



ปัญหาเรื่องอัตราดอกเบี้ยเงินกู้

ตอนที่ 1 บททั่วไป

ความหมายของอัตราดอกเบี้ย (ธนาคารแห่งประเทศไทย, ฝ่ายวิชาการ 2522:4)

อัตราดอกเบี้ยเป็นราคาของเงินทุนซึ่งเกิดจากข้อตกลงร่วมกันของผู้มีเงินทุนและผู้ต้องการใช้เงินว่าต้องการกู้ ในอัตราดอกเบี้ยเท่าไร และผู้กู้ยินดีจะให้กู้ในอัตราดอกเบี้ยเท่าไร อัตราดอกเบี้ยนี้อาจจะกำหนดขึ้นโดยทางการ (เจ้าหน้าที่ทางการเงิน)

เรื่องอัตราดอกเบี้ยนี้เป็นเรื่องสำคัญในเงินกู้ระหว่างประเทศ หรือเงินกู้ทั่ว ๆ ไป เป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นเครื่องกำหนดและขอลุงใจให้แก่ผู้ให้กู้ว่าจะให้กู้ยืมเงินได้หรือไม่ ผลตอบแทนที่ได้รับจะเพียงพอกับความเสี่ยงที่ได้ให้เงินมาให้กู้ยืมอย่างไร ซึ่งนอกเหนือจากต้นทุนในการคำนวณแล้ว ปัญหาเรื่องดอกเบี้ยดังกล่าวก็ยังมีผลกระทบเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น ปัญหาเรื่องการค้าดอกเบี้ยเกินอัตรา ปัญหาเรื่องการค้าดอกเบี้ยในกรณีผิดนัด ปัญหาภาษีอากรเกี่ยวกับภาษีของดอกเบี้ย ซึ่งเรื่องเหล่านี้ผู้วิจัยได้วิจัยในวิทยานิพนธ์นี้ด้วย

วิธีการกำหนดอัตราดอกเบี้ย

การกำหนดอัตราดอกเบี้ยนี้โดยทั่วไปแล้วอาจจะมีวิธีการกำหนดได้อยู่ 2 ประการ คือ

1. การกำหนดอัตราดอกเบี้ยในระดับใดระดับหนึ่งตามความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่การการเงิน หรือของรัฐ เช่น การกำหนดอัตราดอกเบี้ยของธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทย เป็นต้น
2. การปล่อยให้อัตราดอกเบี้ยลอยตัวขึ้น ๆ ลง ๆ การเปลี่ยนไปตามสภาพของตลาดในขณะนั้น เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงภาวะความต้องการเงินและความพร้อมของระบบการเงินที่จะมีสนองความต้องการที่แท้จริงในขณะใดขณะหนึ่ง

ผลดีและผลเสีย *

สำหรับการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่แน่นอนนั้นมักจะมีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืม สูงสุดไว้ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 654 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 ซึ่งการกำหนดอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวไว้แน่นอนนั้นย่อมจะมีทั้งผลดีผลเสีย ผลดีก็อาจจะได้แก่ ทำให้ต้นทุนการผลิตต่ำ ผู้ลงทุนสามารถวางแผนการลงทุนในระยะยาวได้ ทำให้เศรษฐกิจมีเสถียรภาพ ทำให้สะดวกในการคิดอัตราดอกเบี้ยและป้องกันไม่ให้ผู้ให้กู้เอาเปรียบผู้กู้ได้ ส่วนผลเสียก็อาจจะ มี เช่น หากมีการควบคุมอัตราดอกเบี้ยแล้วอัตราดอกเบี้ยที่ผู้กู้ที่เรียกได้นั้นต่ำกว่าราคาตลาด ก็จะทำให้ไม่มีปริมาณเงินกู้เพียงพอ นอกจากนี้ผู้ลงทุนก็อาจจะไม่พยายามลดต้นทุน ก่อให้เกิดตลาดมืด และทำให้ตลาดเงินในประเทศขาดแคลนได้โดยเฉพะอย่างยิ่ง เงินอาจจะไหลออกไปนอกประเทศ ผู้ให้กู้อาจจะไม่ปล่อยเงินกู้ และทำให้ผู้กู้จะต้องไปหาเงินนอกระบบตลาดเงิน

ส่วนการปล่อยอัตราดอกเบี้ยขึ้นลงโดยเสรี หรืออัตราดอกเบี้ยลอยตัวนั้นก็จะมีผลดี อาทิเช่น อัตราดอกเบี้ยให้กู้ยืมสามารถปรับตัวเองได้โดยอัตโนมัติ ตามการเปลี่ยนแปลงของตลาดการเงินในประเทศและต่างประเทศ เป็นการป้องกันการไหลเงินทุนออกนอกประเทศ ทำให้เกิดมีการออมทรัพย์ เพราะได้ผลตอบแทนคุ้ม ทำให้เกิดการแข่งขันและมีการหมุนเวียนกระจายเงินทุนช่วยพัฒนาตลาดการเงินและในที่สุดก็อาจจะเป็นการสร้างตราสารการเงินขึ้นมาเพราะมีผลตอบแทนสูง ส่วนผลเสียที่ปล่อยให้มีอัตราดอกเบี้ยลอยตัวนั้นทำให้สถาบันการเงินอาจผลักดันให้ดอกเบี้ยเงินกู้สูงขึ้น การร่วมมือของสถาบันการเงินขนาดใหญ่ในการตั้งราคาทำให้สถาบันการเงินขนาดเล็กต้องเลิกไปและนอกจากนี้ยังอาจจะทำให้อัตราดอกเบี้ยพันธบัตรของรัฐบาลสูงขึ้น และรัฐบาลจะต้องใช้จ่ายเงินเป็นจำนวนมาก

ลักษณะของอัตราดอกเบี้ยในสัญญากู้ยืมเงินในระหว่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้วอัตราดอกเบี้ยในสัญญากู้ยืมเงินในระหว่างประเทศนั้นจะเป็นอัตราที่มีลักษณะลอยตัวมากกว่าจะเป็นกำหนดไว้แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตลาดการเงิน Euro Dollar ไม่ว่าจะเป็นการกู้ยืมเงินในระยะสั้นหรือระยะยาว ผู้ให้กู้มักจะคิดคำนวณอัตราดอกเบี้ย

* ผู้สนใจอาจศึกษารายละเอียดจากธนาคารแห่งประเทศไทย, ฝ่ายวิชาการ 2522: 4-12 และ Einzig 1973: 8-20

แบบลอยตัว โดยยึดถือเอาอัตราดอกเบี้ย Libor หรือ Sibor เป็นอัตราและบวกอัตราส่วนต่างเข้าไป ซึ่งมักจะอยู่ในระหว่างครึ่งเปอร์เซ็นต์ และไม่เกินหนึ่งเปอร์เซ็นต์

อัตราดอกเบี้ยที่เรียกว่า Libor นั้นมีคำเต็มเรียกว่า London Inter-Bank offered Rate ซึ่งหมายถึงอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารในตลาดการเงินลอนดอนตกลงที่จะใช้ยืมแก่ธนาคารอื่นด้วยกัน ซึ่งข้อกำหนดในการที่จะเรียกการกำหนดอัตราดอกเบี้ย Libor นั้นในสัญญาเงินกู้มักจะระบุไว้ว่า Libor หมายถึงจำนวนอัตราที่ธนาคารที่เกี่ยวข้อง Reference Bank แจ้งให้แก่ธนาคารตัวแทน (Agent) ถึงอัตราดอกเบี้ยเงินฝากของจำนวนที่เกี่ยวข้องสำหรับระยะเวลาที่เท่ากันกับระยะเวลาชำระดอกเบี้ยและในเงินตราสกุลเดียวกัน ซึ่งเสนอโดยธนาคารอื่นหนึ่ง โดยการเสนอของธนาคารอ้างอิงในตลาดการเงินลอนดอนในเวลา 11.00 นาฬิกา ก่อน 2 วันทำการ ของการเบิกเงินหรือการต่อเงินกู้แล้วแต่กรณี ส่วน Sibor หรือ Singapore Inter-Bank Offered Rate ก็มีความหมายทำนองเดียวกับ Libor แต่เป็นตลาดการเงิน Singapore ที่เรียกว่า Asian Currency Unit หรือหน่วยเงินตราเอเชีย

จะเห็นได้ว่าการกำหนดอัตราดอกเบี้ยในเงินกู้ระหว่างประเทศนั้นผู้ให้กู้จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงกว่า Libor หรือ Sibor แล้วแต่กรณีซึ่งเป็นเรื่องให้ผู้กู้และผู้กู้จะต้องเจรจาต่อกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติผู้ให้กู้จะนำเงินได้ซึ่งเรียกว่า Matching Deposit หรือที่เป็นการเรียกว่าเป็นการที่นำเงินไปฝากเพื่อจะได้ดอกเบี้ย และนำเงินกู้ดังกล่าวเป็นหลักประกันเพื่อจะนำมาให้กู้แก่ผู้กู้ในตลาดการเงินไม่ว่าจะเป็นในตลาดการเงินลอนดอนหรือสิงคโปร์ ซึ่งจำนวนเงินและระยะเวลาที่จะให้กู้นั้นจะใกล้เคียงกับจำนวนเงินกู้ และผู้ให้กู้ก็จะกำหนดส่วนต่างลงไปอันเป็นค่าตอบแทนในการให้เงินกู้ โดยวิธีปฏิบัติในตลาดการเงินนั้นผู้ให้กู้จะต้องเป็นผู้จัดหาเงินฝากและให้ Matching Deposit มาโดยการกำหนดอัตรา 2 วันทำการของธนาคารกรุงลอนดอน ซึ่งอัตราดอกเบี้ยจะถูกกำหนดตามอัตราที่ธนาคารในกรุงลอนดอนเรียกจากกันก่อน 2 วันทำการของระยะเวลาดอกเบี้ย (Mitchell and Wall in Rendell, ed; 1980: 53) วิธีการแจ้งอัตราดอกเบี้ยนั้นผู้ให้กู้หรือธนาคารตัวแทน หรือธนาคารที่เกี่ยวข้องให้ผู้ทราบถึงข่าวคราวเพื่อส่งเงินกำหนดระยะเวลาชำระดอกเบี้ยก็มีแบ่งออกเป็น 3 เดือน 6 เดือน และ 12 เดือน แล้วแต่จะมีการตกลงกัน

วิธีการคำนวณอัตราดอกเบี้ยในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ

สิ่งที่ได้ทราบมาแล้วว่าการชำระดอกเบี้ยนั้นคู่สัญญาอาจจะตกลงกำหนดอัตราดอกเบี้ยโดยยึดเอา Libor หรือ Sibor แล้วแต่กรณี ทั้งนี้รวมทั้งระยะเวลาที่จะต้องชำระดอกเบี้ย (Interest Prioed) ไว้ได้ แต่วิธีการคำนวณอัตราดอกเบี้ยนั้นได้แบ่งวิธีการคำนวณออกเป็น 3 วิธี คือ (Wood 1980:240)

