คำอธิบาย
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓
ว่าด้วย
ค้ำประกัน จำนอง จำนำ

แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. ๒๕๑๖

โดย
ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช
บี.เอ. (เกียรติปริญญามหาวิทยาลัยอ๊อกฟอร์ด)
เนติบัณฑิตอังกฤษ (เกียรตินิยมสูงสุด แห่งสำนักเกรส์อินน์)
และเนติบัณฑิตไทย
อดีตผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์

(สงวนลิขสิทธิ์)

Umaporn Treevithayanon
371-8019

คำอธิบาย
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓
ว่าด้วย
ค้ำประกัน จำนอง จำนำ

แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. ๒๕๑๖

โดย

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช

บี.เอ. (เกียรติปริญญามหาวิทยาลัยอ๊อกฟอร์ด)

เนติบัณฑิตอังกฤษ (เกียรตินิยมสูงสุด แห่งสำนักเกรส์อินน์)

และเนติบัณฑิตไทย

อดีตผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์

(สงวนลิขสิทธิ์)

สำนักงานเสนีย์ปราโมช
เลขที่ 10 อาคาร 6
ราชดำเนิน กรุงเทพฯ

สำนักพิมพ์นิติบรรณการ
เลขที่ 22–24 ซอยแพร่งนรา ถนนอัษฎางค์
(หลังกระทรวงกลาโหม) กรุงเทพมหานคร
โทร. 2226434 จัดพิมพ์จำหน่าย

พิมพ์ที่
โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์
88/6 ซอยกำนันแม้น ถนนเอกชัย บางขุนเทียน กรุงเทพมหานคร โทร. 4685049
นายสุรพงษ์ เขียวสุทธิ ผู้พิมพ์และผู้โฆษณา 2525

สารบาญ

ค้ำประกัน จำนอง จำนำ

		หน้า
ข้อความทั่วไป		๑
ลักษณะ ๑	ค้ำประกัน	๕
หมวด ๑	บทเบ็ดเสร็จทั่วไป	๖
หมวด ๒	ผลก่อนชำระหนี้	๒๕
หมวด ๓	ผลภายหลังชำระหนี้	๔๓
หมวด ๔	ความระงับสิ้นไปแห่งการค้ำประกัน	๕๕
ลักษณะ ๒	จำนอง	๖๔
หมวด ๑	บทเบ็ดเสร็จทั่วไป	๖๗
หมวด ๒	สิทธิจำนองครอบเพียงใด	๘๓
หมวด ๓	สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนองและผู้จำนอง	๑๐๐
หมวด ๔	การบังคับจำนอง	๑๑๑
หมวด ๕	สิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง	๑๓๑
หมวด ๖	ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง	๑๕๐
ลักษณะ ๓	จำนำ	๑๕๔
หมวด ๑	บทเบ็ดเสร็จทั่วไป	๑๕๔
หมวด ๒	สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนำและผู้รับจำนำ	๑๗๑
หมวด ๓	การบังคับจำนำ	๑๗๖
หมวด ๔	ความระงับสิ้นไปแห่งการจำนำ	๑๘๑

คำอธิบาย
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓
ว่าด้วย
ค้ำประกัน จำนอง จำนำ

ข้อความทั่วไป

คนเรานั้น ถ้ามีเงิน ไม่มีใครเป็นหนี้ใคร ถ้าไม่มีเงินและต้องการใช้เงิน ก็มักจะต้องเป็นหนี้เขา ความจริงข้อนี้เจ้าหนี้ย่อมทราบดี นี่เป็นต้นเหตุของการทำสัญญาให้ประกันพิเศษแก่เจ้าหนี้ กล่าวคือ ถ้าลูกหนี้เป็นคนมีฐานะดี ทรัพย์สินมีพอใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ทั่วถึงกันทุกคน ความจำเป็นก็ไม่มีที่เจ้าหนี้จะเรียกเอาประกันพิเศษจากลูกหนี้ว่ากันตามหลักในมาตรา ๒๑๔ ทรัพย์สินทั้งหลายของลูกหนี้ก็เป็นประกันการใช้หนี้แก่เจ้าหนี้อยู่แล้ว กรณีที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องเอาประกันพิเศษ โดยมากจึงเป็นเรื่องที่ฐานะการเงินของลูกหนี้ไม่เป็นที่น่าไว้วางใจ ซึ่งถ้าเจ้าหนี้พ้องร้องบังคับชำระหนี้เข้าอาจไม่มีใช้ให้ หรือมีแต่ไม่พอใช้ให้จนครบ หรือมิฉะนั้น อาจมีเจ้าหนี้อื่นซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาสอดเข้ามาขอเฉลี่ย ทำให้แต่ละคนได้รับชำระหนี้ไม่เต็มเม็ดเต็มหน่วย กรณีอาจเป็นได้เช่นนี้ เมื่อไรลูกหนี้ตกอยู่ในฐานะทางการเงินอันเป็นที่ไม่น่าไว้วางใจ เจ้าหนี้ที่รอบคอบจึงมักจะเรียกเอาประกันพิเศษ ซึ่งอาจเป็นการค้ำประกันด้วยบุคคล หรือประกันด้วยทรัพย์ คือจำนำหรือจำนอง ซึ่งโดยผลแห่งกฎหมาย ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิบังคับเรียกร้องเอาชำระหนี้จากผู้ค้ำประกัน หรือในกรณีประกันด้วยทรัพย์ ก็ดำเนินการเอาทรัพย์ที่จำนองหรือจำนำไว้เป็นประกันนั้นออกขายทอดตลาดเพื่อเอาเงินชำระหนี้ได้

ว่ากันถึงความหมายของคำว่า "ประกัน" ดังกล่าวมา การประกันหนี้คงมีอยู่เพียง ๓ อย่างเท่านั้น คือ ค้ำประกันด้วยบุคคล จำนอง และจำนำ สิทธิพิเศษของเจ้าหนี้โดยประการอื่น เช่นสิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ หาใช่ประกันในความหมายดังกล่าวมาไม่ สำหรับสิทธิยึดหน่วง ตามมาตรา ๒๔๑ กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เพียงแต่จะยึดทรัพย์สินไว้จนกว่าจะมีการใช้หนี้ กล่าวโดยทั่วไป เจ้าหนี้จะเอาทรัพย์ที่ยึดหน่วงไว้ไปขายชำระหนี้ไม่ได้ ตามมาตรา ๒๔๖ วรรค ๒ แม้จะเอาของเขาไปใช้ยังทำไม่ได้เลย ต่างกับจำนอง จำนำ ซึ่งถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเอาทรัพย์สินที่เป็นประกันออกขายทอดตลาดชำระหนี้ได้ บุริมสิทธิก็เหมือนกัน กล่าวโดยทั่วไป ไม่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิที่จะเอาทรัพย์สินในบังคับบุริมสิทธิของลูกหนี้ไปขายทอดตลาดชำระหนี้ ตามมาตรา ๒๕๑ บุริมสิทธิเป็นเรื่องเจ้าหนี้หลายคนแย่งกันเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งมีอยู่ไม่พอใช้หนี้เจ้าหนี้ได้ทั่วทุกคน ใครมีบุริมสิทธิดีกว่าคนนั้นได้รับชำระหนี้ไปก่อนตามส่วนจำนวนที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย จึงต่างกับค้ำประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญา มิใช่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ปัญหาว่าอะไรเป็นประกัน มีความสำคัญเกี่ยวข้องกับตัวบทบางมาตรา เช่นในมาตรา ๖๕๐ ที่บัญญัติว่า ถ้าเจ้าหนี้มีทรัพย์ที่ลูกหนี้ให้ยึดถือไว้เป็นประกัน ผู้ค้ำประกันจะร้องขอให้เจ้าหนี้เอาชำระหนี้จากทรัพย์นั้นก่อนก็ได้ ปัญหาเกี่ยวโยงจึงอาจมีขึ้นได้ว่าในกรณีที่เจ้าหนี้ยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ หรือเป็นเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิด้วยประการใด ๆ ผู้ค้ำประกันจะร้องขอเช่นนั้นได้หรือไม่ ข้อนี้ก็เห็นได้อยู่ในตัวว่าจะร้องขอไม่ได้ เพราะสำหรับกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิยึดหน่วงนั้น เจ้าหนี้จะเอาทรัพย์ของเขาไปขายเพื่อใช้หนี้ไม่ได้ และบุริมสิทธิ ก็เป็นเรื่องที่เจ้าหนี้หลายคนแย่งกันเอาชำระหนี้ ไม่ใช่เรื่องที่จะไปเอาอะไรมาขายชำระหนี้ได้อีกเหมือนกัน เว้นแต่จะเป็นกรณีพิเศษ ที่เจ้าหนี้บุริมสิทธิจะใช้บุริมสิทธิบังคับได้อย่างเดียวกับจำนำ (มาตรา ๒๖๖) ทั้งนี้จึงทำให้เห็นได้ว่า คำว่าประกันตามมาตรา ๖๕๐ นั้น ไม่หมายมุ่งจะให้กินความไปถึงสิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ

สำหรับเจ้าหนี้ทรงสิทธิยึดหน่วงนั้น กฎหมายล้มละลายให้สิทธิไว้เป็นพิเศษ เพราะพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ๒๔๘๓ มาตรา ๙๖ (๒) ให้เจ้าหนี้มีสิทธิยึดหน่วงบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์ที่ยึดหน่วงไว้ได้ เมื่อไม่พอให้ขอรับชำระหนี้ได้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ เพราะเหตุนี้ ในมาตรา ๖ จึงได้กล่าวถึงเจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงในฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน แต่ข้อนี้ก็ใช้ได้แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย ในเรื่องที่ลูกหนี้ไม่ล้มละลายจะถือว่าเจ้าหนี้ทรงสิทธิยึดหน่วงเป็นเจ้าหนี้มีประกันไม่ได้

ปัญหายังมีเกี่ยวกับมัดจำว่าจะเป็นประกันตามที่ว่ากันมานี้หรือไม่ ตามมาตรา ๓๗๗ เมื่อมีการให้มัดจำไว้แก่กัน นอกจากจะเป็นหลักฐานแห่งการทำสัญญาแล้ว ยังเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาด้วย เช่นในการทำสัญญาจะซื้อขายที่ดิน ถ้าได้ให้แหวนกันไว้ ๑ วงเป็นมัดจำ ตามมาตรา ๔๕๖ วรรค ๒ แหวนนั้นย่อมใช้เป็นหลักฐานให้พ้องบังคับคดีกันโดยไม่ต้องมีหนังสือ มัดจำที่ให้ไว้แก่กันนี้ ตามมาตรา ๓๗๙ (๒) ท่านให้ริบถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ เช่นเดียวกันสำหรับของหมั้น (มาตรา ๑๔๓๖, ๑๔๔๒) เฉพาะในข้อนี้ มัดจำจึงเป็นประกันด้วยทรัพย์อย่างหนึ่งเหมือนกัน แต่ต่างกับจำนำในข้อที่ว่า การบังคับจำนำ ตามมาตรา ๗๖๔ ต้องเอาทรัพย์จำนำออกขายทอดตลาด ส่วนการบังคับมัดจำ มาตรา ๓๗๙ (๒) ให้ริบเป็นของเจ้าหนี้โดยไม่ต้องมีการขายทอดตลาด ข้อนี้คล้ายกับการเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา ๗๒๙ แต่เพราะมีเงื่อนไขต่าง ๆ บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๙ การเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิจึงทำไม่ได้ง่าย ไม่เหมือนการริบมัดจำ ซึ่งไม่มีเงื่อนไขเหมือนที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๙ จึงคล้ายกับขายฝาก

ประกันตามที่กล่าวมาแยกได้เป็น ๒ ประเภท คือประกันด้วยบุคคล ได้แก่การทำสัญญาค้ำประกัน กับประกันด้วยทรัพย์สิน ได้แก่จำนอง จำนำ และมัดจำ ประกันด้วยบุคคลเป็นการเอาเครดิตของบุคคลนั้นเป็นประกัน เจ้าหนี้เชื่อในความสามารถของผู้ค้ำประกันที่จะชำระหนี้แทนได้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ (มาตรา ๖๘๐) ส่วนประกัน

ด้วยทรัพย์ เป็นการเจาะจงเอาตัวทรัพย์อย่างใดอย่างหนึ่งมาเป็นประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้เชื่อในคุณค่าหรือราคาของทรัพย์สินนั้น ที่จะเอาออกขายได้เงินมาชำระหนี้ (มาตรา ๗๐๒, ๗๔๗) เช่น ก. กู้เงิน ข. มี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ซึ่งเป็นการประกันด้วยบุคคล เมื่อ ก. ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ข. เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องคดีและยึดทรัพย์สินของ ค. มาขายใช้หนี้ได้ โดยไม่จำกัดว่าจะเป็นทรัพย์สิ่งไหนอันใด ทั้งนี้ภายในบังคับแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๒๘๕, ๒๘๖ แต่สมมติว่าในการที่ ก. กู้เงิน ข. นั้น ค. ไม่ได้ทำสัญญาเป็นผู้ค้ำประกัน แต่ได้เอาที่ดินของ ค. มาจำนองไว้เป็นประกัน ซึ่งเป็นการประกันด้วยทรัพย์ (๗๐๕) เมื่อ ข. เจ้าหนี้จะบังคับจำนอง ข. ได้แต่จะบังคับเอาแก่ที่ดินของ ค. ซึ่งจำนองไว้เท่านั้น ถ้าบังคับจำนองได้เงินมาไม่พอใช้หนี้ จะใช้สิทธิบังคับเอาแก่ทรัพย์สินอย่างอื่นของ ค. ไม่ได้ แม้แต่สำหรับตัวลูกหนี้เอง ตามมาตรา ๗๓๓ ซึ่งได้มีการแก้ไขในปี พ.ศ. ๒๔๗๘ เมื่อบังคับจำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ เจ้าหนี้ก็บังคับเอาอะไรจากลูกหนี้สำหรับจำนวนเงินที่ยังขาดไม่ได้

ในกฎหมายอังกฤษมีสัญญาอีกชนิดหนึ่งเรียกว่า contract of indemnity ซึ่งเป็นสัญญาประกันความเสียหาย ต่างกับสัญญาค้ำประกัน ซึ่งเรียกว่า contract of suretyship สัญญาประกันความเสียหาย มีตัวอย่างที่ใช้กันในเมืองไทย เช่นเกี่ยวกับการส่งสินค้าลงเรือไปต่างประเทศ บริษัทเรือให้ผู้ส่งสินค้าเซ็นสัญญารับรองว่า ถ้าสินค้าที่ส่งไปนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทเรือ ผู้ส่งสินค้าจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัทเรือ แต่สัญญาชนิดนี้ไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน เพราะไม่ใช่เป็นการที่คนภายนอกยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ เพื่อทำการชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ เป็นแต่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งรับจะใช้ค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง มีลักษณะคล้ายกับสัญญาประกันภัย ซึ่งบริษัทรับประกันภัยตกลงกับผู้ถือกรมธรรม์ว่า ถ้าเกิดวินาศภัยขึ้น อันเป็นภัยแก่ชีวิตหรือร่างกายก็ดี แก่ทรัพย์สินก็ดี บริษัทจะจ่ายเงินประกันให้แก่ผู้ถือกรมธรรม์

ลักษณะ ๑

ค้ำประกัน

ตั้งบทในลักษณะค้ำประกันด้วยบุคคลมีบัญญัติไว้ ๔ หมวดด้วยกัน หมวด ๑ ตั้งแต่มาตรา ๖๘๐ ถึง ๖๘๕ เป็นบทเบ็ดเสร็จทั่วไป บัญญัติถึงหลักการใหญ่ ๆ เช่น ความหมายของสัญญาค้ำประกัน หนี้ชนิดไหนอย่างใดจะค้ำประกันได้หรือไม่ได้ ปัญหาอื่น ๆ เช่นเรื่องรับเรือน ซึ่งเป็นการประกันผู้ค้ำประกันอีกชั้นหนึ่ง เหล่านี้เป็นต้น

หมวด ๒ ตั้งแต่มาตรา ๖๘๖ ถึง ๖๙๒ ว่าด้วยผลของสัญญาค้ำประกันก่อนการชำระหนี้ บัญญัติถึงสิทธิของผู้ค้ำประกันที่จะให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักการของการเป็นผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๘๐ ทั้งนี้ก็เนื่องจากเหตุว่า ผู้ค้ำประกันไม่ใช่ตัวลูกหนี้ หากแต่เป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามารับสัญญากับเจ้าหนี้ว่า ตนจะใช้หนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ อีกนัยหนึ่งเป็นบุคคลที่เรียกกันว่า เนื้อไม่ได้กิน หนังไม่ได้รองนั่ง ได้แต่กระดูกแขวนคอ โบราณกล่าวเป็นคำพังเพยว่า อยากเป็นลูกหนี้ให้เป็นนายหน้า อยากเป็นขี้ข้าให้เป็นนายประกัน กรณีเป็นเช่นนี้ กฎหมายจึงให้สิทธิแก่ผู้ค้ำประกันบางประการ ที่จะเรียกร้องให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน เมื่อบังคับไม่ได้ จึงจะมาบังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกัน

หมวด ๓ ตั้งแต่มาตรา ๖๙๓ ถึง ๖๙๗ บัญญัติถึงผลภายหลังที่ผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้แล้ว จะมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้สถานใดประการใด

หมวด ๔ สุดท้ายตั้งแต่มาตรา ๖๙๘ ถึง ๗๐๑ ว่าด้วยความระงับแห่งการค้ำประกัน

หมวด ๑
บทเบ็ดเสร็จทั่วไป

มาตรา ๖๘๐

"อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้นั้น

อนึ่ง สัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่"

ตัวอย่าง

๑. ก. ทำหนังสือสัญญากู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ค. เซ็นค้ำประกันโดยใจความว่า ถ้า ก. ไม่ใช้หนี้ที่กู้ไปนี้ ค. จะใช้ให้

๒. ก. ทำสัญญารับจ้างสร้างบ้านให้ ข. มีกำหนดว่าจะทำให้แล้วเสร็จภายในสามเดือน ถ้าสร้างเสร็จไม่ทันกำหนด ยอมให้ปรับวันละ ๑,๐๐๐ บาท ค. เข้าทำสัญญาค้ำประกันว่า ถ้า ก. ทำงานไม่เสร็จตามกำหนดจะต้องเสียค่าปรับ และ ก. ไม่ใช้ค่าปรับ ค. จะใช้ให้

๓. ก. สมัครเข้าทำงานเป็นสมุหบัญชีในห้างร้าน ค. เข้าทำสัญญาค้ำประกันว่า ถ้า ก. พาเงินของห้างร้านเชิดและไม่ใช้เงินคืน ค. จะใช้ให้

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๐ สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่บุคคลภายนอกทำกับเจ้าหนี้ เพราะฉะนั้น ลูกหนี้จะทำสัญญาค้ำประกันตนเองไม่ได้ เพราะลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้อยู่แล้ว ซึ่งถ้าไม่ชำระ เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องบังคับได้

๒. ปัญหามีต่อไปว่า ในฐานะที่ผู้ค้ำประกันเป็นบุคคลภายนอก จะมีเหตุผลตามกฎหมายให้เข้ามาเกี่ยวข้องรับผิดเพื่อลูกหนี้ได้อย่างไร ข้อนี้มีหลักอยู่ในมาตรา ๓๑๔

ว่าการชำระหนี้นั้น บุคคลภายนอกจะเป็นผู้ชำระก็ได้ และเมื่อบุคคลภายนอกจะชำระหนี้ยังทำได้ตามกฎหมาย การที่บุคคลภายนอกจะเข้ามารับสัญญาว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนยอมรับใช้เอง จึงเป็นไปได้เหมือนกัน ปัญหาในทางปฏิบัติมีว่า เมื่อผู้ค้ำประกันไม่ใช่ลูกหนี้ และไม่มีความรับผิดอะไรเกี่ยวข้องกับหนี้ อยู่ดี ๆ จะสอดเข้ามารับผิดเป็นผู้ค้ำประกันทำไม ในทำนองเนื้อไม่ได้กิน หนังไม่ได้รองนั่ง ได้แต่กระดูกแขวนคอ เหตุที่มีการค้ำประกันหนี้สินกันขึ้น ก็เพราะบุคคลในวงธุรกิจการค้าขายต้องพึ่งพาอาศัยกัน เมื่อเพื่อนเราเป็นหนี้เขาและเราเข้ารับประกัน ทำให้เพื่อนกันเองได้ประโยชน์ในการนั้น ถึงคราวเราเป็นหนี้บ้าง และเจ้าหนี้เรียกร้องให้มีผู้ค้ำประกัน เราเคยช่วยเขาไว้อย่างไรเพื่อนเราก็จะได้ช่วยเราอย่างนั้น เป็นประโยชน์แก่เราในโอกาสที่เราจะต้องเป็นหนี้เป็นสินบ้าง นอกจากนั้น การค้าบางประเภทอาศัยการค้ำประกันเป็นที่มาแห่งรายได้ เช่นการค้ำประกันของธนาคารเป็นต้น ทุกวันนี้ ถ้าหนี้สินที่เกี่ยวข้องก่อให้เกิดความรับผิดในทางทรัพย์สินเงินทองเป็นจำนวนมาก จนไม่มีเอกชนคนใดจะกล้าค้ำประกัน หรือไม่อยู่ในฐานะทางการเงินจะค้ำประกันได้ ผู้ที่จะให้ความสะดวกในทางค้ำประกันก็มักจะได้แก่ธนาคารเพราะมีทุนมาก แต่ในการที่จะทำสัญญาค้ำประกันหนี้สินรายใด ธนาคารย่อมจะต้องอาศัยความรอบรู้ในทางปฏิบัติว่า หนี้สินรายนั้น รวมทั้งตัวลูกหนี้อยู่ในฐานะที่จะวางใจได้หรือไม่ ถ้าพอจะไว้วางใจก็จะทำสัญญาค้ำประกันให้ ซึ่งในเวลาเดียวกัน ธนาคารจะเรียกเอาผลประโยชน์ตอบแทนบางประการจากลูกหนี้เพื่อการที่ธนาคารเข้าเสี่ยงความรับผิดในการค้ำประกัน ในเวลาเดียวกัน การเสี่ยงความรับผิดของธนาคาร มีทางบรรเทาลงด้วยวิธีจำกัดความรับผิดต่าง ๆ เช่นจำกัดเวลารับผิดไว้เป็นต้น ที่สุดถ้าลูกหนี้ทำการชำระหนี้ ธนาคารก็ไม่ต้องรับผิด แต่ในเวลาเดียวกันก็ได้ผลประโยชน์เป็นค่าตอบแทนการเสี่ยงความรับผิด หรือแม้จะต้องรับผิดชำระหนี้แทนลูกหนี้ไป ก็ยังมีสิทธิพ้องไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ และในการนี้ ธนาคารมักจะเรียกหลักทรัพย์เป็นประกันจากลูกหนี้ เช่นเรียกเอาโฉนดมาไว้ทำจำนองเป็นประกันการไล่เบี้ยที่ว่านี้ ซึ่งมีทางที่จะบังคับจำนองเอามาชดใช้เงินที่ธนาคารต้องรับผิดใช้ให้เจ้าหนี้ แต่ถ้าค้ำประกันไปโดยไม่มีหลักประกันโดยรอบคอบดังว่ามา ถึงเวลาไปใช้

สิทธิไล่เบี้ยจากลูกหนี้ ลูกหนี้ไม่มีอะไรจะให้ ก็เป็นกรรมของสัตว์ และเข้าหลักที่โบราณว่า อยากเป็นลูกหนี้ให้เป็นนายหน้า อยากเป็นขี้ข้าให้เป็นนายประกัน

๓. หนี้ที่ค้ำประกัน ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นหนี้เงินกู้ จะเป็นหนี้อะไรก็ได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๗๙/๒๔๗๓, ๘๐๔/๒๔๗๔, ๙๖๘/๒๔๗๗, ๑๔๕/๒๔๙๑, ๙๖๘/๒๔๙๕, ๘๑๓/๒๔๙๘, ๗๑๐/๒๔๙๙, ๔๗๐/๒๕๐๑, ๔๑/๒๕๐๒, ๓๙๒/๒๕๐๒, ๑๓๑๗/๒๕๐๕) เช่นค้ำประกันการทำงานก่อสร้างดังตัวอย่างที่ให้ข้างต้น หรือจะค้ำประกันหนี้อันมีวัตถุเป็นการงดเว้นก็ได้ เช่น ก. สัญญากับ ข. ว่าจะไม่ปลูกสร้างบดบังบ้าน ข. ถ้าผิดสัญญายอมให้ปรับวันละ ๑,๐๐๐ บาท ค. เข้าค้ำประกันการผิดสัญญาของ ก. ดังนี้ก็อาจค้ำประกันกันได้ หนี้ซึ่งค้ำประกันกันได้ ไม่จำต้องเกิดจากสัญญา จะค้ำประกันหนี้อันเกิดแต่มูลกฎหมายบัญญัติเช่นละเมิด ก็ทำได้ เช่น ก. เข้าทำงานเป็นสมุหบัญชีห้างร้าน ค. ค้ำประกันว่า ถ้า ก. พาเงินห้างร้านเชิดและไม่ใช้เงินคืนตนจะใช้ให้ แม้แต่หนี้ที่มีคนค้ำประกันแล้ว ยังให้ทรัพย์จำนองเป็นประกันได้อีก เป็นประกันจุนประกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๑๕/๒๕๐๑) แต่ตามมาตรา ๖๘๐ ที่จะค้ำประกันกันได้ต้องเป็นหนี้ การกระทำและการงดเว้นบางอย่างไม่ใช่หนี้ เช่นหน้าที่ของชายฉกรรจ์จะต้องรับราชการทหาร หน้าที่ของพลเมืองจะต้องงดเว้นไม่ทำร้ายกัน ถ้ามีการประกันการปฏิบัติหน้าที่เช่นนี้ จะเป็นได้ก็แต่เอกเทศสัญญาอย่างหนึ่ง ไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน การประกันตัวจำเลยในคดีอาญามีปัญหาเช่นเดียวกัน เพราะถ้าจำเลยหลบหนีไม่มาศาลตามกำหนดนัด การบังคับเอาแก่จำเลยได้แต่จะออกหมายจับเอาตัวมาศาล จะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของจำเลยเหมือนบังคับชำระหนี้ไม่ได้ สัญญาประกันตัวจำเลยในคดีอาญาจึงไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน ข้อสำคัญมีว่า ถ้าไม่ใช่สัญญาค้ำประกันก็จะบังคับกันตามสิทธิหน้าที่ดังบัญญัติไว้ในลักษณะค้ำประกันไม่ได้ แต่จะต้องมีหนี้เป็นการผูกพันลูกหนี้ แล้วจึงจะมีการค้ำประกันได้ ถ้าหนี้ไม่มี ถึงแม้จะมีบุคคลภายนอกเข้ามาผูกพัน ก็จะถือว่าเป็นการค้ำประกันตามความหมายแห่งมาตรา ๖๘๐ ไม่ได้ เช่นตามตัวอย่างข้างต้น ก. ทำสัญญาว่าจะไม่ปลูกสร้างบดบังบ้าน ข. ถ้า ก. ไม่ได้สัญญาว่าหาก ก. ผิดสัญญา ยอมให้ ข. ปรับวันละ ๑,๐๐๐ บาท แต่ ค. เข้าทำสัญญา

กับ ข. ว่า ถ้า ก. ผิดสัญญายอมให้ ข. ปรับ ค. เป็นเงินวันละ ๑,๐๐๐ บาท ดังนี้ จะว่าเป็นการทำสัญญาค้ำประกันไม่ได้ ได้แต่จะถือว่าสัญญาที่ทำขึ้นระหว่าง ข. และ ค. นั้น เป็นเอกเทศสัญญาอย่างหนึ่ง มีลักษณะเป็นสัญญาประกันความเสียหายดังกล่าวแต่ต้น ซึ่งมีผลผูกพัน ค. เหมือนกัน ข้อสำคัญที่แตกต่างกันคือ เมื่อไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน ค. จะใช้สิทธิก่อนการชำระหนี้เหมือนผู้ค้ำประกัน เช่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๘ ถึงมาตรา ๖๙๐ ไม่ได้ นอกจากนั้น จะไปใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจาก ก. ในฐานะเป็นผู้ค้ำประกันก็ไม่ได้ เพราะ ก. ไม่ได้ยอมรับผิดต่อ ข. ว่าจะใช้ค่าปรับ แต่ข้อยกเว้นมีอยู่ในเรื่องหนี้ในอนาคตตามมาตรา ๖๘๑

๔. ตามมาตรา ๖๘๐ สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่ผู้ค้ำประกันผูกพันตนเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ แต่หนี้บางอย่างลูกหนี้ต้องปฏิบัติชำระหนี้ด้วยตนเอง ผู้อื่นจะทำแทนไม่ได้ ปัญหาจึงมีว่า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันจะชำระหนี้แทนได้อย่างไร เช่น ก. รับจ้าง ข. แสดงภาพยนตร์หรือร้องเพลงออก ที.วี. มี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน การปฏิบัติชำระหนี้ต้องอาศัยฝีมือของ ก. ถ้า ค. แสดงภาพยนตร์หรือร้องเพลงไม่เป็น ก็ย่อมจะทำแทน ก. ไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติไม่เป็นปัญหา เพราะถ้าเป็นหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติเป็นการเฉพาะตัวเช่นนี้ หากจะให้มีการค้ำประกัน ในสัญญาของลูกหนี้ก็จะมีเบี้ยปรับกำหนดไว้ เพื่อเรียกร้องเอาเบี้ยปรับแก่ลูกหนี้ เมื่อในที่สุดลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะบังคับเอาเบี้ยปรับแก่ผู้ค้ำประกันได้ เช่น ก. รับจ้าง ข. แสดงภาพยนตร์ ในสัญญามีข้อตกลงกันไว้ว่า ถ้าไม่มาแสดง ให้ ก. เสียเบี้ยปรับวันละ ๑,๐๐๐ บาท และมี ค. เป็นผู้ค้ำประกันสำหรับใช้เบี้ยปรับ ถ้า ก. ผิดนัดไม่มาแสดงภาพยนตร์ เป็นหนี้ที่จะต้องเสียเงินเบี้ยปรับ และ ก. ไม่ใช้เจ้าหนี้ก็บังคับให้ ค. เสียเงินเบี้ยปรับแทน ก. ได้

๕. ปัญหามีว่า ในการทำสัญญาค้ำประกัน ลูกหนี้จะต้องรู้เห็นยินยอมด้วยหรือไม่ ถ้ามีการค้ำประกันกันไปโดยลูกหนี้ไม่รู้เรื่องอะไรด้วย และหลังจากนั้น ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้วมาใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ ลูกหนี้จะต่อสู้ได้หรือไม่ว่า ตนไม่ต้องรับผิดต่อผู้ค้ำประกัน เพราะไม่รู้เรื่องอะไรด้วย ตามมาตรา ๖๘๐

สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่ทำกันระหว่างบุคคลภายนอกกับเจ้าหนี้ ลูกหนี้ไม่จำต้องเข้ามารู้เห็นยินยอมด้วย ว่ากันตามหลักในมาตรา ๓๑๔ บุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียจะเข้าชำระหนี้โดยฝืนใจลูกหนี้ก็ย่อมทำได้ จริงอยู่ เมื่อตอนเข้าค้ำประกัน ลูกหนี้ไม่รู้ แต่เมื่อค้ำประกันไปแล้ว ผู้ค้ำประกันกลายเป็นผู้มีส่วนได้เสียเนื่องจากการที่ต้องรับผิดเพื่อลูกหนี้ (มาตรา ๒๒๙ (๓)) เพราะฉะนั้น จึงอยู่ในฐานะเป็นผู้ที่จะชำระหนี้ได้โดยแม้จะเป็นการฝืนใจลูกหนี้ ลูกหนี้จึงจะยกเอาข้อที่ไม่ได้รู้เห็นยินยอมมาต่อสู้ผู้ค้ำประกันไม่ได้ ทั้งว่ากันตามเหตุผลและความยุติธรรม ก็ไม่ควรยอมให้ลูกหนี้เถียงได้ ดังนั้น เพราะหนี้ของตนมีอยู่แต่ไม่ใช้ ผู้ค้ำประกันใช้แทนไป จนตนเองหมดความรับผิดต่อเจ้าหนี้ไปแล้ว เมื่อเขามาไล่เบี้ยเอาจากตน ลูกหนี้จะมีเหตุผลและความยุติธรรมไปเถียงเขาได้อย่างไร เพื่อไม่รับผิดต่อเขา สิทธิไล่เบี้ยของผู้ค้ำประกันจึงมีรับรองไว้ ไม่เฉพาะแต่ในลักษณะค้ำประกันเท่านั้น (มาตรา ๖๙๓) ในบทบัญญัติว่าด้วยการรับช่วงสิทธิ คือมาตรา ๒๒๙ (๓) ก็มีรับรองไว้ด้วยตามมาตรา ๒๒๙ (๓) ผู้ค้ำประกันในฐานะที่ต้องรับผิดเพื่อผู้อื่น ได้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ด้วยอำนาจกฎหมาย คือลูกหนี้จะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม อาศัยสิทธิที่ได้มาด้วยอำนาจกฎหมาย ผู้ค้ำประกันที่ใช้หนี้แก่เจ้าหนี้แล้วก็ยังไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้อยู่นั่นเอง ตามประมวลแพ่งฝรั่งเศสมาตรา ๒๐๑๔ บุคคลอาจเข้าค้ำประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ได้โดยลูกหนี้ไม่ต้องรู้เห็นยินยอม กลับมาว่ากันตามกฎหมายไทย ถ้าความประสงค์จะให้ลูกหนี้ต้องรู้เห็นยินยอมด้วย ก็คงจะบัญญัติไว้ดังนั้นในมาตรา ๖๘๐ แต่ไม่มีเลย

๖. มีข้อควรสังเกตว่า ตามที่มาตรา ๖๘๐ บัญญัติไว้ ผู้ค้ำประกันเป็นผู้ผูกพันตนโดยตรงต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ซึ่งดังได้กล่าวมา อาจมีการค้ำประกันหนี้กันได้โดยลูกหนี้มิได้รู้เห็นยินยอม ความรับผิดของผู้ค้ำประกันต่อเจ้าหนี้จึงเป็นความรับผิดที่เกิดจากหนี้อีกอันหนึ่งต่างหากจากหนี้ของลูกหนี้ การที่ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ จึงไม่ใช่เป็นการชำระหนี้แทนกัน อีกนัยหนึ่งผู้ค้ำประกันไม่ใช่ตัวแทนของลูกหนี้ในการชำระหนี้ ซึ่งถ้ากรณีเป็นเรื่องตัวแทนชำระหนี้แทนตัวการ

แล้ว หนี้จะมีแต่เพียงอันเดียวคือหนี้ของตัวการที่ตัวแทนชำระแทน อีกประการหนึ่ง ผู้ค้ำประกันไม่ใช่ลูกหนี้ร่วมกับลูกหนี้ตามความหมายดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙๑ ถ้าเป็นหนี้ร่วม หนี้ย่อมมีอยู่เพียงหนี้เดียวแต่มีหลายคนรับผิด โดยทำนองซึ่งเจ้าหนี้จะเรียกร้องให้คนใดคนหนึ่งใช้หนี้จนเต็มก็ได้ ส่วนหนี้มีผู้ค้ำประกันนั้น มีหนี้ผูกพันลูกหนี้อยู่หนี้หนึ่ง กับผูกพันผู้ค้ำประกันให้ต้องใช้เมื่อลูกหนี้ไม่ใช้อีกหนี้หนึ่ง ความสำคัญแตกต่างกันจึงอยู่ที่ว่า ถ้าเป็นกรณีลูกหนี้ร่วม เมื่อเจ้าหนี้เรียกร้องเอาจากลูกหนี้ร่วมคนใดคนหนึ่ง ลูกหนี้ร่วมคนนั้นจะให้เจ้าหนี้ไปเรียกร้องเอาจากอีกคนหนึ่งก่อนไม่ได้ แต่ถ้ากรณีเป็นเรื่องค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันมีสิทธิจะให้เจ้าหนี้ไปเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ก่อนได้ (มาตรา ๖๘๘, ๖๘๙, ๖๙๐)

๗. โดยที่ผู้ค้ำประกันเป็นบุคคลภายนอกและไม่ใช่ตัวลูกหนี้ ความรับผิดของผู้ค้ำประกันจึงเป็นเรื่องผูกพันเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ อีกนัยหนึ่ง ผู้ค้ำประกันมีความรับผิดแต่เพียงชั้นที่สอง ไม่มีความรับผิดเป็นชั้นต้นเหมือนลูกหนี้ หรือเกิดความรับผิดของลูกหนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๓๘/๒๔๙๔, ๗๑๐/๒๔๙๕) หลักการข้อนี้ออกลูกหลานไปเป็นบทบัญญัติอื่น ๆ อีกหลายมาตรา เช่น มาตรา ๖๘๘ ถึง ๖๙๐ และมาตรา ๖๙๘ นอกจากนั้น ในการตีความความรับผิดของผู้ค้ำประกัน เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ศาลย่อมตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ค้ำประกัน เพื่อมิให้ต้องรับภาระมากเกินไป (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๗๕/๒๔๗๓, ๖๐๕/๒๔๗๔, ๘๑๓/๒๔๙๘, ๓๕๒/๒๔๙๙, ๑๘๐๗/๒๕๐๕, ๒๓๑, ๒๓๒/๒๕๐๕)

๘. มาตรา ๖๘๐ วรรค ๒ บัญญัติว่า สัญญาค้ำประกันนั้น ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๕/๒๔๗๘) หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นอย่างเดียวกันกับเรื่องกู้เงินเกินกว่า ๕๐ บาท ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๕๓ ข้อสำคัญมีว่า หลักฐานไม่ใช่แบบ การไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ มีผลแต่เพียงว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ ไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๓๖/๒๔๗๔, ๖๓๓/๒๔๗๔, ๘๐๔/๒๔๗๔, ๑๘๓/๒๔๗๖, ๑๙๙–๒๐๐/๒๔๗๗, ๕๓๔/๒๔๗๗) ต่างกับแบบเป็นหนังสือ ซึ่งตามมาตรา ๑๑๕

ถ้าไม่ทำตาม สัญญาเป็นโมฆะ เช่นสัญญาเช่าซื้อ มาตรา ๕๗๒ บัญญัติว่าถ้าไม่ทำเป็นหนังสือท่านว่าเป็นโมฆะ แต่สัญญาซึ่งต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เช่น กู้เงินเกินกว่า ๕๐ บาท ถ้าไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน มาตรา ๖๕๓ บัญญัติไว้แต่เพียงว่า จะฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้เพราะฉะนั้น สัญญากู้เงินเกินกว่า ๕๐ บาทที่ทำกันแม้จะไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน ก็ยังสมบูรณ์ เจ้าหนี้จะฟ้องเรียกเอาเงินคืนฟานลาภมิควรได้หาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๑๑/๒๔๗๓) แต่ผลเท่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็เพียงแต่ห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดี ไม่ห้ามการที่จะอ้างสัญญาขาดหลักฐานเป็นหนังสือขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เช่นกู้เงินกันเกินกว่า ๕๐ บาท โดยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่มีการค้ำประกันเป็นหนังสือ เมื่อลูกหนี้ใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว ผู้ค้ำประกันยกสัญญากู้ที่ลูกหนี้ใช้เงินแล้วนั้นขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ได้ ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งคือ เมื่อหลักฐานไม่ใช่แบบ จะทำกันไว้อย่างไรก็ได้ ขอแต่ให้มีหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดเท่านั้นก็พอ เช่น ก. กู้เงิน ข. และมี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน สัญญาค้ำประกันไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ต่อมาภายหลังเมื่อเจ้าหนี้เร่งรัด ผู้ค้ำประกันมีหนังสือลงชื่อตนเองเร่งรัดต่อไปยังลูกหนี้ กล่าวเท้าความถึงการที่ตนเป็นผู้ค้ำประกันหนี้ หนังสืออย่างนี้น่าจะฟ้องบังคับคดีเอาแก่ผู้ค้ำประกันได้ หนังสือที่จะเป็นหลักฐานจึงเป็นหนังสืออะไรก็ได้ แม้จะไปเขียนลงชื่อไว้บนกำแพงวัดก็ใช้ได้ ถ้าฉบับเดียวยังอ่านไม่ได้ความว่าเป็นหลักฐานแห่งการค้ำประกัน จะเอาหนังสือฉบับอื่นที่ผู้ค้ำประกันทำไว้มาอ่านรวมความกัน จนได้ความว่าเป็นผู้ค้ำประกันก็ได้ ข้อสำคัญผู้ค้ำประกันจะต้องลงลายมือชื่อไว้ หรือมีตัวแทนลงชื่อไว้แทน (ดูมาตรา ๘๕๑) ถ้าขาดลายมือชื่อ ย่อมจะใช้เป็นหลักฐานฟ้องคดีไม่ได้ เช่นผู้ค้ำประกันบันทึกข้อความไว้ในอนุทินว่าได้ไปค้ำประกันหนี้เขาไว้ ถ้าไม่มีลายมือชื่อลงไว้ แม้จะพิสูจน์ได้ว่าบันทึกข้อความนั้นเขียนด้วยลายมือผู้ค้ำประกันก็ใช้เป็นหลักฐานฟ้องร้องบังคับคดีเอาแก่ผู้ค้ำประกันไม่ได้

๕. เมื่อกฎหมายพูดถึงหนังสือเป็นหลักฐานแห่งสัญญาค้ำประกัน ต้องเข้าใจว่าหนังสือนั้น อ่านแล้วมีข้อความให้พอเข้าใจได้ว่าได้มีการค้ำประกันกันไว้ เช่น ก. จะ

ไปขอกู้เงิน ข. ค. เขียนหนังสือแนะนำให้ถือหนังสือไปมีข้อความว่า เท่าที่รู้จัก ก. มา ก. เป็นคนดี ฐานะการเงินก็ดี ถึงแม้ ข. จะให้เงินกู้ไปก็คงไม่สูญ เท่านี้ยังไม่พอ ค. ต้องเขียนต่อไปให้อ่านได้ความว่า เมื่อ ข. ให้ ก. กู้เงินไปแล้ว ก. ไม่ใช้ ค. จะใช้ให้อย่างนี้จึงจะเป็นหลักฐานแห่งการค้ำประกัน เช่นเดียวกัน เพียงแต่เซ็นใบมอบฉันทะให้เอาโฉนดไปจำนองเป็นประกันหนี้ผู้อื่น อย่างมากเป็นแต่การเอาทรัพย์ไปประกันหนี้ ตามมาตรา ๗๐๙ ไม่ใช่ค้ำประกัน (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๑๙/๒๔๗๖, ๘๘๗/๒๔๗๖, ๑๙๙–๒๐๐/๒๔๗๗, ๑๐๕/๒๔๗๘, ๓๔๕/๒๔๘๖, ๓๑๕/๒๕๐๑, ๕๔๒/๒๕๑๓) แต่ข้อความที่จะฟังเอาเป็นหลักฐานแห่งการค้ำประกันนั้น ไม่ต้องแจงละเอียดถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้ค้ำประกัน เมื่ออ่านเข้าใจความว่าเป็นผู้ค้ำประกันแล้วก็พอ เช่น เขากู้เงินกัน เราเข้าค้ำประกันโดยลงลายมือชื่อต่อท้ายในสัญญากู้มีข้อความต่อไปเพียงว่าผู้ค้ำประกัน เท่านี้ก็เป็นหลักฐานให้เจ้าหนี้ฟ้องร้องบังคับคดีเอาแก่เราได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๑๐/๒๔๙๙) การกู้เงินกันทุกวันนี้ ลูกหนี้ใช้วิธีออกเช็คล่วงหน้าให้ไว้แก่เจ้าหนี้ โดยไม่มีหนังสืออย่างอื่นเป็นหลักฐาน เป็นปัญหาว่าจะใช้เช็คที่ลูกหนี้ออกให้นั้น เป็นหลักฐานฟ้องร้องบังคับคดีได้หรือไม่ เมื่อข้อความในเช็คอ่านไม่ได้ความว่ามีการกู้ยืมเงินกัน ย่อมจะใช้เป็นหลักฐานฟ้องร้องบังคับคดีเงินกู้ไม่ได้ และการออกเช็คจ่ายเงินให้แก่กัน อาจจ่ายกันเป็นการชำระราคาค่าซื้อสินค้า หรือแม้จะจ่ายให้กันเป็นของขวัญวันเกิดก็ได้ จึงไม่พอฟังเอาเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืม (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๕๕/๒๕๐๓) แต่ถ้าเป็นตั๋วสัญญาใช้เงิน ข้อความพอจะฟังเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินกันได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๓๕/๒๔๕๓)

๑๐. มีข้อสังเกตว่า สัญญาค้ำประกันต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ไม่ว่าหนี้ที่ค้ำประกันนั้นจะเป็นหนี้อะไร แม้จะเป็นหนี้ที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การค้ำประกันหนี้นั้นก็ยังต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะฟ้องผู้ค้ำประกันได้ เช่นค้ำประกันสัญญาจ้างทำของหรือรับฝากทรัพย์ ซึ่งไม่ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือสำหรับฟ้องร้องบังคับคดี ถ้ามีการค้ำประกันและไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน แม้ตัวหนี้ที่เป็นประธานนั้นเองจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ก็ฟ้องผู้ค้ำประกัน

ไม่ได้ ในทางตรงกัน ถ้าสัญญาค้ำประกันมีหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว แม้ตัวหนี้ประธานจะเป็นหนี้ที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ เจ้าหนี้พ้องบังคับคดีเอาแก่ลูกหนี้ชั้นต้นไม่ได้ ในเบื้องต้นเจ้าหนี้ก็ยังพ้องร้องบังคับคดีเอาแก่ผู้ค้ำประกันได้ แต่เพราะลูกหนี้ชั้นต้นมีข้อต่อสู้ว่าหนี้ประธานไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา ๖๙๔ ผู้ค้ำประกันจึงยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้เพื่อให้พ้นความรับผิดได้ เช่น ก. กู้เงิน ข. เกินกว่า ๕๐ บาท โดยไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน แต่มี ค. ทำหนังสือค้ำประกันไว้ แม้ ข. จะพ้องบังคับคดีเอาแก่ ก. ไม่ได้ ก็พ้อง ค. ได้ แต่ ค. ยกข้อต่อสู้ของ ก. ขึ้นต่อสู้ได้ว่าหนี้เงินกู้ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่สำหรับหนี้ที่ต้องทำเป็นหนังสือเช่นสัญญาเช่าซื้อ (มาตรา ๕๗๒) ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือย่อมไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา ๖๘๑ วรรค ๑ จึงมีการค้ำประกันกันไม่ได้ ในกรณีเช่นนี้ แม้การค้ำประกันจะได้ทำกันไว้เป็นหนังสือ เจ้าหนี้ก็พ้องบังคับชำระหนี้เอาจากผู้ค้ำประกันไม่ได้

มาตรา ๖๘๑

"อันค้ำประกันนั้น จะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์

หนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้

หนี้อันเกิดแต่สัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้ เพราะทำด้วยความสำคัญผิดหรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถนั้น ก็อาจมีประกันอย่างสมบูรณ์ได้ ถ้าหากว่าผู้ค้ำประกันรู้เหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถนั้นในขณะที่เข้าทำสัญญาผูกพันตน"

ตัวอย่าง

วรรค ๑ ก. ทำสัญญาซื้อฝิ่นเถื่อนจาก ข. ค. ค้ำประกันการชำระราคา การค้ำประกันนั้นเป็นโมฆะ ใช้ไม่ได้

วรรค ๒ ก. ทำสัญญาว่า ถ้าม้าแข่งของ ข. วิ่งชนะ ตนจะซื้อ ค. ค้ำประกันการชำระราคา เมื่อม้าวิ่งแข่งชนะ สัญญาค้ำประกันย่อมเป็นผลผูกพัน ค.

วรรค ๓ ก. ขายม้าลากรถให้แก่ ข. หนึ่งตัว โดย ข. สำคัญผิดคิดว่าเป็นม้าแข่งหรือ ก. เป็นผู้เยาว์ อายุ ๒๐ ปีหย่อน ๓ วัน ทำสัญญากู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรม ค. เข้าค้ำประกันโดยรู้ถึงเหตุสำคัญผิดของ ข. หรือรู้ถึงความเป็นผู้เยาว์ของ ก. ในขณะที่เข้าทำสัญญาผูกพันตน สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ผูกพัน ค.

หลักและข้อสังเกต

๑. สัญญาค้ำประกันมีลักษณะเป็นสัญญาส่วนอุปกรณ์ เพราะฉะนั้น ถ้าหนี้ส่วนประธานที่เข้าค้ำประกันเป็นหนี้อันไม่สมบูรณ์ การค้ำประกันย่อมจะมีขึ้นไม่ได้ ในมาตรา ๖๘๑ วรรค ๑ จึงได้วางหลักไว้เป็นการทั่วไปว่า การค้ำประกันจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๖๖/๒๔๗๘) ตามบทบัญญัติใน บรรพ ๑ ว่าด้วยนิติกรรม หนี้อันเกิดจากนิติกรรมสัญญาอาจไม่สมบูรณ์เพราะเป็นสัญญาผิดกฎหมาย (มาตรา ๑๑๓) เช่นทำสัญญาซื้อขายฝิ่นเถื่อน หรือไม่ทำสัญญาตามแบบ (มาตรา ๑๑๕) เช่น ทำสัญญาซื้อขายที่ดินกันเอง ไม่จดทะเบียน เพราะไม่อยากเสียค่าธรรมเนียมการโอนหรือเพราะไม่มีเจตนา (มาตรา ๑๑๗, ๑๑๘, ๑๑๙) เช่น ก. แสดงเจตนาลวงทำเป็นสัญญากู้เงิน ข. เพื่อกันท่าเจ้าหนี้อื่น มี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อหนี้ดังว่านี้ไม่สมบูรณ์ แม้จะมีผู้ค้ำประกัน ฝ่ายที่ว่าตนเป็นเจ้าหนี้ก็ฟ้องให้ผู้ค้ำประกันรับผิดไม่ได้

๒. หนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขนั้น ถึงแม้ว่าในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จเจ้าหนี้จะยังไม่มีสิทธิเรียกร้องก็จริง ในระหว่างนี้กฎหมายก็ยังรับรู้รับรองสิทธิและหน้าที่บางประการในระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๖, ๑๔๗ และ ๑๔๘ เพราะฉะนั้น จึงอาจมีการค้ำประกันได้ ซึ่งถ้าเงื่อนไขสำเร็จ มีหนี้ขึ้น การค้ำประกันที่ทำไว้ก็ย่อมบังเกิดผลผูกพัน แต่ถ้าเงื่อนไขไม่สำเร็จ ผลที่จะผูกพันผู้ค้ำประกันก็ย่อมไม่มี อย่างไรเป็นเงื่อนไข ศึกษาได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๑ ลักษณะ ๔ หมวด ๔ กล่าวโดยทั่วไป เงื่อนไขหมายความถึง

เหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน เช่นตามตัวอย่างข้างต้น ข. เอาม้าเข้าแข่ง และทำสัญญาจะขายให้ ก. เมื่อม้าวิ่งชนะ ม้าจะวิ่งชนะหรือไม่ เป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน ต่อเมื่อม้าวิ่งชนะสัญญาซื้อขายระหว่าง ก. กับ ข. จึงจะเป็นผลขึ้น และยังผลให้เกิดสัญญาค้ำประกันผูกพัน ค. ถ้าม้าวิ่งไม่ชนะก็เป็นอันเจ๊ากันไป ไม่มีสัญญาซื้อขายผูกพันคู่กรณี ไม่มีสัญญาค้ำประกันผูกพัน ค. แต่ตามตัวอย่างที่ว่านี้จะเห็นได้ว่า ก. ข. ได้ทำสัญญาก่อหนี้กันขึ้นแล้ว หากแต่ว่าเป็นหนี้มีเงื่อนไข จึงมีการค้ำประกันกันได้ สมมติว่า ก. เอาม้าขาเป๋ไปเสนอขายให้ ข. แต่ ข. ยังไม่ทันจะสนองรับซื้อ ค. เข้าค้ำประกันการใช้ราคาค่าม้าดังนี้ สัญญายังไม่มี หนี้ยังไม่ได้เกิดขึ้น สงสัยว่าจะค้ำประกันกันไม่ได้ แต่สัญญาที่ ค. ทำไว้อาจเข้าลักษณะเป็นสัญญาประกันความเสียหาย

๓. คำว่าหนี้ในอนาคต กับ หนี้มีเงื่อนไขนั้น ที่จริงน่าจะเป็นอันเดียวกัน มีความหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ ตัวอย่างเช่นค้ำประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชี อย่างนี้ถ้ายังไม่มีการเบิกเงินเกินบัญชีในขณะที่เข้าค้ำประกัน อาจเรียกได้ว่าเป็นการค้ำประกันหนี้ในอนาคต แต่ความจริงก็เป็นหนี้มีเงื่อนไข เพราะขึ้นอยู่กับอนาคตอันไม่แน่นอนว่าลูกหนี้จะเบิกเงินเกินบัญชีหรือไม่ และเงื่อนไขนั้นอาจมีได้ทั้งที่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนและบังคับหลัง ตัวอย่างที่ให้ไว้ข้างต้นเป็นตัวอย่างเงื่อนไขบังคับก่อน หนี้มีเงื่อนไขบังคับหลังก็อาจมีการค้ำประกันได้เหมือนกัน เช่น ข. ขายม้าแข่งให้ ก. หนึ่งตัว มีเงื่อนไขบังคับหลังว่า ถ้าม้าวิ่งไม่ชนะ ให้สัญญาซื้อขายเป็นอันสิ้นผล โดย ก. จะต้องส่งมอบม้าคืนแก่ ข. ดังนี้ก็มีการค้ำประกันกันได้ แต่วรรค ๒ กล่าวเฉพาะถึงหนี้มีเงื่อนไข เพราะเป็นเรื่องที่ยังเป็นปัญหาว่าจะค้ำประกันได้หรือไม่ ถ้าเป็นหนี้มีเงื่อนเวลาปัญหาเช่นนี้ไม่มี และยังต้องเป็นที่เข้าใจกันอยู่แล้วว่า หนี้มีเงื่อนเวลาย่อมค้ำประกันได้ เช่น ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท สัญญาจะใช้คืนภายใน ๑ ปี ดังนี้เป็นหนี้มีเงื่อนเวลาและย่อมค้ำประกันกันได้โดยไม่มีปัญหา ตัวอย่างอื่นของการค้ำประกันหนี้ในอนาคต เช่น ประกันความเสียหายที่ลูกจ้างอาจก่อให้เกิดขึ้นแก่นายจ้างในอนาคต (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๗๐/๒๕๐๑, ๔๑/๒๕๐๒, ๓๕๒/๒๕๐๒)

๔. ความในวรรค ๓ ที่กล่าวถึงสัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้เพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถนั้น ความจริงไม่ถูกนัก เพราะนิติกรรมอันมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยความสามารถของบุคคลนั้น ตามมาตรา ๑๑๖ เป็นแต่เพียงโมฆียะ คือเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์จนกว่าจะบอกล้าง และตามมาตรา ๑๔๒ (๔) เมื่อใดมีการวางประกันสำหรับหนี้อันเกิดจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ ถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน ทำให้สิ้นสิทธิบอกล้าง เพราะฉะนั้น ตราบใดที่ยังไม่มีการบอกล้าง โมฆียกรรมจึงเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ ผูกพันลูกหนี้และก็เพราะเหตุนี้เอง ในวรรค ๓ ของมาตรา ๖๘๑ จึงยอมให้มีการค้ำประกันกันได้ หากผู้ค้ำประกันรู้ถึงเหตุไร้ความสามารถในขณะที่เข้าทำสัญญาค้ำประกัน ถ้านิติกรรมที่ทำต่อกันเป็นโมฆะ หนี้ย่อมไม่เกิดขึ้นเลย ตามมาตรา ๖๘๑ วรรค ๑ จึงค้ำประกันไม่ได้ตามตัวอย่างข้างต้นที่ ก. ผู้เยาว์กู้เงิน ข. โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรม ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมบอกล้างตามมาตรา ๑๓๘ นิติกรรมที่ ก. ทำย่อมตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ปัญหามีว่าถ้า ค. เข้าค้ำประกันภายหลังการบอกล้าง การค้ำประกันของ ค. จะสมบูรณ์หรือไม่ ว่ากันตามความมุ่งหมายของตัวบทและว่ากันโดยเฉพาะตามหลักทั่วไปดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๑ วรรค ๑ แล้ว ย่อมเห็นได้ว่าการค้ำประกันของ ค. ในชั้นนี้ไม่สมบูรณ์

๕. โดยนัยเดียวกัน มีปัญหาว่า ความสำคัญผิดที่กล่าวถึงในมาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ มุ่งหมายถึงความสำคัญผิดชนิดใด เพราะความสำคัญผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๑๙ และ ๑๒๐ มีอยู่ ๒ อย่าง อย่างหนึ่งเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ อีกอย่างหนึ่งเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์ ทำให้นิติกรรมเป็นแต่เพียงโมฆียะ ถ้าดูตามความมุ่งหมายดังกล่าวมาก็จะต้องตีความว่า ความสำคัญผิดในที่นี้มุ่งหมายถึงความสำคัญผิดชนิดหลังคือที่ยังผลให้นิติกรรมเป็นเพียงโมฆียะเหมือนกรณีไร้ความสามารถ ถ้าเป็นความสำคัญผิดชนิดที่ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ หนี้ย่อมไม่มีไม่เกิดขึ้นในอันที่จะค้ำประกันกันได้

๖. สัญญาที่เป็นโมฆียะ ไม่จำกัดเฉพาะที่เกิดจากความสำคัญผิดในคุณสมบัติและข้อบกพร่องในความสามารถดังกล่าวมา กลฉ้อฉลและการข่มขู่ถึงขนาด ก็ทำให้

สัญญาเป็นโมฆียะเหมือนกัน (มาตรา ๑๒๑, ๑๒๒, ๑๒๖) แต่มาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ ไม่กล่าวถึง ถ้ามีการค้ำประกันหนี้ซึ่งเกิดแต่สัญญาอันเป็นโมฆียะเพราะเหตุที่ว่านี้ และผู้ค้ำประกันรู้ถึงเหตุบกพร่องดังกล่าวในขณะที่เข้าทำสัญญาผูกพันตนกับเจ้าหนี้ ก็น่าจะอนุโลมให้เป็นสัญญาค้ำประกันที่ใช้ได้ และถ้ากรณีเป็นไปตามมาตรา ๑๔๑ แล้ว การให้ประกันแก่โมฆียกรรมที่ว่านี้กลับจะเป็นการให้สัตยาบันตามมาตรา ๑๔๒ (๔) เสียด้วยซ้ำ

๗. ตามมาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ การค้ำประกันหนี้อันเกิดแต่ความสำคัญผิดหรือที่ทำกับผู้ไร้ความสามารถ จะมีผลผูกพันผู้ค้ำประกัน ต่อเมื่อผู้ค้ำประกันรู้เหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถในขณะที่เข้าทำสัญญาค้ำประกัน เหตุก็เพราะว่าหนี้ชนิดนี้ เป็นหนี้ที่สมบูรณ์อยู่จนกว่าจะบอกล้าง เมื่อผู้ค้ำประกันรู้ถึงเหตุบกพร่องแล้ว ยังเข้าค้ำประกันก็อาจเป็นเรื่องที่คาดหมายกันอยู่ว่าจะไม่มีการบอกล้าง และเจ้าหนี้ย่อมยึดเอาสินเชื่อของผู้ค้ำประกันเป็นประกัน ซึ่งถ้าไม่มีการค้ำประกัน เจ้าหนี้อาจไม่เกี่ยวข้องด้วยก็ได้ แต่ถ้าผู้ค้ำประกันไม่รู้ ปัญหามีว่าการค้ำประกันจะเป็นอันไม่สมบูรณ์ที่เดียว หรือจะถือว่าเป็นเรื่องที่ผู้ค้ำประกันจะหยิบยกเอาขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ได้ในภายหลังตามมาตรา ๖๙๔ จะวินิจฉัยไปทางหนึ่งทางใด ย่อมมีผลแตกต่างกันตามกฎหมาย เพราะถ้าถือว่าเป็นเรื่องต่อสู้ได้ตามมาตรา ๖๙๔ แล้ว กรณีเช่นที่ค้ำประกันผู้เยาว์เป็นเรื่องที่มีอายุความ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๓ ซึ่งถ้าพ้นอายุความไปแล้วอาจบอกล้างไม่ได้ แต่ถ้าถือว่าเป็นเรื่องไม่สมบูรณ์ที่เดียว ผู้ค้ำประกันยังชอบที่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ แม้จะพ้นกำหนดอายุความไปแล้ว มาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ บัญญัติไว้ในทางยืนยัน โดยว่าถ้าผู้ค้ำประกันรู้ การค้ำประกันเป็นอันสมบูรณ์ กฎหมายบัญญัติไว้เพียงเท่านี้ ในทางตรงกันข้ามจึงถือไม่ได้ว่า ถ้าผู้ค้ำประกันไม่รู้ การค้ำประกันไม่สมบูรณ์ และถึงอย่างไรก็ยังเป็นการค้ำประกันหนี้เกิดจากโมฆียกรรม คือหนี้ที่สมบูรณ์จนกว่าจะบอกล้าง ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันไม่รู้จึงได้แต่จะยกเอาไปเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ตามมาตรา ๖๙๔

๘. ผู้ค้ำประกันจะได้รู้ถึงเหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถหรือไม่นั้น ถือเอาเวลาที่ผู้ค้ำประกันเข้าทำสัญญาผูกพันตนเป็นสำคัญ คือ ถ้าในขณะนั้นไม่รู้ สัญญา

ค้ำประกันก็เป็นสัญญามีข้อต่อสู้ แม้จะมารู้ในภายหลังและยังไม่ได้จัดการประการใดก็ไม่กระทบถึงข้อต่อสู้นั้น

๙. เรื่องเช่นที่ผู้เยาว์กู้เงินเขา โดยผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ได้รู้เห็นยินยอมด้วย ผู้ค้ำประกันรู้ดังนั้นแล้วยังเข้าทำสัญญาค้ำประกันนั้น เมื่อในที่สุด เจ้าหนี้บังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกันเพราะลูกหนี้ผิดนัด ผู้ค้ำประกันจะเอาเหตุไร้ความสามารถของลูกหนี้มาต่อสู้เจ้าหนี้ตามมาตรา ๖๙๔ ได้หรือไม่ ข้อนี้น่าจะเข้าใจว่า ถ้าผู้ค้ำประกันจะต่อสู้ได้ มาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ คงไม่มาเขียนไว้เป็นกำบั้นทุบดิน ว่าการค้ำประกันในกรณีเช่นนี้เป็นการค้ำประกันอย่างสมบูรณ์ และเมื่อผู้ค้ำประกันรู้อยู่แล้วถึงเหตุไร้ความสามารถของลูกหนี้ยังเข้าค้ำประกัน การที่จะกลับยกเอาเหตุนั้นมาต่อสู้เจ้าหนี้ ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (มาตรา ๕, ๓๖๘) แม้จะไปไกลยิ่งกว่านั้น คือถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมบอกล้างโมฆียกรรมของลูกหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันจะต่อสู้เจ้าหนี้ได้หรือไม่ ก็เป็นปัญหาเช่นเดียวกัน ซึ่งเมื่อว่ากันตามบทบัญญัติในมาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ อันเป็นบทกำบั้นทุบดินและหลักความสุจริตไม่น่าจะให้ผู้ค้ำประกันต่อสู้เจ้าหนี้ได้ เฉพาะกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมบอกล้างนิติกรรมดังว่ามานี้ ฝ่ายผู้ค้ำประกันจะถือว่าเป็นเรื่องระงับหนี้ทำให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นตามมาตรา ๖๙๘ ก็ถือไม่ได้ เพราะการบอกล้างตามมาตรา ๑๓๙ เป็นเรื่องทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะไม่ใช่เรื่องระงับหนี้ แต่นั่นแหละดังได้กล่าวมาข้างต้น เมื่อกฎหมายเป็นที่สงสัย ศาลมักจะตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ค้ำประกัน กรณีเข้าค้ำประกันผู้เยาว์โดยผู้ค้ำประกันรู้ถึงเหตุไร้ความสามารถ เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นว่าผู้ค้ำประกันจะยกเอาข้อนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ตามมาตรา ๖๙๔ ได้หรือไม่ จึงยังไม่แน่ว่าศาลจะวินิจฉัยอย่างไร

๑๐. ความในวรรค ๓ กล่าวแต่เฉพาะความสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถทางฝ่ายลูกหนี้ที่ผู้ค้ำประกันเข้าทำสัญญาค้ำจุน ถ้าเหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถมีอยู่ทางฝ่ายเจ้าหนี้ ผลที่จะกระทบถึงความสมบูรณ์ของสัญญาค้ำประกันย่อมไม่มี เช่น ข. ผู้เยาว์ให้ ก. กู้เงิน ๕,๐๐๐ บาท โดยมิได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรม ส่วน ก.

