อฉลที่เป็นเหตุชักจูงใจให้ผู้แสดงเจตนาได้แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ซึ่งถ้าไม่มีการใช้กลฉ้อฉลเช่นนั้นแล้ว นิติกรรมนั้นจะไม่มีการกระทำขึ้นเลย (คำพิพากษาฎีกาที่. 717/ 2512, 2853/ 2525)

กลฉ้อฉลที่ถึงขนาดระหว่างคู่กรณี หมายถึง เป็นนิติกรรมที่ถูกหลอกก่อเจตนาโดยวิปริตบิดเบือนออกไป เพราะถ้าหากไม่ถูกหลอกหรือกลฉ้อฉล การแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นก็จะไม่เกิดขึ้น นิติกรรมที่เกิดขึ้นนั้นจึงตกเป็นโมฆะ เพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้ถูกทำกลฉ้อฉล หากกลฉ้อฉลไม่ถึงขนาดส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้ถูกกลฉ้อฉลแม้มีกลฉ้อฉลก็จะถือว่าเจตนาที่เกิดนั้นเกิดโดยวิปริตไม่ได้ (ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 2549, หน้า 11)

กลฉ้อฉลเพื่อเหตุ หมายถึง กลฉ้อฉลที่มิได้ถึงขนาดทำให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลตัดสินใจทำนิติกรรม เพราะผู้ทำนิติกรรมตัดสินใจที่จะทำนิติกรรมอยู่แล้ว แต่กลฉ้อฉลหรือการหลอกลวงมีผล

เพียงทำให้เขาต้องรับภาระมากขึ้นกว่าการไม่ถูกกลฉ้อฉล กลฉ้อฉลเพื่อเหตุจึงไม่ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะ ส่งผลเพียงให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เท่านั้น (ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 2549, หน้า 10-11)

คู่สัญญาจะต้องเข้าทำสัญญากันโดยสมัครใจ นั่นคือมิให้มีการใช้กำลังข่มขู่หรือใช้กลฉ้อฉลให้มีการทำสัญญากัน ทั้งการข่มขู่และกลฉ้อฉลเป็นเหตุให้คู่สัญญาบอกล้างสัญญาภายหลังได้ ใช้เป็นข้อต่อสู้ (Exception Doli) ในคดีเคร่งครัดตามกฎหมาย (Stricti Iuris)ได้ ในคดีอาศัยความสุจริต (Bonae Firdi) ผู้พิพากษา จะนำเข้ามาพิจารณาโดยที่คู่สัญญาไม่ต้องอ้างเป็นข้อต่อสู้ ยิ่งกว่านั้นถ้าลู่ทางอื่นหมดแล้วก็ใช้รูปคดีกลฉ้อฉล(Aactio Doli หรือ De Delo)เป็นทางบำบัดปัดเป่าได้ แต่เริ่มนำมาใช้ในสมัยปลายประชาธิปไตย สัญญาอันเกิดจากกลฉ้อฉลอาจจะบอกล้างได้โดยการทำให้ได้กลับคืนยังฐานะเดิมโดยสมบูรณ์ (Restitution in Integrum) และในรูปคดีอาศัยความสุจริต

กลฉ้อฉลทำให้สามารถฟ้องตามลักษณะสัญญาต่าง ๆ ได้ แต่ถ้ากลฉ้อฉลทำให้เกิดความสำคัญผิดต้องพิจารณาในลักษณะความสำคัญผิด (ประชุม โฉมฉาย, 2541, หน้า 169-170)

สาระสำคัญของสัญญากู้ยืมเงิน ตามมาตรา 653

1. สัญญากู้ยืมเงินนั้น จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบเงินที่กู้ยืม

2. การกู้ยืมเงิน ตั้งแต่ 2,000 บาทขึ้นไปนั้น อย่างน้อยจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือที่ลงลายมือชื่อผู้กู้ จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

3. มาตรา 653 จะนำเอามาใช้เฉพาะที่เป็นการฟ้องขอให้บังคับชำระหนี้ ตามสัญญากู้ยืมเงินเท่านั้น ถ้าเป็นการฟ้องให้ชำระหนี้ตามมูลหนี้อื่น ๆ เช่น ฟ้องให้ชำระหนี้ตั๋วเงินที่ออกมาเพื่อชำระหนี้ตามสัญญากู้ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ฟ้องร้องบังคับคดีได้

4. หลักฐานเป็นหนังสือนั้นจะมีขึ้นภายหลังการทำสัญญากู้ยืมก็ได้ แต่จะต้องมีก่อนที่จะฟ้องร้องบังคับคดี

5. การกู้ยืมเงินที่ไม่มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือ นอกจากจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้แล้วจะยกหรือใช้เป็นข้อต่อสู้ในคดีไม่ได้อีกด้วย

6. ในกรณีที่คิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดให้ดอกเบี้ยที่คิดเกินอัตรานั้น ตกเป็นโมฆะทั้งหมดส่วนต้นเงินไม่ตกเป็นโมฆะ

7. การกล่าวอ้างว่าไม่ได้รับเงินที่กู้ จำเลยสามารถนำพยานบุคคลเข้าสืบได้ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 (คำพิพากษาฎีกาที่ 4686/ 3540) (ปัญญา ถนอมรอด, 2550, หน้า 197)

2. นิยามเงินกู้นอกระบบ

พล.ต.ต.พีรพันธุ์ เปรมภูติ เลขาธิการสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ปปง.) ศูนย์อำนวยการต่อสู้เพื่อเอาชนะความยากจน (ศตจ.) ได้กำหนดนิยามของเงินกู้นอกระบบว่า " เจ้าหนี้ต้องไม่ใช่สถาบันการเงินมีการเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดคือร้อยละ 15 ต่อปี และใช้กลฉ้อฉล ว่าเป็นการกู้ยืมตามกฎหมาย สำหรับบริษัทที่ปล่อยเงินกู้โดยเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตรา และใช้วิธีหลบเลี่ยงอำพราง ไปเรียกเก็บ เบี้ยปรับเงินเพิ่ม และค่าธรรมเนียม ในความเห็นของ ปปง. มองว่าเป็นการใช้กลฉ้อฉล นอกจากนี้ยังมีการอำพรางสัญญาเงินกู้ให้มาอยู่ในรูปแบบของการเช่าซื้อสินค้าเงินผ่อน โดยเรียกเก็บดอกเบี้ยสูงเกินกว่ากฎหมายกำหนด" (มติชน, ออนไลน์, 2551)

จากคำนิยาม "เงินกู้นอกระบบ" ดังกล่าว แม้จะเป็นการกำหนดคำนิยามที่เกิดจากศูนย์อำนวยการต่อสู้เพื่อเอาชนะความยากจน (ศตจ.)ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐแต่คำนิยาม ตามความเห็นของผู้เขียนแล้ว คำนิยาม ดังกล่าว ไม่อาจถือเป็นคำนิยามตามหลักของกฎหมายได้ เพราะหลักการตีความกฎหมายเป็นเรื่องที่สำคัญในกรณีที่ตัวบทกฎหมายมีความแจ้งชัด การที่จะใช้กฎหมายนั้นปรับเข้ากับข้อเท็จจริงย่อมไม่มีปัญหายุ่งยาก แต่ถ้าตัวบทกฎหมายเคลือบคลุมหรือกรณีมีข้อสงสัยว่าจะใช้บทกฎหมายใดบังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นก็ต้องอาศัยการตีความกฎหมายเป็นเครื่องมือช่วย (ธานินทร์ กรัยวิเชียร, วิชา มหาคุณ, 2548, หน้า ก)

ดังนั้นนิติกรรมสัญญาการกู้ยืมเงิน เกิดจากคู่สัญญาตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปโดยหลักกฎหมายทางแพ่งแล้วเกิดจากคู่สัญญาตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป คู่สัญญาจะตกลงกันอย่างไรก็ได้ เท่าที่ไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 150 ส่วน ปพพ.มาตรา 654 กำหนดให้เรียกดอกเบี้ยเงินกู้ได้ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อไป ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดจะได้รับโทษ ตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่บัญญัติในเรื่องเงินกู้แต่มีโทษทางอาญา โดยปกติเราได้เรียกการกู้ยืมที่มีองค์ประกอบไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดว่าเป็น "เงินกู้นอกระบบ" อันแสดงให้เห็นว่า นิติกรรมสัญญาการกู้ยืมนี้ มีความชำรุดบกพร่องในบางประการ ซึ่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญา นั้น เกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุ ตามที่บัญญัติในมาตรา 149, 150 แต่โดยส่วนใหญ่ เงินกู้นอกระบบ จะหมายถึง การกู้ยืมเงินที่มีการคิดดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือมีการหาผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบอื่น ๆ เกินสมควร

การเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด อัตราดอกเบี้ย ถือเป็นลักษณะพิเศษ ในเรื่องเงินกู้นอกระบบ เพราะส่วนมากแล้วจะเข้าใจว่า เงินกู้นอกระบบ หมายถึง การกู้ยืมเงิน ที่มีการเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงเท่านั้นแต่ความหมายของดอกเบี้ย ตามกฎหมายและ

ตามคำพิพากษาศาลฎีกา ดอกเบี้ยนอกจากจะหมายถึง การตอบแทนการใช้เงินแล้ว ยังหมายถึง ประโยชน์ที่ผู้ให้กู้ได้รับจากผู้กู้ หรือผลจากการที่ให้กู้นั้นอีกด้วย

ใช้กลฉ้อฉลว่าเป็นการกู้ยืมตามกฎหมาย กลฉ้อฉลเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องการแสดงเจตนา หมายถึง การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกกล่าวข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดความจริง ซึ่งควรต้องบอกให้แจ้งเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำนิติกรรม คือ กลฉ้อฉลที่จูงใจให้เขาแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งถ้าไม่มีกลฉ้อฉลเช่นนั้นก็จะไม่มีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมกันเลยซึ่งมาตรา 159 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลเป็นโมฆียะ” แต่ถ้ามองจากแง่ของการแสดงเจตนาเพราะความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม หรือเป็นสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรม การแสดงเจตนานี้ไม่ใช่เป็นเพียงโมฆียะ แต่จะเป็นโมฆะตามมาตรา 150 มาตรา 163 “ถ้าคู่กรณีต่างได้กระทำการโดยกลฉ้อฉลด้วยกันทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะกล่าวอ้างกลฉ้อฉลของอีกฝ่ายหนึ่งบอกล้างการนั้นหรือเรียกค่าเสียหายทดแทนก็ได้” มาตรา 149 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอก การแสดงเจตนานั้นจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลนั้น” มาตรา 167 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยกรณีความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือการข่มขู่ให้พิเคราะห์ถึง เพศ อายุ ฐานะ สุขภาพอนามัย และภาวะแห่งจิตของผู้แสดงเจตนาตลอดจนพฤติการณ์และสภาพแวดล้อมอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการนั้นด้วย”การที่ผู้ถูกกลฉ้อฉลหลงเชื่อในการทำกลฉ้อฉลนี้เป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง อันเป็นเหตุให้การแสดงเจตนานั้นตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 159 วรรคหนึ่ง

บริษัทที่ปล่อยกู้โดยเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตรา จากที่ได้กล่าวมาแล้ว การทำนิติกรรมสัญญาการกู้ ไม่ว่าผู้กู้หรือผู้ให้กู้ จะเป็นบุคคลธรรมหรือนิติบุคคลก็สามารถทำได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายห้ามไว้ แต่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างครบถ้วน ส่วนบริษัท ที่ปล่อยเงินกู้ อาจเป็นความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราหรือในความผิดฐานเรียก ดอกเบี้ยเกินอัตราที่ถือ เป็นเงินกู้นอกระบบในรูปแบบอื่น ๆ ได้

ใช้วิธีหลบเลี่ยงอำพราง ไปเรียกเก็บ เบี้ยปรับเงินเพิ่มและค่าธรรมเนียม เงินกู้นอกระบบเกิดขึ้นจากความยินยอม ร่วมมือร่วมใจ ระหว่างผู้กู้กับผู้ให้กู้ ดังนั้นการกำหนดวิธีการเรียกเก็บดอกเบี้ย หรือผลประโยชน์ตอบแทนอื่น ๆ จากการให้กู้ นอกจากจะตกลงกันในรูปแบบของดอกเบี้ยที่เป็นเงินและจดแจ้งเป็นหนังสือแล้ว คู่สัญญายังสามารถทำข้อตกลงเรียกดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ตอบแทนจากการให้กู้ในชื่ออื่น ๆ เช่น เบี้ยปรับ ค่าธรรมเนียม การใช้วงเงิน เป็นต้น

3. ความเป็นมาของเงินกู้นอกระบบ

หลักในการพิจารณาว่า นิติกรรมสัญญานั้นจะเป็นเงินกู้นอกระบบหรือไม่ ยังมีปัญหาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอยู่มากหลายประการด้วยกัน โดยอาศัยการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการทำนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149, 150, 653

การพิจารณาจากผู้ให้กู้หรือนายทุนเงินกู้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1. ผู้ให้กู้ที่เป็นบุคคลธรรมดา

ในอดีตและเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติในเรื่องกู้ยืมนั้น "ผู้ให้กู้" หมายถึง "บุคคลธรรมดา" หรือ "นิติบุคคล" ที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน

การกู้ยืมในสมัยก่อนนั้นถือเป็นการช่วยเหลือของบุคคลที่อยู่ในชุมชนเดียวกัน นิติกรรมสัญญาการกู้ยืมระหว่าง "ผู้ให้กู้" และ "ผู้กู้" ถ้าทั้งสองฝ่ายได้ทำนิติกรรมสัญญาด้วยการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายอย่างสมบูรณ์ครบถ้วน การกู้รายนั้นก็ถือเป็นเงินกู้ในระบบ มีความสมบูรณ์ครบถ้วนถูกต้องบังคับได้ตามกฎหมาย แต่ถ้าเป็นเงินกู้ที่มีลักษณะของการทำนิติกรรมสัญญาอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายในลักษณะหนึ่งประการใด เช่น มีการคิดดอกเบี้ยในอัตราที่สูงกว่ากฎหมายกำหนด จำนวนเงินที่ระบุในสัญญากู้กับจำนวนเงินที่ผู้กู้ได้รับไม่ตรงกัน ไม่ลงจำนวนเงินในสัญญากู้ เป็นต้น อย่างนี้ถือได้ว่าเป็นเงินกู้นอกระบบ ซึ่งปัญหาในเรื่อง เงินกู้นอกระบบ โดยผู้ให้กู้ที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน นั้นมีหลักในการพิจารณาในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งเรามีหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบข้อกฎหมาย ว่านิติกรรมสัญญากู้ยืมใดเป็นเงินกู้นอกระบบ หรือไม่นั้นต้องพิจารณาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 มาพิจารณา

2. ผู้ให้กู้ที่เป็นสถาบันการเงินหรือ "NON-BANKS"

การกู้เงินจากสถาบันการเงิน เป็นทางเลือกที่สำคัญและอาจถือได้ว่าเป็นการกู้ในระบบ เนื่องจากสถาบันการเงินเป็นแหล่งเงินกู้ที่มีจำนวนเงินให้กู้มากและดอกเบี้ยหรือผลตอบแทนมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ปัญหาในเรื่องเงินกู้กับสถาบันการเงินประเภทธนาคารพาณิชย์จึงไม่มีปัญหาในเรื่องเงินกู้นอกระบบ

การประกอบธุรกิจ "การให้สินเชื่อ" หรือการปล่อยเงินกู้ของสถาบันการเงิน ซึ่งจะมีลักษณะพิเศษคือ การกู้ไม่ยุ่งยาก กู้โดยไม่ต้องใช้หลักทรัพย์ค้ำประกันและได้รับเงินอย่างรวดเร็ว จากลักษณะพิเศษของสถาบันการเงินนี้เองที่ทำให้ได้รับความนิยมอย่างสูง แต่เนื่องจากสถาบันการเงินนั้นเริ่มดำเนินธุรกิจโดยเป็นบริษัทของต่างประเทศที่เข้ามาดำเนินธุรกิจในเมืองไทย การให้สินเชื่อโดยบริษัทเอกชนเป็นธุรกิจใหม่ที่ไม่มีกฎหมายควบคุมที่ชัดเจน ทั้งสถานะและลักษณะการ

ดำเนินธุรกิจของสถาบันการเงินมีลักษณะเป็นลูกผสมระหว่างบุคคลธรรมดากับสถาบันการเงิน ประกอบกับกฎหมายการกู้ยืมของไทย ได้มีการแบ่งการบังคับใช้กฎหมายระหว่างบุคคลธรรมดากับสถาบันการเงินที่แตกต่างกัน กฎหมายไทยที่ใช้บังคับในเรื่องการกู้ยืมที่เป็นสถาบันการเงินให้ใช้พระราชบัญญัติ ว่าด้วยสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติดอกเบี้ยให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง ดอกเบี้ยและค่าบริการที่ธนาคารพาณิชย์อาจเรียกได้ในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ขึ้นใช้บังคับ ซึ่งกฎหมายตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้นต่างก็มีบทบัญญัติเฉพาะ

กฎหมายแต่ละฉบับมีลักษณะเฉพาะจึงทำให้เกิดความขัดแย้งกันได้ เพราะถ้าพิจารณาหลักกฎหมายฉบับหนึ่งการกระทำนั้นอาจจะชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่ถ้าพิจารณากฎหมายอีกฉบับหนึ่งการกระทำนั้นอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขึ้นอยู่กับข้อบัญญัติและเจตนารมณ์ของการออกกฎหมาย แต่สถานะและลักษณะการดำเนินธุรกิจของสถาบันการเงินที่มีลักษณะเป็นลูกผสมระหว่าง บุคคลธรรมดากับสถาบันการเงิน จึงก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและนอกจากปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องสถานะที่ไม่ชัดเจนของสถาบันการเงินแล้วยังมีปัญหาข้อเท็จจริงตามมาอีก คือการเรียกดอกเบี้ยหรือผลตอบแทนในรูปแบบหรือชื่อเรียกอื่นๆของสถาบันการเงินเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ความขัดแย้งกันของกฎหมายเป็นกรณีหนึ่งที่ทำให้เกิด "ปัญหาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเงินกู้นอกระบบ" เพราะนอกจากกฎหมายจะขัดแย้งกันเองแล้ว ความคลุมเครือไม่ชัดเจนของกฎหมายก็เป็นอีกส่วนหนึ่งที่ก่อให้เกิดปัญหา รวมถึงการที่จะนำหลักกฎหมายมาใช้นั้นยังคงมีปัญหาว่าใช้หลักกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ หรือกฎหมายอาญามาบังคับใช้แก่กรณีใดสามารถที่จะนำมาใช้รวมกันได้หรือไม่ รวมไปถึงการตีความ เช่น คำว่าเงินกู้นอกระบบ สถาบันการเงิน นายทุนเงินกู้ ดอกเบี้ย ค่าบริการ เบี้ยปรับ ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปจริง และพอสมควรแก่เหตุเกี่ยวกับสินเชื่อส่วนบุคคล ภายใต้การกำกับเหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทั้งสิ้น ปัญหาเรื่องการขอสินเชื่อถ้าเป็นการทำนิติกรรมกับสถาบันการเงินประเภทธนาคารพาณิชย์ปัญหาจะมีไม่มากนัก เพราะธนาคารพาณิชย์ค่อนข้างที่จะชัดเจนในเรื่องของการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ปัญหาในเรื่องกู้ยืมระหว่างบุคคลธรรมดาด้วยกันและการขอสินเชื่อกับสถาบันการเงิน ในปัจจุบันนี้ยังคงมีปัญหาอยู่มากเช่น การเรียกเก็บดอกเบี้ยหรือผลตอบแทนเกินอัตราของสถาบันการเงิน นอกจากบริษัทฯ จะเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี แล้วยังมีค่าเบี้ยปรับ ค่าบริการ ค่าใช้วงเงิน ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เมื่อคำนวณผลตอบแทนต่างๆ แล้วประมาณกว่าร้อยละ 30 ซึ่งเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด และจำนวนลูกหนี้ของสถาบันการเงินมีอยู่เป็นจำนวนมาก ส่วนปัญหาในเรื่องการคิดดอกเบี้ยหรือผลตอบแทนของนายทุนเงินกู้ที่เป็น

บุคคลธรรมดายังไม่ได้มีการแก้ไข ทำให้นายทุนเงินกู้ที่เป็นบุคคลธรรมดาไม่ได้รับความเป็นธรรมเสียเปรียบผู้ให้กู้ที่เป็นสถาบันการเงิน ทั้ง ๆ ที่ผู้ให้กู้ที่เป็นบุคคลธรรมดามีอัตราความเสี่ยงสูงแต่ได้รับผลตอบแทนน้อยกว่าสถาบันการเงิน นอกจากปัญหาตามที่กล่าวมานี้ยังคงมีปัญหาอีกมากที่ภาครัฐจำเป็นต้องพิจารณาอย่างจริงจัง เพราะหากปัญหาเงินกู้นอกระบบนี้ไม่ได้รับการแก้ไขแล้วปัญหาอื่น ๆ จะตามมาอย่างต่อเนื่องและนับวันจะขยายวงกว้างออกไปเรื่อย ๆ

4. หลักในการพิจารณาว่าการกู้เงินจะเป็นเงินกู้นอกระบบหรือไม่

ประเด็นการพิจารณา ข้อสัญญาใด เป็นเงินกู้นอกระบบหรือไม่นั้น เราต้องพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบการกับการพิจารณาข้อกฎหมายเป็นกรณีไป โดยประเด็นแรก สิ่งแรกที่เราต้องพิจารณาคือ หลักนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติว่า “นิติกรรมหมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ”

สัญญา เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ต้องมีองค์ประกอบสำคัญ คือ ต้องมีคู่สัญญาในการทำสัญญา มีวัตถุประสงค์ของสัญญา มีแบบหรือวิธีการในการทำสัญญาและจะต้องมีเจตนาในการทำสัญญา เพราะฉะนั้น สัญญาจะสมบูรณ์หรือไม่ต้องพิจารณาองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาทั้ง 3 ประการ

1. ความสามารถของคู่สัญญา มีความสามารถเพียงใด มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถหรือไม่ ถ้ามีสัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ

2. วัตถุประสงค์ของสัญญา มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมาย วัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย หรือวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ถ้าใช่สัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆะ

3. แบบหรือวิธีการในการทำนิติกรรม โดยทั่วไปสัญญาที่ทำไม่จำเป็นต้องมีแบบก็ได้ แต่สัญญาบางสัญญา กฎหมายกำหนดวิธีการหรือแบบในการปฏิบัติไว้เฉพาะ สัญญาที่กฎหมายกำหนดต้องทำตามแบบ ในการทำสัญญาต้องทำตามแบบด้วยเพราะถ้าไม่ปฏิบัติตามก็จะมีผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะตามหลักกฎหมายมาตรา 152 หากคู่สัญญาได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว หรือในบางสัญญากฎหมายมิได้กำหนดแบบคู่สัญญาก็สามารถกำหนดวิธีการในการทำสัญญาเองได้ ผลของสัญญาก็จะสมบูรณ์ เช่น การกู้ยืมเงินหากเป็น “การกู้ยืมกว่า 2,000 บาท กฎหมายบังคับให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ มิฉะนั้นจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้”

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบถูกต้องครบถ้วนตามหลักเกณฑ์แล้ว สัญญานั้นสมบูรณ์จะต้องพิจารณาในส่วนของเจตนาคือ การทำคำเสนอมีความบกพร่องหรือไม่ เช่น การทำสัญญานั้นมีกลฉ้อฉล การข่มขู่ ความสำคัญผิดมาเป็นปัจจัยในการแสดงเจตนาหรือไม่ ถ้ามีเหตุวิปริตในการแสดง

เจตนาดังกล่าวมาเป็นปัจจัยในการแสดงเจตนาแล้ว สัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆียะ หรือในการแสดงเจตนาไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ทำคำเสนอได้ทำคำเสนอไปตรงกับเจตนาภายในหรือไม่ หากเป็นเจตนาซ่อนเร้น เป็นเจตนาลวง เป็นนิติกรรมอำพราง หรือเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญา สัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆะ ถ้าไม่มีกรณีทั้งสองดังกล่าวก็พิจารณาในส่วนของคำสนองว่าผู้ทำคำสนองได้ก่อเจตนาขึ้นมีเหตุวิปริตหรือไม่ ถ้ามีสัญญาก็จะตกเป็นโมฆียะหรือโมฆะแล้วแต่กรณี ถ้าไม่มีสัญญาก็สมบูรณ์เป็นการกู้ยืมเงินที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าส่วนใดส่วนหนึ่งของนิติกรรมสัญญากู้ยืมเงินไม่ครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์แล้วแต่คู่สัญญายังทำสัญญากู้ยืมต่อกัน สัญญานั้นก็เป็นการกู้ยืม “เงินนอกระบบ” ข้อสังเกตุ ในเรื่องเงินกู้นอกระบบ ก็คือข้อตกลงในเรื่องผลตอบแทนในการกู้ยืมหรือดอกเบี้ย เมื่อคำนวณแล้วจะสูงกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้เรียกเก็บได้

“เจตนาในการกระทำสิ่งใด ซึ่งจะเป็นผิดในการที่กระทำลงไปโดยความตั้งใจร้ายนั้น และการที่กระทำนั้นต้องเป็นผิดต่อบทบัญญัติห้ามของกฎหมาย อนึ่งเจตนาร้ายนั้นอาจจะแสดงออกให้เห็นโดยแจ้งชัดหรือไม่แสดงออกให้เห็นได้โดยชัดเจนอย่างใดอย่างหนึ่ง เจตนาร้ายที่แสดงให้เห็นได้โดยชัดแจ้งนั้น ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงโดยอาการกริยาให้เห็นได้ชัดว่า มีความประสงค์จงใจในกริยาที่กระทำลงตรงทีเดียว เจตนาร้ายที่ไม่แสดงออกให้เห็นได้โดยชัดเจนนั้น อาการกริยาของผู้กระทำผิดแต่เพียงอย่างเดียว ไม่กระทำให้เห็นได้แน่ชัดว่า ผู้กระทำมีความประสงค์อย่างใดแน่ แต่ที่จะรู้ได้แน่นอนว่าผู้กระทำมีความประสงค์อย่างใดต้องอาศัยพิจารณาถึงเหตุผลอย่างอื่นประกอบด้วยซึ่งกฎหมายเป็นหลักฐานพอให้สันนิษฐานได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาอย่างไร” (สุขุม วินิจฉัย, 2458, หน้า 68-70)

5. สถาบันการเงินในประเทศไทย

ความหมายของสถาบันการเงิน (Financial Institutiona) เป็นองค์กรทางการเงินที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการอำนวยความสะดวกในเรื่องการเคลื่อนไหวของสถาบันการเงินเป็นผู้ที่ทำหน้าที่รับฝากเงิน การให้กู้ยืม การซื้อ-ขายหลักทรัพย์และการรวบรวมเงินออมจากผู้ออมไปยังผู้ลงทุน (ประจวบ เพิ่มสุวรรณ, 2543, หน้า 9)