วิธีที่ 1 ถือเวลา 365 วันเป็น 1 ปี โดยวิธีนี้การคำนวณหาอัตราดอกเบี้ยรายวันจะหารด้วย 365 วัน แล้วนำอัตราดอกเบี้ยรายวันที่ได้ คูณด้วยจำนวนวันตามสัญญาที่ยังค้างชำระการคำนวณด้วยวิธีการนี้จะทำให้อัตราดอกเบี้ยในแต่ละเดือนแตกต่างกัน เพราะเหตุว่าในแต่ละเดือนมีวันไม่เท่ากัน

วิธีที่ 2 ถือเอา 360 วันเป็น 1 ปี โดยวิธีนี้วันในแต่ละเดือนจะเท่ากันทั้งหมด ดังนั้นอัตราดอกเบี้ยในแต่ละเดือนก็จะเท่ากันด้วย วิธีการคำนวณก็คิดเช่นเดียวกับวิธีการที่หนึ่ง

วิธีที่ 3 วิธีการนี้คิดอัตราดอกเบี้ยโดยรวมเอาวิธีที่ 1 และที่ 2 เข้าด้วยกัน กล่าวคือ ถือเอา 360 วันเป็น 1 ปี ในระยะในตอนคำนวณหาอัตราดอกเบี้ยรายวัน โดยนำอัตราดอกเบี้ยหารด้วย 360 วัน แล้วนำมาคูณด้วยจำนวนวันของเงินที่ยังค้างชำระอยู่ในกรณีนี้อัตราดอกเบี้ยในแต่ละเดือนจะต่างกัน และอัตราดอกเบี้ยรายปีจะสูงกว่าอัตราดอกเบี้ยรายปีที่คำนวณที่สามารถคำนวณได้จากวิธีที่ 1 และวิธีที่ 2

วิธีการคำนวณดอกเบี้ยดังกล่าวข้างต้นนี้ นำมาจากคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ในคดี American Timber and Trading Co. V First National Bank of Oregon

ดอกเบี้ยผิดนัด

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตเกี่ยวกับวิธีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยผิดนัดไว้ในสัญญา จะทำได้หรือไม่โดยปกติแล้วในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศนั้น ถ้าหากมิได้กำหนดไว้ในสัญญาว่าอัตราดอกเบี้ยผิดนัดเป็นเท่าไร ก็อาจจะไม่สามารถที่จะเรียกอัตราดอกเบี้ยในกรณีผิดนัดนั้นได้ เว้นแต่ในบางประเทศที่ศาลอาจให้ดอกเบี้ยเป็นบางส่วน ซึ่งอัตราดอกเบี้ยนี้อาจจะไม่มากเท่าที่ได้ตกลงไว้ก็ตาม เช่นในประเทศอังกฤษ ซึ่งในกรณีเรื่องอัตราดอกเบี้ยผิดนัดนั้นมีข้อสังเกตอยู่ 2 ประการ คือ

1. โดยทั่วไปแล้วอัตราดอกเบี้ยที่กำหนดมักสูงกว่าดอกเบี้ยปกติร้อยละ 1 ซึ่งกรณีนี้ยัง

มีข้อโต้แย้งในบางแห่งว่าการกำหนดอัตราดอกเบี้ยผิดนัดสูงเกินล้นนั้นไม่เป็นโมฆะ เพราะเป็นการกำหนดอัตราดอกเบี้ยปรับ เพื่อให้ผู้ปฏิบัติการค้าชำระหนี้ และเป็นการที่ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้กู้ อันเกิดจากการผิดนัดของผู้กู้

2. ดอกเบี้ยผิดนัดนี้มักจะเป็นการคิดดอกเบี้ยทบต้น ซึ่งในประเทศอังกฤษจะยังคงให้คิดได้ แต่ในบางประเทศนั้นไม่ยอมให้มีการคิดดอกเบี้ยทบต้น เช่นในประเทศกรีซ เยอรมัน สวีตแลนด์ อาร์เจนตินา (Wood 1980:171)

การแลกเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย (Interest Rate Swaps)

ในปัจจุบันนี้ได้มีการกำหนดโครงสร้างและใหม่ ๆ เกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ย หรือที่เรียกว่า Interest Rate Swaps อาจจะเรียกเป็นภาษาไทยได้ว่าการแลกเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย ซึ่งเป็นการใหม่ในตลาดการเงินระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อจะสนองความต้องการทั้งผู้กู้และผู้ให้กู้ในบางกรณี และยังเป็นการทำให้งบดุลของแต่ละบริษัทและการลดต้นทุนในการกู้ยืมเงินสามารถเกิดขึ้นได้ การแลกเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย (Interest Rate Swaps) นี้หมายถึงในกรณีที่ผู้กู้ส่งรายซึ่งมิได้มีความเกี่ยวข้องต่อกัน และแต่ละรายก็ได้กู้ยืมเงินโดยอิสระจากผู้ให้กู้ซึ่งต่างกัน แต่มีกำหนดระยะเวลาการกู้และการชำระเงินที่เท่ากัน โดยปรากฏว่าผู้กู้รายหนึ่งรายใดต้องชำระดอกเบี้ยเงินกู้ในอัตราที่แน่นอนและผู้กู้อีกรายชำระอัตราดอกเบี้ยแบบลอยตัวได้เข้า โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้ามาตกลงกันทำสัญญาการชำระดอกเบี้ยโดยตรงหรือผ่านตัวการตามอัตราดอกเบี้ยของแต่ละฝ่ายที่กู้ยืมมาให้แก่ผู้ให้กู้ ซึ่งในกรณีนี้จะทำให้ผู้กู้จ่ายอัตราดอกเบี้ยได้ตามความต้องการของตน การตกลงเช่นนี้ผู้ให้กู้อาจจะไม่จำเป็นต้องรับทราบ และไม่ทำให้ผู้ให้กู้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ หรือความรับผิดชอบแต่ประการใด จุดประสงค์ที่สำคัญของการแลกเปลี่ยนดอกเบี้ยนี้ก็คือเพื่อจะได้ประโยชน์จากความแตกต่างของอัตราดอกเบี้ยของแต่ละเงินกู้ ผู้วิสัยไม่อาจจะวิสัยรายละเอียดในข้อตกลงดังกล่าวนี้*

การเปลี่ยนแปลงสินเชื่อ (Roll Over Credit)

นอกเหนือจากการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยแล้วก็มีการกระทำที่เรียกว่าการต่ออายุสัญญา โดยมีการแก้ไขข้อตกลงระหว่างผู้กู้กับผู้ให้กู้โดยเฉพาะเรื่องดอกเบี้ยทุก ๆ ระยะเวลาตามที่

* ผู้สนใจอาจจะศึกษาได้จาก Gray, Kurz and Strupp 1982:14-18

กำหนดทั้งนี้เพื่อให้สิทธิแก่ผู้กู้และผู้ให้กู้ จะได้เปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยตามที่ตนเองต้องการ หรือที่เรียกว่า "Roll over Credit" อย่างไรก็ตามการที่มี Roll over Credit นั้น เป็นการก่อปัญหายุ่งยากในการคำนวณหาต้นทุนเพราะดอกเบี้ยเงินกู้นั้นจะไม่แน่นอนและเปลี่ยนแปลงไป และทำให้ต้นทุนสูงขึ้นเพราะหากดอกเบี้ยสูงขึ้นไปมาก ในปกติแล้ว Roll over Credit มักจะมีการทำในกรณีที่เงินกู้นั้นเป็นการลงทุนสำหรับกิจการที่ซื้อขายสินค้าและมีกำไรสูง (High Profit Margin) ทั้งนี้เพื่อที่จะไม่ให้เกิดความเสี่ยงในการเปลี่ยนแปลงของอัตราดอกเบี้ย (Einzig 1973:1, 18)

ตอนที่ 2 ปัญหาการคิดอัตราดอกเบี้ยเกินอัตราตามกฎหมายต่างประเทศ

ก่อนที่จะได้พิจารณาถึงปัญหาการคิดดอกเบี้ยเกินอัตราตามพระราชบัญญัติการห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 รวมทั้งวิธีการที่จะปฏิบัติในการหลบผลร้ายในประเด็นเรื่องดอกเบี้ยดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยใคร่ขอฝากของกฎหมายต่างประเทศมาพิจารณาประกอบต่อไป*

บททั่วไป

การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา (Usury Law) นั้นอาจหมายความรวมถึงการห้ามเรียกดอกเบี้ยหรือเป็นการห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด หากมีการฝ่าฝืนจะถือว่าเป็นความผิด การห้ามเรียกดอกเบี้ย (Usury Law) นั้นอาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี คือ

1. กรณีห้ามเรียกดอกเบี้ยเงินกู้โดยเด็ดขาดอันเช่นกฎหมายของประเทศในกลุ่มอิสลาม เช่น ประเทศซาอุดีอาระเบีย ประเทศการ์ตา ทั้งนี้เพราะถือว่า การเรียกดอกเบี้ยดังกล่าว เป็นบาป เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม
2. กรณีการห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราอันสูงตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจจะเริ่มตั้งแต่ 6% ถึง 30% เช่น ในรัฐบางรัฐของสหรัฐอเมริกา ยกเว้น New Hamshire และ Messachusetts
3. กรณีห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินสมควรและเป็นการเอาเปรียบอย่างชัดแจ้ง (Unconscionable and grossly extortionate) เช่น ในประเทศอังกฤษ อิตาลี เยอรมัน และสวิตเซอร์แลนด์

สำหรับประเทศอังกฤษนั้นหากมีการเรียกดอกเบี้ยเกินสมควรแล้วค่าลมีอำนาจที่จะลดดอกเบี้ยได้ตามที่เห็นสมควร ส่วนสหรัฐอเมริกา ก็คือว่าดอกเบี้ยดังกล่าว เป็นโมฆะเรียกไม่ได้ทั้งหมด และรวมทั้งเงินต้นด้วย ซึ่งรวมทั้งอาจจะมีโทษทางอาญาบังคับแก่ผู้ให้กู้ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น 1 ใน 3 ของแต่ละมลรัฐที่มีกฎหมายการห้ามเรียกดอกเบี้ยจะมีโทษทางอาญา

* รายละเอียดดู Wood 1980:45-52

วัตถุประสงค์ของกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยนั้น มีหลายประการด้วยกันแต่สิ่ง เหล่านี้มักจะมีอิทธิพล ในการที่ศาลจะวินิจฉัยคดี ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้คือ

1. กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยนั้นไม่ได้มุ่งจะแบ่งแยกระหว่างผู้ต้องการได้รับความคุ้มครองและผู้ดูแลตัวเองได้ดีแล้ว
2. อัตราที่กำหนดโดยกฎหมายนั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงทาง เศรษฐกิจ
3. อัตราลัทธิธรรมนั้นจะเข้าไปขัดขวางความเป็นระเบียบของระบบ เศรษฐกิจและขัดขวางถึงอุปสงค์อุปทานของ เศรษฐกิจ
4. กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยนั้นมักจะเป็นถ้อยคำเทคนิคและมีกับดักสำหรับ ผู้ไม่รู้ได้
5. ผลของการฝ่าฝืนในกฎหมายนี้มักจะไม่ได้เป็นสัดส่วนกับความผิด

วัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นสิ่งที่ศาลจะนำมาพิจารณาว่าควรจะใช้บังคับกฎหมาย ห้ามเรียกดอกเบี้ยหรือไม่เพียงใด