บรรลุนิติภาวะมีความสามารถบริบูรณ์ ถ้า ค. เข้าค้ำประกัน ก. ค. จะยกเอาเหตุที่ ข. เจ้าหนี้เป็นผู้เยาว์มาโต้แย้งไม่ได้ ในทางตรงกันข้าม ความในวรรค ๓ กล่าวถึงความสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถในส่วนตัวลูกหนี้ ถ้าเป็นความสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถของผู้ค้ำประกันเอง ผู้ค้ำประกันก็ชอบที่จะยกเป็นข้อต่อสู้ได้ตามมาตรา ๖๙๔ เช่น ก. กู้เงิน ข. ค. ผู้เยาว์เข้าค้ำประกันโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรม ดังนี้ ผู้แทนโดยชอบธรรมของ ค. ต่อสู้บอกล้างได้

มาตรา ๖๘๒

"ท่านว่าบุคคลจะยอมเข้าเป็นผู้รับเรือน คือ เป็นประกันของผู้ค้ำประกันอีกชั้นหนึ่ง ก็เป็นได้

ถ้าบุคคลหลายคนยอมตนเข้าเป็นผู้ค้ำประกันในหนี้รายเดียวกันไซร้ ท่านว่าผู้ค้ำประกันเหล่านั้นมีความรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมกัน แม้ถึงว่าจะมิได้เข้ารับค้ำประกันรวมกัน"

ตัวอย่าง

วรรค ๑ ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เข้าค้ำประกันโดยสัญญาว่า ถ้า ก. ไม่ใช้หนี้ ค. จะใช้ให้เอง ง. เข้ารับเรือน ค้ำประกัน ค. อีกต่อหนึ่ง โดยสัญญาว่า ถ้าเจ้าหนี้เรียกร้องเอากับ ค. และ ค. ไม่ใช้หนี้ในฐานะที่เป็นผู้ค้ำประกัน ง. จะใช้ให้เอง อย่างนี้ ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ง. เป็นผู้รับเรือน

วรรค ๒ ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. กับ ง. เข้าเป็นผู้ค้ำประกัน โดยแต่ละคนสัญญาว่า ถ้า ก. ไม่ใช้หนี้ ตนจะใช้ให้เอง ถึงแม้ว่าต่างคนต่างได้เข้ามาค้ำประกันคนละครั้ง คือไม่ได้เข้าค้ำประกันในเวลาเดียวกัน ค. และ ง. ก็มีความรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมกัน เมื่อ ก. ไม่ใช้หนี้ เจ้าหนี้จะเรียกให้ ค. หรือ ง. คนใดคนหนึ่ง หรือทั้งสองคนรับผิดใช้หนี้ในฐานะที่เป็นผู้ค้ำประกันก็ได้ (มาตรา ๒๙๑)

หลักและข้อสังเกต

๑. ผู้รับเรือนนั้น ตามมาตรา ๖๘๒ วรรค ๑ ไม่ใช่ผู้ค้ำประกันลูกหนี้ แต่ดังตัวอย่างข้างต้น เป็นผู้ค้ำประกันของผู้ค้ำประกันอีกต่อหนึ่ง ความรับผิดของผู้รับเรือนจึงมิได้เกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ไม่ใช้หนี้ แต่เกิดขึ้นเมื่อผู้ค้ำประกันไม่ใช้หนี้ ในทางตรงกันข้ามสำหรับผู้ค้ำประกัน เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันมีสิทธิให้เจ้าหนี้ไปข้างหน้าและเรียกให้ลูกหนี้ใช้หนี้ก่อน ต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ใช้ ผู้ค้ำประกันจึงจะต้องรับผิดใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่สำหรับผู้รับเรือนนั้น มีสิทธิบอกให้เจ้าหนี้ไปข้างหน้าได้ถึง ๒ ชั้น ไม่แต่เพียงชั้นเดียวเหมือนผู้ค้ำประกัน คือถ้าลูกหนี้ไม่ใช้หนี้ และเจ้าหนี้มาเรียกเอาจากผู้รับเรือน ผู้รับเรือนชอบที่จะบอกแก่เจ้าหนี้ว่าไม่ใช่กงการอะไรของข้า เพราะในฐานะเป็นผู้รับเรือน เขาเป็นแต่ผู้ค้ำประกัน ไม่ได้ค้ำประกันลูกหนี้ ไม่แต่เท่านั้น ถ้าลูกหนี้ผิดนัดไม่ใช้หนี้ และเจ้าหนี้ตรงมาเรียกร้องให้ผู้รับเรือนใช้หนี้ ผู้รับเรือนยังมีสิทธิที่จะให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้เอาจากผู้ค้ำประกันเสียก่อน ต่อเมื่อผู้ค้ำประกันไม่ใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิมาบังคับชำระหนี้เอาแก่ผู้รับเรือนได้

๒. ปัญหามีว่า เมื่อผู้รับเรือนชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว ผู้รับเรือนจะมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากใคร กล่าวโดยเฉพาะจะไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้หรือไม่ ประมวลแพ่ง ฯ ของไทย มาตรา ๖๘๒ ว่าด้วยผู้รับเรือน มีประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา ๒๐๑๕ เป็นที่มาผู้รับเรือนกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า certificateur de caution คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกล่าวไว้ว่า ผู้รับเรือนซึ่งชำระหนี้แล้วมีแต่สิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาจากผู้ค้ำประกันเท่านั้น (เทียบมาตรา ๒๒๙ (๓)) จะใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ไม่ได้ การทำสัญญารับเรือน กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นการทำสัญญาเอกเทศชนิดหนึ่ง ไม่ใช่สัญญาค้ำประกัน เพราะฉะนั้น แม้หนี้ของลูกหนี้และผู้ค้ำประกันจะเกลื่อนกลืนกัน ตามกฎหมายฝรั่งเศสก็ไม่ทำให้ผู้รับเรือนหลุดพ้นจากความรับผิด และถ้ามีผู้รับเรือนหลายคน กฎหมายฝรั่งเศสไม่ถือว่าเป็นลูกหนี้ร่วมกัน (เทียบมาตรา ๖๘๒ วรรค ๒) เมื่อคนใดคนหนึ่งใช้หนี้ไป จึงไม่มีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากเพื่อนผู้รับเรือนด้วยกัน

๓. ปัญหาว่าผู้รับเรือนจะมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ชั้นต้นได้หรือไม่ เป็นข้อสำคัญสำหรับผู้รับเรือน เพราะเช่นถ้าผู้ค้ำประกันที่จะไล่เบี้ยเอาได้ล้มละลายหรือไม่สามารถชำระหนี้ได้ การที่ผู้รับเรือนจะไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ ย่อมเป็นทางป้องกันมิให้ผู้รับเรือนต้องเสียหาย มีคำพิพากษาฎีกาเก่าก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่เรื่องหนึ่ง คือคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕/๒๔๕๖ ซึ่งตัดสินเกี่ยวกับสิทธิของผู้รับเรือน แต่ในเรื่องนั้นศาลฎีกาตัดสินให้ผู้รับเรือนไล่เบี้ยเอาจากผู้ค้ำประกัน จึงไม่เป็นบรรทัดฐานว่าผู้รับเรือนจะใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ ว่ากันตามหลักทั่วไป การที่ผู้รับเรือนจะพ้องไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้นั้น จะต้องอาศัยสิทธิตามสัญญาหรือสิทธิตามกฎหมาย สำหรับสิทธิตามสัญญานั้นไม่มี เพราะผู้รับเรือนทำสัญญาค้ำประกันผู้ค้ำประกัน ไม่ได้ค้ำประกันลูกหนี้ ไม่มีสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาระหว่างลูกหนี้กับผู้รับเรือน สิทธิที่ผู้รับเรือนจะพ้องไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้หากมีได้ จึงต้องอาศัยตัวบทกฎหมาย ว่ากันตามตัวบทกฎหมายไทย ตามมาตรา ๖๙๓ ผู้ที่จะไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้มีแต่ผู้ค้ำประกัน ซึ่งตามมาตรา ๖๘๐ หมายความถึงผู้ที่ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ แต่ผู้รับเรือนไม่ใช่ผู้ที่ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ดังว่านี้ เป็นแต่ผู้รับจะใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ในเมื่อผู้ค้ำประกันไม่ใช้ ข้อเถียงอาจมีได้ว่า ผู้รับเรือนเป็นผู้มีความผูกพันเพื่อผู้อื่นในอันที่จะต้องใช้หนี้ เมื่อผู้รับเรือนได้ใช้หนี้ตามความผูกพันนั้นแล้ว ตามมาตรา ๒๒๖, ๒๒๙ (๓) จึงควรที่ผู้รับเรือนจะได้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ไปไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ แต่ฝ่ายลูกหนี้อาจแย้งได้ว่า ผู้รับเรือนต้องรับผิดเพื่อใคร ก็ควรที่จะไปไล่เบี้ยเอาจากคนนั้น เมื่อผู้รับเรือนเป็นผู้รับผิดเพื่อผู้ค้ำประกัน ไม่ใช่เพื่อลูกหนี้ จึงควรไล่เบี้ยได้แต่จากผู้ค้ำประกัน ฝ่ายลูกหนี้อาจเถียงได้ด้วยว่า ตามมาตรา ๖๙๓ ลูกหนี้จะต้องถูกไล่เบี้ยก็แต่เมื่อผู้ค้ำประกันได้ใช้หนี้ ตราบใดที่ผู้ค้ำประกันยังไม่ใช้หนี้ ลูกหนี้จึงไม่ต้องถูกไล่เบี้ย ก็เมื่อผู้รับเรือนเป็นผู้ใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไป ไม่ใช่ผู้ค้ำประกัน ว่ากันตามมาตรา ๖๙๓ จึงไม่มีทางที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดถูกไล่เบี้ย ทั้งหมดนี้ว่ากันตามที่มาในกฎหมายฝรั่งเศสและตัวหนังสือในกฎหมายไทย แต่ถ้าจะว่ากันตามความเป็นธรรมแล้ว การที่มีบุคคลใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ย่อมได้เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ ไม่ว่าผู้

ชำระหนี้นั้นจะเป็นผู้ค้ำประกันหรือผู้รับเรือน และเมื่อผู้ค้ำประกันที่ใช้หนี้ยังมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ จึงไม่มีเหตุผลในทางความเป็นธรรมที่จะให้ผู้รับเรือนที่ใช้หนี้ไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ไม่ได้ โดยที่แต่ความเป็นธรรมมีอยู่ดังนี้ ปัญหาจะยุติลงอย่างไรจึงต้องคอยฟังคำวินิจฉัยของศาลไทยต่อไป แต่มีข้อที่จะต้องหยิบยกขึ้นวินิจฉัยด้วยว่า ถ้าผู้รับเรือนมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้เหมือนผู้ค้ำประกันแล้ว สิทธิอื่นทั้งหลายของผู้ค้ำประกันดังมีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะตั้งแต่มาตรา ๖๘๖ ถึงมาตรา ๖๙๒ และต่อไปอีกตั้งแต่มาตรา ๖๙๔ ถึงมาตรา ๖๙๗ จะยอมให้ผู้รับเรือนใช้ด้วยหรือไม่ ถ้าผู้รับเรือนมีสิทธิเป็นอย่างเดียวเหมือนกันกับผู้ค้ำประกันในทุก ๆ กรณีแล้ว เหตุใดกฎหมายไม่บัญญัติให้ถือว่าผู้รับเรือนเป็นผู้ค้ำประกันเสียเลยทีเดียว เพื่อให้หมดปัญหารู้แล้วรู้รอดไป ทำไมจึงกลับมาบัญญัติถึงการเป็นผู้รับเรือนเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหากจากการเป็นผู้ค้ำประกัน

๔. กรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๒ วรรค ๒ ไม่ใช่เป็นเรื่องรับเรือน คือไม่ใช่เรื่องค้ำประกันผู้ค้ำประกัน หากเป็นเรื่องคนหลายคนเข้าค้ำประกันหนี้รายเดียวกัน แต่ไม่ได้เข้าทำสัญญาค้ำประกันในเวลาเดียวกัน เช่น ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท มี ค. ค้ำประกันวันนี้ รุ่งขึ้น ง. เข้ามาค้ำประกันอีกคนหนึ่ง ถ้าไม่มีอะไรบัญญัติไว้ให้เป็นการแน่นอน ถึงเวลาเจ้าหนี้ฟ้องร้อง ง. ผู้ค้ำประกัน ง. จะยกขึ้นเป็นข้อโต้เถียงได้ว่า ค. เข้าค้ำประกันก่อนตน ให้เจ้าหนี้ไปฟ้องร้อง ค. เสียก่อน ซึ่งจะกลายเป็นเรื่องรับเรือนไป ไม่ใช่ค้ำประกัน และเมื่อว่ากันตามหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดร่วมกันแล้ว ง. จะเถียงดังนั้นไม่ได้ เพราะถึงแม้ว่าจะเข้าค้ำประกันคนละวัน หนี้ของ ก. ที่ทั้ง ค. และ ง. เข้าค้ำประกัน ก็เป็นหนี้รายเดียวกันนั่นเอง จึงชอบที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องเอาจาก ค. หรือ ง. ก็ได้ ซึ่งถ้า ง. ไม่ประสงค์จะให้เป็นดังนั้น คือประสงค์จะรับผิดต่อเมื่อ ค. ผู้ค้ำประกันไม่ใช้หนี้ ก็มีทางที่ ง. จะทำได้โดยเข้ารับเรือน ค. หากไม่ทำดังนั้น แต่กลับเข้าไปค้ำประกัน ก. ตัวลูกหนี้โดยตรง ก็ชอบแล้วที่เจ้าหนี้จะถือได้ว่า ง. มีความรับผิดร่วมกับ ค. ในฐานะเป็นผู้ค้ำประกัน

๕. เพราะมาตรา ๖๘๒ วรรค ๒ ให้ผู้ค้ำประกันหลายคนรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมกัน เมื่อเจ้าหนี้พ้องบังคับชำระหนี้เอาจากผู้ค้ำประกันคนใดคนหนึ่งไปแล้ว ผู้ค้ำประกันคนนั้นจึงน่าจะมีสิทธิพ้องไล่เบี้ยขอแบ่งส่วนรับผิดเอาจากผู้ค้ำประกันคนอื่นได้ตามมาตรา ๒๙๖ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๕๙/๒๕๐๙) ในเวลาเดียวกัน ถ้าเจ้าหนี้ปลดผู้ค้ำประกันคนหนึ่งคนใด คนอื่นพึงได้รับประโยชน์ด้วยตามมาตรา ๒๙๓ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๖๗/๒๕๑๑)

๖. การค้ำประกันร่วมกันนั้นอย่างหนึ่ง หมายถึงกรณีที่มีบุคคลหลายคนเข้าค้ำประกันลูกหนี้คนเดียวกันดังกล่าว ซึ่งถ้าเข้ามาทำสัญญาค้ำประกันในเวลาเดียวกัน เรื่องก็จะไม่มีปัญหา คือเจ้าหนี้จะพ้องร้องเอาแก่ผู้ค้ำประกันคนหนึ่งคนใดก็ได้ แต่ถ้าไม่ได้เข้าค้ำประกันในเวลาเดียวกัน มาตรา ๖๘๒ วรรค ๒ ก็ได้บัญญัติตัดปัญหาไว้แล้วดังกล่าวมา คือ เจ้าหนี้จะเรียกร้องเอาจากผู้ค้ำประกันคนใดคนหนึ่งก็ได้เหมือนกัน เหล่านี้เป็นเรื่องผู้ค้ำประกันหลายคนร่วมกันรับผิดต่อเจ้าหนี้ แต่ยังมีอีกกรณีหนึ่งตามมาตรา ๖๙๑ ซึ่งต่างกันเป็นคนละเรื่อง คือเป็นเรื่องที่ตัวบทกล่าวถึงการที่ผู้ค้ำประกันร่วมรับผิดกับลูกหนี้ ซึ่งยังผลตัดข้อต่อสู้ของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๘๘, ๖๘๙ และ ๖๙๐ ตัวอย่าง เช่น ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เข้าค้ำประกันและในสัญญาค้ำประกันระบุว่า ค. ยอมรับผิดร่วมกับลูกหนี้ดังนี้ เมื่อถูกพ้อง ค. จะยกมาตรา ๖๘๘, ๖๘๙ หรือ ๖๙๐ ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ไม่ได้ ทั้งนี้ต่างกับกรณีผู้ค้ำประกันหลายคนร่วมกันรับผิดต่อเจ้าหนี้ดังกล่าวมา ซึ่งถ้าผู้ค้ำประกันหลายคนนั้นยอมรับผิดร่วมกันกับลูกหนี้ ผลก็จะเป็นไปในทางตัดข้อต่อสู้ของผู้ค้ำประกันเหล่านั้นเหมือนกัน ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๙๑

มาตรา ๖๘๓

"อันค้ำประกันอย่างไม่มีจำกัดนั้น ย่อมคุ้มถึงดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าการติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้นด้วย"

ตัวอย่าง

ก. ทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร ข. ค. เข้าค้ำประกันโดยไม่จำกัดความรับผิด ก. เบิกเงินเกินบัญชีไป ๕๐,๐๐๐ บาท แล้วไม่ใช้หนี้ ธนาคาร ข. ชอบที่จะเรียกร้องให้ ค. ใช้เงิน ๕๐,๐๐๐ บาท รวมทั้งดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าธรรมเนียมในการทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี ค่าต่อสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีซึ่งธนาคารเรียกเก็บเป็นครั้งคราวตามธรรมเนียมธนาคาร

หลักและข้อสังเกต

๑. ในการเข้าค้ำประกันหนี้ ผู้ค้ำประกันจะจำกัดความรับผิดของตนอย่างไรก็ได้ เช่นค้ำประกันการชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน หรือไม่เกินจำนวนเงินเท่านั้นเท่านี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๖๘/๒๔๙๕, ๑๒๖๖/๒๕๐๓) หรือค้ำประกันโดยมีจำกัดเวลา (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๐๔/๒๕๐๐) หรือค้ำประกันการใช้แต่ต้นเงิน ไม่ค้ำประกันการใช้ดอกเบี้ยและค่าใช้จ่าย เหล่านี้ชอบที่จะทำได้ทั้งนั้น เพราะฉะนั้น เมื่อไม่จำกัดความรับผิดไว้ก็ต้องรับผิดทั้งหมด เหมือนดังที่ตัวลูกหนี้จะต้องรับผิดเอง (คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๔๕/๒๔๗๕)

๒. กล่าวโดยเฉพาะหนี้เงิน ถึงแม้จะต้องใช้ดอกเบี้ยกัน ตามมาตรา ๒๒๔ วรรค ๓ ก็ยังอาจต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย เช่นเจ้าหนี้ให้กู้เงินเรียกเอาดอกเบี้ยอย่างต่ำร้อยละ ๕ ต่อปี แต่บอกลูกหนี้ว่าจะต้องนำเงินมาใช้ภายในกำหนด เพราะเขาจะเอาเงินไปให้ผู้อื่นกู้ได้ดอกเบี้ยร้อยละ ๑๕ ต่อปี เมื่อลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้เรียกได้ไม่เฉพาะแต่ดอกเบี้ยร้อยละ ๕ ต่อปีเท่านั้น ค่าเสียหายอย่างอื่นเขาก็พิสูจน์และเรียกร้องเอาได้ด้วยคือพิสูจน์ว่าถ้าลูกหนี้ใช้เงินตามกำหนด เขาจะเอาเงินไปให้คนกู้ได้ดอกเบี้ยถึงร้อยละ ๑๕ ต่อปี จึงชอบที่จะเรียกดอกเบี้ยได้อีกร้อยละ ๑๐ ต่อปี ในฐานเป็นค่าสินไหมทดแทน มาตรา ๖๘๓ พูดถึงค่าสินไหมทดแทนในความหมายเช่นที่ว่ามานี้

๓. ค่าภารติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้นั้น โดยปกติไม่มี เช่นกู้เงินกัน ผลประโยชน์ตอบแทนของเจ้าหนี้ก็คือดอกเบี้ย ส่วนค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องบังคับชำระหนี้

มีว่าไว้ต่างหากในมาตรา ๖๘๔ แต่บางทีก็อาจมีได้ เช่นค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมธนาคาร ดังตัวอย่างข้างต้น หรือตัวอย่างอาจมีได้ เช่น ก. ขอให้ธนาคาร ข. เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต สั่งสินค้าจากนอก ค. เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อสินค้ามาถึง ก. ไม่ยอมไปรับสินค้าและใช้เงินให้แก่ธนาคาร ดังนี้ ธนาคารย่อมเรียกร้องเอาได้ไม่เฉพาะแต่เงินที่ออกไปในการซื้อสินค้า แต่ยังเรียกร้องเอาค่าขนส่ง ค่าประกันภัย และค่าฝากของในคลังสินค้าเมื่อสินค้ามาถึงได้ด้วย เหล่านี้ได้ชื่อว่าเป็นค่าภาระหรือค่าใช้จ่ายที่เป็นอุปกรณ์แห่งหนี้

๔. การที่ผู้ค้ำประกันจำกัดความรับผิดของตนเองนั้น ในกรณีที่มีผู้ค้ำประกันหลายคน อาจเกิดปัญหาเกี่ยวโยงไปถึงความรับผิดของผู้ค้ำประกันเหล่านั้น ในฐานะที่มาตรา ๖๘๒ วรรค ๒ ให้มีความรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมกันได้ ตัวอย่าง เช่น ก. กู้เงิน ข. ๑๐๐,๐๐๐ บาท มี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ต่อมา ง. เข้าค้ำประกัน ข. อีกคนหนึ่ง แต่ ง. จำกัดความรับผิดของตนเอง ค้ำประกันหนี้ ก. ไว้เพียง ๕๐,๐๐๐ บาท ถ้า ข. เรียกร้องให้ ง. ชำระหนี้ ปัญหามีว่า ง. จะต้องใช้หนี้ทั้งหมด ๑๐๐,๐๐๐ บาทหรือไม่ ว่ากันตามหลักลูกหนี้ร่วมตามมาตรา ๒๘๑ ง. ต้องใช้ทั้งหมด แต่มาว่ากันตามกฎหมายค้ำประกัน เห็นว่า ง. ต้องรับผิดใช้หนี้เพียง ๕๐,๐๐๐ บาทตามที่ได้จำกัดความรับผิดไว้ ผลแห่งการที่ ง. ต้องรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมตามมาตรา ๖๘๒ ประกอบด้วยมาตรา ๒๘๑ จึงคงมีแต่ว่า เมื่อ ข. เรียกร้องให้ ง. ชำระหนี้ ง. จะเกี่ยงให้ ข. ไปเรียกร้องเอาจาก ค. ก่อนไม่ได้

มาตรา ๖๘๔

"ผู้ค้ำประกันย่อมรับผิดเพื่อค่าฤชาธรรมเนียมความ ซึ่งลูกหนี้จะต้องใช้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่ถ้าโจทก์ฟ้องคดีโดยมิได้เรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้นั้นก่อนไซร้ ท่านว่าผู้ค้ำประกันหาต้องรับผิดเพื่อใช้ค่าฤชาธรรมเนียมเช่นนั้นไม่"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ค. ค้ำประกัน ข. ฟ้อง ก. ให้ชำระหนี้ ข. ชนะคดี ศาลพิพากษาให้ ก. ใช้หนี้รวมทั้งค่าธรรมเนียมศาล ๑,๒๕๐ บาท กับค่าทนาย ๑,๐๐๐ บาท ค่าฤชาธรรมเนียมเหล่านี้ ข. ชอบที่จะเรียกเอาได้จาก ค. แต่ถ้า ข. ฟ้องคดีโดยไม่ได้เรียกให้ ค. ใช้หนี้ก่อน ก็คงเรียกให้ ค. ใช้ได้แต่เฉพาะหนี้ ๕๐,๐๐๐ บาท จะเรียกร้องเอาค่าธรรมเนียมค่าทนายจาก ค. ไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. ค่าฤชาธรรมเนียมนับว่าเป็นอุปกรณ์ของหนี้อย่างหนึ่ง ตามหลักในมาตรา ๖๘๓ ผู้ค้ำประกันจึงต้องรับผิดใช้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่มาตรา ๖๘๔ แยกออกมาบัญญัติไว้ต่างหาก เพื่อให้เป็นผลว่า ถ้าเจ้าหนี้ฟ้องคดีโดยมิได้เรียกให้ผู้ค้ำประกันใช้หนี้ก่อน เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ผู้ค้ำประกันรับผิดในเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมศาลไม่ได้ ทั้งนี้ก็เพราะว่า ถ้าเจ้าหนี้ได้เรียกร้องเสียก่อนที่จะนำคดีสู่ศาล ผู้ค้ำประกันอาจใช้หนี้ให้ก่อนก็ได้ และไม่ต้องเอาความไปฟ้องร้องยังโรงศาลให้เสียค่าธรรมเนียมเปล่า ๆ

๒. ถ้าเจ้าหนี้แสดงให้ศาลเห็นได้ว่า ผู้ค้ำประกันตกอยู่ในฐานะไม่สามารถใช้หนี้ได้เลย เช่นเป็นคนมีหนี้สินล้นพ้นตัว เพราะฉะนั้น ถึงแม้จะไปเรียกร้องให้ผู้ค้ำประกันใช้หนี้ก่อน ก็จะไม่ได้ผลอะไร จึงฟ้องคดีโดยไม่ได้เรียกร้องเอาจากผู้ค้ำประกัน ดังนี้จะมีผลกระทบกระเทือนถึงบทบัญญัติในมาตรา ๖๘๔ ได้หรือไม่ เมื่อตัวบทบัญญัติไว้ชัดแจ้งจะเอาข้อเท็จจริงมาลบล้างกฎหมายไม่ได้ ทั้งนี้ถึงแม้จะเป็นกรณีพิเศษประการใดก็ตาม และที่เจ้าหนี้จะอ้างดังนั้น ก็อยู่ในลักษณะเป็นการคาดคะเน เพราะหากเจ้าหนี้ได้ทวงถามเอาจากผู้ค้ำประกันเสียก่อน ถึงแม้ผู้ค้ำประกันจะเป็นคนมีหนี้สินล้นพ้นตัว เขาก็อาจวิ่งเต้นหยิบยืมเงินคนอื่นมาใช้ให้เจ้าหนี้ได้ เพื่อไม่ต้องรับผิดในค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการเป็นความ และเมื่ออะไร ๆ ก็ไม่แน่ทั้งนั้น การที่เจ้าหนี้จะบอกกล่าวแก่ผู้ค้ำประกันเสียก่อน ไม่เป็นการยากลำบากอะไร

๓. ตัวบทกล่าวเฉพาะค่าฤชาธรรมเนียม แต่ความจริงควรจะรวมตลอดถึงค่าทนายที่สาลพิพากษาให้ด้วย คำแปลภาษาอังกฤษใช้คำกว้าง ๆ รวมไปถึง คือใช้คำว่าค่าใช้จ่ายในการเป็นความ แต่ค่าทนายที่จะต้องรับผิดแทนกันนี้ น่าจะต้องรับผิดจำกัดเฉพาะที่ศาลพิพากษาให้ ส่วนที่เจ้าหนี้สมัครใจคิดให้ทนายเองเป็นพิเศษนอกเหนือจากนั้นเป็นเรื่องเจ้าหนี้สมัครใจเสียไปเอง จะมาเรียกร้องเอาตามมาตรา ๖๙๔ ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๙๐/๒๔๖๐)

มาตรา ๖๙๕

"ถ้าเมื่อบังคับตามสัญญาค้ำประกันนั้น ผู้ค้ำประกันไม่ชำระหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้ รวมทั้งดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทน และอุปกรณ์ด้วยไซร้ หนี้ยังเหลืออยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ยังคงรับผิดต่อเจ้าหนี้ในส่วนที่เหลือนั้น"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ค. ค้ำประกัน เมื่อ ข. พ้องร้องเอาแก่ ค. คงเรียกเอามาได้แต่เฉพาะดอกเบี้ยและต้นเงินเพียง ๓๐,๐๐๐ บาท ยังขาดเป็นเงินอีก ๒๐,๐๐๐ บาท รวมทั้งค่าทดแทนและอุปกรณ์ เหล่านี้ ข. ยังเรียกร้องบังคับเอาจาก ก. ได้

หลักและข้อสังเกต

การที่ผู้ค้ำประกันได้ใช้หนี้ไปบางส่วน ไม่ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นไปจากหนี้ในส่วนที่ยังขาด ความจริงความรับผิดของลูกหนี้เป็นความรับผิดชั้นต้น ลูกหนี้มีหน้าที่โดยตรงจะต้องใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ การที่มีบุคคลเข้ามาค้ำประกัน ก็เพียงแต่มาค้ำจุนลูกหนี้ไว้เท่านั้นเอง เพราะฉะนั้น เมื่อเจ้าหนี้บังคับเอาจากผู้ค้ำประกัน และได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วน จึงชอบที่จะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ได้ในส่วนที่ยังขาด

หมวด ๒
ผลก่อนชำระหนี้

มาตรา ๖๘๖

"ลูกหนี้ผิดนัดลงเมื่อใด ท่านว่าเจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้แต่นั้น"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท สัญญาว่าจะใช้ภายในกำหนด ๑ ปี เมื่อครบกำหนด ๑ ปี ก. ไม่ใช้หนี้ ได้ชื่อว่า ก. ตกเป็นผู้ผิดนัดตามมาตรา ๒๐๔ ข. ชอบที่จะเรียกร้องให้ ก. ใช้หนี้ได้นับแต่นั้น

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามมาตรา ๖๘๐ ความรับผิดของผู้ค้ำประกันเกิดขึ้น เป็นผลผูกพันผู้ค้ำประกันให้ต้องชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ อะไรเป็นเครื่องวัดว่าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ มาตรา ๖๘๖ ให้ถือเอาการผิดนัดของลูกหนี้เป็นเครื่องวัด (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๑๗/๒๔๗๓) ถ้าไม่มีหลักเกณฑ์บัญญัติไว้เช่นนี้ กรณีตามตัวอย่างที่ให้ไว้ข้างต้น เจ้าหนี้อาจเรียกร้องให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้เมื่อก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระภายใน ๑ ปี ซึ่งจะเป็นการขัดต่อความมุ่งหมายในการที่เขาเข้าค้ำประกันหนี้

๒. เมื่อไรลูกหนี้จึงจะตกเป็นผู้ผิดนัด มีตัวบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ กล่าวโดยทั่วไปคือ ถ้าหนี้ไม่มีกำหนดเวลาชำระ เจ้าหนี้ต้องให้คำเตือนแก่ลูกหนี้ก่อน เมื่อเขาเตือนให้ใช้หนี้แล้วไม่ใช้ ลูกหนี้ย่อมตกเป็นผู้ผิดนัด แต่ถ้าหนี้มีกำหนดเวลาชำระตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนด ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดเมื่อครบกำหนดนั้น โดยเจ้าหนี้ไม่ต้องเตือน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๖๖/๒๔๗๖) กรณีละเมิด ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดเมื่อทำละเมิด (มาตรา ๒๐๖)

๓. ข้อยกเว้นมีบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๐๕ ว่า ตราบใดที่การชำระหนี้ยังไม่ได้กระทำลงเพราะพฤติการณ์ซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด ตราบนั้นลูกหนี้ยังไม่ได้ชื่อว่าผิดนัด ข้อยกเว้นอันนี้ ลูกหนี้จะยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้อย่างไร ตามมาตรา ๖๙๔ ผู้ค้ำประกันก็ยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้อย่างนั้นเหมือนกัน เช่นตามตัวอย่างข้างต้น ถ้าเมื่อครบกำหนด ๑ ปี ก. จะเอาเงินไปใช้ให้ ข. เผอิญมีกฎหมายออกมายกเลิกระบบเงินตราที่ใช้อยู่ในขณะนั้นและให้ใช้ธนบัตรใหม่ ซึ่งทางการยังพิมพ์ออกมาให้ใช้กันได้ไม่ทั่วถึง ก. จึงไม่สามารถนำเงินไปใช้ให้ ข. ได้ครบถ้วน ดังนี้ ก. ยังไม่ได้ชื่อว่าเป็นผู้ผิดนัด ข. จะเรียกร้องเอาแก่ ค. ผู้ค้ำประกันยังไม่ได้

มาตรา ๖๘๗

"ผู้ค้ำประกันไม่จำต้องชำระหนี้ก่อนถึงเวลากำหนดที่จะชำระ แม้ถึงว่าลูกหนี้จะไม่อาจถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาเริ่มต้น หรือเวลาสุดสิ้นได้ต่อไปแล้ว"

ตัวอย่าง

ก. ทำสัญญากู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท มอบแหวนเพชร ๑ วงจำนำไว้เป็นประกัน สัญญาว่าจะใช้ภายในกำหนด ๑ ปี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ก่อนครบกำหนด ๑ ปี ก. ไปเอาแหวนจำนำมาทำลายเสีย แม้ตามมาตรา ๑๔๕ ข. จะพ้องให้ ก. ชำระหนี้ได้ก่อนครบกำหนด ๑ ปี ก็ยังเรียกร้องเอาแก่ ค. ไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. กรณีที่ลูกหนี้ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนเวลา มีบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๕ แต่กรณีเหล่านี้ไม่ใช่เรื่องลูกหนี้ผิดนัด แม้ตัวลูกหนี้เองจะไม่อาจยกประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาขึ้นต่อสู้กับเจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกันซึ่งจะต้องรับผิดต่อเมื่อลูกหนี้ผิดนัด ก็ยังถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๕/๒๔๗๘) ซึ่งถ้าจะบังคับเป็นอย่างอื่นย่อมจะเป็นการขัดต่อความมุ่งหมายของการเป็นผู้ค้ำประกัน เช่น ตามตัวอย่างข้างต้น การที่ ค.

เข้าค้ำประกันหนี้ของ ก. ค. ย่อมมีความมุ่งหมายที่จะได้รับประโยชน์แห่งเงื่อนเวลา เพราะฉะนั้น ตราบใดที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ คือยังไม่ถึงเวลา ๑ ปีตามที่กำหนดไว้ เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ผู้ค้ำประกันรับผิดไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติคงมีผลขัดข้องแก่เจ้าหนี้แต่เพียงว่าเจ้าหนี้จะต้องรอไปให้ครบกำหนดเวลาชำระหนี้เสียก่อน แล้วจึงจะเรียกร้องเอาแก่ผู้ค้ำประกันได้

๒. ดังได้กล่าวแล้ว กรณีที่ลูกหนี้ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาตามมาตรา ๑๕๕ ไม่ใช่เรื่องลูกหนี้ผิดนัด ตามตัวอย่างข้างต้น หนี้เงินกู้มีกำหนดเวลาชำระหนี้ ๑ ปี เมื่อยังไม่ถึงกำหนด ๑ ปี ตามมาตรา ๒๐๔ ลูกหนี้ยังหาได้ชื่อว่าผิดนัดไม่ และเมื่อตามมาตรา ๖๘๖ เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันใช้หนี้ไม่ได้ จนกว่าลูกหนี้จะผิดนัด ผู้ค้ำประกันก็ย่อมไม่ต้องใช้หนี้ก่อนถึงเวลากำหนดใช้หนี้อยู่แล้ว เมื่อเช่นนี้ มาตรา ๖๘๗ มาบัญญัติขึ้นไว้ทำไม เพราะมีมาตรา ๖๘๖ ใช้บังคับอยู่แล้ว แต่กฎหมายนั้น บางทีบัญญัติไว้เพื่อป้องกันการเข้าใจกฎหมายผิดก็มี เพราะเมื่อตามมาตรา ๑๕๕ ถ้าลูกหนี้เผอิญไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาขึ้นมาก่อนหนี้ถึงกำหนด อาจมีคนอ่านกฎหมายผิดได้ว่า เมื่อลูกหนี้เองต้องใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ เพราะไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาได้ ลูกหนี้ไม่ใช้ผู้ค้ำประกันก็ต้องใช้ จึงต้องบัญญัติมาตรา ๖๘๗ ขึ้นไว้เพื่อป้องกันความเข้าใจผิดเช่นนี้

๓. ปัญหามีว่า ถ้าผู้ค้ำประกันตกเป็นผู้ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาเสียเอง จะบังคับกันตามมาตรา ๖๘๗ ได้หรือไม่ เช่นตัวอย่างข้างต้นที่ ก. ทำลายหลักประกันก่อนครบกำหนดชำระหนี้ ๑ ปี ถ้า ค. ผู้ค้ำประกันเองเป็นผู้ทำลายหลักประกัน ดังนี้ จะว่ากันอย่างไร เมื่อกฎหมายเขียนไว้ชัดในมาตรา ๖๘๗ ว่าผู้ค้ำประกันไม่จำต้องชำระหนี้ก่อนถึงเวลากำหนด และไม่มีบัญญัติยกเว้นไว้ถึงกรณีที่ผู้ค้ำประกันไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนเวลา เจ้าหนี้ก็น่าจะต้องรอไปจนกว่าจะครบกำหนดเวลาชำระหนี้อยู่นั่นเอง ทั้งนี้ก็เพราะว่า ความรับผิดโดยตรงในการชำระหนี้เป็นของลูกหนี้ ไม่ใช่ของผู้ค้ำประกัน เมื่อเขาเข้าค้ำประกันโดยมีเงื่อนเวลา จึงยังต้องให้ประโยชน์แก่เขาซึ่งเป็นแต่ลูกหนี้ชั้นที่สอง

ไม่มีความรับผิดในการชำระหนี้โดยตรง ในข้อนี้จะต้องระลึกด้วยว่าโดยนัยกลับกันแห่งมาตรา ๖๙๓ ผู้ค้ำประกันจะเข้าค้ำประกันโดยมีข้อจำกัดความรับผิดของตนไว้อย่างไรก็ได้ ถ้าเขาจำกัดความรับผิดของเขาเองไว้ว่า จะไม่ต้องรับผิดจนกว่าจะครบ ๑ ปี ก็ต้องบังคับไปตามเจตนาของเขา

มาตรา ๖๙๙

"เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันจะขอให้เรียกลูกหนี้ชำระก่อนก็ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายเสียแล้ว หรือไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขต"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและ ก. ตกเป็นผู้ผิดนัดแล้ว ข. ไปทวงให้ ค. ชำระหนี้ ค. มีสิทธิที่จะให้ ข. ไปขอรับชำระหนี้เอาจาก ก. ก่อน เว้นแต่ ก. จะได้ถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายไปเสียก่อนแล้ว หรือ ก. หลบหนี้ไป ไม่ปรากฏว่าไปอยู่แห่งใด ข. ตามหาตัวไม่พบ ในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นเช่นนี้ ค. ต้องรับผิดใช้หนี้ ค. จะเกี่ยงให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อนไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. ด้วยเหตุที่ความรับผิดของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๘๐ เป็นความรับผิดที่จะต้องใช้หนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ใช้ ผู้ค้ำประกันจึงมีสิทธิที่จะให้เจ้าหนี้ไปทวงหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน แต่หนี้ซึ่งมีกำหนดเวลานั้น ตามมาตรา ๒๐๔ เจ้าหนี้ไม่ต้องทวงจากลูกหนี้ เพราะมีกำหนดเวลาทวงให้อยู่แล้ว แม้กระนั้นเมื่อมาว่ากันตามมาตรา ๖๙๙ ในกฎหมายค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันก็ยังมีสิทธิจะให้เจ้าหนี้ไปทวงเอาจากลูกหนี้ก่อน ข้อนี้กฎหมาย

บัญญัติไว้ให้เป็นคุณแก่ผู้ที่เนื้อไม่ได้กินหนังไม่ได้รองนั่ง ผลตามกฎหมายคือ เมื่อผู้ค้ำประกันใช้สิทธิตามมาตรา ๖๘๘ เจ้าหนี้จะเถียงว่าหนี้มีกำหนดเวลาอยู่แล้ว ไม่ต้องทวงเอาจากลูกหนี้ ดังนี้เถียงไม่ขึ้น

๒. ข้อนี้ รวมตลอดทั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๕ เป็นสิทธิที่กฎหมายให้ไว้แก่ผู้ค้ำประกัน ซึ่งผู้ค้ำประกันจะใช้หรือไม่ใช้ก็ได้ ปัญหามีว่า ถ้าผู้ค้ำประกันไม่ใช้สิทธินี้และยอมชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไป ลูกหนี้จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้ค้ำประกันในชั้นถูกไล่เบี้ยตามมาตรา ๖๘๕ ได้หรือไม่ ที่ลูกหนี้จะต่อสู้ผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๘๕ ได้นั้น ต้องเป็นเรื่องที่ผู้ค้ำประกันละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้ แต่การที่ผู้ค้ำประกันไม่ใช้สิทธิตามมาตรา ๖๘๘, ๖๘๕ เป็นเรื่องที่เขาไม่ใช้สิทธิของเขาเอง จึงไม่ต้องตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๕ ที่จะทำให้ลูกหนี้ยกเอามาต่อสู้ผู้ค้ำประกันได้

๓. ต้องเป็นที่เข้าใจว่า ก่อนที่เรื่องจะดำเนินมาถึงมาตรา ๖๘๘ จะต้องได้ผ่านมาตรา ๖๘๖ มาแล้ว กล่าวคือลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดแล้ว และต่อจากนั้นเจ้าหนี้มาทวงเอาจากผู้ค้ำประกัน ซึ่งถ้าในทางตรงกันข้าม ลูกหนี้ยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด และผู้ค้ำประกันใช้หนี้ไปดังนี้ก็จะได้ชื่อว่าผู้ค้ำประกันละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ ทำให้ลูกหนี้ต่อสู้ผู้ค้ำประกันได้ในชั้นถูกไล่เบี้ย

๔. มีข้อควรสังเกตว่า ที่มาตรา ๖๘๘ กล่าวถึงกรณีลูกหนี้ล้มละลายนั้น ไม่เกี่ยวกับหลักที่ลูกหนี้ไม่อาจถือเอาประโยชน์จากเงื่อนเวลาที่บัญญัติไว้แล้วในมาตรา ๖๘๗ เพราะเรื่องที่ลูกหนี้ไม่อาจถือประโยชน์แห่งเงื่อนเวลานั้น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๕๕ ยังมีอย่างอื่นอีกนอกจากกรณีลูกหนี้ล้มละลาย คือ กรณีที่ลูกหนี้ไม่ให้ประกันที่จำต้องให้หรือทำลายทำให้ลดน้อยถอยลงซึ่งหลักประกัน เหล่านี้ มาตรา ๖๘๘ ไม่กล่าวถึงเลย คงยกเอามาบัญญัติไว้เฉพาะกรณีลูกหนี้ล้มละลายอย่างเดียวเท่านั้น ความมุ่งหมายจึงมีแต่เพียงว่าในการที่ผู้ค้ำประกันจะใช้สิทธิให้เจ้าหนี้ไปเรียกร้องขอรับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนนั้น ลูกหนี้จะต้องอยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ให้ได้ เพราะฉะนั้น ถ้าลูกหนี้ตกเป็นคนล้มละลาย ไม่

สามารถชำระหนี้ได้แล้ว การที่ผู้ค้ำประกันจะบังคับให้เจ้าหนี้ไปเรียกร้องขอชำระหนี้จากลูกหนี้ผู้ล้มละลาย ก็เท่ากับจะให้ไปหาเลือดกับปู กฎหมายจึงบัญญัติว่า ในกรณีเช่นนี้ผู้ค้ำประกันจะให้เจ้าหนี้ไปขอรับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๘๐๘/๒๕๑๒) ความมุ่งหมายมีเท่านี้ หลักในมาตรา ๖๘๗ จึงยังใช้บังคับ คือแม้ทั้งที่ลูกหนี้จะล้มละลาย ผู้ค้ำประกันก็ยังไม่มีความรับผิดจะต้องใช้หนี้ก่อนถึงเวลากำหนด มาตรา ๖๘๘ ไม่ใช่เป็นบทยกเว้นมาตรา ๖๘๗

๕. แต่ถ้ามาตรา ๖๘๘ ไม่เป็นบทยกเว้นมาตรา ๖๘๗ แล้ว ผลบังคับจะขัดแย้งกันได้หรือไม่เพราะในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลายนั้น หากหนี้มีกำหนดเวลาและยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ มาตรา ๖๘๗ ว่าผู้ค้ำประกันไม่ต้องชำระหนี้จนกว่าจะถึงกำหนด แต่มาตรา ๖๘๘ ว่าผู้ค้ำประกันจะให้เจ้าหนี้ไปขอรับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนไม่ได้ ก็เมื่อเช่นนี้ ตามมาตรา ๖๘๘ เจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้จากผู้ค้ำประกันก่อนไม่ได้หรืออย่างไร หลักในการอ่านกฎหมายมีว่าจะอ่านกฎหมายลบล้างกันเองไม่ได้ ผลบังคับจึงต้องมีว่า ตามมาตรา ๖๘๗ ผู้ค้ำประกันยังไม่ต้องชำระหนี้ก่อนกำหนด แต่ตามมาตรา ๖๘๘ ผู้ค้ำประกันจะให้เจ้าหนี้ไปขอรับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนไม่ได้

๖. พึงสังเกตว่า ข้อยกเว้นในมาตรา ๖๘๘ มีเพียง ๒ กรณี คือกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลายกับหาตัวไม่ได้ เพราะฉะนั้น ถ้าเป็นเรื่องที่ลูกหนี้ทำลายหลักประกัน หรือไม่ให้ประกันที่จำต้องให้ ซึ่งทำให้ลูกหนี้ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนเวลาได้ตามมาตรา ๑๕๕ แต่ไม่ใช่กรณีลูกหนี้ล้มละลายอันยกเว้นไว้ในมาตรา ๖๘๘ ตามมาตรา ๖๘๗ ผู้ค้ำประกันยังไม่ต้องชำระหนี้จนกว่าจะถึงกำหนด และตามมาตรา ๖๘๘ ผู้ค้ำประกันจะให้เจ้าหนี้ไปขอรับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนก็ได้ไม่มีปัญหาว่ามาตรา ๖๘๗, ๖๘๘ จะขัดแย้งกันในกรณีเหล่านี้

๗. ตามความในมาตรา ๖๘๘ ที่ว่าผู้ค้ำประกันจะใช้สิทธิไม่ได้ เมื่อไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขตนั้น ในสมัยที่การคมนาคมเจริญอย่างทุกวันนี้รู้สึกจะคับแคบไป เพราะใครต่อใครจะขึ้นเครื่องบินไปฮ่องกงหรือกัลกัตตาเมื่อไรก็ได้ เช่น

เจ้าหนี้ไปสืบแล้วปรากฏชัดทีเดียวว่าลูกหนี้ไม่ได้อยู่ในพระราชอาณาเขต เพราะขึ้นเครื่องบินหนีไปฮ่องกง แต่เมื่อไปฮ่องกงแล้ว จะไปอยู่ที่ไหนไม่รู้ จึงเป็นเรื่องที่ว่า สำหรับในพระราชอาณาเขตนั้น รู้ว่าไม่อยู่แน่ แต่ที่ไม่ปรากฏไปอยู่ที่ไหน เป็นเรื่องนอกพระราชอาณาเขต เรื่องดังนี้ จะปรับให้เข้าตัวบทตามถ้อยคำสำนวน ปรับไม่เข้า แต่โดยความมุ่งหมาย ก็ต้องถือว่าผู้ค้ำประกันใช้สิทธิตามมาตรา ๖๘๘ ไม่ได้เหมือนกัน เพราะความสำคัญอยู่ที่ว่า เมื่อหาตัวลูกหนี้ไม่พบ โดยไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่ที่ไหนทั้งในเมืองและนอกเมือง ดังนี้ การที่ผู้ค้ำประกันจะยังให้เจ้าหนี้ไปเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ ก็จะเป็นเรื่องขอให้เขาไปหาเลือดกับปูอีกเหมือนกัน จึงเห็นได้ว่า ตัวบทในส่วนนี้เขียนเป็นกลอนพาไปสักหน่อย

มาตรา ๖๘๙

"ถึงแม้จะได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ดังกล่าวมาในมาตราก่อนนั้นแล้วก็ตาม ถ้าผู้ค้ำประกันพิสูจน์ได้ว่า ลูกหนี้นั้นมีทางที่จะชำระหนี้ได้ และการที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้นั้นจะไม่เป็นการยากไซร้ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องบังคับการชำระหนี้รายนั้นเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เป็นผู้ค้ำประกัน หนี้ถึงกำหนด ลูกหนี้ผิดนัดแล้ว ข. ไปเรียกร้องให้ ค. ชำระหนี้ ค. ขอให้ไปเรียกร้องเอาจาก ก. แต่เรียกแล้ว ก. ก็ไม่ใช้ให้ ข. จึงกลับมาเรียกร้องเอาจาก ค. อีกทีหนึ่ง ในชั้นนี้ ค. ยังมีสิทธิที่จะให้ ข. บังคับการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของ ก. ก่อน หาก ก. ยังมีทางจะชำระหนี้ได้ และการที่จะบังคับให้ ก. ชำระหนี้ไม่เป็นการยาก แต่ปรากฏว่า ก. เป็นคนหนี้สินล้นพ้นตัว ไม่มีทางชำระหนี้ได้ หรือไม่ถึงกับเป็นคนมีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่มีเงินฝากในธนาคารต่างประเทศซึ่งไม่มีทางที่ใครจะไปสืบดูรู้ได้ว่าฝากไว้ที่ไหน ดังนี้ ค. จะเรียกร้องให้ ข. ไปบังคับชำระหนี้เอาจาก ก. ไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามมาตรา ๖๘๘ เมื่อเจ้าหนี้ไปทวงให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ และผู้ค้ำประกันขอให้ไปเรียกเอาจากลูกหนี้ก่อน เจ้าหนี้อาจไปเรียกเอาจากลูกหนี้เพียงแต่เป็นพิธี เมื่อลูกหนี้ไม่ใช้หนี้ ก็หวนกลับมาเล่นงานเอาแก่ผู้ค้ำประกัน โดยไม่ได้พยายามเรียกร้องให้เป็นจริงเป็นจังอะไร ดังนี้ ถ้าไม่มีอะไรบัญญัติไว้ ผลก็จะเป็นว่าเจ้าหนี้จะเล่นตลกล้อกฎหมายเล่นได้ และสิทธิที่ให้ไว้แก่ผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๘๘ ก็จะไม่ขลัง จึงต้องขันเกลียวเข้าไปอีกทีหนึ่งตามมาตรา ๖๘๙ ว่า ถ้าเจ้าหนี้ยังมิทางบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ได้ก่อนแล้ว ผู้ค้ำประกันก็ยังไม่ต้องรับผิดอยู่นั่นเอง (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๗๘/๒๕๑๐)

๒. ความในมาตรา ๖๘๙ เขียนไว้เป็นประหนึ่งว่า ข้อต่อสู้ตามมาตรานี้ จะใช้ได้ต่อเมื่อคดีถึงโรงศาลแล้ว เพราะกล่าวถึงการที่ผู้ค้ำประกันพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้มีทางใช้หนี้ แต่ความจริงจะแปลเคร่งครัดดังนั้นไม่ได้ เช่นตามตัวอย่างข้างต้น เมื่อ ข. เจ้าหนี้ไปเรียกร้องจาก ก. เป็นพิธี แล้วหวนกลับมาเล่นงาน ค. ดังนี้ ทั้ง ๆ ที่ยังไม่มีคดีถึงโรงศาล ค. ก็ยังชอบที่จะยกข้อต่อสู้ตามมาตรา ๖๘๙ มาใช้ได้ แต่ในทางปฏิบัติ เมื่อ ค. เถียงดังนี้ และ ข. ผู้เป็นเจ้าหนี้ไม่พึง เรื่องก็จะต้องไปถึงศาลอยู่นั่นเอง

๓. เมื่อเรื่องไปถึงศาลแล้ว ความในมาตรา ๖๘๙ เป็นผลให้หน้าที่นำสืบตกอยู่แก่ผู้ค้ำประกัน คือ ฝ่าย ข. เพียงแต่พิสูจน์ว่าได้ไปเรียกให้ ก. ชำระหนี้แล้ว ก. ไม่ใช้เท่านี้ก็พอ ต่อจากนั้นเป็นหน้าที่ของ ค. ผู้ค้ำประกันจะต้องนำสืบว่า ก. มีทางใช้หนี้ได้ แล้ว ข. เจ้าหนี้เป็นฝ่ายนำสืบหักล้างอีกที

๔. มาตรา ๖๘๙ วางเงื่อนไขไว้ ๒ ประการ คือ นอกจากจะต้องแสดงว่า ลูกหนี้มีทางชำระหนี้ได้แล้ว ผู้ค้ำประกันจะต้องพิสูจน์ด้วยว่าการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ไม่เป็นการยาก ทั้งนี้ก็เพราะว่าคนเราบางคน แม้จะปรากฏว่าเป็นคนมีฐานะอยู่ดีกินดีขนาดเศรษฐีไทยในต่างประเทศ ถึงขั้นที่จะจับตัววางตายว่ามีทรัพย์สมบัติอยู่ที่ไหนเข้า คนจำพวกนี้ก็มักจะไม่ซื่อพอที่จะซุกซ่อนไว้ จนไม่มีใครจะไปจับตัววางตายได้ว่ามีทรัพย์สมบัติอยู่ที่ไหน

ปัญหาว่า การบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้จะเป็นการยากหรือไม่ จึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งในที่สุดศาลจะเป็นผู้ชี้ขาดเป็นเรื่อง ๆ ไป เรื่องอาจมีได้นอกเหนือไปจากตัวอย่างที่ให้ไว้ข้างต้น เช่นผู้ค้ำประกันอ้างว่าลูกหนี้ยังมีทรัพย์ แต่ความจริงปรากฏว่าลูกหนี้ได้โอนทรัพย์เหล่านั้นไปโดยการฉ้อฉล ซึ่งถ้าจะเอาคืนมาให้ได้จะต้องไปดำเนินคดีเพิกถอนการฉ้อฉลตามมาตรา ๒๓๗ และเพราะมีผู้รับโอนไปโดยมีค่าตอบแทน ถ้าจะเอาคืนมาให้ได้ เจ้าหนี้จะต้องพิสูจน์ว่าเขารับโอนไปโดยรู้ถึงการฉ้อฉลของลูกหนี้อันจะเป็นข้อพิสูจน์ได้หรือไม่ได้ ก็ยากทั้งนั้น นี่ก็เป็นอีกกรณีหนึ่งที่อาจถือได้ว่า การชำระหนี้เอาจากลูกหนี้เป็นการยาก

มาตรา ๖๕๐

"ถ้าเจ้าหนี้มีทรัพย์ของลูกหนี้ยึดถือไว้เป็นประกันไซร้ เมื่อผู้ค้ำประกันร้องขอท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องให้ชำระหนี้เอาจากทรัพย์ซึ่งเป็นประกันนั้นก่อน"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท และมอบแหวนเพชร ๑ วงราคา ๕,๐๐๐ บาทไว้เป็นจำนำ มี ค. เป็นผู้ค้ำประกันด้วย ข. เรียกร้องให้ ค. ผู้ค้ำประกันใช้หนี้ เมื่อ ค. ร้องขอ ข. ต้องบังคับจำนำเอาจากแหวนที่เป็นประกันนั้นก่อน สมมติว่าบังคับจำนำขายทอดตลาดแหวนวงนั้นได้เงินสุทธิ ๕,๐๐๐ บาท ข. จะเรียกร้องให้ ค. ใช้เงินได้ก็เพียง ๔๕,๐๐๐ บาท

หลักและข้อสังเกต

๑. บทบัญญัติมาตรานี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักการในมาตรา ๖๘๐ อีกเหมือนกัน ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ความรับผิดของผู้ค้ำประกันนั้น เป็นเพียงความรับผิดชั้นที่สอง คือต้องใช้หนี้เมื่อลูกหนี้ชั้นต้นไม่ใช้ เพราะฉะนั้น เมื่อเจ้าหนี้มีทรัพย์ของลูกหนี้ยึดถือไว้เป็นประกัน ซึ่งพอที่จะบังคับเอาชำระหนี้จากทรัพย์นั้นได้ กฎหมายจึงให้สิทธิแก่ผู้ค้ำประกัน

ที่จะให้เจ้าหนี้เอาชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นก่อน ถ้าได้รับชำระหนี้จนครบจากทรัพย์ที่เป็นประกันก็หมดเรื่องกันไป มาเรียกร้องเอาอะไรจากผู้ค้ำประกันไม่ได้ ต่อเมื่อทรัพย์ที่เป็นประกันไม่พอใช้หนี้ได้ครบถ้วน จึงจะมาเรียกร้องเอาจากผู้ค้ำประกันได้ในส่วนที่ยังขาด (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๖/๒๔๙๑)

๒. ข้อสังเกตมีว่า การใช้สิทธิของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๙๐ นี้ จะต้องเป็นเรื่องที่เจ้าหนี้มีทรัพย์ของลูกหนี้เป็นประกัน ถ้าประกันที่มีนั้นเป็นประกันโดยบุคคล กรณีจะปรับให้เข้ามาตรา ๖๙๐ ไม่ได้ ในกรณีที่มีผู้ค้ำประกันหลายคน เรื่องอาจเป็นการรับเรือนหรือค้ำประกันร่วมกันตามมาตรา ๖๙๒ ที่ได้ศึกษากันมาแล้ว

๓. ตัวบทพูดถึงทรัพย์ของลูกหนี้ที่เจ้าหนี้ยึดถือไว้เป็นประกัน ความหมายในที่นี้มีความสำคัญว่าเป็นเรื่องยึดถือเป็นประกัน ไม่ใช่ยึดถือครอบครอง เช่นตามตัวอย่างข้างต้น ถ้า ก. ลูกหนี้จำนองที่ดินไว้กับ ข. เป็นประกัน ก็ได้ชื่อว่า ข. มีทรัพย์ของ ก. ยึดถือไว้เป็นประกันเหมือนกัน แม้ในการจำนองนั้น ก. ลูกหนี้จะไม่ต้องส่งมอบทรัพย์จำนองให้ ข. เจ้าหนี้ยึดถือครอบครองไว้ก็ตาม (มาตรา ๗๐๒)

๔. ถ้าเจ้าหนี้ยึดถือทรัพย์ของลูกหนี้ไว้เป็นประกันปล่อยทรัพย์นั้นให้หลุดมือไปเสีย ผลจะเป็นอย่างไร ข้อนี้มีบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๙๗ เพราะมาตรา ๖๙๐ จำกัดความว่าทรัพย์ต้องเป็นของลูกหนี้ ถ้ากรณีเป็นเรื่องที่บุคคลภายนอกจำนำหรือจำนองทรัพย์ของเขาไว้กับเจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกันจะยกมาตรา ๖๙๐ มาใช้ไม่ได้ แต่สำหรับมาตรา ๖๙๗ ไม่ได้จำกัดความไว้ดังนั้น เพราะฉะนั้น ถ้าเจ้าหนี้ปลดจำนำหรือจำนองที่บุคคลภายนอกทำให้ไว้ มาตรา ๖๙๗ ยังใช้บังคับได้ ตัวอย่างเช่น ก. กู้เงิน ข. มี ค. ค้ำประกัน มี ง. จำนองที่ดินประกันหนี้ ก. ไว้ด้วย เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ข. ทวงให้ ค. ใช้หนี้ หาก ค. จะเกี่ยงให้ ข. ไปบังคับเอากับที่ดินจำนองของ ง. ก่อน ง. ก็จะเกี่ยงกลับว่าประกันด้วยกัน ต่างกนแต่ที่เป็นประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ ทำไมไม่บังคับเอากับ ค. ก่อน แล้วก็ไม่มีกฎหมายจะตัดสินว่าใครผิดใครถูก กรณีเช่นนี้ จึงสุดแล้วแต่ ข. เจ้าหนี้จะบังคับเอาจาก ค. หรือ ง.

แล้วแต่จะเลือก แต่ข้อสำคัญมีว่า ถ้า ข. บังคับเอากับที่ดินจำนองของ ง. ก่อน ขายได้ไม่พอใช้หนี้ ตามมาตรา ๗๓๓ ข. หลุดพ้นจากหนี้ ตามมาตรา ๖๙๘ ค. พลอยหลุดพ้นไปด้วย

๕. การที่ผู้ค้ำประกันจะร้องขอได้ตามมาตรา ๖๕๐ นั้น หมายเฉพาะถึงทรัพย์ที่เป็นประกันหนี้รายเดียวกันกับที่มีการค้ำประกัน ตัวอย่าง เช่น ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท มอบแหวนเพชร ๑ วงราคา ๕,๐๐๐ บาท จำนำไว้เป็นประกัน ต่อมา ก. กู้เงิน ข. ไปอีก ๕๐,๐๐๐ บาท มี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน หนี้รายหลังไม่มีทรัพย์อะไรเป็นประกัน ดังนี้ ค. จะเรียกร้องให้ ข. เอาแหวนเพชรที่จำนำไว้เป็นประกันหนี้อีกรายหนึ่งนั้น มาขายใช้หนี้รายของตนเสียก่อนไม่ได้

มาตรา ๖๙๑

"ถ้าผู้ค้ำประกันต้องรับผิดร่วมกันกับลูกหนี้ ท่านว่าผู้ค้ำประกันย่อมไม่มีสิทธิดังกล่าวไว้ในมาตรา ๖๘๘, ๖๘๙ และ ๖๙๐"

ตัวอย่าง

บริษัท ก. ทำสัญญาส่งหินให้รัฐบาล สัญญาว่าถ้าส่งหินไม่ทันกำหนดทำถนนหรือส่งหินผิดขนาด ยอมให้รัฐบาลปรับเป็นเงินวันละ ๑,๐๐๐ บาท หรือปรับตามราคาส่วนลดของหินที่ส่งผิดขนาด ธนาคาร ค. เป็นผู้ค้ำประกัน โดยมีข้อตกลงว่าธนาคารยอมร่วมรับผิดกับบริษัท ก. และจะไม่ยกข้อต่อสู้ใด ๆ ขึ้นอ้างยันต่อรัฐบาล ดังนี้ เมื่อรัฐบาลมาเรียกร้องให้ธนาคาร ค. ใช้เงินเมื่อบริษัท ก. ผิดสัญญา ธนาคาร ค. จะใช้สิทธิตามมาตรา ๖๘๘, ๖๘๙ หรือ ๖๙๐ ต่อสู้รัฐบาลไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. เมื่อตัวบทกล่าวถึงการที่ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดร่วมกันกับลูกหนี้ ต้องเข้าใจว่าไม่ใช่กรณีที่ผู้ค้ำประกันเป็นลูกหนี้ร่วมเสียเอง หากแต่เป็นผู้ร่วมรับผิดกับลูกหนี้ในความหมายที่จะใช้สิทธิตามมาตรา ๖๘๘, ๖๘๙, ๖๙๐ เพื่อให้เจ้าหนี้ไปเรียกร้องเอาจากลูกหนี้

ชั้นต้นก่อนไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๗๑/๒๕๐๓) กรณีเช่นนี้จะเกิดขึ้นได้อย่างไร เป็นเรื่องตีความตามข้อเท็จจริง เช่นตามตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้ธนาคารจะได้เซ็นสัญญาร่วมรับผิดกับลูกหนี้ โดยลักษณะการที่จะใช้สิทธิตามมาตรา ๖๘๘, ๖๘๕, ๖๕๐ ไม่ได้ เจตนาความมุ่งหมายของการที่ธนาคารเข้ามาผูกพัน ก็เห็นได้ว่าเป็นเรื่องเข้ามาค้ำประกันอยู่นั่นเอง ทั้งนี้โดยแม้ถึงว่าจะได้มีการสละสิทธิและข้อต่อสู้ไปบางประการก็ตาม แต่ถ้าพฤติการณ์มิใช่เรื่องจะเข้ามาค้ำประกัน แต่เป็นการเข้ามารับผิดร่วมกันอย่างลูกหนี้ เรื่องเช่นนี้ต้องไปว่ากันตามลักษณะลูกหนี้ร่วมในบรรพ ๒ ไม่เกี่ยวกับลักษณะค้ำประกัน เช่น ค. พา ก. ไปกู้เงินที่ธนาคาร ข. จะเป็นเพราะ ค. ซึ่งมีประโยชน์ส่วนได้เสียร่วมกับ ก. ไม่ประสงค์จะออกหน้าเป็นลูกหนี้ด้วย หรือจะเป็นเพราะต้องการจะช่วยเหลือ ก. อย่างมากก็แต่ในฐานะเป็นผู้ค้ำประกัน โดย ค. เองไม่มีส่วนได้เสียอะไรด้วยก็ตาม ถ้าเมื่อไปเจรจากับธนาคารแล้ว ธนาคารไม่ยอมให้ ก. กู้เงิน นอกจาก ค. จะเซ็นสัญญาเป็นลูกหนี้ร่วมด้วย และ ค. ยินยอมเซ็นสัญญานั้น ดังนี้ แม้ความมุ่งหมายเดิมของ ค. จะเพียงแต่เข้าค้ำประกัน ก. ก็ตาม เมื่อในที่สุดไปเซ็นสัญญาเป็นลูกหนี้ร่วมกับ ก. เข้าแล้ว ค. ก็ต้องรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมตามมาตรา ๒๙๑ จะมาอ้างว่าเป็นเรื่องค้ำประกันไม่ได้

๒. ความรับผิดร่วมของผู้ค้ำประกันมีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้สืบมาจากการปฏิบัติทางการค้าและธนาคาร โดยถือกันว่า แบงค์การันตีหรือประกันธนาคารที่ดีที่สุดนั้นได้แก่ชนิดที่สละข้อต่อสู้ คือเมื่อลูกหนี้ผิดนัด ก็ไปเรียกร้องเอาชำระหนี้จากธนาคารได้ทีเดียว โดยธนาคารจะไม่เกี่ยงงอนให้เจ้าหนี้ไปขอรับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน หรือให้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินหรือประกันของลูกหนี้ก่อนเหมือนที่ผู้ค้ำประกันธรรมดา ซึ่งไม่ใช่ธนาคารชอบกระทำ เจ้าหนี้ที่รอบคอบหรือโดยเฉพาะในเรื่องที่มีทุนทรัพย์มาก จำเป็นจะต้องได้ประกันอันมั่นคงจริง ๆ ไม่งอแง จึงชอบได้ประกันชนิดนี้ ส่วนธนาคารที่ให้ประกันชนิดสละข้อต่อสู้ ก็มีทางจะไปเรียกเอาผลประโยชน์จากลูกหนี้เพิ่มขึ้นด้วย เป็นค่าตอบแทนที่ธนาคารยอมสละข้อต่อสู้ให้เจ้าหนี้

๓. ปัญหามีว่า ผู้ค้ำประกันที่ร่วมรับผิดกับลูกหนี้ มีความรับผิดแตกต่างกับบุคคลที่เข้ามาเป็นลูกหนี้ร่วมกับลูกหนี้เป็นประการใด เฉพาะในข้อที่จะเกี่ยงงอนให้เจ้าหนี้ไปเรียกร้องบังคับเอาชำระหนี้จากคนอื่นก่อนนั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ค้ำประกันที่มีความรับผิดร่วมกับลูกหนี้หรือบุคคลที่เป็นลูกหนี้ร่วมกับเขาก็ตาม แต่ละคนไม่มีสิทธิที่จะเกี่ยงงอนเช่นนั้นได้ ทั้งนี้ด้วยผลของบทบัญญัติมาตรา ๒๙๑, ๖๙๑ แต่ที่ต่างกันนั้น ในเบื้องต้นต่างกันด้วยเจตนาความมุ่งหมายดังกล่าวแล้วประการหนึ่ง และในทางผลก็ยังต่างกันอีก เท่าที่ไม่เกี่ยวกับการใช้สิทธิตามมาตรา ๖๘๘, ๖๘๙, ๖๙๐ เช่นบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา ๖๙๓ ถึง ๖๙๗ นั้น สำหรับผู้ค้ำประกันที่รับผิดร่วมกับลูกหนี้ยังใช้บังคับได้ แต่ถ้าเป็นลูกหนี้ร่วมกัน จะยกมาใช้ต่อสู้ไม่ได้ เช่น ก. กับ ค. เป็นลูกหนี้ร่วมกันกู้เงิน ข. ไป ๕,๐๐๐ บาท เฉพาะ ก. ได้จำนำแหวนให้ ข. ไว้หนึ่งวงเป็นประกัน การที่ ข. หากจะได้คืนแหวนวงนั้นให้ ก. ไปไม่เป็นเหตุให้ ค. ผู้เป็นลูกหนี้ร่วมยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อหักหนี้กับ ข. ได้ แต่ถ้าในกรณีเช่นเดียวกันนี้ ค. ไม่ได้เป็นลูกหนี้ร่วมกับ ก. เป็นแต่ผู้ค้ำประกันที่ความรับผิดร่วมกับ ก. ค. มีสิทธิขอหักหนี้ได้ตามมาตรา ๖๙๗ หรือเช่นในเรื่องอายุความ ถ้าเป็นเรื่องลูกหนี้ร่วมกัน การที่ลูกหนี้ร่วมคนใดคนหนึ่งไปรับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้ เป็นผลให้อายุความสะดุดหยุดลงเป็นโทษแก่ลูกหนี้แต่เป็นคุณแก่เจ้าหนี้นั้น มาตรา ๒๙๕ บัญญัติว่าพฤติการณ์เช่นนี้ ย่อมเป็นไปในทางเป็นโทษแก่ลูกหนี้คนที่ไปรับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้เท่านั้น ไม่ตกเป็นโทษแก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ด้วย แต่ถ้าเป็นผู้ค้ำประกัน มาตรา ๖๙๒ บัญญัติไว้ตรงกันข้าม

มาตรา ๖๙๒

"อายุความสะดุดหยุดลงเป็นโทษแก่ลูกหนี้นั้น ย่อมเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันด้วย" (อายุความสะดุดหยุดลงเป็นโทษแก่ลูกหนี้นั้น ย่อมเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันด้วย)

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ข. ไม่ได้เรียกร้องให้ชำระหนี้จนกระทั่งอีก ๓ วันจะครบ ๑๐ ปี ซึ่งจะทำให้หนี้ขาดอายุความ แต่ ก. ยอมเซ็นหนังสือ

รับสภาพหนี้ให้ ข. ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงตามมาตรา ๑๗๒ และเจ้าหนี้ยังฟ้องร้องให้ชำระหนี้ได้ภายใน ๑๐ ปีนับจากนั้น การกระทำของ ก. ลูกหนี้ตกเป็นโทษแก่ ค. ผู้ค้ำประกันด้วย ถ้า ข. เจ้าหนี้ฟ้อง ค. หลังจากครบกำหนด ๑๐ ปีตามอายุความเดิม ค. จะต่อสู้ว่าหนี้ขาดอายุความแล้วไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาอุปกรณ์ ขึ้นอยู่กับหนี้ประธาน เมื่อมีพฤติการณ์เกิดขึ้นแก่หนี้ประธานในทางที่เป็นคุณแก่ลูกหนี้อย่างไร การนั้นย่อมเป็นคุณแก่ผู้ค้ำประกันดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๙๙ เพราะฉะนั้น เมื่อพฤติการณ์เกิดขึ้นเป็นไปในทางที่เป็นโทษแก่ลูกหนี้ โดยเหตุผลและความยุติธรรม การนั้นก็ควรตกเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันด้วยเหมือนกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๑๔/๒๔๘๑) อาจมีข้อสงสัยได้ว่า เมื่อการที่ลูกหนี้รับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้นั้น ถ้าได้ทำไปโดยผู้ค้ำประกันไม่ได้รู้เห็นยินยอมด้วย เหตุใดกลับจะให้โทษแห่งการนั้นมาตกอยู่แก่ผู้ค้ำประกันด้วย คำตอบก็คือ ถ้าพฤติการณ์เกิดขึ้นเป็นคุณตามมาตรา ๖๙๘ แม้ทั้ง ๆ ที่ผู้ค้ำประกันจะไม่ได้รู้เห็นยินยอมด้วย ประโยชน์ก็ยังได้แก่ผู้ค้ำประกัน ในทางตรงกันข้าม ที่เป็นโทษ ผู้ค้ำประกันจึงจะหยิบยกเอาข้อที่ตนไม่ได้รู้เห็นยินยอมมาอ้างไม่ได้ นอกจากนั้น ได้กล่าวไว้แล้วว่าในการเข้าทำสัญญาค้ำประกันบุคคลจะจำกัดความรับผิดของตนเป็นประการใดก็ได้ ถ้าผู้ค้ำประกันจะเข้าทำสัญญาโดยมีเงื่อนไขว่า หากลูกหนี้ไปทำให้อายุความสะดุดหยุดลง การนั้นจะไม่เป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันดังนี้ก็ทำได้ ไม่เป็นโมฆะ (มาตรา ๑๑๓, ๑๑๔) เมื่อผู้ค้ำประกันไม่ได้ทำสัญญาไว้เช่นนั้นและจะต้องรับผิดตามมาตรา ๖๙๒ ก็น่าจะเป็นเพราะขาดความรอบคอบในการที่ไม่ได้จำกัดความรับผิดของตนไว้ให้ดีเท่าที่จะทำได้ แต่มาตรา ๖๙๒ จำกัดเป็นเรื่องอายุความสะดุดหยุดลงอันเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันด้วย ถ้าเป็นเรื่องที่ลูกหนี้ไม่ยอมยกอายุความขึ้นต่อสู้ มาตรา ๑๙๒ วรรค ๒ บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การนั้นไม่ตัดสิทธิของผู้ค้ำประกันที่จะยกอายุความขึ้นต่อสู้

๒. มาตรา ๖๙๒ เป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกัน จึงควรตีความโดยเคร่งครัด เมื่อตัวบทว่าถึงการที่อายุความสะดุดหยุดลง ความหมายบ่งอยู่ในตัวว่าอายุความยังวิ่งอยู่ มีผลเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันได้ดังตัวอย่างที่ให้ไว้ แต่ถ้ากรณีเป็นเรื่องที่อายุความขาดไปแล้ว ภายหลังแต่นั้นลูกหนี้ไปทำการรับสภาพสิทธิต่อเจ้าหนี้ตามมาตรา ๑๙๙ เรื่องเช่นนี้จะปรับเข้ามาตรา ๖๙๒ ไม่ได้ จึงไม่เป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกัน

หมวด ๓

ผลภายหลังชำระหนี้

มาตรา ๖๙๓

"ผู้ค้ำประกันซึ่งได้ชำระหนี้แล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้เพื่อต้นเงินกับดอกเบี้ย และเพื่อการที่ต้องสูญหายหรือเสียหายไปอย่างใด ๆ เพราะการค้ำประกันนั้น

อนึ่ง ผู้ค้ำประกันย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้บรรดามีเหนือลูกหนี้ด้วย"

ตัวอย่าง

วรรค ๑ ค. ค้ำประกันการกู้เงินของ ก. ไว้ต่อ ข. ๕,๐๐๐ บาท เมื่อ ค. ต้องรับผิดใช้หนี้ ๕,๐๐๐ บาท รวมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ ข. ไป ค. มีสิทธิที่จะฟ้องไล่เบี้ยเอาเงินจำนวนที่ว่านี้คืนจาก ก. ได้ และถ้า ค. ได้รับความเสียหายเป็นประการใดเพราะการค้ำประกันนั้น ก็เรียกร้องเอาจาก ก. ได้ด้วย เช่นถูก ข. ฟ้องต้องเสียหายใช้ค่าธรรมเนียมค่าทนายตามคำพิพากษาของศาล ค. ก็เรียกเอาจาก ก. ได้ด้วย

วรรค ๒ ถ้าในการที่ ก. กู้เงิน ข. นั้น ก. ได้มอบแหวนไว้เป็นจำนำ ๑ วงราคา ๑,๐๐๐ บาท เมื่อ ค. ใช้หนี้ให้ ข. ไปแล้ว ค. ย่อมได้เข้ารับช่วงสิทธิของ ข. และ

พ้องไล่เบี้ยเอาจาก ก. ได้เสมือนดังว่า ค. อยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ของ ก. เอง และบังคับได้ตลอดถึงแหวนอันเป็นประกันแห่งหนี้นั้นด้วย คือบังคับจำนำเอาแหวนนั้นมาขายทอดตลาดชดใช้เงินที่ ค. ได้ใช้ให้เจ้าหนี้ไป ในส่วนที่ยังขาดก็ยังเรียกร้องเอาได้จาก ก.