สถาบันการเงิน หมายถึง สถาบันที่ทำธุรกิจในรูปของการให้กู้ยืมหรือเป็นสถาบันที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ให้กู้และผู้ขอกู้ โดยอาศัยเครื่องมือหรือตราสารทางการเงินและรับภาระเสี่ยงจากการให้กู้ยืมนั้นแทน ส่วนรายได้จากสถาบันการเงินมาจากความแตกต่างระหว่างอัตราดอกเบี้ยที่ได้รับจากผู้ขอกู้และอัตราดอกเบี้ยซึ่งต้องจ่ายให้แก่ผู้ให้กู้ (จรินทร์ เทศวานิช, 2542, หน้า 89)

ความหมายของสถาบันการเงิน เป็นองค์กรทางการเงินที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการอำนวยความสะดวก ในเรื่องการเคลื่อนไหวของสถาบันการเงินเป็นผู้ที่ทำหน้าที่รับฝากเงิน การให้

กู้ยืม การซื้อ-ขายหลักทรัพย์และการรวบรวมเงินออมจากผู้ออมไปยังผู้ลงทุน (ประจวบ เพิ่มสุวรรณ, 2543, หน้า 9)

สถาบันการเงิน หมายถึง สถาบันที่ทำธุรกิจในรูปของการให้กู้ยืมหรือเป็นสถาบันที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ให้กู้และผู้ขอกู้ โดยอาศัยเครื่องมือหรือตราสารทางการเงินและรับภาระเสี่ยงจากการให้กู้ยืมนั้นแทน ส่วนรายได้จากสถาบันการเงินมาจากความแตกต่างระหว่างอัตราดอกเบี้ยที่ได้รับจากผู้ขอกู้และอัตราดอกเบี้ยซึ่งต้องจ่ายให้แก่ผู้ให้กู้ (จรินทร์ เทศวานิช, 2542, หน้า 89)

สินเชื่อส่วนบุคคล หมายความว่า การให้กู้ยืมเงิน การรับซื้อ ซื้อลด หรือรับช่วงซื้อลดตั๋วเงินหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใดแก่บุคคลธรรมดา โดยมิได้ระบุวัตถุประสงค์หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ และไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจของตนเอง

สินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ หมายความว่า สินเชื่อส่วนบุคคลเฉพาะที่ไม่มีทรัพย์หรือทรัพย์สินเป็นหลักประกัน และเพื่อเป็นประโยชน์แห่งประกาศฉบับนี้ให้รวมถึงสินเชื่อที่เกิดจากการให้เช่าซื้อและการให้เช่าแบบลีสซิ่งในสินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจมิได้จำหน่ายเป็นทางการค้าปกติ ยกเว้นในสินค้าประเภทรถยนต์และรถจักรยานยนต์ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงสินเชื่อเพื่อการศึกษา สินเชื่อเพื่อการเดินทางไปทำงานในต่างประเทศ สินเชื่อเพื่อรักษาพยาบาล สินเชื่อเพื่อสวัสดิการพนักงานที่หน่วยงานต้นสังกัดได้มีการทำสัญญากับ ธนาคารพาณิชย์และสินเชื่อตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด ดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าบริการ ค่าธรรมเนียมใด ๆ และค่าใช้จ่ายตามที่ได้จ่ายไปจริง และพอสมควรแก่เหตุเกี่ยวกับสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ

สินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ เป็นสินเชื่อประเภทที่ปล่อยกู้โดยไม่ต้องมีหลักทรัพย์ค้ำประกัน เป็นที่รู้จักและเป็นที่นิยมใช้บริการกันอย่างแพร่หลายเมื่อประมาณเมื่อ 2 ปีที่ผ่านมา โดยสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศและธนาคารพาณิชย์ประเภทลูกครึ่งเป็นผู้บุกเบิกตลาด ซึ่งเป็นทางเลือกใหม่ของบุคคลที่ไม่สามารถกู้เงินจากธนาคารพาณิชย์ได้ จากนั้นสถาบันการเงินที่มิใช่ธนาคารหรือ สถาบันการเงินก็ได้เข้ามามีบทบาทและได้สร้างปัญหาในเรื่องดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบอื่นๆเป็นลำดับ หลังจากนั้นไม่นาน ธนาคารพาณิชย์ของไทยจึงได้เข้ามาดำเนินธุรกิจประเภท สินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ นี้ และมีอัตราการเติบโตอย่างรวดเร็วเนื่องจากมีลักษณะและเงื่อนไขของสินเชื่อที่สามารถตอบสนองความต้องการเงินสดฉุกเฉินของประชาชนหรือระดับลูกค้าได้ในทุกระดับ

สินเชื่อ (Credit) มีที่มาจากภาษาละตินว่า Credo แปลว่า I belive หรือ to trust คือความเชื่อถือและคำว่า Credo เองมาจากคำ 2 คำมารวมกันคือคำว่า Crad ในภาษาสันสกฤตแปลว่า trust

คือเชื่อถือ และคำว่า doในภาษาละตินแปลว่า to place คือการทำให้เกิดหรือการมอบ ดังนั้น คำว่า Credo หากพิจารณารากศัพท์ทั้ง 2 คำ จะแปลความหมายได้ว่าการทำให้เกิดความน่าเชื่อถือนั่นเอง (ภิเษก ชัยนิรันดร์, 2544, หน้า 11)

สินเชื่อ คือ ความไว้วางใจระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย ในการที่จะให้สินค้าหรือบริการไปใช้ก่อน โดยมีสัญญากำหนดเงื่อนไขและเงื่อนเวลาการชำระคืนในอนาคต (ดารณี พุทธวิบูลย์ ,2543, หน้า 2)

John Stuart Mill ให้ไว้ใน Political Economy ว่า “เครดิตเป็นการยอมให้ผู้อื่นใช้เงินทุน” จึงเป็นการยอมรับในทัศนะของผู้ให้เครดิต

Holdsworth กล่าวว่า “เครดิต เป็นความเชื่อมั่นของผู้เป็นเจ้าหนี้ อันมีต่อลูกหนี้ ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเต็มใจและความสามารถในการจ่ายชำระหนี้ได้” จึงเป็นการมองในทัศนะของผู้ให้เครดิต (สุนทรี สนทราพรพล, 2530, หน้า 3)

สินเชื่อมีส่วนประกอบ ที่สำคัญอยู่ 4 ประการ คือ

1. ความเชื่อ (Trust) จะแตกต่างกันไปตามความน่าเชื่อถือของผู้ขอสินเชื่อที่เกิดขึ้นจากการดำเนินชีวิตหรือการค้า เป็นกิจการงานเฉพาะตัวของผู้ขอสินเชื่อเอง เมื่อความน่าเชื่อถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้ขอสินเชื่อจึงไม่ได้ไปขอความน่าเชื่อถือดังกล่าวจากผู้ให้สินเชื่อ แต่เป็นการเสนอความน่าเชื่อถือของตนเองที่มีอยู่แก่ผู้ให้สินเชื่อ และเป็นหน้าที่ของผู้ให้สินเชื่อเองที่จะต้องดำเนินการประเมินว่า จะตีค่าความน่าเชื่อถือของผู้ขอสินเชื่ออย่างไร และตอบรับในการให้สินเชื่อหรือไม่ให้สินเชื่อ ซึ่งขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพของเครื่องมือที่ใช้ในการประเมินของตน

2. ความเสี่ยง (Risk) การให้คำมั่นว่าจะต้องชำระคืนเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้นผู้ให้สินเชื่อจะเกิดความเสี่ยง (Risk) กล่าวคือ ความเสี่ยงที่ผู้ให้สินเชื่อจะไม่ได้เงินชำระคืน เมื่อถึงเวลาที่กำหนดไว้ในอนาคต ความเสี่ยงของการให้กู้ เป็นค่าใช้จ่ายสำคัญประการหนึ่งที่เจ้าหนี้คิดรวมอยู่ในดอกเบี้ยคือ ค่าใช้จ่ายเพื่อชดเชยการที่เจ้าหนี้ต้องเสี่ยงต่อการที่ลูกหนี้จะบิดพลิ้วไม่ชำระหนี้ ตามปกติอัตราดอกเบี้ยย่อมแปรผันโดยตรงกับความเสี่ยง (Risk Default) กล่าวคือ การให้กู้นั้นถ้าหากมีความเสี่ยงสูงอัตราดอกเบี้ยย่อมสูงกว่าความเสี่ยงที่มีระดับต่ำกว่า เช่น เงินกู้จากสถาบันการเงินของรัฐจะมีอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าการกู้จากบริษัทเอกชน (วเรศ อุปปาติก, 2535, หน้า 137)

3. การแลกเปลี่ยนทางเศรษฐกิจ (Economic Exchange) ถือว่าสินเชื่อเป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยนทางเศรษฐกิจทำให้เกิดการไหลเวียนของเงินทุน เพื่อทำให้เกิดความสะดวกตั้งแต่ขบวนการผลิตไปจนถึงการบริโภค ดังนั้น จะมีเครื่องมือทางด้านสินเชื่อประเภทต่าง ๆ เกิดขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการแลกเปลี่ยนตั้งแต่ Bank Credit, Trade Credit, Comsumer Credit และ Investment Credit.

4. เวลาในอนาคต (Futurity) เป็นการกำหนดเวลาในการจ่ายเงินในอนาคตไว้โดยอาจตกลงกันในรูปของสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ได้

"การให้สินเชื่อ" หมายความว่า การให้กู้ยืมเงินหรือซื้อ ซื้อลด รับช่วงซื้อลดตั๋วเงิน เป็นเจ้าหนี้เนื่องจากได้จ่ายหรือสั่งให้จ่ายเพื่อประโยชน์ของผู้เคยค้า หรือเป็นเจ้าหนี้เนื่องจากได้จ่ายเงินตามภาระผูกพัน ตามเล็ตเตอร์ออฟเครดิตหรือภาระผูกพันอื่น

จากคำนิยามดังกล่าวการให้สินเชื่อ หมายถึง ให้กู้ยืมเงิน การกู้ยืมเงินเป็นการยืมใช้สิ้นเปลืองอย่างหนึ่งตาม ประมวลกฎหมายแพ่งแลพาณิชย์มาตรา 650 การกู้ยืมเงินจึงหมายถึง เป็นสัญญาซึ่งผู้ให้กู้ตกลงให้ผู้กู้ กู้ยืมเงินไปโดยโอนกรรมสิทธิ์ในเงินนั้นให้แก่ผู้กู้ และผู้กู้ตกลงจะชดใช้เงินที่มีมูลค่าเท่ากันคืนแก่ผู้ให้กู้ สำหรับค่าตอบแทนการให้กู้ยืมเงินหรือที่เรียกว่า "ดอกเบี้ย" นั้นไม่ใช่สาระสำคัญของการกู้ยืมเงิน คู่สัญญาอาจตกลงคิดดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้ แต่หากตกลงให้มีการคิดดอกเบี้ยต่อกันแล้วก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้อง (ทนงศักดิ์ ดุลยกาญจน์, 2541, หน้า 1)

กู้ยืมเงิน หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งมอบเงินจำนวนหนึ่งไม่ว่าจะเป็นของตนหรือไม่ให้บุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งขอไปใช้ชั่วระยะเวลาหนึ่งและสัญญาว่าจะใช้เงินจำนวนเดียวกันที่ยืมคืน และหากเป็นการกู้ยืมหมายถึง ใช้คืนพร้อมดอกเบี้ย (มหาชัย ศรีทองกลาง, 2543, หน้า 11-12)

เงินให้กู้ยืม (Loans) หมายถึง การที่ธนาคารให้ลูกค้ากู้ยืมเงินเป็นก้อนจำนวนหนึ่ง โดยมีกำหนดการชำระหนี้ที่แน่นอน ซึ่งอาจจะมีการชำระหนี้คืนกันเพียงครั้งเดียว เต็มจำนวน(Single payment)หรือผ่อนชำระเป็นงวด ๆ (Installment Basis) โดยธนาคารจะคิดดอกเบี้ยตามอัตราที่ตกลงกันแต่ต้องไม่เกินอัตราสูงสุดที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดไว้ (ประยูร จินดาประดิษฐ์,2525, หน้า 6)

การกู้ยืม แบ่งตามหลักประกัน แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. การกู้ยืมโดยมีประกัน (Secured Loans) คือการกู้โดยใช้หลักทรัพย์ต่าง ๆ มาประกันหรือใช้บุคคลมาค้ำประกันก็ได้

2. การกู้ยืมโดยไม่มีประกัน (Unsecured Loans) คือ การกู้เงินที่ไม่มีสิ่งของหรือหลักประกันอื่นใด ในกรณีนี้สถาบันการเงินจะต้องพิจารณาแล้วว่า ผู้กู้ต้องมีฐานะทางการเงินดีพอสมควร

6. ความหมายของดอกเบี้ย – เบี้ยปรับ

"ดอกเบี้ย" ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ให้ความหมายของคำว่า "ดอกเบี้ย" ไว้ว่า เป็นค่าตอบแทนที่บุคคลหนึ่งต้องใช้ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เพื่อการที่ได้ใช้เงิน

ของบุคคลนั้นหรือเพื่อทดแทนการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค, ออนไลน์, 2551)

"อัตราดอกเบี้ย" หมายความถึง ค่าป่วยการซึ่งเงินหรือผู้เอาของไปจำต้องใช้ให้แก่เจ้าของเงิน" (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน, 2517, หน้า 362)