ข้อพิจารณากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาการ เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา

ปัญหา เรื่องดอกเบี้ยเกินอัตรา นั้น เป็นปัญหาที่ค่อนข้างจะยุ่งยากและซับซ้อนและถ้าหาก มีความไม่แน่นอนดังกล่าวแล้ว ผู้ให้กู้ก็อาจจะไม่ตกลงให้กู้เพราะตนเองอาจจะไม่ได้รับหลัก ประกันเพียงพอว่าจะได้รับชำระหนี้คืน สิ่งที่ได้มีการค้นหาวิธีการที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว เช่น

1. โดยวิธีการยกเว้น (Exemptions) โดยแบ่งเป็น

1. การยกเว้นให้ผู้กู้ (Exempts Borrower) ซึ่งการยกเว้นดังกล่าวนี้จะเป็น การยกเว้นให้อนุญาตแก่ผู้กู้บางราย เช่น บริษัทหรือองค์การธุรกิจสามารถกู้ยืมเงินได้โดยไม่ต้อง อยู่ภายใต้กำหนดของอัตราดอกเบี้ย

2. การยกเว้นให้แก่ผู้ให้กู้ (Exempts Lender) โดยมีการกำหนดให้ยกเว้น สำหรับธนาคารสถาบันการเงิน โดยให้องค์กรเหล่านี้ไม่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดของอัตราดอกเบี้ย แต่ให้อยู่ใต้การควบคุมขององค์การรัฐบาลหรือธนาคารกลาง

3. การยกเว้นให้กับลักษณะของกิจการ (Exempts Transaction) การยกเว้นนี้ ได้แก่การกู้ยืมเงินในลักษณะของการให้กู้ตามโครงการ (Project finance) อาทิเช่น การ กู้ยืมเงินโดยการซื้อสินค้า โดยไม่ทำเป็นสัญญาโดยตรง

4. การยกเว้นให้แก่กิจการภายนอกประเทศ (External Transaction)

กรณีดังกล่าวนั้นจะอาศัยจากเหตุผลของหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เกี่ยวกับหลักที่ว่า การที่จะพิจารณาผิด ซึ่งในกรณีดังกล่าวนั้นกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ย อาจจะไม่นำมาใช้แก่เงินกู้ที่กู้โดยคนต่างประเทศ และใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ

2. โดยวิธีการปฏิบัติการหลบผลร้ายของการห้ามเรียกดอกเบี้ยในการกู้ยืมเงิน ซึ่งแยกพิจารณาเป็นวิธีการได้หลายวิธีการคือ

1. โดยวิธีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยและแบ่งแยกค่าใช้จ่ายอื่นไว้ (Non-Usurious Charges) ซึ่งวิธีการนี้ได้กำหนดดอกเบี้ยตามที่กฎหมายแล้ว ส่วนดอกเบี้ยที่เกินอัตรานั้นอาจจะกำหนดไปในรูปแบบค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ไป เงินทดลองจ่ายค่าที่ปรึกษากฎหมาย ค่าธรรมเนียมการจัดการเงินกู้ การกำหนดโดยวิธีดังกล่าวนี้ก็มีปัญหาในกรณีหากมีการกำหนดค่าใช้จ่ายอื่น ผู้กู้จะต้องชำระไว้ เช่น กำหนดให้ผู้กู้ต้องชำระอัตราดอกเบี้ยเพิ่มในกรณีที่ดอกเบี้ยต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด หรือการกำหนดให้ใช้ค่าทดแทน (Compensation) ในกรณีที่ต้นทุนเงินกู้สูงขึ้น หรือการกำหนดให้ผู้ชำระภาษีแทน สำหรับภาษีดอกเบี้ย เงินเหล่านี้ก็อาจจะเกิดปัญหาถือว่าเป็นดอกเบี้ยหลบซ่อนได้ ทั้งนี้รวมถึงการที่ชำระหนี้ก่อนกำหนด Prepayment fee ด้วย

2. วิธีการยกเว้นให้แก่ผู้ให้กู้ (Use of exempt lenders) ซึ่งวิธีการนี้อาจจะมีกฎหมายการห้ามเรียกดอกเบี้ย ยกเว้นให้กับผู้ให้กู้บางประเภทเช่น ธนาคาร ซึ่งในกรณีนี้ผู้ให้กู้ที่แท้จริงก็อาจจะดำเนินการโดยตกลงทำเป็นผู้ให้กู้ โดยผ่านกลุ่มผู้ให้กู้ที่จะได้รับการยกเว้นและเมื่อได้กระทำแล้วกลุ่มผู้ให้กู้ซึ่งได้รับการยกเว้นก็โอนเงินกู้ดังกล่าวคืนมา แต่เรื่องนี้ก็มีปัญหาว่ากฎหมายห้ามเรียกอัตราดอกเบี้ยนั้นอาจจะถือว่าเป็นการเสี่ยงกฎหมาย ซึ่งองค์กรที่ควบคุมก็อาจจะปฏิเสธการดำเนินการดังกล่าวเช่นเดียวกัน

3. วิธีการยกเว้นให้แก่ผู้กู้ (Use of exempt borrower) วิธีการนี้ก็โดยการที่ผู้กู้จัดตั้งเป็นองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่จะได้รับยกเว้น ไม่ต้องอยู่ภายใต้การห้ามเรียกดอกเบี้ยซึ่งเป็นวิธีการที่กระทำกันมากในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยบุคคลธรรมดาอาจจะจัดเป็นบริษัท และศาลสหรัฐอเมริกาก็ยอมรับการดำเนินการดังกล่าวนี้ว่าเป็นการถูกต้องตามกฎหมาย

4. วิธีการยกเว้นแก่กิจการบางกิจการ (Use of exempt transaction) ซึ่งวิธีการนี้ก็กระทำโดยไม่ถือว่าเป็นการกู้ โดยใช้กลไกทางกฎหมายในการดำเนินการ เช่น

4.1 การซื้อขาย (Sale) ยดไว้ในกรณีที่เป็นการซื้อเรือ หรือเครื่องบินขนาดใหญ่ และส่วนที่เหลือตกลงให้เป็นการผ่อนชำระแทนที่จะเป็นลักษณะการกู้ยืมเงิน

4.2 การซื้อและการให้เข้าคืน และการซื้อคืน (Sale and lease backsale and Repurchase) โดยวิธีการนี้อาจตกลงให้ผู้ขายทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้กู้ และผู้ให้กู้ก็ทำสัญญาให้เข้าให้แก่ผู้กู้ โดยให้ผู้กู้มีสิทธิที่จะซื้อทรัพย์สินคืนได้ โดยในระหว่างดังกล่าวให้ผู้ชำระเป็นค่าเช่า ซึ่งค่าเช่านี้ก็จะรวมทั้งต้นเงินและดอกเบี้ย เรื่องดังกล่าวนี้อาจจะถือว่าเป็นการมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์กันอย่างแท้จริง (ของประเทศไทยอาจจะเปรียบเทียบกับได้ว่า เรื่องนิติกรรมอำพรางตาม ป.พ.พ. ม.118 แต่มีปัญหาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ของผู้กล่าวอ้าง ผู้วิจัย)

4.3 การทำสัญญาขาย 3 ฝ่าย (Three party sale) โดยกรณีนี้ผู้กู้ก็จะซื้อทรัพย์สินจากบุคคลภายนอกโดยการผ่อนชำระ และบุคคลภายนอกจะขายสิทธิและประโยชน์ในการผ่อนชำระให้แก่ผู้ให้กู้ที่แท้จริง และก็มีปัญหาว่ากรณีนี้จะเป็นการซื้อขายที่แท้จริงหรือไม่

4.4 การจัดตั้ง (Factoring) ในกรณีนี้ผู้กู้จะขายสิทธิในการรับเงินให้แก่ผู้ให้กู้โดยตนเองจะเป็นผู้ไต่เบี่ยและในราคาที่ลด และในกรณีที่สิทธิในการรับเงินนั้นไม่ได้รับการคืน ผู้กู้หรือผู้ขายก็จะตกลงชำระให้แก่ผู้ให้กู้ในจำนวนที่ขาดหายไป

4.5 การออกหุ้นบุริมสิทธิ (Preferred Stock) ผู้กู้สามารถได้ถอนหุ้นคืนได้เมื่อผ่อนครบถ้วน

4.6 การรับฝากเงิน (Deposit) โดยการออกเป็นหนังสือรับรองการฝากเงินแทนการกู้ยืมเงิน เพราะการกู้ยืมเงินและการรับฝากเงินนั้นแตกต่างกันอยู่แล้ว โดยผลของกฎหมาย

4.7 การออกโดยเป็นตราสารเปลี่ยนมือ (Negotiable Note) ซึ่งกรณีนี้ผู้ให้กู้สามารถออกเป็นตราสารหรือกำหนดทั้งดอกเบี้ยและเงินต้นไว้ในตราสารนั้นเลย

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

โดยทั่วไปนั้นมันมีสักว่าถึงแม้จะมีการเลือกบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญาก็ตาม หากได้มีการนำคดีดังกล่าวขึ้นมาสู่ศาลในเขตอำนาจของผู้แล้ว ศาลในเขตอำนาจของผู้ก็จะเป็นบังคับใช้กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยของตน ถึงแม้ว่าจะได้มีการตกลงให้ใช้กฎหมายภายนอกก็ตาม นอกจากศาลจะพิจารณาว่ากฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยนี้มิได้เป็นการขัดต่อหลักการเบื้องต้นในการที่จะเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศ ก็เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลต่างประเทศ ปัญหาดังกล่าวก็ยิ่งจะลึกซึ้งขึ้นไปอีก โดยควรจะต้องพิจารณาถึงปัญหาเรื่องการ

เลือกใช้กฎหมายด้วย

ในที่นี้พอจะแยกพิจารณารูปล้าระสำคัญโดยสังเขปได้ดังต่อไปนี้

1. ในกรณีที่ไม่ได้มีการเลือกใช้กฎหมาย กรณีนี้ศาลก็จะนำหลักว่าควรจะนำกฎหมายใดมาใช้ คือหลักกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกัน (Centre of gravity) ซึ่งในกรณีที่ไม่ได้มีข้อตกลงไว้ ศาลก็จะนำกฎหมายของรัฐที่สัญญาได้กระทำขึ้นมาใช้

2. ในกรณีที่ได้มีการกำหนดการเลือกใช้กฎหมายไว้อย่างแข็งข้อก็จะมีปัญหาว่าการเลือกใช้กฎหมายนั้นจะได้รับการยอมรับหรือไม่ เพราะอาจจะไปเกี่ยวข้องกับการเรื่องการเลี่ยงกฎหมาย (Evasive Choice of law) หากเป็นกรณีดังกล่าวการเลือกใช้กฎหมายก็ย่อมไม่มีผลบังคับ

มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการที่จะนำกฎหมายห้ามเรียกอัตราดอกเบี้ย เพื่อนำมาพิจารณาประกอบของศาลนั้น แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐได้ให้วางข้อพิจารณาองค์ประกอบไว้ดังต่อไปนี้ คือ (Wood 1980:51)

1. จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยนั้นจะถือว่าเป็นกฎหมายที่เป็นหลักศีลธรรม ป้องตันและมิได้เป็นเพียงกฎหมายเพื่อที่จะคุ้มครองเอกชนผู้ที่ได้มีกำลังต่อรองหรือไม่

2. ค่าโหมเพียงไรที่กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา อาจจะเป็นเรื่องประหลาด เพราะอัตราดอกเบี้ยที่เกินที่กฎหมายกำหนดนั้นอาจจะน้อยกว่าจำนวนอัตราดอกเบี้ยที่เรียกกันโดยทั่วไป ดอกเบี้ยที่เกินที่กำหนดนั้น อาจจะน้อยกว่าอัตราดอกเบี้ยที่เกินตามที่กฎหมายห้ามเรียกเป็นเพียงจำนวนเล็กน้อย

3. ศาลจะต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังถึงผลของการบังคับ ถ้าหากกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยนั้นใช้บังคับแก่คดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในการดำเนินคดีอาญานั้นเป็นเหตุให้ผู้กู้ได้รับลภษมิควรได้ ศาลก็อาจจะไม่บังคับตามกฎหมายนั้น

4. สถานภาพของผู้กู้เป็นสิ่งที่จำเป็น ถ้าหากผู้กู้เป็นบริษัทจำกัด ซึ่งจะต้องรู้ถึงขอบเขตที่จะโต้แย้งข้อกล่าวหาของกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา อย่างไรก็ตามการใช้หลักดังกล่าวนี้ไม่อาจจะคาดคะเนได้ว่าการปิดการแนวดังกล่าวจะเป็นการถูกต้องเหมาะสม

ตอนที่ 3 ปัญหาดอกเบี้ยเงินกู้ระหว่างประเทศตามกฎหมายไทย

บททั่วไป

ในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนั้น การกำหนดอัตราดอกเบี้ยมักจะเป็นการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่มีลักษณะลอยตัว ทั้งนี้เพราะสภาพของตลาดการเงินต่างประเทศ มีการผันแปรและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา การที่ผู้ให้กู้จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยเป็นการแน่นอนไว้ั้น จึงเป็นการเสี่ยงต่อการขาดทุน เพราะอัตราดอกเบี้ยในตลาดการเงินมักจะเพิ่มขึ้นทุกระยะเวลาการกำหนดอัตราดอกเบี้ยก็มักจะเป็นการกำหนดอัตราดอกเบี้ยในตลาดการเงินของลอนดอนหรือสิงคโปร์ที่เรียกว่า Libor หรือ Sibor ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

การกำหนดอัตราดอกเบี้ยนี้จะเปลี่ยนแปลงทุกรอบระยะเวลาที่ใช้ในการคำนวณดอกเบี้ย (Interest Period) โดยอาจจะอยู่ในระหว่าง 3-6 เดือน ดังนั้นในระยะ 3-6 เดือน นั้น ผู้ให้กู้หรือตัวแทนผู้ให้กู้ (Agent) จะแจ้งให้ผู้ถูกรับว่าอัตราดอกเบี้ยที่ใช้อยู่บังคับสำหรับรอบระยะเวลาคำนวณดอกเบี้ยต่อไปนั้นเป็นอัตราเท่าไร ในกรณีที่ไม่สามารถกำหนดอัตราดอกเบี้ยตาม Libor หรือ Sibor เนื่องจากไม่มีการเล่นการเงินในตลาดการเงินที่เกี่ยวข้อง หรือการกำหนดอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวไม่คุ้มทุน ผู้ให้กู้จะหามาตรการในการกำหนดอัตราดอกเบี้ยลอยตัวนั้น (ไชยวัฒน์ บุญนาค 2523:63)

✕ การกำหนดอัตราดอกเบี้ยลอยตัวนี้จึงเกิดปัญหาในทางกฎหมายอยู่หลายกรณี ในกรณีที่ดอกเบี้ยดังกล่าวเกินอัตราที่กฎหมายให้เรียกได้ แบ่งเป็น 2 กรณีคือ

1. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ซึ่งบัญญัติห้ามผู้ให้กู้เรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 และ พ.ร.บ.ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475
2. ตามมาตรา 4 ของ พ.ร.บ.ดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 และประกาศกระทรวงการคลัง ฉบับที่ 3 เรื่องการกำหนดสถาบันการเงินและอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยที่สถาบันอาจถือได้จากผู้กู้ยืม ลงวันที่ 26 เมษายน 2525 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 99 ตอน 63 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2525) ที่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่ผู้ให้กู้ ในกรณีที่ผู้ให้กู้เป็น "สถาบันการเงิน" ตามความหมายของ พ.ร.บ.นี้เป็นธนาคารพาณิชย์ หรือสถาบันการเงินระหว่างประเทศ ที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกธนาคารหรือสถาบันการเงินอื่นที่จดทะเบียนและตั้งอยู่ในต่างประเทศ เป็นสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ เรียกได้ไม่เกินร้อยละ 20 ต่อปี

(มาตรา 4 และประกาศกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 26 เมษายน 2525)

ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าหากอัตราดอกเบี้ยลอยตัวนั้น เกินอัตราที่กำหนดไว้ตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้วผลจะเป็นอย่างไร และถือว่าดอกเบี้ยเป็นโมฆะกรรมทั้งหมดหรือไม่ และการที่ในสัญญามีข้อตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญานั้น ศาลไทยจะรับบังคับให้แก่ใครเพียงไร ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในสัญญาถือว่า เช่น ค่าธรรมเนียมการจัดการเงินกู้ (Management Fee) และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการกู้ยืมเงินจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของดอกเบี้ยที่ จะนำมาคิดคำนวณหรือไม่ นอกจากนี้ก็ยังมีปัญหา เรื่องวิธีการคิดดอกเบี้ยในกรณีผิดนัด หรือปัญหา เรื่องการคิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ย จะกระทำได้หรือไม่เพียงไร โดยผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นลำดับไป รวมทั้งวิธีปฏิบัติในการหลบผลร้ายในเรื่องดอกเบี้ยด้วย โดยผู้วิจัยขอแยก พิจารณาดังต่อไปนี้

1. ปัญหากฎหมายในกรณีให้ผู้ให้กู้ธรรมดาที่มิใช่สถาบันการเงิน ตามพระราชบัญญัติ ดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืม สถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 แต่เป็นผู้ให้กู้ต่างประเทศ การพิจารณาจึงจะ ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ประกอบกับพระราช บัญญัติห้าม เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายดังกล่าวกำหนดอัตรา สูงสุดของดอกเบี้ยให้ผู้ให้กู้จะเรียกได้นั้น กฎหมายกำหนดเอาไว้ร้อยละ 15 ต่อปี

กรณีดังกล่าวนี้อาจจะเกิดปัญหาขึ้น 2 กรณี คือ

1.1 ตามที่สัญญากำหนดให้ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่คดี และกฎหมายต่าง ประเทศมิได้มีข้อกำหนดในการห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา เช่นกฎหมายไทยหรือหากมีแต่ไม่เกิน อัตราที่กฎหมายต่างประเทศกำหนด ตามมาตรา 5 พ.ร.บ.ว่าด้วยการชดทอนแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะถือว่ากฎหมายต่างประเทศนั้น เป็นการชดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และศาลไทยจะยอมรับบังคับตามกฎหมายต่างประเทศหรือไม่

1.2 ถ้าหากปรากฏว่าศาลไทยมิใช่กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่คดี โดยเหตุที่ ถือว่ากฎหมายต่างประเทศนั้น ชดต่อ พ.ร.บ.ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 อันเป็น กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ไทยบังคับแก่คดีนั้นแทน ดอกเบี้ยส่วนที่เกินจะเป็นโมฆะทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือไม่เป็นโมฆะ

ในปัญหาแรก (1.1) มีผู้ให้ความเห็นว่า ในกรณีที่อัตราดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 การ ตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นการขัดกับพระราชบัญญัติห้าม เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา -

พ.ศ. 2475 อันเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (พจนี ปุณฺยปาคม 2521:213) ดังนั้นการตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงใช้ไม่ได้ คำลาไทยจึงต้องใช้กฎหมายไทยบังคับแก่คดี (บัญญัติ ลู่ฮิวะ 2523:80)

นอกจากนี้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายกองที่ 7) ได้เคยตอบข้อหารือสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง ในการกู้ยืมเงินของกระทรวงการคลัง แต่ย้อมนำมาใช้เทียบเคียงในกรณีเอกชนได้กู้ยืมได้ในประเด็นดังกล่าวดังนี้คือ

"บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 654 ซึ่งกำหนดว่า "ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นให้ลดลงมาเป็นร้อยละ 15 ต่อปี" ก็ดี พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พุทธศักราช 2475 ซึ่งวางบทลงโทษในทางอาญาแก่ผู้ให้กู้ ซึ่งเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินอัตราที่ดี เป็นกฎหมายภายในซึ่งมีผลใช้บังคับเฉพาะในราชอาณาจักรเท่านั้น กรณีการกู้เงินหรือการค้าประกันเงินกู้ของกระทรวงการคลังตามข้อหารือนี้ ผู้ให้กู้คือสถาบันการเงินต่างประเทศซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร และเมื่อข้อเท็จจริงสำหรับกรณีนี้หาหรือมาไม่ได้ความว่า ตามสัญญากู้เงินที่กระทรวงการคลังทำไว้กับสถาบันการเงินในต่างประเทศได้กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศผู้ให้กู้บังคับแก่กรณีตามสัญญา และกฎหมายของประเทศผู้ให้กู้มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเรียกเก็บอัตราดอกเบี้ยไว้ อัตราดอกเบี้ยตามสัญญาที่ตั้งกล่าวย่อมต้องเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญานั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายกองที่ 7) จึงเห็นว่าแม้อัตราดอกเบี้ยจะเปลี่ยนแปลงไปจนเกินอัตราที่จำกัดไว้ในกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งเป็นผู้ การบังคับตามสัญญาจะต้องคงเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้นั้น ปัญหาจะเกิดขึ้นเฉพาะแต่เมื่อการนำคดีอันเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวขึ้นสู่ศาลไทย หรือบังคับคดีในศาลไทยเท่านั้น และมีปัญหาเฉพาะดอกเบี้ยในส่วนที่เกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ในปัญหานี้ เห็นว่าศาลไทยต้องวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช 2481 มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย" เมื่อมีการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้นต้องห้ามตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 ซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ซึ่งเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นดอกเบี้ยในส่วนที่ลอยตัว

เกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ซึ่งบังคับในศาลไทยไม่ได้ (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาบันทึก
ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2522)

ตามความเห็นนี้เห็นว่า ศาลไทยจะไม่นำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ แต่อย่างไร
ก็ดีก็ยังไม่เคยปรากฏคดีเป็นบรรทัดฐานแต่ประการใด