หลักและข้อสังเกต

๑. สิทธิไล่เบี้ยของผู้ค้ำประกันเป็นเรื่องรับช่วงสิทธิ เกิดขึ้นโดยอำนาจกฎหมายดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๒๙ (๓) ทั้งนี้หมายความว่า แม้ ก. ลูกหนี้ตามตัวอย่างข้างต้นจะไม่ได้ตกลงยินยอมให้ ค. มาไล่เบี้ยเอาได้จากตน ค. ก็ยังใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจาก ก. ได้ หลักเกณฑ์ในเรื่องรับช่วงสิทธิมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๔/๒๔๗๖, ๓๕๕/๒๕๐๔)

๒. การที่ผู้ค้ำประกันไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้เพื่อชดใช้ต้นเงินและดอกเบี้ยที่ผู้ค้ำประกันได้ชำระให้เจ้าหนี้ไปนั้น เข้าใจได้อยู่ในตัว ไม่ต้องอธิบาย แต่ข้อที่ตัวบทกล่าวไว้ด้วยว่าผู้ค้ำประกันยังไล่เบี้ยได้เพื่อชดเชยความเสียหายอย่างใด ๆ เพราะการค้ำประกันนั้นอาจมีได้เช่นตามตัวอย่างข้างต้น เมื่อ ข. มาบังคับชำระหนี้เอาจาก ค. ค. ไม่มีเงินของตนเองจะใช้ให้ ต้องไปกู้เงินเขามาใช้ให้ ข. เจ้าหนี้เรียกเอาดอกเบี้ยร้อยละ ๑๕ ต่อปี ดอกเบี้ยร้อยละ ๑๕ ที่ ค. ต้องเสียไปนี้ เป็นค่าเสียหายที่ ค. จะไล่เบี้ยให้ ก. ชดใช้ได้ด้วย หรือตามตัวอย่างข้างต้น ที่ ค. ถูก ข. พ้อง ต้องเสียค่าธรรมเนียมค่าทนายตามคำพิพากษา ก็เป็นค่าเสียหายที่ ค. จะเรียกเอาจาก ก. ได้เหมือนกัน

๓. การรับช่วงสิทธิของผู้ค้ำประกันนั้น ผลสำคัญมีบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๒๖ ว่าบุคคลผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิทั้งหลายบรรดาที่เจ้าหนี้มีอยู่ รวมทั้งประกันแห่งหนี้นั้นได้ในนามของตนเอง เพราะฉะนั้น ถ้าเจ้าหนี้ที่ผู้ค้ำประกันรับผิดใช้หนี้ไปเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิหรือมีสิทธิยึดหน่วง หรือเป็นเจ้าหนี้มีประกันพิเศษ โดยการจำนองจำนำ เมื่อผู้ค้ำประกันใช้หนี้แก่เจ้าหนี้แล้ว ก็ย่อมได้เข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ที่ว่ามานี้

ทั้งหมดทุกอย่าง และใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ในนามของตนเอง โดยถึงแม้เช่นว่าการจำนองจะได้ทำไว้กับเจ้าหนี้ในนามของเจ้าหนี้ ไม่ได้ทำกับผู้ค้ำประกัน แม้กระนั้นผู้ค้ำประกันก็ยังบังคับจำนองเพื่อชดเชยการที่ตนชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ เสมือนหนึ่งว่า ผู้ค้ำประกันเป็นเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเอง คือผู้จำนองจะเถียงว่าไม่ได้ทำจำนองไว้กับผู้ค้ำประกัน ผู้ค้ำประกันจะมาบังคับจำนองไม่ได้ ดังนี้เถียงไม่ขึ้น เพราะการรับช่วงสิทธิของผู้ค้ำประกันนั้นเกิดขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย ไม่ต้องอาศัยสัญญาดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๒๙ (๓)

๔. ปัญหามีว่า ผู้ค้ำประกันที่ใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปบางส่วนยังไม่ครบนั้น จะเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ได้หรือไม่ เช่นตามตัวอย่างข้างต้น ถ้า ค. ผู้ค้ำประกันใช้เงินให้ ข. ไปเพียง ๑,๐๐๐ บาท ข. ยังไม่ได้ชำระหนี้อีก ๔,๐๐๐ บาท ค. จะฟ้องไล่เบี้ยเอาจาก ก. และจะเรียกเอาแหวนราคา ๑,๐๐๐ บาท ที่ ก. จำนำไว้กับ ข. มาขายทอดตลาดเพื่อชดเชยเงิน ๑,๐๐๐ บาท ที่ตนได้ใช้หนี้ให้แก่ ข. ไปได้หรือไม่ ข้อนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่มีหลักทั่ว ๆ ไปว่า สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะรับช่วงนั้น เป็นสิทธิอันแบ่งแยกไม่ได้ เพราะฉะนั้นเมื่อ ค. ใช้หนี้ให้ ข. ไม่ครบ ข. จึงมีสิทธิที่จะยึดแหวนไว้เป็นจำนำต่อไป แม้จะว่ากันตามตัวบทกฎหมายที่มีบัญญัติไว้ ก็มีมาตรา ๓๒๐ บัญญัติว่า อันการที่จะให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แต่เพียงบางส่วนนั้น ท่านว่าจะบังคับไม่ได้ เพราะฉะนั้น ถ้าเกิดจะเอาหลักเกณฑ์กันขึ้นตามตัวบทกฎหมายเมื่อใด ค. ยืนยันจะขอใช้หนี้ให้แก่ ข. เพียง ๑,๐๐๐ บาท เพื่อเรียกเอาแหวนที่จำนำไว้เป็นประกันไปขายชดเชย ข. ก็ยังปฏิเสธไม่ยอมรับการชำระหนี้ของ ค. ได้ อาศัยหลักที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๒๐

๕. มีคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๕/๒๕๐๑ วินิจฉัยว่า สิทธิไล่เบี้ยของผู้ค้ำประกันเกิดขึ้นเป็นเอกเทศด้วยอำนาจกฎหมาย เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดอายุความไว้เป็นอย่างอื่น ตามมาตรา ๑๖๔ ผู้ค้ำประกันจึงฟ้องไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ภายในอายุความ ๑๐ ปี ถึงแม้ว่าสิทธิฟ้องร้องของเจ้าหนี้เองจะมีอายุความสั้นกว่าก็ตาม ข้อนี้ยังเป็นที่น่าสงสัย เพราะถ้าว่ากันตามหลักรับช่วงสิทธิแล้ว สิทธิของเจ้าหนี้มีอย่างไร ผู้ค้ำประกันได้แต่จะรับช่วงไปเท่านั้น ไม่มากไม่น้อยกว่ากันไปได้ รวมทั้งอายุความด้วย แต่ถ้าถือว่ามาตรา ๖๙๓ ให้สิทธิ

ไล่เบี้ยแก่ผู้ค้ำประกันไว้ในวรรค ๑ เป็นพิเศษ ส่วนการรับช่วงสิทธิบัญญัติไว้เป็นอุปกรณ์ในวรรค ๒ ที่จะถือตามคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวก็คงไม่ผิด

๖. คำว่า "สิทธิของเจ้าหนี้บรรดามีเหนือลูกหนี้" ในวรรค ๒ รู้สึกว่าจะแคบไป เช่น ก. กู้เงิน ข. ค. ค้ำประกัน ง. จำนองที่ดินเป็นประกันหนี้รายเดียวกัน ว่าถึงสิทธิของ ข. ที่จะบังคับจำนองเอากับที่ดินของ ง. สิทธิอันนี้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้เหมือนบุคคลที่สามคือ ง. ไม่ใช่สิทธิเหนือลูกหนี้ ถ้า ค. ใช้หนี้ ง. แล้ว ค. จะรับช่วงสิทธิบังคับจำนองเอากับที่ดินของ ง. ได้หรือไม่ อาศัยมาตรา ๒๒๖ ค. บังคับจำนองเอาได้ เพราะการที่ใช้หนี้รับช่วงสิทธิและบังคับเอากับประกันแห่งหนี้ มาตรา ๒๒๖ ไม่ได้จำกัดไว้ว่าต้องเป็นประกันที่ลูกหนี้ให้ไว้ แม้จะเป็นประกันที่บุคคลภายนอกให้ไว้ ผู้ใช้หนี้รับช่วงสิทธิก็ยังบังคับเอาได้ จึงควรเข้าใจตามความหมายอย่างกว้าง

มาตรา ๖๙๔

"นอกจากข้อต่อสู้ซึ่งผู้ค้ำประกันมีต่อเจ้าหนี้นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลายซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อ ข. เรียกร้องเอาจาก ค. นอกจาก ค. จะยกข้อต่อสู้ในเนื้อหาของการค้ำประกันขึ้นอ้าง เช่นอ้างว่าได้มีการผ่อนเวลาให้ลูกหนี้ ทำให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา ๗๐๐ แล้ว ค. ยังชอบที่จะอ้างข้อต่อสู้ของ ก. ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย เช่นต่อสู้ว่าหนี้ ๕,๐๐๐ บาทนั้น ก. ได้ใช้ให้ ข. แล้ว ๑,๐๐๐ บาท ข. จึงคงเรียกร้องเอาจาก ค. ได้เพียง ๔,๐๐๐ บาท

หลักและข้อสังเกต

๑. เมื่ออธิบายมาตรา ๖๘๐ ได้กล่าวไว้แล้วว่า ผู้ค้ำประกันไม่ใช่ลูกหนี้ชั้นต้นแต่เป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามาค้ำประกันลูกหนี้อีกทีหนึ่ง เพราะฉะนั้น เมื่อหนี้มีข้อต่อสู้อย่างไร

ที่ลูกหนี้จะยกเป็นข้อต่อสู้ได้ ผู้ค้ำประกันจึงชอบที่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๕๕/๒๔๗๗, ๕๖๔/๒๕๑๒) และแม้ผู้ค้ำประกันจะไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ ถ้าลูกหนี้เองต่อสู้ ก็ย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้ค้ำประกันด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๒๒/๒๔๗๘) นอกจากนี้ ยังมีหลักบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๙๘ อีกว่า ถ้าหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปด้วยประการใด ๆ ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด เพราะฉะนั้น ถ้าลูกหนี้ได้ใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ไปหมดแล้ว หรือลูกหนี้ได้ก่อเหตุอะไรขึ้นให้หนี้ระงับไปด้วยประการใด เช่นโดยการหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ หรือไปลูบแข้งลูบขาให้เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ หรือมีการแปลงหนี้ใหม่ หรือหนี้เกลื่อนกลืนกัน เหล่านี้ย่อมส่งผลในทางปลดปล่อยผู้ค้ำประกันในฐานะที่เป็นลูกหนี้ชั้นที่สองอันเป็นส่วนอุปกรณ์ของหนี้ประธาน ข้อต่อสู้ของลูกหนี้มีอยู่เป็นประการใด จึงต้องยอมให้ผู้ค้ำประกันยกเอามาใช้ได้ด้วย

๒. ข้อยกเว้นจะมีได้แต่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ ซึ่งถ้าเป็นการค้ำประกันหนี้อันเกิดแต่โมฆียกรรม โดยผู้ค้ำประกันรู้ถึงเหตุที่ทำให้นิติกรรมของลูกหนี้เป็นโมฆียะ กฎหมายบัญญัติว่าการค้ำประกันเป็นอันสมบูรณ์ผูกพันผู้ค้ำประกันจึงจะยกข้อโมฆียะของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้ไม่ได้ ผู้ออกกฎหมายทราบดีอยู่แล้วว่า ตามหลักกฎหมายค้ำประกันนั้น ลูกหนี้มีข้อต่อสู้อย่างไร ผู้ค้ำประกันยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ด้วย ดังที่นำบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๙๔ เมื่อรู้อยู่เช่นนี้แล้ว ยังบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ ว่าสัญญาค้ำประกันสมบูรณ์ จึงเข้าใจได้แต่ว่ามาตรา ๖๘๑ วรรค ๓ เป็นข้อยกเว้นของมาตรา ๖๙๔ กรณีเช่นที่ผู้เยาว์ไปกู้เงินเขาใช้ โดยผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ได้อนุญาต ผู้ค้ำประกันรู้ดังนั้นแล้วยังเข้าค้ำประกัน จะกลับมาโกงเขาโดยยกเอาข้อนี้ขึ้นต่อสู้เขาในภายหลังได้อย่างไร แต่ผลอาจไปได้ไกล เพราะถ้าผู้ค้ำประกันต่อสู้ไม่ได้ และในที่สุดต้องใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกันย่อมฟ้องไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ผู้เยาว์ได้ตามมาตรา ๖๙๓

๓. แต่ผู้ค้ำประกันอาจสัญญากับเจ้าหนี้สละข้อต่อสู้ของลูกหนี้ได้ ในคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๗๑/๒๕๐๓, ๑๗๘๕/๒๕๐๕ ผู้ค้ำประกันทำสัญญาไว้กับเจ้าหนี้ว่า แม้ลูกหนี้จะตาย

ก็ยังให้เจ้าหนี้ฟ้องผู้ค้ำประกันได้ โดยผู้ค้ำประกันจะไม่ยกอายุความมรดกขึ้นต่อสู้วินิจฉัยว่าสัญญาเช่นนี้ใช้บังคับได้ และไม่เป็นการขยายอายุความอันต้องห้ามตามมาตรา ๑๙๑ เพราะอายุความมรดก ๑ ปีไม่ใช่อายุความของผู้ค้ำประกันเอง แม้จะได้ใช้หนี้แก่เจ้าหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันจะไปไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ไม่ได้เพราะพ้นอายุความมรดก ก็ไม่เป็นเหตุที่จะยกขึ้นอ้างเพื่อไม่ต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้ตามสัญญาที่ทำกันไว้

มาตรา ๖๙๕

"ผู้ค้ำประกันซึ่งละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้นั้น ท่านว่าย่อมสิ้นสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้เพียงเท่าที่ไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นนั้น และที่ไม่รู้นั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของตนด้วย"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ก. ใช้หนี้ให้ ข. ไปแล้ว ๑,๐๐๐ บาท หนี้ยังคงค้างชำระเพียง ๔,๐๐๐ บาท เมื่อ ข. มาเรียกร้องเอาจาก ค. ค. รู้ถึงการใช้หนี้บางส่วนดังกล่าวนี้ กลับไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ และใช้เงินให้แก่ ข. ไปเต็มจำนวน ๕,๐๐๐ บาท เมื่อถึงเวลา ค. ไปฟ้องไล่เบี้ยเอาจาก ก. ค. จะฟ้องได้เพียง ๔,๐๐๐ บาทเท่านั้น สำหรับเงิน ๑,๐๐๐ บาทที่ ก. ใช้แล้วโดย ค. รู้ ค. สิ้นสิทธิไล่เบี้ยเอาจาก ก. เว้นแต่ ค. จะพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่รู้ถึงการใช้หนี้บางส่วนของ ก. และที่ไม่รู้เช่นนั้นก็มิใช่เพราะความผิดของตนด้วย ซึ่งถ้าเป็นความผิดของ ค. เอง เช่นเมื่อ ก. ใช้หนี้ ๑,๐๐๐ บาทให้แก่ ข. ก. ได้มีหนังสือบอกกล่าวไปให้ ค. ทราบตามทางการ แต่ ค. เลินเล่อฉีกจดหมายของ ก. ทิ้งลงตะกร้าไปเสีย ไม่อ่าน และใช้เงินให้ ข. ไป ๕,๐๐๐ บาท ดังนี้ ค. ก็ไล่เบี้ยเอาเงิน ๑,๐๐๐ บาทจาก ก. ไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. การที่กฎหมายตัดสิทธิไล่เบี้ยของผู้ค้ำประกันลงไป เท่าที่ผู้ค้ำประกันละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้นั้น ก็เพราะลูกหนี้อาจถูกผู้ค้ำประกันไล่เบี้ยได้ และมาตรา ๖๔๔ ก็ให้สิทธิแก่ผู้ค้ำประกันไว้แล้วที่จะต่อสู้ได้ เมื่อผู้ค้ำประกันรู้แล้วถึงข้อต่อสู้เหล่านั้น แต่ยังขืนชำระหนี้ จะกลับมาฟ้องไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้ให้เป็นที่เสียหายแก่ลูกหนี้ไม่ได้ ทั้งนี้ ต่างกับเรื่องที่ผู้ค้ำประกันไม่ใช้สิทธิของเขาเองตามมาตรา ๖๔๘, ๖๔๙, ๖๕๐ ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว ซึ่งในเรื่องเหล่านี้ไม่เกี่ยวข้องทำให้ลูกหนี้เสียหาย จึงไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิไล่เบี้ยของผู้ค้ำประกันแต่ประการใดเช่นเดียวกัน สมมติว่าการค้ำประกันไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน เมื่อเจ้าหนี้ฟ้องบังคับคดี ผู้ค้ำประกันไม่ได้ยกข้อนี้ขึ้นต่อสู้ เป็นเหตุให้ต้องใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกันไม่ถูกตัดสิทธิไล่เบี้ยตามมาตรา ๖๔๕ เพราะที่เขาไม่ได้ยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้นั้น เป็นข้อต่อสู้ของเขาเอง ไม่ใช่ข้อต่อสู้ของลูกหนี้

๒. ตามตัวอย่างข้างต้นที่ ค. รู้อยู่แล้วถึงการใช้หนี้บางส่วนของ ก. แล้วยังใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปจนเต็ม ๕,๐๐๐ บาท กฎหมายห้ามไม่ให้ ค. ไปไล่เบี้ยเรียกเอาเงิน ๑,๐๐๐ บาทจาก ก. ปัญหามีว่า ค. จะเรียกเอาคืนจาก ข. ผู้เป็นเจ้าหนี้ฐานลาภมิควรได้ได้หรือไม่ ว่ากันตามหลักในมาตรา ๔๐๗ เมื่อ ค. ชำระหนี้ให้แก่ ข. ไปเต็มจำนวนทั้ง ๕,๐๐๐ บาท โดยรู้อยู่แล้วว่า ข. เป็นเจ้าหนี้อยู่เพียง ๔,๐๐๐ บาทเท่านั้น ต้องถือว่าเป็นกรณีที่ ค. กระทำตามอำเภอใจเหมือนหนึ่งว่าเพื่อชำระหนี้ โดยรู้อยู่ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระตามมาตรา ๔๐๗ ค. จะเรียกเอาเงิน ๑,๐๐๐ บาท คืนจาก ข. ไม่ได้

๓. ถ้าผู้ค้ำประกันเถียงว่าตนไม่ได้รู้ถึงข้อต่อสู้ของลูกหนี้ และที่ไม่รู้เช่นนั้นก็ไม่ใช่เพราะความผิดของตน ตามความในมาตรา ๖๔๕ หน้าที่นำสืบในข้อนี้ตกเป็นของผู้ค้ำประกัน ตามตัวอย่างในข้อ ๒ ค. รู้แล้วว่าหนี้ยังค้างชำระเพียง ๔,๐๐๐ บาท กลับใช้ไปเต็มจำนวนทั้ง ๕,๐๐๐ บาท อีก ๑,๐๐๐ บาท ค. เรียกเอาคืนจาก ข. ไม่ได้ เพราะต้องด้วยบทบัญญัติ

แห่งมาตรา ๔๐๗ แต่ถ้า ค. ไม่รู้ ค. เรียกเอาเงิน ๑,๐๐๐ บาท คืนจาก ข. ได้ตามมาตรา ๔๐๖ แม้การที่ ค. ไม่รู้นั้นจะเป็นเพราะความผิดของตนเองประการใด ก็ไม่เข้ามาตรา ๔๐๗ เพราะเมื่อชำระหนี้ไปโดยไม่รู้ ย่อมไม่เป็นการชำระหนี้โดยอำเภอใจ อันจะปรับเข้ามาตรา ๔๐๗ ได้ ข้อนี้ต่างกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๔๕ ซึ่งถ้า ค. จะไล่เบี้ยเอาจาก ก. ค. ต้องแสดงว่าตนไม่รู้ถึงข้อต่อสู้ และที่ไม่รู้นั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของตนด้วย

๔. เกี่ยวกับหนี้ขาดอายุความ มีปัญหาว่า ถ้าผู้ค้ำประกันไม่ยกขึ้นต่อสู้ ผู้ค้ำประกันจะถูกตัดสิทธิตามมาตรา ๖๔๕ หรือไม่ ข้อเถียงอาจมีได้ว่า ตามมาตรา ๑๙๓, ๔๐๘ (๒) การอ้างว่าหนี้ขาดอายุความเป็นสิทธิส่วนตัวของลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้จะยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้หรือไม่ต่อสู้ ย่อมสุดแล้วแต่ความสำนึกในหน้าที่ศีลธรรมของลูกหนี้ เพราะฉะนั้น ตราบใดที่ลูกหนี้ยังไม่ได้ยกอายุความขึ้นอ้าง ผู้ค้ำประกันจะเอาข้อนี้ไปต่อสู้เจ้าหนี้ไม่ได้ ด้วยเหตุนี้การที่ผู้ค้ำประกันไม่ได้ต่อสู้ว่าหนี้ของลูกหนี้ขาดอายุความ จึงไม่ควรเป็นเหตุตัดสิทธิผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๔๕ หนี้ขาดอายุความนั้น ตามมาตรา ๑๙๓ แม้แต่ศาลเองยังไม่อาจอ้างเอามาตัดฟ้องเจ้าหนี้แทนลูกหนี้ได้ การที่หนี้ขาดอายุความจึงยังไม่เป็นข้อต่อสู้ของลูกหนี้จนกว่าลูกหนี้จะยกขึ้นอ้าง จริงอยู่ ตามมาตรา ๑๙๒ วรรค ๒ การที่ลูกหนี้สละสิทธิไม่อ้างว่าหนี้ของตนขาดอายุความ ไม่เป็นการลบล้างสิทธิของผู้ค้ำประกันที่จะยกเอาข้อขาดอายุความขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ แต่ข้อนั้นกลับแสดงว่า การต่อสู้อายุความเป็นข้อต่อสู้ของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๔๔ ซึ่งดังได้กล่าวมา ผู้ค้ำประกันจะยกขึ้นต่อสู้หรือไม่ต่อสู้ ก็ปรับเข้ามาตรา ๖๔๕ ให้เป็นเหตุตัดสิทธิไล่เบี้ยของผู้ค้ำประกันไม่ได้ ในหลักการจึงน่าจะถือว่าตราบใดที่ลูกหนี้ยังไม่ยกอายุความขึ้นต่อสู้ การที่ผู้ค้ำประกันไม่ได้ต่อสู้เจ้าหนี้ว่าหนี้ขาดอายุความ ไม่ทำให้ผู้ค้ำประกันสิ้นสิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้ตามมาตรา ๖๔๕ แต่ในทางปฏิบัติเมื่อหนี้ของลูกหนี้ขาดอายุความ เพื่อไม่ให้เป็นปัญหา ผู้ค้ำประกันควรจะถามไปยังลูกหนี้เสียก่อนว่าลูกหนี้จะยกอายุความขึ้นต่อสู้หรือไม่ ถ้าลูกหนี้ตอบมาว่าไม่ยก จะได้ไม่มีทางให้ลูกหนี้กลับมาขอตัดสิทธิของผู้ค้ำประกันได้ตามมาตรา ๖๔๕

๕. ผู้ค้ำประกันจะถูกตัดสิทธิตามมาตรา ๖๙๕ ต่อเมื่อกรณีเป็นเรื่องที่เขาไม่ใช้ข้อต่อสู้ของลูกหนี้ ถ้าผู้ค้ำประกันไม่ใช้ข้อต่อสู้ของเขาเองจะบังคับตามมาตรา ๖๙๕ ให้เป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันไม่ได้ เช่น ก. ทำหนังสือสัญญากู้เงิน ข. ค. ค้ำประกันโดยไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน ถ้า ค. ใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ไป โดยไม่ได้ต่อสู้ว่าสัญญาค้ำประกันไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ กรณีปรับไม่ได้ด้วยมาตรา ๖๙๕

มาตรา ๖๙๖

"ผู้ค้ำประกันไม่มีสิทธิจะไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้ได้ ถ้าว่าตนได้ชำระหนี้แทนไปโดยมิได้บอกลูกหนี้ และลูกหนี้ยังมิรู้ความมาชำระหนี้ซ้ำอีก

ในกรณีเช่นว่านี้ ผู้ค้ำประกันก็ได้แต่เพียงจะฟ้องเจ้าหนี้ เพื่อคืนลาภมิควรได้เท่านั้น"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อ ข. มาเรียกร้องเอาจาก ค. ค. ใช้หนี้ให้ไปทั้ง ๕,๐๐๐ บาท โดยไม่ได้บอกให้ ก. ทราบ ก. ไม่รู้ถึงความข้อนี้ จึงใช้หนี้ให้ ข. ไปอีกซ้ำหนึ่ง ดังนี้ ค. ไม่มีสิทธิไล่เบี้ยเอาจาก ก. คงมีแต่สิทธิฟ้องเอาเงิน ๕,๐๐๐ บาท คืนจาก ข. ฐานลาภมิควรได้

หลักและข้อสังเกต

๑. ความรับผิดของผู้ค้ำประกันเป็นความรับผิดชั้นที่สอง ไม่ใช่ความรับผิดชั้นต้น ซึ่งเป็นของลูกหนี้ เพราะฉะนั้น ก่อนที่ผู้ค้ำประกันจะทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ค้ำประกันจะต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบเสียก่อน หรือบอกให้เจ้าหนี้ไปขอรับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนตามมาตรา ๖๘๘ ทั้งนี้ก็เพราะว่า ถ้าลูกหนี้เผอิญได้ใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว จะได้บอกกล่าวแก่ผู้ค้ำประกัน เพื่อผู้ค้ำประกันจะได้ไม่ต้องใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ถ้าผู้ค้ำประกันไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังนี้และใช้หนี้ไป แต่ภายหลังลูกหนี้ซึ่งไม่ได้รับบอกกล่าวจากผู้ค้ำประกัน นึกว่าตนยังมีความผูกพันอยู่ จึงไปใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้อีกซ้ำหนึ่ง ดังนี้

จะยอมให้ผู้ค้ำประกันผู้มิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ไปพ้องไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ ย่อมจะยังผลเสียหายให้แก่ลูกหนี้โดยไม่ชอบธรรม กฎหมายจึงตัดสิทธิของผู้ค้ำประกันเสีย

๒. ตามตัวอย่างข้างต้น ถ้าก่อนที่จะใช้หนี้ ค. ผู้ค้ำประกันได้บอกกล่าวให้ ก. ลูกหนี้ทราบแล้ว และ ก. ยังขืนใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไป ผลจะเป็นอย่างไร กรณีเช่นนี้ ค. ใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจาก ก. ได้โดยไม่มีปัญหา ส่วน ก. เล่า จะไปพ้องร้องเรียกเอาเงินคืนจากเจ้าหนี้ได้หรือไม่ เมื่อ ก. รู้แล้วว่า ค. ใช้หนี้ให้เจ้าหนี้แล้วยังขืนใช้หนี้ซ้ำ กรณีก็จะเข้ามาตรา ๔๐๗ ยังผลให้ ก. พ้องเอาคืนจากเจ้าหนี้ไม่ได้ ความในมาตรา ๖๘๖ ก็เขียนไว้ชัดว่า กรณีจะเป็นไปตามมาตรานี้ ต่อเมื่อเป็นเรื่องที่ลูกหนี้ยังไม่รู้ จึงไปชำระหนี้ซ้ำเข้าอีก สมมติว่า ค. ไม่ได้บอกกล่าวให้ ก. ทราบ แต่ ก. รู้มาโดยทางใด ๆ ก็ตามว่า ค. ใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว สำหรับสิทธิของ ก. ต่อเจ้าหนี้นั้น ก็ยังอยู่ในบังคับแห่งมาตรา ๔๐๗ อยู่นั่นเอง แต่สำหรับการไล่เบี้ยเอาจาก ก. เล่า ค. จะพ้องไล่เบี้ยเอาจาก ก. ได้หรือไม่ ดูตามมาตรา ๖๘๖ แล้ว ที่ ค. จะไม่มีสิทธิไล่เบี้ยเอาจาก ก. นั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขข้อยกเว้น ๒ ประการคือ ค. ไม่บอกให้ ก. ทราบและ ก. ไม่รู้ไปใช้หนี้ให้เจ้าหนี้อีกซ้ำหนึ่ง แล้วผลจึงจะเป็นไปในทางตัดสิทธิไล่เบี้ยของ ค. แต่ถ้า ก. รู้แล้วยังขืนใช้หนี้ไป เงื่อนไขแห่งการตัดสิทธิ ค. ก็ยังไม่ครบตามตัวบท จึงไม่มีอะไรจะไปตัดสิทธิไล่เบี้ยของ ค. ได้ และกฎหมายตัดสิทธิของบุคคลนั้น ต้องแปลโดยเคร่งครัด

๓. ข้อแตกต่างระหว่างมาตรา ๖๘๕ และ ๖๘๖ คือเรื่องตามมาตรา ๖๘๕ ลูกหนี้ใช้หนี้ไปก่อนจนมีข้อต่อสู้เจ้าหนี้ได้ ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ซ้ำโดยไม่ใช้ข้อต่อสู้ของลูกหนี้ แต่เรื่องตามมาตรา ๖๘๖ ผู้ค้ำประกันใช้หนี้ไปก่อนโดยไม่บอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบ ลูกหนี้ไม่รู้มาชำระหนี้ซ้ำ เมื่อมีปัญหาเกี่ยวโยงไปถึงเรื่องลาภมิควรได้ว่าใครจะเรียกร้องเอาคืนจากเจ้าหนี้ได้หรือไม่ได้ เบื้องต้นจะต้องวินิจฉัยกันตามมาตรา ๔๐๖ ว่า เจ้าหนี้มีมูลจะรับชำระหนี้ไว้ได้หรือไม่ ถ้าเจ้าหนี้มีมูลจะรับชำระหนี้ไว้ได้ ก็ไม่ใช่ลาภมิควรได้อันจะเรียกเอาคืนจากเจ้าหนี้ กรณีตามมาตรา ๖๘๕ ลูกหนี้ใช้หนี้ไปก่อนแล้ว เจ้าหนี้จึงไม่มีมูลตามกฎหมายที่จะรับชำระหนี้อีกในเมื่อผู้ค้ำประกันมาชำระซ้ำ ปัญหาจึงมีต่อไปตามข้อยกเว้นใน

มาตรา ๔๐๗ ว่าที่ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ซ้ำไปนั้น ผู้ค้ำประกันรู้หรือไม่รู้ว่าตนไม่มีความผูกพันจะต้องชำระถ้ารู้ ตามมาตรา ๔๐๗ ก็เรียกเอาคืนไม่ได้ แต่ถ้าไม่รู้ก็เรียกเอาคืนได้ตามมาตรา ๔๐๖ ปัญหามีทางวินิจฉัยกันได้ดังนี้ มาตรา ๖๔๕ จึงไม่พูดถึงการเรียกคืนลาภมิควรได้

๔. แต่กรณีตามมาตรา ๖๔๖ นั้น ผู้ค้ำประกันใช้หนี้ไปก่อนที่ลูกหนี้จะมาชำระซ้ำ เมื่อผู้ค้ำประกันใช้หนี้ เจ้าหนี้จึงมีมูลที่จะรับชำระหนี้ได้ เหตุใดในมาตรา ๖๔๖ วรรค ๒ จึงกลับบัญญัติให้ผู้ค้ำประกันเรียกเอาคืนจากเจ้าหนี้ได้ฐานลาภมิควรได้ เหตุที่บัญญัติไว้ก็เห็นจะเป็นเพราะว่าถ้าไม่มีมาตรา ๖๔๖ วรรค ๒ แล้ว การชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันก็จะไม่เป็นลาภมิควรได้ตามมาตรา ๔๐๖ แล้วผู้ค้ำประกันก็จะเรียกเอาคืนจากเจ้าหนี้ไม่ได้ แต่เพราะผู้ค้ำประกันเป็นผู้ที่เนื้อไม่ได้กิน หนังไม่ได้รองนั่ง จึงต้องบัญญัติกฎหมายเป็นพิเศษให้ผู้ค้ำประกันเรียกเอาคืนจากเจ้าหนี้ได้ มิฉะนั้นผู้ค้ำประกันก็จะโดนกระดูกแขวนคอ แต่สำหรับลูกหนี้ที่มาชำระหนี้ซ้ำนั้นเล่า ก็เมื่อภายหลังที่เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากผู้ค้ำประกันไว้ก่อนแล้ว เจ้าหนี้ย่อมไม่มีมูลที่จะรับชำระหนี้ซ้ำจากลูกหนี้ และลูกหนี้ก็ชำระหนี้ซ้ำโดยไม่รู้ว่าผู้ค้ำประกันได้ชำระไว้ก่อนแล้ว เมื่อเช่นนี้ ลูกหนี้จะเรียกเอาคืนจากเจ้าหนี้ไม่ได้ หรืออย่างไรเมื่อผู้ค้ำประกันจะเรียกเอาคืนจากเจ้าหนี้ได้ตามมาตรา ๖๔๖ วรรค ๒ แล้วลูกหนี้ยังจะเรียกเอาคืนได้ด้วยตามมาตรา ๔๐๖ กระดูกก็จะมาแขวนคอเจ้าหนี้ โดยผู้ค้ำประกันซึ่งชำระหนี้ไว้ก่อนอาจเรียกเอาคืนได้นั่นเอง จึงต้องถือว่าเจ้าหนี้มีมูลที่จะรับชำระหนี้ที่ลูกหนี้มาชำระซ้ำได้ ลูกหนี้จึงเรียกเอาคืนไม่ได้

๕. ปัญหามีว่า บทบัญญัติในมาตรา ๖๔๖ นั้น จะใช้บังคับถึงกรณีที่ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แต่เพียงบางส่วนได้หรือไม่ เมื่อไม่มีอะไรขัดแย้ง ก็น่าจะบังคับไปถึง

มาตรา ๖๔๗

"ถ้าเพราะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้เอง เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันไม่อาจเข้ารับช่วงได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในสิทธิก็ดี จำนองก็ดี จำนำก็ดี และ

บุริมสิทธิอันได้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ แต่ก่อนหรือในขณะทำสัญญาค้ำประกันเพื่อชำระหนี้นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดเพียงเท่าที่ตนต้องเสียหายเพราะการนั้น"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท มีที่ดินของ ก. เองจำนองไว้เป็นประกัน และมี ค. เป็นผู้ค้ำประกันด้วย ข. ปลดจำนองให้ ก. หรือ ก. มอบแหวนจำนำไว้เป็นประกัน ข. กลับคืนแหวนให้แก่ ก. ไป หรือเช่น ข. เป็นเจ้าของโรงแรม ก. เป็นแขกอาศัย ข. เป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิยึดเครื่องเดินทางของ ก. ไว้ตามมาตรา ๒๖๕ ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ก. แต่ ข. กลับปล่อยให้ ก. ออกจากโรงแรมไปทั้งเครื่องเดินทางนั้น กรณีเหล่านี้ ค. ย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดที่ตนต้องเสียหายเพราะการกระทำของ ข. เช่นตามตัวอย่างข้างต้น มีหนี้เงินกู้ ๕๐,๐๐๐ บาท ก. จำนองที่ดินราคา ๓๐,๐๐๐ บาท ไว้เป็นประกัน เมื่อ ข. ปลดจำนองให้ ก. ข. ก็คงเรียกร้องเอาจาก ค. ผู้ค้ำประกันได้เพียง ๒๐,๐๐๐ บาท หรือในกรณีเจ้าของโรงแรม ถ้า ก. เป็นหนี้ค่าพักอาศัยอยู่ ๕,๐๐๐ บาท เครื่องเดินทางของ ก. ที่ ข. ปล่อยให้หลุดมือไปมีราคา ๒,๐๐๐ บาท ข. ก็คงพ้องร้องเอาจาก ค. ผู้ค้ำประกันได้เพียง ๓,๐๐๐ บาท

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามมาตรา ๖๙๓ ประกอบกับมาตรา ๒๒๖ เมื่อผู้ค้ำประกันได้ใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว ย่อมจะได้เข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ ซึ่งชอบที่จะใช้บังคับได้ตลอดไปถึงประกันแห่งหนี้นั้นด้วย สิทธิของผู้ค้ำประกันมีดังนี้ ถ้าเจ้าหนี้ไปทำให้เขาเสียสิทธิไปเท่าใด เจ้าหนี้จึงต้องสิ้นสิทธิต่อเขาไปเท่านั้น

๒. ที่ตัวบทพูดถึงจำนอง จำนำ และบุริมสิทธินั้น พอเข้าใจ แต่พูดไว้มากกว่านั้น รวมไปถึงสิทธิลอย ๆ ด้วย โดยไม่บอกให้รู้ว่าเป็นสิทธิอะไร แต่ก็ต้องเข้าใจว่าเป็นสิทธิในทางประกัน เช่นเจ้าหนี้รับมัดจำไว้ ซึ่งไม่ใช่จำนำ ไม่ใช่จำนอง แต่กลับไปคืนมัดจำให้ลูกหนี้เสีย เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันรับช่วงเอามาชดใช้ไม่ได้ กรณีย่อมปรับได้ด้วย

มาตรา ๖๙๗ ตัวอย่างอาจมีได้อีก เช่นในการที่ ก. จำนองที่ดินประกันเงินกู้ ข. ตามตัวอย่างข้างต้น ได้มีสัญญาทำกันไว้ว่า ถ้าบังคับจำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ ก. ยอมให้ยึดทรัพย์สินอื่นขายใช้หนี้ได้ ดังนี้ก็เป็นสิทธิอย่างหนึ่ง ถ้า ข. ไปเลิกสัญญานี้เสีย ทำให้ ค. ผู้ค้ำประกันไม่อาจเข้ารับช่วงบังคับเอาแก่ทรัพย์สินอื่นของ ก. ได้ ขาดไปเท่าใด ค. ก็หลุดพ้นจากความรับผิดต่อ ข. ไปเท่านั้น นอกจากนั้นออกไปอาจไม่ใช่สิทธิตามมาตรา ๖๙๗ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๖๓๑/๒๔๗๔)

๓. เมื่อมีคนค้ำประกันหลายคน การที่เจ้าหนี้ปลดผู้ค้ำประกันบางคน ตามมาตรา ๒๙๖ ย่อมทำให้คนอื่นได้หลุดพ้นไปด้วยเท่าส่วนของผู้ค้ำประกันที่เจ้าหนี้ปลดให้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๑๒/๒๔๗๔) เมื่อผู้ค้ำประกันคนอื่นได้รับประโยชน์ดังนี้แล้ว จึงจะขอเอาส่วนของลูกหนี้ที่เขาปลดให้ มาขอหักหนี้กับเจ้าหนี้อีกไม่ได้

หมวด ๕

ความระงับสิ้นไปแห่งการค้ำประกัน

มาตรา ๖๙๘

"อันผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดในขณะเมื่อหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ก. ชำระหนี้ ๕,๐๐๐ บาท ให้ ข. หรือหักกลบลบหนี้กับ ข. หรือ ข. ปลดหนี้ให้ ก. หรือมีการแปลงหนี้ใหม่ระหว่าง ก. กับ ข. หรือ ข. ตาย ก. เป็นทายาทรับมรดกคนเดียวของ ข. หนี้จึงเกลื่อนกลืนกันไป ในกรณีที่หนี้ของ ก. ระงับสิ้นไปเหล่านี้ ค. ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด

หลักและข้อสังเกต

๑. การค้ำประกันเป็นแต่เพียงหนี้อุปกรณ์ค้ำจุนหนี้ประธาน เพราะฉะนั้น เมื่อหนี้ประธานระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ ความรับผิดของผู้ค้ำประกันย่อมระงับไปด้วย

๒. เหตุที่ทำให้หนี้ระงับมีบัญญัติไว้ในบรรพ ๒ คือด้วยการชำระหนี้ตามวัตถุแห่งหนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๘๒—๗๘๓/๒๔๘๔) ด้วยการที่เจ้าหนี้ยอมรับเอาสิ่งอื่นแทนการชำระหนี้เดิมตามมาตรา ๓๒๑ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๒๔/๒๔๘๖) ด้วยการปลดหนี้หักกลบลบหนี้ แปลงหนี้ใหม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๐๘/๒๔๗๗, ๑๑๘/๒๔๘๗, ๑๐๐๘/๒๔๘๖) และด้วยหนี้เกลื่อนกลืนกัน หนี้อาจระงับได้ตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายล้มละลาย ด้วยการประนอมหนี้ หรือศาลสั่งให้ลูกหนี้พ้นจากคดีล้มละลาย (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๕๗/๒๕๑๐) เมื่อหนี้ระงับด้วยเหตุเหล่านี้ ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด

๓. มาตรา ๖๙๘ พูดถึงแต่ความระงับหนี้ของลูกหนี้อันเป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิด ทั้งนี้ไม่หมายความว่าความรับผิดของผู้ค้ำประกันจะไม่มีทางระงับไปเองโดยไม่ต้องอาศัยความระงับหนี้ของลูกหนี้ ถ้ามีเหตุอันใดที่จะทำให้ความรับผิดของผู้ค้ำประกันหมดสิ้นไปโดยลำพัง ความรับผิดของผู้ค้ำประกันก็ระงับสิ้นไปได้เหมือนกัน เช่น ตามตัวอย่างข้างต้น ถ้า ข. เจ้าหนี้ตาย และ ค. ผู้ค้ำประกันเป็นทายาทคนเดียวได้รับมรดกของ ข. ทั้งหมด ดังนี้ หนี้เกิดเกลื่อนกลืนกันขึ้นระหว่างเจ้าหนี้กับผู้ค้ำประกัน ความรับผิดของผู้ค้ำประกันต่อจากเจ้าหนี้ก็ย่อมระงับสิ้นไปเช่นเดียวกัน ความรับผิดของผู้ค้ำประกันอาจระงับไปได้ตามมาตรา ๖๙๕ ถึง ๗๐๑

๔. มาตรา ๖๙๘ พูดถึงความระงับสิ้นไปแห่งหนี้ของลูกหนี้ การชำระหนี้บางส่วนไม่ทำให้หนี้ระงับ จะนำมาตรา ๖๙๘ มาใช้บังคับไม่ได้ หากแต่เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ตามมาตรา ๖๙๔ เท่านั้นเอง

๕. มีปัญหาว่า เมื่อผู้ค้ำประกันตาย การค้ำประกันจะระงับหรือไม่ ที่กล่าวกันว่าเป็นการค้ำประกันด้วยบุคคล ชวนให้เข้าใจว่าจะระงับ แต่ดังได้กล่าวแล้วแต่ต้น ในการค้ำประกันด้วยบุคคล บุคคลที่เป็นผู้ค้ำประกันต้องรับผิดด้วยทรัพย์ หน้าที่ความรับผิดของผู้ค้ำประกัน จึงไม่ใช่การส่วนตัวที่จะตายตามตัว (มาตรา ๑๖๐๐)

มาตรา ๖๙๙

"การค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันอาจเลิกเสียเพื่อคราวอันเป็นอนาคตได้ โดยบอกกล่าวความประสงค์นั้นแก่เจ้าหนี้

ในกรณีเช่นนี้ ท่านว่าผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดในกิจการที่ลูกหนี้กระทำลงภายหลังคำบอกกล่าวนั้นได้ไปถึงเจ้าหนี้"

ตัวอย่าง

ก. ทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร ข. ในยอดเงิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท มีข้อตกลงกันตามประเพณีธนาคารว่า เมื่อ ก. ประสงค์จะใช้เงินจำนวนไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท เมื่อใด จะได้เซ็นเช็คเบิกเงินเกินบัญชีไปเป็นครั้งเป็นคราวจนกว่าจะครบ ๒๐๐,๐๐๐ บาท ก. ยอมเสียดอกเบี้ยให้แก่ธนาคารในจำนวนที่หักบัญชีเงินฝากของ ก. แล้วยังคงค้างชำระแก่ธนาคาร ค. เป็นผู้ค้ำประกันการเบิกเงินเกินบัญชีของ ก. ก. เบิกเงินเกินบัญชีไปเป็นครั้งคราว ในที่สุดเบิกเงินเกินไปทั้งสิ้น ๑๕๐,๐๐๐ บาท ดังนี้ ค. อาจบอกเลิกการค้ำประกันสำหรับจำนวนเงิน ๕๐,๐๐๐ บาท ที่ ก. ยังไม่ได้เบิกได้ โดยบอกกล่าวไปยังธนาคาร ข. ในกรณีเช่นนี้ ถ้าภายหลังที่คำบอกกล่าวของ ค. ไปถึงธนาคาร ข. แล้ว ก. ยังเบิกเงินไปอีก ๕๐,๐๐๐ บาท ค. คงต้องรับผิดในฐานะเป็นผู้ค้ำประกันแต่เฉพาะในจำนวนเงิน ๑๕๐,๐๐๐ บาท ที่ ก. เบิกไปก่อนแล้ว แต่สำหรับอีก ๕๐,๐๐๐ บาท ที่ ก. เบิกไปหลังจากการบอกเลิกนั้น ค. ไม่ต้องรับผิด

หลักและข้อสังเกต

๑. การค้ำประกันกิจการเนื่องกันไปหลายคราวโดยไม่มีเวลาจำกัดนั้น มีตัวอย่างในทางปฏิบัติดังกล่าวข้างต้น แต่ตัวอย่างอื่นอาจมีได้ เช่น ก. ทำสัญญาจะส่งหินให้รัฐบาลทำถนนเป็นครั้งคราว ไม่มีเวลาจำกัด สุดแล้วแต่รัฐบาลจะสั่งให้ส่ง ดังนี้ ก็ปรับเข้ามาตรา ๖๙๙ ได้ เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้ค้ำประกันบอกเลิกได้ ก็เพราะกิจการที่ว่านี้เป็นกิจการต่อเนื่องกันไปเป็นครั้งคราวหลายคราว สำหรับคราวต่อ ๆ ไปที่ยังไม่ได้เป็นหนี้กัน ผู้ค้ำประกันชอบที่จะบอกเลิกได้ เพราะการค้ำประกันเป็นภาระแก่บุคคลภายนอกที่

เข้ามาเกี่ยวข้องค้ำจุน และตัวผู้ค้ำประกันเอง ก็ไม่ใช่ลูกหนี้โดยตรง บัญหามีว่าคู่กรณีจะทำสัญญาให้ผิดแผกแตกต่างจากมาตรา ๖๘๘ ได้หรือไม่ กล่าวคือผู้ค้ำประกันจะทำสัญญาฝ่าฝืนต่อมาตรา ๖๘๘ โดยตกลงว่าจะไม่ใช้สิทธิบอกเลิกตามมาตรานี้ สัญญาจะมีผลประการใด ข้อนี้พอจะเห็นได้ว่า มาตรา ๖๘๘ ไม่ใช่บทบัญญัติเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาเช่นนี้จึงเป็นสัญญาอันสมบูรณ์ใช้บังคับได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๓๑, ๒๓๒/๒๕๐๕)

๒. การค้ำประกันกิจการเนื่องกันไปหลายคราว ผู้ค้ำประกันจะบอกเลิกได้ตามมาตรา ๖๘๘ ต่อเมื่อไม่มีเวลาจำกัด เพราะการที่ไม่มีเวลาจำกัดนั้น กฎหมายเห็นว่าเป็นภาระแก่ผู้ค้ำประกันมากเกินไป แต่ถ้ามีเวลาจำกัดไว้ และผู้ค้ำประกันยังสมัครเข้าค้ำประกัน กฎหมายก็ช่วยไม่ได้ จึงจะบอกเลิกเสียไม่ได้ เช่นตามตัวอย่างใน ๑ สัญญาส่งหินกับรัฐบาลกำหนดอายุไว้ให้สิ้นสุดลงเมื่อครบ ๑ ปี ระหว่างนี้มีการเรียกร้องให้ส่งหินเดือนละครั้ง ดังนี้ผู้ค้ำประกันบอกเลิกไม่ได้

๓. การบอกเลิกของผู้ค้ำประกันใช้ได้เฉพาะกรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๘ ถ้าเป็นการค้ำประกันธรรมดา ไม่ใช่เพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่จำกัดเวลา เช่น ค้ำประกันเงินกู้ ผู้ค้ำประกันจะเปลี่ยนใจบอกเลิกเสียไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๘๗/๒๔๗๕) แต่ถึงแม้จะไม่เป็นการประกันกิจการเนื่องกันไป ถ้าผู้ค้ำประกันได้ทำสัญญาค้ำประกันไว้ว่าจะไม่ถอนการค้ำประกันไม่ว่าในเวลาใด ๆ จะกลับแสดงเจตนาฝ่ายเดียวถอนการค้ำประกันภายหลังจากลูกหนี้ผิดสัญญาแล้วไม่ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้จะยินยอม (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๙๒/๒๕๑๒)

๔. การค้ำประกันกิจการต่อเนื่องกันหลายคราวนั้นอย่างหนึ่ง แต่การค้ำประกันกิจการอันหนึ่งอันเดียวซึ่งมีการชำระหนี้เป็นครั้งเป็นคราวนั้น อีกอย่างหนึ่ง ไม่เหมือนกัน อย่างแรกผู้ค้ำประกันบอกเลิกได้ตามมาตรา ๖๘๘ อย่างหลังบอกเลิกไม่ได้ เช่น ก. จดทะเบียนทำสัญญาเช่าที่ดิน ข. ๑๐ ปี ตกลงว่าจะใช้ค่าเช่าให้ ข. ปีละ ๑๐,๐๐๐ บาททุกปี ค. เป็นผู้ค้ำประกันการชำระค่าเช่าของ ก. ดังนี้ ไม่ใช่กิจการเนื่องกันไปหลายคราว เพราะการเช่ามีครั้งเดียว แต่เป็นการประกันหนี้ที่จะต้องชำระเป็นงวด ๆ ค. ผู้ค้ำประกันจะบอกเลิกสัญญาตามมาตรา ๖๘๘ ไม่ได้

๕. มาตรา ๖๙๙ ไม่ใช่เรื่องค้ำประกันโดยมีเวลาจำกัด ตัวอย่างเช่น ก. ทำสัญญาส่งหินให้รัฐบาล ธนาคาร ค. เข้าค้ำประกัน แต่มีเวลากำหนดไว้ในสัญญาค้ำประกันว่า การค้ำประกันของธนาคารให้มีผลบังคับได้เพียง ๑ ปี ในระหว่าง ๑ ปีนั้น ก. ผิดสัญญาไม่ส่งหิน แต่ทางรัฐบาลไม่ได้พ้องร้องเอาแก่ธนาคารผู้ค้ำประกันจนเกิน ๑ ปีแล้ว กรณีเช่นนี้ ในทางปฏิบัติมักจะมีการเข้าใจผิดเสมอว่าธนาคารไม่ต้องรับผิด ซึ่งตามกฎหมายหาเป็นดังนั้นไม่ เพราะถ้าลูกหนี้ผิดนัดลงในระหว่าง ๑ ปี ธนาคารผู้ค้ำประกันต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้อยู่แล้วตามมาตรา ๖๘๖ และเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะพ้องร้องผู้ค้ำประกันได้ภายในอายุความ ๑๐ ปี การจำกัดความรับผิดของธนาคารผู้ค้ำประกันตามตัวอย่างนี้คงมีความหมายแต่เพียงว่า ถ้ากำหนดระยะเวลา ๑ ปีได้ล่วงเลยไปแล้ว และภายหลังแต่นั้น ก. ผิดสัญญาไม่ส่งหินให้รัฐบาล ดังนี้ ธนาคารจึงไม่ต้องรับผิด (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๐๔/๒๕๐๐, ๔๔๕/๒๕๐๑) ปัญหามีต่อไปว่า ในการจำกัดเวลารับผิดของผู้ค้ำประกันดังกล่าวมา ผู้ค้ำประกันจะทำสัญญาตั้งเป็นเงื่อนไขให้รัฐบาลจัดการพ้องร้องผู้ค้ำประกันเสียภายใน ๑ ปี ถ้ามิฉะนั้นให้เป็นอันพ้องร้องผู้ค้ำประกันไม่ได้ สัญญาดังนี้จะใช้ได้หรือไม่ ตามมาตรา ๑๙๑ อายุความที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น จะทำสัญญาขยายออกหรือย่นเข้าไม่ได้ สัญญาที่ทำกันดังนี้จึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๑๓,๑๑๔

๖. ทุกวันนี้ คนทั้งหลายชอบตั้งบริษัทค้าขาย เพราะเสียภาษีน้อยกว่าที่จะค้าขายอย่างบุคคลธรรมดา แต่เมื่อใดต้องไปขอเครดิตธนาคารมาค้า ก็มักจะจัดให้กรรมการหรือผู้ถือหุ้นจำนองที่ดินของบุคคลเหล่านี้ไว้เป็นประกัน เพราะบริษัทค้าขายโดยทั่วไปไม่มีที่ดินเป็นเจ้าของ ถ้าเครดิตที่ธนาคารให้มาเป็นเครดิตเบิกเงินเกินบัญชี ซึ่งเป็นกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่จำกัดเวลาตามความหมายแห่งมาตรา ๖๙๙ มีปัญหาว่ากรรมการหรือผู้ถือหุ้นผู้จำนองที่ดินประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชีของบริษัท จะบอกกล่าวเลิกเสียตามมาตรา ๖๙๙ ได้หรือไม่ ถ้าเป็นการค้ำประกันย่อมเลิกได้ แต่เมื่อเป็นการเอาทรัพย์มาจำนองเป็นประกันมาตรา ๗๒๗ ในลักษณะจำนองไม่ได้อนุโลมเอามาตรา ๖๙๙ ไปใช้บังคับด้วยจึงบอกเลิกไม่ได้

มาตรา ๗๐๐

"ถ้าค้ำประกันหนี้อันจะต้องชำระ ณ เวลามีกำหนดแน่นอน และเจ้าหนี้ยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ไซร้ ท่านว่าผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด

แต่ถ้าผู้ค้ำประกันได้ตกลงด้วยในการผ่อนเวลา ท่านว่าผู้ค้ำประกันหาหลุดพ้นจากความรับผิดไม่"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท สัญญาว่าจะชำระเงินคืนภายใน ๑ ปี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ถ้า ข. ทำสัญญาผูกพันผ่อนเวลาให้ ก. ชำระหนี้ได้ภายในระยะเวลา ๓ ปี ค. หลุดพ้นจากความรับผิด เว้นแต่ ค. จะได้ตกลงด้วยในการผ่อนเวลานั้น

หลักและข้อสังเกต

๑. เมื่อหนี้มีกำหนดเวลาชำระแน่นอน ผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาค้ำจุนการชำระหนี้ ย่อมมุ่งหมายที่จะได้รับประโยชน์จากการชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้น ซึ่งจะยังผลให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นไปจากความรับผิด หรือถ้าลูกหนี้ไม่ชำระก็เป็นเรื่องที่ผู้ค้ำประกันจะรับผิดใช้หนี้ไป แล้วไปใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้ กำหนดระยะเวลาชำระหนี้มีความหมายแก่ผู้ค้ำประกันดังนี้ จึงไม่ชอบที่เจ้าหนี้จะไปผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ โดยผู้ค้ำประกันไม่ได้รู้เห็นยินยอมด้วย ซึ่งถ้าได้มีการผ่อนเวลาออกไปโดยผู้ค้ำประกันไม่ได้ตกลงด้วย ผู้ค้ำประกันก็ย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๐๐ และเจ้าหนี้จะตกลงผ่อนเวลาให้ลูกหนี้ไปได้เรื่อย ๆ โดยผู้ค้ำประกันไม่ต้องรู้เห็นยินยอมด้วยแล้ว ผู้ที่เนื้อไม่ได้กินหนังไม่ได้รองนั่งเช่นผู้ค้ำประกัน ก็จะต้องมีความผูกพันรับผิดไปตั้ง ๑๐ ปี ๒๐ ปี ๕๐ ปี เหตุนี้ จึงมีมาตรา ๗๐๐ เพื่อเปิดหนทางให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้น แต่ถ้าเป็นหนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาชำระ การผ่อนผันของเจ้าหนี้ย่อมไม่ทำให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้น เพราะไม่มีเวลากำหนดแน่นอนอะไร ที่เจ้าหนี้จะผ่อนให้ได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๙๒/๒๔๘๖, ๓๑๕/๒๕๐๕, ๕๐๐/๒๕๐๗)

๒. การตกลงของผู้ค้ำประกันในการผ่อนเวลานั้น จะกระทำเมื่อมีการผ่อนเวลาหรือยอมตกลงไว้ล่วงหน้าก็ได้ เช่นตามตัวอย่างข้างต้น ถ้า ค. ผู้ค้ำประกันยอมตกลงไว้ล่วงหน้าว่า ข. จะผ่อนเวลาให้ ก. เมื่อไรก็ได้ โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ ค. ทราบ ดังนี้ ถ้าต่อมา ข. ผ่อนเวลาให้ ก. ค. ก็ไม่หลุดพ้นจากความรับผิด (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๘๒๑/๒๔๕๕)

๓. การผ่อนเวลาที่จะยังผลให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิด จะต้องกระทำกันในลักษณะที่ผูกพันเจ้าหนี้ให้ต้องผ่อนเวลา เพียงแต่หนี้ถึงกำหนดและเจ้าหนี้ยังไม่ได้เรียกร้องเอาจากลูกหนี้ จะถือว่าเป็นการผ่อนเวลาไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๕๔/๒๕๑๒) เจ้าหนี้จะต้องผูกพันในการผ่อนเวลา ก็ต่อเมื่อได้ทำให้เป็นคำมั่นสัญญาผูกพันตนไว้ต่อลูกหนี้ ซึ่งถ้าเจ้าหนี้ผิดคำมั่นสัญญา ลูกหนี้มีทางที่ยกเอาการผ่อนเวลามาอ้างได้ตามมาตรา ๒๐๕

๔. พฤติการณ์อย่างไร เป็นหรือไม่เป็นการผ่อนเวลาให้ลูกหนี้ ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๑/๒๔๗๒, ๖๖๗/๒๔๗๒, ๓๐๖/๒๔๗๓, ๑๒๑๗/๒๔๗๓, ๑๓๗/๒๔๗๔, ๕๑๒/๒๔๗๔, ๘๕๕/๒๔๗๔, ๒๓๐/๒๔๗๕, ๓๘๕/๒๔๗๕, ๕๘๖/๒๔๗๕, ๒๖๖/๒๔๗๖, ๓๕๑/๒๔๗๖, ๖๐๐/๒๔๗๖, ๗๕๕/๒๔๗๖, ๕๔๗/๒๔๗๗, ๘๑๖/๒๔๗๗, ๑๐๕๔/๒๔๗๕, ๘๓๘/๒๔๘๑, ๑๕๔๕/๒๔๘๒, ๘๖๒/๒๔๘๖, ๑๘๒๑/๒๔๕๔, ๑๒๔๒/๒๔๕๕, ๔๑/๒๕๐๒, ๒๔๖/๒๕๐๖, ๒๓๗/๒๕๐๘

๕. การที่เจ้าหนี้ผ่อนเวลาให้ลูกหนี้นั้น ผ่อนให้กันเป็นผลผูกพันเจ้าหนี้เมื่อใด ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นไปแต่เมื่อนั้น ไม่ต้องรอไปจนครบกำหนดเวลาชำระหนี้ เช่นตามตัวอย่างข้างต้น เมื่อ ข. ให้เงิน ก. กู้ไปแล้ว ๕,๐๐๐ บาทวันนี้ สัญญาใช้กันภายใน ๑ ปี รุ่งขึ้น ข. ไปให้คำมั่นสัญญาผูกพันตนต่อ ก. ผ่อนเวลาให้ ก. ใช้หนี้ได้ภายในเวลา ๓ ปี ค. เป็นอันหลุดพ้นไปเลยแต่วันผ่อนเวลานั้น มิใช่ว่าจะต้องรอไปจนครบหนึ่งปีตามกำหนดชำระหนี้เดิมแล้วจึงจะหลุดพ้น

๖. มาตรา ๗๐๐ พูดถึงการผ่อนเวลาของเจ้าหนี้ที่จะเป็นผลให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นในทางตรงข้าม ถ้าเป็นเรื่องที่ลูกหนี้ยอมย่นเวลาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ มาตรา ๗๐๐ ไม่ใช้

บังคับเช่นตามตัวอย่างข้างต้น ถ้าภายหลังที่กู้เงินไปแล้ว ก. ไปทำสัญญาผูกพันตนกับ ข. ว่าแทนที่จะใช้หนี้ให้ ข. ภายใน ๑ ปี จะใช้ให้ภายใน ๖ เดือน ดังนี้ ถ้า ค. ผู้ค้ำประกันยินยอมด้วย ค. ไม่หลุดพ้นจากความรับผิด แต่ถ้า ค. ไม่ยินยอมด้วย ต้องบังคับกันตามมาตรา ๖๘๗

๗. เมื่อมาตรา ๗๐๐ ว่าถึงผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิด ความหมายบ่งหนักไปในทางหลุดพ้นไปเลยทั้งหมด สมมติว่า ก. กู้เงิน ข. ๓๐๐,๐๐๐ บาท สัญญาผ่อนใช้ ๓ ปี ๆ ละ ๑๐๐,๐๐๐ บาท ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ถ้า ข. ตกลงผ่อนเวลาให้ ก. ใช้เงินปีแรกภายใน ๑ ปี ๖ เดือน แต่สำหรับปีที่ ๒ และ ๓ ไม่ผ่อนเวลาให้ ค. ไม่ได้รู้เห็นยินยอมด้วย จะต่อสู้ว่าตนหลุดพ้นได้หรือไม่ สำหรับการใช้เงินปีที่ ๒ และ ๓ นั้น เมื่อเจ้าหนี้ไม่ได้ผ่อนเวลาให้ ผู้ค้ำประกันจะหลุดพ้นไปไม่ได้ แต่สำหรับปีแรกที่ผ่อนเวลาให้กัน ผู้ค้ำประกันจะต่อสู้ไม่ได้หรือว่าตนหลุดพ้นจากความรับผิดสำหรับการใช้เงินปีแรกนี้พิจารณาในทางเจตนารมณ์ของกฎหมาย ผู้ค้ำประกันน่าจะต่อสู้ดังนี้ได้ แต่ถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทไปกันไม่ได้

๘. ผู้สลักหลังเช็ค มีความรับผิดร่วมกับผู้ออกเช็ค จึงไม่ใช่ผู้ค้ำประกันที่จะต่อสู้ตามมาตรา ๗๐๐ ได้ เรื่องผ่อนเวลาใช้เงินตามตั๋วแลกเงินมีบัญญัติไว้จริงในมาตรา ๙๔๘ แต่มาตรา ๙๘๙ ก็ไม่ได้ให้นำมาตรา ๙๔๘ มาใช้ในเรื่องเช็ค (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๙๙๕/๒๕๐๙)

มาตรา ๗๐๑

"ผู้ค้ำประกันจะขอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตั้งแต่เมื่อถึงกำหนดชำระก็ได้ ถ้าเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันก็เป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิด"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท สัญญาจะใช้คืนภายใน ๑ ปี ค. เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อครบเวลา ๑ ปี ถึงกำหนดชำระหนี้ ค. ผู้ค้ำประกันจึงไปขอชำระหนี้ ถ้า ข. เจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระ ค. เป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิด

หลักและข้อสังเกต

๑. ความรับผิดของผู้ค้ำประกัน เปรียบเหมือนเนื้อไม่ได้กิน หนังไม่ได้รองนั่ง กระดูกแขวนคอ เพราะฉะนั้น กฎหมายจึงหาทางผ่อนผันให้ผู้ค้ำประกันได้ปลดเปลื้องตนเองจากความรับผิด โดยเมื่อหนี้ถึงกำหนดแล้ว ผู้ค้ำประกันมีสิทธิไปขอใช้หนี้ได้ ซึ่งถ้าเจ้าหนี้รับชำระไว้ ผู้ค้ำประกันก็จะได้ไปใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ต่อไป (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๑๗/๒๔๗๓) แต่ถ้าเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระ กฎหมายบัญญัติให้ผู้ค้ำประกันได้หลุดพ้นไปเลย ทั้งนี้ก็เพราะว่า ผู้ค้ำประกันไม่ใช่ตัวลูกหนี้ เมื่อเขามาขอชำระหนี้แทน เอาหมูมาให้กิน แล้วยังไม่กิน เจ้าหนี้เป็นอันหมดสิทธิที่จะเรียกร้องเอาจากผู้ค้ำประกัน

๒. ตามความในตัวบท เมื่อหนี้ถึงกำหนด ผู้ค้ำประกันขอชำระหนี้ได้ทีเดียว ไม่ต้องรอให้ลูกหนี้ละเลยไม่ใช้หนี้เสียก่อน ทั้งนี้เพราะผู้ค้ำประกันเป็นผู้มีส่วนได้เสียอยู่ด้วยในการที่จะชำระหนี้ให้เสร็จสิ้นไป (มาตรา ๒๒๕ (๓))

๓. ข้อสังเกตคือ ถ้าเป็นตัวลูกหนี้เองขอชำระหนี้ และเจ้าหนี้ไม่รับชำระ ผลตามกฎหมายเพียงแต่ทำให้เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดตามมาตรา ๒๐๗ และบังเกิดผลต่อไปตามมาตรา ๒๒๑ ทำให้เจ้าหนี้เรียกเอาดอกเบี้ยหนี้เงินในระหว่างที่ตนผิดนัดไม่ได้ แต่ไม่ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิด กรณีที่เจ้าหนี้บอกปัดไม่รับชำระหนี้นั้นตามมาตรา ๓๓๑ ลูกหนี้จะเป็นอันหลุดพ้นจากหนี้และความรับผิดต่อเมื่อได้ทำการวางทรัพย์ ทั้งนี้ก็เพราะว่าหนี้ผูกพันลูกหนี้โดยตรงให้มีหน้าที่ใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ แต่สำหรับผู้ค้ำประกันนั้นผิดกัน เพราะตามมาตรา ๖๘๐ เขาเป็นแต่บุคคลภายนอกที่เข้ามาค้ำหนี้ เพราะฉะนั้น เมื่อผู้ค้ำประกันขอชำระหนี้และเจ้าหนี้ไม่รับ ผู้ค้ำประกันจึงเป็นอันได้หลุดพ้นจากความรับผิดไปเลย โดยไม่ต้องทำการวางทรัพย์เหมือนลูกหนี้

๔. การที่หนี้มีกำหนดเวลาชำระ ตามมาตรา ๑๕๔ ผู้ที่เป็นตัวลูกหนี้ชอบที่จะขอชำระหนี้ก่อนกำหนดได้ แต่สำหรับผู้ค้ำประกันที่ประสงค์จะปลดเปลื้องความรับผิด มาตรา ๗๐๑ ให้ไปขอใช้หนี้ได้ต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนด ถ้าผู้ค้ำประกันขอชำระหนี้ก่อนถึงกำหนด

ผลจะเป็นอย่างไร ว่ากันตามมาตรา ๗๐๑ ผลไม่เป็นการปลดผู้ค้ำประกันจากความรับผิดแน่ แต่ผู้ค้ำประกันอาจขอใช้หนี้ก่อนกำหนดเพื่อได้รับผลอย่างอื่นได้ เพราะถ้ากรณีเป็นเรื่องที่ลูกหนี้อาจใช้หนี้ได้ก่อนกำหนด การที่ผู้ค้ำประกันขอใช้ให้และเจ้าหนี้ไม่รับนั้น จะทำให้เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดเรียกเอาดอกเบี้ยไม่ได้ (มาตรา ๒๐๗, ๒๒๑, ๓๑๔)

ลักษณะ ๒

จำนอง

ตัวบทในลักษณะจำนองมีบัญญัติไว้ ๖ หมวด หมวด ๑ เป็นบทเบ็ดเสร็จทั่วไป มีมาตรา ๗๐๒ เป็นบทกำหนดสิทธิของผู้รับจำนองที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ ทั้งนี้แม้การจำนองจะทำเพียงแต่เอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกัน ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้เหมือนจำนำ และสิทธิของผู้จำนองนี้ยังใช้บังคับได้ แม้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินที่จำนองจะได้โอนตกทอดไปถึงใครอย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะจำนองกันได้ มาตรา ๗๐๓ ให้จำนองกันได้ตลอดจนสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนกรรมสิทธิ์ มาตรา ๗๐๔ ถึงมาตรา ๗๑๔ กำหนดสาระสำคัญบางประการเกี่ยวกับสัญญาจำนอง เช่นการที่จะต้องระบุตัวทรัพย์สินที่จำนองกับจำนวนเงินที่ประกันด้วยจำนอง การจำกัดความรับผิดของผู้จำนอง ตลอดจนสิทธิบางประการของผู้จำนอง โดยที่จำนองจำนำเป็นการที่เจ้าหนี้เรียกเอาประกันพิเศษนอกเหนือจากหลักประกันทั่วไปตามมาตรา ๒๑๔ อันเป็นการเสียเปรียบแก่ลูกหนี้ จึงมีมาตรา ๗๑๑, ๗๑๒ และ ๗๑๓ บัญญัติไว้เพื่อมิให้เจ้าหนี้เอาเปรียบมากเกินสมควรไป มาตรา ๗๐๕ บัญญัติไว้ด้วยว่า ผู้เป็นเจ้าของเท่านั้นที่จะจำนองได้ และตามมาตรา ๗๐๖ บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินภายในบังคับเงื่อนไขอย่างไร จะทำการจำนองได้ก็แต่ภายในบังคับเงื่อนไขนั้น ตามมาตรา ๗๐๕ การเอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันหนี้ของคนอื่นก็ให้ทำได้ โดยที่ทรัพย์สินซึ่งจะจำนองกันได้เป็นทรัพย์สินมีทะเบียน และการ

จำนองย่อมทำกันได้เพียงเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันไม่ต้องส่งมอบเหมือนจำนำ มาตรา ๗๑๔ จึงบังคับว่าสัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

บัญหามีได้ เช่น ก. จำนองที่ดินเป็นประกันเงินกู้ ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ถ้าไม่มีข้อตกลงกำหนดไว้ เวลาบังคับจำนอง ข. จะบังคับจำนองเพื่อเอาชำระดอกเบี้ยและอุปกรณ์อย่างอื่นได้หรือไม่ เช่นเดียวกัน ถ้า ก. จำนองแต่ที่ดิน จำนองจะครอบไปถึงโรงเรือนซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินนั้นก่อนหรือหลังการจำนองได้หรือไม่อย่างไร ถ้าทรัพย์ที่จำนองมีหลายสิ่งหรือหลายส่วน หรือเป็นทรัพย์ที่มีดอกผล เช่นจำนองสวนทุเรียน ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์หลายสิ่งหลายส่วน หรือดอกผลนั้นได้หรือไม่ เรื่องเหล่านี้มีบัญญัติบังคับไว้ตั้งแต่มาตรา ๗๑๕ ถึง ๗๒๑ ในหมวด ๒