ประวัติความเป็นมาของดอกเบี้ย

แต่เดิมโลกมีแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องดอกเบี้ยเหมือนกันหมด คือ ไม่นิยมเรียกดอกเบี้ยจากกัน ในคริสตกาล (Biblical Times) การเรียกดอกเบี้ยถือว่าเป็นสิ่งที่ไร้มโนธรรม

คำว่าดอกเบี้ยนี้ มาจากภาษาลาติน แปลว่า "ในระหว่าง" (in between) (มัลลิกา ลับไพรี, 2525, หน้า 1) ตามแนวความคิดของคนยุโรปครั้งดั้งเดิมเชื่อกันว่า เงินย่อมไม่เกิดเพิ่มเติมขึ้นได้ดังคำภาษิตดั้งเดิมที่ว่า "เงินทำลูกไม่ได้" (L'argent ne pas des petits) ดังนั้น ถ้ายืมเงินกันจึงถือว่าไม่มีอะไรจะคืนเพิ่มเติมอีกนอกจากต้นเงินที่ยืมไปเท่านั้น เมื่อเชื่อกันเช่นนี้จึงมีข้อห้ามเรียกดอกเบี้ย หากผู้ใดฝ่าฝืนขืนให้คนกู้ยืมเงินโดยเรียกดอกเบี้ยก็จะได้รับโทษข้อห้ามนี้ได้เริ่มใช้บังคับตั้งแต่สมัยพระเจ้าจักรพรรดิชาร์ลผู้ยิ่งใหญ่ (Charlemagne) ค.ศ.742 ถึง ค.ศ.814 แต่ต่อมาประชาชนไม่ยอมรับในข้อห้ามนี้โดยเฉพาะพวกยิวจนในที่สุดปี ค.ศ.1360 มีอันต้องคลี่คลายไปโดยได้มีกฎ Ordonnance Royale อนุญาตให้พวกยิวเรียกดอกเบี้ยได้ และต่อมาเมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศฝรั่งเศสในคริสต์ศตวรรษที่ 18 จึงได้มีกฎหมายประกาศใช้เป็นการทั่วไปให้เรียกดอกเบี้ยกันได้ โดยเปลี่ยนแนวความคิดเดิม กล่าวคือ เปลี่ยนจากแนวความคิดที่ว่า "เงินทำลูกไม่ได้" เป็น "เงินตราเป็นสินค้าอย่างหนึ่งเหมือนกัน" แต่ก็ปรากฏว่าเมื่อปล่อยให้เรียกดอกเบี้ยกันได้โดยเสรีก็มีผลร้ายอีก คือ ทำให้คนรวยมีโอกาสขูดรีดคนจนได้สะดวก ต่อมาหลายประเทศหันมาใช้แนวความคิดสายกลางคือ เช่น ในประเทศฝรั่งเศสในสมัยพระเจ้านโปเลียน เมื่อออกประมวลกฎหมายฝรั่งเศสให้คิดดอกเบี้ยโดยแบ่งคำนวณเป็น 2 ประเภทคือ ถ้าดอกเบี้ยในวงเงินการค้าให้คิดร้อยละหกต่อปี ถ้ามิใช่วงการค้าก็ให้คิดร้อยละห้าต่อปี นอกจากนั้นเพื่อให้กฎหมายในทางแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวมีความศักดิ์สิทธิยิ่งขึ้นจึงได้มีกฎหมายอาญากำหนดโทษไว้สำหรับผู้ที่เรียกดอกเบี้ยเกินอัตราด้วย (มาโนช สุทธิวาทนฤพุฒิ, 2532, หน้า 103) ตามหลักศาสนาอิสลาม ห้ามไม่ให้เรียกดอกเบี้ย โดยให้เหตุผลว่าอิสลามนั้นได้แบ่งบุคคลออกเป็นสองพวก พวกหนึ่งคือคนมั่งมีอีกพวกหนึ่งคือพวกยากจน แต่เรื่องดอกเบี้ยนั้นคนมั่งมีมีอยู่แล้วและทำการรีดนาไถนาบนหลังคนจน อิสลามต้องการอุ้มชูคนจนจึงป้องกันไม่ให้ผู้มีเงินมารีดไถคนยากจนที่ต้องมีชีวิตอยู่ด้วยลำบากอยู่แล้ว

การเรียกดอกเบี้ยตามกฎหมายไทย

ในสมัยสุโขทัย บุคคลทั่วไปยอมให้เรียกดอกเบี้ยกันได้ เรียกดอกเบี้ยไว้โดยยอมให้เรียกดอกเบี้ยทบต้นกันได้ด้วย แต่ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงไว้เพียงแต่ห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินจำนวนต้นเงินเท่านั้น ส่วนบุคคลชั้นปกครองไม่ให้เรียกดอกเบี้ยกันได้ ปรากฏในวรรณกรรมเรื่องไตรภูมิพระร่วงซึ่งพระยาลิไทยหรือพระมหาธรรมราชาที่ 1 (กษัตริย์องค์ที่ 6 แห่งราชวงศ์พระร่วง) ผู้ปกครองควรช่วยเหลือทุนทรัพย์แก่ประชาชนที่ยากไร้ในการทำมาค้าขาย โดยไม่คิดดอกเบี้ย: “อนึ่ง ไพร่ฟ้าข้าไทยทั้งหลายอันอยู่แว่นแคว้นแดนดินเมืองเราผิแลว่าเขาจะไปค้าขายกินก็ดี แลว่าเขาหาทุนมิได้ แลเขามาหาขอเราผู้เป็นนายเจ้า แลขอกู้เงินทองไปเป็นทุนค้าขายกิน ดังนั้น เราผู้เป็นท้าวพระญานี้ควรปลงเงินในท้องพระคลังนั้นให้แก่เขา แลว่าเขาเอาไปมากน้อยเท่าใดก็ดี ให้ตราเป็นบาญชีไว้แต่ต้น ๆ ปีไส้เราผู้เป็นไทยมิควรเอาเป็นดอกเป็นปลายแก่เขาเลยควรให้เรียกเอาแต่ทุนเก่านั้นแลคืนแลภาษีแลดอกเบี้ยนั้นอย่าได้เอาของเขาเลยฯ” (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2547, หน้า 75)

ในสมัยอยุธยา การกู้เงินในสมัยนี้เป็นการก่อความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในเชิงอำนาจของผู้มีพระคุณที่ให้กู้และผู้อยู่ใต้อำนาจ คือ ผู้กู้ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมากกว่าความสัมพันธ์ในลักษณะทรัพย์สิน จึงมีการส่งลูกไปใช้งานเรียกภาษาชาวบ้านว่าส่งลูกไปขัดดอก ศาสตราจารย์ ร.แลงกาต์ จึงได้วิเคราะห์สัญญากู้ในสมัยนั้นว่าเป็นความผูกพันที่รวมเอาตัวและกองทรัพย์สินไว้ภายใต้อำนาจเจ้าหนี้โดยตลอดไป เพื่อเจ้าหนี้อาจเรียกร้องให้ตอบแทนบุญคุณได้ทุกเมื่อ ศาสตราจารย์ ร.แลงกาต์ จึงเห็นว่าการกู้เงินในสมัยนั้นหมายถึง การกู้ชีวิต เพราะผู้กู้จะต้องสละอิสรภาพในร่างกายยอมอยู่ใต้อำนาจของเจ้าหนี้ ฐานะของผู้กู้นับว่าใกล้เคียงกับความเป็นทาส (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2547, หน้า 102) เมื่อมีกฎหมายตราสามดวงในลักษณะกู้หนี้ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงไว้ว่า ดอกเบี้ยเดือนแรกให้เป็นไปตามสัญญาไม่ว่าจะกำหนดกันไว้เท่าใด แต่เดือนต่อ ๆ ไปให้คิดร้อยละสามต่อเดือนหรือร้อยละสามสิบหกต่อปี ต่อมาจึงแก้ไขให้เรียกได้เพียงชั่งละบาทต่อเดือนหรือร้อยละสิบห้าต่อปีเท่ากับอัตราในปัจจุบัน และถ้าเป็นการกู้เงินกันตั้งแต่หนึ่งตำลึงขึ้นไปต้องมีหลักฐานหรือกรมธรรมแกงไดเป็นสำคัญมิฉะนั้นจะฟ้องร้องมิได้

ในสมัยรัตนโกสินทร์ รัชกาลที่ 4 ทรงออกประกาศยกเลิกประเพณีที่บิดามารดาหรือสามีขายบุตร ภรรยาลงเป็นทาสโดยเจ้าตัวไม่สมัครใจเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ มีพระราชบัญญัติเรื่องที่กระหนาบคาบเกี่ยวและการกู้หนี้ในระหว่างญาติห้ามมิให้เรียกดอกเบี้ยแก่กันในระหว่างญาติ จากกฎหมายฉบับหลังสุดก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ พระราชบัญญัติกู้เงินและยอมขายตัวให้เรียกดอกเบี้ยทบต้นได้เป็นรายปี

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายโบราณเหล่านี้ เป็นที่มาและได้กลายมาเป็นหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันโดยเฉพาะเรื่องการกู้ยืมและการคิดดอกเบี้ย (มัลลิกา ลับไพรี, 2525. หน้า 8)

ความหมายของดอกเบี้ย

ดอกเบี้ย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ แต่มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “ดอกเบี้ย” ไว้ดังนี้

“ดอกเบี้ย” เป็นดอกผลทางนิตินัยชนิดหนึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 บัญญัติว่า ดอกผลทั้งหลายของทรัพย์นั้นมีความหมายดังนี้

1. ดอกผลธรรมดา กล่าวคือ บรรดาสิ่งทั้งปวงซึ่งได้มาเพราะการใช้ของนั้นอันเกิดขึ้นโดยธรรมชาติของมัน ดังเช่นว่า ผลไม้ น้ำนม ขนและลูกของสัตว์เหล่านี้ ย่อมสามารถจะถือเอาได้เมื่อขาดตกออกจากสิ่งนั้น ๆ

2. ดอกผลนิตินัย กล่าวคือ ดอกเบี้ย กำไร ค่าเช่า ค่าปันผล หรือลาภอื่น ๆ ที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่เจ้าทรัพย์จากผู้อื่นเพื่อที่ใช้ทรัพย์นั้น ดอกผลเหล่านี้ย่อมคำนวณและถือเอาได้ตามรายวัน

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า ดอกเบี้ย เป็นดอกผลนิตินัยชนิดหนึ่ง

“ดอกเบี้ย” หมายความว่า ค่าตอบแทนที่ผู้ยืมให้แก่ผู้ให้ยืมในสัญญากู้ยืมเงิน (จิ๊ด เศรษฐบุตร, 2529, หน้า 71-72)

“ดอกเบี้ย” หมายความว่า ค่าตอบแทนที่ผู้กู้ยืมเงินให้แก่ผู้ให้ยืมแทนเพื่อตอบแทนที่ตนได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากเงินที่ยืมไปนั้น

“ดอกเบี้ย” หมายความว่า เป็นค่าป่วยการที่ผู้กู้จะต้องเสียแก่ผู้ให้กู้ หรือค่าตอบแทนกรณีหนี้เงินที่เจ้าหนี้เรียกจากลูกหนี้ในระหว่างลูกหนี้ผิดนัด (กมล สนธิเกษตริน, 2518, หน้า 39)

“ดอกเบี้ย” หมายความว่า จำนวนเงินที่ต้องจ่ายเป็นค่าตอบแทนจากการที่ใช้เงิน (ของบุคคลอื่น) หรือเครดิตจำนวนเงินที่ต้องจ่ายนี้ขึ้นอยู่กับ

- อัตราเปอร์เซ็นต์ที่จะคิด
- ระยะเวลาที่จะใช้ในการคำนวณ (วานิช พลูวังกาญจน์, 2530, หน้า 38)

“ดอกเบี้ย” สัญญากู้ยืมเงินเป็นนิติกรรมสองฝ่าย เกิดขึ้นด้วยการแสดงเจตนาตรงกันของคู่สัญญา ดังนั้น คู่สัญญาจะตกลงกันว่าจะคิดดอกเบี้ยต่อกันหรือไม่ก็ได้ ถ้าตกลงว่าจะคิดดอกเบี้ยอัตราดอกเบี้ยที่ตกลงรวมทั้งวิธีการคิดดอกเบี้ยทบต้นต้องไม่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 654 และมาตรา 265 ข้อตกลงนั้นจึงจะใช้บังคับได้ ผู้กู้มีหน้าที่ต้องเสียดอกเบี้ยตามที่ตกลงไว้ (ปัญญา ถนอมรอด, 2550, หน้า 269)

จากคำนิยามดอกเบี้ยดังกล่าว ดอกเบี้ยนั้นเป็นดอกผลนิตินัยอย่างหนึ่งที่ผู้ให้กู้ยืมเงินได้รับจากผู้ยืมเป็นการตอบแทน เนื่องจากการที่ผู้ยืมได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากเงินที่ยืมไป โดยกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าดอกเบี้ยจะต้องเป็นเงินตราอย่างเดียว อาจจะมีการให้ค่าตอบแทนด้วยทรัพย์สินอย่างอื่นแทนเงินตราก็ได้ ถ้าเป็นการชำระดอกเบี้ยด้วยทรัพย์สินอื่นนอกจากเงินก็ต้องคิดคำนวณตามราคาทรัพย์นั้นในท้องตลาดในเวลาและสถานที่ส่งมอบ แต่ถ้าเป็นการยืมอย่างอื่นที่มิใช่การกู้ยืมเงินแม้จะมีข้อตกลงให้ค่าตอบแทนกันก็ไม่เรียกว่าเป็นดอกเบี้ย จะนำหลักเกณฑ์เรื่องดอกเบี้ยมาใช้ไม่ได้ เช่น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1050/2512 การยืมข้าวเปลือกซึ่งตกลงให้ดอกเบี้ยเป็นข้าวเปลือกในอัตรา 1 ถังต่อข้าวเปลือกที่ยืม 2 ถังนั้นไม่ใช่ดอกเบี้ยตามความหมายของกฎหมาย เพราะผลประโยชน์ที่เรียกเป็นดอกเบี้ยจะเกิดขึ้นได้จากหนี้เงินเท่านั้น เมื่อตกลงจะให้ผลประโยชน์ตอบแทนในการยืมข้าวเปลือกกันไว้อย่างไรผู้ยืมก็ต้องชำระให้ตามข้อตกลงนั้น แม้คำนวณแล้วผลประโยชน์ตอบแทนสูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปีก็หาใช่การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา

ข้อควรพิจารณาในเรื่องดอกเบี้ยคือ

ดอกเบี้ยที่กำหนดโดยกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติที่กำหนดอัตราดอกเบี้ยมาใช้ในเรื่องกู้ยืมได้ 2 มาตรา คือ มาตรา 7 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและดอกเบี้ยนั้นมิได้กำหนดอัตราไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมายอันใดอันหนึ่งชัดแจ้งไซร้ ท่านให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี”

มาตรา 224 บัญญัติว่า หนี้เงินนั้นท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจจะเรียกดอกเบี้ยได้สูงนั้น โดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมายก็ให้คงส่งดอกเบี้ยไปตามนั้น

ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัด การพิสูจน์ค่าเสียหายอย่างอื่นนอกกว่านั้นท่านอนุญาตให้พิสูจน์ได้

การจะนำมาตรา 7 มาปรับใช้ต้องเป็นเรื่องคู่สัญญาตกลงกันว่า การยืมครั้งนั้นจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันแต่ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้อย่างชัดแจ้ง กฎหมายจึงกำหนดให้เสียดอกเบี้ยให้แก่เจ้าหนี้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี

ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันว่าไม่ต้องเสียดอกเบี้ยแก่กัน ก็ต้องเป็นไปตามข้อตกลงคือไม่ต้องเสียดอกเบี้ย แต่เมื่อไรที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ลูกหนี้ต้องเสียดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันผิดนัดตามมาตรา 224 วรรคหนึ่ง (ปัญญา ถนอมรอด, 2550, หน้า 269)

ดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 บัญญัติว่า “ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี”

ผลของกฎหมายมาตรานี้ก็คือ ถ้าคู่สัญญาตกลงกันว่าการกู้ยืมเงินคิดดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี กฎหมายถือว่าลดลงมาเป็นดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี แต่หลังจากประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2474 แล้ว ต่อมาในปี พ.ศ.2475 มีพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 ประกาศใช้บังคับ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า บุคคลใดให้บุคคลอื่นยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้มีความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ต้องระวางโทษ ดังนั้นการที่บุคคลทั่วไปให้ยืมเงินโดยตกลงคิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี ข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กำหนดว่าเป็นความผิดและมีโทษอาญา จึงเป็นโมฆะทั้งหมด ไม่ใช่เป็นโมฆะเฉพาะดอกเบี้ยส่วนที่เกินร้อยละ 15 ต่อปี แต่กฎหมายมาตรานี้ใช้เฉพาะยืมเงินตราเท่านั้นและเป็นโมฆะเฉพาะดอกเบี้ยเท่านั้น ต้นเงินหาเป็นโมฆะไม่ ผู้ให้กู้ฟ้องเรียกต้นเงินคืนได้

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 ซึ่งบัญญัติโทษสำหรับการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด “ให้บุคคลอื่นยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือ นอกจากดอกเบี้ยยังบังอาจกำหนดจะเอาหรือรับเอา ซึ่งกำไรอื่นเป็นเงินหรือสิ่งของอื่นๆ มากเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืม ท่านว่าบุคคลนั้นมีความผิดต้องระวางโทษ

คำว่า “ดอกเบี้ยตามกฎหมาย” (Legal interest) หมายถึง อัตราดอกเบี้ยที่กำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งถือว่ามีอยู่ในสัญญาระหว่างคู่กรณีที่ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ กล่าวคือคู่กรณีตกลงจะให้ดอกเบี้ยแก่กันแต่ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ก็จะต้องใช้อัตราดอกเบี้ยตามกฎหมาย

ส่วนคำว่า “ดอกเบี้ยที่ชอบด้วยกฎหมาย” (Lawful interest) หมายถึง อัตราดอกเบี้ยขั้นสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ที่คู่กรณีจะตกลงเรียกร้องกันได้ หรืออัตราดอกเบี้ยที่คู่กรณีเป็นผู้กำหนดซึ่งต้องไม่เกินอัตราขั้นสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ (มัลลิกา ลับไพรี, 2525, หน้า 29-30)

“ดอกเบี้ย” หมายถึงสิ่งที่ปกติให้ตอบแทนการได้ใช้เงิน หากผู้ได้เงินไปใช้เป็นผู้กู้ ผู้ให้กู้ยืมก็จะได้ดอกเบี้ย โดยปกติคู่สัญญากู้ยืมจะตกลงกำหนดอัตราดอกเบี้ยกันเท่าใดก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่จะกำหนดเกินกรอบที่กฎหมายกำหนดคือร้อยละสิบห้าต่อปีในกรณีปกติไม่ได้ มีหลักเกณฑ์ของกฎหมายดังนี้

ผลของกฎหมายมาตรานี้ก็คือ

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 เป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดเรื่องดอกเบี้ย ถ้าคู่สัญญาตกลงกันว่าการกู้ยืมเงินคิดดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี กฎหมายกำหนดให้

ลดลงมาเป็นดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี แต่เมื่อ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 ประกาศใช้บังคับ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า บุคคลใดให้บุคคลอื่นยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้มีความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ต้องระวางโทษ ดังนั้นการที่บุคคลทั่วไปให้ยืมเงินโดยตกลงคิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี ข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กำหนดว่าเป็นความผิดและมีโทษอาญาจึงเป็นโมฆะทั้งหมด ไม่ใช่เป็นโมฆะเฉพาะดอกเบี้ยส่วนที่เกินร้อยละ 15 ต่อปี แต่เป็นโมฆะเฉพาะดอกเบี้ยเท่านั้น ต้นเงินหาเป็นโมฆะไม่ ผู้ให้กู้ฟ้องเรียกต้นเงินคืนได้

2. พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 ซึ่งบัญญัติโทษสำหรับการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด “ให้บุคคลอื่นยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือ นอกจากดอกเบี้ยยังบังอาจกำหนดจะเอาหรือรับเอา ซึ่งกำไรอื่นเป็นเงินหรือสิ่งของอื่นๆ มากเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืม ท่านว่าบุคคลนั้นมีความผิดต้องระวางโทษให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปีให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปีก็ตาม ซึ่งหมายความว่าหากมีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้เกินร้อยละสิบห้าต่อปี ผู้กู้ยังคงต้องชำระดอกเบี้ยเงินกู้อยู่แต่ในอัตราที่อยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดคือร้อยละสิบห้าต่อปี

3. พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 ออกโดยอำนาจของกระทรวงการคลังและประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดดอกเบี้ยที่ออกให้ประชาชนกู้ยืมแม้จะเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีถือว่าบังคับใช้ได้ ถือเป็นข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ต้องไม่เกินกว่าอัตราสูงสุดตามประกาศของกระทรวงการคลังและประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย และต้องพิจารณาถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศบังคับใช้ขึ้นใหม่

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พุทธศักราช 2475 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในเรื่อง การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด หรือที่เรียกว่า เงินกู้นอกระบบ ซึ่งถือเป็นกฎหมายพิเศษและเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเนื่องจากมุ่งคุ้มครองผู้กู้ซึ่งอ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ โดยบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด โดยกำหนดบทลงโทษทางอาญา ผลก็คือเมื่อมีกฎหมายพิเศษกำหนดไว้ในเรื่องเดียวกันกับเรื่องดอกเบี้ยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 โดยหลักกฎหมายแล้ว จึงต้องปรับผลตาม พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พุทธศักราช 2475 จะไม่ปรับใช้ผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ดังนั้น เมื่อมีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี ข้อสัญญาในส่วนของดอกเบี้ยก็จะตกเป็นโมฆะไป เพราะเป็นการตกลงที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติ

ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและเป็นโมฆะแยกส่วน คือ โมฆะเฉพาะส่วนดอกเบี้ยที่เรียกเกินกว่ากฎหมายกำหนด ผู้ให้กู้จึงไม่สามารถเรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืมนั้นได้เลย มิใช่เรียกในอัตราร้อยละสิบห้าต่อปีตามมาตรา 654 หรือเรียกได้ในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7

สำหรับกรณีที่ต้องเสียดอกเบี้ยให้แก่กันแต่มิได้มีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ในนิติกรรมหรือกฎหมายโดยชัดแจ้งผู้ต้องเสียดอกเบี้ยก็ต้องเสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ตามมาตรา 7 เช่น กรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแล้ว คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องคืนเงินต้องให้ดอกเบี้ย ซึ่งหากมิได้ตกลงกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้เป็นประการอื่นอัตราดอกเบี้ยที่ต้องให้คือร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีตามกฎหมาย

ส่วนกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระเงิน มาตรา 224 กำหนดให้คิดดอกเบี้ยระหว่างผิดนัดคือร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี แต่ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้นโดยมีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายก็ให้เรียกต่อไปได้ แต่จะคิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ย (ดอกเบี้ยทบต้น) ระหว่างผิดนัดไม่ได้

อย่างไรก็ดีในปัจจุบันโดยเฉพาะสถาบันการเงินและธนาคารพาณิชย์ได้กำหนดให้ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ต้องชำระดอกเบี้ยอัตราดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นจากอัตราดอกเบี้ยปกติที่ต้องชำระอยู่ อัตราดอกเบี้ยที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้าให้ต้องชำระเพิ่มขึ้นเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ก็คือเบี้ยปรับ ซึ่งหากสูงเกินส่วน ศาลอาจใช้ดุลยพินิจปรับลดลงได้ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องเบี้ยปรับ (ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 2549, หน้า 62-63)

“อัตราดอกเบี้ย” คือราคาของเงินที่กู้ยืม(Price of Borrowed Money) หรือเงินที่ผู้ขอกู้ยืม (Borrowers)จะต้องจ่ายให้กับผู้ให้กู้ (Lenders) เป็นจำนวนส่วนที่เกินหรือมากกว่า(Premium) จำนวนของเงินต้นที่ขอกู้ยืมมาในระยะเวลาที่กำหนด” (ศุภฤกษ์ ศรีเนตร, 2535, หน้า 81)

จากคำนิยามเห็นว่า อัตราดอกเบี้ยคือส่วนต่างระหว่างเงินที่กู้ยืมมากับจำนวนเงินที่ต้องจ่ายกลับคืนไป เมื่อถึงระยะเวลาที่กำหนดโดยจะแสดงออกมาในรูปของสัดส่วนกับจำนวนเงินที่กู้ยืมมา

อัตราดอกเบี้ยนี้ไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นต่ำเอาไว้แต่ได้มีการกำหนดอัตราขั้นสูงไว้คือ “ห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 654 ส่วนพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 มาตรา 4 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจกำหนดให้สถาบันการเงินสามารถคิดอัตราดอกเบี้ยจากผู้กู้สูงกว่าร้อยละสิบห้าต่อปีตามมาตรา 654 ได้ ซึ่งในปัจจุบันรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้ออกประกาศกระทรวงการคลัง เรื่องการกำหนดสถาบันการเงินและการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจเรียกได้จากผู้ยืม โดยสถาบันการเงินสามารถกำหนดอัตราดอกเบี้ยได้เอง อาศัยอำนาจตาม

พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 6 และการธนาคารแห่งประเทศไทยได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์มาตรา 14 และตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 มาตรา 30 ประกาศเรื่องดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่ธนาคารพาณิชย์และบริษัทเงินทุนอาจเรียกเก็บได้

การคิดอัตราดอกเบี้ยการกู้ยืมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น จำนวนเงินที่กู้ยืม ระยะเวลาหรือกำหนดในการชำระคืน หลักประกันในการกู้ยืม รวมถึงอัตราความเสี่ยงอื่น ๆ ที่จะเกิดขึ้นหากผู้กู้ผิดนัดผิดสัญญา

ความเสี่ยงของการให้กู้ เป็นค่าใช้จ่ายสำคัญประการหนึ่งที่เจ้าหนี้คิดรวมอยู่ในดอกเบี้ยคือค่าใช้จ่ายเพื่อชดเชยการที่เจ้าหนี้ต้องเสี่ยงต่อการที่ลูกหนี้จะบิดพลิ้วไม่ชำระหนี้ ตามปกติอัตราดอกเบี้ยย่อมแปรผันโดยตรงกับความเสี่ยง กล่าวคือ การให้กู้นั้นถ้าหากมีความเสี่ยงสูงอัตราดอกเบี้ยย่อมสูงกว่าความเสี่ยงที่มีระดับต่ำกว่า เช่น เงินกู้จากสถาบันการเงินของรัฐจะมีอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าการกู้จากบริษัทเอกชน (วเรศ อุปปาติก, 2535, หน้า 137)