ในปัญหาประการที่สี่ (1.2) เมื่อใช้กฎหมายไทยบังคับจะถือว่าดอกเบี้ยที่กำหนดไว้
นั้นจะใช้และบังคับได้หรือไม่เพียงใด โดยทั่วไปกรณีธรรมดานั้น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐาน
โดยตลอดมาว่า ในกรณีที่มีการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราดอกเบี้ยส่วนที่เกินอัตรานั้นย่อมเป็นโมฆะ
กรรมเสียไปทั้งหมด ทั้งนี้เพราะเหตุว่าข้อตกลงการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นโมฆะกรรมตาม
มาตรา 113 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ
ศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงถือว่าไม่มีข้อตกลงข้อนี้อยู่ หรือข้อตกลงนั้นเสียเปล่า เมื่อไม่มีข้อ
ตกลงจึงเรียกดอกเบี้ยได้และไม่มีอะไรที่จะต้องลดลงอีก แต่ผู้ให้กู้สามารถเรียกดอกเบี้ยในส่วน
ที่ผู้ผิดนัดร้อยละ $7\frac{1}{2}$ ต่อปี นับแต่วันฟ้อง ส่วนเงินกู้นั้นยังคงสมบูรณ์อยู่ตามหลักในประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์มาตรา 135 โดยศาลถือว่าการกู้เงินและการคิดดอกเบี้ยนั้นแยกออกจากกัน
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1238/2502 คดีระหว่างนายแป้วกับพวก โจทก์ นายยัง จำเลย, และ พจนี
บุษปาคม 2525:214)

แต่อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่าในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศความเป็นโมฆะกรรม
ของดอกเบี้ยว่า ดอกเบี้ยนั้นไม่ควรเป็นโมฆะกรรมทั้งหมด ควรจะเป็นโมฆะกรรมเฉพาะส่วนที่เกิน
กว่ากฎหมายกำหนดเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งบันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ลงวันที่
16 กุมภาพันธ์ 2522 ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ในตอนท้ายว่า "ดอกเบี้ยในส่วนลอยตัว
เกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ซึ่งบังคับในศาลไทยไม่ได้" ซึ่งย่อหมายความว่ายังคงบังคับได้แก่
อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี

นอกจากนี้ยังมีผู้ให้เหตุผลว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับดอกเบี้ยไม่เป็นโมฆะคือ (ไชยวัฒน์
บุญนาค 2523:69-70)

1. ข้อตกลงให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ไม่เป็นโมฆะเพราะกรณี
ดังกล่าวไม่ใช้บังคับแก่การให้กู้ยืมของสถาบันการเงินต่างประเทศ มาตรา 654 ป.พพ. และ
พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 นั้น ให้ใช้บังคับเฉพาะการให้กู้ยืมใน
ประเทศไทยเท่านั้น

2. กฎหมายต่างประเทศที่ใช้บังคับแก่สัญญาที่อนุญาตให้ เรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้นั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทย เพราะ

ก. ไม่เป็นการกระทบกระเทือนความมั่นคงหรือประโยชน์ได้เสียของประชาชนโดยตรง ตรงกันข้ามกับการที่สามารถกู้ยืมเงินจากต่างประเทศได้นั้นเป็นการช่วยบรรเทาภาวะเงินฝืดเคืองในประเทศ ทำให้ได้เงินมาใช้ลอยในกิจการพาณิชย์และอุตสาหกรรมอันก่อให้เกิดรายได้แก่ประชาชนชาวไทยเสียอีก ยิ่งกว่านั้นแม้รัฐบาลไทยเองก็กู้เงินจากต่างประเทศในอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 อยู่แล้ว

ข. อัตราดอกเบี้ยที่กำหนดร้อยละ 15 ต่อปีนั้น ได้กำหนดไว้ตั้งแต่ปี 2472 ให้ตรงกับความเป็นจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีกฎหมายให้อำนาจทางราชการกำหนดอัตราดอกเบี้ยให้สูงกว่าอัตราที่กำหนดได้คือ พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 จึงเห็นได้ว่าอัตราดอกเบี้ยที่สูงเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี แต่ไม่เกินร้อยละ 20 ต่อปีนั้น ไม่ใช่เป็นสิ่งชั่วร้ายที่กฎหมายมุ่งจะป้องกันเสียแล้ว

สำหรับความเห็นเกี่ยวกับความเป็นโมฆะกรรมของดอกเบี้ยนั้น ในปัจจุบันก็ยังเป็นปัญหาอยู่มาก ซึ่งการตีความของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ตีความในลักษณะที่ถือว่าดอกเบี้ยจะเรียกได้นั้นไม่เป็นโมฆะทั้งหมด ยังคงเรียกได้เฉพาะตามอัตราที่กำหนดให้ เรียกตามกฎหมายเท่านั้น แต่ก็ไม่มีหลักประกันอันใดที่จะมั่นใจได้ว่าศาลไทยจะวินิจฉัยไปกำหนดเดียวกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพราะศาลอาจการตีความเช่นเดียวกับการกู้ยืมในประเทศโดยถือว่าดอกเบี้ยควรจะเป็นโมฆะกรรมทั้งหมด การตีความเช่นนี้เป็นการตีความโดยเคร่งครัดตามบทกฎหมายและศัพท์พินาศาคำวลีกาล่าฉบับส่วนน้อยอยู่ ส่วนการตีความที่ถือว่าดอกเบี้ยไม่ควรเป็นโมฆะทั้งหมดนั้นมีเหตุผลอันนอกเหนือจากเหตุผลโดยตรงตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นความเห็นที่ได้รับความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นส่วนราชการอยู่ (ไขยวัฒน์ บุนนาค 2523:70)

2. บัญญัติให้ผู้ให้กู้เป็นผู้ให้กู้ที่เป็นสถาบันการเงินและที่อยู่ภายใต้ नियามของพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523

ข้อพิจารณาจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ออกมาเพื่อสอดคล้องข้องเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 654 ที่ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราดังปรากฏในเหตุผลของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวว่า

"โดยที่มาตรา 654 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้คัดลอกเขียนเกินร้อยละ 15 ต่อปี เป็นกฎหมายที่ได้ใช้บังคับมานานแล้ว บัดนี้ภาวะการเงินของตลาดโลกและตลาดภายในประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก หากยังคงจำกัดลอกเขียนไว้ในอัตราเดิมจะเป็นอุปสรรคแก่การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและทำให้ขาดความคล่องตัวในการที่ทางราชการจะใช้อัตราดอกเบี้ยเป็นเครื่องมือเพื่อประโยชน์ในทางนโยบายการเงิน ในอันที่จะแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจต่าง ๆ ของประเทศ สัมควรมีกฎหมายให้อำนาจแก่ทางราชการกำหนดอัตราดอกเบี้ยให้สูงกว่าอัตราดังกล่าวเฉพาะในส่วนที่เป็นการให้กู้ยืมของสถาบันการเงินได้จึงจำเป็นต้องตามพระราชบัญญัตินี้"

ส่วนคำว่าสถาบันการเงินที่จะอยู่ในข่ายควบคุมตามกฎหมายฉบับนี้ได้แก่องค์กรตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 ได้แก่

1. ธนาคารแห่งประเทศไทย
2. ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์
3. บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์
4. สถาบันการเงินอื่นที่รัฐบาลกำหนดโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยประกาศตามราชกิจจานุเบกษา *

ในวิธานพนธ์นี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ถึงผู้ให้กู้ซึ่งเป็นสถาบันการเงินต่างประเทศ และอยู่ภายใต้ค่านิยมของกฎหมายนี้ จะเห็นได้ว่าอาศัยตามความในมาตรา 4 ของกฎหมายดังกล่าว บัญญัติว่า การกระทรวงการคลัง ได้ออกประกาศกระทรวงการคลัง วันที่ 26 เมษายน 2526 โดยกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่ผู้ให้กู้ซึ่งเป็นธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินต่างประเทศ เรียกได้ไม่เกินร้อยละ 20 ต่อปี แทนที่จะเป็นร้อยละ 15 ต่อปี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 654

* แต่เดิมเคยมีปัญหาว่า ธนาคารต่างประเทศที่ไม่มีสาขาตาม พ.ร.บ. ธนาคารพาณิชย์ และจัดการให้กู้แก่ผู้กู้ในประเทศไทย จะอยู่ในความหมายของคำว่าสถาบันการเงินตามกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ จนกระทั่งได้มีการออกประกาศกระทรวงการคลัง ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2525 ลงวันที่ 26 เมษายน 2525 ให้รวมถึงสถาบันการเงินที่จดทะเบียนและตั้งขึ้นในต่างประเทศด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 6 พ.ร.บ. ดอกเบี้ยให้กู้ยืม) เงินแก่สถาบันการเงิน พ.ศ. 2523)

การออกพระราชบัญญัติฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นวิธีการหนึ่งที่เป็นการแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเรียกดอกเบี้ยโดยวิธีที่เรียกว่า (Use of Exempt Lender (Wood 1980:48) สำหรับกรณีให้ผู้กู้มีได้อยู่ในคำนิยามตาม พ.ร.บ. ฉบับนี้ก็ต้องพิจารณาจากกรณีแรกที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คือเรียกได้ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ส่วนปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นก็จะเหมือนกับกรณีแรกจะต่างกันเพียงแต่ว่ากรณีอัตราดอกเบี้ยสูงที่ผู้ให้กู้จะเรียกได้นั้น อยู่ในอัตราร้อยละ 20 ต่อปี กล่าวโดยสรุปคือผู้วิจัยเห็นว่าศาลไทยคงจะไม่ยอมรับบังคับคดีโดยใช้กฎหมายต่างประเทศเพราะถือว่าเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเกินอัตราและดอกเบี้ยดังกล่าวอาจจะเป็นโมฆะทั้งหมดหรืออาจจะเรียกได้เฉพาะส่วนที่กฎหมายกำหนดให้เรียกคือ ร้อยละ 20 เท่านั้น

โดยที่ปัญหาดังกล่าวก็ยังไม่เคยมีตัวอย่างบรรทัดฐานของศาลว่าศาลจะพิพากษาคดีไปในแนวใด สำหรับผู้วิจัยเองใคร่ตั้งข้อสังเกตและความเห็นในปัญหาดังกล่าวดังต่อไปนี้*

1. ในประการแรกเกี่ยวกับการที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและนักกฎหมายหลายท่านอ้างเหตุผลว่าการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศที่ไม่มีข้อกำหนดการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้นเป็นกฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นการตกลงที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ดังนั้นศาลไทยจะบังคับคดีให้ตามกฎหมายต่างประเทศมิได้ตามมาตรา 5 พ.ร.บ. ขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศในกรณีนี้จะไม่ขัดกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 5 แต่ประการใด ทั้งนี้การที่จะพิจารณาว่ากฎหมายใดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การตีความในกรณีมีการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น ควรจะต้องถือว่าเป็นกรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสาธารณะเท่านั้น แต่ควรจะต้องคำนึงถึงกาลเทศะและกระทบกระเทือนถึงความเป็นอยู่ของประเทศชาติเป็นสำคัญ การขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจะต้องดูไปตามกาลสมัย การที่จะนำมาตรา 5 มาใช้ควรจะให้แคบตามหลักการของตีความ (หยุด...แสงอุทัย 2482:179-190)