หมวด ๓ ตั้งแต่มาตรา ๗๒๒ ถึงมาตรา ๗๒๔ มีตัวบทว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนองและผู้จำนอง ทางฝ่ายผู้จำนองนั้น มีหน้าที่กำหนดไว้ที่จะต้องไม่จดทะเบียนทรัพยสิทธิอย่างอื่นให้เป็นที่เสียหายหรือเสื่อมสิทธิแก่ผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนอง และจะต้องไม่ทำให้ทรัพย์จำนองสูญหายหรือบุบสลาย ถ้าจำนองทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ของบุคคลอื่น กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าของที่จะกระทำการชำระหนี้เพื่อมิให้ทรัพย์สินของตนถูกบังคับจำนอง และรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ได้ ถ้ามีบุคคลหลายคนจำนองทรัพย์สินประกันหนี้รายเดียวกัน สิทธิของบุคคลเหล่านั้นจะมีอย่างไร ข้อนี้มีตัวบทบัญญัติไว้ด้วย การจำนองทรัพย์สินเป็นประกันหนี้บุคคลอื่น แม้จะไม่ใช่ค้ำประกันก็มีลักษณะเป็นทำนองเดียวกัน คือเป็นผู้ที่เนื้อไม่ได้กิน หนังไม่ได้รองนั่ง มาตรา ๗๒๗ จึงให้อนุโลมเอาบทบัญญัติบางมาตราในลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับ

หมวด ๔ ตั้งแต่มาตรา ๗๒๘ ถึงมาตรา ๗๓๕ บัญญัติถึงการบังคับจำนอง ซึ่งมีข้อสำคัญแตกต่างกับจำนำในข้อที่ว่าจะต้องฟ้องคดีต่อศาล สำหรับจำนำไม่ต้องทำดังนั้น การบังคับจำนองมี ๒ วิธี คือ ด้วยวิธีเอาทรัพย์ออกขายทอดตลาดเพื่อเอาเงินใช้หนี้ผู้รับจำนอง กับการเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนอง สำหรับวิธีที่ ๒ มีเงื่อนไข

บัญญัติไว้เข้มงวดในมาตรา ๗๒๙ เพื่อมิให้เจ้าหนี้เอารัดเอาเปรียบมากเกินสมควรไป และเพื่อรักษาหลักการของจำนองที่เป็นแต่เพียงประกันการชำระหนี้ มิใช่เป็นการที่เจ้าหนี้เอาเงินไปตกไว้ถูก ๆ แล้วจะเอาทรัพย์สินของเขามาเป็นสิทธิแพง ๆ โดยที่บุคคลอาจจำนองทรัพย์สินอันเดียวกันไว้แก่เจ้าหนี้หลายคน จึงต้องมีตัวบทบัญญัติไว้ด้วยเกี่ยวกับการใช้สิทธิของผู้รับจำนองก่อนหลังกัน และมิให้เป็นที่เสียเปรียบเสียหายซึ่งกันและกัน และเมื่อจำนองเป็นแต่ประกันการชำระหนี้ เมื่อใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองหมดแล้ว เงินที่เหลือจึงต้องตกเป็นของผู้จำนอง ในทางตรงข้าม ถ้าขายทรัพย์จำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ มาตรา ๗๓๓ ที่แก้ไขใหม่บัญญัติว่า ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในจำนวนเงินที่ยังขาด อีกประการหนึ่ง เพราะตามมาตรา ๗๐๒ อาจมีการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์จำนองกันไปได้ ทั้ง ๆ ที่มีจำนองติดตามไปด้วย เมื่อจะบังคับจำนอง จึงต้องมีการบอกกล่าวให้ผู้รับโอนทรัพย์สินติดจำนองทราบเพื่อให้โอกาสเขามาไถ่ มีมาตรา ๗๓๕ บัญญัติไว้เป็นพิเศษว่า ต้องให้คำบอกกล่าวล่วงหน้ามีกำหนด ๑ เดือน

การที่บุคคลเอาทรัพย์สินไปจำนองเป็นประกันหนี้เขานั้น กรณีอาจเป็นได้ว่า ทรัพย์สินเช่นที่ดินจำนองราคาขึ้น และผู้จำนองปรารถนาจะเอาไปโอนขายได้เงินมาใช้หนี้และยังเหลือเป็นกำไร แต่ทางฝ่ายเจ้าหนี้ไม่ต้องการให้ทำดังนั้น เพราะราคาทรัพย์สินยิ่งขึ้นไปเท่าใด เจ้าหนี้ก็ยิ่งมีประกันดีขึ้นไปเท่านั้น เมื่อเจ้าหนี้ไม่ยินยอมด้วย กฎหมายจึงไม่ให้สิทธิแก่ผู้จำนองที่จะไถ่ทรัพย์จำนองฝืนใจผู้รับจำนอง แต่ดังได้กล่าวแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองอาจโอนตกทอดไปยังบุคคลอื่นที่ไม่ได้เกี่ยวข้องเป็นหนี้เป็นสิน จะนำหลักการดังกล่าวมาบังคับกับเขาไม่ได้ ตัวบทในหมวด ๕ ตั้งแต่มาตรา ๗๓๖ ถึงมาตรา ๗๔๓ จึงกำหนดให้เป็นสิทธิของผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองที่จะไถ่ได้ ในทางตรงข้าม ถ้าผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินไปทำให้ทรัพย์สินเสื่อมราคาลง ก็ต้องกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์สินจะต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้

หมวด ๖ สุดท้ายตั้งแต่มาตรา ๗๔๔ ถึงมาตรา ๗๔๖ เกี่ยวกับความระงับสิ้นแห่งสัญญาจำนอง

หมวด ๑

บทเบ็ดเสร็จทั่วไป

มาตรา ๗๐๒

"อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มิพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท โดย ก. เองก็ดี หรือคนภายนอกเช่น ค. ผู้เป็นเจ้าของที่ดินก็ดี ไปจดทะเบียนจำนองที่ดินนั้นไว้เป็นประกันการชำระหนี้เงินกู้ ๕๐,๐๐๐ บาทของ ก. เมื่อ ก. ไม่ใช้หนี้ ข. ฟ้องศาลให้บังคับจำนองเอาที่ดินจำนองขายทอดตลาดใช้หนี้ได้ ในการจำนองดังว่ามานี้ ผู้เป็นเจ้าของที่จำนองไม่ต้องส่งมอบการครอบครองที่ดินให้แก่ ข. และในการบังคับจำนองดังกล่าวมา ถ้า ก. มีเจ้าหนี้อื่น ๆ ที่เป็นเจ้าหนี้สามัญ สมมติว่ามีอยู่ ๓ รายด้วยกัน คือ ง. จ. ฉ. แต่ละคนเป็นเจ้าหนี้ ก. อยู่คนละ ๑๐,๐๐๐ บาท ถ้าขายที่ดินที่ ก. จำนองได้เงินสุทธิ ๕๐,๐๐๐ บาท ข. เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากเงินจำนวนนั้นแต่ผู้เดียว ง. จ. ฉ. เจ้าหนี้สามัญ ไม่มีสิทธิเข้ามาขอเฉลี่ยรับชำระหนี้กับ ข. ที่สุด การที่ ก. ก็ดี หรือ ค. ก็ดี จำนองที่ดินไว้กับ ข. นั้น แม้ต่อมาเจ้าของจะได้โอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินไปยังผู้ใด ไม่ว่าโดยสัญญาหรือโดยผลแห่งกฎหมาย เช่นโดยการรับมรดกตกทอดก็ตาม ข. เจ้าหนี้ผู้รับจำนองก็ยังมีสิทธิบังคับจำนองเอาที่ดินนั้นไปขายทอด

ตลาดใช้หนี้ได้ดังกล่าวมา เจ้าของคนใหม่จะมาเถียงว่าตนไม่ใช่คู่สัญญา ไม่ยอมให้ ข. บังคับจำนอง ดังนี้ เถียงไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. ผู้ที่จะทำสัญญาจำนองประกันหนี้ จะเป็นตัวลูกหนี้เองหรือคนอื่นก็ได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๐๔ มาตรา ๗๐๒ จึงใช้คำกลาง ๆ ว่าผู้จำนองได้แก่บุคคลคนใดคนหนึ่ง ผลแตกต่างระหว่างการที่ลูกหนี้จำนองทรัพย์ของตนเองกับบุคคลภายนอกเอาทรัพย์มาจำนองประกันหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๗ นั้น คือ ในกรณีที่บุคคลภายนอกเอาทรัพย์มาจำนองประกันหนี้ ฐานะของบุคคลนั้นเทียบคล้าย ๆ กับผู้ค้ำประกัน มาตรา ๗๒๗ จึงให้นำมาตรา ๖๙๗, ๗๐๐, ๗๐๑ ในลักษณะค้ำประกันมาบังคับเป็นคุณ ซึ่งถ้าลูกหนี้จำนองทรัพย์สินของตนเองเป็นประกันหนี้ หาได้รับประโยชน์ดังนั้นไม่

๒. ดังกล่าวมา ตามมาตรา ๗๐๒ ผู้จำนองอาจเป็นตัวลูกหนี้จำนองทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ของตนเองก็ได้ ทั้งนี้ต่างกับค้ำประกัน ซึ่งตามมาตรา ๖๘๐ ผู้ค้ำประกันต้องเป็นบุคคลภายนอก ลูกหนี้จะค้ำประกันตนเองไม่ได้ ที่เป็นดังนี้เพราะจำนองเป็นประกันด้วยทรัพย์ เพราะฉะนั้นทรัพย์จำนองจะเป็นของลูกหนี้เองหรือของคนอื่นจึงไม่ใช่ข้อสำคัญ แต่ค้ำประกันเป็นประกันด้วยบุคคล อาศัยสินเชื่อของบุคคล จึงต้องมีบุคคลภายนอกอีกคนหนึ่งเป็นผู้ค้ำประกัน ลูกหนี้จะค้ำประกันตนเองไม่ได้ เพราะสินเชื่อของลูกหนี้มีอยู่เท่าใดตามมาตรา ๒๑๔ ก็ถูกผูกพันในการที่จะต้องรับผิดใช้หนี้เจ้าหนี้อยู่แล้ว เมื่อจะค้ำประกันสินเชื่อนั้น จึงต้องหาบุคคลภายนอกมีสินเชื่อต่างหากมาค้ำประกัน

๓. การจำนอง มาตรา ๗๐๒ กล่าวว่าเป็นการที่ผู้จำนองเพียงแต่เอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกัน โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง ความข้อนี้ต่างกับจำนำ ซึ่งตามมาตรา ๗๔๗ ประกอบกับมาตรา ๗๖๙ (๒) จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน จึงจะเป็นจำนำ เหตุใดจึงมีหลักเกณฑ์แตกต่างกันดังนี้ เหตุก็เพราะว่าทรัพย์ที่จะจำนองกันได้นั้น

จะต้องเป็นทรัพย์ที่มีทะเบียน คือได้แก่ที่ดินและสังหาริมทรัพย์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๗๐๓ และเมื่อมีทะเบียนแล้ว ก็อาศัยทะเบียนที่ตราทรัพย์สินเป็นประกันไว้นั่นเอง เป็นเครื่องเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบว่าทรัพย์สินถูกผูกพันด้วยจำนอง ซึ่งผู้ใดจะมาเกี่ยวข้องรับซื้อรับโอนไปด้วยประการใด ๆ ก็จะต้องรู้ถึงสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจากทะเบียน เมื่อต่อมาเจ้าหนี้ผู้รับจำนองบังคับตามสิทธิของเขา คนทั้งหลายเหล่านั้นจะไปโต้แย้งขัดสิทธิของเขาไม่ได้ เพราะรู้ถึงสิทธิของเขาอยู่แล้ว ทั้งนี้ต่างกับทรัพย์สินอย่างอื่น คือสังหาริมทรัพย์โดยทั่วไป ที่ไม่มีทะเบียนสำหรับจดแจ้งสิทธิ เมื่อจะนำไปใช้เป็นประกันหนี้ จึงต้องมีการส่งมอบให้เจ้าหนี้ได้ครอบครองไว้เป็นหลักฐานแสดงสิทธิของเจ้าหนี้ ซึ่งถ้าเจ้าหนี้ไม่ได้เวียกเอาทรัพย์ไปครอบครองไว้ และลูกหนี้หรือผู้เป็นเจ้าของเอาทรัพย์ไปโอนขายจำหน่ายให้ใคร ผู้รับซื้อรับโอนย่อมไม่มีทางรู้ถึงสิทธิของเจ้าหนี้ได้ การที่จะกลับให้เจ้าหนี้ติดตามไปใช้สิทธิเอาแก่ทรัพย์เหล่านั้น จึงไม่เป็นการชอบธรรม เหตุนี้กฎหมายจึงได้บัญญัติไว้เป็นหลักเสียเลยทีเดียวว่า การจำนำต้องมีการส่งมอบครอบครองสำหรับสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีทะเบียน โดยทั่วไปดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓๐๓ ต้องถือการครอบครองเป็นเครื่องหมายแสดงสิทธิหรืออำนาจ

๔. หลักที่ว่าจำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้น นอกจากจะเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้หรือผู้จำนองทรัพย์สินในข้อที่ว่า ถึงแม้ว่าทรัพย์สินจะได้เอาไปตราไว้เป็นประกันหนี้ เจ้าของก็ยังคงครอบครองทำประโยชน์ได้ต่อไปแล้ว ยังเป็นหลักที่จะช่วยวินิจฉัยข้อแตกต่างระหว่างสัญญาขายฝากกับสัญญาจำนองด้วย การขายฝากตามมาตรา ๔๘๑ เป็นสัญญาที่เจ้าของโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อโดยมีเงื่อนไขว่า เจ้าของผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์คืนได้ภายในกำหนด ต่างกับจำนอง ที่ผู้จำนองไม่ส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้รับจำนอง เรื่องเกิดเป็นปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติ ซึ่งบางทีลูกหนี้จำนองทรัพย์สินเป็นประกัน แต่เจ้าหนี้ขอให้ไปทำเป็นขายฝาก เพื่อไม่ต้องเสียภาษีเกี่ยวกับดอกเบี้ย ครั้นพ้นกำหนดเวลาไถ่ ลูกหนี้จะขอชำระหนี้ไถ่ทรัพย์คืน โดยอ้างหลักนิติกรรมอำพราง ตามมาตรา ๑๑๘ ว่านิติกรรมที่ทำกันจริง ๆ นั้นเป็นจำนอง ไม่ใช่ขายฝากดังที่จดทะเบียนไว้ ปัญหาเรื่องครอบครองย่อม

เป็นข้อที่จะช่วยให้วินิจฉัยได้ว่า ความเป็นจริงดังลูกหนี้เถียงหรือไม่ กล่าวคือ ถ้าได้มีการส่งมอบครอบครองแก่กัน ความจริงก็น่าจะเป็นการขายฝาก แต่ถ้าฝ่ายลูกหนี้เป็นฝ่ายครอบครองทรัพย์สิน ไม่ได้ส่งมอบ ความจริงก็น่าจะเป็นจำนองดังที่ลูกหนี้เถียง (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๗๔/๒๔๗๗, ๘๔๘/๒๔๗๕, ๑๖๔/๒๔๘๑, ๑๓๓/๒๔๕๐, ๑๓๗๓/๒๔๕๗, ๗๔๓/๒๔๕๕)

๕. อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ เจ้าหนี้บางคนต้องการประกันในรูปขายฝาก เพราะมีกำหนดเวลาไถ่ไว้แน่นอน ซึ่งถ้าลูกหนี้ไม่ไถ่ภายในเวลากำหนด ก็จะเป็นผลให้เจ้าหนี้รับเอาทรัพย์สินเป็นของตนได้เลย โดยไม่ต้องไปฟ้องร้องเป็นคดีเสียค่าใช้จ่าย ซึ่งถ้าทำเป็นจำนอง จะทำดังนั้นไม่ได้ กล่าวคือ ถ้าจะบังคับจำนอง ต้องฟ้องเป็นคดีดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๘ หรือถ้าจะฟ้องเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิ ก็เอาหลุดไม่ได้ง่าย ๆ เพราะเงื่อนไขต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๙ เสียก่อน แล้วจึงจะเอาหลุดได้ แต่เจ้าหนี้บางคนก็ยังพอใจเรียกประกันเป็นจำนอง เพราะไม่ต้องการได้เป็นเจ้าของที่ดินให้ต้องเสียภาษี เจ้าหนี้บางจำพวกเช่นธนาคาร จะเรียกหลักประกันในการเป็นเจ้าของที่ดินก็เรียกไม่ได้ เพราะต้องห้ามตามกฎหมายธนาคาร จึงเรียกประกันได้แต่ในทางรับจำนอง นอกจากนั้น เจ้าหนี้ที่เป็นคนต่างด้าวจะถือที่ดินในฐานะเป็นผู้รับซื้อฝากไม่ได้ จึงได้แต่จะรับจำนอง

๖. สิทธิของผู้รับจำนองนั้น ตามความในวรรค ๒ แห่งมาตรา ๗๐๒ บัญญัติไว้ชัดว่าเป็นแต่เพียงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๑๕/๒๔๗๖) ที่มาตรา ๗๑๙ วรรค ๒ พูดถึงจำนองเป็นเชิงว่าเป็นบุริมสิทธิจึงไม่ถูก เพราะบุริมสิทธิไม่ใช่สิทธิที่จะมาก่อนเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น ตามมาตรา ๒๕๑ บุริมสิทธิเป็นสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ ทั้งปวง และตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๗ ก็เห็นได้ด้วยว่าแม้บุริมสิทธิจะได้เกิดขึ้นจดทะเบียนกันภายหลังการจำนอง ก็ยังมาก่อนจำนองได้ จึงเป็นสิทธิสุดยอดสมชื่อ ไม่เหมือนกับจำนอง ที่เป็นแต่เพียงสิทธิมาก่อนเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น

๗. การโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่จำนองไม่เป็นผลกระทบกระเทือนถึงจำนอง ทั้งนี้แสดงว่าจำนองเป็นทรัพยสิทธิอย่างหนึ่ง ในลักษณะที่ยกขึ้นอ้างใช้ยันได้แก่คนทั้งหลายทั่วไป (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๐/๒๔๘๘, ๑๕๕, ๑๕๖/๒๔๘๘, ๑๕๓๖/๒๕๐๐ แต่ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๘๘/๒๔๓๙)

๘. ตามมาตรา ๗๐๒ จำนองเป็นการเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ เดิมเมื่อก่อนมีการแก้ไขมาตรา ๗๓๓ ความในมาตรานี้รับกับหลักการในมาตรา ๗๐๒ กล่าวคือ เมื่อเอาทรัพย์ที่จำนองขายทอดตลาดได้เงินไม่พอชำระหนี้ มาตรา ๗๓๓ เดิมบัญญัติว่าลูกหนี้ยังต้องใช้อีกจนครบ แต่ในปี พ.ศ. ๒๔๗๘ ได้มีการแก้ไขให้เป็นว่า เมื่อขายทรัพย์จำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้ เ ินยังคงขาดจำนวนอยู่เท่าใดก็ตาม ลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้ไม่ต้องรับผิดใช้เงินอีก เมื่อเช่นนี้ จำนองจึงไม่มีลักษณะเป็นประกันแห่งหนี้เสียแล้ว เพราะมาตรา ๗๓๓ มาบัญญัติแก้ไขให้เป็นอะไรก็ไม่ทราบ ผิดไปจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๐๒ กฎหมายนี้ ถ้าจะพูดกันตรง ๆ ไม่อ้อมค้อม ความจริงเป็นกฎหมายหาเสียงของผู้แทนราษฎรในสมัยนั้น การแก้ไขทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องจำนองวิปริตแปรปรวนไปเป็นอันมาก และแม้จะได้แก้กฎหมายกันไปดังนั้นแล้ว และทั้ง ๆ ที่มีมาตรา ๗๑๑ บัญญัติไว้ ทางด้านตุลาการก็ไม่ยอมตามไปด้วย โดยมีการชี้ขาดตัดสินว่า ถ้าได้มีการตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดตามจำนวนเงินที่ยังขาด สัญญานั้นใช้บังคับได้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๑๓/๒๔๘๐, ๑๖๘๓/๒๔๖๖, ๔๗๔/๒๕๐๒) ผู้รับจำนองที่รอบคอบจึงใช้วิธีแก้กฎหมายด้วยสัญญา ยังผลให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อจำนวนเงินที่ขาดเหมือนอย่างเดิม ข้อนี้จะได้ยกขึ้นว่ากันต่อไปเมื่อถึงมาตรา ๗๓๓

๙. ในทางปฏิบัติของชาวบ้านทุกวันนี้ แทนที่จะไปจดทะเบียนการจำนองที่หอทะเบียนที่ดิน ฝ่ายลูกหนี้มักจะนำโฉนดมามอบให้เจ้าหนี้ยึดถือไว้ โดยตกลงและเข้าใจกันว่าเพื่อเป็นประกัน ว่ากันทางกฎหมาย การมอบโฉนดแก่กันเช่นนี้ ไม่มีผลทำให้ที่ดิน

เป็นประกันการชำระหนี้เลย เพราะถ้าจะให้เป็นประกันการชำระหนี้ ตามมาตรา ๗๐๒ และมาตรา ๗๑๔ ต้องไปทำเป็นจำนองจดทะเบียนไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงจะเป็นผลให้เจ้าหนี้เอาไปขายทอดตลาดใช้หนี้ได้ เพียงแต่เอาโฉนดไปมอบไว้แก่กันจึงไม่มีผลแต่อย่างใดในทางนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๐๖/๒๔๗๒, ๑๖๑๒/๒๕๑๒) แม้จนกระทั่งลูกหนี้มอบโฉนดและใบมอบฉันทะซึ่งลูกหนี้ลงชื่อไว้ให้เจ้าหนี้ เพื่อจดทะเบียนจำนอง ตราบใดที่ยังไม่จดทะเบียน สัญญาจำนองก็ยังเป็นโมฆะ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๔๖/๒๕๑๒) อย่างมากเป็นแต่สัญญายอมให้เจ้าหนี้ยึดกระดาษโฉนดไว้ได้ ไม่สะดวกแก่การที่ฝ่ายลูกหนี้จะเอาไปโอนขายจำหน่ายทางทะเบียน แต่ข้อนี้ลูกหนี้ก็เลี่ยงได้ โดยวิธีไปแจ้งต่อหอทะเบียนว่าโฉนดหาย แล้วขอใบแทนเอามาทำการโอนขายจำหน่ายได้ เจ้าหนี้จะติดตามไปเรียกร้องอ้างสิทธิอะไรต่อผู้รับซื้อรับโอนย่อมอ้างไม่ได้ เพราะไม่ได้ทำกันไว้เป็นรูปการจำนองที่จดทะเบียน ทางปฏิบัติที่กล่าวมานี้มิได้จำกัดแต่เฉพาะในหมู่ชาวบ้านที่ไม่รู้อะไร แม้แต่ในวงการธนาคารที่รู้อะไรดี ก็ยังทำเช่นเดียวกัน แต่มีต้นเหตุไปคนละทาง โดยเฉพาะคือ เมื่อผู้ที่เป็นลูกค้าของธนาคารเบิกเงินเกินบัญชี หรือเป็นหนี้ธนาคารด้วยประการใด ๆ ตามประเพณีที่ปฏิบัติอยู่เป็นประจำในเวลานี้ลูกค้านำโฉนดที่ดินไปให้ไว้แก่ธนาคาร แล้วเซ็นใบมอบฉันทะว่างให้ไว้โดยตกลงกันว่า เมื่อใดธนาคารประสงค์จะไปจดทะเบียนการจำนองประกันหนี้ของลูกค้าก็ให้ธนาคารนำใบมอบฉันทะนั้นไปใช้จดทะเบียนการจำนองได้ ความประสงค์ของทั้งสองฝ่ายอยู่ที่ว่า เมื่อหนี้สินที่มีอยู่ต่อกันยังไม่หนักหนาอะไร โดยมากยาททางธนาคารจะยังไม่ไปจดทะเบียนการจำนอง อันจะเป็นการเปิดเผยหนี้สินของลูกค้าให้ลูกค้าเสียเครดิต ที่ทำกันดังนี้ ก็ด้วยความประสงค์ดีต่อกันทั้งสองฝ่าย แต่ไป ๆ ต้นดีปลายร้าย โดยเมื่อธนาคารนำใบมอบฉันทะไปจดทะเบียนจำนองเข้าจริง ๆ ลูกค้าเกเรบางคนถึงกับฟ้องร้องธนาคารเป็นคดีว่าไม่ได้มอบอำนาจให้ไปทำเช่นนั้น และบางคนอาจเล่นลูกไม้ ไปขอใบแทนมาโอนขายจำหน่ายเสียก่อนที่ธนาคารจะจดทะเบียนการจำนองก็ได้

มาตรา ๗๐๓

"อันอสังหาริมทรัพย์นั้น อาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใด ๆ

สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจำนองได้ดุจกัน หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

(๑) เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

(๒) แพ

(๓) สัตว์พาหนะ

(๔) สังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ"

หลักและข้อสังเกต

๑. อสังหาริมทรัพย์มีประเภทต่าง ๆ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐๐ โดยผลที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๐๓ วรรค ๑ เจ้าของทรัพย์สินจึงอาจจำนองที่ดินโดยยกเว้นโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินนั้น หรือกลับกันตรงกันข้าม จะจำนองแต่โรงเรือนซึ่งปลูกอยู่ในที่ดิน โดยไม่จำนองที่ดินก็ทำได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๔๑/๒๔๗๒) ตัวสิทธิรับจำนองเองก็เป็นอสังหาริมทรัพย์ ถ้ายกสิทธินั้นให้กัน ต้องทำเป็นหนังสือจดทะเบียน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๒๑, ๓๒๒/๒๕๐๔) ตามมาตรา ๑๐๐ สิทธิอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่ดิน เช่นสิทธิเก็บกินก็เป็นอสงหาริมทรัพย์ด้วย และตามมาตรา ๑๔๒๒ ถ้าไม่มีสัญญาห้ามไว้ สิทธิเก็บกินอาจโอนกันได้ จึงอาจจำนองกันได้ แต่การจำนองอยู่ภายในบังคับมาตรา ๑๔๑๘, ๑๔๒๐ ที่สิทธิเก็บกินต้องสิ้นสุดลง กรรมสิทธิ์กลับคืนเป็นของเจ้าของปลอดจากสิทธิเก็บกินตลอดถึงการจำนองที่ได้ทำกันไว้

๒. คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๑๐/๒๔๘๘, ๕๐๓/๒๕๐๔, ๓๕๕/๒๕๐๕ วินิจฉัยว่า เครื่องจักรอุตสาหกรรม เช่น เครื่องจักรโรงสี เครื่องจักรทำน้ำโซดาติดตั้งบนที่ดินไม่ใช่ส่วนควบของที่ดินตามมาตรา ๑๐๗ จึงไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์ที่จะจำนองกันได้ แต่อะไรเป็นอสังหาริมทรัพย์น่าจะต้องวินิจฉัยกันตามมาตรา ๑๐๐ ไม่ใช่ตามมาตรา ๑๐๗ และไม่ได้หมายความว่าสิ่งใดไม่ใช่ส่วนควบของที่ดิน สิ่งนั้นไม่เป็นอสังหาริมทรัพย์ เช่นผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินตามมาตรา ๑๔๑๐ ใช้สิทธิปลูกสร้างเรือนไม้ลงในที่ดิน เรือนไม้นั้นไม่เป็นส่วนควบ เพราะต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา ๑๐๕ แต่ก็เป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา ๑๐๐ อาศัยเหตุที่เป็นทรัพย์ติดที่ เครื่องจักรอุตสาหกรรมสมัยนี้ บางอย่างหนักติดตรึงกับที่ดินยิ่งกว่าเรือนไม้หลายเท่า

๓. การจำนองสังหาริมทรัพย์ตามความในวรรค ๒ ได้ประโยชน์แก่ฝ่ายผู้จำนองเป็นอันมาก เพราะถ้าจำนองกันไม่ได้ เมื่อใดจะต้องเอาไปทำเป็นประกัน เจ้าของก็ได้แต่จะนำไปส่งมอบไว้แก่เจ้าหนี้เป็นจำนำ เป็นอันไม่ได้ใช้ทรัพย์ทำประโยชน์ แต่เมื่อจำนองกันได้ โดยผลที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าของจึงยังชอบที่จะใช้ประโยชน์ในทรัพย์ต่อไป เช่นเจ้าของกระบือเป็นหนี้เขา ถ้าจะต้องเอากระบือไปจำนำ ก็จะไม่มีอะไรใช้ไถนา แต่เมื่อจำนองกันได้ คือ เพียงแต่เอาทรัพย์สินไปตราไว้ในทะเบียนเป็นประกันเงินกู้ก็จะได้มาแล้วยังจะมีควายไถนาด้วย

๔. แพ ตาม (๒) หมายถึงเรือนแพ ไม่ใช่แพซุงหรือแพไม้กระบอกซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ไม่มีทะเบียน สังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายให้จดทะเบียนเฉพาะการตาม (๔) ดูเหมือนจะมีแต่เครื่องบินที่จดทะเบียนได้ตามกฎหมายเดินอากาศ (ดูพระราชบัญญัติเดินอากาศแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๔๕๗ และกฎกระทรวง) คำว่า "เฉพาะกาล" ที่หนังสือกฎหมายบางฉบับใช้ใน (๔) นั้นไม่ถูก เพราะคำนี้หมายถึงจดทะเบียนชั่วคราว แต่กฎหมายเช่นนี้ไม่มี ในคำแปลภาษาอังกฤษแปลได้ว่า สังหาริมทรัพย์อย่างอื่นซึ่งกฎหมายหากจะได้บัญญัติให้มีทะเบียนไว้เพื่อทำจำนองกันได้ ทั้งนี้ จึงไม่หมายความไปถึงทรัพย์มีทะเบียนเช่น รถยนต์และปืน เหล่านี้มีทะเบียนไว้เพื่อให้ตำรวจควบคุมติดตามได้ ไม่ใช่ทะเบียนกรรมสิทธิ์ หรือทะเบียนสำหรับจำนองกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๐๔, ๓๐๕/๒๔๕๔)

๕. เพราะทรัพย์มีทะเบียน เช่น กระบือ จำนองก็ได้ จำนำก็ได้ ถ้าไปตราลงทะเบียนจำนองไว้กับคนหนึ่ง และเอาไปส่งมอบจำนำไว้กับอีกคนหนึ่ง สิทธิของผู้รับจำนอง ผู้รับจำนำเกิดขัดแย้งกันขึ้น ใครจะมีสิทธิดีกว่าใคร อาจมีข้อโต้เถียงได้ว่า เมื่อกระบืออยู่ในครอบครองของผู้รับจำนำ ผู้รับจำนำควรมีสิทธิดีกว่า ข้อนี้ มีมาตรา ๑๓๐๓ บัญญัติไว้จริงว่า ถ้าบุคคลต่างคนเกิดพิพาทอ้างสิทธิในสังหาริมทรัพย์อันเดียวกัน ในครอบครองคนนั้นมีสิทธิดีกว่า แต่หลักการข้อนี้ ในมาตรา ๑๓๐๓ วรรค ๒ ยกเว้นไม่ให้นำมาใช้บังคับกับสังหาริมทรัพย์มีทะเบียนตามมาตรา ๑๓๐๒ เช่น กระบือ ผู้รับจำนำจึงไม่อาจยกเอาการครอบครองของตนมาอ้างสิทธิดีกว่าผู้รับจำนอง แต่ในเวลาเดียวกันก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เจ้าหนี้จดทะเบียนรับจำนองกระบือมีสิทธิดีกว่าผู้ที่ครอบครองรับจำนำกระบือตัวเดียวกันไว้ ตามมาตรา ๗๐๒ ผู้รับจำนองมีแต่สิทธิได้รับใช้หนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ แต่เจ้าหนี้ผู้รับจำนำเป็นเจ้าหนี้มีประกันพิเศษ ไม่ใช่เจ้าหนี้สามัญ สิทธิของทั้งสองฝ่ายผู้รับจำนองผู้รับจำนำจึงดีเท่า ๆ กัน ตามหลักกฎหมายทั่วไป ใครได้ไว้ก่อน คนนั้นจึงน่าจะมีสิทธิดีกว่า คือต่อเมื่อเจ้าหนี้รับจำนองได้จดทะเบียนรับจำนองไว้ก่อน จึงจะมีสิทธิดีกว่าผู้รับจำนำ ถ้าไปรับจำนองไว้ภายหลังที่มีคนเขารับจำนำไว้ ว่ากันตามหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าว ซึ่งใช้ได้โดยอาศัยมาตรา ๔ ผู้รับจำนองไม่น่าจะมีสิทธิดีกว่าผู้รับจำนำ แต่มีข้อสังเกตว่ามาตรา ๑๓๐๒ กินไปไม่ถึงทรัพย์มีทะเบียนตามมาตรา ๗๐๓ (๔)

มาตรา ๗๐๔

"สัญญาจำนองต้องระบุทรัพย์สินซึ่งจำนอง"

หลักและข้อสังเกต

คนธรรมดาอ่านมาตรานี้แล้ว เข้าใจไม่ได้เลยว่าเขียนไว้ทำไม เพราะใครทำจำนองก็ต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง มิฉะนั้นจะจำนองกันได้อย่างไร และใครจะไปขอจดทะเบียนจำนองเฉย ๆ โดยไม่บอกเจ้าหน้าที่ทะเบียนว่าจำนองอะไร เจ้าหน้าที่คนไหนยอมจดทะเบียนให้ก็น่ากลัวว่าจะต้องถูกไล่ออกฐานหย่อนความสามารถ ถึงแม้จะขอจดทะเบียนเช่นว่าอสังหา-

ริมทรัพย์ทั้งหมดของลูกหนี้ ขอจดทะเบียนจำนองไว้แก่เจ้าหนี้ การจดทะเบียนเช่นนี้ก็สงสัยว่าจะใช้ไม่ได้ เพราะไม่มีการระบุทรัพย์สินซึ่งจำนองตามบทบังคับในมาตรา ๗๐๔ แต่ที่มาตรา ๗๐๔ บัญญัติไว้ ว่ากันตามทฤษฎีแห่งกฎหมายมีเหตุผลอยู่เหมือนกัน เพราะตามมาตรา ๒๑๔ นั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้แล้วว่าทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เป็นประกันการชำระหนี้ ในความหมายที่ว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ชอบที่จะยึดเอามาขายชำระหนี้ได้เหมือนดังที่เจ้าหนี้จะทำได้กับทรัพย์จำนอง เพราะฉะนั้น เมื่อจะแยกเอาทรัพย์สินมาจำนองกันเป็นประกันพิเศษ จึงต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง นอกจากนั้น ก็จำเป็นที่จะต้องทำดังนี้เพื่อยกฐานะเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเหนือเจ้าหนี้สามัญ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๐๒ และทำให้เจ้าหนี้สามัญรู้ได้ด้วยว่า ทรัพย์อะไรที่เขาจำนองกันไว้ ซึ่งทำให้ผู้รับจำนองมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้สามัญ

มาตรา ๗๐๕

"การจำนองทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้ว ท่านว่าใครอื่นจะจำนองหาได้ไม่"

หลักและข้อสังเกต

ด้วยการบังคับจำนองดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๘ หรือด้วยการเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๙ ผลของการบังคับตามสิทธิในเรื่องรับจำนองจะทำให้กรรมสิทธิ์หลุดมือไปจากเจ้าของ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงบัญญัติไว้ว่า ใครอื่นนอกจากเจ้าของจะทำจำนองไม่ได้ เพราะเจ้าของเท่านั้นที่มีอำนาจจำหน่ายและทำให้กรรมสิทธิ์หลุดมือได้ตามมาตรา ๑๓๓๖ คนอื่นไม่มีสิทธิเช่นนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๓๕/๒๔๗๒, ๖๕๕/๒๔๗๓, ๕๓๖/๒๔๗๔, ๕๐๒/๒๔๗๕, ๗๓๕/๒๔๗๕, ๑๐๗๖/๒๔๗๕, ๑๐๗๕/๒๔๗๕, ๑๐๔๖/๒๔๘๐, ๒๐๔๕/๒๔๕๒, ๑๓๑๕/๒๔๕๓, ๕๐๓/๒๕๐๔) เช่น ก. เป็นเจ้าของที่ดิน ข. เป็นผู้ทรงสิทธิเก็บกินในที่ดินนั้น สิทธิเก็บกินตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๑๗ ประกอบ

ด้วยมาตรา ๑๔๒๐ เป็นแต่เพียงสิทธิที่จะได้แสวงประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ และเมื่อสิทธิเก็บกินสิ้นสุดลง จะต้องส่งทรัพย์สินคืนแก่เจ้าของ เพราะฉะนั้น ผู้ทรงสิทธิเก็บกินจะเอาที่ดินของเขาไปจำนองไม่ได้ เพราะถ้าไปจำนองเข้า อาจทำให้ทรัพย์สินหลุดมือไปไม่มีอะไรจะส่งคืนให้แก่เจ้าของ ถ้าจะจำนองได้ ก็จำนองได้เฉพาะสิทธิเก็บกินดังได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับคำว่าอสังหาริมทรัพย์ในมาตรา ๗๐๓ แต่สิทธิบางอย่าง เช่น สิทธิเหนือพื้นดินตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๑๐ เป็นผลให้บุคคลคนหนึ่งได้เข้ามาเป็นเจ้าของโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของบุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งตามมาตรา ๑๔๑๖ เจ้าของชอบที่จะรื้อถอนเอาไปได้เมื่อสิ้นสิทธิ ในกรณีเช่นนี้ ผู้ปลูกสร้างจึงเป็นเจ้าของโรงเรือน ถ้าจะจำนองเฉพาะโรงเรือนของตนไม่เอาที่ดินของเขาไปจำนองด้วย ก็ชอบที่จะทำได้ ถ้าที่ดินอยู่ในชื่อคนหนึ่งทางทะเบียน อีกคนหนึ่งครอบครองได้เป็นเจ้าของโดยปรปักษ์ตามมาตรา ๑๓๘๒ เมื่อคนแรกจดทะเบียนจำนอง มีผู้รับจำนองไว้โดยสุจริต ตามมาตรา ๑๒๙๙ วรรค ๒ เจ้าของโดยปรปักษ์จะอ้างสิทธิขอให้เพิกถอนการจำนองไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๙๕-๓๖๒/๒๔๙๕) ถ้าทรัพย์สินมีเจ้าของหลายคนทรงกรรมสิทธิ์ร่วมกัน มาตรา ๑๓๖๑ บัญญัติว่าเจ้าของแต่ละคน จะจำนองแต่ส่วนของตน ย่อมทำได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๗/๒๔๙๓) แต่ตัวทรัพย์สินทั้งหมดจะเอาไปจำนองไม่ได้ นอกจากเจ้าของทุกคนจะยินยอม (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๗/๒๔๙๓, ๗๖๑/๒๕๐๓) มีคนปลอมตัวเป็นเจ้าของที่ดินไปทำสัญญาจำนองต่อเจ้าพนักงานที่ดิน มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่าสัญญาจำนองไม่ผูกพันเจ้าของ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๐๔๕/๒๔๙๒)

มาตรา ๗๐๖

"บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ภายในบังคับเงื่อนไขเช่นใด จะจำนองทรัพย์สินนั้นได้แต่ภายในบังคับเงื่อนไขเช่นนั้น"

ตัวอย่าง

ก. ขายฝากที่ดินไว้กับ ข. มีกำหนดไถ่ภายใน ๑๐ ปี ข. จะจำนองที่ดินนั้นก็ทำได้ เพราะเป็นเจ้าของมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น แต่การจำนองต้องอยู่ในบังคับเงื่อนไขที่ ก. เจ้าของเดิมจะนำเงินตามจำนวนที่ขายฝากมาไถ่ได้ภายใน ๑๐ ปี

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามตัวอย่างข้างต้น อาจมีข้อสงสัยว่า ถ้าเช่นนั้นจะมีใครรับจำนองไว้ทำไม คำตอบก็มีว่า การที่จะรับจำนองภายในบังคับเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น จะกล่าวว่าเป็นผลดีแก่ผู้รับจำนองเหมือนรับจำนองโดยไม่มีเงื่อนไขนั้น กล่าวไม่ได้ แต่ผลในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่ผู้รับจำนองยังมีได้เหมือนกัน โดยเฉพาะเมื่อลูกหนี้ไม่มีหลักประกันอย่างอื่นที่จะให้ ในกรณีเช่นนี้ การที่เจ้าหนี้จะได้ประกันเป็นการจำนองมีเงื่อนไข ยังดีกว่าจะไม่ได้ประกันอะไรเสียเลย ผลบังคับจะเป็นอย่างไร ก็ตอบได้ว่า ถ้ามีการบังคับจำนองในระหว่างระยะการไถ่ของ ก. ผู้ที่ซื้อที่ดินไปด้วยการขายทอดตลาด จะต้องซื้อไปตามเงื่อนไขที่ ก. อาจไถ่ได้ คนซื้อนั้นอาจมี เหมือนกับที่ ข. เองได้รับซื้อฝากไว้แต่เบื้องต้น แต่ราคาที่เขาจะให้ คงไม่มากนัก เพราะเป็นกรรมสิทธิ์มีเงื่อนไข แต่ถึงกระนั้น ได้เงินมามากน้อยเท่าใด ผู้รับจำนองก็ยังเอาไปชำระหนี้ได้ ซึ่งถ้าราคาที่ดินท่วมราคาหนี้มาก เช่นที่ดินราคาตั้งล้านบาท หนี้ที่จำนองกันไว้เป็นประกันมีจำนวนเพียงหนึ่งหมื่นบาท จะขายกันโดยเงื่อนไขอย่างไร ๆ ก็ยังจะต้องได้เงินมาเกินหนึ่งหมื่นบาทเป็นแน่ พอที่ผู้รับจำนองจะเอาไปชำระหนี้ได้ ในทางตรงกันข้าม ถ้าเจ้าของเดิม คือ ก. มาไถ่ภายในกำหนด ผลจะเป็นอย่างไร ในกรณีเช่นนี้ เจ้าของเดิมผู้ไถ่ที่ดิน จะต้องได้กรรมสิทธิ์คืนไปโดยปลอดจากการจำนอง (มาตรา ๕๐๒) และก็ไม่มีทางที่ผู้รับจำนองจะไปเรียกร้องเอาอะไรจากใครได้ เพราะตนเสี่ยงเข้าไปรับจำนองกรรมสิทธิ์ที่ดินอันมีเงื่อนไข ถ้าไม่อยากเสี่ยงหลักประกันโดย

ทำนองดังว่ามานี้ ก็ไม่ควรรับจำนองมาเสียแต่ต้น หรือถ้าจะรับจำนองก็ควรจะรับจำนองกรรมสิทธิ์ที่ดินชนิดไม่มีเงื่อนไข

๒. เรื่องตามมาตรา ๗๐๖ นี้ ต้องเป็นเรื่องจำนองกรรมสิทธิ์มีเงื่อนไข ดังตัวอย่างข้างต้น ถ้าเป็นเรื่องสิทธิเป็นทำนองเงื่อนไขในกรรมสิทธิ์ บุคคลนั้นไม่มีอำนาจทำจำนองได้ เพราะต้องห้ามตามมาตรา ๗๐๕ เช่น ก. เป็นเจ้าของมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ข. เป็นผู้ทรงสิทธิเก็บกินในที่นั้น ข. ไม่มีอำนาจเอาที่ดินไปจำนอง เพราะไม่ใช่เจ้าของมีกรรมสิทธิ์ แต่ฝ่าย ก. เล่า จะทำจำนองได้หรือไม่ เพราะ ก. เป็นเจ้าของ ก. ย่อมจำนองได้ แต่นั่นแหละ เพราะกรรมสิทธิ์ของ ก. ถูกผูกพันด้วยสิทธิเก็บกินของ ข. เจ้าหนี้ที่รู้อะไรดีคงไม่มีผู้ใดรับจำนองไว้เป็นประกัน เพราะถ้าเอาไปขายทอดตลาดใช้หนี้จะไม่มีใครอยากซื้อ หรือถึงจะซื้อ ก็คงให้ราคาต่ำ ทั้งนี้เพราะมีสิทธิเก็บกินของ ข. ครอบงำอยู่

๓. ที่กล่าวมาพิจารณากันเฉพาะแต่กรรมสิทธิ์มีเงื่อนไขในเรื่องขายฝาก แต่มาตรา ๗๐๖ ก็เขียนไว้กว้างพอที่จะบังคับได้ในเรื่องอื่น เช่น ก. จดทะเบียนสิทธิเก็บกิน ภาระจำยอม หรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นผูกพันที่ดินของตนไว้ก่อน ถ้าต่อมา ก. จำนองที่ดินนั้นไว้กับ ข. ทรัพยสิทธิเหล่านั้นยังผูกพันที่ดิน ก. ข. จะบังคับจำนองได้แต่ภายใต้บังคับของทรัพยสิทธิเหล่านั้น จะบังคับจำนองโดยวิธีปลดเปลื้องให้ทรัพยสิทธิเหล่านั้นสูญสิ้นไปไม่ได้ ข้อนี้เห็นได้จากมาตรา ๗๒๒ ซึ่งผู้รับจำนองจะขอให้ลบทะเบียนทรัพยสิทธิได้ก็แต่ที่จดทะเบียนภายหลังจำนอง ตามตัวอย่างที่กล่าวมา ได้ชื่อว่า ก. มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินภายในบังคับเงื่อนไขตามความหมายในมาตรา ๗๐๖ ด้วยเหมือนกัน

มาตรา ๗๐๗

"บทบัญญัติมาตรา ๖๘๑ ว่าด้วยค้ำประกันนั้น ท่านให้ใช้ได้ในการจำนองอนุโลมตามควร"

หลักและข้อสังเกต

เมื่ออนุโลมเอาหลักในมาตรา ๖๘๑ มาใช้บังคับ การจำนองจะทำขึ้นเพื่อประกันหนี้ได้ ก็ต่อเมื่อหนี้นั้นเป็นหนี้อันสมบูรณ์ แต่หนี้ในอนาคต รวมทั้งหนี้อันเกิดแต่ความสำคัญผิด หรือเพราะผู้ก่อหนี้เป็นผู้ไร้ความสามารถ ก็เป็นหนี้ที่จะจำนองประกันได้ เหตุผลและคำอธิบายได้ให้ไว้แล้วเกี่ยวกับมาตรา ๖๘๑

มาตรา ๗๐๙

"สัญญาจำนองนั้น ต้องมีจำนวนเงินระบุไว้เป็นเรือนเงินไทยเป็นจำนวนแน่ตรงตัว หรือจำนวนขั้นสูงสุดที่ได้เอาทรัพย์สินจำนองนั้นตราไว้เป็นประกัน"

ตัวอย่าง

๑. ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท เมื่อไปทำจำนองเอาที่ดินเป็นประกัน ต้องระบุเรือนเงินไทยตรงตัวว่า การจำนองนี้เป็นประกันหนี้เงิน ๕๐,๐๐๐ บาท

๒. ก. ทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีธนาคาร ข. ในจำนวนเงินไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท เมื่อไปทำจำนองเป็นประกัน ต้องระบุจำนวนเงินขั้นสูงสุดว่า การจำนองนั้นเป็นประกันการเบิกเงินเกินบัญชี จำนวนเงินไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท

หลักและข้อสังเกต

๑. การจำนองต้องระบุจำนวนเงินที่เป็นประกัน ก็เพราะผู้จำนองมีสิทธิตามมาตรา ๗๑๒ ที่จะเอาทรัพย์สินอันเดียวกันไปจำนองซ้ำได้ โดยสำคัญคือ ถ้าทรัพย์สินที่จำนองมีราคาท่วมหนี้ที่จำนองกันไปครั้งแรก เช่นราคาที่ดินที่จำนองมีถึงหนึ่งล้านบาท เจ้าของเอาไปจำนองประกันหนี้ไว้ครั้งแรกเพียงหนึ่งแสนบาท การที่ระบุจำนวนเงินไว้ย่อมเป็นประโยชน์ในการที่เจ้าของจะไปจำนองต่อกับคนอื่น สำหรับผู้รับจำนองต่อไปนั้นเมื่อรู้ราคาที่ดินและรู้จำนวนเงินที่จำนองกันไว้แต่ก่อนดังกล่าวมา ก็ย่อมจะตัดสินใจได้ถูกต้องในการที่จะรับจำนองต่อ เป็นผลให้เจ้าของได้ใช้เครดิตของทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ได้เต็มมูลค่า

๒. ตัวบทบังคับว่า จะต้องระบุจำนวนเงินไว้เป็นเงินไทย ถ้าไประบุไว้เป็นเงินเหรียญอเมริกันหรือปอนด์สเตอลิงค์ จะว่ากันอย่างไร ข้อแรก เจ้าพนักงานที่ดินที่รู้กฎหมาย คงจะไม่รับจดทะเบียนการจำนองให้ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ยังรับจดทะเบียนไว้ ถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา ๗๐๙ ก็เป็นคำบังคับพอที่จะทำให้การจำนองตกเป็นโมฆะ เหตุผลในทางรัฐประศาสโนบายคงต้องการจะให้ผู้ที่จะรับจำนองต่อ ๆ ไปได้รู้ว่า เครดิตของทรัพย์สินยังมีเหลืออยู่เท่าใด พอที่จะรับจำนองต่อได้หรือไม่ ถ้าไประบุจำนวนเงินไว้เป็นเงินต่างประเทศ คนไทยธรรมดาทั่ว ๆ ไปที่จะรับจำนองต่ออาจไม่รู้ที่จะแตกออกมาเป็นเงินไทยได้อย่างไร นอกจากนั้น อัตราแลกเปลี่ยนขึ้น ๆ ลง ๆ ทำให้เป็นการไม่แน่นอนว่าจำนองที่ทำกันไว้ในอัตราเงินต่างประเทศนั้นเป็นประกันจำนวนหนี้เงินเท่าใด ดีไม่ดีก็เลยจะไม่มีใครรับจำนองต่อ เป็นผลให้ทรัพย์สินเสียเครดิต และตัดสิทธิของเจ้าของที่จะใช้ทรัพย์สินเป็นประโยชน์ในทางประกันหนี้

๓. ที่ให้ระบุเงินเป็นจำนวนแน่ตรงตัวนั้น พึงดูชอบกล เพราะถ้าจะระบุจำนวนเงินแล้ว จะระบุอย่างไรจึงจะเป็นจำนวนเงินที่ไม่แน่ตรงตัว ลงได้ระบุจำนวนเงินแล้ว ก็ต้องเป็นจำนวนที่แน่ตรงตัวทั้งนั้น แทนที่จะใช้คำว่าแน่ตรงตัว ใช้คำว่าลงตัวจะฟังได้ดีกว่า คำแปลภาษาอังกฤษสำหรับเงินจำนวนแน่ตรงตัวใช้คำว่า a sum certain ซึ่งในลักษณะตั๋วเงินแปลเป็นภาษาอังกฤษอย่างเดียวกัน แต่ฉบับภาษาไทยอ่านว่า เงินจำนวนแน่นอน (มาตรา ๙๐๙ (๒), ๙๘๓ (๒), ๙๘๘ (๒)) แต่ความในตอนนี้ ถึงแม้จะหาภาษาอะไรมาใช้ไม่ได้ดีกว่า ก็มิได้เขียนมาเพื่อเล่นตลก แต่เขียนไว้เพื่อให้รับกับความต่อไป ที่พูดถึงจำนวนขั้นสูงสุดแห่งเงินที่จะทำจำนองไว้เป็นประกัน ตัวอย่างเช่น กู้เงินกัน ๕๐,๐๐๐ บาท การระบุจำนวนเงิน ๕๐,๐๐๐ บาทที่มีจำนองเป็นประกันเป็นการระบุจำนวนเงินแน่ตรงตัว แต่ถ้าจำนองประกันการเบิกเงินเกินบัญชีไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท เงินที่จะเบิกเกินบัญชีเอาแน่ไม่ได้ว่าจะเป็นจำนวนเงินเท่าใด จึงระบุได้แต่ขั้นสูงสุดว่าจะไม่เบิกเกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท อนึ่ง กฎหมายบังคับให้ระบุแต่เฉพาะจำนวนเงินที่เอาทรัพย์จำนองเป็นประกัน ไม่มีอะไรบังคับให้ระบุมูลหนี้ที่ประกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๖๑/๒๔๙๔) แต่ในทางปฏิบัติควรระบุ

หนี้ไว้ เพราะถ้าไม่ทำดังนั้น ถึงเวลาจะบังคับจำนอง ลูกหนี้อาจเถียงว่าเป็นหนี้อันอะไรก็ได้ ไม่ยอมให้บังคับจำนอง

๔. เรื่องที่จะต้องมีการระบุจำนวนเงินขั้นสูงสุด มีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น และเพื่อที่จะเข้าใจข้อนี้ จะต้องรู้ว่า วิธีเบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคารนั้นเขาทำกันอย่างไร ตามตัวอย่างข้างต้นที่ ก. ทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีธนาคาร ข. ไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาทนั้น ในทางปฏิบัติเป็นเรื่องที่ ก. มีบัญชีเงินฝากไว้กับธนาคาร ซึ่งตามบัญชีนี้บางที ก. ก็ส่งเงินเข้าฝาก บางทีก็ถอนเงินออกไป แต่ ก. เกรงว่าความจำเป็นอาจมีขึ้นได้เป็นบางครั้งบางคราวที่ตนจะต้องออกเช็คจ่ายเงินเกินจำนวนที่คงเหลือในบัญชี จึงทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร สมมติว่าในวันทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี เงินมีเหลือในบัญชีของ ก. ๑๐,๐๐๐ บาท แต่สินค้าที่ ก. สั่งซื้อมาถึง ก. จะต้องใช้เงินค่าสินค้านั้น ๕๐,๐๐๐ บาท ก. ก็ชอบที่จะเซ็นเช็ค ๕๐,๐๐๐ บาทให้ผู้ขายสินค้านำไปขึ้นเงินที่ธนาคารได้ และธนาคารก็จะต้องจ่ายเงินตามเช็คนั้น เพราะถึงแม้เงินในบัญชี ก. จะมีอยู่เพียง ๑๐,๐๐๐ บาทก็จริง แต่ธนาคารทำสัญญาให้ ก. เบิกเงินเกินบัญชีได้ไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท เงินตามจำนวนที่ ก. เซ็นเช็คเบิกมานั้น เมื่อเอาเงินในบัญชีของ ก. เอง ๑๐,๐๐๐ บาท กับอีก ๔๐,๐๐๐ บาทของธนาคารจ่ายให้ไป ก็ยังไม่เกินยอดเบิกเงินเกินบัญชีที่ตั้งไว้ ๒๐๐,๐๐๐ บาท ธนาคารจึงต้องจ่ายเงินตามเช็คนั้น สมมติว่า ต่อมา ก. เอาสินค้าไปขายได้กำไร ผู้ซื้อจ่ายเงินให้ ก. มา ๑๐๐,๐๐๐ บาท ก. เอาเช็คไปเข้าบัญชี เมื่อหักกับจำนวนที่ธนาคารจ่ายเงินเกินบัญชีไป ๔๐,๐๐๐ บาท ก. กลับเป็นเจ้าหนี้ธนาคาร ๖๐,๐๐๐ บาท และออกเช็คเบิกจ่ายเงินของตนเองได้ภายในวงเงิน ๖๐,๐๐๐ บาท โดยธนาคารไม่ต้องออกให้ แต่ถ้าจะจ่ายเงินเกินกว่านั้น เช่นต้องจ่ายเช็ค ๒๖๐,๐๐๐ บาท เงินในบัญชีของ ก. เองกับที่ธนาคารตกลงจะจ่ายให้เกินขั้นสูงสุดของสัญญาเบิกเกินบัญชีก็เป็นอันพอดี ซึ่งถ้า ก. ออกเช็คสั่งจ่ายไป ๓๐๐,๐๐๐ บาท เงินเกินบัญชีไป ๔๐,๐๐๐ บาท ปกติธนาคารจะไม่จ่ายให้ และดีไม่ดี ก. จะต้องเข้าตรางเพราะจ่ายเช็คไม่มีเงิน หนี้เบิกเงินเกินบัญชีมีการเบิกจ่ายหักให้กันดังกล่าวมา ธนาคารได้ประโยชน์ที่จะเรียกเก็บดอกเบี้ยเอาจาก ก. เมื่อ ก. ตกเป็นลูกหนี้

ธนาคาร แต่เมื่อใดบัญชีหักกลบลบกันไปแล้ว ไม่มีหนี้เบิกเงินเกินบัญชีเป็นโทษแก่ ก. ก. ก็ไม่ต้องเสียดอกเบี้ยแก่ธนาคาร แต่ในเวลาเดียวกัน ก. ได้รับความอุ่นใจว่า เมื่อใดจะต้องจ่ายเงินเกินบัญชีไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท ก็ออกเช็คสั่งจ่ายได้ไม่ติดตราง พูดถึงจำนวนเงินเกินบัญชีที่ ก. จะเบิกได้ไม่ได้นี้ ต้องคิดดอกเบี้ยธนาคารบวกเข้าไปด้วย คือดอกเบี้ยค้างอยู่เท่าใด ต้องเอามาหักกับเงินที่ธนาคารจะยอมให้เบิกเกินบัญชี ก. คงออกเช็คสั่งจ่ายได้จากจำนวนเงินที่หักกันแล้วคงเหลือให้เบิกได้ บัญชีที่ ก. มีกับธนาคารนี้ เข้าลักษณะบัญชีเดินสะพัด และบัญชีธนาคารนั้นคิดหักทอนกันอยู่ทุกครั้งที่มีการเบิกจ่ายหรือส่งเงินเข้าบัญชี

๕. โดยที่มาตรา ๗๐๘ ให้ระบุจำนวนเงินที่จะจำนองเป็นประกัน การจำนองประกันการปฏิบัติตามสัญญาโดยลำพังจึงทำไม่ได้ เช่น ก. รับเหมาสร้างสถานที่ราชการ สัญญาว่าถ้าก่อสร้างไม่ถูกต้อง ให้รัฐบาลบังคับจำนองเอาจากที่ดินซึ่งจำนองไว้เป็นประกัน ดังนี้สงสัยว่าจะเป็นสัญญาจำนองที่ไม่สมบูรณ์ เพราะไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๗๐๘ สัญญาจึงต้องระบุไว้ เช่นให้รัฐบาลปรับเป็นเงินวันละ ๑๐,๐๐๐ บาท และจำนองประกันการใช้เงินค่าปรับนั้น จึงจะใช้ได้

มาตรา ๗๐๙

"บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์ของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ค. เอาที่ดินของตนจำนองเป็นประกันหนี้ ก. ดังนี้ชอบที่จะทำได้

หลักและข้อสังเกต

ทรัพย์ที่จำนองประกันหนี้บุคคลอีกคนหนึ่ง ต้องเป็นของผู้จำนองตามหลักการในมาตรา ๗๐๕ ผู้เช่าซื้อซึ่งยังใช้เงินเขาไม่ครบ จึงเอาทรัพย์ของเขาไปจำนองไม่ได้

(คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๐๓/๒๕๐๔) บุคคลที่เอาทรัพย์สินของตนจำนองประกันหนี้บุคคลอื่น มีฐานะคล้าย ๆ กับผู้ค้ำประกัน และได้สิทธิบางประการอย่างเดียวกับผู้ค้ำประกัน ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๗

มาตรา ๗๑๐

"ทรัพย์สินหลายสิ่งมีเจ้าของคนเดียว หรือหลายคน จะจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียวท่านก็ให้ทำได้

และในการนี้คู่สัญญาจะตกลงกันดังต่อไปนี้ก็ได้ คือว่า

(๑) ให้ผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับเอาแก่ทรัพย์สินซึ่งจำนองตามลำดับอันระบุไว้

(๒) ให้ถือเอาทรัพย์สินแต่ละสิ่งเป็นประกันหนี้เฉพาะแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดที่ระบุไว้"

ตัวอย่าง

การจำนองดังกล่าวต่อไปนี้ชอบที่จะทำได้

๑. ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท และจำนองที่ดิน ๑ แปลง เรือนแพ ๑ หลัง กับเรือกำปั่น ๑ ลำ ไว้เป็นประกัน ซึ่งทั้งหมดเป็นของ ก.

๒. ก. กู้เงิน ข. สำหรับตนเองมีที่ดินจำนองเป็นประกัน ๑ แปลง แต่ไม่เป็นประกันเพียงพอ จึงให้ ค. ซึ่งเป็นเพื่อนกันจำนองเรือนแพไว้อีก ๑ หลัง กับให้ ง. เพื่อนอีกคนหนึ่งจำนองเรือกำปั่น ๑ ลำ ไว้เป็นประกันด้วย

๓. ในตัวอย่างดังกล่าวมา สัญญาจำนองจะระบุไว้ก็ได้ว่า เมื่อจะบังคับจำนองให้ขายที่ดินก่อน ถ้าไม่พอ จึงขอให้ขายเรือนแพ ถ้ายังไม่พอจึงให้ขายเรือกำปั่น

๔. ตามตัวอย่างดังกล่าวมา แทนที่จะระบุลำดับทรัพย์สินที่จะบังคับจำนองดังกล่าวในตัวอย่างที่ ๓ สัญญาจำนองจะระบุก็ได้ว่า หนี้ที่จำนองทรัพย์เป็นประกัน ๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท

นั้น ให้ถือว่าเรือกำปั่นเป็นประกัน ๓,๐๐๐,๐๐๐ บาท ที่ดินเป็นประกัน ๑,๙๐๐,๐๐๐ บาท ส่วนเรือนแพเป็นประกันเพียง ๑๐๐,๐๐๐ บาท

หลักและข้อสังเกต

๑. เรื่องตามมาตรา ๗๑๐ นั้น พึงสังเกตว่ามีหนี้แต่เพียงรายเดียว แต่ทรัพย์ที่จำนองเป็นประกันมีหลายอย่าง โดยทรัพย์เหล่านั้นจะเป็นของคน ๆ เดียวกัน หรือหลายคนก็ได้ บัญหามีว่า เมื่อทรัพย์มีหลายอย่าง จะเอาอันไหนออกขายทอดตลาดใช้หนี้ก่อนหลังกันอย่างไร ข้อนี้คู่สัญญาจะจัดลำดับไว้ก็ได้ หรือถ้าไม่จัดลำดับ จะแบ่งจำนวนหนี้เป็นส่วน ๆ แล้วตีราคาทรัพย์แต่ละสิ่งเป็นประกันแต่ละส่วนก็ได้ ถ้าไม่ทำสัญญากันไว้ดังนี้ สิทธิของผู้รับจำนองมีอยู่ตามมาตรา ๗๑๖

๒. บัญหามีว่า กรณีใดคู่สัญญาจะจัดลำดับการจำนองตามมาตรา ๗๑๐ (๑) กรณีใดจะแบ่งส่วนการจำนองตาม (๒) ข้อนี้ย่อมสุดแล้วแต่ราคาของทรัพย์หรือความหวงแหนของผู้จำนอง ดังตัวอย่าง ๓ การที่ผู้จำนองจัดลำดับไว้เช่นนั้นย่อมหมายความว่าผู้จำนองเองคาดคะเนว่าเมื่อขายที่ดินแล้ว อาจได้เงินพอใช้หนี้ หรือถ้าไม่พอ เมื่อขายเรือนแพไปด้วยก็คงพอ ส่วนเรือกำปั่นนั้น ประสงค์จะสงวนไว้ประกอบอาชีพเดินเรือต่อไป จึงจัดไว้ในลำดับสุดท้าย โดยประสงค์ว่า เมื่อขายที่ดินและเรือนแพไปจนหมดแล้ว ได้เงินมายังไม่พอใช้หนี้ จึงจะยอมให้เอาเรือกำปั่นไปขาย ส่วนตามตัวอย่างที่แบ่งส่วนการชำระหนี้ไว้นั้น ผู้จำนองไม่มีความประสงค์ดังนี้ จึงตีราคาทรัพย์ประกันกระจายไปตามส่วน

๓. ถ้าไม่ระบุลำดับหรือส่วนแห่งทรัพย์จำนองหลายสิ่ง แต่ตกลงกันว่า ถ้าจะไถ่จำนอง ต้องไถ่ทั้งหมด จะขอไถ่แต่เฉพาะบางสิ่งไม่ได้ ผลจะมีตามกฎหมายล้มละลายเป็นประการใด คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘๖/๒๔๗๔

๔. ความในมาตรา ๗๑๐ วรรค ๒ (๒) ที่กล่าวถึงส่วนนั้น หมายความถึงส่วนในหนี้ ไม่ใช่ส่วนในทรัพย์จำนอง เช่นจำนองที่ดินกับเรือเดินทะเลประกันหนี้ ๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท แบ่งส่วนในหนี้มีที่ดินเป็นประกันไว้ ๓,๐๐๐,๐๐๐ บาท ส่วนที่เหลืออีก ๒,๐๐๐,๐๐๐บาท

ประกันไว้ด้วยเรือเดินทะเล ถ้ามีปัญหาเกี่ยวกับส่วนในทรัพย์จำนอง ต้องไปว่ากันตามมาตรา ๗๑๗ เป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก

มาตรา ๗๑๑

"การที่จะตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาหนี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนองหรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใด นอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนองนั้นไซร้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์"

ตัวอย่าง

๑. ผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิได้ต่อเมื่อการได้เป็นไปตามเงื่อนไข ๓ ประการดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๙ ถ้ามีการทำสัญญากันเป็นอย่างอื่นก่อนหนี้ถึงกำหนด เช่นทำสัญญาว่าในการนั้นไม่ต้องมีการแสดงต่อศาลว่าราคาทรัพย์กับจำนวนหนี้พอ ๆ กัน คือมิใช่ว่าจำนวนหนี้น้อย แต่ราคาทรัพย์ที่จะเอาหลุดท่วมจำนวนหนี้มาก ข้อตกลงเช่นนี้ไม่สมบูรณ์ เพราะฝ่าฝืนมาตรา ๗๒๙ (๒)

๒. ตามมาตรา ๗๒๙ ในการบังคับจำนอง ผู้รับจำนองจะต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาล ถ้ามีการตกลงกันก่อนหนี้ถึงกำหนดว่า ไม่ต้องทำเช่นนั้น คือให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเอาทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดได้เลย หรือให้เอาไปขายโดยวิธีอื่นนอกจากขายทอดตลาด ข้อตกลงเช่นนี้ไม่สมบูรณ์ แต่ถ้าผู้จำนองมาตกลงด้วยดังนี้ภายหลังที่หนี้ถึงกำหนดแล้ว ย่อมทำกันได้โดยสมบูรณ์

หลักและข้อสังเกต

ทรัพย์ที่จำนองกันส่วนมากและโดยทั่ว ๆ ไป เป็นที่ดินที่คนจะต้องอาศัยทำมาหากินทั้งคนที่จะต้องเอาที่ดินไปจำนองเขา ส่วนมากและโดยทั่ว ๆ ไป ก็เป็นชาวไร่ชาวนาคนยากจนพึ่งตัวเองไม่ได้ เมื่อไปกู้หนี้ยืมสินเขา เจ้าหนี้จะให้ตกลงทำสัญญาอย่างไร ส่วนมากก็ยอมทำให้ เพราะไม่เข้าใจ หรือไม่ก็เพราะว่า ถ้าไม่ยอมทำตาม จะไม่ได้เงินของเขามาใช้ แต่ผลที่ต้องยอมทำตามไปนั้น ในที่สุดอาจทำให้ที่ดินหลุดไปจากมือคนเหล่านี้โดยวิธีการอันไม่ชอบธรรม เช่นตามตัวอย่าง ๑ ถ้าไปกู้เงินกันเพียง ๑๐,๐๐๐ บาท เอาที่ดินราคาตั้ง ๑๐๐,๐๐๐ บาทจำนองไว้เป็นประกัน หากข้อตกลงยกเว้นบทบังคับในมาตรา ๗๒๙ (๒) เป็นอันสมบูรณ์ เจ้าหนี้ก็จะเอาเปรียบผู้จำนองได้อย่างเหลือล้น โดยรับเอาที่ดินราคาตั้ง ๑๐๐,๐๐๐ บาทไปใช้หนี้เพียง ๑๐,๐๐๐ บาท ทำให้เจ้าของไม่มีที่ดินจะทำมาหากินไปด้วย และคนเรานั้น ถ้าไม่มีทางทำกินเข้าก็มักจะปล้น ก่อความไม่สงบในบ้านเมืองด้วยประการต่าง ๆ จึงต้องมีหลักวางไว้ในมาตรา ๗๑๑ ให้ข้อตกลงเอารัดเอาเปรียบกันเกินความชอบธรรมเหล่านี้ตกเป็นอันไม่สมบูรณ์ หรืออีกนัยหนึ่ง จะต้องถือว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการที่ผู้รับจำนองจะเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง รวมทั้งที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินนั้นใช้หนี้ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวด้วยความสงบ คู่สัญญาจะทำความตกลงแก้ไขให้เป็นอื่นไม่ได้ (มาตรา ๑๑๕) แต่ดังได้กล่าวแล้ว การกระทำความตกลงกันล่วงหน้าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๗๓๓ มีคำพิพากษาฎีกาเช่นที่ ๑๓๑๓/๒๔๘๐, ๑๖๘๓/๒๔๕๘, ๔๗๔/๒๕๐๒ ตัดสินว่าไม่เป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามในมาตรา ๗๑๑ ใช้เฉพาะเมื่อก่อนหนี้ถึงกำหนด ถ้าหนี้ถึงกำหนดแล้ว และเจ้าหนี้กำลังจะฟ้องบังคับจำนอง ลูกหนี้ไม่อยากเป็นความ จึงโอนที่ดินจำนองให้เป็นการชำระหนี้ (มาตรา ๓๒๑) ตัวอย่างดังนี้ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา ๗๑๑ นอกจากนั้น ไม่หมายความไปถึงกรณีที่ผู้รับจำนองได้สิทธิไปโดยประการอื่น เช่นผู้จำนองไม่มีดอกเบี้ยจะส่ง จึงได้สละสิทธิส่งมอบที่ดินจำนองให้ผู้รับจำนองครอบครองเป็นปรปักษ์เกินกว่า ๑๐ ปี ผู้รับจำนองย่อมได้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๑๐/๒๔๘๖)

มาตรา ๗๑๒

"แม้ถึงว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ตาม ทรัพย์สินซึ่งจำนองไว้แก่บุคคลคนหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจำนองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งในระหว่างเวลาที่สัญญาก่อนยังมีอายุอยู่ก็ได้"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๑๐,๐๐๐ บาท เอาที่ดินราคา ๑๐๐,๐๐๐ บาทจำนองไว้เป็นประกัน แม้ในสัญญาจำนองจะมีข้อความห้ามมิให้ ก. เอาที่ดินไปจำนองกับใครต่อไป ก. ก็ยังมีสิทธิที่จะเอาที่ดินนั้นไปจำนองเป็นประกันเงินกู้ ค. ได้อีก เช่นเอาไปจำนองไว้ ๑๐,๐๐๐ บาท และจำนองประกันหนี้เงินกู้ ง. อีก ๕๐,๐๐๐ บาท ฯ ล ฯ จนกว่าจะไม่มีใครรับจำนองเพราะราคาที่ดินไม่คุ้มกับจำนวนหนี้ที่ ก. ทำจำนองไว้