วิธีการคิดอัตราดอกเบี้ยก็อาจจะมีผลถึงจำนวนดอกเบี้ยที่ผู้กู้จ่ายจริงเป็นอย่างมาก หากการคิดอัตราดอกเบี้ยแบบตายตัว ไม่ลดต้นลดดอก อัตราที่แท้จริงแล้วการให้สินเชื่อส่วนบุคคลของสถาบันการเงินอาจจะสูงมากสถาบันการเงินหรือ บางบริษัท มีการคิดค่าปรับล่าช้า ค่าติดตามทวงถาม ค่าธรรมเนียมการใช้วงเงิน ค่าธรรมเนียมการเบิกเงินสดรวมค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ซึ่งมีได้หลายกรณีเรียกผลตอบแทนที่ผู้กู้ได้ชำระให้แก่ผู้ให้กู้นั้นมีมากมายหลายชื่อ แต่เมื่อคำนวณแล้วจะเกินกว่าร้อยละ 15 ซึ่งก็คือรูปแบบหนึ่งของเงินกู้นอกระบบ นั่นเอง ในปัจจุบันมีการฟ้องร้องและรอการพิจารณาคดีในเรื่องที่เกี่ยวกับเงินกู้นอกระบบต่อศาลอยู่เป็นจำนวนมาก

ดอกเบี้ย-เบี้ยปรับ ดอกเบี้ยเป็นดอกผลนิตินัยอย่างหนึ่งของเงินที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือเกิดจากข้อสัญญา เช่น ดอกเบี้ยเงินฝาก ดอกเบี้ยเงินกู้ ดอกเบี้ยผิดนัดในหนี้เงิน เป็นต้น เนื่องจากดอกเบี้ยไม่ใช่ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ดอกเบี้ยจึงเกิดขึ้นได้แม้ลูกหนี้ไม่ได้ผิดสัญญา และเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงกันให้คิดดอกเบี้ยกันไว้อัตราใดซึ่งไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้วศาลไม่มีอำนาจไปลดอัตราดอกเบี้ยนั้นลงได้

เบี้ยปรับจึงต่างกับดอกเบี้ย แต่ในการคำนวณค่าเสียหายกันไว้ล่วงหน้าในสัญญานั้นคู่สัญญามักจะใช้คำว่า ดอกเบี้ย แทนที่จะใช้คำว่า เบี้ยปรับ จึงทำให้เกิดความสับสนขึ้นระหว่างความหมายของคำว่า ดอกเบี้ย กับเบี้ยปรับ

หลักประกันเงินกู้ยืม ในการทำสัญญากู้ยืมเงิน นั้นผู้กู้อาจจะมีหรือไม่มีหลักประกันการทำนิติกรรมสัญญากู้ยืมเงินกันก็ได้แล้ว แต่ข้อตกลงของคู่สัญญาหรือความต้องการของผู้ให้กู้เพราะหลักประกันไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญากู้ แต่เป็นสิ่งที่เป็นความมั่นใจผู้ให้กู้ว่าผู้กู้สามารถ

ชำระหนี้ได้หรืออย่างน้อยก็ทำให้ผู้ให้กู้สบายใจได้ว่า ผู้กู้มีทรัพย์สินที่พอจะชำระหนี้ที่กู้นี้ได้ โดยทั่วไปเงินกู้ยืมที่มีหลักประกัน เช่น การนำเอาที่ดินไปค้ำประกัน หรือการนำทรัพย์สินไปค้ำประกัน เช่น การจำนำ จะมีอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าการกู้ยืมที่ไม่มีหลักทรัพย์ค้ำประกัน เช่น บัตรเครดิต สาเหตุเพราะเงินกู้ที่มีหลักทรัพย์ค้ำประกันนั้นเป็นการทำให้ผู้ให้กู้อุ่นใจว่า หากคุณไม่ยอมจ่ายหนี้ตามข้อตกลง ผู้ให้กู้สามารถยึดเอาทรัพย์สินนั้นเพื่อชำระหนี้หากไม่ทั้งหมดก็เป็นบางส่วน

ระยะเวลา คือ ช่วงระยะเวลาในการกู้ยืมเงินหรือระยะเวลาที่ผู้กู้ต้องชำระเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยจนหมด แต่การกู้ยืมในบางกรณีไม่มีระยะเวลา เช่น บัตรเครดิต ลูกหนี้จะต้องจ่ายดอกเบี้ยตราบเท่าที่ลูกหนี้ยังเป็นหนี้อยู่ ในกรณีที่ลูกหนี้ชำระเงินขั้นต่ำทุกงวด การกู้ยืมบางประเภท เช่น บัตรชำระสินค้าเงินผ่อน ยิ่งระยะเวลาในการผ่อนนานขึ้นอัตราดอกเบี้ยก็อาจจะสูงขึ้น ซึ่งก็แล้วแต่แนวโน้มดอกเบี้ยในอนาคตว่าจะสูงขึ้นหรือไม่ แต่อาจจะไม่ต่างกันมากเพราะอัตราดอกเบี้ยปกติก็สูงอยู่แล้ว

เบี้ยปรับ คือ ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายซึ่งคู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะกำหนดเป็นเงินจำนวนหนึ่ง กำหนดเป็นวิธีคิด เช่น การคำนวณเป็นอัตราดอกเบี้ย เบี้ยปรับอาจกำหนดชำระเป็นอย่างอื่นที่ไม่ใช่เงินก็ได้ ที่สำคัญจะเป็นเบี้ยปรับได้ต้องกำหนดไว้สำหรับการไม่ชำระหนี้เลย หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร หากมิได้กำหนดเพื่อการนี้ ย่อมไม่อาจเรียกว่าเป็นเบี้ยปรับได้ ซึ่งเบี้ยปรับที่เป็นเงินนั้นอาจได้มีการส่งมอบแล้ว ในขณะที่ทำนิติกรรม หรืออาจจะยังไม่มีการส่งมอบก็ โดยลูกหนี้ให้สัญญาว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร ให้เจ้าหนี้ริบหรือเรียกเอาเบี้ยปรับนั้นได้ กรณีการชำระหนี้เป็นการงดเว้นการอันใดอันหนึ่ง เมื่อลูกหนี้ฝ่าฝืนกระทำเมื่อใด เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิริบเบี้ยปรับได้นับแต่นั้น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 379 ตอนท้าย ในการทำสัญญากันนั้น กฎหมายมิได้บังคับว่าคู่สัญญาจะต้องกำหนดเบี้ยปรับไว้ ดังนั้น คู่สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องตกลงกันกำหนดเบี้ยปรับ ถ้าประสงค์จะให้มีเบี้ยปรับก็ต้องตกลงกำหนดไว้ในสัญญาอันก่อหนี้นั้น หรืออาจทำสัญญาเพิ่มเติมเฉพาะเบี้ยปรับอีกส่วนหนึ่ง ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ให้มีเบี้ยปรับ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร ก็ต้องบังคับไปตามบทบัญญัติว่าด้วยผลแห่งหนี้อันเป็นหลักทั่วไป ข้อตกลงเกี่ยวกับเบี้ยปรับจัดอยู่ในประเภทสัญญาอุปกรณ์ ซึ่งนอกจากจะต้องสมบูรณ์ตามหลักความสมบูรณ์ของตัวเองแล้ว ยังขึ้นแก่ความสมบูรณ์ของสัญญาประธานอันตนเป็นอุปกรณ์นั้นด้วย แต่คู่สัญญาจะต้องตกลงกันกำหนดเบี้ยปรับไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะมีการไม่ชำระหนี้ โดยอาจตกลงกำหนดไว้ในสัญญาประธานอันก่อนหนี้ หรือโดยทำสัญญาเพิ่มเติมอีกส่วนหนึ่งต่างหากก็ได้ ข้อตกลงเกี่ยวกับเบี้ยปรับเป็นสัญญาอุปกรณ์ไม่ว่าจะรวมอยู่ในสัญญาประธาน หรือแยกกำหนดไว้ในสัญญาอีกส่วนหนึ่งต่างหาก ถ้าไม่มีสัญญาประธานข้อตกลงเกี่ยวกับเบี้ยปรับอันเป็นสัญญาอุปกรณ์ก็ย่อมมีไม่ได้ ดังนั้น ถ้าสัญญาประธานไม่

สมบูรณ์เพราะเหตุหนึ่งเหตุใด เช่น เป็นโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรมซึ่งถูกบอกล้างตกเป็นโมฆะ สัญญาอุปกรณ์ก็ย่อมจะไม่สมบูรณ์ตามไปด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 384 ทั้งนี้ไม่ว่าคู่กรณีจะรู้หรือไม่รู้ถึงความสมบูรณ์ของสัญญาประธานนั้น

"เบี้ยปรับ" ไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 224 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ห้ามเรียกเก็บดอกเบี้ยเงินกู้เกินร้อยละ 7.5 ต่อปี ดังนั้น คู่สัญญาจะกำหนดเบี้ยปรับเท่าไรก็ได้ แต่ศาลก็อาจพิจารณาลดหย่อนได้ตามสมควรหากเบี้ยปรับนั้นสูงเกินไป (มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค, ออนไลน์, 2551) “เบี้ยปรับต่างกับดอกเบี้ย” หลาย ๆ ท่านที่เป็นหนี้เงินกู้ของสถาบันการเงินอาจจะสงสัยว่าในใบเรียกให้ชำระหนี้ของสถาบันการเงิน โดยเฉพาะ บัตรเครดิต บัตรสินเชื่อ บัตรเงินผ่อน จำพวกบัตรต่าง ๆ นั้น นอกจากดอกเบี้ยแล้วยังมีเบี้ยปรับ ค่าธรรมเนียมการใช้วงเงินอีกด้วย ซึ่งในเรื่องเบี้ยปรับกับดอกเบี้ยนี้มีข้อพิพาทกันอยู่ โดยศาลมักจะวินิจฉัยว่า ดอกเบี้ยเงินกู้เป็นเบี้ยปรับ โดยศาลใช้ดุลพินิจลดดอกเบี้ยเงินกู้ที่สัญญาได้ตกลงกันไว้ตามที่ศาลเห็นสมควร คำพิพากษาฎีกาที่ 100/ 2541 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

เบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ซึ่งคู่สัญญากำหนดกันไว้ล่วงหน้า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสมควร จะเรียกค่าเสียหายนี้ว่า เป็นเบี้ยปรับ ดอกเบี้ย หรืออย่างอื่นก็ได้ แต่หากมีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าให้เจ้าหนี้รับหรือเรียกเอาได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสมควรแล้วย่อมเป็นเบี้ยปรับทั้งสิ้น เมื่อตามสัญญากู้ยืมเงินกำหนดไว้ว่า หากจำเลยผิดสัญญายอมให้โจทก์เรียกชำระหนี้ทั้งหมดและคิดดอกเบี้ยจากต้นเงินที่ค้างชำระในอัตราร้อยละ 19 ต่อปี นับแต่วันผิดสัญญาเป็นต้นไป จนกว่าจะชำระหนี้ครบถ้วนเพิ่มขึ้นจากเดิม ซึ่งคิดดอกเบี้ยกันร้อยละ 11 ต่อปี ดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นจากอัตราที่กำหนดไว้จึงเป็นเบี้ยปรับ หากสูงเกินกว่าศาลลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383

การที่ศาลมักจะวินิจฉัยว่าดอกเบี้ยเงินกู้เป็นเบี้ยปรับ และใช้ดุลพินิจลดลงตามที่ศาลเห็นสมควรนั้น น่าจะเป็นเพราะที่ศาลวินิจฉัยว่าดอกเบี้ยเงินกู้เป็นเบี้ยปรับนั้น หมายถึงเฉพาะดอกเบี้ยเงินกู้ในส่วนที่ลูกหนี้ผิดนัดเท่านั้น หาใช่ดอกเบี้ยเงินกู้อัตราปกติไม่ และเมื่อเป็นเบี้ยปรับเฉพาะส่วนที่เป็นอัตราดอกเบี้ยผิดนัด หากศาลเห็นว่าเบี้ยปรับดังกล่าวนี้สูงเกินส่วน ศาลก็มีอำนาจลดได้เฉพาะส่วนที่เป็นอัตราดอกเบี้ยผิดนัดเท่านั้น ศาลจะใช้อำนาจลดให้ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ตามปกติที่คู่สัญญาเขาตกลงกันไว้ไม่ได้ เบี้ยปรับเป็นการจำกัดความรับผิดของลูกหนี้ โดยคู่สัญญาตกลงกันกำหนดไว้ในสัญญาให้เจ้าหนี้มีสิทธิเพียงริบเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหาย ไม่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้เพิ่มขึ้นอีก

7. ทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

อาดัม สมิธ (Adam Smith) นักปรัชญาได้กล่าวเอาไว้ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างไรก็ได้ ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด จนกลายเป็นเป็นทฤษฎีและหลักเกณฑ์ที่ยอมรับของนักปรัชญาในสมัยศตวรรษที่ 18 แนวความคิดนี้ยอมรับว่าบุคคลมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา รัฐจะเข้าไปแทรกแซงการแสดงเจตนาของไม่ได้กฎหมายยอมบังคับให้ตามเจตนานั้น นักปรัชญากฎหมายในสมัยที่ศตวรรษที่ 18 นี้ต้องการให้เสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลถูกจำกัดลงน้อยที่สุด โดยเห็นว่าเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลนี้ควรจะถูกจำกัดโดยความสมัครใจของบุคคล จากแนวความคิดนี้นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิแห่งการแสดงเจตนา

8. หลักความศักดิ์สิทธิแห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of Will)

จากทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาที่ให้การยอมรับกันทำให้ยึดถือกันว่ารัฐจะออกกฎหมายไปบังคับหรือเปลี่ยนแปลงหรือไปยกเลิกการทำสัญญาของเอกชนไม่ได้การแสดงเจตนาทำสัญญาที่เกิดจากหลักเสรีภาพของบุคคลมีความศักดิ์สิทธิ์ สัญญาถูกบังคับไปตามเจตนาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ สัญญาดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ ต้องปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้โดยลำพัง รัฐจะยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องก็แต่เฉพาะในกรณีที่เห็นสมควรหรือจำเป็นเท่านั้น (ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 2549, หน้า 32)

กรณี "เงินกู้นอกระบบ" อาจถือได้ว่าเจ้าหนี้เงินกู้มีอัตราความเสี่ยงสูงที่อาจจะไม่ได้รับชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ครบถ้วนเพราะการกู้นอกระบบไม่มีหลักประกันอะไรว่าลูกหนี้สามารถชำระหนี้คืนได้ครบถ้วนตามที่ตกลงกันไว้และการที่สถาบันการเงินประเภท Non Banks สามารถที่จะคิดดอกเบี้ยได้ถึงร้อยละ 28 ตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยนั้น ทั้งที่ธนาคารหรือสถาบันการเงินมีหลักประกันการกู้ แต่การกู้ยืมเงินของบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นคนคุ้นเคยในชุมชนมีความสนิทสนมกัน แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับให้คิดดอกเบี้ยได้ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปีเท่านั้น ดังนั้น การที่กฎหมายบังคับใช้ในเรื่องนี้จึงไม่น่าจะเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้และไม่ตรงตามหลักของการแสดงเจตนาอีกด้วย กรณีเงินกู้นอกระบบ ลูกหนี้ไม่สามารถขอกู้เงินจากสถาบันการเงินใดได้ แต่มีความจำเป็นในการใช้เงินลูกหนี้มีเจตนาที่จะเข้าทำนิติกรรมสัญญากับเจ้าหนี้และยอมรับเงื่อนไขตามที่ผู้ให้กู้เสนอ เพื่อชดเชยในการที่ผู้กู้ไม่มีหลักทรัพย์ค้ำประกันการกู้สัญญานี้ถือว่าเป็นนิติกรรมสัญญาที่ชอบโดยกฎหมายและมีคุณธรรมดีแล้ว การตีความสัญญาในเรื่องของการแสดงเจตนา เมื่อข้อความสัญญาชัดแจ้งอยู่แล้วก็ไม่ต้องมีการตีความ (ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, 2548, หน้า 525) จากกรณีดังกล่าวข้างต้นปัญหาที่น่าคิดก็คือตัวบทกฎหมายที่รัฐใช้บังคับอยู่ในขณะนี้นั้นแหละเป็นกฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ไม่ใช่บุคคลกระทำความผิดแต่อย่างใด ตามหลักของทฤษฎีนี้ คู่สัญญาจะตกลงก่อหนี้กันอย่างไรก็ได้ หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในเรื่องของนิติกรรมและสัญญานั้น มีหลักกฎหมายในเรื่องเดียวกัน คือ หลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมที่เรียกว่า หลักอิสระในทางแพ่ง หรือ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of the will) แต่ในทางสัญญามีหลักกฎหมายอันหนึ่งเรียกว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (The Autonomy of Will) เป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนี้ว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิการที่กล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์ไม่ได้หมายความเพียงว่า เจตนามีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า ที่ใดไม่มีเจตนาที่นั้นก็ไม่มีสิทธิด้วย บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญา และเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญาตลอดจนปัญหาการตีความสัญญา (ดาราพร ถิระวัฒน์, 2546, หน้า 12) กรณีเงินกู้นอกระบบ เมื่อลูกหนี้ให้ความตกลงยินยอมทำสัญญากู้ต่อกันแล้ว ย่อมบังคับตามสัญญาที่ทำไว้ต่อกันได้

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาก็มีที่มาจากการนำกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการร่างกฎหมาย และได้รับแนวความคิดในเรื่องของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาด้วย นับตั้งแต่กลางคริสต์ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา มีการเปลี่ยนแปลงต่อรูปแบบของการทำสัญญาโดยเฉพาะสัญญากู้ยืม ประเทศไทยนำหลักกฎหมายที่ใช้มาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาซึ่งเป็นกฎหมายที่โบราณและมาใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน ไม่ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขสาระสำคัญอะไรเลย แต่สภาพความเป็นอยู่ของบุคคลในสมัยปัจจุบันมีความแตกต่างจากสภาพที่เคยเป็นอยู่ในขณะที่มีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับสัญญาตอนต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งเห็นได้ชัดในประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน สัญญาในปัจจุบันมิได้เป็นภาพสะท้อนของเจตนาที่อิสระเสรีของบุคคล แต่สัญญาปัจจุบันถูกพัฒนาแตกต่างไปจากเดิมมาก ทั้งรูปแบบของสัญญาทั้งเนื้อหาที่กำหนดในสัญญา สัญญาในปัจจุบันจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) หรือสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) การกำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแต่เพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญา เช่น การกู้เงินจากสถาบันการเงินหรือธนาคารพาณิชย์

9. สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) สัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract)

การกำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้าของฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญากำหนดเนื้อหาข้อสัญญาในลักษณะที่เป็นการให้สิทธิหรือจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและอาจไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองที่ด้อยกว่าในการที่จะเข้าทำสัญญาด้วย ปัญหาของอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) ในการทำสัญญาได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาว่า ควรจะเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนาของบุคคลที่เข้าทำสัญญาหรือไม่ การที่กฎหมายสัญญาไม่ได้กำหนดองค์ประกอบของอำนาจต่อรองเพราะในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ที่มีการร่างกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายนั้น สภาพของเศรษฐกิจสังคมในสมัยนั้น คู่สัญญามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันที่จะต่อรองกำหนดเนื้อหาของสัญญาร่วมกัน การแสดงเจตนาของคู่สัญญาสามารถทำได้โดยเสรี ดังนั้น นักกฎหมายผู้ร่างสัญญาจึงไม่เห็นปัญหาว่าอำนาจการต่อรองเป็นเรื่องสำคัญขององค์ประกอบความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา แต่ในปัจจุบันเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลในการเข้าทำสัญญาในปัจจุบันถูกกระทบกระเทือนจากระบบเศรษฐกิจสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในการธุรกิจพาณิชย์

สัญญาซึ่งเป็นกลไกของการผูกพันระหว่างบุคคลในสังคมถูกกระทบกระเทือนไปด้วยความคิดสมัยดั้งเดิม (Classic) ที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มนุษย์ทุกคนมีความเป็นอิสระในตัวเอง คำอธิบายดังกล่าวเป็นเพียงทฤษฎีทางความคิดเท่านั้น ในความเป็นจริงมนุษย์ไม่ได้มีความเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะในการทำสัญญา เช่น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาหนึ่งเพราะเขาอยู่ในสภาพบังคับให้ตกลงด้วยความจำเป็นทางด้านวัตถุที่เขาต้องการ ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในสภาพที่ได้เปรียบที่สามารถที่จะรอการตัดสินใจของฝ่ายแรกที่จะต้องยอมรับเงื่อนไขของฝ่ายหลังความไม่เท่าเทียมกันที่เกิดขึ้น ในสภาพการณ์เช่นนี้เป็นธรรมชาติของการทำสัญญาที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป (ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 2549, หน้า 28)

สัญญาเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง เป็นนิติกรรมที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย สัญญาเป็นเรื่องที่บุคคลสองฝ่ายตกลงกันว่าจะผูกพันกันตามกฎหมาย คู่สัญญาสิทธิที่จะทำสัญญาตกลงกันอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยถือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา สัญญาจึงสามารถทำกันได้หลายรูปแบบในลักษณะต่าง ๆ กัน ไม่จำกัดเฉพาะตามที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่เรียกว่า “เอกเทศสัญญา” เท่านั้น แต่ทั้งนี้ก็อยู่ในหลักการเดียวกันในเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนาซึ่งเป็นเสรีภาพในการทำสัญญากล่าวคือ บุคคลมีเสรีภาพในการที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาต่าง ๆ ได้ แต่ต้องอยู่ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาเป็นข้อตกลงของบุคคลที่มีจุดมุ่งหมายก่อให้เกิดหนี้ขึ้น (จิ๊ด เศรษฐบุตร, 2522, หน้า 15) เมื่อบุคคลตกลงทำสัญญากัน สัญญาที่เกิดขึ้นจะเป็นเสมือน “กฎหมาย” ที่ใช้บังคับ

ระหว่างคู่สัญญาให้ปฏิบัติตาม เงินกู้นอกระบบก็เช่นกันผู้กู้ยอมรับเงื่อนไขบางอย่างเพื่อแลกเปลี่ยนกับเงื่อนไขบางข้อ หากไม่มีการตกลงร่วมกันเช่นนี้แล้วสัญญาย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ผู้กู้ก็จะต้องได้รับความเดือดร้อนเพิ่มหรือร้ายแรงขึ้น

10. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

หลักเสรีภาพในการทำสัญญามี 2 ความหมาย คือ เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา และเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดแล้วหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เกิดจากความคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในศตวรรษที่ 18 ที่เน้นเสรีภาพของมนุษย์ โดย Adam Smith เขียนไว้ในผลงานที่มีชื่อของเขา คือ The Wealth of Nations หลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้รับการรับรองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การทำสัญญาอยู่ในกรอบของกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เสรีภาพในการทำสัญญาจึงถูกจำกัด แม้โดยปกติ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta Sund Servanda) แต่ภายหลังสัญญายังไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการณ์ชำระหนี้ไปอย่างมากอย่างที่ไม่อาจคาดหมายได้ ในขณะทำสัญญาก็อาจต้องมาใช้หลัก “สัญญาไม่เป็นสัญญา” (Rebus Sic Stantibus)

พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษ เพราะบัญญัติขึ้นเพื่อบังคับใช้กับข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าคนทั่วไปจึงอยู่ในฐานะผู้ได้เปรียบ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสมควรที่จะนำกฎหมายฉบับนี้มาบังคับใช้ในเรื่องเงินกู้นอกระบบ เพราะในเรื่องนี้มีปัญหาในการตกลงทำสัญญาเนื่องจากผู้กู้ไม่มีอำนาจในการต่อรองเงื่อนไข นายทุนเงินกู้ เป็นผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าย่อมได้เปรียบและมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้กู้ โดยเฉพาะนายทุนเงินกู้ได้อาศัยการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุดด้วยการกำหนด ดอกเบี้ย ผลประโยชน์ในรูปแบบอื่นๆ โดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมและกฎหมายจัดทำในรูปแบบของ “สัญญาสำเร็จรูป” หรือสัญญามาตรฐาน เอาไว้เรียบร้อยแล้ว และไม่ให้ผู้กู้ได้ต่อรองหรือเปลี่ยนแปลงข้อความใด ๆ ในสัญญา แม้สัญญาที่ได้จัดทำเอาไว้แล้วนั้นจะมีข้อความที่เอาเปรียบหรือขัดต่อกฎหมายเพียงใดก็ตาม แต่เมื่อผู้กู้จำยอมเข้าทำสัญญาและถือว่าเป็นการตกลง และสมยอมกับนายทุนยอมรับข้อกำหนดในสัญญาสำเร็จนั้น (take it or leave it contract) หากไม่ยอมตกลงทำตามเงื่อนไข ที่ได้กำหนดไว้แล้ว ก็ไม่สามารถกู้ได้ เมื่อเป็นเช่นนั้นสัญญาสำเร็จรูปของผู้ประกอบธุรกิจเงินกู้ การให้สินเชื่อ เช่น ธนาคารหรือสถาบันการเงิน นายทุนเงินกู้นอกระบบที่ทำกับผู้กู้หรือลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้บริโภคนั้นจะร่างขึ้นมาโดยมุ่งสนับสนุนผลประโยชน์ หรือผลกำไรสูงสุดในการประกอบธุรกิจตามหลักแห่งเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedomof Contract) แต่ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้กู้ต้องการเงิน และ

ไม่สามารถที่จะกู้จากสถาบันการเงินหรือกู้จากแหล่งอื่น ๆ การกู้ในระบบได้ จำเป็นต้องกู้เงินนอกระบบ และผู้ให้กู้ มีอัตราเสียงสูงมากในการที่จะไม่ได้รับชำระหนี้ เนื่องจากไม่มีหลักทรัพย์ค้ำประกันการกู้นั้น ฉะนั้น รัฐสมควรออกกฎหมายในเรื่องเงินกู้ที่ขัดกับกฎหมาย ด้วยการทำสัญญากู้ ณ ที่ว่าการอำเภอ สำนักงานเขต หรือหน่วยงานของทางราชการ และยินยอมให้กู้ได้เป็นกรณีพิเศษ ซึ่งเรียกการกู้นอกระบบ นี้เป็น การกู้ยืมที่ได้รับอนุญาต เพื่อรัฐจะได้จัดเก็บภาษีรายได้จากการทำสัญญากู้นอกระบบนั้นซึ่งเป็นปัญหาเงินกู้นอกระบบอีกทางหนึ่ง

11. ทฤษฎีของโมฮัมหมัด ยูนุส (Mohammad Yunus)