* ขอให้ดูแนวการพิจารณาของศาลสหรัฐในบทที่ 6 ตอนที่ 2 หน้า 168 ประกอบไปด้วย

2. จะเห็นได้ว่าในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศในปัจจุบัการกำหนดให้ใช้กฎหมายต่างประเทศ ถึงแม้จะขัดกับพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราก็ตาม พ.ร.บ.ดังกล่าวก็น่าจะไม่ล่อคดคล้องกับกาลเทศะและสภาพเศรษฐกิจ และน่าจะถือได้ว่า พ.ร.บ. นั้นล้าสมัยไปเสียแล้ว เพราะบัญญัติมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 ซึ่งในขณะนั้นจะไม่เจตนากรณีที่ควบคุมถึงการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศแต่ประการใด โดยความเห็นของผู้วิสัยสังมีความเห็นว่าคำล่านั้นจะรับบังคับคดีให้เป็นไปตามกฎหมายของต่างประเทศได้ เพื่อผลประโยชน์ของประเทศชาติเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามความคิดเห็นดังกล่าวนี้ก็ไม่มีคำพิพากษาฎีกาล้นับล้นนับแต่อย่างใด

3. อย่างไรก็ตาม หากที่ศาลไทยจะนำกฎหมายไทยมาใช้บังคับแก่คดีผู้วิสัยสังมีความเห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เห็นว่าในกรณีดอกเบี่ยเกินอัตราตามที่กฎหมายกำหนดไม่ว่าจะเป็นร้อยละ 15 หรือร้อยละ 20 ในกรณีที่ 1 และ 2 ก็ตาม ศาลไม่ควรพิจารณาว่าดอกเบี่ยดังกล่าวเป็นโมฆะกรรมทั้งหมด ควรจะให้ดอกเบี่ยส่วนที่ไม่เกินใช้บังคับได้ เพราะไม่มีกฎหมายที่บัญญัติไว้ แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ยกขึ้นอ้างอิงดังกล่าวก็เป็นแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่วินิจฉัยในกรณีที่เป็นกู้ยืมเงินในประเทศและทำนั้น ศาลไม่จำเป็นต้องถือตามแนวคำพิพากษาศาลดังกล่าวโดยตลอดไป นอกจากนี้ในขณะที่ทำสัญญากู้ยืมเงินกันถ้าหากดอกเบี่ยยังไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด จะถือว่าคู่สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์ข้อตกลงกฎหมาย คงจะไม่ได้อีก การที่จะถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายนั้นคู่สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์ร่วมกันว่า อัตราดังกล่าวเกินกว่าอัตราขั้นสูงสุดของกฎหมายที่ให้ เรียก

4. ข้อสังเกตมีคำพิพากษาฎีกาที่ 8/2522 คดีระหว่างธนาคารกรุงไทยกับโจทก์และห้างหุ้นส่วนจำกัด ต.พัฒนาภิก พวงจำเลย ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลได้วินิจฉัยว่า "ในกรณีการให้กู้ยืมเงินเกินกว่าที่ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยสัญญากำหนดเป็นเบี่ยปรับในกรณีจำเลยผิดนัดไม่ชำระต้นเงินและดอกเบี่ยนั้น ศาลบังคับให้ได้โดยไม่ว่าเป็นดอกเบี่ย แต่ถือว่าเป็นเบี่ยปรับอันเป็นค่าเสียหายที่กำหนดกันไว้ล่วงหน้าและมีผลบังคับได้แต่ศาลมีอำนาจลดลง

ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นแย้งไว้ว่า การตีความกฎหมายนี้ไม่น่าจะตกลงเป็นเบี่ยปรับได้ เพราะหากให้ทำได้เช่นนี้ก็เท่ากับให้มีการเลี่ยงกฎหมาย ซึ่งในคดีนี้ศาลลดลงมาให้เท่ากับอัตราของประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย แต่ไม่เกินร้อยละ 15 ก็พอทำได้แต่หากกำหนดดอกเบี่ยไว้สูงสุดตามกฎหมายแล้ว กำหนดเบี่ยปรับเพิ่มเติมอีก ไม่น่าจะเป็นเบี่ยปรับ (เสตติ ดิงคังทีย 2522: 7-8) ผู้วิสัยสังมีความเห็นด้วยกับความเห็นแย้งนี้

ปัจจุบันนี้ผู้วิสัยมีความเห็นว่าพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้น เป็นสิ่งค่อนข้างที่ไม่สามารถบังคับให้กฎหมายดังกล่าว เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างแท้จริง ตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายกรณีดังกล่าวส่วนใหญ่มักจะเป็นรัฐเท่านั้น เพราะผู้กู้ไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหาย เพราะส่วนใหญ่มักจะเป็นการร่วมกู้ด้วยกัน กฎหมายดังกล่าวก็ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง (ประสิทธิ์ โภทวีโลกุล 2523:44) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนั้นกฎหมายดังกล่าวทันสมัยที่จะใช้บังคับแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งคงไม่ต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแน่นอนจึงสมควรที่จะพิจารณาปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราให้สอดคล้องกับสภาวะเศรษฐกิจของสังคม และสมควรต้องพิจารณาว่าประเทศไทยนั้นควรจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยโดยกฎหมายหรือปล่อยให้อัตราดอกเบี้ยลอยตัว เพื่ออย่างน้อยจะก่อให้เกิดความแน่นอนในการใช้กฎหมายและตีความกฎหมาย และจะได้ไม่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ และศาลจะไม่ต้องตีความกฎหมายแบบเสียงกฎหมายตั้งนัยคำพิพากษาฎีกา 8/2522 ตามความเห็นของศาลฎีกาจารย์ สิตติ ขำตัน ปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่าการกู้ยืมของส่วนราชการ องค์กร รัฐวิสาหกิจ หรือกระทรวงการคลังก็มีความไม่แน่ใจเพียงแต่ยืนยันนโยบายเดิม โดยการออกจดหมายยืนยันให้แก่ผู้ให้กู้ว่าถ้าหากกรณีสถานการณ์การเงินระหว่างประเทศเปลี่ยนแปลงไป กระทรวงการคลังก็พร้อมที่จะเปลี่ยนแปลงและปรับปรุงอัตราดอกเบี้ยดังกล่าว ให้สอดคล้องกับอัตราดอกเบี้ยทางตลาดการเงินระหว่างประเทศ (เดชอุดม โกรฤทธิ์ 2525:5) ซึ่งหลักการดังกล่าวก็ยิ่งก่อให้เกิดความไม่แน่ใจในเรื่องอัตราดอกเบี้ยยิ่งขึ้น ควรที่จะมีการพิจารณาปัญหาดังกล่าวเพื่อแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับความเป็นจริง และสภาวะเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

วิธีปฏิบัติในการหลบผลร้ายของการห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา*

เนื่องจากมีปัญหาที่ยังไม่แน่ใจดังกล่าว ได้มีการคิดหาวิธีการหลบผลร้ายดังกล่าวโดยนักกฎหมายที่จะมีผลกระทบต่อดอกเบี้ยที่เกินอัตรา โดยมีวิธีดังกล่าวโดยสรุปได้ดังต่อไปนี้คือ

1. กำหนดหนี้เงินกู้เป็นสกุลเงินตรา ซึ่งมีอัตราดอกเบี้ยไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี แต่โดยวิธีการนี้ผู้กู้จะต้องขาดทุน อันเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของเงินตรา (เพราะผู้กู้ได้กู้ยืมเงินมาเป็นเงินตราอื่น หากมีการเปลี่ยนแปลงอัตราแลกเปลี่ยนก็ย่อมเปลี่ยนแปลงและอาจต้องชำระเงินเพิ่ม)

* รายละเอียดดู Jayavadh Bunnag 1980:265

2. สัญญาอาจจะระบุสิทธิในการเลือกสกุลเงินตราหลายสกุล กล่าวคือ ผู้กู้อาจจะเลือกกู้เงินดอลลาร์สหรัฐ แต่ในกรณีที่ดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ผู้ให้กู้มีสิทธิที่จะให้กู้เงินสกุลเงินตราอื่น ซึ่งดอกเบี้ยไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี

3. ผู้ให้กู้บางรายกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุดไว้ร้อยละ 15 ต่อปี ในสัญญา

4. ผู้ให้กู้บางรายบัญญัติข้อตกลงในสัญญา เช่น กำหนดไว้ว่าดอกเบี้ยขึ้นสูง เป็นไปตามกฎหมาย เช่น ร้อยละ 15 แต่หากอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวต่ำกว่าร้อยละ 15 แล้วก็จะเรียกในอัตราที่ต่ำกว่านั้น แต่ถ้าหากอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าร้อยละ 15 ก็จะเรียกจากผู้กู้เพียงร้อยละ 15 ดอกเบี้ยที่อยู่ในอัตราร้อยละ 15 และไม่ได้เรียกเก็บนั้นผู้กู้จะต้องชำระส่วนต่างดังกล่าวให้แก่ผู้ให้กู้

5. ผู้ให้กู้บางรายอาจจะกำหนดสัญญาโดยกำหนดเงินค่าทดแทนส่วนต่าง ส่วนที่เหลือเป็นพิเศษ ซึ่งวิธีดังกล่าวนี้อาจจะก่อให้เกิดความยุ่งยากทางภาษี และกฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา

6. ในประการสุดท้ายผู้ให้กู้บางรายจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุด ชำระล่วงหน้าซึ่งโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ถึงแม้ว่าจะคำนวณโดยวิธีธรรมดาแล้วดอกเบี้ยดังกล่าวจะเกินร้อยละ 15 หรือโดยการทำเป็นกิจการอื่นนอกจากการกู้ ซึ่งไม่อยู่ในควบคุมของกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา หรือโดยการกำหนดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 แต่เพิ่มค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ซึ่งล้มเหตุผลซึ่งอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าว

7. อาจทำรูปในอัตรารับซื้อตัวเงินโดยตัวอย่างเช่น ผู้ให้กู้อาจจะขอเงินเป็นจำนวน 5 ล้านดอลลาร์ โดยผู้กู้อาจจะออกตัวสัญญาใช้เงินให้แก่ผู้ให้กู้ ผู้ให้กู้จะชำระเงินให้แก่ผู้กู้เพียง 4 ล้านดอลลาร์ โดยหักเงินจำนวนที่เหลือไว้เป็นค่าส่วนลด เป็นที่สังเกตว่าอัตราค่าส่วนลด (Discount Rate) ในปัจจุบันนั้นไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี (หรือร้อยละ 20 ต่อปี ในกรณีผู้ให้กู้เป็นสถาบันการเงิน)

อย่างไรก็ตามวิธีการปฏิบัติดังกล่าวนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับหรือมีตัวอย่างบรรทัดฐานจากศาลแต่ประการใด แต่ผู้ให้กู้เข้าใจว่าเป็นวิธีการที่ดีที่สุดขณะนี้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ทางรัฐบาลจะต้องพิจารณาปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนของกฎหมายดังกล่าว เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงและเพื่อให้เป็นไปตามสภาวะเศรษฐกิจที่แท้จริงด้วย

ปัญหาการที่ข้อสัญญากำหนดให้ผู้ชำระค่าใช้จ่ายอื่น ๆ นอกเหนือจากดอกเบี้ยจะต้องว่าเงินค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เป็นส่วนหนึ่งของดอกเบี้ยหรือไม่