หลักและข้อสังเกต

ตราบใดที่ราคาทรัพย์สินมีมากพอคุ้มกับหนี้ กฎหมายประสงค์จะให้ผู้เป็นเจ้าของได้ใช้เครดิตของทรัพย์เป็นประกันหนี้ได้อย่างบริบูรณ์ ข้อตกลงในทางจำกัดตัดทอนสิทธิของเจ้าของดังกล่าวมานี้จึงเป็นอันไม่สมบูรณ์อีกเหมือนกัน และตามตัวอย่างข้างต้นที่ ก. จะเอาที่ดินไปจำนองกับ ค. หรือ ง. นั้น ก็ไม่ได้ทำให้ ข. เสียหายอะไร เพราะเมื่อเอาทรัพย์ออกขายทอดตลาด ข. มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนองคนหลัง ๆ ดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๓๐ เพราะฉะนั้น สมมติว่าเผอิญที่ดินราคาตก ขายได้เงินสุทธิ ๓๐,๐๐๐ บาท อย่างไรเสีย ข. ก็จะต้องได้รับชำระหนี้ของตนก่อน ๑๐,๐๐๐ บาท และต่อไปชำระให้ ค. ๑๐,๐๐๐ บาท อีก ๑๐,๐๐๐ บาทที่ยังเหลือใช้ให้แก่ ง. ง. ต้องขาดทุน เพราะอยู่ในลำดับสุดท้ายตามวันจดทะเบียน แต่ก็ช่วยไม่ได้ เพราะที่ดินราคาตก และถ้า ง. เห็นว่าที่ดินอาจราคาขึ้น ก็ชอบที่จะใช้หนี้ ข. ค. และเข้ารับช่วงสิทธิรักษาที่ดินไว้ขายเมื่อได้ราคาดี ทั้งนี้ตามมาตรา ๗๓๑ ประกอบกับมาตรา ๒๒๙ (๑) มาตรา ๗๑๒ พูดถึงการเอาทรัพย์ไปจำนองคนอื่น แต่ก็ไม่ห้ามการที่จะขึ้นเงินจำนองซ้ำกับผู้รับจำนองคนเดียวกัน

ซึ่งในทางปฏิบัติทำกันเสมอ ๆ โดยเฉพาะถ้าผู้รับจำนองคนเดียวกันไม่บีบคั้น โดยปกติลูกหนี้ก็จะขึ้นเงินจำนองซ้ำ แต่ถ้าผู้รับจำนองนั้นบีบคั้น และราคาทรัพย์สินยังมากพอให้จำนองได้อีกลูกหนี้ก็จะไปจำนองไว้กับคนอื่น

มาตรา ๗๑๓

"ถ้ามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาจำนอง ท่านว่าผู้จำนองจะชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวด ๆ ก็ได้"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๑๐๐,๐๐๐ บาท เอาที่ดินจำนองไว้เป็นประกัน ถ้าในสัญญาไม่มีความตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ก. ชอบที่จะชำระหนี้ล้างจำนองนั้นได้เป็นงวด ๆ เช่นชำระหนี้ล้างไปงวดแรกเป็นเงิน ๓๐,๐๐๐ บาท ต่อไปชำระอีกงวดหนึ่ง ๒๐,๐๐๐ บาท และแก้ทะเบียนว่าที่ดินของตนเป็นประกันการชำระหนี้คงเหลือ ๕๐,๐๐๐ บาท ต่อไปชำระอีกงวดหนึ่ง ๓๐,๐๐๐ บาท และแก้ทะเบียนว่าหนี้คงเหลือเพียง ๒๐,๐๐๐ บาท ซึ่งมีที่ดินนั้นจำนองเป็นประกัน

หลักและข้อสังเกต

๑. เนื่องจากความประสงค์ที่จะให้เจ้าของทรัพย์ได้ใช้เครดิตของทรัพย์ เพื่อประโยชน์ในการประกันหนี้สินได้เต็มมูลค่านั่นเอง ถ้าไม่มีข้อตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายจึงให้สิทธิแก่ผู้จำนองที่จะใช้หนี้ล้างจำนองได้เป็นงวด ๆ ดังตัวอย่างข้างต้นเมื่อ ก. ได้ชำระหนี้ล้างจำนองกับ ข. คงเหลือ ๒๐,๐๐๐ บาท และที่ดินมีราคาตั้ง ๑๐๐,๐๐๐ บาท ก. ก็จะเอาที่ดินไปจำนองกับคนอื่นได้เงินมาใช้จ่ายตามปรารถนา มาตรา ๗๑๓ นี้ เป็นบทสนับสนุนสิทธิของผู้จำนองตามมาตรา ๗๑๒ ที่จะเอาทรัพย์สินของตนไปจำนองต่อกับใครก็ได้ จึงเปิดโอกาสให้ชำระหนี้ล้างจำนองได้เป็นงวด ๆ เพื่อประโยชน์ในการที่จะเอาทรัพย์

ไปจำนองต่อได้สะดวก แต่มาตรา ๗๑๓ ไม่ถือว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้

๒. ต้องเข้าใจว่ามาตรา ๗๑๓ นี้ เป็นเรื่องผู้จำนองชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวด ๆ ไม่ใช่เรื่องไถ่ถอนจำนองบางส่วน เช่นจำนองที่ดินและตึกไว้แก่กัน ดังนี้ทรัพย์จำนองมิได้แบ่งออกเป็นส่วน ๆ เมื่อผู้จำนองขอไถ่ถอนจำนองเป็นบางส่วนสำหรับตึกหรือที่ดิน ผู้รับจำนองมีสิทธิปฏิเสธ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๕๘/๒๕๑๒)

มาตรา ๗๑๔

"อันสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่"

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามมาตรา ๗๐๓ การจำนองจะทำได้แต่เฉพาะสำหรับอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียน ตามหลักในมาตรา ๑๒๕๘ และมาตรา ๑๓๐๒ การจำนองจึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๑๕ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๔๖/๒๕๑๒) ทั้งนี้มีเหตุผลเกี่ยวกับหลักการเปิดเผยนิติกรรมสัญญาทางทะเบียน ไม่ต่างอะไรกับหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๕๖ ว่า การซื้อขายที่ดินต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

๒. มีตัวอย่างที่เกิดเป็นคดีสู้กันไปจนถึงศาลฎีกาเรื่องหนึ่ง ในคดีนั้น โจทก์พ้องว่าได้จำนองที่ดินไว้กับจำเลย แต่จำเลยขอให้ทำนิติกรรมอำพรางเป็นการขายฝากเพื่อจะไม่ต้องเสียภาษีเงินได้สำหรับดอกเบี้ยที่ได้รับจากโจทก์ ซึ่งความจริง คู่กรณีปฏิบัติกันอย่างจำนอง โดยโจทก์ไม่เคยส่งมอบที่ดินให้จำเลย แต่ปกครองทำกินและเสียภาษีที่ดินที่จำนองตลอดมา ล่วงเลยระยะเวลา ๑๐ ปีมาแล้ว ซึ่งถ้ากรณีเป็นการขายฝาก ตามมาตรา ๔๕๔ (๑) ผู้ขายจะไถ่ไม่ได้ แต่ถ้าเป็นการจำนอง ยังไถ่ได้ โจทก์จึงพ้องคดีว่าเป็นจำนองและขอไถ่จำนอง จำเลยเถียงว่า ถึงแม้จะฟังว่าสัญญาขายฝากที่จดทะเบียนไว้เป็นนิติกรรม

อำพรางการจำนอง โจทก์ก็ไม่ชอบที่จะมาอ้างว่าเป็นการจำนองเพราะตามมาตรา ๗๑๔ การจำนองต้องจดทะเบียนจึงจะใช้ได้ โจทก์แย้งว่าการจำนองนั้นความจริงได้จดทะเบียนแล้ว แต่อำพรางว่าเป็นการขายฝาก ถ้าแปลกฎหมายดังจำเลยแปลบทบัญญัติในเรื่องนิติกรรมอำพรางตามมาตรา ๑๑๘ จะไม่มีวันใช้ได้เลย เพราะเรื่องอย่างนี้เมื่อคู่กรณีประสงค์จะปกปิดการจำนอง จึงไปจดทะเบียนการขายฝากอำพรางไว้ ศาลชั้นต้นศาลอุทธรณ์เห็นด้วยกับจำเลย ศาลฎีกาเห็นด้วยกับโจทก์ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๗๓, ๒๗๔/๒๕๐๑)

๓. แต่ต่อมามีคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๓๔/๒๕๐๕ วินิจฉัยว่า แม้จะทำสัญญาขายฝากอำพรางสัญญาจำนอง เมื่อสัญญาจำนองไม่ได้จดทะเบียนตามมาตรา ๗๑๔ สัญญาจำนองย่อมเป็นโมฆะ จึงนำมาอ้างกันไม่ได้ ผลจึงเท่ากับถือว่าตัวหนังสือจดทะเบียนไว้เป็นอย่างไร ต้องบังคับอย่างนั้น เป็นอันว่า มาตรา ๑๑๘ ว่าด้วยนิติกรรมอำพรางไม่มีทางใช้บังคับในเรื่องเช่นนี้ได้ เพราะถ้าจะจดทะเบียนการขายฝากอำพรางการจำนอง การจำนองก็ใช้ไม่ได้ ครั้นจะจดทะเบียนการจำนอง ก็จะไม่มีอะไรไว้อำพรางการจำนองที่ประสงค์จะอำพราง ว่ากันตามที่มาและเหตุผลของมาตรา ๑๑๘ วรรค ๒ เกี่ยวด้วยนิติกรรมอำพรางแล้ว กฎหมายประสงค์จะให้ถือตามเจตนาแท้จริง คือถ้าความจริงทำจำนองกันไว้ แม้จะจดทะเบียนเป็นการขายฝากเพื่ออำพราง ก็ยังต้องบังคับเป็นจำนองตามเจตนาแท้จริง ส่วนที่ว่าการจำนองไม่ได้จดทะเบียนไว้ จึงใช้เป็นจำนองไม่ได้นั้นเมื่อเขาจดทะเบียนการขายฝากความจริงเขาเจตนาจดทะเบียนการจำนองกัน แต่ใช้คำว่าขายฝากอำพราง ถ้าไปถือเอาตามตัวหนังสือที่จดทะเบียน ไม่ถือตามเจตนาแท้จริงแล้ว ฉวยใครไปจดทะเบียนการขายฝากแต่เขียนผิดเป็นฝากขาย จะต้องตัดสินว่าใช้เป็นการขายฝากไม่ได้อีกเหมือนกัน เพราะจดทะเบียนเป็นฝากขายไว้ ไม่ได้จดทะเบียนขายฝาก การขายฝากจึงเป็นโมฆะไม่สมบูรณ์ แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้สำหรับให้เล่นถ้อยคำศัพท์สำนวนกันดังนี้ (มาตรา ๑๓๒) ส่วนที่วินิจฉัยว่าการที่จะนำสืบการจำนองหักล้างทะเบียนเป็นการนำสืบแก้ไขเอกสารจดทะเบียนขายฝาก จึงนำสืบไม่ได้ ตามมาตรา ๙๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ตามหลักสารบัญญัติในประมวลแพ่ง ฯ มาตรา ๑๑๘ วรรค ๒ ถ้าสืบได้ย่อมมีผลเป็นการ

ทำลายสัญญาขายฝากว่าเป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ จึงเข้าข้อยกเว้นในมาตรา ๕๔ นั้นเองที่ให้นำสืบได้

๔. ต่อมาอีกมีคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๕/๒๕๐๘ ซึ่งศาลฎีกาประชุมใหญ่วินิจฉัยว่าที่คดีมีข้อต่อสู้ว่าสัญญาขายฝากเป็นนิติกรรมอำพรางสัญญาจำนอง เป็นการกล่าวอ้างว่าคู่กรณีมีเจตนาที่แท้จริงจะทำสัญญาจำนองกัน หากเป็นความจริงดังอ้าง สัญญาขายฝากย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๘ การที่จะขอนำสืบว่าสัญญาขายฝากเป็นโมฆะ จึงมิใช่เป็นการนำสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสาร แต่เป็นการนำสืบหักล้างว่าสัญญาขายฝากไม่ถูกตองสมบูรณ์ จึงนำสืบได้ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๕๔ วรรคท้าย ในหลักการ จึงพอจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาฎีกาเรื่องนี้กลับคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๓๔/๒๕๐๕ ดังกล่าวข้างต้น

๕. ข้อเถียงที่ว่า เมื่อการจำนองซึ่งมีนิติกรรมอำพรางไม่ได้จดทะเบียนไว้ การจำนองย่อมตกเป็นโมฆะ จะยกมาอ้างตามมาตรา ๑๑๘ วรรค ๒ ไม่ได้นั้น แม้จะมีคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๕/๒๕๐๘ วินิจฉัยไว้ ก็ยังเข้าใจกันว่า คำพิพากษาฎีกาต่อมากลับไปถือตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๓๔/๒๕๐๕ แต่ความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เรื่องที่ศาลฎีกาตัดสินต่อ ๆ มา เป็นเรื่องที่ศาลฎีกาไม่เชื่อข้อเท็จจริงว่ามีการจำนองถูกอำพรางไว้ต่างหากในหลักการข้อกฎหมาย ศาลฎีกาจึงยังบังคับตามมาตรา ๑๑๘ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๕๖/๒๕๐๖, ๒๕๕/๒๕๐๘, ๗๔๕/๒๕๐๕) ถึงอย่างไรก็ตาม กรณีเช่นที่มีเจตนาจะจำนองกัน แต่ไปจดทะเบียนเป็นการขายฝากอำพรางไว้นั้น ถ้าถือว่าการจำนองเป็นโมฆะเพราะไม่จดทะเบียนไว้ ก็ไม่ได้แปลว่าการขายฝากที่จดทะเบียนไว้จะสมบูรณ์ เพราะถ้าฟังเป็นข้อเท็จจริงว่าคู่กรณีไม่มีเจตนาจะทำสัญญาขายฝากกัน การขายฝากที่จดทะเบียนไว้ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๑๘ วรรค ๑ ในฐานเป็นการแสดงเจตนาลวง เพราะฉะนั้น ทั้งการจำนองและขายฝากก็จะตกเป็นโมฆะไปหมด ฝ่ายลูกหนี้สบายเพราะได้ทรัพย์กลับคืนโดยไม่มีพันธะผูกพัน

หมวด ๒

สิทธิจำนองครอบเพียงใด

มาตรา ๗๑๕

"ทรัพย์สินซึ่งจำนองย่อมเป็นประกันเพื่อการชำระหนี้กับทั้งค่าอุปกรณ์ต่อไปนี้ด้วย คือ

(๑) ดอกเบี้ย

(๒) ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้

(๓) ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง"

หลักและข้อสังเกต

เมื่อเอาทรัพย์ที่จำนองเป็นประกันหนี้ออกขายทอดตลาดได้เงินมาแล้ว จะเอาเงินนั้นไปใช้หนี้และอุปกรณ์อะไรได้บ้าง มาตรา ๗๑๕ ให้คำตอบไว้ สำหรับดอกเบี้ยค่าสินไหมทดแทน และค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนองนั้น ที่ได้อธิบายมาแล้วเกี่ยวกับมาตรา ๖๘๓, ๖๘๔ ย่อมนำมาใช้ทำความเข้าใจได้ กล่าวโดยเฉพาะถึงค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง ตามมาตรา ๗๒๘ การบังคับจำนองต้องฟ้องคดีต่อศาล จึงเป็นเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมความเหมือนดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘๔ ที่แตกต่างกันคือ การค้ำประกันอย่างไม่มีจำกัดนั้น ตามมาตรา ๖๘๓ ครอบไปถึงค่าภารติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ด้วย ดังตัวอย่างให้ไว้สำหรับมาตรานั้น แต่มาตรา ๗๑๕ ไม่กล่าวถึง แต่ความในมาตรา ๗๑๕ (๒) ว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ ก็กว้างพอที่จะครอบไปถึง

มาตรา ๗๑๖

"จำนองย่อมครอบไปถึงบรรดาทรัพย์ซึ่งจำนองหมดทุกสิ่ง แม้จะได้ชำระหนี้แล้วบางส่วน"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๒๐๐,๐๐๐ บาท มีสิ่งเหล่านี้จำนองไว้เป็นประกัน คือ ที่ดิน ๑ แปลง เรือนแพ ๑ หลัง กับเรือกำปั่น ๑ ลำ แม้ ก. จะได้ชำระหนี้ให้ ข. แล้วบางส่วน เช่น ชำระให้เป็นเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท ยังต้องถือว่าทรัพย์สามสิ่งดังกล่าว จำนองไว้เป็นประกันหนี้ที่ยังค้างชำระอยู่อีก ๑๐๐,๐๐๐ บาท ถ้าไม่มีการตกลงกันชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวด ๆ และปลดเอาทรัพย์สิ่งใดสิ่งหนึ่งออกจากการจำนอง การจำนองยังครอบไปถึงบรรดาทรัพย์สินที่จำนองไว้นั้นหมดทุกสิ่ง

หลักและข้อสังเกต

หลักตามมาตรา ๗๑๐ มีว่า การประกันหนี้รายเดียวกันด้วยทรัพย์หลายสิ่งย่อมทำได้ เว้นแต่จะเข้าอยู่ในข้อยกเว้นของอนุมาตรา ๒ และตามตัวอย่างข้างต้น ในการที่ ก. ชำระหนี้บางส่วนนั้น ก. จะชำระหนี้ล้างจำนองเป็นงวด ๆ และปลดทรัพย์สินที่จำนองออกเป็นบางสิ่ง ก็ชอบที่ ก. จะทำได้ตามมาตรา ๗๑๓ ถ้าไม่ใช้สิทธิตามมาตรานั้น มาตรา ๗๑๖ เป็นบทบังคับ เหตุผลก็เพราะว่า เมื่อทรัพย์มีหลายสิ่งด้วยกันที่จำนองไว้ จะตีราคาทรัพย์สินสิ่งหนึ่งสิ่งใดว่าพอกับการชำระหนี้บางส่วนหรือไม่ เป็นเรื่องที่จะโต้เถียงกันได้เสมอ อีกประการหนึ่ง เช่นตามตัวอย่างข้างต้น สมมติว่าได้มีการปลดที่ดินให้พ้นจากการจำนองไป เรือนแพที่ยังคงเหลือเป็นการจำนองอาจผุจมน้ำหรือเรือกำปั่นต้องอับปางลงในทะเล แล้วเจ้าหนี้จะเอาอะไรเป็นประกันการชำระหนี้ หรือในทางตรงกันข้าม แม้จะปลดเรือนแพและเรือกำปั่นให้พ้นจากการจำนอง คงเหลือที่ดินเป็นประกัน ราคาที่ดินอาจตก เมื่อบังคับจำนองเข้า จะขายได้เงินไม่พอชำระหนี้ แล้วเจ้าหนี้ก็จะเสียหลักประกันอีก เพราะฉะนั้น จึงได้มีหลักบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๑๖

มาตรา ๗๑๗

"แม้ว่าทรัพย์สินซึ่งจำนองจะแบ่งออกเป็นหลายส่วนก็ตาม ท่านว่าจำนองก็ยังคงครอบไปถึงส่วนเหล่านั้นหมดทุกส่วนด้วยกันอยู่นั่นเอง

ถึงกระนั้นก็ดี ถ้าผู้รับจำนองยินยอมด้วย ท่านว่าจะโอนทรัพย์สินส่วนหนึ่งส่วนใดไปปลอดจากจำนองก็ให้ทำได้ แต่ความยินยอมดังว่านี้ หากมิได้จดทะเบียนท่านว่าจะยกเอาขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่บุคคลภายนอกหาได้ไม่"

ตัวอย่าง

ก. จำนองเรือกำปั่นขนสินค้าไว้กับ ข. เป็นประกันหนี้เงิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท เรือนั้นมีส่วนประกอบอยู่หลายส่วน คือตัวเรือเอง เครื่องจักรเดินเรือที่ติดอยู่ในเรือ ปั้นจั่นสำหรับกว้านสินค้าลงบรรจุในเรือ และเครื่องอุปกรณ์ติดตั้งอย่างอื่น แม้เรือที่จำนองจะแบ่งออกได้เป็นหลายส่วนดังนี้ การจำนองก็ครอบไปหมดทุกส่วน ถ้า ก. ใช้หนี้ ข. บางส่วน ไม่ทั้งหมด จะมาขอปลดทรัพย์บางส่วนออกจากการจำนองไม่ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้จะยินยอมด้วย เช่นจะขอให้ปลดจำนองไปสำหรับเครื่องเรือและอุปกรณ์ คงเหลือตัวเรือไว้เป็นประกัน ดังนี้เป็นต้น แต่การปลดจำนองที่ว่านี้ ตามมาตรา ๗๔๖ ประกอบด้วยมาตรา ๑๓๐๑ ต้องจดทะเบียน มิฉะนั้น จะยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้ เช่นตามตัวอย่างข้างต้น สมมติว่า ก. ได้ใช้เงินให้ ข. แล้ว ๑๕๐,๐๐๐ บาท ข. จึงยอมปลดปั้นจั่นให้พ้นจากการจำนอง แต่ไม่ได้จดทะเบียนการปลดจำนองไว้ ต่อมามีเจ้าหนี้ของ ข. เอาใช้สิทธิเรียกร้องของ ข. ตามมาตรา ๒๓๓ เรียกให้ ก. ใช้เงินทั้ง ๒๐๐,๐๐๐ บาท และถือว่าตัวเรือตลอดทั้งปั้นจั่นและอุปกรณ์ยังติดจำนองอยู่ ข้ออ้างของเจ้าหนี้ว่านี้ฟังได้ ก. ไม่มีทางโต้เถียง

หลักและข้อสังเกต

มาตรา ๗๑๖ พูดถึงการจำนองทรัพย์หลายสิ่ง มีตัวอย่างดังกล่าวแล้ว มาตรา ๗๑๘ ถึง ๗๒๑ พูดถึงการจำนองทรัพย์สิ่งเดียว แต่มีสิ่งติดพันอยู่กับทรัพย์นั้นหลายสิ่งเช่น โรงเรือนติดอยู่กับที่ดิน ดอกผลติดอยู่กับต้นไม้ เหล่านี้พอเข้าใจและหาตัวอย่างได้ แต่มาตรา ๗๑๗ พูดถึงทรัพย์อันเดียวแบ่งออกเป็นหลายส่วน หาตัวอย่างที่จะซ้ำกับมาตรา ๗๑๖

และ ๗๑๘ ไม่ได้ จึงให้ไว้อีกอย่างหนึ่งดังกล่าวมา (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๒๖/๒๔๗๕) ตัวอย่างอาจมีได้ตลอดถึงการจำนองอาคาร มีเครื่องปรับอากาศ และส่วนของอาคารอย่างอื่น อะไรเป็นส่วนของทรัพย์ โดยเฉพาะที่ดินนั้น พิจารณาตามมาตรา ๑๐๐ พอจะเห็นความหมายได้ เพราะมาตรา ๑๐๐ กล่าวถึงทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินกับทรัพย์ที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน ทรัพย์ติดที่ มาตรา ๗๑๘ ใช้ถ้อยคำอย่างเดียวกับมาตรา ๑๐๐ และให้ความหมายเป็นโรงเรือน ที่เหลือเป็นส่วนของทรัพย์ตามมาตรา ๗๑๗ หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินตามมาตรา ๑๐๐ จึงมีตัวอย่างเช่นไม้ยืนต้น หินในดิน สินแร่ในดิน ซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรา ๗๑๗ สมมติว่า ก. มีที่ดินติดต่อเป็นผืนเดียวกัน แต่มีโฉนดต่างหากจากกัน ๓ ฉบับ แบ่งที่ดินออกเป็น ๓ แปลงซึ่ง ก. จำนองไว้กับ ข. กรณีเช่นนี้เป็นเรื่องจำนองทรัพย์หลายสิ่งตามมาตรา ๗๑๖ ไม่ใช่เรื่องทรัพย์อันเดียวแบ่งออกเป็นหลายส่วน หรือทรัพย์อันเดียวมีสิ่งอื่นติดพันตามมาตรา ๗๑๗, ๗๑๘

มาตรา ๗๑๘

"จำนองย่อมครอบไปถึงทรัพย์ทั้งปวงอันติดอยู่กับทรัพย์สินซึ่งจำนอง แต่ต้องอยู่ภายในบังคับซึ่งท่านจำกัดไว้ในสามมาตราต่อไปนี้"

หลักและข้อสังเกต

รายละเอียดของมาตรานี้ มีบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๑๙ ถึง ๗๒๑ เฉพาะหลักการและผลบังคับ ก็เป็นไปในทำนองเดียวกันกับที่ได้อธิบายมาเกี่ยวกับมาตรา ๗๑๖, ๗๑๗

มาตรา ๗๑๙

"จำนองที่ดินไม่ครอบไปถึงเรือนโรงอันผู้จำนองปลูกสร้างลงในที่ดินภายหลังวันจำนอง เว้นแต่จะมีข้อความกล่าวไว้โดยเฉพาะในสัญญาว่าให้ครอบไปถึง

แต่กระนั้นก็ดี ผู้รับจำนองจะให้ขายเรือนโรงนั้นไปรวมกับที่ดินด้วยก็ได้ แต่ผู้รับจำนองอาจใช้บุริมสิทธิของตนได้เพียงแก่ราคาที่ดินเท่านั้น"

หลักและข้อสังเกต

๑. ตัวอย่างเช่น ก. จำนองที่ดินว่างเปล่าประกันหนี้ ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ถ้าไม่มีข้อตกลงกันไว้เป็นพิเศษในสัญญาให้จำนองครอบไปถึงทรัพย์ติดพันอย่างอื่นด้วย ย่อมจะต้องเข้าใจว่า ฝ่ายเจ้าหนี้เห็นว่าที่ดินว่างเปล่านั้น มีราคาเป็นประกันเพียงพออยู่แล้ว โรงเรือนที่ฝ่ายลูกหนี้ปลูกสร้างลงในที่ดินภายหลังวันจำนอง จึงไม่ต้องผูกพันเป็นประกันด้วย แต่ถ้าโรงเรือนนั้นได้ปลูกสร้างไว้ก่อน ก็ย่อมอยู่ในบังคับโดยตรงของมาตรา ๗๑๘ ต้องถือว่าการจำนองครอบไปถึงโรงเรือนนั้นด้วย

๒. แม้จะได้มีการปลูกสร้างโรงเรือนลงในภายหลัง ซึ่งการจำนองครอบไปไม่ถึงก็ตาม ในเวลาบังคับจำนองเอากับที่ดิน ถ้าจะขายที่ดินโดยไม่มีโรงเรือน ก็หมายความว่าจะต้องรื้อถอนโรงเรือนออกไปเสียก่อน ซึ่งทั้งนี้จะทำให้โรงเรือนเสียหายและราคาทรัพย์สินตก ในวรรค ๒ จึงให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองที่จะขายไปได้ทั้งที่ดินและโรงเรือน แต่ขายได้เงินมาเท่าใด ผู้รับจำนองก็คงเอามาชำระหนี้ได้แต่เฉพาะราคาที่ดินเท่านั้น จะไปขอรับชำระหนี้จากราคาค่าโรงเรือนด้วยไม่ได้

๓. ปัญหาว่า ราคาที่ดินกับราคาโรงเรือนจะแยกกันออกได้อย่างไร ข้อนี้ในทางปฏิบัติไม่เป็นการยาก เพราะที่ดินในทำเลหนึ่ง ๆ ย่อมพิสูจน์กันได้เสมอว่า ซื้อขายกันเป็นไร่หรือตารางวาละเท่าใด เช่นที่นาในบริเวณรอบนอกกรุงเทพ ฯ เวลานี้ มีทางพิสูจน์กันได้ว่าซื้อขายกันราคาไร่ละ ๕,๐๐๐ บาทบ้าง ๑๐,๐๐๐ บาทบ้าง สุดแล้วแต่ว่าจะใกล้ไกลจากพระนครออกไปเท่าใด สมมติว่ามีที่ดินชนิดนี้อยู่แปลงหนึ่ง เนื้อที่ ๑ ไร่ ราคา ๑๐,๐๐๐ บาท และมีตึกอันสวยงามปลูกอยู่ในที่ดินนั้น เมื่อขายทั้งที่ดินและตึกได้ราคา ๒๐๐,๐๐๐ บาท ก็ย่อมจะเห็นได้ทีเดียวว่าราคาตึกนั้น ผู้ซื้อยอมคิดให้เป็นเงินถึง ๑๕๐,๐๐๐ บาท ส่วนที่ดินถ้าขายไปว่างเปล่าโดยไม่มีตึก ก็จะขายได้ราคาเพียง ๑๐,๐๐๐ บาทเท่านั้น

๔. ผู้รับจำนองไม่ได้ประโยชน์อะไรจากการขายโรงเรือน เพราะตัวบทบัญญัติไว้ชัดว่า ในส่วนนี้ ผู้รับจำนองจะบังคับตามสิทธิของตนไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ ปัญหาน่า

สนเท่ห์จึงเกิดขึ้นว่า ธุระอะไรผู้รับจำนองจะไปขอให้ขายตลอดถึงโรงเรือนด้วย และทำไมกฎหมายไปบัญญัติให้เป็นสิทธิของผู้รับจำนอง ไม่บัญญัติให้เป็นสิทธิของผู้จำนอง ซึ่งมีส่วนได้เสียโดยตรงในเงินส่วนนี้ ข้อนี้อธิบายได้ว่า การขายที่ดินเฉย ๆ บางทีไม่มีใครสนใจจะซื้อ แต่ถ้าขายที่ดินมีตึกสวยงามปลูกอยู่ดังตัวอย่างที่กล่าวมา และตั้งอยู่ในทำเลไกลหูไกลตาคน ใครมีอะไรดี ๆ บางทีอาจอยากซื้อไว้สำหรับเอาไปเก็บไว้ก็เป็นได้ ปัญหาว่าจะขายที่ดินไปทั้งโรงเรือนหรือไม่ ขึ้นอยู่กับความจริงว่าจะมีใครซื้อหรือไม่เช่นนี้ จึงเป็นเรื่องที่ผู้รับจำนองมีส่วนได้เสียอยู่ด้วยเหมือนกัน

๕. วรรค ๒ ของมาตรา ๗๑๙ ใช้คำพูดเป็นเชิงชวนให้เข้าใจว่าจำนองเป็นบุริมสิทธิแต่ความจริงไม่ใช่ ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาแล้วเกี่ยวกับมาตรา ๗๐๒ นอกจากนั้น ในมาตรา ๗๔๓ ยังพูดถึงสิทธิจำนองในฐานที่เป็นสิทธิแตกต่างกับบุริมสิทธิเป็นคนละอย่าง

มาตรา ๗๒๐

"จำนองเรือนโรงหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นซึ่งได้ทำขึ้นไว้บนดินหรือใต้ดินในที่ดินอันเป็นของคนอื่นเขานั้น ย่อมไม่ครอบไปถึงที่ดินนั้นด้วย ฉันใดกลับกันก็ฉันนั้น"

ตัวอย่าง

ค. เป็นเจ้าของที่ดิน ก. เป็นเจ้าของโรงเรือนซึ่งปลูกในที่ดินนั้น โดยเป็นผู้มีสิทธิเหนือพื้นดินในที่ดินของ ค. ตามมาตรา ๑๔๑๐ ก. จำนองโรงเรือนนี้ไว้กับ ข. ผลไม่เป็นการจำนองที่ดินของ ค. ไปด้วย กลับกันฉันใดก็ฉันนั้น

หลักและข้อสังเกต

๑. ผลจะต้องเป็นไปตามตัวอย่างข้างต้น ก็เพราะมีหลักบัญญัติไว้แล้วในมาตรา ๗๐๕ ว่า เจ้าของเท่านั้นที่จะทำการจำนองได้ เพราะฉะนั้น เมื่อ ก. เป็นแต่เจ้าของโรงเรือน ก็ย่อมจะจำนองได้แต่เฉพาะโรงเรือนของตน จะทำจำนองครอบไปถึงที่ดิน

ของ ค. ด้วยไม่ได้ ในกรณีกลับกัน ถ้า ค. จำนองที่ดินของตน การจำนองนั้นไม่ครอบไปถึงโรงเรือนของ ก.

๒. กรณีตามมาตรา ๗๒๐ นี้ ต้องเป็นเรื่องที่มีคนเป็นเจ้าของที่ดินฝ่ายหนึ่งกับอีกคนหนึ่งเป็นเจ้าของโรงเรือน ถ้าที่ดินและโรงเรือนเป็นเจ้าของคนเดียวกัน และมีการจำนองแต่ที่ดินอย่างเดียวหรือโรงเรือนอย่างเดียว ต้องไปว่ากันตามมาตรา ๗๑๘, ๗๑๙ คือ ถ้าโรงเรือนมีปลูกอยู่แล้วในวันจดทะเบียนจำนอง เจ้าของคนเดียวกันจำนองที่ดิน ต้องบังคับตามมาตรา ๗๑๘ โดยถือว่าจำนองโรงเรือนด้วย แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าเจ้าของจำนองแต่โรงเรือน ไม่ได้จำนองที่ดินด้วย จะถือว่าได้จำนองที่ดินด้วยไม่ได้ เพราะตามมาตรา ๑๐๐, ๗๑๘ ที่ดินไม่ใช่ทรัพย์ติดอยู่กับโรงเรือน

๓. กฎหมายในเมืองนอกพูดถึงโรงเรือนใต้ดิน ก็เพราะที่เมืองนอกเขาทำกันได้ เนื่องจากภูมิประเทศของเขาเป็นโขดเป็นเขา น้ำไม่ขัง แต่ของเรา โดยเฉพาะที่ภาคกลางนี้ ใครอุตริไปอยู่ในโรงเรือนใต้ดินเข้า มีหวังจะจมน้ำตาย

มาตรา ๗๒๑

"จำนองไม่ครอบไปถึงดอกผลแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง เว้นแต่ในเมื่อผู้รับจำนองได้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองหรือผู้รับโอนแล้วว่า ตนจำนงจะบังคับจำนอง"

หลักและข้อสังเกต

๑. ก. จำนองสวนทุเรียนไว้กับ ข. การจำนองนั้นไม่ครอบไปถึงผลทุเรียนด้วย ซึ่ง ก. มีสิทธิจะเก็บไปใช้ได้เป็นปกติ เมื่อเหลือใช้เหลือกิน ก็อาจขายส่งเงินไปเป็นดอกเบี้ยใช้ให้แก่ ข. ตามหลักที่ว่าในเรื่องจำนอง ลูกหนี้ครอบครองทำกินในทรัพย์สินเพื่อส่งดอกเบี้ยให้แก่เจ้าหนี้ แต่เมื่อใด ข. บอกกล่าวบังคับจำนอง ตั้งแต่นั้นไป เงินที่ขายทุเรียนได้ต้องส่งไปใช้หนี้ ข. ทั้งนี้เพราะถึงชั้นบังคับจำนองเสียแล้ว มิใช่เป็นเรื่องปกติที่ลูกหนี้ยังอยู่ทำประโยชน์ในทรัพย์สินเพื่อหาดอกเบี้ยส่งให้แก่เจ้าหนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๓๒/๒๔๘๑)

๒. ดอกผลตามมาตรา ๑๑๑ รวมถึงค่าเช่าด้วย สำหรับที่ดินที่มีโรงเรือนให้เช่า และผู้จำนองหรือผู้รับโอนได้ค่าเช่าจากโรงเรือนนั้น ก็บังคับอย่างเดียวกันเหมือนกับเรื่องลูกทุเรียน

หมวด ๓
สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนองและผู้จำนอง

มาตรา ๗๒๒

"ถ้าทรัพย์สินได้จำนองแล้ว และภายหลังที่จดทะเบียนจำนองมีจดทะเบียนภารจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่น โดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วยไซร้ ท่านว่าสิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าภารจำยอมหรือทรัพยสิทธิอย่างอื่นนั้น หากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนอง ก็ให้ลบสิทธิที่กล่าวหลังนั้นเสียจากทะเบียน"

ตัวอย่าง

ก. จดทะเบียนจำนองที่ดินเหมืองแร่ของตนไว้กับ ข. ภายหลังแต่นั้นได้ไปจดทะเบียนให้ ค. มีสิทธิเก็บกิน ซึ่งตามมาตรา ๑๔๑๗ ทำให้ ค. มีสิทธิขุดแร่จากที่ดินนั้นได้ จนทำให้ที่ดินถึงกับหมดค่า ถ้าจะขายก็ไม่มีใครซื้อ ดังนี้ ข. มีสิทธิที่จะให้ลบสิทธิของ ค. ออกจากทะเบียนได้ ซึ่งจะทำให้ที่ดินนั้นยังมีแร่และมีคนซื้อเอาไปทำเหมืองแร่ให้ราคาดีในเวลาที่ ข. หากจะบังคับจำนอง

หลักและข้อสังเกต

๑. หลักการในมาตรา ๗๒๒ นี้ เป็นอย่างเดียวกับการเพิกถอนนิติกรรมการฉ้อฉลตามมาตรา ๒๓๗ คือเมื่อลูกหนี้ทำนิติกรรมใด ๆ ไป อันเป็นเหตุให้ทรัพย์สินของตนไม่พอใช้หนี้ เจ้าหนี้ชอบที่จะฟ้องคดีขอให้เพิกถอนเสียได้

๒. ข้อความในตัวบทเกาสะเก็ดแผลเก่าให้หลุดออกมาเป็นปัญหาอีกว่า จำนองเป็นบุริมสิทธิหรือไม่ เพราะตามที่กล่าวไว้ในมาตรา ๗๒๒ นี้ จำนองดูเหมือนจะเป็นสิทธิอาวุโสยิ่งกว่าเหลือเกิน จนถึงกับว่าใครมาจดทะเบียนทรัพยสิทธิอะไรภายหลังให้เป็นที่เสื่อมสิทธิของผู้รับจำนอง ก็จะต้องลบสิทธิเหล่านั้นออกเสียทั้งหมดทั้งนั้น ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า ถ้าภายหลังที่ ก. จดทะเบียนจำนองที่ดินไว้กับ ข. แล้ว ก. จ้าง ค. สร้างตึกลงในที่ดินนั้น และ ค. เป็นนักรู้ไปขึ้นทะเบียนบุริมสิทธิของตนไว้ตามมาตรา ๒๘๖, ๒๘๗ ข. ผู้รับจำนองจะให้ลบสิทธิของ ค. ออกจากทะเบียนได้หรือไม่ มาตรา ๒๘๗ บัญญัติไว้แล้วว่า บุริมสิทธิของ ค. นั้น เมื่อจดทะเบียนแล้วย่อมเป็นบุริมสิทธิจริง ๆ ถึงกับบังคับได้ก่อนจำนอง ถ้าไปลบสิทธิของ ค. ออกเสีย ก็เท่ากับจะลบกฎหมายตามมาตรา ๒๘๖, ๒๘๗ ออกไปด้วย จึงทำไม่ได้ คำว่าทรัพยสิทธิในมาตรา ๗๒๒ เมื่อใช้ตามคำว่าภารจำยอมในบรรพ ๔ ต้องตีความว่า หมายถึงทรัพยสิทธิที่บัญญัติไว้ในบรรพ ๔ มีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น ทั้งหมดนี้จึงต้องถือว่าจำนองไม่ใช่บุริมสิทธิและไม่อยู่เหนือบุริมสิทธิ คงอยู่เหนือแต่เจ้าหนี้สามัญเท่านั้น ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๐๒

๓. เมื่อพูดถึงภารจำยอม คนธรรมดาทั่ว ๆ ไป เข้าใจว่าเป็นเรื่องทางเดิน จึงอาจมองไม่เห็นว่า จะมีปัญหาเกี่ยวโยงมาถึงมาตรานี้ได้อย่างไร แต่ตามมาตรา ๑๓๘๗ ภารจำยอมมีได้หลายอย่างนอกเหนือไปจากทางเดิน เช่น ก. เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งจำนองไว้กับ ข. ต่อมา ก. จดทะเบียนภารจำยอมประเภทยกเว้นไว้กับ ค. เจ้าของที่ข้างเคียงว่าจะไม่ปลูกสร้างสิ่งหนึ่งสิ่งใดลงในที่ดินของตน อันจะเป็นการปิดบังลมอากาศและแสงสว่างในที่ดินของ ค. ถ้ามีภารจำยอมเช่นนี้ผูกพันที่ดินของ ก. ใครเล่าจะซื้อ เพราะคนเรา

ต้องอยู่ในบ้าน ไม่ใช่สัตว์เลี้ยงคลาน และเมื่อไม่มีใครซื้อ ก็เดือดร้อนถึง ข. ผู้รับจำนองอีก ถึงขนาดที่จะต้องมาขอลบภารจำยอมเช่นนี้ออกจากทะเบียนเช่นเดียวกัน เพื่อให้ที่ดินขายได้ราคาดีสำหรับที่ ข. จะเอามาชำระหนี้ได้

๔. การเช่าไม่นับว่าเป็นทรัพยสิทธิ การที่ผู้จำนองเอาทรัพย์จำนองให้เช่า จึงไม่อยู่ในบังคับแห่งมาตรา ๗๒๒ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๗๗/๒๔๗๘)

๕. ทรัพยสิทธิที่จะขอให้ลบออกจากทะเบียนได้ ต้องได้จดทะเบียนหลังการจำนอง ถ้าเขาจดทะเบียนกันไว้ก่อน ผู้รับจำนองจะขอให้ลบออกไม่ได้

๖. เหตุที่ผู้รับจำนองจะขอให้ลบทะเบียนได้ ต้องเป็นเรื่องเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนอง เพราะฉะนั้น ถ้าทรัพย์สินมีราคามาก แม้จะมีทรัพยสิทธิจดทะเบียนไว้ ก็ยังขายได้ราคาพอใช้หนี้ผู้รับจำนอง ดังนี้ ผู้รับจำนองจะขอให้ลบทะเบียนทรัพยสิทธิไม่ได้

๗. ปัญหาเกี่ยวกับราคามากน้อยอย่างไร อันจะขายได้พอคุ้มการใช้หนี้จำนองหรือไม่ ตามความในมาตรา ๗๒๒ ต้องดูไปข้างหน้าให้ถึงเวลาบังคับจำนอง เพราะฉะนั้น ถ้ามีการจดทะเบียนทรัพยสิทธิกันวันนี้ จะพิเคราะห์ราคากันในในวันนี้ไม่ได้ เพราะต่อไปอีก ๕ ปี ๑๐ ปี ถึงเวลาบังคับจำนอง ราคาทรัพย์สินเช่นที่ดินอาจขึ้นไปจนคุ้มการใช้หนี้จำนองก็ได้แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่า ผู้รับจำนองที่จะใช้สิทธิตามมาตรา ๗๒๒ จะต้องรอไปจนถึงเวลาบังคับจำนอง เช่นตัวอย่างข้างต้นที่มีการจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้คนอื่นเข้ามาขุดแร่ในที่ดินจำนอง ถ้าพอจะคาดคเนได้ว่า หากให้ขุดแร่หรือยิ่งขุดแร่ราคาที่ดินจะตกลงไปต่ำกว่าจำนวนหนี้ และที่ดินไม่อยู่ในลักษณะหรือทำเลที่จะขึ้นราคาได้ จดทะเบียนสิทธิเก็บกินเมื่อใด ก็ขอให้ลบทะเบียนได้เมื่อนั้น ไม่ต้องรอไปจนถึงเวลาบังคับจำนองให้ที่ดินจำนองหมดราคา

๘. แต่มาตรา ๗๒๒ ไม่ให้สิทธิที่จะขอลบทะเบียนการจำนองซ้ำ เพราะมาตรา ๗๑๒ ให้ทำได้ และไม่เป็นการเสียสิทธิของผู้รับจำนองคนก่อน เพราะตามมาตรา ๗๓๐ ใครจดทะเบียนไว้ก่อน คนนั้นมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนอยู่แล้ว

มาตรา ๗๒๓

"ถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนองบุบสลาย หรือถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนองแต่สิ่งใดสิ่งหนึ่งสูญหายหรือบุบสลาย เป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การประกันไซร้ ท่านว่าผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเสียในทันทีก็ได้ เว้นแต่เมื่อเหตุนั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของผู้จำนอง และผู้จำนองก็เสนอจะจำนองทรัพย์สินอื่นแทนให้มีราคาเพียงพอหรือเสนอจะรับซ่อมแซมแก้ไขความบุบสลายนั้นภายในเวลาอันสมควรแก่เหตุ"

ตัวอย่าง

ก. จำนองเรือกำปั่นไว้กับ ข. ๑ ลำก็ดี หรือ ๒ ลำก็ดี มีกำหนดเวลาชำระหนี้ ๑ ปี ถ้าต่อมาเรือกำปั่นถูกมรสุมกลางทะเลบุบสลาย ดาดฟ้าเรือพังไปทั้งหมด หรือเรือที่จำนองไว้ ๒ ลำนั้นอับปางเสียลำหนึ่ง หรือบุบสลายเช่นเดียวกับที่กล่าวมา เป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การประกัน แม้จะยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ๑ ปี ข. ผู้รับจำนองจะพึงคดีบังคับจำนองเสียในทันทีก็ได้ แต่ถ้าเหตุที่เรือต้องสูญหายบุบสลายนั้น มิได้เป็นเพราะความผิดของเจ้าของเรือ และ ก. มีเรือกำปั่นลำอื่นมาจำนองแทนราคาเท่าเทียมกัน หรือรับจะซ่อมแซมดาดฟ้าที่ชำรุดเสียหายให้แล้วเสร็จภายในเวลาอันสมควร ดังนี้ ข. จะบังคับจำนองในทันทีไม่ได้ ต้องรอไปจนกว่าจะครบกำหนดเวลาชำระหนี้ แต่ถ้าในการที่เรือไปต้องมรสุมบุบสลายหรืออับปางลงนั้น เป็นเพราะความผิดของ ก. ที่ส่งเรือชำรุดออกไปเดินกลางทะเล หางเสือเรือหลุดเพราะชำรุด นายเรือบังคับเรือโต้คลื่นไม่ได้ เรือจึงต้องบุบสลายหรืออับปางลง ดังนี้ ข. บังคับจำนองได้ทันที และ ก. ไม่มีสิทธิเอาเรืออื่นมาจำนองแทน หรือเสนอซ่อมแซมแก้ไขความบุบสลาย

หลักและข้อสังเกต

๑. หลักการในมาตรา ๗๒๓ นี้ เป็นอย่างเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๕ แต่ขยายออกไปถึงกรณีที่ทรัพย์เกิดสูญหายบุบสลายไปเอง โดยผู้จำนองไม่ได้ทำให้มันสูญหายบุบสลาย ซึ่งในกรณีนี้เปิดโอกาสให้ผู้จำนองแก้ไขการบุบสลาย หรือหาทรัพย์อื่นมาจำนองแทนได้

๒. ความในตัวบทที่กล่าวถึงการบังคับจำนองเมื่อทรัพย์จำนองสูญหาย อาจทำให้ฉงนได้ เพราะเมื่อทรัพย์สูญหายไปแล้ว จะไปบังคับจำนองเอากับอะไร เช่นเรือล่มจมทะเลไปแล้วเป็นต้น แต่สังเกตได้ว่า เมื่อว่าถึงการสูญหาย ตัวบทกล่าวถึงการที่ทรัพย์จำนองสิ่งใดสิ่งหนึ่งสูญหาย มีความหมายว่า สิ่งอื่นยังมีเหลืออยู่พอที่จะบังคับจำนองได้ เช่นจำนองเรือกันไว้ ๒ ลำ ล่มเสียลำหนึ่ง ดังนี้ ย่อมบังคับจำนองเอากับอีกลำหนึ่งได้ตามมาตรา ๗๒๓

มาตรา ๗๒๔

"ผู้จำนองใดได้จำนองทรัพย์สินของตนไว้ เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ แล้วและเข้าชำระหนี้เสียเองแทนลูกหนี้ เพื่อจะป้องมิให้ต้องบังคับจำนอง ท่านว่าผู้จำนองนั้นชอบที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนที่ตนได้ชำระไป

ถ้าว่าต้องบังคับจำนอง ท่านว่าผู้จำนองชอบที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนซึ่งผู้รับจำนองจะได้รับใช้หนี้จากการบังคับจำนองนั้น"

ตัวอย่าง

วรรค ๑ ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ค. จำนองที่ดินราคา ๑๐๐,๐๐๐ บาทไว้เป็นประกัน เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้บังคับจำนอง ค. จึงชำระหนี้ ๕๐,๐๐๐ บาทแทน ก. รวมทั้งดอกเบี้ยและอุปกรณ์ที่ค้างชำระให้แก่ ข. เงินที่ ค. ใช้ไปนี้ ค. มีสิทธิเรียกร้องเอาคืนจาก ก. ได้

วรรค ๒ ถ้า ค. ไม่ได้ใช้หนี้เจ้าหนี้ดังกล่าวมา เจ้าหนี้ฟ้องบังคับจำนอง เผอิญราคาที่ดินกำลังตกต่ำ ขายได้เงินสุทธิเพียง ๓๐,๐๐๐ บาทไม่พอใช้หนี้ ก. แม้กระนั้น ค. ก็ยังมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ ก. ใช้เงิน ๓๐,๐๐๐ บาทได้ ตามจำนวนที่ขายทรัพย์จำนองใช้หนี้ ข.

หลักและข้อสังเกต

๑. มาตรา ๗๒๔ วรรค ๑ ใช้หลักการชำระหนี้รับช่วงสิทธิ คล้ายกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๓๐ ส่วนวรรค ๒ เป็นหลักเดียวกับการใช้สิทธิไล่เบี้ยของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๙๓ ต่างกันเป็นคนละเรื่อง

๒. มีข้อสังเกตว่า กรณีที่บัญญัติไว้ในวรรค ๑ นั้น ไม่มีการบังคับจำนอง ต่างกับวรรค ๒ ซึ่งมีการบังคับจำนอง ผลในทางปฏิบัติคือ ถ้าทรัพย์จำนองมีราคาท่วมจำนวนหนี้ที่มีจำนองเป็นประกัน และเจ้าของทรัพย์สินอยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ เจ้าของผู้จำนองทรัพย์สินก็คงจะป้องกันส่วนได้เสียของตน ด้วยวิธีชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เพื่อป้องกันการบังคับจำนอง แล้วเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้เรียกร้องเอาเงินที่ใช้แทนจากลูกหนี้ แต่ถ้าทรัพย์สินที่จำนองไว้ไม่คุ้มกับจำนวนหนี้ และเจ้าของผู้จำนองทรัพย์สินไม่ปรารถนาจะสงวนทรัพย์สินไว้ ตามปกติก็จะปล่อยให้เจ้าหนี้บังคับจำนองไป แล้วไปเรียกร้องเอามูลค่าของทรัพย์สินจากลูกหนี้ เพียงเท่าที่ขายทอดตลาดทรัพย์สินชำระหนี้เจ้าหนี้ได้ แต่ทั้งหมดนี้ย่อมสุดแล้วแต่เจ้าของทรัพย์สินที่จำนองจะเลือกใช้สิทธิของตนเป็นประการใด คือจะใช้สิทธิตามวรรค ๑ หรือวรรค ๒ ก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงมูลค่าของทรัพย์

๓. มีข้อสังเกตอีกข้อหนึ่ง คือ ในการที่จะเข้าไปใช้หนี้รับช่วงสิทธิตามวรรค ๑ นั้น เมื่อคำนวณหนี้รวมตลอดทั้งอุปกรณ์ที่จะบังคับจำนองมีอยู่เท่าใด เจ้าของจะต้องใช้ให้หมด มิฉะนั้นก็จะป้องกันมิให้มีการบังคับจำนองไม่ได้ ทั้งนี้ก็เพราะตามมาตรา ๓๒๐ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้เพียงบางส่วน ซึ่งถ้าชำระให้เขาไม่หมดเขาก็ยังมีสิทธิที่จะบังคับจำนอง แต่สำหรับวรรค ๒ นั้นต่างกัน เพราะไม่ใช่เรื่องที่เจ้าของทรัพย์สินเข้าไปใช้หนี้เพื่อรับช่วงสิทธิ แต่เป็นเรื่องที่เจ้าหนี้บังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินของเขาแล้ว เมื่อผลแห่งการนั้นเป็นประโยชน์ในการหักหนี้ไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เป็นจำนวนเท่าใด ผู้จำนองทรัพย์สินซึ่งอยู่ในฐานะคล้ายผู้ค้ำประกัน จึงมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้เท่าจำนวนนั้น

๔. สมมติว่า ก. กู้เงิน ข. ๑๐๐,๐๐๐ บาท ค. จำนองที่ดินไว้เป็นประกัน ที่ดินมีราคาเพียง ๕๐,๐๐๐ บาท และมีการจดทะเบียนไว้ด้วยว่า ให้ ข. บังคับจำนองเอาชำระหนี้ได้ไม่เกิน ๕๐,๐๐๐ บาท สมมติต่อไปว่า ข. จะบังคับจำนอง ค. ต้องการสงวนที่ดินไว้จึงใช้เงินให้ ข. ไป ๑๐๐,๐๐๐ บาท ดังนี้ ก. จะมีทางโต้เถียงได้หรือไม่ว่า ค. มีสิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ตนได้เพียง ๕๐,๐๐๐ บาทตามที่จดทะเบียนจำกัดความรับผิดไว้ ข้อนี้ ความในมาตรา ๗๒๔ วรรค ๑ บัญญัติไว้กว้างพอที่ ค. จะใช้หนี้ ข. ทั้ง ๑๐๐,๐๐๐ บาท เพื่อปัดป้องการบังคับจำนองและฟ้องไล่เบี้ยเอาเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาทจาก ก. ได้

มาตรา ๗๒๕

"เมื่อบุคคลสองคนหรือกว่านั้น ต่างได้จำนองทรัพย์สินแห่งตนเพื่อประกันหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียวอันบุคคลอื่นจะต้องชำระ และมิได้ระบุลำดับไว้ไซร้ ท่านว่าผู้จำนองซึ่งได้เป็นผู้ชำระหนี้หรือเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งต้องบังคับจำนองนั้นหามีสิทธิจะไล่เบี้ยเอาแก่ผู้จำนองอื่น ๆ ต่อไปได้ไม่"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท มี ค. และ ง. แต่ละคนจำนองที่ดินของตนเป็นประกัน และไม่มีการระบุลำดับที่จะบังคับจำนองไว้ ต่อมา ข. บังคับจำนองเอาแก่ที่ดินของ ง. ได้เงินชำระหนี้สิ้นเชิง ๕๐,๐๐๐ บาทรวมทั้งอุปกรณ์และดอกเบี้ย ง. ไม่มีสิทธิไปไล่เบี้ยเอาจาก ค.

หลักและข้อสังเกต

๑. กรณีที่บุคคลหลายคนต่างคนต่างจำนองทรัพย์สินของตนไว้เป็นประกันหนี้รายเดียวกันนั้น ถ้าไม่มีการตกลงเป็นลูกหนี้ร่วมกัน สิทธิไล่เบี้ยซึ่งกันและกันย่อมจะไม่มีเหมือนกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙๖ เพราะฉะนั้น เมื่อทรัพย์สินของเจ้าของคนใดคนหนึ่งถูกบังคับจำนอง ผู้ที่เป็นเจ้าของจะไปไล่เบี้ยเอากับผู้จำนองคนอื่นที่ไม่ถูกบังคับจำนอง

หาได้ไม่ คงมีแต่สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ตามมาตรา ๗๒๕ นอกจากนั้นทางแก้ก็มีบัญญัติไว้แล้วสำหรับบุคคลที่เอาทรัพย์สินมาจำนองทีหลัง เพราะตามมาตรา ๗๑๐ บุคคลที่ว่านี้ชอบที่จะเกี่ยงให้จัดลำดับการบังคับจำนองได้ โดยให้บังคับจำนองเอาจากทรัพย์สินของคนอื่นก่อนตามลำดับก่อนหลัง เมื่อไม่ได้ทำไว้เช่นนั้น แล้วเจ้าหนี้มาบังคับจำนองเอาจากทรัพย์สินของตนก่อน ก็โทษใครไม่ได้ จะยกเป็นเหตุผลขึ้นอ้างว่า เพราะทรัพย์สินของตนถูกบังคับจำนอง ผู้จำนองคนอื่นจึงไม่ต้องเดือดร้อน ก็ยังไม่เป็นเหตุที่จะไปไล่เบี้ยเอาจากเขาได้ เพราะตามมาตรา ๗๑๐, ๗๑๖ เมื่อมีทรัพย์หลายสิ่งจำนองเป็นประกันหนี้รายเดียวกัน เจ้าหนี้จะเลือกบังคับจำนองเอาจากทรัพย์รายไหนก็ได้

๒. หลักการในมาตรา ๗๒๕ นี้ ต่างกับกรณีที่หลายคนเข้าค้ำประกันหนี้รายเดียวกัน ซึ่งมีมาตรา ๖๘๒ ให้ถือว่า ผู้ค้ำประกันหลายคนนั้นเป็นลูกหนี้ร่วมกัน เมื่อคนใดคนหนึ่งใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ไป จึงไปไล่เบี้ยเอาจากคนอื่นได้ตามมาตรา ๒๙๖

๓. ความในมาตรา ๗๒๕ เมื่ออ่านกลับกันชวนให้เข้าใจผิดว่า ในกรณีที่ระบุลำดับทรัพย์สินจำนองไว้ เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกบังคับจำนองมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากเจ้าของที่ไม่ถูกบังคับจำนองได้ แต่ด้วยเหตุผลดังกล่าวมา กฎหมายไม่เป็นดังนั้น เพราะถ้ามีการระบุลำดับการบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินไว้ก่อนหลังกันอย่างไร ผลตามมาตรา ๗๑๐ ก็มีเพียงเท่าที่ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองไปตามลำดับนั้น คือข้ามลำดับไม่ได้ คนอยู่ที่หลังจึงไม่มีทางเสียเปรียบเสียหายเหมือนดังกล่าวมา

มาตรา ๗๒๖

"เมื่อบุคคลหลายคนต่างได้จำนองทรัพย์สินแห่งตน เพื่อประกันหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียวอันบุคคลอื่นจะต้องชำระ และได้ระบุลำดับไว้ด้วยไซร้ ท่านว่าการที่ผู้รับจำนองยอมปลดหนี้ให้แก่ผู้จำนองคนหนึ่งนั้น ย่อมทำให้ผู้จำนองคนหลัง ๆ ได้หลุดพ้นด้วย เพียงขนาดที่เขาต้องรับความเสียหายแต่การนั้น"

ตัวอย่าง

ตามตัวอย่างที่ให้ไว้ในมาตรา ๗๒๕ ถ้ามีการระบุลำดับไว้ว่าจะต้องบังคับจำนองเอาจากที่ดินของ ค. ก่อน แล้วจึงจะบังคับเอาจากที่ดินของ ง. ได้ ดังนี้ หาก ข. เจ้าหนี้ปลดจำนองให้แก่ ค. แล้วมาบังคับจำนองเอาจากที่ดินของ ง. เพื่อชำระหนี้ทั้งสิ้น ๕๐,๐๐๐ บาท และปรากฏว่า หากขายทอดตลาดที่ดินของ ค. จะได้เงินสุทธิ ๓๐,๐๐๐ บาท ข. ผู้เป็นเจ้าหนี้คงมีสิทธิบังคับจำนองเอาจากที่ดินของ ง. ได้เพียงในจำนวนเงิน ๒๐,๐๐๐ บาทเท่านั้น ซึ่งถ้าขายทอดตลาดที่ดินของ ง. ได้เงินมากกว่านั้นเหลือจากชำระหนี้ ข. เพียง ๒๐,๐๐๐ บาทเท่าไร ต้องคืนให้แก่ ง.

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามตัวอย่างข้างต้นที่เจ้าหนี้ปลดจำนองให้แก่ ค. ต้องถือว่าเจ้าหนี้ได้รับความพอใจในจำนวนเงินเพียงเท่าที่จะขายทอดตลาดที่ดินของ ค. ได้ เจ้าหนี้จึงบังคับจำนองเอาจากทรัพย์สินของ ง. ได้เพียงเท่าจำนวนที่หักกันแล้วคงเหลือ แม้ในระหว่างผู้จำนองด้วยกันเองต่างคนต่างไม่มีสิทธิไล่เบี้ยต่อกันดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๕ เมื่อเจ้าหนี้ได้รับความพอใจเพราะการปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองคนหนึ่งแล้ว อาศัยเหตุผลและความเป็นธรรมก็ควรจะปลดปล่อยให้ผู้จำนองคนอื่นที่อยู่ในลำดับหลังได้หลุดพ้นไปเท่าจำนวนที่เจ้าหนี้ได้รับความพอใจ นอกจากนั้น ถ้าไม่มีหลักเกณฑ์บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๖ ก็อาจเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้เลือกที่รักผลักที่ชัง บังคับจำนองเอาแก่คนนั้น ไม่บังคับจำนองเอาแก่คนนี้ หรืออาจเป็นทางให้ผู้จำนองที่ไม่ซื่อบางคนเดินเหินกับเจ้าหนี้เป็นที่เสียหายแก่คนซื่อได้ ทั้งนี้ว่ากันตามหลักลูกหนี้ร่วมดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙๓ แต่สำหรับผู้จำนองหลายคนไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นลูกหนี้ร่วมกันเหมือนผู้ค้ำประกันในมาตรา ๖๘๒ วรรค ๒ เหตุผลอันแท้จริงตามมาตรา ๗๒๖ จึงอยู่ที่ว่า เมื่อมีการจัดลำดับการจำนองไว้ก่อนหลังกัน การที่ผู้รับจำนองไปปลดหนี้ให้ผู้จำนองคนก่อน เท่ากับเป็นการโกงลำดับที่ได้จัดไว้ ทำให้ผู้รับจำนองมาบังคับจำนองเอาได้จากคนหลังโดยไม่ต้องผ่านคนก่อน เมื่อเขาเสียหาย กฎหมายจึงให้หักหนี้กับผู้รับจำนองได้ ดังตัวอย่างข้างต้น

๒. มาตรา ๗๒๕, ๗๒๖ อ่านไม่ดี อาจเข้าใจเขวไปได้ว่า ถ้าไม่มีการระบุลำดับการจำนองไว้ ผู้จำนองคนหลังที่ถูกบังคับจำนองไล่เบี้ยจากผู้จำนองคนก่อนไม่ได้ แต่ถ้าระบุลำดับไว้ ไล่เบี้ยได้ แต่ความจริงกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ดังนั้น กรณีตามมาตรา ๗๒๕ ที่ไม่มีการระบุลำดับ ผู้จำนองไล่เบี้ยจากกันไม่ได้ เพราะไม่ใช่ลูกหนี้ร่วมกัน กรณีตามมาตรา ๗๒๖ ที่มีการระบุลำดับ ก็ไล่เบี้ยกันไม่ได้อีกเหมือนกันเพราะเหตุเดียวกันที่ไม่ใช่ลูกหนี้ร่วมกัน สำหรับกรณีตามมาตรา ๗๒๖ นั้น ผู้รับจำนองคนหลังจะไล่เบี้ยจากคนก่อนก็ไม่มีอะไรจะไปไล่เบี้ยเอาได้ เพราะกฎหมายให้หักหนี้กับผู้รับจำนองได้แล้ว เท่าส่วนราคาที่ทรัพย์สินของคนก่อนจะใช้หนี้ผู้รับจำนองได้ ซึ่งถ้าราคานั้นพอใช้หนี้ได้ทั้งหมดผู้รับจำนองคนหลังก็จะได้หลุดพ้นจากการบังคับจำนองของเจ้าหนี้ไปเลย

๓. มีข้อสังเกตว่า มาตรา ๗๒๖ ไม่ได้ใช้จำกัดเฉพาะเมื่อมีผู้จำนองก่อนหลังกันสองคน จะมีสักกี่คนก็ยังใช้มาตรา ๗๒๖ บังคับได้ เพราะฉะนั้น ยิ่งมากคนก็ยิ่งดีสำหรับคนหลัง ๆ เพราะถ้าผู้รับจำนองใจดีปลดหนี้ให้คนก่อน ๆ มากคนเท่าใด หนี้ก็จะลดลงไปเท่านั้นตามราคาทรัพย์จำนองที่เจ้าหนี้ปลดให้ มาถึงคนสุดท้าย อาจไม่มีเหลือเลยก็ได้ แต่ถ้าผู้รับจำนองปลดหนี้ให้คนหลัง คนก่อนจะขอใช้สิทธิหักหนี้ตามมาตรา ๗๒๖ ด้วยไม่ได้เพราะเมื่อตามลำดับของตัวมาก่อนที่เขาจะบังคับจำนองได้ก่อนจนเต็มราคาทรัพย์สิน การที่เขาไปปลดหนี้ให้คนหลัง ๆ ไม่ทำให้สถานะการณ์ที่ว่านี้เปลี่ยนไปได้ เพราะฉะนั้นในทางตรงกันข้าม สำหรับเจ้าหนี้ที่ใจดีแต่ไม่อยากถูกหักหนี้ตามมาตรา ๗๒๖ จึงพึงหาทางปลดหนี้ให้ผู้จำนองคนหลัง ๆ โดยดูให้ดีเสียก่อนว่าทรัพย์จำนองของคนก่อน ๆ ยังมีราคาพอใช้หนี้ได้เต็มจำนวนหรือไม่

มาตรา ๗๒๗

"ถ้าบุคคลคนเดียวจำนองทรัพย์สินแห่งตน เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตรา ๖๔๗, ๗๐๐ และ ๗๐๑ ว่าด้วยค้ำประกันนั้นบังคับอนุโลมตามควร"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ค. จำนองที่ดินของตนเป็นประกัน ในเวลาเดียวกัน ก. ลูกหนี้ได้มอบแหวนเพชร ๑ วงราคา ๕,๐๐๐ บาท จำนำไว้กับ ข. ด้วย ถ้าต่อมา ข. คืนแหวนเพชรนั้นให้แก่ ก. ไป แล้วมาบังคับจำนองเอาแก่ที่ดินของ ค. ต้องหักจำนวนเงินที่จะบังคับจำนองได้ออกไป ๕,๐๐๐ บาท เท่าราคาแหวนเพชรที่ ข. คืนให้แก่ ก. ไปนั้นทั้งนี้ โดยอนุโลมตามมาตรา ๖๙๗ หรือถ้าหนี้มีกำหนดเวลาชำระแน่นอนและ ข. ผ่อนเวลาให้แก่ ก. ทรัพย์สินของ ค. เป็นอันหลุดพ้นจากการจำนอง ทั้งนี้ โดยอนุโลมตามมาตรา ๗๐๐ ที่สุดอนุโลมตามมาตรา ๗๐๑ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ค. ขอชำระให้แก่ ข. และ ข. ไม่ยอมรับชำระหนี้ ทรัพย์สินของ ค. ก็เป็นอันหลุดพ้นจากการจำนองไปเหมือนกัน

หลักและข้อสังเกต

๑. ผู้จำนองทรัพย์สินของตนเป็นประกันหนี้ของคนอื่นนั้น แม้ตามบทบัญญัติในมาตรา ๗๒๗ และอื่น ๆ จะอนุโลมใช้หลักค้ำประกันบางประการก็จริง แต่ก็หาใช่ผู้ค้ำประกันไม่ คงมีแต่สิทธิทำนองผู้ค้ำประกันเท่าที่กฎหมายบัญญัติให้มี นอกเหนือไปจากนั้นจะใช้สิทธิอย่างผู้ค้ำประกันไม่ได้ เช่นสิทธิของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๘๗ ถึง ๖๙๐ หรือสิทธิของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๙๔ เหล่านี้ ผู้จำนองทรัพย์สินเป็นประกันจะยกเอามาใช้ไม่ได้

๒. ตัวอย่างอาจมีได้เช่น ก. กู้เงิน ข. ค. จำนองที่ดินเป็นประกัน เมื่อ ก. ไม่ใช้หนี้ และ ข. มีหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา ๗๒๘ แล้ว แม้ ก. จะมีทรัพย์สินพอใช้หนี้ได้ ข. ก็บังคับจำนองเอากับที่ดินของ ค. ได้ ค. จะยกมาตรา ๖๘๙ มาอ้างเพื่อให้ ข. ไปบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของ ก. ก่อนไม่ได้ ซึ่งถ้า ค. เป็นผู้ค้ำประกัน ค. อ้างได้ที่เป็นดังนี้ก็เพราะผู้จำนองทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ของอีกคนหนึ่ง เป็นแต่ประกันว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ก็ให้เจ้าหนี้เอาทรัพย์จำนองไปขายใช้หนี้ได้ ต่างกับผู้ค้ำประกันซึ่งเป็น

ลูกหนี้ชั้นที่สอง ผูกพันตนไว้ว่าถ้าลูกหนี้ชั้นต้นไม่ใช้หนี้ตนจะใช้ (มาตรา ๖๘๐) เพราะฉะนั้นเมื่อลูกหนี้ชั้นต้นยังมีทรัพย์สินพอใช้หนี้ได้ ผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นลูกหนี้ชั้นที่สองจึงยังไม่ต้องใช้

๓. ถ้าผู้จำนองทรัพย์สินประกันหนี้บุคคลอีกคนหนึ่งประสงค์ใช้สิทธิได้เหมือนผู้ค้ำประกัน ก็มีทางจะทำได้เหมือนกัน ด้วยวิธีเข้าทำสัญญาเป็นผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๘๐ แล้วเอาทรัพย์สินจำนองประกันหนี้ของตนเองในฐานะผู้ค้ำประกันอีกต่อหนึ่ง โดยไม่จำนองไว้เป็นประกันหนี้ของลูกหนี้ อันจะเป็นผลในทางตัดสิทธิต่อสู้ของผู้ค้ำประกัน แต่นั่นแหละเจ้าหนี้คนใดที่รู้แง่ของกฎหมายดังว่ามานี้ และรู้ตลอดถึงข้อได้เปรียบเสียเปรียบอันเป็นผลแต่การนั้น ก็จะเกี่ยงให้เอาทรัพย์สินมาจำนองประกันหนี้โดยตรง และไม่ยอมรับการค้ำประกันเบี่ยงบ่ายดังว่ามานี้

๔. การที่มาตรา ๗๒๗ ให้อนุโลมเอาบทบัญญัติว่าด้วยค้ำประกันมาใช้เพียง ๓ มาตรา มีผลได้แปลก ๆ เช่น ก. เป็นกรรมการบริษัท ค. บริษัท ค. ทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีไว้กับธนาคาร ก. เข้าทำสัญญาค้ำประกัน และในเวลาเดียวกันเอาที่ดินของตนจำนองไว้เป็นประกันด้วย สำหรับสัญญาค้ำประกันนั้น ก. อาจบอกเลิกได้ตามมาตรา ๖๘๘ แต่จะบอกเลิกการจำนองไม่ได้ เพราะมาตรา ๗๒๗ ไม่ได้อนุโลมเอามาตรา ๗๙๘ มาใช้บังคับแก่การจำนอง

หมวด ๕
การบังคับจำนอง

มาตรา ๗๒๘

"เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่า ให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดให้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้"