นักเศรษฐศาสตร์ชาวบังคลาเทศ ผู้ก่อตั้งธนาคารกรามีน (Grameen Bank) ธนาคารเพื่อผู้ยากไร้แห่งแรกของโลก ตั้งแต่ก่อตั้งธนาคารเมื่อปี พ.ศ.2519 ธนาคารกรามีนปล่อยเงินกู้ไปแล้วกว่า 1.8 แสนล้านบาท ให้กับ 4.4 ล้านครอบครัวผู้ยากไร้ในชนบทของบังคลาเทศ ปัจจุบันมีสาขากว่า 1,400 แห่งทั่วประเทศ ให้บริการครอบคลุมหมู่บ้านกว่า 51,000 แห่ง หรือกว่า3/4 ของหมู่บ้านทั่วประเทศ มีหนี้เสียต่ำกว่าร้อยละ 2 ของสินเชื่อทั้งหมด ณ สิ้นปี 2547 ซึ่งเป็นระดับที่วงการธนาคารสากลถือว่า อยู่ในขั้นดีมาก ความสำเร็จของธนาคารกรามีน เป็นแรงบันดาลใจให้กับธนาคารเพื่อผู้ยากไร้อีก 250 แห่ง ในกว่า 110 ประเทศทั่วโลก ทำให้ยูนุสได้รับการขนานนามว่าเป็น “บิดาแห่งแนวคิดไมโครเครดิต” (micro-credit คือเงินกู้ระดับรากหญ้า) นาคารกรามีน ดำเนินกิจการแบบธุรกิจเอกชน เหมือนกับธนาคารของพาณิชย์ของไทย เพียงแต่กรามีนดำเนินธุรกิจแบบที่ตั้งอยู่ในคุณธรรม ไม่ค้ากำไรเกินควร เพราะมีเป้าหมายทางสังคมเป็นที่ตั้งต่างกับธนาคารของไทยที่ตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก ส่วนธนาคารกรามีนคือช่วยเหลือให้คนจนมีโอกาสกู้เงินจากสถาบันการเงินที่คิดดอกเบี้ยตามราคาตลาด ถ้าใช้ตัววัดที่นักวิเคราะห์ใช้เปรียบเทียบผลประกอบการงานของธนาคารพาณิชย์ต่าง ๆ ของไทยแล้ว ธนาคารกรามีนก็เทียบไม่ได้เลยกับธนาคารพาณิชย์ที่มีขนาดใหญ่เครือข่ายทั่วโลก แต่ถ้าวัดผลด้วยประโยชน์ต่อสังคมแล้ว กรามีนคงต้องเป็นธนาคารที่ “ ดีที่สุด”ในโลกเป็นธนาคารที่มีพฤติกรรมแบบ “ทุนนิยมที่มีมนุษยธรรม” (Hmane Cpitalism)

“หลักการของกรามีน” เป็นหลักการที่อยู่ตรงกันข้ามกับหลักการธนาคารพาณิชย์กระแสหลักโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ธนาคารพาณิชย์กระแสหลักตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า ยิ่งคุณมีเงินเท่าไหร่ คุณก็ยิ่งได้เงินมากเท่านั้น หมายความว่า ถ้าคุณไม่มีเงินหรือมีน้อย คุณจะไม่ได้อะไรเลย ผลที่เกิดขึ้นก็คือ ประชากรกว่าครึ่งของโลกผู้มีฐานะยากจนและไม่มีหลักทรัพย์ค้ำประกันการกู้ไม่สามารถใช้บริการของสถาบันการเงินกระแสหลักได้ ระบบธนาคารพาณิชย์อิงอยู่กับหลักประกันในขณะที่ระบบกรามีนไม่มีหลักประกันสินเชื่อเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งในการเริ่มต้นดำเนินธุรกิจ

ธนาคารกรามีนเริ่มต้นจากความเชื่อที่ว่า สินเชื่อเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง และสร้างระบบที่ให้สิทธิพิเศษในการให้กู้ หลักการของกรามีนไม่ได้ตั้งอยู่บนการตีค่าสินทรัพย์ของผู้กู้ กรามีนเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนรวมทั้งคนที่จนที่สุดมีศักยภาพไม่สิ้นสุด ธนาคารพาณิชย์ทั่วไปประเมินค่าของทรัพย์สินที่คนหามาได้แล้ว ในขณะที่กรามีนประเมินศักยภาพซ่อนเร้นของปัจเจกชนที่รอวันแสดงออกมามีโอกาสเป้าหมายของธนาคารกรามีนคือ การนำบริการของสถาบันการเงินไปสู่คนจนเป็นเป้าหมายรวมที่เกิดจากวิสัยทัศน์ทางสังคมและเศรษฐกิจ ธนาคารกรามีนให้โอกาสครอบครองสินทรัพย์ กรามีนตั้งเงื่อนไขว่า กรรมสิทธิ์ในบ้านที่สร้างโดยเงินกู้จากกรามีน จะตกเป็นของผู้กู้ ธนาคารควรไปหาลูกค้าสาขาของธนาคารกรามีน ตั้งอยู่ในชุมชนชนบทไม่เหมือนกับสาขาของธนาคารพาณิชย์ทั่วไปที่พยายามตั้งอยู่ในศูนย์กลางธุรกิจและใจกลางเมือง หลักการ ข้อแรกของกรามีนคือ ลูกค้าไม่ควรไปหาธนาคาร ธนาคารต่างหากที่ควรไปหาลูกค้า พนักงาน 14,989 คนของกรามีนเดินทางไปให้บริการกับลูกค้า 5.31 ล้านคนที่บ้านของพวกเขา ในหมู่บ้านตามชนบทกว่า 57,791 แห่งทั่วประเทศ ทุกสัปดาห์ในแต่ละปี ลูกค้าของกรามีนสามารถชำระคืนเงินกู้ได้อย่างง่ายดายด้วยการชำระเงินต้นเป็นงวดๆ งวดละไม่มากนัก การทำธุรกิจแบบนี้หมายถึงธนาคารต้องมีค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการค่อนข้างสูง แต่มันช่วยอำนวยความสะดวกให้กับลูกหนี้อย่างมาก ไม่มีเอกสารสัญญาใด ๆ ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในระบบของกรามีน ดังนั้น กรามีนจึงไม่สามารถฟ้องร้องเรียกหนี้คืนจากลูกหนี้ในกระบวนการทางศาลได้ ไม่เหมือนกับในระบบธนาคารพาณิชย์กระแสหลัก ไม่มีกลไกจากภายนอกใด ๆ ที่จะบังคับเงินกู้ของกรามีนได้ ธนาคารพาณิชย์ระบบทุนนิยมจะใช้วิธี "ลงโทษ" เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้นานกว่าที่ตกลงกันไว้ธนาคารเรียกลูกหนี้เหล่านั้นว่า "ลูกหนี้ผิดนัด" (Daulters) แต่ระบบธนาคารกรามีนยอมให้ลูกหนี้ที่ผิดนัดขยายเวลาการชำระหนี้ออกไป โดยไม่ทำให้พวกเขารู้สึกว่าทำอะไรผิด ซึ่งพวกเขาก็ไม่ได้ทำอะไรผิดจริง ๆ เมื่อลูกหนี้ประสบปัญหา ธนาคารพาณิชย์ทั่วไปรู้สึกกังวลกับเงินกู้ของพวกเขา และจะทำทุกวิถีทางที่ทำให้ได้เงินคืนมาพร้อมดอกเบี้ย รวมทั้งยึดหลักประกัน แต่ในกรณีเดียวกันธนาคารกรามีนยิ่งต้องใช้ความพยายามกว่าเดิมที่จะช่วยเหลือลูกหนี้ยามตกทุกข์ได้ยาก ช่วยให้เขาแข็งแรงขึ้นและฝ่าฟันอุปสรรคต่าง ๆ ในระบบธนาคารพาณิชย์ ธนาคารจะคิดดอกเบี้ยหลังจากลูกหนี้ผิดนัดไปเรื่อย ๆ จนกว่าจะยอมยกเว้นให้ลูกหนี้ ยอดดอกเบี้ยผิดนัดอาจสูงขึ้นเป็นหลายเท่าของยอดเงินต้นแล้วแต่อายุเงินกู้ แต่ในระบบกรามีนไม่มีทางที่ดอกเบี้ยจะมีจำนวนสูงกว่ายอดเงินต้น ไม่ว่าลูกหนี้จะหยุดชำระไปแล้วนานขนาดไหน ธนาคารกรามีนหยุดคิดดอกเบี้ยทันทีที่ยอดดอกเบี้ยสูงเท่ากับยอดเงินต้น

สถาบันการเงินหรือธนาคารพาณิชย์ของไทยโดยทั่วไปจะไม่สนใจว่า ครอบครัวของลูกหนี้จะเป็นอย่างไร หลังจากที่กู้เงินจากธนาคารไปแล้วต่างกับระบบของกรามีนใส่ใจกับการดูแล

ติดตามการศึกษาของลูกหลานผู้กู้ ธนาคารกรามีนให้ทุนและสินเชื่อเพื่อการศึกษา สภาพที่พักอาศัย, สุขอนามัย, แหล่งน้ำดื่มสะอาด, และความสามารถในการรับมือกับภัยธรรมชาติและภาวะฉุกเฉินต่าง ๆ ระบบกรามีนช่วยลูกหนี้ให้สร้างกองทุนบำนาญของตัวเอง และช่องทางออมเงินอื่น ๆ ธนาคารพาณิชย์ปกติคิดดอกเบี้ยเงินกู้ทบต้นทุกไตรมาส (Qarterly Cmpounding) ในขณะที่ธนาคารกรามีนคิดดอกเบี้ยแบบปกติ (Simple Interest) แปลว่าลูกหนี้กรามีนจ่ายดอกเบี้ยน้อยกว่า กรณีลูกหนี้เสียชีวิตกรามีนไม่เรียกร้องให้ครอบครัวผู้ตายชำระหนี้แทน แต่เบิกเงินต้นทั้งจำนวนพร้อมดอกเบี้ยจากโปรแกรมประกันชีวิตที่เป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างเงินกู้อยู่แล้ว ครอบครัวลูกหนี้ไม่ต้องรับภาระผูกพันใด ๆ ทั้งสิ้น ในธนาคารกรามีน แม้แต่ขอทานก็ได้รับการดูแล เรามีโครงการรณรงค์ที่ออกแบบมาจูงใจให้ขอทานร่วมเป็นส่วนหนึ่งของโปรแกรมกรามีน ธนาคารจะช่วยอธิบายให้คนยากจนหรือขอทานเข้าใจว่า สามารถเอาของชำเล็กๆ น้อยๆ ไปขายตามบ้านที่ไปขอทาน หรือไม่ก็วางขายของชำไว้ข้าง ๆ ตัวตอนนั่งขอทานอยู่กับที่ แนวคิดของกรามีนช่วยขอทานให้ดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีมากขึ้นแทนที่จะขอทานอย่างเดียว โปรแกรมแบบนี้ไม่มีทางเป็นส่วนหนึ่งของงานธนาคารพาณิชย์ทั่วไปของไทยได้ กรามีนสนับสนุนให้ลูกหนี้รับเป้าหมายพื้นฐานต่าง ๆ ด้านสังคม, การศึกษาและสุขภาพมาเป็นเป้าหมายในชีวิตของตน เราเรียกเป้าหมายเหล่านี้ว่า “ญัตติสิบหกประการ” เช่น ให้ลูกหลานได้รับการศึกษา, แต่ละบ้านมีส้วมที่ถูกสุขลักษณะ, ปลูกต้นไม้, ทานผักสีเขียวเพื่อต้านโรคตาฟางในเด็ก, มีแหล่งน้ำดื่มที่สะอาด ธนาคารพาณิชย์กระแสหลักมองว่าเรื่องเหล่านี้ไม่ใช่ธุรกิจของพวกเขาจึงไม่ใส่ใจที่จะคิดทำ

ความคิดเรื่อง“ไมโครเครดิต” ก่อร่างขึ้นขณะที่ยูนุสเป็นอาจารย์ใหม่ของคณะเศรษฐศาสตร์ที่มหาวิทยาลัยจิตตากอง (Chittagong University) ซึ่งตั้งอยู่ใกล้หมู่บ้านยากจนแห่งหนึ่งชื่อ โจบร้า (Jobra) ชาวบ้านส่วนใหญ่เป็นหนี้นอกระบบ ไม่ต่างจากหมู่บ้านส่วนใหญ่ในบังคลาเทศ และประเทศโลกที่สามอื่น ๆ รวมทั้งประเทศไทยด้วยจากการสอบถามคนจนในหมู่บ้านพบว่า ชาวบ้านจำนวน 42 คน เป็นหนี้นอกระบบรวม 856 ทาก้า หรือไม่ถึง 1,100 บาท คิดเป็นหนี้เฉลี่ยคนละ 26 บาทเท่านั้นเอง ประชากรบังคลาเทศมีรายได้ต่อหัวเฉลี่ยประมาณ 6,300 บาทต่อเดือนเท่านั้น คือจนกว่าคนไทยประมาณ 4 เท่า ยูนุสให้ชาวบ้านเหล่านั้นยืมเงิน 856 ทาก้าไปคืนเจ้าหนี้โดยไม่คิดดอกเบี้ย ไม่มีหลักประกัน ไม่มีกำหนดชำระ บอกชาวบ้านแต่เพียงว่า เอาเงินมาคืนเมื่อไหร่ก็ได้ที่เขาพร้อม คืนนั้นยูนุสนอนไม่หลับ จนกระทั่งเขาคิดได้ว่า วิธีเดียวที่จะทำให้คนยากไร้หลุดพ้นวนอุบาทว์ของหนี้นอกระบบอย่างถาวรนั้นคือ จะต้องมีธนาคารที่ยอมให้เงินกู้ดอกเบี้ยต่ำกับคนยากจนโดยไม่เรียกร้องหลักประกันเขาจึงเป็นผู้ริเริ่มก่อตั้งธนาคารกรามีนขึ้น