โดยทั่วไปแล้วตามกฎหมายไทยนั้น พ.ร.บ. ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มีบทบัญญัติที่กว้างมาก ซึ่งจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าหากสัญญากำหนดให้ผู้ชำระค่าใช้จ่ายนอกเหนือจากดอกเบี้ยที่แท้จริงจะต้องว่าดอกเบี้ยส่วนอื่น ๆ เป็นดอกเบี้ยหลบซ่อน ซึ่งวิธีตกลงเช่นว่านี้ถือได้ว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศที่เรียกว่า (Non-Usurious Charges) อันเป็นวิธีการหนึ่งที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาการห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้แก่ ค่าที่ปรึกษากฎหมาย ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้น การตกลงให้ผู้รับผิดชอบในภาคดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมการจัดการเงินกู้ ค่าธรรมเนียมในการทำสัญญา (Management Fee Front End Fee) ค่าการเป็นตัวแทนในกรณีเป็นการกู้ร่วม (Agency Fee) ค่าตอบแทนในการเตรียมเงินสำรองเงินกู้หรือค่าผูกพันหนี้ Commitment Fee หรือค่าธรรมเนียมค้ำประกัน (Guarantee Fee) จะถือว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวเหล่านี้ ถ้ากำหนดให้ผู้ชำระให้แก่ผู้ให้กู้แล้ว เป็นดอกเบี้ยหลบซ่อน อันจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราหรือไม่ เพราะถ้าหากเป็นดอกเบี้ยหลบซ่อน อาจจะส่งผลให้ดอกเบี้ยดังกล่าว หรือค่าใช้จ่ายดังกล่าวผู้ให้กู้ไม่อาจเรียกได้จากผู้กู้ รวมทั้งดอกเบี้ยที่กำหนดไว้เดิมด้วย บทบัญญัติที่จะต้องนำมาพิจารณาได้แก่มาตรา 3(ข) ของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ซึ่งได้กำหนดว่า

"มาตรา 3 บุคคลใด

(1) ... ฯลฯ

3. นอกจากดอกเบี้ยยังอาจกำหนดจะเอา หรือรับเอาสิ่งกำไร อันเป็นเงินหรือสิ่งของ หรือโดยวิธีการเพิกถอนหนี้ หรืออื่น ๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากเกินส่วนอันสมควร ตามเงื่อนไขในการกู้ยืมเงิน"

ข้อพิจารณาซึ่งต้องพิจารณาค่าใช้จ่ายดังกล่าวข้างต้น ที่นอกเหนือจากดอกเบี้ยจะเป็นกำไรอันที่เป็นเงินหรือไม่ หรือ "อื่น ๆ" นอกจากนี้จะต้องเป็นที่เห็นได้ชัดว่าประโยชน์นั้นเกินสมควร ซึ่งต้องพิจารณาค่าใช้จ่ายนั้นเป็นเงินกำไรหรือ "อื่น ๆ" หรือไม่ ผู้วิจัยเองมีความเห็นว่า สำหรับค่าที่ปรึกษากฎหมาย เงินค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นที่สมควร ค่าภาษีที่ผู้ตกลงชำระให้ ค่าธรรมเนียมในการค้ำประกัน ค่าธรรมเนียมการเป็นตัวแทน ไม่ควรตกอยู่ในความหมายของคำว่า

กำไร หรืออื่น ๆ ที่ผู้ให้กู้รับเอา เพราะกำไรนั้นควรจะหมายถึงผลประโยชน์อื่น ๆ ที่ได้จากการลงทุนหรือการดำเนินงานกิจการ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะเห็นว่าเงินดังกล่าวเป็นเงินกำไรหรืออื่น ๆ ผู้วิสัยก็ยังเห็นว่าการเรียกดังกล่าวนี้ไม่เป็นที่เห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นเกินสมควรตามมาตรา 3(ค) แต่ประการใด ปัญหาจะเกิดขึ้นสำหรับกรณีค่าธรรมเนียมจัดการ เงินกู้ Management Fee หรือ Front End Fee หรือที่เรียกว่าค่าปากถุงข้างต้น ซึ่งอาจจะถือว่าเป็นเงินกำไรหรืออื่น ๆ และอาจจะถือว่าเป็นประโยชน์ที่ผู้ให้กู้ได้รับเกินสมควร ถึงแม้ในปกติจะเรียกในระหว่างในอัตรา 1 % หรือ 5 % ของเงินกู้ก็ตาม ก็ไม่เคยมีคำวินิจฉัยไว้ มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ค่าบริการที่ผู้ให้กู้เรียกจากผู้กู้ นอกเหนือจากดอกเบี้ยเงินกู้นั้นน่าจะมีความผิดตามกฎหมาย (ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล) 2523:38) ผู้วิสัยมีความเห็นโดยส่วนตัวว่า ค่าใช้จ่ายดังกล่าวคือค่าธรรมเนียมในการจัดการเงินกู้ นั้น * เป็นประเพณีปฏิบัติที่ได้กระทำกันมาในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ดังนั้นถ้าหากมีคดีขึ้นมาสู่ศาล ก็จะต้องนำประเพณีปฏิบัติดังกล่าวมาพิสูจน์ให้แก่ศาลด้วย เพราะถือว่าเป็นข้อเท็จจริง แต่จนกระทั่งปัจจุบันนี้ก็ยังไม่มีบรรทัดฐานแต่ประการใด

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งก็คือ ในกรณีที่มีการตกลงดอกเบี้ยตามอัตราสูงสุดที่ให้เรียกตามกฎหมายแล้ว แต่ผู้ยืมยอมชำระดอกเบี้ยส่วนที่เกินให้แก่ผู้ให้กู้ด้วยความสมัครใจ เช่นนี้ถือว่าผู้ชำระหนี้ตามอำเภอใจ โดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีความผูกพัน ผู้กู้ไม่มีสิทธิ์จะเรียกเงินคืนจากผู้ให้กู้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 และในกรณีนี้ย่อมถือว่าผู้ยืมชำระดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จึงเรียกดอกเบี้ยคืนไม่ได้ตาม มาตรา 411 (คำพิพากษาฎีกาที่ 99/2515 คดีระหว่างนายถนอม ลูคนธ์สังข์ โจทก์ นายวิเชียร จำเลย)

ปัญหาเรื่องดอกเบี้ยโมฆะกรณีนั้น ในกรณีที่มีการค้าประกันโดยหลักของกฎหมายแล้ว ผู้ค้าประกันยอมหลุดพ้นจากความผิดตามมาตรา 681 เพราะข้อตกลงดอกเบี้ยเป็นโมฆะกรรม แต่ในเรื่องการรับอวัลตัวเงิน มีปัญหาว่าผู้รับอวัลจะหลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 940

* คำพิพากษาฎีกาที่ 8/2522 มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีการที่ผู้ให้กู้เรียกค่าบริการในการวิเคราะห์โครงการซึ่งศาลบังคับให้ชำระได้ คดีดังกล่าวไม่มีประเด็นเรื่องดอกเบี้ยหลบซ่อน แต่น่าจะถือว่าเป็นการรับจ้างทำของดังนั้นค่าธรรมเนียมในการจัดการเงินกู้ หรือค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น จากการกู้ยืมเงินจึงไม่ควรถือว่าเป็นดอกเบี้ยหลบซ่อน

ในประมวลกฎหมายแพ่งหรือไม่ ย่อมเห็นว่า การรับอาวัลก็เป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งถือว่า การรับอาวัลดังกล่าวก็ควรจะเป็นโมฆะกรรมด้วย เนื่องจากการรับอาวัลเป็นนิติกรรมตั้งที่ได้กล่าว มาแล้ว (Jayavadh Bunnag: 1980:266)

ปัญหาการคิดดอกเบี้ยทบต้นและดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยในกรณีผิดนัดตามกฎหมายไทย

ในกรณีดังกล่าวนี้จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 224 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า "ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัด" และมาตรา 655 ซึ่งบัญญัติว่า "ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แต่ทว่าเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง คู่สัญญาผู้ยืมจะตกลงกันให้อวดดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงิน แล้วให้คิดดอกเบี้ยในจำนวนที่ทบเข้า กันนั้นก็ได้ แต่การตกลงเช่นนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

วรรค 2 "ส่วนประเพณีการค้าที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัดก็ดี ในการค้า ขายเป็นอย่างอื่นทำนอง เช่นว่านี้ก็ดี หาอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้นไม่"

ก. กรณีคิดดอกเบี้ยทบต้น

ดังนั้น จึงต้องพิจารณาแยกเป็นสองประการดังกล่าวคือ

1. ในกรณีที่ เป็นสัญญาผู้ยืมเงินระหว่างประเทศ การมีข้อตกลงให้เรียกดอกเบี้ย ซ้อนดอกเบี้ย ในกรณีที่ค้างชำระเงินต้น จะกระทำได้อหรือไม่ ย่อมเห็นว่า โดยบทบัญญัติของมาตรา 654 วรรคแรกนั้น ผู้ให้กู้จะเรียกดอกเบี้ยทบต้นในอัตราดอกเบี้ยที่ค้างชำระได้ แต่จะต้องเป็นกรณี ที่ค้างชำระดอกเบี้ยเกิน 1 ปี แต่จะต้องตกลงเป็นหนังสือ โดยคู่กรณีอาจตกลงในภายหลัง หรือ อาจตกลงกันได้ตั้งแต่ตอนทำสัญญาผู้ยืมให้ผู้ให้กู้มีสิทธิคิดดอกเบี้ยทบต้นในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ นั้นได้ ถ้าหากไม่ตกลงกันไว้ ก็ย่อมจะกระทำไม่ได้ (กมล สันธิเกษตริน 2520:43)

2. ในกรณีที่มีประเพณีการค้า ให้คิดดอกเบี้ยทบต้นได้เช่นนี้ คู่กรณีย่อมให้คิด ดอกเบี้ยทบต้นได้ทุกกระยะเวลา โดยไม่ต้องค้างดอกเบี้ยเกิน 1 ปี หรือต้องทำเป็นหนังสือ แต่จะ ต้องเป็นประเพณีการค้าที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัดหรือในการค้าอย่างอื่นทำนอง เดียว กันเช่นว่านี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า การกู้ยืมเงินธรรมดา ไม่อยู่ในความหมายของประเพณีการค้าที่ จะคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ (กมล สันธิเกษตริน 2520:43 และ พลัน บุขปาคม 2521:228) โดย ให้เหตุผลว่าการกู้ยืมเงินธรรมดานั้นไม่ควรจะอยู่ในความหมายของประเพณีการค้าที่คำนวณดอกเบี้ย ทบต้น ทำนองเดียวกับบัญชีเดินสะพัด ซึ่งในเรื่องนี้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็น