หลักและข้อสังเกต

๑. ข้อสังเกตคือ การบังคับจำนองต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล ทั้งนี้ต่างกบการบังคับจำนำ ซึ่งตามมาตรา ๗๖๔ เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับจำนำเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องฟ้องคดี เหตุที่แตกต่างกันดังนี้ก็เพราะว่า ในการจำนองทรัพย์สินยังอยู่ในครอบครองของลูกหนี้หรือผู้จำนอง (มาตรา ๗๐๒) เจ้าหนี้จึงไม่อยู่ในฐานะที่จะทำกฎหมายเอาเองไปยึดยื้อเอาของเขามาขายทอดตลาดใช้หนี้ได้ จึงต้องอาศัยอำนาจศาล ทั้งนี้ผิดกับจำนำ ซึ่งทรัพย์อยู่ในครอบครองของเจ้าหนี้ (มาตรา ๗๔๗) ซึ่งเจ้าหนี้จะเอาไปขายทอดตลาดใช้หนี้ได้ กฎหมายจึงไม่บังคับให้ต้องมาขออำนาจศาล

๒. ก่อนฟ้องคดีบังคับจำนองต่อศาล เจ้าหนี้ต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้เวลาแก่ลูกหนี้ตามสมควรที่จะชำระหนี้ ตามปกติ คำบอกกล่าวเช่นนี้ไม่จำเป็นสำหรับสิทธิเรียกร้องอย่างอื่น เว้นแต่จะเป็นหนี้ไม่กำหนดเวลาชำระ ซึ่งจะต้องมีการบอกกล่าวทวงถามตามมาตรา ๒๐๓ ถ้าเป็นหนี้มีกำหนดเวลาชำระ ซึ่งตามมาตรา ๒๐๔ ไม่ต้องมีการบอกกล่าวทวงถาม ผลของการบอกกล่าวในคดีธรรมดาจะมีก็เพียงเท่าที่เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาล เช่นเจ้าหนี้ฟ้องเรียกเงินกู้โดยไม่ได้บอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้า ลูกหนี้นำเงินไปใช้ให้ที่ศาล ศาลอาจสั่งให้เจ้าหนี้เป็นฝ่ายเสียค่าธรรมเนียมก็ได้ ถ้าปรากฏว่าหากได้มีการบอกกล่าว ลูกหนี้จะได้ทำการชำระหนี้โดยไม่ต้องมีคดีไปถึงโรงศาล แต่สำหรับการบังคับจำนองนั้น การบอกกล่าวบัญญัติไว้เป็นเงื่อนไขแห่งการบังคับจำนอง ซึ่งถ้าไม่มีไปคดีบังคับจำนองจะต้องถูกยกฟ้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๕๖/๒๔๗๔, ๒๐๑/๒๔๗๕) แต่ไม่ห้ามการฟ้องคดีใหม่ เมื่อต่อมาได้บอกกล่าวโดยชอบแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๒๕/๒๔๗๕) เพราะฉะนั้น แม้หนี้จำนองจะมีกำหนดเวลาชำระ ซึ่งตามมาตรา ๒๐๔ ไม่ต้องมีการบอกกล่าวให้หนี้ถึงกำหนดชำระ เพื่อการบังคับจำนอง เจ้าหนี้ก็ยังต้องบอกกล่าวเป็นพิเศษตามมาตรา ๗๒๘

๓. อย่างไรเป็นเวลาอันสมควร เป็นข้อเท็จจริงที่ศาลจะวินิจฉัยเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยจะคำนึงถึงความเหมาะสมทางเจ้าหนี้แต่ฝ่ายเดียวหาได้ไม่ แต่ต้องพิเคราะห์ให้ตลอดไปถึงความเหมาะสมและความสะดวกทางฝ่ายลูกหนี้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้โอกาสและเวลาตามสมควรที่ลูกหนี้จะทำการชำระหนี้ตามความมุ่งหมายของตัวบท โดยปกติการบังคับจำนองมักจะบอกกล่าวให้เวลากัน ๑ เดือน แต่ก็ไม่จำเป็นเสมอไป ถ้าเคยบอกกล่าวกันมาก่อนนานแล้ว ครั้งหลังที่สุดจะบอกกล่าวให้เวลากันเพียง ๑๐ วัน ๑๕ วันก็พอ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๖๘/๒๔๘๘) แต่ถ้าเป็นการบังคับจำนองเอาแก่ผู้รับโอนทรัพย์สิน มาตรา ๗๓๕ บังคับว่าต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ๑ เดือน

๔. มาตรา ๗๒๘ เขียนไว้ว่า ผู้รับจำนองจะใช้สิทธิด้วยวิธีบังคับจำนองหรือไม่ก็ได้ เดิมมีคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๐๑/๒๔๗๔ วินิจฉัยว่า เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะใช้สิทธิได้แต่ด้วยวิธีบังคับจำนอง แต่ต่อมามีคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๗/๒๕๐๖ วินิจฉัยว่า เจ้าหนี้จะบังคับจำนองหรือจะฟ้องบังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญก็ได้

๕. ถ้าตัวลูกหนี้เองเป็นผู้จำนอง ปัญหาย่อมไม่มี แต่ถ้าบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นผู้จำนองทรัพย์สินประกันหนี้ของลูกหนี้ เมื่อจะบังคับจำนอง มาตรา ๗๒๘ ไม่มีบัญญัติไว้ให้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองด้วย กรณีเช่นสามีมอบอำนาจให้ภริยาทำสัญญาจำนอง มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่า การบังคับจำนองต้องบอกกล่าวแก่สามี จะบอกกล่าวแก่ภริยาไม่พอ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๕๐/๒๕๐๔) อาจเป็นปัญหาตีความตามมาตรา ๗๒๘ ว่าบุคคลที่จำนองทรัพย์สินประกันหนี้ ตกอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้จะต้องยอมให้เขาบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินของตน จึงเป็นลูกหนี้ที่จะต้องบอกกล่าวตามมาตรา ๗๒๘

๖. ในเรื่องที่คนหนึ่งจำนองทรัพย์สินประกันหนี้อีกคนหนึ่งนั้น เพราะมาตรา ๗๒๗ ไม่ได้อนุโลมมาตรา ๖๘๖ มาบังคับ ความรับผิดของผู้จำนองทรัพย์สินจึงไม่ได้เกิดแต่การผิดนัดของลูกหนี้ แต่เกิดแต่การที่เจ้าหนี้มีหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองตามมาตรา ๗๒๘ เพราะฉะนั้น ถึงแม้ว่าลูกหนี้จะผิดนัดแล้วก็ตาม เจ้าหนี้ก็ยังบังคับจำนองไม่ได้ จนกว่าจะได้บอกกล่าวตามมาตรา ๗๒๘

มาตรา ๗๒๙

"นอกจากทางแก้ดังบัญญัติไว้ในมาตราก่อนนั้น ผู้รับจำนองยังชอบที่จะเรียกเอาทรัพย์จำนองหลุดได้ภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดังจะกล่าวต่อไปนี้

(๑) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี

(๒) ผู้จำนองมิได้แสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ และ

(๓) ไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้เอง"

หลักและข้อสังเกต

๑. นอกจากการบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเพื่อใช้หนี้แล้ว ผู้รับจำนองยังมีสิทธิที่จะเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิภายในบังคับเงื่อนไขดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๙ หลักการทั่ว ๆ ไปที่ผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิได้นั้น คือ ราคาทรัพย์สินที่จะเอาหลุดเป็นสิทธิต้องพอ ๆ กับหนี้ และไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิของผู้อื่นครอบงำทรัพย์สินอยู่ ทั้งนี้ก็เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้เอารัดเอาเปรียบฝ่ายลูกหนี้โดยไม่ชอบธรรม ซึ่งจะเป็นผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลุดจากมือฝ่ายลูกหนี้ เป็นการตัดอาชีพทางทำมาหาได้ของเขาดังกล่าวมา

๒. เงื่อนไขที่จะเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิได้นั้น จะต้องประกอบพร้อมทั้ง ๓ อย่าง ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๙ เช่นตราบใดที่ลูกหนี้ยังคงส่งดอกเบี้ย หรือไม่ได้ขาดส่งดอกเบี้ยถึง ๕ ปีตาม (๑) แม้จะปรากฏว่า จำนวนหนี้ท่วมราคาทรัพย์สินตาม (๒) และไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิครอบงำทรัพย์สินที่จำนอง เจ้าหนี้ก็เอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิไม่ได้

๓. ความใน (๒) อ่านเข้าใจยากสักหน่อย แต่ความหมายนั่นคือ เมื่อผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิ หากผู้จำนองพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่า ราคาทรัพย์

สินทั่วมจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ ผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิไม่ได้ เช่นพิสูจน์ว่าที่ดินที่เขาจะเอาหลุดเป็นสิทธิมีราคาตั้ง ๑ ล้านบาท แต่หนี้มีอยู่เพียง ๑ แสนบาทเท่านั้น ตามที่บัญญัติไว้ใน (๒) หน้าที่นำสืบในข้อนี้ตกเป็นของผู้จำนอง ฝ่ายผู้รับจำนองมีหน้าที่นำสืบแต่เพียงว่า ลูกหนี้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลา ๕ ปี และไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิจดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สิน เมื่อผู้รับจำนองพิสูจน์ได้เพียงเท่านี้ ถ้าผู้จำนองไม่พิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลตาม (๒) ศาลต้องพิพากษาให้ทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนอง

๔. กฎหมายบัญญัติไว้แต่เพียงว่า ถ้าผู้จำนองพิสูจน์ได้ว่าราคาทรัพย์สินทั่วมจำนวนเงินที่ค้างชำระ ผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิไม่ได้ โดยไม่ได้กำหนดว่าจะต้องท่วมมากน้อยเพียงใด เพราะฉะนั้น แม้จะท่วมเพียงสลึงเฟื้อง ก็เอาทรัพย์ของเขาหลุดเป็นสิทธิไม่ได้ จำนวนเงินที่ค้างชำระในที่นี้ต้องเข้าใจว่าเป็นจำนวนเงินที่สิทธิจำนองครอบตามมาตรา ๗๑๕

๕. ถ้ามีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิจดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สิน ผู้รับจำนองจะเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิไม่ได้ แม้การจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธินั้น จะได้จดทะเบียนภายหลังการจำนองของตนก็ตาม ทั้งนี้เพราะการเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิหมายความถึงการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ โดยปลอดจากภารติดพันทั้งปวง ซึ่งถ้าเจ้าหนี้จะบังคับเอาผลดังนั้น ผู้รับจำนองรายอื่นหรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิจะเสียหาย เมื่อมีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอันได้จดทะเบียนไว้ ผู้รับจำนองจึงเอาทรัพย์หลุดเป็นสิทธิไม่ได้ จะเอาหลุดเป็นสิทธิให้ได้ ผู้รับจำนองต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เหล่านั้นเสียก่อน เมื่อได้ปลดบุริมสิทธิและการจำนองรายอื่นออกไปหมดแล้ว จึงจะมีทางเอาหลุดเป็นสิทธิได้

๖. มาตรา ๗๒๙ เป็นเรื่องบังคับจำนองเช่นเดียวกับมาตรา ๗๒๘ ก่อนเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิ จึงต้องมีการบอกกล่าวเช่นเดียวกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๗๓๒/๒๕๐๐) และน่าจะต้องฟ้องคดีเช่นเดียวกัน

มาตรา ๗๓๐

"เมื่อทรัพย์สินอันหนึ่งอันเดียวได้จำนองแก่ผู้รับจำนองหลายคนด้วยกัน ท่านให้ถือลำดับผู้รับจำนองเรียงตามวันและเวลาจดทะเบียน และผู้รับจำนองคนก่อนจักได้รับใช้หนี้ก่อนผู้รับจำนองคนหลัง"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท เอาที่ดินราคา ๑๐๐,๐๐๐ บาท จำนองไว้เป็นประกัน ต่อมา ก. กู้เงิน ค. ๓๐,๐๐๐ บาท เอาที่ดินรายเดียวกันจำนองซ้ำ แล้วที่สุดเอาไปจำนองไว้กับ ง. อีก ๒๐,๐๐๐ บาท ถึงเวลาบังคับจำนอง ที่ดินของ ก. ขายได้เงินสุทธิเพียง ๘๐,๐๐๐ บาท ข. เจ้าหนี้จดทะเบียนคนแรก ชอบที่จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ๕๐,๐๐๐ บาทก่อน เหลือเงินอีก ๓๐,๐๐๐ บาท ต้องใช้ให้แก่ ค. เจ้าหนี้ผู้รับจำนองในอันดับ ๒ ง. เจ้าหนี้ผู้รับจำนองในอันดับสุดท้ายเป็นอันไม่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง

หลักและข้อสังเกต

๑. หลักการทางทะเบียนนั้น โดยทั่วไป ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ต้องถือลำดับการจดทะเบียนก่อนหลังเป็นเกณฑ์กำหนดว่าสิทธิของใครจะดีกว่ากัน กรณียกเว้นที่ผู้จดทะเบียนที่หลังจะมาก่อน มีตัวอย่างเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๗

๒. แต่กฎหมายให้ถือลำดับวันเวลาจดทะเบียนเป็นเกณฑ์ เพราะฉะนั้นกรณีจึงอาจเป็นได้ว่า วันนี้ ก. จำนองที่ดินประกันหนี้ไว้กับ ข. ๕๐,๐๐๐ บาท รุ่งขึ้นเอาไปจำนองไว้กับ ค. ๕๐,๐๐๐ บาท วันต่อไปกลับเอามาจำนองไว้กับ ข. อีก ๓๐,๐๐๐ บาท ลำดับการใช้หนี้ต้องใช้ ข. ก่อน ๕๐,๐๐๐ บาท แล้วใช้ ค. ๕๐,๐๐๐ บาท แล้วจึงจะใช้ ข. ๓๐,๐๐๐ บาท ข. จะเอาชำระหนี้ทั้ง ๘๐,๐๐๐ บาทก่อน ค. ไม่ได้ คงได้รับใช้หนี้ก่อน ค. เพียง ๕๐,๐๐๐ บาท

มาตรา ๗๓๑

"อันผู้รับจำนองคนหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่"

ตัวอย่าง

ก. จำนองที่ดินราคา ๑๐๐,๐๐๐ บาทไว้กับ ข. ประกันหนี้ ๕๐,๐๐๐ บาท แล้วเอาไปจำนองต่อกับ ค. ไว้อีก ๓๐,๐๐๐ บาท หนี้ของ ข. ถึงกำหนดชำระภายใน ๓ ปี แต่ของ ค. ถึงกำหนดชำระภายใน ๑ ปี ก่อน ข. ค. จึงดำเนินเรื่องจะบังคับจำนองเมื่อหนี้ถึงกำหนด แต่ปรากฏว่าในขณะนั้นราคาที่ดินกำลังตกต่ำ ซึ่งถ้าเอาออกขายทอดตลาดในขณะนั้นจะได้ราคาเพียง ๔๐,๐๐๐ บาท แต่ถ้ารอไปอีกสองปีราคาจะดีขึ้นดังนี้ ข. มีสิทธิที่จะคัดค้านไม่ให้ ค. บังคับจำนอง เพราะจะได้เงินมาไม่พอใช้หนี้ ข. อันเป็นสิทธิของ ข. ที่จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ๕๐,๐๐๐ บาทก่อน ค.

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามตัวอย่างข้างต้น อาจมีข้อคิดสนเท่ห์ได้ว่า การที่ ค. จะมาบังคับจำนองเอาทรัพย์ออกขายทอดตลาดได้เงินมาเพียง ๔๐,๐๐๐ บาท ซึ่งจะต้องเป็นของ ข. ตามมาตรา ๗๓๐, ๗๓๒ นั้น คนมีเหตุผลธรรมดาใครจะทำ เพราะตนเองไม่ได้ประโยชน์อะไรด้วยแต่นั่นแหละ บางทีคนธรรมดาก็ทำอะไรโดยไม่มีเหตุผล หรือบางทีอาจมีเหตุผลปกปิดไปในทางกลั่นแกล้งกันเล่น หรือสมยอมกับผู้ที่จะซื้อทรัพย์ในการทอดตลาดในราคาต่ำก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม หนี้ของ ค. ถึงกำหนดก่อน ข. ซึ่งถ้า ค. จะบังคับจำนองขึ้นมา ข. จะเสียหาย ปัญหามีว่ากฎหมายบัญญัติคุ้มครอง ข. อย่างไร จึงต้องมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ ทั้งนี้ ตามหลักที่ว่า การใช้สิทธิของตนจะต้องไม่เป็นที่เสียหายแก่ผู้อื่น (มาตรา ๕, ๔๒๑)

๒. ตัวอย่างที่ให้ไว้สำหรับมาตรา ๗๓๐ นั้น บางท่านให้เป็นตัวอย่างสำหรับมาตรา ๗๓๑ ด้วย ซึ่งเห็นว่าไม่ถูก เพราะเมื่อขายทรัพย์จำนองได้เงินมาเท่าไร มาตรา ๗๓๐,๗๓๒ ก็บอกไว้แล้วว่า คนไหนจดทะเบียนรับจำนองก่อน ให้คนนั้นได้รับชำระหนี้ก่อนที่จะกล่าวว่าหากคนหลังจะขอชำระหนี้ก่อน จะเป็นการทำให้ผู้รับจำนองก่อนเสียหายจึงปรับเข้ามาตรา ๗๓๑ นั้น ก็เท่ากับจะกล่าวว่า ผู้ร่างกฎหมายบัญญัติมาตรา ๗๓๑ ทับหรือซ้ำมาตรา ๗๓๐ ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปได้ และการที่ผู้รับจำนองคนหลังจะไปขอรับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนองคนก่อนนั้น ตามมาตรา ๗๓๐, ๗๓๒ ก็ไม่มีสิทธิจะทำได้อยู่แล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้รับจำนองคนก่อนเขามีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน ผู้รับจำนองคนหลังจึงจะขอบังคับจำนองเอาชำระหนี้ก่อนให้เสียสิทธิของเขาไม่ได้ และมาตรา ๗๓๑ ก็ไม่ได้พูดไว้เป็นเรื่องบังคับให้เสียสิทธิต่อกัน แต่พูดไว้เป็นเรื่องเสียหาย เรื่องตามมาตรา ๗๓๑ จึงต้องเป็นอื่น และต้องหาตัวอย่างอื่น ดังให้ไว้ข้างต้น

๓. ตามที่กล่าวมา ตัวอย่างจึงมีได้อีกที่จะใช้มาตรา ๗๓๑ บังคับ เช่นในการรับจำนองที่ดินของ ก. ข. ประสงค์จะนอนกินดอกเบี้ย จึงกำหนดเงื่อนเวลาไว้เป็นประโยชน์แก่ตน (มาตรา ๑๔๔) มิให้ ก. ชำระหนี้ไถ่จำนองได้ก่อนกำหนด ๓ ปี ค. เข้ารับจำนองทีหลัง แต่มีกำหนดชำระหนี้ ๑ ปี ดังนี้ ถ้า ค. จะบังคับจำนองก่อนถึงกำหนด ๓ ปี ก็จะเป็นการบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ ข. ผู้รับจำนองคนก่อนอีกเหมือนกัน

มาตรา ๗๓๒

"ทรัพย์สินซึ่งจำนองขายทอดตลาดได้เงินเป็นจำนวนสุทธิเท่าใด ท่านให้จัดใช้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับ และถ้ายังมีเงินเหลืออยู่อีก ก็ให้ส่งมอบแก่ผู้จำนอง"

ตัวอย่าง

ก. จำนองที่ดินราคา ๑๐๐,๐๐๐ บาทไว้กับ ข. เป็นประกันเงินกู้ ๕๐,๐๐๐ บาท และจำนองต่อไว้กับ ค. ๒๐,๐๐๐ บาท ที่สุดจำนองต่อไว้กับ ง. อีก ๑๐,๐๐๐ บาท เมื่อมีการบังคับจำนองขายทอดตลาดทรัพย์สิน ได้เงินสุทธิมา ๑๐๐,๐๐๐ บาท ต้องเอาเงินใช้หนี้ให้แก่ ข. ค. ง. เรียงตามลำดับในจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ ถ้าเงินเหลือ ๒๐,๐๐๐ บาท ต้องคืนให้แก่ ก.

หลักและข้อสังเกต

ความสำคัญในมาตรานี้ไม่ได้อยู่ที่ว่าให้ใช้หนี้แก่ผู้รับจำนองเรียงตามลำดับเพราะความข้อนี้มีบัญญัติไว้แล้วในมาตรา ๗๓๐ ความสำคัญอยู่ที่ว่า เมื่อมีเงินเหลือต้องคืนให้แก่ผู้จำนอง ทั้งนี้ก็เพราะว่าการจำนองเป็นแต่ประกันแห่งหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนเต็มจำนวนสมด้วยความมุ่งหมายแห่งประกันแล้ว เงินที่เหลือจึงต้องตกเป็นของผู้จำนอง และมาตรา ๗๓๒ นี้เป็นเรื่องบังคับจำนองโดยวิธีเอาทรัพย์ออกขายทอดตลาด ไม่ใช่เป็นเรื่องเอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิตามมาตรา ๗๒๙ มีข้อควรสังเกตว่า ถึงแม้จะไม่มีผู้รับจำนองหลายคนจะต้องเรียงตามลำดับใช้หนี้ ในกรณีที่มีผู้รับจำนองเพียงคนเดียวเมื่อมีเงินเหลือจากการบังคับจำนองใช้หนี้ ก็ต้องคืนให้เจ้าของไปเหมือนกัน อีกประการหนึ่ง แม้มาตรา ๗๓๒ จะกล่าวไว้เป็นเรื่องบังคับจำนองเอาทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาดก็ไม่ได้หมายความว่าถ้ามีเจ้าหนี้สามัญยึดทรัพย์จำนองขายทอดตลาดใช้หนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะเสียสิทธิตามมาตรา ๗๐๒ ที่จะได้รับใช้หนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ เงินที่ขายได้จึงต้องหักใช้หนี้จำนองก่อน แม้ผู้รับจำนองจะเป็นผู้สู้ราคาซื้อทรัพย์นั้นได้ก็ตาม (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๑๖/๒๕๐๔)

มาตรา ๗๓๓

"ถ้าเอาทรัพย์จำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงิน

จำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเงินนั้น”

หลักและข้อสังเกต

๑. สำหรับมาตรานี้ ได้กล่าวแล้วว่า การแก้ไขด้วยเหตุผลทางการเมืองได้ทำให้หลักกฎหมายวิปริตแปรปรวนไปเป็นอันมาก จนถึงขนาดที่จะถือไม่ได้ว่าการจำนองเป็นประกันแห่งหนี้ เพราะถ้าเป็นประกันแห่งหนี้แล้ว เมื่อขายทรัพย์จำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ลูกหนี้ยังจะต้องรับผิด นอกจากนั้น เพื่อมิให้เจ้าหนี้เลี่ยงมาตรา ๗๓๓ ที่แก้ไขใหม่ไปบังคับชำระหนี้ที่ยังขาดจำนวนเอาจากลูกหนี้โดยอาศัยหลักทั่วไปในมาตรา ๒๑๔ ผู้แก้กฎหมายในมาตรา ๗๓๓ ยังได้แก้ตลอดไปถึงมาตรา ๒๑๔ ด้วย คือให้มาตรา ๒๑๔ อยู่ในบังคับมาตรา ๗๓๓ อีกนัยหนึ่ง ให้ถือเป็นข้อยกเว้นว่า ในเรื่องจำนองนั้น ถ้าบังคับจำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ เจ้าหนี้จะไปอาศัยมาตรา ๒๑๔ ยึดทรัพย์สินอย่างอื่นของลูกหนี้ใช้หนี้ที่ยังขาดจำนวนไม่ได้ การแก้กฎหมายครั้งนี้ ทำให้กฎหมายในเรื่องประกันกลายเป็นสัตว์หัวมงกุฎท้ายมังกร เพราะแก้แต่ในเรื่องจำนองเท่านั้น เรื่องจำนำในมาตรา ๗๖๗ วรรค ๒ ไม่ได้แก้ด้วย และควรจะแก้ให้ตลอดไปถึงลักษณะค้ำประกันด้วยบุคคลให้เป็นผลว่า เมื่อเจ้าหนี้บังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกันได้เงินไม่พอใช้หนี้ จะมาเรียกเอาอะไรจากลูกหนี้อีกไม่ได้ แต่ข้อนี้ก็ไม่ได้แก้อีกเหมือนกัน ถ้าเลี่ยงไปตกลงกันว่า แม้ส่วนตัวลูกหนี้ผู้จำนองจะไม่ต้องรับผิด หากขายทรัพย์จำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้ ให้คนอื่นเป็นผู้ค้ำประกันรับผิด ศาลก็ตัดสินว่าใช้ได้ ไม่ใช่สัญญาผิดกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๖/๒๔๘๑,๔๑๔/๒๔๘๑)

๒. แต่การแก้มาตรา ๗๓๓ ตกเป็นหมัน เพราะทางตุลาการไม่เล่นด้วย ดังกล่าวมาแล้ว โดยชี้ขาดตัดสินว่า สัญญาที่ทำต่อกันผิดแผกแตกต่างกับมาตรา ๗๓๓ ที่แก้ไขใหม่นี้ เป็นสัญญาที่ใช้ได้ ไม่เป็นโมฆะ เพราะฉะนั้น ที่แก้กฎหมายกันทั้งที ก็เหมือนไม่ได้แก้ ถึงแม้ทางศาลจะไม่ตัดสินดังนั้น ก็ยังมีทางเลี่ยงได้ เพราะการบังคับจำนองตามมาตรา ๗๒๘ นั้น กฎหมายไม่ได้เขียนเป็นบทบังคับ คือเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะบังคับชำระหนี้

โดยวิธีบังคับจำนองหรือไม่ก็ได้ มาตรา ๗๒๘ เขียนไว้ดังนี้ สังเกตได้จากคำว่า "ก็ได้" ในตัวบท เพราะฉะนั้น ถึงแม้จะไม่ได้ทำสัญญาไว้ต่อกันเป็นการผ่าผืนมาตรา ๗๓๓ ถ้าเจ้าหนี้เห็นว่าบังคับจำนองเข้าแล้ว จะได้เงินไม่พอใช้หนี้ เจ้าหนี้จะไม่ฟ้องคดีบังคับจำนอง แต่ฟ้องเป็นคดีหนี้สินธรรมดา และบังคับคดีเอาจากทรัพย์สินทั้งหลายทั่ว ๆ ไปของลูกหนี้รวมทั้งทรัพย์ที่จำนองกันไว้ เมื่อได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนดังนี้ก็ไม่มีกฎหมายอะไรจะห้ามเจ้าหนี้ จึงมีทางที่เจ้าหนี้จะเลี่ยงมาตรา ๗๓๓ ไปได้อยู่นั่นเอง (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๗/๒๕๐๖) แต่ทั้งนี้หมายเฉพาะเมื่อทรัพย์จำนองเป็นของลูกหนี้ ถ้าเป็นของคนอื่นจำนองไว้ และทรัพย์สินโดยทั่วไปของลูกหนี้ไม่พอใช้หนี้ เจ้าหนี้จะเอาชำระหนี้จากทรัพย์ของคนอื่นที่จำนองไว้ ก็จำเป็นต้องดำเนินคดีทางบังคับจำนอง

๓. การแก้ไขมาตรา ๗๓๓ ยังเป็นผลการทำลายหลักเกณฑ์แตกต่างระหว่างจำนองกับขายฝากด้วย เพราะการขายฝากนั้น เมื่อลูกหนี้ไม่ไถ่ทรัพย์ภายในกำหนดเจ้าหนี้ผู้รับซื้อฝากได้แต่จะเอาทรัพย์ของลูกหนี้ที่ขายฝากกันไว้หลุดเป็นสิทธิเด็ดขาด และไปเรียกเอาอะไรจากลูกหนี้อีกไม่ได้ แต่สำหรับจำนองนั้น ก่อนมีการแก้ไขมาตรา ๗๓๓ เจ้าหนี้ยังเรียกเอาได้ ว่ากันไปจนถึงที่สุด การจำนองตามหลักเกณฑ์ในมาตรา ๗๓๓ ที่แก้ไขใหม่ กลายเป็นเรื่องขายทรัพย์สิน หรือขายฝาก ไม่ใช่จำนอง เหมือนกับว่ากฎหมายไทยเวลานี้ ไม่มีลักษณะจำนองในความหมายที่เป็นประกันแห่งหนี้เลย

๔. ตามมาตรา ๗๓๓ ที่แก้ไขนี้ แม้ทรัพย์จำนองจะเป็นของคนอื่นเอามาประกันไว้ เมื่อขายได้เงินไม่พอใช้หนี้ ลูกหนี้ก็ยังไม่ต้องรับผิดอยู่นั่นเอง คือสำหรับการใช้หนี้เอาทรัพย์ของคนอื่นขายใช้หนี้ ที่ยังขาดลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิด แต่ในส่วนที่ได้เอาทรัพย์ของคนอื่นขายใช้หนี้ไปนั้น เจ้าของทรัพย์ฟ้องไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้ตามมาตรา ๗๒๔

๕. ข้อตกลงยกเว้นมาตรา ๗๓๓ ดังกล่าวมานั้น ปกติคู่สัญญาทำกันเป็นส่วนตัว บางทีก็นำไปเข้าสารบบทะเบียนจำนองไว้ บางทีก็ไม่ได้ทำเช่นนั้น ถ้าไม่ได้นำไปขึ้น

สารบบไว้ มีปัญหาว่าจะบังคับได้เป็นเอกเทศหรือไม่ มาตรา ๗๑๔ บังคับให้จดทะเบียนแต่การจำนอง ข้อตกลงปลีกย่อยในการจำนอง ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องจดทะเบียนด้วย เมื่อเขาจดทะเบียนการจำนองกันแล้ว และศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสัญญายกเว้นมาตรา ๗๓๓ ใช้บังคับกันได้ ก็น่าจะใช้บังคับกันได้แม้จะไม่ได้ขึ้นสารบบทะเบียนจำนองไว้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๑๓/๒๔๘๐)

มาตรา ๗๓๔

"ถ้าจำนองทรัพย์สินหลายสิ่งเพื่อประกันหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียว และมิได้ระบุลำดับไว้ไซร้ ท่านว่าผู้รับจำนองจะใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินนั้น ๆ ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางสิ่งก็ได้ แต่ท่านห้ามมิให้ทำเช่นนั้นแก่ทรัพย์สินมากสิ่งกว่าที่จำเป็นเพื่อใช้หนี้ตามสิทธิแห่งตน

ถ้าผู้รับจำนองใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินทั้งหมดพร้อมกัน ท่านให้แบ่งภาระแห่งหนี้นั้นกระจายไปตามส่วนราคาแห่งทรัพย์สินนั้น ๆ เว้นแต่ในกรณีที่ได้ระบุจำนวนเงินจำนองไว้เฉพาะทรัพย์สินแต่ละสิ่ง ๆ เป็นจำนวนเท่าใด ท่านให้แบ่งกระจายไปตามจำนวนเงินจำนองที่ระบุไว้เฉพาะทรัพย์สิ่งนั้น ๆ

แต่ถ้าผู้รับจำนองใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งแต่เพียงสิ่งเดียวไซร้ ผู้รับจำนองจะให้ชำระหนี้อันเป็นส่วนของตนทั้งหมดจากทรัพย์สินอันนั้นก็ได้ ในกรณีเช่นนั้น ท่านให้ถือว่าผู้รับจำนองคนถัดไปโดยลำดับย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้รับจำนองคนก่อน และจะเข้าบังคับจำนองแทนที่คนก่อนก็ได้แต่เพียงเท่าจำนวนซึ่งผู้รับจำนองคนก่อนจะพึงได้รับจากทรัพย์สินอื่น ๆ ตามบทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น"

ตัวอย่าง

วรรค ๑. ก. กู้เงิน ข. ๑๐๐,๐๐๐ บาท มีทรัพย์ดังต่อไปนี้จำนองไว้เป็นประกันโดยไม่มีการระบุลำดับตามมาตรา ๗๑๐ (๑) คือที่ดิน ๑ แปลงของ ค. เรือยนต์ ๑ ลำ

ของ ง. กับเรือนแพ ๑ หลังของ จ. ข. ผู้รับจำนองจะใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์ทั้ง ๓ สิ่งก็ได้ หรือจะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินแต่เพียงบางสิ่งก็ได้ แต่ถ้าที่ดินของ ค. ที่จำนองไว้มีราคาพอที่จะขายได้เงินสุทธิใช้หนี้ ข. จนเต็มทั้ง ๑๐๐,๐๐๐ บาท ข. ได้แต่จะบังคับจำนองเอาแก่ที่ดิน และต้องห้ามมิให้บังคับจำนองเอาแก่เรือยนต์และเรือนแพ

วรรค ๒ สมมติว่า ข. ใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์ทั้ง ๓ สิ่งเพื่อเอาชำระหนี้ ๑๐๐,๐๐๐ บาท และกรณีเป็นเรื่องที่ไม่มีการระบุจำนวนเงินจำนองไว้สำหรับทรัพย์แต่ละสิ่งตามมาตรา ๗๑๐ (๒) สมมติต่อไปว่า ขายทอดตลาดที่ดินได้เงินสุทธิ ๘๒,๐๐๐ บาท ขายเรือยนต์ได้ ๑๒,๓๐๐ บาท และขายเรือนแพได้ ๘,๒๐๐ บาท เมื่อแตกออกเป็นส่วน ๆ ละ ๔,๑๐๐ บาท ราคาที่ดินจะคิดได้เป็น ๒๐ ส่วน ราคาเรือยนต์จะคิดได้เป็น ๓ ส่วน ราคาเรือนแพจะคิดได้เป็น ๒ ส่วน ในการเอาชำระหนี้จากเงินที่ขายทรัพย์ ๓ สิ่งนี้ ข. ต้องแบ่งภาระแห่งหนี้ ๑๐๐,๐๐๐ บาทของตนกระจายไปตามส่วนราคาที่ขายได้ดังกล่าวมา คือ ที่ดิน ๒๐ ส่วน เรือยนต์ ๓ ส่วน และเรือนแพ ๒ ส่วน ทั้งหมด ๒๕ ส่วนนี้ เมื่อเอาไปหารจำนวนหนี้ของ ข. ๑๐๐,๐๐๐ บาท ส่วนหนึ่ง ๆ ที่จะต้องรับภาระคิดได้เป็นเงิน ๔,๐๐๐ บาท เมื่อที่ดินจะต้องรับภาระ ๒๐ ส่วน ข. จึงเอาใช้หนี้จากที่ดินได้ ๘๐,๐๐๐ บาท เหลือเงิน ๒,๐๐๐ บาทต้องคืนให้แก่ ค. ผู้เป็นเจ้าของที่ดิน สำหรับเรือต้องรับภาระ ๓ ส่วน คิดได้เป็นเงิน ๑๒,๐๐๐ บาท เหลือเงิน ๓๐๐ บาทต้องคืนให้แก่ ง. ผู้เป็นเจ้าของ สำหรับเรือนแพต้องรับภาระ ๒ ส่วน คิดได้เป็นเงิน ๘,๐๐๐ บาท เหลือเงิน ๒๐๐ บาทต้องคืนให้แก่ จ. ผู้เป็นเจ้าของ

ตามข้อยกเว้นในวรรค ๒ สมมติว่าหนี้จำนองเป็นเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท ได้กำหนดจำนวนเงินชำระหนี้กันไว้สำหรับที่ดิน ๘๐,๐๐๐ บาท เรือยนต์ ๑๒,๐๐๐ บาท เรือนแพ ๘,๐๐๐ บาท หากขายที่ดินได้ ๘๒,๐๐๐ บาท เรือยนต์ได้ ๑๐,๐๐๐ บาท เรือนแพได้ ๘,๐๐๐ บาท เจ้าหนี้ก็มีแต่สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้นั้นเท่านั้น สำหรับที่ดินจึงได้เงินไปเพียง ๘๐,๐๐๐ บาท ที่เหลือ ๒,๐๐๐ บาทเป็นของเจ้าของที่ดิน สำหรับเรือยนต์

เมื่อขายได้ ๑๐,๐๐๐ บาท ไม่ถึง ๑๒,๐๐๐ บาท ตามที่กำหนดไว้ เจ้าหนี้ก็จะได้ไปชำระหนี้เพียง ๑๐,๐๐๐ บาท ทั้ง ๓ อย่างเจ้าหนี้จึงได้เงินไป ๙๘,๐๐๐ บาท ขาดทุนไป ๒,๐๐๐ บาท (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๓๑/๒๕๑๓) แต่สมมติว่าขายที่ดินได้ ๘๒,๐๐๐ บาท เรือยนต์ได้ ๑๒,๓๐๐ บาท เรือนแพได้ ๘,๒๐๐ บาท ได้เงินทั้งสิ้น ๑๐๒,๕๐๐ บาท เกินจำนวนหนี้ไป ๒,๕๐๐ บาท ถือตามจำนวนเงินที่ได้กำหนดจำนองกันไว้ ต้องคืนให้เจ้าของที่ดิน ๒,๐๐๐ บาท เจ้าของเรือ ๓๐๐ บาท เจ้าของเรือนแพ ๒๐๐ บาท เหลือเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท ใช้ให้แก่เจ้าหนี้ตามที่เป็นหนี้กน

วรรค ๓ สมมติตามตัวอย่างที่กล่าวมา ที่ดินขายได้ราคาดีพอใช้หนี้ ๑๐๐,๐๐๐ บาท ของ ข. ข. จึงบังคับจำนองเอาแก่ที่ดินอย่างเดียว ได้เงินสุทธิ ๑๐๐,๐๐๐ บาท ใช้หนี้ ข. เสร็จสิ้นไป และสมมติต่อไปว่า ที่ดินที่ ข. บังคับจำนองนั้น ค. ผู้เป็นเจ้าของได้จำนองซ้ำไว้กับ ช. เป็นเงิน ๓๐,๐๐๐ บาท เมื่อ ข. บังคับจำนองขายที่ดินใช้หนี้ตนไปเสียหมดแล้ว ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ช. ก็จะไม่ได้รับชำระหนี้จากที่ดินที่ตนรับจำนองซ้ำไว้ ในกรณีเช่นนี้ มาตรา ๗๓๔ วรรค ๓ ให้ ช. เข้ารับช่วงสิทธิของ ข. และให้มีสิทธิบังคับจำนองเอาจากเรือยนต์และเรือนแพได้เพียงเท่าจำนวนกระจายภาระซึ่ง ข. จะพึงได้รับจากทรัพย์ทั้ง ๓ สิ่งนั้นดังบัญญัติไว้ในวรรค ๒ ทั้งนี้ โดยแม้ทั้งที่ ช. จะไม่ใช่ผู้รับจำนองเรือยนต์และเรือนแพก็ตาม เพราะฉะนั้น สมมติว่าขายเรือยนต์ได้เงินสุทธิ ๑๕,๐๐๐ บาท และขายเรือนแพได้เงินสุทธิ ๑๐,๐๐๐ บาท ส่วนที่ดินขายได้ ๑๐๐,๐๐๐ บาท และ ข. เอาชำระหนี้เสร็จสิ้นไปดังกล่าว คิดส่วนรับภาระตามราคาที่ขายทรัพย์สินได้ที่ดินต้องรับภาระ ๒๐ ส่วน เรือยนต์ ๓ ส่วน เรือนแพ ๒ ส่วน หาก ข. ได้บังคับจำนองโดยวิธีกระจายภาระ ข. จะมีสิทธิเอาชำระหนี้จากที่ดินได้ ๘๐,๐๐๐ บาท จากเรือยนต์ได้ ๑๒,๐๐๐ บาท และจากเรือนแพได้ ๘,๐๐๐ บาท ฉันใด ช. ก็จะรับช่วงสิทธิ ข. เอาชำระหนี้จากเรือยนต์ได้ ๑๒,๐๐๐ บาท และจากเรือนแพได้ ๘,๐๐๐ บาทเช่นเดียวกัน เหลือเงินสำหรับเรือยนต์อีก ๓,๐๐๐ บาท ต้องคืนให้แก่ ง. ผู้เป็นเจ้าของ และเหลือเงินสำหรับเรือนแพ ๒,๐๐๐ บาท ต้องคืนให้แก่ จ. ผู้เป็นเจ้าของ ในการรับช่วงสิทธิ ข. บังคับจำนอง

เอาแก่เรือยนต์และเรือนแพ ช. ซึ่งเป็นเจ้าหนี้อยู่ ๓๐,๐๐๐ บาท จึงได้เงินมาชำระหนี้ของตนเป็นเงินเพียง ๒๐,๐๐๐ บาท

หลักและข้อสังเกต

๑. มีข้อที่สังเกตได้ในเบื้องต้นว่า มาตรา ๗๓๔ จะใช้บังคับได้ต่อเมื่อไม่มีการระบุลำดับให้ใช้สิทธิบังคับเอาแก่ทรัพย์จำนองก่อนหลังกัน และไม่มีการระบุจำนวนเงินสำหรับให้บังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์แต่ละสิ่ง เพราะถ้ามีการระบุลำดับหรือส่วนจำนวนเงินไว้ ตามมาตรา ๗๑๐ การบังคับจำนองก็จะต้องบังคับตามลำดับหรือตามส่วนจำนวนเงินที่ระบุไว้ เช่นในการที่ ค. ง. จ. เอาที่ดิน เรือยนต์ และเรือนแพมาจำนองเป็นประกันหนี้ ๑๐๐,๐๐๐ บาทของ ก. ต่อ ข. ตามตัวอย่างดังกล่าวมานั้น ถ้ามีการระบุลำดับไว้ว่า ข. จะต้องบังคับจำนองเอาจากที่ดินก่อน เมื่อไม่พอจึงให้บังคับจำนองเอากับเรือยนต์ ถ้ายังไม่พอจึงให้บังคับเอาแก่เรือนแพ ดังนี้ ข. ก็จะต้องบังคับจำนองไปตามลำดับที่ตกลงกันไว้จะใช้สิทธิบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สิ่งหนึ่งสิ่งใด โดยไม่คำนึงถึงลำดับ หรือบังคับจำนองรวดเดียวเอาแก่ทรัพย์ทั้ง ๓ สิ่งตามความในมาตรา ๗๓๔ วรรค ๒ ย่อมทำไม่ได้ เช่นเดียวกัน สมมติว่าในการที่ ค. ง. จ. เอาที่ดิน เรือยนต์ และเรือนแพมาจำนองไว้กับ ข. นั้น ได้มีการตกลงกันให้เอาที่ดินเป็นประกันหนี้แต่เพียง ๖๑,๕๐๐ บาท สำหรับเรือยนต์ให้เป็นประกัน ๒๔,๖๐๐ บาท สำหรับเรือนแพให้เป็นประกัน ๑๖,๔๐๐ บาท คิดเป็นส่วน ๆ ละ ๔,๑๐๐ บาท ที่ดินจะต้องรับภาระ ๑๕ ส่วน เรือยนต์ ๖ ส่วน เรือนแพ ๔ ส่วน แม้จะขายที่ดิน เรือยนต์ หรือเรือนแพได้ราคาเป็น ๒๐ ส่วน ๓ ส่วน ๒ ส่วน ดังในตัวอย่างสำหรับวรรค ๑ ก็กระจายภาระเป็น ๒๐ ส่วน ๓ ส่วน และ ๒ ส่วนไม่ได้ เมื่อได้ตกลงกันไว้ให้ทรัพย์แต่ละสิ่งเป็นประกันในจำนวนเงินเท่าใด ตามมาตรา ๗๑๐ ต้องบังคับไปตามข้อตกลงกันนั้น

๒. มีข้อสังเกตอีกว่า ปัญหาเรื่องการกระจายภาระตามมาตรา ๗๓๔ วรรค ๒ จะมีขึ้นได้เมื่อขายทรัพย์สินหลายสิ่งที่จำนองไว้ได้เงินเกินกว่าจำนวนหนี้ ถ้าขายทรัพย์สินทุกสิ่งที่จำนองไว้ได้เงินไม่เท่าจำนวนหนี้ ในเบื้องต้นเจ้าหนี้ย่อมเอาชำระหนี้จากเงินที่ขายทรัพย์สินแต่ละสิ่งได้ทั้งหมด เช่นตามตัวอย่างสำหรับวรรค ๒ หนี้มีอยู่เป็นจำนวนเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท สมมติว่าขายที่ดินได้ ๕๐,๐๐๐ บาท ขายเรือยนต์ได้ ๑๐,๐๐๐ บาท ขายเรือนแพได้ ๕,๐๐๐ บาท เงินทั้งหมดที่ได้มาจากการขายทรัพย์สิน ๓ สิ่ง จึงเป็นเงิน ๖๕,๐๐๐ บาท เมื่อเป็นเช่นนี้ ข. ย่อมจะเอาชำระหนี้ได้จากเงินทั้งหมด ๖๕,๐๐๐ บาท ปัญหาแก่งแย่งที่เจ้าของทรัพย์แต่ละคนจะมาขอรับเงินที่เหลือจากใช้หนี้แก่เจ้าหนี้จึงไม่มีในอันที่จะต้องมากระจายภาระแห่งหนี้ตามมาตรา ๗๓๔ ส่วนปัญหาว่าเจ้าของแต่ละคนจะไปไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้คนละเท่าไร มาตรา ๗๒๔ ก็มีบัญญัติไว้เป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหาก โดยมิได้ถือหลักกระจายภาระ แต่ถือหลักว่าขายทรัพย์สินใช้หนี้เจ้าหนี้ได้เท่าไรก็ให้ไล่เบี้ยเอาได้เท่านั้น

๓. ในกรณีที่มีทรัพย์หลายสิ่งจำนองไว้เป็นประกันหนี้ ตามหลักในมาตรา ๗๑๖ การจำนองย่อมครอบไปถึงทรัพย์เหล่านั้นหมดทุกสิ่ง ซึ่งผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเอาได้ถ้าทรัพย์เหล่านั้นเป็นของเจ้าของคนเดียวกัน ซึ่งได้จำนองไว้กับเจ้าหนี้เพียงคนเดียว ปัญหาที่จะเกิดโต้เถียงกันไม่ค่อยจะมี แต่ถ้าเป็นทรัพย์ของต่างเจ้าของเอามาจำนองไว้ เช่นที่ดินเป็นของ ค. เรือยนต์เป็นของ ง. เรือนแพเป็นของ จ. ตามตัวอย่างดังกล่าวมาก็เป็นธรรมดาอยู่เองที่เจ้าของทรัพย์จำนองแต่ละคนจะต้องโต้เถียงเกี่ยงงอนให้เจ้าหนี้ไปบังคับจำนองเอาจากทรัพย์ของเจ้าของอีกคนหนึ่ง แล้วเจ้าของอีกคนหนึ่งนั้นก็จะโต้เถียงเกี่ยงงอนซัดเจ้าหนี้กลับมาหาเจ้าของคนแรก เช่นตามตัวอย่างดังกล่าวมา ถ้า ข. จะใช้สิทธิบังคับจำนอง ง. จ. เจ้าของเรือยนต์และเรือนแพก็จะเกี่ยงให้ ข. บังคับจำนองเอากับที่ดิน โดยอ้างว่าที่ดินมีราคาดีกว่า ขายทอดตลาดแล้วจะได้เงินพอใช้หนี้ ข. ฝ่าย ค. เจ้าของที่ดินก็จะโต้กลับมาว่า เรือยนต์และเรือนแพของ ง. จ. ก็ได้จำนองไว้เป็นประกันหนี้เหมือนกัน

ซึ่งถ้าขายทรัพย์ทั้ง ๒ สิ่งนี้แล้ว จะได้เงินพอใช้หนี้ ข. หรือไม่ก็ไม่ควรโยนภาระมาให้ที่ดินของ ค. ต้องรับผิดใช้หนี้แต่เพียงสิ่งเดียว ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ก็ไม่รู้จะพึ่งเอาข้างไหนเป็นผิดเป็นถูก มาตรา ๗๓๔ จึงให้ถือหลักแบ่งภาระแห่งหนี้กระจายไปตามส่วนแห่งราคาทรัพย์สิน เมื่อของใครขายได้ราคาดีได้เงินมาก ทรัพย์ของคนนั้นก็ต้องรับภาระมากและรองหลั่นกันลงไปตามส่วนในตัวอย่างที่กล่าวข้างต้น ซึ่งเห็นได้ว่า การที่ทำเช่นนี้เป็นธรรมแก่เจ้าของทุกฝ่าย และผลงานของการกระจายภาระจะทำให้เจ้าของแต่ละคนได้เงินที่เหลือจากการบังคับจำนองด้วยวิธีการกระจายภาระคืนไปเป็นของตนมากน้อยตามส่วน

๔. สำหรับกรณีที่มีผู้รับจำนองหลายคน ตามตัวอย่างสำหรับวรรค ๓ ดังกล่าวมาก็เห็นได้อยู่แล้วว่า เมื่อ ข. บังคับจำนองเอาแก่ที่ดินตามสิทธิของเขา เพื่อเอาชำระหนี้เต็มจำนวน ๑๐๐,๐๐๐ บาท และขายทอดตลาดที่ดินได้เงินสุทธิ ๑๐๐,๐๐๐ บาท พอดีใช้หนี้ของ ข. ช. ซึ่งเป็นผู้รับจำนองคนที่ ๒ เป็นเงิน ๓๐,๐๐๐ บาท จะไม่ได้รับชำระหนี้จากที่ดินเลย แต่เมื่อตามมาตรา ๗๓๔ วรรค ๒ ข. มีสิทธิที่จะบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์จำนองทั้ง ๓ สิ่ง ซึ่งหากกระจายภาระออกไปแล้ว สำหรับที่ดินอาจมีเงินเหลือมาให้ ช. ได้รับชำระหนี้บ้างไม่มากก็น้อย ข. กลับบังคับจำนองเอาแก่ที่ดินแต่เพียงสิ่งเดียว เป็นเหตุให้ ช. เสียหาย ในวรรค ๓ จึงชดเชยให้ด้วยวิธีให้ ช. เข้ารับช่วงสิทธิของ ข. ในอันที่จะบังคับจำนองเอาจากเรือยนต์และเรือนแพได้ตามส่วนกระจายภาระที่ ข. พึงจะได้รับ การรับช่วงสิทธินี้เกิดขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย คือแม้ทั้ง ๆ ที่ ช. จะไม่ได้เป็นผู้รับจำนองเรือยนต์และเรือนแพ กฎหมายก็ยังให้ ช. บังคับจำนองเอาจากเรือยนต์และเรือนแพได้เท่าส่วนกระจายภาระที่ ข. จะพึงได้รับ สำหรับ ง. และ จ. เจ้าของเรือยนต์และเรือนแพ ก็ไม่น่าจะเดือดร้อนอะไร เพราะหาก ข. บังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์ทั้ง ๓ สิ่ง ซึ่งจะทำให้ทรัพย์จำนองของ ง. จ. ต้องรับผิดออกส่วนใช้หนี้ ข. เท่าใด เมื่อกฎหมายให้ ช. รับช่วงสิทธิ ข. มาบังคับจำนองเอาแก่เรือยนต์และเรือนแพ ช. ก็บังคับจำนองเอาได้เพียงเท่าส่วนที่ ข.

จะพึงได้รับเท่านั้น และตามตัวอย่างที่กล่าวมา ถึงแม้ ช. จะรับช่วงสิทธิบังคับจำนองเอาแก่เรือยนต์และเรือนแพได้เงินไปเพียง ๒๐,๐๐๐ บาท ไม่พอชำระหนี้ ๓๐,๐๐๐ บาทที่ ช. รับจำนองที่ดินของ ค. ไว้ ถึงอย่างไรก็ยังดีกว่าไม่ได้อะไรเลย

๕. การกระจายภาระแห่งหนี้ ตัวบทบัญญัติไว้ลอย ๆ ให้กระจายไปตามส่วนแห่งราคาทรัพย์สิน จึงเป็นปัญหาว่า ราคาทรัพย์สินนี้ จะถือตามราคาเมื่อนำมาจำนองไว้หรือจะถือตามราคาเมื่อขาย ฝ่ายที่เห็นว่าควรถือตามราคาเมื่อนำมาจำนองไว้ อาศัยเจตนาของคู่กรณีผู้เกี่ยวข้องที่มุ่งเอาราคาในขณะนั้นเป็นประกันมากน้อยกว่ากัน จึงถือเอาราคาในขณะนั้นเป็นเกณฑ์สำหรับกำหนดส่วนกระจายภาระแห่งหนี้ เมื่อถือดังนี้ กาวที่ทรัพย์สินขายได้ราคาผิดไปเป็นอื่นในภายหลัง จึงไม่ถือเป็นสำคัญ เช่นเมื่อ ค. ง. จ. เอาที่ดินเรือยนต์และเรือนแพมาจำนองเป็นประกันหนี้ ข. ที่ดินมีราคา ๖๑,๕๐๐ บาท เรือยนต์มีราคา ๒๔,๖๐๐ บาท เรือนแพมีราคา ๑๖,๔๐๐ บาท เมื่อแตกออกเป็นส่วน ๆ ละ ๔,๑๐๐ บาท จะเห็นได้ว่าเมื่อทำสัญญาจำนองกัน คู่กรณีมีเจตนาจะยึดเอาที่ดินเป็นประกัน ๑๕ ส่วน เรือยนต์ ๖ ส่วน เรือนแพ ๔ ส่วน แม้ต่อมาเมื่อเอาทรัพย์จำนองออกขาย จะขายที่ดินได้ราคาสุทธิ ๑๐๐,๐๐๐ บาท เรือยนต์ ๑๕,๐๐๐ บาท เรือนแพ ๑๐,๐๐๐ บาท แตกออกเป็นส่วน ๆ ละ ๕,๐๐๐ บาท ได้ ๒๐ ส่วนสำหรับที่ดิน ๓ ส่วนสำหรับเรือยนต์ และ ๒ ส่วนสำหรับเรือนแพ ก็ไม่ควรจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงส่วนตามเจตนาของคู่กรณีได้ แต่ฝ่ายที่เห็นว่าควรคิดส่วนตามราคาเมื่อขายทรัพย์สินได้ อาศัยเหตุผลแห่งความเป็นธรรม ของใครขายได้ราคามากควรรับภาระมาก ของใครขายได้ราคาน้อยควรรับภาระน้อย ตัวอย่างที่ให้มาข้างต้นคิดส่วนตามราคาที่ขายได้

๖. ว่ากันเฉพาะสำหรับมาตรา ๗๓๔ วรรค ๑ ถ้าในบรรดาทรัพย์จำนองหลายสิ่ง ผู้รับจำนองบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์แต่เพียงสิ่งเดียว หรือ ๒–๓ สิ่ง แต่ไม่ทั้งหมด อาจขายทอดตลาดได้เงินพอใช้หนี้ของผู้รับจำนองแล้ว ตามหลักใช้สิทธิโดยสุจริตในมาตรา ๕

ผู้รับจำนองจึงไม่พึงใช้สิทธิบังคับจำนองไปถึงทรัพย์สิ่งอื่นเกินความจำเป็น ประโยชน์แห่งหลักการข้อนี้ย่อมตกให้แก่เจ้าของทรัพย์ที่จะไม่ถูกบังคับจำนอง

๗. ตามความในวรรค ๒ ที่ว่า ถ้าผู้รับจำนองใช้สิทธิของตนบังคับแก่ทรัพย์สินจำนองทั้งหมดพร้อมกัน ก็ให้มีการกระจายภาระแห่งหนี้นั้น กรณีอาจเป็นได้ที่ผู้รับจำนองบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์หลายสิ่งพอแก่การชำระหนี้ แต่ไม่ทั้งหมด เช่นมีทรัพย์จำนองไว้ ๖ สิ่ง ถ้าบังคับจำนองแต่เพียง ๔ สิ่งก็จะพอชำระหนี้ ตามหลักในวรรค ๑ ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์ทั้ง ๖ สิ่งไม่ได้ จะบังคับจำนองเอาได้แต่เฉพาะทรัพย์ ๔ สิ่งเท่านั้น แต่แม้กระนั้น ก็น่าจะต้องใช้หลักกระจายภาระแห่งหนี้เช่นเดียวกัน ความในตัวบทที่กล่าวถึงการบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองทั้งหมดพร้อมกันจึงดูจะเกินเลยไปเช่นเดียวกัน ความในวรรค ๓ ที่ว่า ถ้าผู้รับจำนองใช้สิทธิบังคับเอาแก่ทรัพย์สินจำนองอันใดอันหนึ่งแต่เพียงสิ่งเดียว กรณีก็อาจเป็นได้เหมือนกันว่า การที่จะบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สิ่งเดียวนั้นไม่พอใช้หนี้ ผู้รับจำนองจึงต้องบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สิ่งอื่นด้วยแต่ไม่ทั้งหมด ถึงแม้กระนั้น ก็ไม่มีเหตุอะไรที่จะมิให้มีการรับช่วงสิทธิกันดังบัญญัติไว้ในวรรค ๓ เช่นตามตัวอย่างที่กล่าวมา ข. รับจำนองที่ดิน เรือยนต์ และเรือนแพ สำหรับที่ดินจำนองซ้ำไว้กับ ช. สมมติว่าการที่จะบังคับจำนองเอาแต่เฉพาะที่ดินจะไม่ได้เงินพอใช้หนี้ ข. ข. จึงบังคับจำนองเอาแก่ที่ดินและเรือยนต์เหตุก็ไม่มี ที่จะมิให้ ช. ได้รับช่วงสิทธิของ ข. เพื่อบังคับจำนองเอาแก่เรือนแพ

๘. ปัญหาอาจมีได้ตามตัวอย่างดังต่อไปนี้ เช่น ข. รับจำนองที่ดิน เรือยนต์และเรือนแพไว้เป็นจำนวนเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท สำหรับที่ดินมีการจำนองซ้ำไว้กับ ช. ต่อมาราคาที่ดินขึ้นเป็นอันมาก ข. เห็นว่าราคาที่ดินคุ้มหนี้ ๑๐๐,๐๐๐ บาทของตน จึงปลดจำนองเรือยนต์และเรือนแพออกไป ถ้าในที่สุด ข. บังคับจำนองเอาแก่ที่ดินได้เงินสุทธิ ๑๐๐,๐๐๐ บาท พอดีใช้หนี้ของตน ช. จะตามไปบังคับจำนองเอาแก่เรือยนต์และเรือนแพที่ ข. ปลดจำนองไปแล้วได้หรือไม่ ว่ากันตามตัวหนังสือในมาตรา ๗๓๔ วรรค ๓ การรับช่วงสิทธิ

ตามมาตรา ๗๓๔ ใช้บังคับได้ต่อเมื่อมีทรัพย์หลายสิ่งที่ ข. จะบังคับจำนองเอาได้ และ ข. บังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินเพียงสิ่งเดียวหรือบางสิ่งไม่ทั้งหมด เพราะฉะนั้นตามตัวอย่างดังกล่าวนี้ เมื่อในขณะที่บังคับจำนองมีที่ดินเป็นทรัพย์จำนองเพียงสิ่งเดียวเท่านั้น การรับช่วงสิทธิก็จะมีขึ้นไม่ได้ แต่ถ้าการที่ ข. ปลดจำนองเรือยนต์และเรือนแพออกไปนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตเพื่อกลั่นแกล้ง ช. ก็ยังเป็นปัญหาน่าคิดอยู่เหมือนกันว่า ช. น่าจะฟ้อง ข. เป็นละเมิดตามมาตรา ๔๒๐, ๔๒๑ ได้ และน่าจะเรียกค่าเสียหายจาก ข. ได้เท่าส่วนที่ตนจะรับช่วงสิทธิไปบังคับเอาได้จากเรือยนต์และเรือนแพตามหลักในมาตรา ๗๓๔ วรรค ๓ ปัญหามีว่า ช. จะฟ้องขอเพิกถอนการปลดจำนองเป็นการเพิกถอนการฉ้อฉลตามมาตรา ๒๓๗ ได้หรือไม่ การฉ้อฉลที่จะเพิกถอนได้ตามมาตรา ๒๓๗ ต้องเป็นนิติกรรมที่ ก. ลูกหนี้ ช. เป็นฝ่ายทำลง แต่นี่เป็นเรื่องที่ ข. ผู้เป็นเจ้าหนี้เป็นฝ่ายทำนิติกรรมปลดหนี้ จึงขอเพิกถอนกันตามมาตรา ๒๓๗ ไม่ได้

๔. ปัญหาอาจมีได้อีกตามตัวอย่าง เช่น ข. รับจำนองที่ดินเรือยนต์และเรือนแพไว้ ๑๐๐,๐๐๐ บาท สำหรับที่ดิน ช. รับจำนองซ้ำไว้เป็นเงิน ๑๐,๐๐๐ บาท ต่อมา ข. บังคับจำนองเอาแก่เฉพาะที่ดิน ได้เงินสุทธิ ๑๐๐,๐๐๐ บาทใช้หนี้ ข. หมดสิ้นไป และสมมติว่าถ้าเอาเรือยนต์และเรือนแพขายทอดตลาด การขายเรือยนต์จะได้เงินสุทธิ ๑๕,๐๐๐ บาท ซึ่งจะแตกออกเป็นส่วนรับช่วงสิทธิของ ข. ๑๒,๐๐๐ บาท เรือนแพจะขายได้เงินสุทธิ ๑๐,๐๐๐ บาท แตกออกเป็นส่วนรับช่วงสุทธิ ๘,๐๐๐ บาท ดังตัวอย่างข้างต้น ช. จะบังคับจำนองเอาแก่เรือยนต์และเรือนแพทั้ง ๒ สิ่งได้หรือไม่ ข้อนี้ แม้ความในมาตรา ๗๓๔ วรรค ๓ เกี่ยวการรับช่วงสิทธิของ ช. จะโยงไปไม่ถึงวรรค ๓ อาศัยหลักการใช้สิทธิโดยสุจริตในมาตรา ๕ ช. ก็น่าจะบังคับจำนองเอาได้เฉพาะแก่เรือยนต์เท่านั้น เพราะหนี้ของ ช. มีอยู่เพียง ๑๐,๐๐๐ บาท ช. จะรับช่วงสิทธิ ข. จากเรือยนต์ได้ถึง ๑๒,๐๐๐ บาท พอแก่การชำระหนี้ของตนแล้ว ความจำเป็นจึงไม่มีที่ ช. จะบังคับจำนองไปถึงเรือนแพ

มาตรา ๗๓๕

"เมื่อผู้รับจำนองคนใดจำนงจะบังคับจำนองเอาแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง ท่านว่าต้องมีจดหมายบอกกล่าวแก่ผู้รับโอนล่วงหน้าเดือนหนึ่งก่อน แล้วจึงจะบังคับจำนองได้"

หลักและข้อสังเกต

การบังคับจำนองจะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า เหตุผลได้ให้ไว้แล้วเมื่ออธิบายมาตรา ๗๒๘ สำหรับกรณีที่ไม่มีการโอนทรัพย์สินจำนอง ว่ากันตามมาตรา ๗๒๘ เจ้าหนี้ชอบที่จะบอกกล่าวภายในเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ก็เพราะตัวลูกหนี้ที่จำนองทรัพย์สิน หรือคนภายนอกที่เอาทรัพย์สินมาจำนองไว้ เป็นผู้เกี่ยวพันอยู่โดยตรงที่ควรจะรู้ได้ว่าหนี้สินที่มีจำนองเป็นประกันนั้น จะพึงชำระกันเมื่อใด แต่ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินจำนองไปยังบุคคลอื่นซึ่งตกอยู่ในฐานะห่างไกลออกไป ไม่อาจรู้เช่นนั้นได้ การที่จะใช้หลักให้คำบอกกล่าวในเวลาอันสมควร ย่อมเป็นการไม่แน่นอนและไม่เป็นธรรมแก่เขา ในกรณีเช่นนี้ มาตรา ๗๓๕ จึงบังคับว่าคำบอกกล่าวนั้น จะต้องให้ล่วงหน้าเป็นเวลา ๑ เดือนแล้วจึงจะบังคับจำนองได้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้รับโอนทรัพย์สินได้เวลาแน่นอนและมากกว่าตามสมควร เพื่อหาเงินมาไถ่ถอนจำนอง หรือถ้าหาไม่ได้จะได้มีเวลาขนย้ายทรัพย์สมบัติออกไป และไปหาที่อื่นอยู่ใหม่ได้ตามความสะดวก

หมวด ๕
สิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง

มาตรา ๗๓๖

"ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองจะไถ่ถอนจำนองก็ได้ ถ้าหากมิได้เป็นตัวลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกัน หรือเป็นทายาทของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท และจำนองที่ดินไว้เป็นประกัน ๑ แปลง ต่อมา ก. โอนกรรมสิทธิ์ขายที่ดินรายนี้ให้แก่ ค. การจำนองยังคงผูกพันที่ดินตามมาตรา ๗๐๒ วรรค ๒ แต่ ค. มีสิทธิที่จะไถ่ถอนจำนองโดยชำระราคาที่ดินให้ ข. ทั้งนี้โดยแม้ ข. จะไม่ยินยอมก็ตาม

หลักและข้อสังเกต

๑. มาตรา ๗๓๖ บัญญัติไว้ เพื่อประโยชน์ที่ผู้รับโอนทรัพย์สินจะได้ปลดเปลื้องจำนองให้หลุดพ้นจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยบริบูรณ์ปลอดจากการจำนอง

๒. ตัวบทเขียนข้อยกเว้นไว้ว่า ตัวลูกหนี้เอง หรือผู้ค้ำประกัน หรือผู้เป็นทายาทของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน จะใช้สิทธิตามมาตรา ๗๓๖ ไม่ได้ ทั้งนี้ก็เพราะว่าจำนองเป็นหลักประกันที่ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ ด้วยผลแห่งสัญญาจำนองระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกัน หน้าที่จึงผูกพันบุคคลเหล่านี้มิให้ไถ่ถอนจำนองเป็นที่เสียหายแก่เจ้าหนี้ เมื่อลูกหนี้และผู้ค้ำประกันมีหน้าที่ตามสัญญาอย่างไร หน้าที่อันนั้นย่อมตกทอดไปถึงทายาทด้วยตามมาตรา ๑๖๐๐ ทั้งนี้ต่างกับผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่มิได้เป็นคู่สัญญาในการตราทรัพย์สินไว้เป็นประกันแก่เจ้าหนี้ จึงไม่มีอะไรผูกมัดมิให้เขาใช้สิทธิไถ่ถอน ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันจะปลดเปลื้องจำนองได้ ก็แต่โดยชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หรือด้วยการอย่างอื่นที่มีผลเท่ากับการชำระหนี้ และเมื่อหนี้นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุเหล่านี้แล้ว จำนองอันเป็นส่วนอุปกรณ์แห่งหนี้ก็จะต้องระงับสิ้นไปเอง ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๔๔ (๑) ข้อสำคัญมีว่าการไถ่ถอนจำนองโดยผู้รับโอนนั้นตามมาตรา ๗๓๘ ย่อมไถ่ถอนได้ด้วยใช้ราคาทรัพย์สินที่จำนอง ซึ่งหากทรัพย์สินราคาตก ราคาไถ่อาจไม่เท่าถึงจำนวนที่เป็นหนี้กันก็ได้ ถ้าไม่บัญญัติข้อยกเว้นไว้ ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันซึ่งมีความรับผิดจะต้องใช้หนี้จนเต็มเป็นอย่างเดียวกันก็จะหาทางไถ่ถอนทรัพย์จำนองด้วยราคาทรัพย์สินได้โดยไม่ต้องใช้หนี้เต็มจำนวน

๓. ในระหว่างที่บุคคลยังเป็นหนี้หรือผู้ค้ำประกันอยู่นั้น หน้าที่จะต้องชำระหนี้จนเต็มมีอยู่แล้ว เหตุใดมาตรา ๗๓๖ จะต้องมาเขียนยกเว้นไว้ เหตุก็เพราะว่ากรณีอาจเป็นไปได้ที่ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันกลายเป็นผู้รับโอนทรัพย์จำนอง จึงต้องห้ามไถ่ถอนไว้ด้วยเหมือนกัน เช่น ก. กู้เงิน ข. ค. จำนองที่ดินเป็นประกัน ต่อมา ก. ซื้อที่ดินนั้นจาก ค. ถ้าไม่บัญญัติยกเว้นไว้ ก. ก็จะไถ่ถอนจำนองได้ด้วยราคาที่ดินซึ่งไม่พอกับจำนวนหนี้ ความจริงข้อความในมาตรา ๗๓๖ ก็บ่งอยู่ว่าผู้รับโอนซึ่งต้องห้ามมิให้ไถ่ถอนนั้น เป็นลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน

๔. เมื่อบัญญัติถึงข้อยกเว้นดังกล่าวมา ตัวบทกล่าวถึงแต่ตัวลูกหนี้ ผู้ค้ำประกัน และทายาท ไม่ได้กล่าวถึงบุคคลภายนอกที่เอาทรัพย์ของตนมาจำนองประกันหนี้สินของบุคคลอีกคนหนึ่ง แต่ก็เห็นได้ว่า ไม่จำต้องบัญญัติถึง เพราะกรณีเช่นที่ ก. กู้เงิน ข. มี ค. เอาที่ดินมาจำนองไว้เป็นประกันนั้น สัญญาจำนองผูกพัน ค. อยู่ในตัวว่า ถ้า ก. ไม่ใช้หนี้ ให้ ข. บังคับจำนองเอาเงินที่ขายทอดตลาดที่ดินใช้หนี้ได้จนเต็ม มิใช่ว่า ค. จะนำเงินตามราคาที่ดินไปวางแล้วไถ่เอาที่ดินมาได้ เหมือนที่ผู้รับโอนที่ดินจำนองจะทำได้ตามมาตรา ๗๓๘ นอกจากนั้นมีมาตรา ๗๒๔ บัญญัติไว้แล้วว่า ถ้าผู้จำนองทรัพย์สินประสงค์จะมิให้มีการบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินของตน ก็ต้องชำระหนี้เสียเองแทนลูกหนี้ แต่ถ้ามีผู้ใดรับโอนกรรมสิทธิ์ไปจากผู้จำนอง ผู้นั้นมีสิทธิไถ่ถอนได้ในฐานะเป็นผู้รับโอนทรัพย์สิน

๕. แต่ก็ต้องเป็นที่เข้าใจว่า บุคคลที่ต้องห้ามไม่ให้ไถ่ถอนจำนองตามข้อยกเว้นในมาตรา ๗๓๖ นั้น ชอบที่จะทำการไถ่ถอนได้ ถ้าเจ้าหนี้ตกลงยินยอมด้วย ต่างกับผู้รับโอนทรัพย์สิน ที่กฎหมายให้สิทธิทำการไถ่ถอนได้ แม้ทั้งที่เจ้าหนี้จะไม่ตกลงยินยอมด้วย ความข้อนี้ แม้จะไม่ได้เขียนไว้ในตัวบท ก็ต้องเข้าใจดังนั้น ถ้าแปลว่าผู้รับโอนทรัพย์สินจะไถ่ถอนได้ต่อเมื่อเจ้าหนี้ตกลงยินยอมด้วยแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นอย่างใดที่จะต้องมาบัญญัติมาตรา ๗๓๖ ขึ้นไว้

๖. สำหรับผู้ค้ำประกันนั้น แม้จะมิใช่ผู้ที่เอาทรัพย์สินมาจำนองไว้กับเจ้าหนี้และไม่มีสัญญาจำนองผูกพันเหมือนกรณีที่กล่าวมาก็ตาม การที่ผู้ค้ำประกันจะไปถอนหลักประกันของเจ้าหนี้ด้วยวิธีไถ่ถอนจำนอง เป็นการกระทำโดยมิชอบต่อหน้าที่ของผู้ค้ำประกัน จึงเลยพลอยถูกต้องห้ามไปด้วย

๗. สิทธิไถ่ถอนจำนองของผู้รับโอนทรัพย์สินมีข้อแม้เงื่อนไขบัญญัติไว้ในมาตราต่อ ๆ ไป ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองป้องกันสิทธิส่วนได้เสียของเจ้าหนี้และบุคคลทั้งหลายที่เกี่ยวข้องด้วย

๘. ตามที่กล่าวมา บุคคลที่เป็นลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ จึงจะถอนจำนองที่เป็นประกันไม่ได้จนกว่าจะชำระหนี้ แต่ถ้าทรัพย์สินจำนองได้โอนผ่านมือลูกหนี้ผู้จำนองแล้วโอนกลับมาเป็นของลูกหนี้อีก ฐานะที่เป็นลูกหนี้ต้องห้ามมิให้ไถ่ถอนจะสิ้นสุดลงหรือไม่ เช่น ก. กู้เงิน ข. และจำนองที่ดินของตนไว้เป็นประกัน ต่อมา ก. โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินขายให้ ค. แล้ว ค. โอนขายกลับคืนมาเป็นกรรมสิทธิ์ของ ก. ดังเดิม ก. จะถือสิทธิไถ่ถอนในฐานะเป็นผู้รับโอนได้หรือไม่ ตราบใดที่ ก. ยังไม่ได้ชำระหนี้ ข. ก. ก็ยังเป็นลูกหนี้ ข. อยู่นั่นเอง ต้องตามที่มาตรา ๗๓๖ บัญญัติห้ามไว้มิให้ไถ่ถอนเช่นเดียวกันสำหรับผู้ค้ำประกัน

๙. ผู้รับโอนซึ่งไถ่ถอนจำนองโดยชอบแล้ว จะเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้เรียกร้องเอาเงินค่าไถ่ถอนจากลูกหนี้ได้หรือไม่ บัญหานี้เป็นบัญหาค่อนข้างยาก เพราะไม่มีตัวบทบัญญัติไว้ให้ผู้รับโอนที่ไถ่ถอนได้รับช่วงสิทธิ โดยหลักการและนัยแห่งมาตรา ๒๒๙ การรับช่วงสิทธิจะมีขึ้นได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้รับช่วงสิทธิ กรณีรับช่วงสิทธิเกี่ยวกับการจำนองมีบัญญัติไว้แต่ในมาตรา ๗๒๔ สำหรับการไถ่ถอนของผู้รับโอน ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ด้วยให้ผู้รับโอนได้รับช่วงสิทธิ ผู้รับโอนจะรับช่วงสิทธิได้หรือไม่เป็นข้อสำคัญ เพราะถ้าได้รับช่วงสิทธิ การไถ่ถอนไม่แต่จะปลดเปลื้องจำนองเท่านั้น ยังจะให้สิทธิแก่ผู้รับโอนที่จะไปเรียกร้องเอาเงินที่วางจากลูกหนี้ได้ด้วย (มาตรา ๒๒๖) แต่ถ้าไม่ได้รับ

ช่วงสิทธิผู้รับโอนได้แต่จะวางเงินและปลดเปลื้องจำนองตลอดจนสิทธิของเจ้าหนี้จดทะเบียนจากทรัพย์สินที่ได้รับโอนมา ตามมาตรา ๒๒๙ (๒) การรับช่วงสิทธิย่อมมีขึ้นด้วยอำนาจกฎหมายเป็นคุณแก่ผู้ได้ไถ่ถอนซึ่งอสังหาริมทรัพย์ และเอาเงินราคาค่าซื้อใช้ให้แก่ผู้รับจำนองเสร็จไป เมื่อเทียบกับกรณีผู้รับโอนไถ่ถอนจำนองมาตรานี้ใช้ได้ไม่กว้างขวางนัก เพราะจำกัดเป็นเรื่องซื้ออสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ถ้าผู้รับโอนที่ไถ่ถอนจำนองได้ทรัพย์มาโดยเสน่หา ก็ย่อมจะใช้หนี้รับช่วงสิทธิตามมาตรา ๒๒๙ (๒) ไม่ได้ นอกจากนั้น การใช้หนี้รับช่วงสิทธิตามมาตรา ๒๒๙ (๒) เกี่ยวเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ แต่กรณีผู้รับโอนไถ่ถอนจำนอง ทรัพย์จะเป็นสังหาริมทรัพย์ที่จำนองกันไว้ตามมาตรา ๗๐๓ ก็ยังไถ่ถอนได้ ข้อแตกต่างที่สำคัญคือ เงินที่จะใช้ให้เจ้าหนี้ตามมาตรา ๒๒๙ (๒) เป็นราคาค่าซื้อทรัพย์ แต่เงินที่ผู้รับโอนเสนอใช้ตามมาตรา ๗๓๙ เป็นเงินอันสมควรกับราคาทรัพย์สิน ข้อนี้ต่างกันมาก ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งคือ การใช้หนี้รับช่วงสิทธิตามมาตรา ๒๒๙ (๒) ไม่ทำให้จำนองระงับ แต่กลับยังสงวนจำนองไว้เพื่อให้ผู้ซื้อได้รับช่วงใช้สิทธิของผู้รับจำนองเอาแก่ลูกหนี้ตามมาตรา ๒๒๖ เสมือนว่าผู้ซื้อเป็นผู้รับจำนองเอง แต่ผลของการไถ่ถอนในลักษณะจำนองทำให้จำนองและสิทธิของเจ้าหนี้จดทะเบียนระงับ (มาตรา ๗๔๔ (๔)) ที่สำคัญที่สุดคือ ตามหลักการรับช่วงสิทธิ ผู้ซื้อจะรับช่วงสิทธิได้ต่อเมื่อราคาที่ใช้ให้เจ้าหนี้เป็นจำนวนที่จะใช้หนี้เจ้าหนี้ได้ทั้งหมดสิ้นเชิง ถ้าใช้หนี้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองไม่หมด ก็รับช่วงสิทธิเขาไม่ได้ แต่ที่เงินผู้รับโอนจะวางตามมาตรา ๗๓๙ ไม่จำเป็นต้องเป็นจำนวนที่จะใช้เจ้าหนี้จดทะเบียนได้หมดทั่วทุกคน ขอแต่ให้เป็นเงินอันสมควรกับราคาทรัพย์สินก็เป็นอันไถ่ถอนได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ คำตอบจะมีให้ได้ก็แต่ว่า ถ้ากรณีต้องตามมาตรา ๒๒๙ (๒) ดังกล่าวมา และผู้รับโอนประสงค์จะใช้หนี้รับช่วงสิทธิผู้รับจำนอง ก็ทำได้ด้วยการใช้ราคาค่าซื้อให้แก่เจ้าหนี้แล้วผู้รับโอนก็จะได้อสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อเป็นของตน และใช้สิทธิเอาแก่ลูกหนี้ได้เสมือนว่าตนเป็นผู้รับจำนอง แต่ถ้ากรณีไม่ต้องตามมาตรา ๒๒๙ (๒) ผู้รับโอนที่ไถ่ถอนก็ได้แต่จะไถ่ถอนจำนอง แต่จะเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ไม่ได้

มาตรา ๗๓๗

"ผู้รับโอนจะไถ่ถอนจำนองเมื่อใดก็ได้ แต่ถ้าผู้รับจำนองได้บอกกล่าวว่ามีจำนงจะบังคับจำนองไซร้ ผู้รับโอนต้องไถ่ถอนจำนองภายในเดือนหนึ่งนับแต่วันรับคำบอกกล่าว"

หลักและข้อสังเกต

สิทธิที่จะไถ่ถอนจำนองของผู้รับโอนทรัพย์สินนั้น จะใช้เมื่อใดก็ได้ แต่ก็จำเป็นต้องมีขอบเขตเป็นข้อจำกัดไว้ในกรณีที่ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สิน ในกรณีเช่นนี้ ถ้าผู้รับจำนองได้บอกกล่าวความจำนงจะบังคับจำนองไปยังผู้รับโอนแล้วกฎหมายบัญญัติว่า หากผู้รับโอนประสงค์จะใช้สิทธิไถ่ถอน ต้องไถ่ถอนเสียภายใน ๑ เดือนนับแต่วันได้รับคำบอกกล่าว ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้แล้ว และผู้รับโอนจะยังใช้สิทธิไถ่ถอนการจำนองในเวลาใด ๆ ก็ได้ ก็จะเป็นอันว่าผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองไม่ได้ตลอดเวลา ซึ่งจะเป็นการเสื่อมเสียต่อสิทธิของผู้รับจำนอง เหตุนี้จึงต้องมีมาตรา ๗๓๗ บัญญัติไว้

มาตรา ๗๓๘

"ผู้รับโอนซึ่งประสงค์จะไถ่ถอนจำนอง ต้องบอกกล่าวความประสงค์นั้นแก่ผู้เป็นลูกหนี้ชั้นต้น และต้องส่งคำเสนอไปยังบรรดาเจ้าหนี้ที่ได้จดทะเบียน ไม่ว่าในทางจำนองหรือประการอื่น ว่าจะรับใช้เงินให้เป็นจำนวนอันสมควรกับราคาทรัพย์สินนั้น

คำเสนอนั้นให้แจ้งข้อความทั้งหลายต่อไปนี้ คือ

(๑) ตำแหน่งแห่งที่และลักษณะแห่งทรัพย์สินซึ่งจำนอง

(๒) วันซึ่งโอนกรรมสิทธิ์

(๓) ชื่อเจ้าของเดิม

(๔) ชื่อและภูมิลำเนาของผู้รับโอน

(๕) จำนวนเงินที่เสนอว่าจะใช้

(๖) คำนวณยอดจำนวนเงินที่ค้างชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่ง ๆ รวมทั้งอุปกรณ์และจำนวนเงินที่จะจัดเป็นส่วนใช้แก่บรรดาเจ้าหนี้ตามลำดับกัน

อนึ่ง ให้คัดสำเนารายงานจดทะเบียนของเจ้าพนักงานในเรื่องทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้น อันเจ้าพนักงานรับรองว่าเป็นสำเนาถูกถ้วนสอดส่งไปด้วย"

หลักและข้อสังเกต

๑. ผู้รับโอนที่ประสงค์จะใช้สิทธิไถ่ถอนจำนอง ต้องบอกกล่าวความประสงค์แก่ลูกหนี้ชั้นต้น และส่งคำเสนอพร้อมทั้งรายละเอียดต่าง ๆ ดังบัญญัติไว้ในตัวบทไปยังบรรดาเจ้าหนี้ที่จดทะเบียน โดยคัดสำเนารายการจดทะเบียนรับรองของเจ้าพนักงานส่งไปด้วย

๒. ที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้รับโอนบอกกล่าวความประสงค์ไปยังลูกหนี้ คงมุ่งประโยชน์ในการที่ลูกหนี้จะได้เตรียมตัวหาหลักประกันอย่างอื่นให้แก่เจ้าหนี้แทนการจำนองที่จะถูกไถ่ถอน ทั้งนี้ก็เพราะว่า เมื่อมีการไถ่ถอนจำนองไปแล้ว และลูกหนี้ไม่หาประกันอย่างอื่นให้เจ้าหนี้ เจ้าหนี้อาจเร่งรัดพ้องร้องทำความยุ่งยากให้แก่ลูกหนี้ได้ต่าง ๆ แต่ตามมาตรา ๗๐๕ บุคคลภายนอกอาจเป็นผู้จำนองทรัพย์สินประกันหนี้ของลูกหนี้ได้ เหตุใดกฎหมายไม่ให้บอกกล่าวแก่เขาด้วย เหตุก็เพราะว่า เมื่อมาถึงชั้นผู้รับโอนขอไถ่ถอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนตกมาเป็นของผู้รับโอนแล้ว จึงไม่ต้องบอกกล่าวแก่เจ้าของเดิมที่เป็นผู้จำนองนั้น

๓. สำหรับลูกหนี้ที่จะต้องบอกกล่าว ตัวบทใช้คำว่าลูกหนี้ชั้นต้น ไม่ใช่ลูกหนี้คนแรก คำว่าลูกหนี้ชั้นต้นหมายถึงลูกหนี้ที่มีทรัพย์สินจำนองไว้ประกันหนี้ โดยที่ทรัพย์สินอาจโอนเปลี่ยนมือกันมาหลายครั้ง และมีจำนองกันหลายหน จึงอาจมีลูกหนี้หลายคนที่จะต้องบอกกล่าว ความในตัวบทพูดถึงเจ้าหนี้จดทะเบียนไม่ว่าในทางจำนองหรือประการอื่น เป็นข้อความกว้าง ๆ กินความได้ตลอดถึงเจ้าหนี้บุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนสิทธิของตนไว้ด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ที่เจ้าหนี้เหล่านี้จะได้รู้ตัวล่วงหน้า จะได้สงวนสิทธิของตน ในบรรดาเจ้าหนี้ด้วยกันเอง คนใดมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนอง เช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๗ คนนั้นจะได้มาขอชำระหนี้ไปก่อน แต่คำว่าเจ้าหนี้ไม่กินความไปถึงผู้ที่มีสิทธิจดทะเบียนเหนือทรัพย์สินโดยประการอื่น เช่นผู้ทรงสิทธิเก็บกิน ผู้จดทะเบียนทรงสิทธิอาศัย สิทธิของบุคคลเหล่านี้จะปรากฏในรายการจดทะเบียน ซึ่งวรรคสุดท้ายบัญญัติให้ส่งไปด้วย

๔. ในการส่งคำเสนอไปยังเจ้าหนี้ ผู้รับโอนต้องบอกราคาไถ่ถอนเป็นจำนวนเงินอันสมควรกับราคาทรัพย์สิน เช่น ก. กู้เงิน ข. ไป ๕๐,๐๐๐ บาท และจำนองที่ดินราคา ๕๐,๐๐๐ บาทไว้เป็นประกัน ต่อมา ก. โอนขายกรรมสิทธิ์ที่ดินนี้ให้แก่ ค. เมื่อ ค. ใช้สิทธิไถ่ถอนจำนอง ที่ดินราคาตก คงเหลือ ๓๐,๐๐๐ บาท ถ้า ค. เสนอราคาไปตามนี้ ค. ก็ใช้สิทธิไถ่ถอนได้ ถึงแม้ราคาที่ดินเดิมในสมัยเมื่อจำนองกันไว้จะมีราคาถึง ๕๐,๐๐๐ บาทก็ตาม ทั้งนี้ก็เพราะว่า ในฐานะที่ ค. เป็นบุคคลภายนอกไม่เกี่ยวข้องกับการเป็นหนี้สินระหว่าง ก. กับ ข. แต่อย่างใด ค. มีสิทธิที่จะเสนอใช้ราคาในเวลาไถ่ถอนได้ แต่ถ้า ก. ลูกหนี้ผู้จำนองทรัพย์สินไว้เป็นประกันจะขอไถ่เอง ก. จะใช้สิทธิอย่าง ค. ไม่ได้ เพราะตนเองเป็นลูกหนี้อยู่ จึงมีหน้าที่จะต้องชำระหนี้ทั้ง ๕๐,๐๐๐ บาทเสียก่อน แล้วจึงจะปลดเอาที่ดินจำนองออกมาได้

๕. ตามตัวอย่างใน ๔ ที่ดินราคาตก ราคาที่ผู้รับโอนเสนอมาตามสมควรไม่พอใช้หนี้ แต่ถ้าที่ดินราคาขึ้น ผู้รับโอนจะต้องเสนอราคาอะไร ตามตัวอย่างใน ๔ หนี้มีอยู่ ๕๐,๐๐๐ บาท สมมติว่าที่ดินราคาขึ้นไปเป็น ๘๐,๐๐๐ บาท ผู้รับโอนจะยังต้องเสนอราคา

อันสมควรหรือไม่ ว่ากันตามตัวบทก็ต้องเสนอดังนั้น เพราะตัวบทเขียนไว้ว่าผู้รับโอนต้องเสนอจะรับใช้เงินให้เป็นจำนวนอันสมควรกับราคาทรัพย์สิน แต่ว่ากันในทางผลบังคับแล้ว ผู้รับโอนไม่ต้องเสียเงินเกินกว่าจำนวนที่เป็นหนี้กันอยู่ เพราะตามตัวอย่างใน ๔ นั้น แม้ราคาที่ดินจะขึ้นไปตั้ง ๘๐,๐๐๐ บาท ข. เจ้าหนี้ก็มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้เพียง ๕๐,๐๐๐ บาท รวมทั้งอุปกรณ์ และในจำนวนเงินส่วนที่เหลือจากนั้นก็ต้องตกเป็นของ ค. ก. เจ้าของเดิมจะมาเรียกร้องเอาจาก ค. ไม่ได้ เพราะได้โอนกรรมสิทธิ์ให้ ค. ไปแล้ว แต่ถ้ากรณีเป็นเรื่องที่ไม่มีแต่ ข. เป็นผู้รับจำนองคนเดียว หากมีคนอื่นเป็นผู้รับจำนองหรือมีบุริมสิทธิอยู่ด้วย การที่ผู้รับโอนจะต้องเสนอราคามาทั้ง ๘๐,๐๐๐ บาทนั้น เห็นได้ว่าจะได้เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้คนอื่น คือเมื่อใช้หนี้ ข. ๕๐,๐๐๐ บาทแล้วเหลือจากนั้น เจ้าหนี้คนอื่นจะได้เอาไปใช้หนี้บ้าง

๖. สำหรับจำนวนเงินที่จะจัดเป็นส่วนใช้แก่บรรดาเจ้าหนี้ตามลำดับดังบัญญัติไว้ใน (๖) นั้น ลำดับเจ้าหนี้มาก่อนหลังกันอย่างไร ต้องจัดให้เป็นไปตามกฎหมาย จะจัดเอาเองตามใจชอบไม่ได้

มาตรา ๗๓๙

"ถ้าเจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดไม่ยอมรับคำเสนอ เจ้าหนี้คนนั้นต้องฟ้องคดีต่อศาลภายในเดือนหนึ่งนับแต่วันมีคำเสนอเพื่อให้ศาลพิพากษาสั่งขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้น แต่ว่าเจ้าหนี้นั้นจะต้องปฏิบัติการดังจะกล่าวต่อไปนี้ด้วย คือ

(๑) ออกเงินทดรองค่าฤชาธรรมเนียมการขายทอดตลาด

(๒) ต้องเข้าสู้ราคาเอง หรือแต่งคนเข้าสู้ราคาเป็นจำนวนเงินสูงกว่าที่ผู้รับโอนเสนอจะใช้

(๓) บอกกล่าวการที่ตนไม่ยอมนั้นให้ผู้รับโอนและเจ้าหนี้คนอื่น ๆ บรรดาได้จดทะเบียน กับทั้งเจ้าของทรัพย์คนก่อนและลูกหนี้ชั้นต้นทราบด้วย"

หลักและข้อสังเกต

๑. ราคาไถ่ถอนจำนองที่มาตรา ๗๓๘ ให้ผู้รับโอนเสนอมาเป็นจำนวนอันสมควรกับราคาทรัพย์สินนั้น อาจน้อยกว่าราคาอันแท้จริงก็ได้ ถ้าไม่มีอะไรบัญญัติไว้เป็นข้อแม้เงื่อนไข ผู้รับโอนอาจกำหนดราคาเอาเปรียบเจ้าหนี้ ในกรณีที่ผู้รับโอนเสนอราคามาไม่สมควร กฎหมายจึงให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะบอกปัดไม่รับคำเสนอ แต่ก็อีกนั่นแหละ ถ้าให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะบอกปัดเฉย ๆ ไม่ต้องทำอะไรเสียเลย หากราคาที่ผู้รับโอนเสนอมาเป็นราคาสมควร เจ้าหนี้ก็จะแกล้งบอกปัดเสียได้ เป็นการตัดสิทธิไม่ให้ผู้รับโอนได้ไถ่ถอน มาตรา ๗๓๙ จึงบังคับว่า เจ้าหนี้คนใดไม่ยอมรับคำเสนอของผู้รับโอน เจ้าหนี้คนนั้นต้องฟ้องคดีต่อศาลภายใน ๑ เดือน เพื่อให้ศาลสั่งขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองและก็การขายทอดตลาดนั่นเอง ที่จะเป็นเครื่องชี้ขาดตัดสินว่าราคาทรัพย์สินจะน้อยดังผู้ที่รับโอนเสนอมาหรือจะมากกว่าอันเป็นเหตุให้เจ้าหนี้บอกปัดคำเสนอ

๒. ถ้าขายทอดตลาดได้เงินมากกว่าราคาที่ผู้รับโอนเสนอ ก็จะเป็นการชอบแล้วที่จะให้มีการขายทอดตลาด เพราะนอกจากจะได้เงินมากมาใช้เจ้าหนี้ได้ทั่วถึงกันแล้ว หากมีเงินเหลือนอกจากนั้น ก็จะได้จ่ายให้แก่ผู้รับโอนไป เป็นประโยชน์แก่ผู้รับโอนเองด้วย แต่ในกรณีตรงกันข้าม ถ้าขายทรัพย์สินได้เงินน้อยตามที่ผู้รับโอนเสนอมาดังนี้ จะว่ากันอย่างไร ถ้าไม่มีอะไรบัญญัติไว้ ทรัพย์สินของผู้รับโอนอาจถูกขายทอดตลาดเป็นที่เสียหายแก่เขา โดยไม่มีใครต้องรับผิดชอบ มาตรา ๗๓๙ จึงบัญญัติว่า ในการขายทอดตลาดทรัพย์สิน เจ้าหนี้ผู้บอกปัดคำเสนอของผู้รับโอนต้องเข้าสู้ราคาเอง หรือแต่งคนเข้าสู้ราคาเป็นจำนวนเงินสูงกว่าจำนวนที่ผู้รับโอนเสนอจะใช้ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ดังนี้ ในกรณีที่เอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดและเจ้าหนี้ผู้บอกปัดคำเสนอจะต้องสู้ราคาให้สูงกว่าทรัพย์สินก็จะขายได้ราคามากกว่าผู้ที่รับโอนเสนอ

๓. ตัวบทบังคับให้เจ้าหนี้ที่ไม่รับคำเสนอฟ้องคดีภายใน ๑ เดือน ถ้าไม่ฟ้องก็น่าจะเข้าใจว่า ผู้รับโอนใช้ราคาได้ตามที่เสนอและไถ่ทรัพย์หลุดจากการจำนองไปเช่นเดียวกัน ตัวบทเขียนเป็นคำบังคับไว้ว่าเจ้าหนี้ต้องเข้าสู้ราคา แต่ถ้าเจ้าหนี้ไม่ปฏิบัติตามจะว่ากันอย่างไร

ที่จะงดการขายทอดตลาดเสียนั้นเห็นจะไม่มีทางงดได้ เพราะก่อนที่จะมีการขายทอดตลาดศาลได้พิพากษาให้มีการขายทอดตลาดมาก่อนแล้ว ไม่มีอะไรจะไปลบล้างได้ อาจเป็นเพราะเหตุนี้กระมัง มาตรา ๗๔๐ ต่อไปจึงกล่าวถึงการขายทอดตลาดได้ราคาไม่ล้ำจำนวนเงินที่ผู้รับโอนเสนอ ซึ่งทำให้เจ้าหนี้ผู้บอกบัดต้องรับผิดออกค่าธรรมเนียมในการขายทอดตลาด ถ้าเจ้าหนี้ฝ่ายค้านเปลี่ยนใจไม่อยากสู้ราคา และไม่อยากรับผิดใช้ค่าธรรมเนียมที่ว่านี้ก็ได้แต่จะถอนฟ้องหรือยอมความกันเสียก่อนศาลสั่งขายทอดตลาด หรือก่อนมีการขายทอดตลาด

๔. ตัวบทไม่ได้บัญญัติว่า ราคาที่เจ้าหนี้จะเข้าสู้ในชั้นขายทอดตลาดนั้น จะต้องสูงกว่าเป็นจำนวนเท่าใด เพราะฉะนั้น ผู้รับโอนเสนอมา ๕๐,๐๐๐ บาท เจ้าหนี้ผู้บอกบัดจะเข้าสู้ราคาเสนอใช้ให้ ๕๐,๐๐๑ บาทก็ได้ ข้อนี้จึงเป็นความบกพร่องของตัวบท ซึ่งถ้าบัญญัติให้เจ้าหนี้บอกบัดคำเสนอเป็นฝ่ายเสนอราคาอันสมควรสูงกว่าก่อนการขายทอดตลาด ผู้รับโอนก็จะได้โอกาสที่จะยอมตาม โดยไม่ต้องเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดอันจะเป็นผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลุดมือไปจากเขา แต่เมื่อตัวบทเขียนไว้ดังนี้ ทางแก้ของผู้รับโอนจึงมีอยู่ทางเดียวที่จะเข้าสู้ราคากับเจ้าหนี้ ถ้าสู้เจ้าหนี้ไม่ไหว และต้องเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปเนื่องจากการขายทอดตลาด ก็เห็นจะต้องถือว่าเป็นความบกพร่องของผู้รับโอนเอง ที่ไปรับโอนทรัพย์สินติดจำนองมา

๕. สำหรับรายละเอียดในเรื่องที่เจ้าหนี้จะบอกบัดคำเสนอของผู้รับโอนนั้นนอกจากเจ้าหนี้จะต้องฟ้องคดีภายใน ๑ เดือนแล้ว เจ้าหนี้ยังจะต้องทดรองออกเงินค่าธรรมเนียมในการขายทอดตลาด ต้องเข้าสู้ราคา และต้องบอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้จดทะเบียนคนอื่นรวมทั้งเจ้าของทรัพย์คนก่อนและลูกหนี้ชั้นต้นด้วย สำหรับค่าธรรมเนียมนั้น ตัวบทพูดถึงแต่ค่าธรรมเนียมการขายทอดตลาด ค่าธรรมเนียมศาลจะว่ากันอย่างไร ทั้งนี้ต้องแล้วแต่จะตีความว่า เมื่อเจ้าหนี้ฟ้องคดีขอให้มีการขายทอดตลาด กฎหมายบังคับศาลให้สั่งขายทอดตลาดหรือไม่ ตามตัวบทที่เขียนไว้ ไม่มีอะไรบังคับศาลถึงเพียงนั้น เพราะฉะนั้นศาลจึงชอบที่จะวินิจฉัยได้ตามหลักฐานพยานที่คู่ความนำสืบว่า ราคาที่ผู้รับโอนเสนอมานั้นเป็น

ราคาสมควรหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าเป็นราคาสมควรและพิพากษายกฟ้องเจ้าหนี้ไป เจ้าหนี้ก็จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในฐานะเป็นผู้แพ้คดี ในทางตรงกันข้าม ถ้าศาลเห็นว่าราคาที่ผู้รับโอนเสนอไม่สมควร และพิพากษาให้มีการขายทอดตลาด ผู้รับโอนก็ต้องเป็นฝ่ายเสียค่าธรรมเนียมศาล แต่สำหรับค่าธรรมเนียมการขายทอดตลาด ต้องไปว่ากันตามมาตรา ๗๔๐

๖. การที่เจ้าหนี้ผู้บอกบัดคำเสนอบอกกล่าวไปยังบุคคลต่าง ๆ ใน (๓) นั้น โดยหลักการทั่วไป ก็เพราะคนเหล่านี้มีสิทธิส่วนได้เสียพัวพันอยู่ด้วย ถึงเวลาขายทอดตลาดทรัพย์สิน หากเห็นว่าราคาที่ผู้รับโอนเสนอ รวมทั้งที่เจ้าหนี้ผู้บอกบัดสู้ยังต่ำไป บุคคลเหล่านี้จะได้เข้าสู้ราคาเสียเองให้สูงขึ้นไปอีก แต่ที่ตัวบทให้บอกกล่าวไปยังเจ้าของทรัพย์คนก่อนนั้น จะมีประโยชน์อะไร เพราะโอนกันไปแล้ว ในข้อนี้ เมื่อก่อนมีการแก้มาตรา ๗๓๓ อาจมีประโยชน์อยู่บ้าง เพราะตามหลักเดิมนั้น ถ้าเจ้าของคนก่อนจำนองทรัพย์สินไว้ เมื่อขายทอดตลาดได้เงินไม่พอใช้หนี้ เจ้าของคนก่อนจะต้องรับผิดใช้หนี้จนเต็ม ด้วยเหตุนี้ เมื่อได้รับคำบอกกล่าวแล้ว เจ้าของคนก่อนจะได้มีโอกาสเข้าสู้ราคาจนเต็มมูลค่าของทรัพย์สินเพื่อไม่ต้องรับผิดต่อไป แต่เดี๋ยวนี้มาตรา ๗๓๓ ได้ถูกแก้ไขไปแล้ว โดยมีหลักใหม่ว่า เมื่อขายทรัพย์สินจำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดต่อไป เพราะฉะนั้น การบอกกล่าวแก่เจ้าของทรัพย์คนก่อนจึงไม่ค่อยมีประโยชน์อะไรนัก จะเป็นประโยชน์ได้ดังเดิมก็แต่ในกรณีที่มีการทำสัญญายกเว้นผลบังคับของมาตรา ๗๓๓ ที่แก้ไขใหม่ไว้ต่อกัน ซึ่งจะทำให้ลูกหนี้ยังต้องรับผิดในเมื่อมีการขายทรัพย์จำนองได้เงินไม่พอใช้หนี้

มาตรา ๗๔๐

"ถ้าขายทอดตลาดได้เงินจำนวนสุทธิต่ำจำนวนเงินที่ผู้รับโอนเสนอว่าจะใช้ท่านให้ผู้รับโอนเป็นผู้ออกใช้ค่าฤชาธรรมเนียมในการขายทอดตลาด ถ้าได้ไม่ถึงต่ำจำนวน ท่านให้เจ้าหนี้ผู้ร้องขอให้ขายทอดตลาดเป็นผู้ออก"

หลักและข้อสังเกต

ถ้าขายทอดตลาดได้เงินจำนวนสุทธิต่ำจำนวนเงินที่ผู้รับโอนเสนอจะใช้ ตัวบทบังคับให้ผู้รับโอนเป็นผู้ออกค่าธรรมเนียมในการขายทอดตลาด ทั้งนี้ก็ชอบแล้ว เพราะเมื่อผู้รับโอนเสนอมาต่ำ แต่ขายเข้าจริง ๆ ได้ราคาสูงกว่า ก็เท่ากับผู้รับโอนกดราคาจนต้องเอาทรัพย์มาขายทอดตลาด ตัวเองจึงต้องรับผิดใช้ค่าธรรมเนียม แต่ถ้าขายทอดตลาดได้เงินสุทธิไม่ถึงต่ำจำนวนผู้รับโอนเสนอ ตัวบทบังคับให้เจ้าหนี้ที่พ้องคดีขอให้ขายทอดตลาดเป็นผู้ออกค่าธรรมเนียม ข้อนี้ก็ถูกต้องอีกเหมือนกัน เพราะเมื่อผู้รับโอนเขาเสนอราคามาดี ๆ เจ้าหนี้ไม่รับ จนต้องเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาด ความรับผิดจึงควรตกอยู่แก่เจ้าหนี้ที่จะต้องออกค่าธรรมเนียมในการนั้น เหล่านี้ไม่เป็นปัญหา ข้อที่เป็นปัญหาคือ การขายทอดตลาดในเรื่องนี้จะขายได้ไม่ถึงจำนวนที่ผู้รับโอนเสนอมานั้นได้อย่างไร เพราะมาตรา ๗๓๙ (๒) บังคับไว้แล้วว่า ในการขายทอดตลาด เจ้าหนี้ที่บอกปัดคำเสนอต้องเข้าสู้ราคาให้สูงกว่าที่ผู้รับโอนเสนอ ตัวบทพูดถึงเงินจำนวนสุทธิที่ขายทอดตลาดได้ เรื่องจึงอาจเป็นไปได้ดังต่อไปนี้ เช่นผู้รับโอนเสนอราคามา ๕๐,๐๐๐ บาท เจ้าหนี้เข้าสู้ราคาเสนอให้ ๕๐,๐๐๑ บาท เมื่อเอาทรัพย์ออกขายทอดตลาดได้ราคา ๕๑,๐๐๐ บาท แต่เผอิญมีค่าใช้จ่ายที่จะต้องหักเสีย ๑,๐๐๑ บาท จึงเหลือเงินสุทธิ ๔๙,๙๙๙ บาท ต่ำกว่าจำนวนเงิน ๕๐,๐๐๐ บาท ที่ผู้รับโอนเสนอ ถ้าเรื่องเกิดขึ้นดังนี้ มาตรา ๗๔๐ ก็ใช้ได้ตามที่เขียนไว้ แต่ที่ผู้ร่างกฎหมายจะมาเขียนมาตรานี้ไว้เพื่อขบปัญหาปลีกย่อยเกี่ยวกับการหักเงินสุทธินั้นไม่น่าจะเป็นไปได้ จึงน่าคิดว่าจะได้เขียนไว้สำหรับกรณีที่เจ้าหนี้ไม่เข้าสู้ราคาดังกล่าวมาแล้วเมื่ออธิบายมาตรา ๗๓๙

มาตรา ๗๔๑

"เมื่อเจ้าหนี้ทั้งหลายได้สนองรับคำเสนอทั่วทุกคนแล้ว โดยแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ดี ท่านว่าจำนองหรือบุริมสิทธิก็เป็นอันไถ่ถอนได้ด้วยผู้รับโอนใช้เงินหรือวางเงินตามจำนวนที่เสนอใช้แทนการชำระหนี้"

หลักและข้อสังเกต

๑. ถ้าราคาที่ผู้รับโอนเสนอมานั้น เจ้าหนี้ทั้งหลายทุกคนยอมรับ จำนองรวมทั้งบุริมสิทธิทั้งหลายที่จดทะเบียนไว้ ก็เป็นอันไถ่ถอนไปในเมื่อผู้รับโอนวางเงินตามจำนวนที่เสนอ ถ้ามีเจ้าหนี้คนใดไม่ยอม เจ้าหนี้คนนั้นต้องไปจัดการตามมาตรา ๗๓๙ ดังที่อธิบายมาแล้ว

๒. การสนองรับของเจ้าหนี้ ตัวบทว่าจะแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ได้ เช่น เมื่อเขานำเงินมาวาง เจ้าหนี้ทุกคนรับเอาไปแบ่งกันใช้หนี้ ทั้งนี้ เป็นการสนองรับคำเสนอของเขาโดยปริยาย ตัวอย่างอาจมีได้อีก เช่น ผู้รับโอนมีหนังสือบอกกล่าวไปว่าจะขอใช้เงินให้ ๕๐,๐๐๐ บาท และถ้าไม่ได้รับตอบขัดข้องจากเจ้าหนี้ภายใน ๑๕ วัน จะถือว่าเจ้าหนี้ยอมรับตามคำเสนอ เจ้าหนี้คนใดได้รับทราบคำบอกกล่าวเช่นนี้แล้วไม่ตอบขัดข้องไป อาจถือว่าได้สนองรับราคาของผู้รับโอนแล้วโดยปริยาย

มาตรา ๗๔๒

"ถ้าการบังคับจำนองก็ดี ถอนจำนองก็ดี เป็นเหตุให้ทรัพย์สินซึ่งจำนองหลุดมือไปจากบุคคลผู้ได้ทรัพย์สินนั้นไว้แต่ก่อนไซร้ ท่านว่าการที่ทรัพย์สินหลุดมือไปเช่นนั้นหามีผลย้อนหลังไม่ และบุริมสิทธิทั้งหลายของเจ้าหนี้แห่งผู้ที่ทรัพย์หลุดมือไปอันมีอยู่เหนือทรัพย์สินและได้จดทะเบียนไว้นั้น ก็ย่อมเข้าอยู่ในลำดับหลังบุริมสิทธิอันเจ้าหนี้ของผู้จำนอง หรือเจ้าของคนก่อนได้จดทะเบียนไว้

ในกรณีเช่นนี้ ถ้าสิทธิใด ๆ อันมีอยู่เหนือทรัพย์สินซึ่งจำนองเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลผู้ได้ทรัพย์สินซึ่งจำนองไว้แต่ก่อน ได้ระงับไปด้วยเกลื่อนกลืนกันในขณะที่ได้ทรัพย์สินนั้นมาไซร้ สิทธินั้นท่านให้กลับคืนมาเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลผู้นั้นได้อีก ในเมื่อทรัพย์สินซึ่งจำนองกลับหลุดมือไป"

ตัวอย่าง

วรรค ๑ ก. เป็นเจ้าของที่ดินแปลงหนึ่ง ได้กู้เงินจดทะเบียนจำนองไว้กับ ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ก. ขายกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่ ค. ระหว่างที่ ค. เป็นเจ้าของ ได้จ้าง ง. สร้างตึกลงบนที่ดินนั้น และ ง. จดทะเบียนบุริมสิทธิไว้เป็นเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท ซึ่งยังไม่ได้มีการชำระหนี้แก่กัน ต่อมา ค. ขายกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่ ข. และ ข. จดทะเบียนจำนองที่ดินประกันเงินกู้ไว้กับ จ. เป็นเงิน ๕๐,๐๐๐ บาท เมื่อ จ. บังคับจำนอง เป็นเหตุให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินหลุดมือไปจาก ข. การนี้ไม่มีผลย้อนหลังไปลบสิทธิทั้งหลายของเจ้าหนี้ที่จดทะเบียนไว้ก่อน ในกรณีเช่นนี้ สิทธิของ ง. ผู้ทรงบุริมสิทธิในมูลก่อสร้างบนที่ดินย่อมใช้บังคับได้ก่อนสิทธิจำนองตามมาตรา ๒๘๗ ถัดลงมาได้แก่สิทธิจำนองของ ข. ส่วนสิทธิจำนองของ จ. ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ของ ข. ผู้เป็นเจ้าของในชั้นที่กรรมสิทธิ์ในที่ดินจะหลุดมือไป ย่อมเข้าอยู่ในลำดับหลังบุริมสิทธิและสิทธิจำนองที่เจ้าของคนก่อน ๆ ได้จดทะเบียนไว้ กล่าวคือ บุริมสิทธิของ ง. ที่ได้จดทะเบียนไว้ในชั้นที่ ค. เป็นเจ้าของซึ่งมาก่อนเพื่อนกับสิทธิจำนอง ข. เอง ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ของ ก. เจ้าของคนแรก ในชั้นที่ จ. บังคับจำนองต้องเอาเงินสุทธิที่ขายทอดตลาดที่ดินได้ใช้หนี้ ง. เจ้าหนี้บุริมสิทธิก่อน เมื่อมีเงินเหลือต้องใช้หนี้จำนองของ ข. ถ้ายังมีเหลืออีกจึงจะใช้หนี้จำนองของ จ.

วรรค ๒ ตามตัวอย่างดังกล่าวมาจะเห็นได้ว่า เมื่อขณะที่ ข. ได้ที่ดินมาโดยรับซื้อไว้จาก ค. สิทธิของ ข. ในฐานะเป็นเจ้าหนี้รับจำนองของ ก. ย่อมจะเกลื่อนกลืนกับความรับผิดของ ข. ในฐานะที่เป็นเจ้าของที่ดินอันจะถูกบังคับจำนองโดยหนี้รายเดียวกันนี้ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น สิทธิจำนองของ ข. จะต้องสิ้นไปด้วยการเกลื่อนกลืนกับความรับผิดดังกล่าว แต่มาตรา ๗๔๒ วรรค ๒ บัญญัติให้สิทธิจำนองของ ข. กลับคืนมาเป็นคุณแก่ ข. เพราะฉะนั้น ในชั้นที่ จ. บังคับจำนอง ข. จึงใช้สิทธิจำนองของตนบังคับเอาชำระหนี้ ๕๐,๐๐๐ บาท ได้ตามลำดับที่กล่าวไว้ในตัวอย่างสำหรับ วรรค ๑ ในทางตรงกันข้าม สมมติว่าตามตัวอย่างสำหรับวรรค ๑ ถ้าแทนที่ ข. จะจำนองที่ดินไว้กับ จ.

ข. กลับต้องกู้เงิน ๕๐,๐๐๐ บาท จำนองที่ดินไว้กับ ก. เมื่อขณะที่ ก. รับจำนองที่ดินสิทธิของ ก. ในฐานะเป็นเจ้าหนี้รับจำนอง ข. ย่อมจะเกลื่อนกลืนกับความรับผิดเดิมที่ ก. จำนองที่ดินไว้กับ ข. ทำให้ความรับผิดเดิมของ ก. สิ้นไป แต่โดยบทบัญญัติแห่งมาตรา ๗๔๒ วรรค ๒ ความรับผิดของ ก. ต้องกลับคืนมาเป็นโทษแก่ ก. เพราะฉะนั้น หาก ก. บังคับจำนองเพื่อชำระหนี้เงิน ๕๐,๐๐๐ บาทที่ ข. กู้ ก. ข. ก็มีสิทธิบังคับจำนองเอาแก่ ก. ได้ สำหรับหนี้เงินกู้เดิม ๕๐,๐๐๐ บาท และ ข. ย่อมได้รับชำระหนี้ก่อน ก. เพราะรับจำนองไว้ก่อน ก.

หลักและข้อสังเกต

๑. จำนองและบุริมสิทธิจดทะเบียนมีลักษณะเป็นทรัพยสิทธิ เพราะฉะนั้น ถึงแม้ว่าทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเหล่านั้น จะได้โอนตกทอดไปถึงใครอย่างไร ก็ไม่เป็นผลที่จะลบล้างทรัพยสิทธิเหล่านั้นได้ (มาตรา ๗๐๒ วรรค ๒) เพราะฉะนั้นเมื่อทรัพย์จำนองถูกบังคับจำนอง หรือต้องขายทอดตลาดเนื่องจากการไถ่ถอนจำนองดังกล่าวมา สิทธิของเจ้าหนี้ทั้งหลายเหล่านั้นที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนหลังกันอย่างไรย่อมไม่ถูกกระทบกระเทือนเลย ใครจดทะเบียนไว้ก่อน หรือมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนก็ยังมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน ตามลำดับดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๓๐, ๒๘๗, ๒๘๕ ความในมาตรา ๗๔๒ วรรค ๑ บัญญัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ว่ามานี้

๒. พึงสังเกตว่า ในการบังคับจำนองก็ดี ในการไถ่ถอนจำนองตามมาตรา ๗๓๖ ก็ดี หรือในการขายทอดตลาดตามมาตรา ๗๓๕ ก็ดี ทั้งหมดนี้ จะมีผลในการปลดเปลื้องภาระจำนองและบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ (มาตรา ๗๔๔ (๕)) เพราะฉะนั้นเมื่อมาตรา ๗๔๒ วรรค ๑ พูดถึงลำดับแห่งสิทธิของเจ้าหนี้ จึงต้องเข้าใจว่า เป็นเรื่องที่เจ้าหนี้จะมาขอรับชำระหนี้จากเงินที่ขายทอดตลาดได้ หรือจากเงินที่ผู้ไถ่ถอนจำนองมาวางไว้

๓. ข้อความในวรรค ๑ อ่านเข้าใจยากอยู่สักหน่อย เนื่องจากพูดถึงบุคคลผู้ได้ทรัพย์สินไว้แต่ก่อน "แต่ก่อน" ในที่นี้หมายความถึงก่อนบังคับจำนองหรือถอนจำนองแล้ว

แต่กรณี โดยจะมีเจ้าหนี้สักกี่คนไม่สำคัญ ทั้งนี้จะต้องระลึกว่า ทรัพย์จำนองอันจะต้องมาตกอยู่ในบังคับมาตรา ๗๔๒ นั้น อาจได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ผ่านมือเจ้าของมาแล้วหลายคนด้วยกัน ซึ่งแต่ละคนอาจจำนองซ้ำก็ได้ หรือมีเจ้าหนี้บุริมสิทธิเข้ามาจดทะเบียนไว้ก็ได้ และเมื่อในที่สุดมีการบังคับจำนองหรือถอนจำนอง เป็นเหตุให้กรรมสิทธิ์ทรัพย์สินหลุดมือจากเจ้าของคนสุดท้าย ผลจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา ๗๔๒

๔. ตามมาตรา ๓๕๓ เมื่อสิทธิและความรับผิดในหนี้มาตกอยู่แก่บุคคลคนเดียวกัน หนี้นั้นย่อมเป็นอันระงับสิ้นไป กรณีจึงอาจเป็นได้ว่า ในชั้นที่ทรัพย์สินซึ่งจำนองได้โอนผ่านมือเจ้าของคนก่อน ๆ มานั้น สิทธิเรียกร้องและความรับผิดในหนี้บางรายอาจได้เกลื่อนกลืนกันมาก่อน มีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น แต่บางรายอาจไม่มีการเกลื่อนกลืนกันเช่นนั้น เมื่อมาตรา ๗๔๒ วรรค ๑ มาบัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ว่าสิทธิของเจ้าหนี้จดทะเบียนทั้งหลายไม่ถูกลบล้าง และเจ้าหนี้ทั้งหลายเหล่านั้นยังมีสิทธิที่จะเข้ามารับชำระหนี้จากเงินที่ขายทอดตลาดทรัพย์สิน หรือจากเงินที่ผู้รับโอนวางไว้ได้ ถ้าจะให้แต่เจ้าหนี้จำพวกที่ไม่มีการเกลื่อนกลืนได้รับชำระหนี้ไป โดยไม่ให้สิทธิเช่นเดียวกันแก่เจ้าหนี้จำพวกที่มีการเกลื่อนกลืน ความยิ่งหย่อนไม่เป็นธรรมก็จะเกิดมีขึ้น ในวรรค ๒ จึงให้สิทธิของเจ้าหนี้จำพวกหลัง รวมตลอดถึงหน้าที่ของลูกหนี้ได้กลับฟื้นคืนขึ้นมาใหม่ ในมาตรา ๓๕๓ เอง ก็ได้มีบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ ให้สิทธิหน้าที่กลับฟื้นขึ้นมาใหม่ในกรณีตั๋วเงินสลักหลังกลับคืนตามมาตรา ๙๑๗ วรรค ๒ ข้อนี้จึงแคบไป เพราะไม่ได้บัญญัติยกเว้นให้ตลอดถึงมาตรา ๗๔๒ วรรค ๒ ด้วย

มาตรา ๗๔๓

"ถ้าผู้รับโอนได้ทำทรัพย์สินซึ่งจำนองเสื่อมราคาลงเพราะการกระทำหรือความประมาทเลินเล่อแห่งตน เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ทั้งหลายผู้มีสิทธิจำนองหรือบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นต้องเสียหายไซร้ ท่านว่าผู้รับโอนจะต้องรับผิดเพื่อความเสียหายนั้น

อย่างไรก็ดี อันผู้รับโอนจะเรียกเอาเงินจำนวนใดๆ ซึ่งตนได้ออกไปหรือเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ตนได้ทำให้ทรัพย์สินดีขึ้นนั้น ท่านว่าหาอาจจะเรียกได้ไม่ เว้นแต่ที่เป็นการทำให้ทรัพย์สินนั้นงอกราคาขึ้น และจะเรียกได้เพียงเท่าจำนวนราคาที่งอกขึ้นเมื่อขายทอดตลาดเท่านั้น"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท และจำนองที่ดินไว้เป็นประกัน ๑ แปลง ต่อมาได้จ้าง ค. ปลูกตึกลงในที่ดินนั้น ซึ่ง ค. ได้จดทะเบียนบุริมสิทธิของตนไว้ หลังจากนั้น ก. ได้โอนกรรมสิทธิ์ขายที่ดินให้แก่ ง. ในชั้นที่ ง. ขอไถ่ถอนจำนอง ปรากฏว่าตึกที่ ค. ปลูกไว้ในที่ดินเสื่อมราคาลง เพราะ ง. จงใจหรือประมาทเลินเล่อทอดทิ้งไว้ไม่ซ่อมแซม เช่นฝนตกหลังคาพัง ไม่จัดการซ่อมแซม จนน้ำฝนสาดซึมเข้าไปในตึกทำให้ตึกเสียหายเสื่อมราคา ดังนี้ ข. เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง และ ค. เจ้าหนี้บุริมสิทธิชอบที่จะเรียกเอาค่าเสียหายจาก ง. ได้ ในทางตรงกันข้าม ถ้า ง. ได้ปลูกสร้างเพิ่มเติมอะไรลงไปในที่ดินนั้น เช่นปลูกตึกลงไปอีก ๑ หลัง ทำให้ราคาทรัพย์จำนองเพิ่มขึ้นอีกคิดได้เท่าใดในเวลาที่มีการขายทอดตลาด ง. ชอบที่จะเรียกร้องเอาได้ แต่ถ้าสิ่งปลูกสร้างที่ ง. ทำลงไปนั้น ไม่ทำให้ราคาทรัพย์สินเพิ่มขึ้น เช่นปลูกเล้าเป็ด เล้าไก่ ด้วยไม้กระบอก หรือปลูกเรือนไม้กระบอกขัดแตะบีสองบีก็พัง ใครจะซื้อที่ดินก็ไม่มีใครจะให้ราคาสำหรับสิ่งปลูกสร้างชนิดนี้ ง. จะเรียกร้องเอาค่าชดเชยอะไรไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. ถึงแม้ว่าผู้รับโอนจะมีสิทธิไถ่ถอน โดยใช้ราคาทรัพย์สินตามสมควรก็จริง ถ้าราคาทรัพย์สินนั้นลดน้อยลงเพราะการกระทำของผู้รับโอนเอง ซึ่งทำให้ทรัพย์สินเสื่อมราคาก็ชอบแล้วที่กฎหมายจะบัญญัติให้ผู้รับโอนต้องใช้ค่าเสียหาย มิฉะนั้นก็จะไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ เมื่อการกระทำของผู้รับโอนในทางทำให้ทรัพย์สินเสื่อมราคาจะตกเป็นโทษแก่

ผู้รับโอนดังว่ามานี้ ในทางตรงกันข้าม เมื่อผู้รับโอนได้ทำให้ทรัพย์สินมีราคาเพิ่มขึ้นก็ต้องบัญญัติให้การนั้นเป็นคุณแก่ผู้รับโอนด้วย เพื่อเป็นธรรมแก่กันทั้งสองฝ่าย สิทธิของผู้รับโอนที่จะได้ค่าชดเชยเมื่อทำให้ทรัพย์สินราคาเพิ่มขึ้นนั้น มีหลักเกณฑ์บัญญัติไว้เป็นทำนองเดียวกันในมาตรา ๑๓๑๐, ๑๓๑๑

๒. ความตอนสุดท้ายที่ให้คิดราคาเพิ่มขึ้นในเวลาที่มีการขายทอดตลาดนั้น ก็เพราะราคาในตอนนี้เท่านั้นที่จะเป็นผลดีแก่ฝ่ายเจ้าหนี้ เช่นผู้รับโอนสร้างเรือนไม้ไว้ตั้ง ๑๐ ปี ๒๐ ปีก่อนแล้ว จนปลวกกินพังไปเกือบหมด ถึงเวลาขายทอดตลาด จะมาคิดเอาราคาเพิ่มขึ้นเหมือนกับว่าสร้างเรือนเสร็จใหม่ ๆ ย่อมคิดไม่ได้ ถ้าในเวลาขายทอดตลาด เรือนไม้ที่ปลวกกินนั้นไม่ทำให้ได้ราคาเพิ่มขึ้น ก็ย่อมจะเรียกเอาอะไรจากเขาไม่ได้

๓. ตัวบทพูดไว้เฉพาะราคาเพิ่มขึ้นเมื่อมีการขายทอดตลาด แต่การไถ่ถอนอาจมีได้โดยไม่ต้องมีการขายทอดตลาด ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๔๑ เมื่อเช่นนี้จะคิดราคากันอย่างไร การไถ่ถอนโดยไม่มีการขายทอดตลาดมีขึ้นได้ ก็โดยเจ้าหนี้ทั้งหลายทุกคนยอมรับราคาที่ผู้รับโอนเสนอ และก็เป็นที่แน่นอนว่า ในการเสนอราคานั้น ผู้รับโอนคงจะได้คิดราคารวมไปถึงสิ่งปลูกสร้างที่ตนทำขึ้นไว้เองด้วย เมื่อเจ้าหนี้ยินยอมตามนั้นปัญหาก็ย่อมจะไม่มีที่จะมาโต้เถียงกันว่าผู้รับโอนได้ทำให้ทรัพย์สินราคาเพิ่มขึ้นเท่าใด สมมติว่าตามตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น ผู้รับโอนคิดราคาเรือนไม้ปลวกกินพังรวมเข้าไปด้วยเหมือนดังว่าเป็นเรือนปลูกใหม่ ๆ และเจ้าหนี้ไม่โต้แย้ง ยอมตกลงตามราคาที่ผู้รับโอนเสนอมา ความผิดพลาดบกพร่องก็เป็นของเจ้าหนี้เอง ที่ไม่ระมัดระวังส่วนได้เสียของตนเอง จะไปโทษเอาผิดแก่ใครไม่ได้ หรือในทางตรงกันข้าม ถ้าผู้รับโอนเสนอราคาไปโดยไม่คิดราคาก่อสร้างของตนที่ทำขึ้นใหม่ ๆ ทำให้ทรัพย์สินมีราคาเพิ่มขึ้น ก็เป็นความผิดของผู้รับโอนเองอีกเหมือนกัน โทษใครไม่ได้ ในกรณีที่ผู้รับโอนวางเงินโดยไม่ต้องมีการขายทอดตลาด บัญหาขบตัวเองไว้เช่นนี้แล้ว มาตรา ๗๔๓ จึงไม่นำมากล่าว

หมวด ๖
ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง

มาตรา ๗๔๔

"อันจำนองย่อมระงับสิ้นไป

(๑) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใด มิใช่เหตุอายุความ

(๒) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ

(๓) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น

(๔) เมื่อถอนจำนอง

(๕) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง

(๖) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด"

ตัวอย่าง

(๑) ถ้าหนี้ที่จำนองเป็นประกันระงับไปด้วยการชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบลบหนี้ แปลงหนี้ใหม่ หรือหนี้เกลื่อนกลืน (ยกเว้นมาตรา ๗๔๒ วรรค ๒) จำนองเป็นอันระงับ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๐/๒๔๘๘) แต่ถ้าเหตุระงับหนี้เหล่านี้ไม่ได้เกิดมีขึ้น การที่เจ้าหนี้ไม่ใช้สิทธิเรียกร้องเกินอายุความ ๑๐ ปี ไม่ทำให้จำนองระงับ ทั้งนี้เพราะมีมาตรา ๑๙๕ บัญญัติยกเว้นไว้

(๒) ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท และจำนองที่ดินไว้เป็นประกัน ๑ แปลง ต่อมา ก. ยากจนลงต้องการเอาที่ไปขายเลี้ยงครอบครัว ข. สงสารยอมปลดจำนองให้โดยทำเป็นหนังสือ แม้ตัวหนี้ ๕๐,๐๐๐ บาท หนี้จะยังไม่ปลด จำนองก็เป็นอันระงับสิ้นไป

(๓) ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท ค. เอาที่ดินของตนมาจำนองไว้เป็นประกันมีกำหนด ๑ ปี ต่อมา ข. ผ่อนเวลาให้แก่ ก. เป็นเหตุให้ ค. หลุดพ้นตามมาตรา ๗๒๗, ๗๐๐ การจำนองที่ดินของ ค. เป็นอันระงับสิ้นไป

(๔) ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท และจำนองที่ดินไว้เป็นประกัน ๑ แปลง ต่อมา ก. โอนกรรมสิทธิ์ขายที่รายนี้ให้แก่ ค. แล้ว ค. ทำการไถ่ถอนการจำนอง จำนองระงับสิ้นไป

(๕) เมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์จำนองตามคำสั่งศาล อันเนื่องจากการบังคับจำนองของเจ้าหนี้ หรือจากการไถ่ถอนจำนองของผู้รับโอน การจำนองย่อมระงับสิ้นไป ผู้ที่ซื้อทรัพย์ในการขายทอดตลาด หรือผู้รับโอนที่ไถ่ถอนการจำนอง ย่อมได้กรรมสิทธิ์ทรัพย์สินไปโดยปลอดจากการจำนอง (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๗๓/๒๔๘๕, ๘๒๓/๒๔๘๗, ๕๘/๒๔๕๓)

(๖) เมื่อเจ้าหนี้เอาทรัพย์จำนองหลุดเป็นสิทธิตามมาตรา ๗๒๙ สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่จะบังคับจำนอง เกิดเกลื่อนกลืนกับจำนองซึ่งผูกพันทรัพย์สิน อันได้ตกเป็นของเจ้าหนี้ไปแล้วด้วยการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิ การจำนองจึงต้องระงับสิ้นไป

หลักและข้อสังเกต

๑. ตามความใน (๑) หนี้ขาดอายุความ ความจริงไม่ระงับ หากแต่ว่าเจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ไม่ได้เท่านั้นเอง ความในอนุมาตรานี้นำมาบัญญัติไว้ก็เพื่อจะเตือนไม่ให้ลืมถึงข้อยกเว้นในมาตรา ๑๙๙

๒. การปลดจำนองใน (๒) ต้องเข้าใจว่าปลดแต่เฉพาะจำนองเท่านั้น ไม่ใช่ปลดหนี้ เพราะถ้าปลดหนี้ การจำนองต้องระงับตาม (๑) หนังสือปลดจำนองจะต้องลงลายมือชื่อเจ้าของหนี้หรือไม่ ตัวบทไม่ได้กล่าวถึง จึงต้องบังคับตามมาตรา ๙ และต้อง

เข้าใจว่าเจ้าหนี้ต้องลงลายมือชื่อไว้ มิฉะนั้นเขาอาจเถียงได้ว่าเขาไม่ได้ปลดจำนอง ทั้งนี้เพราะการลงลายมือชื่อเป็นข้อพิสูจน์เจตนา นอกจากนั้น ต้องจดทะเบียนการปลดจำนองด้วยตามมาตรา ๗๔๖

๓. ความใน (๓) มีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น ถ้าเป็นเรื่องลูกหนี้หลุดพ้นเพราะการชำระหนี้หรือเพราะเหตุระงับหนี้อย่างอื่น การจำนองเป็นอันระงับตาม (๑)

มาตรา ๗๔๕

"ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจำนองเกินกว่าห้าปีไม่ได้"

หลักและข้อสังเกต

มาตรานี้บัญญัติซ้ำมาตรา ๑๔๔ เท่าที่เกี่ยวกับเรื่องจำนอง

มาตรา ๗๔๖

"การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใด ๆ สิ้นเชิง หรือแต่บางส่วนก็ดี การระงับหนี้อย่างใด ๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนองหรือหนี้อันจำนองเป็นประกันนั้น เป็นประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในเมื่อมีคำขอร้องของผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๑๐๐,๐๐๐ บาท และจำนองที่ดินไว้เป็นประกัน ๒ แปลง แปลงหนึ่งอยู่ที่บางเขน อีกแปลงอยู่ที่บางซื่อ ต่อมา ก. นำที่ดินที่บางเขนไปจำนองต่อไว้กับ ค. สำหรับที่ดินที่บางซื่อ ได้ความว่า ข. ยอมปลดจำนองให้แก่ ก. แต่เมื่อ ก. ขอร้องให้ไป

จดทะเบียนการปลดจำนอง ข. รีรออยู่ไม่ได้จดให้ ในที่สุด ข. ฟ้องบังคับจำนองเอาแก่ที่ดินที่บางเขนแปลงเดียว และเอาเงินที่ขายที่รายนี้ได้ใช้หนี้จนหมด ค. จึงเข้ารับช่วงสิทธิของ ข. สำหรับที่ดินบางซื่อตามมาตรา ๗๓๔ วรรค ๒ ในชั้นที่ ค. บังคับจำนองเอาแก่ที่ดินที่บางซื่อ ก. จะต่อสู้ ค. ว่าได้มีการปลดจำนองสำหรับที่ดินแปลงนี้แล้วไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

มาตรานี้ใช้เป็นหลักเป็นทำนองเดียวกันกับมาตรา ๑๓๐๑ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๓๔/๒๔๗๕, ๓๑๑/๒๔๘๑) แต่มีหลักเกณฑ์พิเศษนอกเหนือออกไปว่า การจดทะเบียนจะต้องทำต่อเมื่อผู้มีส่วนได้เสียขอร้อง ข้อนี้ทำให้เป็นปัญหาว่าถ้าผู้มีส่วนได้เสียไม่ขอร้องจะมิเป็นอันไม่ต้องจดทะเบียนหรือ และถ้าไม่ได้จดทะเบียนไว้ เพราะไม่มีใครร้องขอให้จดจะยังยกขึ้นเป็นข้ออ้างต่อบุคคลภายนอกได้หรือไม่ เช่นตัวอย่างข้างต้น สมมติว่า ก. ไม่ได้ขอร้องให้ ข. ไปจดทะเบียนการปลดจำนอง ก. จะยกการปลดจำนองขึ้นอ้างต่อ ค. ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้หรือไม่ โดยความมุ่งหมายก็เห็นได้ว่าจะอ้างไม่ได้ ที่มาเขียนไว้เป็นพิเศษในมาตรา ๗๔๖ ว่าการจดทะเบียนจะต้องทำต่อเมื่อผู้มีส่วนได้เสียขอร้อง จึงรู้สึกว่าจะทำให้เกิดความขลุกขลักสักหน่อย และความจริงก็ไม่ถูกต้องตามหลักการทะเบียนที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่ว ๆ ไป เพราะหลักการทะเบียนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นแบบที่พึงต้องทำ หาไม่การที่ทำนั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๑๕ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าได้มีใครขอร้องให้จดทะเบียนหรือไม่ เช่นทำสัญญาซื้อขายที่ดินต่อกันตามมาตรา ๔๕๖ ต้องทำหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แม้จะไม่มีใครขอร้องให้ทำเลยก็ตาม ถ้าไม่ทำหนังสือจดทะเบียน การซื้อขายนั้นก็ตกเป็นโมฆะ หลักพิเศษในมาตรา ๗๔๖ นี้ จึงรู้สึกว่าออกจะพิสดารเกินไปสักหน่อย อย่างไรก็ตามการที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๗๔๖ มีผลเพียงที่จะต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้ ถ้าจะต่อสู้ระหว่างกันเอง ก็ไม่ต้องด้วยข้อห้ามตามมาตรานี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๒๕/๒๔๗๔, ๖๓๓/๒๔๗๗)

ลักษณะ ๓

จำนำ

ตัวบทในลักษณะจำนำมีบัญญัติไว้เพียง ๔ หมวด ตั้งแต่มาตรา ๗๔๗ ถึงมาตรา ๗๖๔ หมวด ๑ เป็นบทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด ๒ ว่าด้วยสิทธิหน้าที่ของผู้จำนำ หมวด ๓ ว่าด้วยการบังคับจำนำ และหมวด ๔ ว่าด้วยความระงับสิ้นแห่งการจำนำ ทั้งนี้โดยมีหลักการเป็นทำนองเดียวกันกับลักษณะจำนองหมวด ๑, ๓, ๔ และ ๖ ในลักษณะจำนำไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์จำนำ เพราะการจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในครอบครองของผู้รับจำนำ เจ้าของจึงเอาไปโอนส่งมอบให้คนอื่นไม่ได้ ต่างกับจำนองซึ่งทำกันได้แต่เพียงจดทะเบียนทรัพย์สินจำนองกัน เจ้าของจึงอาจเอาทรัพย์สินไปโอนทะเบียนส่งมอบให้คนอื่นได้ นอกจากนั้นในลักษณะจำนำไม่มีตัวบทบัญญัติไว้เหมือนในหมวด ๒ ของลักษณะจำนองเกี่ยวกับปัญหาว่าสิทธิจำนองครอบเพียงใด ทั้งนี้ก็เพราะทรัพย์จำนำต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ เช่นแหวนทองข้าวของ ปัญหาจึงไม่ค่อยจะเกิดขึ้นเกี่ยวกับส่วนประกอบหรือดอกผลเหมือนที่ดินอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองกัน ซึ่งทำให้ต้องมีตัวบทบัญญัติไว้ในลักษณะจำนอง

หมวด ๑

บทเบ็ดเสร็จทั่วไป

มาตรา ๗๔๗

"อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕,๐๐๐ บาท และมอบแหวนเพชรหนึ่งวงจำนำไว้เป็นประกันการชำระหนี้ เมื่อ ก. ไม่ใช้หนี้ และ ข. ได้บอกกล่าวตามมาตรา ๗๖๔ แล้ว ข. มีสิทธิเอาแหวนวงนั้นออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. เมื่อเปรียบเทียบมาตรา ๗๔๗ กับ ๗๐๒ ดูแล้ว จะเห็นได้ว่าจำนำต่างกับจำนองในข้อสำคัญที่จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์ ถ้าลูกหนี้ไม่ส่งมอบทรัพย์ไว้เป็นประกัน การจำนำจะมีขึ้นไม่ได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๖๖๕/๒๔๗๒) เพราะการจำนำเป็นอันสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบนั่นเอง แม้หนี้ที่จำนำทรัพย์เป็นประกัน จะเป็นหนี้ชนิดที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เช่น หนี้เงินกู้เกินกว่า ๕๐ บาท ก็ยังบังคับจำนำได้แม้ทั้งที่หนี้นั้นจะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ถ้าบังคับจำนำแล้ว ได้เงินไม่พอใช้หนี้ จะมาบังคับให้ลูกหนี้ใช้หนี้ในส่วนที่ยังขาด ย่อมพ้องเอาไม่ได้ เพราะตัวหนี้ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๐๐/๒๔๘๖, ๑๔๕๑/๒๕๐๓, ๑๗๒๕/๒๕๑๒)

๒. ปัญหามีว่า ถ้าลูกหนี้เพียงแต่สัญญาว่าจะส่งมอบทรัพย์เป็นจำนำ แล้วในที่สุดไม่ยอมส่งตามสัญญา เจ้าหนี้จะมีสิทธิอย่างไร ว่ากันเฉพาะที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้ง เมื่อลูกหนี้ไม่ให้ประกันที่จำต้องให้ เจ้าหนี้มีสิทธิพ้องบังคับชำระหนี้ได้ก่อนกำหนด ทั้งนี้ตามมาตรา ๑๕๕ (๓) นอกจากนั้น เจ้าหนี้ยังมีสิทธิที่จะพ้องให้ลูกหนี้ส่งมอบทรพย์จำนำตามมาตรา ๒๑๓ วรรค ๑ ได้ด้วย ถ้าปัญหาเช่นเดียวกันเกิดขึ้นเกี่ยวกับจำนอง คือลูกหนี้เพียงแต่สัญญาว่าจะเอาอสังหาริมทรัพย์มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ แล้วผิดสัญญาไม่ทำเช่นนั้น เจ้าหนี้จะพ้องขอให้บังคับโดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา ๒๑๓ วรรค ๑ ได้หรือไม่ ถ้าเป็นเรื่องที่คู่กรณีมีเจตนาทำจำนองกัน แต่ไม่ทำหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามบทบังคับในมาตรา ๗๑๔ การนั้นย่อมตกเป็นโมฆะโดยไม่มีปัญหาสงสัย แต่

ถ้าเพียงสัญญากันไว้ว่าจะเอาทรัพย์มาจำนองจะว่ากันอย่างไร ข้อนี้น่าจะบังคับตามมาตรา ๑๑๔ คือถ้าไม่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย สัญญาเช่นนี้ก็ย่อมจะบังคับฟ้องร้องกันได้ ตามมาตรา ๒๑๓ วรรค ๑ ความในมาตรา ๑๕๕ (๓) เองก็รับรู้สัญญาที่จะให้ประกันแก่กัน เมื่อไม่ให้ตามความผูกพันที่จำนองให้ จึงให้เจ้าหนี้ฟ้องบังคับชำระหนี้ได้ก่อนกำหนด ทั้งนี้โดยไม่ได้แยกแยะว่า ประกันที่จำต้องให้นั้น เป็นจำนำหรือจำนอง

๓. ในเรื่องจำนอง มาตรา ๗๐๒ วรรค ๒ กล่าวไว้ชัดว่า ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ โดยมิพักต้องคำนึงว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ข้อนี้ไม่มีกล่าวไว้โดยตรงในลักษณะจำนำ ไปมีกล่าวไว้โดยทางอ้อมในมาตรา ๗๕๘, ๗๖๗ แต่ก็ต้องเป็นที่เข้าใจกันตามหลักเกณฑ์ในมาตรา ๑๓๐๓ ว่า เกี่ยวด้วยสังหาริมทรัพย์นั้น เนื้ออยู่ในปากเสือตัวไหน เสือตัวนั้นก็กิน และตามมาตรา ๗๖๗ เจ้าหนี้ผู้รับจำนำมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากเงินที่ขายทอดตลาดทรัพย์จำนำได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ ส่วนปัญหาเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินนั้น ตราบใดที่ทรัพย์จำนำยังอยู่ในมือเจ้าหนี้ เจ้าของผู้จำนำจะโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่ใครไปอย่างไร ตามมาตรา ๑๓๐๓ ก็ไม่อาจมีผลเป็นการลบล้างสิทธิของเจ้าหนี้ได้ เพราะฉะนั้นแม้ทั้ง ๆ ที่กฎหมายจะไม่มีบทบัญญัติไว้ตรง ๆ หลักเกณฑ์ในเรื่องจำนำ ก็เป็นอย่างเดียวกันกับจำนอง ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๐๒ วรรค ๒

๔. การจำนองทรัพย์สิน มีมาตรา ๗๐๕ บัญญัติว่า บุคคลผู้เป็นเจ้าของเท่านั้นจะจำนองได้ เรื่องจำนำจะใช้หลักอะไร ถึงแม้จะไม่มีอะไรบัญญัติไว้ในลักษณะจำนำก็เห็นจะต้องใช้หลักทั่วไปในมาตรา ๑๓๓๖ คือเจ้าของมีสิทธิจำหน่ายเท่านั้นที่จะจำนำได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๑๕/๒๔๕๗, ๗๗๘/๒๕๐๓) แต่กฎหมายโรงรับจำนำอาจบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้น (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๗๖๖/๒๔๗๖, ๕๑๓/๒๔๗๖, ๗๘๕/๒๔๗๖)

๕. ทรัพย์จำนำจะเป็นของบุคคลภายนอกได้หรือไม่ เมื่อมาตรา ๗๔๗ เขียนไว้เป็นกลาง ๆ ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นของลูกหนี้ ทรัพย์จำนำจะเป็นทรัพย์ของบุคคลภายนอกก็ได้ โดยเฉพาะเมื่อเจ้าของเองนำไปจำนำประกันหนี้คนอื่น และปัญหาเช่นว่าการจำนำจะประกันหนี้ชนิดใดได้บ้าง ถึงแม้จะไม่มีอะไรบัญญัติไว้ ก็น่าจะต้องอาศัยบทใกล้เคียงคือมาตรา ๗๐๗ ในลักษณะจำนอง โยงไปใช้มาตรา ๖๘๑ ในลักษณะค้ำประกันได้เช่นเดียวกัน