บรรทัดฐาน คือคำพิพากษาฎีกาที่ 580/2509 ระหว่างธนาคารอาคารสงเคราะห์ โจทก์ กับ ร้อยเอกจินดา สุ่มนัฐ กับพวก จำเลย ซึ่งคำวินิจฉัยว่า "กู้เงินธนาคารเพื่อเอาไปปลูกบ้านโดยต่าง ไม่ใช้กรณีบัญชีเดินสะพัด เรียกดอกเบี้ยทบต้นไม่ได้" อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 191/2506 คดีระหว่างธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด โจทก์ นายสว่าง กุลจักร กับพวก จำเลย ได้วินิจฉัยไว้ว่า "ธนาคารพาณิชย์ที่ประกอบธุรกิจในการกู้ยืมเงินและมีประเพณีการค้าในการให้กู้เงินด้วยการคิดดอกเบี้ยทบต้นเป็นรายเดือน เป็นปกติธรรมดา ได้ทำสัญญาให้กู้ยืมเงินโดยตกลงคิดดอกเบี้ยทบต้นเมื่อผิดนัดเป็นรายเดือน สัญญาเช่นว่านี้ย่อมสมบูรณ์ใช้ได้ตามประมวลกฎหมาย และพาณิชย์มาตรา 655 วรรค 2" จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวนี้ จะทำให้เกิดความสับสนว่า ในการกู้ยืมเงินนั้นจะใช้บทบัญญัติในมาตรา 655 ในวรรค 2 ได้หรือไม่ เรื่องนี้ถ้าหากพิจารณาจากคำพิพากษาฎีกาแล้วจะเห็นว่าในคดีดังกล่าว จำเลยมีโต้แย้งว่าโจทก์/มีสิทธิคิดดอกเบี้ย โดยต้องมีบัญชีเดินสะพัดหรือไม่ จำเลยจึงยกเอาประเด็นดังกล่าวขึ้นมาอ้างไม่ได้ และมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า ความในวรรค 2 มาตรา 655 นั้น มิใช่บัญญัติสำหรับบุคคลผู้เป็นพ่อค้า แต่ต้องหมายถึงกรณีซึ่งผิดไปจากการกู้ยืมธรรมดา คือการค้าที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัด อันเป็นประเพณี มิใช่ว่าการค้าที่บัญชีจะหักกลบลบหนี้กันเป็นคราว ๆ แล้วจะคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ เสมอไป ต้องเป็นการค้าที่เกี่ยวกับการกู้ยืม อันจะใช้กฎหมายลักษณะนี้บังคับ และมีประเพณีคิดดอกเบี้ยทบต้นด้วย การกู้ยืมอย่างเดียวคิดดอกเบี้ยทบต้นไม่ได้ จะต้องมีการบัญชีเดินสะพัดเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย (พจนี บุษปาคม 2521:28) และมีคำพิพากษาฎีกาหลายฉบับที่วินิจฉัยว่าในกรณีที่มีการเลิกสัญญาบัญชีเดินสะพัดแล้วจะคิดดอกเบี้ยทบต้นต่อไปไม่ได้* จึงทำให้เหตุผลของฝ่ายนี้มีส่วนสนับสนุนว่า เจตนารมณ์ของมาตรา 655 วรรค 2 นั้น ควรจะหมายถึงเจตนารมณ์ในกรณีที่เป็นการประเพณีทางการค้าที่มีบัญชีเดินสะพัดนั่นเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในกรณีที่มีการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศโดยเบิกเงินมาในคราวเดียวกันทั้งหมดนั้น น่าจะไม่อยู่ภายใต้บังคับการคิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ย เว้นแต่จะได้ออกเป็นหนังสือ และจะคิดดอกเบี้ยได้เฉพาะส่วนที่ค้างชำระไม่น้อยกว่าหนึ่งเท่านั้น

* คำพิพากษาฎีกาที่ 1291/2512 คดีระหว่างบริษัทหลักทรัพย์นครหลวงกรุงเทพ จำกัด โจทก์ นายบรรเจิด สายเชื้อ จำเลย คำพิพากษาฎีกาที่ 1890/2524 คดีระหว่างธนาคารกสิกรไทย จำกัด โจทก์ นายยุติ พงษ์พจน์ จำเลย และคำพิพากษาฎีกาที่ 3518/2524 ระหว่างธนาคารมหานคร จำกัด โจทก์ นายอังกิม แซ่เอ็ง กับพวก จำเลย

ปัญหาที่ยังมีอีกว่า ในกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ซึ่งมิได้เบิกเงินเป็นจำนวนคราวเดียวทั้งหมดเช่นนี้ จะถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นประเพณีการค้าขายที่เกี่ยวข้องกับบัญชีเดินสะพัดหรือไม่ เรื่องนี้เห็นว่าตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 856 บัญญัติว่า "สัญญาบัญชีเดินสะพัดคือ "สัญญาซึ่งบุคคลสองคนตกลงกันว่าสืบแต่นั้นไป หรือในช่วงเวลาดังกล่าวอันใดอันหนึ่งให้ตัดทอนบัญชีหนึ่งทั้งหมด หรือบางส่วนอันเกิดขึ้นแต่กิจการในระหว่าง เขาทั้งสองนั้นหักกลบลบกัน ผลคงชำระแต่ส่วนที่เป็นจำนวนคงเหลือโดยดุลยภาพ" ซึ่งการที่จะถือว่าเป็นหนี้ที่เกิดจากบัญชีเดินสะพัดนั้น จะต้องมี 1) จะต้องจัดทำบัญชีหนึ่งขึ้น 2) ต้องมีการตัดทอนบัญชีหนึ่ง กล่าวคือต้องมีการหักกลบลบหนี้ (จิตติ ดิงค์ภักดิ์ 2520:9) และเมื่อหักหนี้แล้วจะต้องเหลือหนี้ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องชำระ ซึ่งเห็นว่าการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ถึงแม้จะเบิกเงินเป็นงวด ๆ นั้น จะถือว่ามีการหักทอนบัญชีระหว่างผู้ให้กู้กับผู้กู้มิได้ เพราะผู้กู้มิได้เป็นเจ้าของผู้ให้กู้แต่ประการใด ดังนั้นจึงไม่สามารถที่จะเรียกดอกเบี้ยทบต้นที่ค้างชำระได้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันเป็นหนังสือและเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 655 วรรคแรก คือ ดอกเบี้ยค้างชำระเกินกว่าหนึ่งปี และการตกลงใช้กฎหมายต่างประเทศในประเด็นดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าศาลไทยคงจะไม่ยอมรับบังคับกฎหมายต่างประเทศ เพราะคงถือว่าบทบัญญัตินี้ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และศาลไทยคงจะต้องนำกฎหมายไทยมาใช้บังคับแก่คดี*

ข. การคิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยกรณีผิดนัด

ปัญหาประการที่ 2 มีอีกว่า ถ้าหากยอมคิดดอกเบี้ยทบต้นได้แล้วในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ การคิดดอกเบี้ยทบต้น (หรือดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ย) ในกรณีผิดนัดนั้นจะคิดดอกเบี้ยได้หรือไม่ เรื่องนี้เห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการขัดต่อมาตรา 224 วรรค 2 ซึ่งห้ามคิด

* มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นธนาคารยอมคิดดอกเบี้ยทบต้นเงินกู้ได้ โดยปรับกับ ม.655 วรรค 2 ตอน 2 ในข้อที่ว่า "ประเพณีการค้าขายที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้น ในการค้าขายอย่างอื่นทำนองเช่นว่านี้ก็ดี" ..ประเพณี (Usage) หมายถึงทางปฏิบัติที่เป็นมา ทำนองเดียวกับประเพณีตามมาตรา 1368,557,803 (ป.พ.พ.) ฯลฯ ต่างกับประเพณีแห่งท้องถิ่น (local custom) ซึ่งจะนำมาใช้บังคับอย่างกฎหมายตามมาตรา 4 ซึ่งหมายความว่าแต่เพียงว่าเคยปฏิบัติกันมาอย่างไร ก็ปฏิบัติกันไปอย่างนั้นไม่ต้องตีमानานอย่างประเพณีแห่งท้องถิ่น... ดังนั้นธนาคารจะคิดดอกเบี้ยทบต้นในเงินกู้ก็ย่อมทำได้ ทั้งนี้ก็ยอมแล้วแต่นโยบายทางการค้าของธนาคาร หากจะกำหนดกันไว้ในสัญญาว่าเป็นหนังสือโดยชัดแจ้งไว้เลยก็ย่อมทำได้อีก ... (ไพจิตร บุญพันธ์ 2523: 384-385)

ดอกเขี้ยวซ้อนดอกเขี้ยว และมีคำพิพากษาฎีกาให้วินิจฉัยว่าธนาคารไม่มีสิทธิที่จะคิดดอกเขี้ยวซ้อนดอกเขี้ยวในระหว่างผิดนัด กฎหมายอนุญาโตให้เรียกดอกเขี้ยวกรณีผิดนัดได้เพียงร้อยละ 7 ครั้งต่อปีเท่านั้น*

จึงเป็นอันว่าการตกลงที่จะเรียกดอกเขี้ยวซ้อนดอกเขี้ยวในระหว่างผิดนัดนั้นย่อมใช้บังคับมิได้ แม้จะมีการตกลงไว้เป็นล่วงหน้า แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากมีการตกลงอัตราดอกเขี้ยวในระหว่างผิดนัดไว้ให้เกินกว่าร้อยละ 7 ครั้งต่อปี ก็ย่อมจะเรียกได้ แต่ย่อมจะไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ตามกฎหมาย เว้นแต่การห้ามคิดดอกเขี้ยวซ้อนดอกเขี้ยวเท่านั้นที่ดำเนินการไม่ได้

ในกรณีที่มีการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ การคิดดอกเขี้ยวทบต้นกรณีที่ไม่ได้ผิดนัด ถ้าหากกระทำโดยสัญญาแล้ว แม้รวมดอกเขี้ยวทบต้นเข้ากับดอกเขี้ยวแล้วจะทำให้ดอกเขี้ยวเกินร้อยละ 15 ต่อปี กรณีเช่นนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าไม่ขัดต่อกฎหมายพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเขี้ยวเกินอัตราแต่ประการใด (ตุลาพิพากษาฎีกาที่ 658-659/2511 ที่อ้างถึงข้างต้น)

ข้อสรุป

จะเห็นได้ว่าปัญหาเรื่องการเรียกเก็บดอกเขี้ยวเงินกู้ระหว่างประเทศตามกฎหมายไทย นั้นมีข้อยุ่งยากและยังไม่เป็นที่ยุติ ทั้งในประการที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ ความเป็นโมฆะกรรมของดอกเขี้ยวส่วนที่เกินอัตรา และการคิดอัตราดอกเขี้ยวในระหว่างผิดนัด ศาลไทยจึงสมควรที่จะต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายต่างประเทศ พิจารณาเปรียบเทียบในการวินิจฉัยคดีกู้ยืมเงินระหว่างประเทศในส่วนเกี่ยวกับดอกเขี้ยวเกินอัตรา เพื่อที่จะได้นำมาใช้ในการพิจารณาคดีในศาลไทยต่อไป

* ตุลาพิพากษาฎีกาที่ 1887/2506 คดีระหว่างบริษัทธนาคารแห่งกรุงศรีอยุธยา จำกัด กับนางชานามู บุทรสิงห์ จำเลย และคำพิพากษาฎีกา 658-659/2511 คดีระหว่าง นายเตือน บุนนาค และนายถวิล ยมกกุล กับพวก จำเลย บริษัทธนาคารแห่งเอเชียเพื่อการอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม จำกัด โจทก์ นายชวดี แซ่โจ้ว กับพวก จำเลย