๖. ข้อสังเกตอีกข้อหนึ่งคือ ตามมาตรา ๗๔๗ ทรัพย์ที่จะจำนำกันต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์จำนำกันไม่ได้

๗. เมื่อตัวบทกล่าวถึงการส่งมอบทรัพย์เป็นจำนำ จะต้องเข้าใจตามลักษณะครอบครองในบรรพ ๔ ว่า การส่งมอบไม่จำต้องถึงมือเจ้าหนี้ เพราะตามมาตรา ๑๓๖๘, ๑๓๗๔ เจ้าหนี้อาจได้ครอบครองโดยผู้อื่นยึดถือไว้ให้ เช่น ก. จำนำทรัพย์สิ่งหนึ่งไว้กับ ข. โดยตกลงให้ ค. เป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์จำนำตามมาตรา ๗๔๔ ตามมาตรา ๑๓๘๐ แม้แต่ผู้จำนองเองก็อาจตกอยู่ในฐานะเป็นผู้ยึดถือทรัพย์จำนำไว้แทนผู้รับจำนำถ้าได้แสดงเจตนาว่าจะยึดถือไว้แทนผู้รับจำนำ วิธีนี้เป็นวิธีที่ใช้กันอยู่เป็นปกติตามประเพณีธนาคาร เช่น มีคนมาขอเบิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ให้ธนาคารจ่ายเงินตราต่างประเทศแทนในการสั่งสินค้าจากต่างประเทศเข้ามาขาย ครั้นสินค้ามาถึง ซึ่งส่งมาในนามธนาคาร ยังขายสินค้าไม่ได้ เพราะราคายังไม่พอดี หรือเพราะเหตุอื่นอะไรก็ตาม ผู้สั่งสินค้าจึงยังไม่รับเอาสินค้าไปขาย แต่ในเวลาเดียวกัน ธนาคารก็ไม่ประสงค์จะออกค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการเก็บรักษา จึงออกตราสารที่เรียกกันว่า Trust Receipt ให้ลูกค้ารับสินค้าไปในฐานะเป็นผู้ยึดถือไว้แทนธนาคาร ซึ่งถ้าเอาสินค้าไปขายได้เงิน จะต้องเอาเงินมาใช้หนี้ธนาคาร การที่ตกลงกันดังนี้ ไม่ทำให้ธนาคารเสียสิทธิในฐานะเป็นผู้ยึดถือครอบครองทรัพย์สินเพราะมีผู้สั่งสินค้าเป็นผู้ยึดถือแทนตามมาตรา ๑๓๘๐ แต่การที่ให้ผู้จำนำเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินแทนผู้รับจำนำนั้นไม่ปลอดภัยนัก เพราะตามมาตรา ๑๓๘๑ ผู้จำนำอาจจะระงับการครอบครองของผู้รับจำนำเสียได้ โดยเพียงแต่บอกกล่าวว่าตนไม่เจตนายึดถือทรัพย์สินไว้แทนผู้รับจำนำต่อไป

มาตรา ๗๔๘

"การจำนำนั้นย่อมเป็นประกันเพื่อการชำระหนี้ กับทั้งค่าอุปกรณ์ต่อไปนี้ด้วย คือ

(๑) ดอกเบี้ย

(๒) ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้

(๓) ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนำ

(๔) ค่าใช้จ่ายเพื่อรักษาทรัพย์สินซึ่งจำนำ

(๕) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่ความชำรุดบกพร่องแห่งทรัพย์สินจำนำ ซึ่งไม่เห็นประจักษ์"

ตัวอย่าง

สำหรับอนุมาตรา ๑ ถึง ๓ ข้อความเขียนไว้อย่างเดียวกันเหมือนกับมาตรา ๗๑๕ ในเรื่องจำนอง คำอธิบายมาตรานั้นจึงนำมาใช้ทำความเข้าใจได้ ส่วนอนุมาตรา ๔ มีตัวอย่าง เช่นลูกหนี้นำสุนัขพันธุ์ดีมาจำนำไว้ เจ้าหนี้ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงรักษาไปเท่าใด ก็ชอบที่จะบังคับจำนำครอบไปถึงอุปกรณ์แห่งหนี้ที่ว่านี้ได้ด้วย สำหรับอนุมาตรา ๕ ถ้าปรากฏว่าสุนัขตัวนั้นเจ้าหนี้เลี้ยงแล้วมันไม่รัก กลับกัดเจ้าหนี้บาดเจ็บต้องเสียค่าหมอค่ายาไปเท่าใด ทั้งนี้โดยไม่ปรากฏว่ามันเป็นสุนัขที่จะประพฤติเสียหาย ดังนั้นเจ้าหนี้ก็ชอบที่จะบังคับจำนำเรียกเอาค่าหมอค่ายาที่เสียไปนั้นได้ด้วย

หลักและข้อสังเกต

อุปกรณ์แห่งหนี้ในเรื่องจำนำมีเพิ่มขึ้นมาผิดกับจำนอง ก็เพราะในเรื่องจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งจะเป็นเหตุให้เจ้าหนี้เสียค่ารักษาหรือได้รับความเสียหายจาก

ทรัพย์สินนั้น อันเนื่องจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์ที่ไม่เห็นประจักษ์ ต่างกับจำนอง ซึ่งไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน ปัญหาเหล่านี้จึงไม่เกิดขึ้น สำหรับค่าใช้จ่ายในการรักษามาตรา ๗๕๔ บัญญัติให้ผู้รับจำนำรักษาทรัพย์ที่จำนำไว้ให้ปลอดภัย และต้องสงวนทรัพย์สินจำนำไว้เช่นเดียวกับวิญญูชน ทั้งนี้เพื่อจะได้คืนให้ลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ด้วยเหตุนี้ ค่าใช้จ่ายในการรักษาจึงนับเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ที่เจ้าหนี้จะบังคับจำนำได้ สำหรับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์จำนำนั้น ถ้าความชำรุดบกพร่องเป็นที่เห็นประจักษ์ก็ต้องถือว่าเป็นความผิดของเจ้าหนี้เอง จะนับเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ไม่ได้ เช่นถ้าสุนัขที่ลูกหนี้นำมาจำนำนั้นมันแย่เข้าใส่เจ้าหนี้มาแต่ต้น เจ้าหนี้ยังรับไว้เป็นจำนำให้มันกัดเอา ก็จะไปเรียกเอาค่าเสียหายจากลูกหนี้ไม่ได้อยู่เอง หรือเช่นลูกหนี้เอาลูกละเบิดล้าสงครามมาจำนำ ซึ่งเห็นเป็นประจักษ์แล้วว่า จะระเบิดตูมตามขึ้นมาเมื่อไรก็ได้ อย่างนี้ก็เช่นเดียวกัน

มาตรา ๗๔๘

"คู่สัญญาจำนำจะตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำนำไว้ก็ได้"

หลักและข้อสังเกต

๑. สำหรับข้อตกลงให้บุคคลภายนอกเก็บรักษาทรัพย์สินจำนำ เช่นจำนำสินค้าซึ่งฝากไว้ในคลังสินค้า เมื่อบุคคลภายนอกมาเก็บค่ารักษาเอากับเจ้าหนี้ และเจ้าหนี้ได้ชำระให้ไปแล้ว ก็ชอบที่จะคิดเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ได้ตามมาตรา ๗๔๘ แต่ถ้านายคลังสินค้าที่เก็บรักษาจะเรียกร้องเอาโดยตรงจากผู้จำนำโดยไม่ผ่านเจ้าหนี้ดังกล่าวมา ผู้เก็บรักษาทรัพย์สินก็เป็นเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิอยู่แล้วตามมาตรา ๒๕๕ (๔) ปัญหาว่านายคลังสินค้าจะเป็นเจ้าหนี้ใคร ก็สุดแล้วแต่ว่าใครเป็นผู้ฝากของไว้ในคลังสินค้า

๒. ตามประเพณียืมเงินธนาคารสั่งสินค้าเข้ามาขาย เมื่อสินค้าส่งเข้ามาถึงในนามธนาคารเป็นเจ้าของ และผู้สั่งสินค้าขอรับสินค้าไปขาย ผู้สั่งสินค้าทำเอกสารเรียกว่าทรัสต์ซีทให้ธนาคาร ขอรับสินค้าไปยึดถือแทนในนามธนาคารจนกว่าจะขายได้ เมื่ออย่างนี้ทำกันได้ แม้สินค้าจะสั่งเข้ามาในนามของผู้สั่งสินค้าก็ตาม เมื่อต้องการจะจำนำสินค้ากับธนาคาร บางทีผู้สั่งสินค้าซึ่งเป็นลูกหนี้ก็ทำเอกสารยอมยึดถือสินค้าแทนธนาคารเป็นจำนำซึ่งทำกันได้ตามมาตรา ๑๓๘๐ เมื่อเช่นนี้ จึงไม่ได้หมายความว่าเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกเท่านั้น ที่จะเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำนำไว้ได้ ถ้าลูกหนี้ยอมแสดงเจตนายึดถือทรัพย์เป็นจำนำไว้แทนเจ้าหนี้ตามมาตรา ๑๓๘๐ ทรัพย์จำนำก็อาจตกไปอยู่ในความรักษาของลูกหนี้เองได้เหมือนกัน

มาตรา ๗๕๐

"ถ้าทรัพย์สินที่จำนำเป็นสิทธิซึ่งมีตราสาร และมิได้ส่งมอบตราสารนั้นให้แก่ผู้รับจำนำ ทั้งนี้มิได้บอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งการจำนำแก่ลูกหนี้แห่งสิทธินั้นด้วยไซร้ ท่านว่าการจำนำย่อมเป็นโมฆะ"

ตัวอย่าง

ก. สั่งสินค้าผ้ามาจากประเทศญี่ปุ่น และฝากไว้ในคลังสินค้าที่ท่าเรือ เมื่อสินค้ามาถึง ถ้า ก. จะจำนำสิทธิในสินค้าที่ว่านี้โดยไม่ส่งมอบสินค้า ก. ต้องส่งมอบประทวนสินค้าซึ่งนายคลังสินค้าออกให้ตามมาตรา ๗๗๕ ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนำ และต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งการจำนำให้นายคลังสินค้าทราบด้วย มิฉะนั้น การจำนำตกเป็นโมฆะ

หลักและข้อสังเกต

๑. การจำนำตามมาตรา ๗๕๐ นั้น ที่จริงไม่ใช่เป็นเรื่องจำนำทรัพย์ แต่เป็นการจำนำสิทธิซึ่งมีตราสาร ด้วยผลที่จะทำให้เจ้าหนี้ใช้สิทธินำเอาตราสารไปขายทอดตลาด

ใช้หนี้ได้ ตามตัวอย่างข้างต้น ถ้าแทนที่จะจำนำประทวนสินค้า ก. ขนสินค้าผ้าทั้งหมดไปให้เจ้าหนี้ที่บ้าน และเจ้าหนี้รับไว้เป็นจำนำ กรณีเช่นนี้ไม่อยู่ในบังคับแห่งมาตรา ๗๕๐ เพราะเป็นการจำนำทรัพย์ ไม่ใช่จำนำสิทธิ แต่ถ้าเจ้าหนี้ไม่มีที่จะเก็บสินค้า การที่ ก. เพียงแต่ส่งมอบใบประทวนสินค้าให้แก่เจ้าหนี้ และปฏิบัติตามมาตรา ๗๕๐ ประกอบด้วยมาตรา ๗๗๗ แล้ว ถึงแม้สินค้าจะยังอยู่ในคลังสินค้าโดยมิได้ส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็ยังมีสิทธิเป็นผู้รับจำนำ และเมื่อ ก. ไม่ชำระหนี้ ภายหลังที่เจ้าหนี้ได้บอกกล่าวโดยชอบแล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิจะเอาประทวนสินค้านั้นขายทอดตลาดใช้หนี้ได้

๒. ทรัพย์สินอันเป็นสิทธิมีตราสาร มีตัวอย่างเช่นสินค้าระหว่างขนส่ง มีใบตราส่งตามมาตรา ๖๑๓, ๖๑๔ ของฝากในคลังสินค้า มีใบประทวนสินค้าตามมาตรา ๗๗๕ หนี้ซึ่งทำเป็นตั๋วเงินตามมาตรา ๙๖๒ หุ้นและหุ้นกู้ของบริษัทจำกัดตามมาตรา ๑๑๒๙, ๑๑๓๕, ๑๒๒๙ เช่น ก. กู้เงิน ข. และส่งมอบใบหุ้นของบริษัทจำกัดไว้เป็นจำนำ สิ่งที่ ก. ส่งมอบไว้กับ ข. มีแต่ใบหุ้นที่จำนำกัน ทรัพย์สินอย่างอื่นไม่มี ก. จะเอาทรัพย์สินของบริษัทที่ตนถือหุ้นอยู่มาจำนำก็ทำไม่ได้ เพราะบริษัทซึ่งเป็นบุคคลต่างหากเป็นเจ้าของทรัพย์สินเหล่านั้น ที่จำนำกันจึงมีแต่สิทธิตามใบหุ้นที่ขายแล้วใครได้ไป คนนั้นมีสิทธิจะได้รับเงินปันผลจากบริษัท และอาจได้มูลค่าหุ้นคือเมื่อเลิกบริษัท เรื่องเป็นดังนี้ ตัวบทจึงกล่าวถึงการจำนำสิทธิมีตราสาร

๓. ปัญหามีว่า สิทธิมีตราสารตามความในมาตรา ๗๕๐ นั้น หมายความว่าอย่างไร คำแปลภาษาอังกฤษใช้คำว่า a right represented by a written instrument ข้อนี้เป็นปัญหาสำคัญก็เพราะว่า ถ้าไม่ใช่สิทธิตามความหมายของตัวบทแล้ว ก็ย่อมจะจำนำกันไม่ได้ ภาษาไทยที่ว่าถึงสิทธิมีตราสารเป็นคำกว้าง กินความได้ตลอดถึงสัญญากู้หนี้ยืมสินธรรมดา แต่คำแปลภาษาอังกฤษบ่งถึงตราสารใช้แทนสิทธิหรือทรัพย์ เช่นใบหุ้นดังกล่าวมา ส่วนหนังสือกู้หนี้ยืมสินธรรมดานั้น หาใช่ตราสารใช้แทนสิทธิไม่ หากเป็นเพียงแต่หลักฐานแห่งการกู้ยืม ซึ่งตามมาตรา ๖๕๓ บังคับให้มี ถ้าไม่มี จะฟ้องคดีกู้ยืมเงินเกินกว่า ๕๐ บาทไม่ได้ อีกประการหนึ่ง สิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่สัญญากู้ยืมนั้น จะโอนกันก็ได้ตาม

มาตรา ๓๐๖ เพื่อให้ผู้รับโอนไปเรียกร้องเอาเงินกู้จากลูกหนี้ แต่ไม่มีใครโอนกันเป็นจำนำเหมือนจำนำสินค้าด้วยการสลักหลังส่งมอบประทวนสินค้า สิทธิมีตราสารจึงมีความหมายจำกัดตามคำแปลภาษาอังกฤษ

๔. ความในตัวบทที่ว่าต้องแจ้งการจำนำให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบนั้น ตามตัวอย่างในเรื่องฝากของในคลังสินค้าดังกล่าวข้างต้น ลูกหนี้แห่งสิทธิในการนั้นได้แก่นายคลังสินค้า เพราะเป็นผู้มีความผูกพันที่จะต้องส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ฝากหรือผู้มีสิทธิจะเรียกร้องเอาได้ แต่สำหรับการบอกกล่าวที่จะต้องทำเป็นหนังสือ ความในมาตรา ๗๕๐ ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องบอกกล่าวโดยวิธีการอย่างใด เมื่อใด เขียนไว้กว้าง ๆ เพื่อให้ไปรับกับบทบัญญัติเกี่ยวด้วยสิทธิมีตราสารเฉพาะเรื่อง เช่นตามมาตรา ๙๒๖ การสลักหลังตั๋วเงินเป็นจำนำ ไม่ต้องมีการบอกกล่าวไปยังผู้จ่าย เพราะรายการสลักหลังเป็นคำบอกกล่าวอยู่ในตัวแล้ว แต่สำหรับการจำนำสินค้าในคลังสินค้า ต้องทำพิธีจดแจ้งและบอกกล่าวกันตามมาตรา ๗๙๐ ถึง ๗๙๒

มาตรา ๗๕๑

"ถ้าจำนำตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่ง ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้สลักหลังไว้ที่ตราสารให้ปรากฏการจำนำเช่นนั้น

อนึ่งในการนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แห่งตราสาร"

ตัวอย่าง

เมื่อวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๐๙ ก. ออกเช็คล่วงหน้าลงวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๐๙ สั่งธนาคาร ข. ให้จ่ายเงินสด ๕๐,๐๐๐ บาทแก่ผู้ถือ และส่งมอบให้ ค. เป็นผู้ทรงเช็คฉบับนี้ ในระหว่างที่เช็คยังไม่ถึงกำหนดชำระเงิน ค. มีความจำเป็นจะต้องใช้เงิน ๓๐,๐๐๐ บาท จึงไปกู้เงิน ง. มาใช้ ง. เรียกเอาประกัน ค. ไม่มีอะไรจะให้จึงมอบเช็คนี้ให้แก่ ง. ไว้เป็น

จำนำ แต่ไม่ได้สลักหลังเป็นจำนำตามมาตรา ๙๒๖ ต่อมา ค. เกิดร้อนเงินขึ้นมาอีก จึงไปหลอก ง. ว่า ขอยืมเช็คไปเป็นหลักฐานตรวจสอบกับธนาคาร ข. ผู้จ่าย แล้วเอาเช็คนั้นไปสลักหลังโอนให้แก่ จ. เมื่อเกิดข้อพิพาทกันขึ้นระหว่าง ง. กับ จ. ง. จะยกขึ้นเป็นข้อโต้เถียงต่อ จ. ไม่ได้ว่าตนเป็นผู้รับจำนำเช็คนั้น แต่ถ้าในชั้นที่ ค. จำนำเช็คไว้กับ ง. นั้นได้มีการสลักหลังเป็นจำนำตามมาตรา ๙๒๖ แล้ว ก็เป็นอันไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวแก่ธนาคาร ข. ผู้ซึ่งเป็นลูกหนี้จะต้องจ่ายเงินตามตราสาร

หลักและข้อสังเกต

มาตรา ๗๕๐ และ ๗๕๑ นั้น ถ้าอ่านไม่ดีอาจเห็นเป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งกัน เพราะทั้งสองบทเป็นเรื่องจำนำสิทธิมีตราสารด้วยกัน แต่มาตรา ๗๕๐ บัญญัติให้ต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แห่งสิทธิ มาตรา ๗๕๑ กลับว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าว แต่ความจริงนั้น ทั้งสองบทหาขัดแย้งกันไม่ มาตรา ๗๕๐ เป็นแม่บทว่าด้วยสิทธิมีตราสารทั่ว ๆ ไปโดยไม่ขบปัญหาว่าตราสารที่แทนสิทธินั้นเป็นชนิดที่ออกให้บุคคลเพื่อเขาสั่งหรือไม่ เช่นหุ้นของบริษัทตามมาตรา ๑๑๒๙ ถ้าจะถามว่าเป็นสิทธิชนิดใด ก็ตอบได้แต่เพียงว่าเป็นสิทธิมีตราสาร ถ้าจะถามต่อไปว่าใบหุ้นที่ออกให้สำหรับหุ้น เป็นตราสารที่ออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่งหรือไม่ ก็ตอบได้ว่าไม่ เพราะถ้าไปเอาใบหุ้นของบริษัทที่ออกในนามไหน ๆ มาดู จะเห็นแต่ข้อความบอกชื่อของบริษัท เลขหมาย มูลค่า และชื่อผู้ถือหุ้นหรือถ้าหุ้นนั้นยังใช้เงินไม่เสร็จก็จะมีข้อความจดแจ้งบอกไว้ด้วยว่าได้ใช้เงินแล้วเท่าใดทั้งนี้ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๑๒๘ ข้อความอย่างอื่นไม่มี ว่ากันโดยเฉพาะเท่านี้ ใบหุ้นไม่ใช่ตราสารชนิดที่ออกให้แก่บุคคลตามเขาสั่ง แต่ถ้าเอาตั๋วแลกเงินหรือเช็คมาดู โดยเฉพาะเช่นเช็ค จะเห็นข้อความจดแจ้งไว้ว่า นายคนนั้นสั่งให้ธนาคารจ่ายเงินจำนวนเท่านั้น ๆ ให้แก่นายคนนี้ หรือตามที่นายคนนี้จะสั่งให้จ่าย (or order) สมมติว่า ก. ออกเช็คสั่งจ่ายเงิน ๕๐,๐๐๐ บาทแก่ ข. หรือตามแต่ ข. จะสั่ง ตราสารที่ออกมาดังนี้ มีความหมายว่าเงินตามจำนวนในเช็คนั้น ข. จะรับ

เองก็ได้ หรือจะสลักหลังให้คนอื่นไปรับก็ได้ เช่น ข. ไปซื้อสินค้าจาก ค. และไม่มีเงินสดจะจ่าย ข. จะสลักหลังเช็คนั้นด้วยข้อความสั่งให้ธนาคารจ่ายเงินให้แก่ ค. ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ค. กลายเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะได้รับเงินตามเช็คนั้นตามคำสั่งของ ข. เช็คออกมาในรูปนี้จึงจะได้ชื่อว่าเป็นตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่ง ตั๋วแลกเงินหรือตั๋วสัญญาใช้เงินก็อย่างเดียวกัน ทั้ง ๓ อย่างนี้ ถ้าไม่มีข้อจดแจ้งลงในตั๋วห้ามโอนหรือห้ามเปลี่ยนมือตามมาตรา ๙๑๗ วรรค ๒ ผู้ทรงมีสิทธิที่จะสั่งจ่ายเงินให้แก่คนอื่นแทนตัวเขาเองได้ เมื่อตราสารออกมาในรูปที่ผู้ทรงจะสั่งโอนสิทธิได้เช่นนี้ จึงไม่ต้องมีการบอกกล่าวให้ลูกหนี้แห่งตราสารทราบ ทั้งนี้ก็เพราะว่า ตัวผู้ออกตราสารเอง ตลอดจนลูกหนี้ ย่อมทราบดีอยู่แล้วว่า ตราสารชนิดนี้ออกมาเพื่อโอนกันได้โดยไม่ต้องบอกกล่าว ที่กล่าวมานี้ ต่างกับหุ้นบริษัทชนิดระบุชื่อ เพราะใบหุ้นไม่ได้ออกมาในรูปให้สั่งโอนกันได้ เมื่อจะโอนกันจึงต้องนำไปลงทะเบียนหุ้นบริษัท มิฉะนั้นจะยกเอาการโอนขึ้นอ้างใช้ยันต่อบริษัทไม่ได้ สำหรับตราสารแต่ละชนิด เริ่มแต่ใบตราส่งสินค้าระหว่างทาง ประทวนสินค้าสำหรับสินค้าฝากในคลังสินค้า ตั๋วเงิน และหุ้นบริษัท จึงต้องไปศึกษาตามตัวบทในเรื่องนั้น ๆ โดยเฉพาะ แต่กล่าวโดยทั่ว ๆ ไปแล้ว ยกเว้นหุ้นบริษัทชนิดออกในนาม ตราสารเหล่านี้เป็นตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่งทั้งนั้น ความหมายของสิทธิตามตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่งกับชนิดที่ไม่ใช่นั้น ถ้าดูมาตรา ๓๐๖ เทียบเคียงกับมาตรา ๓๐๙ จะเห็นความหมายได้ชัดยิ่งขึ้น

มาตรา ๗๕๒

"ถ้าจำนำตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลโดยนามและจะโอนกันด้วยสลักหลังไม่ได้ ท่านว่าต้องจดข้อความแสดงการจำนำไว้ให้ปรากฏในตราสารนั้นเอง และท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งตราสารหรือบุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้บอกกล่าวการจำนำนั้นให้ทราบถึงลูกหนี้แห่งตราสาร"

ตัวอย่าง

ก. ออกตั๋วแลกเงินสั่ง ข. ให้จ่ายเงินแก่ ค. ๕๐,๐๐๐ บาท โดยจดแจ้งไว้ในตั๋วว่า "เปลี่ยนมือไม่ได้" ตั๋วถึงกำหนดชำระภายใน ๖ เดือนนับแต่วันออก ในระหว่างนี้ ค. ร้อนเงิน จึงเอาตั๋วนี้ไปส่งมอบจำนำไว้กับ ง. เป็นเงิน ๓๐,๐๐๐ บาท ถ้าไม่ได้จดแจ้งการจำนำไว้ในตั๋ว และบอกกล่าวการจำนำให้ ข. ทราบ เมื่อ ง. นำตั๋วมาขอขึ้นเงินกับ ข. ผู้จ่าย ข. มีสิทธิบอกบัดไม่ชำระเงินได้ และถ้า ค. หลอกเอาตั๋วนั้นไปโอนส่งมอบให้แก่ จ. ดังตัวอย่างที่ให้ไว้สำหรับมาตรา ๗๕๑ ง. จะยกเอาการจำนำขึ้นมาอ้างต่อ จ. ไม่ได้เช่นกัน

หลักและข้อสังเกต

๑. ตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่งนั้น บางชนิดผู้ออกตราสารมีสิทธิห้ามโอนได้ เช่นตั๋วแลกเงิน ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๙๑๗ บางอย่างจะมีข้อห้ามเช่นนั้นไม่ได้ เช่นหุ้นผู้ถือ (มาตรา ๑๑๓๕) แต่การจดแจ้งห้ามโอนในตั๋วแลกเงินตามมาตรา ๙๑๗ นั้น ไม่เป็นการห้ามตลอดไปจนถึงการจำนำตั๋ว และเมื่อมีการสลักหลังจำนำกันเข้าจริง ๆ แม้เจ้าหนี้ผู้รับจำนำจะไปขึ้นเอาเงินได้ เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิจะโอนตั๋วนั้นต่อไป เพราะการสลักหลังตั๋วเงินเป็นจำนำนั้น มาตรา ๙๒๖ บัญญัติว่า ย่อมใช้ได้เพียงในฐานะเป็นคำสลักหลังให้แก่ตัวแทน ปัญหาจึงมีว่า สำหรับตราสารชนิดห้ามโอนนี้ เมื่อจำนำกัน จะต้องทำพิธีการอย่างไร มาตรา ๗๕๒ วางหลักไว้

๒. มาตรา ๗๕๒ นี้ ความจริงจักขอยออกมาจากมาตรา ๗๕๑ อีกทีหนึ่ง คือ ตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่งนั้น ถ้าดูตามมาตรา ๓๐๙ และ ๓๑๓ แล้วจะเห็นได้ว่ามีอยู่ ๒ ชนิดด้วยกัน ชนิดหนึ่งออกในนาม อีกชนิดหนึ่งเป็นตราสารให้สิทธิแก่ผู้ถือโดยไม่มีการระบุนาม เช่น ก. ออกเช็คสั่งจ่ายเงินให้แก่ ค. ๕๐,๐๐๐ บาท หรือแก่บุคคลใด ๆ ตามแต่ ค. จะสั่ง (or order) อย่างนี้ เป็นตราสารออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่งชนิดในนาม แต่ถ้าเช็คนั้น ก. สั่งจ่ายเงินสด ๕๐,๐๐๐ บาท โดยไม่ระบุชื่อใคร หรือระบุว่า

ให้จ่ายเงินแก่ ค. แต่แทนที่จะเขียนต่อไปว่า or order เขียนว่า or bearer และทางด้านหลังมีลายมือชื่อ ค. ลงไว้ อย่างนี้เป็นตราสารออกให้บุคคลเพื่อเขาสั่งชนิดให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารโดยไม่จำกัดว่าจะเป็นผู้ใด ถือเท่ากับว่าเป็นคำสั่งให้จ่ายเงินแก่ผู้ถือ ตราสารบางชนิดจะออกให้แก่ผู้ถือไม่ได้ เช่นใบรับของคลังสินค้าและประทวนสินค้า (มาตรา ๗๗๕)

มาตรา ๗๕๓

"ถ้าจำนำใบหุ้น หรือใบหุ้นกู้ชนิดระบุชื่อ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บริษัทหรือบุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการจำนำนั้นไว้ในสมุดของบริษัทตามบทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะ ๒๒ ว่าด้วยการโอนหุ้นหรือหุ้นกู้"

ตัวอย่าง

ก. ถือหุ้นในบริษัท ข. ๑ ใบ ซึ่งออกให้ในนามของ ก. เอง และในเวลาเดียวกันถือหุ้นกู้ชนิดระบุชื่อของบริษัทเดียวกันอีก ๑ ใบ ถ้า ก. เอาใบหุ้นหรือหุ้นกู้นี้ไปจำนำไว้กับใคร โดยไม่ได้จดแจ้งการจำนำในทะเบียนของบริษัทตามบทบัญญัติว่าด้วยบริษัทจำกัด ผู้รับจำนำจะยกเอาการจำนำมาอ้างต่อบริษัทหรือบุคคลภายนอกผู้รับซื้อรับโอนหุ้นต่อไปไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

๑. ในลักษณะหุ้นส่วนและบริษัทมีมาตรา ๑๑๒๙ ว่าไว้เฉพาะเรื่องโอนหุ้น เช่น โอนขายหรือยกให้ แต่ไม่มีตัวบทกล่าวถึงการจำนำหุ้นโดยตรง มีแต่มาตรา ๑๑๔๓ ห้ามมิให้บริษัทจำกัดรับจำนำหุ้นของตนเอง ปัญหาว่าจะจำนำหุ้นหรือหุ้นกู้ของบริษัทจำกัดได้หรือไม่จึงต้องอาศัยมาตรา ๗๕๓ ในลักษณะจำนำเป็นบทอนุญาตโดยตรง

๒. มีข้อควรสังเกตว่า การโอนหุ้นและหุ้นกู้นั้น ตามมาตรา ๑๑๒๙, ๑๒๓๔ ต้องทำเป็นหนังสือโอนกันและจดแจ้งการโอนลงในทะเบียนของบริษัทด้วย แต่สำหรับการจำนำ

มาตรา ๗๕๓ ให้ลงแต่ทะเบียน จึงไม่จำต้องทำหนังสือจำนำกัน หุ้นผู้ถือตามมาตรา ๑๑๓๕ ย่อมโอนกันได้เพียงด้วยส่งมอบใบหุ้นแก่กัน ถ้าจะจำนำกัน เพียงแต่ส่งมอบใบหุ้นแก่กันก็น่าจะใช้ได้ ไม่ต้องลงทะเบียนการจำนำ

มาตรา ๗๕๔

"ถ้าสิทธิซึ่งจำนำนั้นถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ซึ่งประกันไว้นั้นไซร้ ท่านว่าลูกหนี้แห่งสิทธิต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิให้แก่ผู้รับจำนำ และทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นของจำนำแทนสิทธิซึ่งจำนำ

ถ้าสิทธิซึ่งจำนำนั้นเป็นมูลหนี้ซึ่งต้องชำระเป็นเงิน และถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ซึ่งประกันไว้นั้นไซร้ ท่านว่าต้องใช้เงินให้แก่ผู้รับจำนำและผู้จำนำร่วมกัน ถ้าและเขาทั้งสองนั้นไม่ปรองดองตกลงกันได้ ท่านว่าแต่ละคนชอบที่จะเรียกให้วางเงินจำนวนนั้นไว้ ณ สำนักงานฝากทรัพย์ได้เพื่อประโยชน์อันร่วมกัน"

ตัวอย่าง

วรรค ๑ ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท มีกำหนดชำระภายใน ๑ ปี โดยมีใบตราส่งสินค้าสลักหลังไว้เป็นจำนำ ในระหว่างที่หนี้ของ ก. ยังไม่ถึงกำหนดชำระ สินค้ามาถึง ซึ่งตามใบตราส่งจะต้องมีการส่งมอบให้กันไปในทันที ดังนี้ ถึงแม้ว่าหนี้ของ ก. จะยังไม่ถึงกำหนดชำระ ผู้ขนส่งก็ต้องมอบสินค้านั้นให้แก่ ข. และสินค้านั้นกลายเป็นของจำนำแทนสิทธิตามใบตราส่งสินค้าที่สลักหลังจำนำกันไว้

วรรค ๒ ก. ออกตั๋วแลกเงินสั่ง ข. ให้จ่ายเงินแก่ ค. ๕๐,๐๐๐ บาท ภายในกำหนด ๖ เดือน ต่อมา ค. ไปกู้เงิน ง. ๕๐,๐๐๐ บาท และเอาตั๋วนั้นจำนำไว้เป็นประกัน แต่หนี้เงินที่ ค. กู้จาก ง. มีกำหนดชำระเมื่อครบกำหนด ๑ ปี ในระหว่างนี้ หนี้ตามตั๋วถึงกำหนดจ่ายเงิน ข. ต้องจ่ายเงิน ๕๐,๐๐๐ บาทตามตั๋วให้แก่ ง. และ ค. ร่วมกัน ถ้า ค. และ ง. ต่างเกี่ยงจะเอาเป็นของตัวทั้งหมด ไม่ยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งมีส่วนได้เงินด้วย ค. และ ง. คนใดคนหนึ่งมีสิทธิที่จะเรียกให้ ข. วางเงิน ๕๐,๐๐๐ บาท นั้นไว้ ณ สำนักงานฝากทรัพย์

เพื่อประโยชน์ร่วมกัน คือถ้าครบกำหนด ๑ ปีที่ ค. จะต้องใช้หนี้ให้แก่ ง. ค. ไม่ใช้ ก็ให้ ง. รับเงินที่วางนั้นมาใช้หนี้ได้ แต่ถ้าครบกำหนด ค. ใช้หนี้ ง. หรือมีการหักกลบลบหนี้กับ ง. เป็นเหตุให้ไม่ต้องเอาเงินไปใช้ให้ ง. ค. มีสิทธิรับเงิน ๕๐,๐๐๐ บาทไปได้

หลักและข้อสังเกต

๑. มาตรานี้ต้องเขียนขึ้นไว้ก็เพราะว่า หนี้ตามตราสารที่จำนำกันไว้ อาจถึงกำหนดก่อนหนี้ที่เอาตราสารไปจำนำไว้เป็นประกัน ถ้าไม่มีอะไรบัญญัติไว้ ลูกหนี้แห่งสิทธิตามตราสารอาจไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินหรือเงินตามสิทธิในตราสารนั้นให้แก่เจ้าหนี้แทนสิทธิ ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้เสียหลักประกันที่ควรได้ ผลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้จึงเป็นกรณีช่วงทรัพย์ตามมาตรา ๒๒๖ วรรค ๒

๒. สำหรับกรณีที่วัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์ไม่ใช่เงิน การที่จะให้มีการส่งมอบทรัพย์ในเมื่อตราสารถึงกำหนดนั้น ไม่มีข้อยุ่งยากอะไร เพราะเมื่อเจ้าหนี้ได้ทรัพย์ไป เจ้าหนี้ก็ได้แต่จะเอาไปยึดไว้เหมือนของจำนำธรรมดา จะเอาของเขาไปจำหน่ายจ่ายโอนไม่ได้ ซึ่งถ้าในที่สุดลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ทรัพย์นั้นก็จะต้องคืนให้แก่ลูกหนี้ไป หรือถ้าหนี้ถึงกำหนด ลูกหนี้ไม่ใช้หนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนำก็จะได้ใช้สิทธิบังคับจำนำต่อไปแล้วแต่กรณี แต่เมื่อวัตถุแห่งสิทธิตามตราสารเป็นเงิน จะบังคับอย่างนั้นไม่ได้ เพราะถ้าส่งเงินให้แก่เจ้าหนี้โดยลำพัง ก็เหมือนกับจะส่งอ้อยเข้าปากช้าง ถ้าเจ้าหนี้เอาไปใช้เสียหมด จะว่าอย่างไร โดยเฉพาะถ้าต่อมาลูกหนี้กลับมีสิทธิที่จะหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ได้ ซึ่งจะเป็นผลปลดเงินนั้นออกจากการจำนำทำให้ลูกหนี้มาเรียกร้องเอาคืนได้ และเจ้าหนี้ไม่มีจะให้เพราะใช้เสียหมดแล้ว ฝ่ายลูกหนี้ก็จะเสียหายในสิทธิที่เขาควรมีควรได้ จึงต้องมีวรรค ๒ บัญญัติไว้เป็นพิเศษ และมีผลบังคับตามตัวอย่างข้างต้น

๓. สำนักงานฝากทรัพย์นั้น มีบทบัญญัติกล่าวถึงในมาตรา ๓๓๓ ว่าเป็นสำนักงานสำหรับปฏิบัติการทำนองนี้ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑–๒ ซึ่งมีมาตรา ๓๓๓ นี้ ออกมาใช้ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๖๘ เป็นเวลา ๓๐ กว่าปีแล้ว จนบัดนี้ก็ยัง

ไม่มีการตั้งสำนักงานฝากทรัพย์ขึ้น ถ้าเกิดจะต้องไปวางเงินกันเข้าจริง ๆ ตามมาตรา ๗๕๔ วรรค ๒ จึงต้องไปขอให้ศาลกำหนดสำนักงานวางทรัพย์ให้โดยเฉพาะตามมาตรา ๓๓๓ วรรค ๒

มาตรา ๗๕๕

"ถ้าจำนำสิทธิ ท่านห้ามมิให้ทำสิทธินั้นให้สิ้นไป หรือแก้ไขสิทธินั้นให้เสียหายแก่ผู้รับจำนำโดยผู้รับจำนำมิได้ยินยอมด้วย"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๕๐,๐๐๐ บาท และสลักหลังประทวนสินค้าไว้เป็นจำนำ ถ้า ข. ไม่ยินยอมด้วย ก. จะเอาสินค้านั้นทั้งหมดหรือบางส่วนไปขายให้บุคคลภายนอก หรือขนย้ายเอาไปขายในท้องตลาด อันจะทำให้สิทธิตามประทวนสินค้าสิ้นไปทั้งหมดหรือเสียไปบางส่วนให้เสียหายแก่ ข. ไม่ได้

หลักและข้อสังเกต

มาตรานี้ก็เหมือนกับมาตราอื่น ๆ ในลักษณะจำนำ เกี่ยวกับจำนำสิทธิตามตราสาร คือเขียนไว้เป็นหลักกว้าง ๆ แต่เมื่อบังคับกันเข้าจริง ๆ รายละเอียดจะต้องไปว่ากันตามบทบัญญัติในลักษณะเฉพาะอีกชั้นหนึ่ง เช่น มาตรา ๗๘๕ ว่าด้วยฝากของในคลังสินค้า บัญญัติไว้ว่า ถ้าได้แยกประทวนสินค้าออกสลักหลังจำนำแล้ว จะรับเอาสินค้าได้ต่อเมื่อเวนคืนทั้งใบรับและประทวนสินค้า เพราะฉะนั้น เจ้าหนี้ผู้รับจำนำประทวนสินค้าจะถือแต่ประทวนสินค้าไปขึ้นเอาสินค้ามาไม่ได้ ถ้าลูกหนี้เอาใบรับคลังสินค้าไปโอนขายให้ใครไว้ เจ้าหนี้จะขึ้นเอาสินค้ามาให้ได้ ก็ต้องไปไถ่ใบรับคลังสินค้านั้นมาเอง รายละเอียดต้องไปว่ากันตามลักษณะเฉพาะ ตัวบทไม่ได้กล่าวไว้ด้วยว่า ถ้าลูกหนี้ฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรานี้

ผลจะเป็นอย่างไร แต่นั่นแหละ เมื่อมีข้อห้ามไว้ดังนี้ และเจ้าหนี้ต้องเสียหายด้วยประการใด ๆ เนื่องจากลูกหนี้ทำฝ่าฝืนข้อห้าม อย่างน้อยที่สุดเจ้าหนี้ก็มีสิทธิจะเรียกเอาค่าเสียหาย

มาตรา ๗๕๖

"การที่จะตกลงกันไว้เสียแต่ก่อนเวลาหนี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจำนำเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนำ หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นนอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนำนั้นไซร้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์"

หลักและข้อสังเกต

มาตรานี้ บัญญัติไว้เป็นอย่างเดียวกับมาตรา ๗๑๑ ในลักษณะจำนอง คำอธิบายสำหรับมาตรา ๗๑๑ จึงนำมาใช้ทำความเข้าใจได้

มาตรา ๗๕๗

"บทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะ ๑๓ นี้ ท่านให้ใช้บังคับแก่สัญญาจำนำที่ทำกับผู้ตั้งโรงรับจำนำโดยอนุญาตรัฐบาลแต่เพียงที่ไม่ขัดกับกฎหมายหรือกฎข้อบังคับว่าด้วยโรงจำนำ"

หลักและข้อสังเกต

การตั้งโรงรับจำนำ มีกฎหมายพิเศษ ซึ่งถ้าไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติในประมวลแพ่ง ฯ ก็ย่อมนำบทบัญญัติในประมวลแพ่ง ฯ ไปใช้บังคับได้ด้วย (ดูพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. ๒๔๘๐)

หมวด ๒

สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนำและผู้รับจำนำ

มาตรา ๗๕๘

"ผู้รับจำนำชอบที่จะยึดของจำนำไว้ได้ทั้งหมดจนกว่าจะได้รับชำระหนี้และค่าอุปกรณ์ครบถ้วน"

หลักและข้อสังเกต

จำนำมีลักษณะคล้ายกับสิทธิยึดหน่วง ซึ่งทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิยึดของจำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้และอุปกรณ์ครบถ้วน ในทางตรงกันข้าม เมื่อใดเจ้าหนี้ผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์จำนำกลับคืนไปสู่การครอบครองของผู้จำนำ จำนำเป็นอันระงับ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๖๕ (๒) ความในมาตรา ๗๕๘ พูดถึงสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนำที่จะยึดของจำนำไว้ได้ทั้งหมด ข้อนี้ อาจตีความได้เป็นสองนัย นัยหนึ่งหมายความว่า ถ้าทรัพย์จำนำมีส่วนประกอบหลายส่วน เช่นจำนำรถแทรกเตอร์ไถนา มีส่วนประกอบ เช่น คราด ไถ และอื่น ๆ เหล่านี้ เจ้าหนี้ย่อมยึดไว้ได้ทั้งหมดทุกส่วน ฝ่ายผู้จำนำจะมาขอปลดเอาไปเฉพาะบางส่วนไม่ได้ จนกว่าจะใช้หนี้และอุปกรณ์ครบถ้วน อีกนัยหนึ่งอาจหมายความถึงกรณีที่จำนำทรัพย์หลายสิ่งไว้เป็นประกันทำนองเดียวกับการจำนองทรัพย์หลายสิ่ง ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๑๖ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะยึดไว้ทั้งหมดทุกสิ่งจนกว่าจะมีการชำระหนี้และอุปกรณ์ครบถ้วน ตามคำอธิบายมาตรา ๗๑๖ ย่อมนำมาใช้ทำความเข้าใจมาตรานี้ได้ด้วย

มาตรา ๗๕๔

"ผู้รับจำนำต้องรักษาทรัพย์สินจำนำไว้ให้ปลอดภัย และต้องสงวนทรัพย์สินจำนำนั้นเช่นอย่างวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง"

หลักและข้อสังเกต

เพราะเหตุที่ผู้รับจำนำจะต้องคืนทรัพย์จำนำอันเป็นประกันแห่งหนี้ให้แก่ผู้จำนำเมื่อมีการชำระหนี้และอุปกรณ์ครบถ้วน กฎหมายจึงบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้รับจำนำที่จะต้องสงวนรักษาทรัพย์สินไว้เพื่อคืนให้เขา การรักษาทรัพย์ไว้ให้ปลอดภัยนั้นอย่างหนึ่ง เช่น จำนำรถยนต์ ผู้รับจำนำจะต้องเอาไปเก็บรักษาในโรงรถหรือสถานที่อย่างอื่นให้ปลอดภัย ถ้าจอดทิ้งไว้ข้างถนนในโอกาสที่ผู้ร้ายจะลักเอาไปได้ ไม่ได้ชื่อว่าเป็นการรักษาให้ปลอดภัย ส่วนการสงวนทรัพย์สินอย่างวิญญูชนเป็นอีกอย่างหนึ่ง ไม่เกี่ยวกับการรักษาไว้ให้ปลอดภัย เช่นแม้จะเอารถยนต์เก็บเข้าโรงแล้ว ถ้าวิญญูชนคนธรรมดาจะเช็ดล้างหรือลองเครื่อง ให้เดินได้ดีเป็นปกติเป็นบางครั้งบางคราว หากผู้รับจำนำไม่ทำดังนั้น ก็ไม่ได้ชื่อว่าได้สงวนทรัพย์สินไว้อย่างวิญญูชน ตัวบทแยกบัญญัติไว้ดังนี้ แต่ความจริงไม่น่าจะแยก เพราะถ้าผู้รับจำนำเอารถยนต์ไปจอดทิ้งไว้ข้างถนนให้ขโมยลักได้ ก็ได้ชื่อว่าไม่ได้ใช้ความระมัดระวังรักษาทรัพย์สินอย่างวิญญูชนนั่นเอง

มาตรา ๗๖๐

"ถ้าผู้รับจำนำเอาทรัพย์สินซึ่งจำนำออกใช้เอง หรือเอาไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยหรือเก็บรักษา โดยผู้จำนำมิได้ยินยอมด้วยไซร้ ท่านว่าผู้รับจำนำจะต้องรับผิดเพื่อที่ทรัพย์สินจำนำนั้นสูญหาย หรือบุบสลายไปอย่างใด ๆ แม้ทั้งเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไร ๆ ก็คงจะต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๑๐,๐๐๐ บาท และจำนำรถยนต์ไว้เป็นประกันหนึ่งคัน ถ้า ข. เอารถยนต์นั้นออกไปใช้ขับขี่เอง หรือให้เพื่อนยืมไปใช้ หรือไปฝากสถานีบริการเก็บรักษาทั้งหมดที่ว่ามานี้ โดย ก. มิได้ยินยอมด้วย ถ้าระหว่างที่ ข. เอารถไปใช้ก็ดี หรือเพื่อน ข. เอารถไปใช้ดังกล่าวก็ดี รถไปชนกับรถเมล์เสียหาย หรือระหว่างที่ฝากรถไว้ที่สถานีบริการเจ้าของสถานีถอดออกเป็นชิ้น ๆ เอาไปขายเป็นเครื่องอะไหล่ ข. จะต้องรับผิดใช้ค่าเสียหายแก่ ก. และการเสียหายนี้ ข. จะต้องรับผิด แม้จะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย เช่นที่รถไปชนกับรถเมล์นั้น เกิดจากถนนลื่นเพราะฝนตกและมีกระบื้องตัดหน้ารถ ทั้งสองฝ่ายไม่อาจบ้องกันได้ ข. ก็ยังคงต้องรับผิดอยู่นั่นเอง แต่สมมติว่า รถยนต์ที่รับจำนำนั้น เดิมเก็บไว้ในโรงรถที่บ้าน ข. ต่อมา ข. จะรื้อสร้างโรงรถใหม่ จึงเอารถนั้นไปฝากไว้ที่โรงรถของเพื่อนข้างบ้าน เผอิญเกิดเพลิงไหม้ละแวกบ้านนั้นทั่วทั้งละแวก รวมทั้งโรงรถ ข. และเพื่อน ข. ด้วย ซึ่งแม้จะยังเก็บรถไว้ที่โรงรถ ข. เองตามที่ตกลงกันกับ ก. รถยนต์ก็ยังจะต้องถูกไฟไหม้อยู่นั่นเอง ถ้า ข. พิสูจน์ได้ดังนี้ ข. ไม่ต้องรับผิด

หลักและข้อสังเกต

ทรัพย์สินอันจำนำกันไว้นั้น เป็นแต่เพียงประกันแห่งหนี้ในความหมายที่ว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ใช้หนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเอาทรัพย์จำนำออกขายทอดตลาดเพื่อได้เงินมาชำระหนี้ของตนได้ ด้วยเหตุนี้ เช่นเจ้าหนี้ผู้รับจำนำจึงไม่มีสิทธิที่จะเอาของเขาไปใช้หรือเก็บรักษาในสถานที่ซึ่งเจ้าของเขาไม่ได้ยินยอมด้วย ถ้าผู้รับจำนำฝ่าฝืน ก็ต้องรับผิดเหมือนหนึ่งว่าเป็นลูกหนี้ผิดนัดดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๑๗

มาตรา ๗๖๑

"ถ้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา หากมีดอกผลนิตินัยงอกจากทรัพย์สินนั้นอย่างไร ท่านให้ผู้รับจำนำจัดสรรใช้เป็นค่าดอกเบี้ยอันค้างชำระแก่ตน และถ้า

ไม่มีดอกเบี้ยค้างชำระ ท่านให้จัดสรรใช้ต้นเงินแห่งหนี้อันได้จำนำทรัพย์สินเป็นประกันนั้น"

ตัวอย่าง

ก. กู้เงิน ข. ๑๐,๐๐๐ บาท และจำนำรถยนต์ไว้หนึ่งคัน โดยตกลงกันว่า ในระหว่างที่ ข. ครอบครองรถอยู่นั้น ให้ ข. เอารถออกให้คนอื่นเช่าเป็นแท็กซี่ได้ ดังนี้ เมื่อได้ค่าเช่ามาเป็นเงินมากน้อยเท่าใด ข. ต้องจัดสรรชำระดอกเบี้ยที่เกี่ยวค้างกันอยู่เสียก่อน เหลือจากนั้นต้องเอาไปหักใช้ต้นเงินกู้ ๑๐,๐๐๐ บาท

หลักและข้อสังเกต

๑. มาตรา ๗๖๐ ได้วางหลักไว้แล้วว่า ทรัพย์จำนำนั้น ผู้รับจำนำไม่มีสิทธิจะเอาของเขาไปใช้ ถ้ามีดอกผลนิตินัยเกิดขึ้น ปัญหาจึงมีว่าจะจัดสรรกันอย่างไร แทนที่จะใช้ให้ผู้จำนำ กฎหมายบัญญัติให้จัดสรรชำระหนี้และดอกเบี้ยดังกล่าวมา ทั้งนี้ก็เพื่อให้ประโยชน์ที่เกิดแต่การนั้นเป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกที่จำนำทรัพย์สินไว้ แต่ข้อนี้จะตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็ได้ ตัวบทจำกัดความไว้เฉพาะดอกผลนิตินัย ถ้าเป็นดอกผลธรรมดา จะจัดสรรอย่างไร เมื่อไม่มีตัวบทบัญญัติไว้ในลักษณะจำนำ ก็ต้องบังคับตามมาตรา ๑๑๑, ๑๓๓๖ ให้ดอกผลธรรมดาตกเป็นสิทธิแก่เจ้าของผู้จำนำทรัพย์สินไว้

๒. สำหรับจำนำ การที่เจ้าหนี้จะจัดสรรเอาดอกผลนิตินัยใช้หนี้และดอกเบี้ย ปัญหาไม่มี เพราะทรัพย์จำนำอยู่ในครอบครองของเจ้าหนี้ แต่สำหรับจำนอง เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิดังนี้ เพราะทรัพย์อยู่ในครอบครองของลูกหนี้หรือผู้จำนอง เจ้าหนี้จะเข้าไปเก็บดอกผลนิตินัยเอามาใช้หนี้หรือดอกเบี้ยไม่ได้ มาตรา ๗๒๑ จึงให้จำนองครอบไปถึงดอกผลแต่เฉพาะเมื่อได้มีการบอกกล่าวจะบังคับจำนองแล้วเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า เจ้าของทรัพย์จำนองจะต้องรับผิดส่งดอกผลส่วนนี้ใช้หนี้ผู้รับจำนองดังได้ว่ากันมาแล้ว มีข้อน่าสังเกตว่าดอกผลตามมาตรา ๗๒๑ ไม่จำกัดว่าเป็นดอกผลธรรมดาหรือดอกผลนิตินัย แต่ดอกผลตามมาตรา ๗๖๑ จำกัดเฉพาะดอกผลนิตินัย

๓. เมื่อเจ้าหนี้จะเอาดอกผลนิตินัยใช้หนี้และดอกเบี้ยค้างชำระแก่ตนได้ตามมาตรา ๗๖๑ เหตุใดไม่ให้เจ้าหนี้เสียค่าบำรุงรักษา ตามมาตรา ๗๖๒ กลับให้ผู้จำนำต้องเสีย ที่เป็นดังนี้ ก็เพราะว่าการเอาดอกผลนิตินัยใช้หนี้และดอกเบี้ย เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้เอง กฎหมายไม่ได้ให้ผู้รับจำนำเอาไปใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัว ผู้จำนำจึงยังต้องรับผิดใช้ค่าบำรุงรักษา

มาตรา ๗๖๒

"ค่าใช้จ่ายใด ๆ อันควรแก่การบำรุงรักษาทรัพย์สินจำนำนั้น ผู้จำนำจำต้องชดใช้ให้แก่ผู้รับจำนำ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา"

หลักและข้อสังเกต

เพราะเหตุที่ผู้รับจำนำไม่มีสิทธิจะใช้ทรัพย์สินที่จำนำ แต่ในเวลาเดียวกันกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่บำรุงรักษา เพราะฉะนั้น เมื่อผู้รับจำนำต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ ไปอันควรแก่การบำรุงรักษาทรัพย์สิน ซึ่งจะได้คืนเป็นของผู้จำนำในเมื่อมีการชำระหนี้ ผู้จำนำจึงต้องชดใช้ให้แก่ผู้รับจำนำ แต่ทั้งนี้จะตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็ได้

มาตรา ๗๖๓

"ท่านห้ามมิให้พ้องคดีดังจะกล่าวต่อไปนี้ เมื่อพ้นหกเดือนนับแต่วันส่งคืนหรือขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนำ คือ

(๑) พ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความบุบสลาย อันผู้รับจำนำก่อให้เกิดแก่ทรัพย์สินจำนำ

(๒) พ้องเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่าย เพื่อการบำรุงรักษาทรัพย์สินจำนำ

(๓) พ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแก่ผู้รับจำนำเพราะความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินจำนำซึ่งไม่เห็นประจักษ์"

หลักและข้อสังเกต

การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความบุบสลายตามมาตรา ๗๖๐ การเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายตามมาตรา ๗๖๒ และการเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแก่ผู้รับจำนำ เพราะความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินจำนำซึ่งไม่เห็นประจักษ์ตามมาตรา ๗๔๘ (๕) ต้องฟ้องเสียภายใน ๖ เดือน นับแต่วันส่งคืนทรัพย์สินในกรณีที่มีการชำระหนี้ หรือ ๖ เดือน นับแต่วันขายทอดตลาดในกรณีที่มีการบังคับจำนำแล้วแต่กรณี ความใน (๑) พูดถึงค่าสินไหมทดแทนแต่เฉพาะเพื่อความบุบสลาย ถ้าเป็นเรื่องทรัพย์สูญหายไปทั้งหมดตามมาตรา ๗๖๐ มิใช่แต่เพียงบุบสลาย จะว่ากันอย่างไร สังเกตได้ว่าอายุความตามมาตรา ๗๖๓ นี้ ให้เริ่มนับแต่วันส่งคืน สำหรับกรณีบุบสลาย อาจมีการส่งคืนกันได้ทั้งบุบ ๆ แต่ถ้าทรัพย์จำนำสูญหายไปทั้งหมดย่อมจะส่งคืนกันไม่ได้ และเมื่อจะปรับเข้ามาตรา ๗๖๓ ที่ให้นับอายุความจากวันส่งคืนไม่ได้ ก็เห็นจะต้องใช้อายุความ ๑๐ ปี ตามมาตรา ๑๖๔

หมวด ๓

การบังคับจำนำ

มาตรา ๗๖๔

"เมื่อจะบังคับจำนำ ผู้รับจำนำต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้และอุปกรณ์ภายในเวลาอันควร ซึ่งกำหนดให้ในคำบอกกล่าวนั้น

ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนำชอบที่จะเอาทรัพย์สินซึ่งจำนำออกขายได้ แต่ต้องขายทอดตลาด

อนึ่งผู้รับจำนำต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังผู้จำนำ บอกเวลาและสถานที่ซึ่งจะขายทอดตลาดด้วย"

หลักและข้อสังเกต

๑. ก่อนบังคับจำนำ ผู้รับจำนำต้องบอกกล่าวเหมือนก่อนการบังคับจำนองดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๒๘ แต่ต่างกันในข้อที่ว่า ไม่ต้องมีการฟ้องคดีต่อศาล ในการขายทรัพย์สินจำนำนั้น แม้ทรัพย์สินจะมีมูลค่าเล็กน้อยเท่าไร เช่นแหวนตะกั่วหัวมะก่ำราคาสลึงเฟื้องกฎหมายก็บังคับว่าต้องขายทอดตลาด ความมุ่งหมายก็เพื่อให้ขายกันโดยเปิดเผยไม่งุบงิบขายกันในทางกดราคา แต่นั่นแหละ ทรัพย์ไม่มีค่า เช่นแหวนตะกั่วหัวมะก่ำนั้นปกติไม่มีใครรับจำนำกัน ถ้าจะรับไว้ ก็คงไม่มีใครจะเอาออกขายทอดตลาดให้เสียค่าใช้จ่ายเปล่า ๆ บทบัญญัติในมาตรานี้จึงใช้ได้ดีสำหรับทรัพย์สินมีค่าโดยทั่ว ๆ ไป อนึ่งในการขายทอดตลาดผู้รับจำนำต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังผู้จำนำ บอกเวลาและสถานที่ซึ่งจะขายทอดตลาดด้วย เพื่อให้โอกาสผู้จำนำที่จะมาสู้ราคาได้ การขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งมีตัวตน เช่น แก้วแหวนเงินทอง พอเข้าใจได้ แต่ถ้าจำนำสิทธิมีตราสาร เช่น ประทวนสินค้า หรือหุ้นของบริษัท จะต้องขายทอดตลาดหรือไม่ และจะขายกันอย่างไร บังคับตามมาตรา ๗๖๔ ก็ต้องขายทอดตลาดเหมือนกัน เช่นเอาใบหุ้นขายทอดตลาด ว่าหุ้นใบนี้เป็นของบริษัทกงษ์เจ๊ง ราคาหุ้น ๑,๐๐๐ บาท ใครจะให้ราคาเท่าใด ถ้ามีผู้ให้ราคาสูงสุด ๕ บาท ๑๐ บาท ผู้ขายทอดตลาดเคาะไม้ลงไป ก็เป็นการขายทอดตลาดเหมือนกัน

๒. ผู้รับจำนำไม่ต้องบังคับจำนำ จะใช้สิทธิบังคับอย่างหนี้สามัญก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๘๕/๒๕๑๓)

๓. สำหรับการบังคับจำนอง เมื่อจะต้องฟ้องศาลขอให้สั่งขายทอดตลาด และศาลพิพากษาสั่งขายทอดตลาดแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียต้องติดตามเร่งเอาเอง เพื่อทราบว่าการขายทอดตลาดจะมีที่ไหนเมื่อใด และเมื่อเป็นการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล ใครซื้อไปโดยสุจริต คนนั้นได้ความคุ้มครองตามมาตรา ๑๓๓๐ แต่สำหรับการบังคับจำนำ ผู้รับจำนำขายทอดตลาดเอาเอง ไม่ต้องฟ้องศาล มาตรา ๗๖๔ วรรค ๓ จึงให้ผู้รับจำนำบอกกล่าวอีกซ้ำหนึ่งว่าจะมีการขายทอดตลาดที่ไหนเมื่อใด ทั้งนี้นอกจากที่จะต้องบอกกล่าวในชั้น

บังคับจำนำตามวรรค ๑ นอกจากนั้น เมื่อไม่ใช่การขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล ผู้ซื้อโดยสุจริตไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๑๓๓๐ แต่อาจได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๑๓๓๒ ถ้าเข้าเกณฑ์ตามมาตรานั้น

มาตรา ๗๖๕

"ถ้าไม่สามารถจะบอกกล่าวก่อนได้ ผู้รับจำนำจะเอาทรัพย์สินจำนำออกขายทอดตลาดเสีย ในเมื่อหนี้ค้างชำระมาล่วงเวลาเดือนหนึ่งแล้ว ก็ให้ทำได้"

หลักและข้อสังเกต

๑. การบอกกล่าวตามมาตรา ๗๖๔ เป็นอันไม่ต้องทำ ถ้าไม่สามารถจะบอกกล่าวได้ เช่นไม่ทราบว่าลูกหนี้หรือผู้เอาของมาจำนำย้ายภูมิลำเนาไปอยู่ที่ไหน แต่ทั้งนี้หนี้จะต้องค้างชำระล่วงเลยมา ๑ เดือนแล้ว จึงจะเอาทรัพย์ออกขายทอดตลาดได้

๒. เมื่อกล่าวถึงหนี้ค้างชำระ ตัวบทไม่ได้กล่าวเจาะจงว่าหนี้อะไร จึงอาจเป็นหนี้ต้นเงินค้างชำระ หรือดอกเบี้ยค้างชำระก็ได้ สมมติว่า ก. กู้เงิน ข. ๑๐๐,๐๐๐ บาท มีแหวนเพ็ชรราคาเดียวกันมอบไว้เป็นจำนำ ต้นเงินสัญญาจะใช้กันอีก ๓ ปี ส่วนดอกเบี้ยร้อยละ ๑๕ สัญญาว่าจะใช้กันทุกเดือน ๆ ละ ๑,๒๕๐ บาท สมมติว่าเดือนแรก ก. ก็ค้างชำระดอกเบี้ยเสียแล้ว และตามหาตัวไม่พบ ข. จะเอาแหวนขายทอดตลาดเสียก็ได้ แต่ก็เอาเงินใช้หนี้ได้เฉพาะสำหรับดอกเบี้ยที่ค้างชำระ ๑,๒๕๐ บาทเท่านั้น สำหรับต้นเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท เมื่อยังไม่ถึงกำหนดชำระกัน ข. จะเอาเงินไปชำระไม่ได้ นอกจากนั้นเมื่อใช้ดอกเบี้ยค้างชำระ ๑,๒๕๐ บาทแล้ว เงินที่เหลือต้องคืนให้แก่ ก. หรือตกเป็นเงินของ ก. ตามมาตรา ๗๖๗ เป็นอันว่าสำหรับต้นเงินกับดอกเบี้ยที่จะต้องใช้กันต่อไปในกรณีตัวอย่างนี้ ข. เป็นอันหมดประกัน เพราะฉะนั้น ถ้าคิดให้ดี ๆ ข. ก็คงจะไม่ด่วนบังคับจำนำ

มาตรา ๗๖๖

"ถ้าจำนำตั๋วเงิน ท่านให้ผู้รับจำนำเก็บเรียกเงินตามตั๋วเงินนั้นในวันถึงกำหนด ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวก่อน"

หลักและข้อสังเกต

ที่ไม่ต้องให้คำบอกกล่าวสำหรับตั๋วเงิน ก็เพราะตั๋วเงินจะต้องมีกำหนดเวลาใช้เงินจดลงไว้ในตั๋วอยู่แล้ว และถึงกำหนดเมื่อใด ก็จะต้องใช้เงินกันเมื่อนั้น ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๔๔๑ การบอกกล่าวจึงไม่ต้องมี แต่ข้อความที่น่าสงสัยในตัวบทก็คือที่กล่าวว่าเมื่อตั๋วถึงกำหนด ให้ผู้รับจำนำเก็บเรียกเงินได้ ปัญหาเบื้องต้นมีว่า ไม่ต้องขายทอดตลาดหรือที่จริง ถ้าจะขายทอดตลาดเหมือนหุ้นบริษัทก็ทำได้ แต่ข้อขัดข้องอยู่ที่ว่าตั๋วเงินนั้นถึงกำหนดเมื่อไร ผู้ทรงจะต้องนำไปขึ้นเงินเมื่อนั้น มิฉะนั้นอาจเสียสิทธิไล่เบี้ยดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๙๗๓ เพราะฉะนั้น สำหรับตั๋วเงินที่ถึงกำหนด ย่อมไม่มีทางอื่นจะทำได้ นอกจากนำไปขึ้นเงิน แต่เมื่อได้เงินมาแล้ว จะต้องบังคับตามมาตรา ๙๒๖ คือเงินที่ขึ้นได้มานั้นต้องถือว่าผู้รับจำนำได้มาในฐานะตัวแทนของผู้จำนำ แต่สมมติว่า หนี้ที่เอาตั๋วไปจำนำนั้นถึงกำหนดก่อนตั๋ว ดังนี้ ผู้รับจำนำจะบังคับจำนำเอาตั๋วออกขายทอดตลาดเหมือนหุ้นบริษัทจะทำได้หรือไม่ ที่ทำได้นั้นย่อมทำได้เหมือนหุ้นบริษัทยิ่งไปกว่านั้น ว่ากันตามมาตรา ๗๖๔ ถ้าจะบังคับจำนำ ก็ทำได้อย่างเดียว คือเอาทรัพย์ไปขายทอดตลาด และไม่มีข้อยกเว้นว่าสำหรับตั๋วเงินจะไม่ต้องใช้วิธีเดียวกันนี้ สาระสำคัญในมาตรา ๗๖๖ นั้น ความจริง มุ่งจะบัญญัติแต่เพียงว่า สำหรับตั๋วเงินไม่ต้องมีการบอกกล่าว มาตรา ๗๖๖ ไม่ใช่บทยกเว้นว่าไม่ต้องขายทอดตลาด

มาตรา ๗๖๗

"เมื่อบังคับจำนำได้เงินสุทธิจำนวนเท่าใด ท่านว่าผู้รับจำนำต้องจัดสรรชำระหนี้และอุปกรณ์เพื่อให้เสร็จสิ้นไป และถ้ายังมีเงินเหลือก็ต้องส่งคืนให้แก่ผู้จำนำหรือแก่บุคคลผู้ควรจะได้เงินนั้น

ถ้าได้เงินน้อยกว่าจำนวนค้างชำระ ท่านว่าลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับใช้ในส่วนที่ขาดอยู่นั้น"

หลักและข้อสังเกต

เพราะจำนำเป็นแต่ประกันแห่งหนี้ เมื่อขายทอดตลาดได้เงินชำระหนี้หมดแล้ว ถ้ายังมีเงินเหลือจึงต้องคืนให้แก่ผู้จำนำหรือบุคคลผู้ควรได้เงินนั้นเช่นทายาทของเขา แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าขายทอดตลาดได้เงินไม่พอใช้หนี้ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดในส่วนที่ขาด ข้อนี้เนื่องมาจากหลักอันเดียวกันที่ว่าจำนำเป็นประกันแห่งหนี้ คือเมื่อบังคับเอาแก่หลักประกันไม่พอใช้หนี้ ลูกหนี้ยังต้องรับผิด

มาตรา ๗๖๘

"ถ้าจำนำทรัพย์สินหลายสิ่งเพื่อประกันหนี้แต่รายหนึ่งรายเดียว ท่านว่าผู้รับจำนำจะเลือกเอาทรัพย์สินสิ่งหนึ่งสิ่งใดออกขายก็ได้ แต่จะขายจนเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อใช้เงินตามสิทธิแห่งตนนั้นหาได้ไม่"

หลักและข้อสังเกต

มาตรานี้มีหลักเป็นอย่างเดียวกับมาตรา ๗๓๔ วรรค ๑ คำอธิบายที่ให้ไว้สำหรับจำนองเกี่ยวกับมาตรา ๗๓๔ วรรค ๑ จึงนำมาใช้ทำความเข้าใจได้ ข้อควรสังเกตคือ หลักกระจายภาระดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๓๔ วรรค ๒ และ ๓ จะนำมาใช้บังคับในเรื่องจำนำทรัพย์หลายสิ่งไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ทั้งนี้คงจะถือว่าทรัพย์จำนำเป็นสังหาริมทรัพย์ ไม่สำคัญพอที่จะต้องใช้หลักเช่นนั้น

หมวด ๕

ความระงับสิ้นไปแห่งการจำนำ

มาตรา ๗๖๙

"อันจำนำย่อมระงับสิ้นไป

(๑) เมื่อหนี้ซึ่งจำนำเป็นประกันอยู่นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุประการอื่น มิใช่เพราะอายุความ หรือ

(๒) เมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำนำ"

หลักและข้อสังเกต

๑. อนุมาตรา ๑ เขียนไว้เหมือนกับมาตรา ๗๔๔ (๑) คำอธิบายจึงใช้ทำความเข้าใจกันได้ ส่วนอนุมาตรา (๒) สืบมาจากหลักที่ว่า การจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำ เพราะฉะนั้น เมื่อผู้รบจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำนำ การจำนำย่อมระงับสิ้นไป (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๐/๒๕๐๒)

๒. การที่ผู้รับจำนำคืนทรัพย์จำนำไปสู่การครอบครองของผู้จำนำนั้น ต้องเข้าใจตามลักษณะครอบครองในบรรพ ๔ ด้วยว่า ไม่จำเป็นต้องส่งตัวทรัพย์ถึงมือผู้จำนำ เพราะตามมาตรา ๑๓๖๘ และมาตรา ๑๓๗๘ ถึง ๑๓๘๑ ที่ได้ศึกษากันมาเกี่ยวกับปัญหาส่งมอบทรัพย์สินเป็นจำนำในขั้นต้น ผู้รับจำนำอาจคืนการครอบครองให้แก่ผู้จำนำได้ด้วยการโอนการครอบครองให้ผู้อื่นยึดถือไว้แทนผู้จำนำ หรือแสดงเจตนาว่าตนจะเป็นผู้ยึดถือไว้แทนผู้จำนำ ปัญหาว่าผู้รับจำนำได้ยอมคืนการครอบครองให้ผู้จำนำหรือไม่ ต้องอาศัยเจตนาสละ

ครอบครองหรือการที่ไม่ยึดถือทรัพย์สินตามมาตรา ๑๓๗๗ ทั้งนี้เป็นข้อเท็จจริงแล้วแต่พฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป ถ้าผู้รับจำนำยังสงวนสิทธิอย่างใดไว้ ไม่ถึงกับคืนครอบครองให้แก่ผู้จำนำไปเลย พฤติการณ์อาจไม่พอฟังว่าเป็นการคืนครอบครองเช่นเดียวกัน แม้ตัวผู้รับจำนำจะไม่ได้ยึดถือครอบครองทรัพย์สินเอง แต่ยังสงวนสิทธิโดยให้คนอื่นยึดถือไว้แทน โดยผู้นั้นจะเป็นคนภายนอกหรือตัวผู้จำนำเองก็ตาม พฤติการณ์ก็ไม่อาจพอฟังว่าได้มีการคืนครอบครองทรัพย์ให้แก่ผู้จำนำ.

□ □ □ □

มีจำหน่ายที่

สโมสรเนติบัณฑิตยสภา

โทร. 2213881